

Jurist-Diction

Volume 2 No. 6, November 2019

Histori artikel: Submit 1 Oktober 2019; Diterima 23 Oktober 2019; Diterbitkan online 1 November 2019.

Model Penyelesaian Sengketa yang Menyeimbangkan Kepentingan Investor dan Negara Penerima

Zulfikar Dimas Winarno

zulfikar.winarno@gmail.com

Universitas Airlangga

Abstract

The number of international investment agreements has substantially increased since the 1960s. As of today, almost all countries around the globe are parties to one or more international investment agreements. In general, international investment agreements provide two types of protection, substantive protection and procedural protection. One of the procedural protections accorded within IIA is the Investor State Dispute Settlement (ISDS) mechanism. This mechanism was widely accepted by the international community as it is said to be profitable compared to its predecessor in the Diplomatic Protection regime. However, in its recent development, shortcomings have been found in the mechanism's ability to ensure the balance of interests of parties leading to states withdrawal from various IIAs. The shortcomings of the ISDS mechanism include lack of consistency in decisions, erroneous verdicts, problems in the selection of arbitrators, high costs to be incurred, and the tendency of countries to experience regulatory chill. This paper aims to examine the shortcomings of the ISDS mechanism and to provide recommendations for other dispute resolution mechanisms that better ensure the balance of interests of parties according to International Investment Law.

Keywords: *International Investment Agreements; International Investment Dispute Resolution; International Investment Law.*

Abstrak

Jumlah perjanjian investasi internasional (IIAs) telah bertambah dengan pesat sejak tahun 1960. Hingga saat ini, hampir seluruh negara di dunia telah menjadi anggota dari satu atau lebih perjanjian investasi internasional. Perjanjian investasi internasional pada umumnya memberikan dua macam perlindungan kepada investor, yaitu perlindungan substantif dan prosedural. Salah satu perlindungan prosedural yang diberikan oleh perjanjian investasi internasional adalah mekanisme penyelesaian sengketa antara investor dan negara penerima atau Investor State Dispute Settlement (ISDS). Mekanisme ini diterima dengan sangat baik oleh masyarakat internasional karena dinilai lebih menguntungkan dibandingkan mekanisme pada rezim Diplomatic Protection. Namun, pada perkembangannya, telah ditemukan beberapa kelemahan pada kemampuan mekanisme tersebut dalam memastikan keseimbangan para pihak yang mengakibatkan sejumlah negara mengundurkan diri dari keanggotaan perjanjian investasi internasional. Kelemahan ini antara lain, kurangnya konsistensi putusan, sifat putusan yang erroneous, permasalahan pada pemilihan arbiter, tingginya biaya yang harus dikeluarkan, serta kecenderungan negara untuk mengalami regulatory chill. Jurnal ini mengkaji kelemahan - kelemahan mekanisme ISDS tersebut dan memberikan rekomendasi mekanisme penyelesaian sengketa yang lebih memastikan keseimbangan kepentingan para pihak menurut Hukum Investasi Internasional.

Kata Kunci: Perjanjian Investasi Internasional; Penyelesaian Sengketa Investasi Internasional; Hukum Investasi Internasional.

Pendahuluan

Selama dua dasawarsa belakangan ini, jumlah perjanjian penanaman modal internasional telah berkembang hingga tiga kali lipat.¹ Sampai hari ini, hampir 170 negara telah menjadi anggota dari satu atau lebih perjanjian penanaman modal atau *Bilateral Investment Treaties* (selanjutnya disebut sebagai “BITs”).² BIT menjamin perlindungan substantif dan prosedural yang secara spesifik diberikan kepada investor asing karena perjanjian tersebut merupakan perjanjian yang mengatur perilaku sebuah negara penerima terhadap penanaman modal dan investornya.

Pada dasarnya, perlindungan substantif mengacu kepada jaminan negara penerima untuk tidak menjadikan investor asing dan penanaman modalnya sebagai subyek dari risiko-risiko yang tidak pantas.³ Perlindungan ini biasanya mencakup jaminan dari negara penerima untuk menyediakan investor asing, antara lain, kompensasi yang setara untuk pengambilalihan (*expropriation*), kebebasan dari tindakan-tindakan yang tidak masuk akal maupun diskriminatif, jaminan *National Treatment, Fair and Equitable Treatment*, menerima *full protection and security*, dan investor asing harus menerima perlakuan yang tidak kalah menguntungkan dari yang diberikan oleh hukum internasional.⁴

Di sisi lain, perlindungan prosedural yang terdapat dalam klausul *Investor-State Dispute Settlement* (selanjutnya disebut sebagai ISDS), pada dasarnya memberikan investor asing sebuah mekanisme untuk menegakkan hak substantif secara langsung dalam lingkup arbitrase internasional pada forum yang telah ditetapkan dalam BIT.

¹ Susan D Franck, ‘The Legitimacy Crisis in Investment Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decision’, (2005) 73 *Fordham Law Review* (selanjutnya disingkat Franck I). [1522-1523]; Susan D Franck, ‘The Nature and Enforcement of Investor Rights under Investment Treaties: Do Investment Treaties Have a Bright Future’, (2005) 12 *U.C. Davis J. Int’l L. & Pol’y.* (selanjutnya disingkat Franck II), [47]; United Nation Conference on Trade and Development (selanjutnya disingkat UNCTAD), ‘Investor-State Disputes and Policy Implications’, (2005) TD/B/COM.2/62. [4-7].

² Antonio R. Parra, ‘Settlement of Investment Disputes: The Experience of ICSID in Transition Countries and Elsewhere’, (2001) 1 *Law in Transition: Contract Enforcement* (EBRD Publication). [39].

³ Susan D. Franck, ‘Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law’, (2006) 19 *Pac. McGeorge Global Bus. & Dev. L.J.* 337. (selanjutnya disingkat Franck III) [342].

⁴ *ibid.*

Inovasi revolusioner dalam BIT tersebut dimaksudkan untuk memulihkan pilihan terbatas yang dimiliki oleh investor terhadap pelanggaran hukum internasional yang berdampak buruk bagi penanaman modal mereka sebelum pengenalan rezim BIT.⁵ Maka dari itu, klasula ISDS sebagai perlindungan prosedural dalam BIT berlaku sebagai kesepakatan negara bagi investor untuk menggunakan hak mereka dalam mengarbitrasekan pelanggaran perlindungan substantif BIT secara langsung di antara mereka dalam sebuah forum yang sudah disepakati.

Klausul ISDS ada untuk menyeimbangkan kepentingan investor dalam melindungi penanaman modal mereka dan negara dalam mengencarkan perkembangan ekonomi domestiknya. Namun, efektivitas ISDS dalam melindungi kepentingan-kepentingan tersebut dapat dipertanyakan karena terdapat pandangan dari Negara Penerima yang menganggap bahwa putusan ISDS dianggap sebagai “*an erratic pattern of decisions, with reasoning often impressionistic and displaying a certain disregard for State regulatory prerogatives*”.⁶ Dengan beberapa putusan yang dianggap melanggar kekuasaan kedaulatan Negara untuk membuat undang-undang tentang masalah kebijakan publik,⁷ atau memutus pemberian ganti rugi yang tidak realistis dan tidak adil bagi Investor sebagai *Claimant* tanpa memperhatikan kepentingan publik,⁸ keamanan nasional, serta keadaan khusus lainnya. Di sisi lain, terdapat beberapa masalah yang dihadapi oleh Investor dalam mekanisme ISDS yang telah ada, seperti *access to justice* bagi berbagai macam tipe Investor Asing,⁹ *access to justice* bagi korban pelanggaran negara lainnya,¹⁰ biaya dan pengembangan

⁵ *ibid.*

⁶ Zachary Douglas, *The International Law of Investment Claims* (Cambridge University Press 2009).[xxi].

⁷ Christopher Ryan, ‘Meeting Expectations: Assessing the Long-Term Legitimacy and Stability of International Investment Law’ (2008) 29(3) U. Pa. J. Int’l L. 725.[738].

⁸ Liang-Ying Tan & Amal Bouchenaki, ‘Limiting Investor Access to Investment Arbitration: A Solution without a Problem?’, (2005) 4 Nijhoff International Investment Law Series. [250]; *Tech-nicas Medioambientales, S.A v. United Mexican States*, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 2008, para. 154.

⁹ Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), ‘Government Perspectives on Investor-State Dispute Settlement: A Progress Report’, (2012) Freedom of Investment Roundtable. [7].

¹⁰ *ibid.*[8].

pembiayaan pihak ketiga dari arbitrase penanaman modal,¹¹ permasalahan kesetaraan posisi antara investor asing dan domestik,¹² serta pelaksanaan putusan ISDS.¹³

Kelemahan Sistem ISDS

Dengan bertambahnya jumlah sengketa ISDS, muncul perdebatan antara pro dan kontra mengenai mekanisme penyelesaian sengketa ISDS, khususnya pada negara-negara yang telah menghadapi klaim investor yang kontroversial.¹⁴ Mekanisme ISDS didesain untuk *depoliticize* sengketa investasi dan membentuk sebuah forum yang menyediakan majelis dengan kualifikasi independen, netral dan berkualifikasi. Mekanisme ini dinilai sebagai pembentuk putusan yang final dan dapat ditegakkan melalui proses yang cepat, murah dan fleksibel di mana para pihak memiliki kontrol yang besar. Namun, fungsi sebenarnya ISDS pada perjanjian investasi telah berujung pada beberapa kekhawatiran mengenai kecacatan pada sistem tersebut. Kecacatan atau kekurangan ini dapat dirumuskan sebagai berikut:

1. Konsistensi Putusan

Konsistensi putusan merupakan hal yang sangat penting berdasarkan beberapa alasan, yaitu: pertama, salah satu tujuan utama keberadaan aturan internasional mengenai perdagangan dan investasi adalah untuk memenuhi kebutuhan pengusaha dan investor akan keamanan dan prediktabilitas; kedua, tingkatan konsistensi yang wajar memberikan kontribusi pada keabsahan dan keadilan yang dirasakan dari sistem penyelesaian sengketa tersebut; ketiga, konsistensi dapat meningkatkan efektivitas biaya yang dikeluarkan oleh pihak yang bersengketa pada sengketa yang sedang maupun akan ada.¹⁵ Putusan-putusan ISDS telah dikritisi sebagai “*an erratic pattern of decisions, with reasoning often impressionistic and displaying a certain disregard for State regulatory prerogatives*”.¹⁶ Terdapat beberapa alasan

¹¹ *ibid.*

¹² *ibid.*, [9].

¹³ *ibid.*, [11].

¹⁴ UNCTAD, ‘World Investment Report 2013: Global Value Chains: Investment and Trade for Development’, (2013) [UNCTAD 1].[11].

¹⁵ OECD, *Op. Cit.* [17].

¹⁶ Zachary Douglas, *Op. Cit.* [xxi].

mengapa hal ini terjadi: majelis arbitrase ISDS dibentuk melalui basis *ad-hoc* dan diminta untuk menyelesaikan sengketa-sengketa dengan dasar yang berbeda-beda, serta doktrin preseden tidak berlaku dalam hukum investasi internasional.¹⁷ Hal ini tentunya menjadi masalah besar bagi negara-negara penyusun perjanjian investasi internasional karena mereka tidak dapat memprediksi bagaimana suatu ketentuan dalam perjanjian akan diinterpretasi pada proses negosiasi dan penyusunan perjanjian tersebut.

Isu mengenai konsistensi jatuh pada beberapa macam kategori: perbedaan interpretasi pada perjanjian yang sama; interpretasi inkonsisten atas ketentuan yang sama atau mirip antara beberapa perjanjian investasi internasional; serta isu putusan arbitrase yang inkonsisten dengan “*broader societal objectives and commitments*”, seperti *Sustainable Development Goals*, komitmen perjanjian internasional, atau area lain dalam hukum nasional maupun internasional.¹⁸

Salah satu contoh inkonsistensi terjadi antara kasus *TECO v. Guatemala*¹⁹ dan *Iberdrola v. Guatemala*.²⁰ Pada kedua kasus ini, dua pemegang saham asing di satu perusahaan listrik Guatemala, Empresa Electrica de Guatemala (EEGSA), mengajukan gugatan ISDS terhadap Guatemala mengenai tindakan pemerintah yang sama. Kedua pemegang saham tersebut menggugat tindakan Guatemala yang tidak memberikan persetujuan atas permintaan EEGSA mengenai kenaikan tarifnya. Pada putusannya, kedua majelis arbitrase yang menangani gugatan tersebut memiliki pandangan yang berbeda atas pengertian perjanjian internasional terkait dan akibatnya, sehingga menjatuhkan putusan yang saling bertentangan. Di satu sisi, majelis arbitrase pada kasus Iberdrola menolak gugatan Iberdrola karena investor tersebut hanya menggugat karena ia tidak setuju dengan hasil proses hukum

¹⁷ Arseni Matveev, ‘Investor-State Dispute Settlement: The Evolving Balance Between Investor Protection And State Sovereignty’, (2015) 40 The University of Western Australia Law Review. [354].

¹⁸ Lise Johnson dan Lisa Sachs, *Inconsistency’s Many Forms in Investor-State Dispute Settlement and Implications for Reform* (Columbia Center on Sustainable Investment 2018). [2].

¹⁹ *Teco Guatemala Holdings v. Guatemala* (Teco), ICSID Case No. ARB/10/2, Award, 19 Desember 2013.

²⁰ *Iberdrola Energía v. Guatemala*, ICSID Case No. ARB/09/5, Award, 17 Agustus 2012.

domestik yang sebenarnya telah ia lewati, dan hanya ingin majelis arbitrase untuk ikut campur dalam sengketa rumit tersebut demi mendapatkan hasil yang berbeda. Sebaliknya, majelis arbitrase pada kasus TECO lebih terbuka terhadap gugatan yang diajukan TECO. Menurut majelis, Guatemala telah gagal dalam menyatakan alasan mengapa ia memilih untuk mengadopsi keentuan tarif tersebut yang sejatinya tidak hanya menyangkut hukum domestik, namun juga hukum internasional.²¹ Tidak hanya keberadaan putusan yang berbeda, kondisi yang membingungkan ini menjadi lebih parah karena terhadap kedua putusan tersebut, diajukan pembatalan.²²

2. Putusan yang “erroneous”

Masalah ini sangatlah terkait dengan inkonsistensi pada sistem ISDS. Poin penting masalah ini mencakup “kebenaran” atas putusan serta apakah mekanisme yang ada saat ini telah berfungsi secara efektif untuk mencapai hasil yang konsisten, koheren, dan tepat. Namun, dikarenakan sifat putusan arbitrase yang final, upaya-upaya atas putusan tersebut sangatlah terbatas. “Kebenaran” putusan arbitrase di sini belum memiliki pengertian yang jelas. Namun, ada pendapat bahwa putusan yang “tidak benar” adalah putusan-putusan di mana ketentuan-ketentuan suatu perjanjian investasi internasional diinterpretasikan secara salah oleh majelis arbitrase tanpa memerhatikan maksud anggota perjanjian tersebut pada tahap penyusunan maupun penginterpretasian yang bertolak belakang dengan ketentuan interpretasi yang berlaku.²³ Putusan yang “tidak benar” juga mencakup putusan yang didasarkan pada hukum atau fakta yang keliru secara “*manifest*”.²⁴

Mekanisme yang ada saat ini hanya dibentuk untuk menilai adanya kecacatan substansial pada proses hukum sebelum putusan tersebut dilaksanakan. Upaya hukum terhadap putusan arbitrase hanya terbatas pada hal tersebut dan dinilai belum menyediakan mekanisme yang cukup untuk menjawab pertanyaan mengenai

²¹ Teco, *Op. Cit.*, para. 565, 583, 588.

²² Lihat ICSID Convention, Pasal 52; ICSID, ‘Updated Background Paper on Annulment for the Administrative Council of ICSID’, (2016) [10-1].

²³ UNCITRAL Working Group Session, A/CN.9/964, 6 November 2018.

²⁴ *ibid.*

putusan yang tidak benar serta “*errors*” yang dilakukan oleh majelis arbitrase.²⁵

3. Pemilihan Arbiter

Metode pemilihan arbiter pada ISDS sangatlah penting bagi keabsahan ISDS. Seperti yang ditekankan oleh Redfern dan Hunter, “*nothing is more important than choosing the right arbitral tribunal. It is an important choice, not only for the parties to the particular dispute, but also for the reputation and standing of the arbitral process itself. It is, above all, the quality of the arbitral tribunal that makes or breaks the process*”.²⁶ Majelis arbitrase ISDS pada umumnya terbentuk atas tiga anggota yang dua diantaranya dipilih oleh masing-masing pihak yang bersengketa dan para pihak nantinya dapat menentukan sendiri siapakah yang akan dipilih sebagai arbiter ketiga.²⁷ Pada pemilihan ini, ditemukan beberapa permasalahan yang sering terjadi, yaitu:

A. Imparsialitas dan Independensi

Pada awalnya, imparsialitas dan independensi *decision makers* sangatlah ditekankan untuk memastikan *due process*, keadilan, serta keabsahan ISDS. Kurangnya imparsialitas dan independensi arbiter pada ISDS dinilai sebagai salah satu permasalahan yang paling akut saat ini karena ISDS pada umumnya melibatkan isu-isu publik suatu negara. Imparsialitas dan independensi adalah dua hal yang berbeda, namun sangat berkaitan satu dengan lainnya. Terdapat beberapa hal yang berpotensi mengakibatkan kurangnya imparsialitas dan independensi, yaitu penunjukkan berulang kali, *conflict of interest*, serta arbitrator yang juga sedang bertindak sebagai penasihat hukum atau ahli dalam proses hukum arbitrase yang lain (*double hat dilemma*).

Beberapa sarjana sempat menjelaskan bagaimana *double hat dilemma* dapat mengancam imparsialitas dan independensi dalam ISDS.²⁸ Sebagai contoh, salah

²⁵ *ibid.*

²⁶ Meg N Kinnear, et. al., *Investment Disputes under NAFTA: An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11* (Kluwer Law International 2006). [1123].

²⁷ Lihat, NAFTA, Pasal 1123

²⁸ Lihat, Van Harten, *Investment Treaty Arbitration and Public Law* (Oxford: Oxford University Press 2007); C. Mouawad, ‘Issue Conflicts in Investment Treaty Arbitration’, (2008) 1 *Transnational Dispute Management*.

satu hakim di Mahkamah Internasional, Judge Thomas Buergenthal, mengatakan dalam pidatonya tahun 2006:

*“These revolving-door problems—counsel selecting an arbitrator who, the next time around when the arbitrator is counsel, selects the previous counsel as arbitrator—should be avoided. Manus manum lavat, in other words—you scratch my back and I’ll scratch yours, does not advance the rule of law”.*²⁹

Hakim Buergenthal mengidentifikasi dua permasalahan utama pada praktik arbiter yang juga bertindak sebagai penasihat hukum pada proses hukum yang lain. Pertama-tama terdapat kemungkinan bahwa arbiter akan secara sadar maupun tidak menyusun putusan yang memajukan kepentingan kliennya di sengketa yang lain di mana ia bertindak sebagai penasihat hukum. Kedua, di dalam komunitas arbitrase internasional yang cukup kecil, praktik seperti ini memunculkan potensi *cross-appointments*, contohnya X, sebagai penasihat hukum pada suatu kasus setuju untuk menunjuk Y sebagai arbiter, dan sebagai gantinya, Y, sebagai penasihat hukum pada kasus lain akan menunjuk X sebagai arbiter pada kasusnya. Seperti yang ditekankan oleh Hakim Buergenthal, praktik seperti itu sangatlah tidak etis.

Skenario-skenario di atas bukan hanya hipotesa. Beberapa tahun belakangan ini, terdapat beberapa situasi di mana *conflict of interest* muncul:

- i. Seorang arbiter mengeluarkan sebuah putusan pada suatu kasus dan selanjutnya menggunakan putusan tersebut sebagai dasar pada saat menjadi penasihat hukum di kasus lainnya.³⁰
- ii. Negara responden menggunakan putusan kasus lain sebagai dasar hukum di depan arbiter yang sedang menjadi penasihat hukum dalam proses pembatalan putusan tersebut.³¹
- iii. Arbiter dari suatu arbitrase NAFTA bertindak sebagai penasihat hukum dalam kasus lain yang menyangkut anggota NAFTA lainnya yang memiliki kepentingan mengenai hasil proses hukum tersebut.³²
- iv. Seorang arbiter atau firma hukumnya sedang bertindak sebagai penasihat

²⁹ T. Buergenthal, ‘The proliferation of disputes, dispute settlement procedures and respect for the rule of law’ (Transnational Dispute Management, 2006) <<https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=820>> accessed 9 Mei 2019.

³⁰ *Vivendi v. Argentina II*, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, 20 Agustus 2007.

³¹ *Republic of Ghana v. Telekom Malaysia Berhad*, District Court of The Hague, 18 Oktober 2004, Challenge No. 13/2004; Petition No. HA/RK 2004.667; dan Challenge 17/2004, Petition No. HA/RK/2004/778, 5 November 2004.

³² *Vito G. Gallo v. Canada*, UNCITRAL, Decision of the ICSID Deputy Secretary-General on the challenge to Mr. J. Christopher Thomas, 14 Oktober 2009.

hukum pada kasus yang terpisah yang juga menyangkut negara responden yang sama.³³

B. Kurangnya Keragaman Arbiter

Kurangnya jumlah arbiter yang tersedia untuk mendengarkan sengketa investasi berkontribusi terhadap keabsahan rezim ISDS. Sekretariat UNCITRAL mengungkapkan bahwa terdapat kurangnya keragaman arbiter khususnya pada jenis kelamin dan asal usul geografisnya.³⁴ Kurangnya keragaman ini disebabkan oleh kecenderungan para pihak dari suatu sengketa untuk memilih arbiter yang memiliki pengalaman dan dengan keahlian, yang jumlahnya sangat terbatas. Tidak hanya itu, institusi arbitrase yang ada juga berkontribusi atas masalah ini. Beberapa institusi dinilai telah secara aktif meningkatkan “*pool of decision makers*” pada sengketa ISDS yang mereka kelola, terutama dari kelompok yang kurang terwakili.³⁵

Lebih lanjut, pada UNCITRAL Working Group Session November 2018, Colombia memaparkan statistik mengenai 327 arbitrator yang ditunjuk pada majelis ICSID dari tahun 1972 sampai dengan 2011.³⁶ Dari jumlah tersebut, 37 individu ditunjuk untuk menangani 50% kasus yang ada. Dalam kata lain, hanya 10% individu dari total arbitrator yang tersedia yang menangani hampir 50% sengketa di bawah ICSID dalam kurun waktu 40 tahun. Dari arbiter-arbiter ini, sepertiganya (33%) datang dari hanya 5 universitas: Cambridge, Harvard, Oxford, Stanford dan Yale. 47% dari arbiter-arbiter tersebut adalah warga negara-negara Eropa Barat dan 22% dari mereka adalah warga negara-negara Amerika Utara. Hampir seluruh arbiter adalah laki-laki, hanya terdapat 7% dari jumlah tersebut yang merupakan perempuan. Hal ini menunjukkan bahwa terdapat kurangnya keberagaman arbiter pada rezim ISDS.

4. Biaya (Costs)

³³ *S&T Oil Equipment and Machinery Ltd v. Romania*, Investment Arbitration Reporter, 11 Mei 2009; *ICS Inspection and Control Services Limited v. Argentine Republic* (UNCITRAL), Decision on Challenge to Mr. Stanimir A. Alexandrov, 17 Desember 2009; *CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/08/15, Decision on Proposal for Disqualification of an Arbitrator, 6 November 2009.

³⁴ Working Group Session, *Op. Cit.*, para. 92.

³⁵ *ibid*, para 93.

³⁶ *ibid*.

Jumlah biaya yang digunakan pada suatu proses ISDS sangatlah besar. Rata-rata gugatan yang diajukan oleh investor menggunakan BIT dan perjanjian investasi internasional lain adalah sekitar 492 juta dollar AS³⁷ dan gugatan dengan nilai miliaran dolar semakin bertambah. Putusan-putusan seperti *Yukos*³⁸ yang mengharuskan Russia membayar kompensasi sebesar 50 miliar dollar AS dan *Occidental*³⁹ yang mengharuskan Ekuador membayar 1,77 miliar dollar US menunjukkan tingginya jumlah uang yang diberikan oleh arbitrase bagi investor yang berhasil memenangkan suatu sengketa.

Berdasarkan penelitian, baru-baru ini, jumlah kompensasi yang digugat oleh investor pada 130 proses ISDS terhitung senilai 492 juta dollar AS.⁴⁰ Berdasarkan data yang disediakan oleh UNCTAD, terdapat gugatan senilai 43 miliar dollar AS per akhir tahun 2012.⁴¹ Daftar yang dipublikasikan di *The American Lawyer* pada bulan Juli 2013 menunjukkan sebanyak 52 gugatan senilai lebih dari 1 miliar dollar AS, dengan gugatan terbesar bernilai 114 miliar dollar US terhadap Rusia, diikuti oleh gugatan senilai 50 miliar dollar US terhadap Peru, dan 31,7 miliar dollar AS terhadap Venezuela.⁴²

Per akhir tahun 2012, investor sebagai Claimant memenangkan 32% kasus arbitrase, di mana 41% lainnya dimengkan oleh negara responden dan 26% sisanya selesai secara damai.⁴³ Per September 2013, 83 putusan yang dimenangkan oleh investor memiliki rata-rata kompensasi yang diberikan sebesar 81,4 juta dollar

³⁷ Diana Rosert, *The Stakes Are High: A review of the financial costs of investment treaty arbitration*, (IISD 2014). [1].

³⁸ *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227; *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No. AA 228; *Hulley Enterprises Ltd. (Cyprus) v. Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No. AA 226. Final Awards, 18 Juli 2014.

³⁹ *Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador*, ICSID Case No. ARB/06/11, Award.

⁴⁰ Diana, *Op. Cit.* [2]

⁴¹ UNCTAD, 'Database of Treaty-Based Investor-State Dispute Settlement Cases', (Investment Policy Hub, 2019) <<http://iiadbcases.unctad.org/>> accessed 12 Mei 2019.

⁴² Diana, *Op. Cit.*[2].

⁴³ UNCTAD 1, *Op. Cit.*[5].

AS.⁴⁴ Putusan tahun 2014 yang dimenangkan oleh Yukos atas Rusia memiliki jumlah kompensasi yang diberikan oleh arbitrase sebesar 50 dollar AS,⁴⁵ tujuh kali lipat dari jumlah-jumlah kompensasi yang diberikan pada arbitrase lain. Pada saat yang sama, majelis arbitrase pada kasus tersebut hanya memberikan kompensasi yang nilainya kurang dari setengah jumlah yang digugat oleh investor, yaitu 114 miliar dollar US. Hal-hal di atas menunjukkan bahwa gugatan yang diajukan oleh investor dan jumlah kompensasi yang diberikan dalam suatu proses hukum arbitrase sangatlah besar dan dapat menjatuhkan beban yang sangat berat bagi negara-negara penerima investasi.

Tidak hanya jumlah gugatan kompensasi, biaya yang sangat besar juga dapat disebabkan oleh biaya arbitrase. Biaya-biaya arbitrase termasuk biaya arbiter, administrasi, penasihat hukum dan ahli. Berdasarkan survey OECD, biaya total rata-rata yang harus dikeluarkan oleh kedua belah pihak pada sengketa arbitrase mencapai 8 juta dollar AS.⁴⁶ Salah satu contoh biaya arbitrase yang sangat jauh di atas rata-rata adalah kasus *Yukos*. Tiga investor penggugat mengeluarkan biaya untuk penasihat hukum sekitar 80 juta dollar AS,⁴⁷ penasihat hukum negara responden sebesar 31.5 juta dollar AS,⁴⁸ dan biaya administrasi majelis arbitrase hingga 11 juta dollar AS.⁴⁹ Biaya ini terlampaui lebih tinggi dibandingkan proses arbitrase mahal lainnya, yaitu *Abaclat*. Dari tahun 2008 sampai dengan Agustus 2010, fase yurisdiksi arbitrase, claimant menghabiskan 28 juta dollar AS dan Argentina menghabiskan 12 juta dollar AS; kedua belah pihak menghabiskan kurang lebih 40 juta dolar AS untuk membayar firma hukum, ahli hukum, biaya ICSID, serta biaya-biaya lain yang terkait.⁵⁰ Biaya yang dikeluarkan untuk proses arbitrase

⁴⁴ Diana, Op. Cit.[3].

⁴⁵ Hulley Enterprises diberikan putusan kompensasi sebesar US\$ 39,97 miliar, Veteran Petroleum US\$ 8,2 miliar dan Yukos Universal US\$ 1,85 miliar, dengan total US\$ 50 miliar.

⁴⁶ Diana, Op. Cit.[8].

⁴⁷ *Hulley Enterprises Ltd. (Cyprus) v. Russian Federation*, UNCITRAL, PCA Case No. AA 226, Final Award, 18 Juli 2014, para. 1887.

⁴⁸ *ibid*, para 1856.

⁴⁹ *ibid*, para 1869.

⁵⁰ *Abaclat and Others v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 Agustus 2011, para. 683 dan 685.

juga dapat dipengaruhi oleh beberapa hal lain, yaitu *provisional/interim measure* yang diambil oleh investor, *bifurcation of proceedings* pada yurisdiksi dan *merit*, proses penolakan arbiter, pemilihan berulang arbiter, kebutuhan translasi, dan *delay* pada penyusunan putusan.⁵¹ Hal-hal ini mengakibatkan bertambah lamanya durasi penyelesaian sengketa melalui arbitrase yang berujung pada besarnya biaya yang harus dikeluarkan untuk membayar jasa arbiter, penasihat hukum, serta biaya-biaya lain yang terkait.

5. Regulatory Chill

Berdasarkan prinsip kedaulatan negara, negara memiliki kewenangan untuk mengatur yang menunjukkan kebebasan negara dalam menyusun tindakan legislatif pada beberapa bidang di wilayah yurisdiksinya,⁵² sesuai dengan ketentuan Pasal 2(1) dan 2(7) Piagam PBB. *Regulatory chill* didefinisikan sebagai pantangan negara dalam menyusun standar pengaturan negaranya. Dari perspektif hukum lingkungan internasional, *regulatory chill* dapat berarti bahwa tindakan negara dalam memenuhi kewajiban hukum lingkungan internasionalnya⁵³ akan menjadi konflik terhadap perlindungan investor asing berdasarkan perjanjian investasi internasional.⁵⁴

Dari keseluruhan jumlah perjanjian investasi internasional yang telah ada, sebagian besar memberikan investor pengaruh yang sangat besar, termasuk kemampuan investor untuk menggugat langsung negara melalui sistem ISDS. Salah satu contoh keadaan *regulatory chill* dialami oleh Indonesia pada awal tahun 2000. Undang-Undang Kehutanan Indonesia yang pada saat itu melarang penambangan terbuka di dalam daerah hutan lindung tetap memiliki beberapa pengecualian bagi beberapa investor asing agar tetap dapat melaksanakan penambangan setelah mendapatkan ancaman dari investor yang akan mengajukan gugatan melalui arbitrase. Menteri Lingkungan Hidup dan Kehutanan pada saat itu menanggapi ancaman tersebut dengan mengatakan “*there were investment*

⁵¹ A/CN.9/WG.III/WP.149, para. 17; A/CN.9/WG.III/WP.153, para. 76–92.

⁵² Hasrat Arjjumend, ‘Regulatory Chill, Corporate Takeover And Environmental Governance’, (2017) 6 International Journal of Current Advanced Research. [7923-7934, 7927].

⁵³ Contoh: Kyoto Protocol dan Paris Agreement.

⁵⁴ Arjjumend, *Op. Cit.* [7927].

activities before the Forestry Act was effective. If shut down, investors demand compensation and Indonesia cannot pay".⁵⁵ Selain itu, Mahkamah Konstitusi Indonesia menyatakan simpatinya terhadap kebutuhan Indonesia akan "*investment climate*" pada saat memeriksa Undang-Undang tersebut.⁵⁶

Akibat dari *regulatory chill* sangatlah serius. Keadaan ini dapat dikatakan terjadi ketikan potensi ancaman pertanggunggugatan membuat negara mengabaikan pelaksanaan hukum lingkungan atau social yang mungkin dapat memengaruhi nilai investasi asing secara negatif.⁵⁷ Dapat dikatakan bahwa ada hubungan hukum yang asimetris antara negara dan investor asingnya.⁵⁸ Pada sistem ISDS, hanya investor lah yang dapat mengajukan gugatan kepada negara dan bukan sebaliknya. Hal ini dikarenakan perjanjian investasi internasional hanya memberikan perlindungan prosedural dan substantif kepada investor untuk meminta pertanggunggugatan negara. Hal-hal ini mengakibatkan negara memprioritaskan investasi asing di atas perlindungan lingkungan dan dengan demikian meremehkan lingkungan dengan cara merubah undang-undang yang telah ada maupun dengan tidak melaksanakan undang-undang tersebut (*race-to-the-bottom*).⁵⁹ Jika keputusan negara bertentangan dengan kepentingan perusahaan, investor cenderung untuk memindahkan kegiatan usahanya ke negara-negara yang kurang berkembang dengan pengaturan yang lebih leluasa dan sistem hukum yang lemah.⁶⁰ Pada umumnya, negara-negara berkembang tersebut lalu akan mengambil tindakan "*race-to-the-bottom*"⁶¹ dalam standar lingkungan sehingga menyebabkan kerusakan lingkungan.

Alternatif Model Penyelesaian Sengketa yang Menyeimbangkan Kepentingan Investor dan Negara Penerima

Untuk mengatasi masalah-masalah yang muncul dari sistem perlindungan

⁵⁵ *ibid.*[7928].

⁵⁶ *ibid.*

⁵⁷ *ibid.*[7927].

⁵⁸ *ibid.* [7928].

⁵⁹ *ibid.*

⁶⁰ *ibid.*

⁶¹ *ibid.*

prosedural yang diberikan oleh BIT kepada investor dan negara, negara-negara penyusun BIT dan perjanjian investasi internasional lainnya menggunakan 5 pendekatan, yaitu: (1) tidak adanya ISDS, (2) majelis ISDS tetap (*standing*), (3) ISDS yang dibatasi, (4) prosedur ISDS yang diperbaiki, (5) campuran.

1. *Joint Committee*

Pendekatan ini menghapus adanya mekanisme penyelesaian sengketa antara investor dan negara penerima. Salah satu negara yang menggunakan pendekatan ini adalah Brazil, terbukti dari beberapa BIT yang ditandatanganinya pada tahun 2018, yaitu Brazil-Ethiopia BIT,⁶² Brazil-Guyana BIT,⁶³ dan Brazil-Suriname BIT.⁶⁴ Pada BIT-BIT tersebut, tersedia dua langkah yang dapat diambil negara apabila terdapat sengketa yang muncul dari pelanggaran ketentuan BIT, yaitu *Dispute Prevention Procedure* dan *Settlement of Disputes between the Parties*.

Apabila salah satu negara anggota BIT tersebut menilai bahwa tindakan yang diambil oleh negara anggota lainnya merupakan pelanggaran ketentuan BIT, langkah pertama yang harus diambil oleh negara anggota tersebut adalah dengan memulai prosedur *dispute prevention* melalui sebuah *Joint Committee*.⁶⁵ *Joint Committee* ini dibentuk oleh kedua belah pihak dengan beranggotakan perwakilan pemerintah masing-masing negara anggota yang terpilih.⁶⁶ Negara anggota yang mengajukan prosedur ini harus terlebih dahulu mengirimkan permohonan pengajuan kepada negara anggota lainnya yang berisikan tindakan negara tersebut serta dasar hukum dan fakta yang menjadi gugatannya.⁶⁷ Jika pelanggaran tersebut berhubungan langsung dengan investornya, negara pemohon juga harus merincikan investor

⁶² Agreement between the Federative Republic of Brazil and the Federal Democratic Republic of Ethiopia on Investment Cooperation and Facilitation [Brazil-Ethiopia BIT], 2018.

⁶³ Cooperation and Investment Facilitation Agreement between the Federative Republic of Brazil and the Co-Operative Republic of Guyana [Brazil-Guyana BIT], 2018.

⁶⁴ Cooperation and Facilitation Investment Agreement between the Federative Republic of Brazil and the Republic of Suriname [Brazil-Suriname BIT], 2018.

⁶⁵ Brazil-Ethiopia BIT, *Op. Cit.*, Pasal 23; Brazil-Guyana BIT, *Op. Cit.*, Pasal 24; Brazil-Suriname BIT, *Op. Cit.*, Pasal 24.

⁶⁶ Brazil-Ethiopia BIT, *Op. Cit.*, Pasal 27; Brazil-Guyana BIT, *Op. Cit.*, Pasal 18; Brazil-Suriname BIT, *Op. Cit.*, Pasal 18.

⁶⁷ Brazil-Ethiopia BIT, *Op. Cit.*, Pasal 23(2)(a); Brazil-Guyana BIT, *Op. Cit.*, Pasal 24(2)(a); Brazil-Suriname BIT, *Op. Cit.*, Pasal 24(2)(a).

terkait.⁶⁸ Selanjutnya, dalam 60 hari setelah pertemuan pertama, *Joint Commite* harus mengeluarkan laporan mengenai gugatan tersebut.⁶⁹

Apabila sengketa tersebut tidak dapat diselesaikan melalui langkah pertama, salah satu negara anggota dapat mengajukan sengketa tersebut kepada arbitrase ad hoc sesuai dengan ketentuan BIT tersebut atau kepada institusi arbitrase lain dengan kesepakatan bersama.⁷⁰ Perbedaan yang sangat jelas pada ketentuan ini dengan ketentuan BIT konvensional adalah bahwa para pihak yang bersengketa bukanlah investor dan negara penerima, namun kedua negara anggota BIT tersebut.

Perjanjian lain yang sepenuhnya meninggalkan rezim ISDS adalah ASEAN – Hong Kong, China Free Trade Agreement 2017. Mekanisme penyelesaian sengketa pada perjanjian ini sangat mirip dengan mekanisme penyelesaian sengketa pada WTO. Terdapat beberapa langkah yang dapat diambil negara anggota dalam menyelesaikan sengketanya, yaitu: *Consultations*; *Good Offices*, *Conciliation*, dan *Mediation*; dan pembentukan Majelis Arbitrase.

Pada tahap pertama, yaitu *Consultation*, salah satu pihak sengketa dapat mengajukan permohonan konsultasi kepada pihak lainnya mengenai sengketa apapun yang muncul dari perjanjian ini.⁷¹ Permohonan tersebut harus mencakup tindakan negara termohon serta dasar fakta dan hukum pelanggaran yang dimohonkan.⁷² Negara termohon harus memberikan jawaban atas permohonan tersebut dalam waktu 7 hari dan harus memulai konsultasi dalam kurun waktu 10 hari pada kasus-kasus mendesak,⁷³ atau 30 hari pada kasus-kasus lainnya.⁷⁴ Apabila permohonan tidak diindahkan oleh negara termohon dalam kurun waktu tersebut, negara pemohon dapat langsung mengajukan pembentukan majelis arbitrase untuk

⁶⁸ Brazil-Ethiopia BIT, *Op. Cit.*, Pasal 23(3); Brazil-Guyana BIT, *Op. Cit.*, Pasal 24(3); Brazil-Suriname BIT, *Op. Cit.*, Pasal 24(3).

⁶⁹ Brazil-Ethiopia BIT, *Op. Cit.*, Pasal 23(2)(b); Brazil-Guyana BIT, *Op. Cit.*, Pasal 24(2)(b); Brazil-Suriname BIT, *Op. Cit.*, Pasal 24(2)(b).

⁷⁰ Brazil-Ethiopia BIT, *Op. Cit.*, Pasal 24); Brazil-Guyana BIT, *Op. Cit.*, Pasal 25); Brazil-Suriname BIT, *Op. Cit.*, Pasal 25.

⁷¹ ASEAN-Hong Kong, China Free Trade Agreement, 2017, Pasal 6(1).

⁷² *ibid*, Pasal 6(2)

⁷³ *ibid*, Pasal 6(4)(a)

⁷⁴ *ibid*, Pasal 6(4)(b).

menyelesaikan sengketa tersebut.⁷⁵

Pada langkah selanjutnya, yaitu *Good Offices*, *Conciliation*, dan *Mediation*, para pihak yang bersengketa dapat kapan saja sepakat melaksanakan langkah ini.⁷⁶ Tidak hanya itu, dengan kesepakatan, para pihak juga dapat melaksanakan langkah ini walaupun sengketa antaranya sedang diperiksa oleh majelis arbitrase.⁷⁷

Langkah terakhir yang dapat diambil oleh pihak yang bersengketa adalah pembentukan majelis arbitrase. Proses ini hanya dapat dilaksanakan apabila negara termohon tidak melaksanakan konsultasi sama sekali,⁷⁸ maupun jika konsultasi yang dilaksanakan tidak membuahkan hasil setelah 20 hari pada kasus mendesak,⁷⁹ 60 hari untuk kasus-kasus lain,⁸⁰ atau periode lain sesuai kesepakatan para pihak.⁸¹ Pembentukan majelis arbitrase ini harus sesuai dengan pasal 8 FTA. Terdapat kesamaan pada mekanisme yang tersedia pada FTA ini dengan BIT yang disusun oleh Brazil, yaitu pihak yang bersengketa bukanlah investor dan negara penerima, melainkan negara-negara anggota perjanjiannya masing-masing.

2. *Standing ISDS Tribunal*

Pendekatan ini tidak menghapus keberadaan mekanisme ISDS, namun memberikan pengaturan yang berbeda pada pembentukan majelis arbitrase. Salah satu perjanjian yang menggunakan pendekatan ini adalah Free Trade Agreement between the European Union and the Republic of Singapore.⁸² Mekanisme penyelesaian sengketa pada perjanjian ini tetap memberikan kesempatan bagi investor asing untuk menggugat negara penerima melalui arbitrase ad-hoc. Namun, majelis arbitrase yang akan memeriksa sengketa tersebut tidak dibentuk pada saat munculnya sengketa. Pembentukan majelis arbitrase dilaksanakan pada tanggal berlakunya FTA ini, yang terdiri atas 2 anggota yang dipilih oleh EU, 2 anggota yang

⁷⁵ *ibid*, Pasal 6(5).

⁷⁶ *ibid*, Pasal 7(1).

⁷⁷ *ibid*, Pasal 7(2).

⁷⁸ *ibid*, Pasal 8(1)(a).

⁷⁹ *ibid*, Pasal 8(1)(b)(i).

⁸⁰ *ibid*, Pasal 8(1)(b)(ii).

⁸¹ *ibid*, Pasal 8(1)(b)(iii).

⁸² Free Trade Agreement between the European Union and the Republic of Singapore, 2009.

dipilih oleh Singapura, dan 2 anggota lain yang dipilih oleh kedua belah pihak yang bukan merupakan warga negara kedua belah pihak.⁸³ Komposisi majelis arbitrase ini memiliki masa jabatan selama 8 tahun sejak pemilihan dan dapat diperpanjang setelah masa tersebut berakhir.⁸⁴

Tidak hanya itu, mekanisme ini juga menyediakan upaya banding oleh majelis banding bagi putusan yang dikeluarkan oleh majelis arbitrase tersebut.⁸⁵ Majelis ini juga dibentuk pada saat berlakunya perjanjian dengan komposisi 2 anggota terpilih EU, 2 anggota terpilih Singapura, dan 2 anggota terpilih kedua belah pihak yang bukan merupakan warga negaranya.⁸⁶ Masa jabatan majelis ini sama dengan majelis arbitrase, yaitu 8 tahun dan dapat diperpanjang apabila telah berakhir.⁸⁷

Mekanisme ini dapat mengatasi masalah mengenai konsistensi putusan-putusan arbitrase yang diperiksa oleh beberapa arbiter berbeda pada komposisi arbitrase-arbitrase sebelumnya. Selain itu, upaya hukum yang dapat diajukan oleh pihak yang bersengketa menjadi tidak terbatas hanya pada *annulment* atau pembatalan, namun juga dapat diajukan banding sehingga kebenaran dan konsistensi putusan terjamin.

3. ISDS yang dibatasi

Pembatasan pada mekanisme ISDS ini diwujudkan dalam bentuk persyaratan yang harus dipenuhi sebelum investor dapat mengajukan gugatan kepada negara melalui arbitrase. Terdapat beberapa macam persyaratan arbitrase, seperti pelaksanaan konsultasi dan negosiasi, ataupun pengajuan gugatan melalui pengadilan umum atau administratif domestik. Batasan-batasan ini dapat dilihat dari beberapa BIT, seperti Belarus-India BIT,⁸⁸ Argentina-Jepang BIT,⁸⁹ dan Australia-Peru FTA.⁹⁰

⁸³ *ibid*, Pasal 3.9(2).

⁸⁴ *ibid*, Pasal 3.9(5).

⁸⁵ *ibid*, Pasal 3.10

⁸⁶ *ibid*, Pasal 3.10(2).

⁸⁷ *ibid*, Pasal 3.10(5)

⁸⁸ Treaty between the Republic of Belarus and the Republic of India of Investments [Belarus-India BIT], 2002.

⁸⁹ Agreement between the Argentine Republic and Japan for the Promotion and Protection of Investment [Argentina-Japan BIT], 2018.

⁹⁰ Peru-Australia Free Trade Agreement [PAFTA], 2018.

Modifikasi pertama yang dapat dilihat pada Argentina-Jepang BIT dan Australia-Peru FTA adalah diharuskannya penyelesaian sengketa melalui konsultasi dan negosiasi. Kedua perjanjian ini menggunakan bahasa yang sama pada klausul penyelesaian sengketa yaitu jika terdapat sengketa investasi antara investor dan negara penerima, kedua pihak “*should initially seek to resolve the dispute through consultation and negotiation, which may include the use of non-binding, third party procedures*”.⁹¹ Dengan ketentuan seperti ini, apabila para pihak tidak melakukan konsultasi dan negosiasi, Claimant tidak diperbolehkan untuk mengajukan gugatan melalui arbitrase. Ketentuan ini harus dibedakan dengan ketentuan yang terdapat pada BIT lain, seperti Argentina-Italy BIT. Pada BIT tersebut, para pihak hanya diharuskan untuk melaksanakan negosiasi dan konsultasi “*to the extent possible*”,⁹² di mana persyaratan tersebut bukanlah langkah yang wajib diambil karena klasul tersebut hanya menunjukkan *good will* dari kedua belah pihak untuk melaksanakan penyelesaian sengketa secara damai.⁹³

Selanjutnya, pada Belarus-India BIT, terdapat sebuah Pasal khusus yang menerangkan mengenai syarat-syarat awal yang harus dipenuhi sebelum sengketa dapat diajukan melalui arbitrase, yaitu Pasal 15 yang berbunyi:

*“...a disputing investor **must first submit its claim before the relevant domestic courts or administrative bodies of the Defending Party** for the purpose of pursuing domestic remedies in respect of the same measure or similar factual matters for which a breach of this Treaty is claimed. Such claim before the relevant domestic courts or administrative bodies of the Defending Party **must be submitted within two (2) year(s) from the date on which the investor first acquired, or should have first acquired, knowledge of the measure in question and knowledge that the investment, or the investor with respect to its investment, had incurred loss or damage as a result.***

*For greater certainty, in demonstrating compliance with the obligation to exhaust local remedies, **the investor shall not assert that the obligation to exhaust local remedies does not apply or has been met on the basis that the claim under this Treaty is by a different party or in respect of a different cause of action**”.*[cetak tebal oleh penulis]

⁹¹ Argentina-Japan BIT, *Op. Cit.*, Pasal 24(1); PAFTA, *Op. Cit.*, Pasal 8.19(1).

⁹² Agreement between Italy and Argentine Republic for the Promotion and Protection of Investments, 1990, Pasal 10(1).

⁹³ Abaclar, *Op. Cit.*, para 564.

BIT ini mengharuskan investor untuk mengajukan gugatan melalui pengadilan umum atau administratif domestik terlebih dahulu dalam kurun waktu 2 tahun semenjak investor mengetahui bahwa tindakan pemerintah yang digugat telah berlaku dan telah mengakibatkan kerugian bagi investasinya. Tidak hanya itu, investor juga harus melaksanakan konsultasi, negosiasi, maupun penyelesaian sengketa melalui pihak ketiga secara damai apabila gugatan melalui pengadilan domestik tidak berbuah pada penyelesaian sengketa setelah 5 tahun berjalan.⁹⁴ Apabila sengketa tersebut masih belum dapat diselesaikan setelah 6 bulan menjalani metode penyelesaian sengketa secara damai, investor dapat mengajukan penyelesaiannya melalui arbitrase.⁹⁵ Dengan adanya ketentuan seperti ini, investor membutuhkan waktu setidaknya 5 tahun 6 bulan agar dapat mengajukan penyelesaian sengketa dengan negara penerima melalui arbitrase.

4. Prosedur ISDS yang diperbaiki

Pendekatan ini sejatinya tetap menggunakan mekanisme ISDS yang telah ada, akan tetapi terdapat beberapa perubahan. Perubahan-perubahan ini ditujukan untuk menambahkan kontrol negara terhadap proses hukum arbitrase, memastikan kesesuaian dan imparialitas arbiter, menambahkan efisiensi arbitrase, dan membatasi ruang lingkup yurisdiksi majelis ISDS. Beberapa perjanjian investasi internasional yang menggunakan pendekatan ini adalah Belarus-India BIT, Argentina-Japan BIT dan Australia-Peru FTA.

Modifikasi pertama yang dapat ditemukan pada perjanjian tersebut adalah pada ruang lingkup yurisdiksi majelis arbitrase. Pasal 8.20 Australia-Peru FTA mengatur apabila sengketa investasi tidak dapat diselesaikan secara damai dalam kurun waktu 6 bulan,

*“(a) the claimant, on its own behalf, may submit to arbitration under this Section a claim:
(i) that the respondent has breached an obligation under Section A; and
(ii) that the claimant has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach;”*⁹⁶

⁹⁴ Belarus-India BIT, *Op. Cit.*, Pasal 15.2.

⁹⁵ *ibid*, Pasal 15.4.

⁹⁶ PAFTA, *Op. Cit.*, Pasal 8.20(1).

Dan Pasal 25 Argentina-Japan BIT mengatur jika sengketa investasi tidak dapat diselesaikan secara damai,

“(a) the claimant, on its own behalf, may submit to arbitration under this Section a claim:

(i) that the respondent has breached:

(A) an obligation under Chapter I; or

(B) an investment agreement; and

(ii) that the claimant has incurred loss or damage by reason of, or arising out of, that breach;”⁹⁷

Kedua rumusan ini memberikan batasan terhadap yurisdiksi majelis arbitrase. Pada Australia-Peru FTA, yurisdiksi majelis arbitrase hanya terbatas pada pelanggaran pasal-pasal yang terdapat pada Section A FTA tersebut. Sedangkan, pada Argentina-Jepang BIT, yurisdiksi majelis arbitrase terbatas pada pelanggaran kewajiban dalam Chapter I BIT tersebut dan perjanjian investasi dengan Claimant sebagai anggotanya. Walaupun terdapat perbedaan pada pelanggaran yang dapat menjadi yurisdiksi majelis arbitrase, kesamaan dari kedua perjanjian tersebut dapat dilihat bahwa gugatan yang diajukan harus menunjukkan bahwa claimant telah mengalami kerugian yang disebabkan oleh pelanggaran kewajiban tersebut.

Selanjutnya, terdapat mekanisme untuk memastikan kompetensi dan imparialitas arbiter pada Belarus-India BIT. Ketentuan ini tercermin pada Pasal 18 BIT yang berbunyi:

“18.1 Unless otherwise agreed by the disputing parties within 30 days from the date of receipt of the notice of arbitration, the Tribunal shall consist of three arbitrators with relevant expertise or experience in public international law, international trade and international investment law, or the resolution of disputes arising under international trade or international investment agreements.

18.2 The arbitrators shall be independent of, and not be affiliated with or take instructions from a disputing party or the government of a Party with regard to trade and investment matters. Arbitrators shall not take instructions from any organisation, government or disputing party with regard to matters related to the dispute”.(cetak tebal oleh penulis)⁹⁸

⁹⁷ Argentina-Japan BIT, *Op. Cit.*, Pasal 25.

⁹⁸ Argentina-Japan BIT, *Op. Cit.*, Pasal 18.1-2.

Ketentuan ini mengharuskan arbiter yang terpilih untuk memiliki kompetensi pada bidang Hukum Internasional, Hukum Perdagangan dan Investasi Internasional, serta pengalaman menyelesaikan sengketa yang menyangkut Hukum Perdagangan dan Investasi Internasional. Arbiter juga tidak boleh memiliki hubungan apapun dengan pihak yang memilihnya serta dilarang menerima perintah atau arahan dari pihak-pihak yang bersengketa maupun organisasi yang bersangkutan.

Kedua macam modifikasi ini memberikan kepastian atas jenis-jenis sengketa yang dapat diajukan penyelesaiannya melalui arbitrase sehingga investor tidak dapat dengan mudah mengajukan gugatan kepada negara penerima kapanpun suatu tindakan negara dirasa merugikan investasi mereka. Tidak hanya itu, putusan yang dihasilkan oleh majelis arbitrase yang dibentuk melalui prosedur BIT tersebut dapat dihindarkan dari dugaan “*erroneous*” karena independensi dan imparialitas anggota majelis tersebut dapat dipastikan.

5. *Joint Committee* dan Arbitrase

Selain dengan menggunakan mekanisme penyelesaian sengketa yang berdiri sendiri-sendiri, terdapat BIT yang menggunakan dua atau lebih contoh mekanisme penyelesaian sengketa seperti Model BIT Indonesia tahun 2015. Model BIT ini menyediakan beberapa mekanisme penyelesaian sengketa yang terbagi atas sengketa antar negara anggota dan sengketa antara investor dan negara penerima. Perbedaan antara kedua sengketa ini ialah sengketa antara investor dan negara penerima dapat muncul *in relation to the Covered Investment*,⁹⁹ sedangkan sengketa antar negara anggota hanya mengenai “interpretasi [dan/atau implementasi]” dari ketentuan perjanjian tersebut.¹⁰⁰

Apabila terjadi sengketa antar negara anggota perjanjian ini, sengketa tersebut harus langsung diajukan kepada *Joint Committee* untuk diselesaikan selama maksimum 6 bulan sejak pengajuan.¹⁰¹ Hanya jika *Joint Committee* tidak dapat menyelesaikan sengketa tersebut, negara anggota dapat mengajukan penyelesaian

⁹⁹ Indonesia’s Model BIT, 2015, Pasal 25 (1).

¹⁰⁰ *ibid*, Pasal 24(1).

¹⁰¹ *ibid*.

sengketa melalui arbitrase ad-hoc dengan pengaturan jumlah gugatan maksimal.¹⁰² Terdapat pengaturan lebih lanjut apabila *Joint Committee* telah mengeluarkan suatu putusan, putusan tersebut juga memiliki kekuatan mengikat bagi konsideran yang akan diambil oleh majelis arbitrase.

Selanjutnya, apabila terjadi sengketa antara investor dan negara penerima, kedua belah pihak harus terlebih dahulu mengambil jalur penyelesaian sengketa secara damai melalui konsultasi dan negosiasi selama 6 bulan.¹⁰³ Apabila konsultasi dan negosiasi tidak menyelesaikan sengketa tersebut, kedua belah pihak harus mengajukan penyelesaiannya melalui *Joint Committee* dengan kurun waktu 6 bulan.¹⁰⁴ Jika *Joint Committee* tidak dapat menyelesaikan sengketa setelah waktu habis, para pihak yang bersengketa diberikan dua opsi yang dapat dijalani demi menyelesaikan sengketanya, yaitu melalui pengadilan nasional negara penerima, atau melalui arbitrase ad-hoc.¹⁰⁵ Selanjutnya, Pasal 25(5) Model BIT ini berbunyi:¹⁰⁶

“For a greater certainty, a claim which is being examined and/or has been decided by the Domestic Court of the Host State shall not be brought to the arbitration proceeding. In any case, the consequences of a Domestic Court decision including loss of profit and opportunity, cannot be brought as a Cause of Action for Investor-State dispute settlement”. [cetak tebal oleh penulis]

Ketentuan ini menunjukkan bahwa terdapat *fork-in-the-road clause* yang hanya memperbolehkan para pihak yang bersengketa untuk memilih salah satu dari dua opsi yang diberikan. Apabila para pihak telah memilih untuk menyelesaikan sengketa melalui pengadilan nasional negara penerima, sengketa tersebut tidak dapat diajukan kembali kepada arbitrase.

Penunjukkan majelis arbitrase menggunakan mekanisme umum, yaitu pemilihan dua arbiter oleh masing-masing pihak yang bersengketa, dan pemilihan arbiter terakhir oleh kedua arbiter yang telah ditunjuk.¹⁰⁷ Terdapat pengaturan lebih

¹⁰² *ibid*, Pasal 24(2).

¹⁰³ *ibid*, Pasal 25(1).

¹⁰⁴ *ibid*, Pasal 25(2).

¹⁰⁵ *ibid*, Pasal 25(3).

¹⁰⁶ *ibid*, Pasal 25(5).

¹⁰⁷ *ibid*, Pasal 26(1).

lanjut mengenai mekanisme ini, yaitu arbitrase harus dilaksanakan di wilayah negara penerima,¹⁰⁸ biaya arbitrase tidak boleh lebih dari beberapa persen jumlah kompensasi yang diputus oleh majelis,¹⁰⁹ dan proses arbitrase diperbolehkan untuk menggunakan UNCITRAL Rules on Arbitration.¹¹⁰ Ketentuan-ketentuan ini berlaku bagi sengketa antar negara dan sengketa antara investor dan negara penerima.¹¹¹

Kesimpulan

Pada praktiknya, ditemukan beberapa kelemahan utama dari sistem ISDS, yaitu tidak adanya konsistensi pada banya putusan arbitrase, sifat putusan yang dinilai sebagai “*erroneous*”, permasalahan pada pemilihan arbiter, seperti imparialitas dan independensi arbiter, serta keberagaman arbiter yang tersedia. Tidak hanya itu, biaya yang harus dikeluarkan oleh kedua belah pihak pada suatu proses arbitrase sangatlah besar.

Maka dari itu, dalam menghindari kerugian-kerugian sistem ISDS, Pemerintah Indonesia dalam merumuskan perjanjian investasi internasional dapat menggunakan campuran atas beberapa model penyelesaian sengketa investasi yang telah disebutkan di atas, seperti yang telah dicakup oleh model BIT Indonesia Tahun 2015. Namun, alangkah lebih baik apabila majelis arbitrase pada model tersebut memiliki anggota yang tetap sejak dilaksanakannya perjanjian investasi internasional terkait, sehingga masalah-masalah seperti penunjukkan arbiter dan konsistensi putusan dapat dihindari.

Daftar Bacaan

Buku

Douglas, Zachary, *The International Law of Investment Claims*, (Cambridge University Press 2009).

¹⁰⁸ *ibid*, Pasal 26(2).

¹⁰⁹ *ibid*, Pasal 26(4).

¹¹⁰ *ibid*, Pasal 26(5).

¹¹¹ *ibid*, Pasal 26(7).

Harten, Van, *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, (Oxford: Oxford University Press 2007).

Johnson, Lise dan Sachs, Lisa, *Inconsistency's Many Forms in Investor-State Dispute Settlement and Implications for Reform*, (Columbia Center on Sustainable Investment 2018).

Kinney, Meg N., et. al., *Investment Disputes under NAFTA: An Annotated Guide to NAFTA Chapter 11*, (Kluwer Law International 2006).

Rosert, Diana, *The Stakes Are High: A review of the financial costs of investment treaty arbitration*, (IISD 2014).

Jurnal

Antonio R. Parra, 'Settlement of Investment Disputes: The Experience of ICSID in Transition Countries and Elsewhere', (2001) *Law in Transition: Contract Enforcement* (EBRD Publication).

Arseni Matveev, 'Investor-State Dispute Settlement: The Evolving Balance Between Investor Protection And State Sovereignty', (2015) 40 *The University of Western Australia Law Review*.

C. Mouawad, 'Issue Conflicts in Investment Treaty Arbitration', (2008) *Transnational Dispute Management*.

Christopher Ryan, 'Meeting Expectations: Assessing the Long-Term Legitimacy and Stability of International Investment Law', (2008) 29(3) *U. Pa. J. Int'l L.* 725.

Hasrat Arjjumend, 'Regulatory Chill, Corporate Takeover And Environmental Governance', (2017) 6 Issue 12 *International Journal of Current Advanced Research*.

Liang-Ying Tan & Amal Bouchenaki, 'Limiting Investor Access to Investment Arbitration: A Solution without a Problem?', (2005) 4 *Nijhoff International Investment Law Series*.

OECD, 'Government Perspectives on Investor-State Dispute Settlement: A Progress Report', (2012) *Freedom of Investment Roundtable*.

Susan D. Franck, 'Foreign Direct Investment, Investment Treaty Arbitration, and the Rule of Law', (2006) 19 *Pac. McGeorge Global Bus. & Dev. L.J.* 337.

Susan D. Franck, 'The Legitimacy Crisis in Investment Arbitration: Privatizing

Public International Law Through Inconsistent Decision’, (2005) 73 Fordham Law Review.

Susan D. Franck, ‘The Nature and Enforcement of Investor Rights under Investment Treaties: Do Investment Treaties Have a Bright Future’, (2005) 12 U.C. Davis J. Int’l L. & Pol’y.

Laman

T. Buergenthal, ‘The proliferation of disputes, dispute settlement procedures and respect for the rule of law’, (Transnational Dispute Management, 2006) <<https://www.transnational-dispute-management.com/article.asp?key=820>> accessed 9 Mei 2019.

UNCTAD, ‘Database of Treaty-Based Investor–State Dispute Settlement Cases’, (Investment Policy Hub, 2019) <<http://iiadbcases.unctad.org/>>, accessed 12 Mei 2019

Perjanjian Internasional:

Agreement between Italy and Argentine Republic for the Promotion and Protection of Investments, 1990.

Agreement between the Argentine Republic and Japan for the Promotion and Protection of Investment, 2018.

Agreement between the Federative Republic of Brazil and the Federal Democratic Republic of Ethiopia on Investment Cooperation and Facilitation, 2018.

ASEAN-Hong Kong, China Free Trade Agreement, 2017.

Cooperation and Facilitation Investment Agreement between the Federative Republic of Brazil and the Republic of Suriname, 2018.

Cooperation and Investment Facilitation Agreement between the Federative Republic of Brazil and the Co-Operative Republic of Guyana, 2018.

Free Trade Agreement between the European Union and the Republic of Singapore, 2009.

Indonesia’s Model BIT, 2015.

Peru-Australia Free Trade Agreement, 2018.

Treaty between the Republic of Belarus and the Republic of India of Investments, 2002.

Publikasi United Nations

A/CN.9/WG.III/WP.153.

A/CN.9/WG.III/WP.149.

UNCITRAL Working Group Session, A/CN.9/964, 6 November 2018.

UNCTAD, *Global Value Chains: Investment and Trade for Development*, World Investment Report 2013’.

UNCTAD, *Investor-State Disputes and Policy Implications*, TD/B/COM.2/62, 14 Januari 2005.

Putusan Arbitrase

Abaclat and Others v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 Agustus 2011.

CEMEX Caracas Investments B.V. and CEMEX Caracas II Investments B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/08/15, Decision on Proposal for Disqualification of an Arbitrator, 6 November 2009.

Hulley Enterprises Ltd. (Cyprus) v. Russian Federation, UNCITRAL, PCA Case No. AA 226. Final Awards, 18 Juli 2014.

Iberdrola Energía v. Guatemala, ICSID Case No. ARB/09/5, Award, 17 Agustus 2012.

Occidental Petroleum Corporation and Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador, ICSID Case No. ARB/06/11, Award.

S&T Oil Equipment and Machinery Ltd v. Romania, Investment Arbitration Reporter, 11 Mei 2009.

Technicas Medioambientales, S.A v. United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award, 2008.

Teco Guatemala Holdings v. Guatemala (Teco), ICSID Case No. ARB/10/2, Award, 19 Desember 2013.

Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. Russian Federation, UNCITRAL, PCA Case No. AA 228.

Vito G. Gallo v. Canada, UNCITRAL, Decision of the ICSID Deputy Secretary-General on the challenge to Mr. J. Christopher Thomas, 14 Oktober 2009.

Vivendi v. Argentina II, ICSID Case No. ARB/97/3, Award, 20 Agustus 2007.

Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russian Federation, UNCITRAL, PCA Case No. AA 227.

Putusan Pengadilan

Republic of Ghana v. Telekom Malaysia Berhad, District Court of The Hague, 18 Oktober 2004, Challenge No. 13/2004; Petition No. HA/RK 2004.667; dan Challenge 17/2004, Petition No. HA/RK/2004/778, 5 November 2004.

HOW TO CITE: Zulfikar Dimas Winarno, 'Model Penyelesaian Sengketa yang Menyeimbangkan Kepentingan Investor dan Negara Penerima' (2019) Vol. 2 No. 6 Jurist-Diction.

--halaman ini sengaja dibiarkan kosong--