



**LEGAL STANDING STATE OWNED ENTERPRISES DALAM  
INTERNATIONAL CENTRE FOR SETTLEMENT OF INVESTMENT  
DISPUTES (ICSID): IMPLEMENTASI BROCHES TEST DALAM BEIJING  
URBAN CONSTRUCTION GROUP, CO., LTD. V. REPUBLIC OF YEMEN  
(ICSID CASE NO. ARB/14/30)**

**Christofer Lucky**

(Mahasiswa Program S1 Fakultas Hukum Universitas Tarumanagara)  
(E-mail: [christoferlucky@gmail.com](mailto:christoferlucky@gmail.com))

**Dr. Cut Memi, S.H., M.H.**

(Dosen Fakultas Hukum Universitas Tarumanagara Meraih Sarjana Hukum pada Fakultas Hukum  
Universitas Tarumanagara, Magister Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Tarumanagara, Doktor  
(Dr.) pada Fakultas Hukum Universitas Tarumanagara)  
(E-mail: [cutmemi@fh.untar.ac.id](mailto:cutmemi@fh.untar.ac.id))

**Abstract**

*The development of the world of arbitration as one of the ways to resolve non-litigation disputes today is quick as thought. The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) is an international arbitration centre focus solely on the settlement of investment disputes between State and National of Another Contracting State. However, the rapid development of economic growth in foreign direct investment brought new legal jurisdiction to ICSID regarding Chinese State Owned Enterprises. For this purpose, a formula by Aron Broches was set as a test for any State Owned Enterprises that wishes to bring their case before ICSID Arbitration. The so called Broches Test is now in questioned, as to the peculiar case in BUCG v. Yemen, where the test itself is collided with the fact that more than 300 Chinese State Owned Enterprises is investing with commercial nature but bringing the China policy on Belt and Road Initiative.*

**Keywords:** ICSID Jurisdiction, State Owned Enterprises, Broches Test, Belt and Road Initiative

**I. PENDAHULUAN**

**A. Latar Belakang**

Dewasa ini Penanaman Modal Asing Langsung atau dikenal dengan *Foreign Direct Investment* (FDI) telah diakui oleh berbagai negara sebagai *engine of growth* oleh karena perannya yang sedemikian penting dalam



memacu pertumbuhan ekonomi suatu negara.<sup>1)</sup> Sehingga bukan saja pergerakan barang dan jasa yang menjadi kegiatan utama perekonomian, akan tetapi pergerakan aliran modal antar negara dan investasi menjadi elemen penting dalam hubungan perekonomian transnasional, maka dari itu ekonomi nasional suatu negara dewasa ini tidaklah mungkin mengisolasi dirinya sendiri dari pergerakan arus investasi dari masyarakat global.

Berdasarkan data yang dikeluarkan oleh *The Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD)<sup>2)</sup> tahun 2019, kendati terjadi penurunan tingkat FDI global dari tahun 2017 ke 2018 sebesar 27% (sebesar USD 1.079.000.000.000) namun sejak pertengahan 2018 tren FDI meningkat kembali khususnya pada negara-negara non-OECD. Dari tren FDI dari negara-negara di dunia tersebut baik FDI *in-flow* maupun *out-flow*, termasuk entitas pribadi (orang perorangan maupun badan usaha) yang melakukan FDI dengan negara dalam perkembangan pembangunan infrastruktur dan fasilitas umum suatu negara kontrak. Dalam hal tersebut, tidak hanya dilakukan oleh badan usaha swasta yang dapat melakukan FDI tetapi juga oleh badan usaha milik negara atau *State Owned Enterprises* (SOE) pun dapat terlibat dalam kontrak FDI di negara lain sebagai investor. Kondisi perkembangan kegiatan perekonomian tersebut memprakarsai dibentuknya institusi otonom oleh bantuan World Bank, yaitu *International Center for Settlement of Investment Disputes* (ICSID). ICSID dibentuk pada 14 Oktober 1966 dan fungsi utamanya adalah sebagai lembaga arbitrase penyelesaian objek sengketa investasi langsung antara negara peserta dengan investor asing.<sup>3)</sup>

---

<sup>1)</sup> Marthen Arie, *Prinsip-prinsip Hukum dalam Penanaman Modal*, (Makassar: Arus Timur, 2013), hal. 3.

<sup>2)</sup> The Organisation for Economic Co-operation and Development, *FDI In Figures*, (Paris: OECD Development Centre, 2019), hal. 2.

<sup>3)</sup> Csaba Kovács, *Attribution in International Investment Law*. (Aalphen aan den Rijn: Kluwers Law International, 2018), hal. 270.

Sebagai contoh dan sekaligus merupakan fokus utama dalam penelitian ini adalah perkara yang dialami oleh *Beijing Urban Construction Group, Co, Ltd. v. Republic of Yemen*<sup>4)</sup> pada tahun 2017. Pada perkara tersebut *Beijing Urban Construction Group, Co., Ltd.* (BUCG) yang merupakan SOE Republik Rakyat Cina (RRC) ditentang kedudukannya di ICSID oleh pihak Republik Yemen karena merupakan SOE milik Cina. Yemen sebagai *respondent* pada perkara tersebut, mendalilkan bahwa BUCG adalah SOE yang secara struktur kepemilikan dimiliki oleh pemerintah RRC dan bertindak dalam kontrak investasi pembangunan bandara Sana'a dalam posisinya mewakili pemerintah RRC dengan pihak penerbangan Yemen seharusnya dianggap sebagai organ negara. Sehingga dengan demikian tidak memiliki kedudukan yang sah di hadapan tribunal ICSID sesuai dengan Konvensi Washington 1965 (Konvensi ICSID). Perkara tersebut di atas sebenarnya tidaklah jauh berbeda dengan dengan kondisi yang dialami tribunal dalam perkara *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic*<sup>5)</sup> dimana pihak *Respondent* mengajukan keberatan terhadap status *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S.* (CSOB) sebagai entitas yang memiliki elemen pemerintahan sehingga tidak memiliki hak untuk mengajukan substansi perkara pada ICSID. Keduanya dihadapkan pada permasalahan yurisdiksi *personae materie* atau subjek ICSID.<sup>6)</sup> Permasalahan yurisdiksi subjek SOE pada ICSID tetap dipermasalahkan

---

<sup>4)</sup> International Center for Settlement of Investment Disputes (ICSID), *Beijing Urban Construction Group, Co, Ltd. v. Republic of Yemen* (BUCG v. Yemen), ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, 31 Mei 2017.

<sup>5)</sup> ICSID, *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic* (ICSID CASE No. ARB/97/4), Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction, 24 Mei 1999; *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic* (ICSID CASE No. ARB/97/4), Decision of the Tribunal on Respondent's Further and Partial Objection to Jurisdiction, 1 Desember 2000; *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic* (ICSID CASE No. ARB/97/4), Award, 29 Desember 2004.

<sup>6)</sup> Csaba, *Op.Cit.*, hal. 275.



kendati telah tertuang secara tekstual dalam Perjanjian investasi antara para pihak yang berkaitan.

Pada dasarnya kedua perkara tersebut di atas mengalami permasalahan mendasar yang sama, yaitu pertentangan kualifikasi pihak dalam yurisdiksi ICSID. ICSID tidak menangani persoalan sengketa investasi antara negara dengan negara (*state to state*), namun dalam kedua perkara di atas salah satu pihaknya justru merupakan badan hukum yang sebagian besar sahamnya dimiliki oleh pemerintah negara yang bersangkutan. Keunikan yang terjadi adalah majelis tribunal dalam BUCG v. Yemen sama sekali tidak mempermasalahkan terkait struktur (*framework*) dari BUCG sebagai SOE namun semata-mata menilik pada hubungan komersil investasi dalam perkara *in casu*. Keseuaian antara tujuan atau ruh dibalik Pasal 25 Konvensi ICSID ini sejatinya mengamanatkan jaminan bahwa tidak boleh ada suatu hubungan (*nexus/link*) antara si investor dengan negara asalnya ketika membawa sengketa ke yurisdiksi ICSID itu sendiri.

Kedua perkara di atas menjadi bukti bahwa klausula penyelesaian sengketa yang diajukan di bawah administrasi dan kerangka ICSID tidak memberikan jaminan mengenai perlindungan kepentingan investor yang berbentuk SOE sebagai pihak yang dapat berperkara dalam yurisdiksi ICSID. Hal ini merupakan sebuah ironi apabila merujuk pada sisi historis dan tujuan dibentuknya ICSID. Secara eksplisit *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* (Konvensi ICSID) mengamanatkan ICSID untuk menyelesaikan sengketa investasi<sup>7)</sup> antara negara peserta dengan investor asing. Hal tersebut diharapkan dapat

---

<sup>7)</sup> *Ibid.*, Pasal 1 ayat (2)



memberikan kepastian hukum<sup>8)</sup> bagi negara peserta dan investor asing, demi meningkatkan laju investasi asing bagi negara-negara yang membutuhkannya.

Dengan adanya kedua perkara terkait yurisdiksi ICSID terhadap investor asing yang berbentuk SOE ini menunjukkan permasalahan pada keabsahan dan kepastian hukum bagi yurisdiksi tribunal ICSID untuk memutus perkara dengan subjek SOE dalam kaitannya dengan Pasal 25 ayat (1) Konvensi ICSID. Pasal tersebut memberi limitasi bahwa pihak yang berperkara ialah *Contracting State* dan *Nationals of another Contracting State*. Berkaitan dengan hal tersebut, pertanyaan yang sering muncul adalah terkait kedudukan SOE sebagai bagian negara (*Contracting State*) ataukah dapat dikategorikan sebagai *Nationals of another Contracting State*.<sup>9)</sup> Hal ini disebabkan ICSID tidak mengakomodir perkara dengan subjek antara negara melawan negara.<sup>10)</sup> Jelas bahwa semangat pembentukan Arbitrase ICSID adalah untuk menjembatani adanya sengketa antara negara dengan investor asing yang bersifat privat.<sup>11)</sup> Konsekuensi logisnya adalah bahwa ICSID memisahkan objek sengketa dengan subjek negara dengan negara lain (*state to state*).

Untuk menjawab pertanyaan tersebut, Sekretaris Jendral pertama ICSID yaitu Aron Broches memformulasikan *The Broches Test* pada tahun 1972 untuk memberikan suatu prinsip demi menentukan kapan SOE dapat dikategorikan sebagai "*Nationals of another Contracting State*".<sup>12)</sup> Kendati demikian, permasalahan yang muncul adalah mengenai keabsahan dari *Broches*

---

<sup>8)</sup> L. Mistelis dan J.D.M. Lew, *Regulation and Infrastructure of International Commercial Arbitration, Section D: Investment Arbitration and Specialist Arbitration*, (London: University of London Press, 2005), hal. 4.

<sup>9)</sup> James Otis Rodner dan Jaime Martinez Estevez, "BITs in Pieces: The Effectiveness of ICSID Jurisdiction", *Journal of International Arbitration*, Kluwer International Law. Hal. 12.

<sup>10)</sup> ICSID, *BUG v. Yemen*, ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, 31 Mei 2017. hal. 7

<sup>11)</sup> World Bank Group, *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, 1965, Preamble.

<sup>12)</sup> Christoph Schreuer, et al., *The ICSID Convention: A Commentary*, (Massachusetts: Cambridge University Press, 2009), hal. 161.



*Test* ini sebagai dasar hukum (*legal basis*) yang dapat diaplikasikan pada setiap perkara yang melibatkan SOE dalam ICSID.<sup>13)</sup> Terlepas dari hal tersebut, *Broches Test* pada intinya mensyaratkan dua hal terkait status SOE sebagai pihak *Nationals of Another Contracting State* dalam ICSID yaitu (1) apakah SOE tersebut bertindak sebagai Agen dari pemerintah negara asalnya? dan (2) apakah SOE tersebut melaksanakan fungsi pokok pemerintahan negaranya dalam menjalankan kewajiban kontraknya? Namun dari kedua syarat tersebut, tidak diberikan limitasi dan standar yang digunakan dalam menentukan terpenuhinya kedua syarat tersebut. Sebut saja pada perkara BUCG v. Yemen yang memiliki standar yang berbeda dalam menentukan status SOE sebagai “Agen”<sup>14</sup> dibandingkan dengan kasus Mafezini v. Spain.<sup>15</sup>

Suatu isu yang menarik dalam hal ini adalah sejauh mana syarat “bertindak sebagai agen” dan “menjalankan fungsi pemerintahan” sebenarnya dapat diimplementasikan dalam suatu perkara. Perbedaan standar terhadap kedua syarat ini nantinya yang akan menentukan pengejawantahan ICSID sebagai institusi yang independent dan memiliki keunikan serta pembedaan yang nyata (*distinguished*) dari lembaga arbitrase internasional lainnya dengan tujuannya sendiri. Maka dari itu legitimasi Broches Test dalam setiap tribunal ICSID yang memiliki pihak SOE sangat berperan penting agar tidak terjadi pencampuran antara subjek perkara ICSID yang sesungguhnya yakni negara dengan investor asing dan subjek yang tidak dikehendaki dalam subjek ICSID yakni negara dengan negara.

---

<sup>13)</sup> BUCG v. Yemen, ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, 31 Mei 2017, hal. 9.

<sup>14)</sup> *Ibid.*, hal. 10.

<sup>15)</sup> ICSID, *Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Objections to Jurisdiction, 25 Januari 2000, hal. 25.; ICSID, *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobile Telekomikassyon Hizmetlery A.S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case no. ARB/05/16, Award, 29 Juli 2008, hal. 212.



*The Broches Test* yang dikemukakan oleh Aron Broches tersebut termaktub dalam *Commentaries ICSID* dalam buku. Pada intinya ia menyatakan bahwa suatu SOE dapat berperkara di ICSID dengan syarat tertentu. Syarat yang dimaksud adalah bahwa SOE tersebut tidak bertindak sebagai agen negara dan tidak menjalankan fungsi pemerintahan. Lebih lanjut, bahwa perlu ditekankan *Broches Test* tersebut telah diimplementasikan dalam banyak putusan arbitrase ICSID. Seperti pada BUCG v. Yemen, CSOB v. The Slovak Republic, Rumeli Telekom v. Kazakhstan<sup>16)</sup>, dan lainnya. Artinya tidak dapat diragukan lagi bahwa memang untuk menentukan kapan suatu SOE dapat dimasukkan dalam kategori pasal 25 Konvensi ICSID, majelis tribunal boleh menyerahkan permasalahan tersebut pada *Broches Test*. Tetapi sejauh mana kedua syarat, yakni frasa bertindak sebagai “agen” pemerintah dan menjalankan “fungsi pemerintahan” itu didefinisikan dan standard apa yang digunakan oleh majelis tribunal dalam memberikan putusan terkait yurisdiksi ICSID terhadap SOE tersebut tetap tidak ditentukan dan disamakan.

Dari penjelasan di atas dapat disimpulkan bahwa inti permasalahannya adalah ketidakpastian kerangka sistem pengakuan SOE secara *expresive verbis* dalam ICSID sebagai pihak yang dapat berperkara dalam konteks Pasal 25 Konvensi ICSID. Bahwa benar interpretasi terhadap Pasal 25 Konvensi ICSID tersebut berakar dari Pasal 31 sampai 32 *Vienna Convention on Law of Treaties* mengenai *General Rule of Interpretation* dan *Supplementary Means of Interpretation*.<sup>17)</sup> Dalam hal ini yang dibutuhkan adalah kepastian mengenai interpretasi terhadap Pasal 25 Konvensi ICSID melalui *Broches Test*. Sehingga dalam hal ini penulis tertarik untuk menganalisa, mengetahui dan membahas

---

<sup>16)</sup> ICSID, *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobil Telekomikasyon Hizmetleri A.S. v. Republic of Kazakhstan*, ICSID Case No. ARB/05/16, Award, 29 July 2008, hal. 212.

<sup>17)</sup> Jane Y. Willems, “The Settlement of Investor State Disputes and China New Developments on ICSID Jurisdiction”, *South Carolina Journal of International Law and Business*, (South Carolina: University of South Carolina). hal. 10.





secara jelas mengenai status keabsahan SOE dalam ICSID dan pengaplikasian *Broches Test* terhadap investor SOE di hadapan tribunal ICSID dalam konteks yurisdiksi *ratione personae* serta bagaimana posisi investor dalam menghadapi kompleksitas kondisi ini.

Bertitik tolak dari latar belakang yang telah dikemukakan di atas, penulis tertarik untuk meneliti lebih lanjut terkait kedudukan hukum SOE dalam arbitrase ICSID dalam perkara BUCG v. Yemen. Masalah kepastian terhadap kedudukan hukum SOE ini sejatinya rawan menimbulkan kontroversi dan dapat bertentangan dengan tujuan pembentukan ICSID untuk mengakomodir kepentingan investor asing. Maka dari itu akan dilakukan suatu penelitian lebih lanjut yang dituangkan dalam bentuk jurnal ilmiah dengan judul: “*Legal Standing State Owned Enterprises Dalam International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID): Implementasi Broches Test Dalam Beijing Urban Construction Group, Co., Ltd. V. Republic of Yemen (ICSID Case No. ARB/14/30)*”

## **B. Perumusan Masalah**

Adapun rumusan masalah dalam jurnal ini adalah:

1. Bagaimana *legal standing State Owned Enterprises* dalam forum arbitrase ICSID?
2. Bagaimana implementasi *The Brochest Test* dalam menentukan legalitas *State Owned Enterprises* berdasarkan Konvensi Washington 1965 dalam putusan ICSID Beijing Urban Construction Group, Co. Ltd. v. Republic of Yemen (ICSID Case No. ARB/14/30)?

## **C. Metode Penelitian**

Penelitian hukum adalah suatu proses untuk menemukan aturan hukum, prinsip-prinsip hukum, maupun doktrin-doktrin hukum guna menjawab isu





hukum yang dihadapi.<sup>18)</sup> Untuk membahas permasalahan dalam penulisan ini, maka penulis akan menggunakan metode sebagai berikut:

## 1. Jenis Penelitian

Jenis penelitian yang akan digunakan dalam penelitian ini yaitu penelitian hukum untuk keperluan akademis yang digunakan untuk menyusun karya akademis.<sup>19)</sup> Jenis penelitian yang digunakan adalah penelitian yuridis normatif, yang bersifat deskriptif analisis, yang bertujuan memberikan data seteliti mungkin berdasarkan hukum positif yang berlaku.<sup>20)</sup>

## 2. Jenis dan Sumber Data

Metode yang digunakan dalam penelitian ini adalah penelitian hukum normatif. Penelitian hukum normatif adalah penelitian hukum yang dilakukan dengan cara meneliti bahan-bahan pustaka.<sup>21)</sup>

Pada tahapan ini peneliti melakukan kegiatan pengumpulan data sekunder yang didapat dari bahan-bahan pustaka yang lazim, berupa:

- a. Bahan hukum primer, yaitu bahan-bahan yang merupakan produk hukum, baik produk hukum nasional maupun internasional, antara lain:
  - 1) *Convention on the Settlement on Investment Disputes between States and Nationals of Other States* (ICSID Convention);
  - 2) *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards* (New York Convention 1958);
  - 3) *Vienna Convention on the Law of Treaties* (Vienna Convention 1969);

---

<sup>18)</sup> Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Cetakan ke-1, (Jakarta: Kencana Media Group, 2006), hal. 35.

<sup>19)</sup> Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Cetakan ke-9, Edisi Revisi, (Jakarta: Kencana, 2016), hlm. 225.

<sup>20)</sup> Bambang Sunggono, *Metode Penelitian Hukum*, (Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2008), hal. 86.

<sup>21)</sup> Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*, (Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2006), hal. 13.



- 4) *Statute of International Court of Justice*;
  - 5) *International Law Commission Draft Article on State Responsibility for Wrongful Act* (ILC Draft/ARSIWA).
- b. Bahan hukum sekunder, yaitu bahan-bahan seperti buku, artikel, jurnal, majalah yang berkaitan dan berisi informasi tentang kedudukan SOE sebagai pihak berperkara dalam ICSID serta penerapan *Broches Test* dalam putusan ICSID No. ARB/14/30. Bahan-bahan ini digunakan peneliti guna menunjang dan membantu peneliti dalam mengulas permasalahan dalam bahan hukum primer.
  - c. Bahan hukum tersier, yaitu bahan yang akan memberikan petunjuk dan penjelasan mengenai bahan hukum primer dan sekunder, yaitu kamus bahasa Inggris *Oxford Advanced Learner's Dictionary* dan *Black's Law Dictionary*.

### 3. Pendekatan Penelitian

Dalam penelitian hukum mengenal setidaknya lima pendekatan penelitian. Pendekatan tersebut akan berusaha menggali informasi dan menelaah isu yang sedang diteliti melalui perspektif pendekatan yang digunakan. Pendekatan-pendekatan yang digunakan dalam penelitian hukum adalah: <sup>22)</sup>

- a. pendekatan undang-undang (*statute approach*);
- b. pendekatan kasus (*case approach*);
- c. pendekatan historis (*historical approach*);
- d. pendekatan komparatif (*comparative approach*); dan
- e. pendekatan konseptual (*conceptual approach*).

---

<sup>22)</sup> Bambang, *Op.Cit.*, hal.133.



Pada penelitian ini, peneliti akan menggunakan pendekatan undang-undang (*statute approach*), pendekatan kasus (*case approach*) dan pendekatan konseptual (*conceptual approach*).

#### 4. Spesifikasi Penelitian

Menurut Peter Mahmud, penelitian hukum dilakukan untuk menghasilkan argumentasi, teori atau konsep baru sebagai preskripsi dalam menyelesaikan masalah yang dihadapi.<sup>23)</sup> Jadi spesifikasi yang digunakan dalam penelitian ini bersifat preskriptif. Sifat preskriptif adalah memberikan argumentasi atas hasil penelitian yang diperolehnya, argumentasi tersebut berupa preskripsi atau penilaian mengenai benar atau salah, atau apa yang seyogyanya menurut hukum terhadap fakta atau peristiwa hukum dari hasil penelitian.

#### 5. Teknik Analisis Data

Penelitian ini menggunakan metode berpikir deduktif (cara berfikir analitik). Dalam penggunaannya memerlukan alat yang disebut silogisme yaitu sebuah argumentasi yang terdiri dari tiga buah proposisi berupa pernyataan yang membenarkan atau menolak suatu gejala, terdiri dari:

- a. Premis mayor (ketentuan umum);
- b. Premis minor (fakta-fakta yang bersifat khusus);
- c. Konklusi (upaya untuk menarik kesimpulan hubungan antara premis mayor dan premis minor).

## II. PEMBAHASAN

### A. Konsep kualifikasi *State Owned Enterprises* sebagai pihak dalam ICSID

Gagasan dasar dari Konvensi ICSID sebagaimana dinyatakan dalam pembukaan konvensi tersebut adalah untuk mengakomodir penyelesaian perselisihan antara negara dan investor asing. Dengan menyediakan sarana

---

<sup>23)</sup> Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Cetakan ke-1, (Jakarta: UI Press, 1984), hal.35.



penyelesaian sengketa antara subjek negara dan investor asing, sengketa antara individu atau perusahaan dan negara dapat diselesaikan melalui arbitrase. Hal ini juga menjadi alasan ICSID dibentuk, yakni untuk mengisi celah kekosongan yang terjadi dalam sengketa dengan subjek privat dan suatu negara lain. Selaras dengan meningkatnya subjek individu sebagai subjek hukum internasional dan juga dirancang untuk membedakan klaim individu dan klaim pemerintah suatu negara dalam forum internasional. Maka dari itu, tujuan Konvensi ICSID adalah untuk menyelesaikan sengketa dengan subjek yang termasuk unik tersebut.

### **1. Pengertian “*National of another Contracting State*” dalam Konvensi ICSID 1965**

Pasal 25 ayat (1) Konvensi ICSID menyatakan bahwa yurisdiksi ICSID adalah mencakup pada setiap sengketa yang timbul secara langsung dari investasi, antara negara peserta konvensi dan warga negara dari negara peserta lainnya, yang telah disetujui secara tertulis.<sup>24)</sup> Sehingga dapat dimengerti bahwa pengejawantahan dari tujuan Konvensi ICSID tersebut terdapat dalam pasal ini, dimana subjek ICSID hanya sejauh “negara peserta Konvensi ICSID” dan “warga negara dari negara peserta lainnya”. Pengertian terhadap warga negara dari negara peserta lainnya tercantum dalam Pasal 25 ayat (2) Konvensi ICSID. Secara terminologis, Konvensi ICSID pada dasarnya mengakui 2 bentuk warga negara dari negara peserta lainnya. Yang pertama ialah perseorangan dan yang kedua, badan hukum. Dari bunyi pasal tersebut di atas, Konvensi ICSID hanya mengatur kualifikasi warga negara dari negara peserta lainnya secara umum. Maka dari itu timbullah pertanyaan terkait kedudukan dari SOE dalam ICSID.

### **2. Karakter privat investor dalam Pasal 25 ayat (2) Konvensi ICSID 1965**

---

<sup>24)</sup> World Bank Group, *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, Pasal 25 ayat (1).



Pembukaan Konvensi ICSID berbicara terkait investasi swasta dalam komunitas internasional terhadap negara-negara di dunia. Hal ini menunjukkan bahwa investor dalam pengaturan Konvensi ICSID harus individu atau korporasi swasta. Oleh karena itu, negara yang bertindak sebagai investor tidak diberi akses untuk masuk kualifikasi Pasal 25 ayat (2) Konvensi ICSID.<sup>25)</sup> Namun, terhadap perusahaan yang dikendalikan sepenuhnya atau sebagian oleh pemerintah tidak dijelaskan secara konkrit. Pada proses pembuatan Konvensi ICSID dalam Draft Pendahuluan (*The Comment to the Preliminary Draft of ICSID Convention*), para perumus Konvensi ICSID menyatakan: “*It will be noted that the term “national” is not restricted to privately-owned companies, thus permitting a wholly or partially government-owned company to be a party to proceedings brought by or against a foreign State*”.<sup>26)</sup> Yang secara harafiah diterjemahkan sebagai berikut: “Perlu dicatat bahwa istilah “warga negara” tidak terbatas pada perusahaan milik pribadi, sehingga memungkinkan perusahaan milik pemerintah secara keseluruhan atau sebagian untuk menjadi pihak dalam proses yang dibawa oleh atau terhadap negara asing dalam ICSID.”

Hal ini menjadi menarik, karena sepanjang proses perumusan setelahnya, pernyataan tersebut di atas tidak pernah sekalipun dibantah atau ditentang. Tetapi perlu diperhatikan juga, bahwa pernyataan tersebut tidak dimasukkan dalam Laporan Direktur Eksekutif (*Executive Director's Report*), yaitu laporan sebelum finalisasi Konvensi ICSID. Kendati demikian diyakini oleh arsitek di balik perumusan naskah Konvensi ICSID dalam Laporan tersebut bahwa mengenai definisi investor, harus

---

<sup>25)</sup> Christoph Shreuer, et al., *The ICSID Convention: A Commentary*, (Massachusetts: Cambridge University Press, 2009), hal. 161.

<sup>26)</sup> *Ibid.*, hal. 162.



berkarakter privat. Karakter privat yang dimaksud dikualifikasikan melalui kriteria khusus melalui dua tes, yaitu tes struktural atau tes fungsional.<sup>27)</sup>

Tes struktural dilakukan dengan menganalisa perusahaan melalui struktur kepemilikan dan pengendalian perusahaan tersebut, sedangkan tes fungsional adalah dengan melihat pada konteks sengketa yang diajukan.<sup>28)</sup> Ini artinya, kedua tes untuk menentukan karakter privat dari suatu SOE tidak lagi melihat pada definisi SOE yang diakui sejak lama, yakni pada struktur saham dari perusahaan. Lebih dari itu, hal ini membuka ruang bagi setiap tribunal ICSID untuk menganalisa setiap kasus dengan batu uji yang berbeda-beda, baik dari segi struktur atau fungsional.<sup>29)</sup>

### **3. Broches Test sebagai formula penentu kedudukan State Owned Enterprises dalam ICSID**

Aron Broches, Sekretaris Jendral pertama ICSID, membuat suatu formulasi tes yang konkrit untuk menentukan karakter privat dari SOE pada tahun 1972. Formulasi tersebut kemudian dikenal dengan *The Broches Test*. *Broches Test* sendiri berbunyi sebagai berikut:

*“[I]n today’s world the classical distinction between private and public investment, based on the source of the capital, is no longer meaningful, if not outdated. There are many companies which combine capital from private and governmental sources and corporations all of whose shares are owned by the government, but who are practically indistinguishable from the completely privately owned enterprise both in their legal characteristics and in their activities. It would seem, therefore, that for purposes of the Convention a mixed economy company or government-owned corporation should not be disqualified as a “national of another Contracting State”*

---

<sup>27)</sup> Moshe Hirsch, *The Arbitration Mechanism of the The International Centre for Settlement of Investment Disputes*, (Berlin: Springer, 1993), hal. 66.

<sup>28)</sup> Ibid., hal. 67.

<sup>29)</sup> Schreuer, Op.Cit., hal, 164.



*unless it is acting as an agent for the government or is discharging an essentially governmental function*”<sup>30)</sup>

Dengan formula di atas, dipahami bahwa pada dasarnya ada 2 syarat fundamental untuk menentukan SOE yang dapat berperkara di ICSID. Syarat tersebut adalah:

1. Tidak bertindak sebagai agen negara; dan
2. Tidak menjalankan fungsi pemerintahan.

Dari kedua syarat tersebut di atas, banyak arbiter internasional meyakini bahwa formula ini adalah *mirror image* atau cerminan dari Pasal 5 dan Pasal 8 *Article on State Responsibility for Wrongful Acts* (ARSIWA).<sup>31)</sup> Hal ini menunjukkan bahwa penting untuk diketahui sejauh mana pertanggungjawaban negara bagi SOE sebagai pihak di ICSID. Hal ini juga sekaligus menjadi tolak ukur bahwa sebenarnya tes yang digunakan adalah tes fungsional dan bukan saja dari segi struktur perusahaan.

Pasal 5 ARSIWA menyatakan bahwa tindakan individu atau entitas selain organ negara, tetapi diberdayakan oleh hukum negara tersebut untuk menjalankan fungsi pemerintahan dapat dikategorikan sebagai tindakan negara menurut hukum internasional. Entitas yang dimaksud disini tidak dijelaskan secara konkrit, karena pada praktiknya suatu entitas dapat diklasifikasikan sebagai public atau privat sesuai dengan hukum negara yang berlaku.<sup>32)</sup> Maka dari itu, kriteria-kriteria seperti: keikutsertaan permodalan, saham, dan aset pada perusahaan oleh negara, bukan kriteria yang menentukan atribusi perusahaan terhadap negara. Sebaliknya, Pasal 5 ARSIWA menunjuk pada hal yang lebih spesifik, yaitu sejauh mana

---

<sup>30)</sup> Aron Broches, *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*, (Hague: Recueil des Cours de l'Academie de Droit International, 1972), hal. 354-355.

<sup>31)</sup> ICSID, *BUCG v. Yemen*, ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, 31 Mei 2017, paragraf. 34.

<sup>32)</sup> International Law Organisation, *Article on State Responsibility for Wrongful Acts* (ARSIWA), Commentary, hal. 43.





perusahaan tersebut bertindak dengan menggunakan elemen kekuasaan dari negara untuk fungsi pemerintahan tertentu.

Pasal 5 ARSIWA sayangnya tidak menjelaskan arti “fungsi pemerintahan” yang dimaksud. Dalam komentar terkait pasal ini diketahui bahwa yang terpenting adalah bukan pada substansi atau pengertian dari pemerintahan itu, karena berbeda-beda setiap negara. Namun, yang menjadi poin utama adalah terkait dengan cara pemberian kekuasaan pada entitas atau perusahaan, tujuan perusahaan, pelaksanaan tujuannya, dan pertanggungjawaban perusahaan tersebut kepada negara. Sehingga, penerapannya pada setiap kasus akan berbeda dan dikembalikan pada variabel pada keadaan tertentu.

Pasal 8 berbicara tentang pertanggungjawaban negara terhadap tindakan yang dilakukan oleh entitas pribadi dibawah instruksi, direksi atau control negara dalam melakukan tindakannya. Artinya tindakan tersebut harus didasarkan setidaknya pada salah satu kriteria tertentu (instruksi, direksi atau control negara) untuk negara dapat bertanggung jawab. Sejauh mana ketiga kriteria ini didefinisikan adalah tergantung pada setiap kasus. Ambang batas instruksi, direksi atau control tidak dapat didefinisikan atau ditentukan dalam satu batasan tertentu. Namun yang menjadi hal penting adalah, bahwa instruksi, direksi atau control tersebut harus berhubungan secara langsung dengan tindakan entitas pribadi dalam kasus tersebut. Berdasarkan penjelasan di atas, maka *Broches Test* dapat dianggap telah merangkum kualifikasi bagi SOE yang hendak berperkara di ICSID.

#### **B. Kasus Posisi Beijing Urban Construction Group, Co., Ltd. V. Republik Yemen**

*The Sana'a International Airport Project* (“Proyek Sana’a”) adalah proyek peningkatan fasilitas bandara internasional Republik Yemen. Proyek tersebut dibagi menjadi dua tahap yaitu tahap pertama terkait pendanaan dari



Arab Investment Fund dan Yemen sendiri.<sup>33</sup> Tahap kedua adalah tender terkait kontraktor pembangunan terminal bandara baru Proyek Sana'a yang dimenangkan oleh Beijing Urban Construction Group, Co., Ltd. ("BUCG") BUCG adalah perusahaan yang sepenuhnya dimiliki oleh RRC, dan didirikan berdasarkan hukum RRC. Pada tanggal 28 Februari 2006, BUCG menandatangani perjanjian konstruksi dengan Yemen Civil Aviation and Metereology Authority ("CAMA") dengan nilai sebesar US\$114.657.262.<sup>34</sup> Pada bulan Juli 2009, Yemen mengeluarkan aparat keamanan dan personil militer ke lokasi Proyek Sana'a untuk secara paksa dan dengan intimidasi menutup akses personil BUCG untuk masuk ke lokasi proyek sehingga tidak dapat melanjutkan pengerjaan Proyek Sana'a sesuai dengan kewajiban yang tertera dalam Perjanjian Konstruksi.

Tanggal 22 Juli 2009, CAMA mengirimkan surat notifikasi kepada BUCG terkait pembatalan Perjanjian Konstruksi dengan dasar bahwa BUCG telah lalai untuk melanjutkan Proyek Sana'a sesuai dengan kewajibannya. Yemen menuduh bahwa BUCG telah lalai dalam beberapa aspek untuk mengerjakan kewajibannya dalam pengerjaan Proyek Sana'a seperti yang terdapat di "*Employer's Claim and Evaluation of the Contractor's Claim*"<sup>35</sup> tertanggal Februari 2013 dan *the Engineer's (NACO's) "Report on Default of Contractor: July 2007 – December 2008"*.<sup>36</sup> Beberapa alasan Yemen untuk melakukan terminasi Perjanjian Konstruksi adalah termasuk pemindahan material dari situs konstruksi oleh BUCG, impor peralatan tanpa otoritas

---

<sup>33</sup> Loan Agreement antara Republic of Yemen Government dan the Arab Fund for Economic and Social Development tertanggal 18 April 2001.

<sup>34</sup> Kontrak Konstruksi CAMA and BUCG tertanggal 28 Februari 2006.

<sup>35</sup> CAMA Report, "*Employers Claim and Evaluation of the Contractor's Claim*" tertanggal Februari 2013.

<sup>36</sup> NACO Report, "*Engineer's Report on Default Contractor: July 07 – December 08*" tertanggal Desember 2008.



pabean, absen panjang personel BUCG dari lokasi proyek dan masalah yang berkelanjutan dengan subkontraktor.

Tanggal 5 November 2014 sengketa antara para pihak didaftarkan pada ICSID oleh BUCG. Tanggal 3 Desember 2014 Sekretaris Jendral ICSID memberikan notifikasi kepada para pihak untuk menyusun majelis tribunal arbitrer. Tanggal 11 Maret 2016, sesuai *Procedural Order No. 1* ICSID dilaksanakan *applicable arbitration rules*, bahasa yang digunakan adalah bahasa Inggris dan *choice of forum* di London, United Kingdom. Setelah melalui tahap di atas, tanggal 8 Maret 2017 sampai 10 Maret 2017, majelis tribunal menggelar *Hearing on Jurisdiction* yang pada intinya mengakomodir keberatan Yemen terhadap yurisdiksi ICSID terhadap BUCG sebagai *State Owned Enterprises*.

Yemen berargumen bahwa BUCG adalah entitas negara berdasarkan *Broches Test* yang (1) bertindak sebagai agen pemerintah RRC, dan (2) Menjalankan “fungsi pemerintahan” dalam skala komersil, sehingga tidak dapat dikualifikasikan sebagai *National of another contracting state* dalam Pasal 25 ayat (1) Konvensi ICSID.

BUCG menyatakan tidak bertindak sebagai “agen” pemerintah RRC. BUCG mendalilkan pada kasus *Maffezini v. Spain* bahwa isunya bukan terdapat pada struktur perusahaan yang bersifat *State Owned* melainkan pada "tujuan dan fungsi" sebagai agen pemerintah. Selain itu, pelaksanaan pengerjaan Sana'a Airport sejatinya hanya dalam fungsi komersil dan tidak ada hubungan dengan PRC secara kontrol pengerjaan proyek tersebut.

### **C. Pengimplementasian Broches Test dalam Kasus Beijing Urban Construction Group, Co., Ltd. V. Republik Yemen**

Dalam kasus BUCG v. Yemen sebagaimana telah dijelaskan di atas, kedua belah pihak menerima pengaplikasian *Broches Test*. Majelis tribunal dalam kasus tersebut juga menganalisa bahwa BUCG memang merupakan



SOE, yang sepenuhnya milik negara dan didirikan oleh pemerintah RRC menurut hukum RRC dengan dana publik. Deskripsi yang diberikan oleh BUCG dalam mengajukan dokumen kualifikasi penawar dalam tahap kedua *open tender* Proyek Sana'a adalah "salah satu dari 500 perusahaan terbaik milik negara" di RRC. Sehingga dengan demikian BUCG adalah SOE RRC.

*Broches Test* menetapkan pedoman untuk prinsip non-atribusi status negara terhadap suatu SOE. Dengan adanya kedua syarat dari *Broches Test*, maka selanjutnya akan diuraikan mengenai analisis terhadap kedua syarat tersebut.

### **1. Isu 1: Apakah BUCG bertindak sebagai Agen dari RRC dalam Proyek Sana'a?**

Pertama-tama perlu dijelaskan bahwa kata "agen" tidak dijelaskan definisinya baik dalam formulasi *Broches Test* maupun dalam Pasal 5 ARSIWA, sehingga definisi agen disini dianggap seluas-luasnya menurut hukum internasional. Definisi agen menurut Teori Agensi seperti dijelaskan pada Bab III, adalah perseorangan atau badan hukum yang bertindak untuk kepentingan dan atas nama perseorangan atau badan hukum lainnya. Sejalan dengan definisi tersebut, dalam kasus CSOB v. Slovakia, majelis tribunal pun memberikan definisi yang sama. Walaupun demikian, agen yang dimaksudkan bukan dalam setiap tindakan, melainkan hanya terhadap tindakan yang dipersengketakan.

Diketahui bahwa BUCG secara umum memang bertindak untuk kepentingan RRC dikarenakan sepenuhnya dimiliki oleh negara. Hal tersebut diketahui dari:<sup>37)</sup>

- a. Berdasarkan dokumen RRC berjudul *Reply to authorise Beijing Urban Construction Group General Company to operate and manage the*

---

<sup>37)</sup> ICSID, BUCG v. Yemen, ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, 31 Mei 2017, paragraf. 37.



*State-owned Assets belonging [to] the relevant Group Entities* tertanggal 27 Maret 1995, BUCG tunduk pada arahan Direksi perusahaan yang merupakan “perwakilan negara dan organ pengambil keputusan operasi, yang bertanggung jawab terhadap pemeliharaan nilai dan peningkatan asset milik negara”

- b. Berdasarkan dokumen RRC berjudul *Reply to Authorise BUCG to Operate and Manage The State Owned Assets* tertanggal 23 Mei 1995, yang pada intinya menekankan bahwa BUCG akan menerima pengawasan dan inspeksi Biro Pengawasan dan Administrasi Aset RRC, Biro Administrasi Beijing dan Biro Keuangan Beijing;
- c. Partai Komunis RRC turut andil dalam jajaran direksi BUCG;
- d. Dalam surat ijin usaha BUCG tertanggal 10 September 2014, dinyatakan bahwa BUCG juga bertanggung jawab dalam pengawasan implementasi konsep pengembangan ilmiah dan kebijakan nasional dan menjalankan peran perusahaan dalam melaksanakan tanggung jawab politik dan sosial”.

Dari beberapa alasan di atas, jelas bahwa BUCG memang bergerak untuk kepentingan negara, selain dari sisi komersil sebagai perusahaan.

Dalam kasus *Maffezini v. Spain*, dinyatakan bahwa pengimplementasian *Broches Test*, memperhatikan juga factor-faktor selain struktur dan tujuan perusahaan secara umum. Faktor lain yang dimaksud adalah control negara, tujuan dari suatu perjanjian, karakter tindakan yang disengketakan dalam skala praktikal.<sup>38)</sup> Berdasarkan hal tersebut dapat diketahui bahwa isu utama dalam syarat agen ini pada dasarnya bukanlah diketahui secara *prima facie* dari konteks administrasi SOE, melainkan lebih dari itu harus dianalisa dari segi fakta lapangan

---

<sup>38)</sup> ICSID, *Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain*, ICSID Case No. ARB/97/7, Decision on Objections to Jurisdiction, 25 Januari 2000, paragraf. 76.



terhadap tindakan SOE yang disengketakan. Maka dari itu, memang secara struktur dan *de jure* BUCG bertujuan untuk kepentingan pemerintah, tetapi harus dibuktikan tindakannya dalam keikutsertaan Proyek Sana'a adalah bertindak sebagai agen RRC.

Menurut majelis arbiter yang menangani perkara ini, BUCG tidak bertindak sebagai agen RRC. Secara *de facto* keikutsertaan BUCG pada Proyek Sana'a bersifat komersil, karena:

1. BUCG mengikuti *open tender* Proyek Sana'a secara terbuka dan bersaing dengan perusahaan lain;
2. BUCG terpilih sebagai pemenang tender dalam kapasitasnya sebagai perusahaan dan bukan pemerintahan RRC;
3. Terminasi kontrak oleh Yemen, murni karena kegagalan BUCG melaksanakan kewajibannya dalam Proyek Sana'a.

Yang menjadi isu menarik adalah bahwa keikutsertaan BUCG pada *open tender* Proyek Sana'a tersebut, merupakan dalam rangka usaha melaksanakan kebijakan *Belt and Road Initiative* (BRI) dari RRC. BRI sendiri adalah kebijakan RRC menginisiasi dan memimpin program investasi 1,3 trilyun USD untuk menciptakan jaringan infrastruktur termasuk fasilitas penerbangan. BRI diharapkan akan meningkatkan interkoneksi ekonomi dan memfasilitasi pembangunan di Eurasia, Afrika Timur, dan lebih dari 60 negara mitra. BRI dilakukan tidak hanya oleh organ negara RRC namun juga dengan mengerahkan lebih dari 300 SOE RRC yang bergerak di bidang pembangunan dan infrastruktur.

Bukti bahwa keikutsertaan BUCG pada *open tender* Proyek Sana'a adalah untuk melaksanakan kebijakan BRI yaitu proyek ini bukan kali pertama BUCG terlibat dalam pembangunan infrastruktur. Misalnya, pada pembangunan Algiers Opera House di Algiers, pembangunan Taman Nasional Mozambik, dan PLTA Sierra Leone di Siera Leone. Tercantum



juga pada dokumen Direktur Jendral Investasi Republik Yemen tertanggal 6 Juni 2018, bahwa BUCG terlibat dalam Operasi Felix, yaitu kerjasama antara Yemen dan RRC untuk menjalankan kebijakan BRI di Yemen, yang salah satunya adalah pembangunan fasilitas transportasi, tepatnya Bandara Sana'a.<sup>39)</sup> Sehingga walaupun penulis mengamini bahwa Proyek Sana'a pada dasarnya bersifat komersil, namun perlu digarisbawahi bahwa tujuan sebenarnya adalah kebijakan BRI RRC.

Penulis tidak sepakat dengan pernyataan bahwa BUCG tidak bertindak sebagai agen RRC. Dalam hal ini setiap langkah FDI yang dilakukan BUCG di Yemen (bahkan di Afrika) adalah dalam rangka melaksanakan kebijakan BRI. Maka dari itu seharusnya BUCG termasuk dalam unsur “agen” ini.

## **2. Isu 2: Apakah BUCG menjalankan fungsi pemerintahan RRC dalam Proyek Sana'a?**

Fungsi pemerintahan yang dimaksud pada syarat kedua Broches Test ini adalah sesuai dengan prinsip Fungsi Pemerintahan Negara Modern, yang berkembang dari Teori *Welfare State*. Menurut prinsip tersebut ada 9 fungsi umum pemerintahan suatu negara, yakni:<sup>40)</sup>

- a. Diplomasi;
- b. Pertahanan Militer
- c. Pemeliharaan ketertiban dalam negeri;
- d. Administrasi peradilan;
- e. Perlindungan terhadap kebebasan sipil;
- f. Pengaturan pelaksanaan pemilihan umum;

---

<sup>39)</sup> Hussein Askary, *Operation Felix: The Miracle of Yemen's Reconstruction and Connection to the New Silk Road*, (Yemen: General Investment Authority, 2018), hal. 3.

<sup>40)</sup> Almod Leroy Way, *Politics and Government: The Essentials*, (New York: University of New York, 2014), hal. 48.





- g. Penyediaan barang dan jasa public;
- h. Pertumbuhan dan pengembangan ekonomi regional;
- i. Asuransi sosial; dan
- j. Penyusunan program kesejahteraan sosial untuk mengurangi angka kemiskinan.

Namun pengertian fungsi pemerintahan di atas adalah dalam arti yang seluas-luasnya. Sedangkan pada *Broches* Test dipahami bahwa pengertian fungsi pemerintahan yang digunakan adalah pengertian pada konteks pelaksanaan kekuasaan negara yang diberikan pada entitas pribadi untuk menjalankan fungsi pemerintahan. Artinya ambang batas fungsi pemerintahan yang dimaksud dengan istilah *governmental function* atau fungsi pemerintahan adalah mengacu pada kekuasaan yang diberikan pada suatu perusahaan untuk melakukan fungsi pemerintahan suatu negara. Sebagai contoh, di beberapa negara Eropa, perusahaan keamanan swasta dapat bertindak sebagai sipir penjara, dan dalam kapasitas privat dapat menggunakan kekuasaan untuk menahan terdakwa atau melaksanakan peraturan penjara lainnya. Contoh lainnya, dalam kasus *Hyatt v. Iran*<sup>41)</sup>, Mahkamah Internasional memutuskan bahwa suatu perusahaan yang diberikan kewenangan untuk melakukan tindakan negara seperti penyitaan property untuk publik dan administrasi pengambilalihan asset untuk negara, harus digolongkan sebagai organ negara karena telah menjalankan kekuasaan negara yang sesuai dengan fungsi pemerintahan.

Menurut majelis tribunal ICSID, tidak ada fungsi pemerintahan yang dilaksanakan oleh BUCG dalam Proyek Sana'a.<sup>42)</sup> Argumen Yemen

---

<sup>41)</sup> ICJ, *Hyatt International Corporation v. The Government of the Islamic Republic of Iran*, Iran-U.S. C.T.R., 1972, hal. 72, paragraf. 88–94.

<sup>42)</sup> ICSID, *BUCG v. Yemen*, ICSID Case No. ARB/14/30, Decision on Jurisdiction, 31 Mei 2017, paragraf. 39.



mengacu pada pernyataan Kementerian Ekonomi dan Perdagangan RRC bahwa bisnis luar negeri yang dilakukan BUCG akan dikelola, dikoordinasikan dan diatur oleh Kementerian Ekonomi dan Perdagangan RRC. Oleh karenanya Yemen berpendapat bahwa pemerintah RRC adalah pembuat keputusan untuk manajemen dan keputusan operasional BUCG. Argumen tersebut membuktikan bahwa RRC memiliki control atas BUCG.

Majelis tribunal melihat bahwa lagi-lagi Yemen memberikan argumen secara luas terhadap BUCG secara struktur sebagai SOE. Namun seperti yang telah dijelaskan, bahwa yang harusnya diuraikan adalah dalam konteks pengerjaan Proyek Sana'a. Mungkin saja Yemen telah berhasil membuktikan control RRC terhadap BUCG, namun apakah control RRC terhadap BUCG dalam Proyek Sana'a adalah dalam rangka menjalankan fungsi pemerintahan melalui kekuasaan negara? Tidak dapat dinafikan bahwa sejatinya dalam Proyek Sana'a, tidak ada kekuasaan negara pada BUCG. Selain itu tidak ada kekuasaan yang secara khusus diberikan pada BUCG dari negara untuk menjalankan fungsi pemerintahan.

Hal ini sejalan dengan pernyataan majelis tribunal ICSID pada kasus *Maffezini v. Spain*, yang menyatakan bahwa *Broches Test* tidak melihat fungsi pemerintahan secara luas, tetapi terhadap fakta bahwa ada kekuasaan negara yang secara khusus diberikan pada perusahaan untuk menjalankan fungsi pemerintahan.<sup>43)</sup> Dalam proyek Sana'a, BUCG tidak menjalankan fungsi pemerintahan RRC. Kendati pun dalam rangka menjalankan kebijakan BRI, namun pelaksanaannya tidak menggunakan kekuasaan negara dan bukan untuk fungsi pemerintahan RRC secara khusus, melainkan komersil. Oleh karena itu, penulis sependapat bahwa tidak ada fungsi pemerintahan yang dilaksanakan melalui kekuasaan negara oleh BUCG dalam kasus ini.

---

43)



### III. PENUTUP

Setelah melakukan analisis berdasarkan penjelasan di atas yang terkait dengan pokok permasalahan, maka didapatkan kesimpulan:

1. *State Owned Enterprises* dapat bersengketa dalam forum arbitrase ICSID dengan mengikuti ketentuan *Broches Test* yang telah diimplementasikan dalam beberapa perkara dan menjadi *legal standing State Owned Enterprises* yang hendak berperkara di ICSID.
2. Pada perkara BUCG v. Yemen, majelis tribunal tidak menganalisa keterkaitan antara pelaksanaan kebijakan BRI oleh BUCG. Hal tersebut sebenarnya menyebabkan unsur “agen” pada *Broches Test* tidak terpenuhi. Penulis sependapat dengan argument Yemen, bahwa investasi komersil sekali pun, harus melihat karakter awal atau latar belakang, tujuan dan kegunaan dari investasi itu sendiri.

### IV. DAFTAR PUSTAKA

#### A. Konvensi Internasional

World Bank Group. *Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. 1965.

#### B. Yurisprudensi

International Center for Settlement of Investment Disputes. *Beijing Urban Construction Group, Co, Ltd. v. Republic of Yemen* (ICSID Case No. ARB/14/30). Decision on Jurisdiction. 31 Mei 2017.

International Center for Settlement of Investment Disputes. *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic* (ICSID Case No. ARB/97/4). Decision of the Tribunal on Objections to Jurisdiction. 24 Mei 1999.

International Center for Settlement of Investment Disputes. *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic* (ICSID CASE No. ARB/97/4). Decision of the Tribunal on Respondent's Further and Partial Objection to Jurisdiction. 1 Desember 2000.



International Center for Settlement of Investment Disputes. *Ceskoslovenska Obchodni Banka, A.S. v. The Slovak Republic* (ICSID CASE No. ARB/97/4). Award. 29 Desember 2004.

International Center for Settlement of Investment Disputes. *Emilio Agustin Maffezini v. Kingdom of Spain* (ICSID Case No. ARB/97/7). Decision on Objections to Jurisdiction. 25 Januari 2000.

International Center for Settlement of Investment Disputes. *Rumeli Telekom A.S. and Telsim Mobile Telekomikassyon Hizmetlery A.S. v. Republic of Kazakhstan* (ICSID Case No. ARB/05/16). Award. 29 Juli 2008.

### **C. Buku**

Arie, Marthen. *Prinsip-prinsip Hukum dalam Penanaman Modal*. (Makassar: Arus Timur, 2013).

Broches, Aron. *The Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States*. (Hague: Recueil des Cours, 1972).

Coopers, Pricewaterhouse. *State Owned Enterprises: Catalysts for public value creation?*. (London: Pricewaterhouse Coopers, 2015).

Feldman, Mark. *State-Owned Enterprises as Claimants in International Investment Arbitration*. (Hague: ICSID, 2016).

Friedman, Lawrence M. *The legal System: A Social Science Perspective*. (New York: Russel Sage Foundation, 1975).

Kovács, Csaba. *Attribution in International Investment Law*. (Aalphen aan den Rijn: Kluwers Law International, 2018).

Lubis, M.Solly. *Filsafat Ilmu dan Penelitian*, (Bandung: CV.Mandar Maju, 1994).

Marzuki, Peter Mahmud. *Penelitian Hukum*. Cetakan ke-1. (Jakarta: Kencana Media Group, 2006).

Mistelis, L. dan J.D.M. Lew. *Regulation and Infrastructure of International Commercial Arbitration, Section D: Investment Arbitration and Specialist Arbitration*. (London: University of London Press, 2005).

Petersmann. *Constitutional Functions and Constitutional Problems of International Economic Law*. (Fribourg U.P: Switzerland, 1991).



- Rahardjo, Satjipto, *Ilmu Hukum*, (Bandung: PT.Citra Aditya Bakti, 1991).
- Sunggono, Bambang. *Metode Penelitian Hukum*. (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2008).
- Soekanto, Soerjono dan Sri Mamudji. *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat* (Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2006).
- Soekanto, Soerjono. *Pengantar Penelitian Hukum*. Cetakan ke-1. (Jakarta: UI Press, 1984).
- Shreuer, Christoph et al. *The ICSID Convention: A Commentary* , (Massachusetts: Cambridge University Press, 2009).
- The Organisation for Economic Co-operation and Development, *FDI In Figures*. (Paris: OECD Development Centre, 2019).

#### **D. Jurnal**

- Rodner, James Otis dan Jaime Martinez Estevez. "BITs in Pieces: The Effectiveness of ICSID Jurisdiction". *Journal of International Arbitration*. (Alphen aan den Rijn: Wolters Kluwer).
- Willems, Jane Y. "The Settlement of Investor State Disputes and China New Developments on ICSID Jurisdiction". *South Carolina Journal of International Law and Business*. (South Carolina: University of South Carolina, 2017).

#### **E. Artikel**

- Nasution, Bismar. "Mengkaji Ulang Hukum sebagai Landasan Pembangunan Ekonomi". Makalah. Disampaikan pada pidato pengukuhan Guru Besar dalam Ilmu Hukum Ekonomi Universitas Sumatera Utara. (Medan: Universitas Sumatra Utara, 2004).
- The Organisation for Economic Co-operation and Development, "International Direct Investment Statistics Database". <http://www.oecd.org/investment/FDI-in-Figures-April-2019.pdf>.