

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Masalah

Investasi atau penanaman modal berdasarkan ketentuan Pasal 1 ayat (1) Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (lebih lanjut disingkat dengan UU Penanaman Modal) adalah segala bentuk kegiatan menanam modal, baik oleh penanam modal dalam negeri maupun penanam modal asing untuk melakukan usaha di wilayah negara Republik Indonesia. Penanaman modal dapat diklasifikasikan menjadi dua yaitu penanaman modal asing dan penanaman modal dalam negeri. Penanaman modal dalam negeri berdasarkan ketentuan Pasal 1 ayat (2) UU Penanaman Modal adalah kegiatan menanam modal untuk melakukan usaha di wilayah negara Republik Indonesia yang dilakukan oleh penanam modal dalam negeri dengan menggunakan modal dalam negeri. Sedangkan penanaman modal asing berdasarkan ketentuan Pasal 1 ayat (3) UU Penanaman Modal adalah 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.

Baik penanaman modal dalam negeri maupun penanaman modal asing tujuannya adalah sama yaitu untuk meningkatkan laju investasi perekonomian suatu negara. Investasi telah menjadi suatu kebutuhan yang sangat penting bagi setiap Negara karena mampu meningkatkan pembangunan serta pertumbuhan ekonomi. Berdasarkan bunyi penjelasan UU Penanaman Modal, penanaman modal harus menjadi bagian dari

penyelenggaraan perekonomian nasional dan ditempatkan sebagai upaya untuk meningkatkan pertumbuhan ekonomi nasional, menciptakan lapangan kerja, meningkatkan pembangunan ekonomi berkelanjutan, meningkatkan kapasitas dan kemampuan teknologi nasional, mendorong pembangunan ekonomi kerakyatan, serta mewujudkan kesejahteraan masyarakat dalam suatu sistem perekonomian yang berdaya saing. Salah satu pakar perekonomian Indonesia, Nopirin, mengatakan bahwa untuk terjadinya pertumbuhan ekonomi, diperlukan peningkatan produksi nasional.¹

Mengenai Undang-Undang Penanaman Modal, Peraturan Pemerintah No. 44 Tahun 2016 tentang Daftar Negatif Investasi memiliki peran krusial dalam menetapkan sektor-sektor ekonomi yang terbuka atau terbatas bagi investasi asing. Daftar Negatif Investasi memberikan pedoman mengenai sektor-sektor yang memerlukan batasan atau persyaratan khusus bagi investor asing. Hal ini bertujuan untuk menjaga keseimbangan antara kepentingan nasional dan kehadiran investor asing di sektor-sektor tertentu.

Sementara itu, dalam konteks penyelesaian sengketa, arbitrase internasional di Indonesia diatur oleh Undang-Undang No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Undang-Undang ini mencakup prinsip-prinsip *United Nations Commission On Interational Trade Law (UNCITRAL) Model Law* tentang Arbitrase Internasional, memberikan dasar hukum yang kuat untuk pelaksanaan arbitrase internasional di Indonesia. Keberadaan undang-undang ini

¹ Nopirin, *Ekonomi Internasional*, Badan Penerbit Fakultas Ekonomi, Yogyakarta, 1993, hlm 193.

menunjukkan komitmen Indonesia untuk mengadopsi praktik terkini dalam penyelesaian sengketa internasional. Model Hukum tersebut memberikan pedoman bagi negara-negara dalam pembuatan undang-undang arbitrase. Sebagaimana telah diuraikan sebelumnya, *United Nations Commission On Interational Trade Law* (UNCITRAL) berfungsi sebagai panduan, memungkinkan negara-negara untuk memiliki kebebasan dalam merancang undang-undang mereka. Meskipun tidak bersifat mengikat, namun, isi dalam *United Nations Commission On Interational Trade Law* (UNCITRAL) *Model Law* dianggap diterima secara luas oleh berbagai negara, menciptakan harmonisasi dalam kerangka hukum perdagangan internasional. Hal yang serupa berlaku untuk batasan arbitrase yang dijelaskan sebagai arbitrase internasional dalam Pasal 1 angka 3 huruf a, b, dan c *United Nations Commission On Interational Trade Law* (UNCITRAL) *Model Law*.²

Partisipasi Indonesia dalam berbagai perjanjian internasional, terutama perjanjian bilateral yang membahas perlindungan investasi dan penyelesaian sengketa melalui arbitrase internasional, memperkuat posisinya sebagai negara yang terbuka terhadap investasi asing. Perjanjian-perjanjian ini memberikan kerangka kerja hukum tambahan yang memberikan jaminan keamanan dan perlindungan hak investor asing, sambil menetapkan prosedur penyelesaian sengketa yang dapat diakses oleh kedua belah pihak. Pada dasarnya, tidak ada pihak yang menginginkan terjadinya masalah dalam penanaman modal. Dalam

² Pasal 1 *United Nations Commission On Interational Trade Law: Model Law on International Commercial Arbitration 1985 with Amendments as Adopted in 2006*.

pelaksanaan penanaman modal di negara manapun – termasuk di Indonesia – penanam modal dalam negeri maupun penanam modal asing memiliki kepentingan masing-masing dalam penyelenggaraan penanaman modal. Permasalahan tersebut berpotensi terjadi, baik antara *host country* dengan *home country*, antara investor asing dengan *host country* ataupun antara investor asing dengan investor dalam negeri. Pada dasarnya semua pihak tidak menginginkan terjadinya sengketa dalam penanaman modal.

Sengketa yang dimungkinkan terjadi dalam hal penanaman modal asing adalah terjadinya kesalahpahaman dalam menafsirkan perjanjian, pelanggaran undang-undang, ingkar janji, kepentingan yang berlawanan dan lain sebagainya yang berakibat adanya pihak yang dirugikan. Kasus *Indian Metals & Ferro Alloys Ltd v. Republic of Indonesia* menyoroti pentingnya arbitrase internasional dalam menyelesaikan perselisihan antara negara dan investor asing. Pada tanggal 7 Juni 2010, terjadi sebuah peristiwa signifikan di dunia pertambangan Indonesia. *Indian Metals & Ferro Alloys Ltd (IMFA)*, sebuah perusahaan tambang asal India, melakukan akuisisi terhadap 70 persen saham *PT SRI*, sebuah perusahaan tambang yang beroperasi di Indonesia. Akuisisi ini menjadi awal dari rangkaian peristiwa yang menarik perhatian publik dan dunia hukum. Namun, setelah proses akuisisi tersebut selesai, *PT SRI* menghadapi tantangan serius. Mereka menemukan bahwa izin usaha pertambangan operasi produksi (*IUP OP*) yang mereka miliki, yang diterbitkan oleh Bupati Barito Timur, Kalimantan Tengah pada tanggal 31 Desember 2009, mengalami tumpang tindih dengan wilayah yang dimiliki oleh tujuh perusahaan tambang lainnya. Tumpang tindih ini bahkan meluas hingga ke

wilayah tiga kabupaten lain di provinsi yang sama, serta wilayah lintas provinsi dengan Kalimantan Selatan. IMFA mengklaim bahwa Indonesia telah melanggar kewajibannya berdasarkan Perjanjian dengan gagal memberikan perlakuan yang adil dan setara *Fair and Equitable Treatment* terhadap investasi IMFA, serta tidak memberikan perlindungan dan keamanan penuh. Selain itu, Indonesia diduga melanggar larangan terhadap tindakan yang tidak masuk akal atau diskriminatif, melakukan pengambilalihan (ekspropriasi) atas investasi Penggugat tanpa kompensasi yang layak, dan gagal memungkinkan transfer dana yang bebas terkait dengan investasi Penggugat.

Dalam menghadapi kompleksitas masalah tersebut, pada bulan April 2011, PT SRI memutuskan untuk mengambil langkah hukum yang signifikan. Mereka mengajukan gugatan arbitrase internasional atas nama IMFA ke *Permanent Court of Arbitration* (PCA). Dasar dari gugatan ini adalah *perjanjian Bilateral Investment Treaty* antara Indonesia dan India yang telah dibuat pada tahun 1999.

Kondisi semakin rumit dengan adanya pergantian rezim hukum pertambangan dari Undang-Undang No. 11 tahun 1967 menjadi Undang-Undang No. 4 tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara. Perubahan ini semakin menyoroti kelalaian dalam pengaturan izin oleh PT SRI, serta menambah kompleksitas dalam penyelesaian masalah tumpang tindih wilayah. Meskipun Indonesia berhasil melepaskan diri dari tanggung jawab atas kelalaian IMFA dalam berinvestasi, tanggung jawab untuk menyelesaikan persoalan tumpang tindih wilayah dan menertibkan izin usaha pertambangan tetap menjadi tanggung jawab

penuh pemerintah. Hal ini menegaskan pentingnya penegakan hukum dan penyelesaian konflik di sektor pertambangan bagi kedua belah pihak.

Dalam konteks hukum internasional, gugatan IMFA dianggap melanggar *Bilateral Investment Treaty* antara Indonesia dan India. Sehingga, pemerintah Indonesia dianggap bertanggung jawab atas klaim yang diajukan oleh IMFA, yang memunculkan pertanyaan mengenai perlindungan hak negara dan hak investor dalam konteks arbitrase internasional. Kasus ini memberikan ilustrasi nyata tentang bagaimana forum seperti *Permanent Court of Arbitration* (PCA) di Den Haag, Belanda, dapat memberikan keputusan yang mempengaruhi dinamika hubungan internasional dan menentukan sejauh mana tanggung jawab negara dan investor dalam konteks investasi asing. Berdasarkan latar belakang yang di paparkan diatas, maka peneliti tertarik untuk mengangkat sebuah penelitian yang berjudul: “Perlindungan Hak Negara dan Hak Investor dalam Arbitrase Internasional (Studi Putusan *Indian Metals & Ferro Alloys Ltd v. Republic of Indonesia* di Den Haag)”.

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan uraian latar belakang di atas, maka permasalahan dalam penelitian ini dapat dirumuskan sebagai berikut:

- 1) Bagaimana analisis putusan arbitrase dalam antara *Indian Metals & Ferro Alloys Ltd v Republic of Indonesia* yang diputuskan oleh PCA di Den Haag?
- 2) Bagaimanakah perlindungan atas hak investor dan hak negara dalam putusan *Indian Metal & Ferro Alloys Ltd v Republic of Indonesia* yang diputuskan oleh PCA di Den Haag?

C. Tujuan dan Manfaat Penelitian

1. Tujuan Penelitian

Berdasarkan permasalahan yang telah dipaparkan sebelumnya maka penelitian ini bertujuan sebagai pedoman untuk menjawab pertanyaan yang ada pada rumusan masalah. Mengacu pada rumusan masalah penelitian tersebut, maka tujuan penelitian ini adalah sebagai Berikut:

- 1) Untuk menganalisis putusan arbitrase dalam kasus Indian Metal & Ferroy Alloys Ltd v Republic of Indonesia yang diputuskan oleh PCA di Den Haag..
- 2) Untuk menganalisis perlindungan atas hak investor dan hak negara dalam kasus Indian Metal & Ferroy Alloys Ltd v Republic of Indonesia yang diputuskakn oleh PCA di Den Haag.

2. Manfaat Penelitian

Manfaat pada penelitian ini adalah untuk membuat kejelasan, baik secara teoritis dan secara praktis, adalah sebagai berikut:

- 1) Secara Teoritis, Dampak dari penelitian ini memberikan kontribusi berharga dalam pemikiran dan analisis yang dapat menjadi panduan esensial bagi perkembangan ilmu pengetahuan khususnya di bidang perlindungan hak negara dan investor dalam kasus arbi dan khalayak akademis dalam meninjau pengelolaan hubungan yang kompleks antara hak negara dan hak investor dalam konteks arbitrase internasional. Dengan mempertimbangkan implikasi kasus Indian Metals & Ferro Alloys Ltd, penelitian ini bertujuan menganalisis sejauh mana hak negara dan hak investor dapat dijaga seimbang dalam kerangka regulasi arbitrase internasional.

2) Secara Praktis, Penelitian ini membuka horison baru bagi praktisi hukum internasional, pemerintah, dan para investor dalam memahami secara lebih mendalam mengenai penyelesaian sengketa internasional dan perlindungan hak investor. Dengan menganalisis kasus *Indian Metals & Ferro Alloys Ltd v. Republic of Indonesia*, penelitian ini menghadirkan perspektif kritis yang dapat menjadi landasan bagi pembuatan keputusan hukum yang lebih baik di masa depan. Sebagai referensi penting, penelitian ini memberikan kontribusi substansial dalam merancang dan mengevaluasi kebijakan hukum terkait investasi asing dan penyelesaian sengketa di tingkat nasional. Dengan mempertimbangkan kompleksitas kasus tersebut, penelitian ini dapat menjadi panduan yang berharga untuk menentukan langkah-langkah strategis yang dapat diambil oleh pemerintah Indonesia guna meningkatkan iklim investasi dan perlindungan hak investor. Para praktisi hukum internasional akan diuntungkan dengan pemahaman mendalam terhadap mekanisme penyelesaian sengketa internasional, sementara pemerintah dapat menggunakan hasil penelitian ini sebagai bahan pertimbangan untuk menyesuaikan atau merumuskan kebijakan hukum yang mendukung pertumbuhan ekonomi melalui investasi asing. Begitu pula, bagi para investor, penelitian ini memberikan wawasan tentang kompleksitas dan dinamika hubungan investasi di tingkat internasional, memberikan mereka dasar yang lebih kuat untuk mengelola risiko dan menjaga hak-hak mereka. Dengan demikian, penelitian ini bukan hanya sekadar analisis atas satu kasus, melainkan merupakan sumbangan berharga untuk

pengembangan praktik hukum internasional dan perumusan kebijakan yang memadai dalam menanggapi tantangan yang dihadapi oleh negara-negara yang terlibat dalam investasi asing.

D. Ruang Lingkup Pembahasan

Ruang lingkup pembahasan dalam penelitian ini di batasi pada pembahasan hal-hal yang termasuk dalam Perlindungan Hak Negara dan Hak Investor dalam Arbitrase internasional (Studi Kasus *Indian Metals & Ferro Alloys Ltd v Republic of Indonesia* di *Permanent Court of Arbitration* di Den Haag).

E. Penelitian Terdahulu

Dalam, mencegah terjadinya persamaan, peneliti merangkum tentang beberapa penelitian yang telah dilakukan oleh beberapa peneliti yang lain, guna menghindari terjadinya *plagiasi* atau *copy-paste*, sehingga hasil penelitian yang peneliti angkat ini nantinya bermanfaat dalam membantu melakukan penelitian dan memperoleh pembaharuan hukum. Berikut merupakan beberapa penelitian terdahulu yang diangkat oleh peneliti yang digunakan sebagai pedoman dan perbandingan yang pernah dikaji oleh beberapa peneliti terdahulu, ialah sebagai berikut:

Penelitian yang dilakukan oleh Indramayu 2021, dengan judul “*Legal Standing Gugatan IMFA Kepada Indonesia Melalui PCA Atas Kerugian Investasi Akibat Tumpang Tindih Perizinan*”. Penelitian ini menggunakan metode penelitian Yuridis Normatif. Penelitian ini bertujuan untuk memahami legal standing IMFA dalam mengajukan gugatan kepada Indonesia melalui *Permanent Court of Arbitration* (PCA) atas tumpang tindih perizinan sebagai upaya penyelesaian sengketa Investasi dan untuk memahami evaluasi pelaksanaan penanaman modal

di Indonesia pasca kasus gugatan IMFA kepada Indonesia..³

Persamaan pada penelitian ini yaitu dengan fokus penelitiannya sama-sama membahas terkait perlindungan hukum terhadap hak negara dan juga investor dalam kasus yang sama, hanya saja yang membedakan penelitian peneliti dengan penelitian terdahulu diatas yaitu terkait segi legal standingnya.

Penelitian yang dilakukan oleh Lupitta Risma Candanni 2020, dengan judul “Mekanisme Penyelesaian Perselisihan Penanaman Modal Investor – Negara Melalui Lembaga *Permanent of Court*”. Penelitian ini menggunakan metode penelitian Yuridis Normatif. Penelitian ini bertujuan untuk mengetahui pemahaman secara mendalam dan membangun mengenai penerapan mekanisme Investor-State Dispute Settlement dalam menyelesaikan sengketaPpenanaman modal internasional melalui Permanent Court of Arbitration.⁴

Persamaan pada penelitian ini yaitu dengan fokus penelitiannya sama-sama membahas terkait *Permanent Court of Arbitration* dalam menyelesaikan sengketa arbitrase, hanya saja yang membedakan penelitian peneliti dengan penelitian terdahulu diatas yaitu terkait segi pembahasannya, pada penelitan diatas membahas tentang mekanisme penyelesaiannya, sedangkan pada penelitian peneliti membahas terkait perlindungan hak negara dan investor dalam kasus yang ditangani oleh *Permanent Court of Arbitration*.

³ Indramayu 2021, *Legal Standing* Gugatan IMFA Kepada Indonesia Melalui PCA Atas Kerugian Investasi Akibat Tumpang Tindih Perizinan, *Jurnal Fakultas Hukum*, Universitas Indonesia, Jakarta

⁴ Lupitta Risma Candanni 2020, *Mekanisme Penyelesaian Perselisihan Penanaman Modal Investor – Negara Melalui Lembaga Permanent of Court*, *Tesis*, Fakultas Hukum, Universitas Indonesia, Jakarta

Penelitian yang dilakukan oleh Milthon Herman Laturette, 2020, dengan judul “Kajian Yuridis Terhadap Asas Keadilan Berkontrak Jual Beli Internasional (Studi Putusan Arbitrase Internasional dalam Sengketa Marina Bay)”. Penelitian ini menggunakan metode penelitian Yuridis Normatif. Penelitian ini bertujuan untuk meninjau pertimbangan Arbiter dalam memutus sengketa Marina Bay antara PT. Asia Mandiri Lines yang berkedudukan di Indonesia sebagai pembeli selanjutnya pada proses arbitrase disebut sebagai pemohon/claimant dan Marina Bay Shipping B.V. sebagai penjual selanjutnya pada proses arbitrase disebut sebagai pihak termohon/respondent. Sengketa tersebut terjadi karena adanya cacat tersembunyi pada objek jual beli kapal yang tidak diungkapkan oleh penjual sehingga menjadi dalil oleh pembeli untuk dibawa ke Arbitrase. Arbiter yang memutus sengketa ini menyatakan menolak claim pembeli atas kerugian yang dialami.⁵

Persamaan pada penelitian ini yaitu dengan fokus penelitiannya sama-sama membahas terkait bentuk perlindungan atas hak daripada investor dan juga kasus yang diambil merupakan contoh kasus arbitrase internasional. Perbedaan penelitian ini dengan penelitian yang hendak saya lakukan terletak di contoh kasus yang diambil.

F. Tinjauan Umum Perlindungan Hak Negara dan Hak Investor dalam Arbitrase Internasional

1. Arbitrase dan Arbitrase Komersial Internasional

a. Pengertian Arbitrase

⁵ Milthon Herman Laturette 2022, *Kajian Yuridis Terhadap Asas Keadilan Berkontrak Jual Beli Internasional (Studi Putusan Arbitrase Internasional Dalam Sengketa Marina Bay)* Fakultas Hukum, Universitas Kristen Satya Wacana, Jawa Tengah

Arbitrase adalah penyerahan sengketa secara sukarela kepada pihak ketiga yang netral.⁶ Arbitrase ad hoc merupakan arbitrase yang dibentuk secara khusus untuk menyelesaikan atau memutuskan perselisihan tertentu. Namun yang perlu diperhatikan, para pihak harus benar-benar memahami sifat-sifat arbitrase dan merumuskan sendiri hukum acaranya.

Arbitrase hanya dapat diwujudkan jika disepakati keberadaannya oleh para pihak melalui perjanjian arbitrase⁷. Arbitrase institusional adalah badan arbitrase yang bersifat permanen sehingga akan tetap ada meskipun perselisihan yang ditangani telah selesai. Penyelesaian sengketa melalui arbitrase mengharuskan adanya persetujuan dari kedua pihak yang bersengketa untuk membawa sengketa ke arbitrase. Hal ini harus terpenuhi lebih dulu sebelum arbitrase dapat menjalankan yurisdiksinya. Dalam penyelesaian arbitrase ini para pihak bebas memilih hakim (arbiter) yang menurut mereka netral dan ahli atau spesialis mengenai pokok sengketa yang sedang mereka hadapi. Putusan arbitrase juga relatif lebih dapat dilaksanakan di negara lain dibanding dengan sengketa yang diselesaikan melalui misalnya pengadilan. Arbitrase sering digunakan terutama untuk menyelesaikan sengketa yang timbul dari kontrak komersial, khususnya kontrak dengan elemen internasional.

Arbitrase akan dilaksanakan berdasarkan kesepakatan antara para pihak (biasanya tercantum dalam klausul perjanjian atau kontrak dalam sebuah sengketa), termasuk penentuan jumlah arbiter yang ditunjuk untuk mendengarkan dan

⁶Huala Adolf, *Hukum Perdagangan Internasional*, Rajawali Pers, Jakarta, 2011, hlm. 206.

⁷ Ramlan Ginting, *Transaksi Bisnis dan Perbankan Internasional*, (Jakarta: Penerbit Salemba Empat, 2007), hlm. 151.

memeriksa perselisihan baik berjumlah tunggal maupun majelis, serta menghasilkan putusan (*award*) yang pantas dan sesuai dengan pertimbangan yang matang, karena sejatinya arbitrase memiliki tujuan yang sama dengan peradilan pada umumnya, yaitu demi tercapainya tujuan keadilan yang memberikan kemanfaatan bagi setiap subjek hukum⁸ Pada awal-awal perkembangan arbitrase, dilakukan pembedaan antara investasi asing di negara maju yang tunduk pada hukum domestik negara tuan rumah dan, di sisi lain, investasi di negara-negara berkembang yang tunduk pada sistem hukum supranasional atau internasional atas dasar bahwa perjanjian di negara-negara berkembang melibatkan risiko tinggi tetapi dibuat untuk mempromosikan pembangunan ekonomi negara tersebut. Memang, pada dasarnya kontrak yang dibuat di negara-negara berkembang dirujuk sebagai ‘perjanjian pembangunan ekonomi’ sebagaimana pembuka perjanjiannya mencantumkan yaitu ‘*to promote economic development through the flows of foreign investment*’⁹. Arbitrase Komersial adalah salah satu forum penyelesaian sengketa transaksi bisnis atau komersial antara para pihak diluar jalur pengadilan.¹⁰ Peranan badan arbitrase komersial dalam menyelesaikan sengketa-sengketa bisnis di bidang perdagangan internasional maupun nasional semakin penting karena bagi kalangan pembisnis, cara menyelesaikan sengketa melalui badan arbitrase memberi keuntungan tersendiri dibanding melalui jalur litigasi. Dalam hukum internasional publik bahwa arbitrase sebagai suatu cara penyelesaian sengketa antara negara

⁸ Klenen Wowor, *Fungsi Peradilan Arbitrase Sebagai Alternatif Penyelesaian Sengketa Diluar Pengadilan*, Lex et Societatis, III.10 (2015), 80–85.

⁹ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment (Third Edition)*, (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2010), hlm. 10.

¹⁰ Delich, Charity, *What is Commercial Arbitration?*, (<https://www.wisegEEK.com/whatis-commercial-arbitration.htm>, diakses Tanggal 07 Januari 2023, pukul 21.46 WIB).

dengan damai sudah dikenal sejak zaman Yunanidan dalam abad pertengahan berbagai unit politik telah dibentuk dalam rangka Kekaisaran Romawi. Pada Abad ke-12 dan ke-13 sering dipergunakan dalam sengketa antara kota-kota di kerajaan Itali. Hal ini terus berkembang dalam Abad ke 16, 17, 18 dan terus berkembang sampai saat ini.

Arbitrase lebih fleksibel dibandingkan dengan penyelesaian melalui pengadilan, di mana di dalam arbitrase para pihak dapat menentukan di mana perwasitan itu akanberlangsung dan dapat menentukan dan memilih arbiter sesuai dengan kemampuannya, prosedur yang akan ditetapkan, kekuatan dari keputusannya melalui perumusan terms of reference nya (yang disebut juga hasil kompromi antar para pihak).¹¹ Terdapat beberapa keuntungan dalam memilih arbitrase. Pertama, konfidensial. Artinya, kerahasiaan para pihak yang bersengketa dalam arbitrase akan terjaga. Hal ini terkait dengan kredibilitas dan nama baik para pihak yang bersengketa. Ini berbeda dengan jalur litigasi yang mana terdapat asas terbuka untuk umum yang artinya siapa saja dapat mengetahui dan menyaksikan proses persidangan yang sedang berlangsung. Kedua, biaya arbitrase lebih murah dibanding melalui jalur litigasi karena melalui arbitrase penyelesaian sengketa lebih singkat dan cepat. *Ketiga*, para pihak dapat memilih arbiter yang berdasarkan keyakinannya memiliki kemampan dan pengetahuan serta latar belakang yang memadai, sehingga dianggap memiliki akredibilitas tersendiri dalam menangani perkara yang dipersengketakan.

¹¹ Peter Malanczuk, *Akehurst's Modern Introduction to International Law*, London : Routledge 7th rev.ed., 1997, hlm.294

Para pihak bisa langsung memilih arbiter untuk menyelesaikan sengketa mereka. Berbeda dengan jalur litigasi yang mana para pihak tidak bisa memilih majelis hakim untuk memeriksa dan memutuskan perkara. *Keempat*, para pihak dapat memilih pilihan hukum untuk penyelesaian sengketa mereka (*choice of law*) dan juga dapat memilih tempat di mana akan dilakukan persidangan arbitrase tersebut (*choice of forum*), yang hal ini telah diperjanjikan di dalam kontrak sebelum adanya sengketa maupun setelah atau saat sengketa timbul.

a. Pilihan Hukum (Choice of Law)

Setiap orang pada dasarnya memiliki kebebasan untuk mengikatkan diri pada perjanjian (asas kebebasan berkontrak, *freedom to contract*, atau *party autonomy*). Dalam perkembangannya kebebasan para pihak untuk berkontrak ini dimanifestasikan pula dalam kebebasan untuk menentukan hukum yang berlaku untuk mengatur kontrak yang mereka buat (*freedom to choose the applicable law*).⁶⁶ Bila dalam suatu kontrak, terdapat klausula pilihan hukum, maka hukum yang berlaku bagi kontrak tersebut adalah hukum sebagaimana yang ditunjuk dalam kontrak tersebut, karena apa yang telah disepakati oleh kedua belah pihak tadi berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya.¹² Pada dasarnya para pihak bebas untuk melakukan pilihan hukum dengan mengingat beberapa pembatasan sebagai berikut:

a. Pilihan hukum hanya dibenarkan dalam bidang hukum kontrak. Dalam bidang hukum kekeluargaan tidak dapat diadakan pilihan hukum, karena bidang

¹² Ridwan Khairandy, Nandang Sutrisno, dan Jawahir Thontowi, Pengantar Hukum Perdata Internasional Indonesia, Gama Media, Yogyakarta, 1999, hlm. 114.

hukum ini tidak dipandang sebagai suatu *wirtschaftseinheit* demi kepentingan seluruh masyarakat dan keluarga.

b. Pilihan hukum tidak boleh mengenai hukum yang bersifat memaksa. Pilihan hukum tidak boleh diadakan untuk perjanjian-perjanjian pacht, perjanjian sewa benda tidak bergerak, perjanjian yang dilangsungkan di bursa-bursa, dan perjanjian kerja, karena perjanjian-perjanjian di bidang-bidang tersebut bersifat *ordeningsvoorschriften* yang diadakan oleh pemerintah untuk mengatur hukum perdata dengan ciri-ciri hukum publik.

c. Pilihan hukum tidak boleh menjelma menjadi penyelundupan hukum.

¹³Pilihan hukum tidak boleh diadakan bila dalam kontrak tersebut terdapat titik pertalian lain yang jauh lebih kuat dari pada pilihan hukum.

Pilihan hukum ini hanya dapat *made with a bonafide intention*, tidak ada khusus memilih suatu tempat tertentu untuk maksud menyelundupkan peraturan-peraturan lain, karenanya harus *not fictitious, based on a normal relation* dan harus memperlihatkan adanya *a natural and vital connection, a substantial connection* antara kontrak dan hukum yang dipilih. Pilihan hukum itu sendiri dapat dilakukan dengan beberapa cara, yaitu:

a. Pilihan hukum secara tegas Pada pilihan hukum secara tegas ini para pihak yang mengadakan kontrak secara tegas dan jelas menentukan hukum negara mana yang mereka pilih. Hal tersebut biasanya muncul dalam klausula *governing law* atau *applicable law* yang misalnya berbunyi; *this contract will be governed by the laws of the Republic of Indonesia.*

¹³ Sudargo Gautama, *op.cit*, Pengantar..., hlm. 204-206.

b. Pilihan hukum secara diam-diam Di samping pilihan hukum secara tegas, para pihak dapat juga memilih hukum secara diam-diam (*stilzwijgend, implied, tacitly*). Untuk mengetahui adanya pilihan hukum tertentu yang dinyatakan secara diam-diam, bisa disimpulkan dari maksud atau ketentuan-ketentuan, dan fakta-fakta yang terdapat dalam kontrak. Misalnya : jika para pihak memilih domisili pada Kantor Pengadilan Negeri di negara X, maka dapat disimpulkan bahwa para pihak secara diam-diam menghendaki berlakunya hukum negara X. Keberatan terhadap pilihan hukum secara diam-diam ini adalah jika sang hakim hendak melihat adanya suatu pilihan yang sebenarnya tidak ada (*fictief*). Oleh karena itu, hakim hanya menekankan kepada kemauan para pihak yang diduga (*vermoedelijke partijwil*) dan yang dikedepankan adalah kemauan para pihak yang fiktif.

c. Pilihan hukum secara dianggap Pilihan hukum secara dianggap ini hanya merupakan *preasumption iuris*, suatu *rechtsvermoeden*. Maksudnya, hakim menerima telah terjadi suatu pilihan berdasarkan dugaan-dugaan hukum belaka. Pada pilihan hukum yang demikian ini tidak dapat dibuktikan menurut saluran yang ada. Dugaan hakim merupakan pegangan yang dipandang cukup untuk mempertahankan bahwa para pihak benar benar telah menghendaki berlakunya suatu sistem hukum tertentu.

d. Pilihan hukum secara hipotesis Dalam pilihan hukum secara hipotesis hakim bekerja dengan fiksi : seandainya para pihak telah memikirkan hukum yang dipergunakan, hukum manakah yang dipilih mereka dengan cara sebaik-baiknya. Jadi, sebenarnya tidak ada pilihan hukum dari para pihak, justru hakim-lah yang memilih hukum tersebut.

b. Pilihan Forum (*Choice of Forum*)

Di dalam suatu kontrak internasional, selain dikenal adanya pilihan hukum (choice of law) juga dikenal adanya pilihan forum (choice of forum). Pilihan forum ini bermakna, bahwa para pihak di dalam kontrak bersepakat memilih forum atau lembaga yang akan menyelesaikan perselisihan yang mungkin timbul diantara kedua belah pihak. Menurut Convention on the Choice of Court 1965, pilihan forum terbuka untuk perkara perdata atau dagang yang mempunyai sifat internasional. Pilihan forum tidak berlaku bagi:

- a. status atau kewenangan orang atau hukum keluar, termasuk kewajiban atau hak-hak pribadi atau finansial antara orang tua dan/ atau antara suami dan. istri;
- b. permasalahan alimentasi yang tidak termasuk dalam butir
- c. warisan;
- d. kepailitan;
- e. hak-hak atas benda tidak bergerak Pilihan forum yang dimaksud di atas selain dapat menunjuk kepada suatu pengadilan di negara tertentu, juga dapat menunjuk badan arbitrase tertentu.

Pengadilan atau arbitrase sebelum memeriksa atau mengadili perkara yang diajukan kepadanya, terlebih dahulu harus meneliti apakah ia berwenang mengadili perkara tersebut. Salah satu cara untuk menentukan berwenang tidaknya ia mengadili perkara yang bersangkutan adalah dengan meneliti klausula pilihan forum yang terdapat dalam kontrak yang bersangkutan

Bila mana hakim yang mengadili suatu perkara yang mengandung unsur asing menemui adanya pilihan forum yang menunjuk kepada badan peradilan lain atau

menunjuk pada badan arbitrase lain, tetapi berlainan kompetensi relatifnya, maka hakim yang bersangkutan harus menyatakan dirinya tidak berwenang mengadili perkara tersebut.

Demikian juga apabila di dalam suatu kontrak itu para pihak ternyata memilih forum arbitrase di luar negeri atau di Indonesia, maka perkaranya tidak dapat diajukan kepada Pengadilan Negeri.

2. Pilihan Forum Pengadilan Penyelesaian sengketa melalui forum pengadilan adalah suatu pola penyelesaian melalui proses gugatan atas suatu sengketa yang diritualisasikan untuk menggantikan sengketa sesungguhnya, melalui persidangan-persidangan untuk diperiksa oleh hakim, dengan putusannya yang bersifat mengikat.¹⁴ Para pihak dapat melakukan pilihan forum pada pengadilan untuk menyelesaikan sengketanya, dengan mencantumkan klausula dalam kontrak. Misalnya saja para pihak memilih yurisdiksi District of Court di New York, maka dalam hal ini District of Court New York-lah yang mempunyai kewenangan untuk menyelesaikan sengketa di antara mereka. Pada umumnya para pihak dianggap mempunyai kebebasan untuk memilih forum pengadilan. Mereka bisa menyimpang dari kompetensi relatif dengan memilih hakim lain. Akan tetapi, tidak diperkenankan untuk menjadikan suatu peradilan menjadi berwenang bilamana menurut kaidah-kaidah hukum intern negara yang bersangkutan hakim tidak berwenang adanya. Menurut Sudargo Gautama, misalnya saja untuk Netherland tak akan dapat dipilih hakim jika menurut hukum

¹⁴ Salim, H.S., Hukum Kontrak (Teori dan Teknik Penyusunan Kontrak), Sinar Grafika, Jakarta, 2005, hlm. 141.

Belanda sama sekali tidak ada hakim Belanda yang, relatif berwenang untuk mengadili perkara itu.¹⁵

C. Jenis Arbitrase

Jenis arbitrase yang diakui keberadaan dan kewenangannya untuk memeriksa dan memutus sengketa yang terjadi antara para pihak yang telah diatur di beberapa peraturan dan di berbagai konvensi yang ada. Di samping telah diatur dalam Rv tentang arbitrase ad hoc, diatur pula dalam Konvensi New York 1958, serta ketentuan dari UNCITRAL tentang *Arbitration Rules*. Dari ketentuan-ketentuan diatas, dapat ditemukan bahwa terdapat 2 (dua) macam jenis arbitrase yang diakui eksistensi dan kewenangannya untuk memeriksa dan memutus perselisihan atau sengketa yang terjadi antara para pihak yang mengadakan perjanjian, yaitu:

1. Arbitrase Ad Hoc

Jenis arbitrase ad hoc disebut juga arbitrase 'volunter'. Pasal 615 Rv ayat (1) mengatur tentang lembaga abritrase *ad hoc*. Pengertian arbitrase ad hoc sendiri adalah arbitrase yang dibentuk khusus untuk menyelesaikan atau memutus perselisihan tertentu.¹⁶ Dengan demikian, kehadiran dan keberadaan arbitrase ad hoc bersifat insidentil atau tidak permanen. Kedudukan dan keberadaannya hanya untuk melayani dan memutus kasus perselisihan tertentu. Selesai sengketa diperiksa atau diputus, maka tugas para arbiter *ad hoc* sesuai pembentukannya dengan sendirinya berakhir. Pada prinsipnya, arbitrase *ad hoc* tidsk terikat dan terkait

¹⁵ Sudargo Gautama, Buku ke-8, op.cit, hlm.233.

¹⁶ M. Yahya Harahap, *Arbitrase*, Jakarta, Sinar Grafika, 2004, hlm. 150.

dengan salah satu lembaga arbitrase. Untuk mengetahui dan menentukan suatu perjanjian arbitrase yang disepakati para pihak termasuk dalam jenis arbitrase ad hoc, dapat dilihat dari rumusan klausula.

Apabila dalam klausula menyatakan perselisihan akan diselesaikan oleh arbitrase yang berdiri sendiri di luar arbitrase insitusional, atau dari arbiter perorangan, maka arbitrase yang disepakati adalah jenis arbitrase adhoc. Ciri pokok arbitrase ini adalah penunjukan para arbiternya secara perseorangan. Arbitrase ad hoc dalam pasal 1 ayat (1) Konvensi New York 1958 dirumuskan dengan istilah "*arbitrators appointed for each case*" yang bermakna: "arbiter ditunjuk untuk kasus tertentu untuk satu kali penunjukan". Dalam ketentuan ini jelas dapat dilihat sifat insidentil yang melekat pada arbitrase ad hoc. Hal itu dapat disimak dari perkataan "*appointed for each case*". Penunjukan dan keberadaannya adalah kasus perkasus. Fungsi dan kewenangannya bersifat "satu kali" atau "een matig."

Karena arbitrase ad hoc pada dasarnya tidak terikat dan terkait dengan salah satu badan arbitrase, maka arbitrase ad hoc tidak memiliki aturan tata cara tersendiri baik mengenai pengangkatan para arbiter maupun mengenai tata cara pemeriksaan sengketa seperti suatu lembaga khusus arbitrase, melainkan arbitrase ad hoc ini tunduk sepenuhnya mengikuti aturan tata cara yang ditentukan dalam perundang-undangan. Sebagai contoh arbitrase ad hoc yang ditunjuk di Indonesia harus tunduk dan mengikuti tata cara pengangkatan dan pemeriksaan sengketa. Mengenai cara penunjukan arbiter dalam arbitrase ad hoc dapat dilakukan sendiri atas kesepakatan para pihak.

Jika arbiternya tunggal, pengangkatannya dilakukan secara bersama. Apabila arbiternya lebih dari seorang, masing-masing pihak menunjuk satu anggota, dan arbiter yang ketiga pengangkatannya dilakukan atas kesepakatan bersama atau menyerahkannya kepada kesepakatan arbiter yang telah ditunjuk oleh para pihak. Selain cara penunjukan arbiter yang disebutkan diatas, para pihak dapat menyerahkan penunjukan arbiter kepada pengadilan negeri seperti diatur pasal 13 ayat (2) UU No. 30 Tahun 1999.

2. Arbitrase Institusional

Arbitrase institusional merupakan lembaga atau badan arbitrase sebagai sarana penyelesaian sengketa yang bersifat permanen sehingga disebut “*permanent arbitral body*”.¹⁷ Yang dimaksud permanen disini ialah selain dikelola dan diorganisasikan secara tetap, keberadaannya juga terus menerus untuk jangka waktu yang tidak terbatas. Disamping itu, keberadaannya tidak hanya bergantung ketika adanya sengketa. Artinya, ada sengketa yang masuk maupun tidak ada sengketa yang masuk, lembaga itu tetap berdiri dan tidak bubar bahkan setelah sengketa yang ditanganinya telah selesai sekalipun. Berbeda dengan arbitrase ad hoc yang akan bubar dan berakhir keberadaannya setelah sengketa yang ditangani selesai diputus.

Pada umumnya, setiap lembaga arbitrase institusional diorganisasikan dengan manajemen yang teratur oleh para ahli dalam berbagai bidang. Disamping diorganisasikan secara teratur, lembaga arbitrase pada umumnya memiliki perangkat ketentuan hukum formal sendiri sebagai hukum acara dalam rangka

¹⁷ Sudargo Gautama, *Arbitrase Dagang Internasional*, Bandung, 1986, hlm. 20.

proses penyelesaian sengketa dan prosedur acaranya, dan sekaligus juga disusun organisasinya serta ketentuan-ketentuan tentang tata cara pengangkatan arbiter dan tata cara pemeriksaannya

2. Penanaman Modal

a. Pengertian Penanaman Modal

Istilah investasi atau penanaman modal merupakan istilah-istilah yang dikenal, baik dalam kegiatan bisnis sehari-hari maupun dalam bahasa perundang-undangan. Istilah investasi merupakan istilah yang lebih populer dalam dunia usaha, sedangkan istilah penanaman modal lebih banyak digunakan dalam bahasa perundang-undangan. Pasal 1 Undang-undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman

Modal, menyebutkan bahwa Penanaman Modal adalah segala bentuk kegiatan Penanaman modal, baik oleh penanaman modal dalam negeri maupun penanaman modal asing untuk melakukan usaha di wilayah Negara Republik Indonesia. Menurut Salim HS yang diaksud dengan investasi itu adalah penanaman modal yang dilakukan oleh investor, baik investor asing maupun domestic dalam berbagai bidang usaha yang terbuka untuk investasi, dengan tujuan untuk memperoleh keuntungan. Penanaman modal atau investasi dalam Bahasa Inggris disebut sebagai investment. Black's Law Dictionary mengistilahkan investment sebagai "*an expenditure to acquire property or assets to produce revenue; a capital outlay*".¹⁸

¹⁸ Bryan A. Gardner (editor in chief), *Black's Law Dictionary (Ninth Edition)*, (St. Paul, MN: West Publishing Co., 2009), hlm. 902.

Penanaman modal asing langsung merupakan bentuk penanaman modal dalam bentuk pemindahan harta benda fisik seperti peralatan, atau harta benda fisik yang dibeli atau dibangun seperti perkebunan atau pabrik, merupakan investasi asing langsung. Sedangkan penanaman modal asing tidak langsung merupakan bentuk penanaman modal asing dengan investasi portofolio. Investasi portofolio biasanya diwakili oleh pergerakan uang untuk tujuan membeli saham di perusahaan yang dibentuk atau berfungsi di negara lain. Ini juga dapat mencakup instrumen sekuritas lainnya yang digunakan untuk meningkatkan modal usaha. Elemen yang membedakan adalah bahwa, dalam investasi portofolio, terdapat pemisahan antara, di satu sisi, manajemen dan kontrol perusahaan dan, di sisi lain, bagian kepemilikan di dalamnya.¹⁹

Dari beberapa pengertian diatas, dapat ditarik unsur-unsur terpenting dari kegiatan investasi atau penanaman modal, yaitu:

- a) Adanya motif untuk meningkatkan atau setidaknya untuk mempertahankan modal.
- b) Bahwa modal tersebut tidak hanya mencakup hal-hal yang bersifat kasat mata dan dapat diraba, tetapi juga mencakup sesuatu yang bersifat tidak kasat matadan tidak dapat diraba.
- c) Investasi dibagi menjadi dua macam yaitu investasi asing dan investasi domestik. Investasi asing yang bersumber dari pembiayaan luar negeri,

¹⁹ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment (Third Edition)*, (Cambridge, UK: Cambridge University Press, 2010), hlm. 8

sedangkan investasi domestic adalah investasi yang bersumber dari pembiayaan dalam negeri.

- d) Setiap usaha penanaman modal harus diarahkan kepada kesejahteraan masyarakat. Artinya, dengan adanya investasi yang ditanamkan para investor dapat meningkatkan kualitas masyarakat Indonesia.
- e) Investasi dibagi menjadi dua macam, yaitu investasi asing (PMA) dan investasi domestik (PMDN). Investasi asing merupakan investasi yang bersumber dari pembiayaan luar negeri, sedangkan investasi domestik adalah investasi yang bersumber dari pembiayaan dalam negeri. Investasi ini digunakan untuk membangun usaha yang terbuka untuk investasi dan tujuannya untuk memperoleh keuntungan.

Secara yuridis, pengaturan mengenai mekanisme penyelesaian perselisihan penanaman modal diatur dalam berbagai perjanjian internasional. Ketentuan-ketentuan yang mendasari dimungkinkannya proses penyelesaian perselisihan antara penanam modal asing (badan hukum swasta) dengan negara secara umum dapat diatur dalam undang-undang nasional suatu negara, perjanjian investasi internasional, persetujuan investasi internasional, dan dalam beberapa perjanjian dagang internasional.²⁰

b. Pilihan Hukum (*Choice of Law*)

Prinsip-prinsip yang digunakan dalam pilihan hukum adalah : Prinsip kebebasan para pihak, adalah kesepakatan para pihak dalam menentukan hukum yang akan berlaku bagi para pihak; Prinsip Bonafide, yaitu pilihan hukum itu

²⁰ University of Melbourne, "Investor-State Dispute Settlement & Arbitral Institutions", diakses dari <https://unimelb.libguides.com/c.php?g=929887&p=6719576> pada 27 mei 2024 pukul 18:24

didasarkan atas itikad baik; Prinsip Real Connection, yaitu pilihan hukum yang disepakati itu harus memiliki hubungan atau kaitan dengan para pihak. Fungsi klausul pilihan hukum adalah : untuk menentukan hukum apa yang akan digunakan atau menerangkan syarat-syarat kontrak atau hukum yang akan menentukan dan mengatur kontrak; menghindari ketidak pastian hukum yang berlaku terhadap kontrak selama pelaksanaan kewajiban-kewajiban kontraktual dari para pihak; sebagai sumber hukum manakala kontrak tidak mengaturnya. Macam-macam pilihan hukum itu meliputi pilihan hukum secara tegas yang ditentukan dalam klausul pilihan hukum yang dimuat dalam kontrak; pilihan hukum secara diam-diam, dalam hal para pihak tidak secara spesifik membuat klausul pilihan hukum dalam kontrak; pilihan hukum yang diserahkan pada pengadilan, apabila para pihak menyerahkan kasus perselisihannya di pengadilan serta tidak ada pilihan hukum, dalam arti para pihak tidak mencantumkan klausul pilihan hukum dalam kontrak. Tidak dicantumkannya pilihan hukum itu tidak akan mempengaruhi status dan keabsahan kontrak, hanya Kontrak seperti ini bersifat tidak lengkap atau defektif.²¹

3. *Permanent Court of Arbitration*

a. *Pengertian Court of Arbitration*

Permanent Court of Arbitration (PCA) atau Mahkamah Arbitrasi Antarbangsa adalah organisasi internasional yang terletak di *The Hague* atau dalam bahasa indonesia Den Haag, Belanda. PCA ini bukan peradilan pada umumnya melainkan sebuah pelayanan jasa dengan jasa sidang arbitrasi untuk menyelesaikan permasalahan atau sengketa antar anggota Perserikatan Bangsa Bangsa (PBB) dan atau Negara yang menjadi member dalam ratifikasi Mahkamah Arbitrasi ini.²²

Dasar hukum dari *Permanent Court of Arbitration* adalah *Convention for the Pacific Settlement of International Disupute* tanggal 29 juli 1899 dan

²¹ Huala Adolf II, op cit, h. 140-147.

²² Dikutip dari: <https://pca-cpa.org/en/services/> diakses pada 28 maret 2024 pukul 14:37

Convention for the Pacific Settlement of International Disupute tanggal 18 oktober 1907.²³

Fungsi dari Permanent Court of Arbitration ini adalah sebagai media pelayanan abitrasi internasional, adapapun layanan dari Permanent Court Of Arbitration ni meliputi 5 hal yaitu : (1) Jasa Arbitrasi (2) Penunjukan Otoritas, (3) Mediasi/Konsiliasi, (4) Pencarian Fakta, (5) Pengadilan Tamu.²⁴

Perkembangan penting penggunaan arbitrase ditandai dengan diselenggarakannya Konferensi Perdamaian Den Haag I tahun 1899 dan Konferensi Den Haag II tahun 1907. Dari hasil konferensi I, yaitu Konvensi Den Haag 1899 hingga akhir tahun 1906, terdapat 68 negara yang telah meratifikasinya. Sedangkan dari Konvensi Den Haag II tahun 1907, terdapat 64 negara yang telah meratifikasinya. Sebetulnya motif diselenggarakannya kedua konferensi perdamaian tersebut tidak lepas dari kepentingan menggalakan arbitrase. Konferensi perdamaian ini terselenggara, karena antara lain didorong oleh adanya penggunaan arbitrase yang semakin luas pada abad ke-19. Di samping itu, masyarakat internasional juga menunjukkan keinginannya pada waktu itu untuk menjadikan arbitrase sebagai suatu badan yang permanen.

Kedua, konferensi berupaya mengodifikasi ketentuan hukum internasional yang ada mengenai arbitrase. Setelah kodifikasi tersebut, mereka berharap dapat mengembangkannya dikemudian hari. Konferensi pertama dihadiri oleh 26 negara, konferensi kedua dihadiri oleh 44 negara. Kedua konferensi menghasilkan dan

²³ Ruth Mackenzie, Yuval Shany dan Cesare Romano (editor), *Manual on International Courts and Hakim Arbitrases (2nd Ed.)*, (Oxford, UK: Oxford University Press, 2010), hlm. 102

²⁴ *Ibid*

mengesahkan *the Convention for the Pasific Settlement of Interntional Disputes* tanggal 29 Juli 1899 dan tanggal 18 Oktober 1907. Salah satu hasil terpenting dari konferensi Den Haag adalah didirikannya *the Permanent Court of Arbitration* (PCA). PCA berkedudukan di gedung Peace Palace, Den Haag Belanda. Didirikannya badan arbitrase ini merupakan prestasi masyarakat internasional yang luar bisaa. Badan arbitrase permanen ini, pada saat itu, merupakan badan peradilan arbitrase pertama yang menyelesaikan sengketa antarnegara. Namun dalam perkembangannya PCA kurang populer. Antara tahun 1900-1932, badan ini hanya menangani 20 kasus. Sedikitnya kasus yang diserahkan ke PCA disebabkan oleh dua alasan utama. Pertama, meskipun namanya “*Court*” (*Permanent Court*), namun sebenarnya bukan “*Court*” dalam arti yang sebenarnya. Ia hanya badan arbitrase, bukan badan peradilan dalam arti yang sebenarnya. PCA memiliki suatu panel arbitrator yang disebut dengan *Member of the Court*. Badan ini terdiri dari 260 arbitrator.²⁵

Mereka adalah para ahli hukum terkemuka yang berasal dari negara-negara Konvensi Den Haag. Nama-nama mereka diterbitkan setiap tahun dalam laporan tahunan Dewan Administratif Arbitrase (*the Annual Report of the Administrative Council*). Badan ini memiliki pula suatu Biro Internasional (*International Bureau*) yang memiliki fungsi administratif. Biro ini dipimpin oleh sekretaris jenderal. Sekeretaris jenderal berfungsi pula sebagai saluran komunikasi di antara negara.

²⁵ International Bureau of The Permanent Court of Arbitration, Permanent Court of Arbitration: Annual Report 1996, Peace Palace: The Hague, 1996, hlm.5

Dalam perkembangannya, lembaga ini kemudian juga menangani perkara diantara negara dengan pihak swasta pada tahun 1930an, menjadikannya presiden bagi PCA untuk memperluas fasilitas penyelesaian sengketa internasional yang ditanganinya tidak hanya bagi negara, tetapi juga bagi badan usaha milik negara, organisasi internasional, dan pihak swasta.²⁶ Meskipun berpusat di Peace Palace, namun penyelenggaraan arbitrase di bawah naungan PCA dapat dilaksanakan di luar Den Haag, bahkan di beberapa wilayah lain selama hal tersebut disepakati oleh para pihak.²⁷

4. Investor-State Dispute Settlement (ISDS)

a. Pengertian

Investor-State Dispute Settlement (ISDS) adalah mekanisme penyelesaian sengketa yang memberikan kesempatan kepada investor untuk menggugat negara penerima (host state) secara internasional melalui arbitrase internasional. Klausul ISDS sering dicantumkan dalam mayoritas Perjanjian Investasi Bilateral (BIT) dan beberapa perjanjian investasi internasional lainnya, bersama dengan klausul penyelesaian sengketa tradisional melalui mekanisme antar negara (*State-State dispute settlement*). ISDS memungkinkan investor untuk menghindari penyelesaian sengketa melalui lembaga pengadilan atau badan penyelesaian administratif di negara tuan rumah yang mungkin tidak independen, serta memberikan alternatif

²⁶ Judith Levine, "The View from Arbitration: The PCA's Experience with Finance, Witnesses and Unrepresented Parties", Commonwealth Law Bulletin Vol. 36, No. 3, September 2010, hlm. 539.

²⁷ Philippe Sands, Ruth Mackenzie dan Yuval Shany (editor), *Manual on International Courts and Hakim Arbitrases*, (London, UK: Butterworths, 1999), hlm. 23.

selain upaya melalui jalur diplomatik yang bergantung pada kekuatan negara asal investor.²⁸

Sebagai salah satu topik dalam hukum internasional yang berkembang dengan cukup pesat dalam 50 (lima puluh) tahun terakhir, perjanjian penanaman modal internasional dan sengketa ISDS menjadi aspek penting yang cukup berkembang pesat dalam dekade terakhir, khususnya sejak awal tahun 1990-an. Pada tahun 1990, kurang lebih terdapat 500 (lima ratus) perjanjian investasi yang telah ditandatangani. Pada tahun 2017, lebih dari 3300 (tiga ribu tiga ratus) perjanjian internasional telah ditandatangani, dengan 2671 diantaranya masih berlaku (*currently in force*). Senada dengan perkembangan perjanjian investasi internasional, sengketa ISDS tidak mengalami perkembangan signifikan, bahkan tidak muncul (*virtually nonexistent*) sampai tahun 1990. Meskipun demikian, pada awal tahun 2018, tercatat sudah terdapat lebih dari 900 (sembilan ratus) kasus ISDS yang teregistrasi. Laporan tahunan juga mencatat perkembangan yang signifikan pada kasus ISDS. Rata-rata kasus dari tahun 2006 hingga tahun 2015 menunjukkan jumlah sebesar 49 (empat puluh sembilan) kasus.²⁹

Karakteristik khusus yang membedakan perselisihan investor-negara dengan perselisihan lainnya adalah sebagai berikut:

- a. Pihak-pihak dalam sengketa investor-negara terdiri dari negara sebagai tergugat, baik pemerintah pusat (*central government*) maupun pemerintah

²⁸ Robert Rhodes QC, "Investment Rights under Bilateral Investment Treaties: Arbitration", *The International Journal of Arbitration, Mediation and Dispute Management*, Vol. 85 Issue 4 November 2019, hlm. 400

²⁹ Tim R Samples, "Winning and Losing in Investor-State Dispute Settlement", *American Business Law Journal*, Volume 56, Issue 1, Spring 2019, hlm. 120.

daerah (*sub-national entities of the State*) dan penanam modal asing (*foreign investor*). Perselisihan dapat timbul sebagai akibat dari tindakan yang diambil oleh pemerintah di tingkat yang lebih rendah, atau badan-badan negara yang tidak menandatangani PII tetapi harus mematuhi ketentuan-ketentuannya. Ini dapat menghasilkan divergensi antar-kelembagaan di dalam pemerintah, sehingga sulit bagi negara untuk membuat keputusan di waktu yang tepat atas masalah yang terjadi, sulit pula bagi investor untuk dapat mengidentifikasi lembaga pemerintah mana yang sesuai untuk digugat dari negara terkait.

- b. Pihak penanam modal asing akan menggugat tindakan (*acts and measures*) atau ketiadaan tindakan (*the lack of appropriate action*) dari pemerintah terkait. Oleh karena itu, sifat tindakan pemerintah yang hendak digugat akan bersifat istimewa, dalam hal bahwa yang digugat merupakan isu kebijakan publik dan berkaitan dengan kemampuan pemerintah untuk mengatur kepentingan umum, meskipun kebijakan tersebut mungkin akan melanggar kepentingan pihak individu yang dalam hal ini merupakan kepentingan penanam modal asing. Inilah mengapa perselisihan investor-negara dapat dengan mudah berubah menjadi masalah politik di dalam negara dan juga secara internasional. Hal ini dapat timbul misalnya ketika langkah-langkah dalam aspek lingkungan atau tindakan darurat yang dilakukan untuk mengatasi krisis keuangan yang dikeluarkan oleh pemerintah diajukan gugatan, terlebih lagi jika terdapat dana rakyat yang dipertaruhkan dengan besaran yang cukup tinggi.

- c. Sifat hukum yang berlaku dalam perselisihan ini dapat dikatakan spesifik, mengingat sengketa investor-negara diatur oleh hukum internasional dan didasarkan pada pelanggaran instrumen internasional, yang mana merupakan salah satu sumber hukum internasional, yaitu perjanjian (investasi) internasional.
- d. Sifat dari metode penyelesaian yang tersedia untuk sengketa ini juga berbeda. Berbeda dengan prinsip hukum internasional dalam hal terjadi sengketa yang melibatkan negara dan berbeda dengan sengketa hukum biasa pada umumnya, sistem yang dibentuk untuk menyelesaikan sengketa investor-negara didasarkan pada arbitrase internasional sebagai opsi utama bagi investor asing yang merasa dirugikan. Sebagian besar PII menawarkan elemen perlindungan utama kepada penanam modal asing untuk menyelesaikan mekanisme arbitrase internasionalnya melalui ICSID atau arbitrase *ad hoc* menggunakan ketentuan arbitrase UNCITRAL. Seringkali, PII bahkan tidak membutuhkan proses penyelesaian ke pengadilan nasional negara tuan rumah. Jenis-jenis ketentuan penyelesaian perselisihan yang serupa juga dapat ditemukan dalam kontrak konsesi atau skema privatisasi dimana dugaan pelanggaran tidak akan dibawa ke pengadilan nasional tetapi justru oleh pengadilan internasional.
- e. Sifat yang tidak biasa lainnya dari perselisihan investor-negara juga mengacu pada fakta bahwa sifat hubungan antara para pihak yang berselisih melibatkan keterlibatan jangka panjang, yang terkadang membutuhkan interkoneksi yang kompleks antara kedua pihak sebagai akibat dari situasi

saling ketergantungan. Sebagai contoh, kehidupan warga negara suatu negara mungkin bergantung pada investor asing dalam hal penyediaan layanan publik, dimana investor akan memberikan sejumlah besar modal kepada perusahaan dengan pengembalian investasi setelah beberapa tahun. Oleh karena itu, investor dan negara secara tidak langsung menjadi seperti diwajibkan untuk mempertahankan hubungan kerja yang berkelanjutan meskipun ada perselisihan³⁰

G. Metode Penelitian

1. Jenis Penelitian

Metode penelitian hukum yang digunakan dalam penelitian ini adalah penelitian hukum normatif atau yuridis normatif. Penelitian hukum normatif adalah penelitian hukum yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder belaka.

Menurut Soerjono Soekanto, penelitian hukum adalah suatu kegiatan ilmiah, yang didasarkan pada metode, sistematika dan pemikiran tertentu, yang bertujuan untuk mempelajari satu atau beberapa gejala hukum tertentu, dengan jalan menganalisisnya.³¹ Soerjono Soekanto berpendapat bahwa tipologi penelitian hukum dapat dibagi ke dalam penelitian hukum normatif dan penelitian hukum empiris.³² Sebagaimana dipaparkan diatas, penelitian ini akan menggunakan tipologi penelitian hukum normatif. Peter Mahmud Marzuki menjelaskan penelitian

³⁰ United Nations Conference on Trade and Development, *Investor-State Disputes: Prevention and Alternatives to Arbitration*, Geneva, Switzerland: United Nations Publication, 2010, hlm. 10.

³¹ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Jakarta, Universitas Indonesia Press, 2007, hlm. 5.

³² Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Jakarta, Prenadamedia Group, 2015, hlm.43.

hukum normatif sebagai suatu proses untuk menemukan suatu aturan hukum, prinsip-prinsip hukum maupun doktrindoktrin hukum guna menjawab isu hukum yang dihadapi. Sebagaimana dipaparkan diatas, penelitian ini akan menggunakan tipologi penelitian hukum normatif. Peter Mahmud Marzuki menjelaskan penelitian hukum normatif sebagai suatu proses untuk menemukan suatu aturan hukum, prinsip-prinsip hukum maupun doktrindoktrin hukum guna menjawab isu hukum yang dihadapi.³³

2. Pendekatan Penelitian

Penelitian ini merupakan penelitian kualitatif dengan menggunakan metode deskriptif analitis. Metode ini mencoba mengkaji status sekelompok orang, suatu objek, suatu kondisi, suatu sistem pemikiran atau suatu kelas peristiwa pada masa kini. Metode kualitatif adalah metode penelitian yang digunakan untuk meneliti kondisi objek yang alamiah (berlawanan dengan eksperimen), dimana peneliti adalah instrumen kuncinya. Analisis data bersifat induktif atau kualitatif dan hasil penelitian kualitatif lebih menekankan makna daripada generalisasi.³⁴ Yang diamati, dipelajari dan dibahas dalam penelitian ini berkaitan dengan Analisis Perlindungan Hak Negara dan Hak Investor dalam arbitrase internasional.

3. Sifat Penelitian

Pendekatan yuridis normatif adalah pendekatan yang dilakukan berdasarkan bahan hukum utama dengan cara meneelah teori-teori, konsep-konsep, asas-asas hukum serta peraturan perundang-undangan yang berhubungan dengan penelitian

³³ Ibid, hlm. 35.

³⁴ Lexy J. Moleong, *Metodologi Penelitian Kualitatif*, Edisi Revisi, Bandung: Remaja Rosdakarya, 2012, hlm. 4.

ini. Pendekatan ini dikenal pula dengan pendekatan kepustakaan, yakni dengan mempelajari buku-buku, peraturan perundang-undangan dan dokumen lain yang berhubungan dengan penelitian ini. Berkaitan dengan perlindungan hak negara dan hak investor dalam arbitrase internasional, maka penulis memfokuskan dengan sifat penelitian normatif.

4. Data Penelitian

Jenis data yang digunakan dalam menganalisa obyek permasalahan dalam penelitian ini adalah data sekunder. Data sekunder adalah data yang diperoleh dari bahan-bahan kepustakaan berupa buku-buku dan berbagai peraturan perundang-undangan serta dokumen-dokumen hukum lain.³⁵ Data sekunder yang digunakan dalam penelitian ini meliputi:

a. Bahan hukum primer

Bahan hukum primer merupakan bahan hukum yang bersifat autoritatif, artinya mempunyai otoritas. Dalam hal ini, bahan hukum primer berkedudukan sebagai bahan utama dalam penelitian dan menjadi dasar landasan hukum yang mengikat dengan masalah yang diteliti. Bahan hukum primer yang digunakan dalam penelitian ini antara lain instrumen hukum internasional yang terkait dengan hukum penanaman modal internasional, baik yang berbentuk *hard laws* maupun *soft laws*. Seperti *UNCITRAL Arbitration Rules* (1976) dan *India – Indonesia BIT* (1999), dan peraturan hukum internasional lainnya yang relevan.

³⁵ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif, Suatu Tinjauan Singkat*, Jakarta, Radagrafindo Persada, hlm. 29.

b. Bahan Hukum Sekunder

Bahan hukum sekunder adalah bahan pustaka yang berisi informasi tentang bahan hukum primer. Bahan hukum sekunder berupa semua publikasi tentang hukum yang bukan merupakan dokumen-dokumen resmi. Bahan-bahan hukum sekunder yang dimaksud adalah literatur hukum, hasilhasil penelitian hukum, jurnal hukum, pendapat para sarjana serta putusanputusan terkait dengan permasalahan yang diangkat dalam penelitian ini.

c. Bahan Hukum Tersier

Bahan hukum tersier adalah bahan yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder. Bahan hukum tersier yang digunakan dalam penelitian ini antara lain Kamus Besar Bahasa Indonesia, Kamus Inggris-Indonesia serta Kamus Hukum.

5. Teknik Pengumpulan Data

Metode pengumpulan data dalam penelitian ini dilakukan dengan studi pustaka, yaitu suatu cara pengumpulan data dengan melakukan penelusuran dan menelaah bahan pustaka (literatur, hasil penelitian, majalah ilmiah, buletin ilmiah, jurnal ilmiah dsb). Bahan hukum dikumpulkan melalui prosedur inventarisasi dan identifikasi peraturan perundang-undangan, serta klasifikasi dan sistematisasi bahan hukum sesuai permasalahan penelitian. Oleh karena itu, teknik pengumpulan data yang digunakan dalam penelitian ini adalah dengan studi kepustakaan. Studi kepustakaan dilakukan dengan cara membaca, menelaah, mencatat membuat ulasan

bahan-bahan pustaka yang ada kaitannya dengan perlindungan hak negara dan hak investor dalam arbitrase internasional.

6. Analisis Data

Untuk menganalisis data yang diperoleh, akan digunakan metode analisis normatif, merupakan cara menginterpretasikan dan mendiskusikan bahan hasil penelitian berdasarkan pada pengertian hukum, norma hukum, teori-teori hukum serta doktrin yang berkaitan dengan pokok permasalahan. Norma hukum diperlukan sebagai premis mayor, kemudian dikorelasikan dengan fakta-fakta yang relevan (legal facts) yang dipakai sebagai premis minor dan melalui proses silogisme akan diperoleh kesimpulan (conclusion) terhadap permasalahannya.