

BAB II

**PENGATURAN PENYELESAIAN SENGKETA PENANAMAN
MODAL ASING DI BIDANG MINERAL DAN BATUBARA
ANTARA PEMERINTAH RI DAN INVESTOR ASING:
SUATU KONTROVERSI**

A. Perbedaan Penyelesaian Sengketa Penanaman Modal Asing Dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1968 tentang Persetujuan Atas Konvensi Tentang Penyelesaian Perselisihan Antara Warga Negara dengan Warga Negara Asing Mengenai Penanaman Modal tanggal 26 Juni 1968, Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal dan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara.

Menjelang berakhirnya abad 20 dalam rangka membangun infrastruktur dan membangun industri baru serta melakukan modernisasi industri yang ada tampak kecenderungan di Negara-negara sedang berkembang termasuk Indonesia dengan adanya peningkatan partisipasi modal asing (swasta) dalam pembangunan infrastruktur. Diundanginya modal asing oleh suatu Negara menimbulkan suatu hubungan hukum antara investor asing dengan Negara penerima modal. Hubungan penanaman modal asing merupakan hubungan hukum yang diwujudkan dalam suatu perjanjian yang mengikat para pihak mengenai hak dan kewajiban masing-masing pihak.

Persengketaan yang timbul diantara masing-masing pihak lahir apabila terdapat tindakan-tindakan dari suatu pihak yang melanggar perjanjian yang telah diadakan sebelumnya. Namun disamping ditimbulkan dari adanya pengingkaran salah satu pihak terhadap isi perjanjian, dapat pula suatu sengketa lahir akibat adanya perbedaan penafsiran masing-masing pihak terhadap isi perjanjian.

sebagai syarat lain adanya persengketaan adalah bahwa pihak yang dirugikan tidak menerima pengingkaran atau perbedaan penafsiran itu³⁵.

Berdasarkan keberadaan Negara sebagai salah satu pihak dalam kontrak penanaman modal asing tersebut, maka kontrak tersebut telah mencapai level bersifat internasional. Namun demikian, pelanggaran oleh Negara terhadap isi kontrak tidak dianggap sebagai pelanggaran terhadap hukum internasional, hal ini ditegaskan oleh Inggris dalam kasus Anglo-Iranian Petroleum Concession Case 1951 dan Prancis dalam kasus Norwegian Loans Case 1957, namun Mahkamah Internasional menolak pendapat kedua Negara tersebut. Sekalipun ada tanggungjawab kontraktual dari Negara terhadap kontrak yang dibentuknya, namun hal ini tidak membawa kontrak tersebut masuk dalam ranah hukum internasional publik. Dengan demikian penanam modal tidak berhak untuk mempergunakan sarana penyelesaian sengketa yang dipergunakan dalam hukum internasional publik³⁶.

Selainpun demikian, diakui oleh Negara-negara bahwa pelanggaran atas kontrak yang dibentuk dengan perusahaan asing oleh Negara, dalam hal tertentu, menimbulkan tanggungjawab internasional (*state responsibility*), yaitu apabila (1) terjadinya *denial of remedies* oleh Negara penerima modal bila terjadi sengketa, (2) adanya kerugian yang diderita oleh penanam modal asing karena adanya peraturan perundangan Negara penerima modal, (3) diberlakukannya hukum atau peraturan baru terhadap kontrak yang didalamnya telah dicantumkan klausula stabilisasi, (4) adanya penyitaan oleh Negara, (5) adanya tindakan diskriminatif Negara terhadap perusahaan asing. Persengketaan antara suatu Negara yang berdaulat dengan penanam modal asing/investor asing juga menimbulkan persoalan dimana sengketa itu diselesaikan serta bagaimana keputusan yang ditetapkan dapat dilaksanakan.

Telah disebutkan bahwa sifat “internasional” kontrak antara Negara dan penanam modal asing tidak menjadikan persoalan ini dapat diselesaikan melalui sarana-sarana internasional publik. Dilain pihak, dengan adanya Negara berdaulat

³⁵ Akdieva Tri Tjitrawati, “Karakteristik Sengketa dan Penyelesaian Dalam Penanaman Modal Asing”, dalam dalam *Modul Hukum Investasi*, disusun oleh Ridwan Khairandy, (Yogyakarta : Program Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, 2006), hlm 61.

³⁶*Ibid.*

sebagai salah satu pihak³⁷, menyebabkan sarana secara perdata tidak dapat digunakan.

Salah satu sarana penyelesaian sengketa adalah arbitrase. Setelah Perang Dunia II telah berkembang Arbitrase antara Negara dengan individu. Karena pihaknya salah satu bukan Negara maka timbul sengketa yang tidak tunduk pada hukum internasional. Di pihak lain Negara yang menjadi pihak menginginkan adanya pengakuan bahwa sebagai Negara dia mempunyai kedaulatan (sovereignty) karenanya dia mempunyai hak prerogatif bahkan bila ada sengketa dengan secara privat³⁸.

Arbitrase dalam tipe pertama ini timbul antara Negara dan perusahaan minyak. Pertanyaan yang timbul sehubungan dengan hal ini adalah apakah kontrak yang diadakan antara Negara dan perusahaan minyak adalah kontrak yang tunduk pada hukum internasional publik? Beberapa ahli hukum berpendapat bahwa Arbitrase demikian tunduk pada “kuasi hukum internasional”. Arbitrase semacam ini kemudian dalam praktik diikuti oleh arbitrase dalam komoditas atau kontrak tentang suplai konstruksi atau masalah investment dengan Negara hukum yang berlaku untuk kontrak yang demikian kadang-kadang tidak dirumuskan secara jelas dalam kontrak antara Negara dengan individu. Dalam situasi yang demikian maka arbitor mengalami kesulitan dengan melihat pada kenyataan bahwa salah satu pihak adalah Negara yang berdaulat, namun juga harus dihadapi bahwa Negara menjalankan tindakan sehubungan dengan perjanjian komersial. Masalah ini timbul dalam perkara “Aramco” antara suatu perusahaan Amerika melawan Saudi Arabia, tahun 1963. Dalam kasus tersebut suatu perusahaan milik warga Negara Amerika telah diberi hak untuk mengangkut minyak dari Saudi Arabia. Namun kemudian Pemerintah Saudi Arabia memberikan prioritas kepada perusahaan Saudi Arabia yang didirikan oleh Onasis dari Yunani untuk transpor minyak di Saudi Arabia. Merasa dirugikan, Perusahaan Amerika itu menuntut Pemerintah Saudi Arabia. Mahkamah Arbitrase harus memutuskan hukum apa

³⁷ Pelaku utama transaksi komersial adalah Negara dalam kapasitasnya sebagai *jure gestionis*, yakni Negara sebagai pihak yang melakukan hubungan komersial dan bukan sebagai *jure imperii* yaitu pihak dengan atribut kedaulatannya. Rosdiah Rakhmawati, *Hukum Ekonomi Internasional Dalam Era global*, Edisi 1, (Malang: Bayumedia Publishing, 2006), hlm. 6.

³⁸ Sri Setyaningsih Suwardi, *Penyelesaian Sengketa Internasional*, Cet. I, (Jakarta: UI Press, 2006), hlm. 50

yang dipakai untuk perkara tersebut, dimana dalam perjanjian arbitrase tidak ditetapkan hukum mana yang diterapkan. Mahkamah Arbitrase menetapkan bahwa perjanjian Aramco tidak mempunyai dampak terhadap kontrak yang dibuat Onasis karena ada prinsip hak Negara berdaulat yang harus dihormati³⁹.

Menyadari bahwa berdasarkan prinsip hak Negara berdaulat dan doktrin imunitas kedaulatan⁴⁰, tuntutan investor asing akan kandas jika diajukan melalui forum pengadilan biasa dari Negara-negara yang bersangkutan, maka pihak swasta asing yang hendak melakukan investasi jangka panjang di Negara-negara berkembang seperti Indonesia dalam rangka Penanaman Modal Asing (*Foreign Direct Investment*) umumnya menempuh jalur penyelesaian sengketa yang lain, yaitu melalui arbitrase internasional, seperti *International Centre for the Settlement of Investment Dispute (ICSID)*, *International Chamber of Commerce (ICC)* di Paris atau mengikuti aturan (rules) dari *United Nation of Commission on International Trade Law (UNCITRAL)*.

Negara-negara yang mempunyai program untuk menarik modal asing mencantumkan didalam Undang-Undang Penanaman Modal mereka, bahwa apabila terjadi sengketa antara pemerintah dengan investor asing, maka penyelesaiannya akan diserahkan kepada arbitrase internasional, oleh karenanya Negara-negara penarik modal asing menjadi anggota Konvensi ICSID, suatu center yang didirikan untuk menyelesaikan sengketa antara pemerintah dan investor asing berkenaan dengan penanaman modal asing⁴¹. Tujuan dibentuknya ICSID adalah untuk menyediakan fasilitas bagi konsoliasi dan arbitrase sengketa investasi antara Negara peserta konvensi dengan warga Negara dari peserta konvensi lainnya berdasarkan ketentuan konvensi. Agar ICSID dapat berlaku, para pihak harus sepakat mengajukan sengketa mereka ke dewan arbitrase ICSID,

³⁹ *ibid*

⁴⁰ Doktrin imunitas kedaulatan adalah suatu doktrin yang menghalangi suatu gugatan terhadap kedaulatan (pemerintah atau bagian-bagiannya) tanpa persetujuannya. Imunitas kedaulatan atau kekebalan raja merupakan imunitas yang umum terdapat dalam yurisdiksi *common law*, yang mulai berakar dari abad 12 di Inggris. Doktrin ini didasarkan pada konsep kedaulatan (raja) tidak dapat berbuat salah (the sovereign (king) can do no wrong). Di Negara kerajaan ini kedaulatan berasal dari kekuasaan yang membuat pengadilan. Pengadilan-pengadilan tidak mempunyai kekuasaan untuk memaksa pemegang kedaulatan atau wakil-wakilnya untuk tunduk pada pengadilan, karena pengadilan-pengadilan ini didirikan oleh pemegang kedaulatan untuk melindunginya. A. Madjedi Hasan, *Kontrak Minyak dan Gas Bumi Berazas Keadilan dan Kepastian Hukum*, Cet. I, (Jakarta: Fikahati Aneska, 2009), hlm. 177.

⁴¹ Ridwan Khairandy, *Modul...., Op.cit*, hlm 225.

sengketa haruslah antara peserta konvensi atau agen/organisasi-organisasi Negara tersebut dan warga Negara peserta konvensi lainnya, dan sengketa berkaitan dengan masalah investasi.

Indonesia dalam rangka menciptakan iklim usaha yang kondusif untuk penanaman modal, telah meratifikasi Konvensi ICSID pada tahun 1968 yang kemudian dituangkan kedalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1968 tentang Persetujuan Atas Konvensi Tentang Penyelesaian Perselisihan Antara Negara dan Warga Negara Asing mengenai Penanaman Modal (selanjutnya disebut dengan UU No. 5/1968). Konvensi ICSID ini menetapkan tata cara penyelesaian sengketa antara Pemerintah yang menandatangani konvensi dan investor asing dinegara tersebut, bilamana kedua pihak telah sepakat secara tertulis untuk menyelesaikan sengketa melalui arbitrase ICSID⁴². Diperlukan kesepakatan kedua belah pihak untuk membawa sengketa mereka melalui jalur ICSID tercantum dalam penjelasan pasal 2 UU No. 5/1968 yang menyatakan bahwa : *Menurut Pasal-pasal 25 ayat (1) dan 36 ayat (2) Konvensi setiap perselisihan harus terlebih dahulu mendapat persetujuan dari kedua belah pihak yang berselisih, sebelum dapat diajukan di depan Mahkamah Arbitrase (Arbitral Tribunal)*. Selanjutnya Pemerintah mempunyai kewenangan untuk memutuskan apakah sengketa antara Negara (dalam hal ini Republik Indonesia) dengan warga Negara asing diputuskan melalui Konvensi ICSID, ketentuan tersebut diatur dalam pasal 2 UU No. 5/1968 yaitu: *Pemerintah mempunyai wewenang untuk memberikan persetujuan bahwa sesuatu perselisihan tentang penanaman modal antara Republik Indonesia dan Warga negara Asing diputuskan menurut Konvensi termaksud dan untuk mewakili Republik Indonesia dalam perselisihan tersebut dengan hak substitusi*. Ketentuan tersebut diperjelas dalam penjelasan pasal 2 UU No. 5/1968, yaitu : *Dengan pasal ini dipastikan bahwa Pemerintah mempunyai wewenang untuk memberikan persetujuan yang dimaksud itu serta untuk mewakili Republik Indonesia dalam perselisihan tersebut dengan hak substitusi di mana*

⁴² Walaupun Konvensi telah berlaku untuk sesuatu Negara namun tidaklah ada suatu kewajiban bahwa setiap perselisihan harus diselesaikan menurut Konvensi. Sebab syarat mutlak untuk penyelesaian perselisihan menurut Konvensi adalah persetujuan dari kedua belah pihak yang berselisih. Penjelasan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1968 tentang Persetujuan Atas Konvensi Tentang Penyelesaian Perselisihan Antara Negara dan Warga Negara Asing mengenai Penanaman Modal, LN Nomor 32 Tahun 1968, TLN 2852.

perlu. Selain itu Berdasarkan Keputusan Presiden Nomor 32 Tahun 1968 (Keppres 32/1968), Pemerintah Indonesia diberikan izin untuk menyetujui agar sengketa tentang penanaman modal asing di Indonesia dengan swasta asing disalurkan penyelesaiannya melalui forum arbitrase ICSID.

Ratifikasi ICSID, Undang-Undang Nomor 6 Tahun 1968 dan Keppres 32/1968 telah memberikan peluang bahwa sengketa yang timbul dalam penanaman modal tidak perlu diajukan kepada forum dari pengadilan nasional suatu Negara. Putusan Badan Arbitrase yang terdiri dari orang-orang biasa sebagai hakim (bukan hakim Negara) akan sama efektifnya seperti putusan yang dibuat oleh badan peradilan dalam instansi terakhir atau bersifat “*final and binding*”. Berdasarkan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, pelaksanaan putusan arbitrase internasional memerlukan *fiat eksekusi* atau eksekutor Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat atau Mahkamah Agung jika menyangkut Negara RI sebagai salah satu pihak dalam sengketa yang selanjutnya dilimpahkan kepada Pengadilan Jakarta Pusat⁴³.

Pada Chapter II Konvensi ICSID menyatakan bahwa ICSID mempunyai yurisdiksi atas sengketa yang secara langsung timbul dari investasi, antara Negara penandatangan dan warga Negara dari Negara penandatangan lainnya, dimana pihak yang bersengketa secara setuju tertulis mengajukan sengketanya kepada dewan arbitrase ICSID. Bila persetujuan telah diberikan, tidak ada satu pihak pun boleh mengundurkan diri. Penyelesaian sengketa menurut konvensi ini dapat melalui Konsoliasi atau Arbitrase⁴⁴.

Penyelesaian sengketa melalui konsoliasi adalah dimana Komisi Konsoliasi yang dibentuk berdasarkan kesepakatan para pihak, berkewajiban menjelaskan masalah-masalah yang menjadi sengketa dan usaha agar kedua belah pihak yang bersengketa mencapai kesepakatan penyelesaian melalui syarat-syarat yang dapat diterima keduanya. Komisi pada setiap tingkat proses sampai berakhirnya, dari waktu ke waktu dapat memberikan rekomendasi untuk penyelesaian kepada para pihak. Para pihak harus bekerjasama dengan komisi berdasarkan itikad baik agar komisi dapat menjalankan fungsinya dan memberikan rekomendasi yang serius kepada rekomendasi komisi. Terkait

⁴³ A. Madjedi Hasan, *Op.cit*, hlm 181.

⁴⁴ Ridwan Khairandy, *Op.cit*, hlm 226.

persetujuan atas penyelesaian sengketa, Komisi akan senantiasa mencatat perkembangan penyelesaian sengketa hingga mencapai persetujuan. Dalam hal penyelesaian gagal mendapat persetujuan para pihak yang bersengketa, maka Komisi tetap membuat laporan bahwa sengketa gagal mencapai persetujuan⁴⁵.

Konvensi ICSID dalam Bab IV Konvensi juga mengatur penyelesaian sengketa melalui arbitrase. Dalam Pasal 36 ayat 1 dinyatakan bahwa setiap Negara penandatangan atau warga Negara dari Negara penandatangan berkeinginan untuk melakukan penyelesaian sengketa melalui arbitrase, harus mengajukan permintaan tersebut secara tertulis kepada Sekretaris Jenderal ICSID dan harus mengirimkan salinannya kepada pihak lain. Permintaan tersebut harus berisi informasi mengenai masalah yang disengketakan, identitas para pihak dan persetujuan mereka kepada arbitrase menurut ketentuan beracara arbitrase. Sekretaris Jenderal akan mendaftarkan permintaan tersebut, kecuali ia menemukan berdasarkan informasi dalam permintaan sengketa tersebut diluar yurisdiksi dari ICSID, penolakan pendaftaran tersebut harus diberitahukan kepada kedua belah pihak⁴⁶.

Berdasarkan penjelasan diatas, dapat diketahui bahwa yurisdiksi ICSID (dewan arbitrase ICSID), ditentukan oleh tiga unsur utama yakni: *Pertama*, sengketa harus merupakan sengketa yang muncul secara langsung (*arising directly*) dari penanam modal; *Kedua*, pihak yang bersengketa haruslah Negara yang menjadi anggota ICSID dan warga Negara yang negaranya menjadi anggota ICSID; *Ketiga*, harus ada pernyataan tertulis, kesepakatan dari kedua belah pihak yang bersengketa, mengenai penyerahan penyelesaian sengketa kepada ICSID. Dengan kata lain, perselisihan yang dibawa kepada dewan arbitrase ICSID hanyalah sengketa yang menyangkut perselisihan hukum (*legal dispute*) yang menyangkut penanaman modal⁴⁷.

Secara garis besar, UU No. 5/1968 tentang Penyelesaian Perselisihan Antara Negara dan Warga Negara Asing mengenai Penanaman Modal mengatur tentang persetujuan atas konvensi tentang Penyelesaian Perselisihan antara Negara dan Warga Negara Asing Mengenai Penanaman Modal (*Convention on the*

⁴⁵ *ibid*

⁴⁶ *ibid*

⁴⁷ Sentosa Sembiring, *Op.cit*, hlm. 245.

Settlement of Investment Dispute Between State and Nationals of Other States) atau disebut juga dengan konvensi ICSID. Dalam UU No. 5/1968 mengatur bahwa sengketa penanaman modal antara Pemerintah dan warga Negara asing (dalam hal ini investor) dapat diselesaikan melalui ICSID apabila kedua belah pihak menyetujui sengketa mereka diselesaikan di ICSID. Hal yang menarik disini adalah berdasarkan ketentuan Undang-undang ini diketahui bahwa sengketa penanaman modal, dalam hal ini penanaman modal asing, antara Pemerintah dan warga Negara asing (investor asing) tidak otomatis harus melalui jalur ICSID, tergantung dari kesepakatan kedua belah pihak.

Terkait dengan Penyelesaian sengketa, Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (selanjutnya disebut dengan “UUPM”) telah mengatur ketentuan tersebut, berdasarkan pasal 32, yaitu:

- (1) *Dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara Pemerintah dengan penanam 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 sengketa dibidang penanaman modal antara Pemerintah dengan penanam modal dalam negeri, para pihak dapat menyelesaikan sengketa tersebut melalui arbitrase berdasarkan kesepakatan para pihak, dan jika penyelesaian sengketa melalui arbitrase tidak disepakati, penyelesaian sengketa tersebut akan dilakukan di Pengadilan.*
- (4) *Dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara Pemerintah dengan penanam modal asing, para pihak akan menyelesaikan sengketa tersebut melalui arbitrase internasional yang harus disepakati oleh para pihak.*

Berdasarkan ketentuan pasal 32 UUPM, dapat diketahui bahwa penyelesaian sengketa yang diatur dalam pasal ini adalah penyelesaian sengketa antara Pemerintah dan investor, tidak diatur penyelesaian sengketa antara investor

dengan investor. Terkait penyelesaian sengketa antara pemerintah dengan investor, secara umum diatur bahwa pertama-tama penyelesaian sengketa dapat diselesaikan melalui jalan musyawarah mufakat, apabila dalam musyawarah mufakat tidak tercapai penyelesaian, maka sengketa dapat diselesaikan melalui jalur arbitrase atau alternatif penyelesaian sengketa atau pengadilan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Lalu bagaimana pembedaan dengan penyelesaian sengketa antara Pemerintah dengan penanam modal dalam negeri (investor dalam negeri) dan Pemerintah dengan penanam modal asing (Investor asing)? Untuk penyelesaian sengketa antara Pemerintah dengan penanam modal dalam negeri, Pasal 32 ayat 3 menentukan bahwa sengketa dapat diselesaikan melalui jalur arbitrase berdasarkan kesepakatan para pihak, dan jika melalui jalur arbitrase penyelesaian sengketa tidak dapat disepakati, maka penyelesaian sengketa akan dilakukan di Pengadilan. Sedangkan untuk penyelesaian sengketa antara Pemerintah dengan penanam modal asing, pada Pasal 32 ayat 4 menyebutkan bahwa para pihak akan menyelesaikan sengketa tersebut melalui arbitrase internasional yang harus disepakati oleh para pihak. Terdapat kata yang penulis garis bawahi dari ketentuan Pasal 32 ayat 4 ini, apabila mengamati ketentuan Pasal ini maka bermakna bahwa arbitrase internasional adalah forum penyelesaian sengketa yang akan digunakan oleh Pemerintah dan penanam modal asing berdasarkan kesepakatan para pihak, namun arbitrase internasional mana yang akan digunakan sangat tergantung dari kesepakatan para pihak tersebut.

Untuk penyelesaian sengketa dalam kerangka pertambangan minerba, pengaturannya terdapat dalam Pasal 154 Bab XXII tentang Sanksi Administratif Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Minerba (selanjutnya disebut dengan “UU Minerba”), yaitu:

Setiap sengketa yang muncul dalam pelaksanaan IUP, IPR, atau IUPK diselesaikan melalui pengadilan dan arbitrase dalam negeri sesuai dengan ketentuan peraturan perundangundangan.

Selain itu dalam pasal 155 UU Minerba, ditentukan bahwa : *Segala akibat hukum yang timbul karena penghentian sementara dan/atau pencabutan IUP, IPR, atau IUPK sebagaimana dimaksud dalam Pasal 151 ayat 2 huruf b dan huruf c diselesaikan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.*

Apa yang dimaksud dalam pasal 151 ayat 2 huruf b dan huruf c UU Minerba adalah: *Sanksi administratif sebagaimana dimaksud pada ayat 1 berupa ; (b) penghentian sementara sebagian atau seluruh kegiatan eksplorasi atau kegiatan operasi produksi; dan/atau (c) pencabutan IUP, IPR, atau IUPK.* Terkait pengaturan penyelesaian sengketa dibidang minerba ini, terdapat beberapa point yang perlu mendapat perhatian, *Pertama*, bahwa sengketa yang muncul dalam pelaksanaan IUP, IPR atau IUPK diselesaikan melalui Pengadilan dan arbitrase dalam negeri sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Dalam ketentuan ini dipahami bahwa Pengadilan yang dipakai adalah Pengadilan dalam negeri/Pengadilan Nasional Indonesia dan arbitrase yang digunakan adalah arbitrase dalam negeri, didalam ketentuan Pasal 154 UU Minerba tidak dicantumkan ketentuan penyelesaian sengketa melalui arbitrase internasional. *Kedua*, bahwa pengaturan penyelesaian sengketa ini masuk dalam Bab XXII tentang Sanksi Administratif, yang mana dapat dilihat bahwa sengketa yang muncul dalam pelaksanaan IUP, IPR atau IUPK adalah sengketa akibat diberlakukannya sanksi administratif⁴⁸. Hal ini juga dipertegas dalam Pasal 155 UU Minerba yang mengatakan bahwa segala akibat hukum yang timbul karena penghentian sementara dan atau pencabutan IUP, IPR atau IUPK sebagaimana dimaksud dalam Pasal 151 ayat (2) huruf b dan huruf c di selesaikan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. *Ketiga*, dalam pasal 154 Minerba tidak di perjelas apakah ketentuan ini berlaku untuk semua kegiatan penanaman modal baik asing maupun dalam negeri dan dalam penjelasan Pasal 154 hanya tertera “cukup jelas” tanpa ada penjelasan lebih lanjut. Hal ini tentunya akan menimbulkan kebingungan tersendiri terutama bagi penanam modal asing/investor asing, karena terdapat beberapa kondisi yang dihindari oleh investor asing untuk menggunakan lembaga peradilan dalam negeri atau arbitrase dalam negeri. Beberapa kondisi yang dikhawatirkan investor tersebut adalah lembaga peradilan Indonesia yang kurang baik, investor asing kurang mengenal hukum setempat (hukum *host state*), obyektifitas dari lembaga peradilan atau

⁴⁸ Lihat Abraham Lagaligo, “Sanksi Dalam UU Minerba Diskriminatif”, 30 Desember 2008, <http://www.majalahtambang.com/detail_berita.php?lang=in&category=18&newsnr=923>, diakses 1 Desember 2009.

arbitrase dalam negeri, dan salah satu kondisi yang krusial adalah kepastian hukum di Indonesia yang mana hingga saat ini masalah kepastian hukum menjadi alasan bagi investor asing untuk menanamkan modalnya di Indonesia. *Keempat*, dalam pengaturan Pasal 154 dan Pasal 155 UU Minerba, kurang eksplisit dicantumkan peraturan perundang-undangan apa saja yang berlaku/yang dimaksud, karena apabila kita mengacu kepada ketentuan UU Penanaman Modal tentang penyelesaian sengketa pasti ketentuannya sangat berbeda, terutama ketentuan penyelesaian sengketa antara Pemerintah dengan penanam modal asing.

B. Penyelesaian Sengketa Penanaman Modal Asing: Yurisdiksi Arbitrase dalam Mengadili Sengketa.

Dalam penanganan sengketa, salah satunya sengketa penanaman modal asing, seringkali terdapat permasalahan mengenai yurisdiksi atau sengketa kewenangan mengadili suatu sengketa. Konflik yurisdiksi ini seringkali terjadi antara badan peradilan umum dengan arbitrase dalam memeriksa dan memutuskan perkara yang mengandung klausula arbitrase.

Penyelesaian sengketa melalui jalur arbitrase menjadi suatu yang mengikat bagi para pihak apabila mereka setuju dan mengikatkan diri untuk menggunakan arbitrase sebagai forum penyelesaian sengketa mereka, ketentuan tersebut diatur dalam Pasal 2 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (selanjutnya disebut dengan UU Arbitrase)⁴⁹ yaitu: *Undang-undang ini mengatur penyelesaian sengketa atau beda pendapat antar para pihak dalam suatu hubungan hukum tertentu yang telah mengadakan perjanjian arbitrase yang secara tegas menyatakan bahwa semua sengketa atau beda pendapat yang timbul atau yang mungkin timbul dari hubungan hukum tersebut akan diselesaikan dengan cara arbitrase atau melalui alternatif penyelesaian sengketa.* Selanjutnya dalam Pasal 5 UU Arbitrase ditentukan sengketa yang dapat diselesaikan melalui arbitrase adalah sengketa dibidang perdagangan dan mengenai hak yang menurut hukum dan peraturan perundang-undangan dikuasai sepenuhnya oleh pihak yang bersengketa. Sedangkan sengketa yang tidak dapat diselesaikan melalui arbitrase adalah sengketa yang menurut

⁴⁹ Republik Indonesia, Undang-Undang Nomor Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa, UU No. 30 Tahun 1999, LN Nomor 138 Tahun 1999, TLN Nomor 3872.

peraturan perundang-undangan tidak dapat diadakan perdamaian. Kewenangan arbitrase untuk menangani suatu sengketa diatur dalam ketentuan Pasal 3 UU Arbitrase, disebutkan bahwa: *Pengadilan Negeri tidak berwenang untuk mengadili sengketa para pihak yang telah terikat dengan perjanjian arbitrase.* Yurisdiksi absolut dari arbitrase diperjelas dalam pasal 11 UU No. Arbitrase yang menegaskan:

- (1) *Adanya suatu perjanjian arbitrase tertulis meniadakan hak para pihak untuk mengajukan penyelesaian sengketa atau beda pendapat yang termasuk dalam perjanjian ke Pengadilan Negeri.*
- (2) *Pengadilan Negeri wajib menolak dan tidak akan campur tangan di dalam suatu penyelesaian sengketa yang telah ditetapkan melalui arbitrase, kecuali dalam hal-hal tertentu yang ditetapkan dalam Undang-undang ini.*

Mengacu kepada perjanjian arbitrase yang telah disepakati oleh para pihak, maka berlaku pula asas *Pacta Sunt Servanda* yang ketentuannya diatur dalam Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata yakni *semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai Undang-Undang bagi mereka yang membuatnya.* Berdasarkan ketentuan *Pacta Sunt Servanda*, maka perjanjian tersebut mengikat sebagai Undang-Undang bagi para pihak yang terlibat didalam perjanjian tersebut.

Penegasan akan prinsip *Pacta Sunt Servanda* dapat dijumpai pula dalam yuresprudensi Mahkamah Agung No. 3179/K/Pdt/1984 yang menyatakan bahwa dalam hal ada klausula arbitrase, Pengadilan Negeri tidak berwenang memeriksa dan mengadili gugatan baik dalam konpensi maupun dalam rekopensi. Bahwa melepaskan klausula arbitrase harus dilakukan secara tegas dengan suatu persetujuan yang ditandatangani oleh kedua belah pihak. Oleh karena semestinya pengadilan akan menyatakan gugatan tidak diterima terhadap perkara yang sudah terikat klausula arbitrase. Konsekuensinya para pihak harus mentaati dan melaksanakan pemenuhan perjanjian arbitrase dengan sungguh-sungguh. Akibatnya yang paling penting dalam perjanjian arbitrase apabila dihubungkan asas *Pacta Sunt Servanda* adalah salah satu pihak tidak dapat membatalkan perjanjian arbitrase secara sepihak. Pembatalan atau penarikan perjanjian tersebut

hanya dapat dilakukan atas persetujuan dan kesepakatan para pihak⁵⁰.

Apabila melihat ketentuan Pasal 11 ayat 2 UU Arbitrase memang membuka kemungkinan adanya intervensi Pengadilan terhadap suatu perkara yang mengandung klausul arbitrase yaitu hal-hal tertentu yang ditetapkan dalam undang-undang. Misalnya dalam hal ini berkaitan dengan pembatalan putusan arbitrase, pelaksanaan putusan arbitrase sebagaimana diatur dalam Bab VI mulai dari Pasal 59 sampai dengan Pasal 69 UU Arbitrase, dapat diajukan ke Pengadilan Negeri. Demikian juga dengan pengangkatan arbiter apabila para pihak tidak mencapai kesepakatan, maka berdasarkan Pasal 13 ayat 1 dan ayat 2 UU Arbitrase, Ketua Pengadilan Negeri dapat melakukan intervensi yaitu dengan menunjuk arbiter atau majelis arbiter.

Dalam praktiknya dapat saja terjadi penyimpangan, meskipun sudah ada klausula arbitrase tetapi salah satu pihak mengajukan gugatan terhadap perkara tersebut ke Pengadilan Negeri. Permasalahan konflik yurisdiksi mengadili Pengadilan Negeri dan lembaga arbitrase dalam kerangka Penanaman Modal Asing karena salah satu pihak mengajukan gugatan perkara ke Pengadilan Negeri meskipun terdapat klausula dapat dilihat dalam kasus Pemerintah Vs PT Newmont Minahasa Raya (PT NMR).⁵¹ PT NMR yang diwakili direktornya Richard Ness, mengadakan Perjanjian (Kontrak Karya) dengan Pemerintah RI Cq. Departemen Pertambangan dan Energi, untuk melakukan kegiatan pertambangan diteluk Buyat. Dalam Kontrak Karya disepakati bahwa segala perselisihan yang berkaitan dengan operasional PT NMR harus diselesaikan melalui arbitrase internasional, yaitu UNCITAL (*United Nations Commission on International Trade Law*). Tetapi kemudian dalam perkembangannya, ternyata kegiatan penambangan PT NMR dianggap telah membahayakan kesehatan masyarakat setempat. Karena itulah kemudian Pemerintah RI melalui Kementerian Lingkungan Hidup mengajukan gugatan perdata terhadap PT. NMR ke Pengadilan Negeri Jakarta Selatan, meskipun Pemerintah RI sebenarnya masih terikat klausula perjanjian arbitrase dalam Kontrak Karya dengan PT NMR. Gugatan yang diajukan Pemerintah RI didasarkan pada Pasal 34 Ayat 1 UU

⁵⁰ Bambang Sutiyoso, *Penyelesaian Sengketa Bisnis*, Cet.I, (Yogyakarta: Citra Media, 2006), hlm. 19.

⁵¹ *Ibid*, hlm 22.

Nomor 23 Tahun 1997 tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup yang menyatakan bahwa : *Setiap perbuatan melanggar hukum berupa pencemaran atau pengrusakan lingkungan hidup mewajibkan pertanggungjawaban atas usaha ini.* Disamping itu, kasus tersebut bukan semata-mata berkaitan dengan pemenuhan kewajiban saja (hukum privat), tetapi masuk dalam ranah hukum publik. Dalam eksepsinya, PT NMR melalui kuasa hukumnya menyatakan bahwa Pengadilan Negeri Jakarta Selatan tidak berwenang memeriksa perkara tersebut karena telah terikat dengan klausula arbitrase dalam kontrak karya yang mereka buat, kemudian Pengadilan Negeri Jakarta Selatan dalam putusan selanya menyatakan menerima eksepsi tergugat dan gugatan dinyatakan tidak diterima (*Niet Onvankelijke Verklaard*). Pengadilan Negeri sependapat dengan eksepsi tergugat bahwa dalam kasus tersebut tidak berwenang memeriksa dan mengadilinya.

Permasalahan terkait kewenangan mengadili juga terdapat dalam kasus antara Pemda Kaltim Vs PT. Kaltim Prima Coal. Kasus ini cukup menarik karena pada awalnya sengketa di adili ke Pengadilan Negeri Jakarta Selatan dan dalam putusan selanya PN Jakarta Selatan mengatakan berwenang mengadili sengketa tersebut, namun gugatan dibatalkan oleh Pemprov Kaltim, dan pada akhirnya sengketa ini dibawa Pemda Kaltim (Pemprov Kaltim dan Pemkab Kutai Timur) ke ICSID.

PT. Kaltim Prima Coal (KPC) adalah sebuah perusahaan Penanaman Modal Asing (PMA) yang bergerak di bidang Pertambangan Batubara. PT. KPC adalah salah satu perusahaan yang menandatangani Coal Contract of Work (CCOW) atau juga dikenal dengan Perjanjian Karya Pengusahaan Pertambangan Batubara (PKP2B) generasi I tertanggal 2 April 1982. Pada awalnya saham KPC dimiliki oleh Rio Tinto dan British Petroleum (BP) masing-masing 50%. Dalam kontrak tersebut terdapat kewajiban KPC untuk melakukan divestasi sahamnya sebesar 51% dalam jangka waktu 10 tahun sejak saat produksi. KPC mulai memproduksi sejak Tahun 1992 dengan kapasitas produksi 15 juta ton/tahun dengan total produksi 114,7 juta ton. Pada saat penandatanganan CCOW, pihak pemerintah diwakili oleh pemerintah pusat dan tanpa melibatkan pemerintah daerah, sehingga setelah berlakunya Undang-undang Nomor 22/1999 tentang Pemerintahan Daerah, Pemerintah Provinsi Kalimantan Timur dan Pemerintah

Kabupaten Kutai Timur merasa berwenang terlibat dalam proses divestasi tersebut untuk kepentingan daerah. Akibat adanya benturan kepentingan antara pemerintah pusat dengan Pemerintah Provinsi Kalimantan Timur dan Pemerintah Kabupaten Kutai Timur, maka terjadi sengketa baik antara pemerintah provinsi Kaltim dengan pemegang saham KPC maupun dengan pemerintah pusat yang menjadikan proses divestasi KPC menjadi berlarut-larut⁵².

Dalam sengketa ini, masing-masing pihak mempunyai sikap yang berbeda-beda. Dari pihak KPC sendiri Pada dasarnya bersedia melakukan divestasi sesuai dengan ketentuan kontrak (CCOW), yaitu total 51% pada tahun ke 10 setelah masa operasi. Mengingat usahanya sangat berhasil dengan keuntungan tahunan yang sangat besar, maka pihak KPC menghendaki harga saham dalam rangka divestasi tersebut adalah harga pasar, dalam hal ini KPC menetapkan harga keseluruhan adalah US\$ 889 juta, sehingga harga 51%-nya adalah US\$ 453 juta sesuai penilaian independent appraisal yaitu PT. Collier Jardine. Dalam kontrak CCOW hanya ditetapkan bahwa saham tersebut ditawarkan kepada pihak Ind, maka siapa saja yang mempunyai kualifikasi tersebut dapat membeli saham KPC. KPC menafsirkan Divestasi 51% tersebut baru dapat dilakukan tahun 2002, dan melalui pasar modal⁵³.

Sedangkan pihak Pemerintah pusat berpendapat bahwa Mengingat CCOW ditandatangani oleh pemerintah pusat, maka pemerintah dalam hal ini Departemen Energi dan Sumber Daya Manusia (ESDM) berpendapat bahwa wewenang untuk melakukan negosiasi dan menentukan pihak Indonesia yang membeli saham adalah Departemen ESDM. Departemen ESDM tidak sependapat dengan penafsiran KPC jika saham tersebut ditawarkan ke Pasar Modal. Perhitungan harga saham oleh KPC dianggap tidak tepat karena menurut perhitungan pemerintah hanya sekitar US\$ 600 juta untuk keseluruhan saham, sedangkan 51%-nya hanya sekitar US\$ 320 juta. Untuk melaksanakan divestasi tersebut, pemerintah melalui Departemen ESDM telah menawarkan kepada 10 swasta lokal diantaranya PT. Aneka Tambang, PT. BA, PT. Tambang Timah Tbk, dll untuk

⁵² “Tarik Ulur Kasus Divestasi Kaltim Prima Coal”, <http://202.134.5.138:2121/pls/PORTAL30/indoreg.irp_casestudy.viewcasestudy?casestudy=1121>, Diakses 1 Desember 2009.

⁵³ *ibid*

mengakuisisi saham tersebut. Dalam salah satu sidang kabinet tanggal 31 Juli 2002, ditetapkan 31% saham akan diakuisisi melalui Pemerintah Provinsi Kalimantan Timur, dan Pemerintah Kabupaten Kutai Timur. Sementara 20% oleh perusahaan yang ditetapkan oleh Pemerintah Pusat. Departemen ESDM berpendapat bahwa yang dimaksud dengan pemerintah adalah pemerintah pusat dan pemerintah daerah dengan satu kesatuan, sehingga meskipun berlaku Undang-undang Nomor 22 Tahun 1999 dan Peraturan Pemerintah Nomor 25 Tahun 2000, pemerintah pusat masih memiliki wewenang dalam proses divestasi tersebut. Untuk realisasi divestasi, pemerintah pusat segera membentuk sebuah tim untuk melakukan due diligence terhadap calon bidder⁵⁴.

Sikap yang berbeda ditunjukkan oleh Pemerintah Provinsi Kaltim dan Pemerintah Kabupaten Kutai Timur. Sesuai dengan jiwa otonomi daerah atas dasar Undang-undang Nomor 22 Tahun 1999 dan Peraturan Pemerintah Nomor 25 Tahun 2000, maka selayaknya kewenangan untuk proses divestasi tersebut menjadi wewenang Pemerintah daerah. Untuk itu penetapan sepihak oleh pemerintah pusat mengenai porsi saham Pemerintah Daerah dan Pemerintah pusat, ditolak oleh Pemerintah Daerah. Dalam rangka Akuisisi saham dan proses divestasi tersebut, Pemerintah Kabupaten Kutai Timur telah menerima tawaran dari beberapa perusahaan yang berminat memiliki saham KPC. Ada sekitar 7 bidder yang telah diundang, antara lain : P.T Nusantara Energi, P.T Bumi Resources, P.T Batubara Borneo, P.T E Capital, P.T Centralink, P.T BA, P.T Intan Bumi Inti Perdana. Bahkan sebagian menawarkan saham kosong (10%) bagi pemerintah provinsi dan Pemerintah Kabupaten. Pemerintah provinsi Kaltim dan Pemerintah Kabupaten Kutai Timur tidak mau lagi wilayahnya hanya menjadi daerah jorjoran. Keuntungan yang memadai harus diberikan kepada masyarakat di sekitar lokasi tambang. Kabupaten dan Provinsi harus mendapatkan manfaat yang lebih besar di banding periode sebelumnya. Pemerintah provinsi Kaltim dan Pemerintah Kabupaten Kutai Timur yang didukung DPRD setempat tidak dapat menerima keputusan Sidang Kabinet tanggal 31 Juli 2002 yang membagi jatah akuisisi 20% untuk pusat dan 31% untuk Pemerintah provinsi dan Pemerintah Kabupaten. Pemerintah provinsi dan Pemerintah Kabupaten menganggap porsi

⁵⁴ *ibid*

untuk mereka terlalu kecil dan karenanya menginginkan 51% saham tersebut jatuh ke tangan daerah. Pemerintah provinsi Kaltim juga menolak Tim Due Diligence yang dibentuk oleh pemerintah pusat terhadap calon bidder. Sebaliknya berpendapat bahwa terhadap KPC-lah Due Diligence tersebut seharusnya dilakukan. Untuk memperjuangkan kepentingannya, tidak tanggung-tanggung Pemerintah provinsi Kaltim menempuh jalur hukum dengan mengajukan gugatan perdata kepada pemegang saham dan direksi KPC karena memperlambat proses divestasi⁵⁵.

PemProv mengajukan gugatan terhadap KPC ke Pengadilan Negeri Jakarta Selatan atas dasar kelalaian KPC melakukan divestasi. Dalam eksepsinya, pihak KPC mengemukakan bahwa berdasarkan Pasal 23.1 PKP2B antara KPC dengan PN Batubara yang diwakili Menteri ESDM sangat jelas dan tegas menyebutkan bahwa ICSID adalah lembaga arbitrase yang berwenang untuk menyelesaikan setiap sengketa yang timbul sehubungan dengan PKP2B, kecuali masalah perpajakan. Di kemukakan pula bahwa PN Jakarta Selatan tidak mempunyai kewenangan mengadili gugatan Pemprov Kaltim, Pemprov Kaltim bukanlah pihak dalam PKP2B, karena berdasarkan PKP2B pihak yang sah adalah Pemerintah Republik Indonesia cq Menteri ESDM dan KPC. Oleh karena itu yang berhak mengugat KPC adalah Pemerintah Republik Indonesia diwakili Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral. Selanjutnya dikemukakan pula bahwa obyek yang dijadikan dasar gugatan oleh penggugat merupakan kewenangan lembaga arbitrase ICSID, yakni mengenai masalah lalai (*default*) penyerahan saham KPC kepada peserta Indonesia yang dinyatakan penggugat. Dalam hal ini apabila seandainya benar (padahal tidak benar), para tergugat lalai melaksanakan kewajibannya, maka itu merupakan suatu perbuatan wanprestasi (*default*), dan bukan merupakan perbuatan melawan hukum (*tort*).

Dalam Putusan Sela, Pengadilan Negeri Jakarta Selatan menolak eksepsi dari Pihak KPC. Dalam pertimbangannya, alasan Pemprov Kaltim yang menyatakan KPC tidak memenuhi kewajiban divestasinya sehingga bertentangan dengan Keputusan Presiden (Keppres) 49 Tahun 1981 yang menjadi dasar Perjanjian Kerjasama Penguasaan Pertambangan Batubara (PKP2B). Disini pihak

⁵⁵ *ibid*

Pemprov Kaltim memang bukan pihak dalam PKP2B, karena itu eksepsi tergugat yang menyatakan arbitrase (ICSID) yang berhak memeriksa dan memutus sengketa yang timbul dari PKP2B berdasarkan Pasal 23.1 PKP2B haruslah ditolak, karena Pemprov Kaltim bukanlah pihak dalam PKP2B tersebut. Namun meskipun Pemprov Kaltim tidak terikat PKP2B, majelis hakim menilai Pemda Kaltim tetap mempunyai Hak untuk mengajukan guatan ke pengadilan apabila mereka merasa dirugikan. Alasannya karena KPC tidak memenuhi kewajiban hukumnya melakukan divestasi sebagaimana diatur Keppres 49 Tahun 1981 maupun PKP2B⁵⁶.

Proses persidangan tidak berjalan hingga selesai, pada tanggal 1 Agustus 2002 PN Jakarta Selatan menetapkan pencabutan gugatan Pemprov Kaltim terhadap KPC. Dalam penetapannya, Majelis hakim mengabulkan pencabutan gugatan Pemprov Kaltim. Pencabutan gugatan ini dimohonkan oleh pihak Pemprov Kaltim sebagai tindakan agar proses divestasi berjalan lancar, karena dinilai bagi pihak KPC dan Pemerintah Pusat, gugatan yang diajukan Pemprov Kaltim telah menghambat pelaksanaan divestasi⁵⁷.

Meskipun telah mencabut gugatan ke Pengadilan Negeri, pada tahun 2007 Pemprov Kaltim (dalam hal ini Pemprov Kaltim dan Pemkab Kutai Timur) mengajukan sengketa terkait divestasi 52% saham KPC ke ICSID, dengan gugatan yang ditujukan kepada KPC dan kedua pemegang sahamnya yaitu Rio Tinto dan BP Plc. Pada tanggal 18 Januari 2007, Sekjen ICSID mendaftarkan permintaan proses melalui Arbitrase dengan nomor sengketa ICSID Case No. ARB/07/3. Namun sengketa tidak dapat diselesaikan hingga tahap akhir, karena pada 21 November 2008 KPC mengajukan penghentian proses arbitrase mengacu kepada ICSID Arbitration Rule 44⁵⁸. Pada 9 Januari 2009, penggugat setuju

⁵⁶ “Persidangan Gugatan Pemda Kaltim Vs KPC Berlanjut”, <<http://www.hukumonline.com/berita/baca/hol4679/font-size1-colorff0000beksepsi-absolut-ditolakfontbrpersidangan-gugatan-pemda-kaltim-vs-kpc-berlanjut>>, diakses 1 Desember 2009.

⁵⁷ “PN Jakarta Selatan Resmi Cabut Gugatan Pemrop Kaltim atas KPC”, <<http://www.hukumonline.com/berita/baca/hol6149/pn-jakarta-selatan-resmi-cabut-gugatanpemrop-kaltim-atas-kpc>>, diakses 1 Desember 2009.

⁵⁸ *If the party request discontinuance of the proceeding the tribunal, or the secretary general if the tribunal has not yet been constituted, shall in an order fix a time limit within which the other party may state whether it opposes the discontinuance. If the objection is made in writing within the time limit, the other party shall be deemed to have acquiesced in the discontinuance and the tribunal, or if appropriate the secretary General, shall in an order take note of the discontinuance of the proceeding. If the objection is made, the proceeding shall continue.*

dengan pembatalan proses arbitrase dan akhirnya pada 4 Desember 2009, majelis menutup proses arbitrase mengacu kepada ICSID Arbitration Rule 38 (1)⁵⁹.

Sengketa antara Pemda Kaltim dan KPC adalah sengketa yang cukup menarik, karena disini dilihat sikap dari pihak Pemda Kaltim yang tidak tetap dalam memilih forum penyelesaian sengketa, sikap Pengadilan Negeri Jakarta Selatan yang tetap mengadili sengketa antara Pemda Kaltim dan KPC, dan akhirnya Pemprov Kaltim yang mengajukan sengketa ke ICSID meskipun seharusnya berdasarkan PKP2B yang ditandatangani pihak KPC, sengketa yang diselesaikan melalui ICSID adalah sengketa antara KPC dengan Pemerintah Indonesia cq Menteri ESDM.

Terkait permasalahan konflik yurisdiksi dan sikap salah satu pihak atau pihak lain yang mengajukan gugatan perdata meskipun terdapat klausula penyelesaian sengketa arbitrase yang sebelumnya telah disepakati para pihak, direspon dengan sikap Pengadilan Negeri yang umumnya belum seragam, ada yang menyatakan gugatan tidak diterima, tetapi ada pula yang menerima dan mengabulkan gugatan tersebut. Tetapi pada umumnya ketika kasus tersebut sampai di Mahkamah Agung, yurisprudensi Mahkamah Agung tetap pada pendiriannya dengan mengatakan gugatan tidak dapat diterima, atau dengan kata lain Pengadilan tidak berwenang memeriksa perkara yang sudah terikat perjanjian arbitrase, karena hal tersebut adalah wewenang absolut arbitrase⁶⁰.

Terdapat salah satu sengketa penanaman modal asing antara Pemerintah dengan Penanam modal asing diluar sektor minerba yang pada akhirnya diselesaikan melalui jalur arbitrase internasional, dalam hal ini ICSID, adalah sengketa antara Amco Asia Coporation et.al Vs Pemerintah Indonesia, sengketa diselesaikan melalui arbitrase internasional yaitu arbitrase ICSID. Amco Asia Corporation (Amco) adalah sebuah perusahaan yang bermarkas di Daleware, Amerika Serikat. Pada tahun 1968 perusahaan tersebut ambil bagian dalam kontrak sewa pengelolaan dengan PT. Wisma Kartika (Wisma), sebuah hotel Indonesia untuk pembangunan hotel Kartika Plaza. Wisma ini sepenuhnya dimiliki oleh Inkopad, sebuah induk koperasi yang tunduk kepada hukum

⁵⁹ *When the presentation of the case by the parties is completed, the proceeding shall be declared closed.*

⁶⁰ Bambang Sutyoso, *Op.cit*, hlm 20

Indonesia dan ditujukan bagi kesejahteraan Angkatan Darat Indonesia, dan bertanggung gugat kepada Angkatan Darat. Amco memperoleh persetujuan dari Badan Koordinasi Penanaman Modal Asing (BKPM) untuk membentuk PT. Amco Indonesia (PT. Amco) yang dapat memanfaatkan kelonggaran pajak yang tersedia dibawah hukum penanaman modal asing Indonesia. Keuntungan Amco dalam kontrak sewa kemudian dialihkan kepada PT. Amco. Pada tahun 1972, PT. Amco mendapatkan persetujuan dari pemerintah Indonesia untuk mengalihkan sebagian dari hak mereka dalam kontrak kepada Pan American Developments Ltd (Pan America), sesuai dengan kesepakatan antara Pan America dan Amco yang dibuat di Hongkong pada tahun 1968. Pada tahun 1969 PT. Amco melaksanakan hak mereka menurut kontrak sewa dengan Wisma, dan menyewakan kembali proyek tersebut kepada sebuah konsorsium. Pada tahun 1978 Inkopad mengambil alih pengelolaan hotel Kartika Plaza dari PT. Aeropacific Hotel Corporation dan juga ambil bagian dalam kesepakatan pembagian keuntungan dengan PT. Amco, yang mengambil alih pengelolaan. Menurut kesepakatan yang ditandatangani pada 6 Oktober 1968 tersebut, PT. Amco sendiri mendapatkan kembali pengelolaan hotel tersebut. Kemudian dibentuk sebuah Komite Konsultasi Manajemen yang terdiri atas dua perwakilan masing-masing dari PT. Wisma, PT. Amco dan Inkopad yang berfungsi untuk memberikan nasihat dan saran kepada PT. Amco. Keuntungan antara Oktober 1978-September 1984 akan dibagi antara PT. Amco dan PT. Wisma dengan perbandingan 65% dan 35%, dan antara bulan Oktober 1984 hingga bulan September 1990 masing-masing mengambil 50% keuntungan⁶¹.

Sejak awal tahun 1980 muncul sejumlah pertentangan antara PT. Wisma dan PT. Amco, umumnya mengenai uang yang seharusnya menjadi milik PT. Wisma sebagai bagian keuntungan mereka dari operasi hotel. Pada tanggal 11 maret 1980 PT. Wisma memberitahu PT. Amco bahwa PT. Wisma akan menganggap perjanjian mereka dengan PT. Amco batal dan tidak berlaku serta akan mengambil alih hotel dan pengelolaannya dari PT. Amco. Kecuali kalau jumlah bagian yang diminta oleh PT. Wisma dibayarkan sebelum tanggal 30 Maret 1980. Pada tanggal 31 Maret 1980, hotel diduduki oleh tentara dan PT.

⁶¹ Maqdir Ismail, *Pengantar Praktek Arbitrase di Indonesia, Malaysia dan Singapura*, Cet. I, (Jakarta: Fakultas Hukum Universitas Al-Azhar Indonesia, 2007), hlm. 125.

Wisma mengambil alih hotel dengan paksa dari PT. Amco karena perselisihan mengenai pembagian keuntungan. Nampaknya PT. Amco telah gagal memenuhi kewajiban mereka menurut kontrak sewa antara Amco dan Wisma untuk menanamkan modal sebanyak US\$ 4000.000 (empat juta Dollar Amerika Serikat) sebagaimana telah disepakati. Akibatnya, BKPM Indonesia mencabut izin penanaman modal tanpa memberi kesempatan PT. Amco untuk membela diri. PT. Wisma kemudian memulai proses hukum pelanggaran kontrak di Pengadilan Indonesia. Pengadilan membatalkan kontrak sewa dan menyerahkan ganti rugi kepada PT. Wisma. Sementara PT. Amco menolak yurisdiksi Pengadilan Indonesia dengan menyatakan bahwa perselisihan mereka harus diserahkan kepada arbitrase ICC di Paris. Gugatan ditolak oleh Pengadilan Indonesia. Semua pokok permasalahan ini dikaji lebih lanjut oleh Pengadilan Indonesia saat berlangsungnya sidang pemeriksaan kasus tersebut. Putusan pengadilan menguntungkan PT. Wisma dan menolak semua gugatan balik dan penolakan PT. Amco terhadap masalah yurisdiksi. Kontrak antara PT. Wisma dan PT. Amco batal, dan PT. Wisma mendapat ganti kerugian. Pada tanggal 15 Januari 1981, Pan America dan PT. Amco mengajukan arbitrase kepada ICSID dengan berpegang kepada Konvensi Washington, dan menuntut ganti rugi sebesar US\$ 9.000.000 (sembilan juta Dollar Amerika Serikat) yang timbul dari penyitaan investasi dan pembatalan izin investasi oleh Indonesia dan ganti kerugian yang dianggap adil oleh ICSID⁶².

Pada tanggal 15 Januari, Amco mengajukan permintaan putusan arbitrase ICSID, Penggugat (dalam hal ini Amco) menuntut memperoleh ganti kerugian (sebesar US\$ 12.393.000 termasuk bunga dan ongkos) karena baru 9 (sembilan) tahun mengoperasikan hotel tersebut (Hotel Kartika Paza), telah dicabut izin penanaman modal mereka oleh Pemerintah RI, dan tidak diperkenankan untuk melanjutkan usaha *management* hotel selama 30 (tiga puluh) tahun lamanya. Mereka telah meminta ganti rugi dan ternyata karena dari pihak Pemerintah RI menyatakan bahwa pihak Amco sendiri tidak memenuhi kewajibannya untuk melakukan investasi sesuai dengan keharusannya, yaitu menginvest *fresh*

⁶² *Ibid*, hlm 126-127

*capital*⁶³. Dewan arbitrase memutuskan pertama-tama, bahwa para pihak tidak menyatakan adanya persetujuan tentang aturan yang dipakai untuk menyelesaikan sengketa yang timbul antara mereka. Dewan Arbitrase menerapkan hukum Indonesia, yaitu hukum yang berlaku bagi kontrak yang dibuat para pihak, dan hukum internasional yang menurut dewan dapat diterapkan dengan melihat masalah yang dipersengketakan. Setelah mempertimbangkan beberapa hal. Pada November 1984, Dewan Arbitrase yang diketuai oleh Prof. Berthold Goldman memutuskan mengabulkan sebagian gugatan Amco sebesar US\$ 3.200.000 (tiga juta dua ratus ribu Dollar Amerika Serikat) ditambah bunga efektif 6% setahun sejak tanggal 15 Januari 1981 sampai tanggal pembayaran efektif⁶⁴. Pada 18 Maret 1985 Pemerintah RI mengajukan permohonan pembatalan putusan pertama dewan arbitrase. Komite Ad-hoc yang diketuai Prof. Ignaz Seidi Hohenvelde, setelah mengadakan pemeriksaan di Wina kemudian membatalkan sebagian dari putusan pertama arbitrase⁶⁵. Namun dewan tetap berpendirian bahwa tindakan

⁶³ Sudargo Gautama, *Arbitrase Luar Negeri dan Pemakaian Hukum Indonesia*, Cet. I, (Jakarta: Citra Aditya Bakti, 2004), hlm 128

⁶⁴ Oleh panitia arbitrase yang diketuai oleh Prof. Berthold Goldman dalam perkara hotel Kartika Plaza, telah dinyatakan bahwa setelah dihitung telah ada penyeteroran US\$ 2.400.000 (dua juta empat ratus ribu Dollar Amerika Serikat) dan yang kekurangan hanya US\$ 600.000 (enam ratus ribu Dollar Amerika Serikat). Setelah begitu lama, mengeksploitasi hotel Kartika Plaza bersangkutan itu menurut panitian arbitrase dalam pandangan mereka itu sendiri, maka tidak pada tempatnyalah mereka ini baru diperiksa 1 (satu) bulan, telah dinyatakan dicabut lisensi/izin penanaman modalnya. Dengan demikian maka menurut Prof. Goldman salah satu pihak berhak untuk memperoleh ganti kerugian tersebut, juga untuk kehilangan pengoperasian hotel tersebut dan segala sesuatu yang ditentukan. Menurut Prof. Sudargo Gautama atas putusan pertama arbitrase ICSID ini, sesungguhnya berdasarkan penilaian dewan arbitrase sendiri yang mengganggu perbuatan ini adalah tidak sesuai dengan prinsip keadilan dan kepatutan. Padahal menurut hukum Indonesia, yang harus dipakai sebagai hukum dari *host state*, yaitu hukum dari Negara dimana modal telah ditanamkan, seharusnya telah memakai hukum Indonesia ini, antara lain berdasarkan Undang-Undang dan Peraturan Pemerintah, harus ditentukan jumlah yang harus ditransfer ke Indonesia dalam proyek bersangkutan ini adalah sesuai dengan ketentuan bahwa harus dimasukkan *fresh capital* ini. Dan walaupun seandainya kurang 1 (satu) Dollar secara *strict* menurut hukum, sudah terjadi kekurangan dan hukum Indonesia inilah yang harus dipakai. Karena menurut hukum Indonesia sendiri para arbiter dalam suatu acara arbitrase tidak diperbolehkan untuk memberikan putusan berdasarkan *ex aequo et bono*, tetapi harus memutuskan menurut ketentuan hukum *law*, kecuali jika keleluasaan untuk memutus *ex aequo et bono* ini telah dimufakati oleh para pihak. Seperti diputus demikian dalam perkara hotel Kartika Plaza (Amco) ini, maka tidak ternyata dalam kontrak-kontrak bersangkutan telah diberikan wewenang kepada arbiter untuk menentukan sendiri *ex aequo et bono* jumlah yang harus di invest didalam proyek yang bersangkutan. *ibid.*

⁶⁵ Dalam keputusan kedua arbitrase ICSID ini didasarkan ketentuan bahwa sesuai dengan konvensi *International Center for Settlement of Investment Dispute (ICSID)* ini maka hukum dari *host state*, yaitu hukum Indonesia yang harus dipakai. Dan berdasarkan hukum dari *host state* ini telah menyatakan para arbiter tidak bebas memakai pertimbangan-pertimbangan *ex aequo et bono* jika para pihak tidak memberikan wewenang itu kepada mereka. Dengan perkataan lain, harus diputus

aparatus polisi dan militer Indonesia adalah melanggar hukum dan Amco berhak atas kerugian yang dideritanya. Pada akhirnya, pada putusan terakhir Dewan Arbitrase ICSID pada Agustus 1990 memutuskan bahwa Pemerintah RI harus membayar ganti rugi US\$ 2.677.126,20 (dua juta enam ratus tujuh puluh tujuh ribu seratus dua puluh enam dan 20 sen Dollar Amerika Serikat) ditambah bunga 6% sejak tanggal putusan sampai dengan tanggal pembayaran yang efektif.

Sengketa antara Pemerintah dan Amco ini adalah salah satu kasus yang menarik, karena pada awalnya sengketa muncul antara PT. Amco dan PT. Wisma yang harusnya apabila terjadi sengketa antara kedua pihak maka akan diselesaikan melalui ICC. Namun pada kenyataannya ketika muncul sengketa, PT. Wisma menyerahkan kepada Pengadilan Indonesia untuk diselesaikan, meskipun PT. Amco berargumen bahwa seharusnya ICC yang mempunyai yurisdiksi mengadili sengketa ini, Pengadilan Negeri menolak argumen PT. Amco dan mengambil sikap untuk tetap mengadili sengketa PT. Wisma dan PT. Amco. Permasalahan juga semakin rumit ketika BKPM mencabut izin investasi PT. Amco, disini posisi PT. Amco (sebagai perusahaan penanaman modal asing) benar-benar dirugikan oleh ketidakpastian hukum di Indonesia. Apabila dicermati, sulit bagi PT. Amco untuk mencari alternatif penyelesaian bila mereka berpegang kepada sengketa dengan PT. Wisma, karena masih terdapat kerugian lain yang diderita oleh PT. Amco yaitu pencabutan izin/lisensi kegiatan PMA di Indonesia. Berdasarkan landasan tindakan Pemerintah RI dan BKPM tersebut, PT. Amco membawa sengketa ini ke Arbitrase ICSID dengan berpegang kepada Konvensi Washington dan karena sengketa ini timbul langsung dari kegiatan investasi.

C. Keputusan Arbitrase Internasional.

Keputusan arbitrase internasional tidak selalu dapat diterima oleh salah satu pihak yang bersengketa, permasalahannya meskipun pada awalnya para pihak setuju untuk menyerahkan sengketa mereka untuk diadili oleh arbitrase internasional, namun terdapat upaya yang dilakukan oleh pihak yang bersengketa terhadap keputusan arbitrase internasional yaitu melakukan pembatalan keputusan arbitrase internasional. Sedangkan untuk pelaksanaan keputusan arbitrase

persoalan apakah telah terjadi penanaman modal yang tepat, sesuai dengan peraturan hukum *rules of law* Indonesia dan bukan menurut pertimbangan *ex aequo et bono*. *Ibid.* hlm 129.

internasional, terdapat permasalahan yaitu bagaimana mengeksekusi hasil keputusan arbitrase internasional tersebut. Pada thesis ini penulis mencoba untuk membahas mengenai pembatalan keputusan arbitrase internasional serta pengakuan dan pelaksanaan keputusan arbitrase internasional.

1. Gugatan Pembatalan Putusan Arbitrase Internasional

Putusan arbitrase adalah putusan yang bersifat “final” yakni sebagai putusan yang pertama dan terakhir, dan mempunyai kekuatan hukum tetap secara langsung mengikat bagi para pihak, ketentuan ini diatur dalam Pasal 60 UU Arbitrase yang mengatakan bahwa: *Putusan arbitrase bersifat final dan mempunyai kekuatan hukum tetap dan mengikat para pihak.* Sebagai putusan yang bersifat final, maka dengan demikian terhadap putusan arbitrase tersebut tidak dapat diajukan upaya hukum seperti perlawanan, banding, kasasi atau peninjauan kembali. Namun karena beberapa hal dimungkinkan pembatalan putusan arbitrase tersebut. Pembatalan putusan arbitrase ini hanya dapat dilakukan jika terdapat hal-hal yang bersifat luar biasa. Pasal 70 UU Arbitrase mengatur tentang pembatalan putusan arbitrase yang mengatur bahwa:

Terhadap putusan arbitrase para pihak dapat mengajukan permohonan pembatalan apabila putusan tersebut diduga mengandung unsur-unsur sebagai berikut :

- a. surat atau dokumen yang diajukan dalam pemeriksaan, setelah putusan dijatuhkan, diakui palsu atau dinyatakan palsu;*
- b. setelah putusan diambil ditemukan dokumen yang bersifat menentukan, yang disembunyikan oleh pihak lawan; atau*
- c. putusan diambil dari hasil tipu muslihat yang dilakukan oleh salah satu pihak dalam pemeriksaan sengketa.*

Jika diperhatikan alasan pembatalan tersebut, sebenarnya upaya pembatalan bukanlah upaya hukum yang biasa, melainkan upaya hukum yang luar biasa. Tidak sama dengan upaya banding pada peradilan biasa. Karena itu pula, walaupun tidak dengan tegas-tegas disebutkan dalam Undang-Undang, tetapi kita dapat melihat kepada alasan-alasan pembatalan putusan arbitrase, maka upaya hukum pembatalan tersebut merupakan hukum memaksa yang tidak dapat dikesampingkan oleh para pihak.

Dengan berpedoman pada Pasal 70, Pasal 71 dan Pasal 72 beserta penjelasannya dari UU Arbitrase, permohonan pembatalan putusan arbitrase diajukan kepada Ketua Pengadilan Negeri. Pengajuannya disampaikan secara tertulis dalam jangka waktu 30 hari terhitung sejak dari penyerahan dan pendaftaran putusan arbitrase kepada Panitera Pengadilan Negeri. Ini berarti permohonan pembatalan hanya dapat diajukan terhadap putusan arbitrase yang sudah didaftarkan di Pengadilan Negeri.

Kewenangan untuk memeriksa tuntutan pembatalan putusan arbitrase berada ditangan Ketua Pengadilan Negeri. Pemeriksaannya dilakukan menurut proses pengadilan perdata. Pihak yang mengajukan tuntutan pembatalan putusan arbitrase hanya mengemukakan alasan-alasan disertai buktinya. Atas dasar alasan dan bukti tersebut, Ketua Pengadilan Negeri dapat mengabulkan atau menolak permohonan tuntutan pembatalan arbitrase. Putusan atas permohonan pembatalan putusan arbitrase harus sudah ditetapkan oleh Ketua Pengadilan Negeri dalam jangka waktu 30 (tigapuluh) hari sejak permohonan pembatalan putusan arbitrase dimaksud diterima.

Apabila permohonan pembatalan putusan arbitrase dimaksud dikabulkan oleh Ketua Pengadilan Negeri, maka Ketua Pengadilan Negeri menentukan lebih lanjut akibat dari pembatalan seluruhnya atau sebagian dari putusan arbitrase bersangkutan. Setelah diucapkan pembatalan keputusan arbitrase oleh Ketua Pengadilan Negeri, Ketua Pengadilan Negeri dapat memutuskan bahwa sengketa yang dibatalkan tersebut akan diperiksa kembali oleh arbiter yang sama, atau arbiter yang lainnya, atau sengketa tersebut tidak mungkin diselesaikan lagi melalui arbitrase⁶⁶. Sebaliknya, apabila alasan-alasan permohonan pembatalan putusan arbitrase tersebut tidak terbukti, Ketua Pengadilan Negeri akan menolak permohonan dimaksud disertai dengan alasan-alasannya.

Terhadap putusan (Ketua) Pengadilan Negeri dapat diajukan banding (kasasi) ke Mahkamah Agung yang memutus pada tingkat pertama dan terakhir. Berdasarkan Pasal 74 ayat 2 UU Arbitrase ditentukan bahwa : *Terhadap putusan Pengadilan Negeri dapat diajukan permohonan banding ke Mahkamah Agung yang memutus dalam tingkat pertama dan terakhir.* Berdasarkan ketentuan Pasal

⁶⁶ Bambang Sutiyo, *Op.cit.* hlm 142

ini dapat dilihat bahwa Undang-Undang masih memberikan upaya hukum banding (kasasi) terhadap putusan pembatalan putusan arbitrase tersebut. Upaya banding (kasasi) dimaksud hanya diajukan ke Mahkamah Agung. Pengajuan juga dilakukan secara tertulis oleh pihak yang menginginkan banding atau kuasa hukumnya. Dalam waktu paling lama 30 (tigapuluh) hari setelah permohonan banding (kasasi) diterima Mahkamah Agung sudah memberikan putusan terhadap permohonan banding (kasasi) tersebut. Putusan Mahkamah Agung ini merupakan putusan pertama dan terakhir, artinya tidak ada upaya hukum lainnya yang bisa ditempuh jika ada pihak yang berkeberatan⁶⁷.

Ketentuan-ketentuan Pasal 70-72 UU Arbitrase yang termuat dalam bab VII Undang-Undang Arbitrase, yang biasa dijadikan pedoman bagi Pengadilan untuk memeriksa permohonan pembatalan putusan Arbitrase di Indonesia, dalam praktik sering menimbulkan persoalan dan perdebatan. Putusan-putusan pengadilan di Indonesia nampaknya masih belum kompak dalam memahami dan menerapkan ketentuan-ketentuan ini. Pada dasarnya Pasal 70 hanya mengatur alasan-alasan yang digunakan oleh para pihak yang bersengketa untuk mengajukan permohonan pembatalan putusan arbitrase. Alasan-alasan tersebut bersifat optional atau fakultatif, artinya boleh digunakan boleh tidak, tergantung pilihan dan keputusan para pihak yang bersangkutan. Karena sifatnya yang *optional*, Pasal 70 UU Arbitrase dimaksudkan untuk memberikan perlindungan hukum bagi pihak yang terlibat dalam proses arbitrase, yang mempunyai dugaan bahwa putusan arbitrase yang dijatuhkan terhadapnya mengandung unsur pemalsuan, tipu muslihat atau penyembunyian fakta/dokumen⁶⁸.

Salah satu hal yang menarik dalam ketentuan Pasal 70 UU Arbitrase Adalah berbedanya penafsiran hakim mengenai pembedaan pembatalan putusan arbitrase untuk arbitrase nasional atau arbitrase internasional, memang pada pasal 70 tidak dibedakan pembatalan putusan dari arbitrase internasional atau arbitrase dalam negeri. Namun apabila diperhatikan, sebenarnya ketentuan Pasal 70 ini berlaku untuk permohonan pembatalan putusan arbitrase baik arbitrase nasional maupun internasional.

⁶⁷ *ibid*, hlm 143.

⁶⁸ *ibid*, hlm 144.

Permohonan Pembatalan terhadap putusan arbitrase internasional terdapat pada kasus PT. Bungo Raya Nusantara dengan PT. Jambi Resources⁶⁹. Dalam keputusan pengadilan permohonan pembatalan ditolak Pengadilan Negeri Jakarta Pusat karena keputusan arbitrase yang dimohonkan pembatalan adalah keputusan arbitrase internasional. Kasus ini bermula kerja sama antara PT Nusantara Termal Coal (NTC) dengan PT Bungo Raya Nusantara (BRN) pada tahun 2006. NTC adalah kontraktor Pemerintah RI berdasarkan Perjanjian Karya Pengusahaan Pertambangan Batubara (PKP2B) tertanggal 19 Januari 1998 dengan lokasi seluas 2.832 hektar, sekitar 31 km sebelah barat Muara Bungo, Provinsi Jambi. BRN melalui perjanjian tanggal 28 Juli 2006, menjadi subkontraktor penambangan, pengangkutan dan pemasaran batubara dari wilayah NTC. Pada tanggal yang sama (28/07/06), direksi BRN menandatangani perjanjian dan mengalihkan hak penambangan, pengangkutan dan pemasarannya kepada PT Jambi Resources Limited. (semula bernama PT Basmal Utama Internasional atau BUI). Perjanjian itu berisi uraian mengenai hak dan kewajiban masing-masing pihak dan disebutkan jika ada sengketa dipilih arbitrase atau SIAC (Singapore International Arbitration Centre).

Setelah berkali-kali melakukan teguran dan peringatan keras karena menilai BUI tidak memenuhi kewajiban (royalti fee kepada BRN selama tiga bulan berturut-turut) sebagaimana disepakati dalam kontrak, akhirnya BRN, September 2007 melakukan pemutusan kontrak atau perjanjian. Pihak JR tidak sependapat dan menilai terundanya pembayaran adalah masalah perdata, bukan menyangkut hubungan kontrak penambangan, pengangkutan dan pemasaran batubara. Sengketa JR dan BRN itu 31 Oktober 2007 dibawa ke arbitrase Singapura.

Sementara kasus itu di proses di Singapura, pihak Departemen Energi dan Sumberdaya Mineral melakukan peninjauan ke wilayah konsesi pertambangan PT NTC dan mendapatkan berbagai kekurangan dalam perjanjian karya. Di antaranya, PT NTC dinilai keliru karena mengalihkan kontrak pengangkutan dan

⁶⁹“Curi batubara, warga korea menjadi tersangka”, <http://www.indonesia-monitor.com/main/index.php?option=com_content&task=view&id=3492&Itemid=37>. Diakses 1 Desember 2009.

pemasaran batubara di wilayah PKP2B-nya. Dalam ketentuan PKP2B, yang boleh disubkontrakan hanya kegiatan penambangannya saja. Akibatnya, tanggal 10 Juli 2008 Direktorat Pembinaan Pengusahaan Minerba Departemen ESDM menerbitkan surat No 1634/30.01/DBM/2008 yang isinya melarang NTC menerbitkan SPK penambangan maupun mengalihkan hak jual, karena menilai SPK itu tidak sesuai dengan ketentuan PKP2B. Tanggal 1 September 2008, Gubernur Jambi menerbitkan surat No 541.13/3638/Dispertamben, memerintahkan agar NTC tidak menerbitkan SPK penambangan dan tidak melimpahkan hak jual batubara kepada pihak lain. Berdasarkan surat Direktorat Pembinaan Pengusahaan Minerba dan surat Gubernur Jambi tersebut, tanggal 25 September 2008 pihak NTC dan BRN sepakat mengakhiri perjanjian kerja tertanggal 28 Juli 2006. Direktorat Pembinaan Pengusahaan Minerba menerbitkan surat No 681/37.08/DBT/2008 tertanggal 27 Oktober 2008, yang isinya antara lain memerintahkan NTC menghentikan kegiatan penambangan, disusul surat No2562/30.01/DBM/2008 yang menegaskan pertimbangan larangan kegiatan penambangan di wilayah NTC.

Direksi PT NTC kemudian meminta agar BRN menghentikan semua kegiatan di wilayah PKP2B tersebut melalui surat tanggal 25 September 2008. Menindaklanjuti permintaan NTC sebagai pemegang konsesi, pihak BRN menerbitkan surat No 067/Dir03-01/BRN/XI/2008 tertanggal 13 November 2008 kepada seluruh subkontraktornya, menegaskan penghentian kegiatan penambangan di wilayah konsesi NTC.

Kembali kepada sengketa antara PT. BRN dan JR, berdasarkan *final award* pada tanggal 6 Agustus 2009, SIAC memutuskan pemutusan kontrak antara PT. BRN dan PT. JR tidak sah dan tidak berlaku. Perjanjian antara kedua perusahaan dinyatakan sah dan berlaku sehingga PT. JR berhak untuk menambang. Setelah ditinjau ulang oleh BRN, keseluruhan perjanjian seharusnya tidak lahir. Sebab menabrak sejumlah aturan tentang pertambangan.

Karena itu BRN akhirnya mengajukan pembatalan putusan SIAC ke Pengadilan Negeri Jakarta Pusat akhir September 2009. Perkaranya teregister No. 03/PembatalanArbitrase/2009/PN.JKT.PST. Dasar yang digunakan BRN sebagai pembatalan putusan arbitrase adalah Ketika proses arbitrase berlangsung,

Direktorat Pembinaan Pengusahaan Minerba Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral (ESDM) melarang PT NTC menerbitkan Surat Perintah Kerja (SPK) Penambangan maupun mengalihkan hak jualnya. Departemen ESDM menilai SPK Penambangan kepada PT BRN bertentangan dengan Perjanjian Karya Pengusahaan Pertambangan Batubara (PKP2B) tertanggal 19 Februari 1998 antara pemerintah dengan PT NTC. Sebab, yang disubkontrakan tidak hanya penambangan, melainkan termasuk mereklamasi, mengangkut, memasarkan dan menjual batu bara. Padahal seharusnya terbatas pada penambangan. Selanjutnya Gubernur Jambi juga memerintahkan PT NTC tidak menerbitkan SPK penambangan dan tidak melimpahkan hak jual batu bara ke pihak lain. Karena itu pada 25 September 2008, PT NTC dan PT BRN sepakat menghentikan perjanjian kerja, lalu meminta PT BRN untuk menghentikan kegiatan penambangan. Lalu sebulan kemudian, Departemen ESDM kembali memerintahkan PT NTC untuk menghentikan kegiatan penambangan di wilayah konsesi PT NTC. Pada 13 November 2008, PT BRN memerintahkan seluruh subkontraktornya agar menghentikan kegiatan penambangan di wilayah konsesi PT Nusantara. Berdasarkan keterangan diatas, dapat diketahui bahwa sebenarnya perjanjian antara PT. BRN dan PT. JR batal demi hukum dan dianggap tidak pernah ada, karena bertentangan dengan ketentuan yang berlaku dan ketertiban umum.

Selain itu pihak PT. BRN juga menggunakan ketentuan Pasal 70 huruf c bahwa putusan diambil dari hasil tipu muslihat yang dilakukan oleh salah satu pihak dalam pemeriksaan sengketa, karena PT Jambi tidak memberitahukan pada arbiter bahwa perjanjian subkontraktor antara PT Bungo dan PT Nusantara sendiri bertentangan dengan Rapat Umum Pemegang Saham (RUPS) PT Nusantara, PKP2B dan perundang-undangan yang berlaku.

Dalam keputusan hakim Pengadilan Negeri Jakarta Pusat⁷⁰, menyatakan bahwa pengadilan tidak berwenang, dalam putusan selanya pengadilan menyatakan bahwa putusan SIAC dalam perkara PT. BRN vs PT. JR adalah

⁷⁰ “Putusan SIAC tidak bisa dibatalkan di Indonesia, <<http://www.hukumonline.com/berita/baca/lt4b03edd17320c/putusan-siac-tidak-bisa-dibatalkan-di-indonesia>>, diakses 15 Desember 2009.

putusan arbitrase internasional sehingga tidak bisa dibatalkan di pengadilan Indonesia. Putusan majelis hakim itu sekaligus mengabulkan eksepsi kuasa hukum PT Jambi. Dalam eksepsi disebutkan, putusan arbitrase internasional hanya bisa diajukan di negara atau berdasarkan hukum dimana putusan dijatuhkan. Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dinilai tidak berwenang mengadili permohonan pembatalan arbitrase. Seharusnya di Singapura, tempat SIAC berkedudukan.

Penilaian majelis hakim bahwa putusan SIAC sebagai putusan internasional itu merujuk pada Pasal 1 angka 9 UU No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Definisi putusan arbitrase internasional menurut pasal itu adalah *putusan yang dijatuhkan oleh suatu lembaga arbitrase atau arbiter perorangan diluar wilayah hukum RI, atau putusan suatu lembaga arbitrase atau arbiter perorangan menurut ketentuan hukum RI dianggap sebagai suatu putusan arbitrase internasional*. Selain itu mengacu kepada Pasal 70 UU Arbitrase tentang alasan-alasan permohonan pembatalan arbitrase hanya menyebutkan para pihak dapat mengajukan permohonan pembatalan putusan arbitrase. Tidak disebut permohonan pembatalan arbitrase internasional. Majelis hakim menyimpulkan bahwa permohonan pembatalan arbitrase di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat hanya dapat diajukan terhadap putusan arbitrase nasional, bukan putusan arbitrase internasional. Berdasarkan putusan PN Jakarta Pusat ini dapat dilihat bahwa penafsiran hakim atas Pasal 70 ini hanya berlaku untuk arbitrase nasional.

Permohonan pembatalan terhadap putusan arbitrase internasional lainnya terdapat dalam kasus PT. Pertamina (Persero) dan PT. Pertamina EP Vs PT. Lirik⁷¹, yang mana dalam putusan Pengadilan digunakan dasar Pasal 70 UU Arbitrase dan diberlakukan Pasal tersebut untuk permohonan pembatalan putusan arbitrase internasional. Sengketa ini timbul karena Pertamina tidak mengabulkan permohonan komersialitas di lading migas Molek, South Oulai dan North Pulau yang diajukan PT. Lirik sesuai kontrak. Pertamina dan PT. Lirik sendiri telah terikat kontrak Enhanced Oil Recovery (EOR) Contract. Dalam klausul arbitrase,

⁷¹ “Pertamina Gagal Batalkan Putusan ICC”, <<http://www.hukumonline.com/detail.asp?id=23042&cl=Berita>>. diakses 2 November 2009.

kontrak ini menunjuk ICC sebagai lembaga arbitrase yang menangani perselisihan. Setelah dikeluarkan putusan ICC yang mana putusan sudah didaftarkan ke Pengadilan Negeri Jakarta Pusat pada 21 April 2009 dan Akta Pendaftaran putusan arbitrase sudah tercatat dalam akta No. 02/PDT/ARB-INT/2009/PN.JKT.PST. Namun pada 11 Mei 2009, Pertamina melalui kuasa hukumnya mengajukan permohonan pembatalan putusan arbitrase ICC ke Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, terhadap putusan ICC *Partial Award* (putusan awal) tanggal 22 September 2008 dan *Final Award* tanggal 27 Februari 2009. Dalam putusan ICC, Pertamina dihukum untuk membayar kerugian kepada PT. Lirik sebesar US\$ 34.172.000 (sekitar Rp. 346,8 Miliar) dan biaya perkara arbitrase sebesar US\$ 323.250 (sekitar Rp. 3,2 miliar). Majelis arbitrase ICC juga menghukum Pertamina membayar bunga 6% setiap tahun dari jumlah ganti rugi sejak *final award* dijatuhkan hingga putusan eksekusi.

Permohonan arbitrase didaftarkan di Pengadilan Jakarta Pusat No. 1/Pembatalan/Arbitrase/2009/PN.JKT.PST, dalam permohonan pembatalan keputusan arbitrase, Pertamina mendasarkan permohonannya dengan alasan bahwa putusan ICC cacat karena dianggap melanggar penegakan dan kepastian hukum, sebab putusan ICC itu menyingkirkan kewenangan Pertamina sebagai satu-satunya kuasa pemegang pertambangan migas mewakili pemerintah. Kerena itu bertentangan dengan ketertiban umum sesuai dengan Pasal 33 ayat (2) dan (3) UUD 1945. Berdasarkan Keputusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat terkait permohonan pembatalan keputusan arbitrase, dihasilkan keputusan bahwa putusan arbitrase tidak memenuhi syarat batal sebagaimana ditentukan dalam pasal 70 UU Arbitrase No. 30 Tahun 1999. Terkait pemberlakuan Pasal 70 UU Arbitrase terhadap putusan arbitrase asing, sebelumnya dalam putusan sela majelis hakim menyatakan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat berwenang memeriksa dan mengadili permohonan Pertamina. Majelis berpendapat Pasal 70 UU No. 30/1999 pasal yang mengatur tentang alasan pembatalan arbitrase sendiri tidak membedakan pembatalan arbitrase dalam negeri atau internasional. Sepanjang putusan arbitrase tak memenuhi syarat Pasal 70, majelis hakim berwenang tanpa membedakan putusan arbitrase nasional ataupun internasional.

Selain itu menurut Majelis Hakim Menurut majelis hakim, Pasal 33 ayat (2) dan (3) UUD 1945 merupakan pengaturan kewenangan pemerintah berupa kebijakan yang bersifat publik. Apabila pemerintah membuat dan menandatangani suatu kontrak dengan pihak swasta, berarti pemerintah sedang melakukan perbuatan yang bersifat privat. Dengan demikian pemerintah harus tunduk pada hukum privat. Kewenangan pemerintah yang bersifat publik, seharusnya muncul sebelum kontrak atau perjanjian dibuat dan ditandatangani. Apabila pemerintah telah menandatangani kontrak yang bersifat privat, maka antara pemerintah dengan pihak yang terikat kontrak mempunyai kedudukan yang sama dan seimbang. Perjanjian itu mengikat bagi yang membuatnya selaku undang-undang sebagaimana diatur dalam Pasal 1338 KUHPerdara⁷².

Terkait dua contoh diatas, dapat dilihat bahwa Pasal 70 UU Arbitrase tidak diatur bahwa ketentuan tersebut diberlakukan untuk putusan arbitrase nasional atau arbitrase internasional, jadi ketentuan Pasal tersebut dapat digunakan untuk arbitrase nasional maupun arbitrase internasional. Selain itu dasar yang digunakan untuk mengajukan pembatalan putusan arbitrase ini adalah Pasal 70 UU Arbitrase yang mengatur bahwa sebenarnya alasan-alasan yang tercantum dalam Pasal 70 UU Arbitrase adalah alasan-alasan yang digunakan oleh pemohon pembatalan/para pihak yang mengajukan permohonan pembatalan. Tetapi pasal 70 UU Arbitrase tidak mengatur mengenai alasan-alasan yang dapat digunakan pengadilan untuk membatalkan putusan arbitrase. Pasal 70 UU Arbitrase nampaknya tidak dimaksudkan untuk membatasi alasan-alasan yang dapat digunakan pengadilan untuk memeriksa dan mengabulkan ataupun menolak suatu permohonan pembatalan putusan arbitrase. Pasal 70 UU Arbitrase tidak

⁷² Disebut dengan asas *Pacta Sunt Servanda*. Asas ini disebut juga dengan asas kepastian hukum. Asas ini berhubungan dengan akibat perjanjian. Asas *Pacta Sunt Servanda* merupakan asas bahwa hakim atau pihak ketiga harus menghormati substansi kontrak yang dibuat para pihak, sebagaimana layaknya sebuah Undang-Undang. Mereka tidak boleh melakukan intervensi terhadap substansi kontrak yang dibuat para pihak, begitu juga dengan para pihak terkait (pihak yang membuat perjanjian) yang mana harus perjanjian tersebut mengikat selaku undang-undang bagi mereka. Asas *Pacta Sunt Servanda* ini pada mulanya dikenal dalam hukum gereja. Didalam hukum gereja ini disebutkan bahwa terjadinya suatu perjanjian apabila ada kesepakatan kedua belah pihak dan dikuatkan dengan sumpah. Ini mengandung makna bahwa setiap perjanjian yang diadakan kedua pihak merupakan perbuatan yang sacral dan dikaitkan dengan unsur keagamaan. Namun dalam perkembangannya asas *Pacta sunt Servanda* diberi arti *Pactum*, yang berarti sepakat tidak perlu dikuatkan dengan sumpah dan tindakan formalitas lainnya. Sedangkan *nudus pactum* sudah cukup dengan sepakat saja. Salim HS, *Hukum Kontrak: Teori dan Teknik Penyusunan Kontrak*, Cet. III, (Jakarta: Sinar Grafika, 2006), hlm. 10.

menyebutkan, misalnya bahwa “ suatu putusan arbitrase hanya dapat dibatalkan oleh pengadilan apabila...”. Meskipun Pasal 70 UU Arbitrase tidak mengatur alasan-alasan yang dapat digunakan oleh pengadilan untuk membatalkan putusan arbitrase, akan tetapi perlu dipahami bahwa “tidak diatur” bukan berarti “tidak boleh”. Prinsip hukum yang berlaku secara universal adalah “tidak dilarang berarti boleh” bukan sebaliknya⁷³.

Selain itu perlu diperhatikan apakah alasan-alasan permohonan pembatalan keputusan arbitrase hanya mengacu kepada Pasal 70 UU Arbitrase atau dengan kata lain apakah Pasal 70 UU Arbitrase hanya merupakan satu-satunya dasar bagi pemohon pembatalan keputusan arbitrase ini. Apabila kita perhatikan dalam penjelasan umum UU Arbitrase disebutkan bahwa: *Bab VII mengatur tentang pembatalan putusan arbitrase. hal ini dimungkinkan karena beberapa hal, antara lain :*

- a. surat atau dokumen yang diajukan dalam pemeriksaan, setelah putusan dijatuhkan diakui palsu atau dinyatakan palsu;
- b. setelah putusan diambil ditemukan dokumen yang bersifat menentukan yang sengaja disembunyikan pihak lawan; atau
- c. putusan diambil dari hasil tipu muslihat yang dilakukan oleh salah satu pihak dalam pemeriksaan sengketa.

Terdapat kata-kata yang penulis garis bawahi, yaitu “antara lain”. Dari ketentuan dalam penjelasan umum tersebut menunjukkan bahwa alasan-alasan permohonan pembatalan putusan arbitrase sebagaimana disebutkan dalam Pasal 70 bukan merupakan satu-satunya alasan untuk membatalkan suatu putusan arbitrase menurut UU Arbitrase. Ada alasan-alasan lain yang dapat digunakan untuk membatalkan suatu putusan arbitrase. Hal tersebut dapat dilihat dari Kasus Karaha Bodas Company (KBC) Vs Pertamina⁷⁴. Pada awalnya KBC membuat perjanjian *Joint Operation Contract* (JOC) dengan Pertamina dimana KBC menunjuk Pertamina sebagai kontraktor untuk pembangunan pembangkit tenaga listrik. KBC dan Pertamina kemudian membuat perjanjian *Energy Sales Contract* (ESC) dengan PLN, dimana PLN akan membeli listrik dari Pertamina yang

⁷³ Bambang Sutiyoso, *Log.cit.*

⁷⁴ Gunawan Widjaja, *Arbitrase Vs Pengadilan : Persoalan Kompetensi (absolut) Yang Tidak Pernah Selesai*, Cet. I, (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2008), hlm. 139

dihasilkan oleh pembangkit tenaga listrik milik KBC yang akan dibangun oleh Pertamina. Seiring berjalannya waktu, terjadi krisis moneter di Indonesia yang membuat *Internasional Monetary Fund* (IMF) dimana meminta kepada Pemerintah RI untuk meninjau kembali proyek-proyek pembangunan. Kemudian Pemerintah RI mengeluarkan Keppres No. 39 Tahun 1997 yang berisi antara lain tentang penundaan pelaksanaan proyek KBC. KBC meminta Pertamina dan PLN untuk melakukan lobi terhadap Pemerintah RI agar proyek pembangunan pembangkit tenaga listrik dapat dilanjutkan. Tetapi hal itu tidak berhasil, kemudian Pemerintah Indonesia mengeluarkan Keppres No 5 Tahun 1998 yang isinya menegaskan bahwa proyek-proyek yang memakan biaya besar harus dihentikan. Atas dasar Keppres No. 5 Tahun 1998 Pertamina tidak menjalankan kewajibannya sesuai dengan yang diperjanjikan dengan KBC dalam JOC dengan alasan telah berlakunya *Force Majeur*, kemudian KBC menuntut Pertamina dan PLN karena dianggap melanggar kontrak dan syarat *Force Majeur* tidak berlaku. Syarat *Force Majeur* hanya berlaku untuk pihak KBC dan KBC menuntut Pertamina dan PLN melalui Arbitrase karena KBC, Pertamina dan PLN terikat oleh perjanjian Arbitrase. Tuntutan KBC terhadap Pertamina dan PLN berupa ganti rugi terhadap pelanggaran kontrak berupa kerugian atas biaya yang telah dikeluarkan sebesar US\$ 96.000.000 (Sembilan puluh enam Juta Dollar Amerika Serikat) dan kerugian atas kompensasi akibat kehilangan keuntungan sebesar US\$ 512.000.000 (lima ratus dua belas juta Dollar Amerika Serikat) dan kerugian akibat diperolehnya harta yang tidak wajar dan adil (*unjust enrichment*) digabung dengan kerugian yang diderita KBC dengan bunga diperhitungkan KBC sejumlah US\$ 58.600.000 (lima puluh delapan juta enam ratus ribu Dollar Amerika Serikat) serta denda yang harus dibayarkan kepada KBC sejumlah US\$ 608.500 (enam ratus delapan ribu lima ratus Dollar Amerika Serikat) atau secara alternatif sebesar US\$ 51.300.000 (lima puluh satu juta tiga ratus ribu Dollar Amerika Serikat) apabila majelis arbitrase memutuskan bahwa KBC berhak memperoleh US\$ 837.000.000 (delapan ratus tiga puluh tujuh juta Dollar Amerika Serikat). Dalam perjanjian arbitrase disepakati bahwa *choice of law* adalah hukum Indonesia dan arbitrase diselenggarakan di Jenewa, Swiss berdasarkan ketentuan UNCITRAL. Dalam JOC disepakati bahwa Pertamina akan menunjuk seorang

arbiter dan KBC juga akan menunjuk seorang arbiter. Kemudian para arbiter yang telah ditunjuk tersebut akan menunjuk seorang arbiter lagi untuk menjadi ketua majelis arbitrase. Setelah melalui proses penyelesaian sengketa arbitrase, majelis arbitrase memutuskan untuk menghukum Pertamina dan PLN secara tanggung renteng, untuk:

- a. Membayar US\$ 111.000.000 (seratus sebelas juta Dollar Amerika Serikat) untuk biaya-biaya yang telah dikeluarkan oleh KBC ditambah dengan bunga 4% pertahun.
- b. Membayar US\$ 150.000 (seratus lima puluh juta Dollar Amerika Serikat) untuk kehilangan keuntungan yang diharapkan ditambah dengan bunga 4% pertahun.
- c. Membayar US\$ 66.654 (enam puluh enam ribu Dollar Amerika Serikat untuk biaya arbitrase).

Terhadap putusan arbitrase tersebut, Pertamina sangat berkeberatan dan kemudian mengajukan gugatan pembatalan terhadap putusan arbitrase ke Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dengan alasan putusan telah melanggar konvensi New York dan UU No. 30 Tahun 1999. Dalam putusannya No. 86/PN/Jkt.Pst/2001, Pengadilan Negeri Jakarta Pusat akhirnya mengabulkan gugatan Pertamina dengan membatalkan putusan arbitrase internasional, UNCITRAL di Jenewa, Swiss. Adapun beberapa alasannya antara lain pengangkatan arbiter tidak dilakukan seperti apa yang diperjanjikan dan tidak diangkat arbiter yang dikehendaki oleh para pihak berdasarkan perjanjian, sementara Pertamina tidak diberikan *proper notice* mengenai arbitrase ini dan tidak diberi kesempatan untuk membela diri. Majelis Arbitrase telah salah menafsirkan *Force Majeur*, sehingga semestinya Pertamina tidak dipertanggungjawabkan atas sesuatu diluar kemampuannya. Disamping itu majelis arbitrase dianggap telah melampaui kewenangannya karena tidak menggunakan hukum Indonesia, padahal hukum Indonesia adalah yang harus dipakai menurut kesepakatan para pihak. Majelis Arbitrase hanya menggunakan hati nuraninya berdasarkan pertimbangan *ex aequo et bono*. Salah satu pertimbangan penting Pengadilan Jakarta Pusat dalam kasus ini menyatakan bahwa: “dengan adanya penyebutan kata ‘antara lain’ dapat ditafsirkan bahwa

untuk mengajukan pembatalan dimungkinkan digunakan alasan lain”, alasan lain yang dimaksud adalah alasan-alasan diluar ketentuan Pasal 70 UU Arbitrase. Dalam perkembangan di tingkat Mahkamah Agung, putusan Pengadilan Negeri dibatalkan pada tingkat banding (kasasi) di Mahkamah Agung dengan alasan bahwa berdasarkan Pasal V (1) e Konvensi New York⁷⁵, Pengadilan Negeri Jakarta Pusat tidak berwenang untuk memeriksa dan memutus kasus ini, mengingat putusan arbitrase yang dipersoalkan adalah putusan arbitrase yang dijatuhkan di Swiss. Berdasarkan putusan Mahkamah Agung tersebut, pertimbangan dan penerapan pasal 70 UU Arbitrase sama sekali tidak ditentang dan dikoreksi oleh Mahkamah Agung⁷⁶.

Terkait dengan permohonan pembatalan putusan arbitrase yang didasarkan pada Pasal 70 UU Arbitrase, pemohon pembatalan seharusnya membuktikan adanya “dugaan” yang sah bahwa putusan arbitrase tersebut mengandung “unsur” pemalsuan, tipu muslihat, atau penyembunyian fakta/dokumen. UU Arbitrase tidak secara tegas menjelaskan apa yang dimaksud dengan kata “dugaan” ataupun kata “unsur” sebagaimana disebut dalam Pasal 70 tersebut. UU Arbitrase juga tidak memberikan definisi mengenai apa yang dimaksud dengan kata “pemalsuan, tipu muslihat, atau penyembunyian fakta/dokumen” sebagaimana yang termuat dalam Pasal 70. Hal ini dalam praktek sering menjadi perdebatan. Mengingat UU Arbitrase belum mengatur alasan-alasan yang dapat digunakan oleh Pengadilan untuk membatalkan putusan arbitrase, maka nilai-nilai hukum yang hidup di masyarakat sehubungan dengan pembatalan putusan arbitrase dapat digali, dipahami dan diikuti. Alasan-alasan sebagaimana tercantum dalam Konvensi New York maupun UNCITRAL Model Law, seperti ketiadaan perjanjian arbitrase yang sah, pelanggaran terhadap prinsip kepatutan dan keadilan dalam berperkara (*due process of law*), misalnya: ketidakwajaran dalam pemilihan arbiter atau proses arbitrase, tidak adanya pemberitahuan yang patut atau pemberian

⁷⁵ Pasal V ayat 1 (e) *United Nation Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* : *Recognition and enforcement of the award may be refused, at the request of the party against whom it is revoked, only if the party furnishes to the competent authority where the recognition and enforcement is sought, proof that: (e) the award has not yet become binding on the parties, or has been set aside or suspended by a competent authority of the country in which, or under the law of which, the award was made.* Gunawan Widjaja dan Michael Adrian, *Peran Pengadilan Dalam Penyelesaian Sengketa Oleh Arbitrase*, Cet I, (Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2008), hlm 384.

⁷⁶ Bambang Sutiyo, *Op.cit.* hlm 145

kesempatan membela diri yang adil/berimbang, proses pemilihan arbiter yang bertentangan dengan perjanjian, arbiter yang bertindak diluar kewenangan (*excess of authority*) dan sengketa yang diputus tidak dapat diarbitrasekan (*non arbitrable*), maupun alasan pelanggaran atas ketertiban umum (*public policy*), sepatutnya ikut dipertimbangkan oleh pengadilan dalam memeriksa permohonan pembatalan putusan arbitrase di Indonesia⁷⁷.

2. Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Arbitrase Internasional

Dalam istilah pelaksanaan (*enforcement*)⁷⁸ harus dibedakan dengan istilah pengakuan (*recognition*)⁷⁹. Menurut Sudargo Gautama, pengakuan tidak begitu mendalam akibatnya daripada pelaksanaannya. Melaksanakan keputusan meminta lebih banyak, seperti tindakan-tindakan aktif dari instansi tertentu yang berkaitan dengan pengadilan dan administrasi, terhadap pengakuan tidak diperlukan atau diharapkan tindakan demikian. Oleh karena itu, kiranya mudah dimengerti mengapa orang bisa mudah sampai pada pengakuan keputusan yang diucapkan diluar negeri daripada melaksanakannya⁸⁰.

Sebelum membahas pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase internasional, pertama-tama akan dibahas mengenai pelaksanaan putusan pengadilan asing di Indonesia. Sudah sejak lama dianut asas bahwa putusan-putusan badan peradilan Negara tidak dapat dilaksanakan diwilayah Negara lain. Putusan pengadilan suatu Negara hanya dapat dilaksanakan diwilayah negaranya saja. Untuk Indonesia berlaku ketentuan bahwa putusan pengadilan asing tidak dapat dilaksanakan di wilayah Indonesia. Hal ini dapat dilihat pada Pasal 436 Rv yang secara tegas menentukan, putusan pengadilan asing tidak dapat diakui dan

⁷⁷ *ibid*, 146

⁷⁸ Berdasarkan Black's Law Dictionary, *enforcement* adalah: *The act or process of compelling compliance with a law, mandate, command, decree or agreement*. Sedangkan untuk *enforcement of foreign judgement act* mengandung arti : *A uniform law, adopted by most states, that gives the holder of foreign judgement essentially the same rights to levy and execute on the judgement as the holder of domestic holder*. Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, Eight Edition, (USA: Thomson Business, 2004), p. 569.

⁷⁹ Terdapat 3 (tiga) pengertian *recognition* berdasarkan *Black's Law Dictionary*: (1) *Confirmation that an act done by another person was authorized*, (2) *The formal admission that a person, entity, or things has a particular status; esp. a nation's act in formally acknowledging the existence of another nation or national government*, (3) *Parliamentary Law. The chair's acknowledgment that a member is entitled to the floor*. *Ibid*. p.1299.

⁸⁰ Ridwan Khairandy, *Pengantar Hukum Perdata Internasional*, Cet. I, (Yogyakarta: UII Press, 2007), hlm. 220.

tidak dapat di eksekusi oleh putusan pengadilan Indonesia⁸¹. Di Indonesia, putusan pengadilan asing tidak dianggap sama dan sederajat dengan putusan pengadilan Indonesia sendiri yang bisa dilaksanakan di Indonesia. Ketentuan tersebut erat kaitannya dengan kedaulatan territorial (*principle of territorial sovereignty*) dimana berdasarkan asas ini putusan pengadilan asing tidak bisa secara langsung dilaksanakan di wilayah Negara lain atas kekuatannya sendiri.

Hal ini tidak berarti semua putusan pengadilan asing tertutup sama sekali kemungkinannya untuk dilaksanakan. Putusan asing mungkin saja dilaksanakan di Indonesia bila Indonesia telah menandatangani perjanjian-perjanjian internasional mengenai pelaksanaan putusan pengadilan asing. Dengan perjanjian internasional itu putusan pengadilan asing dapat dilaksanakan di Indonesia. Sebaliknya, putusan pengadilan Indonesia pun dapat dilaksanakan di wilayah Negara yang turut serta dalam perjanjian tersebut. Saat ini terdapat *Convention on the Recognition and Execution of Foreign Judgement in Civil and Commercial Matters (1966) and Supplementary Protocol*. Sesuai judulnya, Konvensi ini hanya mengatur mengenai pengakuan dan pelaksanaan putusan pengadilan asing dibidang perkara perdata dan dagang saja. Menurut Konvensi ini semua putusan yang bersifat provisional dan konservatoir belaka tidak termasuk dalam lingkup konvensi ini, juga tidak termasuk putusan yang mengatur⁸²:

- a. Status kewenangan orang-orang atau soal-soal yang termasuk hukum kekeluargaan, termasuk hak dan kewajiban personal dan finansial antara orang tua dan anak, antara suami dan istri;
- b. Soal penciptaan atau kelanjutan badan hukum dan wewenang pejabatnya;
- c. Kewajiban alimentasi yang tidak termasuk dalam sub a;
- d. Soal warisan;
- e. Soal-soal kepailitan, penghentian pembayaran atau lain-lain acara yang serupa;

⁸¹ Walaupun ketentuan R.V tidak berlaku lagi di Indonesia, namun karena Herzeine Inland Reglement (H.I.R) yang mengatur hukum acara perdata bagi golongan Bumiputra dan yang sekarang digunakan oleh Pengadilan Negeri dan Pengadilan Tinggi tidak menyebutkan atau mengatur menenai putusan asing ini, maka ketentuan R.V tersebut kiranya dapat dijadikan pedoman. *Ibid*, hlm 221.

⁸² *Ibid*, hlm 243.

- f. Soal-soal jaminan sosial;
- g. Persoalan-persoalan mengenai ganti rugi dalam hal nuklir. Juga tidak termasuk dalam lingkup konvensi ini keputusan yang berkenaan dengan pembayaran bea-cukai, pajak atau denda.

Dengan demikian ruang lingkup konvensi ini lebih khusus lagi hanya berkenaan dengan pengakuan dan pelaksanaan putusan pengadilan asing dalam perkara perdata dan dagang yang semata-mata hanya mengandung *private affair*. Terdapat beberapa kondisi yang perlu dipenuhi agar putusan hakim asing dapat dilaksanakan di suatu Negara berdasarkan konvensi ini, *pertama* apabila suatu Negara menandatangani konvensi ini maka pengadilan Negara menandatangani konvensi tersebut akan melaksanakan putusan dari Negara lain meskipun Negara lain tidak ikut menandatangani konvensi ini. Dengan kata lain dapat pula putusan pengadilan dari suatu Negara, sekalipun Negara tersebut tidak ikut menandatangani konvensi, dimungkinkan untuk dieksekusi oleh pengadilan Negara lain yang telah menandatangani konvensi internasional tersebut⁸³. *Kedua*, apabila putusan-putusan perkara masuk ruang lingkup konvensi ini, memenuhi persyaratan tentang kompetensi sebagaimana yang dimaksud Bab II Konvensi ini, maka putusan pengadilan suatu Negara dapat diakui dan dilaksanakan di Negara lain yang menjadi anggota konvensi tersebut.

Hingga saat ini Indonesia belum meratifikasi *Convention on the Recognition and Execution of Foreign Judgement in Civil and Commercial Matters*. Bila Indonesia meratifikasi konvensi tersebut, maka semua putusan hakim Indonesia yang memenuhi persyaratan di atas dapat diakui dan dilaksanakan di Negara anggota, begitu pula dengan putusan pengadilan asing dari suatu Negara yang dapat dilaksanakan di Indonesia.

Berdasarkan penjelasan mengenai pelaksanaan putusan pengadilan asing yang tidak dapat dilaksanakan oleh Indonesia kecuali Indonesia meratifikasi *Convention on the Recognition and Execution of Foreign Judgement in Civil and Commercial Matters*, lalu bagaimana dengan putusan arbitrase asing, apakah putusan dari arbitrase asing dapat diakui dan dilaksanakan di suatu Negara, dalam hal ini di Indonesia.

⁸³ Sutan Remy Sjahdeini, *Hukum Kepailitan: Memahami Undang-Undang Kepailitan No. 37 Tahun 2004 tentang Kepailitan*, Cet. III, (Jakarta: Pustaka Utama Grafiti, 2009), hlm. 447.

Adalah *The New York Convention on the Recognition and Enforcement of Arbitration Awards of 1958* (Konvensi New York tentang Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Arbitrase Tahun 1958), seperti yang tersirat dalam judulnya, konvensi New York tidak berkenaan dengan peraturan pelaksanaan arbitrase internasional, tetapi mengatur pelaksanaan keputusan arbitrase internasional yang dibuat oleh berbagai badan arbitrase baik internasional maupun domestik. Konvensi New York berfungsi untuk mendorong kerjasama antara Negara-negara pembuat kontrak dan menyeragamkan kebiasaan Negara-negara tersebut dalam melaksanakan putusan arbitrase asing. Konvensi ini dianggap sebagai traktat internasional, yang paling penting sehubungan dengan arbitrase komersial internasional, karena konvensi ini menawarkan kepastian dan efisiensi dalam pelaksanaan putusan-putusan arbitrase internasional⁸⁴.

Konvensi New York juga mengatur pengakuan pelaksanaan putusan arbitrase di dalam wilayah para pihak yang membuat perjanjian. “Putusan arbitrase asing” adalah putusan arbitrase yang dibuat diluar yurisdiksi pihak yang membuat perjanjian, yang diwilayah merekalah putusan tersebut akan diakui dan dilaksanakan. Konsep yang luas ini meliputi putusan arbitrase yang dibuat diluar Negara dimana putusan ini akan dilaksanakan. Traktat ini juga dapat diperluas pada putusan-putusan yang tidak dianggap sebagai “putusan dalam negeri” yang tunduk pada hukum dari Negara tempat pelaksanaan putusan. Dengan demikian putusan arbitrase asing adalah setiap putusan arbitrase yang pengaruhnya tidak didasarkan pada hukum domestik ditempat putusan tersebut akan diakui dan dilaksanakan⁸⁵. Menurut pasal I ayat (2) Konvensi New York⁸⁶, istilah “putusan arbitrase” memuat bukan saja putusan yang dibuat para arbiter yang ditunjuk untuk setiap kasus, namun juga putusan yang dibuat oleh badan-badan arbitrase permanen dimana para pihak telah menyerahkan kasus mereka.

Pengertian “putusan Asing” menyiratkan kewajiban yang luas bagi para

⁸⁴ Maqdir Ismail, *Op.cit*, hlm 18

⁸⁵ *ibid.*

⁸⁶ Pasal I ayat (2) *United Nation Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: the term “arbitral award” shall include not only awards made by arbitrators appointed for each case but also those made by permanent arbitral bodies to which the parties have submitted.*

pihak pembuat perjanjian terhadap Konvensi New York. Kewajiban ini mengharuskan pihak pembuat perjanjian melaksanakan putusan arbitrase yang ditetapkan menurut hukum suatu Negara yang menolak untuk menerima Konvensi New York. Konvensi ini tidak konsisten dengan pengertian resiprositas (timbang balik) yang menjadi dasar dari kebanyakan konvensi dan traktat internasional. Untuk menghindari konsekuensi tersebut, pasal I ayat (3) Konvensi New York⁸⁷ mengizinkan pihak pembuat perjanjian untuk mengumumkan bahwa Konvensi tersebut hanya berlaku antara pihak tersebut dan Negara lain. Dengan demikian, peluang ini mengecualikan putusan arbitrase yang dibuat di bawah hukum para pihak yang tidak membuat perjanjian dilihat dari lingkup “putusan arbitrase asing”. Pihak pembuat perjanjian juga diizinkan untuk mengumumkan bahwa pelaksanaan putusan hanya terbatas pada mereka yang melakukan hubungan komersial sebagaimana diakui dalam hukum pihak yang membuat perjanjian itu.

Konvensi New York telah diratifikasi Pemerintah Republik Indonesia melalui Keputusan Presiden (Keppres) No. 34 Tahun 1981. Ratifikasi tersebut kemudian ditindaklanjuti oleh Peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia No. 1 Tahun 1990 tentang Tata Cara Pelaksanaan Putusan Arbitrase Internasional. Dalam perkembangannya, tata cara pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase diluar negeri telah diatur dalam Undang-Undang, yakni Undang-Undang No. 30 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa.

Dengan keluarnya UU No. 30 Tahun 1999 (UU Arbitrase), tata cara eksekusi putusan arbitrase internasional telah diatur dalam ketentuan Pasal 67 sampai dengan Pasal 69 UU Arbitrase sebagai pembaharuan ketentuan yang sama yang diatur dalam PERMA No. 1 Tahun 1990. PERMA Nomor 1 Tahun 1990 berisi tentang Tata Cara Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing Mahkamah Agung Republik Indonesia. Pada dasarnya putusan arbitrase internasional hanya dapat di eksekusi jika sebelumnya telah dideponir di kepaniteraan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat.

⁸⁷ Pasal I ayat (2) *United Nation Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards: when signing, ratifying or acceding to this Convention, or notifying extension under article X hereof, any State may on the basis of reciprocity declare that it will apply the convention to the recognition and enforcement of award made only in the territory of another Contracting State. It may also declare that it will apply the Convention only to differences arising out of legal relationships, wheter contractual or not, which are considered as commercial under the national law of the State making such declatation.*

Tidak semua putusan arbitrase internasional dapat diakui dan dilaksanakan eksekusinya di Indonesia. Untuk dapat diakui dan di eksekusinya di Indonesia harus memenuhi persyaratan tertentu. Pasal 66 UU Arbitrase menentukan persyaratan tertentu yang harus dipenuhi agar suatu putusan arbitrase internasional dapat diakui dan dilaksanakan eksekusinya di wilayah hukum Republik Indonesia, yaitu:

- a. Putusan Arbitrase Internasional dijatuhkan oleh arbiter atau majelis arbitrase di suatu negara yang dengan negara Indonesia terkait pada perjanjian, baik secara bilateral maupun multilateral, mengenai pengakuan dan pelaksanaan Putusan Arbitrase Internasional.
- b. Putusan Arbitrase Internasional sebagaimana dalam huruf a terbatas pada putusan yang menurut ketentuan hukum Indonesia termasuk dalam ruang lingkup hukum perdagangan.
- c. Putusan Arbitrase Internasional sebagaimana dimaksud dalam huruf a hanya dapat dilaksanakan di Indonesia terbatas pada putusan yang tidak bertentangan dengan ketertiban umum.
- d. Putusan Arbitrase Internasional dapat dilaksanakan di Indonesia setelah memperoleh eksekutor dari Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat; dan
- e. Putusan Arbitrase Internasional sebagaimana dimaksud dalam huruf a yang menyangkut Negara Republik Indonesia sebagai salah satu pihak dalam sengketa, hanya dapat dilaksanakan setelah memperoleh eksekutor dari Mahkamah Agung Republik Indonesia yang selanjutnya dilimpahkan kepada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat.

Penolakan atas pelaksanaan putusan arbitrase asing dapat diajukan oleh pihak yang bersengketa. Pasal 5 ayat 1 Konvensi New York menentukan dasar-dasar penolakan putusan arbitrase asing berdasarkan permintaan salah satu pihak dalam sengketa, dasar-dasar penolakan tersebut adalah⁸⁸:

- a. Para pihak yang mengikatkan dirinya dalam suatu perjanjian adalah yang tidak cakap atau bahwa perjanjian itu sendiri tidak sah menurut Negara dimana perjanjian tersebut dibuat.

⁸⁸ Gunawan Widjaja dan Michael Adrian, *Op.cit.* hlm 60

- b. Pihak dimana putusannya ditujukan kepadanya tidak diberikan pemberitahuan yang layak mengenai penunjukkan arbiter atau selama proses arbitrase berjalan.
- c. Putusan yang dikeluarkan tidak termasuk dalam ruang lingkup arbitrase.
- d. Kewenangan dari majelis arbitrase selama proses arbitrase tidak sesuai dengan yang disetujui oleh para pihak sebelumnya.
- e. Putusan tersebut belum menjadi mengikat kepada para pihak, atau telah dikesampingkan atau dibatalkan oleh pihak yang berwenang menurut hukum dimana putusan itu dibuat.

Dalam Pasal 5 ayat (2) Konvensi New York juga menentukan mengenai penolakan pelaksanaan putusan arbitrase asing jika pengadilan menemukan bahwa jenis sengketa yang terjadi antara para pihak tidak dapat diselesaikan melalui arbitrase menurut hukum dari Negara tersebut atau jika pengadilan menemukan bahwa pelaksanaan putusan tersebut bertentangan dengan ketertiban umum. Ketentuan mengenai ketertiban umum juga diatur dalam PERMA RI No. 1 Tahun 1990 yang mengatur tentang keputusan arbitrase internasional di Indonesia, pada Pasal 3 ayat (3) dan Pasal 4 ayat (2) menyebutkan bahwa pelaksanaan keputusan arbitrase luar negeri di Indonesia terbatas kepada keputusan-keputusan yang tidak bertentangan dengan ketertiban umum. Ketentuan tersebut sama dengan ketentuan dalam Pasal 66 ayat (c)⁸⁹.

Penerapan akan Pasal 5 ayat (2) Konvensi New York dan PERMA RI No.1 Tahun 1990 ini terdapat dalam perkara E.D & F. Man (SUGAR) Ltd Vs Yani Haryanto, 1205 K/Pdt/1990 (1991), kasus ini adalah yang pertama di Indonesia yang menolak pelaksanaan keputusan arbitrase asing berdasarkan ketertiban umum⁹⁰. Putusan ini menyebabkan Penetapan Mahkamah Agung RI, tanggal 1 Maret 1991 mengenai dikabulkannya permohonan Exequatur putusan

⁸⁹ *ibid*, hlm 61

⁹⁰ Ketertiban umum dikenal dengan berbagai istilah seperti *orde public* (Prancis), *public policy* (Anglo Saxon), begitu pula pengertian dan maknanya tidak sama diberapa negara. Kerap kali pertimbangan politis dipakai sebagai pegangan untuk menyatakan suatu kaidah asing bertentangan dengan ketertiban umum dari forum hakim yang bersangkutan, sehingga tidak perlu diperlakukan. Ketertiban umum ada kalanya diartikan sebagai “ketertiban, kesejahteraan dan keamanan” atau disamakan dengan ketertiban umum, atau synonym dari istilah “keadilan”. Dapat pula dipergunakan dalam arti kata bahwa hakim wajib untuk mempergunakan pasal-pasal Undang-Undang tertentu. Ridwan Khairandy, *Modul... Op.cit.* hlm. 209.

arbitrase London 1989 menjadi irrelevant untuk dilaksanakan. Putusan Mahkamah Agung RI dalam perkara jual beli tersebut menunjukkan pendirian bahwa pengusaha Indonesia, Yani Haryanto, tidak berwenang mengadakan perjanjian jual beli gula dimaksud karena berdasarkan Keppres No. 43/1971 tanggal 14 Juli 1971, import gula hanya bisa dilakukan oleh Bulog. Menurut Mahkamah Agung perjanjian tersebut batal demi hukum karena bertentangan dengan peraturan yang ada⁹¹.

Demikian ketentuan mengenai pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase internasional. Berdasarkan penjelasan mengenai pembatalan putusan arbitrase internasional serta pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase internasional, terdapat perbedaan mengenai kewenangan pengadilan dalam memeriksa permohonan pembatalan putusan arbitrase dengan kewenangan pengadilan dalam memeriksa permohonan pelaksanaan putusan arbitrase. Menurut Hikmahanto Juwana, dalam pembatalan permohonan arbitrase, terhadap putusan arbitrase yang dibatalkan, pengadilan dapat meminta agar para pihak mengulang proses arbitrase. Putusan arbitrase yang dibatalkan, akan menafikan (seolah tidak pernah dibuat) putusan arbitrase tersebut. Dalam hal ini Pengadilan tidak berwenang untuk memeriksa pokok perkara, tetapi hanya terbatas pada memeriksa keabsahan dari segi prosedur pengambilan putusan arbitrase, seperti pemilihan para arbiter dan pemberlakuan hukum yang dipilih⁹². Dalam hal memeriksa suatu permohonan pelaksanaan (eksekusi) putusan arbitrase, pengadilan seharusnya hanya dapat menjalankan fungsi kontrolnya secara “*prima facie*” saja⁹³, dalam hal penolakan pelaksanaan putusan arbitrase tidak berarti pengadilan menafikan putusan tersebut, melainkan tidak dapatnya putusan arbitrase dilaksanakan di yurisdiksi pengadilan yang telah menolaknya. Apabila ternyata di negara lain masih ada asset dari pihak yang dikalahkan, pihak yang dimenangkan masih dapat meminta eksekusi di pengadilan negara tersebut.

⁹¹ Ridwan Khairandy, *Modul...*, *Op.cit.* hlm 209-211

⁹² “Penyelesaian sengketa bisnis melalui arbitrase internasional Studi kasus Pertamina vs Karaha Bodas Company”, <<http://maspurba.wordpress.com/2008/05/10/penyelesaian-sengketa-bisnis-melalui-arbitrase-internasional/>>. diakses 1 Desember 2009.

⁹³ Bambang Sutiyoso, *Op.cit.*, hlm. 145.

BAB III

**TIDAK ADANYA SINKRONISASI UNDANG-UNDANG
NOMOR 25 TAHUN 2007 TENTANG PENANAMAN MODAL
DAN UNDANG-UNDANG NOMOR 4 TAHUN 2009 TENTANG
PERTAMBANGAN MINERAL DAN BATUBARA TERKAIT
PENYELESAIAN SENGKETA**

A. Tidak Adanya Kepastian Hukum di Bidang Pertambangan Minerba.

Kepastian hukum adalah salah satu faktor penting untuk melaksanakan kegiatan penanaman modal asing disuatu Negara. Kepastian hukum adalah jaminan kepada penanaman modal asing yang berniat untuk menanam modal disuatu Negara. Pada dasarnya kepastian hukum mengandung arti konsistensi antara peraturan dan penegakan hukum. Menurut Soerjono Soekanto, fungsi dari hukum adalah untuk mengatur hubungan antara Negara dan masyarakat atau hubungan antara masyarakat yang bertujuan untuk membuat kehidupan sehari-hari masyarakat berjalan tertib dan tenang. Selanjutnya untuk mencapai ketertiban umum, harus diikuti dengan penegakan hukum, karena dengan eksistensi dari penegakan hukum, maka kepastian akan dapat dicapai. Oleh karena itu, tugas dari hukum adalah untuk mencapai kepastian hukum untuk menciptakan ketertiban umum dan keadilan dimasyarakat⁹⁴. Ini berarti untuk mencapai kepastian hukum, hukum dan penegakan hukum harus sejalan dan harmonis satu sama lain untuk mencegah kontradiksi dan inkonsistensi dalam menjalankan hukum dan penegakan hukum. Kepastian hukum juga berarti hukum dan peraturan yang dibuat oleh pemerintah, yang mana hukum dan peraturan oleh pemerintah tersebut harus jelas, sejalan, menciptakan harmonisasi dan tidak timpang tindih atau kontradiksi satu sama lain.

⁹⁴ Soerjono Soekanto, *Penegakan Hukum*, (Jakarta: Bina Cipta, 1981), hlm 42-43

Bagi Negara berkembang yang ingin menarik investor dari Negara maju untuk berinvestasi di Negara tersebut, maka ada beberapa hal yang harus dipenuhi untuk menarik arus modal asing tersebut antara lain⁹⁵:

1. Peraturan-peraturan kebijakan yang tetap dan konsisten yang tidak terlalu cepat berubah dan dapat menjamin adanya kepastian hukum karena ketiadaan kepastian hukum akan menyulitkan perencanaan jangka panjang usaha mereka.
2. Prosedur perizinan yang tidak berbelit yang dapat menyebabkan *high cost economy*.
3. Jaminan terhadap investasi mereka dan proteksi hukum mengenai hak atas kekayaan investor.
4. Sarana dan prasarana yang dapat menunjang terlaksananya investasi mereka dengan baik, antara lain meliputi komunikasi, transportasi atau pengangkutan, perbankan dan perasuransian.

Selain itu, untuk investor sendiri mereka akan menanamkan modalnya disuatu Negara, ada beberapa hal yang menjadi perhatian calon investor. Beberapa hal yang seringkali menjadi perhatian bagi investor agar mereka dapat menimalisir resiko dalam berinvestasi, antara lain⁹⁶:

1. Keamanan investasi yang sering berkaitan dengan stabilitas politik suatu Negara.
2. Bahaya tindakan nasionalisasi dan berkaitan dengan ganti kerugian.
3. Penghindaran pajak berganda.
4. Masuk dan tinggalnya staf atau ahli yang diperlukan.
5. Penyelesaian sengketa.
6. Perlakuan yang sama terhadap investor asing atau tidak adanya pembedaan dari investor domestik.
7. Insentif untuk penanaman modal.
8. *Transparency* yaitu kejelasan mengenai peraturan perundang-undangan, prosedur dan administrasi yang berlaku, serta kebijakan investasi, dan

⁹⁵ Camelia Malik, *Op.cit*, hlm 16.

⁹⁶ *Ibid*, hlm 17.

9. Kepastian hukum, termasuk *enforcement* putusan-putusan pengadilan.

Secara umum diketahui bahwa penanaman modal asing khususnya yang berlokasi dinegara berkembang sering merasa khawatir akan begitu banyak resiko. Hal ini disebabkan oleh keadaan politik, sosial, ekonomi Negara-negara berkembang atau berkembang yang belum stabil. Padahal penanaman modal asing membutuhkan iklim yang kondusif sifatnya seperti rasa aman tertib, serta adanya suatu kepastian atau jaminan hukum dari Negara penerima modal. Kepastian hukum meliputi ketentuan peraturan perundang-undangan yang dalam banyak hal tidak jelas bahkan bertentangan, dan juga mengenai pelaksanaan keputusan pengadilan, kesulitan-kesulitan tersebut dapat dikatakan merupakan kesulitan-kesulitan yang dihadapi oleh Negara berkembang yang mengundang penanaman modal asing untuk membantu pertumbuhan ekonomi⁹⁷.

Tidak adanya jaminan kepastian hukum dalam kegiatan investasi menyebabkan munculnya berbagai macam permasalahan. Permasalahan ini kemudian mengakibatkan kurangnya minat investor untuk menanamkan modalnya ke daerah. Hal ini dilihat dari banyaknya peraturan perundang-undangan yang dikeluarkan oleh pemerintah daerah dengan alasan hak otonom yang notabene membuat beban tambahan investor. Parahnya lagi produk hukum yang dikeluarkan pemerintah daerah banyak yang berbenturan dengan kebijakan yang diambil oleh pemerintah pusat.

Terdapat permasalahan mengenai ketidakpastian hukum dibidang penanaman modal asing, salah satunya disektor pertambangan mineral dan batubara. Permasalahan umum yang sering terjadi adalah tumpang tindih wilayah kuasa pertambangan, terutama sebelum di berlakukannya Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara. Tumpang tindih (*overlapping*) wilayah Kuasa Pertambangan (KP) merupakan masalah klasik. Persoalan ini marak ketika pemerintah mulai menerapkan kebijakan otonomi daerah di tahun 1999. Maksudnya baik, yakni untuk mengembangkan dan memberi pendapatan lebih kepada daerah. Tapi yang terjadi malah *kebablasan*. Pemerintah daerah dengan mudahnya menerbitkan izin sebuah Kuasa

⁹⁷ *Ibid*, hlm 18

Pertambangan kepada perusahaan tambang. Apalagi ketika masa jabatan seorang kepala daerah akan berakhir, puluhan Kuasa Pertambangan biasanya akan diterbitkan. Tak peduli apakah Kuasa Pertambangan yang diterbitkan itu mencaplok wilayah Kuasa Pertambangan lain. Akibatnya, tumpukan Kuasa Pertambangan di satu wilayah yang sama mudah ditemui di daerah-daerah pertambangan mineral dan batu bara (minerba). Menurut Direktur Pengusahaan Batu Bara Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral MS Marpaung sejak otonomi daerah diduga ada sekitar 3.000 izin kuasa pertambangan yang dikeluarkan oleh pemerintah kabupaten dan kota dan berdasarkan catatan pengamat pertambangan, Ryad Chairil, ada 1.600 Kuasa Pertambangan yang tumpang tindih. Ironisnya perusahaan tambang milik Negara (BUMN) kerap dikalahkan di Pengadilan jika terjadi sengketa tumpang tindih wilayah Kuasa Pertambangan. Terdapat sejumlah kasus *overlapping* izin Kuasa Pertambangan. Kasus itu antara lain: PT Tambang Batu Bara Bukit Asam Tbk. (PTBA) dengan 16 perusahaan yang memperoleh izin Kuasa Pertambangan baru di Lahat Sumatera Selatan, PT Aneka Tambang Tbk. (Antam) dengan satu izin Kuasa Pertambangan batu di Konawe Utara Sulawesi Tenggara, PT Rio Tinto Indonesia dengan 14 izin Kuasa Pertambangan baru di Morowali Sulawesi Tengah, dan PT Inco Tbk dengan PT. Hotman Internasional di Morowali, Sulawesi Tengah⁹⁸.

Ketidakpastian hukum lainnya juga dialami oleh sejumlah perusahaan tambang terkait dengan aturan kehutanan. Perusahaan tambang yang wilayah kerjanya mencakup wilayah hutan harus mengajukan perpanjangan aturan pinjam pakai setiap tahun. Masalah muncul ketika lahan yang difungsikan sebagai hutan bertambah sehingga terjadi tumpang tindih dengan wilayah tambang. Perusahaan tambang pun terkena isu perambahan hutan lindung. Direktur Pengusahaan Batu Bara Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral MS Marpaung mengatakan, kasus tumpang tindih dengan lahan kehutanan merupakan fakta buruknya koordinasi antar departemen yang terkait dengan pengelolaan sumber daya alam⁹⁹.

⁹⁸ “UU Minerba Lahir, Masalah Tumpang Tindih Selesai?”, <<http://www.hukumonline.com/detail.asp?id=20902&cl=Berita>>, diakses 14 februari 2009.

⁹⁹ “Akankah Pertambangan Membaik”, <<http://www.ti.or.id/news/8/tahun/2007/bulan/06/tanggal/28/id/1440/>>, 28 Juni 2007.

Oleh karena itu ketika UU Minerba disusun, para kontraktor tambang lokal, BUMN, swasta, dan asing berharap UU itu bisa mengatasi masalah tumpang tindih Kuasa Pertambangan. Pemerintah pusat sepertinya merespon kemauan tersebut. Salah satu caranya adalah menyerobot kembali sebagian kewenangan pemerintah daerah. Misalnya dalam hal penetapan wilayah pertambangan. Pemerintah berhak menetapkan wilayah pertambangan setelah berkoordinasi dengan pemerintah daerah dan DPR (Pasal 6 ayat (1) e dan Pasal 9 ayat (2)). Nantinya pemerintah daerah tak lagi bisa sembarangan menentukan wilayah pertambangan seperti yang terjadi saat ini. Sekretaris Perusahaan PT Aneka Tambang Tbk (Antam) Bimo Budi Satrio, ketika UU Minerba disahkan DPR pernah mengatakan, yang terpenting adalah adanya kepastian hukum bagi para pemegang Kuasa Pertambangan. Pemerintah daerah janganlah sewenang-wenang mengubah, mencabut atau membatalkan Izin Usaha Pertambangan (IUP) yang telah diterbitkan secara sah kepada perusahaan. Diharapkannya penerbitan IUP seperti diatur dalam UU Minerba, tidak tumpang tindih seperti marak terjadi pada Kuasa Pertambangan¹⁰⁰.

Melihat permasalahan mengenai pemberian wilayah Kuasa Pertambangan yang tumpang tindih tersebut, dapat dilihat bahwa belum dijaminnya kepastian hukum bagi kegiatan penanaman modal asing di bidang pertambangan minerba. Pemicu permasalahan ini adalah kebijakan yang tumpang tindih dan tidak konsisten antara pemerintah pusat dan pemerintah daerah. Hal ini sejalan dengan apa yang dikemukakan Dendi Adisuryo, seorang konsultan hukum pertambangan, yang mengatakan bahwa ketidakpastian hukum juga dapat terjadi karena tumpang tindihnya produk hukum terhadap izin yang dipegang perusahaan pertambangan. “Sering terjadi produk dari pemerintah pusat ditabrak produk pemerintah daerah. Ada kemungkinan di satu wilayah pemerintah daerah dan pusat sama-sama mengeluarkannya¹⁰¹.

¹⁰⁰ *ibid.*

¹⁰¹ “ Audit Bisnis Pertambangan Tidak Disentuh”, <<http://www.hukumonline.com/detail.asp?id=20951&c1=Berita>>, diakses 4 februari 2009.

Selain itu seperti yang dijelaskan diatas bahwa perusahaan tambang milik Negara (BUMN) kerap dikalahkan di Pengadilan jika terjadi sengketa tumpang tindih wilayah Kuasa Pertambangan, lalu bagaimana dengan penanaman modal asing (investor asing) apabila perusahaan nasional saja harus menerima kekalahan ketika terjadi sengketa.

Apabila kita melihat ketentuan penyelesaian sengketa dalam Pasal 32 ayat 1,2, dan 4 Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal ditentukan bahwa Khusus untuk penanaman modal asing, penyelesaian sengketa antara pemerintah dengan penanam modal asing diselesaikan melalui jalur musyawarah dan mufakat, apabila tidak tercapai kesepakatan maka akan diselesaikan melalui jalur arbitrase internasional. Sedangkan ketentuan itu tidak sejalan dengan pasal 154 Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara yang mengatur bahwa untuk setiap sengketa yang muncul dalam pelaksanaan IUP, IPR, atau IUPK diselesaikan melalui pengadilan dan arbitrase dalam negeri sesuai dengan ketentuan peraturan perundangundangan. Apabila diperhatikan terdapat perbedaan pengaturan penyelesaian sengketa antara dua pasal dari dua undang-undang yang berbeda tersebut. Terdapat beberapa pertanyaan ketika penulis melihat pengaturan dalam pasal 154 UU Minerba, yaitu apakah pengaturan pasal ini berlaku baik untuk penanam modal dalam negeri maupun penanam modal asing?, jika melihat ketentuan pasal 154 tersebut sepertinya memang berlaku keduanya, karena berdasarkan Pasal 1 Ayat 23 UU Minerba dikatakan bahwa Badan Usaha adalah setiap badan hukum yang bergerak dibidang pertambangan yang didirikan berdasarkan hukum Indonesia dan berkedudukan dalam wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia, serta sejalan dengan itu pada kepada ketentuan pasal 5 UU Penanaman Modal disebutkan bahwa penanaman modal dalam negeri dapat berbentuk badan hukum, tidak berbadan hukum atau usaha perseorangan sesuai ketentuan peraturan perundang-undangan dan untuk kegiatan penanaman modal asing di Indonesia harus berbentuk Perseroan Terbatas berdasarkan hukum Indonesia dan berkedudukan didalam wilayah Negara Republik Indonesia, kecuali ditentukan lain oleh Undang-Undang. Berdasarkan ketentuan itu dapat dilihat bahwa kegiatan PMA dibidang Minerba harus berbentuk badan hukum Indonesia

dan berkedudukan di Indonesia dan untuk ketentuan penyelesaian sengketa memang tidak dibedakan untuk apakah pemegang IUP dan IUPK adalah perusahaan dalam rangka Penanaman Modal Asing atau Penanaman Modal Dalam Negeri. Lalu ketika pasal ini ditunjukkan pula untuk penanaman modal asing, tentunya akan bertentangan dengan Pasal 32 Undang-Undang Penanaman Modal. Hal ini akan menimbulkan ketidakpastian hukum bagi para penanam modal asing di Indonesia.

Permasalahan ini tidak hanya berhenti di peraturan perundang-undangan saja, karena terdapat permasalahan lain yang dapat muncul setelah diberlakukannya Undang-Undang Minerba, khususnya Pasal 154 yaitu kesiapan pengadilan nasional dalam memberikan kepastian hukum di Indonesia. Pengadilan, antara lain Pengadilan TUN, Pengadilan Negeri dan Pengadilan Tinggi sering dengan sengaja atau tidak mengabaikan isi perjanjian yang berlaku diantara pihak terkait, termasuk dalam sejumlah kasus dimana transaksi sudah dilaksanakan. Sikap Pengadilan yang seringkali diskriminatif, kurang menghargai keabsahan kontrak kerjasama itu memberi sinyal negatif atas komitmen Indonesia dalam melaksanakan reformasi hukum dan penegakan keadilan¹⁰².

Putusan pengadilan di Indonesia seringkali tidak konsisten sehingga membingungkan investor asing, misalnya putusan pengadilan dalam pembatalan putusan arbitrase. Indonesia telah memiliki Undang-Undang Arbitrase yang meliputi ketentuan pembatalan keputusan arbitrase, namun dalam pelaksanaannya terjadi inkonsistensi. Contoh inkonsistensi dalam pelaksanaan arbitrase luar negeri adalah dibatalkannya putusan Arbitrase Geneva berkenaan dengan kasus Karaha Bodas Company Vs Pertamina oleh Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Namun pada tingkat banding (kasasi) Mahkamah Agung kemudian membatalkan putusan Pengadilan Negeri tersebut dengan menyatakan bahwa Pengadilan Negeri Jakarta Pusat tidak mempunyai yurisdiksi untuk membatalkan putusan arbitrase luar negeri. Menurut Mahkamah Agung, yang mempunyai kewenangan adalah pengadilan ditempat putusan arbitrase dikeluarkan, yaitu Pengadilan Geneva¹⁰³.

Washington Post dalam artikelnya juga menyatakan bahwa kurangnya sistem hukum yang pasti di Indonesia merupakan faktor utama mengapa investor

¹⁰² Camelia Malik, *Op.cit*, hlm 20

¹⁰³ Suparji, *Op.cit*, hlm 171

pergi. Kurangnya kepercayaan investor membuat perginya modal asing yang sebenarnya sangat dibutuhkan Indonesia untuk memperbaiki kondisi perekonomian yang sepenuhnya belum pulih akibat krisis financial Asia tahun 1997-1998. Disamping itu, investor asing juga sering mengeluh bahwa mereka sering dijadikan subjek tuntutan sewenang-wenang oleh pejabat pemerintah, petugas pajak, dan mitra lokal. Kasus tersebut jika diajukan ke pengadilan hanya akan berdampak sedikit. Hal ini dikarenakan budaya suap yang merajalela dan standar hukum yang memihak¹⁰⁴.

Hal yang dijelaskan diatas menggambarkan bahwa terdapat permasalahan dalam sistem hukum terkait kegiatan penanaman modal disektor pertambangan mineral dan batubara di Indonesia, yaitu produk-produk hukum yang bertentangan dan tidak sinkron, sikap aparat penegak hukum yang kurang mendukung kegiatan investasi di bidang pertambangan minerba dan budaya hukum masyarakat yang masih sangat rendah yang ditandai dengan budaya suap ataupun korupsi, kolusi dan nepotisme. Pada dasarnya perilaku hukum suatu Negara salah satunya ditentukan oleh kebutuhan Negara itu sendiri, mengacu kepada dua teori yang bertentangan yaitu *liberal theory* (yang diperbaharui oleh *neo liberal theory*) dan *dependency theory*, tampaknya kondisi Indonesia sebagai Negara berkembang membutuhkan masuknya modal asing. Meskipun pada dasarnya kita sangat ingin dapat mandiri diatas kaki kita sendiri, namun penanaman modal asing tidak dapat dinafikkan begitu saja atau dikesampingkan, karena adanya kebutuhan yang mendesak untuk mendapatkan dana segar sebagai suntikan dana dalam mendorong pertumbuhan ekonomi¹⁰⁵. Penanaman modal asing, salah satunya dalam kegiatan pertambangan minerba, adalah salah satu jalan yang ditempuh oleh bangsa sekarang ini, namun untuk menjawab kekhawatiran para penganut teori ketergantungan, maka strategi yang dapat diambil adalah menjaga keseimbangan antara kemampuan positif Penanaman modal asing dengan

¹⁰⁴ Camelia Malik, *Log.cit.*

¹⁰⁵ Saat ini sikap suatu Negara dalam mengundang investor asing tidak dipengaruhi oleh paham yang dianut suatu Negara tersebut, bisa diambil contoh dari Cina dan Vietnam yang menganut paham komunis, namun saat ini Cina telah membuka dirinya untuk kegiatan penanaman modal asing dan masuk dalam kategori Negara terfavorit untuk penanaman modal asing, yang diikuti oleh Malaysia, India, Korea Selatan, Taiwan, Vietnam, Hongkong Filipina, dan Singapura. Suparji, *Op.cit.*, hlm 184. Lihat juga Dhaniswara K. Harjono, *Op.cit.*, hlm 284-285.

kemampuan negatifnya, sehingga dapat ditarik manfaat yang maksimal atas Penanaman Modal Asing¹⁰⁶.

Oleh karena itu, untuk mengundang modal asing masuk ke Indonesia diperlukan perilaku hukum yang mendukung kegiatan penanaman modal asing tersebut. Selain perilaku hukum, diperlukan suatu sistem hukum yang memberikan kepastian hukum, yang mana didalamnya terdapat satu paket lengkap yaitu produk-produk hukum yang responsif, perilaku aparat hukum yang mampu melaksanakan *law enforcement*, dan budaya hukum masyarakat maupun budaya hukum dari aparat hukum yang baik¹⁰⁷.

Berdasarkan penjelasan diatas, dapat dikatakan kepastian hukum mempunyai arti penting bagi suatu kegiatan pembangunan, dalam hal ini kegiatan investasi. Bagi investor sendiri, arti penting kepastian hukum adalah tolak ukur¹⁰⁸ utama, investor masuk menghitung resiko. Sejauh mana resiko dapat data dikendalikan dan bagaimana penegakan hukum terhadap resiko tersebut, kalau penegakan hukum tidak mendapat kepercayaan dari investor, hampir dapat dipastikan investor tersebut tidak mau berspekulasi ditengah ketidakpastian. Dalam kondisi demikian, para investor tidak akan berinvestasi baik dalam bentuk *fortfolio*, apalagi dalam bentuk *direct investment*¹⁰⁹.

¹⁰⁶ Nisa Istiani, *Op.cit*, hlm 269.

¹⁰⁷ Mengacu kepada pendapat Erman Rajagukguk, bahwa usaha untuk menciptakan iklim investasi yang kondusif penanaman modal juga dapat melalui penegakan hukum dalam arti dihilangkan ketidakpastian hukum (*legal uncertainty*), kekusutan hukum (*legal entanglement*), penyelundupan hukum (*legal encirlement*), dan tidak terlaksananya hukum (*legal enforcibility*). Bagi investor-investor Amerika yang sudah terbiasa hidup dalam budaya hukum yang demokratis, berbagai deregulasi di bidang Penanaman Modal Asing bisa menjadi begitu tidak berarti, manakala tidak diikuti oleh kepastian hukum. Salah satu yang perlu dilaksanakan adalah pembaharuan hukum diberbagai bidang seperti Perseroan Terbatas, Pasar Modal, eksekusi barang jaminan, persaingan usaha yang sehat. Begitu juga dengan penyempurnaan aparatatur hukum, suatu pengadilan yang bersih perlu ditegakkan karena sebagian sengketa-sengketa dagang dalam penyelesaiannya bergantung kepada kepercayaan kepada pengadilan tersebut. Erman Rajagukguk, "Masalah Investasi Dalam Pembangunan Lima Tahun Ke VI: Suatu Tinjauan Hukum dan Ekonomi", dalam *Hukum Investasi dan Pembangunan*, (Jakarta: Fakultas Hukum UI, 1994), hlm 550.

¹⁰⁸ Dikatakan juga oleh Sentosa Sembiring bahwa pentingnya hukum dikaitkan dengan investasi, investor membutuhkan adanya kepastian hukum dalam menjalankan usahanya. Artinya, para investor butuh ada satu ukuran yang menjadi pegangan dalam menjalankan kegiatan investasinya. Ukuran inilah yang disebut aturan yang dibuat oleh yang mempunyai otoritas untuk itu. Aturan tersebut berlaku untuk semua pihak. Sentosa Sembiring, *Op.cit*, hlm 37.

¹⁰⁹ Ridwan Khairandy, "Iklim Investasi dan Jaminan Kepastian Hukum Dalam Era Otonomi Daerah", dalam *Seminar Nasional Sinkronisasi Kebijakan Pusat dan Daerah Mengenai Investasi, Kepastian Hukum dan Peluang Kerja di Era Otonomi Daerah*, (Yogyakarta: Ikatan Keluarga Mahasiswa Palawan Indonesia dan PT. Riau Pulp Paper, 15 April 2006), hlm 6

B. Ketentuan Peralihan dalam Pasal 169 (a) dan Pasal 169 (b) : Status Kontrak Karya dan Perjanjian Karya Pengusahaan Pertambangan Batu Bara (PKP2B) yang Sudah ada Membingungkan.

Sejak pembahasannya, Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara telah disarati dengan harapan dan kontroversi, harapan karena Undang-undang ini dianggap lebih fokus kepada kepentingan pemerintah sedangkan kontroversi karena beberapa ketentuan dalam undang-undang ini dianggap tidak menjamin kepastian hukum bagi para investor.

Apabila diperhatikan, masalah disektor pertambangan selama ini adalah isu yang tidak pernah selesai, permasalahan ini antara lain persoalan tumpang tindih Wilayah Kuasa Pertambangan (KP), permasalahan lahan tambang dengan lahan hutan, sampai masalah *transfer pricing*. Salah satu penyebabnya adalah regulasi dan kebijakan yang tidak sesuai dengan kondisi di lapangan. Tentu tidak mudah bagi para regulator untuk membuat sebuah peraturan pertambangan yang sempurna, karena banyak sekali kepentingan didalamnya. Mulai dari pemerintah itu sendiri, para pelaku bisnis pertambangan, masyarakat dan *stakeholder* lainnya. Kepentingan mereka harus dapat diakomodir. Mengingat kompleksnya masalah dalam sektor pertambangan ini, dapat dimaklumi bahwa pembahasan Undang-Undang ini cukup lama, setidaknya pembahasan Undang-Undang ini terhambat di DPR sekitar 10 tahun¹¹⁰.

Mengingat cukup kompleksnya sektor pertambangan ini dan begitu banyaknya kepentingan yang harus diakomodir dalam Undang-Undang Pertambangan ini, tidak mengherankan ketika Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 disahkan, muncul kontroversi terkait ketentuan-ketentuan yang diatur didalam Undang-Undang tersebut. Salah satu kontroversi yang muncul terkait ketentuan Undang-Undang Minerba terdapat dalam Pasal 169 (a) dan Pasal 169 (b).

Berdasarkan ketentuan Pasal 169 (a) dan Pasal 169 (b) diatur bahwa:

¹¹⁰ “Menteri ESDM: Pemerintah Adalah Pengatur Bukan Pemain“, <<http://www.hukumonline.com/detail.asp?id=21000&cl=Berita>>, diakses 1 februari 2009.

Pada saat Undang-Undang ini mulai berlaku:

- a. Kontrak karya dan perjanjian karya perusahaan pertambangan batubara yang telah ada sebelum berlakunya Undang-Undang ini tetap diberlakukan sampai jangka waktu berakhirnya kontrak/perjanjian.*
- b. Ketentuan yang tercantum dalam pasal kontrak karya dan perjanjian karya perusahaan pertambangan batubara sebagaimana dimaksud pada huruf a disesuaikan selambat-lambatnya 1 (satu) tahun sejak Undang-Undang ini diundangkan kecuali mengenai penerimaan Negara.*

Apabila memperhatikan ketentuan Aturan Peralihan dalam Pasal 169 (a) dan Pasal 169 (b) tentulah menimbulkan kebingungan, karena Kontrak Karya dan PKP2B yang telah ada sebelum berlakunya Undang-Undang Minerba tetap diberlakukan sampai jangka waktu berakhirnya kontrak atau perjanjian tetapi di sisi lain ketentuan yang tercantum dalam Pasal Kontrak Karya dan PKP2B disesuaikan selambat-lambatnya 1 (satu) tahun sejak Undang-Undang Minerba di undangkan kecuali mengenai penerimaan negara. Adanya ketentuan dalam Pasal 169 (a) dan 169 (b) ini dapat menyebabkan itikad menghormati kontrak-kontrak atau perjanjian yang sudah berlangsung menjadi “bias”, para pengusaha pertambangan kembali kepada ketidakpastian karena meski kontraknya dihargai, namun ia tetap diberikan kewajiban untuk menyesuaikan kembali kontrak atau perjanjiannya dan penyesuaian kontrak tersebut dibatasi oleh waktu (satu tahun setelah Undang-Undang Minerba di undangkan).

Berdasarkan pendapat S. Witoro Soelarno, Aturan Peralihan pasal 169 memang difokuskan kepada Kontrak Karya dan Perjanjian Karya Perusahaan Pertambangan Batu Bara (PKP2B) dan Kuasa Pertambangan (KP) tidak termasuk disana, karena KP otomatis berubah menjadi Izin Usaha Pertambangan (IUP)¹¹¹. Sedangkan alasan mengapa Kontrak Karya dan PKP2B tetap diberlakukan, menurut Purnomo Yugiantoro tuntutan untuk menghentikan kontrak karya yang sudah ada sulit dilakukan, karena sudah banyak pengalaman Indonesia kalah dalam arbitrase karena tidak menghormati kontrak. Selain itu, industri pertambangan Indonesia masih membutuhkan investasi dan teknologi dari luar.

¹¹¹ “ S. Witoro Soelarno : Pemerintah tidak mau ‘ disetir’ Pengusaha”, <http://www.majalahtambang.com /detail_berita.php?category=2&newsnr=1385>, diakses 1 Desember 2009.

Banyak kontraktor yang kecewa karena mereka lebih senang berurusan dengan pemerintah dalam bentuk kontrak. Jaminan kestabilan investasi dengan sistem perizinan termasuk hal yang menjadi perhatian utama investor. Perhimpunan Ahli Pertambangan Indonesia (Perhapi) menilai aturan peralihan dalam UU Minerba yang mewajibkan semua kontrak yang telah ada mengikuti aturan baru sebagai membingungkan. Di satu sisi mengakui dan menghormati jangka waktu kontrak perjanjian, tetapi di sisi lain substansi kontrak harus disesuaikan dengan UU baru. Aturan ini memaksa para pihak untuk mengubah kontrak. Ini berimplikasi negatif terhadap iklim investasi pertambangan Indonesia, terutama yang menyangkut kepastian. Perhapi mengusulkan ketentuan peralihan tersebut perlu dikaji lebih lanjut agar tidak menimbulkan permasalahan hukum yang dapat berdampak negatif terhadap kelangsungan sektor pertambangan¹¹². Selain itu ditambahkan oleh Perhapi bahwa mereka mengusulkan agar pemerintah tetap menghormati kontrak yang sudah disepakati hingga berakhir tanpa ada penyesuaian. Menghargai kontrak-kontrak yang sudah berlangsung. Hal itu merupakan bentuk kepastian hukum dan jaminan tetap berusaha di Tanah Air, terhadap para investor pertambangan setelah disahkannya UU Minerba yang baru¹¹³.

Sementara itu, bentuk Kontrak Karya tetap diminati oleh para investor, meskipun telah diberlakukannya sistem perizinan berdasarkan Undang-undang Minerba, salah satu investor tersebut adalah Rio Tinto. Sekretaris Perusahaan Rio Tinto Indonesia Budi Irianto mengatakan, pihaknya akan mengevaluasi isi UU Minerba secara komprehensif terkait rencana investasi yang akan dilakukan perusahaan tambang itu. Rio Tinto sedang dalam proses mengajukan kontrak karya untuk pengelolaan tambang nikel di Lasamphala, Sulawesi Tengah. Sementara, bentuk kontrak karya sudah dihapus dari UU baru. Rio Tinto lebih memilih kontrak karya, tapi mereka belum akan stop. Dengan adanya UU Minerba mereka akan melakukan review dahulu untuk mempertimbangkan kepastian dengan sisi kelayakan ekonomi proyek¹¹⁴.

¹¹² "Izin Tambang Harus Diawasi", <<http://www.ima-api.com/news.php?pid=2448&act=detail>>, diakses 1 Desember 2009.

¹¹³"Undang-Undang Minerba Rawan Gugatan Hukum", <<http://www.sinarharapan.co.id/berita/0812/17/sh02.html>>, 17 Desember 2008.

¹¹⁴ *Ibid.*

Menyoroti ketentuan/aturan peralihan pasal 169 (a) dan Pasal 169 (b), ada baiknya kita melihat tujuan dari ketentuan peralihan itu sendiri. Berdasarkan Point C.4 Nomor 100 Lampiran Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan ditentukan bahwa¹¹⁵: *Ketentuan peralihan memuat penyesuaian terhadap Peraturan Perundang-undangan yang sudah ada pada saat Peraturan Perundang-undangan baru mulai berlaku, agar Peraturan Perundang-undangan tersebut dapat berjalan lancar dan tidak menimbulkan permasalahan hukum.* Berdasarkan ketentuan mengenai Ketentuan Peralihan, dapat diketahui bahwa ketentuan peralihan bertujuan memuat penyesuaian pada masa transisi dari Undang-Undang Lama menuju Undang-Undang yang baru dalam rangka memberikan kemudahan dan agar tidak menimbulkan masalah hukum.

Dalam bidang hukum dan peraturan perundang-undangan, pengaturan masa transisi disebut ketentuan peralihan. Pengertian ketentuan disini adalah ketentuan mengenai cara, pedoman, dasar, acuan dan pijakan peralihan. Kemudian yang dimaksud peralihan adalah bisa berkaitan dengan kewenangan, tugas, bentuk, kekuatan berlaku dari sebuah lembaga dan peraturan perundang-undangan. Berdasarkan pengertian di atas, maka ketentuan peralihan bertujuan untuk: menjaga kekosongan hukum (*rechtsvacuum*) dan menjamin kepastian hukum (*legal certainty*) akibat dari adanya perubahan baik kelembagaan maupun materi (*substance*) peraturan perundang-undangan. Esensi ketentuan peralihan adalah peraturan yang akan datang dan peraturan yang masih berlaku. Jika suatu peraturan mulai berlaku, harus dinyatakan terhadap peristiwa, perbuatan dan hubungan hukum mana peraturan itu akan diterapkan. Apakah hanya terhadap peristiwa yang akan datang ataukah termasuk pula peristiwa tertentu di masa yang lalu dengan mempertimbangkan akibat hukumnya. Pilihan dari berbagai kemungkinan bergantung pada pembuat undang-undang yang lazimnya dicantumkan dalam ketentuan penutup suatu peraturan perundang-undangan dapat dinyatakan terhadap peristiwa yang mana dan kapan mulai berlaku¹¹⁶.

¹¹⁵ Republik Indonesia, *Undang-Undang tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan*, UU No 10 Tahun 2004, LN Nomor 53 Tahun 2004, TLN Nomor 4389.

¹¹⁶ Abrar Saleng, "Menyoal Aturan Peralihan RUU Minerba", <http://www.majalahtambang.com/detail_berita.php?category=6&newsnr=472>, 26 Agustus

Selain tujuan yang bersifat teknis di atas, pada hakikatnya ketentuan peralihan sejalan dengan salah satu sifat dari hukum yaitu hukum tidak berlaku surut (non-retroactive). Lalu bagaimana jika perbuatan hukum itu berupa perjanjian atau kontrak (KK, PKP2B) dan atau izin (KP) belum berakhir masanya, sedangkan peraturan yang menjadi dasar pembuatan perjanjian atau kontrak dan izin yang bersangkutan sudah tidak berlaku lagi karena dicabut oleh peraturan yang baru.? Karena tadi dikatakan perbuatan hukum yang sudah ada tidak akan mengikuti hukum yang belum diadakan, sementara peraturan hukum yang menjadi dasarnya pun sudah tidak dinyatakan tidak berlaku, maka disinilah dibutuhkan ketentuan peralihan. Karena perbuatan hukum tidak serta merta atau otomatis mengikuti hukum yang baru diadakan/dibuat, maka perbuatan hukum dan hubungan hukum yang sudah terjadi tetap berlaku sampai waktu yang ditentukan dalam perbuatan dan tindakan hukum tersebut. Ketentuan peralihan merupakan bagian dari politik hukum (*rechtspolitiek*) di bidang perundang-undangan, karena dengan ketentuan peralihan menentukan keberlakuan hukum yang lama demi untuk mencegah terjadinya kekosongan hukum dan memberikan kepastian hukum bagi penyelenggara negara untuk bertindak akibat adanya peraturan baru yang kemungkinan roh atau jiwa dan filosofinya berbeda dengan peraturan lama¹¹⁷.

Mungkin sebagai ilustrasi politik hukum bagi ketatanegaraan Indonesia setelah merdeka yang ditetapkan dengan aturan peralihan yaitu Pasal II aturan peralihan Undang-Undang Dasar 1945 yang menyebutkan” Segala badan negara dan peraturan yang ada masih langsung berlaku, selama belum diadakan yang baru menurut Undang-Undang Dasar ini”. Dengan politik hukum yang ditentukan secara konstitusional tersebut, maka keberlakuan hukum-hukum yang berasal dari masa Hindia Belanda tetap berlaku sekedar untuk mencegah kekosongan hukum dan memberikan kepastian hukum serta diberlakukan secara efektif sesuai dengan martabat Indonesia sebagai sebuah negara merdeka.

Terkait ketentuan Pasal 169 (a) dan Pasal 169 (b) yang mengatur bahwa Kontrak Karya dan PKP2B yang telah ada sebelum berlakunya Undang-Undang Minerba tetap diberlakukan sampai jangka waktu berakhirnya kontrak atau

2008.

¹¹⁷ *Ibid*

perjanjian tetapi di sisi lain ketentuan yang tercantum dalam Pasal Kontrak Karya dan PKP2B disesuaikan selambat-lambatnya 1 (satu) tahun sejak Undang-Undang Minerba di undangkan kecuali mengenai penerimaan Negara, maka ketentuan tersebut menyimpang dari hakikat ketentuan peralihan yang intinya adalah: *Pertama*, menyederhanakan masalah yang akan timbul akibat lahirnya peraturan perundang-undangan yang baru bukan sebaliknya menimbulkan masalah baru. *Kedua*, mencegah kekosongan hukum (*rechtsvacuum*) dan kekosongan kekuasaan (*machtvacuum*). *Ketiga*, menciptakan kepastian hukum dalam arti memberikan perlindungan hukum kepada semua perbuatan hukum yang lahir berdasarkan hukum dan peraturan perundangan yang lama¹¹⁸. Ketentuan peralihan yang benar adalah cukup memberikan kepastian hukum kepada siapa saja baik bagi penyelenggara fungsi-fungsi pemerintahan maupun kepada pemegang izin, kontraktor atau para pihak yang telah melakukan perbuatan hukum yang terkait dengan Minerba sampai selesainya jangka waktu izin dan perjanjian misalnya antara lain: perbankan, mitra kerja, karyawan, dan masyarakat luas. Terhadap izin dan perjanjian yang lahir setelah Undang-Undang baru nanti akan mengikuti ketentuan yang ada dalam Undang-Undang Minerba. Ketentuan peralihan dalam Undang-Undang Minerba tersebut, selain menyimpang dari hakikat ketentuan peralihan juga dapat menimbulkan dampak negatif, yaitu menimbulkan ketidakpastian hukum dan salah satunya adalah implikasi negatif yang cukup luas adalah kepada iklim investasi di Indonesia secara umum.

C. Penyelesaian Sengketa Penanaman Modal Asing di Bidang Minerba.

1. Penyelesaian Sengketa Antara Pemerintah RI dengan Investor Asing Sebelum Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara.

Satu hal yang menjadi pertimbangan calon investor, jika ingin menanamkan modalnya kelaur negeri adalah eksistensi lembaga penyelesaian sengketa antara investor dan Negara tuan rumah. Sebenarnya secara konvensional dinegara manapun didunia ini telah tersedia lembaga

¹¹⁸ *ibid.*

penyelesaian sengketa yakni lembaga peradilan, yang dalam teori hukum ketatanegaraan dikenal sebagai lembaga yudikatif.

Penyelesaian sengketa melalui peradilan adalah suatu pola penyelesaian sengketa, dimana dalam penyelesaian sengketa itu diselesaikan oleh pengadilan. Putusannya bersifat mengikat. Penggunaan sistem litigasi (pengadilan) mempunyai keuntungan dan kekurangan dalam penyelesaian suatu sengketa, keuntungan penyelesaian sengketa melalui peradilan antara lain¹¹⁹:

- a. Dalam mengambil keputusan dari para pihak, litigasi sekurang-kurangnya dalam batas tertentu menjamin bahwa kekuasaan tidak dapat mempengaruhi hasil dan dapat menjamin ketentraman social.
- b. Litigasi sangat baik sekali untuk menemukan kesalahan-kesalahan dan masalah-masalah dalam posisi pihak lawan.
- c. Litigasi memberikan suatu standar bagi prosedur yang adil dan memberikan peluang yang luas kepada para pihak untuk didengar keterangannya sebelum mengambil keputusan.
- d. Litigasi membawa nilai-nilai masyarakat untuk penyelesaian sengketa pribadi.
- e. Dalam system litigasi, para hakim menerapkan nilai-nilai masyarakat yang terkandung dalam hukum untuk menyelesaikan sengketa.

Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa litigasi tidak hanya menyelesaikan sengketa tetapi lebih dari itu juga menjamin suatu ketertiban umum, yang tertuang dalam undang-undang secara eksplisit maupun implicit. Namun, litigasi setidak-tidaknya memiliki banyak kekurangan. Kekurangan litigasi antara lain¹²⁰:

- a. Memaksa posisi para pihak pada posisi yang ekstrem.
- b. Memerlukan pembelaan atas setiap maksud yang dapat mempengaruhi putusan.
- c. Benar-benar mengangkat seluruh persoalan dalam suatu perkara, apakah persoalan materi (substentif) atau prosedur, untuk persamaan

¹¹⁹ Salim HS, Hukum .., *Op.cit*, hlm 376.

¹²⁰ *Ibid*.

- kepentingan dan mendorong para pihak untuk melakukan penyelidikan fakta yang ekstrem dan seringkali marjinal.
- d. Menyita waktu dan meningkatkan biaya keuangan.
 - e. Fakta-fakta yang dapat dibuktikan membentuk kerangka persoalan, para pihak tidak selalu mampu mengungkapkan kekhawatiran mereka yang sebenarnya.
 - f. Tidak mengupayakan untuk memperbaiki atau memulihkan hubungan para pihak yang bersengketa.
 - g. Tidak cocok untuk sengketa yang polisentris, yaitu sengketa yang melibatkan banyak pihak, banyak persoalan dan beberapa kemungkinan alternatif penyelesaian.

Dalam era pesatnya kegiatan ekonomi lintas Negara, para pihak cenderung lebih menyukai cara Alternatif Dispute Resolution (ADR) untuk menyelesaikan sengketa antara para pihak, terutama para pihak dari Negara yang berbeda. Studi Maculay menunjukkan kemampuan prosedur non-litigasi penyelesaian sengketa bisnis di Amerika Serikat. Para manager di Amerika Serikat beranggapan bahwa menyelesaikan sengketa secara kaku sesuai kontrak yang dibuat pengacara masing-masing mereka cenderung melakukan negosiasi ulang guna penyelesaian dan melahirkan kesepakatan-kesepakatan baru. Studi ini memberikan penjelasan bahwa Negara-negara yang sudah “legal minded” seperti Amerika Serikat juga menunjukkan bahwa penyelesaian sengketa non litigasi lebih disukai daripada menggunakan hukum formal. Hal yang sama terjadi di Inggris, Korea, Ethiopia, Mexico, dan New Guinea¹²¹.

Kecenderungan menghindari konflik, lebih-lebih melalui Pengadilan dapat dilihat di Jepang dimana sistem litigasi dipandang tidak cocok untuk menyelesaikan sengketa. Litigasi dinilai salah secara normal sehingga menyebabkan adanya jarak antara hukum Negara dengan kenyataan social yang berlaku. Takeyoshi Kawasima menunjukkan latar belakang kulturalnya pada dua ciri tradisional masyarakat Jepang berikut ini¹²²:

¹²¹ *ibid*, hlm 379

¹²² *ibid*.

- a. Status social dibedakan berdasarkan sikap hormat dan otoritas dalam komunitas desa dan keluarga. Dan sifat hierarkis ini berlaku juga dalam hubungan kontraktual misalnya, dari kontrak bangunan muncul suatu hubungan dalam mana kontraktor menghormati pemilik sebagai pelindung. Dalam sewa menyewa muncul hubungan dimana pihak penyewa menghormati yang menyewakan dan dalam jual beli muncul hubungan dimana pihak penjual menghormati pembeli. Sifat hierarkis ini mencerminkan yang satu dengan yang lain tidak saling mendominasi namun saling melindungi.
- b. Dalam kelompok-kelompok tradisional hubungan antara orang-orang yang sama statusnya juga sangat khusus dan dalam waktu sama kabur secara fungsional misalnya: hubungan antara anggota-anggota komunitas yang sama status sosialnya dianggap bersifat intim, Peranan social mereka dirumuskan secara umum dan sangat fleksibel sehingga selalu dapat diubah bila keadaan menghendaki. Sesuai dengan taraf saling ketergantungan atau keintiman mereka, perumusan masing-masing dikondisikan oleh peranan yang lain. Dalam kedua ciri tersebut, rumusan peranan dengan standar obyektif universal tidak berlaku.

Dengan mengacu kepada consensus dan kecenderungan menghindari konflik dalam masyarakat Jepang, litigasi tidak cocok untuk menyelesaikan sengketa, bahkan dipandang membahayakan hubungan harmoni, litigasi dinilai telah gagal mengintegrasikan rakyat dengan norma-norma local mereka dan telah mengangkat pololaritas dan fungsi mediasi maupun perbaikan hubungan atau konsiliasi sebagai pranata penyelesaian sengketa dilaur pengadilan dalam praktik kontrak di Jepang¹²³.

Apabila kita perhatikan pendapat dan pandangan diatas, maka jelaslah bahwa lembaga yang sering digunakan oleh Masyarakat baik masyarakat bisnis yang terdapat di Amerika Serikat maupun Jepang adalah lembaga non litigas (di luar Pengadilan).

¹²³ *ibid.* 380

Mengacu kepada pola masyarakat di Amerika Serikat dan Jepang dalam menyelesaikan sengketa, maka dalam pengaturan penyelesaian sengketa yang terkait dengan penanaman modal sebaiknya memperhatikan budaya penyelesaian sengketa dari Negara-negara lain. Selain aspek budaya, terdapat hal lain yang menyebabkan investor asing lebih menyukai penyelesaian sengketa diluar pengadilan, yaitu adanya keraguan terhadap pengadilan di Negara tuan rumah. Dengan kata lain tingkat obyektifitas lembaga Peradilan. Secara teoritis memang keberadaan lembaga yudikatif (Lembaga Peradilan) adalah independent. Artinya, lembaga ini tidak dapat dipengaruhi oleh lembaga lainnya (eksekutif dan legislatif). Namun secara psikologis, dalam penyelesaian sengketa antara investor asing dengan Negara penerima modal asing, tentu factor subyektifitas lembaga pengadilan, atau tepatnya hakim akan sulit dihindari, mengingat hakim adalah warga Negara dari Negara tuan rumah, selain itu masalah kepastian hukum dan kemampuan pengadilan nasional untuk menjamin kepastian hukum itu sendiri menjadi pertimbangan bagi investor. Oleh karena itu, wajar jika calon investor asing ingin mengetahui lebih awal apakah dimungkinkan penyelesaian sengketa diluar peradilan¹²⁴.

Di Indonesia sendiri, penyelesaian sengketa antara penanam modal asing dengan pemerintah diatur dalam Pasal 32 ayat 1, 2 dan 4 Undang-Undang tentang Penanaman Modal. Dalam ketentuan Pasal 32 tersebut tampak bahwa Pemerintah Indonesia memberikan ruang untuk penyelesaian sengketa investasi antara investor asing dan Pemerintah RI melalui lembaga arbitrase internasional, hanya saja tidak ditentukan lembaga arbitrase yang mana dan dimana.

Penyelesaian sengketa melalui arbitrase, dalam hal ini arbitrase asing memang sejalan dengan ketentuan penyelesaian sengketa yang terdapat dalam Kontrak Karya. Sebelum diberlakukannya Undang-Undang Minerba, penyelesaian sengketa penanaman modal asing dibidang minerba, dalam hal ini kontrak karya, diselesaikan berdasarkan ketentuan kontrak karya tersebut. Dalam kontrak karya, posisi investor dan Pemerintah sejajar, dalam arti kata

¹²⁴ Sentosa Sembiring, *Op.cit*, hlm 238.

posisi pemerintah disini adalah sebagai pelaku kontrak yang mempunyai posisi yang sama dengan investor serta mempunyai kewajiban untuk melaksanakan kontrak tersebut.

Salah satu contoh Kontrak Karya yang mencantumkan ketentuan penyelesaian sengketa melalui jalur arbitrase internasional terdapat dalam Kontrak Karya antara Pemerintah RI dan PT. Newmont Nusa Tenggara (PT. NNT). Dalam Pasal 21 disebutkan bahwa Pemerintah RI dan PT. Newmont bersepakat untuk menyerahkan sengketa kepada konsiliasi dimana para pihak berkeinginan untuk meminta suatu penyelesaian secara baik dengan cara konsiliasi atau melalui arbitrase semua sengketa antara kedua pihak yang timbul sebelum atau sesudah pengakhiran persetujuan ini, termasuk perselisihan dimana satu pihak lalai dalam melaksanakan kewajiban-kewajibannya untuk menyelesaikan akhir. Dalam hal ini para pihak meminta suatu penyelesaian secara baik dengan cara konsiliasi, maka konsiliasi akan berlangsung sesuai dengan peraturan-peraturan konsiliasi UNCITRAL dalam resolusi 35/52 yang disetujui oleh majelis umum PBB pada tanggal 4 November 1980. Dalam dalam hal para pihak akan menggunakan arbitrase maka sengketa akan diselesaikan oleh arbitrase sesuai dengan peraturan-peraturan arbitrase UNCITRAL yang dimuat dalam resolusi 3198, yang disetujui oleh majelis umum PBB pada tanggal 15 Desember 1976¹²⁵.

Dalam prakteknya, memang terjadi sengketa antara Pemerintah Indonesia dengan PT. NNT yang mana para pihak tunduk kepada klausul kontrak karya mengenai penyelesaian untuk menyelesaikan sengketa tersebut kepada arbitrase internasional¹²⁶. Pada awalnya sesuai KK yang ditandatangani pada 1986, Newmont diwajibkan menjual 51 persen sahamnya mulai 2006-2010 kepada institusi Indonesia. Karena 20 persen sahamnya sudah dipegang PT. Fukuafu Indah, Newmont masih punya kewajiban menjual 31 persen sisanya sebanyak lima kali dalam lima tahun. Namun, selama dua tahun pertama pada 2006-2007, divestasi Newmont sebesar 3 dan

¹²⁵ Salim HS, Hukum ..., *Op.cit*, hlm 510.

¹²⁶“Pemerintah “Lumat” Newmont di Jalur Arbitrase”, <<http://www.hukumonline.com/detail.asp?id=21627&cl=Berita>>, diakses 14 April 2009. Lihat juga “Newmont dipaksa lepas saham”, *Gatra*, (Nomor 22 Tahun XV), 9-15 April, hlm. 26.

7 persen bermasalah. Karena kegagalan itu, pada tahun lalu, Pemerintah melalui Menteri ESDM mengajukan gugatan ke arbitrase internasional karena sengketa tertundanya divestasi 3 dan 7 persen saham Newmont yang semestinya selesai pada 2006 dan 2007. Pada 2008, divestasi 7 persen saham tahap ketiga kembali gagal dilakukan oleh Newmont. Namun, tidak ada alasan yang jelas terkait kegagalan divestasi di tengah proses gugatan arbitrase ini. Sehingga total dalam tempo 3 tahun, jumlah saham yang harus dijual sebanyak 17 persen. Dalam putusannya, UNCITRAL melalui majelis arbitrase pada tanggal 31 Maret 2009, telah mengeluarkan keputusan yang intinya memenangkan Pemerintah Indonesia. Terdapat lima point keputusan dari majelis arbitrase tersebut¹²⁷. *pertama*, memerintahkan PT NNT untuk melaksanakan ketentuan pasal 24.3 Kontrak Karya, *kedua*, menyatakan PT NNT telah melakukan default atau pelanggaran perjanjian. *Ketiga*, memerintahkan kepada PT NNT untuk melakukan divestasi 17% saham, yang terdiri dari divestasi tahun 2006 sebesar 3% dan tahun 2007 sebesar 7% kepada Pemerintah Daerah. Sedang untuk tahun 2008 sebesar 7%, kepada Pemerintah Republik Indonesia. Semua kewajiban tersebut diatas harus dilaksanakan dalam waktu 180 hari sesudah tanggal putusan Arbitrase. *Keempat*, saham yang didivestasikan harus bebas dari gadai ("Clean and Clear") dan sumber dana untuk pembelian saham tersebut bukan menjadi urusan PT NNT. *Kelima*, memerintahkan PT NNT untuk mengganti biaya-biaya yang sudah dikeluarkan oleh Pemerintah untuk kepentingan Arbitrase dalam perkara ini, dan harus dibayar dalam tempo 30 hari sesudah tanggal putusan Arbitrase.

Berdasarkan penjelasan diatas, dapat diketahui bahwa penyelesaian sengketa Penanaman modal asing dibidang minerba sebelum diberlakukannya Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Minerba, mengacu kepada perjanjian (baik kontrak karya maupun PKP2B) yang dibuat

¹²⁷“ Sengketa Newmont: Menimbang Kemenangan Sebuah Arbitrase”, <<http://reviewindonesia.com/economy-business/trade-industry/249-sengketa-newmont-menimbang-kemenangan-sebuah-arbitrase->>, diakses 8 April 2009.

antara pemerintah RI dengan investor asing (PMA). Pilihan penyelesaian sengketa antara Pemerintah RI dengan Investor asing dalam kerangka kontrak karya yang memilih arbitrase Internasional sebagai pilihan penyelesaian sengketa memang sejalan dengan ketentuan penyelesaian sengketa Pasal 32 Undang-Undang. Dalam kasus Pemerintah RI dan PT. NNT ini Pemerintah RI yang membawa kasus mereka ke Arbitrase Internasional karena *Default*-nya PT. NNT, yang mana dalam kasus-kasus sengketa investasi terdahulu pihak investor yang membawa kasus mereka ke Arbitrase Internasional dan akhirnya Pemerintah Indonesia kalah di forum tersebut. Menangnya Pemerintah RI dalam sengketa Newmont ini menjadi tanda bahwa Pemerintah RI tidak perlu takut akan penyelesaian sengketa melalui arbitrase internasional. Perlu dipahami bahwa sebagaimana dijelaskan diatas, terdapat beberapa pertimbangan bagi investor asing mengapa mereka lebih memilih arbitrase (atau ADR) untuk penyelesaian sengketa daripada menggunakan pengadilan atau litigasi. Pertimbangannya antara lain karena budaya/kebiasaan penyelesaian sengketa dinegara asalnya, kurangnya kepercayaan akan peradilan nasional suatu Negara, serta jaminan kepastian hukum.

2. Penyelesaian Sengketa antara Pemerintah Indonesia dengan Investor Asing berdasarkan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara.

Terdapat hal yang paling menonjol setelah diberlakukannya Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Minerba, yaitu Undang-Undang tersebut telah mengakhiri era Kontrak Karya dan Perjanjian Karya Pengusahaan Pertambangan Batu Bara , serta perubahan bentuk pengelolaan menjadi perizinan menjadi hal yang paling krusial dalam perubahan aturan pertambangan. Dengan perizinan, posisi Negara ada diatas perusahaan pertambangan, sebagai public entity, posisi pemerintah adalah pengatur bukan pemain. Kondisi ini yang tidak didapat dalam pola perjanjian Kontrak Karya. Perusahaan pertambangan berada dalam posisi sejajar dengan Negara. Perubahan atas kontrak hanya dapat dilakukan dengan kesepakatan kedua belah pihak.

Dengan berubahnya peran pemerintah sebagai regulator sebagaimana yang diusung oleh Undang-Undang Minerba, telah berpengaruh kepada ketentuan penyelesaian sengketa. berdasarkan ketentuan pasal 154 UU Minerba, di atur bahwa: *Setiap sengketa yang muncul dalam pelaksanaan IUP, IPR, atau IUPK diselesaikan melalui pengadilan dan arbitrase dalam negeri sesuai dengan ketentuan peraturan perundangundangan.* Berdasarkan ketentuan pasal 154 ini, dapat diamati bahwa sengketa yang dimaksud adalah sengketa antara investor dengan Pemerintah yang mengeluarkan izin, dan apabila diperhatikan ketentuan pasal 154 ini terdapat beberapa permasalahan, yaitu: *pertama* dalam pasal ini tidak dijelaskan sengketa ini berlaku untuk penanaman modal asing (badan hukum dalam rangka PMA) atau penanaman modal dalam negeri (badan hukum swasta nasional). *Kedua*, ketentuan Penyelesaian sengketa dalam UU Minerba kurang jelas, tidak diatur dalam satu bab yang khusus mengatur penyelesaian sengketa (pasal 154 ini masuk dalam Bab XXII Sanksi Administratif), penyelesaian sengketa hanya diatur dalam satu pasal yang isinya kurang komprehensif. Ini dapat menyebabkan masalah dikemudian harinya, karena ketentuan pasal 154 ini dapat menimbulkan penafsiran yang berbeda-beda karena kurang jelasnya ketentuan pasal tersebut. *Ketiga*, ketentuan pasal ini seperti kurang memperhatikan dengan akurat permasalahan dilapangan karena para investor asing lebih memilih jalur arbitrase asing dan rendahnya kepercayaan mereka kepada peradilan dalam negeri. *Keempat*, apabila dikaitkan dengan ketentuan penyelesaian sengketa penanaman modal asing, ketentuan dalam pasal 154 ini tidak sejalan dengan ketentuan penyelesaian sengketa dalam Undang-Undang Penanaman Modal yang terdapat dalam pasal 32 ayat 1,2,4.

Terkait tidak dibedakan ketentuan Pasal 154 apakah untuk investor asing atau investor domestik, memang berdasarkan ketentuan Pasal 154 tidak dibedakan sengketa untuk penanaman modal asing atau penanaman modal dalam negeri (badan hukum dalam rangka PMA atau badan hukum swasta nasional), dalam penjelasan pasal 154 pun tidak dielaborasi lagi untuk siapakan ketentuan ini diberlakukan. Mengacu kepada tidak dibedakannya kepada siapa saja ketentuan itu diberlakukan, maka dapat diambil kesimpulan

bahwa ketentuan Pasal 154 berlaku untuk penanaman modal asing (badan hukum dalam rangka PMA) dan penanaman modal dalam negeri (badan hukum dalam rangka PMDN). Sehubungan dengan ketentuan pasal penyelesaian sengketa yang kurang memperhatikan permasalahan dilapangan, Prof Hikmahanto Juwana mengatakan bahwa kelemahan Undang-Undang Minerba adalah belum teruji dalam praktek. Ini mengingat berbagai ketentuan dibuat tanpa memperhatikan secara akurat kondisi yang ada. Para pembentuk Undang-Undang diduga lebih banyak menggunakan perasaan (*feeling*) dan keputusan politik daripada fakta yang ada dilapangan. Pemetaan yang seharusnya ada dalam naskah akademik kemungkinan tidak terungkap atau bila telah terungkap dengan baik besar kemungkinan terabaikan oleh pembentuk Undang-Undang karena domainnya unsur politis¹²⁸. Memang apabila diperhatikan, kepentingan pemerintah dalam ketentuan Pasal 154 ini cukup besar, pemerintah mempunyai kuasa untuk menentukan kemana sengketa minerba terkait *IUP*, *IPR*, atau *IUPK* akan diselesaikan sedangkan investor terutama investor asing tidak mempunyai pilihan untuk mengajukan sengketanya melalui arbitrase internasional dan hanya mempunyai pilihan untuk menyelesaikan sengketa melalui pengadilan nasional atau arbitrase domestik yang mana tingkat kepercayaan investor asing kepada peradilan nasional dalam level yang rendah. Selain itu, terkait dengan sistem perizinan yang dianut UU Minerba dan diaturnya pasal 154 kedalam Bab XXII sengketa administrative, maka nantinya sengketa antara Pemerintah (dalam hal ini Menteri, Gubernur atau Bupati/walikota sebagai pejabat TUN yang berwenang memberikan sanksi administrative) dengan pemegang izin (dapat badan hukum Indonesia dalam rangka Penanaman Modal Asing) yang muncul dalam pelaksanaan IUP dan IUPK, akan diselesaikan di Pengadilan TUN. Disini sangat diperlukan kesiapan pengadilan dalam negeri baik Pengadilan TUN, Pengadilan Negeri, Pengadilan Tinggi, maupun Mahkamah Agung, karena hingga saat ini citra pengadilan Indonesia belum membaik.

128 “Menteri ESDM: Pemerintah Adalah Pengatur Bukan Pemain“, <<http://www.hukumonline.com/detail.asp?id=21000&cl=Berita>>, diakses 1 februari 2009.

Ketentuan penyelesaian sengketa sebagaimana dalam pasal 154 ini memang menimbulkan berbagai reaksi, Pakar hukum kontrak pertambangan Ryad Chairil mengaku kaget. Ia mengaku tidak mengerti apa yang menjadi pertimbangan DPR-Pemerintah. Ia khawatir ketentuan ini akan menakutkan investor, apalagi citra peradilan Indonesia kurang begitu bagus. Ryad juga menduga, pengaturan ini dibuat karena ketakutan pemerintah kalah di forum asing. Pengamat hukum Internasional Hikmahanto Juwana beranggapan, secara teori dapat saja negara mengintervensi kebebasan berkontrak dari para pihak. Seharusnya, perumus Undang-Undang berpikir sesuai kondisi dan konteks di Indonesia. Sekarang dilihat siapa yang butuh investasi, Indonesia atau Investor. Kalau kita masih butuh investor, ketentuan itu membuat investor tidak mau datang ke Indonesia. Hal ini juga terkait ketiadaan prediktibilitas dan kepastian dalam hukum kita. Ditambahkan pula oleh Hikmahanto Juwana bahwa perlu diperhatikan posisi Indonesia saat ini, apabila Indonesia mempunyai posisi tawar lebih tinggi boleh saja ketentuan tersebut diberlakukan, namun saat ini Indonesia yang membutuhkan investasi¹²⁹.

Terkait kontradiksinya ketentuan penyelesaian sengketa penanaman modal asing antara Pasal 154 UU Minerba dan Pasal 32 UUPM menunjukkan tidak adanya kepastian hukum bagi kegiatan investasi khususnya dibidang minerba di Indonesia. Memang saat ini praktek dari ketentuan Pasal 154 UU Minerba belum pernah ada, namun ketentuan Pasal 154 UU Minerba yang kontradiksi dengan pengaturan penyelesaian sengketa dalam UU Penanaman Modal dapat menjadi acuan para investor asing untuk menanamkan modalnya dibidang Minerba, ditambah lagi sistem perizinan yang dianut oleh UU Minerba akan menambah daftar keengganan investor asing melakukan kegiatan investasi dibidang minerba.

¹²⁹ “Tutup Pintu Arbitrase Internasional”, <<http://www.hukumonline.com/detail.asp?id=18058&cl=Berita>>. Diakses 14 Februari 2009.

Melihat permasalahan-permasalahan terkait ketentuan Undang-Undang Minerba dapat dilihat bahwa disini konsep kepastian hukum sering dikesampingkan oleh prinsip hak menguasai dari Negara atas sumber daya alam, yang memperbolehkan Negara tuan rumah untuk membatalkan atau mengamandemen kontrak secara sepihak, yaitu dalam hal menyangkut kontrak publik dan tata Negara. Pemerintah tuan rumah memandang bahwa perjanjian tersebut bukan merupakan kontrak komersial yang sederhana, namun merupakan perangkat kebijakan publik yang menentukan pengembangan sosial dan ekonomi Negara¹³⁰.

Dalam penanaman modal asing disektor pertambangan, yang dihadapi pemerintah dalam menetapkan kebijakan lebih rumit, karena kebijakan pemerintah harus diarahkan untuk mendapatkan penghasilan maksimal dari kekayaan alam yang memerlukan kerjasama dengan perusahaan-perusahaan swasta nasional/asing berdasarkan pengawasan yang ketat. Sementara kebijakan harus dirumuskan dengan pandangan agar mendapatkan persetujuan dari bagian tertentu masyarakat yang mungkin tidak memiliki pandangan yang sama mengenai keberadaan modal swasta khususnya modal asing. Berdasarkan kebutuhan bahwa bagaimanapun juga pemerintah harus mempertimbangkan stabilitasnya sendiri dan melakukan tindakan-tindakan untuk mengimbangnya, kebijakan pemerintah dapat menjadi terombang-ambing antara memberikan kebebasan kepada perusahaan swasta, khususnya asing dan berusaha memperkuat kendali nasional terhadap kegiatannya¹³¹.

Berdasarkan penjelasan diatas, perlu dipahami bahwa dalam rangka mendorong kegiatan investasi asing masuk ke Indonesia, kiranya sistem hukum dapat menciptakan *predictability*, *stability* dan *fairness*, artinya sistem hukum dapat menciptakan kepastian, mengakomodasi atau menyeimbangkan berbagai kepentingan yang saling bersaing dan Fungsi hukum sebagai *fairness* (keadilan) mencerminkan bahwa hukum haruslah menciptakan nilai-nilai keadilan bagi para pihak dan mencegah terjadinya praktek-praktek diskriminasi atau ketidakadilan bagi para pihak yang terlibat didalamnya.

¹³⁰ A. Madjeni Hasan, *Op.cit*, hlm 15

¹³¹ *Ibid*, hlm 18.

Sistem hukum yang dimaksud diatas adalah kesinergian antara tiga elemen, yaitu peraturan perundangan yang responsif terhadap kegiatan penanaman modal, aparatur hukum yang menjaga kepastian hukum dan penegakan hukum, serta budaya hukum masyarakat yang ikut mendukung proses kepastian hukum.

