

Regulatory Chill sebagai Konsekuensi Ancaman ISDS terhadap Negara

Desi Yanti Yohanes Lauw^{1*}, Putri Batari Widyadhana²

^{1,2} Fakultas Hukum, Universitas Padjadjaran, Indonesia

Email: desi22002@mail.unpad.ac.id^{1*}

Alamat: Jl. Raya Bandung Sumedang KM.21, Hegarmanah, Kec. Jatinangor, Kabupaten Sumedang, Jawa Barat 45363

*Penulis Korespondensi

Abstract. *Public policies in the fields of health, environment, and safety are increasingly subject to disputes through the Investor-State Dispute Settlement (ISDS) mechanism. However, state efforts to protect the public often face claims from investors who consider themselves harmed. This situation carries serious consequences, as states not only bear high litigation costs but may also be required to pay significantly larger compensation if they lose the dispute. This gives rise to regulatory chill, a condition in which governments delay, weaken, or revoke regulations due to concerns over potential investment disputes. Even when some cases result in a state victory, the potential for regulatory chill remains significant, as investors do not need to win disputes to create regulatory uncertainty and pressure policymakers. This phenomenon can manifest in three forms precedential chill, anticipatory chill, and specific response chill, each affecting the policy-making process differently. Regulatory chill narrows the regulatory space, limits state capacity to protect public interests, and creates a deterrent effect on the implementation of new regulations. Using a normative juridical approach enriched with comparative case studies, this paper examines three primary sources of regulatory chill: the economic burden of arbitration and potential compensation, long-term commitments, and institutional limitations in meeting the standard of fair and equitable treatment.*

Keywords: *Economic Burden; ISDS; Public Policy; Regulatory Chill; State Sovereignty.*

Abstrak. Kebijakan publik di bidang kesehatan, lingkungan, dan keselamatan semakin sering menjadi objek gugatan melalui mekanisme *Investor State Dispute Settlement* (ISDS). Namun, upaya negara dalam melindungi rakyatnya seringkali berhadapan dengan gugatan dari investor yang merasa dirugikan. Situasi ini menimbulkan konsekuensi serius, karena negara bukan hanya harus menanggung biaya persidangan yang tinggi, tetapi juga berpotensi diwajibkan membayar kompensasi dalam jumlah yang jauh lebih besar apabila kalah dalam sengketa. Kondisi ini menimbulkan *regulatory chill*, yaitu keadaan ketika pemerintah menunda, melemahkan, atau membatalkan regulasi karena kekhawatiran akan sengketa investasi. Sekalipun sejumlah perkara berakhir dengan kemenangan negara, penulis menilai bahwa potensi *regulatory chill* tetap substansial karena investor tidak harus memenangkan perkara untuk menciptakan ketidakpastian regulasi dan menekan kemauan politik pembuat kebijakan. Fenomena ini dapat terwujud dalam tiga bentuk, yaitu *precedential chill*, *anticipatory chill*, dan *specific response chill*, yang memengaruhi proses perumusan kebijakan secara berbeda. Dampak *regulatory chill* mempersempit ruang regulasi negara, menekan kapasitas negara untuk melindungi kepentingan publik, serta menimbulkan efek jera dalam penerapan regulasi baru. Berangkat dari pendekatan yuridis normatif yang diperkaya studi kasus komparatif, penulis menelaah tiga sumber utama yaitu beban ekonomi dari biaya arbitrase dan kompensasi bernilai besar, keterikatan jangka panjang, serta keterbatasan institusional untuk memenuhi standar *fair and equitable treatment*.

Kata kunci: *Regulatory Chill, ISDS, Kedaulatan Negara, Kebijakan Publik, Beban Ekonomi*

1. PENDAHULUAN

Penanaman modal dari investor asing akan membawa banyak keuntungan bagi negara tuan rumah atau *host state*, seperti mendorong pertumbuhan ekonomi, diversifikasi dengan membuka peluang kerja bernilai tambah tinggi, mendorong integrasi perusahaan lokal ke rantai nilai global, serta menghadirkan modal, teknologi, dan alih pengetahuan bagi negara.

Penanaman modal asing dilakukan melalui perjanjian investasi internasional (*international investment agreement* atau IIA), yang merujuk pada kelompok luas perjanjian internasional yang mengatur hak-hak investor. Istilah ini mencakup perjanjian antar banyak negara, seperti *North America Free Trade Agreement* (NAFTA), perjanjian investasi bilateral (*bilateral investment treaties* atau BITs) yang merupakan perjanjian antara dua negara, serta perjanjian lain seperti *Contracts of Work* yang dibuat antara investor asing tertentu dan suatu negara (Tienhaara, 2009). Mayoritas besar perjanjian investasi internasional merupakan *Bilateral Investment Treaty* (“BIT”). BIT merupakan perjanjian antara dua negara yang mengatur promosi dan perlindungan investasi yang dilakukan oleh investor dari masing-masing negara di wilayah negara lainnya. BIT mengandung klausul yang membatasi apa yang dapat dilakukan investor dalam suatu negara untuk kepentingan publik seperti pertahanan, keamanan, dan kesehatan warga negara *host state* itu sendiri.

Setiap negara memiliki kedaulatan, yang menurut Jean Bodin merupakan sumber utama untuk menetapkan hukum, dan sumber otoritas yang berada pada aras tertinggi dalam hirarki hukum (*legal hierarchy*). Melalui kedaulatannya, negara memiliki hak untuk mengatur segala sesuatu hal yang berkaitan dengan kepentingan negaranya. Dalam hak untuk mengaturnya, negara dapat melakukan ekspropriasi untuk melindungi kepentingan publik atau *public purpose* (Shanks, 1986). Ekspropriasi adalah pengambilalihan hak kepemilikan oleh pemerintah asing, namun tidak hanya penyitaan langsung dan terbuka, ekspropriasi juga merupakan tindakan terselubung yang secara signifikan mengurangi atau menghilangkan penggunaan serta manfaat ekonomi properti, meskipun negara *host state* tidak selalu memperoleh keuntungan langsung (Brown, 2013). Secara umum, agar ekspropriasi dianggap sah secara hukum, tindakan tersebut harus dilakukan untuk kepentingan umum, tidak diskriminatif, dilakukan sesuai dengan proses hukum yang berlaku, dan disertai dengan kompensasi yang cepat, layak, dan efektif (Shukla, 2025).

Apabila investor merasa dirugikan, ia dapat mengajukan gugatan melalui mekanisme forum *Investor-State Dispute Resolution* (“ISDS”). Dalam forum ISDS, akan diperdebatkan apakah ketentuan-ketentuan yang mensyaratkan ekspropriasi yang sah telah terpenuhi atau tidak, dengan investor sebagai penggugat dan negara tuan rumah (*host state*) sebagai tergugat. ISDS sendiri merupakan mekanisme hukum yang memungkinkan investor asing menggugat negara tempat ia berinvestasi. ISDS dibuat untuk mengurangi risiko politik dan memastikan janji negara dalam perjanjian investasi dapat ditegakkan. Namun, ISDS dinilai berbahaya karena bisa dipakai perusahaan asing untuk menentang aturan kesehatan, lingkungan, dan sosial yang dianggap merugikan keuntungan perusahaan tersebut (Latek & Puccio, 2015).

Sebagai konsekuensi, negara tidak hanya menghadapi hambatan dalam perumusan kebijakan publik, tetapi juga risiko beban biaya yang sangat besar jika kalah dalam sengketa. Beban biaya ini akan semakin signifikan apabila suatu pihak diwajibkan membayar ganti rugi, yang nilainya dapat mencapai berjuta-juta USD. Misalnya dalam kasus *Himpurna dan Patuha v. Indonesia* pada tahun 1999, Indonesia harus membayar total USD 572 akibat kekalahannya di forum ISDS.

Ketakutan negara akan membayar kompensasi besar melalui ISDS serta ancaman capital flight membuat pemerintah menahan diri dalam menetapkan regulasi baru. Biaya sengketa yang tinggi, ketidakpastian putusan, dan ketergantungan pada investasi asing semakin memperparah fenomena *regulatory chill* (Milsom et al., 2021). *Regulatory chill* merupakan kondisi ketika pemerintah menunda, melemahkan, atau membatalkan kebijakan publik karena kekhawatiran akan gugatan melalui ISDS. Fenomena ini tidak hanya terjadi akibat putusan arbitrase yang merugikan negara, tetapi juga dapat dipicu oleh ancaman gugatan atau preseden dari negara lain yang mengalami sengketa serupa (Tietje, 2014). Meskipun secara formal negara tetap memiliki hak untuk menetapkan kebijakan publik, kekhawatiran terhadap potensi sengketa ISDS dapat memengaruhi keberanian pemerintah dalam mengatur, sehingga kedaulatan negara berpotensi “dibatasi” oleh ancaman ISDS dan berakibat menimbulkan kondisi *regulatory chill*.

Kondisi inilah yang menjadikan isu *regulatory chill* menjadi salah satu isu paling kontroversial dalam perdebatan kontemporer mengenai perjanjian investasi (Jarrett, 2023). Fenomena ini tidak hanya dipahami sebagai konsekuensi langsung dari gugatan investor terhadap negara, tetapi juga sebagai bentuk tekanan terselubung yang berpotensi melemahkan fungsi regulatif negara. Oleh karena itu, diperlukan kajian yang mendalam mengenai *regulatory chill* untuk mencari titik keseimbangan antara perlindungan investor dan kedaulatan negara dalam menetapkan kebijakan demi kepentingan publik.

2. METODE PENELITIAN

Penelitian ini merupakan penelitian yuridis normatif, yaitu penelitian yang dilakukan dengan menelaah kaidah-kaidah hukum melalui pendekatan perundang-undangan dan konseptual (Marzuki, 2014). Data penelitian diperoleh dari bahan hukum primer seperti perjanjian investasi dan putusan arbitrase dan bahan hukum sekunder berupa literatur akademik dan laporan lembaga internasional. Data yang terkumpul dianalisis secara kualitatif dengan metode deskriptif-analitis. Analisis dilakukan dengan mendeskripsikan ketentuan hukum dalam perjanjian investasi yang berkaitan dengan *regulatory chill*, membandingkan preseden

putusan arbitrase internasional, serta menghubungkannya dengan konteks kedaulatan negara dalam perumusan kebijakan publik. Dengan metode ini, penelitian diharapkan mampu memberikan pemahaman yang komprehensif mengenai *regulatory chill*, faktor penyebabnya, serta alternatif upaya untuk menyeimbangkan perlindungan investor dengan kedaulatan negara.

3. HASIL DAN PEMBAHASAN

Penyebab Umum Terjadinya *Regulatory Chill*

Regulatory chill mengacu pada situasi ketika negara menunda, melemahkan, atau bahkan membatalkan implementasi kebijakan publik terutama di bidang lingkungan, kesehatan, dan keselamatan karena kekhawatiran akan tuntutan hukum dari investor asing melalui ISDS (Sanchez, 2024). Menurut Shekhar (2016), ada beberapa unsur umum dalam konsep *regulatory chill*, yaitu: (1) berkaitan dengan penerapan aturan atau standar baru; (2) muncul karena adanya ancaman atau ketakutan akan arbitrase; (3) melibatkan perubahan, pelemahan, atau bahkan kegagalan total dalam memberlakukan regulasi; dan (4) terbatas pada regulasi yang bersifat *bona fide*, artinya negara harus mampu membuktikan bahwa aturan tersebut dibuat secara non-diskriminatif, sesuai prosedur, dan memberikan kompensasi yang layak bagi investor (Shekhar, 2016). Di sisi lain, Neumayer mendefinisikan *regulatory chill* sebagai situasi dimana negara-negara gagal untuk meningkatkan standar (lingkungan), seiring berjalannya waktu karena ditakutkan akan menyebabkan *capital flight* (Neumayer, 2001).

Sejumlah penelitian telah menekankan hubungan erat antara regulasi lingkungan dan ancaman *capital flight* sebagai bentuk *regulatory chill*, yang kemudian diperparah oleh ancaman gugatan ISDS (Schram & Friel, 2018). Meningkatnya mobilitas modal yang dipicu oleh globalisasi membuat negara sering kali enggan menaikkan standar lingkungan karena khawatir akan terjadi *capital flight*, yaitu perpindahan investasi ke negara lain yang memiliki biaya operasional lebih rendah akibat aturan lingkungan yang lebih longgar (Lydgate, 2012). Korporasi besar memengaruhi lembaga negara untuk memperlemah atau tidak menegakkan aturan secara penuh, dengan tujuan memaksimalkan keuntungan dan menghindari biaya kepatuhan lingkungan. Tekanan ini semakin kuat karena banyak perusahaan kini memilih menggugat negara melalui mekanisme ISDS dalam perjanjian investasi bilateral. Akibatnya, negara sering menahan diri untuk mengeluarkan aturan baru atau justru melonggarkan regulasi yang ada agar tidak kehilangan investasi asing (Arjjumend, 2017).

Mekanisme ISDS sendiri merupakan faktor besar yang menyebabkan *regulatory chill* dalam pembuatan kebijakan publik. Hal ini disebabkan oleh tingginya biaya finansial untuk terlibat dalam sengketa investasi, kemungkinan adanya putusan arbitrase yang mewajibkan

kompensasi finansial kepada investor, sifat perlindungan investasi asing yang kabur dan luas, ketidakpastian hasil sengketa, ketiadaan mekanisme banding; serta potensi konflik kepentingan pada pihak arbiter (Milsom et al., 2021). Dengan sumber daya keuangan dan teknis yang terbatas, serta ketergantungan ekonomi pada perdagangan dan investasi dari negara-negara yang lebih kaya, negara berpendapatan menengah ke bawah sangat rentan terhadap fenomena *regulatory chill*.

Dengan demikian, *regulatory chill* pada dasarnya lahir dari kombinasi antara ancaman arbitrase melalui mekanisme ISDS, ketakutan akan terjadinya *capital flight*, serta intervensi korporasi besar yang berupaya menekan penerapan regulasi. Faktor-faktor tersebut mendorong negara untuk menunda atau melemahkan kebijakan publik, sehingga kepentingan perlindungan lingkungan, kesehatan, maupun keselamatan sering kali dikorbankan demi mempertahankan arus investasi.

Keterkaitan Kedaulatan Negara dan ISDS

Sebagaimana diakui dalam Pasal 2 ayat (1) dan ayat (7) Piagam PBB, setiap negara memiliki kedaulatan berupa hak untuk mengatur, yang mengandung makna adanya kebebasan bagi negara untuk menetapkan langkah-langkah legislatif di berbagai bidang dalam yurisdiksinya sendiri (Arjjumend, 2017). Kedaulatan negara dan perlindungan terhadap investor dapat terancam jika ISDS kehilangan legitimasi hukum. Dua isu utama adalah proses pemilihan arbiter yang tidak transparan dan inkonsistensi putusan dari tribunal ISDS (Shukla, 2025). Hal ini dapat menimbulkan *regulatory uncertainty*, di mana negara tidak dapat memperkirakan konsekuensi hukum dari peraturan yang mereka terbitkan, sehingga berpotensi menghambat negara untuk membuat regulasi demi kepentingan publik (Tienhaara, 2009).

Tribunal ISDS biasanya terdiri dari tiga arbiter, satu dari masing-masing pihak dan satu ditentukan bersama (Zhang et al., 2023). Namun, arbiter tidak memiliki *tenure security* seperti hakim domestik (Kaufman, 1980). Akibatnya arbiter sering bergantung pada pengangkatan ulang dan dapat kehilangan independensi, yang membuka ruang bagi bias (Jarrett, 2023). Penunjukan arbiter dengan tujuan memengaruhi hasil perkara juga menimbulkan kekhawatiran akan timbulnya kebiasaan dalam putusan hukum internasional (Zhang et al., 2023). Hal ini menggambarkan bagaimana mekanisme ISDS dapat menyimpang dari prinsip pengadilan yang netral dan independen, dan menciptakan pengaruh eksternal terhadap kedaulatan hukum domestik suatu negara.

Kewajiban negara terhadap ketentuan dalam BIT turut mempersempit otonomi hukum nasional. Seperti dijelaskan dalam *Daimler AG v. Bauman*, meskipun negara tetap berhak merancang kebijakan internal, pelaksanaannya dibatasi oleh komitmen internasional yang

mengikat secara hukum. Negara tidak hanya diwajibkan menjaga perlakuan adil terhadap investor, tetapi juga harus memastikan bahwa tindakan regulatifnya tidak bertentangan dengan substansi traktat investasi. Dengan demikian, negara dapat dikatakan “berdaulat secara terbatas”, karena penggunaan kedaulatan tersebut tunduk pada kerangka kontraktual internasional.

Dalam titik inilah konsep *regulatory chill* memperoleh relevansinya. Meskipun lebih dari 90% BITs yang aktif hingga tahun 2023 tidak pernah menjadi objek gugatan, kenyataan bahwa jumlah perkara ISDS meningkat hampir dua kali lipat dalam satu dekade terakhir menunjukkan bahwa negara-negara telah mengalami tekanan hukum yang signifikan (Suda, 2006). Oleh karena itu, *regulatory chill* harus dipahami bukan sebagai akibat langsung dari gugatan yang terjadi, melainkan sebagai bentuk represi diam-diam terhadap fungsi regulatif negara. Kedaulatan formal tetap ada, namun keberanian politik untuk menggunakannya melemah secara sistemik karena ancaman litigasi transnasional.

Bentuk-Bentuk *Regulatory Chill*

Menurut Giroud (2024) terdapat tiga bentuk dari *Regulatory Chill*:

Precedential chill

Precedential chill adalah bentuk *regulatory chill* yang terjadi ketika pembuat kebijakan mengubah, menunda, atau membatalkan suatu regulasi sebagai akibat dari ketakutannya terhadap ISDS yang telah diselesaikan. Meskipun tindakan regulasi sebelumnya telah diambil, kekhawatiran akan munculnya gugatan serupa di masa depan menyebabkan negara menarik kembali atau melemahkan kebijakan tersebut. Fenomena ini tidak hanya berdampak pada negara yang secara langsung menjadi pihak dalam sengketa. Negara lain pun dapat terpengaruh oleh preseden negatif dari putusan arbitrase, terutama jika regulasi mereka memiliki substansi atau tujuan yang serupa. Dalam hal ini, pembuat kebijakan memantau putusan-putusan arbitrase internasional dan menimbang efek hukumnya sebelum memutuskan apakah suatu regulasi layak untuk diajukan atau tidak. Jika keputusan akhirnya adalah untuk tidak melanjutkan regulasi yang direncanakan karena khawatir akan munculnya gugatan serupa (baik terhadap negaranya maupun negara lain), maka hal tersebut mencerminkan *precedential chill* (Shekhar, 2016). Fenomena ini paling terlihat dalam studi-studi yang menganalisis teks perjanjian investasi dan putusan arbitrase untuk menilai potensi keduanya dalam menimbulkan *regulatory chill* (Schram & Friel, 2018).

Specific response chill

Specific response chill adalah bentuk dari *regulatory chill* yang terjadi ketika pembuat kebijakan menghentikan, menunda, atau menyesuaikan suatu regulasi tertentu setelah mereka menyadari adanya ancaman atau risiko ISDS, baik yang bersifat nyata, tersirat, maupun yang hanya dipersepsikan. Dalam konteks ini, negara tidak melanjutkan suatu kebijakan karena adanya ancaman bahwa investor akan menggugat melalui mekanisme ISDS jika regulasi tersebut dianggap merugikan kepentingan mereka.

Dua kasus di Kosta Rika menunjukkan contoh *specific response chill*, dimana pemerintah pada awalnya menolak izin lingkungan investor demi menjaga lingkungan, namun kemudian menyesuaikan kebijakan lingkungan tersebut setelah adanya ancaman gugatan investor di forum ISDS. Dalam kasus eksplorasi minyak dan tambang terbuka tersebut, pemerintah Costa Rica memilih membayar atau menyetujui izin lingkungan investor sebagai respons terhadap ancaman arbitrase internasional, meskipun kebijakan lingkungan yang ingin Costa Rica terapkan sebenarnya sah dan melindungi kepentingan publik (Shekhar, 2016).

Anticipatory chill

Anticipatory chill atau yang juga dikenal sebagai *internalization chill*, terjadi dalam situasi ketika para pembuat kebijakan telah menginternalisasi kekhawatiran terhadap sengketa antara investor dan negara (*investor-state dispute settlement* ("ISDS")) bahkan selama proses perumusan kebijakan (Schram & Friel, 2018). *Anticipatory chill* dianggap sangat berbahaya karena dampaknya tidak terbatas pada sektor tertentu atau pada jenis kebijakan tertentu. Sebaliknya, *anticipatory chill* berpotensi menghambat tindakan regulasi di seluruh sektor dan bidang kebijakan yang berdampak pada investor asing. *Anticipatory chill* tidak dipicu oleh satu peristiwa tunggal, seperti putusan arbitrase atau ancaman eksplisit untuk memulai proses arbitrase investasi, melainkan oleh berbagai faktor hukum, ekonomi, dan politik yang secara substansial dapat memengaruhi proses pengambilan keputusan oleh pembuat kebijakan yang bersangkutan (Hagemann, 2022).

Dampak *anticipatory chill* dapat dilihat pada Afrika Selatan, yang tercermin dari sikap kehati-hatian pemerintah dalam merumuskan kebijakan kesehatan publik. Kekhawatiran tersebut telah diinternalisasi melalui proses penilaian hukum sejak awal, di mana setiap regulasi diperiksa untuk memastikan kepatuhan terhadap perjanjian internasional. Hal ini membuat beberapa kebijakan berisiko ditunda, disesuaikan, atau bahkan dibatalkan demi menghindari potensi sengketa (Milsom et al., 2021). Kemudian contoh nyata dari *anticipatory chill* ini adalah respon pemerintah New Zealand terhadap kasus *Philip Morris v. Australia*, yaitu menunda kebijakan pelabelan polos untuk produk tembakau hingga hasil dari sengketa tersebut

diputuskan. Pernyataan dari Menteri Kesehatan New Zealand saat itu mengonfirmasi adanya kesadaran akan risiko gugatan dan pentingnya mengelola risiko hukum yang mungkin timbul (Shekhar, 2016). Namun bentuk *regulatory chill* ini merupakan jenis yang paling sulit untuk diidentifikasi dan diukur jika tidak ada pernyataan resmi dari pihak yang terdampak. Hal ini disebabkan oleh sulitnya untuk menentukan secara pasti regulasi publik apa yang sebenarnya akan dibuat oleh negara, dan untuk membuktikan bahwa kegagalan negara dalam merumuskan regulasi tersebut disebabkan oleh kekhawatiran terhadap mekanisme ISDS (Tietje, 2014)

Dampak Ancaman ISDS terhadap Negara

Indonesia hingga saat ini telah menghentikan BIT dengan 28 negara, yang diantaranya BIT antara Indonesia dengan Singapore, Swiss, Finland dan Denmark telah di negosiasi ulang dan telah berlaku. Alasan penghentian sekian banyak perjanjian investasi oleh Indonesia dipicu hal berikut: (1) Menyeimbangkan perlindungan investor dengan kedaulatan negara; (2) Banyak ketentuan yang sudah usang karena terlalu luas melindungi investor dan membatasi ruang kebijakan nasional; (3) Kekhawatiran terhadap ISDS yang meningkatkan risiko gugatan investor di arbitrase internasional; (4) Ketentuan di IIA berpotensi menggantikan legislasi nasional

Dapat disimpulkan dari uraian di atas bahwa berbagai perjanjian investasi yang dibuat oleh Indonesia, baik dengan negara lain maupun dengan perusahaan asing, cenderung memberikan perlindungan yang berlebihan kepada investor. Hal ini pada akhirnya merugikan kepentingan negara karena membatasi ruang gerak serta kemampuan pemerintah dalam mengatur urusan domestiknya secara independen. Selain itu kekhawatiran akan ISDS kian nyata dengan adanya kekalahan Indonesia dalam forum arbitrase yang menyebabkan Indonesia harus membayar jumlah uang dengan jumlah yang besar kepada Investor. Tidak hanya sekali, dalam jangka waktu 20 tahun kebelakang Indonesia telah berkali-kali kalah dalam arbitrase investasi, yang menyebabkan Indonesia harus membayar sejumlah uang yang fantastis. Dalam kasus *Cemex v. Indonesia* di tahun 2004 Indonesia mengalami kekalahan yang mengakibatkan Indonesia harus membayar kompensasi sebesar USD 337 juta yang pada tahun 2004 setara dengan kurang lebih Rp 3 triliun, atau apabila disesuaikan dengan inflasi hingga tahun 2025 mencapai sekitar Rp 6 triliun (Sipayung, 2019). Dalam kasus *Himpurna dan Patuha v. Indonesia*, pemerintah Indonesia diwajibkan membayar kompensasi sebesar total USD 572 juta, yang pada tahun 1999 setara dengan kurang lebih Rp 4.49 triliun, atau apabila disesuaikan dengan inflasi hingga tahun 2025 mencapai sekitar Rp 8.87 triliun (Sipayung, 2019).

Salah satu ilustrasi yang menunjukkan dampak ancaman ISDS terhadap negara dapat dilihat dari kebijakan Indonesia di sektor pertambangan. Setelah reformasi 1999, pemerintah Indonesia memberlakukan larangan pertambangan terbuka (*open-pit mining*) di kawasan hutan lindung, perusahaan asing mengancam akan membawa sengketa tersebut ke arbitrase internasional dengan alasan bahwa larangan itu merupakan bentuk *indirect expropriation* yang melanggar standar *Fair and Equitable Treatment* (FET) (Suda, 2006). Indonesia pada tahun 1999 berada di tengah krisis politik dan ekonomi pascareformasi dengan ketergantungan pada industri ekstraktif, sehingga ancaman *investor flight* menjadi sangat nyata. Alih-alih menghadapi arbitrase, pada 2002 pemerintah Indonesia memberikan pengecualian terhadap UU Kehutanan 1994/41 dengan mengizinkan 22 perusahaan tetap menjalankan rencana tambang terbuka di hutan lindung, meski kemudian jumlahnya dipersempit menjadi 13 perusahaan (Brown, 2013). Perusahaan-perusahaan ini diatur bukan oleh hukum kehutanan biasa, melainkan melalui keputusan khusus Menteri Kehutanan, yang penerbitannya bahkan disertai dugaan praktik suap (Wulandari, 2004). Biaya tinggi untuk masuk arbitrase, risiko kalah dan membayar kompensasi, serta kekhawatiran mengusir investor lain menjadikan arbitrase sebagai opsi yang tidak menarik bagi negara. Kasus ini menunjukkan bagaimana ancaman ISDS dapat menimbulkan *regulatory chill*, yaitu dengan menekan negara untuk mengorbankan perlindungan lingkungan ketakutan akan ISDS.

Hambatan yang ditimbulkan *Regulatory Chill* dalam Perumusan Regulasi Publik

Dalam praktiknya, merumuskan regulasi publik tidak hanya berhadapan dengan kebutuhan dan kepentingan masyarakat di dalam negeri, tetapi juga harus memperhitungkan komitmen hukum internasional yang telah disepakati negara. Perjanjian investasi memang dirancang untuk memberikan perlindungan kepada investor asing, namun aturan yang terkandung di dalamnya sering kali menimbulkan konsekuensi yang tidak ringan bagi negara. Upaya untuk menetapkan regulasi baru yang sebenarnya bertujuan melindungi kepentingan publik dapat terbentuk pada berbagai kendala. Secara umum, terdapat beberapa bentuk hambatan yang paling sering dihadapi negara, yaitu:

Hambatan Ekonomi pada Biaya Arbitrase dan Kompensasi

Salah satu hambatan utama dalam pembentukan regulasi publik di bawah rezim perjanjian investasi adalah potensi beban ekonomi akibat kewajiban kompensasi. Kasus *Occidental Petroleum v. Ecuador* (ICSID, 2012) menjadi contoh nyata. Dalam perkara ini, pemerintah Ekuador membatalkan kontrak konsesi dengan Occidental Petroleum karena dianggap melanggar ketentuan perjanjian, namun tribunal arbitrase memutuskan bahwa Ekuador harus membayar kompensasi sebesar USD 1,77 miliar ditambah bunga, yang tercatat sebagai salah

satu kompensasi terbesar dalam sejarah arbitrase investasi. Putusan ini tidak hanya menimbulkan tekanan fiskal yang signifikan bagi negara yang bersangkutan, tetapi juga menciptakan efek jera (*deterrent effect*) bagi negara lain, terutama bagi negara berkembang yang kapasitas fiskalnya terbatas (Cotula, 2014).

Keterikatan Jangka Panjang yang Menghambat Hukum

Sebagian besar perjanjian investasi dirancang dengan masa berlaku yang panjang, biasanya 10 hingga 20 tahun, dan sering kali disertai dengan *sunset clause* yang memperpanjang kewajiban negara bahkan setelah perjanjian tersebut diakhiri. Misalnya, BIT antara Belanda dan Ekuador tahun 1999 memiliki masa berlaku 15 tahun, dan apabila dihentikan, *sunset clause* menetapkan bahwa perlindungan terhadap investasi yang sudah ada akan tetap berlaku setelah penghentian.

Relevansinya tampak ketika Ekuador mengumumkan pengakhiran BIT dengan Belanda pada tahun 2008, namun kewajiban perlindungan investasi tetap berlangsung hingga 2023. Kasus ini menunjukkan bahwa meskipun suatu negara secara formal mengakhiri perjanjian investasi, ruang regulasi (*regulatory space*) tetap terikat oleh kewajiban hukum internasional untuk jangka waktu yang lama, sehingga membatasi fleksibilitas negara dalam merumuskan kebijakan publik yang baru.

Kapasitas Institusional

Selain hambatan ekonomi dan keterikatan hukum jangka panjang, perjanjian investasi juga menghadirkan tantangan serius terkait kapasitas institusional negara. Banyak perjanjian menetapkan standar perlakuan tinggi, seperti *fair and equitable treatment* (“FET”), yang menuntut pemerintah untuk bertindak secara konsisten, transparan, dan tanpa ambiguitas dalam hubungannya dengan investor asing. Standar ini sulit dipenuhi oleh banyak negara berkembang yang menghadapi keterbatasan birokrasi, lemahnya koordinasi antar lembaga, serta kurangnya sumber daya administrasi.

Dalam beberapa kasus, kegagalan administratif yang tampak sederhana dapat dinilai sebagai pelanggaran terhadap FET. Contoh nyata dapat dilihat pada perkara *MTD Equity Sdn. Bhd. v. Republic of Chile* (ICSID, 2004), tribunal arbitrase memutuskan bahwa kurangnya koordinasi antar kementerian pemerintah Chile, di mana satu kementerian memberikan izin proyek perumahan sementara kementerian lain menolaknya karena bertentangan dengan rencana tata ruang, merupakan pelanggaran terhadap standar FET. Kasus ini menunjukkan bahwa bahkan kelemahan administratif internal yang seharusnya menjadi masalah tata kelola domestik dapat dijadikan dasar bagi investor untuk menggugat negara di forum arbitrase.

Dengan demikian kesenjangan antara standar internasional yang ditetapkan dalam perjanjian investasi dan kapasitas nyata yang dimiliki negara, khususnya negara berkembang, memperbesar kemungkinan terjadinya sengketa. Kondisi ini pada akhirnya mempersempit ruang regulasi negara karena pemerintah cenderung menahan diri dalam menetapkan kebijakan publik baru yang berpotensi menimbulkan gugatan, sehingga memperkuat fenomena *regulatory chill*.

Contoh Kasus ISDS yang Memicu *Regulatory Chill*

Kasus *Philip Morris Asia Limited v. The Commonwealth of Australia* merupakan contoh nyata bagaimana mekanisme ISDS dapat digunakan oleh perusahaan multinasional untuk menantang kebijakan publik yang sah, serta bagaimana hal ini memicu fenomena *regulatory chill*. Sengketa bermula ketika pemerintah Australia menerbitkan kebijakan *Tobacco Plain Packaging Act 2011*, yang mewajibkan semua produk tembakau dijual dalam kemasan polos tanpa logo atau desain merek. Aturan ini bertujuan melindungi kesehatan publik dengan mengurangi daya tarik produk rokok.

Menyikapi kebijakan tersebut, Philip Morris Asia Limited (PM Asia), entitas yang berbasis di Hong Kong, menggugat Australia melalui mekanisme ISDS berdasarkan BIT antara Australia dan Hong Kong. Akan tetapi, PM Asia diketahui baru mengakuisisi kepemilikan atas anak perusahaan Philip Morris di Australia setelah pemerintah Australia mengumumkan rencana pemberlakuan kebijakan kemasan polos. Oleh karena itu, Australia mengajukan keberatan atas yurisdiksi tribunal dengan alasan bahwa restrukturisasi kepemilikan tersebut merupakan bentuk penyalahgunaan hak (*abuse of rights*) yang bertujuan untuk memperoleh perlindungan hukum melalui BIT terhadap suatu sengketa yang telah diperkirakan sebelumnya.

Setelah melalui proses panjang, tribunal arbitrase memutuskan bahwa gugatan PM Asia tidak dapat diterima (*inadmissible*) karena dianggap sebagai bentuk penyalahgunaan mekanisme perjanjian internasional. Dengan demikian, Australia dinyatakan menang dalam perkara ini. Meskipun Australia pada akhirnya menang, gugatan yang diajukan oleh PM Asia menimbulkan dampak psikologi dan politis yang nyata, tidak hanya bagi Australia, tetapi juga bagi negara lain. Sebagai contoh, Selandia Baru sempat menunda penerapan kebijakan kemasan polos karena menunggu hasil akhir dari perkara ini (Hagemann, 2022). Di berbagai negara berkembang, kondisi ini berpotensi lebih mengkhawatirkan, mengingat keterbatasan sumber daya hukum dan finansial dalam menghadapi gugatan investasi dari korporasi multinasional (Suda, 2006). Kasus ini menegaskan bahwa pentingnya reformasi terhadap mekanisme ISDS guna menjamin keseimbangan antara perlindungan terhadap investasi asing

dan hak kedaulatan negara untuk menetapkan kebijakan yang bertujuan melindungi masyarakat luas.

4. KESIMPULAN

Berdasarkan hasil dan pembahasan diperoleh bahwa fenomena *regulatory chill* menunjukkan keterbatasan negara dalam merumuskan kebijakan publik akibat ancaman gugatan melalui ISDS dan risiko *capital flight*. Walaupun kedaulatan negara untuk mengatur diakui, potensi ganti rugi bernilai besar, biaya arbitrase yang tinggi, serta ketidakpastian putusan membuat negara sering menunda, melemahkan, atau bahkan membatalkan regulasi, sebagaimana terlihat pada kasus pertambangan di Indonesia, di mana pemerintah akhirnya melonggarkan larangan demi menghindari gugatan. Dalam praktiknya, *regulatory chill* hadir dalam bentuk *precedential chill*, *anticipatory chill*, dan *specific response chill*, serta menimbulkan hambatan struktural berupa beban biaya arbitrase dan kompensasi, keterikatan jangka panjang melalui perjanjian investasi, dan keterbatasan institusional negara. Hal ini tampak jelas dalam sengketa Philip Morris v. Australia, yang memperlihatkan bagaimana ancaman sengketa dapat menghalangi negara lain mengambil langkah serupa. Faktor-faktor tersebut secara kolektif mempersempit ruang regulasi dan mengurangi perlindungan publik, sehingga *regulatory chill* perlu dipahami sebagai tantangan serius bagi negara untuk menyeimbangkan kepentingan umum dengan komitmen internasional, serta mendorong reformasi terhadap mekanisme ISDS.

DAFTAR REFERENSI

- Agreement on the Encouragement and Reciprocal Protection of Investments between the Republic of Ecuador and the Kingdom of the Netherlands. (n.d.). WTI. <https://edit.wti.org/document/show/bc29715c-f6ed-467e-b5e0-beb3830317ae>
- Arjjumend, H. (2017). Regulatory chill, corporate takeover and environmental governance. *International Journal of Current Advanced Research*, 6(2).
- Brown, J. G. (2013). International investment agreements: Regulatory chill in the face of litigious heat? *Western Journal of Legal Studies*, 3(1).
- Cotula, L. (2014). Do investment treaties unduly constrain regulatory space? *Questions of International Law*, 1(2).
- Giroud, A. (2024). World investment report 2023: Investing in sustainable energy for all. *Journal of International Business Policy*, 7(1), 128–131. <https://doi.org/10.1057/s42214-023-00178-9>

- Hagemann, T. (2022). The North-South divide of regulatory chill: A comparative analysis of the impact of investor-state dispute settlement on policy makers in developed and developing countries. *New York International Law Review*, 35(1).
- Jarrett, M. (2023). ISDS 2.0: Time for a doctrine of precedent? *Journal of International Economic Law*, 27(1). <https://doi.org/10.1093/jiel/jgad033>
- Kaufman, I. (1980). The essence of judicial independence. *Columbia Law Review*, 1(2), 671–686. <https://doi.org/10.2307/1122136>
- Latek, M., & Puccio, L. (2015). Investor-state dispute settlement (ISDS) – State of play and prospects for reform. *European Parliamentary Research Service Briefing*, 5(1).
- Lydgate, E. B. (2012). Biofuels, sustainability, and trade-related regulatory chill. *Journal of International Economic Law*, 15(1). <https://doi.org/10.1093/jiel/jgs007>
- Marzuki, P. M. (2014). *Penelitian hukum*. Kencana Prenada Media Group.
- Milsom, P., Smith, R., Modisenyane, S. M., & Walls, H. (2021). Do international trade and investment agreements generate regulatory chill in public health policymaking? A case study of nutrition and alcohol policy in South Africa. *Globalization and Health*, 17(4). <https://doi.org/10.1186/s12992-021-00757-6>
- Neumayer, E. (2001). *Greening trade and investment: Environmental protection without protectionism*. Earthscan.
- Occidental Exploration and Production Company v. Republic of Ecuador I, Award (1 July 2004). Jus Mundi. <https://jusmundi.com/en/document/decision/en-occidental-exploration-and-production-company-v-republic-of-ecuador-i-award-thursday-1st-july-2004>
- Piagam Perserikatan Bangsa-Bangsa. (1945).
- Sanchez, G. J. G. (2024). Defrosting regulatory chill. *Penn Carey Law Journals*, 2(3). <https://doi.org/10.58112/jil.45-3.2>
- Schram, A., & Friel, S. (2018). Internalisation of international investment agreements in public policymaking: Developing a conceptual framework of regulatory chill. *Global Policy*, 9(1). <https://doi.org/10.1111/1758-5899.12545>
- Shanks, R. B. (1986). Insuring investment and loans against currency inconvertibility, expropriation, and political violence. *Hastings International and Comparative Law Review*, 9(1).
- Shekhar, S. (2016). Regulatory chill: Taking right to regulate for a spin. *Indian Institute of Foreign Trade*.
- Shukla, U. (2025). Balancing investor-state dispute settlement (ISDS) mechanisms and human rights: Ethical dilemmas and pathways to harmonization. *Indian Journal of Law and Legal Research*, 6(6), 3222–3249.

- Sipayung, I. S. (2019). 10 sengketa investasi Indonesia di arbitrase ISDS: Kilas balik. *Kumparan.com*.
- Suda, R. (2006). The effect of bilateral investment treaties on human rights enforcement and realization. In O. De Schutter (Ed.), *Transnational corporations and human rights*. Hart Publishing.
- Tienhaara, K. (2009). *The expropriation of environmental governance: Protecting foreign investors at the expense of public policy*. Cambridge University Press.
- Tietje, C. (2014). The impact of investor-state-dispute settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership. Study prepared for Minister for Foreign Trade and Development Cooperation, Ministry of Foreign Affairs, The Netherlands.
- United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). (n.d.). International investment agreements. <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements>
- World Bank Group. (2017). *SPIRA toolkit guide*. [https://documents1.worldbank.org/curated/en/666341500008847215/pdf/117475-PUBLIC-WP-13-7-2017-12-8-30-SPIRAToolKitGuide.pdf](https://documents1.worldbank.org/curated/en/666341500008847215/pdf/117475PUBLIC-WP-13-7-2017-12-8-30-SPIRAToolKitGuide.pdf)
- Wulandari, F. (2004). Lawmakers smell fishy deal behind mining regulation. *The Jakarta Post*.
- Zhang, X., Rahman, R. A., & Khan, H. A. (2023). How to break the arbitrator's trust dilemma? *International Journal of Academic Research in Business & Social Sciences*, 13(5). <https://doi.org/10.6007/IJARBSS/v13-i5/16998>