BAB II

TINJAUAN UMUM PENYELESAIAN SENGKETA PENANAMAN MODAL ASEAN

A. Sengketa Penanaman Modal Asing

Penanaman Modal Asing merupakan bagian vital dalam mendukung pertumbuhan ekonomi suatu negara. Ini disebabkan karena penanaman modal asing mendorong pertumbuhan dan memberikan kontribusi langsung terhadap akumulasi modal dan transfer teknologi yang tidak tersedia di negara penerima modal atau negara tuan rumah.[45]

1. Definisi Penanaman Modal Asing

Penanaman Modal Asing merupakan suatu bentuk investasi yang dibiayai oleh modal asing.[46] Pasal 1 Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 mendeskripsikan penanaman modal asing sebagai:

"Hanya meliputi modal asing secara langsung yang dilakukan menurut atau berdasarkan ketentuan-ketentuan undang-undang dan digunakan menjalankan perusahaan di Indonesia."

Pada dasarnya terminologi penanaman modal asing berasal dari kata bahasa inggris yaitu "*Foreign Investment*".

[45] Hanna Meilaniwati dan Tannia Tannia, "ANALISIS PENGARUH PENANAMAN MODAL ASING (PMA), PENANAMAN MODAL DALAM NEGERI (PMDN) , TRADE OPENNESS (TO) DAN INFLASI TERHADAP PERTUMBUHAN EKONOMI DI ASEAN-5 TAHUN 2009-2018," *Business Management Journal* 17, no. 1 (Maret 2021): 89–100, https://doi.org/10.30813/BMJ.V17I1.2582.

[46] Badan Pengembangan dan Pembinaan Bahasa, "Hasil Pencarian - KBBI Daring," *2016*, n.d.

Berdasarkan uraian di atas, dapat ditemukan unsur-unsur penanaman modal asing yaitu:[47]

a. Dilaksanakan secara langsung; dan

   Dalam hal ini unsur dilaksanakan secara langsung memiliki makna bahwa semua risiko dari investor akan ditanggung secara langsung oleh investor.

b. Berdasarkan undang-undang

   Memiliki makna bahwa investor dalam menanamkan modalnya wajib berlandaskan pada peraturan yang ditetapkan dalam undang-undang yang berlaku.

Menurut Pasal 1 angka 3 Undang-Undang Penanaman Modal, Penanaman Modal Asing merupakan suatu aktivitas dalam menempatkan modal yang bertujuan agar dapat melaksanakan suatu aktivitas usaha. Investor dapat melakukan investasi dengan modal asing seluruhnya; dan atau modal asing patungan dengan penanaman modal dalam negeri (*joint venture*).[48]

Prof. M. Sornarajah, mendeskripsikan penanaman modal asing sebagai suatu pemindahan modal yang bentuknya baik berwujud maupun tidak, dari satu negara ke negara lain dengan tujuan untuk mendatangkan laba di bawah pengendalian total maupun sebagian dari pemilik modal (investor) di negara tujuan penanaman modal. Secara sederhana berarti

[47] Hulman Panjaitan, *Hukum Penanaman Modal Asing* (Jakarta: Ind-Hill Co, 2008).
[48] Pasal 1 angka 3 UU Penanaman Modal: "kegiatan menanam modal untuk melakukan usaha di wilayah negara Republik Indonesia yang dilakukan oleh penanam modal asing, baik yang menggunakan modal asing sepenuhnya maupun yang berpatungan dengan penanam modal dalam negeri".

merupakan transfer modal dari negara asal ke negara tujuan investasi dengan tujuan mendapatkan laba.[49]

2. ***International Investment Agreement*** **(IIA) dalam Konsep Perjanjian Internasional**

Perjanjian investasi internasional atau IIA merupakan sebuah alat (perjanjian) yang digunakan sebagai regulasi terkait bagaimana berjalannya investasi. Pada dasarnya IIA memberikan kepastian dan keamanan hukum, sehingga proses Penanaman Modal Asing dapat berjalan dengan baik. Selain daripada memberikan jaminan dan kepastian hukum, IIA juga memiliki tujuan untuk mendorong sebuah badan hukum baik perorangan maupun individu untuk berinvestasi di negara yang menjadi bagian daripada IIA yang bersangkutan.

Dengan demikian, dari sudut pandang Negara IIA memiliki tujuan dalam menjadikan negara sebagai tempat/ lingkungan yang aman untuk mempromosikan dan menarik investasi yang merupakan bagian penting untuk pertumbuhan ekonomi yang berkelanjutan. Untuk perusahaan/ penanam modal, IIA bertujuan untuk memberikan kepastian terhadap perlindungan untuk modalnya dengan adanya suatu ikatan yang dihormati oleh negara. Perlindungan yang seimbang ini adalah kondisi *sine qua non* untuk berinvestasi (contoh: konstruksi, hak kekayaan intelektual). Oleh karena itu, IIA sangat penting dalam menyediakan kerangka kerja yang dapat diprediksi dan stabil untuk investasi melalui perjanjian yang

[49] Khelen Cristine, "Kewenangan BKPM Dalam Perizinan Investasi Pasca Kebijakan Online Single Submission di Kota Batam" (UNIVERSITAS INTERNASIONAL BATAM, 2019).

mengikat antara investor dan negara tuan rumah.[50] Dengan memperkuat aturan hukum memastikan bahwa negara akan menghormati komitmen internasional dan bertanggung jawab jika terjadi pelanggaran kewajiban, misalnya dengan perlakuan diskriminatif.[51]

Jenis-Jenis IIA:

Berdasarkan *International Investment Agreement Navigator* UNCTAD, IIA dibagi menjadi dua kategori yaitu *Bilateral Investment Treaties* dan *Treaties with Investment Provisions.*

a. *Bilateral Investment Treaties* (BIT)

Perjanjian investasi bilateral atau lebih dikenal sebagai BIT/ BITs merupakan suatu perjanjian antara dua negara untuk memberikan timbal balik, promosi, dan perlindungan investasi di wilayah masing-masing oleh badan usaha yang berbasis di kedua negara. BITs menetapkan syarat dan ketentuan untuk investasi swasta yang dilakukan oleh individu dan badan usaha dari satu negara berdaulat di negara berdaulat lainnya.[52] BITs merupakan bentuk perjanjian investasi terbanyak dan memegang peranan penting sebagai komponen kunci dalam hukum internasional kontemporer

[50] Business at the OECD, "Why International Investment Agreements Matter," Maret 2016.
[51] Sebagian besar tujuan utama dari IIA adalah untuk memberikan perlindungan sebesar-besarnya kepada pihak Investor dari Negara yang memiliki posisi lebih kuat dikarenakan kedaulatannya atas negara tempat investasi di tanamkan, ini dapat dilihat dengan prinsip-prinsip IIA seperti *national treatment* dan most-favoured-nation.
[52] Anastasia Stepanovic, "Library Guides: International Investment Law: Treaties," *The University of Melbourne*, Oktober 2021, https://doi.org/10.1093/LAW/9780198719540.001.0001/LAW-9780198719540.

terkait investasi asing. Per tahun 2022 terdata sebanyak 2815 BITs dengan 2247 berstatus "*in force*" dan 568 "*not in force*".[53]

Perjanjian investasi bilateral memiliki fungsi dalam melindungi investasi, kebijakan publik seperti keselamatan, kesehatan dan lainnya, yang dimulai dari penjelasan umum dari perjanjian dan ruang lingkupnya. BIT menjadi standar dalam menyelesaikan masalah-masalah terkait penerimaan dan pembentukan investasi asing, standar perlakuannya, berhentinya atau gagalnya investasi, prosedur dan kompensasi pada investor bila terjadi wanprestasi atau tindakan merugikan dari negara, keadaan atau situasi yang tidak dapat dikendalikan. BITs juga memberikan jangka waktu perjanjian, memberikan ketentuan kapan perjanjian diperpanjang dan diakhiri serta sejauh apa investasi sebelum kesimpulan ratifikasi perjanjian diliputi.

Terdapat empat hipotesis mendasar terkait kemungkinan dampak yang diberikan oleh BITs:[54]

i. Efek Komitmen, komitmen internasional yang mengikat untuk perlindungan dan perlakuan yang memuaskan bagi investor asing akan mengurangi risiko dan meningkatkan FDI dari investor di negara tuan rumah/ penerima modal;
ii. Efek Sinyal, keberadaan BIT memberikan tanda/ sinyal keseriusan dalam meningkatkan hak milik investor di negara tuan rumah, dan

[53] UNCTAD Division on Investment and Enterprise, "International Investment Agreements Navigator | UNCTAD Investment Policy Hub," 2021, https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements#.
[54] Ibid.

dengan demikian dapat merangsang FDI dari semua negara, tidak hanya dari pihak kontraktor BIT;

iii. Jalan Pintas, sebagai jalan pintas dalam meningkatkan kualitas kelembagaan. BITs dapat menjadi substitusi dari lembaga dan kebijakan yang penting bagi FDI di negara tuan rumah bila belum memadai;

iv. BITs dengan ketentuan yang "kuat" dalam mendukung investor asing memiliki peluang lebih besar dalam mendorong FDI.

b. *Treaties with Investment Provisions* (TIPs)

TIPs mencakup berbagai jenis perjanjian investasi yang bukan BIT. Bentuk yang paling umum adalah Perjanjian Investasi Multilateral dan Kesepakatan Perdagangan Bebas ("FTA"). Banyak dari FTA memasukkan ketentuan-ketentuan yang mendorong FDI dengan menawarkan jaminan dan perlindungan kepada investor asing. Jaminan ini sering kali mencakup hak untuk menyelesaikan perselisihan antara investor dan negara tuan rumah melalui arbitrase.

BIT dan TIP memiliki perbedaan satu sama lain, tetapi pada umumnya memberikan hak substansial, perlindungan terhadap tindakan pemerintah tuan rumah, dan biasanya memungkinkan investor asing untuk menegakkan hak-hak tersebut dengan mengajukan sengketa investasi ke pengadilan arbitrase internasional (tidak harus menggunakan pengadilan lokal).[55]

[55] Bailey Christopher dan Jones Flora, "A Sleeping Sword – Protection For Japanese Corporations Investing Outside Of Japan - International Law - Japan," Mondaq, Januari 2017,

3. Bentuk Sengketa Penanaman Modal Asing

Pada umumnya terdapat tiga jenis bentuk sengketa penanaman modal asing:[56]

a. Sengketa Administratif

Sengketa yang ditimbulkan dikarenakan oleh perselisihan antara investor dengan negara tuan rumah dalam lingkup administratif (mencakup perihal perizinan dan perselisihan yang ditimbulkan karena tidak terpenuhi atau terjadinya pelanggaran pada peraturan atau kebijakan tata usaha dari negara tuan rumah).

b. Sengketa Teknis

Perselisihan terkait dengan hubungan kontraktual, timbulnya pelanggaran maupun tidak terpenuhinya ketentuan kontrak yang telah disepakati para pihak, pada saat proses berjalannya penanaman modal/ implementasinya.

c. Sengketa Hukum

Suatu sengketa yang biasa terjadi dikarenakan oleh kepentingan salah satu pihak yang tidak terakomodasi sehingga terjadinya sengketa.

Penyebab terjadinya sengketa dapat disebabkan oleh:[57]

a. *Host-Country* (negara tuan rumah/ penerima modal asing):

1) Kebijakan dari negara tuan rumah seperti: kebijakan di bidang fiskal, kebijakan pengelolaan utang luar negeri, kebijakan mata

---

https://www.mondaq.com/international-trade-investment/560038/a-sleeping-sword-protection-for-japanese-corporations-investing-outside-of-japan.

[56] Supancana et al., *op cit*, hal.454-45

[57] Ibid, hal. 451-454

uang, kebijakan pertanahan, kebijakan pengelolaan kekayaan negara, kebijakan ketenagakerjaan, kebijakan perdagangan dan industri, kebijakan administrasi, kebijakan kepemilikan, kebijakan perlindungan usaha kecil- menengah, kebijakan pelayanan publik, dan kebijakan lainnya yang berhubungan dan memberikan pengaruh bagi penanaman modal asing baik langsung maupun tidak langsung;

2) Tidak terpenuhinya kewajiban dari negara tuan rumah, seperti: kewajiban memberikan perlakuan yang sama, melindungi hak-hak yang diperoleh orang asing (*acquired rights of the aliens*), kewajiban memberi kebebasan melakukan repatriasi modal dan keuntungan, kewajiban menyediakan mekanisme penyelesaian sengketa yang efektif, adil dan menjamin kepastian hukum, kewajiban menghormati hak-hak kontraktual investor asing, dan lain-lain;
3) Tindakan *Host-Country* dalam melakukan pengambilalihan atas aset atau kepemilikan asing dalam berbagai kondisi dan variasi.

b. Investor

1) Pelanggaran ketentuan ketenagakerjaan
2) Pelanggaran HAM
3) Pelanggaran kewajiban *Community Development* dan *Corporate Social Responsibility*
4) Pelanggaran kewajiban lainnya

c. *Home-Country* (negara asal modal asing):

1) Gagal memenuhi kewajibannya dalam mengarahkan kegiatan investor asal *home-country* dalam memperhatikan kewajiban internasional milik *home-country* dan tidak melanggar kedaulatan negara *host-country* serta hak-hak mitra lokal maupun masyarakat setempat dalam melakukan penanaman modal;
2) Gagal menetapkan aturan-aturan yang mengikat badan hukum nasionalnya dalam memperhatikan aspek: lingkungan hidup, demokrasi, hak asasi manusia, dan lainnya.

d. Masyarakat:

1) Pengambilalihan dan perusakan fasilitas serta aset investor asing;
2) Main hakim sendiri;
3) Melakukan pemblokiran terhadap wilayah fasilitas atau kepemilikan asing;
4) dan tindakan pelanggaran oleh masyarakat lainnya.

e. Lemahnya Penegakan Hukum

1) Penegakan kontrak yang lemah;
2) Perlindungan hak dan kepemilikan asing yang lemah;
3) Keamanan dan ketertiban yang lemah;

Timbulnya suatu sengketa di dalam penanaman modal asing merupakan suatu fenomena yang tidak dapat dihindari dan menjadi wajar, sekalipun para pihak telah berusaha meminimalisir pelanggaran-pelanggaran yang dapat terjadi maupun menetapkan kontrak yang sangat baik dalam

meregulasi proses penanaman modal asing. Kewajaran ini disebabkan oleh kepentingan yang berbeda antara *host country*, *home country* dan investor. Sengketa juga dapat ditimbulkan dikarenakan oleh ketidakmampuan salah satu pihak dalam memahami maupun menguasai isi perjanjian yang telah disusun, sehingga di tengah implementasi penanaman modal asing kerap kali timbul sebuah permasalahan. Keadaan yang membuat sebuah sengketa tidak dapat dihindari menjadi dasar dibutuhkannya suatu mekanisme penyelesaian sengketa penanaman modal asing yang dapat memberikan solusi bagi para pihak.

B. Penyelesaian Sengketa Penanaman Modal Asing

Perjanjian investasi asing hampir selalu menyediakan mekanisme penyelesaian sengketa yang mengikat antara penanam modal asing yang dilindungi dengan ekonomi negara penerima modal. Bila terjadi suatu wanprestasi atau perlakuan yang tidak sesuai dengan perjanjian investasi, maka investor asing dapat mengajukan klaim atas kerugian moneter terhadap negara tuan rumah. Pada akhir tahun 2019 sebanyak seribu klaim telah diajukan oleh investor berdasarkan perjanjian investasi melawan seratus dua puluh negara tuan rumah yang berbeda di seluruh dunia.[58] Dalam mengajukan klaimnya investor biasa menggunakan mekanisme penyelesaian sengketa, yang biasa disebut sebagai *Investor-State Dispute Settlement* disingkat ISDS.

[58] N Jansen Calamita, *Handbook on Obligations in International Investment Treaties* (APEC Committee on Trade and Investment (CTI), 2020).

1. Pilihan-Pilihan Forum Penyelesaian Sengketa Investasi Asing

Penggunaan mekanisme ISDS pertama kali dilakukan pada akhir tahun 1960, dan pada tahun 1990 ketentuan ISDS menjadi praktik standar dalam perjanjian investasi internasional. Namun jumlah penggunaan arbitrase investor-negara sangat sedikit di inisiasi hingga akhir tahun 1999 dengan jumlah sebanyak empat puluh tiga arbitrase. Pada masa itu penggunaan arbitrase investor-negara sangatlah rendah dan merupakan alat yang asing bagi investor. Kondisi ini berubah pada tahun 2000 terjadi krisis finansial Argentina terjadi. Dalam menanggapi krisis ekonomi Pemerintah Argentina melakukan tindakan-tindakan yang dapat merugikan investor asing, misalnya perubahan rezim tarif dan perjanjian konsesi, devaluasi peso, dan penerapan Undang-Undang Darurat 2002 yang memodifikasi regulasi gas alam, tindakan tersebut memicu lonjakan jumlah klaim perjanjian investasi. Tindakan-tindakan ini menjadi subjek lebih dari empat puluh klaim.[59] Pada masa inilah interpretasi dan penerapan standar perjanjian diuji dan dikembangkan oleh investor beserta pengacaranya dan menjadi salah satu langkah signifikan dalam transisi ISDS yang sebelumnya bersifat teoritis menjadi alat yang berguna bagi para investor.

Akhir tahun 2020 diketahui adanya penambahan enam puluh delapan kasus berbasis ISDS yang diinisiasi. Awal tahun 2021 pada tanggal 1 Januari 2021 tercatat sebanyak seribu seratus empat klaim yang

[59] Christopher dan Flora, "A Sleeping Sword – Protection For Japanese Corporations Investing Outside Of Japan - International Law - Japan."

telah diumumkan dan diketahui.[60] Dikarenakan beberapa arbitrase bersifat rahasia dan tidak diumumkan, sehingga jumlah aktual sengketa yang diajukan menjadi sulit untuk diukur. Oleh karena itu, kemungkinan besar jumlah klaim aktual yang dilembagakan baik di bawah aturan ICSID maupun aturan non-ICSID dapat lebih besar daripada jumlah yang diketahui. Berdasarkan penjelasan di atas dapat kita ketahui bahwa penyelesaian sengketa investasi asing memiliki berbagai forum penyelesaian sesuai dengan kebutuhan dan juga kesepakatan dari para pihak. Berikut merupakan forum yang dapat dipilih para pihak:

a. *International Center for Settlement of International Dispute* (ICSID)

ICSID didirikan pada tahun 1966 oleh *the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* biasa disebut Konvensi Washington atau Konvensi ICSID. Konvensi ini merupakan traktat multilateral yang dirumuskan oleh Bank Dunia dengan tujuan untuk memajukan salah satu dari tujuannya yaitu mempromosikan investasi internasional. Selain tersedia untuk arbitrase Investor-Negara, ICSID juga tersedia untuk sengketa antar negara di bawah perjanjian investasi, perjanjian perdagangan bebas (FTA), dan sebagai pencatatan administratif (sekretariat dalam arbitrase *ad hoc* atau pengadilan yang sah).

[60] UNCTAD, "World Investment Report 2021 - Investing in Sustainable Recovery" (New York, 2021).

Sampai pada tahun 2021 telah sebanyak lebih dari tujuh ratus kasus ditangani oleh ICSID.[61] ICSID memiliki kapasitas dalam memperoleh atau melepas kekayaan baik yang bergerak maupun tidak, membuat kontrak, memiliki hak-hak *privilege* dan imunitas, menjalankan proses hukum, kapasitas ini dimiliki ICSID karena kedudukannya yang penuh sebagai subjek hukum internasional. ICSID menyediakan penyelesaian sengketa melalui metode konsiliasi, arbitrase atau penemuan fakta.

Konsiliasi oleh ICSID merupakan metode penyelesaian sengketa yang bersifat fleksibel dan informal. Konsiliasi melalui ICSID sendiri memiliki tujuan untuk mengklarifikasi masalah-masalah yang dipersengketakan antara para pihak dan berusaha untuk mencapai kesepakatan dengan syarat-syarat yang dapat diterima bersama. Dalam proses konsiliasi dan demi mencapai tujuannya maka komisi konsiliasi dapat meminta dokumen yang relevan, melakukan kunjungan lapangan, mendengarkan saksi, dan mengeluarkan rekomendasi untuk membantu para pihak dalam mencapai persyaratan yang dapat diterima bersama dalam penyelesaian sengketanya.

Prosedur daripada konsiliasi ICSID dimulai dari pengajuan konsiliasi, *screening* dan pendaftaran permintaan konsiliasi, penentuan jumlah konsiliator dan metode pertemuan dilaksanakan, penentuan konsiliator dan

[61] ICSID, "About ICSID | ICSID," The World Bank Group, 2021, https://icsid.worldbank.org/About/ICSID.

terbentuknya komisi konsiliasi, prosiding, prosedur tertulis dan oral, penutupan prosiding yang mengakhiri konsiliasi.[62]

Mediasi oleh ICSID menawarkan penyelesaian yang bersifat aktif dengan adanya peran mediator. Mediator memiliki tugas dalam memfasilitasi negosiasi para pihak, membantu mengidentifikasi kepentingannya, mengatasi hambatan penyelesaian, dan mengembangkan kemungkinan opsi penyelesaian dengan para pihak. Mediasi didasarkan pada perjanjian mediasi tertulis antara para pihak yang bersengketa dan biasanya bersifat sukarela.

Kelebihan daripada konsiliasi dan mediasi adalah sifatnya yang tidak begitu formal, kefleksibilitasannya, serta lebih murahnya kedua metode tersebut dibandingkan arbitrase. Dikarenakan kesepakatan yang dicapai bila berhasil adalah kesepakatan bersama atau konsensus maka dapat mengurangi bahkan mencegah antagonisme yang berlebihan antara para pihak yang bersengketa. Kelemahan daripada metode ini sendiri terletak pada tiadanya pihak ketiga dalam mengikat hasil penyelesaiannya.[63] Namun dalam praktiknya metode konsiliasi ICSID ini jarang digunakan dan kurang diminati karena kekurangannya tersebut.

Arbitrase ICSID memberikan pilihan bagi para pihak yang meratifikasi konvensi tersebut untuk menggunakan arbitrase ICSID (tidak wajib) yang merupakan syarat mengikatnya arbitrase tersebut. Pengaturan utama

[62] ICSID, "Overview of Conciliation under the ICSID Convention | ICSID," The World Bank Group,2021,http://icsiddev.prod.acquiasites.com/services/mediationConciliation/convention/process/overview.
[63] UNCTAD, "DISPUTE SETTLEMENT: INVESTOR-STATE UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements," *United Nations Publications*, 2003.

terkait ketentuan prosedur arbitrase tercantum di dalam bab 4 sampai bab 7 konvensi. Berdasarkan pasal 25 Konvensi ICSID terdapat tiga syarat utama untuk dapat menggunakan sarana arbitrase lembaga ini:

1) Sengketa timbul secara langsung karena penanaman modal.
2) Pihak yang bersengketa adalah anggota Konvensi Washington.
3) Adanya kesepakatan dalam bentuk pernyataan tertulis para pihak yang bersengketa, mengenai penyerahan penyelesaian sengketanya kepada ICSID. Kesepakatan ini menjadi pengikat para pihak, salah satu pihak tidak dapat menarik kembali kesepakatan tersebut tanpa adanya persetujuan semua pihak.

Berdasarkan pasal 25 konvensi tersebut maka yurisdiksi ICSID mencakup:[64]

1) Jurisdiksi *Ratione Materiae*,

   Yang menjadi yursidiksi ICSID hanyalah sengketa hukum yang berakibat langsung dengan adanya investasi (termasuk sengketa hak). Namun konflik kepentingan tidak termasuk ke dalamnya (*Transfer risk, Expropriation Risk, Repudiation Risk, War and Civil Disturbance*)

2) Jurisdiksi *Ratione Persona*e,

   Berwenang untuk mengadili negara dengan warga negara asing lainnya yang negaranya juga termasuk anggota/ peserta Konvensi Washington.

[64] Huala Adolf, *Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional*, Cet. 3 (Jakarta: Sinar Grafika, 2008).

Prosedur arbitrase ICSID adalah sebagai berikut:

1) Pemeriksaan yurisdiksi ICSID

Dalam proses pemeriksaan perkara ini terdapat tiga tahapan yaitu, pemeriksaan terhadap yurisdiksi pengadilan arbitrase ICSID, pemeriksaan pokok sengketa, pemeriksaan biaya-biaya yang dikeluarkan oleh ICSID.

2) Pendaftaran gugatan oleh penggugat

Selanjutnya turunan gugatan akan dikirimkan ICSID kepada Pemerintah Negara yang digugat atau kepada perwakilannya di Washington DC dan memberitahukannya kepada penggugat.

3) Pembentukan badan arbitrase

ICSID memanggil para pihak untuk membentuk badan arbitrase. penentuan arbiter dan metode pertemuan, jadwal pemeriksaan ditentukan.

4) Prosiding

Termasuk ke dalamnya prosedur tertulis berupa (yurisdiksi, kerusakan atau keuntungan, dan lain-lain) dan prosedur lisan. Di dalam prosiding berlaku asas *Partij Autonomie* atau prinsip *choice of law* para pihak memilih sendiri hukum yang digunakan dalam penyelesaian sengketanya berdasarkan perjanjian investasi yang telah disetujui para pihak di awal perjanjian investasi disepakati. Dengan kata lain arbitrase internasional hanya dapat menggunakan hukum pilihan yang

telah dipilih para pihak berdasarkan ketentuan penyelesaian sengketa perjanjian investasi yang bersangkutan.

5) Pemberian putusan (*award*)

Putusan yang dihasilkan oleh arbitrase ICSID bersifat final dan mengikat.

Kelebihan arbitrase ICSID bagi para investor adalah memberikan akses bagi investor untuk mengajukan klaim kepada *host-country* dalam menyelesaikan sengketanya, investor tidak terikat dan terbatasi oleh alternatif pengadilan nasional *host-country* atau metode penyelesaian di luar pengadilan lainnya, dan memberikan kemungkinan penegakan secara efektif atas keputusan akhir (*award*) ICSID. Sementara itu tersedianya arbitrase ICSID mendorong investasi masuk atas jaminan keamanan hukum bagi investor dan menjadi keuntungan tersendiri bagi *home-country* dalam menarik investor asing ke dalam negerinya. Salah satu kekurangan yang dimiliki lembaga Arbitrase ICSID adalah batasan yurisdiksinya dalam mengatasi permasalahan sengketa investasi. Meskipun para pihak telah setuju dalam menyelesaikan sengketanya di pengadilan arbitrase ICSID, bila salah satu dari pihak yang bersengketa bukan bagian dari perjanjian maupun Konvensi Washington maka ICSID tidak memiliki yurisdiksi dalam kasus tersebut.

Kelemahan ini kemudian diisi oleh Fasilitas Tambahan ICSID (ICSID *Additional Facility*). Pada tanggal 27 September 1978 fasilitas tambahan ini diciptakan untuk melengkapi kekurangan ICSID. Fasilitas tambahan ini

menawarkan tiga layanan yaitu layanan arbitrase, konsiliasi, dan pencarian fakta (*fact-finding*) untuk kasus-kasus yang jatuh di luar ruang lingkup Konvensi ICSID atau yurisdiksi ICSID. Keberadaan fasilitas tambahan ini memberikan ruang gerak dalam keadaan:[65]

1) Arbitrase atau konsiliasi untuk perselisihan investasi, salah satu pihak merupakan anggota Konvensi ICSID;
2) Arbitrase atau konsiliasi untuk sengketa yang tidak timbul secara langsung akibat dari investasi antara negara dan subjek asing dan salah satu pihak haruslah anggota Konvensi ICSID;
3) Pencarian fakta oleh suatu negara atau warga negara dari negara manapun.

Dari kesimpulan di atas dapat dilihat bahwa fasilitas tambahan ICSID memberikan ruang lingkup baru bagi para investor untuk dapat mengajukan klaimnya bila salah satu dari pihak merupakan anggota dari Konvensi ICSID. Namun penyelesaian sengketa yang dilakukan oleh fasilitas tambahan tidak dapat dianggap sebagai penyelesaian sengketa oleh ICSID (arbitrase maupun konsiliasi). Ini disebabkan karena fasilitas tambahan ICSID merupakan bagian yang terpisah dari ICSID, meskipun dapat menggunakan setiap manfaat dan dukungan dari sekretariat pusat ICSID berdasarkan pasal tiga peraturan fasilitas tambahan ini. kondisi ini jugalah yang menjadi kelemahan daripada fasilitas tambahan dengan tidak berlakunya penegakan dari ICSID pada fasilitas ini.

[65] ICSID, "ICSID Additional Facility Rules | ICSID," The World Bank Group, 2021, https://icsid.worldbank.org/resources/rules-and-regulations/additional-facility-rules/overview.

Perbedaan signifikan ICSID dengan UNCITRAL adalah bahwa arbitrase di bawah ICSID mengalami "de-lokalisasi". De-lokalisasi di sini memiliki makna bahwa penghargaan arbitrase di bawah ICSID tidak terpengaruh oleh keputusan pengadilan lokal dan hanya dapat diubah oleh prosedur pembatalan khusus berdasarkan Konvensi ICSID. Konvensi ICSID juga memberikan penegakan "otomatis" atas putusan arbitrase di semua negara yang merupakan pihak dalam konvensi.[66]

b. *The United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL)

Setelah ICSID, UNCITRAL merupakan salah satu mekanisme yang paling banyak digunakan dalam menyelesaikan sengketa investasi asing internasional. UNCITRAL sendiri adalah seperangkat peraturan atau mekanisme penyelesaian sengketa sehingga boleh saja menggunakan dukungan kelembagaan maupun tidak. Beberapa arbitrase UNCITRAL dikelola oleh lembaga-lembaga seperti *Permanent Court of* Arbitration (PCA) maupun dikelola Sekretariat ICSID. Aturan terkait arbitrase UNCITRAL diadopsi oleh Majelis Umum Perserikatan Bangsa-Bangsa pada tahun 1967 yang kemudian direvisi pada tahun 2010. Penghargaan ditegakkan melalui pengadilan nasional, biasanya berdasarkan Konvensi New York tentang Pengakuan dan Pemberlakuan Penghargaan Arbitrase Asing. Pengadilan nasional memiliki hak untuk menolak atau tidak

[66] David Gaukrodger dan Kathryn Gordon, "Investor-State Dispute Settlement a Scoping Paper for the Investment Policy Community," *OECD*, 2013, https://doi.org/10.1787/5k46b1r85j6f-en.

menegakkan penghargaan pada salah satu dari alasan yang tercantum dalam konvensi (1976 dan Aturan 2010).

c. Arbitrase Komersial Internasional

Beberapa IIA memperbolehkan investor untuk mengajukan klaimnya di bawah aturan arbitrase komersial internasional. Contoh-contoh yang ada namun tidak terbatas pada: *Arbitration Institute of the Stockholm Chamber of Commerce* (SCC)), C*ourt of Arbitration of the International Chamber of Commerce* (ICC), *London Court of International Arbitration* (LCIA), *regional/ national arbitration centres*. Lembaga-lembaga ini dapat mengelola arbitrase baik arbitrase yang "bertempat" di negara tempat mereka berada atau tempat lain. Beberapa IIA merujuk kepada pusat arbitrase regional. Masing-masing pusat ini memiliki aturan arbitrasenya masing-masing dan menawarkan dukungan institusional untuk proses administrasi seperti (dukungan sekretariat, tempat dan logistik untuk pendengaran pendapat, koordinasi pengadilan, dan lainnya.)

Arbitrase komersial internasional ini dan aturannya, memiliki fitur yang membedakannya dari Konvensi ICSID maupun fasilitas tambahan ICSID, yaitu:[67]

1) Memiliki praduga yang cukup ketat tentang kerahasiaan.
2) Menahan daftar nama arbiter, beberapa dengan jangkauan yang sangat luas kualifikasi, tetapi biasanya arbiter tersebut tidak dipilih karena

[67] UNCTAD, *INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II* (New York and Geneva: United Nations Publications, 2014).

keahlian mereka dalam hukum internasional publik atau hukum investasi di tertentu.

3) Penghargaan arbitrase dapat ditinjau dan berpotensi dikesampingkan oleh pengadilan negeri yang berwenang di tempat arbitrase.

4) Pengakuan dan penegakan putusan arbitrase dilakukan melalui pengadilan nasional, biasanya sesuai dengan Konvensi New York tentang Pengakuan dan Penegakan Penghargaan Arbitrase Asing.

d. Penyelesaian secara damai

Penyelesaian secara damai dapat dilakukan menggunakan mekanisme ADR di luar pengadilan. Mekanisme di luar berikut meliputi: negosiasi, mediasi, jasa baik pihak ketiga (*good offices*), maupun Komisi Pencari Fakta.

e. Pengadilan Nasional

Seringkali perjanjian investasi asing memasukkan pengadilan nasional sebagai satu dari beberapa pilihan untuk menyelesaikan sengketa investor-negara. Pengadilan negara biasanya tetap akan terbuka meskipun tidak ada ketentuan tersebut, namun klaim investor akan berdasarkan hukum domestik yang berlaku dibanding pelanggaran perjanjian investasi asing tersebut. Terkadang biaya dan kecepatan pengadilan domestik akan jauh lebih baik dibanding arbitrase, namun ini bergantung pada kebijakan dan efektivitas penyelesaian sengketa asing negara dari tempat pengadilan domestik berlaku.

Berdasarkan pemaparan di atas dapat dilihat masing-masing forum memiliki kelebihan dan kekurangannya masing-masing, oleh karena itu dalam memilih forum penyelesaian sengketa para pihak harus memperhatikan hal-hal sebagai berikut:

1) Yurisdiksi forum;
2) Kebutuhan para pihak;
3) Kelebihan dan kekurangan dari forum.

Tentunya dalam penyelesaian sengketa asing penentuan forum penyelesaian sengketa investasi asing menjadi sangat penting, karena ini akan mempengaruhi keberlangsungan investasi, kesuksesan dan kepuasan dari hasil penyelesaian yang diterima dari penggunaan forum tersebut.

2. Konsep Mekanisme *Investor-State Dispute Settlement* (ISDS)

ISDS pada dasarnya merupakan sebuah mekanisme yang dimasukkan ke dalam perjanjian investasi bilateral (BIT) maupun perjanjian TIP dalam menyelesaikan sengketa. Penyelesaian menggunakan mekanisme ISDS pada umumnya menggunakan sistem arbitrase dibandingkan dengan pengadilan secara umum. Di bawah mekanisme ISDS, hanya investor yang dapat mengajukan klaim kepada negara tuan rumah. Kondisi ini disebabkan karena posisi negara sebagai pihak di dalam perjanjian dan karenanya dapat dimintai pertanggungjawaban ganti rugi atas pelanggarannya, sedangkan penanam modal asing atau investor bukanlah

bagian dari perjanjian sehingga tidak dapat melanggar perjanjian tersebut.[68]

Mekanisme ISDS yang telah digunakan di banyak IIA dan dokumen internasional lainnya memiliki tiga fitur utama yang membuatnya menonjol yaitu:[69]

a. Dasar hukum ISDS yang kompleks dan variatif;
b. ISDS memperbolehkan pihak swasta untuk mengajukan klaim kepada negara (memaksa) dengan penghargaan (*award*) moneter yang besar;
c. Pengaturan kelembagaan ISDS sangat bergantung kepada arbitrase komersial (seperti arbitrase *ad hoc*, pihak yang ditunjuk panel arbitrase).

Berdasarkan 3 (tiga) fitur di atas dapat disimpulkan bahwa ISDS memberikan aksesibilitas bagi investor yang memiliki posisi inferior dalam menyelesaikan sengketanya dengan *host-country* yang memiliki kuasa atau kedaulatan atas tempat dilakukannya penanaman modal asing. Pengadilan arbitrase seringkali beroperasi di bawah aturan ICSID berdasarkan *Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of other States (1965)* dan aturan tambahannya. Selain itu *Arbitration Rules of* 1979 oleh *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL) yang kemudian direvisi pada

[68] Anastasia Stepanovic, "Library Guides: International Investment Law: Investor State Dispute Settlement," *The University of Melbourne*, 2019, https://doi.org/10.1093/OSO/9780190054434.001.0001/OSO-9780190054434.
[69] Gaukrodger dan Gordon, "Investor-State Dispute Settlement a Scoping Paper for the Investment Policy Community."

tahun 2010, juga kerap kali digunakan. Dengan banyaknya pilihan dan kompleksnya mekanisme ISDS maka keputusan akhir pilihan penyelesaian sengketa menggunakan ICSID dan atau jenis arbitrase lainnya diserahkan kepada para pihak.

Meskipun ISDS dari tiap perjanjian investasi yang ada memiliki perbedaan, namun kebanyakan akan mengikuti pola yang sama yaitu:[70]

a. Pemberitahuan arbitrase, oleh penggugat (investor) kepada *host-country* secara tertulis;
b. Pemilihan aturan-aturan yang berlaku dalam proses penyelesaian sengketa;
c. Pemilihan arbiter melalui mekanisme dalam kesepakatan ISDS atau atas pilihan para pihak (umumnya pengadilan terdiri dari tiga arbiter, biasanya masing-masing pihak dapat mencalonkan seorang arbiter untuk panel dan seorang presiden dipilih oleh dua arbiter yang dicalonkan oleh pihak, dengan berkonsultasi dengan para pihak);
d. Pengadilan, pengaturan prosedur dan jadwal, termasuk tahap tertulis dan lisan. Dapat memakan waktu beberapa tahun;
e. Pemberian putusan (*award*), keputusan bersifat final dan mengikat (hanya berlaku untuk kasus tersebut).

Eksistensi ISDS menjadi alternatif bagi para investor asing dalam menyelesaikan sengketanya dengan *host-country*. Sebelum adanya

[70] Norton Rose Fulbright, "International Arbitration Report," *Norton Rose Fulbright*, Juni 2017.

mekanisme arbitrase ISDS, investor tidak memiliki pilihan selain dalam menyelesaikan sengketa dengan *host-country* melalui pengadilan lokal *host-country*. Namun seringkali investor tidak mendapatkan pemulihan atau kompensasi yang penuh bahkan tidak ada sama sekali. Ini disebabkan oleh kurangnya perlindungan atau kenihilan perlindungan di bawah hukum lokal, kedaulatan domestik, atau kurangnya independensi peradilan. ISDS muncul dengan tujuan untuk mendepolitisasi perselisihan dengan menghapuskan ranah diplomasi dan hubungan antar negara, sehingga penyelesaian sengketa investasi asing benar-benar berada pada ranah yang netral.

C. Tinjauan Mengenai Kerangka Regulasi Penanaman Modal Asing dalam Kaitannya dengan Penyelesaian Sengketa dalam Lingkup ASEAN

1. Gambaran Umum terkait Penanaman Modal Asing dalam Lingkup ASEAN

FDI dipercaya sebagai salah satu sumber penting dalam mendapatkan sumber dana bagi suatu negara. FDI yang memberikan dampak signifikan dalam jangka panjang terhadap pemasukan diharapkan dapat membantu menciptakan kestabilan perkembangan bagi negara-negara, khususnya negara berkembang. Melihat ini ASEAN dan negara anggotanya menyetujui untuk memasukkan penanaman modal atau investasi sebagai salah satu elemen yang

menjadi pilar pasar tunggal dan basis produksi yang menjadi salah satu empat pilar Masyarakat Ekonomi ASEAN.[71]

Jumlah tertinggi masuknya FDI ke ASEAN terjadi pada tahun 2019 sekitar 182 miliar US$, angka ini membuat ASEAN menjadi penerima FDI terbesar di dunia negara berkembang. Namun pada tahun 2020 dikarenakan oleh Pandemi Covid-19, FDI menurun menuju angka US$ 137 miliar. Namun bila dibandingkan dengan penurunan FDI secara global, ASEAN masih memberikan performa yang sedikit lebih baik, dapat dilihat dari pangsa FDI globalnya yang naik dari sebelas koma sembilan persen (11,9%) pada tahun 2019 menjadi tiga belas koma tujuh persen (13,7%) tahun 2020. Investasi di kawasan regional tetaplah bertahan dan terus meningkat sebesar lima persen (5%) menjadi $23 miliar pada tahun 2020 dan mendorong pangsa FDI Intra-Asean di kawasan menjadi tujuh belas persen (17%).[72]

Pada tahun 2019 pemasukan FDI dari Intra-ASEAN tercatat sebesar tiga belas koma sembilan persen (13,9%) dari total pemasukan FDI ASEAN atau sejumlah us$ 22.4 miliar, lebih dari dua kali lipat pada tahun 2000. Pada urutan pertama terbesar Extra-ASEAN adalah Amerika dengan pangsa sebesar 15,2%, Jepang sebesar 12,7%, EU sebesar 10.1%, Hongkong – China sebesar 7% dan sisanya dijumlahkan 41%.[73] Ini menunjukkan bahwa meskipun pandemi menurunkan investasi secara global, namun ASEAN tetap menjadi tujuan prioritas sebagai *host country* untuk FDI. Tentunya ini semua dapat

[71] Shinta R I Soekro dan Triono Widodo, "Mapping and Determinants of Intra-ASEAN Foreign Direct Investment (FDI): Indonesia Case Study," 2015.
[72] ASEAN and UNCTAD, "ASEAN Investment Report 2020-2021 Investing in Industry 4.0," *ASEAN Secretariat* (Jakarta, September 2021).
[73] ASEAN, *ASEAN Key Figures 2020*, 3 ed. (Jakarta: ASEAN Secretariat, 2020).

terjadi dikarenakan adanya perkembangan yang terjadi di ASEAN dengan adanya perjanjian, traktat, dan inisiatif yang terus dikembangkan setiap tahunnya.

Inisiatif-inisiatif yang sangat mempengaruhi perkembangan PMA di ASEAN salah satunya adalah dengan adanya *The ASEAN Free Trade Area* (AFTA) yang diimplementasikan pada tahun 1992, pendirian ASEAN *Industrial Cooperation* (AICO) pada tahun 1996 and ASEAN *Investment Area* (AIA) tahun 1998, merupakan beberapa inisiatif yang mendorong perkembangan produksi industri, FDI, dan juga perdagangan. AIA hadir untuk menyediakan lingkungan yang memfasilitasi arus bebas bagi investasi langsung, teknologi, dan profesional ahli. AIA kemudian diperdalam dan dikembangkan menjadi ASEAN *Comprehensive Investment Agreement* (ACIA). ACIA sendiri memiliki tujuan untuk meningkatkan perjanjian AIA dalam hal:[74]

a. Liberalisasi investasi dengan mengurangi pembatasan,
b. Memfasilitasi peningkatan prosedur dalam melakukan bisnis, perizinan, dan skema insentif lainnya,
c. Memberikan perlindungan dalam hal perlakuan yang adil & merata, kompensasi kerugian, perlindungan dan sekuritas penuh, dan lain-lain,
d. Transparansi dan prediktabilitas dalam hal peningkatan hukum investasi, regulasi & pedomannya.

[74] Ahmad Aswin Masudi, "An Analysis of Intra-ASEAN FDI Determinants in the Wake of ASEAN Economic Community," *Bina Ekonomi* 20, no. 2 (2016): 125.

Pada tahun 2015 ACIA menjanjikan investasi terbuka dan bebas dengan klausul *national treatment* dan *most favoured nation* yang memberikan janji kepada Investor ASEAN bahwa perlakuan yang sama sebagai kesepakatan terbaik di masa depan dan penghapusan pembatasan pada sektor prioritas. Meskipun begitu terdapat beberapa negara anggota seperti Thailand dan Indonesia yang mengklaim pengecualian dan daftar sensitif yang mencegah perusahaan asing untuk mengklaim manfaat investasi untuk hak pendirian dan *national treatment* untuk banyak sektor.[75]

Berikut adalah tabel restriksi terhadap FDI yang dimiliki oleh negara-negara ASEAN:[76]

Tabel 2. 1Pembatasan investasi asing di negara-negara anggota ASEAN

Negara	Restriksi umum terhadap FDI
Indonesia	• Ada tes kebutuhan untuk mempekerjakan personel utama asing. • Kepemilikan tanah tidak diizinkan tetapi sewa dimungkinkan selama lebih dari 70 (tujuh puluh) tahun. • Di sektor jasa keuangan, mayoritas direksi harus warga negara. • Dalam layanan hukum, personel utama asing tidak diizinkan.

[75] Deborah Elms, "Impact of the ASEAN Economic Community and Implications for Latin America, Project Documents (LC/TS.2020/148)," *Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC)* (Santiago: Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC), 2020).

[76] OECD, "ASEAN FDI Regulatory Restrictions Database," 2017, https://qdd.oecd.org/subject.aspx?Subject=ASEAN_INDEX.

Malaysia	• Di sektor konstruksi, pengadaan pemerintah ditawarkan kepada perusahaan milik lokal. • Untuk distribusi grosir dan eceran, pendirian cabang tidak diperbolehkan / penggabungan lokal diperlukan.
Brunei Darussalam	• Persyaratan kandungan lokal di sektor manufaktur. • Di sektor jasa keuangan, pendirian cabang tidak diperbolehkan dan penggabungan lokal diperlukan.
Cambodia	• Kepemilikan tanah tidak diizinkan tetapi sewa dimungkinkan selama 30 (tiga puluh) hingga 70 (tujuh puluh) tahun. • Di sektor jasa keuangan, pendirian cabang tidak diperbolehkan dan penggabungan lokal diperlukan.
Lao PDR	• Kepemilikan tanah tidak diizinkan tetapi sewa dimungkinkan selama 30 (tiga puluh) hingga 70 (tujuh puluh) tahun. • Di bidang transportasi udara, pendirian cabang tidak diperbolehkan/diperlukan penggabungan lokal.
Myanmar	• Kepemilikan tanah tidak diizinkan tetapi sewa dimungkinkan selama 30 (tiga puluh) hingga 70 (tujuh puluh) tahun. • Di sektor jasa keuangan, pendirian cabang tidak diperbolehkan dan penggabungan lokal diperlukan.

Filipina	• Kepemilikan tanah tidak diizinkan tetapi sewa dimungkinkan selama lebih dari 70 (tujuh puluh) tahun. • Pengadaan pemerintah ditawarkan kepada perusahaan milik lokal. • Untuk sektor manufaktur dan sektor jasa keuangan, mayoritas direksi harus warga negara.
Thailand	• Kepemilikan tanah tidak diizinkan tetapi sewa dimungkinkan selama 30 (tiga puluh) hingga 70 (tujuh puluh) tahun. • Untuk sebagian besar sektor manufaktur, sektor transportasi, sektor pariwisata dan sektor jasa keuangan, mayoritas dewan direksi harus warga negara.
Vietnam	• Untuk sektor transportasi, mayoritas direksi harus warga negara. • Dalam investasi real estat, pembatasan laba/pemulangan modal diterapkan.

2. Ketentuan *International Investment Agreement* dalam ASEAN *Comprehensive Investment Agreement* (ACIA)

ACIA merupakan suatu perjanjian investasi internasional yang khusus dibuat dan memiliki ruang lingkup dalam memberikan regulasi investasi di ASEAN dan hanya untuk negara anggotanya (pasal 3 ayat (1) ACIA). Sebagai persetujuan komprehensif pertama dan penerus AIA, ACIA mencoba untuk memfasilitasi investasi di penjuru ASEAN melalui langkah-langkah yang

memastikan adanya perlakuan yang adil dan merata; jaminan produksi dan keamanan penuh; aturan terkait pengambilalihan yang tidak sah; dan transfer dana yang gratis. ACIA *entry into force* pada Maret 2012. sesuai dengan pasal 3 ayat (3) ACIA, mencakup investasi dengan enam sektor prioritas:

a. Manufaktur
b. Agrikultur
c. Perikanan
d. Perhutanan
e. Pertambangan dan penggalian
f. Layanan atau jasa terkait 5 (lima) sektor di atas

ACIA terdiri dari 3 (tiga) bagian dengan 49 pasal dan dua aneksasi. Seperti tujuannya ACIA memegang 4 (empat) pilar utama dalam mengatur investasi, yaitu mewujudkan lingkungan investasi yang aman (perlindungan), terfasilitasi, liberal, dan promosi yang menciptakan lingkungan yang kompetitif di ASEAN. Dalam mewujudkan itu terdapat beberapa prinsip panduan yang terdapat di dalam ACIA:

a. Mencapai lingkungan investasi yang bebas dan terbuka di kawasan melalui liberalisasi investasi progresif dan meningkatkan transparansi dan prediktabilitas aturan investasi, peraturan dan prosedur yang kondusif untuk peningkatan investasi
b. Mempertahankan dan memberikan perlakuan istimewa antar negara anggota;

c. tidak ada pelacakan mundur dari komitmen yang dibuat di bawah Perjanjian AIA dan ASEAN IGA;
d. memberikan perlakuan yang berbeda dan spesial dan kemudahan lainnya bagi negara anggota sesuai dengan level perkembangan dan sensitivitas sektornya;
e. mempromosikan ASEAN sebagai daerah investasi yang terintegrasi dan memiliki kondisi menguntungkan dalam investasi baik untuk skala domestik maupun internasional;
f. memberikan keuntungan domestik dan internasional serta perlindungan yang lebih baik kepada investor dan investasinya;

Perkembangan ACIA dibandingkan AIA dan *Investment Guarantee Agreement* (IGA):

a. Mengadopsi praktik terbaik internasional yang membantu melindungi investor dan mereka investasi dan memberikan peningkatan perlindungan;
b. Mengikuti tren terkini dalam praktik investasi internasional yang mendorong rezim investasi yang tidak terlalu ketat;
c. Termasuk investasi portofolio dan kekayaan intelektual serta memperluas definisi investor dan investasi;
d. Mengizinkan warga negara ketiga untuk mendapatkan manfaat dari ACIA;
e. Mendorong tingkat transparansi yang lebih tinggi dalam pembuatan aturan investasi;

f. Mengadopsi mekanisme Penyelesaian Sengketa Investor-Negara (ISDS) dan mempromosikan metode penyelesaian sengketa alternatif

Dari kesimpulan di atas dapat ditarik bahwa keuntungan yang dapat dinikmati oleh investor atas ketentuan ACIA adalah adanya:[77]

a. Kebebasan/ liberalisasi investasi,

ACIA memulai liberasi investasinya dari kelima sektor utama yang terdapat pada pasal 3 ACIA. Ini berarti para investor memiliki kesempatan dalam melakukan penanaman modal pada sektor-sektor yang telah dibebaskan tersebut dan mengembangkan pasar untuk produk dan jasa di setiap Negara Anggota ASEAN, sementara untuk bidang apapun yang di luar daftar tersebut akan tunduk pada kebijakan nasional dan terbuka untuk investor ASEAN;

b. Prinsip Tanpa Diskriminasi (*Non-Discrimination*)

Mengacu pada pasal 5 dan 6, ACIA mengadopsi prinsip *National Treatment* dan *Most-Favoured-Nation Treatment*, Negara Anggota ASEAN setuju untuk memperlakukan investor ASEAN tidak kurang dari kompetitor lokal atau asing. ACIA memungkinkan investor ASEAN untuk memilih senior manajemen (pasal 8), terlepas dari kebangsaan mereka, untuk mengelola investasi di ASEAN[78]. ACIA juga melarang Negara Anggota ASEAN untuk memaksakan setiap

[77] ASEAN, *A Guidebook for Businesses & Investors ASEAN COMPREHENSIVE INVESTMENT AGREEMENT*.

[78] Terkecuali untuk Negara Anggota ASEAN yang telah membuat reservasi untuk hal tersebut. Selain itu negara anggota ASEAN dapat menentukan persyaratan mayoritas dewan direksi perusahaan asing yang didirikan berasal dari wilayah kebangsaan tertentu, atau menjadi penduduk di wilayahnya

persyaratan kinerja (kuota produksi atau target ekspor) pada investor ASEAN dan investasinya.

c. Transparansi,

ACIA berusaha memberikan transparansi dalam perlindungan investasi dengan aturan, regulasi, kebijakan maupun prosedur yang lebih konsisten dan terprediksi, hal ini termasuk:

1) Kebijakan investasi yang diselaraskan;
2) Prosedur yang disederhanakan untuk aplikasi dan persetujuan investasi; dan
3) Sosialisasi peraturan, regulasi, kebijakan dan prosedur yang mempengaruhi investor dan investasinya di ASEAN.

d. Perlindungan pada Investor dan Investasinya

ACIA memberikan perlindungan kepada investor dan investasi mereka dalam bentuk:

a. Perlakuan yang adil dan setimpal (pasal 11)

Dalam melaksanakan kuasanya terhadap investor, Negara Anggota ASEAN akan membuat keputusan berdasarkan hukum dan regulasi *host-country*, tidak boleh membuat keputusan sewenang-wenang. Investor memiliki hak dalam melindungi dirinya, termasuk mendapatkan akses untuk perwakilan secara hukumnya (pengacara) dan diperbolehkan untuk mengajukan banding keputusan atau hasil yang merugikan.

b. Peningkatan sekuritas (pasal 11)

Perlindungan penuh diberikan kepada investor dan investasinya dalam waktu kapanpun, termasuk dalam keadaan tidak terduga seperti kerusuhan atau pemberontakan yang mungkin terjadi di wilayah Negara Anggota ASEAN tersebut. Sehingga dalam kondisi tersebut *host-country* diwajibkan untuk memberikan tindakan yang dibutuhkan untuk melindungi investor dan investasinya.

c. Kompensasi dalam kasus perselisihan (pasal 12)

kerugian yang diderita oleh suatu penanaman modal sebagai akibat dari senjata konflik, perselisihan, atau peristiwa serupa, Negara Anggota ASEAN dikehendaki untuk memberikan kompensasi kepada investor ASEAN yang terpengaruh oleh kejadian seperti itu. Kompensasi atau restitusi tersebut harus dilakukan tanpa diskriminasi.

d. Kebebasan dalam memindahkan uang (pasal 13)

Investor diberikan kebebasan untuk memindahkan modalnya secara bebas dan tanpa penundaan terkait investasi mereka di dan keluar dari area Negara Anggota ASEAN tempat penanaman modal mereka. Pemindahan modal dapat dilakukan dengan bebas menggunakan mata uang yang berlaku dan dapat digunakan. Pengecualian terhadap kebebasan ini dapat dilakukan berdasarkan pasal 13 ayat (4) dengan cara yang tidak diskriminatif berdasarkan permintaan *International Monetary Fund* (IMF), dalam cakupan untuk menjaga keseimbangan pembayaran (pasal 16 ACIA), dan dalam kondisi tertentu pemindahan

modal dapat mengancam dan menyebabkan dampak atau gangguan ekonomi yang cukup serius di Negara Anggota ASEAN yang bersangkutan.

e. Pencegahan pengambilalihan yang tidak sah (pasal 14)

Negara Anggota ASEAN yang melakukan pengambilalihan tidak sah baik secara langsung maupun tidak diwajibkan untuk memberikan kompensasi yang sepadan kepada investor yang terkena dampaknya. Pengambilalihan atau nasionalisasi hanya dapat dilakukan dalam syarat sebagai berikut:

1) Dilakukan untuk tujuan umum;
2) Dilakukan dengan cara yang bebas diskriminasi
3) Investor yang terkena dampak diberikan kompensasi dengan cepat, memadai dan efektif; dan sesuai dengan proses hukum.

f. Perlindungan hak asuransi/ pihak ketiga dalam pemulihan (pasal 15)

menetapkan bahwa, jika penanggung telah menutupi kerugian yang diderita oleh investor di negara tuan rumah, maka negara tuan rumah akan mengakui hak subrogasi penanggung untuk membawa klaim investor. Jadi, perusahaan asuransi akan menjadi penerima manfaat langsung dari setiap kompensasi dari negara tuan rumah atas hak yang akan diterima investor. Namun, sebelum melakukan klaim, perusahaan asuransi harus mengungkapkan cakupan pengaturan klaim dengan investornya kepada tuan rumah negara.

g. Mendorong kebebasan untuk masuknya personel utama (pasal 22)

Pasal 22 ACIA secara khusus menjamin Negara Anggota ASEAN untuk memberikan izin-izin (masuk, tinggal sementara dan kerja) bagi penanam modal, eksekutif, manajer dan anggota dewan direksi dari Penanam Modal ASEAN. Izin ini diberikan untuk mendirikan, mengembangkan, pengelolaan administrasi atau memberi nasihat tentang pengoperasian penanaman modal dalam wilayah tempat penanaman modal terjadi. Namun demikian, pemberian otorisasi tersebut akan tunduk pada undang-undang imigrasi dan ketenagakerjaan, peraturan dan kebijakan nasional, dan komitmen di bawah *ASEAN Framework Agreement on Trade in Services* (AFAS), masing-masing Negara Anggota ASEAN.

h. Pengecualian dalam ACIA (pasal 17-18)

Di bawah ACIA, Negara Anggota ASEAN dapat memperkenalkan dan memelihara langkah-langkah yang memenuhi tujuan kebijakan nasional atau domestik tertentu (perlindungan lingkungan, kesehatan, keamanan dan data pribadi). Tindakan tersebut tidak boleh diskriminatif atau sewenang-wenang dan tidak boleh menjadi pembatasan terselubung pada investor atau investasi mereka

i. Penolakan Manfaat ACIA (pasal 19)

Negara Anggota ASEAN dapat menolak manfaat ACIA apabila investor atau sebuah investasi tidak berjalan di tempat ia didirikan, berasal dari negara yang tidak memiliki hubungan diplomatik dengan

negara tuan rumah, telah melanggar hukum domestik dengan kesalahannya terkait kepemilikan daerah-daerah khusus investor lokal.

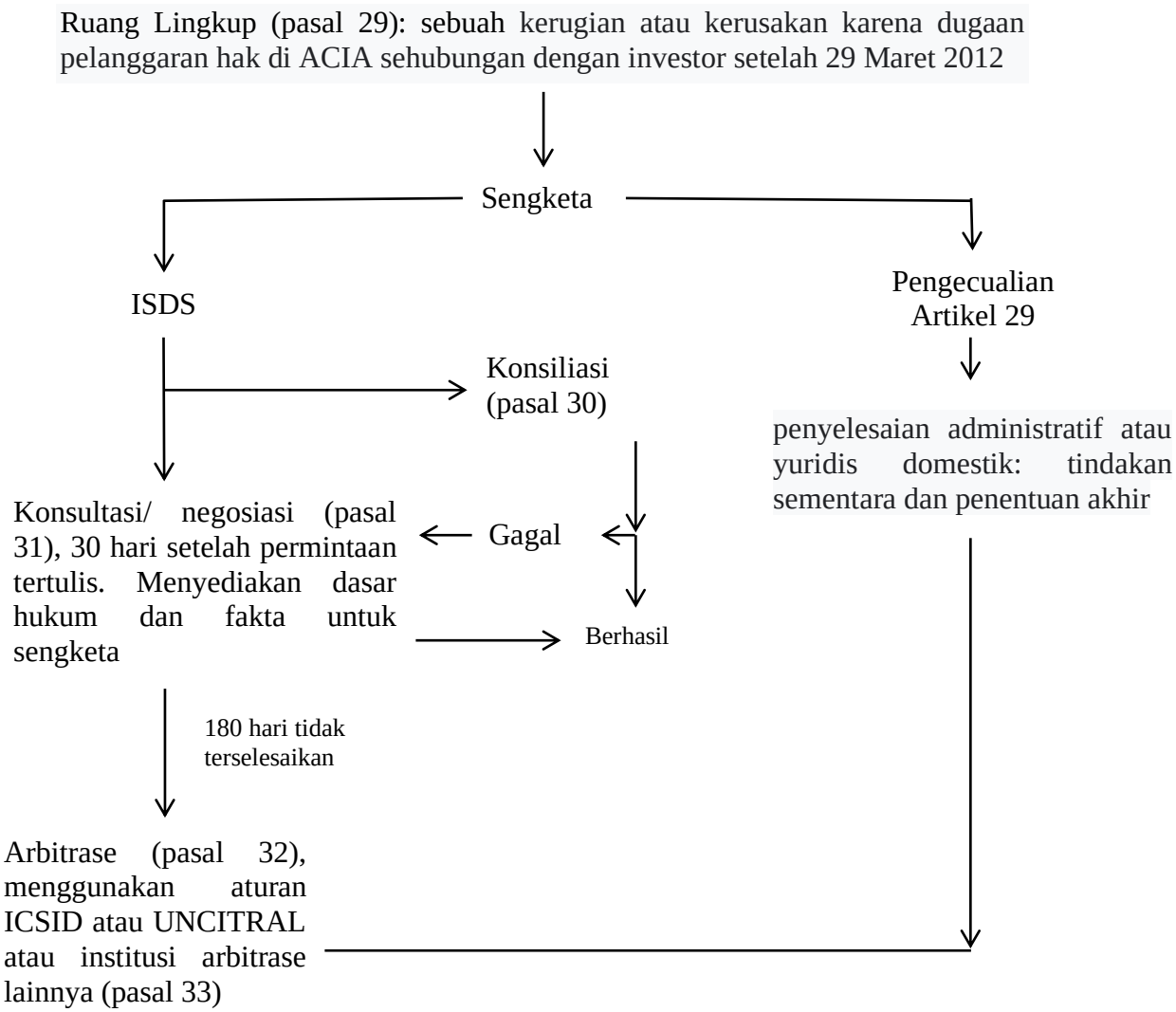
e. Memiliki akses terhadap mekanisme penyelesaian sengketa investasi (pasal 27)

ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism, 29 November 2004, dan amandemennya akan berlaku untuk penyelesaian perselisihan terkait interpretasi maupun penerapan ACIA.

3. Mekanisme Penyelesaian Sengketa Penanaman Modal Asing dalam ACIA

Mekanisme penyelesaian sengketa penanaman modal asing diatur pada bagian B di dalam ACIA, pada pasal 28 dijelaskan definisi terkait perselisihan investasi antara investor dengan negara anggota, pasal 29 ruang lingkup, pasal 30 terkait konsiliasi, pasal 31 terkait konsultasi, pasal 32 hingga 41 terkait klaim atau penggunaan mekanisme ISDS sampai penghargaannya (*award*).

Berikut merupakan teknis penyelesaian sengketa berdasarkan ACIA:[79]



Gambar 2. 1 Alur penyelesaian sengketa investasi Investor-Negara

Dalam mengajukan klaim, investor harus menunjukkan bahwa telah terjadi kerugian atau kerusakan yang diakibatkan oleh pelanggaran kewajiban negara tuan rumah berdasarkan ACIA.

[79] ASEAN, *A Guidebook for Businesses & Investors ASEAN COMPREHENSIVE INVESTMENT AGREEMENT*.

Berikut merupakan alasan pelanggaran yang dapat diajukan atau klaim oleh investor:

1. *National Treatment*
2. *Most Favoured Nation Treatment*
3. Pelanggaran hak menjadi dewan direksi dan manajemen senior
4. Perlakuan pada investasi
5. Kompensasi saat adanya pertikaian
6. Pemindahan modal
7. Pengambilalihan dan kompensasinya

Berdasarkan gambar 2.1, dapat dilihat bahwa selain metode penyelesaian melalui pengadilan lokal maupun arbitrase internasional, ACIA menawarkan dan mendorong penggunaan penyelesaian konflik yang cepat dan efisien seperti konsiliasi dan mediasi. Konsiliasi dapat berjalan bersamaan dengan arbitrase dan dapat dihentikan atas permintaan investor kapanpun. Sementara itu metode konsultasi dan negosiasi dapat digunakan para pihak sebelum menuju tahap arbitrase. Persyaratan untuk konsultasi dan negosiasi adalah dengan membuat permintaan tertulis dari investor yang bersengketa kepada Negara Anggota ASEAN yang bersengketa.

Bila konsultasi telah berjalan selama 180 (seratus delapan puluh) hari dan sengketa belum selesai, maka investor dapat mengajukan klaimnya di bawah mekanisme ISDS, baik ke pengadilan lokal maupun arbitrase. Pada pasal 33 tercantum bahwa investor yang bersengketa dapat mengajukan klaim kepada institusi pilihannya: baik itu ICSID, UNCITRAL, pengadilan negara

tuan rumah, *Regional Centre for Arbitration* di Kuala Lumpur atau pusat arbitrase regional lainnya di ASEAN, dan bila para pihak yang bersengketa setuju untuk menggunakan institusi arbitrase lainnya.

Alur prosedur penggunaan arbitrase berdasarkan ACIA dimulai melalui pengajuan pemberitahuan kepada negara tuan rumah yang bersengketa secara tertulis setidaknya sembilan puluh hari sebelum klaim diajukan kepada institusi yang dipilih sebagai tempat penyelesaian sengketa. Setelah pengajuan klaim maka akan dilakukan pemilihan arbiter, yang pada umumnya terdiri atas tiga arbiter bila para pihak setuju. Dalam pemilihan arbiter, masing-masing pihak memilih satu arbiter pilihan mereka, dan arbiter ketiga yang menjadi pemimpin arbiter dipilih berdasarkan kesepakatan para pihak bersama. Arbiter ketiga haruslah arbiter ketiga bukanlah warga negara-negara anggota yang memiliki hubungan diplomatik dengan negara anggota yang bersengketa dan negara anggota yang tidak bersengketa, dan tidak boleh memiliki tempat tinggal tetap baik di negara anggota yang bersengketa atau negara anggota yang tidak bersengketa. Selanjutnya memasuki prosedur daripada arbitrase yang ditentukan oleh pengadilan tersebut sendiri dan terakhir masuk ke putusan penghargaan (*award*). Putusan yang dikeluarkan akan bersifat final dan mengikat para pihak yang bersengketa, para pihak harus mematuhi dan menjalankan *award* tanpa penundaan (pasal 41).

4. Urgensi Amandemen Metode Penyelesaian Sengketa Penanaman Modal Asing dalam ACIA

Tantangan yang dihadapi ASEAN dalam menarik dan mengatur FDI.

1. Tantangan Politik

Investor kerap kali memperhatikan kondisi politik dari suatu negara atau regional sebagai pertimbangan dalam menanamkan modalnya, hal ini termasuk kekerasan, pengambilalihan yang tidak sah, dan pemindahan modal. Faktor terpenting dalam mempengaruhi usaha untuk memilih tempat untuk menanamkan modalnya adalah kondisi keamanan umum suatu negara, kemudian efisiensi proses hukum dan aturannya, tarif pajak dan kemudahan pembayaran pajak, kapabilitas teknologi dan inovasi, transparansi regulasi pemerintahan dan minimnya korupsi. Keamanan umum, efisiensi proses dan aturan hukum, serta minimnya korupsi sangat berkaitan erat dengan kondisi politik dari tempat investasi dilakukan, yang memainkan peran lebih besar dalam menjadi pertimbangan investor dibandingkan dengan besaran pasar dan biaya tenaga kerja.[80] Ini dikarenakan perubahan trend yang akhir-akhir ini terjadi, sekarang banyak modal yang diinvestasikan pada sektor teknologi tinggi yang lebih fokus pada perlindungan hak kekayaan intelektual, penelitian dan kebijakan pengembangan & inovasi, serta ketersediaan tenaga kerja ahli, dibandingkan dengan sektor manufaktur tradisional yang kebanyakan didorong oleh tenaga kerja murah dan lokasi pasar yang dekat. Sehingga dapat ditarik sebuah kesimpulan bila ASEAN ingin

[80] Paul A Laudicina, "The 2017 Foreign Direct Investment Confidence Index®," *Kearney*, 2017.

mengembangkan daya tariknya dalam menarik lebih banyak investor maka peningkatan tata kelola domestik dan meminimalisir risiko politik akan menjadi prioritas utama dalam menarik para investor.

2. Regulasi FDI

Terkadang pabrik-pabrik yang didirikan oleh *Multi-National Companies* (MNC) dapat memberikan dampak polusi pada lingkungan, menggunakan buruh murah dan pekerja di bawah umur, dan mengusir perusahaan lokal yang kalah daya juang. Tindakan-tindakan ini dapat mengakibatkan kerusakan pada lingkungan dan ketidakstabilan bagi para penduduk baik dari aspek pendapatan, budaya, dan cara hidup mereka. Dampak negatif ini tentunya memancing respons sosial dari masyarakat, tentunya ini termasuk bagi ASEAN. Salah satunya dialami oleh Indonesia pada akhir tahun 2019 sebanyak enam perusahaan modal asing dari Malaysia ditetapkan sebagai tersangka kebakaran hutan.[81] Contoh lainnya dapat dilihat di Vietnam, beberapa protes dilakukan kepada perusahaan asing yang diduga mencemari air.[82]

Kondisi ini memicu perdebatan bagi beberapa kalangan bahwa perkembangan ekonomi yang dibawa oleh penanaman modal asing harus diutamakan dibanding perlindungan lingkungan. Dalam memancing investor asing beberapa negara ASEAN mengizinkan para investor untuk memanfaatkan sumber daya alamnya dan tenaga kerjanya yang berlimpah.

[81] Indriyani Astuti, "6 Perusahaan Asing Tersangka Karhutla," *Mediaindonesia.com,* Oktober 2019.
[82] Mai Nguyen, "Vietnam Pollution Fight Hits Supplier to Global Fashion Brands | Reuters," *Reuters*, Juli 2017.

Memang benar penanaman modal asing telah memberikan dorongan terhadap perekonomian, namun itu dengan mengorbankan kualitas lingkungan dan perlindungan pekerja terkadang. Kerugian-kerugian yang telah disebutkan sebenarnya dapat dihindari dengan lebih memperhatikan lingkungan dan perlindungan hak pekerja dikuatkan dengan regulasi yang ada. Meskipun standar lingkungan dan tenaga kerja yang lemah merupakan ciri-ciri penanaman modal asing.

Namun beberapa kasus menunjukkan bahwa sedang adanya kenaikan kesadaran lingkungan oleh para investor yang disebut *green investor*. Salah satu contoh yang dapat dilihat adalah salah satu mantan kepala bagian keberlanjutan di BlackRock salah satu manajer aset terbesar di dunia Tariq Fancy menyatakan bahwa perubahan iklim ditempatkan sebagai pusat dari strategi investasinya. Sebuah organisasi bernama *Climate Action 100+* (CA100+) yang merupakan gabungan dari investor global di dunia dan memegang aset sebesar $50 triliun meminta perusahaan untuk membuat target dekarbonisasi, mengungkapkan risiko iklim mereka dan meningkatkan tata kelola risiko tersebut.[83] Ini menunjukkan bahwa sebenarnya meningkatkan perekonomian melalui investasi asing tidak harus mengorbankan lingkungan dan juga perlindungan pekerja, oleh karena itu pemerintah ASEAN seharusnya memperketat regulasinya terhadap arus FDI dan fokus untuk

[83] The Economist, "The Impact of Green Investors," The Economist, Mei 2021, https://www.economist.com/finance-and-economics/2021/03/27/the-impact-of-green-investors.

menjadi lebih produktif, kompetitif, dan menambahkan industri yang memiliki nilai tinggi.[84]

Dari kedua poin di atas dapat dilihat bahwa perlindungan dan penegakan yang baik akan menjadi faktor utama dalam memberikan kepastian serta kelancaran bagi investor maupun negara tuan rumah dalam menjalani proses penanaman modal asing yang dilakukan. Oleh karena itu suatu mekanisme penyelesaian sengketa memainkan peran penting, bila ternyata terjadi sengketa maupun selisih kepentingan yang kerap terjadi di dalam hubungan investasi. Penyelesaian sengketa yang kerap kali digunakan adalah mekanisme ISDS yang kerap kali menuai kritik di dalam prosesnya. Kritik ini disebabkan oleh karena ketidakseimbangan kedudukan antara investor dengan negara, secara terbuka kebanyakan metode penyelesaian ISDS membebankan kewajiban pada *host-country* dan sangat jarang membebankan kewajiban pada Negara Investor.[85] Kerap kali investor menggunakan kedudukan tersebut sebagai modus operandi baru dalam menyudutkan pemerintah yang lemah. Beberapa negara telah menyuarakan kritik tersebut, bahkan Indonesia sejak 2013 telah melakukannya dikarenakan kekalahan-kekalahan Indonesia di forum ISDS. Pada tahun 2014 Indonesia bersama dengan Afrika Selatan mengumumkan tidak berlakunya beberapa BIT yang ada dikarenakan memiliki ketentuan ISDS. Bahkan dapat dilihat pada *Regional Comprehensive Economic Partnership* (RCEP) sebuah perjanjian antara ASEAN dengan mitra

[84] Chia-Yi Lee, "Foreign Direct Investment in ASEAN and its Policy Challenges," Maret 2019.
[85] Surya P Subedi, "The Challenge of Reconciling the Competing Principles within the Law of Foreign Investment with Special Reference to the Recent Trend in the Interpretation of the Term 'Expropriation,'" *The International Lawyer* 40, no. 1 (Agustus 2006): 121–41.

FTA-nya pada tahun 2019 tidak mengatur mengenai ISDS ke dalam perjanjian tersebut, karena dinilai bahwa mekanisme ISDS menyandera daripada negara dengan kepentingan investor dibandingkan dengan kepentingan rakyat luas.[86] Hal tersebut menunjukkan timbulnya persepsi dari negara berkembang, khususnya negara dengan industri ekstraktif yang kuat, bahwa sistem ISDS cenderung menguntungkan investor asing. Namun dengan menghilangkan mekanisme perlindungan terhadap investor juga dapat menghilangkan kesempatan masuk investor asing ke dalam negara tuan rumah.[87] Oleh karena itu dirasakan penting untuk perlu adanya suatu amandemen maupun mekanisme baru dalam melindungi kepentingan investor dan negara tuan rumah.

[86] Indonesia for Global Justice, "Tidak Mengatur Mekanisme ISDS Dalam RCEP Sudah Tepat - Indonesia for Global Justice," Oktober 2019.
[87] Ben Bland dan Shawn Donnan, "Indonesia to Terminate More than 60 Bilateral Investment Treaties | Financial Times," Financial Times, Maret 2014, https://www.ft.com/content/3755c1b2-b4e2-11e3-af92-00144feabdc0.