

## DISERTASI

# PENERAPAN PRINSIP KETERBUKAAN ATAS PUTUSAN ARBITRASE ICSID DI INDONESIA DAN PERBANDINGANNYA DENGAN BEBERAPA NEGARA

## *THE IMPLEMENTATION OF TRANSPARENCY PRINCIPLES FOR ICSID ARBITRATION AWARDS IN INDONESIA AND THE COMPARISON WITH SEVERAL COUNTRIES*

NURNANINGSIH AMRIANI

Disertasi telah dipertahankan dalam sidang terbuka Doktor Ilmu Hukum  
di Universitas Sumatera Utara pada tanggal 22 April 2015.

### ABSTRAK

Kerahasiaan putusan arbitrase ICSID sudah mulai diterobos dengan keterbukaan putusan atas peluang yang diberikan oleh Pasal 48 ayat (5) Konvensi ICSID dan Aturan 48 ayat (4) *ICSID Arbitration Rules*. Perubahan norma hukum dari kerahasiaan menjadi keterbukaan putusan arbitrase ICSID dengan membandingkan penerapannya antara negara Indonesia dengan Malaysia, Singapura dan Jepang, diharapkan memberi manfaat yang besar bagi masyarakat secara luas termasuk didalamnya negara anggota ICSID. Hasil penelitian disertasi ini membuktikan bahwa keterbukaan putusan arbitrase ICSID diperlukan daripada kerahasiaan putusan dengan beberapa alasan penting dan tidak menimbulkan masalah. Bahkan membantu mewujudkan pelaksanaan asas pemerintahan yang baik. Melalui tulisan ini akan diketahui perlunya unifikasi hukum mengenai kewajiban publikasi putusan dan perlunya amandemen Undang-Undang Arbitrase di Indonesia.

**Kata kunci : prinsip keterbukaan, putusan arbitrase, ICSID, negara.**

### ABSTRACT

*Confidentiality ICSID arbitration award already started breached by the transparency award on the opportunity provided by Article 48 paragraph (5) of the ICSID Convention and Rule 48 paragraph (4) of the ICSID Arbitration Rules. Changes in the legal norms of confidentiality to transparency of ICSID arbitration award by comparing its application in Indonesia, Malaysia, Singapore and Japan, are expected to provide great benefits for society include ICSID member countries. This dissertation research results prove that the ICSID arbitration ruling required transparency rather than confidentiality award for several important reasons and not cause problems. Even it helped realize the implementation of good governance principles. the article will note the need for unification of the laws regarding the responsibility of publication award and the need to amend the Arbitration Law in Indonesia.*

**Keywords : principles of transparency, arbitration award, ICSID, state.**

## **I. PENDAHULUAN**

### **A. Latar Belakang**

Penelitian terhadap penerapan prinsip keterbukaan atas putusan arbitrase ICSID (*International Center for The Settlement of Investment Dispute*) di Indonesia dan perbandingannya dengan beberapa negara dirasakan penting, paling tidak didasarkan pada enam alasan yaitu *pertama*, kerahasiaan sebagai salah satu keunggulan penyelesaian sengketa melalui arbitrase tidak lagi dianggap penting dan saat ini sudah mulai diterobos dengan adanya penggunaan prinsip keterbukaan berdasarkan peluang yang diberikan Pasal 48 ayat (5) Konvensi ICSID 1965<sup>1</sup>. *Kedua*, beberapa negara seperti Indonesia dan Malaysia mengatur mengenai kewajiban kerahasiaan secara umum berkaitan dengan putusan arbitrase, namun tetap mempublikasikan beberapa putusan arbitrase lembaga ICSID yang melibatkan negaranya.

*Ketiga*, beberapa negara tidak mengatur mengenai kerahasiaan putusan arbitrase. *Keempat*, terdapat inkonsistensi antara prinsip kerahasiaan arbitrase yang dianut dengan realitas di lapangan, misalnya Indonesia yang mengatur mengenai kewajiban kerahasiaan pada Pasal 27 Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternative Penyelesaian Sengketa dan Pasal 14 ayat (5) Peraturan Prosedur Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI), akan tetapi terdapat putusan arbitrase investasi yang melibatkan Indonesia atau badan pemerintah Indonesia yang diselesaikan melalui lembaga arbitrase ICSID yang dipublikasikan putusannya sedangkan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 adalah peraturan umum arbitrase. *Kelima*, terjadi pergeseran prinsip ketika non-litigasi berubah menjadi litigasi menyangkut permintaan pelaksanaan putusan dan upaya hukum pembatalan putusan arbitrase yang mengakibatkan hilangnya sifat rahasia putusan arbitrase. *Keenam*, dengan keterbukaan atau publikasi putusan arbitrase ICSID, diharapkan putusan yang dihasilkan dapat mencerminkan nilai kewajaran, keadilan, dan bermanfaat serta menciptakan kepastian hukum bagi banyak pihak sehingga dapat memberikan perlindungan hukum bagi investor dan *host state*.

ICSID berfungsi menyelesaikan sengketa penanaman modal asing yang bernaung dan diprakarsai oleh Bank Dunia yang terbentuk berdasarkan Konvensi Washington tanggal 18 Maret 1965 dan mulai berlaku pada tanggal 14 Oktober 1966

---

<sup>1</sup> Pasal 48 ayat (5) Konvensi ICSID 1965 menyatakan bahwa “*The Centre shall not publish the award without the consent of the parties.*”

yang ditandatangani oleh Indonesia pada tanggal 16 Februari 1968 serta diratifikasi melalui Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1968 tanggal 29 Juni 1968 tentang Penyelesaian Perselisihan Antara Negara dan Warganegara Asing Mengenai Penanaman Modal. Sejalan dengan hal tersebut Indonesia menetapkan sistem hukumnya dengan memberi peluang untuk mengajukan sengketa kepada lembaga arbitrase internasional sesuai Pasal 32 ayat (4) Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (selanjutnya UU PMA). Aturan ini memicu lahirnya beberapa sengketa arbitrase berkaitan dengan investor asing melawan Pemerintah Republik Indonesia.

UU PMA memang telah mengatur mengenai prinsip keterbukaan, namun tidak serta merta dielaborasi dengan ketentuan arbitrase pada umumnya terutama dengan lembaga arbitrase ICSID yang khusus menyelesaikan sengketa mengenai penanaman modal asing, padahal prinsip keterbukaan atas putusan arbitrase adalah bentuk kepastian hukum.

#### **B. Rumusan Masalah**

Permasalahan dalam penelitian ini adalah :

1. Mengapa prinsip keterbukaan atas putusan arbitrase diperlukan dalam penyelesaian sengketa penanaman modal asing melalui ICSID antara investor dan *host state*?
2. Mengapa terjadi perbedaan penerapan prinsip keterbukaan atas putusan arbitrase ICSID di berbagai negara?
3. Bagaimana penerapan prinsip keterbukaan atas putusan arbitrase ICSID di Indonesia?

#### **C. Metode Penelitian**

Jenis penelitian yang digunakan dalam disertasi ini adalah metode penelitian hukum normatif yang beranjak dari telaah hukum positif mengenai penerapan keterbukaan putusan sengketa penanaman modal melalui lembaga arbitrase ICSID di Indonesia dan di beberapa negara di dunia yaitu Malaysia, Singapura dan Jepang. Penelitian ini juga mencakup penelitian terhadap asas hukum dan sinkronisasinya dalam undang-undang arbitrase dan undang-undang dengan bertolak dari analisis yuridis kualitatif. Penelitian ini bersifat eksplanatif, deskriptif dan preskriptif serta perbandingan dengan beberapa negara karena mewakili dua sistem hukum di dunia yaitu *Civil Law* dan *Common Law*, adanya kemiripan sistem hukum dengan Indonesia

dan mewakili negara yang mengatur keterbukaan maupun kerahasiaan putusan arbitrase dalam undang-undang nasionalnya.

## **II. HASIL DAN PEMBAHASAN**

### **A. Alasan Pentingnya Keterbukaan Putusan Arbitrase ICSID**

ICSID merupakan bagian dari Bank Dunia didesain sebagai “*self-contained and as transparent to involved parties as possible, and these principles are reflected in the Convention’s provision.*”<sup>2</sup> Tidak seperti arbitrase komersial internasional, sebab hukum arbitrase di mana arbitrase dilakukan tidak mempengaruhi proses ICSID,<sup>3</sup> kewajiban pembayaran yang ditentukan dari putusan ICSID dilaksanakan oleh *contracting state* seperti dalam putusan akhir pengadilan domestik dan para pihak tidak perlu meminta bantuan pengakuan dan pelaksanaan sebagaimana diatur dalam Konvensi New York atau hukum domestik lainnya atau harus diperjanjikan sebelumnya karena sifatnya final dan mengikat.<sup>4</sup>

Sejak berdirinya ICSID pada tahun 1965 hingga bulan Juni 2014 terdaftar anggotanya sebanyak 159 Negara dan hanya 9 negara yang belum meratifikasi.<sup>5</sup> ICSID merupakan suatu badan administratif dan bukan badan judisial, namun juga sebagai badan hukum internasional yang mirip dengan Majelis Internasional. ICSID juga bukan badan arbitrase komersial seperti ICC (*International Chamber of Commerce*), melainkan suatu badan arbitrase yang menyediakan mekanisme penyelesaian sengketa investasi antara investor asing dengan salah satu negara anggota ICSID (*contracting state*) atau badan suatu negara anggota ICSID yang telah menandatangani perjanjian awal yang disebut BIT (*Bilateral Investment Treaty*) untuk memilih ICSID sebagai lembaga penyelesaian sengketa di kemudian hari.

Sesuai dengan Pasal 6 (1) (a)-(c) Konvensi ICSID, terdapat 5 aturan ICSID yang harus dipahami yaitu : *Administrative and Financial Regulations*, *Rule of Procedure for the Institution of Conciliation and Arbitration Proceedings (Institution Rules)*, *Rules of Procedure for Conciliation Proceedings (Conciliation Rules)*, *Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (Arbitration Rules)*, dan fasilitas tambahan yang disebut *ICSID Additional Facility Rules (AF)*.

---

<sup>2</sup> Lucy Reed, Jan Paulson & Nigel Blackaby, *Guide to ICSID Arbitration*, (Frederick, MD : Kluwer Law International, 2004), hlm. 8-9.

<sup>3</sup> *Ibid.*

<sup>4</sup> *Ibid.*

<sup>5</sup> <http://icsid.worldbank.org/ICSID/&gt;>, diakses tanggal 30 Desember 2013.

ICSID tidak menyelesaikan sengketa antar subjek hukum perdata, namun hanya menyelesaikan sengketa antara pemerintah sebagai subjek publik dengan investor sebagai subyek hukum perdata. Konvensi ini ditujukan ditujukan untuk menyelesaikan sengketa investasi yang meningkat mengikuti investasi asing dan bermanfaat bagi pembangunan ekonomi dari *host state*.<sup>6</sup> Hal tersebut menjadi teori yang digunakan dalam putusan *AMCO v. Indonesia* yang dalam pertimbangannya Majelis Arbitrase menyatakan bahwa<sup>7</sup> melindungi investasi adalah “... *to protect investments is to protect the general interest of development and developing countries.*” Sengketa pertama melalui ICSID diajukan pada tahun 1972 yaitu sengketa *Holiday Inn. S.A., and others v. Morocco* (ICSID Case No. ARB/72/1) tanggal 13 Januari 1972 dan hal tersebut sesuai dengan ketentuan Peraturan 23 (1) *ICSID Administrative Financial Regulations* yang mengharuskan Sekretaris-Jenderal untuk meregister setiap sengketa sesuai Pasal 5 *ICSID AF Rules*. Peraturan ini juga menetapkan bahwa register tersebut harus terbuka untuk diperiksa oleh para pihak sesuai Peraturan 23 (2) *ICSID Administrative Financial Regulations* dan Pasal 5 *ICSID AF Rules*, register mana berisi rincian dasar proses persidangan, data yang lengkap mengenai institusi, perilaku dan disposisi setiap persidangan, termasuk metode konstitusi dan keanggotaan masing-masing komisi, majelis dan komite serta mengharuskan register untuk memasukkan informasi tentang putusan yang dilakukan para pihak sesuai Konvensi ICSID.

Dalam arbitrase ICSID terdapat hubungan antara negara dengan investor, terdapat kepentingan publik serta terdapat aturan mengenai ikut sertanya publik atas persetujuan para pihak, yang seringkali diabaikan jika dilakukan tanpa publisitas dan partisipasi terbuka oleh publik. Oleh karenanya, kerahasiaan bukan sebagai faktor yang mendukung cepatnya penyelesaian sengketa dan putusan arbitrase ICSID berdampak pada ketersediaan dana suatu negara.<sup>8</sup> Beberapa sengketa bahkan mempersoalkan isu publikasi yang kemudian dihentikan (*pending cases*), misalnya sengketa *Apotex Holding Inc. and Apotex Inc., v. United States of America* (ICSID Case No. ARB (AF)/12/1) dalam *confidentiality agreement* tanggal 24 Juli 2012 dan sengketa *Mobile TeleSystems OJSC v. Republic of Uzbekistan* (ICSID Case No. ARB (AF)/12/7), yang

---

<sup>6</sup> Sherif H. Seid, *Global Regulation of Foreign Direct Investment*, (England : Ashgate Publishing Limited, 2002), hlm. 12.

<sup>7</sup> *Ibid.*

<sup>8</sup> *Ibid.*

di hentikan sementara berkaitan dengan kerahasiaan.<sup>9</sup> Sedangkan dalam sengketa *Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania*, (ICSID Case No. ARB/05/22), dalam *Procedural Order* No. 3, paragraph 121 tanggal 29 September 2006. Akan tetapi terdapat juga larangan untuk melakukan publikasi yang memperburuk keadaan sengketa seperti pertimbangan dalam putusan *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia*, (ICSID Case No. ARB/81/1), *Decision on Request for Provisional Measure*, tanggal 9 Desember 1983 dan putusan *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador*, (ICSID Case No. ARB/06/11), *Decision on Provisional Measures*, paragraph 96, tanggal 17 Agustus 2007.

Keterbukaan dalam arbitrase internasional berkaitan dengan akses publik sebagai hak setiap orang sebagai warganegara yang menjamin para pihak untuk memperoleh informasi yang dibutuhkan dengan mudah sehingga dapat merencanakan tindakan dan rencana selanjutnya berkaitan dengan perjanjian. Pada saat mengadakan perjanjian dagang termasuk investasi, para pihak memiliki kebebasan berkontrak dan otonomi yang luas dalam menentukan isi perjanjian, bentuk, tempat maupun aturan prosedur arbitrase.<sup>10</sup> Berdasarkan asas tersebut maka para pihak secara tertulis<sup>11</sup> dalam perjanjiannya menyepakati penyelesaian sengketa melalui ICSID dan menyepakati keterbukaan putusan atau merahasiakannya dengan batasan yurisdiksi lembaga arbitrase yang bersangkutan sesuai Pasal 41 dan Pasal 26 Konvensi ICSID, seperti dalam putusan *Metalclad corp. V. United Mexican States*<sup>12</sup> yang berisi beberapa pembatasan singkat atas kebebasan para pihak untuk mempublikasikan informasi tertentu berkaitan dengan arbitrase.<sup>13</sup> Jadi tidak ada kewajiban kerahasiaan dalam ICSID sesuai Pasal 48 ayat (5) Konvensi ICSID dan Aturan 48 ayat (4) *Arbitration Rules*.

---

<sup>9</sup><http://icsid.worldbank.org/icsid/FrontServlet?requestType=GenCasePHSRH&actionVal=ListPending>, diakses pada tanggal 31 Desember 2013.

<sup>10</sup> Basuki Rekso Wibowo, "Prinsip-Prinsip Dasar Arbitrase Sebagai Alternatif Penyelesaian Sengketa Dagang Di Indonesia," *Jurnal Hukum Yuridika*, vol. 16 No. 6, Universitas Airlangga, Nopember-Desember 2001, hlm. 552, 559.

<sup>11</sup> Pasal 25 ayat (1) dan Pasal 36 ayat (1) Konvensi ICSID.

<sup>12</sup> Sengketa *Metalclad corp. V. United Mexican States*, Putusan (ICSID Case No. ARB(AF)/97/1), tanggal 30 Agustus 2000, diakses dari <http://www.state.gov/documents/organization/3998.pdf>, paragraf. 13.

<sup>13</sup> Wolfgang Peter, *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements, Second Revised and Enlarged Edition*, The Hague/Boston/London : Kluwer Law International, 1995., hlm. 309.

Pada tahun 2006, Negara Anggota ICSID (*contracting state*) dan pihak lain yang berkepentingan menyadari semakin pentingnya peningkatan keterbukaan dalam ICSID sehingga beberapa perubahan dilakukan terhadap akses dokumen,<sup>14</sup> dimungkinkannya dengar pendapat dalam persidangan secara terbuka,<sup>15</sup> ikut sertanya pihak ketiga dalam proses penyelesaian sengketa.<sup>16</sup> Amandemen penting yang dilakukan terhadap Aturan 48 ayat (4) *ICSID Arbitration Rules* menjelaskan bahwa tanpa adanya persetujuan kedua belah pihak untuk menerbitkan putusan, *Centre* akan mempublikasikan “pertimbangan hukum majelis (*legal reasoning of the tribunal*).”<sup>17</sup> Amandemen yang serupa juga dilakukan terhadap Pasal 53 ayat (3) *Additional Facility Arbitration Rules* agar dapat memudahkan publikasi putusan tepat pada waktunya. Demikian juga dalam Peraturan 22 *Administrative and Financial Regulation* bahwa jika terjadi kesepakatan di antara para pihak untuk mempublikasikan putusan arbitrase para pihak maka harus melalui Sekretaris-Jenderal ICSID untuk mengatur publikasi putusan tersebut dalam bentuk yang tepat dengan maksud untuk meningkatkan perkembangan hukum internasional berkaitan dengan investasi. Negara Belanda bahkan telah melakukan publikasi putusan arbitrase sejak tahun akhir 1919 dengan aturan bahwa publikasi identitas lengkap para pihak tidak diijinkan kecuali terdapat persetujuan para pihak.<sup>18</sup> Jadi apabila di antara para pihak tidak ada diperjanjikan mengenai kerahasiaan ataupun keterbukaan, maka tidak ada paksaan untuk wajib menjaga kerahasiaan dalam arbitrase ICSID.<sup>19</sup>

---

<sup>14</sup> Pasal 48 ayat (5) *ICSID Arbitration Rules* 2006 dan Pasal 53 ayat (3) *Additional Facility Arbitration Rules* 2006.

<sup>15</sup> Aturan 32 ayat (2) *ICSID Arbitration Rules* 2006 dan Pasal 39 ayat (2) *Additional Facility Arbitration Rules* 2006.

<sup>16</sup> Aturan 37 ayat (2) *ICSID Arbitration Rules* 2006 dan Pasal 41 ayat (3) *Additional Facility Arbitration Rules* 2006.

<sup>17</sup> Meg Kinneer, Eloise Obadia and Michael Gagain, dalam Alberto Malatesta & Rinaldo Sali, *The Rise of Transparency In International Arbitration : The Case for the Anonymous Publication of Arbitral Awards*, (USA : JurisNet : LLC, 2013), hlm. 116.

<sup>18</sup> Jan C. Schultz, and Albert Jan Van Den Berg, *The Art of Arbitration – Essays on International Arbitration Liber Amicorum Pieter Sanders 12 September 1912-1982*, (Deventer/The Netherlands : Kluwer Law and Taxation Publishers, 1982), hlm. 109.

<sup>19</sup> Dalam Sengketa *Biwater Gauff v. Tanzania*, Putusan (ICSID Case No. ARB/05/22), Procedural Order No. 3, tanggal 29 September 2006, Paragraph 121. Pertimbangan ini juga dijadikan referensi oleh Majelis Arbitrase pada pertimbangan dalam sengketa *Amco v. Indonesia* (1983).

Sejak tahun 2003 hingga tahun 2007 meskipun Konvensi ICSID tidak mewajibkan publikasi putusan, ternyata jumlah publikasi putusan lebih banyak dibandingkan yang rahasia<sup>20</sup> sebagaimana tabel berikut :

Tahun	Putusan Final	Publikasi	Rahasia
2003	15	9	6
2004	9	6	3
2005	13	8	5
2006	13	6	7
2007	21	13	8
Jumlah	71	42	29

Demikian juga periode tahun 2009 sampai tahun 2013 yaitu setelah amandemen *ICSID Arbitration Rules*, jumlah publikasi putusan lebih banyak seperti dalam tabel berikut : <sup>21</sup>

Tahun	Putusan Final	Publikasi	Rahasia
2008	25	10	15
2009	25	11	14
2010	26	18	8
2011	19	16	3
2012	16	7	9
2013	28	12	16
Jumlah	139	74	65

Berdasarkan data tersebut jelas bahwa terdapat semangat keterbukaan yang lebih luas yang diinspirasi oleh arbitrase antara investor dengan negara. Berdasarkan penelitian disimpulkan beberapa alasan perlunya keterbukaan putusan, antara lain :

### **1. Putusan Arbitrase ICSID sebagai Preseden sehingga Tercipta Kepastian Hukum**

Putusan Majelis Arbitrase ICSID yang telah dipublikasi mencantumkan pertimbangan yang turut membantu pembangunan hukum arbitrase internasional, sebagaimana dikatakan William W. Park, Presiden dari LCIA (*London Court of*

---

<sup>20</sup> Sumber : diolah dari data yang dimuat <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=CasesRH&reqFrom=Main&actionVal=ViewAllCases.>, diakses tanggal 31 Desember 2013.

<sup>21</sup> *Ibid.*



*International Arbitration*).<sup>22</sup> Menurut Mauro Rubino,<sup>23</sup> efek mengikatnya putusan arbitrase yang sebelumnya dikenal dengan aturan *stare decisis* secara umum tidak ditemukan dalam arbitrase. Jika pada akhirnya terdapat preseden pada putusan arbitrase maka hal tersebut berarti "*to be psychologically binding in nature*," secara psikologi mengikat karena sifatnya. Berkaitan dengan hal tersebut Komite *Ad Hoc* ICSID mengatur dalam Putusan *Indonesia v. Amco Asia Corp.*,<sup>24</sup> bahwa tidak adanya efek mengikat, bukan merupakan masalah melainkan hanya memperhatikan putusan yang ada sebelumnya. Sengketa *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia* (ICSID Case No. ARB/05/10) tanggal 17 Mei 2007 adalah putusan ICSID yang mempertimbangkan pentingnya preseden yang ada mengenai investasi. Putusan yang dapat di akses oleh publik akan mempengaruhi arbiter sebagai pengambil keputusan untuk tetap konsisten dengan putusan yang telah diambilnya.

## **2. Keterbukaan Putusan Menciptakan Perlindungan Hukum bagi Para Pihak dan Pelaksanaan Putusan, Meminimalisir Resiko Mendatang sehingga Meningkatkan Kepercayaan Kepada Arbitrase**

Pemilihan penyelesaian sengketa ICSID sebelumnya telah disepakati dalam BIT antara investor dan negara tujuan investasi yang mengatur hak substantif investor untuk melindungi investasi. Sekitar 3200 BIT telah ada dalam perjanjian internasional. Negara tertentu bahkan telah mempraktekkan keterbukaan dan menjamin tersedianya undang-undang yang mempromosikan investasi, misalnya di Venezuela melalui Pasal 22 *Law No. 356* tanggal 3 Oktober 1999 tentang promosi dan perlindungan investasi asing yang telah menerima keterbukaan secara luas dalam konteks beberapa arbitrase antara investor dan *host state*, dimana telah diterapkan pertimbangan putusan *Mobil v. Bolivarian Republic of Venezuela* (ICSID Case No. ARB/07/27) putusan tanggal 10 Juni 2010 tentang putusan yurisdiksi. Bahkan senyatanya terdapat negara yang menerobos kewajiban yang telah ditentukan oleh hukum internasional tetapi hal itu tidak dianggap bahwa negara tersebut telah melakukan suatu perbuatan yang tidak adil,

---

<sup>22</sup> Horacio A. Grigera Naon and Paul E. Mason, *International Commercial Arbitration Practice : 21<sup>st</sup> Century Perspectives*, (United Kingdom : LexisNexis, 2011), 8 Sec.no.4.03.

<sup>23</sup> Mauro Rubino-Sammartano, *World Litigation Law and Practice*, (New York : Matthew Bender, 1986), hlm. 16.

<sup>24</sup> Sengketa *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia* (ICSID Case No. ARB/81/1), ICSID *ad hoc* Committee, tanggal 16 Mei 1986, dalam *Yearbook Commercial Arbitration*, Vol. XII, tahun 1987, hlm. 138.

seperti pertimbangan dalam sengketa *Metalclad Corporation v. United Mexican States* dan sengketa *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*<sup>25</sup>

Pelaksanaan putusan akhir adalah tujuan utama bagi investor yang dirugikan oleh *host state* maupun sebaliknya, di mana ICSID menyediakan sistem yang paling menguntungkan untuk melaksanakan putusan terhadap negara dan mengikat tanpa bantuan pengadilan nasional,<sup>26</sup> sehingga publikasi putusan dan pertimbangannya akan melindungi pelaksanaan putusan,<sup>27</sup> juga turut menjamin tidak adanya perubahan amar putusan oleh pihak yang beritikad buruk. Kemudian meminimalkan resiko masa mendatang melalui dasar kebenaran proses arbitrase,<sup>28</sup> sebagai pembenaran berkaitan dengan manfaat jangka menengah dan jangka panjang, termasuk pengoperasian dalam kewenangan asing dan penegakan putusan. Publikasi putusan juga dapat membantu para pihak dalam menghindari sengketa di masa yang akan datang karena para pihak dapat mempelajari kesalahan masing-masing pihak satu sama lain.<sup>29</sup> Keterbukaan putusan arbitrase menyebabkan para pihak telah dapat menilai arbiter mana yang baik dan negara juga dimungkinkan dapat mengubah aturan substansif dan prosedural yang ada pada kesempatan berikutnya di masa mendatang,<sup>30</sup> sehingga dapat mencegah sengketa di masa mendatang. Selain itu dengan keterbukaan putusan, maka baik investor maupun *host state* akan menciptakan suasana investasi yang kondusif satu sama lain, investor melakukan investasi dengan baik dan *host state* akan memastikan bahwa regulasi yang ditetapkan tidak akan merugikan investor sehingga tidak terjadi sengketa yang akan menurunkan “*image*” investor dan minat investasi terhadap *host state*. Putusan yang beralasan hukum dan kemudian dipublikasi, akan menimbulkan kepercayaan publik terhadap Majelis Arbitrase yang netral dan tidak memihak. Putusan

---

<sup>25</sup> *Metalclad Corporation v. United Mexican States*, (ICSID Case No. ARB (AF)/97/1) putusan tanggal 30 Agustus 2000 ; dan *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, (ICSID Case No. ARB/01/8) tanggal 17 Juli 2003.

<sup>26</sup> Pasal 51 ayat (1) Konvensi ICSID

<sup>27</sup> Aturan 48 ayat (4) *ICSID Arbitration Rules*.

<sup>28</sup> Cornel Marian, “Sustainable Investment Through Effective Resolution of Investment Dispute- Is Transparency the Answer?,” *SRRN Journal*, hlm. 9, diakses dari [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2070676](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2070676) , tanggal 25 Januari 2013.

<sup>29</sup> Cindy B. Guys., “The Tension Between Confidentiality and Transparency in International Arbitration,” *The American Review of International Arbitration*, Vol. 14/2003, diakses dari <http://ssrn.com>., hlm. 136-137.

<sup>30</sup> Delaney & Magraw, *Procedural Transparency*, The Oxford Handbook of International Investment Law, 2008, hlm. 762.

*Kardassapolous and Fuchs v. Georgia*<sup>31</sup> menggambarkan pentingnya mengandalkan kepercayaan.

### **3. Keterbukaan Putusan Mewujudkan Keadilan, Prediktabilitas Putusan, Meningkatkan Kualitas Putusan dan Rasionalitas Sengketa**

Keterbukaan putusan merupakan bagian dari penyelesaian sengketa yang adil dan seimbang, bentuk perlindungan dan keamanan sebagai elemen standar penyelesaian sengketa dalam hukum internasional seperti pertimbangan putusan sengketa *Mondev*,<sup>32</sup> putusan *Waste Management v. Mexico*, ditahun 2004,<sup>33</sup> putusan *MTD Equity v. Chile* ditahun 2004,<sup>34</sup> Putusan *CMS v. Argentina*<sup>35</sup> dan putusan *Occidental v. Ecuador*.<sup>36</sup> Jadi perlindungan terhadap investor dapat dilakukan melalui keterbukaan putusan arbitrase karena penyelesaian sengketa dapat diprediksi, menjamin keseimbangan dan keadilan putusan bagi para pihak sebab keadilan tidak hanya suatu prinsip tapi juga keinginan tiap individu, sebagaimana dikatakan W. Friedman.<sup>37</sup> Melalui publikasi putusan maka kualitas putusan akan meningkat dan sengketa hukumnya menjadi lebih rasional serta para pihak akan menggantungkan pengalaman dan harapan atas putusan yang telah ada.

### **4. Keterbukaan Putusan sebagai Bentuk Perwujudan Asas Pemerintahan Yang Baik (Good Governance).**

Perlindungan investor yang dicapai melalui publikasi putusan juga berkaitan dengan cerminan asas-asas pemerintahan yang baik karena dengan adanya

---

<sup>31</sup> Sengketa *Kardassapolous and Fuchs v. Georgia*, Putusan akhir, (ICSID Case No. ARB/05/18) dan (ICSID Case No. ARB/07/15), tanggal 3 Maret 2010, paragraph. 12

<sup>32</sup> Sengketa *Mondev International Ltd. v. United States*, (ICSID Case No. ARB(AF) /99/2), putusan tanggal 11 Oktober 2002, paragraph 116, diakses dari <http://www.investmentclaims.com/decisions/Mondev-US-Award-11Oct2002.pdf> dan <http://www.state.gov/documents/organization/14442.pdf>.

<sup>33</sup> Sengketa *Waste Management v. Mexico* (ICSID Case No. ARB(AF)/98/2), Putusan tanggal 30 April 2004, paragraph 98, diakses dari <http://www.investmentclaims.com/decisions/WasteMgmt-Mexico-2-FinalAward-30Apr2004.pdf>

<sup>34</sup> Sengketa *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile* (ICSID Case No. ARB/01/7), Putusan tanggal 25 Mei 2004, paragraph 113, diakses dari <http://www.investmentclaims.com/decisions/MTDChile-Award-25May2004.pdf> dan <http://www.asil.org/ilib/MTDvChile.pdf>.

<sup>35</sup> Sengketa *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic* (ICSID Case No. arb/01/8), Putusan tanggal 12 Mei 2005, paragraph 276 dan 278, diakses dari <http://www.investmentclaims.com/decisions/CMS-Argentina-FinalAward-12May2005.pdf> dan <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtIsRH&actionVal=ListConclude> d.

<sup>36</sup> Sengketa *Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*, (ICSID Case No. ARB/06/11), putusan tanggal 1 Juli 2004, paragraphs 185-191, <http://www.investmentclaims.com/decisions/Occidental-Ecuador-FinalAward-1Jul2004.pdf>

<sup>37</sup> W. Friedmann, *Legal Theory*, Fourth Edition, London : Stevens & Sons Limited, 1960, hlm. 103-104.

pemerintahan yang baik dan bertanggung jawab maka akan menghasilkan produk regulasi yang baik yang akan mendorong warganya berbuat baik, hasilnya akan meningkatkan investasi dari investor yang baik pula. Ini merupakan bentuk teori integrasi yang dicetuskan oleh seorang ahli hukum Jerman bernama Smend,<sup>38</sup>

### **5. Keterbukaan Proses dan Putusan Arbitrase Menarik Partisipasi Pihak Ketiga.**

Diterimanya partisipasi pihak ketiga sebagai “*amicus curiae*”<sup>39</sup> ke dalam suatu sengketa arbitrase investasi menurut Buckley & Blyschak<sup>40</sup> sebagai bentuk keseriusan ICSID menuju keterbukaan bahwa ICSID menunjukkan betapa seriusnya pemberlakuan keterbukaan dan partisipasi pihak lain dan ICSID bertanggung jawab tidak hanya untuk anggotanya, tetapi juga untuk perwakilan ICSID. Hasil amandemen Aturan 37 *ICSID Arbitration Rules* mendukung ikut sertanya “*amicus curiae*” dalam arbitrase ICSID untuk kondisi tertentu. Putusan Sengketa *Methanex*<sup>41</sup> menggarisbawahi pentingnya masyarakat untuk mengomentari isu-isu yang mempengaruhi secara langsung atau tidak langsung. Perkara ini adalah majelis pertama yang menarik para pihak atau pihak lain sebagai *amicus curiae*<sup>42</sup> untuk berpartisipasi dalam proses persidangan arbitrase dan Perkara lain yaitu *European Commission* sebagai *Amicus Curiae* adalah dalam sengketa *AES v. Hungary*,<sup>43</sup> sengketa *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador*,<sup>44</sup> dan

---

<sup>38</sup> *Ibid.*, hlm. 191.

<sup>39</sup> *Amicus curiae* or “friend of the court” means a “person who is not a party to a lawsuit but who petitions the court or is requested by the court to file a brief in the action because that person has a strong interest in the subject matter”, dalam *Black's Law Dictionary*, 7th edn, (Paul Minn : Thomson West, 2004), hlm.93.

<sup>40</sup> Ross P. Buckley & Paul Blyschak, “Guarding the Open Door : Non-Party Participation Before the International Centre fo Settlement of Investment Disputes,” *Banking & Finance Law Review*, Juni 2007, 22, 3, hlm. 365

<sup>41</sup> Sengketa *Methanex Corp. v. United States*, Putusan Mahkamah Arbitrase terhadap permohonan pihak ketiga untuk ikut serta sebagai *Amicus Curiae* (NAFTA Chapter 11 Arbitration Tribunal 15 Januari 2001), lihat juga dalam *Methanex Corp. v. United States*, Putusan Akhir (NAFTA Chapter 11 Arbitration Tribunal 3 Agustus 2005), lihat juga Marie-Claire Cordonier, et.al. (eds), *Sustainable Development in World Investment Law*, (London : Kluwer, 2011), hlm. 195.

<sup>42</sup> “*Amicus curiae*” adalah pihak ketiga yang bukan sebagai salah satu pihak dalam perkara dan memiliki kepentingan.

<sup>43</sup> Lihat sengketa *AES v. Hungary*, Putusan Akhir, (ICSID Case No. ARB/07/22), paragraph 7.6.6.

<sup>44</sup> Lihat sengketa *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador* (ICSID Case No. ARB/09/12), di mana terdapat undangan bagi pihak ketiga sebagai *amicus curiae* tanggal 02 Februari 2011, yang selanjutnya terbit aplikasi untuk ijin masuknya *amicus curiae* pada tanggal 02 Maret 2011 sehingga terdapat ikut sertanya Amerika Serikat pada tanggal 20 Mei 2011 dan ikut sertanya Costa Rica pada tanggal 20 Mei 2011.

segketa *The Rompetrol Group N.V. v. Romania*.<sup>45</sup> Majelis arbitrase yang juga mengakui adanya kepentingan publik adalah *Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Unibersal SA., v. The Argentina Republic*<sup>46</sup> yang pertimbangannya merespon petisi untuk transparansi dan mengizinkan partisipasi pihak ketiga sebagai “*Amicus Curiae*.”

## **6. Keterbukaan Putusan Membantu Pengembangan Ilmu Pengetahuan dan Identifikasi Aturan Arbitrase Investasi Internasional.**

Kewajiban kerahasiaan tidak diinginkan dalam suatu putusan arbitrase yang melibatkan salah satu pihaknya adalah negara karena akan menghilangkan pengetahuan publik dan informasi yang berkaitan dengan pemerintah dan perkara publik.<sup>47</sup> Dengan keterbukaan maka akan menjawab kebutuhan generasi mendatang sebagaimana dikatakan Marian<sup>48</sup> bahwa “*prosedural transparency in investment arbitration guarantees that decisions reached by arbitral tribunals are sound for the development of legal resources to secure and serve the needs of future generation.*”

### **B. Penerapan Prinsip Keterbukaan Putusan Arbitrase ICSID di Indonesia dan Perbandingannya dengan Beberapa Negara**

Kegiatan penanaman modal asing di suatu negara di batasi oleh peraturan-peraturan dari negara asal investor asing (*governance by the home nation/home state*), negara tuan rumah di mana investor asing menanamkan modalnya (*governance by the host nation/host state*) dan juga hukum internasional yang terkait (*governance by multi nation organizations and international law*).<sup>49</sup> Pengaturannya termasuk pembatasan-pembatasan di bidang penanaman modal asing oleh *host state* yang pada dasarnya

---

<sup>45</sup> Lihat sengketa *The Rompetrol Group N.V. v. Romania* (ICSID Case No. ARB/06/3), putusan tanggal 14 Januari 2010 yang memberi kesempatan partisipasi penasehat (counsel).

<sup>46</sup> Sengketa *Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Unibersal SA., v. The Argentina Republic* (ICSID Case No. ARB/03/19), tanggal 19 Mei 2005, paragraph 19-23, diakses dari <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=GenCaseDtIsRH&actionVal=ListConcludend>

<sup>47</sup> Dalam sengketa *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America* (ICSID Case No. ARB (AF)/98/3), Putusan tanggal 26 Juni 2003, diakses dari <http://www.state.gov/documents/organization/3998.pdf>.

<sup>48</sup> Cornel Marian, “Sustainable Investment Through Effective Resolution of Investment Disputes – Is Transparency The Answer?,” *Social Science Research Network (SSRN)*, hlm. 4., diakses dari [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2070676](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2070676)., pada tanggal 10 Desember 2013.

<sup>49</sup> Ralph H. Folsom, Michael W. Gordon & John A. Spanogle, Jr., *Principles of International Business Transactions, Trade & Economic Relations*, (Thomson West, 2005), hlm. 557-563.

merupakan kewenangan negara yang berasal dari kedaulatannya (*sovereignty*).<sup>50</sup> Dengan perkembangan hukum internasional maka membawa dampak bagi negara sedang berkembang yang akan semakin kehilangan esensi kedaulatannya terutama dalam menghadapi negara maju,<sup>51</sup> namun dengan penyelesaian sengketa melalui ICSID, di mana serta merta menghilangkan perlindungan politik terhadap investor dari negara asalnya yang umumnya negara maju, maka arbitrase ICSID dapat dipilih sebagai mekanisme penyelesaian sengketa yang melindungi kedaulatan negara. Kedaulatan negara juga berkaitan dengan kewenangan negara untuk melakukan publikasi putusan. Meskipun sistem arbitrase ICSID berbeda dengan institusi arbitrase internasional lainnya misalnya arbitrase komersial, namun berasal dari benih yang sejenis, bahkan preseden dan prosedur dari konteks arbitrase juga dipindahkan ke dalam arbitrase komersial dan saat ini juga banyak dari putusan arbitrase komersial telah dipublikasikan, sebagaimana diungkapkan Lon L. Fuller<sup>52</sup> bahwa “*transparency is an inherent feature of the Rule of Law.*”

### **1. Penerapan Prinsip Keterbukaan Arbitrase di Malaysia.**

Malaysia membedakan pengaturan arbitrase nasional dan internasional dalam “Act 646 tentang *Arbitration Act 2005*” yang berlaku sejak 15 Maret 2006 yang disusun berdasarkan “*UNCITRAL Model Law*,” yang diamandemen tahun 2011 menjadi “*Arbitrase Bill 2010*” yang bertujuan untuk mengatasi inkonsistensi dalam menafsirkan ketentuan sebelumnya dan lebih mewakili keinginan masyarakat dalam melakukan arbitrase. Undang-Undang ini juga berlaku jika suatu sengketa melibatkan pemerintah dan komponen pemerintah Malaysia.

Di Malaysia terdapat lembaga arbitrase KLRCA (*Kuala Lumpur Regional Center For Arbitration*) yang menggunakan KLRCA *Arbitration Rules* Revisi Tahun 2013 yang mengatur kerahasiaan putusan arbitrase komersial dalam Pasal 15 KLRCA *Arbitration Rules* Revisi Tahun 2013 dan Pasal 18 KLRCA *Fast Tract Arbitration Rules* Revisi Tahun 2013, dengan memberi batasan mengenai lingkup kewajiban

---

<sup>50</sup> M. Sonarajah, *The International Law on Foreign Investment*, 2<sup>nd</sup> Ed., (Cambridge : Cambridge University Press, 2004), hlm. 97.

<sup>51</sup> Martin Khor Kok Peng, *Imperialisme Ekonomi Baru Putaran Uruguay dan Kedaulatan Dunia Ketiga*, (terjemahan Wandi S. Brata), (Jakarta : Gramedia Pustaka Utama, 1993), hlm. 5-7.

<sup>52</sup> Lon L. Fuller, *The Morality of Law*, ed.rev., (1964), hlm. 42-44.

kerahasiaan dan memberi pengecualian kerahasiaan untuk hal tertentu.<sup>53</sup> Malaysia telah menandatangani 70 BIT,<sup>54</sup> dimana 37 BIT tidak menyinggung masalah kerahasiaan dalam perjanjian investasinya. Kemudian dari 4 (empat) sengketa penanaman modal yang melibatkan Malaysia sebagai Tergugat yang diselesaikan melalui ICSID, hanya 1 (satu) putusan yang rahasia yaitu sengketa *Philippe Gruslin v. Malaysia* (ICSID Case No. ARB/94/1) sedangkan 3 (tiga) sengketa lainnya telah mempublikasi putusannya, yaitu<sup>55</sup> *Philippe Gruslin v. Malaysia* (ICSID Case No. ARB/99/3), *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia* (ICSID Case No. ARB/05/10) dan *MTD Equity Sdn Bhd v. MTD Chile SA* (ICSID Case ARB/01/07), dimana Sengketa *Malaysian Historical Salvors* adalah sengketa pertama yang mempublikasi seluruh pembelaan para pihak.<sup>56</sup>

## **2. Penerapan Prinsip Keterbukaan Arbitrase di Singapura.**

Singapura adalah negara yang menganut sistem *common law* yang didasarkan pada tradisi *common law* Inggris dengan sistem *double-track*, yaitu arbitrase domestik diatur dalam "*Chapter 10 Arbitration Act* (Edisi Revisi 2002) yang berlaku sejak 1 Maret 2002. Sedangkan arbitrase internasional dalam "*Chapter 143A International Arbitration Act*" (IAA) tahun 1994 sebagaimana perubahannya tahun 2002.<sup>57</sup> Singapura telah menandatangani 45 BIT<sup>58</sup> dan 20 BIT tidak menyinggung masalah kerahasiaan dalam perjanjian investasinya.

Singapura mengadopsi "Rezim Keterbukaan" bagi arbitrase internasional dengan membolehkan "*counsel of all jurisdiction*" untuk ikut serta berpartisipasi dalam proses arbitrase yang mendukung Singapura tidak pernah terlibat sebagai salah satu pihak dalam sengketa arbitrase dan sebagai peringkat pertama versi Bank Dunia sebagai pelaksana bisnis terbaik dengan regulasi yang baik dan netralitas yang tinggi. Singapura juga telah dipilih menjadi tempat penyelesaian sengketa dalam arbitrase ICSID,

---

<sup>53</sup> Hal ini juga sesuai wawancara dengan MR. Lim Chee Wee, *President of The Malaysian Bar*, Tan Sri Dato' Seri MD Raus Bin Syarif, *President Court of Appeal Malaysia* (setingkat Ketua Pengadilan Tinggi di Indonesia) dan Datuk Sundra Rajoo dari KLRCA, pada tanggal 20 Maret 2013 dalam *International Seminar KLRCA*, berjudul "Effective Dispute Resolution : A Malaysian Perspective", di Hotel Indonesia Kempinski, Jakarta yang diselenggarakan oleh KLRCA (*Kuala Lumpur Regional Center For Arbitration*).

<sup>54</sup> Sumber : [www.investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/127#IiaInner/Menu](http://www.investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/127#IiaInner/Menu).

<sup>55</sup> Sumber : <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>.

<sup>56</sup> John P. Given, "Malaysian Historical Salvors v. Malaysia : An End To the Liberal Definition of Investment in ICSID Arbitration?", *westlaw31LYLAICLR* 467, 31 Loy, Summer 2009.

<sup>57</sup> Benny S. Tabalujan, *Singapore Business Law*, second edition, (Singapore : Business Law Asia, 2000), hlm. 52-53.

<sup>58</sup> Sumber : [www.investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/190#IiaInner/Menu](http://www.investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/190#IiaInner/Menu).

misalnya penyelesaian sengketa *White Industries v. India* dan perkara *Phillip Morris v. Australia*. Meskipun Singapura belum pernah mengajukan atau dituntut melalui arbitrase ICSID, namun Singapura tidak mewajibkan kerahasiaan dalam arbitrase secara tertulis dalam undang-undangnya dan tidak diatur secara limitatif tentang kewajiban kerahasiaan arbitrase.

### **3. Penerapan Prinsip Keterbukaan Arbitrase di Jepang**

Jepang mengatur mengenai arbitrase melalui *Arbitration Law (Law No. 138 of 2003)*<sup>59</sup> yang berlaku sejak 1 Maret 2004. Putusan arbitrase yang dibuat di dalam dan di luar Jepang memiliki efek yang sama seperti putusan final dan konklusif yang pelaksanaannya dijamin oleh UU Arbitrase Jepang. Sampai saat ini, belum ada sengketa mengenai arbitrase di Jepang, karena umumnya sengketa perdata diselesaikan melalui mediasi dan konsiliasi untuk menjaga harmoni sesuai tradisi ADR.<sup>60</sup>

Jepang adalah investor utama di kawasan Asia dan seluruh dunia, namun hingga saat ini hanya satu sengketa investasi yang mempersoalkan tentang perjanjian arbitrase yaitu perusahaan Belanda yang berada di bawah kerjasama Jepang dan mengajukan klaim terhadap Czech Republic sesuai BIT antara Belanda dan Republik Czechna (*Saluka Investments BV., v. Czech Republic*, IIC 210 2006).<sup>61</sup> Jepang menandatangani 24 BIT,<sup>62</sup> dan sangat memperhatikan soal keterbukaan sehingga hampir seluruh BIT mencantumkan pasal mengenai keterbukaan (*transparency*) dengan memberikan batasan mengenai kerahasiaan dalam pasal yang sama, kecuali BIT Jepang dengan 7 negara yaitu : Bangladesh, China, Hongkong, Mesir, Pakistan, Sri Lanka, dan Turki yang tidak mengatur mengenai keduanya melainkan menyerahkan pada para pihak jika timbul sengketa di kemudian hari.<sup>63</sup> Kemudian dalam 17 BIT terdapat pengaturan yang

---

<sup>59</sup> Versi Bahasa Inggris dapat diunduh melalui [www.kantei.go.jp/foreign/policy/sihou/law032004\\_e.html](http://www.kantei.go.jp/foreign/policy/sihou/law032004_e.html).

<sup>60</sup> Erman Rajagukguk, *Arbitrase Dalam Putusan Pengadilan*, (Jakarta : Chandra Pratama, 2001), hlm. 104, sebagaimana dikutip dari Dan Fenno Henderson, *Conciliation and Japanese Law-Tokugawa and Modern Vol. II*, (Seattle : University of Washington Press, Tokyo : University of Tokyo Press, 1965), hlm. 218-220.

<sup>61</sup> Vivienne Bath and Luke Nottage, "Foreign Investment and Dispute Resolution Law and Practice in Asia : An Overview Legal Studies Research Paper No. 11/20, March 2011, diakses dari <http://ssrn.com/abstract=1789306>.

<sup>62</sup> Sumber : [www.investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/105#IiaInner/Menu](http://www.investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/105#IiaInner/Menu).

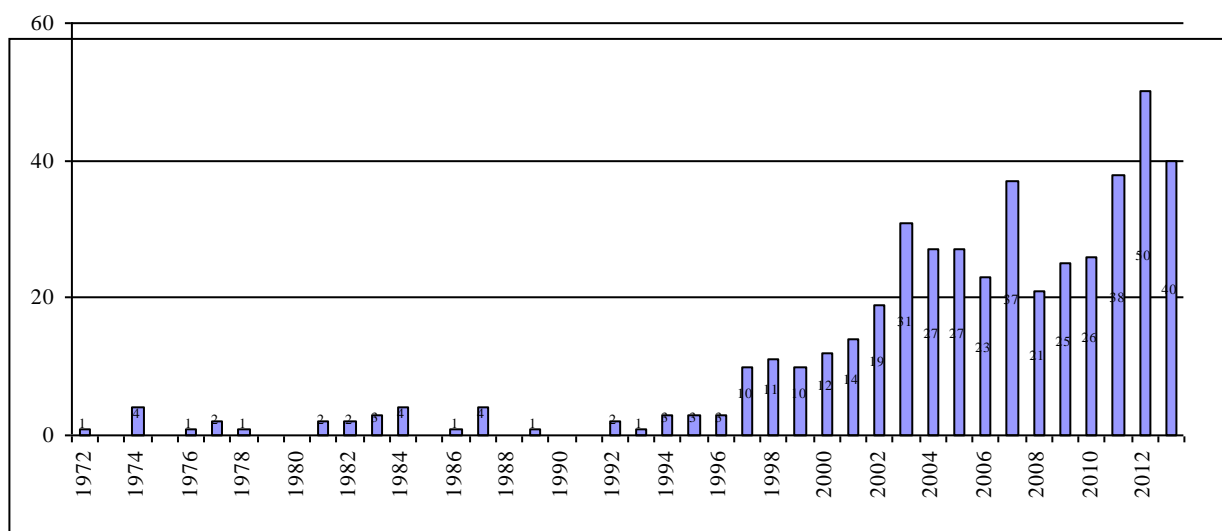
<sup>63</sup> Lihat <http://www.unctadxi.org/templates/DocSearch.aspx?id=779>



mewajibkan Jepang untuk mempublikasikan segala aturan yang berlaku dan keputusan pengadilan mengenai investasi antara kedua negara tersebut.<sup>64</sup>

Dalam Aturan 52 ayat (1) JCAA<sup>65</sup> mengakomodasi akses pihak ketiga yang bukan termasuk pihak untuk ikut serta menjadi pihak dalam sengketa, seperti yang diatur dalam Aturan 32 ayat (2) *ICSID Arbitration Rules*.<sup>66</sup> Kemudian hasil amandemen aturan JCAA tanggal 1 Februari 2014 dalam Aturan 52 memberikan peluang masuknya pihak ketiga untuk ikut dalam sengketa atas persetujuan para pihak. Dari aturan Pasal 39 *Arbitration Law* Nomor 138 Tahun 2003,<sup>67</sup> dapat disimpulkan bahwa Jepang menganut keterbukaan putusan arbitrase kecuali disepakati lain oleh para pihak.

Dengan aturan keterbukaan arbitrase ICSID tidak menyurutkan jumlah sengketa antara investor dan negara yang dimintakan penyelesaiannya melalui ICSID, sesuai tabel berikut :



Sumber : The ICSID Caseload-Statistics (Issue 2014-1), melalui <https://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet?requestType=ICSIDDocRH&actionVal=CaseLoadStatistic>, diakses tanggal 30 Juni 2014.

Sejak ICSID didirikan tahun 1965, sebanyak 159 negara telah menandatangani dan hanya 9 negara yang belum meratifikasi ke dalam peraturan nasionalnya. Kemudian

<sup>64</sup> Tatsuya Nakamura, "Salient Features of the New Japanese Arbitration Law Based Upon The UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration," *Japan Commercial Arbitration News Letter*, Number 17, April 2004, The Japan Commercial Arbitration Association (JCAA), hlm. 1-2.

<sup>65</sup> Amandemen 2014, Aturan 52 (1) JCAA.

<sup>66</sup> Luke Nottage & Kate Miles, "Back To The Future For The Investor-State Arbitrations : Revising Rules In Australia and Japan To Meet Public Interests," *Research Paper No. 08/62, June 2008*, diakses dari <http://ssrn.com/abstract=1151167>.

<sup>67</sup> Pasal 39 *Japan Arbitration Law*.

terhitung sejak tahun 1972 hingga tanggal 31 Desember 2013, tercatat sebanyak 163 sengketa di hentikan pemeriksaannya (*pending cases*) dan 287 sengketa yang diselesaikan oleh ICSID hingga putusan akhir (*concluded cases*). Kemudian putusan akhir ICSID lebih banyak dipublikasi dan terbuka untuk umum sebagai bentuk pertanggungjawaban negara kepada warganya dan kepada publik menuju terpenuhinya asas-asas pemerintahan yang baik (*good governance*) dan umumnya para pihak telah menyepakati keterbukaan putusan dalam BIT.

Dari jumlah sengketa yang dipublikasi dan rahasia, dapat diuraikan bahwa negara yang menganut keterbukaan putusan secara luas sebanyak 21 negara, yang menganut kerahasiaan putusan sebanyak 35 negara dan yang menganut secara alternatif sebanyak 49 negara. Oleh karenanya saat ini terbukti bahwa telah terjadi perbedaan yang tinggi mengenai keterbukaan dan kerahasiaan putusan arbitrase, bahkan sebagian besar negara di dunia memilih untuk tidak tegas mengikuti kerahasiaan putusan, melainkan mengaturnya secara alternatif sesuai dengan kesepakatan.

#### **4. Prinsip Keterbukaan di Indonesia**

Indonesia telah 6 (enam) kali terlibat dalam sengketa investasi yang diselesaikan melalui Lembaga ICSID yaitu Sengketa *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia* (ICSID Case No. ARB/81/1), Sengketa *Churchill Mining and Planet Mining Pty Ltd, formerly v. Republic of Indonesia* (ICSID Case No. ARB/12/40 dan 12/14), Sengketa *Government of the Province of East Kalimantan v. PT Kaltim Prima Coal and others* (ICSID Case No. ARB/07/3), Sengketa *Churchill Mining and Planet Mining Pty Ltd, formerly v. Republic of Indonesia* (ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40), Sengketa *Cemex Asia Holdings Ltd v. Republic of Indonesia* (ICSID Case No. ARB/04/3) dan Sengketa *Rafat Ali Rizvi v. Republic of Indonesia* (ICSID Case No. ARB/11/13), namun tidak pernah menang sehingga Indonesia harus membayar ganti kerugian yang jumlahnya sangat besar akibat regulasi yang tidak konsisten.

Penanaman modal diperlukan untuk mengolah potensi ekonomi. Untuk mencapai cita-cita tersebut diperlukan iklim penanaman modal yang kondusif, memberikan kepastian hukum, adil dan efisien tanpa mengurangi terpenuhinya kepentingan ekonomi nasional sebagaimana latar belakang dibentuknya UU PMA. Pasal 3 UU PMA mengatur asas keterbukaan yang dalam penyelenggaraan penanaman modal diperlukan selain kepastian hukum, akuntabilitas, perlakuan yang sama dan tidak

membedakan asal negara, kebersamaan, efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian dan keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional. Para pelaku pasar modal dituntut untuk menerapkan prinsip keterbukaan, sehingga para pemodal dapat diberikan perlindungan optimal terhadap praktek yang merugikan. Asas keterbukaan ini mengacu pada prinsip-prinsip universal yang berlaku pada praktik pasar modal internasional.<sup>68</sup>

Secara umum publikasi putusan pengadilan diatur dalam Pasal 17 Undang-Undang Nomor 14 Tahun 2008 tentang Keterbukaan Informasi Publik (UU KIP) tepatnya Pasal 17 huruf k dan Pasal 18 ayat (1) huruf a. Namun dalam Pasal 27 UU Arbitrase menegaskan sifat kerahasiaan penyelesaian arbitrase di Indonesia. Akan tetapi kenyataan yang ada saat ini di Indonesia telah banyak putusan arbitrase yang dipublikasi, baik itu akibat permintaan exequatur guna pelaksanaan putusan kepada Mahkamah Agung maupun atas kemauan para pihak sendiri. Begitu juga dalam perkembangan terbaru dari instrumen investasi internasional yang tercantum dalam BIT yang dimiliki oleh Indonesia, misalnya BIT antara Indonesia dan India tahun 2004 tidak menyinggung mengenai isu prosedural keterbukaan secara umum dan keterbukaan putusan arbitrase secara khusus, namun menyerahkan pada keputusan arbitrase ICSID atau arbitrase UNCITRAL mendatang jika terjadi sengketa. Indonesia telah menandatangani 71 BIT<sup>69</sup> dan 43 BIT tidak ada yang menyinggung mengenai isu prosedural keterbukaan, kecuali 2 jenis BIT yang mencantumkan soal keterbukaan dalam perjanjiannya yaitu Pasal 10 BIT antara Indonesia dengan Australia dan Pasal 13 BIT antara Indonesia dengan Serbia. Meningkatnya jumlah publikasi putusan mendukung peningkatan jumlah sengketa di ICSID. Namun karena adanya inkonsistensi hukum di Indonesia mengenai keterbukaan menghalangi populernya prinsip ini, padahal putusan arbitrase ICSID yang melibatkan Indonesia, sebagian besar telah terbuka untuk umum.

### **III. KESIMPULAN**

Berdasarkan hasil penelitian dan pembahasan disertasi ini, maka dapat ditarik kesimpulan sebagai berikut: *Pertama*, Pasal 48 ayat (4) *Arbitration Rules*, Pasal 53 ayat (3) *ICSID Arbitration Additional Facility Rules* dan Peraturan 22 *Administrative and*

---

<sup>68</sup> Iman Sjahputra, *Pengantar Hukum Pasar Modal*, (Jakarta : Harvarindo, 2012), hlm. 83.

<sup>69</sup> Sumber : <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/97#iiaInnerMenu>, diakses tanggal 2 Februari 2015.

*Financial Regulation* mengatur kewajiban majelis untuk mempublikasi kutipan pertimbangan hukumnya, hal tersebut didukung oleh beberapa alasan yaitu putusan arbitrase ICSID sebagai preseden sehingga tercipta kepastian hukum, menciptakan perlindungan hukum, melindungi pelaksanaan putusan dan meminimalisir resiko mendatang, mewujudkan keadilan, prediktabilitas putusan, meningkatkan kualitas putusan dan rasionalitas sengketa, keterbukaan putusan sebagai bentuk perwujudan asas pemerintah yang baik, dapat menarik partisipasi pihak ketiga, serta membantu pengembangan ilmu pengetahuan dan identifikasi aturan arbitrase investasi internasional.

*Kedua*, aturan mengenai keterbukaan putusan arbitrase ICSID berbeda di beberapa negara anggota ICSID karena perbedaan sistem hukum. Di Malaysia, tidak mengatur keterbukaan dan kerahasiaan secara tegas. Di Singapura dan Jepang menganut rezim keterbukaan arbitrase secara luas yaitu terbukanya proses persidangan arbitrase, dibolehkannya partisipasi pihak ketiga dan publikasi putusan arbitrase, serta sebagian besar negara lainnya menyerahkan keterbukaan dan kerahasiaan putusan arbitrasenya kepada kesepakatan para pihak.

*Ketiga*, arbitrase di Indonesia mengatur tentang kewajiban kerahasiaan proses dan putusan arbitrase komersial dalam UU Arbitrase namun dalam investasi terdapat 43 BIT yang tidak menyinggung isu keterbukaan dan kerahasiaan, bahkan 2 BIT mewajibkan publikasi, hal mana sesuai dengan UU PMA, UU KIP, UU Kekuasaan Kehakiman, SK KMA Nomor 144/KMA/SK/VIII/2007 dan SK KMA Nomor 1-144/KMA/SK/I/2011, padahal publikasi putusan tidak menimbulkan masalah, melainkan membantu mewujudkan pelaksanaan *good governance*.

#### **IV. DAFTAR PUSTAKA**

Buckley, Ross P. & Paul Blyschak, "Guarding the Open Door : Non-Party Participation Before the International Centre fo Settlement of Investment Disputes," *Banking & Finance Law Review*, Juni 2007.

Delaney & Magraw, "Procedural Transparency," *The Oxford Handbook of International Investment Law*, 2008, hlm. 762-763.

Malatesta, Alberto dan Rinaldo Sali, *The Rise of Transparency In International Arbitration : The Case for the Anonymous Publication of Arbitral Awards*, USA : JurisNet : LLC, 2013.

- Marian, Cornel. "Sustainable Investment Through Effective Resolution of Investment Disputes – Is Transparency The Answer?," hlm. 4., diunduh dari [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract\\_id=2070676](http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2070676).
- Nakamura, Tatsuya. "Salient Features of the New Japanese Arbitration Law Based Upon the UNCITRAL Model Law on International Commercial Arbitration," *JCA News Letter*, Number 17, April 2004, The Japan Commercial Arbitration Association (JCAA), hlm. 1-2.
- Naon, Horacio A. Grigera, and Paul E. Mason, *International Commercial Arbitration Practice : 21<sup>st</sup> Century Perspectives*, United Kingdom : LexisNexis, 2011.
- Nottage, Luke & Kate Miles, "Back To The Future For The Investor-State Arbitrations : Revising Rules In Australia and Japan To Meet Public Interests," *Research Paper No. 08/62, June 2008*, diakses dari <http://ssrn.com/abstract=1151167>
- Peng, Martin Khor Kok, *Imperialisme Ekonomi Baru Putaran Uruguay dan Kedaulatan Dunia Ketiga, terjemahan Wandu S. Brata*, Jakarta : Gramedia Pustaka Utama, 1993.
- Peter, Wolfgang. *Arbitration and Renegotiation of International Investment Agreements, Second Revised and Enlarged Edition*, The Hague/Boston/London : Kluwer Law International, 1995.
- Rajagukguk, Erman. *Arbitrase Dalam Putusan Pengadilan*, Jakarta : Chandra Pratama, 2001.
- Rubino, Mauro -Sammartano, *World Litigation Law and Practice*, New York : Matthew Bender, 1986.
- Seid, Sherif. H. *Global Regulation of Foreign Direct Investment*, England : Ashgate Publishing Limited, 2002.
- Shultsz, Jan C. and Albert Jan Van Den Berg, *The Art of Arbitration – Essays on International Arbitration Liber Amicorum Pieter Sanders 12 September 1912-1982*, Deventer/The Netherlands : Kluwer Law and Taxation Publishers, 1982.
- Sjahputra, Iman. *Pengantar Hukum Pasar Modal*, Jakarta : Harvarindo, 2012.
- Sonarajah, M. *The International Law on Foreign Investment*, 2<sup>nd</sup> Ed., Cambridge : Cambridge University Press, 2004.
- Tabalujan, Benny S. *Singapore Business Law*, second edition, Singapore : BusinessLaw Asia, 2000.
- Wibowo, Basuki Rekso "Prinsip-Prinsip Dasar Arbitrase Sebagai Alternatif Penyelesaian Sengketa Dagang Di Indonesia," *Jurnal Hukum Yuridika*, vol. 16 No. 6, Universitas Airlangga, Nopember-Desember 2001, hlm. 552, 559.

Putusan *AES v. Hungary*, Putusan Akhir, (ICSID Case No. ARB/07/22), tanggal 23 September 2010.

Putusan *Aguas Argentinas S.A., Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona SA and Vivendi Unibersal SA., v. The Argentina Republic* (ICSID Case No. ARB/03/19), tanggal 19 Mei 2005

Putusan *Amco Asia Corporation and others v. Republic of Indonesia* (ICSID Case No. ARB/81/1), ICSID *ad hoc* Committee, tanggal 16 Mei 1986.

Putusan *Biwater Gauff v. Tanzania*, (ICSID Case No. ARB/05/22), tanggal 24 Juli 2008.

Putusan *CMS Gas Transmission Company v. Argentine Republic*, 2005, (ICSID Case No. ARB/01/8), tanggal 12 Mei 2005.

Putusan *Kardassapolous and Fuchs v. Georgia*, Putusan akhir, (ICSID Case No. ARB/05/18) dan (ICSID Case No. ARB/07/15), tanggal 3 Maret 2010.

Putusan *Malaysian Historical Salvors, SDN, BHD v. Malaysia* (ICSID Case No. ARB/05/10), tanggal 17 Mei 2007

Putusan *Metalclad Corporation v. United Mexican States, 2000*, (ICSID Case No. ARB (AF)/97/1), tanggal 30 Agustus 2000.

Putusan *Methanex Corp. v. United States* (NAFTA Chapter 11 Arbitration Tribunal), tanggal 9 Maret 2004.

Putusan *Mondev International Ltd. v United States of America*, (ICSID Case No ARB/99/2), tanggal 11 Oktober 2002.

Putusan *MTD Equity Sdn. Bhd. and MTD Chile S.A. v. Republic of Chile* (ICSID Case No. ARB/01/7), tanggal 25 Mei 2004,

Putusan *Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador*, (ICSID Case No. ARB/06/11), tanggal 1 Juli 2004 dan 5 Oktober 2012.

Putusan *Pac Rim Cayman LLC v. Republic of El Salvador* (ICSID Case No. ARB/09/12), tanggal 02 Februari 2011.

Putusan *The Loewen Group, Inc. and Raymond L. Loewen v. United States of America* (ICSID Case No. ARB (AF)/98/3), tanggal 26 Juni 2003.

Putusan *The Rompetrol Group N.V. v. Romania* (ICSID Case No. ARB/06/3), tanggal 14 Januari 2010.

Putusan *Waste Management v. Mexico* (ICSID Case No. ARB(AF)/98/2), tanggal 30 April 2004.