



## PENGAKUAN DAN PELAKSANAAN PUTUSAN ARBITRASE ASING DI INDONESIA : ANALIS PERMASALAHAN

Oleh Nandang Sutrisno

*Perdagangan lintas negara saat ini demikian kompleks. Itu berarti persinggungan konflik dan sengketa karenanya semakin terbuka pula. Dalam kaitan ini putusan arbitrase asing semakin memegang peranan penting. Namun dukungan pengadilan merupakan elemen kunci dari sukses atau gagalnya pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase asing.*

Pengakuan dan pelaksanaan (*recognition and enforcement*) putusan arbitrase asing merupakan suatu tahapan yang sangat penting dan krusial dari keseluruhan proses arbitrase (perdagangan) internasional. Hal ini tidak lain karena tahapan ini merupakan parameter dari sukses atau gagalnya sebuah arbitrase. Arbitrase perdagangan internasional tidak dapat dikatakan berhasil jika produk putusannya tidak dapat diakui dan dilaksanakan.

Bagi kebanyakan negara, khususnya negara-negara berkembang, tahapan ini merupakan tahapan yang paling sulit dan problematik. Di negara-negara ini putusan arbitrase asing umumnya dapat diakui dan

dilaksanakan. Indonesia merupakan salah satu negara, diantara negara-negara berkembang tersebut, yang masih belum dapat mengakui dan melaksanakan putusan arbitrase perdagangan internasional sebagaimana mestinya. Paling tidak, ada tiga hal yang mendasar yang laik dicurigai sebagai kendala: *pertama*, kurang memadainya perangkat yuridis dalam bidang arbitrase, khususnya arbitrase perdagangan internasional; *kedua*, inkonsistensi masyarakat bisnis (pengusaha-pengusaha) Indonesia terhadap kontrak-kontrak bisnis yang mereka buat dengan masyarakat bisnis asing; *ketiga*, sikap pengadilan Indonesia yang kurang "ramah" terhadap putusan arbitrase asing.

Meningkatnya intensitas interaksi bisnis internasional yang tidak mau melibatkan masyarakat bisnis Indonesia, memaksa negara-negara ini untuk dapat segera mengantisipasi masalah-masalah tersebut, karena dalam percaturan bisnis Internasional, arbitrase merupakan suatu instrumen hukum yang penting dan lebih disukai masyarakat bisnis, ketimbang pengadilan, dalam menyelesaikan sengketa (dispute) bisnis. Oleh karena itu, hendaknya hal ini merupakan salah satu agenda besar yang perlu mendapat porsi perhatian yang serius dalam PJPT II bidang hukum. Dapat diantisipasi masalah ini akan merupakan kontribusi besar terhadap perbaikan citra hukum Indonesia di mata Internasional, yang selama ini berkesan "there is no law in Indonesia".

Tulisan ini akan mencoba menganalisis permasalahan yang terkait dengan pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase asing di Indonesia dengan memfokuskan pada tiga variabel kendala sebagaimana disebutkan di muka, dengan maksud untuk memetakan permasalahan tersebut dalam kerangka pencarian solusi strategis yang dapat direkomendasikan.

### Deskripsi Permasalahan.

Alasan mendasar belum dapat diakui dan dilaksanakan putusan arbitrase perdagangan asing di Indonesia bervariasi menurut kurun waktu tertentu. Sebelum tahun 1981, putusan arbitrase asing belum dapat diakui dan dilaksanakan berdasarkan suatu alasan bahwa Indonesia belum meratifikasi Konvensi New York.<sup>1)</sup> dari tahun 1981 sampai tahun 1990, kendala baru muncul; meskipun pada tahun 1981, dengan Kepres No. 34 tahun 1981 Indonesia meratifikasi Konvensi New York, putusan arbitrase asing masih belum dapat dilaksanakan, karena Mahkamah Agung berdasar bahwa Konvensi tersebut masih

memerlukan peraturan pelaksanaan. Pada tahun 1990, peraturan pelaksanaan yang dinanti-nantikan tersebut akhirnya dikeluarkan, yakni peraturan Mahkamah Agung Republik Indonesia No. 1 Tahun 1990 (PERMA). Namun dengan dikeluarkannya peraturan tersebut tidak serta merta menjamin dilaksanakannya putusan arbitrase asing, yakni putusan the Queen's Counsel of the English Bar dalam kasus E.D. & F. MAN (Sugar) Limited v. Yani Haryanto,<sup>2)</sup> putusan tersebut masih belum dapat dieksekusi, karena tergugat mengajukan kasasi.

### Perangkat Yuridis Arbitrase Perdagangan Internasional di Indonesia.

Dari deskripsi singkat masalah tersebut di muka, ada beberapa persoalan hukum yang mendasar yang muncul. **Pertama**, apakah tidak diratifikasinya Konvensi New York merupakan alasan yang kuat bagi Indonesia untuk tidak melaksanakan putusan arbitrase asing?

Persoalan ini laik dimunculkan mengingat adanya suatu fakta bahwa sebelum Indonesia merdeka, yakni pada tahun 1931, pemerintah Belanda telah meratifikasi Konvensi Genewa 1927 dan memperluas penerapannya kepada Hindia Belanda (Indonesia). **Kedua**, apakah Konvensi New York dan Kepres No. 34 Tahun 1981 memerlukan peraturan pelaksanaan? **Ketiga**, apakah tidak ada dasar hukum lain, selain konvensi internasional, yang dapat digunakan sebagai landasan hukum dalam melaksanakan putusan arbitrase asing?

1) The New York Convention of 1958 of Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards (Konvensi New York 1958 mengenai Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing) (selanjutnya *Konvensi New York*), 10 Juni 1958.

2) E.D. & F. MAN (Sugar) Limited v. Yani Haryanto, Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia No. 1 Pen. Ex'r/Arb. Int./Pdt/1991, 1 Maret 1991.

Dalam konteks permasalahan pertama, Mahkamah Agung berpendapat bahwa meskipun pemerintahan Belanda meratifikasi Konvensi Genewa 1927 serta memperluas daya berlakunya kepada Indonesia, dan meskipun pasal 5 konferensi Meja Bundar menyatakan bahwa Indonesia akan terikat oleh perjanjian-perjanjian internasional yang ditandatangani oleh pemerintah Belanda untuk Indonesia, kecuali kalau Indonesia menyatakan secara tegas keluar dari perjanjian-perjanjian tersebut, sesuai dengan prinsip-prinsip baru hukum internasional yang terkait dengan "state succession," yang berlaku setelah Perang Dunia II, Indonesia tidak lagi terikat oleh perjanjian-perjanjian internasional yang diakses selama masa kolonial.<sup>3)</sup>

Pendapat ini diperkuat oleh pendapat Prof. Z. Asikin Kusumah Atmadja<sup>4)</sup> yang menyatakan bahwa sejak Konvensi Meja Bundar, Konvensi Genewa 1927 sudah tidak berlaku lagi. Fakta historis bahwa pemerintah Belanda masih menguasai Irian Jaya sampai 1963 dan tidak ditepatinya Konferensi Meja Bundar oleh pemerintah Belanda, merupakan dasar yang kuat bagi Indonesia untuk secara unilateral menghentikan kewajiban-kewajiban yang timbul dari konferensi tersebut, sesuai dengan *rebus sic stantibus* dalam UU No. 1 Tahun 1965<sup>5)</sup>. Dalam suatu diskusi dengan Prof. Sudargo Gautama, Prof. Asikin juga berpendapat bahwa dalam hal suksesi, Indonesia menganut sistem aktif.<sup>6)</sup> Kenyataannya, Indonesia tidak pernah menyatakan secara aktif dan tegas masih akan tetap terikat oleh Konvensi Genewa. Berbeda dengan Prof. Asikin, Prof. Gautama berpendapat bahwa Indonesia menentang sistem pasif.<sup>7)</sup> Sejauh mengenai Konvensi Genewa 1927, Indonesia tidak pernah menyatakan secara tegas menarik diri dari konvensi tersebut. Oleh karena itu, menurutnya, konvensi tersebut masih tetap

berlaku. Robert N. Hornick juga berpendapat serupa. Setelah mereka, menurutnya, Indonesia masih tetap sebagai anggota Konvensi Genewa 1927, dan oleh karena itu putusan arbitrase asing seharusnya dapat dilaksanakan sesuai dengan konvensi tersebut.<sup>8)</sup>

Tidak satu pun pendapat di muka mendasarkan diri pada Undang-undang Dasar 1945, padahal Pasal II Aturan Peralihan secara jelas menyuratkan bahwa hukum-hukum atau peraturan-peraturan yang berlaku pada masa pemerintahan kolonial yang masih tetap berlaku sepanjang tidak bertentangan dengan Undang-undang Dasar tersebut, dan tidak ada hukum-hukum atau peraturan-peraturan baru mencabut atau menggantikannya. Ini berarti bahwa secara yuridis konstitusional Konvensi Genewa 1927 masih tetap berlaku. Dengan demikian alasan masih tidak dapat dilakikannya putusan arbitrase

3) Putusan Mahkamah Agung Ri No. 294 K.Pdt/1983, 20 Agustus 1984.

4) Lihat W.E. Kusnandar, "Perkembangan dan Hambatan Pelaksanaan Arbitrase Asing di Indonesia," *Newsletter*, Vol. 7/11 Tahun 1991, hal. 1.

5) *Ibid.*, hal. 2.

6) S. Gautama. "Some Legal Aspect of International Commercial Arbitration in Indonesia," *J. Int'l Arb.*, Vol. 7 Tahun 1990, hal. 102. Menurut sistem aktif, Indonesia dianggap sebagai anggota dari konvensi-konvensi internasional yang dibuat sebelum kemerdekaan jika hal itu dinyatakan secara tegas.

7) *Ibid.* Menurut sistem pasif, konvensi-konvensi internasional yang diakses pada masa pra-kemerdekaan masih tetap berlaku, kecuali jika Indonesia secara tegas membatalkan keanggotaannya dan menyatakan bahwa ia tidak akan terikat lagi oleh konvensi-konvensi tersebut. Ini berarti bahwa jika Indonesia ingin keluar dari konvensi-konvensi tersebut, Indonesia harus menyatakan secara tegas. Sebagai contoh, disamping menyatakan menarik diri dari Konvensi Meja Bundar, Indonesia juga pernah menyatakan keluar dari Bern Copyright Convention.

8) R.N. Hornick, "The Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Indonesia," *Harv. Int'l L.J.*, Vol. 18 Tahun 1977, hal. 102.

asing karena belum diratifikasinya Konvensi New York tidaklah sepenuhnya tepat.

Permasalahan kedua laik kemukakan sebagai respon terhadap sikap Mahkamah Agung dalam kasus Navigation Maritime Bulgare (NMB) v. PT Niswar.<sup>9)</sup> Dalam kasus ini, NMB, sebuah perusahaan perkapalan Bulgaria, mengajukan permohonan exequatur kepada Mahkamah Agung Republik Indonesia atas suatu putusan arbitrase yang dibuat di Inggris. Putusan arbitrase tersebut memerintahkan PT. Niswar untuk membayar klaim sebesar US\$ 72.576,39 ditambah bunga 7,5 persen pertahu, terhitung mulai 1 Januari 1975 sampai dilaksanakannya putusan. Mahkamah Agung menolak untuk memberikan exequatur dengan dalil bahwa Kepres No. 34 Tahun 1981 yang meratifikasi Konvensi New York tersebut masih memerlukan peraturan pelaksanaan.<sup>10)</sup>

Prof. Sudargo Gautama tidak sependapat, sebab menurutnya, hukum Indonesia tidak mensyaratkan adanya peraturan pelaksanaan untuk melaksanakan suatu konvensi.<sup>11)</sup> Dalam Pasal III Konvensi New York sendiri dinyatakan bahwa setiap negara anggota harus mengakui putusan arbitrase sebagai suatu putusan yang mengikat secara hukum, dan melaksanakannya menurut Prosedur *lex fori* serta syarat-syarat yang ditentukan dalam konvensi. Pasal ini juga menekankan agar daalam pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase asing tidak dikenakan syarat-syarat yang lebih berat atau biaya yang lebih tinggi daripada pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase domestik. M. Yahya Harahap, ini berarti bahwa konvensi tersebut telah menetapkan prinsip *jus sanguinis* atau prinsip *personality*.<sup>12)</sup> Berdasarkan hal-hal tersebut di muka, dapat dikatakan bahwa pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase asing dapat dilakukan menurut prosedur eksekusi putusan arbitrase domestik.

Meskipun sampai tahun 1990, bahkan sampai saat ini, Indonesia belum memiliki undang-undang yang khusus mengatur arbitrase, terdapat beberapa landasan yuridis, yang dapat dijadikan pedoman dalam pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase. Secara substantif, landasan yang paling umum ialah pasal 1338 KUHPerdara, karena bagaimana pun juga konstruksi yuridis arbitrase adalah perjanjian. Landasan yuridis ini didukung pula oleh penjelasan Pasal 3 Undang-undang No. 1 Tahun 1970, yang memberikan justifikasi terhadap eksistensi penyelesaian sengketa melalui arbitrase. Secara prosedural, Pasal 377 HIR menunjuk secara langsung secara Rv. Ketentuan mengenai Arbitrase dapat ditemukan dalam Buku Ketiga, Bab Pertama, Pasal 615-651 Rv. Namun dalam konstelasi landasan yuridis yang terakhir ini, secara teoritis timbul masalah. Seperti diketahui bahwa Rv. telah dicabut oleh HIR pada tahun 1941. Dengan demikian ada ketidak jelasan status Rv. itu sendiri. Dalam konteks ini, Hornick berpendapat bahwa "Articles should be considered to be an exception."<sup>13)</sup> Oleh karena itu, pasal-pasal tersebut masih tetap berlaku. Dengan demikian, adanya peraturan pelaksanaan bagi Konvensi New York dan Kepres No. 34 Tahun 1981 sebenarnya secara yuridis bukanlah merupakan suatu *conditio sine qua non*.

Namun dilihat dari segi praktis, eksistensi PERMA sebagaimana dimaksud ada mamfaatnya, karena landasa yuridis yang

9) Navigation Maritime Bulgare (NMB) v. PT Niswar, Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia No. 2944 K/Pdt/1983, 29 Nopember 1984.

10) Ibid.

11) S. Gautama, *Supra* no. 6.

12) M.Y. Harahap, *Arbitrase*, Pustaka Kartini, Jakarta, 1991, hal. 62.

13) R.N. Hornick, "Indonesian Arbitration in Theory and Practice," *Am. J. Comp. L.*, Vol. 39, Tahun 1991, hal. 575.

ada akan menimbulkan kesulitan manakala diterapkan terhadap prosedur pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase asing tidak dideponer pada pengadilan negeri Indonesia mana pun, kesulitan yang akan timbul ialah pengadilan negeri manakah yang mempunyai kompetensi mengeluarkan *exequatur*. Dengan adanya peraturan pelaksanaan, masalah tersebut telah dapat diantisipasi.

### Inkonsistensi Masyarakat Bisnis Indonesia

Selain disebabkan adanya problema yuridis sebagaimana diuraikan di muka, terhambatnya pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase asing merupakan konsekuensi logis dari inkonsistensi masyarakat bisnis Indonesia terhadap klausula-klausula arbitrase yang mereka buat dalam kontrak-kontrak bisnis Internasional. Mereka kurang menghormati, dan oleh karena itu mereka tidak melaksanakan secara suka rela, bahkan melakukan bantahan atau perlawanan.

Adalah sangat sukar untuk mengetahui latar belakang sikap mereka, karena belum ada studi yang intensif mengenai hal tersebut. Terlebih lagi apabila dikaitkan dengan fakta bahwa pada masa prakemerdekaan, arbitrase perdagangan internasional merupakan praktek yang umum di Indonesia, dan para pihak yang terlibat melaksanakan putusan arbitrase asing secara suka rela. Selain itu, sampai saat ini, para pengusaha Indonesia pada umumnya melaksanakan putusan arbitrase domestik secara suka rela. Berikut ini suatu latar belakang historis dan beberapa spekulasi teoritis yang mungkin berguna dalam memahami fenomena tersebut.

Selama masa penjajahan Belanda, Indonesia mempunyai struktur perekonomian yang didominasi oleh perusahaan-perusahaan asing, termasuk perusahaan-perusahaan

Cina.<sup>14)</sup> Hampir keseluruhan perusahaan besar, seperti perusahaan-perusahaan perkebunan, pertambangan, perdagangan internasional, industri dan perbankan merupakan perusahaan-perusahaan milik Belanda. Sedangkan para pengusaha (pedangan) Cina ditempatkan sebagai perantara perusahaan-perusahaan Belanda dan perusahaan-perusahaan asing lainnya dengan pribumi. Dalam "struktur kasta kolonial," yang bersifat rasial dan didasarkan pada sistem stratifikasi sosial, para pedagang Cina tersebut menempati status yang penting sebagai kelas menengah. Sedangkan pribumi Indonesia diberi posisi yang paling rendah.

Akibat dari adanya stratifikasi tersebut, dapat dipahami apabila bisnis-bisnis modern, khususnya transaksi-transaksi perdagangan internasional, merupakan transaksi-transaksi antara perusahaan-perusahaan Belanda, dan perusahaan-perusahaan asing lain yang berlokasi di negara masing-masing. Sedangkan pribumi tidak diberi kesempatan untuk berkiprah dalam transaksi-transaksi perdagangan internasional tersebut; mereka hanya terlibat dalam pertanian substitusi dan bisnis kecil (*small business*). Tidak heran apabila arbitrase pun hanya merupakan budaya penyelesaian sengketa diantara perubahan-perubahan Belanda dan non-Indonesia lainnya; tidak melaksanakan putusan arbitrase akan berarti terganggunya kelancaran bisnis mereka. Oleh karena itu arbitrase perdagangan internasional banyak dipraktikkan, dan putusan-putusan dari arbitrase tersebut dilaksanakan suka rela, tanpa mengalami hambatan yang berarti.<sup>15)</sup>

Pad masa awal kemerdekaan Indonesia, praktek-praktek arbitrase perdagangan

14) Yahya A. Muhaimin, *Bisnis dan Politik: Kebijaksanaan Ekonomi Indonesia 1950-1980*, LP3ES, Jakarta, 1991, hal. 2.

15) Gautama, *Supra* No. 6, hal. 96.

internasional mengalami penurunan yang signifikan.<sup>16)</sup> Secara historis, menurunnya arbitrase perdagangan internasional merupakan konsekuensi logis dari bencana perekonomian yang disebabkan oleh penjajahan Jepang. Penjajahan Jepang telah menghancurkan perekonomian Indonesia; impor pada umumnya dilarang, peralatan industri dikirim ke luar negeri, suplay pekerja secara drastis dikurangi, dan aset-aset dikuasainya.<sup>17)</sup> Pada tahun 1945 (setelah Indonesia merdeka), Jepang mengembalikan aset-aset asing tersebut. Namun meskipun demikian aktivitas-aktivitas bisnis tetap lemah; praktis tidak ada investasi-investasi baru.

Kurang dari setahun setelah pemerintah Belanda mengakui kedaulatan Indonesia, pemerintah Indonesia menerapkan "Rencana Urgensi Perekonomian" yang sangat bersifat nasionalistik, sebagai upaya untuk merubah struktur perekonomian kolonial.<sup>18)</sup> Dalam kerangka ini pemerintah menjalankan kebijakan ekonomi yang ambisius yang diberi nama "Program Banteng", yang bertujuan untuk melindungi dan mengembangkan pengusaha-pengusaha asing dan Cina, serta mengurangi ketergantungan terhadap mereka.<sup>19)</sup> Pemerintah, disamping menasionalisasi perusahaan-perusahaan Belanda, Inggris dan Malaysia, juga memberikan lisensi-lisensi impor dan memerikan fasilitas-fasilitas kredit hanya pada pengusaha-pengusaha domestik.

Tujuan utama kebijakan seperti itu adalah untuk mengakumulasi kapital melalui transaksi-transaksi impor yang akan mendorong pembangunan industri. Namun kebijakan seperti ini telah dijadikan suatu alat transaksi fasilitas antara para birokrat, yang didominasi oleh anggota-anggota partai yang berkuasa, dengan para pendukungnya yang menjadi klien-klien ekonomi mereka. Sejak saat itulah tumbuhlah apa yang disebut

"client businessmen,"<sup>20)</sup> yang didukung oleh kebijakan-kebijakan proteksi pada setiap periode. Pertumbuhan jenis pengusaha seperti itu diakselerasi oleh Undang-undang Penanam Modal Asing pada tahun 1967 dan Undang-undang Penanaman Modal Dalam Negeri tahun 1968, yang memberikan otoritas penuh kepada pemerintah atau birokrat untuk mengalokasikan kapital, kredit, konsensi dan lisensi kepada klien tersebut. Oleh karena itu, kolusi birokrat-pengusaha yang bersifat "simbiosis mutualistik" telah menjadi budaya yang tidak dapat dihindarkan. Dari latar belakang historis tersebut, tampak adanya suatu kaitan erat antara tumbuh suburnya "client businessmen" dengan keengganan para pengusaha Indonesia untuk melaksanakan putusan arbitrase asing. Budaya paternalistik yang ditimbulkan oleh "client businessmen" dapat ditunjuk sebagai *causa prima*. Sedemikian intensnya pola ini, sehingga "genuine businessmen" pun pada umumnya terjebak ke dalamnya. Dengan melakukan penolakan untuk melaksanakan putusan arbitrase asing, pengusaha Indonesia mengharapkan agar pihak asing membawa ke pengadilan Indonesia. Pengusaha Indonesia yakin bahwa pengadilan, selaku institusi pemerintah, akan melindungi dan berpihak kepada mereka.

16) Ibid.

17) H. Hill, *Investasi Asing dan Industrialisasi di Indonesia*, LP3ES, Jakarta, 1991, hal. 13.

18) Muhaimin, supra no. 14, hal.5.

19) Ibid.

20) Muhaimin, supra no. 18. Lihat juga C. Wibisono, "Anatomi Konglomerat Indonesia," dalam K.K. Gie & B.N. Marbun, *Konglomerat Indonesia: Permasalahan dan Sepak Terjangnya*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1990, hal. 15. Wibisono menggunakan istilah *ersatz capitalist*, yang juga digunakan oleh Kunio Yoshihara, untuk produktivitas, kreativitas, kerja keras disiplin, motivasi dan dedikasinya, tetapi lebih dikarenakan oleh pemberian lisensi-lisensi birokrat, akses terhadap penguasa, atau statusnya sebagai suatu agen Perusahaan Multi Nasional.

Dengan demikian, hal ini tampaknya akan menolak anggapan bahwa sikap membangkannya penguasa Indonesia terhadap putusan arbitrase asing disebabkan oleh kurangnya kesadaran hukum dan kurangnya pengetahuan mereka akan arbitrase. Hal ini didukung oleh fakta tidak adanya permohonan exequatur untuk putusan arbitrase yang dikeluarkan oleh Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) sejak 1977, telah dilaksanakan secara suka rela.<sup>21)</sup>

Selain alasan historis sebagaimana dipaparkan di muka, dapat pula diasumsikan bahwa "sikap membangkang" pengusaha-pengusaha Indonesia terhadap putusan arbitrase asing dilakukan sebagai suatu *dilatory tactic* (taktik mengulur-ulur waktu) sebagaimana yang terjadi dalam praktek pelaksanaan putusan pengadilan. Dengan melakukan taktik ini, pihak yang kalah akan mengambil langkah-langkah yang dianggap perlu untuk menyelamatkan aset-asetnya. Ia mungkin mentransfer aset-asetnya kepada familinya atau kepada pihak ketiga lainnya, atau menyatakan pailit, sehingga pihak pemenang mungkin tidak mendapatkan apa pun, dan ia hanya menang di atas kertas.

Alasan lain yang dapat dikemukakan adalah bahwa pengusaha-pengusaha Indonesia, sebagai pihak yang kalah, memanfaatkan celah-celah hukum dalam sistem hukum Indonesia, khususnya yang menyangkut arbitrase perdagangan internasional. Mereka berspekulasi, berdasarkan kelemahan hukum tersebut, bahwa permohonan exequatur oleh pihak asing akan ditolak. Kasus-kasus *Navigation Maritime Bulgare (NMB) v. PT. Niswar dan E. D. & F. MAN (Sugar) Limited v. Yani Haryanto* merupakan ilustrasi yang membuktikan kebenaran spekulasi tersebut.

Akhirnya, secara substantif hukum sendiri memberikan kemungkinan bagi pihak-pihak yang terlibat untuk menolak pelaksanaan

putusan arbitrase asing.<sup>22)</sup> Kasus *Trading Corporation of Pakistan Limited (TCPL) v. PT. Bakrie Brothers* dapat dikatakan sangat ilustratif.

Realitas bahwa pengusaha-pengusaha Indonesia tidak mematuhi putusan arbitrase asing, apabila dikaji lebih jauh, tampak agak janggal dan paradox. Sebab dilihat dari prespektif dependensi pengusaha-pengusaha Indonesia terhadap pengusaha-pengusaha asing, terutama dalam hal kapital, agaknya sangat kecil kemungkinannya bahwa mereka mengabaikan putusan arbitrase asing dengan berdalih bahwa putusan tersebut tidak dapat dilaksanakan. Setiap pengusaha Indonesia yang terlibat dalam bisnis Internasional mestinya sudah mempertimbangkan eksekusi yang akan timbul terhadap reputasi bisnisnya, apabila ia menolak melaksanakan putusan arbitrase asing meskipun secara teknis yuridis putusan tersebut mungkin tidak dapat dilaksanakan. Tetapi, pertimbangan tersebut tampaknya absen, dan "sikap membangkang" mereka dapat dipandang sebagai kompensasi dari ketidakseimbangan posisi mereka dalam kontrak bisnis internasional.

Sikap Pengadilan Indonesia: *non-enforcement policy?*

Secara umum, pengadilan Indonesia kurang memberikan dukungan terhadap pelaksanaan putusan arbitrase perdagangan internasional di Indonesia. Tidaklah berlebihan apabila dikatakan bahwa

21) Hornick, supra no. 13, hal. 573.

22) Baik Konvensi New York maupun PERMA memberikan dasar-dasar untuk menolak pelaksanaan putusan arbitrase asing.

23) *Trading Corporation of Pakistan Limited (TCPL) v. PT Bakrie Brothers*, Putusan Pengadilan Negri Jakarta Selatan No. 64/Pdt/G/1984. Dalam kasus ini pengadilan menjustifikasi dalil penolakan Termohon, PT Bakrie Brothers, yang melandaskan pada Pasal I(3) dan Pasal V Konvensi New York.

24) S. Gautama, *Aneka Masalah Hukum Perda-*

pengadilan Indonesia menerapkan *non-enforcement policy*. Munculnya alasan baru pada setiap periode tertentu, yang didalilkan oleh pengadilan Indonesia untuk menolak pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase asing, merupakan bukti kuat yang menggambarkan sikap tersebut. Kendati sangat sulit diketahui secara pasti, tiga hal penting dapat diidentifikasi sebagai latar belakang sikap pengadilan tersebut dimuka: tidak dapat dilaksanakannya putusan pengadilan asing menurut sistem hukum Indonesia, tidak dihargainya pilihan hukum dan pilihan forum Indonesia oleh negara-negara asing, dan upaya melindungi pihak Indonesia yang mempunyai posisi lemah dalam kontrak-kontrak bisnis internasional.

Sikap kurang mendukung pengadilan Indonesia terhadap putusan arbitrase asing dapat dikatakan merupakan pengaruh psikologis dari sistem hukum Indonesia sendiri yang menentukan bahwa putusan pengadilan asing tidak dapat dilaksanakan di Indonesia.<sup>24)</sup> Hal ini dapat dilihat dari ketentuan Pasal 436 Rv. Mengikuti klasifikasi metoda pelaksanaan putusan pengadilan asing yang dibuat oleh A. Caffrey,<sup>25)</sup> Indonesia menganut *evidentiary method* yang memperlakukan putusan pengadilan asing semata-mata hanya sebagai barang bukti. Sesuai dengan metoda ini, seluruh klaim, kecuali yang ditentukan dalam pasal 436(1), harus diperiksa kembali, dan dengan demikian memberikan otoritas kepada pengadilan untuk memeriksa kembali obyek perkara. Sistem seperti ini secara psikologis berpengaruh pula terhadap pelaksanaan putusan arbitrase asing, karena hakim-hakim yang menangani permohonan pelaksanaan putusan arbitrase asing ialah mereka yang juga menangani permohonan pelaksanaan putusan pengadilan asing. Selain itu, ada semacam kerancuan bahwa dalam pasal 436

apa yang dimaksud dengan pengadilan asing didefinisikan di dalam Pasal 440 meliputi juga putusan arbitrase asing.

Pengusaha-pengusaha asing yang melakukan transaksi dengan pengusaha-pengusaha Indonesia biasanya mengusulkan untuk mencantumkan klausula-klausula pilihan hukum dan pilihan forum asing (bukan Indonesia) dalam kontrak-kontrak bisnis yang mereka buat. Kalau pun ada, pilihan hukum dan pilihan forum yang menunjukkan hukum dan pengadilan Indonesia tidak selalu dihormati di negara-negara lain.<sup>26)</sup> Kalangan bisnis dan ahli-ahli hukum asing yang menganggap bahwa hukum dan pengadilan Indonesia masih belum cukup mampu untuk menangani sengketa-sengketa bisnis yang bersifat multinasional. Berdasarkan hal ini, meskipun dalam suatu kasus tertentu terdapat klausula pilihan hukum dan pilihan forum Indonesia, pengadilan Inggris pernah menganggap bahwa pilihan hukum dan pilihan forum Indonesia tidak berlaku, dan mengklaim bahwa pengadilan Inggrislah yang mempunyai yurisdiksi.<sup>27)</sup> Bahkan pengadilan Hongkong pernah menyatakan

ta Internasional, Alumni, Bandung, 1985, hal. 281; Tumbuan & Associate, "Indonesia," dalam C. Platto ed., *Enforcement of Foreign Judgment Worldwide*, Graham & Trotman and International Bar Associate, London, 1989, hal. 53.

25) B.A. Caffrey, *International Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in the LAWASIA Region: A Comparative Study of the Law of Eleven Asian Countries Inter-se and with the E.E.C. Countries*, CCH Australian Limited, New South Wales, 1985, hal. 66. Caffrey metoda pelaksanaan putusan pengadilan asing kedalam lima kelompok: the English, Indian, Japanese, *Evidentiary* dan *Appeal Methods*.

26) S. Gautama, *Masalah-masalah Baru Hukum Perdata Internasional*, Alumni, Bandung, 1984, hal. 35.

27) *Ibid.*, hal. 42.



bahwa sengketa harus diperiksa di Hongkong, karena Di Indonesia tidak ada hukum.<sup>28)</sup>

Tidak dihormatinya pilihan hukum dan pilihan forum Indonesia sebagaimana terungkap dimuka, merupakan dasar justifikasi bagi pengadilan Indonesia untuk secara resiprositas berbuat serupa. Hal ini berarti keengganan mereka untuk melaksanakan putusan pengadilan atau putusan arbitrase asing hendaknya difahami sebagai respon atas perlakuan negara-negara asing terhadap hukum dan pengadilan Indonesia.

Latar belakang yang tidak kalah pentingnya untuk memahami sikap pengadilan Indonesia terhadap putusan arbitrase asing ialah keinginan untuk melindungi pengusaha-pengusaha Indonesia yang mempunyai posisi lemah dalam kontrak-kontrak bisnis internasional. Dalam konteks ini, Noles mengatakan bahwa "a refusal to enforce typically occurs the court determines that a substantial inequality in bargaining power existed at the time the contract was formed."<sup>29)</sup> Sebagai contoh, pengadilan yang hanya menguntungkan pihak-pihak yang mempunyai bargaining power yang superior yang dapat memaksa pihak-pihak yang lemah untuk tunduk kepada yurisdiksi suatu pengadilan asing yang seharusnya tidak mereka pilih.

Lemahnya bargaining power<sup>30)</sup> pengusaha-pengusaha Indonesia, vis a vis pengusaha-pengusaha asing, sering menggiring mereka kedalam posisi ketergantungan. Akibatnya, mereka kerap begitu saja menerima klausula-klausula pilihan hukum dan pilihan forum, dalam kontrak yang biasanya adhesif, meskipun itu hanya menguntungkan pengusaha-pengusaha asing.

Arbitrase perdagangan internasional merupakan pilihan forum yang paling disukai oleh pengusaha-pengusaha asing. Dalam pandangan negara-negara berkembang,

arbitrase perdagangan internasional merupakan suatu sistem yang bias yang berpihak kepada negara-negara pengekspor kapital, dan merupakan suatu instrumen subjugasi, serta merupakan suatu produk dominasi negara-negara barat.<sup>31)</sup> Kecurigaan semacam itu timbul mengingat suatu fakta bahwa pengusaha-pengusaha negara pengekspor kapital, yang umumnya berasal dari negara-negara maju, telah berusaha membangun suatu sistem arbitrase untuk melindungi kontrak-kontrak investasi dan aktivitas-aktivitas bisnis mereka yang terkait, dalam konteks hukum internasional. Tidak mengherankan apabila pengusaha-pengusaha Indonesia senantiasa dalam posisi kalah. Keengganan pengadilan Indonesia untuk melaksanakan putusan arbitrase asing dapat dipandang sebagai suatu ekspresi dari sentisivitas mereka terhadap eksploitasi. Adalah beralasan apabila pengadilan memberikan preferensi perlakuan kepada pihak (pengusaha) Indonesia, karena tanpa perlakuan khusus semacam itu aktivitas-aktivitas perusahaan-perusahaan akan terus menerus menjadi beban.

### Cacatan Penutup

Diratifikasinya Konvensi New York pada tahun 1981, dikeluarkan PERMA pada tahun 1990, dan dikabulkannya permohonan exquatur pada tahun 1991 merupakan indikasi adanya upaya yang serius untuk

28) Ibid., hal. 43.

29) C. Noles, "Enforcement of Forum Selection Agreement in Contracts Between Unequal Parties," *Ga. J. Int'l & Comp. L.*, Vol. 11 Tahun 1981, hal. 693.

30) Lemahnya bargaining power pihak-pihak Indonesia juga telah mempengaruhi penerapan hukum investasi asing yang sangat akomodatif terhadap investor-investor asing. Lihat T. Mulya Lubis, "PMA dan UUPMA: Harapan dan Kenyataan Sebuah Telaah Mengenai Kebijakan Penanaman Modal," dalam Sumantero ed., *Hukum Ekonomi*, Penerbit Universitas Indonesia, Jakarta, 1986, hal. 92.

31) M. Sornarajah, "The Climate of International Arbitration," *J. Int'l Arb.*, Vol. 8 Tahun 1991, hal. 47-48.

mereduksi dan mengeliminasi kendala-kendala yuridis, praktis dan judicial dalam pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase asing. Tidak berlebihan apabila dikatakan bahwa reformasi sikap umum pemerintah Indonesia terhadap arbitrase perdagangan Internasional sedang terjadi. Saat ini Indonesia berada dalam tahap transisi dari *hostility* ke *hospitability*, dan dari *non-enforcement policy* ke *enforcement policy*. Kalau sampai saat ini pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase asing di Indonesia masih menghadapi masalah, hal ini menunjukkan masih adanya sejumlah titik lemah. Untuk itu, adalah suatu keharusan untuk meng-"upgrade" kelemahan-kelemahan tersebut. Dalam konteks ini penulis merekomendasikan hal-hal berikut.

Pertama, untuk menutup kelemahan yuridis, kehadiran suatu Undang-undang tersendiri yang komprehensif mengenai arbitrase domestik dan internasional merupakan kebutuhan mendesak. Undang-undang ini hendaknya meliputi tidak hanya pengaturan yang bersifat prosedural, tetapi juga hal-hal yang bersifat substantif. Ketentuan mengenai *public policy* dan upaya hukum banding dan kasasi hendaknya diberi perhatian yang lebih, karena hal ini sangat potensial untuk menjadi kendala utama terhadap kelancaran lalu lintas putusan arbitrase asing. Hukum-hukum yang ada telah tertinggal jauh dibelakang, dan oleh karena itu mampu untuk mengantisipasi perkembangan arbitrase perdagangan internasional. Selain undang-undang, adalah kebutuhan yang sangat urgen pula untuk mengadakan perjanjian-perjanjian bilateral, karena tidak semua negara meratifikasi Konvensi New York. Perjanjian-perjanjian bilateral tersebut akan sangat berguna terutama untuk mengantisipasi perlawanan yang didasarkan pada prinsip resiprositas.

Kedua, dalam kerangka meng-"upgrade" sikap masyarakat bisnis, adalah kebutuhan segera untuk mereduksi faktor-faktor yang menstimulasi mereka tidak melaksanakan putusan arbitrase asing. Pola hubungan partneralistik antara pengusaha-pengusaha Indonesia dengan para birokrat, termasuk pengadilan, yang melahirkan "client businessmen", hendaknya secara perlahan-lahan diputus dengan cara mereduksi kebijakan-kebijakan proteksi. Pengadilan juga hendaknya sensitif terhadap pihak-pihak yang mempraktekan *dilatory tactic*. Sebaiknya pengadilan mengenakan persyaratan yang lebih berat atau hukuman tambahan terhadap pihak-pihak yang mempraktekan taktik tersebut untuk mencegah dilakukannya hal serupa. Adalah sangat juga bagi pengusaha-pengusaha Indonesia untuk mereduksi atau mengeliminasi dependensi mereka terhadap pengusaha-pengusaha asing, sehingga pada waktu yang bersamaan bargaining power mereka perlahan-lahan meningkat. Dengan demikian mereka akan dapat menghindar dari klausula-klausula kontrak yang menjerat mereka dan merugikan mereka.

Akhirnya dari analisis permasalahan, yang menjadi fokus tulisan ini, tampaknya variabel sikap pengadilan merupakan elemen kunci dari sukses atau gagalnya pengakuan pelaksanaan putusan arbitrase asing. Hal ini tidak lain karena betapa pun kurang memadainya perangkat yuridis, dan betapa pun kuatnya inkonsistensi masyarakat bisnis akan tidak berarti apa-apa, jika pengadilan telah secara konsisten, dengan *full faith and credit*, menerapkan *enforcement policy* sebagai mana pengadilan Amerika, Belanda, Swiss dan Perancis. Oleh karena itu, variabel ini perlu mendapat prioritas perhatian.

## Daftar Pustaka

- Caffrey, B.A., *International Jurisdiction and Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in the LAWASIA Region: A Comparative Study of the Laws of Eleven Asian Countries Inter-se and with the E.E.C. Countries*, CCH Australian Limited, New South Wales, 1985.
- Gautama, Sudargo, *Masalah-masalah Baru Hukum Perdata Internasional*, Alumni, Bandung, 1984.
- , "Some Legal Aspect of Commercial Arbitration in Indonesia", *Journal of International Arbitration*, Vol. 7 Tahun 1990, hal. 102.
- , *Aneka Masalah Hukum Perdata Internasional*, Alumni, Bandung, 1985.
- Harahap, M. Yahya, *Arbitrase*, Pustaka Kartini, Jakarta, 1991.
- Hill, Hal, *Investasi Asing dan Industrialisasi Indonesia*, LP3ES, Jakarta, 1991.
- Hornick, Robert N., "The Recognition and Enforcement of Foreign Judgments in Indonesia", *Harvard International Law Journal*, Vol. 18 Tahun 1977, hal. 102.
- , "Indonesian Arbitration in Theory and Practice", *American Journal of Comparative Law*, Vol. 39, Tahun, 1991, hal. 575.
- Kusnandar, Winata E., "Perkembangan dan Hambatan Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing di Indonesia", *Newsletter*, Vol. 7/11 Tahun 1991, hal. 1.
- Lubis, T. Mulya, "PMA dan UUPMA: Harapan dan Kenyataan Sebuah Telaah Mengenai Kebijakan Penanaman Modal", dalam Sumantoro ed., *Hukum Ekonomi*, Penerbit Universitas Indonesia, Jakarta, 1986.
- Muhaimin, Yahya A., *Bisnis dan Politik: Kebijakan Ekonomi Indonesia 1950-1980*, LP3ES, Jakarta, 1991.
- Noles, C., "Enforcement of Forum Selection Agreement in Contracts Between Unequal Parties", *Georgia Journal of International & Comparative Law*, Vol. 11 Tahun 1991, hal. 693.
- Sornarajah, M., "The Climate of International Arbitration", *Journal of International Arbitration*, Vol. 8 Tahun 1991, hal. 47.
- Tumbuan & Associates, "Indonesia", dalam C. Platoo ed., *Enforcement of Foreign Judgment Worldwide*, Graham & Trotman and International Bar Association, London, 1989.
- Wibisono, Christianto, "Anatomi Konglomerat Indonesia", dalam K.K. Gie & B.N. Marbun, *Konglomerat Indonesia: Permasalahan dan Sepak Terjangnya*, Pustaka Sinar Harapan, Jakarta, 1990.

## Biodata

- Nandang Sutrisno, S.H., LL.M., alumnus Fakultas Hukum UII tahun 1985. Sejak tahun 1987 ia diangkat sebagai staf pengajar di fakultasnya. Memperoleh gelar Master of Laws (LL.M) dari Institute of Comparative Law, McGill University, Canada dalam bidang hukum bisnis internasional, dengan thesis "*Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Award in Develoved and Developing Countries: A Comparison of the United State and Indonesia*".