

Sengketa Penanaman Modal antara Investor Melawan Pemerintah Indonesia di Arbitrase ICSID

Huala Adolf²³

Abstrak

Perhatian terhadap ICSID dewasa ini timbul kembali setelah beberapa investor menggugat pemerintah Indonesia di hadapan badan arbitrase ICSID. Tulisan ini mengupas konvensi yang melahirkan badan arbitrase ICSID, yaitu Konvensi ICSID atau *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. Tulisan ini memaparkan pula latar belakang pemerintah Indonesia meratifikasi konvensi, berbagai sengketa penanaman modal yang melibatkan pemerintah Indonesia, dan pelajaran yang dapat dipetik dari adanya gugatan-gugatan oleh investor.

Kata Kunci: Konvensi ICSID, sengketa penanaman modal, modal asing, putusan arbitrase, gugatan investor.

Investment Disputes between Investors and Indonesian Government in the ICSID Arbitration

Abstract

The attention to the ICSID arose among scholars and practitioners following the claims brought by the foreign investors against the government of Indonesia to the ICSID arbitration. This article discussed the ICSID Convention or the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States. This article also examined the background Indonesia ratified the Convention, the disputes involving Indonesia in ICSID Arbitration, and the lesson learned from the claims.

Keywords: *ICSID Convention, investment disputes, foreign capital, arbitration award, investor claims.*

A. Pendahuluan

Dalam beberapa bulan terakhir ini, perhatian pemerintah dan beberapa sarjana tertuju pada arbitrase penanaman modal ICSID. Latar belakang utamanya adalah adanya beberapa gugatan investor asing terhadap pemerintah di badan arbitrase ICSID.¹

23 Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Padjadjaran, Jl. Dipatiukur No.35 Bandung, huala.adolf@gmail.com, S.H. (Universitas Padjadjaran), LL.M (University of Sheffield), Ph.D (National University of Singapore).

1 Lihat berbagai gugatan investor asing terhadap pemerintah di badan arbitrase ICSID: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=SearchRH&actionVal=SearchSite&SearchItem=indonesia>

Perhatian oleh pemerintah diberikan atas dasar kekalahan pemerintah Indonesia dalam gugatan kasus arbitrase di badan arbitrase ICSID. Konsekuensi kekalahan pemerintah Indonesia menyebabkan pemerintah harus membayar sejumlah ganti rugi dan jumlah ganti rugi dalam sengketa penanaman modal sering kali berjumlah besar.

Putusan yang mengalahkan dan memerintahkan pemerintah untuk membayar ganti rugi dinilai sangat merepotkan dan membebani keuangan negara. Ditambah pula dengan biaya-biaya sampingan yang harus dikeluarkan, hal ini mencakup biaya pengacara asing dari kantor hukum besar di luar negeri, biaya tim pengacara dalam negeri, serta biaya transportasi yang jumlahnya tidak sedikit.

Tulisan ini akan sedikit mengupas Konvensi ICSID, alasan pemerintah meratifikasi Konvensi ini yang berimplikasi pada bertambahnya beban pemerintah, dan langkah menyikapi gugatan investor asing.

B. Konvensi Washington 1965 dan Arbitrase ICSID

1. Latar Belakang Konvensi

Konvensi ICSID (*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and National of Other States*) atau ICSID (*International Center for the Settlement of Investment Disputes*) atau Konvensi Washington disahkan pada tahun 1965. Konvensi lahir karena adanya kebutuhan investor dan negara penerima modal mengenai perlunya lembaga penyelesaian sengketa yang menangani sengketa mereka.

Latar belakang terbentuknya Konvensi dapat dilihat melalui Preambul-yang terdiri dari 8 paragraf. Perancang Konvensi menyadari perlunya kerja sama internasional di bidang pembangunan ekonomi dan peran penanaman modal internasional.

Kerja sama dan aktivitas penanaman modal tidaklah selalu berjalan lancar. Setiap saat dapat saja timbul sengketa di antara penanam modal (pihak swasta) dengan negara penerima modal.²

Sengketa dapat diselesaikan oleh lembaga pengadilan nasional, tetapi perancang konvensi menyadari pula bahwa lembaga pengadilan nasional dapat saja kurang sesuai untuk menyelesaikan sengketa antara suatu negara (apalagi negara penerima modal yang pengadilan nasionalnya menangani sengketa itu) dengan penanam modal. Oleh karena itu, alternatif penyelesaian melalui metode atau mekanisme secara internasional, dalam hal ini arbitrase atau konsiliasi internasional, dipandang lebih tepat.³

2 Paragraf 1 dan 2 Preambul Konvensi.

3 Paragraf 3 Preambul Konvensi.

Dengan latar belakang pemikiran tersebut, Bank Dunia berinisiatif untuk membentuk badan arbitrase dan konsiliasi ICSID pada tahun 1961. Upaya merancang suatu konvensi akhirnya berhasil dan Konvensi disahkan pada tahun 1965. Konvensi mulai berlaku apabila 20 negara telah meratifikasinya.⁴ Jumlah ratifikasi negara terpenuhi pada tahun 1966.

Dari Preambul tampak pula prinsip penting yang esensial untuk dapat terselenggaranya atau berfungsinya arbitrase atau konsiliasi ini. Paragraf 6 dan 7 Preambul Konvensi menegaskan prinsip konsensus. Prinsip ini lahir dari kesepakatan para pihak, yaitu antara investor dengan negara penerima modal.

Prinsip kesepakatan tetap disyaratkan meskipun negara penerima modal dan negara dari investor adalah negara anggota (peratifikasi atau penandatanganan atau penerima secara akses) Konvensi ICSID. Di sini hendak dinyatakan bahwa tindakan ratifikasi suatu negara tidak dengan otomatis mengikat negara atau investornya itu untuk terikat kepada Konvensi ICSID.

Paragraf 6 dan 7 Preambul Konvensi menyatakan:

"Recognizing that mutual consent by the parties to submit such disputes to conciliation or to arbitration through such facilities constitutes a binding agreement which requires in particular that due consideration be given to any recommendation of conciliators, and that any arbitral award be complied with; and

Declaring that no Contracting State shall by the mere fact of its ratification, acceptance or approval of this Convention and without its consent be deemed to be under any obligation to submit any particular dispute to conciliation or arbitration,..."

2. Muatan Konvensi

Konvensi terdiri dari 10 bab yang terbagi ke dalam 75 pasal. Konvensi dilengkapi dengan aturan-aturan formil dan aturan administratif, yaitu *the ICSID Regulations and Rules* yang dikeluarkan pada tahun 1967.⁵

Bab I (Pasal 1 – Pasal 23) Konvensi mengatur pembentukan organisasi arbitrase yaitu pembentukan *the International Centre for the Settlement of Investment Disputes* (ICSID) (Pasal 1). Bagian ini mengatur pula tempat kedudukan, badan kelengkapan, dan lain-lain.

4 Pasal 1 – 24 Konvensi.

5 ICSID Rules and Regulations mengalami revisi. Hasil revisi pada tahun 2003, *ICSID Regulations and Rules* terdiri dari:

(1) *The Administrative and Financial Regulations*;

(2) *The Institution Rules*;

(3) *The Arbitration Rules*; dan

(4) *The Conciliation Rules*.

Dari ke-24 pasalnya, pasal yang terpenting adalah Pasal 18 mengenai status, imunitas, dan hak-hak keistimewaan ICSID. Pasal 18 menengaskan bahwa ICSID memiliki personalitas hukum internasional penuh. ICSID memiliki pula kemampuan hukum yang meliputi:

- (a) membuat kontrak;
- (b) memiliki harta benda bergerak dan tidak bergerak; dan
- (c) menyelenggarakan persidangan (hukum).

Bab II (Pasal 25 – 27) mengatur tentang yurisdiksi Badan Arbitrase ICSID. Pasal 25, pasal inti dari bab ini, menyatakan bahwa yurisdiksi ICSID mencakup setiap sengketa hukum yang timbul secara langsung dari penanaman modal antara negara peserta dengan seorang warga negara dari negara anggota Konvensi lainnya (investor). Konvensi tidak memberi batasan tentang arti penanaman modal.

Bab III (Pasal 28 – 35 Konvensi) mengatur tentang Konsiliasi. Konsiliasi adalah penyelesaian sengketa oleh pihak ketiga. Seperti halnya arbitrase, konsiliasi ICSID tercover pula dalam kewenangan ICSID.⁶ Pasal 25 Konvensi tidak membedakan kedua cara atau teknik penyelesaian sengketa untuk menyelesaikan sengketa penanaman modal.⁷

Ketentuan Pasal 25 ini meskipun tidak membedakan kedua cara, namun tetap berlaku prinsip kesepakatan dan pilihan cara penyelesaian sengketa yang disepakati para pihak. Dalam sengketa *SPP v Egypt* (1983), Majelis Arbitrase ICSID menegaskan arti pentingnya kesepakatan dan pilihan cara ini:

*“...consent to the Centre's jurisdiction must specify whether the consent is for purposes of arbitration or conciliation. Once consent has been given 'to the jurisdiction of the Centre', the Convention and its implementing regulations afford the means for making the choice between the two methods of dispute settlement. The Convention leaves that choice to the party instituting the proceedings”.*⁸

Bab IV memuat aturan-aturan tentang arbitrase, yaitu tentang permohonan, komposisi, wewenang dan fungsi arbitrase serta putusan, pengakuan putusan arbitrase (Pasal 36 – Pasal 55). Ada dua pasal penting dalam Bab IV ini mengenai arbitrase, yaitu:

- (1) Ketentuan mengenai doktrin *“Competence-Competence”* dalam Pasal 41 ayat (1). Pasal ini menyatakan bahwa badan arbitrase ICSID adalah hakim untuk menentukan kewenangannya; dan
- (2) Aturan hukum yang berlaku (*applicable law*) yang termuat dalam Pasal 42. Pasal ini menyatakan bahwa badan arbitrase ICSID harus memutus sengketa sesuai

6 Pasal 25 Konvensi ICSID.

7 UNCTAD, *ICSID: 2.2. Selecting Appropriate Forum*, New York: ICSID, 2003, hlm. 13.

8 *SPP v Egypt*, Decision on Jurisdiction (1983); dalam: UNCTAD, *ICSID: 2.2. Selecting Appropriate Forum*, hlm. 13.

dengan aturan-aturan hukum yang disepakati para pihak. Apabila tidak ada kesepakatan ini, badan arbitrase ICSID harus menerapkan hukum dari negara peserta konvensi dan aturan-aturan hukum internasional yang dapat diterapkan.

Bab V sampai dengan VII memuat aturan-aturan tambahan tentang arbitrase. Aturan tambahan mencakup penggantian dan pendiskualifikasian arbitrator (dan konsiliator), biaya persidangan, serta tempat persidangan. Ketentuan yang cukup menarik adalah tempat diselenggarakannya proses arbitrase. Konvensi memuat prinsip yang dikenal umum dalam arbitrase yaitu bahwa tempat diselenggarakannya persidangan arbitrase adalah tempat kedudukan ICSID yang berada di Washington (Pasal 62).

Namun Pasal 63 Konvensi menentukan bahwa persidangan arbitrase dan konsiliasi dapat dilangsungkan di tempat lain, hanya dengan kesepakatan para pihak. Pasal ini tampaknya disamping menghormati prinsip kesepakatan para pihak (sifat fleksibilitas persidangan arbitrase), juga untuk menekankan efektivitas persidangan dengan tidak harus terpaku pada satu tempat persidangan.

Bab VIII (Pasal 64) mengatur sengketa-sengketa antar negara peserta konvensi. Seperti diatur dalam Pasal 1 ayat (2) Konvensi, badan arbitrase ICSID hanya akan menangani sengketa penanaman modal apabila para pihak adalah antara negara penerima modal (anggota konvensi) dan investor asing yang negaranya juga adalah anggota Konvensi).

Bab ini menegaskan kemungkinan sengketa timbul bukan antara negara dengan investor tetapi antara negara dengan negara (keduanya anggota konvensi). Dalam hal ini, sengketa harus diselesaikan dengan negosiasi terlebih dahulu. Apabila negosiasi gagal, para pihak dapat menyerahkannya kepada Mahkamah Internasional (*International Court of Justice*). Bab ini menegaskan para pihak dapat pula menempuh cara lainnya yang mereka sepakati.

Bab IX (Pasal 65 – Pasal 66) memuat ketentuan amandemen terhadap Konvensi. Bab X (Pasal 67 – Pasal 75) memuat ketentuan akhir mengatur ratifikasi, kewajiban negara peratifikasi untuk menerapkan ketentuan-ketentuan konvensi ke dalam hukum nasionalnya secara efektif (Pasal 69).

C. Ratifikasi Indonesia terhadap Konvensi Washington

1. UU Ratifikasi

Indonesia meratifikasi Konvensi ICSID dengan UU No. 5 tahun 1968 (Lembaran Negara No. 32 Tahun 1968) yakni undang-undang (UU) tentang Persetujuan atas Konvensi tentang Penyelesaian Perselisihan antara Negara dengan Warga Negara Asing mengenai Penanaman Modal.

Undang-undang ini hanya berisi 5 pasal. Disebutkan bahwa suatu perselisihan tentang penanaman modal antara Republik Indonesia dan warga negara asing

diputuskan menurut Konvensi ICSID dan mewakili Indonesia dalam perselisihan tersebut untuk hak substitusi (Pasal 2).

Pasal penting lainnya adalah tentang pelaksanaan putusan badan arbitrase ICSID. Pasal 3 menyebutkan bahwa untuk melaksanakan putusan Arbitrase ICSID di wilayah Indonesia, diperlukan pernyataan Mahkamah Agung bahwa putusan tersebut dapat dilaksanakan (ayat 1).

Apabila Mahkamah Agung menyatakan bahwa putusan tersebut dapat dilaksanakan, Mahkamah Agung kemudian mengirimkan surat pernyataan (*exequatur*) kepada Pengadilan Negeri yang berwenang dan memerintahkan untuk melaksanakan putusan Pasal 3 ayat (2). Ayat (3) pasal ini menyatakan bahwa surat pernyataan dan perintah yang dimaksud dalam ayat (2) pasal ini disampaikan kepada pengadilan negeri yang bersangkutan melalui pengadilan tinggi yang daerah hukumnya meliputi daerah hukum pengadilan negeri tersebut.

2. Implementasi Ratifikasi Konvensi Washington

Ratifikasi atau tindakan mengikatkan diri terhadap perjanjian internasional bukan merupakan tindakan sepihak ke luar saja, melainkan pernyataan kepada dunia bahwa pemerintah tersebut mengikatkan diri. Tindakan ratifikasi pada umumnya diikuti dengan upaya implemementasi di dalam negeri yang bertujuan agar muatan konvensi tersebut dapat berlaku efektif.

Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional mensyaratkan beberapa hal terkait upaya ratifikasi misalnya:

- (1) Bahwa sebelum tindakan ratifikasi telah dilakukan analisis terlebih dahulu terhadap muatan perjanjian, yang di dalamnya mencakup latar belakang permasalahan; analisis permasalahan ditinjau dari aspek politis, yuridis dan aspek lain yang memengaruhi kepentingan nasional Indonesia dan posisi Indonesia, saran dan penyesuaian yang dapat dilakukan untuk mencapai kesepakatan;⁹
- (2) Perlunya terjemahan ke dalam bahasa Indonesia muatan perjanjian internasional yang tertulis dalam bahasa asing;¹⁰

Sewaktu pemerintah meratifikasi Konvensi ICSID pada tahun 1981, UU Penanaman Modal kita adalah adalah UU Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing (dan UU Nomor 6 Tahun 1968 tentang Penanaman Modal Dalam Negeri).

Setelah meratifikasi konvensi pada tahun 1981, yang di dalamnya termuat berbagai ketentuan tentang arbitrase, UU tidak diamandemen atau paling tidak mencerminkan adanya perkembangan norma baru yang berlaku di tanah air.

9 Pasal 5 UU Nomor 24 Tahun 2000.

10 Pasal 12 UU Nomor 24 Tahun 2000.

Satu hal lain yang agak mengherankan adalah UU Nomor 1 Tahun 1967 khususnya, hanya ada satu pasal mengatur penyelesaian sengketa melalui arbitrase. Padahal, klausul penyelesaian sengketa di dalam peraturan perundang-undangan (di dunia) adalah salah satu hal yang penting. Satu pasal ini yaitu Pasal 22 yang berbunyi:

- (1) Jikalau diadakan tindakan seperti tersebut pada pasal 21 maka Pemerintah wajib memberikan kompensasi/ganti rugi yang jumlah, macam dan cara pembayarannya disetujui oleh kedua belah pihak sesuai dengan azas-azas hukum internasional yang berlaku.
- (2) Jikalau antara kedua belah pihak tidak tercapai persetujuan mengenai jumlah, macam dan cara pembayaran kompensasi tersebut maka akan diadakan arbitrase yang putusannya mengikat kedua belah pihak.
- (3) Badan arbitrase terdiri dari tiga orang yang dipilih oleh Pemerintah dan pemilik modal masing-masing satu orang dan orang ketiga sebagai ketuanya yang dipilih bersama-sama oleh Pemerintah dan pemilik modal.

UU Nomor 1 Tahun 1967 diganti dengan keluarnya UU Penanaman Modal baru, yaitu UU Nomor 25 Tahun 2007. UU baru memuat pengaturan yang tidak jauh berbeda dengan UU lama, yaitu terdapat hanya satu pasal tentang penyelesaian sengketa. Pasal 32 UU tersebut di dalamnya termuat kata arbitrase. Pasal 32 berbunyi:

- (1) Dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara Pemerintah dengan penanaman modal, para pihak terlebih dahulu menyelesaikan sengketa tersebut melalui musyawarah dan mufakat.
- (2) Dalam hal penyelesaian sengketa sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak tercapai, penyelesaian sengketa tersebut dapat dilakukan melalui arbitrase atau alternatif penyelesaian sengketa atau pengadilan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
- (3) Dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara Pemerintah dengan penanaman modal dalam negeri, para pihak dapat menyelesaikan sengketa melalui arbitrase tidak disepakati, penyelesaian sengketa tersebut melalui arbitrase berdasarkan kesepakatan para pihak, dan jika penyelesaian sengketa tersebut akan dilakukan di pengadilan.
- (4) Dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara Pemerintah dengan penanaman modal asing, para pihak akan menyelesaikan sengketa tersebut melalui arbitrase internasional yang harus disepakati oleh para pihak.

Satu pasal yang sederhana ini jauh dari lengkap. Pasal 32 ini membutuhkan aturan lebih lengkap untuk dapat memanfaatkan arbitrase, terutama untuk kepentingan pemerintah, karena pasal ini dinilai lebih menguntungkan investor asing. Dengan minimnya aturan hukum arbitrase di Indonesia untuk sengketa penanaman modal, investor asing akan lebih melihat aturan arbitrase penanaman

modal yang ada di lingkup internasional sebagai pedoman untuk menyelesaikan sengketa.

Aturan yang sederhana ini juga menyulitkan pemerintah atau kementerian khususnya Badan Koordinasi Penanaman Modal (BKPM) di dalam negosiasi berbagai perjanjian dagang dan penanaman modal internasional. Dalam berbagai perundingan seperti ini, biasanya dan selalu dengan mudah ditemui klausul penyelesaian sengketa.

Permasalahan yang dihadapi tim negosiator atau perunding pemerintah umumnya disebabkan karena tidak adanya arah penyelesaian sengketa penanaman modal. Masalahnya adalah sekali lagi, tidak adanya pedoman atau arah,¹¹ yang ada adalah Pasal 32. Padahal dalam UU Penanaman Modal baru ini disebutkan dalam Pasal 36 pentingnya UU ini oleh tim negosiator di dalam merundingkan kesepakatan internasional. Pasal 36 menyebutkan:

”Rancangan perjanjian internasional, baik bilateral, regional, maupun multilateral, dalam bidang penanaman modal yang belum disetujui oleh Pemerintah Indonesia pada saat Undang-Undang ini berlaku ‘wajib’ disesuaikan dengan ketentuan Undang-Undang ini.”

Permasalahannya adalah bagaimana klausul penyelesaian sengketa dapat kita ”kuasai” dan dapat kita sodorkan kepada mitra negara dagang apabila peraturan nasional kita sendiri tidak memberi pedoman yang jelas mengenai penyelesaian sengketa penanaman modal.

3. Sengketa Penanaman Modal Indonesia di ICSID

Sejak menjadi anggota hingga tulisan ini dibuat,¹² pemerintah telah terlibat dalam 5 sengketa penanaman modal di ICSID. Dalam semua sengketa ini, pemerintah menjadi tergugat. Belum ada data atau sengketa yang di dalamnya pemerintah menggugat investor. Sengketa-sengketa itu adalah:¹³

1). Sengketa Amco Asia¹⁴

Kasus ini mengenai sengketa pencabutan lisensi penanaman modal Amco Asia Corp. oleh Pemerintah Indonesia tahun 1980. Secara singkat, duduk perkara sengketa ini adalah sebagai berikut:

PT. Bluntas (Perseroan Terbatas Pembangunan dan Pengurus Flat Bluntas) memulai pembangunan konstruksi hotel tahun 1964. Setahun kemudian, proyek ini

11 Ketentuan arbitrase dalam *ASEAN Comprehensive Investment Agreement* (ACIA) dapat dijadikan pedoman untuk penyempurnaan UU Nomor 25 Tahun 2007.

12 Awal Oktober 2014.

13 Sumber: <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=-searchRH&actionVal=SearchSite&SearchItem=indonesia>.

14 *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia* (ICSID Case No. ARB/81/1). Prof. Dr. Sudargo Gautama telah menguraikan sengketa ini dengan panjang lebar dalam bukunya: *Indonesia dan Arbitrase Internasional*, Bandung: Alumni, 1986, hlm. 1, et. seqq.

macet karena kurangnya modal. Atas perintah Pemerintah, PT. Bluntas ini lalu dirombak dan diganti namanya menjadi PT. Wisma Kartika yang berada di bawah pengawasan PT. Inkopad (Induk Koperasi Angkatan Darat), koperasi yang dibentuk untuk meningkatkan kesejahteraan personil Angkatan Darat.

Pada tahun 1968, PT. Wisma membuat perjanjian dengan investor Amerika AMCO untuk menyelesaikan pembangunan hotel dan mengurus manajemen untuk jangka waktu tertentu berdasarkan *lease and management (profit-sharing) agreement*. Dalam klausula perjanjian tersebut ditetapkan sengketa dari pelaksanaan perjanjian tersebut kelak di kemudian hari kepada arbitrase ICSID.

Amco mendapat lisensi penanaman modal dari Pemerintah Indonesia untuk melaksanakan perjanjian itu dan dalam hal ini pihak Amco diwajibkan untuk menanamkan modalnya sebanyak US\$ 3 juta. Pembangunan hotel berhasil diselesaikan sesuai dengan rencana pada 1972. Namun pada 1980 sengketa timbul menyangkut pelaksanaan manajemen hotel di samping masalah-masalah lain seperti adanya fakta bahwa PT. Wisma tidak mendapat bagian saham sebagaimana diperjanjikan.

Sengketa ini tidak dapat diselesaikan secara damai antara Amco dan PT. Wisma. Akhirnya, PT. Wisma memutuskan keikutsertaan manajemen Amco. Selain itu Pemerintah Indonesia telah pula mendesak BKPM untuk membatalkan penanaman modal Amco atas hotel tersebut. Tanggal 15 Januari 1981, Amco mengajukan sengketa ini kepada Sekjen ICSID.

Putusan arbitrase ICSID untuk kasus ini keluar 21 November 1984 yang memenangkan pihak penuntut, Amco. Namun pada 18 Maret 1985 Indonesia memohon pembatalan putusan. Alasannya, Dewan Arbitrase ICSID telah melampaui wewenangnya dan tak dapat menyatakan dasar-dasar dan alasan-alasan putusannya serta Dewan dinilai telah menyimpang dari ketentuan-ketentuan dan tata cara prosedur dalam proses persidangannya.

Tanggal 16 Mei 1986, Dewan Arbitrase *Ad Hoc* ICSID dibentuk untuk menangani gugatan pembatalan. Putusan Dewan Arbitrase ini agak melegakan Indonesia. Sebagian dari putusan arbitrase terdahulu dibatalkan dan sebagian lagi diperiksa. Dengan dikeluarkannya putusan ini, pada 12 Mei 1987 Amco mengajukan kembali tuntutan-tuntutannya. Pada tanggal 12 Desember 1987 Dewan Arbitrase yang baru dibentuk untuk menetapkan bagian-bagian mana dari putusan arbitrase yang dibatalkan dan bagian-bagian mana yang tetap berlaku (*res judicata*).

Dalam kasus Amco dengan Indonesia ini, masalah yurisdiksi cukup banyak menyita perhatian persidangan. Dalam argumentasi pada proses pemeriksaan awal pada tahun 1981, masalah yurisdiksi Dewan ICSID menjadi salah satu pembelaan utama yang dipakai pemerintah Indonesia. Pada proses pemeriksaan oleh Dewan

pada 1988 yang lalu, masalah yurisdiksi ini merupakan argumen utama dalam pembelaan.

Masalah yang dibahas dalam kasus ini yaitu yurisdiksi Dewan terhadap pokok sengketa (*Merits of the Case*). Seperti telah disebutkan dalam Pasal 25, yurisdiksi Dewan ini hanya mencakup setiap sengketa hukum saja.

Pihak Indonesia berkeberatan atas yurisdiksi Dewan Arbitrase, dengan alasan bahwa pihak yang berhak untuk meminta arbitrase ICSID adalah pihak-pihak yang disebutkan di dalam klausula arbitrase saja (di dalam perjanjian penanaman modal). Di dalam klausula yang disebutkan adalah *The Company*, yaitu PT. Amco dan Republik Indonesia. Sedangkan Amco Asia dan Pan American, perusahaan induk dari PT. Amco, tidak disebut (ditunjuk) di dalam klausula.

Pihak Indonesia memutuskan untuk sepakat dengan badan arbitrase ICSID dengan memberlakukan suatu pembatasan kedaulatan yang luar biasa dengan menempatkan investor asing pada taraf yang sama derajatnya dengan negara.¹⁵ Oleh karena itu, kesepakatan harus dinyatakan dengan nyata (*express*) dan tidak kabur atau samar-samar.

Di lain pihak, penuntut berpendapat bahwa tidak ada dalam prinsip hukum internasional yang mengharuskan dilakukannya penafsiran secara sempit terhadap klausula arbitrase. Sebaliknya, Dewan harus menerapkan prinsip penerapan efektif dan itikad baik dalam menentukan keinginan para pihak.

Pihak penggugat (pemohon) berpendapat bahwa istilah "perusahaan" di dalam klausula arbitrase harus ditafsirkan sebagai perusahaan penanam modal, tidak hanya PT. Amco sebagai pelaksana penanam modal utamanya, tapi juga perusahaan yang menguasai saham-saham dan modalnya, yaitu Amco Asia. Terhadap masalah ini, Dewan Arbitrase pada awalnya mempertegas kewenangannya yaitu terhadap kepemilikan yurisdiksi atas para pihak yang bersengketa. Mengenai penafsiran, Dewan Arbitrase menyatakan menolak cara penafsiran yang sempit seperti yang dilakukan Indonesia. Namun Dewan Arbitrase berpendapat, penafsiran tidak juga harus dilakukan secara luas atau secara liberal. Menurut Dewan Arbitrase, penafsiran suatu perjanjian (arbitrase) harus dilakukan sedemikian rupa untuk menemukan keinginan para pihak. Untuk menemukan keinginan para pihak ini, prinsip dasar *pacta sunt servanda*, suatu prinsip yang dikenal dalam hukum nasional maupun hukum internasional, harus diterapkan. Dewan Arbitrase menyatakan pendapatnya sebagai berikut:

"Like any other convention, a convention to arbitrate is not to be construed restrictively, nor, as a matter of fact, broadly or liberally. it is to be construed

15 W. Michael Tupman, "Case Studies in the Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes," dalam *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, Oktober 1986, hlm, 825.

in a way which leads to find out and to respect the common will of the parties; such a method of interpretation is but the application of the fundamental principle of pacta sunt servanda, a principle common, indeed, to all system of internal law and to international law."¹⁶

a. Peleburan Perusahaan

Dalam bagian lainnya, Indonesia berkeberatan bila Dewan memiliki yurisdiksi atas Amco. Dasar keberatan ini terletak pada fakta baru bahwa Indonesia sebelumnya tidak mengetahui jika perusahaan Amco yang didaftarkan di negara bagian Delaware, AS telah dileburkan ke dalam sebuah perusahaan baru menurut UU negara bagian itu pada tanggal 27 Desember 1984, sekitar satu bulan sejak putusan terhadap pertama Dewan Arbitrase. Tentang peleburan ini, pihak Amco menyatakan bahwa perusahaan baru dilakukan juga untuk melanjutkan eksistensinya menurut negara bagian Delaware dalam hal arbitrase.

Indonesia berpendapat bahwa dalam peleburan harus dibedakan antara peleburan Amco dan akibat hukum yang timbul kepada pemegang hak dan kewajiban menurut perjanjian untuk melakukan praktik arbitrase. Lebih lanjut Indonesia berpendapat, berdasarkan fakta dan keadaan serta berdasarkan Pasal 42 (1) Konvensi tentang hukum yang akan berlaku, maka hukum Indonesia yang harus diterapkan. Oleh sebab itu, menurut hukum Indonesia, sekali suatu perusahaan dileburkan, maka perusahaan tersebut berhenti untuk melakukan perbuatan hukum apa pun, termasuk praktik arbitrase.

Dewan Arbitrase ICSID tidak setuju dengan dalil Indonesia. Menurut Dewan, bila suatu perusahaan menandatangani perjanjian penggabungan dengan perusahaan asing, maka status hukum dan kapasitas perusahaan tersebut ditentukan oleh hukum negara penggabungan itu terjadi. Begitu pula hukum negara penggabungan inilah yang akan mengatur dan menentukan status hukum perusahaan tersebut. Hukum negara penggabungan itulah yang menetapkan apakah perusahaan terlebur itu masih tetap berbentuk badan hukum atau tidak.

Mengenai peleburan Amco diatur oleh hukum negara bagian Delaware yaitu *Section 278 Delaware General Corporation Law*. Menurut hukum ini, suatu perusahaan yang terlebur masih tetap merupakan suatu badan hukum untuk melakukan tindakan-tindakan hukum apa pun seperti mengajukan gugatan, menuntut ke pengadilan (termasuk arbitrase) dalam jangka waktu 3 tahun setelah peleburan tersebut.

Tentang jangka waktu ini Dewan berpendapat, apakah arbitrase ini dianggap telah dilaksanakan pada 15 Januari 1981 yaitu pada waktu pengajuan permohonan arbitrase atau pada 12 Mei 1987 pada waktu permohonan kembali arbitrase. Tanggal

16 Michael W. Tupman, *Op.cit*, hlm. 825

ini, menurut Dewan Arbitrase ICSID, masih dalam jangka waktu yang ditetapkan oleh hukum Delaware. Kedua tanggal itu masih berada dalam jangka waktu 3 tahun sejak tanggal peleburan, 27 Desember 1984.

Jadi hukum Delaware yang mengatur peleburan Amco Asia hanya berakibat pada *status quo ante*-nya saja, yaitu bahwa Amco masih tetap melanjutkan eksistensinya untuk maksud arbitrase. Atas dasar itu, Dewan pada 13 Mei 1988, memutuskan bahwa ia masih memiliki yurisdiksi *ratione personae* atas pihak Amco meski perusahaan ini telah terlebur.

Majelis atau Dewan Arbitrase yang baru terbentuk diketuai oleh Professor Rosalyn Higgins. Putusan beliau antara lain menyatakan bahwa pihak Indonesia harus membayar Amco sejumlah USD 2.567.966,20 berikut bunga.

Terhadap putusan tersebut, Indonesia kembali memohon pembatalan untuk kedua kalinya. Pada tanggal 30 Januari 1990, Majelis Arbitrase *Ad Hoc* ICSID mengeluarkan putusannya pada 3 Desember 1992. Putusan Majelis Arbitrase *Ad Hoc* ICSID pada intinya mendukung dan memperkuat putusan Higgins.¹⁷

2). Sengketa Churchill Mining Plc¹⁸

Sengketa Churchill Mining Plc (“Churchill”) di hadapan badan arbitrase ICSID adalah salah satu sengketa yang menarik perhatian publik (nasional dan internasional).¹⁹ Sengketa melibatkan Churchill sebuah perusahaan Inggris dan Planet, sebuah perusahaan pertambangan Australia. Churchill memiliki saham sebesar 95% dan Planet memiliki 5% dalam sebuah perusahaan PMA PT Indonesian Coal Development (PT. ICD).

Dalam priode tahun 2005 hingga 2010, PT ICD bersama beberapa perusahaan Indonesia mengembangkan proyek batubara di Kutai Timur.

Pada tahun 2005, BKPM memberi izin kepada PT ICD untuk melakukan usaha pertambangan. Dalam izin tahun 2005 ini memuat klausul arbitrase ICSID. Section IX (4) Persetujuan BKPM tahun 2005 ini memuat ketentuan yang berbunyi berikut:²⁰

“Dalam hal terjadi perselisihan antara perusahaan dengan Pemerintah Republik Indonesia yang tidak dapat diselesaikan secara musyawarah, Pemerintah Indonesia bersedia mengikuti penyelesaian menurut ketentuan konvensi tentang penyelesaian perselisihan antara Negara dan Warga Negara Asing mengenai penanaman modal sesuai dengan UU Nomor 5 Tahun 1968.”

17 Sudargo Gautama, *Arbitrase Bank Dunia tentang Penanaman Modal di Indonesia dan Jurisprudensi Indonesia dalam Perkara Hukum Perdata*, Bandung: Alumni, 1994, hlm. 5.

18 *Churchill Mining Plc. and Planet Mining Pty Ltd, formerly ARB/12/40 v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/12/40 and 12/14)*.

19 Lihat misalnya: <http://www.iisd.org/itn/2014/05/14/awards-and-decisions-15/>

20 *Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia, Decision on Jurisdiction*, para. 235.

Pada tahun 2006, Churchill dan Planet memiliki semua saham PT. ICD dari para pendirinya. Pada tahun yang sama, kepemilikan saham juga disetujui BKPM. Persetujuan BKPM ini memuat pula klausul arbitrase ICSID.

Selanjutnya, pada periode tahun 2007 hingga 2009, mitra Churchill dan Planet diberi izin untuk melakukan survei, eksplorasi, dan eksploitasi pertambangan batu bara di Kutai Timur. Pada saat yang sama, Pemerintah Daerah setempat ternyata memberi izin usaha pertambangan di areal wilayah usaha pertambangan di atas wilayah pertambangan Churchill dan Planet kepada beberapa perusahaan nasional. Pada bulan Mei 2010, berdasarkan surat dari Menteri Kehutanan mengenai status hutan di area pertambangan, Pemerintah Daerah membatalkan dan mencabut izin eksplorasi Churchill dan Planet.

Terhadap tindakan pencabutan izin ini Churchill dan Planet membawa sengketa ini ke badan arbitrase ICSID. Sengketa yang diangkat oleh kedua pihak ini kemudian disepakati untuk digabung menjadi satu sengketa. Namun, untuk putusannya dan hal-hal lain apabila menurut Majelis Arbitrase perlu dipisah, misalnya mengenai putusan arbitrase, atau putusan lainnya yang menurut Majelis Arbitrase perlu dipisahkan, maka tetap dibuat dalam 2 putusan.²¹

Sewaktu tulisan ini disusun, Majelis Arbitrase ICSID telah terbentuk dengan komposisi Ketua Majelis Arbitrase: Professor Gabrielle Kaufman-Kohler dan anggota arbiter: Michael Hwang (Singapura) dan Albert Jan van Den Berg (Belanda). Pemerintah sebagai tergugat diwakili oleh Kementerian Hukum dan HAM. Tuntutan (petitum) pemohon adalah sebagai berikut:²²

- (i) menyatakan bahwa termohon (Pemerintah RI) telah melanggar kewajiban internasionalnya berdasarkan Perjanjian BIT;
- (ii) memerintahkan termohon untuk membayar ganti rugi penuh sesuai dengan Perjanjian BIT dan hukum kebiasaan internasional yang jumlahnya akan ditetapkan oleh arbitrase;
- (iii) memerintahkan termohon untuk membayar semua biaya arbitrase, termasuk tetapi tidak terbatas pada biaya dan ongkos-ongkos Majelis Arbitrase dan biaya jasa hukum;
- (iv) menghukum termohon untuk membayar bunga selama putusan belum dilaksanakan yang jumlah menurut badan arbitrase tepat; dan
- (v) memerintahkan tindakan lainnya yang menurut Majelis Arbitrase layak.

Majelis Arbitrase ICSID telah melakukan beberapa tindakan. Tindakan terakhir adalah mengeluarkan putusan mengenai keberatan Indonesia atas yurisdiksi atau

21 *Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia, Decision on Jurisdiction*, para. 58.

22 *Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia, Decision on Jurisdiction*, para. 50.

kewenangan badan arbitrase ICSID untuk menangani sengketa ini.²³ Pemerintah Indonesia berpendapat, Majelis Arbitrase ICSID tidak memiliki dasar hukum untuk menangani sengketa ini, karena tidak adanya dasar hukum bagi pemerintah Indonesia untuk menyerahkan sengketa dengan Churchill dan Planet ke badan arbitrase ICSID.

Secara spesifik keberatan Indonesia terhadap yurisdiksi ICSID untuk menangani dan memutus sengketa ini adalah:

(1) Pasal 7 (1) Perjanjian BIT Inggris-Indonesia di dalamnya tidak memberikan persetujuan Indonesia untuk menyelesaikan sengketa penanaman modalnya kepada arbitrase ICSID. Pasal 7 ayat (1) yang penting ini berbunyi:²⁴

"The Contracting Party in the territory of which a national or company of the other Contracting Party makes or intends to make an investment shall assent to any request on the part of such national or company to submit, for conciliation or arbitration, to the Centre established by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States opened for signature at Washington on 18 March 1965 any dispute that may arise in connection with the investment."

(2) Persetujuan atau izin yang diberikan BKPM kepada PT. ICD tidak memuat persetujuan penyelesaian sengketa kepada badan ICSID karena BKPM tidak berwenang memberikan izin itu; dan

(3) Persetujuan penanaman modal sebagaimana yang termuat dalam Pasal 2 ayat (1) Perjanjian BIT tidak mencakup pengertian penanaman modal yang dilakukan Churchill sehingga penanaman modal yang bersangkutan tidak sesuai dengan pengertian UU Penanaman Modal (UU Nomor 1 tahun 1967 (pada waktu itu)) termasuk peraturan perundang-undangan yang menggantikannya kemudian.²⁵

Isu utama yang terangkat dalam masalah yurisdiksi ini adalah penafsiran terhadap perjanjian BIT. Majelis berpendapat bahwa berdasarkan Konvensi ICSID, kesepakatan untuk menyerahkan sengketa kepada arbitrase ICSID harus dinyatakan secara tertulis. Selain syarat ini, tidak ada syarat lain misalnya ketentuan bahwa persetujuan itu harus jelas dan tidak kabur ("*clear and unambiguos*") atau dibuktikan melalui pembuktian afirmatif ("*affirmative evidence*").²⁶

Pendirian Majelis Arbitrase harus menentukan apakah terhadap persetujuan tertulis dalam perjanjian BIT Inggris-Indonesia dan Perjanjian BIT Australia-Indonesia

23 *Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia, Decision on Jurisdiction*, 24 February 2014. Decision on Jurisdiction pada kasus Planet v Republic of Indonesia, Decision on Jurisdiction juga dikeluarkan pada tanggal yang sama.

24 *Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia, Decision on Jurisdiction*, para. 90.

25 *Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia, Decision on Jurisdiction*, para. 77.

26 *Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia, Decision on Jurisdiction*, para. 148.

haruslah mengacu kepada penafsiran perjanjian sebagaimana termuat dalam Pasal 31 dan 32 Konvensi Wina mengenai Perjanjian.²⁷

Pasal 31 mengenai aturan umum penafsiran dan Pasal 32 mengenai upaya tambahan untuk penafsiran berbunyi:

“Article 31

General rule of interpretation

1. *A treaty shall be interpreted in good faith in accordance with the ordinary meaning to be given to the terms of the treaty in their context and in the light of its object and purpose.*

2. *The context for the purpose of the interpretation of a treaty shall comprise, in addition to the text, including its preamble and annexes:*

a. any agreement relating to the treaty which was made between all the parties in connexion with the conclusion of the treaty;

b. any instrument which was made by one or more parties in connexion with the conclusion of the treaty and accepted by the other parties as an instrument related to the treaty.

3. *There shall be taken into account, together with the context:*

a. any subsequent agreement between the parties regarding the interpretation of the treaty or the application of its provisions;

b. any subsequent practice in the application of the treaty which establishes the agreement of the parties regarding its interpretation;

c. any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties.

4. *A special meaning shall be given to a term if it is established that the parties so intended.*

Article 32

Supplementary means of interpretation

Recourse may be had to supplementary means of interpretation, including the preparatory work of the treaty and the circumstances of its conclusion, in order to confirm the meaning resulting from the application of article 31, or to determine the meaning when the interpretation according to article 31:

a. leaves the meaning ambiguous or obscure; or

b. leads to a result which is manifestly absurd or unreasonable.”

Dalam putusannya, Majelis Arbitrase ICSID menolak dalil pemerintah Indonesia dan memutuskan bahwa Majelis Arbitrase memiliki yurisdiksi atas para pihak berdasarkan perjanjian BIT antara Inggris-Indonesia (untuk sengketa Churchill) dan

27 *Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia, Decision on Jurisdiction*, para. 29.

Perjanjian BIT antara Australia-Indonesia (untuk sengketa Planet).

Dalam perjanjian BIT Inggris-Indonesia, majelis berpendapat terdapat klausul kesepakatan (*a standing consent clause*) untuk menyerahkan sengketa ke arbitrase ICSID. Dalam perjanjian BIT, digunakan istilah "*shall consent*".²⁸ Permasalahannya adalah, apakah kata ini sudah mewakili keinginan pemerintah Indonesia untuk menyerahkan sengketa kepada badan arbitrase ICSID.²⁹

Dasar hukum yang digunakan majelis adalah catatan perundingan (negosiasi atau *travaux preparatoire*) mengenai pasal-pasal perjanjian. Dalam persidangan, pemohon menunjukkan bahwa kata yang dimaksudkan waktu perundingan ini adalah atau sejalan dengan pengertian "*hereby consent*".³⁰

28 Sekedar suatu catatan, yang menarik dan terungkap dalam perdebatan para pihak mengenai kata "*shall consent*" sebagaimana terdapat dalam Pasal 7 ayat (1) Perjanjian BIT adalah tidak adanya konsistensi peristilahan yang digunakan pemerintah RI dalam berbagai perjanjian BIT. Data yang penulis miliki, sampai dengan tulisan ini dibuat, pemerintah telah menandatangani sekitar 67 Perjanjian BIT dengan Negara-negara sahabat. Dalam persidangan terungkap, terdapat minimal 20 istilah lainnya yang digunakan pemerintah yang menyatakan kesepakatan ini. Istilah yang digunakan adalah:

- a. "*hereby consents to submit*" (digunakan antara lain dalam Indonesia-Turkmenistan BIT, Art. VIII(3))
- b. "*hereby consents to the submission*" (digunakan dalam Indonesia-Romania BIT, Art. IX(3)).
- c. "*hereby gives its unconditional consent*"; (digunakan dalam Indonesia-Finland BIT, Art. 9(5)).
- d. "*hereby irrevocably and anticipatory [sic] gives its consent*" (digunakan dalam Indonesia-Belgium BIT, Art. 10).
- e. "*hereby irrevocably consents in advance*" (digunakan dalam Indonesia-Singapore BIT, Art. VIII(2)).
- f. "*irrevocably consents in advance*" (digunakan dalam Indonesia-Croatia BIT, Art. 10(2). Perjanjian ini sudah tidak berlaku).
- g. "*agrees in advance and irrevocably*" (digunakan antara lain dalam Indonesia-Libya BIT, Art. 12(4))
- h. "*the investor may refer*" (digunakan dalam Indonesia-Malaysia BIT, Art. VII(2)).
- i. "*the investor may submit*" (digunakan dalam Indonesia-Chile BIT, Art. IX(2). Perjanjian BIT ini sudah tidak berlaku).
- j. "*the investor affected may submit*" (digunakan dalam Indonesia-South Korea BIT, Art. 9(2)).
- k. "*the investor concerned may submit*" (digunakan antara lain dalam Indonesia-Bulgaria BIT, Art. VIII(2)).
- l. "*the investor in question may submit*" (digunakan antara lain dalam Indonesia-Italy BIT, Art. 10(2)).
- m. "*the investor will be entitled to submit*" (digunakan dalam Indonesia-Cuba BIT, Art. VIII(3)).
- n. "*the investor shall be entitled to refer*" (digunakan antara lain dalam Indonesia-Syria BIT, Art. VIII(3)).
- o. "*the dispute may be submitted*" (digunakan dalam Indonesia-Spain BIT, Art. X(2)).
- p. "*the dispute can be submitted*" (digunakan dalam Indonesia-Morocco BIT, Art. VIII(2)).
- q. "*the dispute shall, at the request of the investor be submitted*" (digunakan dalam Indonesia-Iran BIT, Art. 11(2)).
- r. "*the dispute shall, at the request of the investor concerned, be submitted*" (digunakan antara lain dalam Indonesia-Czech Republic BIT, Art. 8(2)).
- s. "*the dispute shall, at the request of the investor of the other Contracting Party, be submitted*" (digunakan dalam Indonesia-Germany BIT, Art. 10(2)).
- t. "*the dispute shall be submitted*" (digunakan antara lain dalam Indonesia-Argentina BIT, Art. 10(3)). (Sumber: *Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia*, Decision on Jurisdiction, para. 203).

29 *Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia*, Decision on Jurisdiction, para. 235.

30 *Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia*, Decision on Jurisdiction, para. 306-330.

Majelis Arbitrase menolak dalil pemerintah bahwa BKPM tidak memiliki kewenangan untuk memberi izin penanaman modal. Majelis Arbitrase melihat BKPM sebagai suatu lembaga penting yang bertanggung jawab langsung kepada presiden. Apabila memang BKPM telah melakukan tindakan yang melampaui kewenangannya, presiden dapat saja turut campur, intervensi, dan mengingatkan BKPM untuk memperbaiki tindakan yang telah melampaui kewenangannya itu.³¹

Sedangkan untuk dalil ke-3 bahwa penanaman modal yang dilakukan Churchill tidak termasuk dalam pengertian penanaman modal perjanjian BIT Inggris-Indonesia, Majelis Arbitrase berpendapat bahwa dengan diberikannya izin penanaman modal, maka izin itu dipandang majelis telah menggambarkan persetujuan pemerintah mengenai tidak adanya pelanggaran terhadap peraturan perundang-undangan. Karena itu, tidak beralasan kemudian bahwa penanaman modal yang dilakukan Pemohon menjadi tidak mendapat perlindungan hukum. Karena itu, adalah hak Pemohon untuk membawa sengketa sekarang ini kepada Majelis Arbitrase ICSID.

Untuk sengketa mengenai kewenangan arbitrase, Majelis Arbitrase memutuskan sebagai berikut:

“...the Tribunal finds that Article 7(1) contains a standing offer to arbitrate any dispute that may arise in connection with an investment before ICSID. Churchill was therefore entitled to submit its Request for Arbitration directly to the Centre and no further act was required from Indonesia for this Tribunal to have jurisdiction.”

3). Sengketa Rafat Ali Rizvi³²

Sengketa ini menarik karena putusan Majelis Arbitrase ICSID berbeda dengan putusan dalam sengketa Churchill di atas. Dalam sengketa ini, Majelis Arbitrase mengabulkan keberatan Pemerintah Indonesia sebagai tergugat, mengenai kewenangan atau yurisdiksi badan arbitrase.

Rafat Ali Rizki (selanjutnya disebut “Rafat Ali”), warga negara Inggris, mengajukan sengketa terhadap Pemerintah Indonesia pada tanggal 19 Mei 2011. Rafat Ali menunjuk Joan Donaghue (warga AS) sebagai arbiter pilihannya. Pemerintah Indonesia menunjuk Prof. Mutchucumaraswamy Sornarajah (warga Australia). Kedua pihak sepakat menunjuk Prof. Gavan Griffith (warga Australia) sebagai ketua Majelis Arbitrase. Kuasa perwakilan pemerintah diwakili oleh Kejaksaan Agung.

Dasar hukum yang digunakan Pemohon dalam gugatannya adalah Perjanjian BIT antara Inggris-Indonesia tahun 1997 (*the 1997 Agreement between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of*

31 *Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia, Decision on Jurisdiction*, para. 238.

32 *Rafat Ali Rizvi v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/11/13)*.

Republic of Indonesia for the Promotion and Protection of Investment”, selanjutnya disebut Perjanjian BIT).

Rafat Ali menanamkan modalnya di Indonesia melalui sebuah perusahaan yang didirikan di Bahama, yaitu Chinkara Capital Limited (Chinkara). Pemegang saham lainnya antara lain adalah Mr. Heshamal-Waraq, warga Arab Saudi.

Penggugat mengajukan gugatannya karena ia merasa dirugikan oleh kebijakan pemerintah Indonesia yang mengucurkan *bail out* Bank Century sebesar Rp6.700.000.000.000,00 (enam koma tujuh triliun rupiah). Kebijakan ini mengakibatkan kerugian bagi penggugat sebagai pemegang saham.

Isu yang terangkat dalam persidangan adalah: pertama, menurut tergugat, penanaman modal yang dilakukan oleh Rafat Ali bukan termasuk dalam pengertian penanaman modal sebagaimana yang dimaksud oleh UU Penanaman Modal Indonesia dan karena itu penanaman modal tersebut tidak dapat dilindungi hukum Indonesia dan tidak berhak untuk menuntut di hadapan badan arbitrase ICSID; kedua, penanaman modal yang dilakukan penggugat tidak mendapatkan persetujuan atau izin BKPM dan karena itu penanaman modal yang dilakukan Rafat Ali tidak mendapatkan perlindungan hukum berdasarkan Perjanjian BIT. Perlindungan hukum yang dimaksud yaitu hak untuk mengajukan gugatan ke badan arbitrase ICSID dan berhak mendapat perlindungan menurut hukum Indonesia.

Pada tanggal 30 Agustus 2012, pemerintah mengajukan keberatan atas kewenangan badan arbitrase ICSID untuk menangani dan memutus sengketa ini. Pada tanggal 16 Juni 2013, badan arbitrase ICSID mengeluarkan putusan yang berisi dikabulkannya permohonan tergugat (Indonesia).

Satu hal yang menarik dari putusan Majelis, anggota arbiter Prof. Sornarajah memberikan '*Separate Concurring Opinion*', yaitu suatu pendapat berbeda dengan anggota majelis lainnya. Perbedaan yang dimaksud Prof. Sornarajah setuju dengan putusan, tetapi beliau memiliki pertimbangan hukum yang berbeda. (Lihat selanjutnya: *Rafat Ali Rizvi v. Republic of Indonesia* (ICSID Case No. ARB/11/13), *Award on Jurisdiction*).

Pendapat berbeda beliau terkait dengan tiga hal berikut:

- (1) Apakah Bank Indonesia telah mengabulkan penanaman modal penggugat sehingga penanaman modal tersebut memenuhi persyaratan *Article 2 (1)* Perjanjian BIT. Terhadap masalah ini, Prof. Sornarajah mengemukakan bahwa Bank Indonesia tidak memiliki prosedur khusus untuk memberi persetujuan atau mengabulkan penanaman modal. Dengan tidak adanya prosedur ini, persyaratan *Article 2 (1)* tidak terkait. Kesimpulan pendapat beliau adalah sebagai berikut:³³

33 *Rafat Ali Rizvi and The Republic of Indonesia* (ICSID Case No. ARB/11/13), *Separate Concurring Opinion of Professor Mutucumaraswamy Sornarajah*, para. 21.

“... the Bank Indonesia did not adopt any procedures in connection with the activities of the Claimant or Chinkara that could amount to admission in such a manner as to satisfy the requirement in Article 2(1) of the Treaty. In terms of the law, it has not been adequately established that there could be admission of shareholders of banks for purposes of investment protection by Bank Indonesia. Consequently, the Claimant's investment was not admitted in accordance with the FCIL as required by Article 2(1). As a result, the Treaty does not protect his investment. The result that is arrived at is the same as in the Award.”

- (2) Apakah penanaman modal yang dilakukan Penggugat melalui perusahaan Chinkara adalah penanaman modal tidak langsung dan apakah penanaman modal tidak langsung dapat diberikan perlindungan sesuai dengan Article 2 (1) Perjanjian BIT. Terhadap masalah ini, Prof. Sornarajah berpendapat bahwa investasi yang dilakukan penggugat melalui perusahaan Chinkara adalah penanaman tidak langsung. Karena itu, ia tidak berhak untuk mendapatkan perlindungan berdasarkan perjanjian BIT.³⁴
- (3) Apakah ketentuan MFN dalam Perjanjian BIT memberikan hak kepada penggugat untuk memperoleh atau mendapatkan prosedur penanaman modal yang lebih longgar. Beliau berpendapat, untuk masalah ini tidaklah terlalu relevan untuk dijadikan pertimbangan hukum oleh majelis.³⁵

Terhadap putusan yang mengabulkan permohonan tergugat, Rafat Ali mengajukan permohonan pembatalan putusan. Sekretaris Jenderal ICSID telah membentuk suatu *ad hoc committee* sesuai dengan Pasal 52 ayat (3) Konvensi ICSID.³⁶ *Ad hoc Committee* terdiri atas Andrés Reigo Surede (warga Spanyol) sebagai ketua, Teresa Cheng (Cina) dan Christoph H. Schreuer (warga Austria) sebagai anggota.

Belum ada data kapan *Ad hoc Committee* akan mengeluarkan putusan mengenai dikabulkannya permohonan atau tidak. Apabila permohonan dikabulkan, sengketa Rafat Ali melawan pemerintah akan berkepanjangan. Sebaliknya, apabila permohonan ditolak, gugatan Rafat Ali di badan arbitrase ICSID akan terhenti.

34 *Rafat Ali Rizvi and The Republic of Indonesia* (ICSID Case No. ARB/11/13), Separate Concurring Opinion of Professor Mutucumaraswamy Sornarajah, para. 32.

35 *Rafat Ali Rizvi and The Republic of Indonesia* (ICSID Case No. ARB/11/13), Separate Concurring Opinion of Professor Mutucumaraswamy Sornarajah, para. 33

36 Pasal 52 (3) Konvensi berbunyi sebagai berikut:

“On receipt of the request the Chairman shall forthwith appoint from the Panel of Arbitrators an ad hoc Committee of three persons. None of the members of the Committee shall have been a member of the Tribunal which rendered the award, shall be of the same nationality as any such member, shall be a national of the State party to the dispute or of the state whose national is a party to the dispute, shall have been designated to the Panel of Arbitrators by either of those States, or shall have acted as a conciliator in the same dispute. The Committee shall have the authority to annul the award or any part thereof on any of the grounds set forth in paragraph (1).”

Putusan arbitrase ICSID memberi catatan penting mengenai praktik hukum arbitrase di Indonesia. Pertama, putusan ini menegaskan kembali bahwa penanaman modal yang mendapat perlindungan hukum di Indonesia adalah penanaman modal yang secara langsung dilakukan di dalam melakukan kegiatan usaha penanaman modal. Penanaman modal tidak termasuk penanaman modal yang dilakukan secara tidak langsung atau *portfolio investment*.

Kedua, sengketa ini juga seperti tersurat dalam sengketa Churchill di atas, menegaskan bahwa penanaman modal yang berhak mendapat perlindungan hukum di Indonesia, bukan saja bukan *portfolio*, tetapi juga harus mendapatkan satu persyaratan penting lainnya. Persyaratan izin atau persetujuan dari BKPM merupakan syarat mutlak agar suatu penanaman modal mendapat perlindungan hukum.

4). Sengketa PT. Newmont Nusa Tenggara³⁷

Penggugat, PT. Newmont Nusa Tenggara (Nusa Tenggara Partnership B.V. dan PT. New Mont Nusa Tenggara, selanjutnya disebut PT. Newmont) mengajukan permohonan arbitrase terhadap pemerintah Indonesia ke Sekretaris Jenderal ICSID (Sekjen ICSID) pada tanggal 30 Juni 2014. Menghadapi gugatan ini, pemerintah menunjuk Menko Perekonomian sebagai wakilnya.

Sebelum Sekjen ICSID membentuk susunan majelis arbitrase, penggugat mengirim surat mengenai tidak dilanjutkannya persidangan arbitrase. Pemerintah Indonesia menyatakan tidak keberatan atas penghentian perkara oleh penggugat. Pada tanggal 29 Agustus 2014, Sekjen ICSID mengeluarkan penetapan (*order*) yang berisi pengakhiran atau tidak dilanjutkannya persidangan arbitrase.

5). Sengketa Cemex Asia Holding³⁸

Sengketa bermula ketika Cemex Asia Holding Ltd (Cemex) menanamkan modalnya di Indonesia melalui pembelian 25,5% saham PT. Semen Gresik. Dalam perkembangannya Cemex memperoleh hak untuk menjadi pemilik saham mayoritas pada tahun 2001. Namun dalam perkembangannya Pemerintah Indonesia menolak untuk melepaskan sahamnya kepada Cemex.

Cemex memohon arbitrase ICSID dan terdaftar di Sekretariat ICSID pada 27 Januari 2004. Majelis Arbitrase terbentuk pada 10 Mei 2004.³⁹ Dalam permohonannya, Cemex berpendapat:

- (1) Pemerintah Indonesia gagal melindungi penanaman modalnya di Semen Gresik. Cemex meminta pemutusan perjanjian "*Conditional Sales Purchase Agreement*" yang ditandatangani kedua pihak pada Desember 1998; dan

37 *Nusa Tenggara Partnership B.V. and PT Newmont Nusa Tenggara v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/14/15)*.

38 *Cemex Asia Holdings Ltd v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/04/3)*.

39 Majelis arbitrase terdiri dari: ketua: L. Yves Fortier (Kanada); Anggota: Robert von Mehren (AS); dan Brigitte Stern (Perancis).

(2) Pemerintah Indonesia telah mengambil alih secara *de facto* penanaman modal Cemex dengan adanya permintaan pemisahan (*spin-off*) Semen Padang.

Majelis arbitrase telah menetapkan tanggal sidang pada 11 Januari 2005, tetapi pemerintah Indonesia meminta penundaan persidangan guna menyelesaikannya secara bilateral dan damai terlebih dahulu.

Pada akhirnya, kedua pihak sepakat untuk menyelesaikan putusan yang dituangkan dalam putusan arbitrase ICSID tanggal 23 Februari 2007. Putusan tersebut memuat kesepakatan para pihak sesuai dengan *Arbitration Rules* 43 (2).⁴⁰

6). Sengketa *Kaltim v Kaltim Prima Coal* (2007)

Sengketa bermula ketika Gubernur Kalimantan Timur (Kaltim) menyatakan kesediaannya membeli 51% saham PT. Kaltim Prima Coal (KPC). Tetapi dalam perkembangannya, proses pembelian saham terkatung-katung, terutama tidak tercapainya kesepakatan soal harga. Terkatung-katungnya soal ini mendorong Pemerintah Provinsi Kaltim menggugat KPC ke Pengadilan pada 2001.

Gugatan gagal karena Pemerintah Pusat meminta Kaltim mencabut gugatannya. Kemudian KPC melalui PT. Bumi Resources Indonesia menjual sahamnya kepada PT. Sitrade Nusa Globus.

Penjualan saham ini dipandang Pemerintah Provinsi Kaltim sebagai pengabaian kepentingan daerah. Mereka tetap menuntut bagian saham KPC. Pemprov memohon penyelesaian sengketa arbitrase ICSID pada 5 April 2006 (*Government of the Province of East Kalimantan v. PT. Kaltim Prima Coal and others, ICSID Case No. Arb./07/3*). Majelis Arbitrase terbentuk pada 12 April 2007, terdiri dari ketua: Gabrielle Kaufmann-Kohler (Swiss), anggota: Albert Jan Van Den Berg (Belanda) dan Michael Hwang (Singapura).

Tetapi kemudian Pemerintah Provinsi Kaltim memberitahu Majelis pada 28 Agustus 2008 untuk membatalkan gugatan semata-mata karena tidak adanya biaya untuk membiayai ongkos arbitrase.⁴¹

Dari berbagai sengketa di atas, sengketa Amco menjadi terkenal di dunia. Putusan sengketa ini banyak dijadikan acuan mengenai arbitrase penanaman modal internasional yang fenomenal.

Kasus Amco disebut fenomenal karena, pertama, kasus ini dipandang sebagai salah kasus yang terlama dan terbentuknya tiga Majelis Arbitrase untuk satu kasus.

40 *Arbitration Rules* 43 (2) berbunyi: "(2) *If the parties file with the Secretary-General the full and signed text of their settlement and in writing request the Tribunal to embody such settlement in an award, the Tribunal may record the settlement in the form of its award.*"

41 <<http://www.majalahkontan.com/>>. Keterangan lebih lanjut sengketa ini dan kronologisnya dapat diakses dari website ICSID: <<http://icsid.worldbank.org/ICSID/>>

Kedua, kasus ini menjadi sorotan karena pemerintah Indonesia berupaya membatalkan putusan arbitrase ICSID ini.⁴²

D. Penutup

Penyelesaian sengketa melalui arbitrase ICSID di Washington adalah suatu metode penyelesaian sengketa yang lahir karena kebutuhan mengenai perlunya suatu lembaga penyelesaian sengketa yang netral di mata investor asing. Dari berbagai instrumen internasional seperti Konvensi ICSID dan berbagai perjanjian BIT, arbitrase adalah salah satu bentuk perlindungan kepada para pihak (investor dan negara). Langkah pemerintah meratifikasi Konvensi ICSID merupakan suatu langkah yang tepat. Langkah ini memberi jaminan dan komitmen pemerintah untuk memberikan perlindungan bagi investor asing dalam bentuk kesediaan pemerintah untuk menyelesaikan sengketa penanaman modal asing kepada arbitrase ICSID. Untuk mengantisipasi gugatan, menurut hemat penulis, pemerintah sebaiknya memberi perhatian positif kepada lembaga arbitrase ini terlebih dahulu. Pepatah lama yang sudah kita kenal, mencegah lebih baik daripada mengobati, adalah saran yang tetap sangat baik.

Penyelesaian melalui arbitrase bukanlah sesuatu yang menakutkan. Namun, hal yang perlu diantisipasi adalah perlunya belajar dari pengalaman berarbitrase di hadapan badan arbitrase ICSID. Pengalaman memperlihatkan masih belum adanya otoritas tunggal lembaga atau kementerian yang (akan) mewakili pemerintah di hadapan forum arbitrase ICSID. Melalui sengketa-sengketa di atas menunjukkan pada saat investor asing menggugat pemerintah, terdapat minimal tiga lembaga yang mewakili pemerintah, yaitu Kementerian Hukum dan HAM, Kejaksaan Agung, dan Kementerian Perekonomian. Otoritas tunggal dibutuhkan untuk menangani secara spesifik dan berpengalaman di dalam beracara di forum arbitrase. Ketiga lembaga tinggi negara ini dapat berkonsultasi satu sama lain untuk menentukan otoritas tunggal ini. Penetapan dalam bentuk peraturan presiden sangat diharapkan. Upaya perbaikan pengaturan undang-undang penanaman modal di dalam negeri, terutama klausul penyelesaian sengketa perlu pula direncanakan. Aturan yang lebih lengkap akan memberi arah yang lebih baik kepada pemerintah untuk dapat memanfaatkan arbitrase penanaman modal ini.

42 Lihat tulisan penulis: Huala Adolf, *Arbitrase Komersial Internasional*, Jakarta: Rajawali Pers, 2003.

Daftar Pustaka

Buku

- Sudargo Gautama, *Arbitrase Bank Dunia tentang Penanaman Modal di Indonesia dan Jurisprudensi Indonesia dalam Perkara Hukum Perdata*, Alumni, Bandung, 1994.
Sudargo Gautama, *Indonesia dan Arbitrase Internasional*, Alumni, Bandung, 1986.

Dokumen Lain

- <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=SearchRH&actionVal=SearchSite&SearchItem=indonesia>
[http://www.iisd.org/itn/2014/05/14/awards-and-decisions-15/Cemex Asia Holdings Ltd v. Republic of Indonesia](http://www.iisd.org/itn/2014/05/14/awards-and-decisions-15/Cemex%20Asia%20Holdings%20Ltd%20v.%20Republic%20of%20Indonesia) (ICSID Case No. ARB/04/3).
Churchill Mining Plc. and Planet Mining Pty Ltd, formerly ARB/12/40 v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/12/40 and 12/14).
Churchill Mining Plc v. Republic of Indonesia, Decision on Jurisdiction.
Nusa Tenggara Partnership B.V. and PT Newmont Nusa Tenggara v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/14/15).
SPP v Egypt, Decision on Jurisdiction (1983); dalam: UNCTAD, ICSID: 2.2. Selecting Appropriate Forum.
Rafat Ali Rizvi v. Republic of Indonesia (ICSID Case No. ARB/11/13).
W. Michael Tupman, "Case Studies in the Jurisdiction of the International Centre for Settlement of Investment Disputes," dalam *International and Comparative Law Quarterly*, vol. 35, Oktober 1986.

Dokumen Hukum

- Konvensi ICSID.
UNCTAD, ICSID: 2.2. Selecting Appropriate Forum, New York: ICSID, 2003.
Undang-Undang Nomor 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional.