

## KRISIS DAN REFORMASI: PENYELESAIAN SENGKETA DALAM PERJANJIAN INVESTASI BILATERAL DI NEGARA DUNIA KETIGA

Syahrul Fauzul Kabir

Fakultas Hukum, Universitas Islam Bandung

Syahrul.fauzul@gmail.com

### ***Abstract***

*The origin of Investor-State Dispute Settlement (ISDS) is an attempt to eliminate political aspects (depoliticization) in resolving investment disputes. Previously, the settlement of investment disputes was carried out through State-State Dispute Settlement (SSDS) mechanism. The implementation of ISDS relatively marks the end of exhaustion of local remedies's principle (ELR). As customary international law, the ELR principle requires foreign national whose rights are violated to take local remedies. This research used juridical-normative and comparative method. Based on the specifications, this research is descriptive-analytical. In response to ISDS's problem, third world countries such as Indonesia, India, Brazil, and South Africa drafted new Bilateral Investment Treaty (BIT) model, specifically the ISDS clause. The ELR principle is adopted by India and South Africa. While Brazil and South Africa employ SSA mechanism, instead of ISA. Even India facilitates an appeal mechanism based on separate international agreement. Meanwhile, instead of reforming by applying the ELR principle, Indonesia has only strengthened alternative dispute resolution while also facilitating the ISA. Thus, Indonesia has not fully anticipated the ISDS legitimacy crisis and, therefore, has the potential to receive lawsuits from investors that could be detrimental, both to national regulations and state finance.*

**Keywords:** *Bilateral Investment Treaty (BIT), Investor-State Dispute Settlement (ISDS), State-State Dispute Settlement (SSDS), Exhaustion of Local Remedies (ELR), Third World Countries.*

### ***Intisari***

Latar belakang kemunculan ISDS adalah upaya penghilangan aspek politis (depolitisasi) dalam penyelesaian sengketa investasi. Sebelumnya, penyelesaian sengketa investasi ditempuh melalui mekanisme *State-State Dispute Settlement* (SSDS). Implementasi ISDS relatif menandai berakhirnya prinsip *exhaustion of local remedies*/ELR. Sebagai hukum kebiasaan internasional, prinsip ELR mensyaratkan pihak asing yang hak-haknya dilanggar untuk menempuh peradilan lokal terlebih dahulu. Metode pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah yuridis normatif dan komparatif. Berdasarkan spesifikasinya, penelitian ini bersifat deskriptif analitis. Merespon krisis ISDS, negara-negara dunia ketiga seperti Indonesia, India, Brazil dan Afrika Selatan menyusun model Perjanjian Investasi Bilateral (BIT), khususnya klausul ISDS baru. Prinsip ELR kembali digunakan oleh India dan Afrika Selatan, sementara Brazil dan Afrika Selatan menerapkan mekanisme SSA, alih-alih ISA. India bahkan membuka peluang bagi diterapkannya upaya banding berdasarkan perjanjian internasional secara terpisah. Sementara, alih-alih reformis dengan menerapkan prinsip ELR, Indonesia hanya

memperkuat alternatif penyelesaian sengketa seraya tetap memfasilitasi ISA. Dengan demikian, Indonesia belum sepenuhnya mengantisipasi krisis legitimasi ISDS dan, karenanya, berpotensi menerima gugatan dari investor yang dapat merugikan, baik terhadap regulasi nasional maupun secara finansial.

**Kata Kunci:** *Bilateral Investment Treaty* (BIT), *Investor-State Dispute Settlement* (ISDS), *State-State Dispute Settlement* (SSDS), *Exhaustion of Local Remedies* (ELR), Negara Dunia Ketiga.

## A. Pendahuluan

Pasca gagalnya upaya pembentukan rezim investasi asing multilateral di abad ke-19, perjanjian investasi bilateral (*Bilateral Investment Treaty*/BIT) telah berangsur-angsur menjadi instrumen utama yang diandalkan negara-negara dalam mengundang investasi asing ke dalam negerinya.<sup>1</sup> Hingga saat ini, tercatat sebanyak 2.901 BIT telah dikukuhkan oleh berbagai negara di dunia, baik oleh negara dunia kesatu maupun negara dunia ketiga.<sup>2</sup> Namun, seiring diterapkannya mekanisme *Investor-State Dispute Settlement* (ISDS) sebagai klausul penyelesaian sengketa yang lazim termuat dalam BIT khususnya sejak tahun 1969,<sup>3</sup> gugatan investor terhadap negara berbasis perjanjian investasi di arbitrase internasional (*investment treaty arbitration*/ITA) juga turut meningkat pesat dan mulai menjadi sasaran kritik dari berbagai pihak.

Latar belakang kemunculan ISDS disinyalir sebagai upaya penghilangan aspek politis (depolitisasi) dalam penyelesaian sengketa investasi. Sebelumnya, penyelesaian sengketa investasi umumnya ditempuh melalui mekanisme *State-State Dispute Settlement* (SSDS) sebagaimana diatur dalam instrumen *Friendship, Commerce and Navigation* (FCN), selaku cikal bakal dari instrumen BIT. Selain membutuhkan waktu yang relatif lama, hubungan diplomatis antar negara kerap menjadi pertimbangan yang dianggap menyulitkan investor dalam menggugat negara melalui SSDS. ISDS, konon, diniatkan untuk memfasilitasi penyelesaian sengketa investasi secara cepat dan netral, tanpa menyentuh ranah politik yang sensitif itu.

1 Stephan W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2009), 31-60.

2 UNCTAD, "World Investment Report 2021: Investing in Sustainable Recovery", United Nations, Geneva (2021): 122.

3 Rodrigo Polanco, *The Return of the Home States to Investor-State Disputes: Bringing Back Diplomatic Protection*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2018), 33.

Adapun pengadilan lokal yang diragukan netralitasnya, adalah asumsi dasar mengapa ISDS mendesak untuk diterapkan. Hal ini bertolak dari kenyataan bahwa perjanjian investasi, semula, disusun oleh negara dunia kesatu (*capital exporter*) dan negara dunia ketiga (*capital importer*) yang peradilan lokalnya, secara *a priori*, dianggap belum memadai atau tidak dipercaya oleh investor.

Terlepas dari beragam aspek positif yang dimiliki oleh ISDS, rezim ISDS relatif menandai berakhirnya implementasi prinsip yang lazim digunakan dalam lapangan hukum internasional, yaitu *exhaustion of local remedies*/ELR. Sebagai hukum kebiasaan internasional, prinsip ELR mensyaratkan pihak asing (*foreign nationals/investor*) yang hak-haknya dilanggar untuk menempuh peradilan lokal terlebih dahulu, baik secara administratif maupun yudisial, sebelum mengajukan perlindungan diplomatik atau menggugat negara melalui mekanisme internasional (*international proceedings*).<sup>4</sup> Prinsip itu bahkan masih tercantum dalam BIT yang disusun pada kisaran tahun 1970-1980. Sementara BIT Jerman-Pakistan di tahun 1959 belum mengenal ISDS, sejak tahun 1990 ISDS menjadi salah satu fitur utama dalam BIT.<sup>5</sup> Namun, sejak tahun 2004, prinsip *exhaustion of local remedies* dan/SSDS sebagai klausul BIT mulai dipertimbangkan kembali penerapannya, terutama oleh negara dunia ketiga.<sup>6</sup> Hal ini didasarkan oleh permasalahan yang tengah dihadapi rezim investasi internasional, yang umumnya mengundang respon negara untuk menyeimbangkan kedaulatan negara dihadapan perlindungan

---

4 Martin Dietrich Brauch, "Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law", *IISD Best Practice Series*, (2017): 2.

5 Matthew C. Potterfield, "Exhaustion of Local Remedies In Investor-State Dispute Settlement: An Idea Whose Time Has Come?", *The Yale Journal of International Law* 41, (2015): 3.

6 *Black's Law Dictionary* mendefinisikan negara dunia ketiga sebagai negara yang secara ekonomi tidak semaju negara-negara berkekuatan utama industri (*industrial powers*). Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, (Eagan: West Publisher, 2004), 1358. Apabila istilah "negara berkembang" hanya menangkap dimensi sosio-ekonomi dari suatu negara (misalnya, berdasarkan tingkat GDP), maka istilah "negara dunia ketiga" menangkap aspek politis-historis suatu negara (yakni: negara yang pernah mengalami kolonialisasi, negara yang terafiliasi dengan gerakan non-blok, negara yang tergabung dalam G-77, dsb). Secara spesifik, negara dunia ketiga dalam tulisan ini merujuk pada Indonesia, India, Brazil dan Afrika Selatan. Ada tiga (3) alasan mengapa negara tersebut dipilih sebagai objek penelitian: (1) negara tersebut merupakan negara-negara eks-kolonial di belahan bumi selatan; (2) negara tersebut telah menyusun model BIT yang baru (pasca krisis ekonomi di tahun 2008) dengan mengintrodusir prosedur maupun substansi yang "reformis"; (3) negara tersebut populer menjadi objek penelitian dalam lingkup BIT saat ini karena tergolong sebagai "new emerging economies" atau terafiliasi dengan BRICS (*Brazil, Russia, China, South Africa*).

investor, dan khususnya untuk merespon “krisis legitimasi ISDS”.

Krisis tersebut terutama dipicu oleh meningkatnya ISDS di forum arbitrase internasional, khususnya di *International Centre for Investment Dispute* (ICSID), yang dianggap menggerus kedaulatan negara (*state sovereignty*). Secara statistik, jumlah kasus ISDS yang meningkat pesat sejak tahun 2004 tercatat masih tinggi sepanjang tahun 2019. Dari total 65 sengketa investasi berbasis perjanjian (*treaty-based*), sebanyak 60% kasus dimenangkan oleh pihak investor dan mayoritas yang menjadi tergugat (*respondent*) adalah negara berkembang. Hingga saat ini, tercatat sebanyak 855 kasus ISDS telah diputuskan.<sup>7</sup> Kendati FDI (*foreign direct investment*) masih diandalkan negara untuk mendongkrak perekonomian nasional, ISDS menjadi kekhawatiran tersendiri bagi negara-negara berkembang. Bolivia, Venezuela dan Ekuador bahkan memutuskan untuk keluar dari keanggotaannya di organisasi ICSID demi mengantisipasi gugatan terhadap negara di forum arbitrase internasional. Sebab, selain ISDS membutuhkan ongkos yang besar,<sup>8</sup> kekalahan negara di ISDS bukan hanya merugikan secara finansial tetapi juga dari segi regulasi, mengingat ISDS menyoal regulasi/kebijakan domestik.

Merespon krisis tersebut, langkah reformis berbeda ditempuh oleh India, Brazil dan Afrika Selatan. Negara-negara yang tergolong sebagai *major-emerging economies* ini menyusun kerangka regulasi atau model perjanjian investasi asing (khususnya BIT) yang baru. Merumuskan ulang, bahkan menghapus beberapa prinsip yang lazim diatur dalam BIT. India, dalam konteks penyelesaian sengketa investasi internasional, hanya akan menyetujui klausul ISDS jika “*exhaustion of local remedies*” ditempuh investor terlebih dahulu. Sementara mekanisme SIDS, alih-alih ISDS, diterapkan oleh Afrika Selatan dan Brazil dalam BIT terbarunya. Indonesia memiliki sikap yang ambivalen dihadapan permasalahan ini. Di satu sisi, pada sesi ke-37 dalam forum UNCITRAL *Working Group III: Investor-State Dispute Settlement Reform*, Indonesia menganjurkan penerapan prinsip ELR dalam ISDS dan

---

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

<sup>8</sup> Perihal kajian yang merangkum biaya yang dibutuhkan dalam ISDS, Lihat Gabriel Bottini, *et.al*, “*Excessive Costs & Insufficient Recoverability of Cost Awards*”, [https://www.cids.ch/images/Documents/Academic-Forum/1\\_Costs\\_-\\_WG1.pdf](https://www.cids.ch/images/Documents/Academic-Forum/1_Costs_-_WG1.pdf) (diakses 25 Januari 2021).

menimbang untuk mengadopsi prinsip tersebut ke dalam BIT terbarunya. Di sisi lain, Indonesia-Singapore BIT 2018 yang baru saja diratifikasi pada bulan September 2020 justru membuktikan sebaliknya, bahwa prinsip ELR tidak diberlakukan, seraya membiarkan ISA tetap berlaku.

Metode pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah yuridis normatif dan komparatif. Dalam tulisan ini, mekanisme penyelesaian sengketa investasi dalam model BIT di negara-negara dunia ketiga (Indonesia, India, Brazil dan Afrika Selatan) dianalisis lalu dikomparasikan.

## **B. Krisis Penyelesaian Sengketa dalam Perjanjian Investasi Bilateral**

Perjanjian investasi bilateral (BIT) adalah perjanjian internasional publik antara dua negara yang bertujuan untuk memberi perlindungan dan promosi bagi investasi asing. Pada dasarnya, ketentuan dalam BIT dapat dipilah menjadi dua bagian yang terdiri dari aturan substantif dan aturan prosedural. Sementara aturan substantif merinci hak dan kewajiban para pihak terkait promosi dan perlindungan investasi, aturan prosedural memberi jaminan pemulihan bagi investor melalui mekanisme penyelesaian sengketa, manakala aturan substantif dilanggar oleh salah satu negara pihak. Dengan demikian, pelanggaran terhadap aturan substantif dalam BIT berimplikasi pada terbukanya peluang bagi implementasi klausul penyelesaian sengketa BIT. Pasal 33 ayat 1 Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) mengatur mekanisme penyelesaian sengketa (hukum) sebagai berikut:<sup>9</sup>

*“... the parties to any dispute... shall, first of all, seek a solution by negotiation, inquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement, resort to regional agencies or arrangements or other peaceful means of their own choice”*

Jelas bahwa mekanisme penyelesaian sengketa investasi yang diakui oleh hukum internasional moderen adalah negosiasi, penyelidikan, jasa-jasa baik, mediasi, konsiliasi, arbitrase, pengadilan nasional, pengadilan internasional, badan-badan regional, atau cara-cara damai lain yang disepakati. Sebelum BIT eksis, FCN merupakan instrumen perjanjian investasi yang digunakan

---

9 Pasal 33 Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa.

antar negara saat itu. Selain tidak memiliki *standard of treatment* yang komprehensif sebagaimana BIT saat ini, FCN belum mengenal mekanisme ISDS. Penyelesaian sengketa investasi pada era awal abad 19 dilakukan melalui jalan diplomasi, bahkan melalui ancaman militeristik. Praktik ini dikenal dengan istilah “*Gun-Boat Diplomacy*”. Negara-negara dunia kesatu mempraktikkan doktrin tersebut dengan mengirimkan kapal-kapal perangnya ke wilayah *host state* yang notabene adalah negara dunia ketiga. Namun, pasca berakhirnya perang dunia kedua, penyelesaian sengketa secara damai menjadi norma baru yang ditetapkan lewat Resolusi Umum PBB 2625 *on Declaration of Principles of International Law Concerning Friendly Relations and Cooperation Among States in Accordance with the Charter of United Nations*.<sup>10</sup>

*State-State Dispute Settlement* menjadi mekanisme penyelesaian sengketa investasi asing saat itu, bahkan hingga memasuki rezim BIT di tahun 1969. Selain arbitrase internasional, baik yang sifatnya *ad hoc* maupun permanen, Mahkamah Internasional merupakan forum yang kerap dipilih para pihak dalam mekanisme SSDS. Namun, setelah dikukuhkannya konvensi New York pada tahun 1958 dan konvensi Washington di tahun 1960 yang diikuti dengan proses ratifikasi secara masif oleh negara-negara sejak tahun 1990, mekanisme SSDS jarang digunakan secara tunggal karena relatif terganti oleh ISDS. Saat ini, mekanisme penyelesaian sengketa yang populer digunakan dalam BIT secara umum adalah ISDS, dan khususnya arbitrase internasional (*Investor-State Arbitration/ISA*). Aturan ISDS tersebut ditopang secara normatif oleh instrumen perjanjian internasional seperti Konvensi ICSID dan UNCITRAL *Arbitration Rules*. Akan tetapi, ISA juga lah yang saat ini tengah menjadi sasaran kritik dari berbagai pihak karena, antara lain, secara normatif mengecualikan penerapan suatu prinsip yang telah menjadi hukum kebiasaan internasional, yaitu prinsip ELR dan mendudukan para pihak secara asimetris; menggerus kedaulatan negara; sehingga akhirnya menimbulkan krisis legitimasi.

---

10 Surya Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, (Portland: Hart Publishing, 2008), 57.

### 1. Problem mekanisme *Investor-to-State Dispute Settlement*<sup>11</sup>

ISDS adalah klausul penyelesaian sengketa yang disusun berdasarkan kontrak, perjanjian internasional (BIT), atau hukum nasional, yang memberikan hak kepada investor untuk menggugat negara tuan rumah melalui mekanisme internasional. Mekanisme ISDS pertama kali digunakan pada tahun 1969 dalam BIT Chad-Italy, dan kemudian meningkat pesat sejak tahun 1990. Forum dan hukum acara yang paling sering digunakan hingga saat ini adalah Konvensi ICSID dan UNCITRAL *Arbitration Rules*. Sebagaimana telah dibahas, tersedia beragam mekanisme penyelesaian sengketa internasional namun forum arbitrase (ISA) merupakan yang paling populer dipakai dalam penyelesaian sengketa investasi.

Popularitas arbitrase tersebut didasarkan pada sejumlah asumsi berikut.<sup>12</sup> Pertama, pengadilan nasional dinilai berpotensi memihak kepada negara (bersifat imparsial) sehingga sulit dipercaya, selain berciri lambat, dan karenanya diyakini tidak memenuhi prinsip *rule of law*. Kedua, mekanisme peradilan internasional (misalnya *International Court of Justice*) hanya mengakomodasi sengketa antar negara (SSDS), sedangkan SSDS diyakini sarat akan unsur politis. Ketiga, arbitrase merupakan satu-satunya forum yang putusannya bersifat final dan mengikat, serta diyakini bersifat netral (a-politis), cepat, dan fleksibel. Seluruh asumsi inilah yang saat ini justru tengah digugat kebenarannya. Namun, disini perlu dibedakan antara karakter (klausul) perjanjian dan persetujuan (*consent*) yang diberikan oleh ITA dan ICA dalam menggunakan forum arbitrase. Dalam penyelesaian sengketa berbasis kontrak investasi (*contract-based arbitration*), perjanjian terklasifikasi sebagai hukum privat sebab negara bernegosiasi secara langsung dengan investor dalam kapasitas privatnya sebagai pihak yang setara (*juris gestionis*). Ruang lingkup sengketa, berserta hak dan kewajiban para pihak, dirinci secara spesifik sehingga berciri resiprokal, sebagaimana halnya kontrak. Dalam ICA, pihak investor menyatakan persetujuannya dalam menggunakan arbitrase sesuai syarat-syarat yang ditetapkan kontrak.<sup>13</sup> Dengan demikian, dapat

---

13 Gus Van Harten, "The Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims Against the State", *International and Comparative Law Quarterly* 56, (2007): 378-381.

dipahami jika prinsip-prinsip umum arbitrase seperti prinsip otonomi para pihak, prinsip kerahasiaan, serta prinsip non-preseden diterapkan, mengingat pada dasarnya hal ini bukanlah isu publik.

Hal itu berbeda dengan arbitrase berbasis perjanjian investasi (*investment-treaty arbitration*). Dalam ITA, persetujuan negara (*consent*) dalam memberi yurisdiksi terhadap arbitrase justru bersifat umum (terhadap seluruh investor), dan negara bertindak sebagai pihak yang berdaulat (*sovereign*) atau dalam kapasitas publiknya (*juris imperii*). Hak dan kewajiban negara dalam perjanjian pun diatur secara umum, sehingga terbuka atas penafsiran oleh pihak lainnya, yakni investor dan arbiter. Namun, negara justru terancam bertanggung jawab atas tindakannya yang mungkin berdampak terhadap beragam investor yang ada di wilayahnya.<sup>14</sup> Dalam situasi tersebut, investor tidak secara langsung menyatakan persetujuannya menggunakan arbitrase. Pihak negara lah yang mengklaim kesediaannya terlebih dahulu terhadap investor. Hal inilah yang disebut dengan “*general consent*” yang berciri prospektif (persetujuan negara terhadap arbitrase secara umum) terhadap permasalahan yang mungkin akan timbul. Di lain pihak, kesediaan investor untuk menggunakan arbitrase tidak langsung diekspresikan sejak awal dalam perjanjian, melainkan dapat dinyatakan begitu sengketa timbul.<sup>15</sup>

ISA membuat investor yang semula terikat pada pertimbangan politis atau kebijakan publik negara tuan rumah, sebagaimana halnya warga negara, menjadi kian setara atau bahkan lebih superior dihadapan negara tuan rumah. Situasi ini mendorong investor untuk hanya memikirkan kepentingan privatnya oleh sebab, di satu pihak, investor dapat langsung menggugat negara di forum privat, dan di lain pihak, mekanisme ISA berjalan satu arah (*one-way*) di mana investor menjadi penggugat satu-satunya.<sup>16</sup> Penelitian empiris terkini bahkan menunjukkan bahwa bukan sembarang investor lah yang mampu menggugat negara, melainkan hanya segelintir investor kaya (umumnya *transnational/multinational corporations*).<sup>17</sup> Karenanya, tuduhan

---

14 *Ibid.*

15 *Ibid.*

16 *Ibid.*

17 Pihak yang diuntungkan melalui ISDS secara agregat mayoritas adalah perusahaan perusahaan dengan kekayaan lebih dari 10 miliar USD, dan/ individu dengan kekayaan bersih lebih dari 100

bahwa ISA telah secara politis memberikan *privilege* kepada segelintir pihak (alih-alih investor secara umum) kian sulit dimungkiri, mengingat besarnya biaya perkara yang dibutuhkan dan kompensasi yang dimohonkan di arbitrase internasional. Belum lagi jika menimbang bahwa hak semacam ini justru tidak dimiliki oleh investor lokal (warga negara). Adapun arbiter yang diandaikan netral, independen dan imparsial justru berpotensi bias dari segi finansial, karena tidak memiliki *security of tenure* sebagaimana halnya hakim. Dengan kata lain, ISA berpotensi menjadi industri bisnis bagi arbiter dalam mengakumulasi profit dengan membela kepentingan privat investor.<sup>18</sup> Belum lagi praktik *double-triple hatting*, yakni peran rangkap jabatan oleh arbiter menjadi konsultan hukum/saksi ahli salah satu pihak, bahkan pejabat pemerintahan. Sejumlah riset membuktikan bahwa hanya segelintir individu yang kerap terpilih memainkan peranan tersebut dalam ISA.<sup>19</sup> Sementara permasalahan putusan arbitrase yang tidak mengenal konsep preseden, hal ini turut melahirkan krisis legitimasi ISA yang tercermin dari inkohereni dan inkonsistensi putusan arbitrase khususnya dalam sengketa investasi.<sup>20</sup>

Menurut Gus Van Harten, dilihat secara normatif ISA memiliki empat (4) karakteristik norma yang tidak lazim: (1) *Principle of individualization*. Gugatan langsung dari investor terhadap negara di arbitrase internasional sebelumnya tidak dimungkinkan, karena investor terikat dengan prinsip ELR. (2) *The Damages Principle*. Berdasarkan perjanjian investasi (*investment*

---

juta USD. Dan perusahaan besar memiliki tingkat kemenangan lebih tinggi ketimbang penuntut lainnya dalam ISDS. Penelitian ini menyimpulkan bahwa ISDS memberikan manfaat moneter yang besar bagi industri arbitrase internasional. Lihat Gus Van Harten dan Pavel Malysheuski, "Who Has Benefited Financially From Investment Treaty Arbitration? An Evaluation of the Size And Wealth of Claimants", *Osgoode Legal Studies Research Paper* 12, No. 14 (2016), 12.

18 Pia Eberhardt dan Cecilia Olivet, "Profiting from Injustice: Tracing the Rise of Investment Industry", dalam *Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices*, ed. Kavaljit Singh dan Burghard Ilge, (New Delhi, 2016), 81.

19 Ada 25 aktor utama yang memiliki peran dan pengaruh besar dalam ISA. Mayoritas (23 orang) merupakan pria kulit putih ("*white and male*") yang berasal dari eropa. Rincian data tersebut dapat dilihat dalam: Sergio Puig, "Social Capital in the Arbitration Market", *The European Journal of International Law* 25, No. 2 (2014), 415; Malcolm Langford *et. al*, "The Revolving Door in International Investment Arbitration", *Journal of International Economic Law* (2017), 313.

20 Susan D. Frank, "The Legitimacy Crisis In Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions", *Fordham Law Review* 73, (2005): 1584-1585.

*treaties*), gugatan ISA yang dikabulkan berupa kompensasi (prospektif) atau ganti kerugian (*damages*) sebagai bentuk pemulihan tindakan publik negara (*public law remedy*), alih-alih revisi kebijakan (restropektif). (3) *The Principle of Direct Enforceability*. ISA menginkorporasikan kerangka prosedural dan struktur hukum arbitrase komersial, sehingga investor dapat memohonkan pelaksanaan putusan arbitrase di berbagai pengadilan domestik negara-negara, dengan peluang *judicial supervision* yang terbatas dari pengadilan domestik. (4) *The Forum Shopping Principle*. Perjanjian-investasi umumnya memfasilitasi mekanisme *forum-shopping* (pemilihan forum arbitrase yang dikehendaki oleh investor, guna mencapai kepentingannya secara optimal). Hal ini dilakukan, misalnya, dengan mendirikan perusahaan-perusahaan induk (*holding companies*) sehingga investor memiliki klaim ISA berdasarkan beragam perjanjian investasi.<sup>21</sup>

Karakteristik semacam itu tidak dikenal dalam rezim hukum internasional lainnya, seperti hukum perdagangan internasional, hukum lingkungan, dan hukum HAM internasional. Disamping itu, alih-alih sesuai dengan mekanisme arbitrase komersial yang berkarakter privat, ITA lebih mirip dengan mekanisme *judicial review* dalam pengadilan domestik yang bersifat publik dan terbuka. Hal ini turut menciptakan *regime complex* dalam hukum investasi internasional, sebab tiadanya hirarki aturan yang mengkoordinasikan rezim hukum tersebut menyebabkan suatu fragmentasi.<sup>22</sup> Situasi inilah yang kemudian mendorong negara dunia ketiga dan bahkan negara dunia kesatu untuk mengkaji kemungkinan perubahannya<sup>23</sup> antara lain, seperti yang ditawarkan oleh Uni Eropa, yaitu dengan menyusun pengadilan investasi multilateral (*Multilateral Investment Court*).

## **2. Menimbang mekanisme *State-to-State Dispute Settlement***

SSDS merupakan mekanisme penyelesaian sengketa investasi asing yang mendahului ISDS dan digunakan dalam rezim perjanjian FCN, serta beberapa BIT generasi pertama. Klausul SSDS yang tertuang dalam BIT

21 Gus Van Harten dan Martin Loughlin, "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law", *The European Journal of International Law* 17, no. 1 (2006): 122.

22 Jonathan Bonnitcha *et.al*, *The political Economy of the Investment Treaty Regime*, (Oxford: Oxford University Press, 2017), 6-7.

23 Lihat UNCITRAL *Working Group III: Investor-State Dispute Settlement Reforms*.

memberi hak kepada negara asal investor (*home state*) untuk menginisiasi penyelesaian sengketa dalam menggugat negara tuan rumah melalui mekanisme internasional, ataupun sekedar untuk memohonkan suatu penafsiran atas isi ketentuan dalam perjanjian. Forum yang umumnya dipilih adalah lembaga peradilan internasional (ICJ) dan arbitrase internasional, meski saat ini tersedia pula forum-forum regional seperti COMESA *Court of Justice* dan lembaga kuasi-yudisial ASEAN *Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism*. Adapun klausul SSDS yang memberi yurisdiksi kepada forum arbitrase dan MI sekaligus, seperti tertuang dalam perjanjian BIT Jerman-Pakistan tahun 1959 berikut ini:

*Article II*

1. *In the event of disputes as to the interpretation or application of the present Treaty, the Parties shall enter into consultation for the purpose of finding a solution in a spirit of friendship.*
2. *If no such solution is forthcoming, the dispute shall be submitted (a) to the International Court of Justice if both Parties so agree or; (b) if they do not so agree to an arbitration tribunal upon the request of either Party ...”*

Sementara ayat 2 menentukan forum yang hendak digunakan manakala terjadi sengketa, ayat 1 pada dasarnya dapat diklasifikasikan menjadi dua macam sengketa, yaitu: permohonan atau *advisory opinion*, dan gugatan atau *contentious case*. Menurut Anthea Roberts, klausul SSDS dapat diklasifikasikan berdasarkan dua jenis klaim<sup>24</sup>. Pertama, “*advisory opinion*”, yakni berupa permohonan dari salah satu pihak untuk mencari tahu penafsiran resmi mengenai ketentuan atau rumusan dalam perjanjian (BIT) yang mengikat para pihak (*claims for pure interpretation*). Permohonan ini, karena tidak mesti didasarkan atas suatu tindakan negara, maka tidak mesti mensyaratkan adanya ataupun dikategorikan sebagai sengketa hak antara para pihak. Sedangkan yang kedua berupa gugatan atas dasar pelanggaran yang dilakukan oleh negara lain, yang dapat dipilah menjadi tiga macam, yaitu: klaim perlindungan diplomatik (untuk mewakili dan melindungi investor); gugatan langsung (untuk

---

24 David Gaukrodger, “State-to-State Dispute Settlement and The Interpretation of Investment Treaties”, *OECD Working Papers on International Investment*, (Maret, 2016): 8.

melindungi hak substantif negara); atau berupa putusan deklaratif mengenai suatu fakta akibat tindakan tertentu yang dilakukan oleh negara (*claims for a declaratory judgment relating to a particular measure or fact situation*). Bentuk kedua ini tergolong sebagai “*contentious case*” dimana para pihak bersengketa atas dasar adanya pelanggaran terhadap BIT.<sup>25</sup> Namun demikian, mekanisme SSDS ini tidak begitu populer dalam BIT generasi kedua. Alasan yang kerap diajukan adalah, kendati orang asing memiliki hak untuk memohon perlindungan atau bantuan kepada negara asalnya, hukum internasional tidak mewajibkan negara asal untuk menggubris gugatan tersebut. Selain hal itu menjadi kendala bagi investor, situasi tersebut mengubah persoalan yang pada dasarnya bersifat ekonomis-bisnis menjadi politis, karena aktornya adalah negara *vis-à-vis* negara.

Sebagaimana dikemukakan dalam pasal 2 ayat (2) perjanjian BIT Jerman-Pakistan tahun 1959 di atas, SSDS pun mengenal mekanisme arbitrase. Seperti halnya ISDS (*Investor-State Arbitration/ISA*), SSDS berbasis arbitrase (*State-State Arbitration/SSA*) memiliki struktur yang sama, di mana para pihak berhak memilih aturan dan arbitratornya. Forum dan aturan yang lazim digunakan adalah UNCITRAL. Dengan demikian, SSA memiliki kesamaan dengan ISA jika forum yang digunakan adalah arbitrase. Karenanya, kritik yang diajukan terhadap ISA juga berlaku dalam SSA. Letak perbedaannya adalah, jika SSDS masih mengenal peradilan ICJ dimana yang bersengketa adalah negara dengan negara sebagai subyek yang berdaulat atau setara, maka ISDS mengenal arbitrase ICSID dan yang berhak menggugat hanya investor terhadap negara. Dalam mengantisipasi ketimpangan tersebut, SSDS di forum ICJ mesti dipertimbangkan penerapannya. Mengganti ISDS dengan SSDS di forum publik berarti mengatasi problem ISDS, karena mengembalikan sengketa investasi yang pada dasarnya bersifat publik ke forum yudisial publik internasional. Namun dengan catatan sebelumnya, bahwa sengketa investasi asing berpotensi menjadi semakin politis karena, di satu pihak, investor kehilangan kekuatannya dihadapan negara (karena negara

---

25 Nathalie Bernasconi-Osterwalder, “State-State Dispute Settlement in Investment Treaties”, *Best Practices Series*, International Institute for Sustainable Development, (October, 2014): 17.

tidak wajib menginisiasi SSDS) dan, di lain pihak, SSDS kian politis karena yang bersengketa adalah sesama pihak berdaulat dengan daya politik dan kepentingan yang berbeda. Alternatif lainnya adalah dengan cara memfasilitasi mekanisme ISDS dan SSDS sekaligus.<sup>26</sup> Dan, guna meminimalisir krisis yang terkandung dalam forum ISDS, mekanisme SSDS dapat mensyaratkan penerapan prinsip ELR.

### 3. Urgensi mekanisme *Exhaustion of Local Remedies*

Dalam hukum internasional moderen, prinsip ELR telah dikategorikan sebagai hukum kebiasaan internasional. Prinsip ELR bahkan dinilai telah melalui proses transformasi manakala diadopsi oleh hukum HAM Internasional. Premis utama prinsip ELR cukup sederhana namun mendasar: Demi menghormati kedaulatan negara dan meningkatkan nilai-nilai *rule of law*, pihak asing yang hak-haknya dilanggar oleh negara tuan rumah diharuskan menempuh upaya hukum domestik terlebih dulu sebelum mengajukan perlindungan diplomatik atau menuntut pertanggungjawaban negara melalui mekanisme internasional.<sup>27</sup> Melalui prinsip ELR, negara diberi kesempatan untuk melakukan koreksi diri berdasarkan sistem hukum nasionalnya, dan jika terbukti bersalah, memberi upaya pemulihan pada pihak asing baik dalam bentuk reparasi maupun ganti rugi.

Tidak seperti halnya dalam rezim FCN dan hukum HAM internasional, prinsip ELR dalam rezim BIT relatif tidak diberlakukan. Dari sejumlah 2967 BIT, hanya sebagian kecil BIT (generasi pertama dan ketiga) yang menerapkan prinsip ELR, termasuk yang mengecualikannya (*waive*) secara eksplisit dalam perjanjian BIT. Alasan normatif atas hal ini adalah pemberlakuan mekanisme ISDS berbasis konvensi ICSID<sup>28</sup> atau instrumen perjanjian lainnya.<sup>29</sup> Namun

---

26 Dengan catatan, hubungan kedua mekanisme tersebut diatur secara jelas penerapannya, guna mengantisipasi ketidakpastian hukum yang saat ini marak dalam instrumen BIT. *Ibid*, hlm. 21.

27 Martin Dietrich Brauch, *Op.cit*, hlm. 4.

28 Pasal 26 Konvensi ICSID mengatur sebagai berikut:

“*Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy. A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention*”. Ketentuan tersebut mengatur bahwa prinsip ELR dapat menjadi syarat bagi arbitrase di ICSID, sejauh telah dinyatakan secara eksplisit dalam perjanjian investasi. Dengan kata lain, prinsip ELR tidak menjadi aturan yang secara otomatis berlaku, apabila para pihak bersepakat menerapkan klausul ISDS secara eksklusif.

29 Lihat Pasal 17 *Draft Articles on Diplomatic Protection*.

lebih jauh dari itu, ketiadaan norma yang secara eksplisit mengatur prinsip ELR dalam rumusan BIT kerap diartikan bahwa prinsip ELR tidak berlaku dalam ISDS. Penalaran tersebut justru bertentangan dengan putusan ICJ dalam kasus *Interhandel* dan *ELSI* yang memutuskan bahwa, meski perjanjian tersebut tidak memuat klausul ELR, prinsip ELR mesti dianggap otomatis berlaku dan karenanya mesti dipenuhi, mengingat statusnya sebagai hukum kebiasaan internasional.<sup>30</sup>

Dalam ISDS, prinsip ELR perlu dibedakan dengan klausul-klausul yang kerap ditemukan dalam perjanjian BIT sebagai berikut:<sup>31</sup>

1. *Cooling-off period*: klausul ini mensyaratkan para pihak yang bersengketa untuk menempuh cara-cara damai dalam jangka waktu tertentu, sebelum mengajukan sengketa melalui mekanisme arbitrase internasional. Cara-cara damai yang dimaksud adalah negosiasi, konsiliasi, mediasi, namun tidak mencakup peradilan lokal secara administratif maupun yudikatif (prinsip ELR).
2. *Exclusive forum choice*: klausul ini menentukan, misalnya, pengadilan domestik sebagai satu-satunya forum yang secara eksklusif digunakan dalam menyelesaikan sengketa. Tidak seperti prinsip ELR, dipenuhinya ketentuan ini tidak menimbulkan hak bagi para pihak untuk menempuh mekanisme arbitrase internasional atau forum lainnya.
3. *Fork-in-the-road*: klausul ini memberikan alternatif kepada investor untuk memilih satu diantara berbagai forum penyelesaian sengketa yang tersedia. Namun, seperti halnya *exclusive forum choice*, pilihan tersebut menjadi satu-satunya (forum pertama dan terakhir) yang dapat ditempuh investor dalam menyelesaikan sengketa.

Dengan demikian, Prinsip ELR berbeda dengan klausul-klausul tersebut karena tidak menihilkan hak investor untuk menempuh mekanisme internasional. Prinsip ELR seyogyanya diadopsi dalam rumusan ISDS, mengingat jika menilik sejarahnya, ISA dibangun di atas asumsi bahwa hukum domestik negara (semula negara dunia ketiga) dianggap tidak memadai dalam menyelesaikan sengketa investasi. Dilihat secara normatif maupun

---

<sup>30</sup> *Ibid.*

<sup>31</sup> *Ibid.*

empiris, argumen tersebut bermasalah karena mengeklusi kandungan nilai yang dipromosikan oleh prinsip ELR secara *a priori*, sebab tersedia sejumlah kondisi yang dapat mengecualikan penerapan prinsip tersebut (*secara a posteriori*) menurut Pasal 15 ILC *Draft Articles on Diplomatic Protection*: (1) tidak tersedianya peradilan lokal yang menawarkan pemulihan secara efektif, atau peradilan lokal tidak memberikan kemungkinan yang masuk akal atas pemenuhan hal tersebut; (2) ada keterlambatan yang tidak semestinya terjadi dalam proses pemulihan secara lokal, yang justru disebabkan oleh negara yang diduga bertanggung jawab; (3) tidak adanya hubungan yang relevan antara orang asing dan negara yang diduga bertanggung jawab saat pelanggaran terjadi; (4) pihak yang dirugikan dihalang-halangi dalam menempuh proses pemulihan secara lokal; (5) negara yang dituduh bertanggung jawab mengesampingkan persyaratan bahwa pemulihan lokal harus dilakukan terlebih dahulu. Dengan kata lain, bukti bahwa pengadilan lokal tidak memadai justru dapat dibuktikan jika, dan hanya jika, prinsip ELR diterapkan (perhatikan ayat 1-4). Prinsip ELR di sisi lain juga memiliki irisan dengan *calvo doctrine*, suatu prinsip yang dipromosikan oleh negara dunia ketiga dan saat ini telah diserap ke dalam rumusan pasal 2 ayat 2 *Charter of Economic Rights and Duties of States* (CERDS):<sup>32</sup>

*To nationalize, expropriate or transfer ownership of foreign property, in which case appropriate compensation should be paid by the State adopting such measures, taking into account its relevant laws and regulations and all circumstances that the State considers pertinent. ... it shall be settled under the domestic law of the nationalizing State and by its tribunals, unless it is freely and mutually agreed by all States concerned that other peaceful means be sought on the basis of the sovereign equality of States and in accordance with the principle of free choice of means.”*  
(garis bawah ditambahkan penulis)

Dalam Pasal 2 ayat 2 CERDS, terkandung preferensi terhadap mekanisme lokal sebagai institusi penyelesaian sengketa yang seyogianya digunakan. Namun, norma *exclusive forum choice* (khususnya ajudikasi domestik) tersebut

---

32 United Nations, *Charter of Economic Rights and Duties of States*, 1974, 2 (2).

berbeda dengan prinsip ELR, yang masih membuka ruang bagi ditempuhnya mekanisme internasional setelah mekanisme lokal ditempuh. Adapun kesamaannya. Eksplisit bahwa, seperti halnya dalam ketentuan CERDS, prinsip ELR dapat dikecualikan berdasarkan kesepakatan. Artinya, upaya penyelesaian sengketa lainnya dapat langsung ditempuh sejauh disepakati oleh para pihak, berdasarkan prinsip *free choice of means*. Ayat 1-4 ketentuan di atas juga menjustifikasi pengecualian prinsip ELR. Letak perbedaannya adalah, jika rumusan ayat 5 berkarakter arbitrer mengingat basisnya perjanjian sehingga tidak mensyaratkan pembuktian apapun (*a priori*), maka ayat 1-4 memberi *ratio legis* (penghormatan terhadap kedaulatan dan peningkatan nilai-nilai *rule of law*) yang bersifat empiris (*a posteriori*). Prinsip *free choice of means* itu lah yang saat ini justru menjadi basis bagi penerapan klausul ISA dalam BIT, sekalipun jika harus mengecualikan sebagian besar kandungan nilai prinsip ELR. Oleh karenanya, dapat disimpulkan pula bahwa, asas perjanjian (*free choice of means principle*) yang terkandung dalam prinsip ELR sesungguhnya mengatasi kandungan nilai-nilai utama dalam prinsip ELR yang memiliki urgensi untuk diterapkan khususnya dalam penyelesaian sengketa publik. Menerapkan kembali prinsip ELR dalam sengketa investasi BIT juga berarti merevitalisasi nilai-nilai *rule of law* dan perlindungan atas kedaulatan negara yang saat ini defisit dalam ISDS. Krisis yang saat ini tengah menimpa ISDS, karenanya, dapat ditanggulangi jika bukan malah disebabkan oleh tidak diterapkannya prinsip ELR. Dan prinsip ELR kian mendesak untuk diakomodasi terutama oleh negara dunia ketiga, mengingat persoalan kedaulatan negara dan *rule of law* yang terkikis oleh ISDS umumnya menimpa negara dunia ketiga. Dan, khusus menyangkut nilai kedaulatan negara, hal ini tidak dapat diantisipasi oleh tersedianya *Multilateral Investment Court* (MIC) sekalipun.

#### **4. Respon Negara Dunia Ketiga terhadap Mekanisme Sengketa Investasi**

Susan D. Franck mengklasifikasikan empat (4) strategi yang diusulkan oleh para ahli dalam mereformasi mekanisme penyelesaian sengketa, khususnya guna mengantisipasi problem inkonsistensi dan krisis legitimasi

ISA.<sup>33</sup>

1. *Legislative approach*. Pendekatan ini menyarankan agar rumusan perjanjian investasi dibuat secara hati-hati, yaitu dengan merinci hak-hak substantif investor atau menghapus terminologi yang tidak jelas. Mekanisme arbitrase dianggap sebagai forum yang tepat dalam menafsirkan aturan perjanjian investasi diantara pihak, namun arbitrator mesti difasilitasi dengan perjanjian yang cakupan dan maknanya jelas. Pendekatan ini meyakini bahwa ketidakjelasan isi perjanjian investasi merupakan penyebab utama munculnya krisis legitimasi putusan arbitrase.
2. *The Barrier Building Approach*. Kendatipun arbitrase dianggap sebagai forum yang memadai, pendekatan ini hendak mengantisipasi banyaknya gugatan ISA dengan menciptakan syarat-syarat yang lebih ketat. Misalnya dengan mensyaratkan alternatif penyelesaian sengketa terlebih dulu dalam jangka waktu tertentu, atau pengadilan lokal. Adapun yang menyarankan agar ISDS ditempuh melalui mekanisme SSDS kembali. Perhatian utama pendekatan ini adalah menyangkut hilangnya kedaulatan negara dalam mengukuhkan kebijakan publik nasionalnya, yang kerap terganggu oleh gugatan investor yang tidak berdasar (*frivolous claim*).
3. *The Rejection of Arbitration and a Return to a Public Forum*. Pendekatan ini pada dasarnya menganggap arbitrase bukan forum yang tepat dalam menyelesaikan ISDS. Pendekatan ini mencakup mereka yang menerima gugatan investor sejauh menerapkan prinsip *exhaustion of local remedies*, hingga yang berupaya mengganti ISA dengan forum yudisial yang bersifat permanen. Pendekatan ini bertolak dari dua (2) kritik: (1) menolak arbitrator sebagai pengambil keputusan karena dianggap bias, sehingga menyebabkan krisis legitimasi putusan; (2) mekanisme arbitrase komersil yang bersifat privat tidak memadai, antara lain karena tidak melibatkan partisipasi publik (transparansi dan legitimasi).

---

33 Susan D. Frank, *Op.cit*, hlm. 1587-1601

4. *Building Arbitration Safeguards*. Pendekatan ini berupaya memperbaiki sistem arbitrase, antara lain dengan merevisi aturan arbitrase untuk mengantisipasi inkonsistensi putusan dan krisis legitimasi. Hal ini dapat ditempuh dengan mengadopsi nilai transparansi dalam proses arbitrase (partisipasi publik dan publikasi putusan), hingga menciptakan lembaga banding (*appellate body*) yang dapat melakukan peninjauan ulang putusan arbitrase. Menyangkut hal ini, Konvensi ICSID tentang peraturan-peraturan arbitrase (*arbitration rules*) direvisi kembali pada tahun 2006, setelah di amandemen pada tahun 2003. Sejak tahun 2016, badan ICSID dan UNCITRAL masih mengkaji kemungkinan amandemen peraturannya. Beberapa masalah yang menjadi sorotan antara lain meyangkut waktu dan biaya arbitrase, prinsip transparansi, serta syarat pengungkapan dana dari pihak ketiga (*third party funding*) oleh para pihak yang bersengketa.

Berdasarkan instrument BIT yang terbaru, berikut strategi yang ditempuh oleh negara dunia ketiga dalam merespon krisis tersebut:

**Tabel 1.**  
**Reformasi Penyelesaian Sengketa BIT di Negara Dunia Ketiga**

<b>Pendekatan Legislatif</b>	<b>Pendekatan Barrier Building</b>	<b>Pendekatan Forum Yudisial</b>	<b>Pendekatan Reformasi Arbitrase</b>	<b>Respon Negara Ketiga</b>
(1) Revisi BIT dan klausul ISDS	(2) Menciptakan prasyarat ISDS	(4) Menempuh APS, SSDS, atau forum yudisial semata	(5) Revisi Arbitrase (adopsi prinsip transparansi)	<u>Indonesia</u> (1) dan (2)  <u>India:</u> (1), (2), (3), (4), (5), dan (6)
	(3) Prinsip ELR		(6) Mekanisme Banding	<u>Brazil:</u> (1), (2), dan (4)  <u>Afrika Selatan:</u> (1), (2), (3), (4)

Kesimpulan: <i>Textual Indeterminacy</i> penyebab krisis legitimasi	Kesimpulan: menerima ISDS dengan prasyarat	Kesimpulan: menolak ISDS (karena krisis legitimasi)	Kesimpulan: menerima ISDS dengan syarat reformasi
--	---	---	---

---

Sumber: diolah oleh penulis, 2021

## C. Reformasi Penyelesaian Sengketa dalam BIT Negara Dunia Ketiga

### 1. Indonesia-Singapore BIT 2018

Setelah lama terikat dengan sejumlah BIT sejak tahun 1960, pada kurun tahun 2014-2016 Indonesia mulai mengkaji ulang kebijakannya di bidang investasi asing. Terhitung sebanyak 29 dari total 67 BIT yang mengikat Indonesia telah diakhiri, baik secara sepihak (*unilateral*) maupun berdasarkan kesepakatan (*consent*). Hal ini karena mayoritas BIT yang mengikat Indonesia dikukuhkan sebelum tahun 2004 sehingga, menimbang konstelasi perekonomian yang juga telah berkembang, perlu adanya penyesuaian kebijakan. Pengalaman Indonesia dalam ISDS pun turut menjadi alasan ditanggungkannya BIT, mengingat dari total 10 ISDS di arbitrase internasional, Indonesia hanya memenangkan sengketa ISDS 4 kali. Merespon kondisi tersebut, Indonesia juga sempat menimbang untuk menerapkan prinsip ELR dalam BIT terbarunya. Secara keseluruhan, ada tiga (3) langkah yang dilakukan Indonesia pada periode tersebut menyangkut BIT:<sup>34</sup> (1) peninjauan ulang BIT (*research*), (2) penghentian BIT (*discontinue*), dan (3) perumusan model BIT.

Setelah melalui fase peninjauan ulang tanpa menghasilkan satupun model BIT yang terpublikasi untuk umum, pada tahun 2018 pemerintah menandatangani Indonesia-Singapore BIT 2018. Berbeda dari BIT Indonesia sebelum-sebelumnya, BIT yang baru ini memuat aspek perlindungan (*safeguard*) lebih banyak, baik dari segi substansi maupun prosedural. Dari segi substansi, misalnya, definisi dan ruang lingkup investasi mensyaratkan *salini-test*<sup>35</sup>. Adapun ketentuan-ketentuan baru lainnya seperti: hak mengatur

---

34 Abdulkadir Jailani, "Indonesia's Perspective on Review of International Investment Agreements, *Investment Policy Brief*, South Centre, (2015), 2.

35 Pasal 1 Peraturan Presiden No 97 Tahun 2020 Tentang Persetujuan Antara Pemerintah Republik Indonesia Dan Pemerintah Republik Singapura Mengenai Peningkatan Dan Perlindungan

(*the right to regulate*)<sup>36</sup>; penyesuaian (*compliance*) dengan peraturan domestik; *corporate social responsibilities (CSR)*<sup>37</sup>, tindakan melawan korupsi<sup>38</sup> dan aturan pengecualian atas tindakan *indirect expropriation*<sup>39</sup>. Akan tetapi, dalam konteks pemberian kompensasi, Indonesia kian meneguhkan prinsip *hull formula*, suatu prinsip yang ditentang oleh negara dunia ketiga karena dinilai bertentangan dengan prinsip *appropriate compensation* yang diatur dalam Pasal 2 CERDS. Jika semangat dari reformasi BIT antara lain untuk memposisikan ulang kedudukan para pihak yang selama ini dianggap asimetris, maka prinsip yang disokong oleh negara dunia ketiga seperti *calvo doctrine* dan *appropriate compensation* hendaknya diadopsi dalam BIT Indonesia. Dalam konteks penyelesaian sengketa investasi, jalan tengah atau alternatifnya adalah dengan menerapkan prinsip ELR dalam BIT. Posisi Indonesia yang mengambil sikap kritis terhadap ISA karena telah menimbang diterapkannya prinsip ELR dalam BIT terbarunya, justru malah tidak terwujud dalam Indonesia-Singapore BIT 2018. Implikasinya, Indonesia masih berpotensi menerima gugatan melalui mekanisme ISA yang tengah mengalami krisis legitimasi. Dengan tidak mereformasi posisi asimetris antara negara vis-à-vis investor melalui penguatan nilai-nilai *rule of law*, khususnya penghormatan terhadap kedaulatan negara lewat prinsip ELR, Indonesia berarti mempertahankan *status quo* mekanisme ISA yang memang bermasalah, yang saat ini justru hendaknya direformasi.

Dari sisi prosedural (ISDS), instrumen Indonesia-Singapore BIT 2018 meletakkan ISA sebagai *ultimum remedium*. Tahapannya adalah sebagai berikut: Apabila terjadi sengketa investasi, terdapat syarat *cooling-off period* yang wajib dipenuhi oleh kedua belah pihak sebelum investor dapat menginisiasi ISA atau mekanisme peradilan, dengan menempuh konsultasi dalam jangka waktu minimal satu tahun. Konsultasi yang dimaksud, selain dalam bentuk negosiasi, mencakup pula prosedur penyelesaian sengketa dengan pihak ketiga yang sifatnya tidak mengikat, yakni: jasa baik, konsiliasi, mediasi. Adapun

---

Penanaman Modal (Perpres 97/2000).

36 Pasal 11 Perpres 97/2000.

37 Pasal 12 Perpres 97/2000.

38 Pasal 13 Perpres 97/2000.

39 Pasal 6 Perpres 97/2000.

prasyarat bagi konsultasi adalah diajukannya permohonan secara tertulis dari investor ke pihak *host-state*<sup>40</sup> dan, kecuali disepakati lain, konsultasi wajib dilakukan 30 hari sejak permohonan tersebut diterima. Indonesia-Singapore BIT 2018 tidak menjelaskan prosedur alternatif penyelesaian sengketa lainnya itu, selain mediasi. Mediasi pun tidak diwajibkan dan mekanisme ini dapat ditempuh kapan saja selama disepakati<sup>41</sup>, dimana biayanya akan ditanggung secara seimbang. Di sini mediator mesti menjalankan perannya dengan tunduk pada kode perilaku arbiter dan mediator yang diatur dalam lampiran IV, dan ia wajib menerbitkan laporan faktual (*factual report*)<sup>42</sup>. Kemudian, luaran atau solusi dari mediasi itu wajib dituangkan ke dalam bentuk perjanjian penyelesaian sengketa yang akan dipenuhi para pihak dalam jangka waktu tertentu.

Barulah kemudian, jika sengketa tidak selesai melalui prosedur konsultasi dalam kurun waktu satu tahun dan tidak disepakati lain, maka investor dapat mengajukan sengketa tersebut ke pengadilan/tribunal atau arbitrase internasional (ISA). Sengketa investasi dapat diajukan ke pengadilan atau tribunal sepanjang forum tersebut memiliki yurisdiksi. Sedangkan, khusus untuk forum arbitrase, gugatan tersebut harus diajukan kurang dari 3 tahun sejak sengketa (seharusnya) diketahui dan ISA dalam BIT ini mengadopsi *fork-road-clause* yang membuat mekanisme lainnya tertutup manakala arbitrase dipilih. Itu berarti dipilihnya pengadilan/tribunal sebagai forum penyelesaian sengketa tidak niscaya menutup akses upaya hukum lainnya

---

40 Konsultasi tersebut wajib memuat informasi terkait dasar hukum dan fakta dari sengketa penanaman modal tersebut, termasuk nama dan alamat dari penanam modal yang bersengketa, ketentuan dari persetujuan yang diduga telah dilanggar, jalan keluar yang diinginkan serta estimasi jumlah kerugian yang digugat. Pasal 15 Indonesia-Singapore BIT 2018.

41 Permohonan secara tertulis dari investor ke negara tuan rumah (berisi pertimbangan yang simpatik) yang wajib direspon, entah diterima/ditolak, dalam kurun waktu 10 hari.

42 Laporan faktual terbagi menjadi dua, yaitu rancangan (*draft*) laporan faktual dan laporan faktual akhir (*final*). Untuk yang pertama, mediator wajib menyusun rancangan laporan faktual secara tertulis yang memuat: (1) Tindakan yang menjadi isu; (2) Prosedur yang dilaksanakan; (3) Solusi yang disepakati. Kemudian, mediator wajib menyerahkan *draft* tersebut kepada para pihak yang bersengketa untuk dikomentari dalam jangka waktu 15 hari kerja. Di tahap kedua, mediator akan menimbang *draft* yang telah dikomentari tersebut dan wajib menyampaikan secara tertulis laporan faktual akhir (yang tidak memuat tafsiran atas ketentuan perjanjian BIT ini) kepada para pihak yang bersengketa dalam waktu 15 hari kerja. Sebagai catatan, larangan dimuatnya tafsiran mengenai ketentuan perjanjian BIT dalam laporan akhir tentu menjadi pertanyaan tersendiri, yakni mengenai apa dan bagaimana akibat hukum yang ditimbulkannya terhadap proses mediasi.

yang dapat selanjutnya ditempuh, termasuk arbitrase internasional dan bahkan perlindungan diplomatik (SSDS). Menyangkut SSDS, BIT ini memang tidak mengatur secara jelas mekanisme tersebut. BIT ini hanya melarang secara eksplisit upaya pengajuan perlindungan diplomatik oleh investor, manakala arbitrase telah dipilih. Dengan pengecualian, apabila putusan arbitrase telah dijatuhkan dan para pihak tidak menjalankan putusan tersebut, maka SSDS (perlindungan diplomatik) secara implisit diperbolehkan.

Persetujuan para pihak dalam menempuh arbitrase pun tidak otomatis timbul karena mesti disusun secara terpisah. Namun, “setiap pihak dengan ini memberikan persetujuan atas pengajuan sengketa melalui arbitrase” sehingga persetujuan sebetulnya telah dinyatakan secara implisit. Dengan kata lain, meski persetujuan arbitrase dibuat terpisah, salah satu pihak tidak dapat menolak dalam memberi persetujuan jika prasyarat pengajuan klaim arbitrase telah terpenuhi. Prasyarat tersebut antara lain sebagai berikut: Investor hanya dapat menginisiasi ISA dengan dasar hukum dan fakta yang ditemukan dalam tahap sebelumnya, yakni tahap konsultasi dan/ mediasi. 90 hari sebelum menginisiasi ISA, investor mesti melayangkan *notice of arbitration* kepada *host-state* seraya melepaskan haknya untuk menempuh forum lainnya dalam menyelesaikan perkara tersebut. Dengan catatan, tanpa menghilangkan seluruh hak investor, upaya hukum lain yang bersifat sementara masih dapat ditempuh oleh investor, baik di peradilan administratif maupun forum arbitrase kedua pihak, sejauh forum tersebut tidak membahas pokok perkara yang tengah diajukan dalam ISA dan putusannya tidak menuntut ganti kerugian.<sup>43</sup>

Mekanisme ISA ini dijalankan berdasarkan hukum acara, panel, tempat, serta proses arbitrase yang diatur dalam Pasal 20-23 Indonesia-Singapore BIT. Dimensi reformis dari ketentuan ini tercermin terutama dengan dimuatnya aturan mengenai pendanaan dari pihak ketiga yang mesti mencantumkan identitasnya (jika ada), mengingat potensi dampak negatifnya terhadap aspek transparansi dan imparialitas arbitrase. Adapun kekhawatiran Indonesia akan *frivolous claim* coba diantisipasi dengan membuka peluang bagi putusan

---

43 Berdasarkan permintaan salah satu pihak, panel wajib untuk menyatakan tidak memiliki yurisdiksi jika pihak lainnya tidak memenuhi persyaratan pengajuan klaim sebagaimana diatur dalam pasal 17 ayat 2. Lihat Pasal 17 ayat (5) Perpres 97/2000.

sela dalam jangka waktu tertentu, sebelum pokok perkara dibahas.<sup>44</sup> Dan, sebagaimana umumnya putusan arbitrase, putusannya bersifat final dan mengikat. Akan tetapi, menurut Pasal 24 ayat (8) Indonesia-Singapore BIT, eksekusi putusan arbitrase tersebut hanya dapat dilakukan setelah diberikannya kesempatan bagi perbaikan dan/atau pembatalan putusan.

## **2. Model *Bilateral Investment Treaty* India 2016**

Berlandaskan draf Konvensi OECD tahun 1967, India menciptakan model BIT pertamanya pada tahun 1993 dengan tujuan untuk menarik arus investasi asing melalui liberalisasi ekonomi. Model BIT tahun 1993 itulah yang kemudian menjadi basis bagi perumusan model BIT India tahun 2003.<sup>45</sup> Pada tahun 2011, ketika putusan ICSID menyatakan India melanggar ketentuan India-Australia BIT dalam kasus *White Industries vs India*, gugatan ISDS terhadap India meningkat.<sup>46</sup> Sejak itulah, persisnya di tahun 2013, India menghentikan proses negosiasi BIT baru, seraya meninjau ulang model BIT tahun 2003.<sup>47</sup>

Model BIT India terbaru rampung pada akhir tahun 2015. Selanjutnya, sepanjang tahun 2016 India secara sepihak (*unilateral*) menyampaikan notifikasi kepada negara pihak terkait pemberhentian sejumlah 58 BIT dari total 83 BIT yang mengikatnya. Model BIT India yang baru disusun dengan tujuan untuk memberikan “perlindungan yang tepat bagi investor asing di India sambil menjaga keseimbangan antara hak investor dan kewajiban pemerintah”.<sup>48</sup> Kerangka model BIT India 2016 memuat 38 pasal yang terbagi dalam 7 bab ini, selain lebih rinci, juga lebih bersifat proteksionis terhadap kepentingan nasional, khususnya dalam konteks ISDS. Jika definisi investasi dalam BIT India semula berbasis aset, Model BIT India 2016 menerapkan definisi investasi berbasis perusahaan.<sup>49</sup>

---

44 Pasal 22 ayat (1) Perpres 97/2000.

45 Jarrod Hepburn dan Ridhi Kabra, “India’s New Model Investment Treaty: Fit for Purpose?”, *Indian Law Review*, Forthcoming, (2017): 1.

46 Hingga tahun 2018, India menerima total gugatan ISDS sebanyak 22 kali.

47 Prabhash Ranjan *et.al*, “India’s Model Bilateral investment Treaty: Is India too Risk Averse?”, *Brookings India IMPACT Series*, No. 082018, (2018): 8.

48 Prabhash Ranjan dan Pushkar Anand, “The 2016 Model Indian Bilateral Investment Treaty: A Critical Deconstruction”, *Northwestern Journal of International Law and Business* 8, no. 1, (2017): 8.

49 Pasal 1 ayat (4) model BIT India 2016.

Ruang lingkup ISDS hanya berlaku bagi pelanggaran atas ketentuan bab II (*Treatment of Investment*) Model BIT India 2016. Dengan kata lain, investor hanya dapat menggugat negara atas dasar pelanggaran kewajiban para pihak yang diatur dalam bab II. Bab II mengatur tentang pelanggaran terhadap hukum kebiasaan internasional<sup>50</sup> (*denial of justice*), *full protection and security* (FPS)<sup>51</sup>, *national treatment* (NT), *expropriation*<sup>52</sup> (termasuk *indirect expropriation*)<sup>53</sup>, dan kompensasi atas kerugian (negara *host-state* wajib menerapkan prinsip NT dalam hal pembayaran kompensasi ketika investasi asing mengalami kerugian akibat perang, konflik bersenjata, perselisihan sipil, dsb).<sup>54</sup> Demikian yurisdiksi bagi klaim ISDS dalam Model BIT India 2016.

Model BIT India 2016 memberikan persetujuan ISA hanya jika investor terlebih dulu menempuh proses peradilan domestik dalam jangka waktu tertentu (*exhaustion of local remedies/ELR*).<sup>55</sup> Ketentuan tersebut dapat dikecualikan jika “... *the investor can demonstrate that there are no available domestic legal remedies capable of reasonably providing any relief in respect of the same measure*”. Dengan demikian, beban pembuktian bahwa pengadilan domestik tidak tersedia berada di pihak investor. Pasal tersebut juga melarang investor untuk menyatakan

---

50 Yang dimaksud pelanggaran terhadap hukum kebiasaan internasional adalah: (i) *denial of justice* dalam segala proses administrasi/peradilan; (ii) pelanggaran mendasar atas proses hukum; (iii) diskriminasi berdasarkan alasan yang tidak dapat dibenarkan, seperti jenis kelamin, ras atau kepercayaan/agama; dan/atau (iv) perlakuan kasar yang nyata, seperti kekerasan, paksaan dan pelecehan. Pasal 3 ayat (1) model BIT India 2016.

51 Istilah “Perlindungan dan keamanan penuh” hanya mengacu pada kewajiban salah satu pihak dalam menjamin keamanan fisik investor dan investasi yang dilakukan oleh investor dari pihak lain. Pasal 3 ayat (2) model BIT India 2016.

52 Ekspropriasi dapat terjadi secara langsung maupun tidak langsung. Ekspropriasi secara langsung terjadi ketika suatu investasi dinasionalisasi atau diambil alih secara langsung melalui pengalihan hak secara resmi atau penyitaan secara langsung. Pasal 5 ayat 3 huruf a butir (i) model BIT India 2016.

53 *Indirect expropriation* terjadi jika suatu tindakan atau serangkaian tindakan suatu pihak memiliki akibat yang setara dengan ekspropriasi secara langsung, dalam arti tindakan tersebut secara substansial merampas hak investor dari atribut-atribut properti investasinya, termasuk hak untuk menggunakan, menikmati dan membuang investasinya, tanpa pengalihan kepemilikan secara resmi atau penyitaan secara langsung. Pasal 5 ayat 3 butir (ii) model BIT India 2016.

54 Prabhash Ranjan dan Pushkar Anand, *Op.cit*, hal. 46.

55 Pasal 15 ayat (1) dan (2) model BIT India 2016 mensyaratkan *exhaustion of local remedies* selama 5 tahun dimulai sejak investor mengetahui, atau seharusnya mengetahui, adanya tindakan yang dianggap melanggar atau merugikan investor berdasarkan ketentuan bab II BIT. Dalam Pasal 15 Belarus-India BIT 2018, jangka waktu tersebut hanya berlaku selama 2 tahun.

*bahwa prinsip ELR telah dipenuhi, yakni oleh pihak lain berdasarkan penyebab yang berbeda (cause of action). Hal ini penting karena kerap ditemukan beberapa perusahaan yang dikendalikan oleh satu grup perusahaan yang sama, mengajukan berbagai gugatan terhadap negara di berbagai forum.*<sup>56</sup>

Jika telah menempuh peradilan lokal namun tidak memuaskan, investor dapat menempuh arbitrase dengan syarat telah menyerahkan surat pemberitahuan perselisihan (*notice of dispute*) ke negara tuan rumah.<sup>57</sup> Berdasarkan *notice of dispute* ini, selama 6 bulan para pihak dapat menempuh alternatif penyelesaian sengketa (negosiasi, konsultasi, dsb). Jika perdamaian tidak tercapai, investor dapat mengajukan penyelesaian sengketa ke arbitrase dengan syarat: (1) tidak lebih dari 6 tahun<sup>58</sup> sejak investor mengetahui, atau seharusnya mengetahui masalah tersebut<sup>59</sup>; (2) tidak lebih dari 12 bulan sejak pengadilan domestik mengeluarkan putusan<sup>60</sup>; (3) negara tuan rumah diberi surat pemberitahuan oleh investor 90 hari sebelum mengajukan arbitrase (*notice of arbitration*)<sup>61</sup>; (4) investor telah melepaskan “hak untuk menginisiasi atau melanjutkan proses apa pun” di bawah hukum domestik negara tuan rumah.<sup>62</sup>

Meski India tidak meratifikasi konvensi ICSID, arbitrase dapat diajukan ke badan ICSID dengan syarat kedua belah pihak merupakan negara anggota; ICSID *Additional Facility Rules* (ketentuan fasilitas tambahan) jika salah satu pihak adalah negara anggota; atau UNCITRAL *Arbitration Rules*. Hukum acara yang digunakan sesuai dengan forum arbitrase yang bersangkutan, kecuali disepakati lain oleh para pihak. Dalam jangka waktu 30 hari sejak *notice of arbitration* diterima, para pihak menentukan masing-masing arbiternya untuk selanjutnya memilih ketua arbiter berdasarkan kesepakatan. Arbiter harus

---

56 Prabhash Ranjan *et.al, op.cit*, hlm. 29.

57 Surat Pemberitahuan perselisihan harus mencantumkan nama dan alamat investor yang berselisih; dasar gugatan, tindakan yang dipermasalahkan; menunjukkan ketentuan yang diduga telah dilanggar; membuktikan bahwa Pasal 15 (1) dan (2) telah terpenuhi; menetapkan bantuan yang dicari dan perkiraan jumlah kerusakan yang diklaim; dan memberikan bukti bahwa investor yang berselisih adalah investor dari Pihak lain. Pasal 15 ayat (3) model BIT India 2016; Lihat juga Pasal 15 ayat (3) Belarus-India BIT 2018.

58 Dalam Belarus-India 2018 jangka waktu yang berlaku adalah 7 tahun.

59 Pasal 15 ayat (5) butir i model BIT India 2016.

60 Pasal 15 ayat (5) butir ii model BIT India 2016.

61 Pasal 15 ayat (5) butir iv model BIT India 2016.

62 Pasal 15 ayat (5) butir iii model BIT India 2016.

memiliki keahlian dan bersifat independen.<sup>63</sup> Adapun mekanisme perlawanan terhadap arbiter diatur dalam Pasal 19 Model BIT India 2016. Selanjutnya, Pasal 22 mengatur tentang prinsip transparansi dalam proses arbitrase dengan batasan tertentu.<sup>64</sup> Sementara putusan arbitrase didasarkan pada suara mayoritas arbiter, bersifat *monetary* (ganti rugi) dan mengikat para pihak.

Model BIT India 2016 tidak menyatakan putusan arbitrase bersifat final, melainkan justru membuka peluang bagi upaya revisi atau pembatalan putusan arbitrase sesuai ketentuan hukum acara yang digunakan. Selain itu, para pihak dapat menyusun mekanisme banding (*appellate mechanism*) atas sengketa ISDS sebelumnya berdasarkan kesepakatan yang terpisah (perjanjian internasional). Namun demikian, seluruh perangkat beserta wewenang lembaga tersebut disusun dari awal oleh kedua belah pihak. Alasan dimasukkannya ketentuan ini, menurut Pasal 29 Model BIT India 2016, antara lain demi menjamin koherensi penafsiran atas isi perjanjian BIT.

### **3. Brazil's Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments**

Tidak seperti negara berkembang pada umumnya yang meratifikasi BIT sejak tahun 1990, Brazil tidak terikat dengan satu pun perjanjian BIT meski pernah menandatangani 14 BIT di era liberalisasi tersebut. Brazil memandang bahwa klausul ISDS dalam BIT bersifat diskriminatif terhadap investor lokal; potensial mengikis kedaulatan negara dalam menetapkan kebijakan nasional; dan bertentangan dengan konstitusi nasional. Selain itu, Brazil tidak melihat adanya kausalitas yang signifikan antara BIT dan arus investasi asing.<sup>65</sup> Itu juga sebabnya Brazil hingga saat ini tidak meratifikasi konvensi ICSID 1965. Akan tetapi, saat ini Brazil tercatat sebagai destinasi investasi asing terbesar

63 Memiliki pengalaman atau keahlian yang diperlukan dalam hukum internasional publik, hukum investasi internasional atau perdagangan internasional, atau mekanisme penyelesaian sengketa yang timbul dari perjanjian investasi internasional; Independen dan tidak terafiliasi secara langsung maupun tidak langsung dengan salah satu pihak atau dengan arbiter lain/saksi, maupun mendapat instruksi dari para pihak; Lihat Pasal 18 ayat (1) Model BIT India 2016.

64 Pihak tergugat wajib mempublikasikan untuk umum dokumen-dokumen berikut ini: a) surat pemberitahuan sengketa dan surat pemberitahuan arbitrase; b) nota pembelaan dan gugatan tertulis lainnya; c) transkrip pemeriksaan, jika tersedia; dan d) ketetapan, perintah dan putusan yang dikeluarkan oleh forum yang mengadili (*tribunals*); Lihat Pasal 22 Model BIT India 2016.

65 Martino Maggetti dan Henrique Choer Moraes, "The Policy-Making of Investment Treaties in Brazil: Policy Learning in the Context of Late Adoption", *Learning In Public Policy*, (2018): 303-304.

ke-4 di dunia.<sup>66</sup>

Sejak tahun 2012, pemerintah Brazil mulai melakukan studi tentang pelbagai tantangan yang dihadapi rezim investasi asing, mulai dari permasalahan dalam instrumen BIT tradisional, reformasi ISDS, seraya menimbang pentingnya menciptakan iklim yang kondusif bagi investasi.<sup>67</sup> Muaranya adalah *Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments* (ACFI)<sup>68</sup>, model BIT Brazil yang dikukuhkan pada tahun 2015.<sup>69</sup> Berbeda dari model BIT tradisional yang lebih berorientasi pada perlindungan investor (*protection*) dan mekanisme penyelesaian sengketa (*dispute resolution*), ACFI lebih fokus pada upaya promosi investasi dan pencegahan sengketa (*dispute prevention*). Misalnya, ACFI tidak memuat prinsip-prinsip BIT seperti FET, FPS, *indirect expropriation*. Di lain pihak, mekanisme ISDS diganti dengan forum “Komite Bersama” (*Joint Committees*) di mana para pihak menyelesaikan sengketa secara damai (konsultasi, negosiasi, mediasi).<sup>70</sup> Apabila tidak menemui titik temu, para pihak dapat menempuh *State-to-State Arbitration/SSA*. Dengan demikian, investor tidak dapat menggugat Brazil secara langsung melalui mekanisme *Investor-State Arbitration/ISA*.<sup>71</sup>

Jika timbul sengketa diantara pihak, Komite Bersama<sup>72</sup> harus menjalankan prosedur pencegahan perselisihan (*dispute prevention procedure*), yaitu: pihak yang berkepentingan harus mengajukan permohonan tertulis kepada pihak lain; mengidentifikasi tindakan pihak lain yang dipermasalahkan (*measure*); dan menyajikan fakta-fakta dan aturan hukum yang relevan. Lalu, Komite Bersama akan bertemu dalam waktu enam puluh 60 hari sejak permohonan diajukan. Komite Bersama kemudian akan mengevaluasi permohonan

---

66 Henrique Choer Moraes dan Felipe Hees, “Symposium On The BRICS Approach To The Investment Treaty System Breaking The BIT Mold: Brazil’s Pioneering Approach To Investment Agreements”, *American Journal of International Law* 112, (2019): 198.

67 Fabio Morosini dan Michelle Rattton Sanchez Badin, “The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI): A New Formula for International Investment Agreements?”, *Investment Treaty News Quarterly* 6, no. 3, The International Institute for Sustainable Development (IISD) (2015): 4.

68 Atau disebut juga *Cooperation and Facilitation of Investments Agreement* (CFIA).

69 Brazil menandatangani 6 BIT (2015), 3 BIT (2018) dan 1 BIT (2019).

70 Henrique Choer Moraes dan Felipe Hees, *Op.cit*, hal. 199.

71 Fabio Morosini dan Michelle Rattton Sanchez Badin, *Loc.cit*.

72 Komite Bersama terdiri dari perwakilan yang berasal dari pemerintah kedua belah pihak yang ditunjuk oleh masing-masing pemerintah. Pasal 18 ayat (2) ACFI.

tersebut dalam bentuk laporan (*report*) yang berisi: i) identifikasi para pihak; ii) deskripsi mengenai tindakan yang dipermasalahkan dan pasal perjanjian yang diduga telah dilanggar; dan iii) temuan-temuan dari Komite Bersama.<sup>73</sup>

Apabila dalam waktu yang telah ditentukan perselisihan tidak selesai<sup>74</sup>, atau salah satu pihak tidak berpartisipasi dalam Komite Bersama, maka pihak yang berkepentingan dapat mengajukan perselisihan ke arbitrase sesuai dengan ketentuan Pasal 25 ACFI. Adapun jika tindakan yang dipermasalahkan (*measure*) hanya berdampak pada investor tertentu, maka dalam permohonan tersebut harus mencantumkan pula pihak investor yang terkena dampak sehingga perwakilan dari pihak investor tersebut dapat diundang untuk hadir dihadapan Komite Bersama. Seluruh catatan dan dokumentasi dalam pertemuan ini bersifat rahasia, kecuali bagi laporan yang dikeluarkan oleh Komite Bersama tunduk pada hukum masing-masing pihak.<sup>75</sup>

Dalam hal salah satu pihak yang bersengketa hanya investor tertentu saja (*specific investor*), maka ia dapat mengajukan penyelesaian sengketa ke forum arbitrase sementara (*ad hoc*). Atau, berdasarkan kesepakatan para pihak (*mutual consent*), sengketa dapat diajukan ke forum arbitrase permanen (terlembaga). Tujuan dari arbitrase adalah untuk memutus apakah tindakan salah satu pihak telah melanggar ketentuan perjanjian BIT. Namun demikian, ketentuan mengenai *security exceptions* (tindakan pihak demi keamanan nasional/kepentingan publik); *compliance with domestic legislation*; CSR, tindakan melawan korupsi, dan aturan investasi terkait pelestarian lingkungan, tenaga kerja dan kesehatan tidak dapat diajukan ke arbitrase. Pengajuan perselisihan di forum arbitrase hanya berlaku dalam jangka waktu 5 tahun sejak pihak yang bersangkutan mengetahui, atau seharusnya mengetahui adanya permasalahan tersebut.<sup>76</sup>

Majelis arbitrase terdiri dari tiga (3) arbitrator yang dua diantaranya dipilih oleh para pihak dalam jangka waktu 3 bulan sejak surat pemberitahuan mengenai arbitrase (*notice of arbitration*) diterima. 3 bulan kemudian, kedua

---

73 Pasal 24 ACFI.

74 Komite bersama mengevaluasi permohonan tersebut selama 60 hari sejak pertemuan pertama dan jangka waktunya dapat diperpanjang berdasarkan kesepakatan para pihak; *Ibid.*

75 *Ibid.*

76 Pasal 25 ACFI.

belah pihak menentukan ketua majelis dari (negara) pihak ketiga berdasarkan kesepakatan. Arbitrator yang dipilih harus merupakan ahli<sup>77</sup>, independen<sup>78</sup> dan mematuhi aturan “*Rules of conduct for the understanding on rules and procedures governing the settlement of disputes*” dan aturan lainnya yang ditetapkan oleh Komite Bersama.

Hukum acara yang dipilih adalah UNCITRAL *Arbitration Rules*, meski majelis arbitrase juga dapat menentukan sendiri prosedurnya yang dikonsultasikan dengan para pihak yang bersengketa agar sesuai dengan ketentuan isi perjanjian. Putusan arbitrase didasarkan pada suara mayoritas, berdasarkan ketentuan perjanjian BIT dan hukum internasional yang diakui oleh para pihak. Kecuali disepakati lain oleh para pihak, Majelis Arbitrase harus mengeluarkan putusan dalam jangka waktu 9 bulan, yang dapat diperpanjang selama 90 hari. Dan putusan tersebut bersifat final dan mengikat.<sup>79</sup>

#### **4. South Africa’s Protection of Investment Act 22 of 2015**

Afrika Selatan mengukuhkan BIT pertamanya dalam kurun tahun 1994-1998. Saat itu, Afrika Selatan baru memasuki era demokratisasi setelah berpuluh tahun tunduk di bawah rezim apartheid, sistem politik supremasi kulit putih yang antara lain membuat Afrika Selatan terisolasi dari hubungan internasional. 14 instrumen BIT disusun, umumnya dengan negara-negara Eropa (*capital exporter*), guna menyampaikan sinyal positif bagi dunia dalam menjalin kerjasama ekonomi. Alih-alih menerima arus investasi yang signifikan dari negara yang terikat BIT dengan Afrika Selatan, investasi asing kerap datang dari negara non-pihak BIT.<sup>80</sup>

Pada saat yang sama, Afrika Selatan malah menghadapi dua tantangan: *Pertama*, meningkatnya gugatan ISDS berdasarkan BIT di arbitrase internasional. *Kedua*, ketentuan BIT dinilai tidak sejalan dengan konstitusi

---

77 Memiliki pengalaman atau keahlian yang diperlukan dalam hukum internasional publik, hukum investasi internasional atau perdagangan internasional, atau mekanisme penyelesaian sengketa yang timbul dari perjanjian investasi internasional. Pasal 25 ayat 8 huruf (a) ACFI.

78 Independen dan tidak terafiliasi secara langsung maupun tidak langsung dengan salah satu pihak atau dengan arbiter lain/saksi, maupun mendapat instruksi dari para pihak. Pasal 25 ayat 8 huruf (b) ACFI.

79 *Ibid.*

80 Xavier Carim, “International Investment Agreements and Africa’s Structural Transformation: A Perspective from South Africa”, dalam *Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices*, ed. Kavaljit Singh dan Burghard Ilge, (New Delhi, 2016), 81.

negara yang justru memerintahkan preferensi (diskriminasi positif) terhadap golongan kulit hitam (*black economic empowerment*), sebagai bentuk reformasi sosial-politik di era pasca-apartheid. Dengan kata lain, Afrika Selatan membutuhkan ruang yang lebih luas dalam menerapkan kebijakan nasionalnya.<sup>81</sup> Sejak tahun 2008, Afrika Selatan mulai mengkaji ulang BIT dan kebijakan nasionalnya di bidang investasi asing. Dalam kurun tahun 2010-2013, Afrika Selatan menghentikan (*terminate*) program BIT-nya, seraya menginisiasi penyusunan model BIT yang baru bersama negara-negara di wilayah selatan benua Afrika. Alhasil, pada tahun 2012, *South African Development Community (SADC) Bilateral Investment Treaty* berhasil disusun.<sup>82</sup>

Kendati demikian, SADC BIT hanyalah model yang disusun sebagai pedoman bagi Afrika Selatan, Malawi, Mauritius, Namibia, dan Zimbabwe dalam menyusun BIT masing-masing negara. Tujuannya adalah untuk menciptakan harmonisasi kebijakan investasi secara regional. Dengan demikian, SADC BIT 2012 tidak mengikat secara hukum (*soft law*). Pada tahun 2013, Afrika Selatan mengeluarkan *Promotion And Protection of Investment Bill*, suatu rancangan undang-undang (RUU) yang selama tiga bulan menerima kritik dan saran dari masyarakat sipil. Dua tahun kemudian, Undang-Undang No. 22 tahun 2015 tentang Perlindungan Investasi disahkan (*Protection of Investment Act 22 of 2015*). Akhirnya, tidak seperti halnya Brazil dan India, Afrika Selatan sama seperti Indonesia karena telah memiliki UU nasional yang mengatur investasi.

Apabila terjadi sengketa, investor dapat mengajukan permohonan kepada Departemen Perdagangan dan Industri untuk memfasilitasi penyediaan mediator. Departemen tersebut harus menyediakan *list* mediator berkualitas yang memiliki karakter moral yang tinggi, serta memiliki kompetensi yang diakui di bidang hukum, perdagangan, industri, atau keuangan, yang mampu memberikan penilaian secara independen dan bersedia melayani

---

81 M. Sornarajah, *Resistance and Change In the Law of Foreign Investment*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2015), 357.

82 10 dari 50 BIT Afrika Selatan telah dihentikan (*terminated*). Di tahun 2019, hanya 14 BIT Afrika Selatan yang masih berlaku; Lindelwa Mhlongo, "A Critical Analysis of the Protection of Investment Act 22 of 2015", *South Africa Public Law Journal*, Forthcoming, (2019): 3-4.

sebagai mediator. Mediator tersebut ditunjuk berdasarkan kesepakatan antara pemerintah dan investor asing.<sup>83</sup>

Dalam hal ini, setiap pengadilan domestik yang kompeten, pengadilan independen, dan institusi hukum (*statutory body*) di Afrika Selatan memiliki yurisdiksi. Permohonan mediasi harus diajukan dalam jangka waktu 6 bulan setelah investor mengetahui permasalahan tersebut, melalui surat yang berisi: a) identitas pihak investor asing (termasuk domisili, alamat email, nomor faksimili, dan nomor telepon); b) ringkasan gugatan, termasuk tindakan yang dianggap menimbulkan sengketa; c) lembaga yang dituduh oleh investor telah melanggar UU ini; d) ketentuan UU yang menurut investor asing telah dilanggar; dan e) hal yang dimohonkan (*relief sought*). Apabila para pihak tidak berdamai, investor asing dapat menempuh mekanisme *State-State Arbitration/SSA* di forum arbitrase internasional dengan syarat investor telah menjalankan prinsip *exhaustion of local remedies* dan pihak pemerintah memberikan persetujuan (*consent*).<sup>84</sup>

Dilihat secara umum, berikut adalah perbandingan mekanisme penyelesaian sengketa investasi di negara dunia ketiga:

**Tabel 2.**  
**Mekanisme Penyelesaian Sengketa dalam BIT di Negara Dunia Ketiga**

<b>Model BIT</b>	<b>Tahap 1</b>	<b>Tahap 2</b>	<b>Tahap 3</b>	<b>Tahap 4</b>
Indonesia-Singapore BIT 2018	Konsultasi dan negosiasi	1. Mediasi, jasa baik, konsiliasi; dan/ atau	Perlindungan Diplomatik (hanya jika pihak yang	
	selama 1 tahun (dapat mencakup Tahap 2 poin 1)	2. Pengadilan; dan/atau	kalah tidak mematuhi putusan arbitrase)	
		3. Investor-to-state arbitration (saja)		

83 Pasal 13 *Protection of Investment Act 22 of 2015*.

84 *Ibid*.

India Model BIT 2016	Exhaustion of local remedies (2-5 tahun)	Negosiasi, konsultasi, mediasi (6 bulan)	Investor-to-state arbitration	Mekanisme banding (berdasarkan perjanjian internasional)
Brazil (CFIA) 2015	Negosiasi dan konsultasi (6 bulan) oleh Komite Bersama	State-to-state arbitration		
Afrika Selatan ( <i>Act</i> 22/2015)	Mediasi (6 bulan)	Exhaustion of local remedies	State-to-state arbitration	

Sumber: diolah oleh penulis, 2021

#### D. Penutup

Merespon krisis penyelesaian sengketa investasi, negara dunia ketiga telah melakukan berbagai upaya reformasi dalam instrumen BIT. Afrika Selatan (*Act* 22/2015) dan Brazil (CFIA 2015) mengambil langkah reformis dengan menutup ISA sama sekali, karena menerapkan mekanisme SSA. Akan tetapi, problem inkonsistensi dan inkohereni putusan dalam forum arbitrase yang tak mengenal konsep preseden, tidak diantisipasi. Namun demikian, seperti halnya India (Model BIT 2016), Afrika selatan juga menerapkan prinsip ELR. Krisis legitimasi ISA disebabkan oleh strukturnya yang bertopang pada sejumlah asumsi, antara lain, anggapan a priori bahwa pengadilan lokal (negara dunia ketiga) tidak memadai. Klaim itu dapat dibuktikan justru secara a posteriori oleh prinsip ELR sebagai norma kebiasaan internasional. Sementara India masih memfasilitasi ISA, India mengambil langkah yang antisipatif dengan membuka peluang diterapkannya mekanisme banding terhadap putusan ISA berdasarkan perjanjian internasional. Sedangkan Indonesia, alih-alih reformis dengan menerapkan prinsip ELR atau mekanisme SSDS, hanya memperkuat alternatif penyelesaian sengketa investasi seraya tetap memfasilitasi ISA dalam Indonesia-Singapore BIT 2018. Dengan demikian, Indonesia belum sepenuhnya mengantisipasi krisis legitimasi ISDS dan, karenanya, berpotensi menerima gugatan dari investor yang dapat merugikan, baik terhadap regulasi

nasional maupun secara finansial.

#### DAFTAR PUSTAKA

- Afrika Selatan, *Protection of Investment Act 22 of 2015*.
- Belarus - India BIT, 2018.
- Bernasconi-Osterwalder, Nathalie. "State-State Dispute Settlement in Investment Treaties", *Best Practices Series*, International Institute for Sustainable Development, (October, 2014).
- Bonnitcha, Jonathan *et.al.* *The political Economy of the Investment Treaty Regime*, Oxford: Oxford University Press, 2017.
- Brauch, Martin Dietrich. "Exhaustion of Local Remedies in International Investment Law", International Institute for Sustainable Development, *IISD Best Practice Series*, 2017.
- Brazil Cooperation and Facilitation of Investments Agreement (CFIA)*, 2015.
- Carim, Xavier. "International Investment Agreements and Africa's Structural Transformation: A Perspective from South Africa", dalam *Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices*, diedit oleh Kavaljit Signh dan Burghard Ilge (New Delhi, 2016).
- Charter of Economic Rights and Duties of States*, 1974.
- Charter of the United Nations*, 1945.
- Draft Articles on Diplomatic Protection*, 2006.
- Eberhardt, Pia dan Cecilia Olivet. "Profiting from Injustice: Tracing the Rise of Investment Arbitration Industry", dalam *Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices*, diedit oleh Kavaljit Signh dan Burghard Ilge (New Delhi, 2016).
- Frank, Susan D. "The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions", *Fordham Law Review*, Vol. 73, 2005.
- Garner, Bryan A. *Black's Law Dictionary*, 8th Edition, (Eagan: West Publisher, 2004).
- Gaukrodger, David. "State-to-State Dispute Settlement and The Interpretation of Investment Treaties", *OECD Working Papers on International Investment*, Maret, 2016.
- Harten, Gus Van dan Martin Loughlin. "Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law", *The European Journal of International Law*, Vol. 17 No. 1, 2006.
- Harten, Gus Van dan Pavel Malysheuski. "Who Has Benefited Financially from Investment Treaty Arbitration? An Evaluation of the Size And Wealth of Claimants", *Osgoode Legal Studies Research Paper*, No. 14 Vol. 12, Issue. 3, 2016.

- Harten, Gus Van. "The Public-Private Distinction in the International Arbitration of Individual Claims Against the State," *International and Comparative Law Quarterly*, Vol. 56, 2007.
- Harten, Gus Van. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*, Oxford University Press, New York, 2008.
- Hepburn, Jarrod dan Ridhi Kabra. "India's New Model Investment Treaty: Fit for Purpose?," *Indian Law Review*, Forthcoming, 2017.
- Indonesia-Singapore BIT, 2018.
- Jailani, Abdulkadir. "Indonesia's Perspective on Review of International Investment Agreements", *Investment Policy Brief*, South Centre, 2015.
- The International Centre for Settlement of Investment Disputes Convention, 1965.
- Maggetti, Martino dan Henrique Choer Moraes. "The Policy-Making of Investment Treaties in Brazil: Policy Learning in the Context of Late Adoption", *Learning in Public Policy*, 2018.
- Mhlongo, Lindelwa. "A Critical Analysis of the Protection of Investment Act 22 of 2015", *South Africa Public Law Journal*, Forthcoming, 2019.
- Bilateral Investment Treaty Between the Government of the Republic of India, 2016.
- Moraes, Henrique Choer dan Felipe Hees. "Symposium on The BRICS Approach To The Investment Treaty System Breaking The BIT Mold: Brazil's Pioneering Approach To Investment Agreements", *American Journal of International Law*, Vol. 112, 2019.
- Morosini, Fabio dan Michelle Ratton Sanchez Badin. "The Brazilian Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI): A New Formula for International Investment Agreements?," *Investment Treaty News Quarterly*, Vol. 6, No. 3, The International Institute for Sustainable Development (IISD), 2015.
- Peraturan Presiden No 97 Tahun 2020 Tentang Persetujuan Antara Pemerintah Republik Indonesia Dan Pemerintah Republik Singapura Mengenai Peningkatan Dan Perlindungan Penanaman Modal.
- Puig, Sergio "Social Capital in the Arbitration Market", *The European Journal of International Law* 25, no. 2 (2014).
- Ranjan, Prabhaskar dan Pushkar Anand. "The 2016 Model Indian Bilateral Investment Treaty: A Critical Deconstruction", *Northwestern Journal of International Law and Business*, Vol. 8 No. 1, 2017.
- Ranjan, Prabhaskar *et al.* "India's Model Bilateral Investment Treaty: Is India too Risk Averse?," *Brookings India IMPACT Series*, No. 082018, 2018.
- Schill, Stephan W. *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2009.
- Sornarajah, M. *Resistance and Change In the Law of Foreign Investment*,

Cambridge: Cambridge University Press, 2015.

Subedi, Surya. *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*,  
Portland: Hart Publishing, 2008.

UNCTAD, “World Investment Report 2021: Investing in Sustainable Recovery”,  
United Nations, Geneva, 2021.