

Arbitrase

a. Pengantar

Arbitrase adalah penyerahan sengketa secara sukarela kepada pihak ketiga yang netral serta putusan yang dikeluarkan sifatnya final dan mengikat. Badan arbitrase dewasa ini sudah semakin populer dan semakin banyak digunakan dalam menyelesaikan sengketa-sengketa internasional.

Penyerahan suatu sengketa kepada arbitrase dapat dilakukan dengan pembuatan suatu *compromis*, yaitu penyerahan kepada arbitrase suatu sengketa yang telah lahir; atau melalui pembuatan suatu klausul arbitrase dalam suatu perjanjian sebelum sengketa lahir (*clause compromissoire*).

Pemilihan arbitrator sepenuhnya berada pada kesepakatan para pihak. Biasanya arbitrator yang dipilih adalah mereka yang telah ahli mengenai pokok sengketa serta disyaratkan netral. Ia tidak selalu harus ahli hukum. Bisa saja ia menguasai bidang-bidang lainnya. Ia bisa insinyur, pimpinan perusahaan (manajer), ahli asuransi, ahli perbankan, dan lain-lain.

Setelah arbitrator ditunjuk, selanjutnya arbitrator menetapkan *terms of reference* atau 'aturan permainan' yang menjadi patokan kerja mereka. Biasanya dokumen ini memuat pokok masalah yang akan diselesaikan, kewenangan arbitrator (jurisdiksi) dan aturan-aturan (acara). Sudah barang tentu muatan *terms of reference* tersebut harus disepakati oleh para pihak.

Seperti tersebut di atas, putusan arbitrase sifatnya mengikat dan final. Artinya, upaya banding oleh suatu pihak tidak dimungkinkan. Namun ada beberapa aturan arbitrase yang masih memungkinkan pembatalan terhadap putusan arbitrase.

Contoh terkenal mengenai hal ini adalah sengketa *Amco Asia Corporation v. Indonesia* di hadapan Dewan Arbitrase ICSID. Kasus ini berkaitan dengan pencabutan lisensi penanaman modal terhadap investor dalam Hotel Kartika Plaza. Pencabutan lisensi ini dianggap tidak sah oleh investor dan kemudian membawa kasus ini kepada badan arbitrase ICSID di Washington.

Kasus ini banyak mengundang komentar dari para sarjana paling sedikit karena dua sebab. Pertama, kasus ini menggambarkan kelemahan sistem penyelesaian melalui arbitrase ICSID sebagai akibat dimungkinkannya adanya ketentuan mengenai pembatalan

suatu putusan. kedua, kasus ini membuktikan pula bahwa membawa sengketa kepada suatu badan arbitrase tidaklah senantiasa cepat dan murah. Kasus Amco ini memakan waktu hampir 12 tahun dan menghabiskan biaya yang tidak kecil untuk ongkos-ongkos penasihat hukum dari kedua belah pihak.

Mekanisme penyelesaian sengketa melalui arbitrase sudah semakin meningkat. Dari sejarahnya, cara ini sudah tercatat sejak zaman Yunani Kuno. Namun penggunaannya dalam arti modern dikenal pada waktu dikeluarkannya *the Hague Convention for the pacifik Settlement of International Disputes* tahun 1989 dan 1907. Konvensi ini melahirkan suatu badan arbitrase internasional yaitu Permanent Court of Arbitrations.

Sejak itu kemudian, masyarakat internasional berupaya membentuk badan-badan arbitrase internasional baik yang sifatnya regional maupun internasional. Badan yang terkenal adalah the International Centre for The Settlement of Investment Disputes (ICSID), suatu badan arbitrase yang menangani sengketa-sengketa penanaman modal asing antara negara dengan investor asing.

b. ICSID

1) Latar Belakang

ICSID (*international Centre for the Settlement of Investment Disputes*) adalah badan yang dilahirkan Bank Dunia. Konvensi yang mendirikan badan ini, yaitu Konvensi ICSID (*Convention on the Settlement of Investment Dispute between States and Nationals of Other States*), atau kadang-kadang disebut Konvensi Washington atau Konvensi Bank Dunia, ditandatangani di Washington D.C., 18 Maret 1965. Badan arbitrase ICSID atau the Centre berkedudukan di Washington dan berafiliasi dengan Bank Dunia. Konvensi mulai berlaku pada 14 Oktober 1966, sebulan setelah 20 negara meratifikasinya.

Terbentuknya Konvensi adalah sebagai akibat dari situasi perekonomian dunia pada waktu 1950-1960-an yaitu Khususnya dikala beberapa negara berkembang menasionalisasi atau mengekspropriasi perusahaan-perusahaan asing yang berada di dalam wilayahnya. Tindakan ini mengakibatkan konflik-konflik ekonomi yang dapat berubah menjadi sengketa politik atau bahkan sengketa terbuka (perang).

Di antara kasus-kasus nasionalisasi yang langsung mempengaruhi dan menggerakkan Bank Dunia membentuk Konvensi ini adalah kasus nasionalisasi perusahaan-perusahaan Perancis di Tunisia. Kasus ini bermula dengan tindakan DPR Tunisia (*the Tunisian National Assembly*) yang mengeluarkan UU Nasionalisasi tanah-tanah milik orang asing (khususnya Perancis) pada tanggal 10 Mei 1964.

Tindakan itu sangat mengejutkan pihak asing karena dengan adanya UU tersebut berarti tanah milik orang-orang asing (Perancis) berikut kekayaan yang ternama di dalamnya seluas 1 juta hektar ter nasionalisasi.

Dalam suatu pernyataannya, Presiden Tunisia Habib Bourguiba menyatakan bahwa selama itu Tunisia telah cukup menderita di bawah eksploitasi Perancis selama 83 tahun. Beliau juga menolak perjanjian yang diadakan sebelumnya antara Tunisia dan Perancis bahwa negerinya dapatembali hak milik asing (Perancis) yang masih ada berdasarkan ketentuan-ketentuan hukum kolonial.

Bourguiba melegalisasi tindakannya tersebut dengan alasan bahwa meski tindakan tersebut nyata-nyata ditentang pemerintah Perancis, namun tindakan tersebut dilancarkan juga sebab merupakan “suatu masalah antara hidup dan mati bagi Tunisia yang merupakan negara yang baru merdeka”.

Presiden Perancis Jenderal Charles de Gaulle bereaksi keras terhadap tindakan pemerintah bekas jajahannya itu dan menyatakan tindakan tersebut sebagai tindakan brutal dan serta merta membatalkan semua rencana bantuan keuangan (ekonomi) negaranya kepada Tunisia. Hubungan kedua negara pada waktu itu praktis sangat tegang dan panas.

Kasus ini sangat mengejutkan masyarakat internasional yang merasa khawatir bahwa hubungan kedua negara dapat menjurus kearah perang terbuka yang sudah barang tentu dapat merengut banyak korban jiwa. Pada waktu itu reaksi dari pemilik tanah dan investor Perancis yang tanah/perusahaannya dinasionalisasi, adalah melanjutkan masalah ini kepada lembaga internasional, antara lain, Bank Dunia. Namun upaya tersebut tidak membawa hasil yang berarti karena lembaga-lembaga tersebut memang tidak memiliki wewenang sama sekali dalam menangani kasus tersebut.

Beberapa waktu kemudian, setelah kasus tersebut mereda, Bank Dunia lalu memprakarsai pembentukan suatu badan arbitrase internasional yang akan menangani

sengketa-sengketa penanaman modal antara lain investor asing dengan negara tuan rumah. Upaya PBB ini membawa hasilnya yaitu dengan ditandatanganinya *the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*.

Ada 2 tujuan utama dibentuknya konvensi ini. Yang pertama, menjembatani jurang atau mengisi kekosongan upaya hukum di dalam menyelesaikan kasus-kasus penanaman modal yakni dengan memberikan suatu mekanisme khusus berupa fasilitas arbitrase atau konsiliasi.

Kedua, mendorong dan melindungi arus modal dari negara maju kepada negara kita (*developing countries*). Tujuan pertama konvensi ini terefleksi dari peranan *the Centre* (ICSID). Wewenang badan ini khusus dan terbatas pada penanaman modal saja yang salah satu pihaknya adalah negara penerima penanaman modal (*host state*).

Manakala suatu sengketa muncul, *the Centre* akan membentuk suatu panel arbitrase atau konsiliasi untuk menanganinya. Selanjutnya, peranan *the Centre* hanyalah mengawasi jalannya persidangan dan memberikan aturan-aturan hukum acaranya.

Pada masa awal pertumbuhannya ternyata konvensi ini, meski telah diratifikasi banyak negara, kurang mendapat angin. Sejak konvensi berlaku tahun 1966, ICSID praktis sama sekali menganggur. Baru pada bulan Desember 1970, yang berarti 4 tahun kemudian suatu jangka waktu yang relatif cukup lama untuk menanti suatu sengketa penanaman modal muncul, badan arbitrase menangani kasus pertamanya.

Sampai 1981, baru 9 kasus yang dipercayakan kepada badan arbitrase ICSID untuk diselesaikan. Pada tahun 1981-1982, kasus yang masuk meningkat tajam. Ada 13 kasus. Sepuluh kasus berkenaan dengan arbitrase, 2 konsiliasi dan 10 menyangkut pembatalan keputusan. Dan saat ini 10 kasus sedang dalam proses penyelesaian, 12 telah selesai dan sisanya masih belum menentu.

Jangka waktu dan prosedur penyelesaian sengketa yang diperlukan untuk menyelesaikan suatu sengketa rata-rata 2 tahun. Namun seperti halnya yang terjadi pada sengketa PT amco (investor Amerika Serikat) lawan pemerintah Republik Indonesia yang diserahkan kepada badan arbitrase ICSID pada tahun Januari 1981, sengketa baru selesai pada Desember 1992 (12 tahun).

Kurang populernya badan arbitrase ini telah disimpulkan pula oleh hasil seminar arbitrase internasional di Roma pada tahun 1982. Para peserta seminar ini sepakat bahwa badan arbitrase ini diabaikan dan banyak penanam modal yang tidak sadar/tahu keberadaan badan arbitrase ICSID. Sehingga manakala suatu ketika mereka menghadapi masalah/sengketa, wadah badan arbitrase sebagai cara penyelesaian suatu sengketa mereka rekomendasikan adalah badan arbitrase lain, khususnya badan arbitrase menurut ICC (*Internasional Chamber of Commerce*).

Namun demikian, dewasa ini kecenderungan akan semakin meningkatnya peranan badan arbitrase ICSID ini tampak pada beberapa hal berikut. Pertama, pada beberapa perundang-undangan nasional, persyaratan penunjukan badan arbitrase ICSID sebagai badan arbitrase yang akan menangani sengketa-sengketa yang timbul dari adanya kontrak penanaman modal asing telah dicantumkan di dalamnya. Kebijakan hukum seperti ini dilakukan antara lain oleh Afganistan, Kongo, Tunisia dan Niger.

Hal lain yang mendorong penggunaan badan ICSID adalah dengan adanya perjanjian/kontrak-kontrak (bilateral) penanaman modal asing yang menyisipkan klausula arbitrase yang menunjuk badan arbitrase ICSID untuk menyelesaikan sengketa. Kontrak-kontrak model ini telah berjumlah sekitar 87.

Kecenderungan lainnya adalah peran yang dimainkan oleh Bank Dunia dalam memberikan bantuan biaya pembangunan proyek di banyak negara. Peran yang dimainkannya yaitu memonitor atau mengawasi kontrak yang dibuat untuk pelaksanaan proyek tersebut. Disini Bank Dunia bisa saja merekomendasikan kepada negara-negara yang bersangkutan dalam membuat kontrak-kontraknya dan menggunakan sarana arbitrase ICSID.

Konvensi ICSID ditujukan untuk menangani penyelesaian sengketa antara investor dengan negara tuan rumah. *Conditio Sine quo non* yang berlaku agar suatu sengketa dapat tercakup dalam badan arbitrase ICSID ini adalah kata sepakat.

2). Keanggotaan

Negara-negara yang bisa menjadi anggota konvensi ICSID adalah setiap anggota Bank Dunia. Namun negara-negara bukan anggota Bank Dunia dapat menjadi anggota

konvensi asal negara tersebut adalah anggota pada Statuta Mahkamah Internasional. Sampai 1993, 105 negara telah menjadi anggota pada konvensi ini.

3). Struktur Organisasi

Badan ICSID sendiri tidak melaksanakan persidangan-persidangan arbitrase atau konsiliasi. Sifat badan ini halnya seperti suatu sekretariat. Ia mengelola dan memberikan fasilitas kepada para pihak yang hendak menyelesaikan sengketa penanaman modalnya melalui arbitrase atau konsiliasi. Dalam hal ini lembaga yang dimaksud adalah lembaga arbitrase dan konsiliasi ICSID.

ICSID dikelola oleh suatu *administrative Council* (Dewan Administratif). Setiap negara peserta konvensi memiliki seorang wakil dan memiliki satu suara. Dewan ini memiliki ketua *ex officio*, yaitu Presiden Bank Dunia.

Badan utama struktur organisasi ICSID adalah *Secretary General* (Sekjen). Ia berfungsi sebagai registrar (pendaftar atau panitera).

ICSID menyimpan daftar nama untuk dicantumkan ke dalam suatu panel arbitrase atau konsiliasi. Setiap negara peserta konvensi dapat menunjuk 4 orang arbitrator atau konsiliator ke dalam masing-masing daftar panel tersebut. Mereka dapat warga-negaranya atau orang asing. Ketua Dewan Administratif dapat menunjuk 10 orang pada masing-masing panel.

4). Evaluasi

Sebagai rangkuman dari ulasan di atas, kiranya hasil penelitian Georges R Delaume berikut ini penting sebagai referensi yang cukup signifikan. Yakni, bahwa badan arbitrase ICSID berbeda dengan lembaga atau badan-badan arbitrase lainnya. Hal ini tampak pada :

Pertama, tidak seperti lembaga-lembaga arbitrase komersial lainnya, ICSID seperti telah diuraikan di muka, merupakan suatu organisasi internasional yang dibentuk oleh Konvensi Washington yang berlaku pada tanggal 14 Oktober 1966.

Kedua, ICSID adalah suatu organisasi yang terkait (*associated*) dengan Bank Dunia. Keterkaitan ini membawa 2 akibat penting. Seperti Bank Dunia, tujuan Bank utama badan ICSID adalah untuk meningkatkan iklim saling percaya dan menguntungkan

antara negara dengan investor untuk meningkatkan arus sumber kekayaan kepada negara sedang berkembang berdasarkan syarat-syarat yang reasonable. Oleh karena itu ICSID tidak dapat dipandang semata-mata sebagai suatu mekanisme penyelesaian sengketa, namun juga meningkatkan perkembangan ekonomi negara sedang berkembang. Akibat lain dari adanya keterkaitan antara ICSID dan Bank Dunia yaitu bahwa karena Bank Dunia mensubsidi ICSID, maka biaya arbitrase menjadi relatif lebih murah.

Ketiga, persidangan arbitrase ICSID dapat dilaksanakan dalam konteks hukum internasional yang ditetapkan dalam konvensi ICSID dan *the Regulations and Rules* yang dibuat guna pelaksanaannya. Tidak seperti arbitrase komersial, ICSID merupakan suatu perangkat/mekanisme penyelesaian sengketa yang berdiri sendiri, terlepas dari sistem-sistem hukum nasional suatu negara tertentu.

Keempat, Dalam konteks ICSID, peranan utama pengadilan nasional adalah menguatkan pengakuan atas eksekusi putusan-putusan badan arbitrase ICSID. Jika salah satu pihak bersikap apatis dan tidak mau ambil bagian dalam persidangan, ICSID akan tetap melanjutkan persidangan, ICSID akan tetap melanjutkan persidangannya dan mengeluarkan putusannya.

Kelima, arbitrase ICSID dimasukkan untuk menjaga atau memelihara keseimbangan antara kepentingan investor dengan negara penerima modal (*host state*).

Konvensi mengandung 10 bab yang terbagi kedalam 67 pasal. Bab I bagian 1 mengatur tentang berbagai aspek tentang arbitrase, yakni mulai dari pembentukan sampai organisasi arbitrase. Bab II mengatur tentang yurisdiksi Centre, Bab III mengatur tentang konsiliasi. Tentang arbitrase sendiri, yaitu tentang permohonan, konstitusi, wewenang dan fungsi arbitrase serta putusan, pengakuan putusan arbitrase diatur dalam Bab V. Tentang penggantian dan pendiskualifikasikan arbitrator (dan konsiliator), biaya persidangan, tempat persidangan masing-masing diatur dalam Bab V sampai dengan VII. Sengketa-sengketa para pihak, perubahan konvensi serta ketentuan-ketentuan akhir diatur dalam Bab-bab terakhir, VIII, IX dan X.

Republik Indonesia meratifikasi konvensi ICSID dengan **UU No. 5 tahun 1968 (Lembaran Negara No 32 tahun 1968) yakni undang-undang tentang persetujuan atas konvensi tentang penyelesaian perselisihan antara negara dengan warga**

negara asing mengenai penanaman modal. Undang-undang ini singkat saja, berisi hanya 5 pasal.

Disebutkan bahwa sesuatu perselisihan tentang penanaman modal antara Republik Indonesia dan warga negara asing diputuskan menurut konvensi ICSID dan mewakili Republik Indonesia dalam perselisihan tersebut untuk hak substitusi (pasal 2). Pasal utama penting lainnya adalah tentang pelaksanaan keputusan badan arbitrase ICSID. Dalam pasal 3 disebutkan bahwa untuk melaksanakan putusan Mahkamah Arbitrase ICSID di wilayah Indonesia, maka diperlukan pernyataan Mahkamah Agung untuk melaksanakannya – **Lihat Perma No.1 Tahun 1990 tanggal 1 Maret 1990, Tentang Tatacara Pelaksanaan Arbitrase Asing.**