

July 2022

URGENSI PERJANJIAN INVESTASI BILATERAL ANTARA INDONESIA DAN NEGARA LAIN DENGAN KLAUSULA PENYELESAIAN SENGKETA INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT

Laura Natalia Sembiring
laura.natalia01@ui.ac.id

Follow this and additional works at: <https://scholarhub.ui.ac.id/dharmasisya>

Recommended Citation

Sembiring, Laura Natalia (2022) "URGENSI PERJANJIAN INVESTASI BILATERAL ANTARA INDONESIA DAN NEGARA LAIN DENGAN KLAUSULA PENYELESAIAN SENGKETA INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT," *"Dharmasisya" Jurnal Program Magister Hukum FHUI*: Vol. 1, Article 22.
Available at: <https://scholarhub.ui.ac.id/dharmasisya/vol1/iss4/22>

This Article is brought to you for free and open access by the Faculty of Law at UI Scholars Hub. It has been accepted for inclusion in "Dharmasisya" Jurnal Program Magister Hukum FHUI by an authorized editor of UI Scholars Hub.

URGENSI PERJANJIAN INVESTASI BILATERAL ANTARA INDONESIA DAN NEGARA LAIN DENGAN KLAUSULA PENYELESAIAN SENGKETA INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT

Cover Page Footnote

Laura Natalia Sembiring, Mahasiswa Magister Ilmu Hukum Universitas Indonesia. Alamat kontak: laura.natalia01@ui.ac.id Sentosa Sembiring, Hukum Investasi, cet.1 (Bandung: Nuansa Aulia, 2007), hlm.2. Kavaljit Singh, et.al, Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices, Both Ends, (Netherland, 2016), hlm.1 United Nations Conference on Trade and Development, The Entry info Force of Bilateral Investments Treaties (BIT), IIA Monitor No.3 (2006) International Investment Agreement, United Nations, New York and Geneva (2006), hlm.3 United Nation UNCTAD, "International Investment Navigator" <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>, diakses 5 Mei 2020. Lisa E. Sachs dan Karl P. Sauvant, BITs, DDTs, and FDI Flows: An Overview, dalam Karl P. Sauvant dan Lisa E. Sachs (Ed.), op.cit. hlm xvii. "For countries, the basic purpose of concluding BITs and DITs are respectively to assure investors that investment will be legally protected under international law ... to help increase FDI inflows. Jan Ole Voss, The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host State and Foreign Investors, (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011), hlm.54 Mehmet Toral dan Thomas Schultz, "The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some Unorthodox Considerations", dalam Michael Waibel, et.al. The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality, (The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2010), hlm. 577. Indonesia Bilateral Investment Treaties (BITs), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/97/indonesia> diakses melalui 7 Mei 2020. Indonesia, Peraturan Badan Koordinasi Penanaman Modal tentang Perubahan Kedua atas Peraturan Kepala Badan Koordinasi Penanaman Modal No.4 Tahun 2015 tentang Rencana Strategis Badan Koordinasi Penanaman Modal Tahun 2015-2019, Peraturan BKPM No. 4 Tahun 2019, Lampiran Peraturan BKPM No.4 Tahun 2019 Bab II tentang Visi, Misi dan Tujuan Badan Koordinasi Penanaman Modal, hlm. 22 Lauge N. Skovgaard Poulsen, Sacrificing Sovereignty by Chance: Investment Treaties, Developing Countries, and Bounded Rationality, (London: The London School of Economics and Political Science, 2011), hlm. 29. UNCTAD, World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance, (Geneve: United Nations Publication, 2015), hlm.121-122. Op. cit., hal 122-123. Jan Ole Voss, The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host State and Foreign Investors, (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011), hlm. 53. Ibid., hlm. 53. Indonesia for Global Justice, "Negara vs Korporasi" Indonesia Bilateral Investment Treaties (BITs), (IGJ: 2014), hlm.5 M. Sornarajah, The International Law on Foreign Investment, (UK: Cambridge University Press, Third Edition, 2010), hlm. 178. Ryan J.Bubb dan Susan Rose-Ackerman, BITs and Bargains: Strategic Aspect of Bilateral and Multilateral Regulation of Foreign Investment, (27 Int'l Rev.L.&Econ.291, 2007), hlm. 3 Ibid, hlm.183. O. James & Gump, The West and The Third World: Trade, Colonialism, Dependence, and Development, Journal of World History, Vol.11:2, 2000, hlm. 396. Sigit Setiawan, Kajian Proteksi Komitmen Sektor Jasa Indonesia dalam Perjanjian Bilateral Investasi dan Penerapannya pada Perundingan Indonesia-Kanada FIPA, <https://www.kemenkeu.go.id/sites/default/files/proteksi%20komitmen%20sektor%20jasa%20indonesia%20dalam%20perjanjian%20bilateral.pdf>, diakses tanggal 5 Mei 2020. International Investment Agreements Navigator, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/97/indonesia>, diakses tanggal 5 Mei 2020 Indonesia for Global Justice. "Negara vs Korporasi" Op.cit. hlm.7 Ibid. hlm.7 Indonesia, Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2014 tentang Perdagangan, Lembaran Negara Republik Indonesia (LNRI) Tahun 2014 Nomor 45 dan Tambahan Lembaran Negara (TLN) Nomor 5512, Pasal 82 ayat (1) dan (2). Birkah Latief, "Kedudukan Bilateral Investment Treaty dalam Perkembangan Hukum Investasi di Indonesia", Tesis Universitas Airlangga, 2009, hlm. M. Sonarajah, The International Law On Foreign Investment, dalam Ralph H. Folsom, Michael Wallace Gordon, John A. Spanogle, International Business Transactions (A Problem- Oriented Coursebook) (Fourth Edition), (USA: West Group, 1999), hlm. 905. Indonesia for Global Justice, Review

Bilateral Investment Treaty di Indonesia, <http://igj.or.id/wp-content/uploads/2017/05/FACT-SHEET-Indonesia-BITS-Bahasa.pdf> diakses tanggal 3 Mei 2020. David Price, Indonesia's Bold Strategy on Bilateral Investment Treaties: Seeking an Equitable Climate for Investment? ,*Asian Journal of International Law*,7, 2017, hlm.2 Mark S. Bergman, Bilateral Investment Protection Treaties: An Examination of The Evolution and Significance of the U.S Prototype Treaty, *New York University Journal of International Law and Politics*, The New York University, 1983, hlm.10. Peter Bahrens, Alternatif Methods of Dispute Settlement in International Economic Relations dalam Ernst – Ulrich Petesmann and Gunther Jaenicke, *Adjudication of International Trade Dispute in International and Economic Law*, Fribourg U.P, 1992, hlm.14: sebagaimana dikutip oleh Huala Adolf, *Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional*, (Bandung: Sinar Grafika, 2004), hlm.20. Martina A. Weiss, et. al, *International Investment Agreement (IIAS)*, (Washington: Congressional Research Service, 2015), hlm. 22. Cristoph Schreuer, Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration”, in Michael Waibel, et. al. (eds), *The Backlash against Investment Arbitration*, Kluwer Law International, March 2010, hlm.354 United States Trade Representative, ISDS : Important Question and Answer, Maret, 2015 <https://ustr.gov/ABOUT-US/POLICY-OFFICES/PRESS-OFFICE/BLOG/2015/MARCH/ISDS-IMPORTANT-QUESTIONS-AND-ANSWERS-0> diakses tanggal 5 Mei 2020 Nikesh Patel, An Emerging Trend in International Trade: A Shift to Safeguard Against ISDS Abuses and Protect Host-State Sovereignty, *Minnesota Journal of International Law*. 311. 2017, hlm. 284. Ibid., hlm. 288. Jurgen Kurtz, Australia Rejection of Investor-State Arbitration: Causation, Omission and Implication, *ICSID Review*, Vol. 27, No.1 (2012), hlm. 67. Ibid. Michael Nolan, Challenges To The Credibility of The Investor-State Arbitration System, *American University Business Law Review*, Vol.5: Issue 3, hlm. 430. Nikesh Patel, op.cit., hlm.296 Rudolf Dolzer, The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law, 37 *N.Y.U. J. Int'l L. & Pol.* 953, passim (2005), hlm. 964 Ibid, hlm.955. Kronologi Kemenangan Indonesia atas Gugatan Churchill Mining dan Planet Mining, <https://www.kemenkeu.go.id/publikasi/berita/kronologi-kemenangan-indonesia-atas-gugatan-churchill-mining-dan-planet-mining/>, diakses tanggal 9 Mei 2020.

URGENSI PERJANJIAN INVESTASI BILATERAL ANTARA INDONESIA DAN NEGARA LAIN DENGAN KLAUSULA PENYELESAIAN SENGKETA *INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT*

Laura Natalia Sembiring¹

Fakultas Hukum Universitas Indonesia

Korespondensi: laura.natalia01@ui.ac.id

Abstrak

Bilateral Investment Treaty (BIT) atau perjanjian investasi bilateral adalah perjanjian yang bersifat timbal balik diantara 2 (dua) negara untuk peningkatan dan perlindungan investasi di wilayah masing-masing negara. Perjanjian investasi bilateral bertujuan untuk memberikan perlindungan kepada penanam modal asing terhadap terjadinya tindakan-tindakan *Host Country* yang diskriminatif, serta dapat menghalangi penanaman modal asing mendapatkan hak dan kepentingan atas aset yang dimiliki. Selain itu, BIT juga memiliki tujuan khusus yaitu untuk mengurangi risiko non-ekonomi yang akan membuka peluang investasi. Salah satu klausul yang perlu diperhatikan dalam perjanjian investasi bilateral adalah klausul terkait mekanisme penyelesaian sengketa.

Kata Kunci: perjanjian, investasi, dan penyelesaian sengketa

Abstract

Bilateral Investment Treaty (BIT) or bilateral investment agreement is a reciprocal agreement between 2 (two) countries to increase and protect investment in the territory of each country. Bilateral investment agreements aim to provide protection to foreign investors against discriminatory *Host Country* actions, and may prevent foreign investors from obtaining rights and interests in their assets. In addition, BIT also has a specific objective, namely to reduce non-economic risks that will open up investment opportunities. One of the clauses that need to be considered in bilateral investment agreements is the clause related to dispute resolution mechanisms.

Keywords: agreement, investment, and dispute resolution mechanisms.

I. PENDAHULUAN

Investasi merupakan hal yang penting bagi negara karena pendapatan suatu negara diperoleh dari investasi. Namun demikian dalam pelaksanaan investasi yang sifatnya bilateral maupun multilateral, negara penerima modal (*selanjutnya* disebut “host-state”) harus tetap memperhatikan kepentingan dari investor.

Dalam Penjelasan Pasal 2 Undang-Undang No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (UUPM) diatur bahwa pelaksanaan penanaman modal dapat dilakukan secara langsung maupun tidak langsung oleh pemiliknya. Investasi secara langsung adalah investasi yang dilakukan oleh investor yang hadir secara fisik dalam menjalankan usahanya, atau mendirikan suatu badan usaha sedangkan pada investasi secara tidak langsung, investor tidak hadir secara langsung dan keuntungan yang diharapkan dapat diperoleh dalam waktu singkat yaitu *capital gain*.²

¹ Laura Natalia Sembiring, Mahasiswa Magister Ilmu Hukum Universitas Indonesia. Alamat kontak: laura.natalia01@ui.ac.id

² Sentosa Sembiring, *Hukum Investasi*, cet.1 (Bandung: Nuansa Aulia, 2007), hlm.2.

Pelaksanaan kerjasama investasi tersebut kemudian dituangkan dalam perjanjian kerjasama, diantaranya melalui *Bilateral Investment Treaty*. *Bilateral Investment Treaty* (BIT) atau perjanjian investasi bilateral adalah perjanjian yang mengikat secara hukum antara 2 (dua) negara yang menetapkan perlindungan timbal balik (*reciprocal protection*) dan promosi investasi di kedua negara.³ The United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) mendefinisikan BIT sebagai "perjanjian antara dua negara untuk dorongan timbal balik, promosi dan perlindungan investasi di wilayah masing-masing oleh perusahaan yang berbasis di kedua negara". Negara-negara yang menandatangani BIT berkomitmen untuk mengikuti standar khusus tentang perlakuan investasi asing dalam yurisdiksi mereka.

BIT yang pertama ditandatangani pada tanggal 25 November 1959 antara Jerman dan Pakistan dan mulai berlaku pada tanggal 28 April 1962, yaitu 2 tahun 5 bulan setelah penandatanganan perjanjian.⁴ Jeda waktu antara penandatanganan dan pemberlakuan BIT merupakan gambaran proses ratifikasi nasional di masing-masing negara yang cukup rumit dan membutuhkan waktu untuk pemberlakuannya. Setiap negara memiliki proses yang berbeda. Pada tahun 2020, tercatat setidaknya terdapat 2897 BIT dan 2338 diantaranya masih berlaku.⁵

Tujuan utama pembentukan perjanjian investasi bilateral adalah untuk meningkatkan arus investasi dan menjamin investor bahwa investasi yang dilakukannya akan dilindungi secara hukum.⁶ Implikasi pembentukan perjanjian investasi bilateral terhadap peningkatan arus investasi seringkali diragukan oleh para ahli hukum, mengingat belum ada bukti nyata bahwa jumlah perjanjian investasi yang dibuat oleh suatu negara berbanding lurus dengan jumlah perjanjian investasi yang masuk ke dalam negara tersebut.⁷ Namun demikian, melihat jumlah BIT yang tercatat sebagaimana tersebut di atas menunjukkan bahwa perjanjian investasi bilateral masih marak dilakukan oleh negara-negara.

Dalam perkembangannya, perjanjian investasi bilateral digunakan investor sebagai perisai pelindung terhadap kebijakan-kebijakan dan perbuatan *host-state* yang dianggap merugikan atau dapat merugikan bagi investor dan kegiatan investasinya.⁸

Di Indonesia, perjanjian investasi bilateral atau BIT dikenal dengan "Perjanjian Promosi dan Perlindungan Penanaman Modal (P4M)". Dari informasi yang diperoleh dari UNCTAD, sejak tahun 1968 yaitu penandatanganan BIT antara Indonesia dan Denmark, total BIT yang pernah ditandatangani Indonesia sebanyak 72 (tujuh puluh dua).⁹ Saat ini Pemerintah sedang melakukan moratorium atas P4M, bahkan tidak

³ Kavaljit Singh, et.al, *Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices, Both Ends*, (Netherland, 2016), hlm.1

⁴ United Nations Conference on Trade and Development, *The Entry into Force of Bilateral Investment Treaties (BIT)*, *ILA Monitor No.3 (2006) International Investment Agreement*, United Nations, New York and Geneva (2006), hlm.3

⁵United Nation UNCTAD, "International Investment Navigator" <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>, diakses 5 Mei 2020.

⁶ Lisa E. Sachs dan Karl P. Sauvant, *BITs, DDTs, and FDI Flows: An Overview*, dalam Karl P. Sauvant dan Lisa E. Sachs (Ed.), op.cit. hlm xvii. "For countries, the basic purpose of concluding BITs and DITs are respectively to assure investors that investment will be legally protected under international law ... to help increase FDI inflows.

⁷ Jan Ole Voss, *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host State and Foreign Investors*, (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011), hlm.54

⁸ Mehmet Toral dan Thomas Schultz, "The State, a Perpetual Respondent in Investment Arbitration? Some Unorthodox Considerations", dalam Michael Waibel, et.al. *The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality*, (The Netherlands: Kluwer Law International BV, 2010), hlm. 577.

⁹Indonesia Bilateral Investment Treaties (BITs), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/97/indonesia> diakses melalui 7 Mei 2020.

memperpanjang/*discontinue* P4M yang telah habis masa berlakunya. Berbagai kesepakatan internasional khususnya P4M akan dievaluasi untuk dilakukan penyesuaian dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku dan kepentingan Indonesia khususnya hak negara untuk mengatur perekonomiannya. Perjanjian internasional meskipun ditujukan untuk mendorong penanaman modal namun tidak boleh mengurangi kedaulatan negara dalam mengambil keputusan-keputusan ekonomi untuk kepentingan nasional.¹⁰

Berdasarkan latar belakang dan uraian di atas, permasalahan yang akan diangkat dalam tulisan ini adalah:

1. Apakah Indonesia perlu melakukan perundingan dan penandatanganan perjanjian perdagangan dan/atau investasi internasional (BIT/P4M)? Bagaimana dampak perundingan dan penandatanganan BIT/P4M tersebut?
2. Bagaimana klausul penyelesaian sengketa *Investor-State Dispute Settlement (ISDS)* di dalam perjanjian perdagangan dan/atau investasi apabila ditinjau dari perspektif Indonesia sebagai penerima modal (*capital-importing country*) dan Indonesia sebagai negara pemberi modal (*capital-exporting country*)?

II. PEMBAHASAN

1. *Bilateral Investment Treaty (BIT)*

BIT muncul pada abad ke-17. Negara-negara besar Eropa adalah pelopor dari lahirnya perjanjian BIT ini.¹¹ BIT pertama yang dibuat adalah BIT antara Jerman dan Pakistan pada 1959 yang kemudian diikuti oleh negara-negara lainnya. Ini adalah era dimana BIT lahir sebagai instrumen perlindungan investasi tipe baru yang dibuat antara negara maju dan negara berkembang, walaupun pada era ini perlindungan yang diberikan masih relatif sedikit dan belum adanya pengaturan mengenai mekanisme penyelesaian sengketa antara investor dan negara (*Investor-State Dispute Settlement/ISDS*).¹²

Ditandatanganinya Konvensi International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) pada tahun 1965 menjadi awal baru bagi rezim investasi terutama dalam pembuatan aturan-aturan mengenai investasi dunia (*International Investment Agreement/IIA*). Konvensi ini menjadi bagian utama dalam lahirnya ISDS. BIT antara Indonesia dan Belanda yang ditandatangani pada tahun 1968 adalah BIT pertama yang memasukkan ketentuan ISDS di dalamnya.¹³

Tujuan pembentukan perjanjian investasi bilateral dapat dilihat dari dua sisi. Dari sisi negara maju sebagai negara penanam modal (*capital-exporting country*), perjanjian investasi bilateral dibentuk untuk menjamin perlindungan bagi investor dan investasi yang dilakukannya.¹⁴ Dari sisi negara berkembang sebagai negara penerima modal (*host state/capital-importing country*), menurut Voss terdapat beberapa hal yang biasanya dijadikan alasan untuk membuat perjanjian investasi bilateral:¹⁵

¹⁰ Indonesia, *Peraturan Badan Koordinasi Penanaman Modal tentang Perubahan Kedua atas Peraturan Kepala Badan Koordinasi Penanaman Modal No.4 Tahun 2015 tentang Rencana Strategis Badan Koordinasi Penanaman Modal Tahun 2015-2019, Peraturan BKPM No. 4 Tahun 2019, Lampiran Peraturan BKPM No.4 Tahun 2019 Bab II tentang Visi, Misi dan Tujuan Badan Koordinasi Penanaman Modal*, hlm. 22

¹¹ Lauge N. Skovgaard Poulsen, *Sacrificing Sovereignty by Chance: Investment Treaties, Developing Countries, and Bounded Rationality*, (London: The London School of Economics and Political Science, 2011), hlm. 29.

¹² UNCTAD, *World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance*, (Geneve: United Nations Publication, 2015), hlm.121-122.

¹³ *Op. cit.*, hal 122-123.

¹⁴ Jan Ole Voss, *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host State and Foreign Investors*, (Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011), hlm. 53.

¹⁵ *Ibid.*, hlm. 53.

- a. keberadaan perjanjian investasi bilateral dapat membantu menarik investor;
- b. dapat menjadi awal mula dari stabilitas politik dan hukum yang ada sehingga perjanjian investasi bilateral tidak hanya berperan dalam bidang ekonomi melainkan juga aspek hukum dan politik; dan
- c. *host state* juga mendapat jaminan bahwa suatu saat ketika warga negaranya melakukan investasi maka akan mendapat perlindungan yang sama dengan negara investor.

Tidak terdapat bukti nyata bahwa pembuatan perjanjian investasi bilateral dapat meningkatkan arus investasi dari negara maju dan negara berkembang.

BIT mengatur mengenai standar-standar perlindungan investasi yang harus dilakukan oleh *host-state*, seperti:¹⁶

- a. perlakuan yang setara dan adil atau tidak ada diskriminasi dari segala jenis investasi baik asing maupun domestik;
- b. *full protection and security* yang memuat kewajiban negara untuk memberikan ganti rugi atas kerugian yang diderita oleh korporasi akibat perang, konflik bersenjata, revolusi, keadaan darurat negara, kerusakan, maupun pemberontakan. Biasanya perlindungan ini dalam bentuk kompensasi atau pemulihan;
- c. perlindungan dari tindakan pengambil-alihan atau nasionalisasi dan mengharuskan pemberian kompensasi ganti rugi; dan
- d. mekanisme penyelesaian sengketa yang mesejajarkan antara level investor dengan negara atau dikenal dengan "*Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*".

BIT bersifat sukarela dan tidak ada unsur paksaan yang terlibat dalam penyusunannya.¹⁷

BIT menjadi sumber hukum yang internasional yang paling dominan dianggap untuk melindungi investasi asing di negara berkembang. Sebaliknya, sangat jarang ditemukan penandatanganan BIT dilakukan antar sesama negara maju karena investor mungkin saja berpandangan bahwa *host-state* negara maju telah memiliki *domestic law* yang mumpuni dan memadai sehingga minim sekali terjadi diskriminasi terhadap investasi asing yang akan masuk.¹⁸ Namun hal ini jadi bertentangan karena BIT menciptakan manfaat yang langsung dapat dirasakan oleh investor daripada *host-state* pada umumnya.

Isu-isu yang berkaitan dengan investasi asing yang dilakukan oleh perusahaan multinasional memunculkan isu sensitif terkait kedaulatan, eksploitasi, sumber daya alam, dan kebijakan ekonomi internal.¹⁹ Mempertimbangkan hal ini, maka negara-negara berkembang yang akan melakukan perjanjian bilateral harus siap untuk menghadapi masalah-masalah seperti ini dan diikat dalam perjanjian.

Dalam BIT terdapat klausul yang memungkinkan adanya mekanisme penyelesaian sengketa alternatif, di mana seorang investor yang haknya dilanggar berdasarkan BIT dapat mencari perlindungan atau menempuh jalur hukum melalui arbitrase internasional di pengadilan seperti ICSID daripada menuntut *host-state* di pengadilan di negaranya sendiri. Pada umumnya jenis BIT dilaksanakan antara negara maju dan negara berkembang dengan tujuan untuk meningkatkan dan melindungi investasi negara maju di negara berkembang. Namun pada faktanya BIT menciptakan manfaat langsung bagi investor dibandingkan *host-state*.

¹⁶ Indonesia for Global Justice, "*Negara vs Korporasi*" *Indonesia Bilateral Investment Treaties (BITs)*, (IGJ: 2014), hlm.5

¹⁷ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, (UK: Cambridge University Press, Third Edition, 2010), hlm. 178.

¹⁸ Ryan J. Bubb dan Susan Rose-Ackerman, *BITs and Bargains: Strategic Aspect of Bilateral and Multilateral Regulation of Foreign Investment*, (27 Int'l Rev.L.&Econ.291, 2007), hlm. 3

¹⁹ Ibid, hlm.183.

Arbitrase Internasional berfungsi sebagai sistem transnasional yang memastikan keadilan bagi kedua belah pihak dalam BIT. Terdapat wacana yang sering diperdebatkan terkait sifat arbitrase internasional yang tetap otonom dan bebas dari pengaruh sistem hukum nasional *host-state*. ICSID didirikan pada tahun 1965 sebagai lembaga penyelesaian perselisihan yang independen, terdopolitisasi, dan efektif dengan tujuan untuk menyelesaikan perselisihan investasi lintas batas dan untuk bertindak sebagai badan internasional untuk memantau penyelesaian perselisihan.²⁰

2. Perjanjian Perdagangan Investasi (BIT) dalam Pelaksanaan Investasi di Indonesia

a. Historis Pelaksanaan BIT di Indonesia

Dalam upaya mendorong masuknya investasi langsung asing (*foreign direct investment*), pemerintah Indonesia telah melakukan berbagai strategi dan upaya guna membuat para investor merasa aman dan terjamin selama berinvestasi di Indonesia, salah satunya adalah dengan mengikat diri dalam perjanjian bilateral investasi (BIT) – *atau* dengan negara mitra investasi. BIT memainkan peran sebagai payung hukum dari kerjasama investasi antara Indonesia dengan negara mitra. Bagi Indonesia keberadaan BIT bermanfaat dalam memberikan nilai plus di mata investor dari negara mitra untuk menanamkan modalnya dalam jangka panjang, dan melindungi kepentingan investasi dan investor dari Indonesia di wilayah negara mitra.²¹ Indonesia telah melakukan BIT dengan 67 (enam puluh tujuh) negara dengan berbagai status yaitu belum diratifikasi, *terminated*, dan masih berlaku.²²

Secara historis, penandatanganan BIT oleh Indonesia dilakukan pada era orde baru setelah berakhirnya masa kepemimpinan Presiden Soekarno yang memiliki semangat nasionalisme. Hal ini karena pasca kemerdekaan Presiden Soekarno mengambil tindakan untuk menasionalisasi perusahaan-perusahaan asing di sektor-sektor strategis ekonomi Indonesia sebagai bentuk upaya untuk melepaskan diri dari jerat modal asing dan penjajahan.²³ Kemudian penandatanganan BITs dilakukan oleh Presiden Soeharto pada tahun 1967-1970an, yakni antara Indonesia dengan Jerman, Belgia, Luxemburg, Norwegia, Perancis, Belanda, Swiss, dan Inggris. Penandatanganan ini dilakukan karena negara-negara ini memiliki ikatan sejarah yang cukup panjang terkait dengan industri perkebunan dan pertambangan di Indonesia sejak zaman kolonialisme.²⁴ Penandatanganan BIT oleh Indonesia yang dilakukan saat itu dimaksudkan untuk melindungi investasi investor asing di Indonesia dan tidak memberikan perlindungan apa pun terhadap investasi Indonesia di negara asal investor. Dengan kata lain, BIT yang dilakukan tidak memiliki timbal balik antara kedua belah pihak.

Indonesia juga menandatangani Konvensi Internasional tentang Penyelesaian Perselisihan Investasi antara Negara dan Warga Negara lain (Konvensi ICSID) pada 16

²⁰ O. James & Gump, *The West and The Third World: Trade, Colonialism, Dependence, and Development*, Journal of World History, Vol.11:2, 2000, hlm. 396.

²¹ Sigit Setiawan, *Kajian Proteksi Komitmen Sektor Jasa Indonesia dalam Perjanjian Bilateral Investasi dan Penerapannya pada Perundingan Indonesia-Kanada FIPA*, <https://www.kemenkeu.go.id/sites/default/files/proteksi%20komitmen%20sektor%20jasa%20indonesia%20dalam%20perjanjian%20bilateral.pdf>, diakses tanggal 5 Mei 2020.

²² International Investment Agreements Navigator, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/97/indonesia>, diakses tanggal 5 Mei 2020

²³ Indonesia for Global Justice. “Negara vs Korporasi” *Op.cit.* hlm.7

²⁴ Ibid. hlm.7

Februari 1968, diikuti dengan penerbitan Undang-Undang No. 5 Tahun 1968 tentang Penyelesaian Perselisihan Investasi antara Negara dan Warga Negara Asing Mengenai Penanaman Modal. Konvensi ICSID mulai berlaku untuk Indonesia pada tanggal 28 Oktober 1968.

b. BIT Dalam Pelaksanaan Investasi di Indonesia

Pengaturan mengenai BIT diatur dalam Undang-Undang No.25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (UUPM). Pasal-pasal yang mengatur mengenai penanaman modal asing, yaitu:

- 1) Pasal 1 angka 3 tentang pengertian penanaman modal Asing; Pasal 1 angka 6 tentang Penanam Modal; dan Pasal 1 angka 8 tentang Modal;
- 2) Pasal 3 tentang asas dan tujuan penanaman Modal;
- 3) Pasal 4 tentang Kebijakan Dasar Penanaman Modal;
- 4) Pasal 5 ayat (2) dan ayat (3) tentang bentuk usaha;
- 5) Pasal 6 tentang perlakuan terhadap penanaman modal;
- 6) Pasal 7 tentang Pemerintah tidak akan melakukan tindak nasionalisasi atau pengambilalihan hak;
- 7) Pasal 8 tentang kebebasan mengalihkan aset;
- 8) Pasal 9 tentang tanggung jawab hukum yang belum diselesaikan oleh penanam modal
- 9) Pasal 10 tentang penggunaan tenaga kerja, khususnya tenaga kerja asing;
- 10) Pasal 11 tentang penyelesaian perselisihan hubungan industrial;
- 11) Pasal 12 tentang bidang usaha;
- 12) Pasal 15-17 tentang hak dan kewajiban, dan tanggung jawab penanam modal;
- 13) Pasal 18-24 tentang fasilitas penanaman modal;
- 14) Pasal 32 ayat (1) dan ayat (3) tentang Penyelesaian Sengketa;
- 15) Pasal 33-34 tentang Sanksi

Ketentuan dalam UUPM di atas merupakan ketentuan dasar yang dapat dimasukkan ke dalam klausula BIT meskipun dalam Pasal 6 ayat (2) UUPM diatur bahwa Pemerintah dapat memberikan perlakuan yang berbeda bagi penanam modal dari suatu negara yang memperoleh hak istimewa berdasarkan perjanjian dengan Indonesia. Pengaturan ini merupakan pengecualian pada asas *non-discrimination* yang kemudian digunakan dalam klausula-klausula BIT.

Di Indonesia peraturan undang-undangan yang mengatur BIT baik secara langsung maupun tidak langsung diatur dalam Pasal 11 UUD 1945, Undang-Undang No.37 Tahun 1999 tentang Hubungan Luar Negeri yang memberikan penguatan tentang pentingnya hubungan luar negeri dalam bentuk perjanjian internasional, Undang-Undang No.24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional, serta mekanisme ratifikasi perjanjian internasional kemudian diatur dalam Undang-Undang No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan sebagaimana diubah terakhir dengan Undang-Undang No.15 Tahun 2019.

Undang-Undang No.7 Tahun 2014 tentang Perdagangan mengatur tentang perjanjian internasional khususnya di bidang perdagangan. Berdasarkan undang-undang ini, perjanjian internasional merupakan salah satu bentuk perwujudan yang dilakukan oleh Pemerintah dengan negara lain atau lembaga/organisasi internasional dalam mewujudkan kerjasama perdagangan untuk meningkatkan akses pasar serta melindungi dan mengamankan

kepentingan nasional.²⁵ Ketentuan-ketentuan dalam Undang-Undang ini dapat dijadikan dasar bagi pengaturan BIT dalam sistem hukum nasional.

Sebagai negara berkembang, Indonesia menyadari pentingnya investasi asing secara langsung yang biasa disebut dengan Penanaman Modal Asing atau *Foreign Direct Investment* (FDI). Keterbatasan modal yang dimiliki oleh Indonesia dalam rangka pembangunan ekonomi nasional menjadikan Indonesia membutuhkan modal asing untuk membantu mewujudkan tujuan pembangunan ini. Penanaman modal asing dapat memberikan kontribusi nyata bagi pertumbuhan perekonomian Indonesia.²⁶

Investasi asing melalui BIT digunakan sebagai salah satu sarana untuk mempromosikan transfer modal, teknologi dan kemampuan manajerial, memperbaiki efisiensi ekonomi, kompetisi, dan peningkatan terhadap akses pasar serta menghindari ancaman pengambilalihan aset tanpa adanya kompensasi yang merupakan salah satu risiko dari investasi yang dihasilkan dari perubahan rezim atau perubahan kebijakan politik dan ekonomi *host-state*.²⁷

Beberapa tahun belakangan ini, Indonesia memutuskan untuk menghentikan semua BITs'nya untuk meninjau ketentuan BIT sebelum dilakukan pembaruan. Hal ini ditengarai terdapat tuntutan hukum kepada Pemerintah Indonesia di ICSID atas dasar BIT Indonesia-Belanda. Presiden Susilo Bambang Yudhoyono menekankan bahwa Pemerintah tidak akan membiarkan perusahaan multinasional melakukan apa yang mereka inginkan dengan dukungan internasional dan menekan pengembangan negara seperti di Indonesia. Alasan tinjauan yang dilakukan oleh Indonesia pada dasarnya sama dengan alasan untuk tinjauan yang dilakukan oleh negara lain. **Pertama**, tinjauan telah dilakukan untuk mencapai keseimbangan antara perlindungan investor dan kedaulatan nasional; **Kedua**, sebagian besar ketentuan IIA yang sudah ada sudah kadaluarsa karena memberikan perlindungan dan hak yang luas bagi investor asing, membiarkan negara tuan rumah tidak memiliki ruang kebijakan untuk menerapkan tujuan pengembangannya sendiri. **Ketiga**, salah satu kekuatan terbesar Indonesia mengenai IIA adalah provisi Penyelesaian Sengketa Investor-Negara Bagian (ISDS) yang meningkatkan keterlibatan Indonesia terhadap klaim investor dalam arbitrase internasional. **Keempat**, ketentuan di IIA berpotensi menggantikan legislasi nasional.²⁸

Beberapa pakar mengkritik keputusan Indonesia untuk mengakhiri beberapa BIT yang ada dan memandang bahwa keputusan ini merupakan keputusan yang tidak ramah investor atau menganggap bahwa Indonesia terlalu egois karena telah menghentikan kerjasama BIT. Di sisi lain beberapa pakar memandang bahwa langkah yang telah diambil oleh Indonesia merupakan keputusan yang berani karena sebagian besar BIT hanya mengadopsi klausul untuk melindungi kepentingan investor asing.²⁹

Keputusan Pemerintah Indonesia untuk meninjau ketentuan BIT sebelum dilakukan pembaruan dimaksudkan untuk memberi perlindungan yang lebih jelas terkait ketentuan

²⁵ Indonesia, Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2014 tentang Perdagangan, Lembaran Negara Republik Indonesia (LNRI) Tahun 2014 Nomor 45 dan Tambahan Lembaran Negara (TLN) Nomor 5512, Pasal 82 ayat (1) dan (2).

²⁶ Birkah Latief, "Kedudukan Bilateral Investment Treaty dalam Perkembangan Hukum Investasi di Indonesia", Tesis Universitas Airlangga, 2009, hlm.

²⁷ M. Sonarajah, *The International Law On Foreign Investment*, dalam Ralph H. Folsom, Michael Wallace Gordon, John A. Spanogle, *International Business Transactions* (A Problem- Oriented Coursebook) (Fourth Edition), (USA: West Group, 1999), hlm. 905.

²⁸ Indonesia for Global Justice, *Review Bilateral Investment Treaty di Indonesia*, <http://igi.or.id/wp-content/uploads/2017/05/FACT-SHEET-Indonesia-BITS-Bahasa.pdf> diakses tanggal 3 Mei 2020.

²⁹ David Price, *Indonesia's Bold Strategy on Bilateral Investment Treaties: Seeking an Equitable Climate for Investment?*, *Asian Journal of International Law*, 7, 2017, hlm.2

mengenai penyelesaian perselisihan dan menyusun sebuah BIT yang disesuaikan dengan kebutuhan dari setiap negara sebagai para pihak serta disesuaikan dengan perkembangan ekonomi di masing-masing negara. Semua BIT yang ditandatangani oleh Pemerintah Indonesia berisi ketentuan-ketentuan yang meberlakukan penyelesaian perselisihan melalui mekanisme arbitrase internasional seperti ICSID. Dengan tidak adanya keterlibatan pengadilan domestik atau Undang-Undang Arbitrase Nasional Indonesia (BANI), entitas investasi asing menikmati kebebasan untuk melewati pengadilan lokal dan beralih ke ISDS yang disediakan berdasarkan ketentuan BITs dan mendekati pengadilan seperti ICSID. Hal ini bisa dilihat dari kasus Churchill Mining PLC yang mengajukan gugatan kepada pemerintah Provinsi Kutai Timur atau gugatan oleh PT. Newmont Nusa Tenggara terkait dengan dikeluarkannya kebijakan pemerintah mengenai pengenaan bea ekspor biji timah yang juga bertentangan dengan BIT.

3. Penyelesaian Sengketa antara Investor dan *Host-State*

a. Penyelesaian Sengketa Secara Damai

Dalam perjanjian investasi, sengketa dapat saja muncul yang berkaitan dengan aplikasi maupun inpretasi dari perjanjian investasi antara investor dan *host-state*. Jika sengketa muncul antara investor dan *host-state* maka para pihak harus menyelesaikannya dengan cara konsultasi dan negosiasi terlebih dahulu.³⁰ Dalam hubungan transnasional haruslah mengutamakan penyelesaian sengketa dengan cara damai melalui cara-cara yang diakui secara internasional untuk mencegah dan menghindarkan penggunaan kekerasan atau terjadinya peperangan antar-negara.

Sebagai salah satu bentuk Perjanjian Internasional, BIT harus mengutamakan penyelesaian sengketa secara damai dan sesuai dengan prinsip-prinsip keadilan dan hukum internasional, sebagaimana diatur dalam Konvensi Wina 1969 tentang Perjanjian Internasional. Cara-cara penyelesaian sengketa internasional secara damai, sebagai berikut³¹:

- 1) Negosiasi, adalah cara penyelesaian sengketa yang paling dasar dan paling tua digunakan;
- 2) Pencarian fakta, adalah penyelesaian sengketa dengan yang bermula dari perbedaan pandangan para pihak terhadap fakta yang menentukan hak dan kewajiban antara kedua belah pihak dalam suatu perjanjian. Pemastian kedudukan fakta merupakan bagian penting dari prosedur penyelesaian sengketa.
- 3) Jasa-jasa baik adalah cara penyelesaian sengketa melalui atau bantuan pihak ketiga yang berupaya untuk menyelesaikan sengketa dengan cara negosiasi.
- 4) Mediasi, adalah cara penyelesaian sengketa melalui pihak ketiga yang disebut mediator, dapat menunjuk negara, organisasi internasional atau individu, yang aktif memberikan saran untuk penyelesaian sengketa.
- 5) Konsolidasi adalah cara penyelesaian sengketa yang sifatnya lebih formal dibandingkan mediasi karena pihak ketiga yang ditunjuk untuk penyelesaian sengketa adalah komisi konsiliasi yang dibentuk para pihak. Komisi ini sudah berbentuk lembaga atau komisi *ad hoc* yang berfungsi untuk menetapkan para pihak dan menyusun putusan yang bersifat tidak mengikat.

³⁰ Mark S. Bergman, *Bilateral Investment Protection Treaties: An Examination of The Evolution and Significance of the U.S Prototype Treaty*, New York University Journal of International Law and Politics, The New York University, 1983, hlm.10.

³¹ Peter Bahrens, *Alternatif Methods of Dispute Settlement in International Economic Relations* dalam Ernst – Ulrich Petesmann and Gunther Jaenicke, *Adjudication of International Trade Dispute in International and Economic Law*, Fribourg U.P, 1992, hlm.14: sebagaimana dikutip oleh Huala Adolf, *Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional*, (Bandung: Sinar Grafika, 2004), hlm.20.

- 6) Arbitrase, adalah cara penyelesaian sengketa secara sukarela kepada pihak ketiga yang netral mengeluarkan putusan yang bersifat *final* dan *binding*.
- 7) Pengadilan Internasional digunakan setelah seluruh metode di atas tidak dapat menyelesaikan sengketa. Pengadilan dapat melalui pengadilan permanen maupun pengadilan *Ad Hoc*.

Pasal 32 ayat (1) UUPM mengatur apabila terjadi sengketa antara penanam modal dan *host-state* maka mengutamakan penyelesaian secara musyawarah mufakat. Dalam menyelesaikan sebuah sengketa di lingkup perdagangan terdapat alternatif penyelesaian sengketa melalui arbitrase. Pengaturan dalam Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa menyebutkan bahwa cara penyelesaian suatu sengketa perdata di luar peradilan umum yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa. Hampir semua BIT memasukkan arbitrase sebagai salah satu cara penyelesaian sengketa apabila langkah-langkah diplomatik menemukan jalan buntu.

b. Klausul “Investor-State Dispute Settlement” dalam BIT

Standar minimum perlindungan investasi yang tercantum dalam IIA dan harus diberikan oleh *host-state*, yaitu: (i) perlakuan yang sama dan adil atau perlakuan tanpa diskriminasi dari jenis investasi apa pun baik domestik maupun asing; (ii) perlindungan penuh dan keamanan yang mengandung kewajiban negara untuk memberikan kompensasi atas kerugian korporasi akibat perang, konflik bersenjata, revolusi, keadaan darurat negara, kerusuhan atau pemberontakan. Perlindungan ini biasanya dalam bentuk kompensasi atau pemulihan; (iii) perlindungan dari tindakan atau nasionalisasi apa pun dan kewajiban untuk memberikan kompensasi; (iv) mekanisme penyelesaian sengketa yang menyelaraskan tingkat investor dan negara yang dikenal sebagai “Investor-State Dispute Settlement/ISDS-Penyelesaian Sengketa Investor-Negara.

Klausul ISDS disusun oleh negara penerima modal (*capital-importing country*) dan negara pemberi modal (*capital-exporting country*), bukan dibuat secara langsung antara investor dan negara penerima modal (*capital-importing country*) / *host-state*. Namun, penyelesaian sengketa kebanyakan diajukan oleh korporasi atau investor atas langkah kebijakan yang diambil *host-state*, seperti: perubahan skema insentif investasi, pembatalan atau dugaan pelanggaran kontrak oleh negara, nasionalisasi atau pengambilalihan secara langsung, pencabutan izin, perubahan tarif, perubahan penetapan zonasi lahan, penetapan pajak, pembatalan paten, dan sebagainya.

ISDS bertujuan untuk menjadi mekanisme penyelesaian perselisihan yang efektif yang tidak menyebabkan konflik di antara negara-negara tersebut.³² Namun di sisi lain terdapat kritik lain terhadap ISDS terkait risiko banyaknya klaim yang diajukan oleh investor ke negara tuan rumah dengan nilainya mencapai US \$ 1 miliar. Selain itu, kasus tingginya biaya yang dibebankan ke *host-state* bahkan jika mereka menang. Kritik terhadap ISDS semakin meluas sejak penarikan beberapa negara Amerika Selatan seperti Bolivia, Ecuador dan Venezuela dari forum ICSID. Reaksi ini merupakan implikasi atas klaim yang dilakukan oleh investor di forum ICSID.³³

³² Martina A. Weiss, et. al, *International Investment Agreement (IIAs)*, (Washington: Congressional Research Service, 2015), hlm. 22.

³³ Cristoph Schreuer, *Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration*”, in Michael Waibel, et. al. (eds), *The Backlash against Investment Arbitration*, Kluwer Law International, March 2010, hlm.354

United States Trade Representative (USTR) menyarankan agar Pemerintah mempertimbangkan 3 (tiga) tujuan dalam penyusunan klausul ISDS, yaitu untuk: (i) menyelesaikan konflik investasi tanpa menciptakan konflik antar negara; (ii) melindungi kedudukan negaranya di luar negeri (*capital-exporting country*); (iii) memberi sinyal kepada investor potensial bahwa aturan hukum akan dihormati.³⁴ Banyak negara telah mereformasi klausul ISDS dalam BITnya yang disesuaikan dengan kebutuhan setiap negara yang melakukan perjanjian.

Pemerintah India melakukan revisi atas model BIT India tahun 2003 yang dinilai dengan model BIT “investor-friendly” dan melakukan negosiasi ulang atas 83 (delapan puluh tiga) BIT yang ada. Klausul dalam model BIT India yang baru ditata ulang menjadi model BIT “host-state friendly” dengan mengedepankan kebebasan dan perlindungan bagi Pemerintah.³⁵ Model BIT baru India melakukan penyesuaian atas definisi investasi, investor, dan perusahaan berdasarkan hukum investasi yang diterapkan di India serta mewajibkan investor menggunakan penyelesaian sengketa yang tunduk pada hukum nasional India setidaknya 5 (lima) tahun sebelum menggunakan jalur pengadilan internasional.³⁶ Meskipun model ini lebih ramah terhadap negara tuan rumah, model ini tetap memberikan perlindungan bagi investor. India masih aktif berintegrasi dengan ekonomi global dan menegosiasikan IIA yang memberikan otonomi dan perlindungan India terhadap potensi klaim melalui ISDS.

Pada tahun 2011, Pemerintah Australia mengumumkan kepada publik dalam pernyataan kebijakan perdagangan bahwa dalam perjanjian yang akan dilakukan tidak lagi memasukkan klausul terkait *investor-state* dispute resolution procedures.³⁷ Salah satu yang memicu hal ini adalah analisa dan temuan Australian Productivity Commission pada November 2010 terkait kebijakan perdagangan dalam perjanjian perdagangan bilateral dan regional Australia.³⁸ Dalam kasus Philip Morris Asia Ltd dan Australia yang dituntut di United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), Australia dianggap melanggar peraturan Pasal 2 (2) dan Pasal 6 BIT Hong Kong-Australia Tahun 1993 terkait “fair and equitable treatment” dan “the indirect expropriation of investments without adequate compensation”.³⁹ Australia menolak semua penuntutan dari Phillip Morris dan menyatakan bahwa tujuan The Tobacco Plain Packaging Act 2011 adalah untuk melindungi kesehatan masyarakat. Meskipun mereka menang, Australia masih meluncurkan lebih dari lima puluh juta dolar untuk biaya pengadilan.⁴⁰ Selandia Baru dalam BITnya dengan Cina menyusun IIA tanpa klausula ISDS. Penyusunan BIT tanpa klausula ISDS bertujuan untuk mengurangi risiko klaim investor menjadi ISDS.

Sistem penyelesaian sengketa yang diatur dalam BIT, berdasarkan pandangan investor swasta, sistem hukum *host-state* terbukti tidak cukup untuk menyelesaikan sengketa dari investasi langsung di negara tersebut. Meskipun demikian, pandangan ini harus

³⁴ United States Trade Representative, *ISDS : Important Question and Answer*, Maret, 2015 <https://ustr.gov/ABOUT-US/POLICY-OFFICES/PRESS-OFFICE/BLOG/2015/MARCH/ISDS-IMPORTANT-QUESTIONS-AND-ANSWERS-0> diakses tanggal 5 Mei 2020

³⁵ Nikesh Patel, *An Emerging Trend in International Trade: A Shift to Safeguard Against ISDS Abuses and Protect Host-State Sovereignty*, Minnesota Journal of International Law. 311. 2017, hlm. 284.

³⁶ Ibid., hlm. 288.

³⁷ Jurgen Kurtz, *Australia Rejection of Investor-State Arbitration: Causation, Omission and Implication*, ICSID Review, Vol. 27, No.1 (2012), hlm. 67.

³⁸ Ibid.

³⁹ Michael Nolan, *Challenges To The Credibility of The Investor-State Arbitration System*, American University Business Law Review, Vol.5: Issue 3, hlm. 430.

⁴⁰ Nikesh Patel, op.cit., hlm.296

diimbangi dengan *state sovereign right* untuk mengatur dan mengontrol hukum nasionalnya.⁴¹ Negara juga memiliki kepentingan besar untuk menarik investasi asing dan menghilangkan kekhawatiran investor, untuk keadaan tersebut, negara telah merubah prioritas mereka terhadap aspek kedaulatan (*sovereign aspects*) dan sistem penyelesaian sengketa saat ini “normally perceived as a necessary consequence of an investment-friendly climate rather than a negative aspect.”⁴²

Dalam penyusunan klausul ISDS dalam BIT Indonesia (P4M), Indonesia harus tetap mempertimbangkan kedudukan Indonesia sebagai negara penerima modal (*host-state/capital-importing country*) dan kedudukan investor Indonesia sebagai negara pemberi modal (*capital-exporting country*) di luar negeri. Terdapat kemungkinan investor Indonesia sebagai negara pemberi modal (*capital-exporting country*) dapat digugat di tempat dimana dia memberikan modalnya. Untuk itu sebagaimana bentuk dari Perjanjian Internasional, klausul ISDS dalam P4M juga harus mengutamakan penyelesaian sengketa secara damai antara kedua belah pihak sebelum membawa ke pengadilan.

Selain itu, belajar dari gugatan Churchill Mining dan Planet Mining Pty Ltd terhadap Pemerintah Indonesia di forum arbitrase ICSID di Washington DC, Amerika Serikat terkait ekspropriasi tidak langsung (*indirect expropriation*)⁴³, Indonesia perlu menyesuaikan format terkait klausul ISDS dengan tetap hukum nasional Indonesia sebagai *host-state*. Penggunaan hukum nasional *host-state* dalam penyelesaian sengketa dinilai memiliki manfaat, antara lain: (i) meningkatkan sistem hukum dan keadilan; (ii) memudahkan ISDS dalam memberikan keputusan yang memenuhi syarat karena ISDS telah mempelajari hukum nasional *host-state* melalui keputusan pengadilan *host-state*; (iii) mengatur investor secara adil kepada warga negara tanpa hak istimewa apapun; serta mengintegrasikan peran pengadilan domestik dan arbitrase ISDS.

Mengkombinasikan kemungkinan konsep penyelesaian sengketa ISDS dalam P4M ke depan, penulis juga mengusulkan penyelesaian sengketa terkait kasus *expropriation* dipersyaratkan *local remedies* sebelum menuju ke *Arbitration*, sedangkan untuk kasus di luar *expropriation* dipersyaratkan adanya *consent* kedua pihak sebelum dibawa ke arbitrase internasional.

III. KESIMPULAN

1. Investasi merupakan salah satu penggerak pertumbuhan ekonomi suatu negara. Untuk menjamin keberlanjutan dan peningkatan nilai investasi asing (PMA) maka perlu diperhatikan terkait perlindungan PMA tersebut. Salah satu instrumen perlindungan investasi asing adalah melalui BIT atau di Indonesia dikenal dengan Perjanjian Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal (P4M) yang ditandatangani oleh Indonesia dan negara asal investor.
2. Mempertimbangkan bahwa dampak BIT sangat signifikan khususnya dalam hal penyelesaian sengketa antara Indonesia dengan investor asing dan seringkali berujung pada ganti rugi yang besar, maka Pemerintah perlu mengkaji dan menyusun *BIT Model Indonesia*. Dalam menyusun *BIT Model Indonesia*, Pemerintah harus memahami isi substansi dari perjanjian investasi yang dapat menjejawantahkan maksud dan tujuan

⁴¹ Rudolf Dolzer, *The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law*, 37 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 953, passim (2005), hlm. 964

⁴²Ibid, hlm.955.

⁴³Kronologi Kemenangan Indonesia atas Gugatan Churchill Mining dan Planet Mining, <https://www.kemenkeu.go.id/publikasi/berita/kronologi-kemenangan-indonesia-atas-gugatan-churchill-mining-dan-planet-mining/>, diakses tanggal 9 Mei 2020.

- investasi yang diinginkan oleh Indonesia. Hal ini menjadi penting agar BIT Indonesia selalu konsisten dalam memberikan perlindungan bagi investor asing dan sekaligus selaras dengan tujuan nasional yang ingin dicapai oleh Indonesia.
3. Selama Indonesia masih membutuhkan modal asing yang kemudian dituangkan dalam BIT maka keberadaan klausul terkait ISDS dinilai masih penting untuk dituangkan karena merupakan instrumen hukum internasional yang mengikat dua pihak, baik investor atau negara. Dalam penyusunan klausul ISDS dalam BIT Indonesia (P4M), Indonesia harus tetap mempertimbangkan kedudukan Indonesia sebagai negara penerima modal (*host-state/capital-importing country*) dan kedudukan investor Indonesia sebagai negara pemberi modal (*capital-exporting country*) di luar negeri. Selain klausul ISDS dalam P4M yang mengutamakan penyelesaian sengketa secara damai antara kedua belah pihak sebelum membawa ke pengadilan, diusulkan dalam klausul ISDS diatur terkait penyelesaian sengketa melalui pengadilan nasional (*local remedies*) sebelum dibawa ke arbitrase internasional.

DAFTAR PUSTAKA

Artikel

- Bergman, Mark S. “*Bilateral Investment Protection Treaties: An Examination of The Evolution and Significance of the U.S Prototype Treaty.*” New York University Journal of International Law and Politics, The New York University (1983).
- Dolzer, Rudolf. “*The Impact of International Investment Treaties on Domestic Administrative Law*”. 37 N.Y.U. J. Int'l L. & Pol. 953 (2006).
- James, O. & Gump. “*The West and The Third World: Trade, Colonialism, Dependence, and Development.*” Journal of World History, Vol.11:2 (2000).
- Kurtz, Jurgen. “*Australia Rejection of Investor-State Arbitration: Causation, Omission and Implication*”. ICSID Review, Vol. 27, No.1 (2012).
- Martina A. Weiss, et. al., “*International Investment Agreement (IIA): Frequently Asked Questions.*” Washington: Congressional Research Service, 2015.
- Nolan, Michael. “*Challenges To The Credibility of The Investor-State Arbitration System.*” American University Business Law Review, Vol.5: Issue 3 (2015).
- Patel, Nikesh. “*An Emerging Trend in International Trade: A Shift to Safeguard Against ISDS Abuses and Protect Host-State Sovereignty.*” Minnesota Journal of International Law. 311 (2017).
- Price, David. “*Indonesia’s Bold Strategy on Bilateral Investment Treaties: Seeking an Equitable Climate for Investment?*” Asian Journal of International Law, 7 (2017).
- Schreuer, Cristoph. “*Denunciation of the ICSID Convention and Consent to Arbitration*”, in Michael Waibel, et. al. (eds), *The Backlash against Investment Arbitration*, Kluwer Law International, March (2010).
- United Nations Conference on Trade and Development. “*The Entry into Force of Bilateral Investments Treaties (BIT), IIA Monitor No.3 (2006) International Investment Agreement.*” United Nations, New York and Geneva (2006).
- United Nations Conference on Trade and Development. “*World Investment Report 2015: Reforming International Investment Governance.*” Geneva: United Nations Publication (2015).

Waibel, Michael *et.al.* “*The Backlash against Investment Arbitration: Perceptions and Reality.*” Allard Research Common (2010).

Buku

- Bubb, Ryan J. dan Susan Rose-Ackerman. *BITs and Bargains: Strategic Aspect of Bilateral and Multilateral Regulation of Foreign Investment.* 27 Int’l Rev.L.&Econ.291, 2007.
- Folsom, Ralph H. *et.al.*ads. *International Business Transactions (A Problem- Oriented Coursebook)* (Fourth Edition). USA: West Group, 1999.
- Jan Ole Voss, *The Impact of Investment Treaties on Contracts between Host State and Foreign Investors.* Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, 2011.
- Sachs, Lisa E. dan Karl P. Sauvant.”*BITs, DDTs, and FDI Flows: An Overview*” dalam *The Effect of Treaties on Foreign Direct Investment: Bilateral Investment Treaties, Double Taxation Treaties and Investment Flows.* Oxford: Oxford University Press, 2009.
- Sembiring, Sentosa Sembiring. *Hukum Investasi.* Cet.1. Bandung: Nuansa Aulia, 2007.
- Singh, Kavaljit *et.al.*, *Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices, Both Ends.* Netherland: Botheds, 2016.
- Sornarajah, M. *The International Law on Foreign Investment.* UK: Cambridge University Press, Third Edition, 2010.

Karya Ilmiah (Tesis, Disertasi)

- Latief, Birkah. “*Kedudukan Bilateral Investment Treaty dalam Perkembangan Hukum Investasi di Indonesia.*” Tesis Universitas Airlangga, 2009.
- Poulsen, Lauge N. Skovgaard. *Sacrificing Sovereignty by Chance: Investment Treaties, Developing Countries, and Bounded Rationality.* Disertasi The London School of Economics and Political Science, London (2011).

Peraturan Perundang-Undangan

- Indonesia, *Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1968 tentang Penyelesaian Perselisihan Investasi antara Negara dan Warga Negara Asing Mengenai Penanaman Modal*, LN No.32 Tahun 1968, TLN No.2852
- Indonesia, *Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa*, LN No. 138 Tahun 1999, TLN No. 3872
- Indonesia, *Undang-Undang Nomor 37 Tahun 1999 tentang Hubungan Luar Negeri*, LN No.156 Tahun 1999, TLN No.3882
- Indonesia, *Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal*, LN No.67 Tahun 2007, TLN No.4724.
- Indonesia, *Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2014 tentang Perdagangan*, LN No. 45 Tahun 2014, TLN No. 5512.
- Indonesia, *Peraturan Badan Koordinasi Penanaman Modal No.4 Tahun 2019 tentang Perubahan Kedua atas Peraturan Kepala Badan Koordinasi Penanaman Modal No.4 Tahun 2015 tentang Rencana Strategis Badan Koordinasi Penanaman Modal Tahun 2015-2019*, BN No. 683 Tahun 2019.

Internet

- United Nation UNCTAD, “International Investment Navigator”
<https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>, diakses 5 Mei 2020.

- Kronologi Kemenangan Indonesia atas Gugatan Churchill Mining dan Planet Mining, <https://www.kemenkeu.go.id/publikasi/berita/kronologi-kemenangan-indonesia-atas-gugatan-churchill-mining-dan-planet-mining/>, diakses tanggal 9 Mei 2020.
- United States Trade Representative, *ISDS : Important Question and Answer*, Maret, 2015 <https://ustr.gov/ABOUT-US/POLICY-OFFICES/PRESS-OFFICE/BLOG/2015/MARCH/ISDS-IMPORTANT-QUESTIONS-AND-ANSWERS-0> diakses tanggal 5 Mei 2020
- Sigit Setiawan, *Kajian Proteksi Komitmen Sektor Jasa Indonesia dalam Perjanjian Bilateral Investasi dan Penerapannya pada Perundingan Indonesia-Kanada FIPA*, <https://www.kemenkeu.go.id/sites/default/files/proteksi%20komitmen%20sektor%20jasa%20indonesia%20dalam%20perjanjian%20bilateral.pdf>, diakses tanggal 5 Mei 2020.
- International Investment Agreements Navigator, <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/97/indonesia>, diakses tanggal 5 Mei 2020
- Indonesia Bilateral Investment Treaties (BITs), <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/countries/97/indonesia> diakses melalui 7 Mei 2020.
- Indonesia for Global Justice, “*Negara vs Korporasi*” *Indonesia Bilateral Investment Treaties (BITs)*, (IGJ: 2014), hlm.5
- Indonesia for Global Justice, *Review Bilateral Investment Treaty di Indonesia*, <http://igj.or.id/wp-content/uploads/2017/05/FACT-SHEET-Indonesia-BITS-Bahasa.pdf> diakses tanggal 3 Mei 2020.