

Penyelesaian sengketa bisnis melalui arbitrase internasional

Studi kasus Pertamina vs Karaha Bodas Company

Bab I

Pendahuluan

Hukum Perdata Internasional adalah termasuk dalam kelompok hukum privat. Karena menyangkut hukum privat, maka Hukum Perdata Internasional tersebut juga mengatur hubungan hukum antar pihak (party) dalam suatu kontrak yang timbul dari hukum perikatan. Hukum Perdata Internasional memiliki dimensi yang lebih luas dari sekedar yurisdiksi dalam satu negara. Menurut S. Gautama, Hukum Perdata Internasional adalah hukum perdata untuk hubungan-hubungan internasional. Yang internasional adalah hubungan-hubungannya, sedangkan kaidah-kaidahnya adalah hukum perdata nasional belaka.

Hukum Kontrak, sebagai bagian dari hukum perdata memiliki beberapa asas yang bersifat universal seperti asas kebebasan berkontrak (party autonomy), kontrak mengikat sebagai undang-undang bagi para pihak yang membuatnya, serta asas sepakat.

Para pihak yang terlibat dalam kontrak atau perjanjian dimana isi yang diperjanjikan melewati batas satu negara, dalam hal timbul suatu sengketa perlu menetapkan terlebih dahulu cara-cara untuk menyelesaikan sengketa tersebut. Salah satu upaya untuk menyelesaikan sengketa adalah dengan arbitrase.

Menurut Undang-Undang nomor 30 tahun 1999 tentang arbitrase dan alternatif penyelesaian sengketa umum, yang dimaksud dengan arbitrase adalah cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar peradilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa.

Adapun perjanjian arbitrase diartikan sebagai suatu kesepakatan berupa klausul arbitrase yang tercantum dalam suatu perjanjian tertulis yang dibuat para pihak sebelum timbul sengketa, atau suatu perjanjian arbitrase tersendiri yang dibuat para pihak setelah timbul sengketa.

Kesepakatan atau aturan main yang perlu disepakati dalam arbitrase tersebut adalah menyangkut pilihan hukum (choice of law), pilihan forum (choice of jurisdiction) dan pilihan domisili (choice of domicile).

Namun, sekalipun telah ada kesepakatan di depan atas cara-cara penyelesaian sengketa tersebut, dalam implementasinya tidaklah mudah. Komplikasi yang muncul terutama dari pihak yang tidak menerima hasil arbitrase antara lain adalah menyangkut kompetensi para pihak, kompetensi pengadilan, prosedur (proceedings) beracara, materi yang dipersengketakan, sampai kepada daya eksekusi dari putusan arbitrase tersebut.

Paper ini akan mengangkat kasus kontemporer di Indonesia, yaitu sengketa antara Pertamina dengan Karaha Bodas Company menyangkut perselisihan sehubungan dengan pemutusan kontrak. Sengketa antara Pertamina melawan Karaha Bodas corporation (KBC) bermula dengan ditandatanganinya perjanjian Joint Operation Contract (JOC) pada tanggal 28 November 1994. Pada tanggal yang sama PT Perusahaan Listrik Negara (PLN) di satu pihak dan Pertamina serta KBC pada pihak lain menandatangani perjanjian Energy Supply Contract (ESC). Perjanjian kersasama ini bertujuan untuk memasok kebutuhan listrik PLN dengan memanfaatkan tenaga panas bumi yang ada di Karaha Bodas, Garut, Jawa Barat. Dalam perjalanannya ternyata proyek kelistrikan ini ditanggguhkan oleh Pemerintah berdasarkan Keputusan Presiden Nomor 39 tahun 1997 tertanggal 20 September 1997. Kasus ini menarik untuk diangkat, karena selain adanya perlawanan dari pihak yang dikalahkan oleh Pengadilan arbitrase, juga adalah karena timbulnya kasus tersebut tidak terlepas dari kebijakan yang diambil oleh Pemerintah Indonesia, yang sebenarnya bukan merupakan pihak dalam perjanjian, tetapi dampak kebijakan tersebut mempengaruhi kemampuan pemenuhan isi Kontrak.

Bab II

Landasan teori

2.1 Luas lingkup Hukum Perdata Internasional

Hukum Perdata Internasional adalah keseluruhan peraturan dan keputusan hukum yang menunjukkan stelsel hukum manakah yang berlaku dan apakah yang merupakan hukum, jika hubungan-hubungan dan peristiwa-peristiwa antar warga (warga negara) pada

suatu waktu tertentu memperlihatkan titik-titik pertalian dengan stelsel-stelsel dan kaidah-kaidah hukum dari dua atau lebih negara, yang berbeda dalam lingkup kuasa setempat.

Bidang atau ruang lingkup hukum perdata internasional meliputi *choice of law + choice of jurisdiction + condition des estrangers + nationalite*. Ruang lingkup tersebut menyangkut hukum mana yang diberlakukan untuk menggovern suatu hubungan hukum. Kemudian, setelah itu perlu pula ditetapkan yurisdiksi atau kewenangan hakim dan pengadilan mana yang berwenang untuk mengadili termasuk hukum acara perdata mana yang akan digunakan dalam *proceedings* persidangan. Selanjutnya bagaimana perlakuan hukum terhadap warganegara yang merupakan *party* dalam suatu hubungan hukum. Hal yang terakhir yang menjadi cakupan hukum kontrak internasional ini adalah bagaimana meletakkan peran dan interest serta konteks kedaulatan yang melekat (*vested-in*) dalam pemerintah nasional dalam hubungannya terhadap implementasi kontrak berdimensi internasional.

Dalam skope yang lebih konkrit, Hukum Perdata Internasional meliputi hubungan sehari-hari biasa dimana dua pihak secara subjektif tunduk kepada yurisdiksi hukum yang berbeda. Hubungan sehari-hari tersebut meliputi antara lain jual beli, hukum pernikahan, pinjam meminjam, transaksi dagang, *joint venture*, *management contract*, *technical assistant agreement*, dan lain-lain.

Hukum Kontrak Internasional, sebagai bagian dari hukum perdata Internasional, pada dasarnya adalah hukum kontrak nasional, dimana ada unsur asingnya. Setiap negara memiliki kedaulatan hukum tersendiri, dan tidak ada satu sistem hukum dimana seluruh negara menundukkan diri terhadapnya. Dengan demikian, sistem hukum nasional, termasuk pengaturan dan kedaulatan pemerintah suatu negara dalam mengartikan kepentingan publik, tidak boleh diabaikan dalam membuat suatu kontrak yang berdimensi Internasional. Pendapat Sudargo Gautama yang memandang kontrak internasional sebagai bagian dari sistem kontrak nasional telah diakui sebagai doktrin. Dalam kontrak kontrak berdimensi internasional, penentuan pilihan hukum (*choice of law*) adalah sangat penting untuk menghindarkan terjadinya *conflict of law*, mengingat para pihak yang terlibat, tempat transaksi dan sistem hukum yang terkait berbeda-beda dan bahkan mungkin bertentangan atau berkebalikan antar satu yurisdiksi hukum dengan yurisdiksi hukum lainnya. Bahkan sekalipun *choice of law* telah ditetapkan dalam suatu kontrak atau perjanjian, hukum perdata internasional tetap menyisakan persoalan-persoalan mendasar dalam *proceedings* suatu perkara. Hal ini berakar dari perbedaan kualifikasi antara berbagai sistem hukum perdata internasional di dunia. Perbedaan kualifikasi itu terutama terdapat dalam tiga golongan besar, yaitu :

- a. Kualifikasi menurut *lex fori* (yaitu menurut hukum hakim)
- b. Kualifikasi menurut *lex causae* (yaitu hukum yang dipergunakan untuk menyelesaikan persoalan Hukum perdata internasional yang bersangkutan)
- c. Kualifikasi secara otonom (*autonomen qualification*), berdasarkan *comparative method* atau *analytical jurisprudence*.

2.2 Landasan mengikat arbitrase internasional ke dalam sistem hukum Indonesia

a. Ruang lingkup arbitrase

Pengakuan sistem peradilan di Indonesia akan arbitrase telah berlangsung sejak jaman kolonial. Keberadaan arbitrase sebagai salah satu alternatif dalam penyelesaian sengketa keperdataan telah mendapat pengakuan formal yuridis dalam sistem hukum Indonesia. Jejak aturan-aturan tersebut antara lain dapat dilihat pada pasal 377 HIR, pasal 3 undang-undang no. 4 tahun 1970 tentang kekuasaan kehakiman, Undang-undang no. 5 tahun 1968, Peraturan Mahkamah Agung (PERMA) no.1 tahun 1990 dan teranyar dalam Undang-undang no. 30 tahun 1999.

Menurut Undang-Undang nomor 30 tahun 1999 tentang arbitrase dan alternatif penyelesaian sengketa umum, yang dimaksud dengan arbitrase adalah cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar peradilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa. Adapun perjanjian arbitrase diartikan sebagai suatu kesepakatan berupa klausul arbitrase yang tercantum dalam suatu perjanjian tertulis yang dibuat para pihak sebelum timbul sengketa, atau suatu perjanjian arbitrase tersendiri yang dibuat para pihak setelah timbul sengketa.

Konvensi New York 1958 yaitu *Convention on the Recognition and Enforcement of Fo*

reign Arbitral Award (konvensi atas pengakuan atas pelaksanaan putusan arbitrase luar negeri) yang telah diterima/ diakses oleh Indonesia melalui Keputusan Presiden no. 34 tahun 1981 merupakan pengakuan resmi arbitrase internasional dalam sistem tata hukum nasional di Indonesia .

Pokok-pokok materi yang diatur dalam konvensi tersebut antara lain adalah :

a. Arti putusan arbitrase asing , yaitu putusan-putusan arbitrase yang dibuat di wilayah negara lain dari negara tempat di mana diminta pengakuan dan pelaksanaan eksekusi atas putusan arbitrase yang bersangkutan.

b. Asas resiprositas, berarti penerapan pengakuan dan pelaksanaan eksekusi putusan arbitrase asing dalam suatu negara atas permintaan dari negara lain, hanya dapat diterapkan apabila antara negara yang bersangkutan telah ada lebih dulu hubungan ikatan bilateral atau multilateral.

c. Pembatasan sepanjang sengketa dagang, negara peserta membatasi penaklukan diri hanya terhadap pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase asing, sepanjang mengenai persengketaan perjanjian bisnis dan perdagangan

d. Berbentuk tertulis, yakni perjanjian atau klausula harus ditetapkan secara tertulis

e. Arbitrase memiliki kompetensi absolut, artinya sekali para pihak membuat persetujuan penyelesaian perselisihan melalui arbitrase, sejak saat itu arbitrase telah memiliki kompetensi absolut untuk memutus persengketaan yang timbul dari perjanjian yang bersangkutan.

f. Putusan arbitrase final and binding, artinya sebagai putusan yang mengikat dan binding serta harus melaksanakan eksekusi menurut aturan hukum acara yang berlaku dalam wilayah negara di mana putusan arbitrase yang bersangkutan dimohon eksekusi.

g. Eksekusi tunduk pada asas ius sanguinis, atau asas personalitas, yaitu tata cara pelaksanaan eksekusi tunduk pada pengadilan di mana permohonan eksekusi diajukan

h. Dokumen yang dilampirkan pada permohonan pengakuan eksekusi, meliputi seluruh dokumen sebagai dasar terbitnya putusan arbitrase tersebut

i. Penolakan eksekusi, dapat dimungkinkan apabila

Masalah yang disengketakan menurut hukum dari negara di tempat mana permohonan diajukan, tidak boleh diselesaikan menurut forum arbitrase

Pengakuan dan eksekusi putusan arbitrase asing yang bersangkutan akan menimbulkan pertentangan dengan kepentingan umum.

Makna arbitrase yang menjadi pilihan para pihak dalam kontrak adalah untuk

Arbitrase adalah suatu mekanisme penyelesaian sengketa yang dipilih oleh para pihak.

Arbitrase adalah pranata swasta (private tools) atau ekstra-judisial atau mekanisme penyelesaian di luar pengadilan

Eksistensi arbitrase adalah pada prinsip kemandirian yang dimilikinya

Sumber atau dasar hukum yurisdiksi dan ruang lingkungannya adalah ditentukan dan dibatasi oleh kehendak para pihak sendiri, dalam arti para pihak yang bersengketa dapat menentukan sendiri aturan hukum yang akan diberlakukan, dengan prosedur atau hukum acara apa, maupun dapat menyepakati lain dengan cara bagaimana arbitrase dijalankan.

b. Pembatasan terhadap efektivitas arbitrase

Pilihan penyelesaian sengketa melalui arbitrase dimaksudkan para pihak untuk mendapatkan penyelesaian sengketa yang cepat, murah dan efektif. Kesepakatan para pihak tersebut diharapkan tidak akan diingkari sesuai dengan asas pacta sunt servanda mana kala ada sengketa, untuk menyelesaikannya melalui jalur arbitrase. Namun demikian, pihak yang dikalahkan dalam arbitrase, sering kali men challenge keputusan arbitrase, baik atas dasar bahwa arbitrase tidak memiliki kewenangan dalam memutuskan materi yang menjadi objek sengketa, atau para arbiter bertindak tidak sesuai dengan prinsip-prinsip keadilan, cover both side atau impartialitas. Lebih jauh lagi, sering keputusan murni bisnis dalam arbitrase, dikaitkan dengan penekanan atau campur tangan politis negara kuat tertentu yang menekan salah sa

tu pihak yang berperkara .

Berdasarkan aturan normatif, apabila para pihak sepakat untuk menyelesaikan sengketa melalui arbitrase, sesungguhnya tidak ada lagi kewenangan pengadilan negeri untuk memeriksa substansi sengketa tersebut. Namun, dengan berbagai alasan dan pembenaran yang dimungkinkan, sering sekali putusan arbitrase diuji lagi oleh pengadilan negeri di Indonesia, atau eksekusinya tidak dilaksanakan, membuat banyak pihak mempertanyakan efektivitas eksekusi putusan arbitrase dalam sistem hukum Indonesia. Hal-hal seperti conflict of law, error in persona, mempertanyakan jurisdiction pengadilan adalah alasan yang legally umum disampaikan para lawyer. Hal ini sering dipelesetkan, bukan merupakan conflict of law, tetapi conflict of lawyer.

c. Celah hukum internasional

Kepentingan umum atau ketertiban umum, itu sendiri mengandung batasan yang sangat longgar, multi tafsir dan dapat berubah menurut waktu dan tempat. Ketertiban umum juga ada yang bermakna internal (internal public order) dan ada juga yang menyangkut international order. Ketertiban umum intern adalah ketentuan-ketentuan yang hanya membatasi perseorangan sedangkan ketertiban umum eksternal adalah kaidah-kaidah yang bertujuan untuk melindungi kesejahteraan negara dalam pengertian seluruhnya. Namun dalam implementasinya, hal ini tidak terlalu mudah dibedakan. Setiap negara memiliki aturan, kaidah dan ukuran ketertiban umumnya sendiri. Contohnya, di Mesir adalah hal yang lumrah dan sesuai dengan panggilan nurani pribadi apabila seseorang berpoligami, namun hal itu merupakan pelanggaran ketertiban umum apabila dilaksanakan di Perancis.

Perumusan atau konstruksi hukum pada konvensi New York 1958 mengandung beberapa kontroversi, ambiguitas dan contradictio in terminis dalam klausula-klausulanya.

Di satu pihak, konvensi tersebut menegaskan bahwa arbitrase sebagai extra judicial untuk penyelesaian perkara memiliki kompetensi absolut, namun di sisi lain juga membuka ruang kepada para negara anggota untuk mengesampingkan keputusan arbitrase manakala hal tersebut dianggap bertentangan dengan kepentingan umum, dan memperjanjikan hal-hal yang tidak boleh diperjanjikan menurut hukum negara tertentu (causa tidak halal) . Bahkan sekiranya tidak bertentanganpun dengan aturan hukum materiil di suatu negara, eksekusinya tergantung kepada Pemerintah negara di mana objek sengketa berada.

Apakah kepentingan umum? Kriteria kepentingan umum ini adalah sesuatu yang sangat longgar dan berbeda-beda di masing-masing negara. Bahkan dalam satu negara pun, kepentingan umum dapat berbeda pemahaman dan artinya dalam rentang dimensi waktu, ruang, tempat dan subjek yang berbeda. Karena itu, Tineke Longdong menyarankan agar konsepsi ketertiban umum ini dipergunakan seirit mungkin .

Sedemikian fleksibelnya pengertian kepentingan umum (public policy) tersebut, sehingga dapat mengurangi efektivitas suatu putusan arbitrase. Dalam hal satu negara tidak mengakui hasil suatu putusan arbitrase dengan dalih dan dalil melanggar kepentingan nasional, negara lainnya tidak dapat memaksakan eksekusinya di negara tersebut. Setiap negara memiliki kedaulatan hukumnya masing-masing. Paling jauh yang dapat dilakukan adalah semacam hukuman kolektif yang sifatnya non legal seperti pemboikotan barang dan jasa yang mengalir ke dan dari negara yang bersangkutan, pembatasan quota dan tindakan hostile lainnya. Ditarik dan diperluasnya persoalan bisnis antar entitas non negara menjadi seolah-olah karena faktor pemerintah negara sehingga diarahkan ke hukuman kolektif, adalah karena ada anggapan bahwa tidak dipatuhinya putusan arbitrase oleh para pihak terutama pihak yang kalah adalah sebagian karena campur tangan atau pengaruh negara tuan rumah. Negara dalam hal ini didalilkan memiliki state responsibility kepada warganya.

d. Celah hukum nasional

Apabila diperhatikan nampaknya ada sikap mendua dalam sistem pengadilan di Indonesia untuk dapat menerima kekuatan mengikat yang bersifat final dan mempunyai daya eksekusi atas suatu putusan perkara yang dilakukan melalui arbitrase, terutama oleh arbitrase internasional. Bahkan menurut sistem hukum Indonesia, terhadap

arbiter sendiri dapat diajukan tuntutan hukuman.

Pasal 22 ayat 1 Undang-undang no. 30 tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa menyatakan bahwa terhadap arbiter dapat diajukan tuntutan ingkar apabila terdapat cukup alasan dan cukup bukti otentik yang menimbulkan keraguan bahwa arbiter akan melakukan tugasnya tidak secara bebas dan akan berpihak dalam mengambil putusan.

Terhadap putusan arbitrase Internasional, Pengadilan hukum di Indonesia dapat melakukan pengingkaran pengakuan (denial of awards) akan substansi yang telah diputus oleh lembaga arbitrase internasional, dan juga terhadap eksekusi (denial of awards) terhadap objek arbitrase yang ada di wilayah yurisdiksi hukum Indonesia. Pada pasal 65 Undang-undang no. 30 tahun 1999 di bawah sub judul arbitrase internasional berbunyi : Yang berwenang menangani masalah pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase internasional adalah Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Dari pengertian pasal tersebut bukan saja pengadilan berwenang untuk menolak mengeksekusi suatu putusan arbitrase, bahkan memiliki kewenangan untuk menolak pengakuan terhadap materi yang telah diputuskan oleh lembaga arbitrase internasional.

Pengakuan atas daya ikat putusan arbitrase, diletakkan di bawah sub judul arbitrase nasional, pada pasal 60 yang berbunyi : Putusan arbitrase bersifat final dan mempunyai kekuatan hukum tetap dan mengikat para pihak.

Di sisi lain dalam pasal 456 RV atau Hukum Acara Perdata menyebutkan bahwa pengadilan Indonesia tidak akan mengakui dan melaksanakan putusan pengadilan yang dibuat di negara lain. Dengan kata lain, apabila hendak mengeksekusi suatu putusan arbitrase Internasional, pihak yang bersangkutan harus mengajukan gugatan baru di Indonesia.

Pasal 66 UU no. 30 tahun 1999

Putusan Arbitrase Internasional hanya diakui serta dapat dilaksanakan di wilayah hukum Republik Indonesia, apabila memenuhi syarat-syarat sebagai berikut :

- a. Putusan Arbitrase Internasional dijatuhkan oleh arbiter atau majelis arbitrase di suatu negara yang dengan negara Indonesia terikat pada perjanjian, baik secara bilateral maupun multilateral, mengenai pengakuan dan pelaksanaan Putusan Arbitrase Internasional;
- b. Putusan Arbitrase Internasional sebagaimana dimaksud 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.

Berdasarkan pasal 3 Undang-undang No. 30 tahun 1999 menentukan bahwa Pengadilan Negeri tidak berwenang untuk mengadili sengketa para pihak yang telah terikat dengan perjanjian arbitrase. M. Yahya Harahap mengatakan bahwa rumusan pasal tersebut adalah mendua (ambiguity) dan tidak jelas (unplain meaning).

Kemudian dalam pasal 11 ayat 2 Undang-undang no. 30 tahun 1999 mengatur bahwa Pengadilan Negeri wajib menolak dan tidak akan campur tangan di dalam suatu sengketa yang telah ditetapkan melalui arbitrase, kecuali dalam hal-hal tertentu yang ditetapkan dalam undang-undang ini. Namun, apabila satu pihak menganggap bahwa sengketa perdata mereka adalah sengketa kepailitan berdasarkan Undang-undang nomor 37 tahun 2004, maka pihak tersebut akan melihat ada celah untuk memeriksakan perkara tersebut ke Pengadilan Niaga yang adalah salah satu perangkat pengadilan negeri. Apabila seseorang dinyatakan pailit, maka pada dasarnya telah terjadi sita jaminan terhadap seluruh kekayaannya, dan dia tidak cakap lagi untuk melakukan perikatan perdata. Seluruh kewenangan pengelolaan harta kekayaannya telah beralih kepada kurator. Kurator tidak terikat dengan perjanjian arbitrase yang dibuat semula oleh debitur pailit dengan mitra bisnisnya.

Salah satu contohnya adalah dalam perkara kasasi (perkara no. 019/K/N/1999). Amar putusannya antara lain menyatakan bahwa legal effect arbitrase sebagai extra judicial tidak dapat menyingkirkan kedudukan dan kewenangan Pengadilan Niaga untuk menyelesaikan permohonan yang berkategori insolvensi atau pailit berdasarkan Undang-Undang No. 4 tahun 1998, meskipun lahirnya permasalahan insolvensi tersebut bersumber dari perjanjian utang yang mengandung klausula arbitrase.

Betapa dinamis dan fleksibelnya pengertian pelanggaran terhadap ketentuan umum, dan persyaratan causa halal dapat dilihat pada putusan MA No. 1205.K/Pdt/1990, menyangkut suatu kasus impor gula oleh swasta Indonesia dari swasta di Inggris, dimana dalam kontraknya dinyatakan bahwa sengketa diselesaikan melalui arbitrase. Namun ketika akan diminta untuk dieksekusi di Indonesia, Pengadilan di Indonesia berpendapat bahwa eksekusi tidak dapat dilaksanakan karena mengandung causa yang tidak halal, dan melanggar ketertiban umum. Ketertiban umum yang dimaksud adalah bahwa pada waktu itu satu-satunya Badan yang diberi kewenangan mengimpor gula adalah BULOG. Pengadilan Indonesia memutuskan bahwa putusan hakim negara lain tidak mempunyai daya ikat di Indonesia. Bahkan karena hanya menyangkut titel eksekutorial, penetapan MA hanya bersifat prima facie, artinya tidak perlu melakukan penilaian hukum atas isi perjanjian yang dibuat para pihak yang bersengketa.

Bab III

Penyelesaian sengketa Pertamina Karaha Bodas melalui arbitrase internasional

3.1 Uraian singkat kasus Pertamina versus Karaha Bodas Company

Sengketa antara Pertamina melawan Karaha Bodas corporation (KBC) bermula dengan ditandatanganinya perjanjian Joint Operation Contract (JOC) pada tanggal 28 November 1994. Pada tanggal yang sama PT Perusahaan Listrik Negara (PLN) di satu pihak dan Pertamina serta KBC pada pihak lain menandatangani perjanjian Energy Supply Contract (ESC). Perjanjian kersasama ini bertujuan untuk memasok kebutuhan listrik PLN dengan memanfaatkan tenaga panas bumi yang ada di Karaha Bodas, Garut, Jawa Barat. Dalam perjalanannya ternyata proyek kelistrikan ini ditanggguhkan oleh Pemerintah berdasarkan Keputusan Presiden Nomor 39 tahun 1997 tertanggal 20 September 1997. Dampak penanggungan adalah kerjasama Pertamina dengan KBC tidak dapat dilanjutkan.

KBC pada tanggal 30 April 1998 memasukkan gugatan ganti rugi ke Arbitrase Jenewa sesuai dengan tempat penyelesaian sengketa yang dipilih oleh para pihak dalam JOC. Pada tanggal 18 Desember 2000 Arbitrase Jenewa membuat putusan agar Pertamina dan PLN membayar ganti rugi kepada KBC, kurang lebih sebesar US\$ 261,000,000. Atas putusan arbitrase Jenewa, Pertamina tidak bersedia secara sukarela melaksanakannya. Sebagai upaya hukum, Pertamina telah meminta pengadilan di Swiss untuk membatalkan putusan arbitrase. Hanya saja upaya ini tidak dilanjutkan (dismiss) karena tidak dibayarnya uang deposit sebagaimana dipersyaratkan oleh Swiss Federal Supreme Court.

Sementara itu, KBC telah melakukan upaya hukum berupa permohonan untuk pelaksanaan Putusan Arbitrase Jenewa di pengadilan beberapa negara di mana asset dan barang Pertamina berada, kecuali di Indonesia. Pada tanggal 21 Pebruari 2001, KBC mengajukan permohonan pada US District Court for the Southern District of Texas untuk melaksanakan Putusan Arbitrase Jenewa. Selanjutnya KBC mengajukan permohonan yang sama pada pengadilan Singapura dan Hong Kong. Dalam menyikapi upaya hukum KBC, Pertamina melakukan upaya hukum berupa penolakan pelaksanaan di pengadilan-pengadilan yang diminta oleh KBC untuk melakukan eksekusi.

Pertamina melanjutkan upaya hukum pembatalan putusan arbitrase Jenewa di pengadilan Indonesia. Pada tanggal 14 Maret 2002 Pertamina secara resmi mengajukan gugatan pembatalan Putusan Arbitrase Jenewa kepada PN Jakarta Pusat. Gugatan pembatalan tersebut didasarkan pada ketentuan pasal 70 UU no. 30 tahun 1999 tentang syarat-syarat pembatalan putusan Arbitrase Internasional yang berbunyi : Permohonan pembatalan hanya dapat diajukan terhadap putusan arbitrase yang sudah didaftarkan di pengadilan. Alasan alasan permohonan pembatalan yang disebut dalam pasal ini harus dibuktikan dengan putusan pengadilan. Apabila pengadilan menyatakan bahwa alasan-alasan tersebut terbukti atau tidak terbukti, maka putusan pengadilan ini dapat digunakan sebagai dasar pertimbangan bagi hakim untuk mengabulkan atau

menolak permohonan.

Dalam putusannya nomor 86/PN/Jkt.Pst/2002 tanggal 9 September 2002, 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 yang telah diperjanjikan dan tidak diangkat arbiter yang telah 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 majeure*, sehingga mestinya Pertamina tidak dapat dimintakan pertanggungjawab atas sesuatu yang di luar kemampuannya. Di samping itu, Majelis Arbitrase dianggap telah melampaui wewenangnya karena tidak menggunakan hukum Indonesia, pada hal hukum Indonesia adalah yang harus dipakai menurut kesepakatan para pihak, Majelis arbitrase hanya menggunakan hati nuraninya sendiri berdasarkan pertimbangan *ex aequo et bono*

3.2 Komentar atas kasus Pertamina versus Karaha Bodas Company

Berbeda dengan kasus gula sebagaimana diuraikan pada bab sebelumnya dimana pengadilan Indonesia dengan percaya diri menyatakan bahwa terdapat pelanggaran terhadap *ap causa* yang halal dan ketertiban umum, dalam kasus ini hal ketertiban umum tersebut tidak disinggung-singgung. Pada hal adalah sangat nyata, bahwa alasan tidak dapatnya Pertamina memenuhi kewajiban kontraknya adalah karena larangan dari Pemerintah Negara Indonesia yang berdaulat melalui Keppres nomor 39 tahun 1997 tanggal 20 September 1997 tentang Penangguhan/pengkajian kembali proyek Pemerintah, badan usaha milik negara, dan swasta yang berkaitan dengan pemerintah/badan usaha milik negara pada amar menimbangannya jelas-jelas dinyatakan bahwa Keputusan Pemerintah tersebut terkait dengan upaya mengamankan kesinambungan perekonomian dan jalannya pembangunan nasional, serta berdasarkan landasan konstitusional yang dimiliki oleh Presiden. Jelaslah di sini, bahwa penafsiran, perluasan dan pemaknaan pengertian kepentingan umum dan *causa* yang halal sangat situasional dan kontekstual yang dapat melebar dan meluas keluar dari wilayah hukum dan memasuki wilayah pertimbangan politik, ekonomi dan lain-lain.

Memang dalam hukum perdata internasional, ada asas yang menyatakan apabila pemaksaan dari hukum asing berarti suatu pelanggaran yang sangat daripada sendiri sendiri azasi hukum nasional, hakim dalam hal-hal pengecualian, dapat mengesampingkan hukum asing ini. Tetapi pengesampingan tersebut haruslah sedemikian rupa alasannya, agar tidak tergelincir menjadi kebanggaan sempit pada hukum nasional, yang oleh Sudargo Gautama diistilahkan dengan *chauvinisme yuridis*. Di sisi lain, apabila hukum nasional tertentu dikesampingkan, dan sebaliknya mengadopsi bagian tertentu dari hukum internasional untuk kepentingan sesaat dan kontekstual, hal ini dapat dikategorikan sebagai penyelundupan hukum.

Kasus Karaha Bodas Company adalah kasus hukum perdata Internasional di bidang hukum kontrak Internasional yang menarik. Sayangnya putusan Pengadilan di Indonesia mengenai pembatalan kasus tersebut tidak komprehensif dari sisi legal. Menurut Hikmahanto Juwana, dalam kasus tersebut Putusan Arbitrase Internasional tidak dapat dibatalkan oleh pengadilan nasional. Kalaupun pengadilan nasional melakukan pembatalan, pengadilan di negara lain yang sedang dimintakan untuk melaksanakan putusan arbitrase dapat saja tidak terikat, bahkan mengabaikannya.

Beberapa hal yang menjadi catatan Hikmahanto adalah :

a. Dasar Kewenangan Pengadilan di Indonesia

Hikmahanto membedakan antara pembatalan dengan penolakan putusan arbitrase sebagai berikut : 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 dipilih. Dalam pembatalan putusan arbitrase pengadilan dianggap bertentangan dengan asas kebebasan berkontrak.

Sedangkan penolakan 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 ass

et dari pihak yang dikalahkan, pihak yang dimenangkan masih dapat meminta eksekusi di pengadilan negara tersebut.

Menurut Hikmahanto, kewenangan Pengadilan Negeri di Indonesia untuk mengadili kasus KBC di Indonesia, harus dipertanyakan. Dalam proses arbitrase paling tidak ada tiga jenis hukum yang berlaku, yaitu hukum material (substantive law), hukum acara yang mengikat (governing/ curial law) dan hukum dari suatu negara yang menjadi dasar penyelesaian sengketa (lex arbitri). Dari ketiga jenis hukum tersebut tidak ada satu jenis pun yang memberi kewenangan kepada Pengadilan Indonesia untuk mengadili perkara dimaksud. Dalam kasus Karaha Bodas Company (KBC), hukum yang digunakan adalah hukum Switzerland (Swiss).

b. Upaya hukum yang dilakukan Pertamina

Atas putusan arbitrase Jenewa, Pertamina tidak bersedia secara sukarela melaksanakannya. Sebagai upaya hukum, Pertamina telah meminta pengadilan di Swiss untuk membatalkan putusan arbitrase. Hanya saja upaya ini tidak dilanjutkan (dismiss) karena tidak dibayarnya uang deposit sebagaimana dipersyaratkan oleh Swiss Federal Supreme Court. Hikmahanto berpendapat upaya hukum melalui pengadilan Swiss lah yang benar. Pengadilan Swiss adalah pengadilan yang berwenang untuk melakukan pembatalan Putusan arbitrase Jenewa berdasarkan dua alasan. Pertama, Pertamina dan KBC telah menentukan seat arbitrase dalam JOC di Jenewa, dan kedua putusan arbitrase Jenewa di buat di Swiss.

Sebagai pihak yang kalah perlu dipertanyakan mengapa justru Pertamina yang melakukan pendaftaran arbitrase Jenewa di Indonesia. Apabila dimaksudkan untuk melakukan pembatalan agar memenuhi asas pendaftaran sesuai pasal 71 UU 30 tahun 1999, dan alasan tersebut dapat diterima oleh majelis hakim, pendirian yang demikian tidak tepat. Kewenangan Pengadilan Negeri di Indonesia untuk membatalkan putusan arbitrase hanyalah yang terbatas pada putusan arbitrase yang dibuat di Indonesia. Terhadap putusan arbitrase asing, kewenangan yang ada hanyalah terbatas dalam konteks pelaksanaan (eksekusi) suatu putusan.

Belakangan, memang pendapat Hikmahanto tersebut di atas nampaknya sejalan dengan Mahkamah Agung. Mahkamah Agung membatalkan putusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Edward Baldwin et al mencatat, pada akhirnya putusan yang dikeluarkan oleh Pengadilan Negeri Jakarta Pusat tersebut di atas, dibatalkan oleh Mahkamah Agung atas dasar bahwa pengadilan negeri Jakarta Pusat tidak berwenang untuk memeriksa perkara itu, dan juga tidak berwenang untuk memutuskan klaim KBC .

Menurut pendapat kami, karena akar masalahnya adalah dari Keppres atau Peraturan Pemerintah yang menyebabkan Pertamina tidak dapat memenuhi kewajiban kontrak lainnya, maka apabila ada konsekuensi hukum dan klaim atau kerugian yang ditimbulkannya, seyogianya hal tersebut harus diambil alih oleh Pemerintah. Mengikuti ketentuan Pemerintah tidak boleh mendatangkan kerugian bagi diri sendiri. Hal ini dalam konstruksi hukum dapat dianalogkan dengan adagium umum pada hukum perdata dimana seorang bawahan tidak dapat dipersalahkan dari akibat perbuatannya yang sekecil melaksanakannya perintah yang menugaskannya. Hal ini juga sejalan dengan pandangan hukum dalam Black Law yang menyatakan quicunque jussu judicis allquid fecerit non videtur dolo malo fecisse, quia parere necesse est .

Bab IV

Simpulan

Dari pemaparan dan pembahasan pada bagian sebelumnya, kami dapat menyimpulkan hal-hal sebagai berikut :

- a. Hukum Perdata Internasional diperlukan manakala ada hubungan-hubungan hukum antara dua pihak yang tunduk kepada yurisdiksi hukum yang berbeda,
- b. Bidang Hukum Perdata Internasional meliputi pengaturan hubungan keluarga (nikah, cerai, waris), hubungan dagang, joint venture, management contract.
- c. Arbitrase internasional adalah salah satu metode yang dipilih untuk penyelesaian sengketa dalam hubungan kontrak yang berdimensi perdata internasional
- d. Kesepakatan atau aturan main perlu disepakati dalam suatu arbitrase menyangkut pilihan hukum (choice of law), pilihan forum (choice of jurisdiction) dan pilihan domisili (choice of domicile)
- e. Asas ketertiban umum dalam prinsip arbitrase Internasional, penggunaan dan penerapannya harus tetap dalam konteks tujuan para pihak yang dituangkan dalam ko

ntrak.

f. Perkara Pertamina versus Karaha Bodas Company, seyogianya tetap dikontes dan diuji dalam perspektif legal. Adapun kerugian yang timbul pada satu pihak akibat kebijakan Pemerintah, seyogianya hal tersebut diselesaikan dan ditanggungjawabikan oleh Pemerintah.

Jakarta, 2007

Sampe Purba

Daftar Pustaka

Buku

Emmy Yuhassaire, ed. , Interaksi antara arbitrase dan proses kepailitan - Prosiding, Pusat Kajian Hukum, Jakarta, 2005

, Transaksi Perdagangan Internasional - Prosiding, Pusat Pengkajian Hukum, Jakarta, 2006

Huala Adolf, Dasar-Dasar Hukum Kontrak Internasional, Refika Aditama, Bandung, 2007

Sudargo Gautama, Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia, Bina Cipta, Bandung, 1987

M. Yahya Harahap, Arbitrase, Sinar Grafika, Jakarta, 2006

Tineke Louise Tuegeh Longdong, Asas ketertiban Umum & Konvensi New York 1958, PT Citra Aditya Bakti Bandung , 1998

Jurnal

Jurnal Hukum Bisnis, Volume 21 Oktober - November .2002

Undang-undang

Undang-undang no. 30 tahun 1999 tentang arbitrase dan alternatif penyelesaian sengketa

Undang-undang no. 37 tahun 2004 tentang Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang

Kamus

Black s Law dictionary, fifth ed., West Publishing Co., USA, 1979

May 10, 2008 Posted by maspurba | Hukum bisnis | arbitrase, karaha bodas, sengketa bisnis | No Comments

Konsepsi Kerugian Negara di lingkungan Lingkungan
Konsep Kerugian Negara pada Bisnis di Lingkungan

Badan Hukum dengan Kekayaan Negara Yang Dipisahkan

Pendahuluan

Di tengah kampanye besar-besaran dewasa ini untuk pemberantasan korupsi, terdapat suatu diskursus yang memperluas makna kerugian negara hingga kepada kerugian yang mungkin timbul dalam hubungan bisnis antara Badan Hukum yang dibentuk oleh Pemerintah dengan mitra kerjanya. Perluasan makna yang demikian tidak lepas dari sederet undang-undang yang memperluas makna kekayaan negara hingga kepada kekayaan milik korporasi. Rugi dan untung pada suatu korporasi terlepas apakah berbentuk Badan Hukum Milik Negara, atau Badan Usaha Milik Negara yang kepemilikan sahamnya secara mayoritas oleh Negara c/q Pemerintah, atau Badan-badan swasta murni adalah hal yang lumrah. Badan hukum, apakah milik negara atau milik swasta dalam hubungan bisnis akan terekspos kepada kemungkinan rugi atau untung. Setiap usaha pasti akan ada kemungkinan untung atau rugi. Hanya usaha pencetakan uang barangkali yang tidak mengenal rugi.

Di sisi lain, Negara melalui seperangkat undang-undang yang menyentuh cakupan kerugian keuangan negara seperti Undang-undang Perbendaharaan Negara (UU 1/2004), Undang-undang Keuangan Negara (UU 17/2003), Undang-undang Badan Pemeriksa Keuangan

an (UU19/2003), Undang-Undang Tentang Tanggungjawab Pengelolaan Keuangan Negara (UU 15/2004), dan undang-undang lain sebangsanya , secara normatif tidak membedakan kerugian yang timbul dari hubungan bisnis biasa dengan kerugian lain yang bottom linanya membawa pengurangan kepada harta negara. Sekali Negara rugi atau dirugikan, itu korupsi. Titik. Usaha mengenal rugi. Negara tidak mengenal apalagi mengakui - rugi. Naif.

Dalam Undang-undang no. 17 tahun 2003 misalnya, dinyatakan bahwa keuangan negara termasuk dan meliputi juga kekayaan negara atau daerah yang dikelola sendiri atau pihak lain atau yang hanya sekedar mendapatkan fasilitas dari Pemerintah. Sedangkan dalam salah satu definisi mengenai korupsi adalah kerugian keuangan negara dan perbuatan yang dapat memperkaya orang lain atau korporasi. Apakah suatu BUMN yang rugi sementara mitra bisnisnya beruntung lalu dapat dikatakan bahwa BUMN atau karyawan BUMN tersebut memenuhi kualifikasi normatif sebagai korupsi ?

Norma hukum yang ideal harus memenuhi asas *lex certa* yaitu rumusan harus pasti (*certainty*) dan jelas (*concise*) serta tidak membingungkan (*unambiguous*). Dalam menerapkan norma-norma tersebut harus dilandaskan kepada asas-asas hukum yang telah diakui seperti *asas ne bis in idem* dalam hukum pidana, atau asas kebebasan berkontrak (*party autonomy*) dalam hukum perdata dan asas tidak bertentangan dengan UUD dalam hukum tata negara. (Romli Atmasasmita, 2006)

Tulisan ini akan mencoba membahas makna kekayaan negara yang dipisahkan dalam kaitannya dengan kerugian keuangan negara

Kekayaan Negara yang dipisahkan adalah BUKAN Kekayaan Negara

Suatu Badan Hukum yang dibentuk Pemerintah dengan status kekayaan negara yang dipisahkan mengandung makna sejak dipisahkannya sebagian kekayaan Negara menjadi kekayaan Badan Hukum, telah terjadi transformasi yuridis atas keuangan publik menjadi keuangan privat yang tunduk sepenuhnya kepada hukum perdata (Arifin P. Soeria Atmadja, 2007). Penyertaan modal negara di sebuah korporasi statusnya adalah penyertaan biasa dengan status hukum yang sama dengan penyertaan oleh pihak partikelir lain. Tujuan pemisahan tersebut adalah untuk membuat demarkasi yang jelas antara tanggungjawab publik dengan tanggungjawab korporasi. Undang-undang nomor 19 tahun 2003 tentang BUMN pada penjelasan pasal 4 menyatakan bahwa yang dimaksud dengan dipisahkan adalah pemisahan kekayaan negara dari APBN untuk dijadikan penyertaan modal negara pada BUMN untuk selanjutnya pembinaan dan pengelolannya tidak lagi didasarkan pada sistem APBN, namun pembinaan dan pengelolannya didasarkan pada prinsip-prinsip perusahaan yang sehat. Pendirian ini diperkuat dengan surat Mahkamah Agung pada tanggal 16 Agustus 2006 yang memberi penegasan atas pertanyaan Menteri Keuangan terhadap topik yang sama.

Sayangnya beberapa Undang-undang lain, terutama yang menyangkut kewenangan-kewenangan instansional, seperti telah disebut di depan, menafikan dan mengaburkan serta menyamaratakan makna. Kerugian yang timbul dari transaksi yang dilakukan oleh suatu Badan atau Korporasi yang jelas-jelas merupakan korporasi dengan kekayaan negara yang dipisahkan berpotensi untuk dimaknai sebagai kerugian negara, yang ujung-ujungnya dapat diancam dengan pidana korupsi.

Di mata hukum, suatu korporasi adalah *rechtsperson*, yaitu orang yang cakap menjunjung hak dan kewajibannya, memiliki kekayaan sendiri, memiliki kewenangan kontraktual serta dapat menuntut dan dituntut atas nama dirinya sendiri (*persona standi in judicio*). Tujuan pemisahan Badan Hukum Perdata dari institusi Negara adalah sangat jelas untuk membatasi tanggungjawab Badan Hukum manakala terjadi exposure bisnis dari keputusan bisnis yang dilaksanakannya, untuk tidak menyentuh kekayaan negara yang lain.

Inkonsistensi dalam memandang kekayaan negara pada Korporasi seolah-olah melekat dan satu kesatuan definisi dengan keuangan negara membawa konsekuensi yuridis y

ang serius. Dari sisi positif (upside benefit)nya akan memberikan pesan kehati-hatian disertai dengan ancaman pemidanaan manakala terjadi salah urus terhadap harta BUMN. Juga memberikan prioritas pengembalian tagihan dalam hal ada pailit, karena dalam undang-undang kepailitan hak negara mendapat prioritas terlebih dahulu dalam pelunasan dari boedel pailit.

Namun sisi negatif (downside impact)nya juga tidak tanggung-tanggung. Dalam sistem hukum Perdata Indonesia dianut asas bahwa pemilik bertanggungjawab atas akibat yang ditimbulkan oleh harta yang di bawah penguasaannya, serta jaminan pemenuhan prestasi (pembayaran hutang) meliputi seluruh harta baik yang ada maupun yang akan ada (bdk KUHPerdata ps. 1131, 1367). Contohnya, apabila suatu kapal milik suatu BUMN mengalami kecelakaan yang mengakibatkan pencemaran laut, serta akibatnya massif, maka tuntutan strict liability dapat meluas dan menjangkau hingga ke harta negara yang lain di luar BUMN tersebut. Demikian juga apabila ada tuntutan pailit kepada suatu BUMN, maka tuntutan tersebut akan dengan mudah dapat diperluas hingga ke harta negara lainnya yang tidak ada sangkut pautnya dengan BUMN tersebut. Pada hal esensi dasar suatu BUMN dengan bentuk PT (Perseroan Terbatas) misalnya adalah tanggungjawab terbatas dan maksimal sebesar kekayaan PT tersebut. PT adalah PT bukan menjadi Perseroan TIDAK Terbatas.

Penulis tidak dapat membayangkan absurditas yang muncul sebagai akibat skenario tersebut. BUMN yang dipailitkan, akan menjalar menjadi kepailitan negara, dan para pengurus negara (dalam hal ini Pemerintah pengembalian kedaulatan negara) akan dituntut pailit oleh mitranya, yang dapat saja berupa suatu multi national corporation, yang tunduk dan didirikan tidak berdasarkan hukum Indonesia. Akibat terburuk dari skenario ini adalah hilangnya legitimasi yuridis Pemerintah untuk mengurus harta negara. Inilah antara lain suatu kemungkinan ekstrim, apabila kita bermain-main dalam memperluas makna kekayaan negara, yang meluas kepada kekayaan korporasi yang telah dipisahkan dari kekayaan negara.

Imunitas dalam pengambilan keputusan bisnis

Pengelolaan hukum bisnis adalah tunduk kepada aturan-aturan pengelolaan bisnis yang baik (good corporate governance) seperti prinsip kehati-hatian, akuntabilitas, transparansi dan cepat tanggap (responsif). Pengelola/ Pengurus bisnis dilengkapi dengan fiduciary duties (kepedulian, kemampuan dan kejujuran), duty of care (kehati-hatian agar terhindar dari kelalaian (negligence), dan tugas untuk menaati perundang-undangan (statutory duties).

Doktrin penting lainnya adalah business judgement rule yang mengajarkan bahwa direksi (pengurus) suatu korporasi tidak bertanggungjawab atas kerugian yang timbul dari suatu tindakan pengambilan keputusan, apabila tindakan tersebut didasarkan pada itikad baik dan kehati-hatian.

Direksi mendapatkan perlindungan hukum tanpa perlu memperoleh pembenaran dari pemegang saham atau pengadilan atas keputusan yang diambilnya dalam konteks pengelolaan perusahaan. Namun dalam hal direksi atau pengurus suatu perseroan mengambil tindakan yang melebihi kapasitasnya, mereka dapat dituntut berdasarkan doktrin ultravires (doktrin pelampauan kewenangan). Itupun sepanjang tidak bersentuhan dengan hukum memaksa, tuntutan yang dapat disampaikan adalah terbatas tuntutan keperdataan.

Sebaliknya akan terjadi apabila Pemerintah terlalu banyak campur untuk sisi operasional suatu Badan Usaha yang kepemilikannya sebagian atau seluruhnya ada pada negara c/q Pemerintah. Negara atau pemerintah akan kehilangan kekebalannya sebagai pemegang otoritas kedaulatan negara (iure imperii) manakala Negara terlibat dalam suatu urusan bisnis (iure gestines). Negara akan turun derajat dan statusnya menjadi hanya menjadi pihak saja, sama seperti badan swasta atau perorangan lainnya. Secara perdata juga, Negara tidak dapat lagi mempertahankan imunitasnya tersebut berdasarkan doktrin piercing the corporate veil (menembus tirai korporasi).

si).

Logika Perdata pada Hukum Bisnis versus Logika Pidana pada Keuangan Publik

BUMN atau Badan Hukum lainnya yang didirikan untuk kepentingan bisnis dalam beroperasinya adalah tunduk kepada mindset logika perdata. Logika perdata yang dimaksud antara lain adalah bahwa kontrak bisnis adalah berlaku sebagai undang-undang bagi para pihak, itikad baik dianggap ada pada para pihak sampai terbukti sebaliknya, serta apabila suatu prestasi yang diperjanjikan tidak dapat dipenuhi, maka akan dituntut wanprestasi dengan berbagai alternatif untuk memenuhinya. Logika bisnis adalah kehati-hatian, kemitraan, kerja sama dan trust. Misalnya, suatu mitra bisnis yang kesulitan melakukan pembayaran dan terlilit hutang, penyelesaiannya dapat berupa penundaan kewajiban pembayaran utang, haircut (pelunasan sebagian), konversi hutang menjadi penyertaan modal dan sebagainya. Apabila ada sengketa bisnis, penyelesaiannya pun diusahakan dengan mediasi, dan paling jauh dengan arbitrase sebagai alternatif penyelesaian sengketa yang memberi win-win solution. Solusi pidana dalam hukum bisnis hanya upaya terakhir (ultimum remedium) yang tidak akan ditempuh kalau tidak terpaksa.

Di sisi lain, apabila kaca mata pidana yang digunakan, maka logika perdata tidak akan atau sulit untuk berjalan. Kesulitan pembayaran oleh mitra bisnis dapat dituntut dengan delik penipuan atau penggelapan. Demikian juga dalam hal timbul kerugian. Penyelesaian seperti haircut, model Release and discharge seperti yang ditempuh dalam penyelesaian BLBI, hanya dipandang sebagai upaya administrasi semata yang tidak menuntaskan persoalan. Logika pidana adalah untuk memberi efek jera, bukan win-win solution, tetapi adalah zero sum game dengan win loss solution. Pasal 4 UU 31/1999 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi misalnya, berbunyi bahwa pengembalian kerugian keuangan negara atau perekonomian negara tidak menghapuskan dipidanya pelaku tindak pidana. Logika pidana lebih menekankan kepada penghukuman (repressive mode) untuk memberikan efek jera, dari pada asset economic recovery yang dianut hukum perdata.

Dalam konteks inilah sekarang pendulum kebijakan di negara kita ini sedang bergeser. Hukum menjadi ditafsirkan sangat kontekstual dalam dimensi waktu, rejim dan prioritas kebijakan. Hal-hal yang dahulu adalah murni business judgement rules yang mungkin saja hasilnya tidak seperti yang diperkirakan semula, bergeser ke ranah pidana dengan ancaman korupsi karena merugikan keuangan negara atau membuat orang lain menjadi kaya. Apakah seorang pebisnis atau pengurus suatu korporasi yang sahamnya mayoritas dipegang negara harus diancam dipidana, hanya karena mitra bisnisnya menjadi kaya?. Atau bukankah berbisnis berarti berusaha untuk saling menguntungkan?. Inilah absurditas berikutnya dari logika yang dibangun dengan perluasan definisi keuangan negara menurut sistem hukum positif kita dewasa ini

.

Tanggungjawab kepidanaan dalam pengelolaan bisnis

Pemaparan di atas bukan berarti bahwa pebisnis akan terbebas dan immun dari tanggung jawab dan tuntutan pidana. Delik-delik pidana tetap dapat diancamkan kepada pelaku bisnis yang membawa rugi kepada bisnis yang dikelolanya. Namun harus dilihat penyebabnya adalah murni pidana, seperti penipuan, penyuapan, tindakan yang melebihi kewenangan dan kejahatan korporasi lainnya.

Tetapi apabila para pebisnis telah bekerja dengan cermat, dengan pertimbangan bisnis yang matang (yang dapat saja hasilnya melenceng dari yang diperkirakan), itikad baik dan dalam koridor kebiasaan pedagang yang baik (lex mercatoria), yang tidak melawan hukum, maka pada dasarnya pebisnis itu harus dilindungi serta memiliki kekebalan layaknya kekebalan diplomatik atau kekebalan parlemen di dalam melaksanakan tugas-tugasnya.

Penutup

Penulis melihat, secara normatif dan bahkan dalam tataran praktis, perluasan makna keuangan negara yang merambah hingga kepada korporasi dengan kekayaan negara yang dipisahkan, telah mengikis dan mengancam para profesional BUMN kita yang tangguh, serta juga menulari mitra bisnis BUMN itu. Secara tidak sadar kita telah mendorong mereka menjadi birokrat yang patuh dan konservatif dari seharusnya menjadi seorang entrepreneur yang inovatif, yang berani mengambil resiko terukur (dan bahkan dapat merugi). Iklim inilah yang dapat membuat tidak timbulnya para entrepreneur BUMN sejati, dan hanya akan menjadi ambtenar yang mengharap proteksi, diskresi dan fasilitasi negara, yang sesungguhnya sudah kuno di jaman globalisasi ini. Hal ini pada akhirnya hanya menjauhkan kita dari cita-cita kepastian dan keindahan hukum.

Jakarta, April 2008

Sampe L. Purba