



UNIVERSITAS INDONESIA

**Studi Perbandingan Hukum mengenai Peranan *Private Party*
dalam Penyelesaian Sengketa di *World Trade Organization* (WTO)
dan *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) dan
Implementasinya di *Association of Southeast Asian Nations*
(ASEAN)**

TESIS

**Diajukan sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar
Magister Hukum**

Tomy Prihananto

0906582186

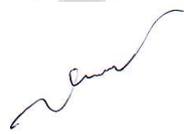
**FAKULTAS HUKUM
PASCASARJANA HUKUM PERDAGANGAN INTERNASIONAL
JAKARTA
JULI 2011**

HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

**Tesis ini adalah hasil karya saya sendiri,
dan semua sumber yang dikutip maupun yang dirujuk
telah saya nyatakan dengan benar.**

Nama : Tomy Prihananto

NPM : 0906582186

Tanda Tangan : 

Tanggal : 11 Juli 2011

HALAMAN PENGESAHAN

Tesis ini diajukan oleh :
Nama : Tomy Prihananto
NPM : 0906582186
Program Studi : Hukum Perdagangan Internasional
Judul Tesis : Studi Perbandingan Hukum mengenai Peranan *Private Party* dalam Penyelesaian Sengketa di *World Trade Organization* (WTO) dan *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) dan Implementasinya di *Association of Southeast Asian Nations* (ASEAN)

Telah berhasil dipertahankan di hadapan Dewan Penguji dan diterima sebagai bagian persyaratan yang diperlukan untuk memperoleh gelar Magister Hukum pada Program Studi Hukum Perdagangan Internasional, Fakultas Hukum, Universitas Indonesia.

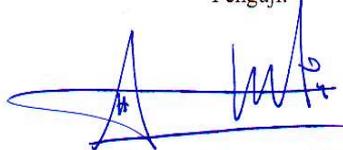
DEWAN PENGUJI

Ketua Sidang/Pembimbing/Penguji:



(Adijaya Yusuf, S.H., LL.M.)

Penguji:



(Hadi Rahmat Purnama, S.H., LL.M.)

Penguji:



(Yu Un Oppusunggu, S.H., LL.M.)

Ditetapkan di : Jakarta

Tanggal : 11 Juli 2011

KATA PENGANTAR

Puji syukur penulis panjatkan kepada Tuhan YME, karena atas berkat dan rahmat-Nya, penulis dapat menyelesaikan tesis ini. Penulisan tesis ini dilakukan dalam rangka memenuhi salah satu syarat untuk mencapai gelar Magister Hukum Jurusan Hukum Perdagangan Internasional pada Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia.

Penulis menyadari bahwa tanpa bantuan dan bimbingan dari berbagai pihak, dari masa perkuliahan sampai pada penyusunan tesis ini, sangatlah sulit bagi penulis untuk menyelesaikan tesis ini. Oleh karena itu pada kesempatan ini penulis mengucapkan terima kasih sebesar-besarnya kepada:

1. Bapak Adijaya Yusuf, S.H., LL.M., selaku pembimbing tesis yang di tengah kesibukannya bersedia meluangkan waktu untuk membimbing dan mengarahkan penulis dalam menyusun tesis ini;
2. Bapak Hadi Rahmat Purnama, S.H., LL.M. dan Bapak Yu Un Oppusunggu, S.H., LL.M, selaku penguji;
3. Puji Leksana Dewi, S.TP. selaku istri tercinta, orang tua, eyang, dan keluarga penulis yang telah memberikan bantuan dan dukungan, baik materiil maupun moril;
4. Teman-teman angkatan penulis yang selalu mensupport dan membantu penulis;
5. Seluruh Staf Pengajar, Staf Biro Pendidikan (khususnya Bapak Watijan dan Mas Harry), dan Staf Perpustakaan FHUI yang telah memberikan ilmu, bimbingan, dan bantuan selama penulis mengikuti kuliah di Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia.
6. Tidak lupa teman seruangan di kantor dan segenap pihak yang telah membantu penulis yang tidak bisa disebutkan satu persatu.

Penulis menyadari bahwa tesis ini masih jauh dari sempurna, untuk itu segala saran dan kritik yang membangun sangatlah diharapkan penulis dalam rangka penyempurnaan tesis ini.

Akhir kata, semoga tesis ini dapat bermanfaat bagi perkembangan ilmu dan semua yang membacanya.

Jakarta, 11 Juli 2011

Penulis



**HALAMAN PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI
TUGAS AKHIR UNTUK KEPENTINGAN AKADEMIS**

Sebagai sivitas akademik Universitas Indonesia, saya yang bertanda tangan di bawah ini:

Nama : Tomy Prihananto
NPM : 0906582186
Program Studi : Hukum Perdagangan Internasional
Departemen : -
Fakultas : Hukum
Jenis Karya : Tesis

demi pengembangan ilmu pengetahuan, menyetujui untuk memberikan kepada Universitas Indonesia **Hak Bebas Royalti Noneklusif (Non-Exclusive Royalty-Free Right)** atas karya ilmiah saya yang berjudul:

STUDI PERBANDINGAN HUKUM MENGENAI PERANAN *PRIVATE PARTY* DALAM PENYELESAIAN SENGKETA DI *WORLD TRADE ORGANIZATION (WTO)* DAN *NORTH AMERICAN FREE TRADE AGREEMENT (NAFTA)* DAN IMPLEMENTASINYA DI *ASSOCIATION OF SOUTHEAST ASIAN NATIONS (ASEAN)*

Dengan Hak Bebas Royalti Noneklusif ini Universitas Indonesia berhak menyimpan, mengalihkan bentuk, mengalihmediakan, mengelola dalam bentuk pangkalan data (*database*), merawat, serta memublikasikan tugas akhir saya selama tetap mencantumkan nama saya sebagai penulis atau pencipta dan juga sebagai pemilik Hak Cipta.

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sebenarnya.

Dibuat di : Jakarta

Pada Tanggal : 11 Juli 2011

Yang menyatakan



(Tomy Prihananto)

ABSTRAK

Nama : Tomy Prihananto
Program Studi : Hukum Perdagangan Internasional
Judul : Studi Perbandingan Hukum mengenai Peranan *Private Party* dalam Penyelesaian Sengketa di *World Trade Organization* (WTO) dan *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) dan Implementasinya di *Association of Southeast Asian Nations* (ASEAN)

Tesis ini membahas mengenai studi perbandingan hukum mengenai peranan *private party* dalam penyelesaian sengketa di *World Trade Organization* (WTO) dan *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) dan Implementasinya di *Association of Southeast Asian Nations* (ASEAN). Berdasarkan terjadinya kasus penyelesaian sengketa WTO yang merugikan *private party* dikarenakan adanya pertimbangan politis negara untuk tidak melaksanakan putusan dari *Dispute Settlement Body*. Di sisi lain, regionalisme dari WTO, NAFTA, telah membolehkan adanya *private party* berperan menjadi salah satu pihak dalam penyelesaian sengketa melawan negara. Dengan memberikan peran *private party* tersebut, penyelesaian sengketa dapat dilaksanakan sesuai dengan pertimbangan hukum yang berlaku sehingga hal ini dapat memberikan hak *private party* sesuai dengan peraturan yang berlaku. Dengan menggunakan teori perbandingan hukum akan ditemukan persamaan dan perbedaan sistem hukum WTO dengan NAFTA akan ditemukan kelebihan dan kekurangannya. Objek yang diteliti mengacu pada *structure* sistem hukum yang mengacu pada kebolehan suatu pihak untuk bertindak atau tidak bertindak yang merujuk pada kewenangan *private party* dalam penyelesaian sengketa WTO dan NAFTA maka kelebihan dan kekurangan kedua sistem hukum tersebut akan diimplementasikan ke dalam ASEAN. Hal ini dikarenakan Indonesia mempunyai kedudukan sebagai anggota WTO dan juga anggota ASEAN. Dengan perbandingan tersebut dapat disarankan Indonesia dapat mengupayakan terakomodirnya peran *private party* sebagai salah satu pihak yang bersengketa di ASEAN.

Kata kunci:

Perbandingan hukum, *Private party*, penyelesaian sengketa, WTO, NAFTA, ASEAN.

ABSTRACT

Name : Tomy Prihananto
Study Program : International Trade Law
Title : Comparative Law Study on the Role of Private Party in Dispute Resolution at the World Trade Organization (WTO) and North American Free Trade Agreement (NAFTA) and its Implementation in the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN)

This thesis discusses the study of comparative law regarding the role of private party in a dispute at the World Trade Organization (WTO) and North American Free Trade Agreement (NAFTA) and its Implementation in the Association of Southeast Asian Nations (ASEAN). Under the WTO dispute settlement cases that harm private party state due to political considerations for not implementing the decisions of the Dispute Settlement Body. On the other hand, the regionalism of the WTO, NAFTA, has allowed a private party into one party role in resolving the dispute against the state. By giving the role of the private party, a dispute resolution can be implemented in accordance with applicable legal considerations so that it can grant a private party in accordance with applicable regulations. By using the theory of comparative law will find similarities and differences with NAFTA the WTO legal system will find the advantages and drawbacks. Object under study refers to the legal system structure refers to the ability of a party to act or not act that refers to the authority of a private party in the WTO and NAFTA dispute settlement then advantages and disadvantages of both systems of law will be implemented into the ASEAN. This is because Indonesia has a position as a member of WTO and ASEAN members. By comparison it can be suggested Indonesia could seek private party's role as one of the parties to the dispute in ASEAN.

Key words:

Comparative law, private party, dispute settlement, WTO, NAFTA, ASEAN.

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	i
HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS	ii
LEMBAR PENGESAHAN	iii
KATA PENGANTAR	iv
LEMBAR PERSETUJUAN PUBLIKASI KARYA ILMIAH	vi
ABSTRAK	vii
DAFTAR ISI	ix
DAFTAR GAMBAR DAN TABEL	xi
DAFTAR LAMPIRAN	xii
BAB I PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang	1
B. Permasalahan	9
C. Tujuan Penelitian	9
D. Landasan Teori	10
E. Kerangka Konsep	12
F. Metode Penelitian	14
G. Sistematika Penulisan	15
BAB II PERSAMAAN DAN PERBEDAAN PERAN <i>PRIVATE PARTY</i> DALAM PENYELESAIAN SENGKETA DI WTO DENGAN DI NAFTA	17
A. Peran <i>Private Party</i> dalam Penyelesaian Sengketa di WTO	17
B. Peran <i>Private Party</i> dalam Penyelesaian Sengketa di NAFTA	28
C. Perbandingan Persamaan dan Perbedaan Peran <i>Private Party</i> dalam Penyelesaian Sengketa di WTO dan NAFTA	37
BAB III KEKURANGAN DAN KELEBIHAN PENGATURAN PERANAN <i>PRIVATE PARTY</i> DALAM PENYELESAIAN SENGKETA DI WTO DENGAN DI NAFTA	40
BAB IV PEMBERLAKUAN KETENTUAN KETERLIBATAN <i>PRIVATE PARTY</i> TERLIBAT DALAM PENYELESAIAN SENGKETA DI ASEAN	60
A. Pemilihan Pelibatan <i>Private Party</i> dalam Penyelesaian Sengketa	60
B. Penyelesaian Sengketa di ASEAN	64
C. Pelibatan <i>Private Party</i> dalam Penyelesaian Sengketa di ASEAN	76

BAB V PENUTUP	96
A. Kesimpulan	96
B. Saran	99
DAFTAR REFERENSI	100
LAMPIRAN	



DAFTAR TABEL

Tabel 1.1	: Kerangka WTO	3
Tabel 2.1	: Inisiasi dalam Penyelesaian Sengketa NAFTA	28
Tabel 4.1	: <i>Flow Chart of Mechanisms and Processes of The ASEAN Dispute Settlement System</i>	68
Tabel 4.2	: Durasi dan Tindakan dalam Penyelesaian Sengketa ASEAN	74
Tabel 4.3	: Kelebihan dan Kekurangan Negosiasi	87
Tabel 4.4	: Kelebihan dan Kekurangan Arbitrase	88
Tabel 4.5	: Kelebihan dan Kekurangan Litigasi	88

DAFTAR GAMBAR

<i>Flow Chart of the Dispute Settlement Process WTO</i>	25
---	----

DAFTAR LAMPIRAN

- Lampiran 1: Laporan Inisiasi atas Permohonan Penyelidikan Antidumping terhadap Tepung Gandum yang berasal dari Australia, Sri Lanka, dan Turki
- Lampiran 2: Korea-Anti-Dumping Duties on Imports of Certain Paper from Indonesia
- Lampiran 3: North American Free Trade Agreement Arbitral Panel Established Pursuant to Chapter Twenty in the Matter of Cross-Border Trucking Services
- Lampiran 4: Decision of the Panel article 1904 Binational Panel Review Pursuant to NAFTA in the Matter of Stainless Steel Sheet and Strip in Coils from Mexico
- Lampiran 5: Notice of Arbitration under the Arbitration Rules S.D. Myers, Inc and Government of Canada
- Lampiran 6: Final Award in NAFTA Arbitration under the Uncitral Arbitration Rules S.D. Myers, Inc and Government of Canada
- Lampiran 7: Second Partial Award in NAFTA Arbitration under the Uncitral Arbitration Rules S.D. Myers, Inc and Government of Canada

BAB I PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

World Trade Organization (WTO)

Pembentukan *World Trade Organization (WTO)* didasarkan pada ketentuan *Agreement Establishing the World Trade Organization*.¹ Pembentukan WTO didasarkan pada adanya pertimbangan sebagai upaya untuk meningkatkan standar kehidupan, menjamin tersedianya kesempatan dan pertumbuhan secara pesat dan mantap dari volume pendapatan dan permintaan yang nyata, serta memperluas produksi dan perdagangan barang dan jasa, sambil memanfaatkan secara optimal sumber-sumber dunia sesuai dengan tujuan pembangunan yang berkelanjutan, melindungi dan melestarikan lingkungan hidup dan meningkatkan upaya-upaya dalam melakukan kegiatan tersebut melalui cara-cara yang konsisten sesuai dengan kebutuhan dan tingkat pembangunan ekonominya masing-masing. Ketentuan tersebut tertuang dalam konsiderans Persetujuan WTO, sebagai berikut:

“...endeavour should be conducted with a view to raising standards of living, ensuring full employment and a large and steadily growing volume of real income and effective demand, and expanding the production of and trade in goods and services, while allowing for the optimal use of the world's resources in accordance with the objective of sustainable development, seeking both to protect and preserve the environment and to enhance the means for doing so in a manner consistent with their respective needs and concerns at different levels of economic development.”²

Berdasarkan pertimbangan tersebut, diuraikan pula mengenai sasaran pembentukan WTO yang bertujuan untuk membentuk suatu sistem perdagangan multilateral yang terpadu, lebih memberikan harapan, dan dapat berlangsung

¹ WTO, *Agreement Establishing the World Trade Organization*, Art. 1.

² WTO, *Agreement Establishing the World Trade Organization*, konsiderans.

terus-menerus. Ketentuan sasaran pembentukan WTO tersebut juga tertuang di dalam *Agreement Establishing the World Trade Organization*, "... to develop an integrated, more viable and durable multilateral trading system"³. Dengan adanya pertimbangan dan sasaran pembentukan WTO, WTO telah menetapkan fungsi WTO.

Fungsi WTO diatur di dalam *Article III Agreement Establishing the World Trade Organization*, antara lain:

1. The WTO shall facilitate the implementation, administration and operation, and further the objectives, of this Agreement and of the Multilateral Trade Agreements, and shall also provide the framework for the implementation, administration and operation of the Plurilateral Trade Agreements.
2. The WTO shall provide the forum for negotiations among its Members concerning their multilateral trade relations in matters dealt with under the agreements in the Annexes to this Agreement. The WTO may also provide a forum for further negotiations among its Members concerning their multilateral trade relations, and a framework for the implementation of the results of such negotiations, as may be decided by the Ministerial Conference.
3. The WTO shall administer the Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (hereinafter referred to as the "Dispute Settlement Understanding" or "DSU") in Annex 2 to this Agreement.
4. The WTO shall administer the Trade Policy Review Mechanism (hereinafter referred to as the "TPRM") provided for in Annex 3 to this Agreement.
5. With a view to achieving greater coherence in global economic policy-making, the WTO shall cooperate, as appropriate, with the International Monetary Fund and with the International Bank for Reconstruction and Development and its affiliated agencies.⁴

Secara garis besar, fungsi WTO meliputi:

- a. pengaturan perdagangan internasional, seperti diuraikan pada fungsi nomor 1 dan 2.
- b. Penyelesaian sengketa perdagangan internasional, seperti diuraikan pada fungsi nomor 3.

³ *Ibid.*

⁴ WTO, *Agreement Establishing the World Trade Organization*, article III.

- c. Transparansi kebijakan perdagangan masing-masing negara, seperti diuraikan pada fungsi nomor 4.
- d. Kerjasama dengan organisasi internasional lainnya, seperti diuraikan pada fungsi nomor 5.

Dari fungsi tersebut dapat digambarkan kerangka WTO. Secara umum kerangka WTO secara umum digambarkan sebagai berikut:

Tabel 1.1: Kerangka WTO⁵

<i>Umbrella</i>	<i>AGREEMENT ESTABLISHING WTO</i>		
	<i>Goods</i>	<i>Services</i>	<i>Intellectual property</i>
<i>Basic principles</i>	<i>GATT</i>	<i>GATS</i>	<i>TRIPS</i>
<i>Additional details</i>	<i>Other goods agreements and annexes</i>	<i>Services annexes</i>	
<i>Market access commitment</i>	<i>Countries' schedules of commitments</i>	<i>Countries' schedules of commitments (and MFN exemptions)</i>	
<i>Dispute settlement</i>	<i>DISPUTE SETTLEMENT</i>		
<i>Transparency</i>	<i>TRADE POLICY REVIEWS</i>		

Sumber: WTO.

Dalam tabel tersebut, payung hukum keberadaan WTO tertuang dalam *Agreement Establishing the World Trade Organization*. Di dalam pengaturannya, WTO lebih lanjut mengatur mengenai barang, jasa, dan hal-hal yang terkait dengan kekayaan intelektual. Aturan dasar dari perdagangan barang diatur di dalam *General Agreement on Tariffs and Trade 1994* (GATT 1994), aturan dasar dari perdagangan jasa diatur di dalam *General Agreement on Trade in Services* (GATS), sedangkan aturan dasar dari perdagangan yang berkaitan dengan

⁵ WTO, <http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/agrm1_e.htm>, diakses tanggal 25 Januari 2011.

kekayaan intelektual diatur di dalam *Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPs).

Selain mempunyai perangkat pengaturan berupa aturan dasar perdagangan internasional tersebut, WTO mempunyai perangkat penyelesaian sengketa dan perangkat transparansi kebijakan perdagangan. Sesuai dengan kerangka umum pada tabel di atas, perangkat penyelesaian sengketa berupa *dispute settlement*, sedangkan perangkat transparansi kebijakan perdagangan berupa *trade policy review*.

Dalam upaya menyelesaikan sengketa, WTO telah membentuk organisasi penyelesaian sengketa, berupa *Dispute Settlement Body* (DSB). Sedangkan mekanisme penyelesaian sengketanya diatur dalam *Dispute Settlement Understanding* (DSU).

Regionalisme

Dalam perkembangannya, Persetujuan perdagangan dalam lingkup regional semakin menggejala akibat terjadinya stagnasi perundingan dalam skala yang lebih luas (*multilateral*). Persetujuan perdagangan dalam lingkup regional dipandang lebih fleksibel dalam mengakomodasi kepentingan negara-negara dalam satu kawasan tertentu untuk meningkatkan volume dan nilai perdagangan dan guna mengurangi hambatan-hambatan di bidang perdagangan baik dalam sektor barang maupun jasa.

Dalam kerangka *World Trade Organization* (WTO), pembentukan kerjasama perdagangan regional ini merupakan salah satu pengecualian (*exception*) yang terdapat dalam *WTO Agreement*. Perkembangan kerjasama regional dilihat sebagai salah satu alternatif bagi liberalisasi perdagangan yang pada tingkat multilateral tidak berkembang sebagaimana diharapkan. Pengecualian pada perdagangan regional ini pada dasarnya diperbolehkan dalam WTO seperti yang tercantum dalam *Article XXIV General Agreement on Tariff and Trade (GATT) 1994, Enabling Clause, Understanding on GATT Article XXIV*, dan *Article V General Agreement on Trade in Services (GATS)*. Namun demikian, pengecualian tersebut harus memenuhi syarat-syarat yang ditentukan oleh WTO.

Kerjasama ekonomi regional ini adalah untuk meningkatkan perdagangan di antara negara-negara anggotanya dengan menghapuskan berbagai hambatan perdagangan yang ada. Ini dikenal sebagai *trade creation*. Pada sisi lain pada saat yang bersamaan, terjadi *trade diversion*, yakni pengalihan perdagangan dari negara bukan anggota ke negara anggota. Bila tarif yang berlaku tetap dipertahankan untuk impor dari negara-negara bukan anggota sementara tarif impor dari negara anggota dihapuskan, maka impor dari negara anggota sebelumnya malah berbalik menjadi lebih murah.

Integrasi ekonomi antara berbagai negara biasanya terjadi secara regional di suatu kawasan tertentu yang secara geografis letaknya saling berdekatan. Contohnya adalah 15 negara Eropa Barat yang bergabung dalam Uni Eropa, *North America Free Trade Agreement* (NAFTA), *Association of Southeast Asian Nations* (ASEAN), *Caribbean Community* (CARICOM), *Southern African Development Community* (SADC), *South Asia Association of Regional Cooperation* (SAARC). Hal ini disebabkan karena hubungan dagang antara negara-negara yang letak geografisnya dekat biasanya sudah terjalin baik dan tinggal meningkatkannya saja. Namun tidak tertutup kemungkinan untuk mengadakan integrasi perdagangan dengan negara yang secara geografis letaknya berjauhan. Contohnya adalah *Free Trade Agreement* antara AS dengan Israel atau antara Uni Eropa dengan Meksiko.

Sejak awal tahun 1990-an, terjadi peningkatan perjanjian perdagangan regional dan diproyeksikan akan terus berkembang. Kerjasama perdagangan regional diantaranya yaitu Uni Eropa, NAFTA, ASEAN *Free Trade Area* (AFTA), *the Common Market of the South Eastern and Southern Africa* (COMESA), *the Common Market of the South* (MERCOSUR), *the Common Market of the Caribbean* (CARICOM), dan *Australia-New Zealand Closer Economic Relations Agreement*. Hingga 31 Juli 2010, WTO telah menerima sekitar 474 notifikasi *Regional Trade Agreements* (RTAs) dalam bidang perdagangan barang dan jasa, dimana 351 RTAs dinotifikasi dalam kerangka *Article XXIV GATT 1994*, 31 RTAs dalam kerangka *Enabling Clause*, dan 92

RTAs di bawah peraturan *Article V GATS*. Sebanyak 283 RTAs telah diberlakukan.⁶

Karakteristik utama dari perjanjian perdagangan regional adalah adanya perlakuan-perlakuan khusus yang diperoleh oleh pihak-pihak yang bekerjasama dalam perjanjian tersebut dibandingkan dengan yang didapatkan oleh mitra dagang lainnya. Meskipun hal ini bertentangan dengan prinsip *Most-Favored Nation* (MFN), tetapi GATT 1994 dan GATS memperbolehkan adanya perjanjian perdagangan regional yang membentuk *Custom Union* atau *Free Trade Area*.

WTO melihat bahwa perlakuan khusus dalam konteks kerjasama perdagangan regional ini akan membantu percepatan integrasi ekonomi dan liberalisasi perdagangan. Kerjasama perdagangan tingkat regional akan memberi beberapa manfaat, antara lain:

- a. tingkat liberalisasi perdagangan yang tinggi yang bahkan melebihi tingkat yang mungkin dicapai dalam tingkat global;
- b. liberalisasi perdagangan dapat dicapai lebih cepat melalui kerjasama perdagangan regional;
- c. meningkatnya pertumbuhan ekonomi regional yang nantinya akan mendorong negara-negara di kawasan untuk melakukan perdagangan.⁷

NAFTA

NAFTA dibentuk antara Canada, Mexico, dan Amerika Serikat. Prinsip yang diberlakukan di NAFTA tetap mengacu pada prinsip WTO, meliputi *national treatment*, *most-favored nation treatment*, dan *transparency*.⁸ NAFTA dibentuk bertujuan untuk:

- a) eliminate barriers to trade in, and facilitate the cross-border movement of, goods and services between the territories of the Parties;

⁶ http://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/region_e.htm, diunduh tanggal 27 September 2010.

⁷ Peter van den Bossche, *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases, and Materials*, New York: Cambridge University Press, 2005, hal. 650-651.

⁸ Article 102 NAFTA.

- b) promote conditions of fair competition in the free trade area;
- c) increase substantially investment opportunities in the territories of the Parties;
- d) provide adequate and effective protection and enforcement of intellectual property rights in each Party's territory;
- e) create effective procedures for the implementation and application of this Agreement, for its joint administration and for the resolution of disputes; and
- f) establish a framework for further trilateral, regional and multilateral cooperation to expand and enhance the benefits of this Agreement.⁹

Tujuan NAFTA tersebut sejalan dengan tujuan WTO dalam mengurangi adanya hambatan dalam suatu perdagangan dengan anggota lain. Beberapa hal yang diatur dalam NAFTA, diantaranya perdagangan barang, perdagangan jasa, investasi, dan kekayaan intelektual. Selain pengaturan mengenai perdagangan tersebut, NAFTA juga mengatur mengenai persaingan usaha, penyelesaian sengketa, dan upaya pembentukan kerangka kerjasama yang lebih luas.

Terkait dengan adanya pengaturan yang sejalan antara NAFTA dengan WTO, ketentuan mengenai hubungan diantara keduanya telah diatur juga dalam NAFTA.

1. The Parties affirm their existing rights and obligations with respect to each other under the *General Agreement on Tariffs and Trade* and other agreements to which such Parties are party.
2. In the event of any inconsistency between this Agreement and such other agreements, this Agreement shall prevail to the extent of the inconsistency, except as otherwise provided in this Agreement.¹⁰

Dalam pasal tersebut disebutkan bahwa NAFTA berkaitan dengan GATT, yang merupakan pengaturan mengenai perdagangan barang di WTO. Namun dalam hal terjadi adanya ketidaksesuaian pengaturan maka yang diberlakukan adalah pengaturan NAFTA. Dengan pengaturan tersebut dapat dinyatakan bahwa NAFTA telah mengikuti aturan yang ada di dalam WTO namun dalam beberapa hal tertentu NAFTA dapat mengatur hal-hal yang tidak sejalan dengan WTO.

⁹ *Ibid.*

¹⁰ *Article 103 NAFTA.*

Dalam kaitannya dengan penyelesaian sengketa, NAFTA juga telah mengatur mengenai penyelesaian sengketa. Pengaturan penyelesaian sengketa diatur dalam 3 (tiga) ketentuan yang berbeda¹¹. Pengaturan penyelesaian sengketa tersebut diatur dalam *chapter 20*, 19, dan 11 NAFTA.

Private Party dan Implementasi Peran Private Party di Association of South East Asian Nations (ASEAN)

Dalam perdagangan antar negara, pelaksana dari Persetujuan WTO maupun NAFTA merupakan *private party*. Hal ini dikarenakan, secara umum, dalam melakukan perdagangan antar negara, akan melibatkan *private party*.

Pelaksanaan Persetujuan WTO maupun NAFTA yang dilakukan *private party* sangat dimungkinkan terjadinya perselisihan antara para pihak. Untuk itu, dalam kedua Persetujuan tersebut telah diatur mengenai mekanisme penyelesaian sengketa. Untuk itu, dalam dalam pelaksanaan mekanisme penyelesaian sengketa akan diperbandingkan diantara kedua sistem tersebut. Pengambilan kedua sistem tersebut dikarenakan adanya keterlibatan Amerika Serikat dalam WTO dan NAFTA. Hal ini sejalan dengan semangat Amerika Serikat untuk melakukan liberalisasi perdagangan.

Terkait dengan hal tersebut maka akan diperoleh berbagai data mengenai adanya perbandingan dalam kedua sistem tersebut. Dengan mengingat peran Indonesia di kancah dunia internasional, peran tersebut sangat sentral dan vital untuk melakukan perdagangan internasional maupun untuk melindungi kepentingan perdagangan di dalam negeri. Hal ini dikarenakan Indonesia merupakan negara yang disegani dalam perdagangan di dunia, terutama di lingkungan Asia Tenggara. Keterlibatan Indonesia tersebut tertuang dalam berperannya Indonesia sebagai anggota dalam ASEAN. Untuk itu perlu diketahui penyelesaian sengketa di lingkup ASEAN agar dapat memperbandingkan peran *private party* yang merupakan pelaksana perdagangan di lingkup ASEAN. Tentunya hal tersebut akan memberikan peran yang vital bagi Indonesia dalam

¹¹ Pernyataan tersebut merupakan terjemahan “*North American Free Trade Agreement (1992)* (“NAFTA”) incorporates three distinct dispute settlement mechanisms within the main text of the agreement”. Lihat Frederick M. Abbott, *North American Free Trade Agreement, Dispute Settlement*, <www.frederickabbott.com/uploads/NAFTA_Dispute_Settlement__published>, diakses tanggal 26 Januari 2011.

lingkup ASEAN untuk menentukan peran *private party* dalam penyelesaian sengketa di ASEAN.

B. Permasalahan

Ketentuan mengenai perdagangan telah diatur di dalam WTO maupun NAFTA. Dalam pengaturan yang dilakukan melalui forum perundingan antara negara dengan negara, hal ini tentunya akan berdampak pada kepentingan *private party* selaku pelaku usaha, yang melaksanakan ketentuan perdagangan yang telah disepakati antara negara dengan negara tersebut. Tentunya pengaturan mengenai penyelesaian sengketa juga berpengaruh pula kepada *private party*. Dari adanya pengaturan tersebut maka didapatkan permasalahan sebagai berikut:

1. Bagaimanakah persamaan dan perbedaan pengaturan peranan *private party* dalam penyelesaian sengketa di WTO dengan di NAFTA?
2. Bagaimanakah kelebihan dan kekurangan pengaturan peranan *private party* dalam penyelesaian sengketa di WTO dengan di NAFTA?
3. Bagaimanakah pengaturan peranan *private party* dalam penyelesaian sengketa di ASEAN? Apakah Indonesia perlu memberlakukan pengaturan tersebut atau tidak?

C. Tujuan Penelitian

Penelitian ini akan bertujuan untuk:

1. Menganalisis persamaan dan perbedaan pengaturan peranan *private party* dalam penyelesaian sengketa di WTO dan NAFTA.
2. Menganalisis kelebihan dan kekurangan pengaturan peranan *private party* dalam penyelesaian sengketa di WTO dan NAFTA.
3. Menganalisis perlu tidaknya Indonesia memberlakukan pengaturan peranan *private party* dalam penyelesaian sengketa di ASEAN.

D. Landasan Teori

Dari permasalahan yang ada, landasan teori yang akan digunakan berkaitan dengan adanya analisis terhadap ketentuan peranan *private party* dalam penyelesaian sengketa di WTO dan NAFTA. Meskipun ketentuan NAFTA merupakan ketentuan *free trade agreement* yang diatur dalam ketentuan WTO, namun ketentuan NAFTA dapat dianggap sebagai ketentuan yang suatu sistem hukum tersendiri yang berbeda dengan WTO. Hal ini ditandai dengan adanya kewenangan bagi anggota NAFTA untuk mengatur sendiri ketentuan yang berbeda dengan WTO.

Dengan adanya sistem hukum WTO dan NAFTA yang berdiri sendiri maka Indonesia dapat menganggap bahwa ketentuan WTO merupakan ketentuan perdagangan *domestic system*, hal ini dikarenakan Indonesia merupakan anggota WTO. Sedangkan ketentuan NAFTA merupakan ketentuan perdagangan *foreign system*, hal ini dikarenakan Indonesia bukanlah anggota NAFTA. Terkait dengan hal tersebut maka dapat dilakukan perbandingan hukum diantara keduanya, sebagaimana jenis perbandingan hukum yang disampaikan Cruz:

- (a) Comparison of foreign systems with the domestic system in order to ascertain similarities and differences;
- (b) Studies which analyse objectively and systematically solutions which various systems offer for a given legal problem;
- (c) ...¹²

Peter de Cruz menyampaikan bahwa dapat dilakukan perbandingan sehingga didapatkan persamaan dan perbedaan antara ketentuan peranan *private party* dalam penyelesaian sengketa dalam WTO dan NAFTA. Setelah itu, dapat pula dilakukan analisis secara objektif dan sistematis mengenai peranan *private party* dalam penyelesaian sengketa dalam WTO dan NAFTA.

Untuk melihat adanya persamaan dan perbedaan diantara ketentuan di WTO dan NAFTA maka akan diperbandingkan antara sistem hukum WTO dan sistem hukum NAFTA. Terkait dengan hal yang akan diperbandingkan, Friedman

¹² Peter de Cruz, *Comparative Law in Changing World*, 2nd ed, London: Cavendish Publishing Limited, 1999, p.7.

menyatakan bahwa setiap sistem hukum mempunyai unsur *structure*, *substance*, dan *legal culture*¹³.

Unsur *structure* yang digambarkan oleh Friedman bahwa *The system is constantly changing, but parts of it change at different speeds, and not every part changes as fast as certain other parts*¹⁴. Dari gambaran tersebut, dalam sistem hukum WTO terdapat ketentuan yang berubah-ubah namun ketentuan mengenai penyelesaian sengketa WTO ada yang berubah tidak secepat ketentuan WTO selain penyelesaian sengketa. Demikian pula yang terjadi di NAFTA.

Unsur *substance* digambarkan sebagai *the "product" that people within the legal system manufacture-the decisions they turn out, the new rules they contrive*¹⁵. Dari gambaran tersebut dapat terlihat bahwa adanya kehendak dari subjek hukum (*people*) untuk menaati atau membentuk hukum tersendiri dari ketentuan yang telah ada saat ini. Dengan kata lain, fokus ditekankan pada subjek hukum.

Sedangkan unsur *legal culture* ditekankan pada kebudayaan yang timbul pada sistem hukum tersebut. *...people's attitude toward law and the legal system-their beliefs, values, ideas, and expectations*¹⁶. Unsur sistem hukum terakhir digambarkan oleh Friedman dengan penekanan pada kepercayaan, nilai, ide, dan harapan yang hidup dalam sistem hukum tersebut.

Terkait dengan hal tersebut, perbandingan yang akan digunakan dalam penelitian hanya dibatasi dengan memperbandingkan *structure*. Unsur *structure* dipilih dikarenakan unsur tersebut berfokus pada ketentuan hukum yang berlaku. Hal ini sesuai dengan elemen dari unsur *structure* yang ditentukan oleh Friedman, antara lain:

The structure of a legal system consists of elements of this kind: the number and size of courts, their jurisdiction (that is, what kind of cases they hear, and how and why), and modes of appeal from one court to another. Structure also means how the legislature is organized, how

¹³ Lawrence M. Friedman, *American Law: An Introduction*, second edition, New York: W.W. Norton & Company, Inc, 1998, p.19-20.

¹⁴ *Ibid*, hal. 19.

¹⁵ *Ibid*, hal. 20

¹⁶ *Ibid*.

many members sit on the Federal Trade Commission, what a president can (legally) do or not do, what procedures the police department follows, and so on. Structure, in a way, is a kind of cross section of the legal system—a kind of still photograph, which freezes the action.¹⁷

Dengan kata lain, unsur *structure* melihat sistem hukum dalam keadaan tidak bergerak. Sebagaimana digambarkan oleh Friedman bahwa melihat unsur ini seperti posisi diam dalam fotografi.

Dalam pembahasan pada bab berikutnya akan digambarkan *what private party can (legally) do or not do* pada penyelesaian sengketa di WTO dan NAFTA. Dengan diketahuinya persamaan dan perbedaan tersebut maka dapat dipahami mengenai kelebihan dan kekurangan pada sistem tersebut. Selain itu, hal tersebut akan diterapkan dalam konteks penyelesaian sengketa di ASEAN.

E. Kerangka Konsep

Dari penelitian ini akan disampaikan kerangka konsep sebagai berikut:

1. Peranan

Peranan adalah tindakan yang dilakukan oleh seseorang dalam suatu peristiwa.¹⁸ Terkait dengan pengertian tersebut, peranan suatu entitas dalam penyelesaian sengketa tidak hanya terbatas sebagai salah satu pihak yang bersengketa namun juga dapat berperan sebagai partisipan.

2. *Private party*

Private dalam bahasa Indonesia adalah swasta¹⁹ sedangkan *party* dalam bahasa Indonesia adalah kelompok atau kumpulan orang²⁰. Untuk itu *private party* dapat diartikan sebagai kelompok swasta atau pihak swasta. Terkait

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Departemen Pendidikan Nasional, *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, edisi keempat, Jakarta: Penerbit PT Gramedia Pustaka Utama, 2008, hal 1051.

¹⁹ John M. Echols dan Hassan Shadily, *Kamus Inggris Indonesia*, cet XXVI, Jakarta: Penerbit PT Gramedia, 2005, hal 447.

²⁰ *Ibid*, hal 419.

dengan hal tersebut maka istilah ini merupakan istilah yang diberikan kepada semua pihak selain negara (*private*) yang melakukan perdagangan lintas negara sesuai dengan konteks WTO atau NAFTA. Dalam hal ini dapat dianggap sebagai produsen, investor, dan sebagainya baik sendiri maupun suatu perusahaan.

3. Penyelesaian sengketa

Sengketa mempunyai makna sebagai sesuatu yang menyebabkan perbedaan pendapat, pertengkaran, atau perbantahan²¹. Penyelesaian sengketa dapat diartikan sebagai proses untuk menyelesaikan perbedaan atau perselisihan yang terjadi antara para pihak. Dalam konteks WTO dan NAFTA, hal ini dikenal dengan istilah “*dispute settlement*” sebagaimana diatur dalam DSU maupun chapter 20 NAFTA.

4. WTO

WTO merupakan organisasi internasional global yang berurusan dengan aturan-aturan perdagangan antarnegara sebagaimana diatur bahwa *The World Trade Organization (WTO) is the only global international organization dealing with the rules of trade between nations.*²² WTO merupakan perjanjian perdagangan yang bersifat multilateral yang mengatur mengenai ketentuan perdagangan, penyelesaian sengketa, dan transparansi ketentuan perdagangan.

5. NAFTA

NAFTA merupakan perjanjian yang didasarkan pada Article XXIV of the General Agreement on Tariffs and Trade perjanjian perdagangan antara Kanada, Amerika Serikat, dan Meksiko²³. NAFTA menciptakan adanya *free trade area* di antara negara anggotanya.²⁴

²¹ *Op.cit*, Departemen Pendidikan Nasional, hal. 1272.

²² WTO, <http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/whatis_e.htm>, diakses tanggal 28 Februari 2011.

²³ Preamble dan article 101 NAFTA.

²⁴ Article 101 NAFTA.

6. ASEAN

ASEAN merupakan singkatan dari *Association of South East Asian Nations* yang dibentuk pada 8 Agustus 1967 di Bangkok dengan penandatanganan *Bangkok Declaration*.²⁵

7. The Protocol

The Protocol dalam penelitian ini adalah 2004 ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism. Protokol tersebut merupakan pengaturan penyelesaian sengketa di ASEAN terkait dengan perjanjian ekonomi ASEAN yang disepakati tahun 2004²⁶.

F. Metode Penelitian

Jenis penelitian yang akan digunakan adalah penelitian normatif dengan menarik asas hukum²⁷ yang berkaitan dengan keterlibatan *private party* dalam penyelesaian sengketa di WTO, di NAFTA, maupun di ASEAN. Tipe penelitian ini bersifat deskriptif²⁸ yang menggambarkan secara tepat persamaan dan perbedaan penyelesaian sengketa di NAFTA dengan di WTO serta ketentuan keterlibatan *private party* dalam penyelesaian sengketa di WTO dan NAFTA yang kemudian dianalisis mengenai kelebihan dan kekurangannya serta akan diimplementasikan ke dalam penyelesaian sengketa di ASEAN. Pengumpulan data dalam penelitian ini akan menggunakan data sekunder, yang merupakan data yang diperoleh dari kepustakaan²⁹. Data tersebut akan diperoleh dari sumber primer, sumber sekunder, maupun sumber tersier. Sumber primer berupa *Agreement Establishing the World Trade Organization, Multilateral Trade Agreement, Agreement on Implementation Article VI, Agreement on Subsidies and*

²⁵ ASEAN, <http://www.aseansec.org/about_ASEAN.html>, diakses tanggal 11 Juli 2011.

²⁶ Article 1 *the Protocol*.

²⁷ Sri Mamudji *et. al.*, *Metode Penelitian dan Penulisan Hukum*, Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005, hal. 9-10.

²⁸ *Ibid*, hal 4.

²⁹ *Ibid*, hal. 28.

Countervailing Measures, Agreement on Safeguards, NAFTA, dan The Protocol. Sedangkan sumber sekunder berupa buku, jurnal, dan makalah yang membahas mengenai penyelesaian sengketa di WTO, NAFTA, dan ASEAN. Sumber tersier berupa kamus yang menguraikan pengertian yang digunakan dalam penelitian ini, antara lain Kamus Besar Bahasa Indonesia dan *Black's Law Dictionary*.

Analisis data akan dilakukan dengan proses pencarian dan perencanaan secara sistematis terhadap semua data kemudian setelah terkumpul akan diolah dan disajikan agar dapat dipahami dan dimengerti mengenai keterlibatan *private party* dalam penyelesaian sengketa di WTO dan NAFTA kemudian hal tersebut akan dicoba untuk diimplementasikan ke dalam penyelesaian sengketa di ASEAN. Untuk menguraikan masalah yang diteliti berdasarkan data yang diperoleh, diperlukan adanya teknik analisis data sehingga akan diketahui hubungan secara menyeluruh antara masalah dengan data-data yang ada dalam penelitian. Teknik analisis data yang akan digunakan dalam penelitian ini adalah teknik analisis data yang bersifat kualitatif, yaitu dengan cara mengumpulkan semua data yang ada dan dianalisis dengan didasarkan pada teori hukum yang berhubungan dengan masalah yang diteliti. Setelah melakukan analisis, akhirnya akan ditemukan sebuah kesimpulan sebagai hasil dari penelitian.

G. Sistematika Penulisan

Sistematika penulisan akan dibagi dalam 5 (lima) bab yang disusun secara sistematis sebagai berikut:

BAB I: PENDAHULUAN

Bab ini berisi latar belakang, permasalahan, tujuan penelitian, landasan teori, kerangka konsep, metode penelitian, dan sistematika penulisan.

BAB II: PERSAMAAN DAN PERBEDAAN PERAN *PRIVATE PARTY* DALAM PENYELESAIAN SENGKETA DI WTO DENGAN DI NAFTA

Bab ini menguraikan analisis terhadap peran *private party* dalam penyelesaian sengketa di WTO, peran *private party* dalam penyelesaian

sengketa di NAFTA, serta perbandingan persamaan dan perbedaan peran *private party* dalam penyelesaian sengketa di WTO dan NAFTA.

BAB III: KEKURANGAN DAN KELEBIHAN PERAN *PRIVATE PARTY* DALAM PENYELESAIAN SENGKETA DI WTO DAN NAFTA

Bab ini menguraikan analisis terhadap kekurangan dan kelebihan peran *private party* ditinjau dari konsep dan implementasi ketentuan yang mengatur mengenai penyelesaian sengketa di WTO dan NAFTA.

BAB IV: PEMBERLAKUAN KETENTUAN *PRIVATE PARTY* TERLIBAT DALAM PENYELESAIAN SENGKETA DI ASEAN

Bab ini menguraikan mengenai pemilihan pelibatan *private party* dalam penyelesaian sengketa, penyelesaian sengketa di ASEAN, dan pelibatan *private party* dalam penyelesaian sengketa di ASEAN.

BAB V: PENUTUP

Bab ini berisi kesimpulan dan saran atas penelitian yang dilakukan.

BAB II

PERSAMAAN DAN PERBEDAAN PERAN *PRIVATE PARTY* DALAM PENYELESAIAN SENGKETA DI WTO DENGAN DI NAFTA

A. Peran *Private Party* dalam Penyelesaian Sengketa di WTO

Di dalam *Article 1 DSU* telah diatur mengenai pihak mana sajakah yang dapat bersengketa di WTO. Pasal tersebut mengatur bahwa DSU diterapkan terhadap anggota WTO yang bersengketa. “*The rules and procedures of this Understanding shall also apply to consultations and the settlement of disputes between Members concerning their rights and obligations under the provisions of the Agreement Establishing the World Trade Organization*”.³⁰

Dengan adanya ketentuan tersebut maka para pihak yang dapat menjadi para pihak melakukan penyelesaian sengketa di WTO, melalui DSB, adalah anggota WTO. Untuk menentukan lebih lanjut siapa sajakah anggota WTO, *Article XI* dan *XII Agreement Establishing the World Trade Organization* telah menentukan dan membatasi anggota WTO.

Article XI *Original Membership*

1. The contracting parties to GATT 1947 as of the date of entry into force of this Agreement, and the European Communities, which accept this Agreement and the Multilateral Trade Agreements and for which Schedules of Concessions and Commitments are annexed to GATT 1994 and for which Schedules of Specific Commitments are annexed to GATS shall become original Members of the WTO.
2. The least-developed countries recognized as such by the United Nations will only be required to undertake commitments and concessions to the extent consistent with their individual development, financial and trade needs or their administrative and institutional capabilities.

³⁰ *Article 1 DSU.*

Article XII

Accession

1. Any State or separate customs territory possessing full autonomy in the conduct of its external commercial relations and of the other matters provided for in this Agreement and the Multilateral Trade Agreements may accede to this Agreement, on terms to be agreed between it and the WTO. Such accession shall apply to this Agreement and the Multilateral Trade Agreements annexed thereto.
2. Decisions on accession shall be taken by the Ministerial Conference. The Ministerial Conference shall approve the agreement on the terms of accession by a two-thirds majority of the Members of the WTO.
3. Accession to a Plurilateral Trade Agreement shall be governed by the provisions of that Agreement.

Kedua pasal tersebut mengatur mengenai anggota yang asli dan anggota aksesi. Anggota asli dapat dipahami sebagai anggota yang telah bergabung ketika WTO mulai berdiri atau dapat dipahami pula sebagai pendiri WTO. Anggota tersebut antara lain:

1. Para pihak yang menyetujui GATT 1947, berbentuk negara-negara
2. *European Communities* (EC).
3. Negara yang termasuk negara miskin oleh *United Nations*.

Sedangkan anggota aksesi dapat dipahami sebagai anggota baru yang ikut bergabung setelah WTO berdiri. Anggota aksesi terdiri dari:

1. Negara manapun
2. Beberapa daerah kepabeanaan (*customs territory*) yang telah memperoleh otonomi penuh dalam melakukan hubungan dengan negara lain (external) dan berbagai hal lain yang diperoleh dari *Agreement Establishing the World Trade Organization* dan *Multilateral Trade Agreements*.

Selain itu, di dalam catatan penjelasan (*explanatory notes*) *Agreement Establishing the World Trade Organization* disebutkan bahwa setiap penyebutan “negara” (“*country*” or “*countries*”) di dalam *Agreement Establishing the World Trade Organization* dan *Multilateral Trade Agreement* maka termasuk pula wilayah kepabeanaan yang telah menjadi anggota WTO, sebagaimana telah diatur

dalam anggota akses. Catatan penjelasan ini menunjukkan bahwa penyebutan negara pada kedua perjanjian tersebut tidak kemudian menghilangkan wilayah kepabeanan yang telah menjadi anggota WTO. Wilayah kepabeanan tersebut merupakan wilayah kepabeanan tertentu yang terpisah yang memiliki otonomi penuh dalam pelaksanaan hubungan dengan negara lain. Dengan kata lain, dalam kaitannya dengan penyelesaian sengketa maka para pihak dalam penyelesaian sengketa yang hanya ditentukan untuk anggota WTO, hanyalah negara atau wilayah kepabeanan tertentu.

DSU sebagai aturan umum mengenai penyelesaian sengketa di WTO telah membatasi para pihak yang dapat menjadi para pihak yang bersengketa di WTO, yaitu negara. Namun selain negara yang dapat menjadi para pihak yang bersengketa, Persetujuan WTO mengatur pula keterlibatan pihak selain negara dalam sengketa perdagangan.

Pengaturan mengenai keterlibatan pihak selain negara yang diatur di dalam Persetujuan WTO diatur terpisah-pisah, baik terpisah dari DSU maupun diatur terpisah-pisah dalam Persetujuan WTO. Pengaturan tersebut berkaitan dengan *trade remedies*. Hal ini dikarenakan dalam melakukan adanya *trade remedies* maka harus terlebih dahulu menentukan keadaan atau kondisi perdagangan di dalam negeri suatu negara maka harus melibatkan *private party* dalam penentuan tindakan tersebut. Pengaturan tersebut diatur dalam:

1. *Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994,*
2. *Agreement on Subsidies and Countervailing Measures,* dan
3. *Agreement on Safeguards.*

Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994

Article 5 *Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994* mengatur mengenai inisiasi (prakarsa) untuk melakukan investigasi terkait adanya dugaan dumping. Pada article 5.1

Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 diatur bahwa

Except as provided for in paragraph 6, an investigation to determine the existence, degree and effect of any alleged dumping shall be initiated upon a written application by or on behalf of the domestic industry.³¹

Dari ketentuan tersebut diatur mengenai cara inisiasi dalam investigasi untuk menentukan adanya, tingkat, dan akibat dumping. Inisiasi tersebut harus dilakukan dalam bentuk aplikasi tertulis yang dilakukan oleh atau atas nama industri domestik.

Pengaturan industri domestik ditentukan pada article 4 *Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994*. Pada article 4.1 didefinisikan mengenai industri domestik sebagai berikut

For the purposes of this Agreement, the term "domestic industry" shall be interpreted as referring to the domestic producers as a whole of the like products or to those of them whose collective output of the products constitutes a major proportion of the total domestic production of those products.³²

Dari ketentuan tersebut, terkait dengan penentuan pihak industri domestik, dapat diartikan bahwa industri domestik merupakan produsen domestik yang menghasilkan suatu produk. Untuk itu, pihak yang terdapat dalam ketentuan tersebut merupakan pihak selain negara. Hal ini dikarenakan penghasil suatu produk, baik barang maupun jasa, merupakan pihak swasta. Dalam tulisan ini pihak swasta disebut sebagai *private party*.

Terkait dengan penyelesaian sengketa tersebut, *private party* dapat mengajukan inisiasi untuk melakukan investigasi dumping. Inisiasi untuk melakukan investigasi dumping tersebut merupakan langkah awal sebelum terlaksananya *dispute* di WTO. Hal tersebut dijelaskan pada article 17 *Agreement*

³¹ Article 5.1 *Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994*

³² Article 4.1 *Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994*.

on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994.

Except as otherwise provided herein, the Dispute Settlement Understanding is applicable to consultations and the settlement of disputes under this Agreement.³³

If any Member considers that any benefit accruing to it, directly or indirectly, under this Agreement is being nullified or impaired, or that the achievement of any objective is being impeded, by another Member or Members, it may, with a view to reaching a mutually satisfactory resolution of the matter, request in writing consultations with the Member or Members in question. Each Member shall afford sympathetic consideration to any request from another Member for consultation.³⁴

Dua ketentuan di atas menyebutkan bahwa konsultasi dapat dilaksanakan setelah dilakukan pembuktian dari adanya inisiasi namun belum memberikan kepuasan bagi salah satu pihak. Konsultasi merupakan bagian dari *dispute settlement* yang diberlakukan sesuai dengan DSU.

Dengan adanya ketentuan tersebut maka *private party* telah berperan dalam melakukan inisiasi pada awal diduga terjadinya dumping. Namun peran tersebut tidak berlanjut dalam penyelesaian sengketa di bidang dumping karena tahap selanjutnya dari penyelesaian sengketa tersebut adalah tahap konsultasi. Dalam tahap konsultasi ini dan tahap penyelesaian sengketa selanjutnya menggunakan aturan DSU. Dengan penggunaan aturan DSU dalam penyelesaian sengketa maka pihak yang bersengketa adalah negara.

Agreement on Subsidies and Countervailing Measures

Article 11 *Agreement on Subsidies and Countervailing Measures* mengatur mengenai inisiasi (prakarsa) dan investigasi lebih lanjut terkait adanya *countervailing measures*. Pada article 11.1 *Agreement on Subsidies and Countervailing Measures* diatur bahwa

³³ Article 17.1 *Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994*

³⁴ Article 17.3 *Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994*

Except as provided for in paragraph 6, an investigation to determine the existence, degree and effect of any alleged dumping shall be initiated upon a written application by or on behalf of the domestic industry.³⁵

Dari ketentuan tersebut diatur mengenai cara inisiasi dalam investigasi lebih lanjut untuk menentukan adanya, tingkat, dan akibat subsidi. Inisiasi tersebut harus dilakukan dalam bentuk aplikasi tertulis yang dilakukan oleh atau atas nama industri domestik. Pendefinisian industri domestik diatur dalam article 16.1 *Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*. Pendefinisian tersebut adalah sebagai berikut:

For the purposes of this Agreement, the term "domestic industry" shall, except as provided in paragraph 2, be interpreted as referring to the domestic producers as a whole of the like products or to those of them whose collective output of the products constitutes a major proportion of the total domestic production of those products, except that when producers are related to the exporters or importers or are themselves importers of the allegedly subsidized product or a like product from other countries, the term "domestic industry" may be interpreted as referring to the rest of the producers.

Dari ketentuan tersebut, terkait dengan penentuan pihak industri domestik, dapat diartikan bahwa industri domestik merupakan produsen domestik yang menghasilkan suatu produk. Untuk itu, pihak yang terdapat dalam ketentuan tersebut merupakan pihak selain negara. Hal ini dikarenakan penghasil suatu produk, baik barang maupun jasa, merupakan pihak swasta. Dalam tulisan ini pihak swasta disebut sebagai *private party*.

Terkait dengan penyelesaian sengketa tersebut, *private party* dapat mengajukan inisiasi untuk melakukan investigasi lebih lanjut terkait subsidi. Inisiasi untuk melakukan investigasi subsidi tersebut merupakan langkah awal sebelum terlaksananya konsultasi dan penyelesaian sengketa di WTO. Hal tersebut dijelaskan sebagai berikut:

³⁵ Article 11.1 *Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*

As soon as possible after an application under Article 11 is accepted, and in any event before the initiation of any investigation, Members the products of which may be subject to such investigation shall be invited for consultations with the aim of clarifying the situation as to the matters referred to in paragraph 2 of Article 11 and arriving at a mutually agreed solution.³⁶

The provisions of Articles XXII and XXIII of GATT 1994 as elaborated and applied by the Dispute Settlement Understanding shall apply to consultations and the settlement of disputes under this Agreement, except as otherwise specifically provided herein.³⁷

Ketentuan di atas menyebutkan bahwa konsultasi dapat dilaksanakan setelah dilakukan pembuktian dari adanya inisiasi, yang diatur dalam article 11 *Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*, namun belum memberikan kepuasan bagi salah satu pihak. Konsultasi merupakan bagian dari *dispute settlement* yang diberlakukan sesuai dengan DSU.

Dengan adanya ketentuan tersebut maka *private party* telah berperan dalam melakukan inisiasi pada awal diduga terjadinya subsidi. Namun peran tersebut tidak berlanjut dalam penyelesaian sengketa di bidang *countervailing measures* karena tahap selanjutnya dari penyelesaian sengketa tersebut adalah tahap konsultasi. Dalam tahap konsultasi ini dan tahap penyelesaian sengketa selanjutnya menggunakan aturan DSU. Dengan penggunaan aturan DSU dalam penyelesaian sengketa maka pihak yang bersengketa adalah negara.

Agreement on Safeguards

Article 3 *Agreement on Safeguards* mengatur mengenai investigasi. Pada agreement ini diatur bahwa

A member may apply a safeguard measure only following an investigation by the competent authorities of that Member pursuant to procedures previously established and made public in consonance with article X of GATT 1994. This investigation shall include reasonable public notice to all interested parties and public hearings or other appropriate means in which importers, exporters and other interested parties could present evidence and their views, including the

³⁶ Article 13.1 *Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*.

³⁷ Article 30 *Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*.

opportunity to respond to the presentations of other parties and to submit their views,...³⁸

Dari ketentuan tersebut diatur mengenai cara investigasi lebih lanjut terkait apakah diperlukan adanya tindakan safeguards bagi kepentingan masyarakat. Untuk itu, diwajibkan adanya pernyataan terbuka bagi semua pihak yang berkepentingan, seperti importir, eksportir, dan pihak lain yang dapat menghadirkan bukti dan pandangan mereka, termasuk keuntungan yang mungkin diperoleh setelah mereka mendengarkan pandangan dari pihak lain tersebut.

Terkait dengan penyelesaian sengketa, investigasi merupakan langkah awal dalam tahap penyelesaian sengketa. investigasi yang dilakukan oleh pihak yang berwenang, dalam hal ini merupakan pemerintah suatu negara, harus melibatkan pihak selain negara untuk mendengarkan pendapat dan pandangannya.

Pihak selain negara tersebut, antara lain importir, eksportir, maupun pihak lain yang berkepentingan. Terkait dengan hal tersebut, pihak selain negara tersebut merupakan pihak yang langsung berhubungan dengan pelaksanaan perdagangan. Dalam hal ini, pihak selain negara tersebut merupakan *private party*. Dengan adanya ketentuan tersebut maka *private party* telah berperan dalam memberikan pendapat dan pandangannya dalam pelaksanaan investigasi yang dilakukan oleh pihak yang berwenang. Namun peran tersebut tidak berlanjut dalam penyelesaian sengketa di bidang safeguards karena tahap investigasi dan tahap selanjutnya setelah itu akan dilakukan sesuai aturan DSU, yaitu dilakukan oleh negara.

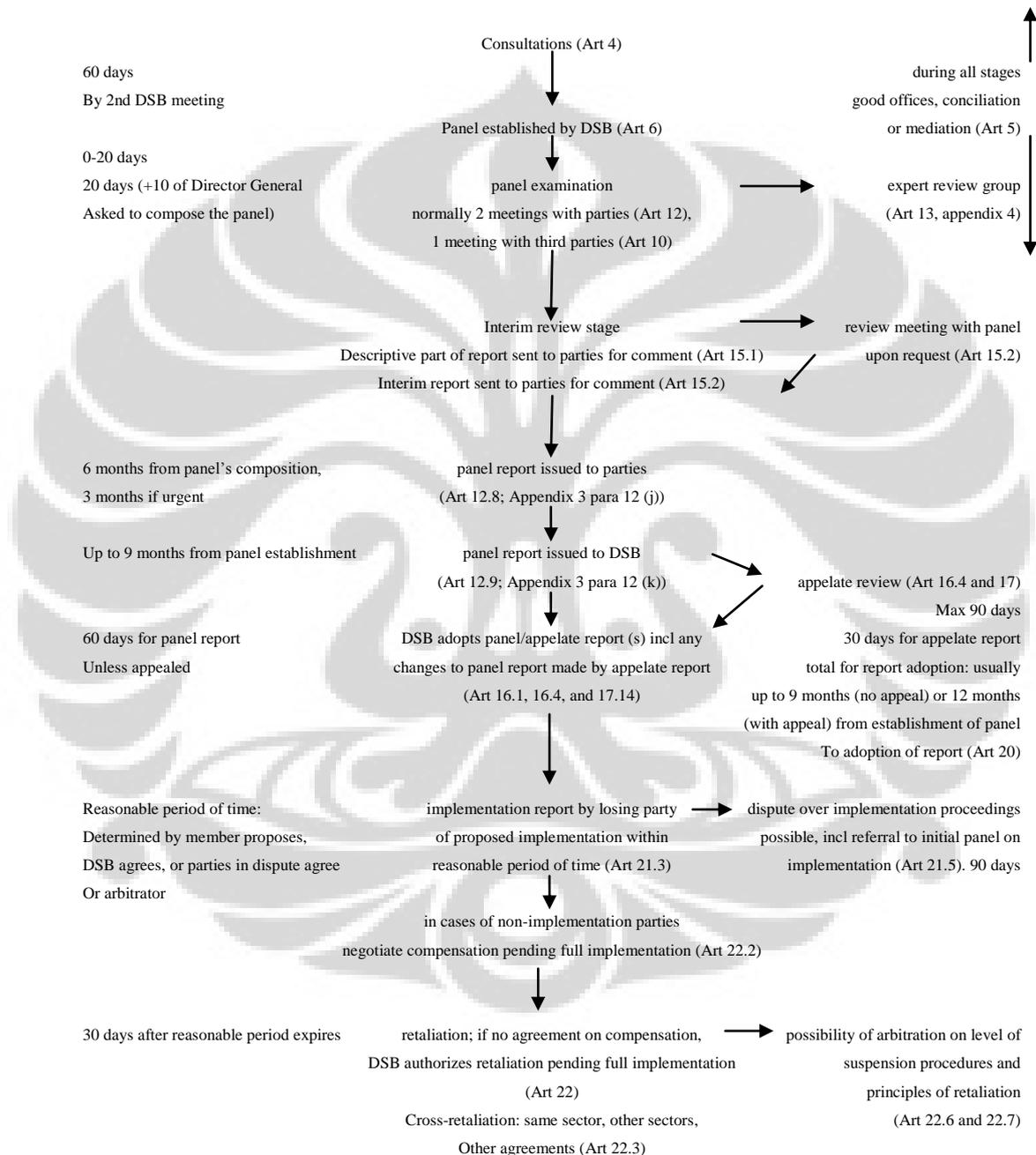
Studi Kasus

Untuk memahami peran *private party* dalam penyelesaian sengketa di WTO terkait dengan *trade remedies*, dapat dilihat dalam laporan inisiasi atas permohonan penyelidikan antidumping terhadap tepung gandum yang berasal dari Australia, Sri Lanka, dan Turki serta kasus *Korea-antidumping duties on imports of certain paper from Indonesia* (WT/DS312/RW). Namun sebelum diuraikan

³⁸ Article 3.1 *Agreement on Safeguards*.

mengenai kasus tersebut, terlebih dahulu disampaikan tahap penyelesaian sengketa di WTO.

Gambar: FLOW CHART OF THE DISPUTE SETTLEMENT PROCESS WTO³⁹



³⁹ WTO, *A Handbook on the WTO Dispute Settlement System*, Cambridge: University Press, 2007, p. 44.

Dari *flow chart* tersebut terlihat bahwa awal penyelesaian sengketa di WTO adalah tahap konsultasi. Namun pada kenyataannya, sebelum tahap konsultasi terdapat tahap awal sebelum memasuki penyelesaian sengketa, seperti inisiasi. Tahap tersebut dapat dianggap sebagai tahap *pre-dispute settlement* atau tahap sebelum dilaksanakannya penyelesaian sengketa.

Di dalam laporan inisiasi atas permohonan penyelidikan antidumping terhadap tepung gandum yang berasal dari Australia, Sri Lanka, dan Turki terlihat bahwa terdapat 3 (tiga) perusahaan (*private party*) yang menjadi pemohon, antara lain PT E, PT S, dan PT P (nama perusahaan dirahasiakan). Permohonan penyelidikan anti dumping ini dilakukan oleh Asosiasi Tepung Terigu Indonesia (APTINDO) untuk dan atas nama industri tepung gandum dalam negeri Indonesia kepada Komite Anti Dumping Indonesia (KADI) untuk dilakukan penyelidikan anti dumping atas impor tepung gandum dengan harga dumping yang berasal dari Australia, Sri Lanka dan Turki yang telah mengakibatkan kerugian material terhadap industri dalam negeri. Di dalam laporan inisiasi tersebut, pemohon dapat melakukan permohonan penyelidikan disertai dengan bukti-bukti yang diserahkan APTINDO kepada KADI termasuk metode penghitungan dan penghitungan *trade remedies*. Pada inisiasi tersebut akan dituliskan mengenai:

- a. Data umum yang mengungkapkan adanya permohonan penyelidikan terhadap *trade remedies*, data pemohon, bukti yang tersedia, barang dalam penyelidikan dan barang sejenis, posisi pemohon mewakili industri dalam negeri (Indonesia), dan produsen/eksportir tepung gandum yang diketahui.
- b. Dumping yang berisi penghitungan dumping
- c. Kerugian yang menguraikan besaran margin dumping
- d. Hubungan kausalitas yang mengungkapkan adanya hubungan sebab dan akibat antara dumping dengan kerugian
- e. Faktor lain yang menguraikan berbagai faktor lain yang mungkin timbul dari keadaan dumping
- f. Prospek yang menunjukkan apakah KADI akan meneruskan atau tidak meneruskan penyelidikan terhadap *trade remedies* tersebut. Dalam kasus tersebut KADI akan meneruskan penyelidikan anti dumping terhadap impor tepung gandum yang berasal dari Australia, Sri Lanka, dan Turki.

Dalam kasus tersebut, *private party* berperan sebagai pemohon dalam inisiasi dumping. Dalam permohonannya tersebut *private party* perlu menyampaikan bukti dan keterangan lain sehingga dapat membuktikan adanya dumping yang telah dilakukan. Dalam inisiasi tersebut *private party* dapat melakukan metode penghitungan dumping dan penghitungan dumpingtonya. Dengan adanya pertimbangan tersebut maka akan ditentukan oleh KADI untuk melanjutkan penyelidikan atau tidak. Terkait dengan hal tersebut, laporan inisiasi tersebut dapat dianggap sebagai bukti permulaan. Dengan sudah mengarahnya atau adanya dugaan yang kuat terhadap terjadinya dumping maka KADI dapat melanjutkan penyelidikan dumping. Namun apabila terjadi kondisi sebaliknya maka KADI dapat menghentikan penyelidikan dumping.

Setelah proses inisiasi tersebut, apabila penyelidikan diteruskan, akan diadakan konsultasi. Sesuai dengan penjelasan sebelumnya, konsultasi dilakukan berdasarkan ketentuan DSU. Dalam hal ini, akan diberikan ilustrasi kasus *Korea-antidumping duties on imports of certain paper from Indonesia* untuk mengamati peran *private party* dalam konsultasi. Dalam *panel report* yang merupakan tahapan setelah dilaksanakannya tahap konsultasi, disebutkan bahwa para pihak adalah Indonesia dengan Korea⁴⁰.

Selain itu, dalam kasus tersebut tidak tergambar adanya tindakan yang dilakukan oleh *private party*. Tindakan hanya dilakukan oleh *The Korean Trade Commission* (KTC) yang melakukan investigasi antidumping terhadap *business information paper and wood-free printing paper* dari Indonesia. Dalam hal ini terlihat tidak ada peran sama sekali dari *private party*, baik di Indonesia maupun di Korea. Sebagai contoh, dalam pembentukan panel yang dilakukan oleh Indonesia setelah adanya implementasi dari putusan DSB, sebagaimana tertulis dalam Annex A dalam WT/DS312/RW. Indonesia meminta konsultasi kembali dengan Korea pada 26 Oktober 2006 yang didasarkan pada pernyataan KTC bahwa dirinya telah melakukan putusan DSB padahal menurut Indonesia, Korea tidak melaksanakan (*fail*) dalam melaksanakan putusan DSB. Dalam hal ini tidak

⁴⁰ WTO, *Korea-antidumping duties on imports of certain paper from Indonesia*, p. 3-4.

ada proses yang melibatkan *private party*. Subjek pada penyelesaian sengketa ini semuanya mengarah kepada negara.

Dengan demikian, ketentuan ini sesuai dengan DSU bahwa para pihak yang bersengketa dalam penyelesaian sengketa di WTO adalah negara. Dengan kata lain, *private party* hanya mendapat kesempatan untuk berperan dalam penyelesaian sengketa *trade remedies* sebatas inisiasi penyelidikan.

B. Peran *Private Party* dalam Penyelesaian Sengketa di NAFTA

NAFTA sebagai organisasi perdagangan regional mempunyai mekanisme penyelesaian sengketa di dalam perjanjiannya. Pengaturan penyelesaian sengketa diatur dalam beberapa chapter, antara lain:

- a. Chapter 11
- b. Chapter 19
- c. Chapter 20⁴¹

Untuk lebih memperjelas penyelesaian sengketa dalam NAFTA, terkait dengan pengaturan dalam chapter 11, 19, dan 20 terkait dengan inisiasi (tahap awal) penyelesaian sengketa dapat digambarkan sebagai berikut:

Tabel 2.1: Inisiasi dalam Penyelesaian Sengketa NAFTA⁴²

Dispute settlement	Initiation
General (ch 20)	Request for consultation by a Member Country
AD & CVD (ch 19)	Request for a panel by a Member country

⁴¹ *Op.cit*, Frederick M Abbott.

⁴² J.H.H. Weiler dan Sungjoon Cho, *The Law of Regional Economic Integration in the American Hemisphere Unit X: Dispute Resolution (General: Ch. 20)*, <www.centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/nafta/Units/documents/NAFTA_UnitX_DisputeResolution_2006>, 26 Januari 2011, hal 3-5.

Investment (ch 11)	Submission to arbitration by an investor of a Party (consent & waiver)
--------------------	--

Sumber: J.H.H. Weiler dan Sungjoon Cho, 2006.

Dari tabel tersebut terlihat bahwa *private party* memperoleh peran yang penting dalam penyelesaian sengketa di bidang investasi. Sedangkan dalam inisiasi penyelesaian sengketa secara umum maupun penyelesaian sengketa di bidang *antidumping/countervailing duties* pihak yang paling berperan adalah negara.

Dalam penyelesaian sengketa di bidang investasi, investor yang merupakan pihak selain negara, merupakan *private party*. Hal ini dikarenakan investor merupakan pihak yang bertindak atas namanya sendiri dan/atau berkelompok, seperti berbentuk perusahaan dan sebagainya. Untuk itu, investor dapat digolongkan dalam pihak *private party*. Namun lebih jelasnya akan diuraikan di bawah ini.

Pengaturan yang diatur dalam chapter 20 merupakan pengaturan mengenai penyelesaian sengketa secara umum. *The principal dispute settlement mechanism is established by Chapter 20 of the NAFTA.*⁴³ Pengaturan mengenai penyelesaian sengketa secara umum diatur mulai article 2003 sampai dengan article 2019. Dalam pengaturan tersebut, pihak yang berperan dalam penyelesaian sengketa adalah anggota NAFTA, yang terdiri dari negara Kanada, Meksiko, dan Amerika Serikat. Sedangkan peran *private party* tidak disebutkan atau tidak diatur dalam ketentuan tersebut. *This mechanism permits each of the State parties – ie. Canada, Mexico, and the US – to bring a claim against another regarding interpretation and application of the agreement. This mechanism is not open to private party claimants.*⁴⁴

Untuk memperjelas chapter 20 NAFTA maka akan diuraikan mengenai arbitral panel yang dibentuk dalam *cross-border trucking services* yang *final report*-nya dilakukan pada 6 Pebruari 2001. Dalam kasus tersebut, pandangan yang disampaikan oleh para pihak dilakukan oleh negara. Dalam kasus ini dilakukan oleh Meksiko dan Amerika Serikat. Meksiko beranggapan bahwa

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

Amerika Serikat telah melanggar ketentuan NAFTA untuk menghapuskan sedikit demi sedikit pembatasan jasa angkutan yang lintas batas negara dan investasi Meksiko pada industri pengangkutan, seperti yang diatur dalam komitmen Amerika Serikat dalam lampiran I. Pada akhir sengketa, panel memberikan rekomendasi kepada negara, dalam hal ini adalah Amerika Serikat, untuk mengambil tindakan yang sesuai dengan ketentuan dalam NAFTA.

Dari kasus tersebut tidak terlihat adanya peran *private party* sebagai salah satu pihak dalam penyelesaian sengketa yang dilakukan dengan menggunakan dasar chapter 20 NAFTA. Hal itu terlihat dari tidak adanya peran *private party* yang disebutkan sebagai para pihak dalam penyelesaian sengketa tersebut. Sebagai contoh bahwa pandangan negara serta temuan dan rekomendasi yang disampaikan panel tersebut tidak menyinggung dan tidak ditujukan kepada *private party*. Dalam hal ini rekomendasi mengarah pada perubahan kebijakan yang telah dilakukan oleh Amerika Serikat agar sejalan dengan ketentuan NAFTA. Untuk itu, hal tersebut sejalan dengan chapter 20 NAFTA bahwa penyelesaian sengketa terkait pada chapter tersebut tidak diperuntukkan bagi atau tidak diberikan kesempatan untuk berperan bagi *private party* menjadi salah satu pihak yang bersengketa.

Chapter 19 NAFTA mengatur mengenai *review and dispute settlement in antidumping/countervailing duty matters*. Pengaturan tersebut mengatur mengenai penyelesaian sengketa terkait dengan tindakan dumping maupun *countervailing duty*. Selain itu, chapter 19 juga mengatur mengenai pengaturan substansial mengenai *antidumping/countervailing duty*.

Terkait dengan penyelesaian sengketa yang diatur dalam chapter 19 NAFTA, *private party* mempunyai peran dalam pelaksanaan konsultasi. Konsultasi dilaksanakan setahun sekali atau berdasarkan permintaan para pihak. Konsultasi dilakukan untuk mempertimbangkan permasalahan yang mungkin akan timbul dalam implementasi atau pelaksanaan chapter 19 NAFTA dan merekomendasikan solusi.⁴⁵

⁴⁵ Article 1907.1 NAFTA.

... In the context of these consultations, the Parties agree that it is desirable in the administration of antidumping and countervailing duty laws to:

- ...
- (c) provide explicit written notice and instructions as to the information required from interested parties and reasonable time to respond to requests for information.

...

 - (e) provide an opportunity for interested parties to present facts and arguments, to the extent time permits, including an opportunity to comment on the preliminary determination of dumping or of subsidization.

...

 - (h) provide disclosure of relevant information, including an explanation of the calculation or the methodology used to determine the margin of dumping or the amount of the subsidy, on which any preliminary or final determination of dumping or of subsidization is based, within a reasonable time after a request by interested parties.⁴⁶

Dalam ketentuan tersebut menyebutkan adanya peran *interested party* dalam proses penyelesaian sengketa. *Interested party* yang dimaksud adalah *includes foreign interests*⁴⁷. Dalam article 1911 NAFTA tersebut diperjelas pula mengenai definisi *foreign interests includes exporters or producers of the Party whose goods are the subject of the proceeding or, in the case of a countervailing duty proceeding, the government of the Party whose goods are the subject of the proceeding*⁴⁸. Dari ketentuan tersebut diatur bahwa *interested parties* termasuk eksportir maupun produsen, yang sering disebut sebagai pihak selain negara. Pihak tersebut sering disebut sebagai *private party*.

Dalam penyelesaian sengketa terkait dengan *antidumping/countervailing duties* pada NAFTA tersebut, konsultasi berperan dalam:

1. Memberikan pernyataan dan mengarahkan terkait informasi yang dibutuhkan *Parties* (dalam hal ini adalah negara anggota NAFTA).

⁴⁶ Article 1907.3 NAFTA.

⁴⁷ Article 1911 NAFTA

⁴⁸ *Ibid.*

2. Memberikan kesempatan kepada *interested parties* untuk menyediakan fakta dan argumentasi termasuk kesempatan untuk memberikan saran dalam penentuan awal dumping atau subsidi.
3. Memberikan informasi yang terkait dalam *antidumping/countervailing duties*, termasuk penghitungan atau metode yang digunakan untuk menentukan margin dumping atau besaran subsidi, dalam penentuan awal atau penentuan akhir dari dumping atau subsidi, dalam waktu yang cukup beralasan setelah dimintakan oleh *interested party*.

Dari hal tersebut dapat menyampaikan informasi dan data terkait dengan *trade remedies*, termasuk penghitungan margin dumping. Untuk itu, *interested party* mempunyai peranan dalam penyelesaian sengketa *trade remedies* meskipun penyampaian inisiasi dilakukan oleh pemerintah.

Penyelesaian sengketa *antidumping/countervailing duty* pada NAFTA diawali dengan adanya penentuan dumping oleh negara. Penentuan tersebut diawali dengan adanya pemberian informasi dan data terkait dengan *trade remedies* oleh *private party*. Namun tidak itu saja yang diberikan oleh *private party*. Penghitungan margin dumping juga dapat disampaikan oleh *private party*. Dengan informasi dan data tersebut dilanjutkan dengan penentuan tindakan *antidumping/countervailing duty* atau dalam hal ini disebut sebagai *final antidumping and countervailing duty determinations*⁴⁹. Setelah adanya *final determinations* tersebut maka putusan tersebut dapat diajukan banding atau *review*.

Final determination diatur berbeda pada masing-masing negara anggota. Di Amerika Serikat ditentukan bahwa *final determination* adalah sebagai berikut:

- (i) a final affirmative determination by the International Trade Administration of the United States Department of Commerce or by the United States International Trade Commission under section 705 or 735

⁴⁹ *Final determination* diatur berbeda pada tiap negara anggota. Hal tersebut didasarkan pada peraturan yang mengatur mengenai *antidumping/countervailing duty* pada masing-masing negara anggota yang menentukan tindakan *dumping/countervailing duty* yang dilakukan negara anggota lain. Lihat Annex 1911 NAFTA.

of the *Tariff Act of 1930*, as amended, including any negative part of such a determination

- (ii) a final negative determination by the International Trade Administration of the United States Department of Commerce or by the United States International Trade Commission under section 705 or 735 of the *Tariff Act of 1930*, as amended, including any affirmative part of such a determination
- (iii) a final determination, other than a determination in (iv), under section 751 of the *Tariff Act of 1930*, as amended
- (iv) a determination by the United States International Trade Commission under section 751(b) of the *Tariff Act of 1930*, as amended, not to review a determination based on changed circumstances, and
- (v) a final determination by the International Trade Administration of the United States Department of Commerce as to whether a particular type of merchandise is within the class or kind of merchandise described in an existing finding of dumping or antidumping or countervailing duty order

Sedangkan di Kanada ditentukan sebagai berikut:

- (i) an order or finding of the Canadian International Trade Tribunal under subsection 43(1) of the *Special Import Measures Act*,
- (ii) an order by the Canadian International Trade Tribunal under subsection 76(4) of the *Special Import Measures Act*, as amended, continuing an order or finding made under subsection 43(1) of the Act with or without amendment,
- (iii) a determination by the Deputy Minister of National Revenue for Customs and Excise pursuant to section 41 of the *Special Import Measures Act*, as amended,
- (iv) a redetermination by the Deputy Minister pursuant to section 59 of the *Special Import Measures Act*, as amended,
- (v) a decision by the Canadian International Trade Tribunal pursuant to subsection 76(3) of the *Special Import Measures Act*, as amended, not to initiate a review,

- (vi) a reconsideration by the Canadian International Trade Tribunal pursuant to subsection 91(3) of the *Special Import Measures Act*, as amended, and
- (vii) a review by the Deputy Minister of an undertaking pursuant to subsection 53(1) of the *Special Import Measures Act*, as amended.

Sedangkan di Meksiko ditentukan *final determination*, sebagai berikut:

- (i) a final resolution regarding antidumping or countervailing duties investigations by the *Secretaría de Comercio y Fomento Industrial* ("Secretariat of Trade and Industrial Development"), pursuant to Article 13 of the *Ley Reglamentaria del Artículo 131 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en Materia de Comercio Exterior* ("*Foreign Trade Act Implementing Article 131 of the Constitution of the United Mexican States*"), as amended,
- (ii) a final resolution regarding an annual administrative review of antidumping or countervailing duties by the *Secretariat of Trade and Industrial Development* ("*Secretaría de Comercio y Fomento Industrial*"), as described in paragraph (o) of its Schedule to Annex 1904.15, and
- (iii) a final resolution by the *Secretariat of Trade and Industrial Development* ("*Secretaría de Comercio y Fomento Industrial*"), as to whether a particular type of merchandise is within the class or kind of merchandise described in an existing antidumping or countervailing duty resolution.

Dalam pelaksanaan sengketa *antidumping/countervailing duty*, pada saat melakukan *review* tersebut, *private party* dapat melakukan permintaan untuk melakukan *review* melalui pembentukan binational panel. Sebagaimana dalam contoh kasus *Stainless Steel Sheet and Strip in Coils from Mexico: Final Results of 2004/2005 Antidumping Review*. Inisiasi untuk pembentukan panel. Inisiasi dilakukan terkait dengan *Final Administrative Review pertaining to Stainless Steel Sheet and Strip in Coils from Mexico*, yang dikeluarkan oleh *Administrating Authority, the United States Department of Commerce* (DOC). Pemohon dalam kasus tersebut adalah ThyssenKrupp Mexinox S.A. de C.V. and Mexinox USA, Inc. ("Mexinox"), AK Steel Corporation, Allegheny Ludlum Corporation, dan

North American Stainless. Dalam hal ini, pihak pemohon tersebut merupakan pihak yang termasuk dalam *private party*.

Dalam kasus tersebut disampaikan bahwa telah dilaksanakan penyampaian argumen lisan pada tanggal 10 September 2009 di Washington. Setelah itu, dalam pelaksanaan penyelesaian sengketa, *private party* memberikan argumentasi terkait permasalahan yang diajukan dalam panel tersebut. Dalam kasus ini disampaikan beberapa permasalahan, antara lain: penerapan *zeroing* yang tidak sesuai dengan *American Law*, kesesuaian penilaian rasio biaya penjualan tidak langsung terhadap hukum yang berlaku, kesesuaian penilaian *net financial expenses ratio* yang tidak didukung dengan bukti pokok terhadap hukum yang berlaku, analisis *level of trade (LOT)* didukung dengan bukti pokok dan terkait pula dengan kesesuaiannya dengan hukum yang berlaku, dan perlakuan terhadap inventarisasi Mexinox membutuhkan biaya sebagai inventarisasi tertentu Amerika Serikat sebagai biaya penjualan tidak langsung didukung dengan bukti pokok.⁵⁰

Argumentasi disampaikan oleh masing-masing pihak, baik *private party*, yang dalam kasus ini merupakan pemohon (*petitioners*) maupun DOC. Masing-masing pihak tersebut juga menyampaikan tanggapan terhadap argumentasi yang disampaikan oleh pemohon tersebut. Setelah mendengarkan argumen lisan maupun argumen dan tanggapan dari masing-masing pihak, panel memutuskan sengketa diantara para pihak.

Chapter 11 NAFTA mengatur mengenai investasi. Dalam pengaturan tersebut mengatur pula mengenai penyelesaian sengketa, yang diatur dalam section B chapter 11 NAFTA, yang diatur dalam article 1115 NAFTA sampai dengan article 1138 NAFTA. Penyelesaian sengketa pada article tersebut mengatur adanya kebolehan investor untuk bersengketa dengan negara yang merupakan anggota NAFTA. *Pursuant to Chapter 11, a private investor from a party is permitted to forgo national court challenge of an alleged or unlawful taking of an investment in another party and to initiate a claim against the host government at the International Centre for Settlement of Investment Disputes*

⁵⁰ Diringkas dari kasus *Stainless Steel Sheet and Strip in Coils from Mexico: Final Results of 2004/2005 Antidumping Review*. NAFTA, *Stainless Steel Sheet and Strip in Coils from Mexico: Final Results of 2004/2005 Antidumping Review*, <<http://www.worldtradelaw.net/nafta19/stainlessincoils-dumping-nafta19.pdf>>, diakses tanggal 22 Juni 2011.

(ICSID) or ICSID additional facility rules, or under the rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL).⁵¹

Dari ketentuan chapter 11 tersebut, *private party* mempunyai peran yang lebih besar daripada ketentuan penyelesaian sengketa yang lainnya dalam NAFTA. Dalam penyelesaian sengketa di bidang investasi, *private party* berperan sebagai salah satu pihak yang bersengketa sedangkan pihak lawan adalah negara yang merupakan anggota NAFTA maupun negara tempat *private party* bertempat sesuai *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) atau *United Nations Commission on International Trade Law* (UNCITRAL).

Terkait dengan peran *private party* yang lebih besar di dalam penyelesaian sengketa di bidang investasi daripada di bidang lainnya, akan diperjelas dengan kasus S.D. Myers⁵². Dalam kasus tersebut, S.D. Myers melakukan inisiasi arbitrase terhadap Kanada. Setelah itu, S.D. Myers berperan sebagai dirinya sendiri selama proses penyelesaian sengketa berlangsung. Hal tersebut terlihat dari adanya para pihak dalam kasus ini, yaitu antara S.D. Myers dengan Kanada. Selain itu, disebutkan bahwa Methanex melakukan kegiatan penyelesaian sengketa untuk dan atas nama dirinya sendiri, yang terlihat dari tindakan *notice of arbitration* dan tindakan lain dalam proses penyelesaian sengketa tersebut. Dalam kasus ini, S.D. Myers memperoleh haknya dan Kanada diwajibkan membayar biaya arbitrase, bantuan hukum, dan *interest* kepada S.D. Myers. Total biaya yang dibayarkan oleh Kanada kepada S.D. Myers adalah sebesar CAN\$6.050.000 tidak termasuk *interest*.

Dengan adanya kasus tersebut dapat terlihat bahwa *private party* masih mempunyai peluang untuk mendapatkan haknya. Hal ini dikarenakan *private party* akan membela hak yang dimilikinya sekuat mungkin. Seperti yang terlihat dalam kasus tersebut, *private party* dapat mempertahankan haknya dari negara lain.

⁵¹ *Op.cit*, Frederick M. Abbott, hal. 3.

⁵² Foreign Affairs and International Trade Canada, <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/sdm.aspx?lang=en>>, diakses tanggal 1 Juli 2011.

C. Perbandingan Persamaan dan Perbedaan Peran *Private Party* dalam Penyelesaian Sengketa di WTO dan NAFTA

Masing-masing organisasi perdagangan, baik WTO maupun NAFTA, memiliki pengaturan mengenai penyelesaian sengketa. Pengaturan mengenai penyelesaian sengketa tersebut ada yang memiliki persamaan namun ada pula yang memiliki perbedaan. Sebagaimana disebutkan dalam teori perbandingan hukum yang disampaikan Cruz bahwa dari satu sistem hukum dengan sistem hukum lainnya akan muncul persamaan dan perbedaan. Tentunya dalam hal ini, terkait dengan konteks peran *private party* dalam penyelesaian sengketa. Hal tersebut terlihat dari adanya persamaan dan perbedaan yang telah diuraikan di atas.

Dalam penyelesaian sengketa secara umum, yang diatur dalam DSU maupun chapter 20 NAFTA, keduanya menegaskan tidak adanya peran *private party* sebagai para pihak di dalam proses tersebut. Dengan demikian terdapat persamaan peran *private party* dalam penyelesaian sengketa antara WTO dengan NAFTA bahwa secara umum penyelesaian sengketa dilakukan oleh masing-masing anggota, berbentuk negara, dengan tidak mengakomodir adanya peran *private party* dalam proses penyelesaian sengketa tersebut.

Namun meskipun tidak menjadi para pihak atau salah satu pihak yang bersengketa dalam WTO dan NAFTA, sesuai DSU dan chapter 20 NAFTA, *private party* tetap mempunyai peran. Peran tersebut tidak tergambar dalam pengaturan kedua peraturan tersebut. Dalam hal ini, *private party* mempunyai peran dalam memberikan informasi maupun data terkait dengan sengketa yang sedang dilaksanakan. Selain itu, tidak menutup kemungkinan bahwa *private party* menjadi bagian dari tim suatu negara yang merupakan salah satu pihak dalam penyelesaian sengketa tersebut. Dengan kata lain, *private party* masih mempunyai kesempatan dalam berperan dalam penyelesaian sengketa meskipun kedudukannya bukan menjadi salah satu pihak yang bersengketa.

Dengan kedudukannya bukan menjadi salah satu pihak yang bersengketa, kedudukannya menjadi lemah. Lemahnya kedudukan tersebut didasarkan pada *private party* tidak dapat membela kepentingannya secara dirinya sendiri namun harus menggunakan kewenangan negara. Tentunya dengan berada di bawah

kewenangan negara maka tindakan yang dilakukan oleh *private party* menjadi lebih terbatas. Dengan kata lain perlu adanya koordinasi dengan pihak negara dan tindakannya dikontrol oleh negara. Dengan keadaan tersebut tidak jarang mengakibatkan tidak terpenuhinya kepentingan *private party* dalam penyelesaian sengketa yang dilaksanakan.

Penyelesaian sengketa *trade remedies* di WTO mengamanatkan adanya kewajiban bagi pihak yang berwenang untuk memperoleh pemberitahuan atau pernyataan (*notice*) untuk dan atas nama *private party* serta memperoleh gambaran serta saran dari *private party* sebelum melakukan inisiasi. Sedangkan penyelesaian sengketa *trade remedies* di NAFTA meskipun tidak disebutkan secara jelas harus melibatkan *private party* namun ketentuan tersebut terlihat dari adanya konsultasi yang dilakukan oleh *authorities party* yang menyampaikan berbagai informasi yang berkaitan dengan *antidumping/countervailing duty*, seperti *private party* dalam memberikan pernyataan (*notice*), menyampaikan fakta dan argumentasi serta saran dalam penentuan awal dumping atau subsidi, serta menyampaikan informasi terkait lainnya, termasuk penghitungan atau metode yang digunakan untuk menentukan margin dumping atau besaran subsidi.

Meskipun pengaturan terkait dengan inisiasi terhadap tindakan *trade remedies* tidak dilakukan secara sama antara WTO dengan NAFTA namun secara garis besar, penyelesaian sengketa tersebut memberikan peran yang serupa bagi *private party*. Kedua perjanjian perdagangan tersebut memberikan kesempatan *private party* untuk menyampaikan keterangan, baik berupa fakta, argumentasi sebelum dilakukan inisiasi, meskipun di NAFTA dijelaskan bahwa *private party* juga dapat memberikan saran tindakan atau saran metode penghitungan. Tentunya hal ini memberikan kesempatan bagi *private party* dalam proses penyelesaian sengketa.

Peran *private party* dalam *trade remedies* di WTO tersebut hanya sebatas hal itu sehingga tidak berlanjut dalam proses penyelesaian sengketa selanjutnya. Proses selanjutnya adalah konsultasi yang merupakan bagian dari ketentuan DSU. Sedangkan dalam proses lebih lanjut, NAFTA mempunyai mekanisme binational panel yang merupakan tahap dalam proses penyelesaian sengketa di bidang *antidumping/countervailing duties* untuk meninjau kembali *final determination*

yang telah diputuskan suatu negara. Terkait dengan hal tersebut, *private party* diperbolehkan untuk mengajukan permohonan pembentukan binational panel serta menyampaikan argumen dan memberikan tanggapan atas argumen yang disampaikan negara, bahkan *private party* dapat pula diberikan kewajiban, larangan, sanksi, atau mendapat hak sesuai dengan putusan yang diberikan oleh binational panel. Dengan demikian maka ketentuan adanya pelibatan *private party* dalam binational panel tersebut merupakan perbedaan antara NAFTA dengan WTO dalam penyelesaian sengketa di bidang *trade remedies*.

Selain itu, penyelesaian sengketa di NAFTA terdapat perbedaan dengan WTO terkait adanya peran *private party* dalam bersengketa di bidang investasi. Terkait dengan hal ini, WTO tidak memberikan kesempatan atau peran kepada *private party* untuk melakukan penyelesaian sengketa. *The WTO does not grant substantive rights to private parties or give them access to the dispute settlement mechanism.*⁵³ WTO memberikan peran tersebut tetap kepada negara.

Sedangkan pada NAFTA, *private party* dapat bersengketa dengan negara. *Chapter 11 is unique (among NAFTA provisions) in allowing private investors to enforce government obligations under NAFTA articles 1116 and 1117.*⁵⁴ Article tersebut merupakan article yang berkaitan dengan klaim investor, baik untuk atas namanya sendiri atau atas nama perusahaan. Dengan adanya pengaturan tersebut maka investor selaku *private party* dapat menjadi pihak dan bersengketa dengan negara. Peran *private party* dapat berperan selama proses penyelesaian sengketa berlangsung, dari awal permohonan sampai dengan diberikannya putusan dari arbiter.

⁵³ Institute for International Economics, *Dispute Settlement Systems*, <www.piie.com/publications/chapters_preview/332_04iie3349>, diakses tanggal 26 Januari 2011, hal. 204.

⁵⁴ *Ibid*, hal. 203-204.

BAB III
KEKURANGAN DAN KELEBIHAN PENGATURAN PERANAN
***PRIVATE PARTY* DALAM PENYELESAIAN SENGKETA DI WTO**
DENGAN DI NAFTA

Sebagaimana telah dibahas sebelumnya, terdapat perbedaan peran *private party* dalam penyelesaian sengketa di WTO maupun di NAFTA. Secara garis besar, *private party* dapat bertindak untuk dan atas nama dirinya sendiri atau perusahaan serta berperan sebagai salah satu pihak dalam penyelesaian sengketa di NAFTA, baik terkait investasi maupun peninjauan atas *final determination antidumping/countervailing duty*.

Trade remedy disputes are covered by NAFTA chapter 19 and involve the use of binational panels to settle disagreements over the outcome of national anti-dumping and countervailing duty investigations, giving private parties the right to have these decisions reviewed by binational panels. A similar process for government-to-government disputes is covered by chapter 20 of the treaty.⁵⁵

Ketentuan pada chapter 19 NAFTA tersebut memberikan kesempatan kepada *private party* untuk berperan setara dengan negara sebagaimana peran negara dalam chapter 20 NAFTA. Dengan kesempatan tersebut, *private party* mempunyai kedudukan setara dengan negara sebagai salah satu pihak dalam penyelesaian sengketa sesuai chapter 19 NAFTA.

Pelibatan *private party* sebagai salah satu pihak yang bersengketa tersebut tertutup atau tidak dimungkinkan terjadi dalam penyelesaian sengketa di WTO. WTO dibentuk sebagai forum yang para pihak dalam penyelesaian sengketa merupakan antarnegara. *The WTO is designed as an interstate agreement.*⁵⁶ Dalam penyelesaian sengketa di WTO, *private party* hanya dapat mengajukan inisiasi untuk dilakukan proses investigasi terkait dengan *trade remedies* namun proses penyelesaian sengketa selanjutnya diserahkan kepada negara yang berperan

⁵⁵ Lawrence L. Herman, *Trend Spotting: NAFTA Disputes After Fifteen Years*, <www.cdhowe.org/pdf/backgroundunder_133>, diakses tanggal 26 Januari 2011, hal 1.

⁵⁶ *Op.cit.*, Institute for International Economics, hal. 204.

sebagai pihak dalam penyelesaian sengketa di WTO meskipun sebenarnya *private party* masih berperan dalam penyelesaian sengketa tersebut, dengan memberi data atau informasi serta bergabung dengan tim dari negara tersebut. Ketentuan mengenai terlibatnya *private party* untuk berperan dalam penyelesaian sengketa di WTO tidak diatur dalam aturan WTO sehingga hal tersebut masih diperbolehkan. Namun dengan bergabungnya *private party* dalam tim yang dibentuk negara maka tentu tindakannya akan dituliskan sebagai atas nama negara sehingga seolah-olah tidak akan terlihat adanya peran *private party* dalam penyelesaian sengketa di WTO. Tentunya untuk selanjutnya pembahasan mengenai peran *private party* sebagai partisipan (bukan sebagai salah satu pihak dalam penyelesaian sengketa) dianggap bahwa *private party* tidak mempunyai peran dan tidak akan dibahas dalam penelitian selanjutnya. Hal ini dikarenakan segala tindakan *private party* sebagai partisipan akan dicatat sebagai tindakan yang dilakukan oleh negara sehingga seolah-olah *private party* tidak mempunyai peran dalam penyelesaian sengketa tersebut. Selain itu, tindakan *private party* tersebut tidak akan terlihat dimanakah perannya karena segala tindakan yang dilakukannya merupakan representasi dari negara.

Merujuk pada perbandingan penyelesaian sengketa di WTO dan NAFTA tersebut, terlihat adanya pembatasan peran *private party* dalam penyelesaian sengketa di WTO. Pembatasan tersebut tentunya akan berdampak kepada *private party*. Di sisi lain, pemberian kesempatan kepada *private party* pada penyelesaian sengketa di NAFTA memberikan dampak besar kepada *private party*. Untuk itu, selanjutnya akan diperbandingkan mengenai kekurangan dan kelebihan dalam penyelesaian sengketa yang para pihaknya adalah negara dengan penyelesaian sengketa antara negara dengan *private party*.

Dengan adanya pihak yang bersengketa tersebut berbeda, ada penyelesaian sengketa antara negara dengan negara atau antara *private party* dengan negara, hal ini juga memberikan perbedaan pertimbangan dalam melakukan penyelesaian sengketa.

A state thinking about starting a case needs to consider other political relationships, with the state in question or with other states, as well as domestic political issues.⁵⁷

Pertimbangan yang dilakukan oleh suatu negara dalam penyelesaian sengketa lebih ditekankan pada pertimbangan politis dan hubungan antarnegara. Dengan adanya pertimbangan demikian maka pelaksanaan penyelesaian sengketa, baik mulai dari permohonan maupun proses penyelesaian sengketa, dapat dilakukan dengan pertimbangan politis maupun hubungan antarnegara. Dengan kata lain, sengketa diselesaikan dengan pertimbangan non hukum.

Dengan adanya pertimbangan selain pertimbangan hukum dalam pelaksanaan penyelesaian sengketa antarnegara, hal tersebut membuat pokok permasalahan yang muncul dari suatu sengketa (pokok sengketa) dapat tidak terjangkau atau tidak dapat diatasi dengan adanya penyelesaian sengketa tersebut yang berdampak pada kepentingan *private party* menjadi terganggu.

Pertimbangan politik menjadikan subjek hukum tidak sama kedudukannya di depan hukum. Hal ini dikarenakan kedudukan subjek hukum ditentukan oleh kekuatan politis. Dalam hal kekuatan menekan (politis) suatu negara lebih besar daripada negara lain (pihak lain dalam penyelesaian sengketa), hal tersebut dapat memberikan keuntungan bagi negara yang kekuatan menekan (politis) lebih besar tersebut yang berdampak pada perusahaan di dalam negara tersebut. Demikian pula berlaku sebaliknya.

In short, when a WTO Member ignores the ruling, private companies run the risk of not being protected by a system that on the one hand make them bear all the costs of non-compliance and, on the other, does not allow private parties to rely on the DSB's decisions before any court.⁵⁸

Pertimbangan politis tersebut dapat membuat keadaan lebih buruk apabila negara sebagai pihak yang dapat melakukan penyelesaian sengketa mengabaikan

⁵⁷ International Institute for Sustainable Development, *Private Rights, Public Problems: A Guide to NAFTA's Controversial Chapter on Investor Rights*, <www.iisd.org/pdf/trade_citizensguide>, diakses tanggal 13 Januari 2011, hal 19.

⁵⁸ Alberto Alemanno, *Private Party and WTO Dispute Settlement System*, dalam Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers, hal. 11.

ketentuan dan perannya dalam penyelesaian sengketa sehingga tidak melindungi kepentingan *private party*. Dengan keadaan negara mengabaikan perannya tersebut, *private party* dalam posisi yang sangat dirugikan karena *private party* yang harus menanggung biaya atau kerugian yang mungkin muncul karena penyelesaian sengketa dilaksanakan tidak berdasarkan hukum yang berlaku sehingga tidak memperhatikan hak dan kewajiban masing-masing pihak. Sedangkan di sisi lain, *private party* tidak dapat membela hak yang seharusnya dapat diperolehnya. Hal ini dikarenakan *private party* tidak mempunyai kapabilitas untuk bertindak untuk dan atas dirinya sendiri sebagai salah satu pihak dalam penyelesaian sengketa.

Dengan tidak menjadi salah satu pihak dalam penyelesaian sengketa maka hak tersebut tidak dapat dipertahankan oleh dirinya sendiri, atau dengan kata lain akan bergantung pada orang atau entitas lain. Dalam hal *private party* bergantung pada entitas lain maka kompetensi entitas lain tersebut sangat menentukan dalam penyelesaian sengketa. Hal ini akan berbeda apabila *private party* bergantung pada dirinya sendiri dalam proses penyelesaian sengketa yang bertujuan untuk memperoleh haknya. Hal ini tentu akan mempengaruhi psikologis, mental, dan usaha yang dilakukan dalam proses penyelesaian sengketa.

Dalam hal *private party* dapat bertindak sebagai salah satu pihak dalam penyelesaian sengketa di bidang perdagangan antarnegara, hal tersebut memberikan orientasi yang berbeda dalam memberikan pertimbangan ketika melakukan penyelesaian sengketa. Pertimbangan yang dilakukan oleh *private party* lebih didasarkan pada kepentingan *private party* tersebut.

Many companies, however, are quite comfortable operating in a context of legal “battle” with governments in the pursuit of their corporate interest. Indeed, trade law experts and negotiators have expressed the view that private participants in the trade law system are not constrained by anything other than their self-interest, which strongly differentiates them from governments that have to balance many public policy objectives in making any decision.⁵⁹

⁵⁹ *Op.cit*, IISD, hal. 20 mengutip Jonathan Fried, Globalization and International law-Some Thoughts for Citizens and States, Queen Law Journal, 23, 1997, hal 251.

Pertimbangan *private party* dalam proses penyelesaian sengketa merupakan kepentingan *private party*. Tentunya *private party* tidak akan melakukan penyelesaian sengketa yang didasarkan pada kepentingan politis dan kebijakan publik karena kedudukan *private party* bukanlah sebagai pembuat kebijakan publik namun sebagai pelaku usaha yang berdiri sendiri. Untuk itu, pertimbangan yang digunakan adalah *private party*.

Pertimbangan hukum tersebut yang dipakai oleh *private party* dalam proses penyelesaian sengketa. Hal ini tentunya karena *private party* tidak mempunyai tugas dalam merumuskan kebijakan publik dan menjaga hubungan dengan negara lain. Untuk itu, pertimbangan yang dilakukan ketika terjadi penyelesaian sengketa menjadi berbeda, apabila salah satu pihaknya berbeda.

Perbedaan para pihak dalam proses penyelesaian sengketa juga mempengaruhi posisi negara sebagai pihak lain dalam proses penyelesaian sengketa tersebut. Dengan pihak lain merupakan *private parties* maka pertimbangan dalam melakukan penyelesaian sengketa tidak selalu didasarkan pada pertimbangan politis dan hubungan antarnegara. Hal ini dikarenakan permohonan yang disampaikan oleh *private party* hanya karena permasalahan hukum sehingga negara juga memberikan tanggapan sesuai dengan pertimbangan hukum, meskipun tidak menutup kemungkinan masih adanya pertimbangan politis dalam memberikan tanggapan mengingat posisi negara berkewajiban melindungi warga negaranya.

Dalam menggambarkan adanya pertimbangan politik dan hubungan antarnegara, dalam penyelesaian sengketa di WTO pernah terjadi kasus yang karena pertimbangan politik dan hubungan antarnegara maka putusan panel WTO tidak dilaksanakan. Kasus tersebut merupakan *Korea-Antidumping Duties on Imports of Certain Paper From Indonesia* dengan registrasi WT/DS312/RW. Putusan panel dikeluarkan pada 28 September 2007 dan tidak ada *appeal* terhadap putusan panel tersebut. Dalam putusan tersebut, Korea, dalam hal ini The Korean Trade Commission (KTC) dinyatakan melanggar ketentuan WTO, dalam hal ini *Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994*.

- a. The KTC acted inconsistently with Article 6.8 of the Agreement and paragraph 7 of Annex II by failing to exercise special circumspection in the use of information from secondary sources in its effort to base its determination of CMI's interest expenses on the best information available.
- b. The KTC acted inconsistently with its obligation under Article 6.2 of the Agreement by declining to provide the Sinar Mas Group with an opportunity to make comments on the evaluation of the injury factors under Article 3.4.⁶⁰

Putusan tersebut telah secara tegas menyebutkan adanya pelanggaran yang dilakukan oleh Korea. Untuk itu, Indonesia dapat mengupayakan supaya putusan tersebut dilaksanakan oleh Korea.

Menurut Herry Soetanto, Dirjen Kerjasama Perdagangan Internasional, Departemen Perdagangan, kepada Harian Sinar Baru, Indonesia telah menyampaikan *concern*-nya mengenai putusan DSB tersebut kepada Duta Besar Korea Selatan pada saat menerima Duta Besar Korea Selatan tersebut di Jakarta pada hari Kamis, 3 Oktober 2010.

Pada kesempatan yang sama, Herry Soetanto juga mengatakan bahwa Korea Selatan masih memiliki kesempatan untuk melakukan banding terhadap putusan DSB tersebut. Jika Korea tidak juga mematuhi putusan DSB, maka Indonesia dapat meminta izin kepada WTO untuk melakukan retaliasi (tindakan balasan).

“Retaliasi itu bisa luas bukan hanya barang tapi juga antarsektor. Ini kan sengketa kebijakan, bukan perusahaan atau perorangan, kompensasinya bisa macam-macam”, jelasnya.⁶¹

Dari pernyataan di atas, tindakan yang dilakukan oleh Indonesia sebagai negara merupakan tindakan balasan yang berkaitan dengan sengketa kebijakan. Dengan demikian kebijakan tersebut akan berkaitan dengan aspek kehidupan secara luas, termasuk pula pertimbangan politik dan sebagainya. Untuk itu, sengketa antarnegara dapat mengarah pada pertimbangan politik dan hubungan antarnegara.

Terkait dengan hal tersebut, pada kasus ini, pihak swasta (*private party*) menyarankan agar pemerintah Indonesia melakukan tindakan yang tegas agar

⁶⁰ *Op.cit*, WTO, *Korea-Antidumping Duties on Imports of Certain Paper From Indonesia*, 2007, p. 95.

⁶¹ Franzeska Lasma, *Analisis Yuridis Penyelesaian Sengketa Dagang melalui WTO terhadap Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Korea Selatan*, Jakarta: Universitas Indonesia, 2010, hal. 103-104.

tidak diremehkan negara lain. Sedangkan beberapa pihak yang lain menyarankan tindakan balasan sesuai dengan ketentuan hukum yang berlaku, yaitu hukum WTO, sebagaimana telah diatur dalam Article 22 DSU. Saran tindakan tersebut dilakukan oleh *Advisory Centre on WTO Law (ACWL)* dan Duta Besar RI untuk WTO. Saran tersebut agar pemerintah Indonesia meminta otorisasi kepada Ketua DSB untuk tindakan retaliasi.⁶²

Menteri Perdagangan memberikan pengarahan agar sebaiknya terlebih dahulu melakukan langkah-langkah bilateral sesuai dengan aturan WTO guna menjajagi kesiapan Korea Selatan melaksanakan keputusan panel. Apabila langkah-langkah di atas tidak membuahkan hasil, maka baru mengambil langkah melalui retaliasi, sepanjang Indonesia sudah mantap dengan persiapan ke arah itu, termasuk berkonsultasi dengan pihak swasta yang langsung berkepentingan, terutama industri dalam negeri yang memerlukan bahan baku/penolong yang dipasok oleh Korea Selatan. Selain itu, Menteri Perdagangan juga menyarankan agar Indonesia tidak terlalu menonjolkan kata-kata retaliasi (*low profile*), karena apabila Indonesia tidak benar-benar dapat melakukan retaliasi maka *credibility* Indonesia akan menjadi taruhannya.⁶³

Dari kutipan tersebut, terlihat bahwa untuk melaksanakan putusan panel, pemerintah Indonesia akan melakukan beberapa tindakan sebagai berikut:

1. Mengupayakan langkah-langkah bilateral.
2. Apabila langkah pertama gagal maka dapat dilakukan retaliasi dengan syarat Indonesia harus sudah siap dengan tidak bergantung kepada Korea.
3. Mempertimbangkan kesiapan dalam melaksanakan retaliasi merupakan syarat utama karena apabila gagal maka dapat merusak kredibilitas Indonesia.

Dalam kaitannya dengan ganti kerugian, article 22 DSU mengatur bahwa ganti kerugian bersifat tidak wajib dan jika diberikan, harus sesuai dengan persetujuan. Dalam artian ini ganti kerugian dilakukan secara sukarela. *Compensation is voluntary and, if granted, shall be consistent with the covered agreements.*⁶⁴ Meskipun dapat diartikan kompensasi sebagai suatu yang sukarela

⁶² Ringkasan dari saran terhadap pemerintah Indonesia. Lihat *Ibid*, hal. 106.

⁶³ *Ibid*, hal. 106-107.

⁶⁴ Article 22 DSU.

namun ganti kerugian perlu dilakukan mengingat hal tersebut merupakan hak dari *private party* yang perlu diberikan. Dengan adanya pertimbangan tersebut maka pemerintah Indonesia seharusnya mengajukan ganti kerugian sehingga dapat melindungi kepentingan warganya.

Terkait dengan hal tersebut, pernyataan di atas lebih mengarah kepada pertimbangan politis. Pendekatan bilateral dan pertimbangan kredibilitas Indonesia merupakan poin yang perlu dipertimbangkan apabila Indonesia melakukan pendekatan politis. Dengan pertimbangan politis maka hubungan antarnegara akan tetap terjaga dengan baik, untuk itu hubungan bilateral yang merupakan pertimbangan Indonesia lebih dititikberatkan pada hubungan antarnegara. Hal ini dikarenakan langkah bilateral dapat dipahami sebagai langkah diplomasi dan keterikatan hubungan baik, baik sesama bangsa di Asia atau sesama bangsa yang sedang berkembang, dan sebagainya. Langkah diplomasi sangat kental dengan kepentingan politis. Untuk itu, langkah ini akan sulit atau belum tentu memberikan kepastian hukum bagi *private party*, yang merupakan pihak yang dirugikan. Dengan kata lain, langkah bilateral akan memperkuat hubungan antara Indonesia dengan Korea namun akan memberikan dampak yang tidak baik bagi *private party* yang merupakan warganya.

Dengan adanya ketentuan yang perlu diperhatikan itu pula maka pelaksanaan retaliasi perlu diperhitungkan secara masak. Tentunya dengan pertimbangan dapat mempertaruhkan kredibilitas Indonesia dan ketergantungan terhadap Korea maka hal tersebut membuat adanya pertimbangan politis dan hubungan antarnegara yang diperlukan dalam pemaksaan pelaksanaan putusan panel tersebut. Selain itu, pertimbangan mengenai besarnya perekonomian Indonesia yang jauh lebih kecil daripada perekonomian Korea, perlu dipertimbangkan karena secara keseluruhan Indonesia masih sangat bergantung kepada Korea. Pertimbangan ekonomi juga dapat dijadikan pilihan untuk mempertimbangkan pelaksanaan putusan panel.

Penggunaan hak retaliasi lebih banyak dilakukan oleh negara maju, dimana tindakan retaliasi tidak akan memberikan banyak pengaruh pada perkembangan ekonomi negaranya. Walaupun sistem retaliasi merupakan suatu alternatif yang menarik bagi sistem unilateral, tetapi bagi negara-negara berkembang tindakan retaliasi tidak dapat dipercaya,

karena dengan meningkatnya hambatan-hambatan perdagangan akan mengakibatkan efek kecil bagi negara yang ekonominya maju sedangkan retaliasi dapat merugikan kesejahteraan nasional negara-negara berkembang. Hal ini sebagian besar disebabkan oleh kelemahan dan ketergantungan negara-negara berkembang terhadap mitra-mitra dagang dari negara-negara maju.⁶⁵

Pertimbangan politik sangat erat kaitannya dengan penyelesaian sengketa antarnegara. Hal itu tidak lepas dari posisi negara yang menginginkan adanya hubungan baik yang tetap terjaga dengan negara lain. Keadaan tersebut membuat kepentingan *private party* dapat menjadi dikesampingkan sehingga *private party* tidak jarang tidak mendapatkan sesuai dengan haknya yang seharusnya diperoleh.

Pertimbangan politis dalam penyelesaian sengketa dapat dipahami terkait dengan adanya pandangan *pragmatism dan legalism*.⁶⁶ *Pragmatism* merupakan penganut paham “*power oriented*” sedangkan *legalism* merupakan penganut paham “*rule oriented*”. Pandangan tersebut muncul semenjak adanya *General Agreement on Tariffs and Trade (GATT)*.

Pragmatism berpandangan bahwa tujuan penyelesaian sengketa perdagangan internasional hanyalah semata sebagai penyediaan forum bagi negara-negara untuk menyelesaikan sengketa, sesuai yang mereka inginkan. Tujuan utamanya adalah terjadi pengakhiran perselisihan sesegera mungkin dengan mendorong negosiasi, konsultasi, dan kompromi politik yang sesuai. Dalam pandangan ini, sistem akan mendorong kompromi bahkan jika mereka bertentangan aturan dan perjanjian yang mengatur praktek-praktek perdagangan.⁶⁷ Di bawah sistem ini, negara “kecil” akan ragu-ragu menantang negara besar.

Dengan adanya tingkatan yang berbeda antara negara yang satu dengan negara yang lain maka kedudukan negara menjadi tidak sama. Dengan adanya kedudukan yang tidak sama ini membuat adanya praktek kesewenang-wenangan diantara negara. Praktek kesewenang-wenangan tersebut tidak sesuai dengan

⁶⁵ *Ibid*, hal. 113.

⁶⁶ Glen T. Schuyler, *Power to the People: Allowing Private Parties to Raise Claims before the WTO Dispute Resolution System*, dalam *Fordham Law Review*, vol. 65, issue 5, article 9, 1997, <ir.lawnet.fordham.edu/cgi>, diakses tanggal 23 Juni 2011, hal. 2288. Konsep “*power oriented*” dan “*rule-oriented*” dikemukakan pertama kali oleh Profesor Jackson. Lihat John H. Jackson, *The Crumbling Institutions of the Liberal Trade System*, 1978.

⁶⁷ *Ibid*.

prinsip kesamaan hukum yang dibangun dalam suatu peradilan atau penyelesaian sengketa. Tingkatan yang demikian tersebut dapat membuat negara yang tingkatannya di bawah akan selalu mengalami kerugian. Dengan adanya keadaan tersebut maka tujuan utama DSU maupun WTO tidak akan tercapai.

Sedangkan pandangan *legalism* berpandangan bahwa tujuan penyelesaian sengketa perdagangan untuk menjaga integritas dari aturan yang berlaku. Hal ini dapat berakibat adanya prediktabilitas dan stabilitas dalam praktek perdagangan internasional. Dalam sistem ini, penyelesaian sengketa akan didasarkan pada kepatuhan terhadap seperangkat aturan yang ditentukan dimana semua pihak telah setuju. Setiap perselisihan yang timbul terhadap penerapan aturan akan diselesaikan oleh pihak ketiga yang netral atau dengan proses lainnya yang telah ditentukan.⁶⁸

Pandangan *legalism* ini mendudukan setiap negara pada kedudukan yang sama. Hal ini dikarenakan semua negara ditundukkan dalam satu peraturan yang sama, yaitu dalam hal ini adalah aturan WTO. Diharapkan dengan adanya pandangan ini maka tidak ada lagi praktek kesewenang-wenangan yang terjadi diantara anggota WTO. Dengan adanya keadaan seperti itu, tujuan WTO akan tercapai sehingga dapat menjaga perdamaian di dunia.

Salah satu cara untuk membentuk terjadinya kesetaraan di depan hukum tersebut adalah dengan mendudukan para pihak yang bersengketa dalam satu kedudukan yang sama. Dalam hal ini akan lebih tepat apabila tidak ada unsur politis yang menjalin hubungan diantara keduanya. Dengan salah satu pihak bukanlah suatu negara maka pertimbangan politik dapat dihindarkan sehingga dapat memberikan putusan atau pelaksanaan yang lebih baik, yang dapat memberikan hak kepada para pihak yang memang berkepentingan.

Terkait dengan pandangan tersebut dan kasus *dumping* kertas tersebut, pandangan mengenai *pragmatism* masih tetap muncul meskipun aturan yang ada, aturan WTO telah mengupayakan kesesuaian dengan paham *legalism*. Hal ini diperkuat dengan adanya surat Menteri Perdagangan Nomor 200/M-DAG/2/2008 tanggal 25 Pebruari 2008. Dalam surat tersebut Menteri Perdagangan RI menyampaikan pertimbangannya agar Indonesia tidak mengajukan permohonan

⁶⁸ *Ibid*, hal. 2289.

untuk mendapatkan otorisasi menggunakan hak retaliasi sesuai dengan Pasal 22 ayat 2 DSU. Pertimbangan Menteri Perdagangan RI antara lain keengganan dari instansi pembina untuk turut dalam pelaksanaan retaliasi dan apabila Indonesia tidak mampu melaksanakan retaliasi maka akan merusak kredibilitas Indonesia.⁶⁹ Dengan adanya pertimbangan politis dan ekonomis bahwa Indonesia masih dalam posisi “kalah besar” dan masih bergantung kepada Korea maka retaliasi yang sesuai dengan pandangan *legalism* tidak dilaksanakan, sebaliknya Indonesia memperkuat pandangan *pragmatism* terjadi dalam penyelesaian sengketa perdagangan internasional.

Terbukanya peran *private party* sebagai salah satu pihak dalam penyelesaian sengketa dapat memberikan pembelajaran dan informasi bagi masyarakat. Hal ini dikarenakan *private party* akan bertindak selaku salah satu pihak dalam penyelesaian sengketa. Dengan adanya peran sebagai salah satu pihak dalam penyelesaian sengketa maka *private party* harus berusaha untuk mempelajari prosedur maupun materi yang dimungkinkan akan timbul sengketa. *Private investors are expressly given direct access to the NAFTA dispute settlement system under chapter 11, and this has become one of its contentious features.*⁷⁰ Dengan adanya sengketa tersebut maka akan timbul suatu pembelajaran bagi *private party* untuk tidak melakukan tindakan yang dapat mengarah pada sengketa ataupun melakukan tindakan yang tepat untuk menghadapi sengketa yang terjadi akibat tindakan dari negara lain.

Dengan semakin berinteraksinya *private party* dengan negara lain maka hal tersebut makin berisiko untuk menimbulkan sengketa diantara keduanya. Dengan makin banyaknya sengketa diantara keduanya maka hal tersebut dapat memberikan pemahaman dan wawasan baru bagi keduanya dalam menentukan tindakan yang tepat dalam berinteraksi di bidang perdagangan.

Tentunya tindakan dan proses berinteraksi antara *private party* dengan negara, termasuk dalam proses penyelesaian sengketa, hal tersebut memberikan informasi bagi berbagai pihak. Dalam hal ini tentunya informasi yang disampaikan tidak mendetail seperti ketika proses penyelesaian sengketa terjadi

⁶⁹ *Op.cit*, Franzeska Lasma, hal. 109.

⁷⁰ *Op.cit*, Institute for International Economics, hal. 206.

namun memberikan gambaran umum terkait dengan penyelesaian sengketa yang terjadi.

More recently, however, the Canadian and U.S. governments have begun to make more information public. In some cases Canada now includes the notice of arbitration and other initial arbitration documents on a public web site. However, this collection was not complete at the time of this writing.

The United States provides access to the notice of arbitration and initial litigation documents in the publicly accessible Reading Room of the U.S. Trade Representative in Washington. As this Guide was being prepared, the U.S. was also in the process of preparing a web site that would contain copies of all the documents in Chapter 11 litigation to which it is a Party. These recent developments are welcome.

Press releases by the foreign investor can also provide information on the starting of arbitration. Another source of information is the ICSID Secretariat web site. When arbitrations are initiated under the ICSID rules, which comprise two of the three sets of rules available under Chapter 11, the case is registered on the web-site, as are updates on the basic procedural status, such as the filing of key written documents or the holding of oral hearings.

Though the NAFTA Parties have recently shown progress on providing public access to documents, at the time of this writing neither the Parties nor any investors had released copies of the actual detailed legal arguments (memorials and counter-memorials, reply and rejoinder), evidence and affidavits in any Chapter 11 case. In the case of the United States, however, the government has apparently now taken the position that association with a Chapter 11 case cannot insulate any documents that could otherwise be discovered through the application of the U.S. *Freedom of Information Act*.⁷¹

Dengan adanya perubahan paradigma mengenai kerahasiaan maka tidak semua dokumen yang berkaitan dengan penyelesaian sengketa antara *private party* dengan negara selalu rahasia. Hal itu dapat terlihat dari adanya keinginan dari anggota NAFTA untuk membuka dokumen-dokumen yang dapat diakses oleh masyarakat. Salah satu penyebarluasan dapat dilakukan melalui media *online* maupun *offline*. Seperti halnya dilakukan oleh Kanada yang menyampaikan dokumen penyelesaian sengketa melalui situs www.dfait-maeci.gc.ca/tna-nac/NAFTA-e.asp. Selain itu, dokumen tersebut juga ditampilkan dalam situs resmi ICSID. Sedangkan di Amerika Serikat sedang dibentuk situs yang berkaitan

⁷¹ *Op.cit*, IISD, hal. 42-43.

dengan dokumen penyelesaian sengketa, namun pemerintah Amerika Serikat telah memberikan kesempatan bagi pihak yang berkepentingan atau masyarakat untuk mengakses melalui *reading room of the U.S. Trade Representative in Washington*.

Informasi yang terbuka untuk umum, sebagai contoh dalam situs Kementerian Perdagangan Kanada, sebagaimana dituliskan di atas, membuka informasi mengenai:

1. Notices of intent received and current arbitrations
2. Previous arbitrations to which Canada was a party
3. Notices withdrawn or inactive

Dalam notices of intent received and current arbitrations, dalam hal ini kasus *Clayton/Bilcon v Government of Canada*, memuat informasi sebagai berikut:

- a. Notice of intent
- b. Notice of arbitration
- c. Statement of claim
- d. Canada's statement of defence
- e. Investor's amended statement of claim
- f. Procedural issues⁷²

Sedangkan dalam *cases filed against the Government of Canada*, dalam hal ini kasus *S.D. Myers Inc v Government of Canada*, memuat informasi sebagai berikut:

- a. Notice of intent
- b. Notice of arbitration
- c. Statement of claim
- d. Statement of defence
- e. S.D. Myers reply
- f. Memorial of S.D. Myers
- g. Counter-memorial of Canada
- h. Supplemental memorial of S.D. Myers
- i. Supplementary memorial of Canada
- j. Procedural orders
- k. Mexican 1128 submission

⁷² Foreign Affairs and International Trade Canada, <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/clayton_archive.aspx?lang=en>, diakses tanggal 25 Juni 2011.

- l. Memorandum on U.S. law on behalf of Canada
- m. S.D. Myers reply to Canada's supplemental memorial
- n. Canada's reply to supplemental memorial of S.D. Myers
- o. S.D. Myers reply to 1128 submission of Mexico
- p. Reply memorandum of S.D. Myers on US law issues
- q. Tribunal amendment to procedural order no. 5
- r. Procedural order no. 16
- s. Partial Award
- t. S.D. Myers Summary on Damages
- u. Application for a Stay of the Arbitral Proceedings
- v. S D Myers Response to Canada's Submission Stay of Arbitration
- w. Procedural Orders Nos. 17 and 18
- x. Memorial of S.D. Myers (Damages Phase)
- y. Counter-Memorial of Canada (Damages Phase)
- z. Procedural Order No. 19
- aa. Reply Memorial of S.D. Myers (Damages Phase)
- bb. Procedural Order No. 20
- cc. Rejoinder Memorial of Canada Damages Phase
- dd. Supplementary Counter-Memorial of Canada (Damages Phase)
- ee. Mexican 1128 Submission (Damages Phase)
- ff. U.S. 1128 Submission (Damages Phase)
- gg. Supplemental Mexican 1128 Submission (Damages Phase)
- hh. Second Partial Award (Damages)
- ii. S D Myers Submission on Costs
- jj. Canada Memorial on Costs
- kk. Procedural Order No. 21
- ll. Final Award (concerning the apportionment of costs)⁷³

Dari proses yang berlangsung tersebut, para pihak dapat mengajukan klaim yang disambut dengan jawaban terhadap klaim tersebut (*counter*). Tentunya hal ini memberikan adanya kesempatan bagi para pihak untuk menjelaskan dan menguraikan kepentingan dan argumentasi masing-masing pihak. Hal tersebut terlihat, antara lain: S.D. Myers menyampaikan memorial yang kemudian di-*counter* oleh Kanada dengan *counter-memorial* dan sebagainya.

Dari proses penyelesaian sengketa tersebut yang memberikan kesempatan yang sama bagi para pihak, hal tersebut dapat memberikan edukasi bagi masyarakat. Hal ini dilakukan dengan cara membuka dokumen yang berkaitan dengan seluruh proses penyelesaian sengketa tersebut.

⁷³ *Ibid*, <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/diff-SDM_archives.aspx?lang=en>, diakses tanggal 25 Juni 2011.

Terbukanya akses bagi masyarakat dapat memperlihatkan adanya transparansi dalam memutuskan sengketa antara *private party* dengan negara. Dengan dapat diaksesnya informasi oleh masyarakat, masyarakat dapat melihat atau mengamati proses penyelesaian sengketa yang terjadi dalam sengketa tersebut.

In an effort to make the chapter 11 dispute settlement process more transparent, the NAFTA Free Trade Commission agreed in 2001 to limit the circumstances when documents could remain confidential and to encourage the publication of all other documents. ... In August 2004, NAFTA trade ministers supported open hearings under chapters 11 and 20 dispute settlement mechanisms but not under chapter 19.⁷⁴

Sengketa antara *private party* dengan negara yang diatur dalam chapter 11 NAFTA yang berkaitan dengan investasi menjadi semakin transparan karena diperbolehkannya akses bagi masyarakat terhadap kasus yang diselesaikan. Demikian juga pada chapter 20 NAFTA yang mengatur penyelesaian sengketa secara umum telah semakin transparan. Hal tersebut merupakan kesepakatan dari menteri perdagangan dari seluruh negara anggota NAFTA pada tahun 2004. Namun demikian, NAFTA masih mengecualikan chapter 19 mengenai *dumping/countervailing duty*. Hal ini dimungkinkan masih dianggap menggunakan pertimbangan politik untuk menentukan pelanggaran terhadap *dumping/countervailing duty*. Namun demikian, secara keseluruhan, NAFTA memberikan keterbukaan informasi yang lebih besar daripada WTO.

A key criticism of dispute resolution under the WTO is that settlement proceedings are closed to the public. Panel sessions and initial reports are kept confidential. Interested third parties are allowed only limited participation, fostering the confidential nature of the dispute settlement process.⁷⁵

Dokumen yang dapat diakses publik untuk penyelesaian sengketa WTO lebih sebatas hasil yang telah dicapai dalam masing-masing tahap dalam penyelesaian sengketa sedangkan dokumen-dokumen pendukung lainnya bersifat

⁷⁴ *Op.cit.*, Institute for International Economics, hal. 220.

⁷⁵ *Ibid.*

rahasia. Pada kasus *Korea-Antidumping Duties on Imports of Certain Paper from Indonesia*, dokumen yang dapat diakses adalah sebagai berikut:

- a. Korea - Anti-dumping Duties on Imports of Certain Paper from Indonesia - Understanding between Korea and Indonesia - Regarding Procedures under Articles 21 and 22 of the DSU.
- b. Korea - Anti-Dumping Duties on Imports of Certain Paper from Indonesia - Recourse to Article 21.5 of the DSU by Indonesia - Request for Consultations.
- c. Korea - Anti-Dumping Duties on Imports of Certain Paper from Indonesia - Recourse to Article 21.5 of the DSU by Indonesia - Request for the Establishment of a Panel.
- d. Korea - Anti-Dumping Duties on Imports of Certain Paper from Indonesia - Recourse to Article 21.5 of the dsu by Indonesia - Constitution of the Panel - Note by the Secretariat.
- e. Korea - Anti-dumping Duties on Imports of Certain Paper from Indonesia - Recourse to Article 21.5 of the DSU by Indonesia - Communication from the Chairman of the Panel.
- f. Korea - Anti-Dumping Duties on Imports of Certain Paper from Indonesia - Recourse to Article 21.5 of the DSU by Indonesia - Report of the Panel.
- g. Korea - Anti-dumping Duties on Imports of Certain Paper from Indonesia - Panel Report pursuant to Article 21.5 of the DSU - Action by the Dispute Settlement Body.⁷⁶

Selain itu, terbukanya akses bagi masyarakat dapat memberikan pengetahuan dan informasi bagi masyarakat itu sendiri. Hal ini memberikan pengalaman yang berharga bagi masyarakat maupun bagi para pihak dalam penyelesaian sengketa. Dengan makin terbukanya akses masyarakat maka penyelesaian sengketa terkait dengan chapter 11 NAFTA dapat dikembangkan atau diperbaiki sehingga dapat memberikan hak yang seharusnya diperoleh atau kewajiban yang seharusnya diberikan oleh para pihak.

Dengan semakin mendalam pemahaman masyarakat dalam penyelesaian sengketa perdagangan, hal tersebut dapat dijadikan sebagai suatu alternatif bagi *private party* untuk menuntut hak yang seharusnya mereka peroleh. Dengan adanya forum lain dalam penyelesaian sengketa maka *private party* mempunyai kebebasan untuk memilih forum mana yang akan digunakan untuk menuntut hak

⁷⁶WTO,

<http://docsonline.wto.org/imrd/gen_searchResult.asp?RN=0&searchtype=browse&q1=%28%40meta%5FSymbol+WT%FCDS312%FC%2A%29&language=1>, diakses tanggal 25 Juni 2011.

mereka. Namun dengan adanya alternatif tersebut, perlu pula dipahami bahwa alternatif tersebut juga memberikan dampak yang kurang baik, seperti adanya biaya yang lebih tinggi yang ditanggung oleh *private party*, waktu yang lebih lama, dan perlu adanya sinkronisasi antara putusan dengan peraturan yang ada di negara tersebut agar putusan dapat diterapkan pada negara tersebut.

Dengan adanya peran *private party* sebagai salah satu pihak dalam penyelesaian sengketa, tentunya *private party* akan membutuhkan sumber daya untuk mengurus penyelesaian sengketa tersebut. Salah satu sumber daya yang dibutuhkan adalah biaya. Hal ini terkait dengan adanya kebutuhan untuk mendidik sumber daya manusia yang ada atau menyewa sumber daya manusia, seperti pengacara dan sebagainya. Selain itu, tentunya biaya lain yang dibutuhkan terkait dalam pelaksanaan penyelesaian sengketa. *The cost may be high for the litigants but at least they have options not available under the WTO.*⁷⁷

Biaya yang lebih besar yang dikeluarkan oleh *private party* pada penyelesaian sengketa di NAFTA chapter 11 merupakan konsekuensi yang harus ditanggung. Namun tentunya pertimbangan biaya dapat disesuaikan dengan hak yang telah dilanggar oleh negara anggota NAFTA lain, yang merupakan pihak lain dalam penyelesaian sengketa NAFTA.

Selain permasalahan biaya, NAFTA chapter 11 memberikan batas waktu yang sangat luas bagi pelaksanaan penyelesaian sengketa. Tentunya ketika bersengketa, para pihak harus mengeluarkan biaya karena untuk membela kepentingannya sendiri maka *private party* harus mengeluarkan biaya yang lebih besar. Selain itu, hal ini akan memberikan kurangnya kepastian hukum yang akan diperoleh oleh *private party*. Penentuan lamanya waktu yang diperlukan sangat mempengaruhi pilihan forum yang digunakan oleh *private party* karena hal ini akan memberikan kepastian hukum terhadap tindakan perdagangan yang dilakukan. Dengan demikian lamanya waktu sangat penting untuk dipertimbangkan.

By contrast, NAFTA has both tighter and looser timelines for arbitration. Chapter 11 has strict time limits on what disputing parties

⁷⁷ A.L.C. de Mestral, *NAFTA Dispute Settlement: Creative Experiment or Confusion?*, <www.acp-eu-trade.org>, diakses tanggal 11 Januari 2011.

must do to initiate and/or respond to proceedings, but it does not set time limits on actual arbitration. As a consequence, some cases have taken four years or more.⁷⁸

Pengaturan yang dilakukan dalam chapter 11 NAFTA terkait dengan waktu, mempunyai ketentuan yang ketat namun juga tidak ketat. Ketatnya ketentuan waktu dilakukan ketika adanya tindakan selama proses penyelesaian sengketa berlangsung. Namun pelaksanaan arbitrase hingga menghasilkan putusan (*final award*) tidak diberikan batasan waktu. Hal tersebut tidak diatur dalam article 1135 NAFTA tentang *final award*. Pengaturan *final award* lebih ditujukan pada adanya bentuk putusan yang berupa restitusi. Hal itu membuat beberapa kasus, seperti *Marvin Feldman, Loewen Group, Sun Belt Water, Methanex Corporation, UPS of America, Inc., ADF Group, Inc., USA Waste, and Adams*,⁷⁹ mendapatkan putusan hingga lebih dari 4 (empat) tahun sejak pengajuan klaim. Seperti dalam kasus *Methanex Corporation*, pengajuan klaim telah dilakukan oleh *Methanex* sejak tanggal 3 Desember 1999 dan mendapat putusan tribunal arbitrase pada tanggal 3 Agustus 2005.

Namun dalam penyelesaian sengketa *antidumping/countervailing duty* sesuai article 19 NAFTA, telah diatur bahwa waktu yang dibutuhkan panel terbatas pada 315 hari. *The rules shall be designed to result in final decisions within 315 days of the date on which a request for a panel is made.*⁸⁰

Sedangkan di WTO telah ditetapkan mengenai lamanya waktu penyelesaian sengketa. Article 21.4 DSU telah menetapkan bahwa penyelesaian sengketa selama-lamanya 15 bulan kecuali ada hal tertentu sehingga dapat diperpanjang menjadi 18 bulan.

Except where the panel or the Appellate Body has extended, pursuant to paragraph 9 of Article 12 or paragraph 5 of Article 17, the time of providing its report, the period from the date of establishment of the panel by the DSB until the date of determination of the reasonable period of time shall not exceed 15 months unless the parties to the dispute agree otherwise. Where either the panel or the Appellate Body

⁷⁸ *Op.cit.*, Institute for International Economics, hal. 218.

⁷⁹ *Ibid.*

⁸⁰ Article 1904.14 NAFTA.

has acted to extend the time of providing its report, the additional time taken shall be added to the 15-month period; provided that unless the parties to the dispute agree that there are exceptional circumstances, the total time shall not exceed 18 months.⁸¹

Dengan adanya ketentuan tersebut, WTO memberikan kepastian hukum kepada para pihak yang bersengketa. Selain itu, apabila diperbandingkan mengenai lama waktu untuk menyelesaikan sengketa, waktu yang dibutuhkan oleh WTO relatif lebih cepat, meskipun dalam kaitannya dengan *trade remedies* waktu yang dibutuhkan WTO sedikit lebih lama. Namun secara keseluruhan, WTO lebih dapat memberikan gambaran dan kepastian hukum bagi para pihak yang bersengketa daripada penyelesaian sengketa di NAFTA, terutama terkait bidang investasi di NAFTA.

Penyelesaian sengketa yang tidak melibatkan *private party* maupun yang melibatkan *private party*, bahkan memposisikan *private party* menjadi salah satu pihak dalam penyelesaian sengketa, hal tersebut memberikan kelebihan dan kekurangan. Kekurangan yang timbul apabila *private party* tidak bertindak sebagai salah satu pihak dalam penyelesaian sengketa, antara lain:

1. Tahapan penyelesaian sengketa dilakukan secara politis, baik dari inisiasi sampai dengan implementasi putusan.
2. Selain pertimbangan politis, pertimbangan ekonomi seperti masih bergantungnya negara yang “memenangkan” putusan atas negara lain, dapat berakibat tidak dilaksanakannya putusan badan penyelesaian sengketa.

Sedangkan kekurangan yang mungkin timbul dari adanya *private party* bertindak sebagai salah satu pihak dalam penyelesaian sengketa adalah dibutuhkannya biaya atau sumber daya yang lebih besar. Selain itu, terkait dengan penyelesaian sengketa di NAFTA, waktu yang dibutuhkan dalam penyelesaian sengketa secara keseluruhan sangat panjang bahkan tak terhingga. Hal ini juga memberikan dampak kurangnya kepastian hukum serta besarnya biaya dan sumber daya yang ditanggung oleh *private party*.

⁸¹ Article 21.4 DSU.

Kelebihan yang mungkin timbul apabila *private party* tidak bertindak sebagai salah satu pihak dalam penyelesaian sengketa, antara lain tidak diperlukannya biaya atau sumber daya lainnya yang lebih besar. Sedangkan kelebihan yang mungkin timbul dari adanya *private party* bertindak sebagai salah satu pihak dalam penyelesaian sengketa, antara lain:

1. Memberikan penyelesaian sengketa sesuai dengan hak para pihak menurut hukum. Hal ini dikarenakan tidak adanya pertimbangan politis atau ekonomi yang muncul dalam penyelesaian sengketa
2. Proses penyelesaian sengketa yang lebih transparan karena *private party* dapat langsung terlibat dalam proses penyelesaian sengketa, tidak banyak dokumen yang dirahasiakan, dan tidak adanya kepentingan politik negara tempat *private party*.
3. Memberikan pengalaman dan edukasi kepada masyarakat terkait adanya sengketa yang mungkin timbul sehingga masyarakat dapat mempelajari dokumen dan kasus yang telah timbul dalam penyelesaian sengketa.

Kelebihan yang mungkin timbul dalam penyelesaian sengketa tersebut tidak akan dibahas dalam tulisan ini. Hal ini dikarenakan kelebihan tersebut akan menguntungkan. Untuk selanjutnya, akan dibahas mengenai kekurangan yang mungkin timbul.

BAB IV

PEMBERLAKUAN KETENTUAN KETERLIBATAN *PRIVATE PARTY* TERLIBAT DALAM PENYELESAIAN SENGKETA DI ASEAN

A. Pemilihan Pelibatan *Private Party* dalam Penyelesaian Sengketa

Sebagaimana telah diuraikan pada bab sebelumnya, penyelesaian sengketa yang tidak melibatkan *private party* maupun yang melibatkan *private party*, bahkan memposisikan *private party* menjadi salah satu pihak dalam penyelesaian sengketa, hal tersebut memberikan kelebihan dan kekurangan. Kekurangan yang timbul apabila *private party* tidak bertindak sebagai salah satu pihak dalam penyelesaian sengketa, antara lain:

1. Tahapan penyelesaian sengketa dilakukan secara politis, baik dari inisiasi sampai dengan implementasi putusan.
2. Selain pertimbangan politis, pertimbangan ekonomi seperti masih bergantungnya negara yang “memenangi” putusan atas negara lain, dapat berakibat tidak dilaksanakannya putusan badan penyelesaian sengketa.

Sedangkan kekurangan yang mungkin timbul dari adanya *private party* bertindak sebagai salah satu pihak dalam penyelesaian sengketa adalah dibutuhkan biaya atau sumber daya yang lebih besar. Selain itu, terkait dengan penyelesaian sengketa di NAFTA, waktu yang dibutuhkan dalam penyelesaian sengketa secara keseluruhan sangat panjang bahkan tak terhingga. Hal ini juga memberikan dampak kurangnya kepastian hukum serta besarnya biaya dan sumber daya yang ditanggung oleh *private party*.

Kelebihan yang mungkin timbul apabila *private party* tidak bertindak sebagai salah satu pihak dalam penyelesaian sengketa, antara lain tidak diperlukannya biaya atau sumber daya lainnya yang lebih besar. Sedangkan kelebihan yang mungkin timbul dari adanya *private party* bertindak sebagai salah satu pihak dalam penyelesaian sengketa, antara lain:

1. Memberikan penyelesaian sengketa sesuai dengan hak para pihak menurut hukum. Hal ini dikarenakan tidak adanya pertimbangan politis atau ekonomi yang muncul dalam penyelesaian sengketa
2. Proses penyelesaian sengketa yang lebih transparan karena *private party* dapat langsung terlibat dalam proses penyelesaian sengketa, tidak banyak dokumen yang dirahasiakan, dan tidak adanya kepentingan politik negara tempat *private party*.
3. Memberikan pengalaman dan edukasi kepada masyarakat terkait adanya sengketa yang mungkin timbul sehingga masyarakat dapat mempelajari dokumen dan kasus yang telah timbul dalam penyelesaian sengketa.

Kelebihan yang mungkin timbul dalam penyelesaian sengketa tersebut tidak akan dibahas dalam tulisan ini. Hal ini dikarenakan kelebihan tersebut akan menguntungkan. Untuk selanjutnya, akan dibahas mengenai kekurangan yang mungkin timbul.

Kekurangan yang mungkin timbul dari tidak terlibatnya *private party* dalam penyelesaian sengketa sulit untuk dihindarkan. Jawaban atau perbaikan dari kekurangan tersebut ada pada pemerintah itu sendiri. Hal ini dikarenakan dalam meningkatkan kapasitas politik dan ekonomi suatu negara, membutuhkan dukungan dari seluruh elemen bangsa. Sebagai contoh, dalam hal masih adanya ketergantungan yang sangat besar terhadap produksi luar negeri (masalah ekonomi). Tentunya hal tersebut tidak akan dijawab sendiri oleh *private party*. Tentu dengan campur tangan pemerintah dan dukungan seluruh elemen masyarakat untuk cinta dan membeli produk dalam negeri. Oleh karena itu, dengan mempertimbangkan hal tersebut, maka hal ini tidak akan dibahas. Selain itu, dalam tulisan ini menyoroti dari peran *private party* dalam penyelesaian sengketa sehingga apabila terjadi kekurangan yang mungkin timbul dari tidak adanya peran *private party* dalam penyelesaian sengketa, tentunya tidak akan dibahas dalam tulisan ini.

Dengan memperbandingkan kelebihan dan kekurangan baik terhadap terlibatnya *private party* sebagai salah satu pihak dan tidak terlibatnya *private party* dalam penyelesaian sengketa, hal tersebut dapat diketahui bahwa

keterlibatan *private party* dalam penyelesaian sengketa sangat penting dan memberikan keuntungan bagi *private party* sesuai dengan hukum dan sesuai dengan yang diharapkan oleh *private party*. Hal ini dikarenakan tidak adanya tekanan politik sehingga menjamin hak yang diperoleh *private party* sesuai dengan hukum yang berlaku.

If private parties could initiate disputes over the legitimacy of a nation's actions, then a ruling on the merits would be virtually assured. Private parties would not be susceptible to political pressures in the same way as nations. Moreover, a claim raised by a private party against a nation, unlike a claim raised by one nation against another, would not be injurious to international relations because the claim could not be interpreted as a diplomatic attack or maneuver.⁸²

Sebagaimana dalam pandangan *legalism* bahwa pandangan tersebut dapat mendudukkan para pihak dalam kesetaraan di depan hukum. Adanya kesetaraan tersebut dapat menimbulkan terjaminnya prinsip keadilan, yaitu prinsip persamaan di depan hukum. Salah satu cara untuk dapat memperoleh atau terciptanya prinsip tersebut adalah melalui adanya kesamaan kedudukan para pihak. Dalam menentukan kesamaan kedudukan maka hal yang terpenting adalah menghilangkan hubungan dekat yang mungkin timbul diantara para pihak. Dengan menghilangkan hubungan dekat maka penentuan putusan yang akan diberikan tidak akan menggunakan pertimbangan politis.

Selain itu, dengan cara menghilangkan ketergantungan antara para pihak dapat menghilangkan adanya pertimbangan politis sehingga dapat mendudukkan para pihak dalam kesetaraan di depan hukum. Penghilangan ketergantungan juga didasarkan pada prinsip menjaga hubungan baik dan prinsip membalas kebaikan pihak lain yang telah berjasa bagi pihak lainnya.

Dengan mempertimbangkan adanya penghilangan hubungan dekat dan penghilangan ketergantungan maka diharapkan tercipta prinsip persamaan di depan hukum. Selain itu, hal ini diharapkan dapat menghilangkan upaya pertimbangan politis yang selama ini dipraktekkan dalam sengketa antarnegara. Untuk itu, penyelesaian sengketa tersebut harus dilakukan antara

⁸² *Op.cit*, Glen T. Schuyler, hal. 2277.

para pihak selain negara, atau dengan kata lain adalah *private party*. Namun dengan tujuan bahwa penyelesaian sengketa dapat mempengaruhi atau mengubah kebijakan yang telah ditentukan oleh suatu negara, maka penempatan negara sebagai salah satu pihak yang bersengketa masih diperlukan. Untuk itu, dengan mempertimbangkan bahwa *private party* merupakan aktor utama di bidang perdagangan sedangkan negara merupakan entitas yang menentukan kebijakan perdagangan dalam suatu tempat maka para pihak dapat diwakili antara *private party* dengan negara. Dengan demikian penyelesaian sengketa perdagangan dapat dilakukan antara *private party* dengan negara agar keadaan tersebut memberikan adanya prinsip persamaan di depan hukum. Dengan adanya prinsip persamaan di depan hukum tersebut maka diharapkan para pihak, baik negara maupun *private party*, dapat memperoleh haknya sesuai dengan seharusnya.

Tentunya dengan adanya sengketa tidak antarnegara maka hubungan dengan negara lain tidak akan terganggu sehingga tetap akan mempertahankan stabilitas negara. Pertimbangan pemenuhan hak yang seharusnya diperoleh tersebut memang pertimbangan yang harus digunakan dalam penyelesaian sengketa. Hal ini dikarenakan *private party* mempunyai kedudukan penting dalam perdagangan dunia.

Private parties are the primary actors in world trade today, and it is their investments and efforts that are harmed by illicit trade policies. Global compliance with trade agreements is essential if the people of the world are to fully reap the economic benefits of free trade. The only adequate way to ensure global compliance and advance the WTO's goal of lending more stability and predictability to international trade is to let private parties, not just nations, initiate disputes.⁸³

Selain itu, penyelesaian sengketa yang melibatkan *private party* memberikan edukasi kepada masyarakat sehingga dapat memberikan keuntungan bagi masyarakat. Pemberian edukasi dapat dilakukan dengan cara membukanya akses terhadap informasi dan dokumen yang berkaitan dengan penyelesaian sengketa tersebut. Pembukaan akses informasi dan dokumen dapat membuat para

⁸³ *Ibid.*

pihak mempelajari dan mengembangkan penyelesaian sengketa menjadi lebih baik.

Dengan mempertimbangkan uraian di atas, dalam penyelesaian sengketa lebih baik apabila para pihak bukanlah antara negara dengan negara. Untuk itu, mengingat kedudukan *private party* sebagai pelaku usaha sehingga menjadi pihak yang berkepentingan dalam perdagangan serta kedudukan negara yang dapat menentukan kebijakan perdagangan dalam suatu negara maka pelibatan *private party* dan negara dalam penyelesaian sengketa dapat dijadikan para pihak. Untuk itu, *private party* perlu dilibatkan dalam penyelesaian sengketa.

B. Penyelesaian Sengketa di ASEAN

ASEAN merupakan organisasi negara-negara yang ada di Asia Tenggara. ASEAN dibentuk melalui *Bangkok Declaration* pada tahun 1967⁸⁴. Anggota ASEAN saat ini telah mencapai 10 negara, antara lain: Thailand, Filipina, Malaysia, Indonesia, Singapura, Brunei Darussalam, Vietnam, Laos, Myanmar, dan Kamboja. Tujuan ASEAN menurut *Bangkok Declaration*, meliputi:

1. Mempercepat pertumbuhan ekonomi, kemajuan sosial serta pengembangan kebudayaan di kawasan ini melalui usaha bersama dalam semangat kesamaan dan persahabatan untuk memperkokoh landasan sebuah masyarakat bangsa Asia Tenggara yang sejahtera dan damai.
2. Untuk meningkatkan perdamaian dan stabilitas regional dengan jalan menghormati keadilan dan tertib hukum di dalam hubungan antarnegara di kawasan ini serta mematuhi prinsip-prinsip piagam PBB.
3. Untuk meningkatkan kerjasama yang aktif serta saling membantu satu sama lain di dalam masalah-masalah kepentingan bersama di dalam bidang ekonomi, sosial, kebudayaan, teknik, ilmu pengetahuan dan administrasi.

⁸⁴ Melalui *Bangkok Declaration*, Indonesia, Malaysia, Filipina, Singapura, dan Thailand menyepakati pembentukan *Association of South-East Asian Nations* (ASEAN). Ketentuan ini tertuang dalam poin pertama *Bangkok Declaration*. Lihat ASEAN, <<http://www.aseansec.org/1629.htm>>, diakses tanggal 26 Juni 2011.

4. Untuk saling memberikan bantuan dalam bentuk sarana latihan dan penelitian dalam bidang pendidikan profesional, teknik dan administrasi.
5. Untuk bekerjasama dengan lebih efektif dalam meningkatkan penggunaan pertanian serta industri, perluasan perdagangan komoditi internasional, perbaikan sarana pengangkutan dan komunikasi serta peningkatan taraf hidup rakyat.
6. Untuk meningkatkan studi tentang Asia Tenggara.
7. Untuk mempertahankan kerjasama yang erat dan menguntungkan dengan organisasi internasional dan regional yang ada dengan tujuan yang sama dan tujuan, dan menempuh semua jalan untuk kerjasama lebih dekat diantara mereka sendiri⁸⁵

Dalam salah satu tujuannya, ASEAN bertujuan untuk mencapai pertumbuhan ekonomi. Dalam hal ini, pertumbuhan ekonomi akan berdampak atau mengarah pada perdagangan antarnegara ASEAN. Untuk itu, terkait dengan telah berdirinya WTO maka ASEAN menempatkan diri sebagai salah satu regionalisme⁸⁶ dalam sistem perdagangan dunia yang diatur oleh WTO. Sesuai dengan konsiderans Persetujuan WTO, agar dapat terjadi penurunan tarif bea masuk dan mengurangi hambatan perdagangan serta penghapusan perlakuan diskriminasi, pada pertemuan tingkat Kepala Negara ASEAN (*ASEAN Summit*) ke-4 di Singapura pada tahun 1992 telah mengumumkan pembentukan suatu kawasan perdagangan bebas di ASEAN berupa *ASEAN Free Trade Area* (AFTA) dalam jangka waktu 15 tahun.⁸⁷

Di dalam tujuan pembentukan ASEAN didasarkan untuk menjaga keamanan. Hal tersebut kemudian diatur dalam mekanisme penyelesaian sengketa di kawasan ASEAN. Mekanisme tersebut diawali dengan terbentuknya *1976 Treaty of Amity and Cooperation in Southeast Asia*. Dalam article 1 *1976 Treaty of Amity and Cooperation in Southeast Asia* menyatakan bahwa tujuan

⁸⁵ Tertuang dalam poin kedua *Bangkok Declaration*. *Ibid*.

⁸⁶ *Asean Free Trade Area* (AFTA) merupakan kesepakatan di lingkup regional Asia Tenggara yang didasarkan pada prinsip *enabling clause*. Lihat WTO, <rtais.wto.org/UI/CRShowRTAIDCard.aspx?enc=daMPygXPHTjnUNNsgr3PKRKXppQar/L4GPC9q2cvi4=>>, diakses tanggal 26 Juni 2011. Bahkan ASEAN telah melakukan *preferential trading* melalui *Agreement on Asean Preferential Trading Arrangements*. Lihat WTO, <[rtais.wto.org/rtadocs/126/RelatedDocuments/Agreement English L-4581](http://rtais.wto.org/rtadocs/126/RelatedDocuments/Agreement%20English%20L-4581)>, diakses tanggal 26 Juni 2011.

⁸⁷ Direktorat Kerjasama Perdagangan Internasional, *ASEAN Free Trade Area*, <[ditjenkpi.depdag.go.id/Uumum/ASEAN FTA](http://ditjenkpi.depdag.go.id/Uumum/ASEAN%20FTA)>, diakses tanggal 26 Juni 2011, hal. 1.

dibentuknya *treaty* ini adalah untuk perdamaian dan persahabatan yang abadi. Untuk itu salah satu yang dapat ditempuh adalah melalui penyelesaian sengketa dengan damai sebagaimana telah diatur dalam Pasal 33 (1) Piagam PBB, yaitu: perundingan (*negotiation*), penyelidikan (*enquiry*), mediasi (*mediation*), konsiliasi (*conciliation*), arbitrase (*arbitration*), penyelesaian menurut hukum (*judicial settlement*) melalui badan atau pengaturan regional atau dengan cara damai yang dipilih sendiri.⁸⁸

Penyelesaian sengketa di ASEAN terkait dengan bidang perdagangan telah diatur melalui *1996 Protocol on Dispute Settlement Mechanism (Protocol on DSM)*. Namun dalam prakteknya protokol tersebut belum sepenuhnya dapat digunakan sebagai acuan untuk menyelesaikan perselisihan atau sengketa dagang yang terjadi. Solusi atas sengketa yang terjadi selama ini dilakukan melalui semangat ASEAN dan secara kekeluargaan, melalui pertemuan yang bertingkat mulai dari *Working Group*, *Senior Economic Official Meeting (SEOM)*, dan *AFTA Council* dan Menteri Ekonomi ASEAN (AEM).⁸⁹

Dengan pertimbangan tersebut maka negara anggota ASEAN melaksanakan *Recommendations of the High Level Task Force on ASEAN Economic Integration* untuk membentuk sistem penyelesaian sengketa yang komprehensif, meliputi:

1. Advisory mechanism, including the ASEAN Consultation to Solve Trade and Investment Issues (ACT) and the ASEAN Legal Unit
2. Consultative mechanism, including the ASEAN Compliance Monitoring Body (ACMB) and possible bilateral conciliation or mediation instruments
3. Enforcement mechanism, including the Enhanced ASEAN Dispute Settlement Mechanism (Enhanced ASEAN DSM), established by the 2004 ASEAN Protocol on Enhanced Dispute Settlement Mechanism (the Protocol), and special or additional dispute settlement mechanism in certain ASEAN agreements.⁹⁰

⁸⁸ Sri Setianingsih Suwardi, *Penyelesaian Sengketa Internasional*, Jakarta: Penerbit Universitas Indonesia, 2006, hal.4.

⁸⁹ *Op.cit.*, Direktorat Kerjasama Perdagangan Internasional, hal. 5.

⁹⁰ Paolo Vergano, *The ASEAN Dispute Settlement Mechanism and Its Role in a Rules-Based Community: Overview and Critical Comparison*, <aieln1.web.fc2.com/Vergano_panel4>, diakses tanggal 23 Juni 2011, hal. 1.

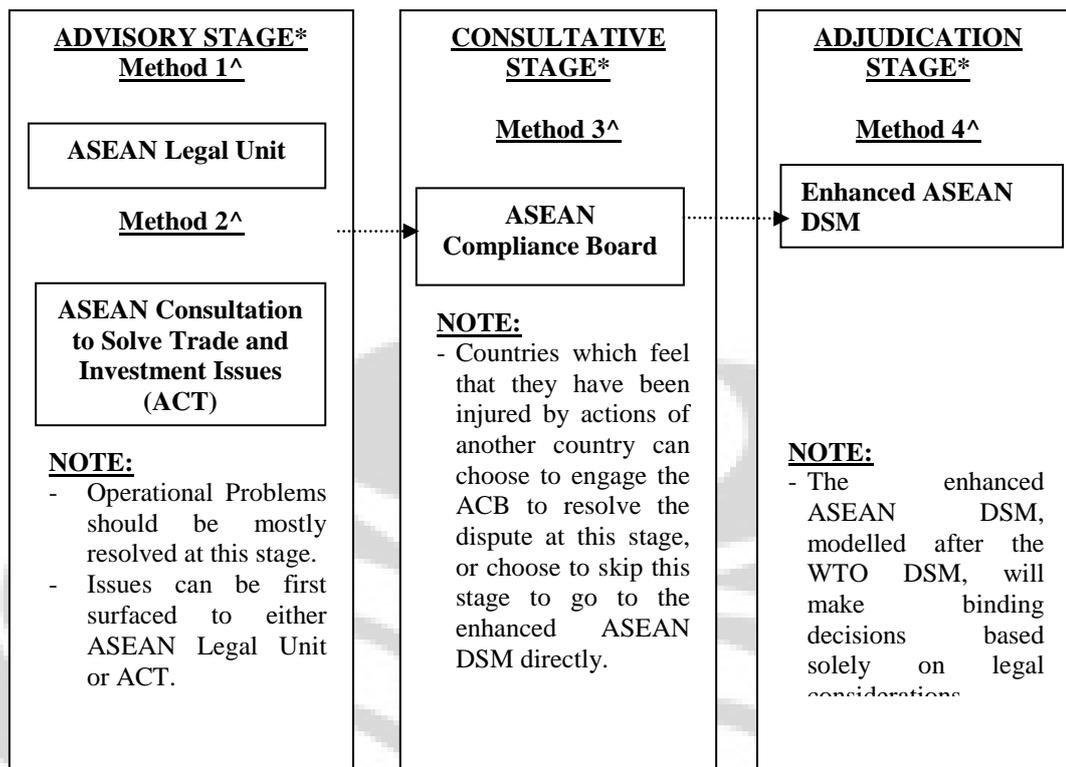
Rekomendasi tersebut diharapkan dapat mewujudkan prinsip kesamaan (*equitable*), cepat, efektif, dan dapat diterima bersama. Dengan didasarkan pada hal tersebut maka *the Protocol* menggantikan *Protocol on DSM*. Dibandingkan dengan *Protocol on DSM*, *the Protocol* mempunyai perkembangan yang cukup signifikan. Perkembangan signifikan tersebut terlihat dari adanya 3 (tiga) mekanisme dalam penyelesaian sengketa tersebut. Ketiga mekanisme tersebut berfungsi:

1. *Advisory*: memanfaatkan *ASEAN Legal Unit* yang dibentuk dan berada dalam organisasi *ASEAN Secretariat*. Unit ini akan memberikan advis legal mengenai sengketa dagang.
2. *Consultative*: memanfaatkan eksistensi ACT yang berfungsi memberikan solusi yang cepat atas masalah yang dihadapi
3. *Adjudication*:
 - a. Memanfaatkan eksistensi ACB melalui *peer pressure*. Lembaga ini sifatnya *ad hoc* dan keputusannya tidak mengikat.
 - b. Memanfaatkan aturan main yang disepakati dalam *Enhanced ASEAN DSM* guna menyelesaikan sengketa dagang dengan cepat dan mengikat.⁹¹

Dengan adanya ketentuan mengenai mekanisme penyelesaian sengketa di ASEAN tersebut, dapat diketahui bahwa penyelesaian sengketa di ASEAN dapat menggunakan berbagai tahapan agar tercapai penyelesaian sengketa yang tepat. Tahapan tersebut tidak selalu dilalui seluruhnya oleh negara anggota ASEAN namun dapat menggunakan beberapa tahapan saja dari sistem penyelesaian sengketa yang ada di ASEAN. Untuk lebih memperjelas pemahaman mengenai penyelesaian sengketa di ASEAN, berikut ini akan digambarkan tahapan penyelesaian sengketa di ASEAN:

⁹¹ *Op.cit*, Direktorat Kerjasama Perdagangan Internasional.

Tabel 4.1: Flowchart of Mechanisms and Processes of The ASEAN Dispute Settlement System⁹²



NOTE:

* While resolution of disputes should generally advance from the advisory stage to the consultative stage, and finally the adjudication stage as shown in the flowchart, this is not mandatory. Countries may choose to make use of the appropriate mechanisms as they wish.

^ Countries do not need to go through the four methods sequentially. After surfacing the issue at either the ASEAN Legal Unit or ACT, they can either go to the ACB or proceed directly to the enhanced ASEAN DSM.

- Upon mutual agreement, involved countries should engage in consultations or avail themselves of the good offices of the ASEAN Secretary General to engage in concurrent conciliation and mediation processes at any stage.

Sumber: ASEAN.

Sebagaimana digambarkan pada Tabel 3 bahwa proses adjudikasi di ASEAN terletak pada *Enhanced ASEAN DSM*. Pengaturan penyelesaian sengketa lebih lanjut diatur dalam *the Protocol*.

The Protocol mempunyai ruang lingkup terhadap tahap konsultasi dan penyelesaian sengketa terhadap perjanjian ASEAN di bidang ekonomi. Ruang lingkup tersebut diberlakukan baik terhadap perjanjian ekonomi ASEAN yang

⁹² ASEAN, *Flowchart of Mechanisms and Processes of The ASEAN Dispute Settlement System*, <www.aseansec.org/hltf_flowchart>, diakses tanggal 23 Juni 2011.

sudah ada sebagaimana diatur dalam *Appendix I the Protocol* maupun yang akan ditetapkan kemudian. Lingkup tersebut, antara lain:

1. Agreement on ASEAN Preferential Trading Arrangements, Manila, 24 February 1977.
2. Agreement on the ASEAN Food Security Reserve, New York, 4 October 1979.
3. Basic Agreement on ASEAN Industrial Projects, Kuala Lumpur, 6 March 1980.
4. Supplementary Agreement of the Basic Agreement on ASEAN Industrial Projects ASEAN Urea Project (Indonesia), Kuala Lumpur, 6 March 1980.
5. Basic Agreement on ASEAN Industrial Joint Ventures, Jakarta, 7 November 1983.
6. Agreement on ASEAN Energy Cooperation, Manila, 24 June 1986.
7. ASEAN Petroleum Security Agreement, Manila, 24 June 1986.
8. Agreement on the Preferential Shortlisting of ASEAN Contractors, Jakarta, 20 October 1986.
9. Supplementary Agreement to the Basic Agreement on ASEAN Industrial Joint Ventures, Singapore, 16 June 1987.
10. Protocol on Improvements on Extensions of Tariff Preferences under the ASEAN Preferential Trading Arrangement, Manila, 15 December 1987.
11. Revised Basic Agreement on ASEAN Industrial Joint Ventures, Manila, 15 December 1987.
12. Agreement Among the Government of Brunei Darussalam, the Republic of Indonesia, Malaysia, the Republic of the Philippines, the Republic of Singapore, and the Kingdom of Thailand for the Promotion and Protection of Investments, Manila, 15 December 1987.
13. Protocol to Amend the Revised Basic Agreement on ASEAN Industrial Joint Ventures, 1 January 1991.
14. Framework Agreement on Enhancing ASEAN Economic Cooperation, Singapore, 28 January 1992.
15. Agreement on the Common Effective Preferential Tariff Scheme for the ASEAN Free Trade Area, Singapore, 28 January 1992.
16. Second Protocol to Amend the Revised Basic Agreement on ASEAN Industrial Joint Ventures, Manila, 23 October 1992.
17. Third Protocol to Amend the Revised Basic Agreement on ASEAN Industrial Joint Ventures, 2 March 1995.
18. Protocol to Amend the Agreement on the Common Effective Preferential Tariff (CEPT) Scheme for the ASEAN Free Trade Area (AFTA), Bangkok, 15 December 1995.
19. Protocol to Amend the Agreement on ASEAN Preferential Trading Arrangements, Bangkok, 15 December 1995.

20. ASEAN Framework Agreement on Services, Bangkok, 15 December 1995. 2004 ASEAN PROTOCOL ON ENHANCED DISPUTE SETTLEMENT MECHANISM UNOFFICIAL TEXT · CENTRE FOR INTERNATIONAL LAW
 21. ASEAN Framework Agreement on Intellectual Property Cooperation, Bangkok, 15 December 1995.
 22. Protocol Amending the Agreement on ASEAN Energy Cooperation, Bangkok, 15 December 1995.
 23. Basic Agreement on ASEAN Industrial Cooperation, Singapore, 26 April 1996.
 24. Protocol to Amend the Agreement Among the Government of Brunei Darussalam, the Republic of Indonesia, Malaysia, the Republic of the Philippines, the Republic of Singapore, and the Kingdom of Thailand for the Promotion and Protection of Investments, Jakarta, 12 September 1996.
 25. ASEAN Agreement on Customs, Phuket, Thailand, 1 March 1997
 26. Protocol Amending the Agreement on the ASEAN Energy Cooperation, Kuala Lumpur, Malaysia, 23 July 1997
 27. 2nd Protocol to Amend the Agreement on the ASEAN Food Security Reserve, Subang Jaya, Malaysia, 23 July 1997
 28. Protocol to Implement the Initial Package of Commitments Under the ASEAN Framework Agreement on Services, Kuala Lumpur, Malaysia, 15 December 1997
 29. Agreement on the Establishment of the ASEAN Center for Energy, Manila, Philippines, 22 May 1998
 30. Protocol on Notification Procedures, Makati, Philippines, 7 October 1998
 31. Framework Agreement on the ASEAN Investment Area, Makati, Philippines, 7 October 1998
 32. ASEAN Framework Agreement on Mutual Recognition Arrangement (MRAs), Ha Noi, Viet Nam, 16 December 1998
 33. Protocol to Implement the Second Package of Commitments Under the ASEAN Framework Agreement on Services, Ha Noi, Viet Nam, 16 December 1998
 34. ASEAN Framework Agreement on the Facilitation of Goods in Transit, Ha Noi, Viet Nam, 16 December 1998
 35. Protocol on the Special Arrangement for Sensitive and Highly Sensitive Products, Singapore, 30 September 1999
 36. Protocol regarding the Implementation of the CEPT Scheme Temporary Exclusion List, Singapore, 23 November 2000
 37. E-ASEAN Framework Agreement, Singapore, 24 November 2000
 38. Protocol 5: ASEAN Scheme of Compulsory Motor Vehicle Insurance, Kuala Lumpur, Malaysia, 8 April 2001
 39. Protocol to Amend the Framework Agreement on the ASEAN Investment Area, Ha Noi, Viet Nam 14 September 2001
 40. Protocol to Implement the Third Package of Commitments Under the ASEAN Framework Agreement Services, Ha Noi, Viet Nam, 31 December 2001
- 2004 ASEAN PROTOCOL ON ENHANCED

DISPUTE SETTLEMENT MECHANISM UNOFFICIAL TEXT
· CENTRE FOR INTERNATIONAL LAW

41. ASEAN Sectoral Mutual Recognition Arrangement for Electrical and Electronic Equipment, Bangkok, Thailand, 5 April 2002
42. Protocol to Implement the Second Package of Commitments on Financial Services Under the ASEAN Framework Agreements on Services, Yangon, Myanmar, 6 April 2002
43. Protocol to Amend the Agreement the Common Effective Preferential Tariff (CEPT) Scheme for the ASEAN Free Trade Area (AFTA) for the Elimination of Import Duties, 31 January 2003
44. Protocol Governing the Implementation of the ASEAN Harmonized Tariff Nomenclature, Makati, Philippines, 7 August 2003
45. Agreement on the ASEAN Harmonized Cosmetic Regulatory Scheme, Phnom Penh, Cambodia, 2 September 2003
46. Protocol to Amend the Protocol Governing the Implementation of the ASEAN Harmonised Tariff Nomenclature, Jeju Island, Korea, 15 May 2004⁹³

The Protocol mengatur penyelesaian sengketa yang melingkupi berbagai aturan ekonomi di ASEAN. Aturan tersebut antara lain mengatur mengenai perdagangan. Salah satu diantaranya adalah *Common Effective Preferential Tariff* yang merupakan perjanjian perdagangan barang di lingkup ASEAN yang mengurangi hambatan tarif. Dengan kata lain, *the Protocol* juga mengatur penyelesaian sengketa yang berkaitan dengan liberalisasi perdagangan di lingkup ASEAN. Selain itu, ASEAN telah memiliki *2007 Charter of the Association of Southeast Asian Nations*. Charter tersebut salah satunya bertujuan untuk menciptakan *single market* yang mendukung perdagangan di lingkup ASEAN sebagaimana diatur dalam article 1.5 *2007 Charter of the Association of Southeast Asian Nations*. Berikut tujuan ASEAN yang tertuang dalam *2007 Charter of the Association of Southeast Asian Nations*:

The Purposes of ASEAN are:

1. To maintain and enhance peace, security and stability and further strengthen peace-oriented values in the region;
2. To enhance regional resilience by promoting greater political, security, economic and socio-cultural cooperation;

⁹³ Appendix I *the Protocol*.

3. To preserve Southeast Asia as a Nuclear Weapon-Free Zone and free of all other weapons of mass destruction;
4. To ensure that the peoples and Member States of ASEAN live in peace with the world at large in a just, democratic and harmonious environment;
5. To create a single market and production base which is stable, prosperous, highly competitive and economically integrated with effective facilitation for trade and investment in which there is free flow of goods, services and investment; facilitated movement of business persons, professionals, talents and labour; and freer flow of capital;
6. To alleviate poverty and narrow the development gap within ASEAN through mutual assistance and cooperation;
7. To strengthen democracy, enhance good governance and the rule of law, and to promote and protect human rights and fundamental freedoms, with due regard to the rights and responsibilities of the Member States of ASEAN;
8. To respond effectively, in accordance with the principle of comprehensive security, to all forms of threats, transnational crimes and transboundary challenges;
9. To promote sustainable development so as to ensure the protection of the region's environment, the sustainability of its natural resources, the preservation of its cultural heritage and the high quality of life of its peoples;
10. To develop human resources through closer cooperation in education and life-long learning, and in science and technology, for the empowerment of the peoples of ASEAN and for the strengthening of the ASEAN Community;
11. To enhance the well-being and livelihood of the peoples of ASEAN by providing them with equitable access to opportunities for human development, social welfare and justice;
12. To strengthen cooperation in building a safe, secure and drug-free environment for the peoples of ASEAN;
13. To promote a people-oriented ASEAN in which all sectors of society are encouraged to participate in, and benefit from, the process of ASEAN integration and community building;
14. To promote an ASEAN identity through the fostering of greater awareness of the diverse culture and heritage of the region; and
15. To maintain the centrality and proactive role of ASEAN as the primary driving force in its relations and cooperation with its external partners in a regional architecture that is open, transparent and inclusive.⁹⁴

⁹⁴ Article 1 2007 Charter of the Association of Southeast Asian Nations

Article 24.3 *2007 Charter of the Association of Southeast Asian Nations* menyatakan bahwa selain diatur dalam penyelesaian sengketa atas charter tersebut maka mengacu pada *the Protocol*. Untuk itu, charter ini merupakan pengaturan ekonomi ASEAN di masa mendatang sebagaimana diatur dalam lingkup *the Protocol*. Penyelesaian sengketa charter tersebut diatur dalam *2010 Protocol to the ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanisms*.

Pemberlakuan *the Protocol* bersifat menyeluruh kepada seluruh negara yang merupakan anggota ASEAN. Namun dalam pemberlakuannya, *the Protocol* tidak langsung diterapkan apabila terjadi sengketa antarnegara ASEAN. Hal ini telah diatur bahwa *the Protocol* dapat diberlakukan apabila salah satu pihak telah meminta SEOM untuk membentuk panel.⁹⁵

Dengan adanya ketentuan pembentukan panel tersebut, hal ini mengindikasikan bahwa sengketa yang terjadi antarnegara ASEAN tidak langsung serta merta diselesaikan dengan menggunakan *the Protocol*. Ketentuan tersebut membatasi keberlakuan *the Protocol* apabila salah satu pihak, dalam hal ini negara anggota ASEAN, mengajukan pembentukan panel berdasarkan ketentuan *the Protocol*.

Dalam proses penyelesaian sengketa, *The Protocol* mengatur tahapan mulai dari konsultasi, pembentukan panel, banding, dan pemantauan implementasi atas pelaksanaan putusan. Dalam *2010 Protocol to the ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanisms* mengatur mekanisme penunjukan konsultasi, *good offices*, mediasi, konsiliasi, dan arbitrase. Untuk itu, mekanisme yang diatur tersebut merupakan pelengkap dari *the Protocol* namun ketentuan umum penyelesaian sengketa diatur dalam mekanisme tersebut.

Terkait dengan kepastian hukum, dalam kaitannya dengan waktu yang diperlukan dalam penyelesaian sengketa di ASEAN, hal tersebut telah diatur secara ketat. Pengaturan tersebut dimulai dari konsultasi sampai dengan pelaksanaan putusan. Namun secara keseluruhan, waktu yang diperlukan dalam penyelesaian sengketa di ASEAN tidak lebih dari 455 hari, kecuali adanya penambahan waktu yang dibutuhkan dalam pelaksanaan putusan.⁹⁶ Dengan

⁹⁵ Article 1 *The Protocol*.

demikian para pihak yang bersengketa dapat berestimasi mengenai pelaksanaan putusan. Berikut akan disampaikan waktu yang dibutuhkan pada masing-masing tahap dalam penyelesaian sengketa di ASEAN:

Tabel 4.2: Durasi dan Tindakan dalam Penyelesaian Sengketa ASEAN⁹⁷

Duration	Process and Action
60 days	Pre-adjudication consultations and mediations
45 days	SEOM establishes DSM panels and appoints panellists
60-70 days	Panel reports, containing legally binding findings and recommendations, to be submitted to SEOM
30 days	SEOM to decide on report adoption (if no appeal)
60-90 days	Appeal proceedings to be reviewed by DSM Appellate Body whose report is to be submitted to SEOM
30 days	SEOM to decide on adoption of appeal report
60 days	Compliance by Asean Members States (AMS) concerned to report findings and recommendations (unless parties in dispute agree on a longer timeframe for compliance)

Sumber: Public Affairs Office of the ASEAN Secretariat.

Pengaturan penyelesaian sengketa di ASEAN mempunyai kemiripan dengan WTO. Hal tersebut tercermin dari tindakan atau tahapan yang ada dalam penyelesaian sengketa di ASEAN. Dalam hal ini terlihat dengan diawali konsultasi kemudian pembentukan panel, banding, dan terakhir pelaksanaan dari putusan.

The Protocol mirrors, in most cases, the provisions of the WTO Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes (WTO DSU), adapting them to the needs and flexibilities of a regional organisation.⁹⁸

⁹⁶ Article 18 *The Protocol*.

⁹⁷ Public Affairs Office of the ASEAN Secretariat, *Asean Dispute Settlement System*, <www.asean.org/Fact%20Sheet/AEC/2009-AEC-017>, diakses tanggal 23 Juni 2011.

⁹⁸ *Op.cit*, Paolo Vergano.

Kemiripan pengaturan antara penyelesaian sengketa di ASEAN dengan WTO terlihat pada sebagian besar pengaturan. Kemiripan tersebut menjadi berbeda terkait adanya kebutuhan dan fleksibilitas organisasi ASEAN. Hal tersebut terlihat, salah satunya, dari adanya mediasi yang sangat diupayakan terjadi dalam penyelesaian sengketa di ASEAN. Meskipun terdapat perbedaan namun apabila melihat para pihak yang bersengketa di ASEAN hanyalah sebatas pada negara, sebagaimana dilakukan pada WTO.

Negara menjadi para pihak yang bersengketa. Negara merupakan syarat mutlak untuk bersengketa di ASEAN. Dengan kata lain, selain negara, maka tidak boleh bersengketa di ASEAN. Namun negara yang dimaksud dalam penyelesaian sengketa ASEAN adalah negara anggota ASEAN atau biasa disebut dengan *ASEAN Members States* (AMS). Pengaturan mengenai ketentuan para pihak yang bersengketa di ASEAN sama dengan pengaturan para pihak yang bersengketa di WTO, yaitu sama-sama terbatas pada negara anggota organisasi tersebut.

The Governments of Brunei Darussalam, the Kingdom of Cambodia, the Republic of Indonesia, the Lao People's Democratic Republic, Malaysia, the Union of Myanmar, the Republic of the Philippines, the Republic of Singapore, the Kingdom of Thailand and the Socialist Republic of Viet Nam, Member States of the Association of South East Asian Nations (hereinafter collectively referred to as "ASEAN" or "Member States" or singularly as "Member State").⁹⁹

Di dalam *The Protocol*, penggunaan kata negara atau "state" hanya menunjukkan pada "member state". Penentuan para pihak yang bersengketa hanya terbatas pada negara dan tidak diperluas, terlihat dari pengaturan konsultasi. Dalam konsultasi, hanya *member state* yang dapat menanggapi dan mengajukan konsultasi.

Member States shall accord adequate opportunity for consultations regarding any representations made by other Member States with respect to any matter affecting the implementation, interpretation or application of the Agreement or any covered agreement. Any differences shall, as far as possible, be settled amicably between the Member States.¹⁰⁰

⁹⁹ ASEAN, *The Protocol*, konsiderans.

Kewenangan yang diberikan hanya kepada negara untuk menjadi para pihak dan melakukan penyelesaian sengketa di tingkat ASEAN, dapat memberikan dampak kepada *private party*. Dengan mendasarkan kelebihan dan kekurangan peran *private party* dalam penyelesaian sengketa yang telah diketahui pada bab sebelumnya, hal tersebut dapat dijadikan acuan dalam pelaksanaan penyelesaian sengketa di ASEAN.

C. Pelibatan *Private Party* dalam Penyelesaian Sengketa di ASEAN

Tinjauan terhadap aspek hukum perdagangan internasional

WTO, NAFTA, dan ASEAN merupakan organisasi yang mengatur perdagangan antar negara bagi negara anggotanya. Ketiga organisasi tersebut tidak terlepas dari hukum perdagangan internasional. Ditinjau dari hukum perdagangan internasional, yang dimaksud dengan subjek hukum adalah:

1. Para pelaku (*stakeholders*) dalam perdagangan internasional yang mampu mempertahankan hak dan kewajibannya di hadapan badan peradilan, dan
2. Para pelaku (*stakeholders*) dalam perdagangan internasional yang mampu dan berwenang untuk merumuskan aturan-aturan hukum di bidang hukum perdagangan internasional.¹⁰¹

Dari pengertian yang dimaksud dengan subjek hukum perdagangan internasional, terlihat ada 2 (dua) hal yang dapat dilakukan oleh suatu pihak. Tindakan yang dapat diperlihatkan adalah kemampuan mempertahankan hak dan kewajibannya di hadapan badan peradilan dan tindakan pengaturan di bidang hukum perdagangan internasional. Dengan kata lain, suatu pihak dapat disebut sebagai subjek hukum perdagangan internasional apabila dapat melakukan pengaturan atau bersengketa di muka pengadilan. Dalam hal ini dapat terlihat bahwa pembuat peraturan perdagangan di lingkup organisasi perdagangan internasional tersebut, adalah negara. Namun demikian, akan dapat tergambarkan

¹⁰⁰ ASEAN, *The Protocol*, Article 3.1.

¹⁰¹ <<http://www.scribd.com/doc/52054049/9/C-Pendekatan-Hukum-Perdagangan-Internasional>>, diakses tanggal 13 Juli 2011, hal 13.

dengan merujuk pada siapa sajakah subjek hukum perdagangan internasional tersebut.

Dari penggambaran di atas, dapat ditentukan subjek hukum perdagangan internasional, antara lain:

1. Negara merupakan subjek hukum yang paling sempurna, alasannya:
 - a. Negara merupakan satu-satunya subjek hukum yang memiliki kedaulatan. Berdasarkan kedaulatan ini, negara memiliki wewenang untuk menentukan dan mengatur segala sesuatu yang masuk dan keluar dari wilayahnya. Dengan atribut kedaulatannya ini, negara antara lain berwenang untuk membuat hukum (regulator) yang mengikat segala subjek hukum lainnya (individu, perusahaan), mengikat benda dan peristiwa hukum yang terjadi di dalam wilayahnya termasuk perdagangan.
 - b. Negara juga berperan, baik secara langsung maupun tidak langsung dalam pembentukan organisasi perdagangan internasional di dunia
 - c. Negara juga bersama-sama dengan negara lain mengadakan perjanjian internasional guna mengatur transaksi perdagangan
 - d. Negara berperan juga sebagai subjek hukum dalam posisinya sebagai pedagang
2. Organisasi perdagangan internasional; organisasi internasional memainkan peran yang penting. Hal ini dikarenakan organisasi internasional dibentuk oleh dua negara atau lebih guna mencapai tujuan bersama.
3. Individu, individu atau perusahaan adalah pelaku utama dalam perdagangan internasional. Individulah yang pada akhirnya terikat oleh aturan-aturan hukum perdagangan internasional. Selain itu, aturan-aturan hukum yang dibentuk oleh negara memiliki tujuan untuk memfasilitasi perdagangan internasional yang dilakukan individu.¹⁰²

Penentuan adanya subjek hukum perdagangan internasional sangat diperlukan terkait dengan keterlibatan perannya masing-masing. Sebagai subjek hukum perdagangan internasional, negara, organisasi perdagangan internasional, dan individu dapat mendapat hak dan melaksanakan kewajiban yang melekat pada dirinya masing-masing.

Terkait dengan hal tersebut, untuk mempertahankan haknya maka subjek hukum perdagangan internasional dapat mengajukannya ke peradilan. Dalam hal ini, negara akan berperan sebagai dirinya sendiri karena negara

¹⁰² *Ibid*, diringkas dari hal 13-17.

merupakan subjek hukum perdagangan internasional yang dapat membentuk perjanjian internasional. Sedangkan organisasi perdagangan internasional terbentuk oleh dua negara atau lebih. Tentunya dengan hal demikian, negara sangat berperan dalam menentukan mekanisme maupun kewenangan dalam pemenuhan haknya. Sedangkan yang terakhir, individu, hal tersebut harus disesuaikan dengan kewarganegaraannya.

Kewarganegaraan terhadap *private party* sebagai manusia dapat dilihat dari kewarganegaraan yang dimilikinya sedangkan kewarganegaraan perusahaan ditentukan dari hal sebagai berikut:

- a. Teori inkorporasi; menurut prinsip ini badan hukum tunduk kepada hukum tempat ia didirikan atau dibentuk. Teori ini dianut oleh negara dengan sistem hukum *common law*.
- b. Teori tempat kedudukan secara *statutair*. Yang berlaku adalah hukum dari tempat dimana menurut *statutair*-nya badan hukum mempunyai kedudukan. Dalam praktiknya tempat kedudukan *statutair* adalah juga sekaligus tempat didirikannya badan hukum (inkorporasi).
- c. Teori manajemen efektif. Menurut prinsip ini yang berlaku adalah tempat dimana badan hukum memiliki tempat kedudukan kantor pusat yang efektif (*siege social*). Teori ini dianut oleh negara-negara dengan sistem hukum *civil law*.¹⁰³

Dengan mendasarkan pada kewarganegaraan *private party* maka akan diketahui bahwa *private party* tersebut dapat mengadukan atau meminta perlindungan kepada negara mana. Dalam hal ini, Indonesia mengacu pada teori inkorporasi dan manajemen efektif secara akumulatif. Hal ini terlihat dari Pasal 5 Undang-Undang tentang Perseroan Terbatas sebagai berikut

¹⁰³ Irfano Adonis, *Status Personal SPV dalam Kasus Penerbitan Surat Utang Piutang PT Indah Kiat Pulp & Paper Tbk (Putusan Pengadilan Bengkalis Nomor 05/PDT.G/2003/PN.BKS)*, Depok: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2008, hal. 7 mengutip dari Sudargo Gautama, *Hukum Perdata Internasional (jilid III Bagian I Buku ke-7)*, ed 2 cet 2, Bandung: PT Alumni, 2004, hal 337.

- (1) Perseroan mempunyai nama dan tempat kedudukan dalam wilayah negara Republik Indonesia yang ditentukan dalam anggaran dasar.
- (2) Perseroan mempunyai alamat lengkap sesuai dengan tempat kedudukannya

Dalam pasal tersebut menjelaskan adanya teori inkorporasi yang dianut sedangkan pada penjelasan dari pasal tersebut diatur bahwa tempat kedudukan perseroan sekaligus merupakan kantor pusat perseroan. Hal tersebut menunjukkan adanya teori manajemen efektif yang dianut. Dengan demikian kewarganegaraan *private party* di Indonesia didasarkan pada teori inkorporasi dan teori manajemen efektif secara akumulatif. Tentunya satu negara dengan negara lain akan memiliki perbedaan pengaturan.

Terkait dengan kewarganegaraan yang dianut Indonesia, dalam kasus dumping tepung gandum tersebut terdapat perusahaan yang kepemilikannya sebagian besar dimiliki oleh asing. Terkait dengan hal tersebut maka dengan adanya kewarganegaraan yang dianut oleh Indonesia tersebut maka *private party* tersebut dapat meminta perlindungan kepada negara Indonesia. Hal ini dikarenakan pendirian perusahaan di Indonesia dan manajemen efektif berada di Indonesia. Hal itu eksplisit terlihat dari penamaan perusahaan dan tempat tinggal perusahaan yang telah disebutkan dalam identitas para pihak yang mengajukan inisiasi dumping.

Ketentuan mengenai kewarganegaraan tersebut menentukan perlindungan yang diberikan terhadap *private party*. Tentunya dengan diketahuinya kewarganegaraan *private party* maka dapat ditentukan siapakah yang merupakan *ultimate private party* yang perlu dilindungi oleh negaranya masing-masing sesuai teori yang dianut oleh masing-masing negara. Selain itu, hal ini dapat digunakan untuk menentukan apakah sengketa tersebut merupakan sengketa domestik (dalam satu negara) atau sengketa internasional (lintas negara). Penentuan tersebut sangat diperlukan karena untuk menentukan forum yang akan dipilih dalam penyelesaian sengketa.

Sengketa dapat muncul karena adanya perselisihan atau perbedaan pendapat atau pandangan. Hal ini dapat terjadi dikarenakan adanya pelanggaran dari salah

satu pihak terhadap sumber hukum internasional. Sumber hukum internasional, antara lain perjanjian internasional, hukum kebiasaan internasional, prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh bangsa yang beradab, putusan-putusan pengadilan, karya hukum, dan putusan organisasi internasional. Lebih lanjut akan diuraikan sebagai berikut:

Perjanjian internasional dapat dikatakan sebagai sumber hukum yang terpenting dewasa ini. Perjanjian internasional menjadi instrumen utama pelaksanaan hubungan internasional antarnegara. Perjanjian internasional juga berperan sebagai sarana untuk meningkatkan kerjasama internasional, peran perjanjian internasional dewasa ini dapat dikatakan menggantikan hukum kebiasaan internasional. Satu kelebihan perjanjian dibandingkan dengan hukum kebiasaan adalah sifatnya yang tertulis, memudahkan dalam pembuktian, dibandingkan dengan hukum kebiasaan yang tidak tertulis sehingga terkadang cukup sulit untuk menemukan atau membuktikannya.¹⁰⁴

Hukum kebiasaan internasional menurut Dixon adalah hukum yang berkembang dari praktek atau kebiasaan negara-negara. Hukum kebiasaan internasional adalah sumber hukum tertua dalam hukum internasional. Pada awal perkembangan hukum internasional, hukum kebiasaan internasional menjadi primadona sumber-sumber hukum internasional. Hukum internasional tumbuh dan berkembang melalui kebiasaan negara-negara.¹⁰⁵

Prinsip-prinsip hukum umum yang diakui oleh bangsa yang beradab pertama kali diperkenalkan oleh statuta PCIJ dengan maksud untuk menghindari masalah miring *non liquet* dalam suatu perkara yang dihadapkan pada hakim. Hakim tidak dapat menolak perkara yang dijatuhkan padanya dengan alasan tidak ada hukumnya. Bila hakim tidak menemukan perjanjian juga hukum kebiasaan yang relevan dengan kasus yang dihadapinya, hakim diarahkan untuk menggunakan prinsip hukum umum ini.¹⁰⁶

Putusan pengadilan dalam Pasal 38 statuta MI disebutkan sebagai sumber hukum tambahan (*subsidiary*) bagi sumber-sumber hukum di atasnya. Meskipun dikatakan sebagai sumber hukum tambahan tidak berarti bahwa putusan pengadilan, baik putusan pengadilan nasional maupun

¹⁰⁴ Sefriani, *Hukum Internasional: Suatu Pengantar*, Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2011, hal. 28.

¹⁰⁵ *Ibid*, hal. 41.

¹⁰⁶ *Ibid*, hal 49.

internasional, mempunyai kedudukan yang lebih rendah dari sumber-sumber hukum di atasnya. Putusan pengadilan dikatakan sebagai sumber hukum tambahan karena sumber hukum ini tidak dapat berdiri sendiri sebagai dasar putusan yang diambil oleh hakim. Putusan pengadilan hanya dapat digunakan untuk memperkuat sumber hukum di atasnya.¹⁰⁷

Sama seperti putusan pengadilan, karya hukum atau doktrin merupakan sumber hukum tambahan atau subsider. Karya hukum atau apa pun namanya juga siapapun yang menghasilkannya bukanlah hukum yang mengikat. Karya hukum tidaklah menciptakan hukum meskipun itu tulisan dari Grotius, Bynkershoek, Vattel, Starke Oppenheim, Hall, Hyde, Rousseau atau pakar yang lain tetaplah hanya merupakan opini, tidak mengikat dan bukanlah hukum. Karena bukan hukum, tentu saja hakim tidak dapat memutus suatu perkara dengan dasar putusan opini Starke atau pakar lain.¹⁰⁸

Putusan organisasi tidak dikemukakan dalam daftar sumber hukum Pasal 38 (1) Statuta Mahkamah Internasional. Beberapa alasan yang dikemukakan antara lain bahwa pada waktu pembentukan piagam keberadaan dan peran organisasi internasional belum seperti saat ini. Putusan yang menyatakan organisasi sebagai subjek hukum internasional baru lahir tahun 1949. Sangat wajar kiranya jika pembentu Piagam PBB tidak memasukkan putusan organisasi internasional ke dalam Pasal 38 (1) Statuta Mahkamah Internasional.¹⁰⁹

Dalam kenyataannya, subjek hukum dapat melakukan kesalahan atau melanggar ketentuan dari sumber hukum. Demikian pula subjek hukum internasional dapat melanggar atau tidak melaksanakan ketentuan yang ditentukan dalam sumber hukum. Terkait dengan hal tersebut, prinsip kedaulatan negara dalam hubungan internasional sangatlah dominan. Negara berdaulat yang satu tidak tunduk pada negara berdaulat yang lain.¹¹⁰ Dengan ketentuan tersebut akan sulit ditentukan pertanggungjawabannya. Pertanggungjawaban negara dalam hukum internasional pada dasarnya dilatarbelakangi pemikiran bahwa tidak ada satu pun negara yang dapat menikmati hak-haknya tanpa menghormati hak-hak negara lain. Setiap pelanggaran terhadap hak negara lain menyebabkan negara

¹⁰⁷ *Ibid*, hal. 50

¹⁰⁸ *Ibid*, hal 51

¹⁰⁹ *Ibid*, hal 52

¹¹⁰ *Ibid*, hal. 265-266.

tersebut wajib untuk memperbaikinya atau dengan kata lain mempertanggungjawabkannya.¹¹¹

Dari hal tersebut terlihat munculnya sengketa dikarenakan adanya pengingkaran keadilan dari suatu negara. Dalam hal ini terjadi pelanggaran terhadap hak negara lain oleh suatu negara. Dalam kondisi demikian, negara yang melakukan pelanggaran tersebut wajib memperbaiki kebijakan yang telah diambilnya dan apabila menimbulkan kerugian, baik material maupun imaterial. Untuk itu, diberikan waktu kepada negara tersebut untuk memberlakukan putusan badan peradilan atau arbitrase internasional.

Dalam kasus dumping Korea atas kertas dari Indonesia terjadi pelanggaran penerapan hukum oleh Korea mengenai dumping. Untuk itu, subjek hukum negara wajib memperbaiki kesalahan yang dilakukannya sesuai dengan sumber hukum internasional, seperti dalam aturan WTO yang mengikat kedua belah pihak. Terkait dengan tanggung jawab negara, pakar hukum internasional mengemukakan karakteristik timbulnya tanggung jawab negara sebagai berikut:

1. Adanya suatu kewajiban hukum internasional yang berlaku antara dua negara tertentu.
2. Adanya suatu perbuatan atau kelalaian yang melanggar kewajiban hukum internasional tersebut yang melahirkan tanggung jawab negara.
3. Adanya kerusakan atau kerugian sebagai akibat adanya tindakan yang melanggar hukum atau kelalaian.¹¹²

Dalam kasus Korea tersebut, kewajiban yang berlaku antara dua negara ada pada ketentuan WTO mengenai antidumping. Perbuatan yang dilakukan oleh Korea tersebut melanggar kewajiban hukum internasional, yaitu mengenakan biaya antidumping kepada produsen kertas dari Indonesia. Untuk itu, dengan adanya perbuatan tersebut, produsen dari Indonesia mengalami kerugian karena ekspor yang biasanya dikenakan bea masuk yang lebih rendah akan dikenakan bea masuk yang lebih tinggi sehingga produsen akan mengalami kerugian atau tidak mengalami keuntungan atau dalam keadaan tersebut dengan terpaksa menjual

¹¹¹ *Ibid*, hal 266.

¹¹² *Ibid*, 267-268.

dengan biaya yang lebih tinggi daripada biasanya sehingga dapat kalah bersaing dengan produsen yang lain. Tentunya hal ini akan memberikan kerugian bagi produsen karena produknya menjadi lebih mahal daripada produk dari produsen lain yang sejenis.

Selain itu, kelalaian tidak memenuhi putusan peradilan dapat termasuk dalam pertanggungjawaban negara. Sebagai contoh, Korea meskipun telah dinyatakan menyalahi ketentuan WTO namun Korea menganggap telah melakukan perubahan yang disesuaikan dengan ketentuan WTO. Indonesia pun telah mengajukan kembali kasus tersebut dan dinilai dan diputuskan bahwa Korea dianggap belum melakukan perbaikan sesuai dengan ketentuan WTO yang mengatur tentang dumping. Untuk itu, kasus Korea tersebut masih dapat dimintakan pertanggungjawaban negara.

Hukum kebiasaan internasional menetapkan adanya *exhaustion of local remedies*. Dalam ketentuan tersebut diatur bahwa sebelumnya diajukannya klaim atau tuntutan ke pengadilan internasional, langkah-langkah penyelesaian sengketa yang disediakan negara yang dianut (*local remedies*) haruslah ditempuh lebih dulu. Hal ini bertujuan untuk memberi kesempatan kepada negara tergugat memperbaiki kesalahannya menurut sistem hukum nasionalnya lebih dulu dan untuk memperbaiki tuntutan-tuntutan internasional.¹¹³ Terkait dengan hal tersebut, pada inisiasi kasus tepung gandum di atas telah ditunjukkan adanya upaya *local remedies* melalui adanya penyampaian inisiasi dari asosiasi pengusaha tepung terigu Indonesia, dalam hal ini disampaikan oleh pemerintah Indonesia. Dalam hal ini telah ada peran *private party* dalam penyelesaian sengketa di WTO namun hal tersebut masih sebatas pada partisipasi menyiapkan data dan informasi dan inisiasi namun tidak menjadi salah satu pihak yang bersengketa dalam penyelesaian sengketa di WTO.

Salah satu permasalahan yang masih terus diperdebatkan selama puluhan tahun adalah siapa yang dapat meminta pertanggungjawaban negara bila ada pelanggaran terhadap hukum internasional. Hukum internasional klasik selama ini cenderung sangat membatasi ruang lingkup tanggung jawab negara, subjeknya hanya negara, harus dalam kerangka hubungan antarnegara atau bilateral. Di

¹¹³ *Ibid*, hal 290-291.

samping itu, hukum tanggung jawab negara juga dibatasi oleh prinsip territorial, imunitas, yurisdiksi negara, kedaulatan negara, serta prinsip non intervensi. Pembatasan-pembatasan semacam ini dalam praktik terbukti sudah tidak memenuhi kebutuhan lagi, terlebih setelah semakin banyaknya aktor-aktor non-negara dalam hubungan internasional, seperti non-government organization (NGO), individu, bahkan perusahaan-perusahaan transnasional.¹¹⁴

Terkait dengan hal tersebut, terdapat alternatif sebagaimana ditunjukkan dalam penyelesaian sengketa di NAFTA. Alternatif bahwa *private party* dapat menjadi salah satu pihak yang bersengketa dalam penyelesaian sengketa di NAFTA. Terkait dengan hal tersebut, tentunya akan terdapat perbedaan tingkatan apabila *private party* bersengketa dengan negara. Hal ini dikarenakan *private party* merupakan bagian dari negara sebagaimana telah diuraikan di atas bahwa negara akan berkaitan erat dengan kedaulatan sehingga dapat melakukan tindakan apapun di lingkungannya yang berdaulat. Terkait dengan itu, terdapat prinsip imunitas negara.

Prinsip umum yang diakui adalah bahwa dengan atribut kedaulatan, negara memiliki imunitas terhadap pengadilan negara lain. Arti imunitas di sini adalah bahwa negara tersebut memiliki hak untuk mengklaim kekebalannya terhadap tuntutan (klaim) terhadap dirinya. Sheldrick dengan tepat menggambarkan imunitas negara sebagai berikut: "Sovereign immunity is a long established precept of public international law which requires that a foreign government or head of state cannot be sued without its consent. In its traditional form, this rule applied to all types of suit, criminal and civil, including those arising out of purely commercial transactions undertaken by the foreign sovereign."¹¹⁵

Dalam perkembangannya, konsep imunitas ini mengalami pembatasan. Minimal ada 4 (empat) pembatasan terhadap muatan imunitas suatu negara, yaitu:

Pertama, pembatasan oleh hukum internasional. Dalam bertransaksi dagang, hukum internasional mengakui imunitas negara ini, tetapi juga sekaligus membatasinya. Hukum internasional juga mensyaratkan

¹¹⁴ *Ibid*, hal 268-269.

¹¹⁵ *Op.cit*, www.scribd.com, diakses tanggal 13 Juli 2011, hal 15.

negara-negara untuk bekerjasama dengan negara lain untuk memajukan ekonomi.

Kedua, pembatasan oleh hukum nasional. Dewasa ini beberapa negara memiliki undang-undang mengenai imunitas yang sifatnya membatasi imunitas negara-negara (asing) yang melakukan transaksi dagang di dalam wilayahnya atau dengan warga negaranya.

Ketiga, pembatasan secara diam-diam dan sukarela. Pembatasan ini dianggap terjadi ketika suatu negara secara sukarela menundukkan dirinya ke hadapan suatu badan peradilan yang mengadili persidangan dan negara tersebut mematuhi, negara tersebut dianggap telah dengan sukarela menanggalkan imunitasnya.

Keempat, kemungkinan lain yang menjadi indikasi pembatasan imunitas ini adalah apabila negara memasukkan klausul arbitrase ke dalam kontrak dagangnya.¹¹⁶

Dari perkembangan tersebut, dalam kaitannya dengan NAFTA, terlihat adanya pembatasan imunitas dari negara-negara yang tergabung dalam NAFTA. Dalam pembatasan tersebut terlihat adanya penundukan diri negara untuk bersengketa dengan *private party* dengan hadirnya negara anggota tersebut di depan arbitrase. Dengan adanya ketentuan tersebut maka kedaulatan negara dan imunitas negara tidak menjadi permasalahan.

Terkait dengan hal tersebut, hal ini dapat dijadikan usulan rumusan penyelesaian sengketa di ASEAN. Hal ini dikarenakan ASEAN masih menjaga imunitas negara. Dengan tetap adanya imunitas tersebut maka negara akan bersengketa dengan negara.

Tinjauan terhadap aspek penyelesaian sengketa

ASEAN merupakan organisasi regional yang masih mengandalkan peran negara, yang direpresentasikan kepada atau dilaksanakan oleh pemerintah, dalam berhubungan atau bekerjasama. Hal ini terlihat dari tidak adanya peran *private party* sebagai para pihak yang bersengketa dalam penyelesaian sengketa di ASEAN. Dengan mengandalkan pada peran negara tersebut, tidak ada sengketa yang terjadi diantara negara anggota ASEAN.

ASEAN Members States (AMSs) have not yet made use of any of the dispute settlement mechanisms provided for within the ASEAN legal

¹¹⁶ *Ibid.*

framework. Disputes among AMSs have been addressed and resolved through political channel only.¹¹⁷

Karakteristik ASEAN, bahwa ASEAN sangat menghindari terjadinya sengketa antarnegara anggota ASEAN yang diselesaikan melalui mekanisme penyelesaian sengketa yang ada, *The Protocol*. Sengketa yang muncul selalu diselesaikan melalui jalur politik. Tentunya, dalam kaitannya dengan peran *private party*, hal tersebut menimbulkan ketidakpastian dan juga keragu-raguan terkait dengan permasalahan yang mungkin timbul. Kondisi demikian tersebut dapat merugikan *private party* sebagaimana telah diuraikan sebelumnya.

Dengan mempertimbangkan kentalnya nuansa politis dalam penyelesaian sengketa di ASEAN, perlu diusulkan suatu metode yang dapat menghilangkan kerugian yang mungkin akan timbul dengan metode penyelesaian sengketa seperti itu. Untuk itu, dengan mempertimbangkan adanya kelebihan atau keuntungan yang mungkin akan diperoleh oleh *private party* sebagaimana telah diuraikan sebelumnya, akan lebih baik apabila *private party* perlu dilibatkan dalam penyelesaian sengketa di ASEAN.

Dalam penyelesaian sengketa, tentu perlu menentukan terlebih dahulu *choice of law* dan *choice of forum*. Dalam hal ini, *choice of law* telah dapat ditentukan, yaitu mengikuti ketentuan yang diatur dalam perjanjian ASEAN di bidang ekonomi. Sedangkan penentuan *choice of forum* bagi sengketa *private party* dengan negara perlu dipilih karena sebelumnya belum pernah ada pengaturan seperti ini di ASEAN.

Dengan memperbandingkan NAFTA dan juga WTO, peranan *private party* dilakukan melalui jalur arbitrase. Hal ini dapat terlihat pada pengaturan NAFTA, di bidang investasi maupun *antidumping/countervailing duty*, yang penyelesaian sengketa melalui konsultasi, negosiasi, arbitrase, dan *binational panel*. Pada penyelesaian sengketa NAFTA di bidang investasi, article 1118 NAFTA mengatur bahwa harus mengupayakan konsultasi atau negosiasi terlebih dahulu. Sedangkan article 1119 NAFTA mengatur bahwa setelah dilakukan konsultasi atau negosiasi masih belum memuaskan para pihak maka dapat dilakukan dengan

¹¹⁷ *Op.cit*, Paolo R. Vergano, hal. 1.

arbitrase yang akan memberikan *final award* sebagaimana diatur dalam article 1135 NAFTA. Sedangkan penyelesaian sengketa di bidang *antidumping/countervailing duty* di NAFTA mengatur kebolehan *private party* untuk mengajukan pembentukan *binational panel* yang memeriksa apakah penentuan *antidumping/countervailing duty* telah sesuai dengan hukum tempat barang tersebut diimpor.

Sebelum menentukan forum yang dipilih, akan dibandingkan mengenai konsultasi atau negosiasi, arbitrase, dan litigasi. Kelebihan dan kekurangan negosiasi adalah sebagai berikut:

Tabel 4.3: Kelebihan dan Kekurangan Negosiasi¹¹⁸

MAIN ADVANTAGES	MAIN DISADVANTAGES
<ul style="list-style-type: none"> • Maximizes possibility of an early resolution • Cost savings • Privacy and confidentiality • Business relationships can be preserved • Can help to narrow differences • No waiver of right to go to court or use other binding or non-binding dispute resolution procedure • Non-prejudicial to parties' position in subsequent proceedings • Natural progression of problem escalation procedures 	<ul style="list-style-type: none"> • May not yield an outcome

Sumber: WIPO.

Kekurangan yang timbul dari negosiasi adalah tidak mengikatnya putusan yang dihasilkan. Hal ini memberikan kesempatan bagi para pihak untuk mengajukan permasalahan kepada penyelesaian sengketa lainnya apabila salah satu pihak atau kedua belah pihak tidak puas terhadap putusan yang dihasilkan dalam negosiasi. Berikut akan disampaikan kelebihan dan kekurangan arbitrase:

¹¹⁸ WIPO, <<http://www.wipo.int/amc/en/asp/report/report.html>>, diakses tanggal 23 Juni 2011

Tabel 4.4: Kelebihan dan Kekurangan Arbitrase¹¹⁹

MAIN ADVANTAGES	MAIN DISADVANTAGES
<ul style="list-style-type: none"> • Based on party agreement • Privacy and confidentiality • Party participation in selection of decision-makers • Neutrals with expertise can be appointed • Flexible procedures • Binding outcome • Generally faster than litigation • Generally less expensive than litigation • Scope of discovery is limited • Limits option of going to court • Grounds to challenge or vacate award limited • Overcomes cross-border jurisdictional issues • Ease of enforcement, particularly in an international setting 	<ul style="list-style-type: none"> • Requires party agreement • Lack of 3rd party neutral accountability • Limited precedential value • Non-appealable decision • Procedures and conduct increasingly becoming more "legalized" • Limits option of going to court • Limited discovery possibilities • Limitations relating to availability of interim relief measures

Sumber: WIPO.

Putusan arbitrase mengikat para pihak. Untuk itu, tidak ada mekanisme *review* terhadap putusan arbitrase. Hal ini menjadi sangat rentan apabila putusan arbiter tidak memuaskan salah satu atau para pihak. Berikut ini akan disampaikan kelebihan dan kekurangan penyelesaian sengketa melalui proses litigasi:

Tabel 4.5: Kelebihan dan Kekurangan Litigasi¹²⁰

MAIN ADVANTAGES	MAIN DISADVANTAGES
<ul style="list-style-type: none"> • Does not require party agreement and can be instituted unilaterally • Public forum that allows for a full airing of grievances • Public infrastructure of procedural safeguards • Interim measures of 	<ul style="list-style-type: none"> • No control over selection of decision-maker • Decision-maker typically lacks the required technical expertise • Not confidential • Lengthy delays • Time consuming • Expensive

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ *Ibid.*

<ul style="list-style-type: none"> • protection available • Binding outcome • Enforceability of court's decision • Possibility of appeal • The application and establishment of precedent • Accountability of the decision-maker • Publicly funded decision-maker and facilities • Neutralizes power imbalances • Broad discovery often available • Parties subject to court's jurisdiction can be compelled to appear 	<ul style="list-style-type: none"> • Formal, inflexible and complex procedures • Limited range of remedies • Broad discovery possibilities • Possibility of appeal • Polarizing and can destroy business relationships • In an international cross-border dispute, foreign laws, procedural and evidentiary rules, language differences and possible local bias • International enforcement limitations
--	--

Sumber: WIPO.

Dalam penyelesaian sengketa melalui litigasi terdapat kesan formal dan terdapat kesan yang saling bertentangan. Kesan tersebut dapat merusak hubungan bisnis atau apabila digunakan antara *private party* dengan negara maka *private party* menjadi berhati-hati atau enggan berbisnis di negara lain tersebut.

Dengan mempertimbangkan keuntungan dan kelebihan dari masing-masing proses penyelesaian sengketa, dapat diajukan alternatif adanya negosiasi terlebih dahulu kemudian dilanjutkan dengan arbitrase apabila salah satu atau kedua belah pihak ada yang tidak puas. Dengan penggabungan metode negosiasi dan arbitrase, hal tersebut dapat menghilangkan kekurangan yang timbul dari masing-masing proses tersebut. Tidak mengikatnya putusan negosiasi dapat diakomodir dalam arbitrase sedangkan kekurangan arbitrase terkait putusannya tidak dapat dilakukan banding, hal tersebut telah ditutup kekurangannya dengan melalui metode negosiasi terlebih dahulu kemudian dilanjutkan dengan banding. Dengan telah tertutupnya kekurangan yang ada maka metode penggabungan negosiasi dan arbitrase dapat dipilih. Sedangkan alasan tidak memilih metode litigasi karena:

1. Sebagaimana telah diuraikan di atas, budaya litigasi tidak pernah digunakan. Negara anggota ASEAN lebih memilih penyelesaian sengketa selain litigasi.
2. Kekurangan litigasi tidak dapat dihilangkan. Seperti, kesan formal tidak dapat dihilangkan dalam litigasi. Demikian pula, kesan yang saling bertentangan

diantara para pihak tidak dapat dihilangkan melalui metode litigasi atau gabungan dengan metode penyelesaian sengketa lainnya.

3. Proses yang diatur saat ini, proses penyelesaian sengketa yang diatur *The Protocol*, merupakan proses litigasi, yang dilakukan dengan prosedur dan aturan formal yang ketat.

Dari pertimbangan dan pilihan di atas, penyelesaian sengketa dapat dilakukan di ASEAN dengan melibatkan *private party* sebagai salah satu pihak yang bersengketa, dengan menggunakan metode konsultasi kemudian apabila salah satu atau kedua belah pihak tidak puas dapat dilanjutkan dengan menggunakan metode arbitrase. Namun dalam mengajukan permohonan penyelesaian sengketa, yang dimulai dengan pengajuan negosiasi/konsultasi, tidak langsung dilakukan oleh *private party*. Dalam hal ini, pengajuannya adalah mana yang terlebih dahulu mengajukan, apakah *private party* ataukah negara tempat *private party* berdomisili. Hal ini untuk menentukan mekanisme apa yang akan digunakan dalam penyelesaian sengketa selanjutnya. Apabila pengajuannya dilakukan oleh negara tempat *private party* tinggal atau berdomisili maka proses litigasi sebagaimana diatur dalam *The Protocol* akan diterapkan. Sedangkan apabila pengajuannya dilakukan oleh *private party* maka proses yang dilakukan hanyalah konsultasi kemudian banding ke arbitrase.

Mekanisme penyelesaian sengketa di ASEAN dengan salah satu pihaknya adalah *private party* dapat diajukan oleh Indonesia pada saat ini. Hal ini dikarenakan adanya keuntungan posisi Indonesia sebagai ketua ASEAN. Selain itu, dengan mempertimbangkan telah banyaknya sumber daya manusia yang mengetahui hukum perdagangan internasional sehingga penyelesaian sengketa dengan salah satu pihaknya adalah *private party*, tidak akan mengalami kendala.

There have been arguments that ASEAN Member Countries lack the human resources necessary to produce well-qualified individuals with sufficient expertise on international law or policy or on the subject matter of the covered agreements. This view has proved to be misleading as, over the last ten years, there have been many scholars,

academics and politicians from ASEAN nations who have been trained in leading educational institutions around the world.¹²¹

Dengan memperhatikan aspek teknis mengenai kualitas dan kuantitas sumber daya manusia yang sudah banyak maka hal tersebut dapat mendorong terciptanya mekanisme penyelesaian sengketa di ASEAN yang melibatkan *private party* sebagai salah satu pihaknya. Hal tersebut dibuktikan dengan telah banyaknya dan juga semakin banyaknya mahasiswa, akademisi, dan politisi dari negara ASEAN yang mendapat pendidikan hukum internasional.

Terkait dengan pihak mana yang mengajukan, permasalahan tersebut dapat diatasi dengan adanya *public-private networks*. *Public-private networks* merupakan hubungan antara negara dengan *private party* terkait dengan sengketa perdagangan internasional. Dalam hal tersebut *private party* beserta dengan negara bekerjasama untuk membahas dan mengatasi sengketa perdagangan yang akan diajukan atau sengketa perdagangan yang dituduhkan kepada negara tersebut.

Public-private networks integrate the interests of private actors and government authorities. ... the “approach to public-private networks [in the United States] tends to be more ‘bottom-up,’ with firms and trade associations playing a proactive role. Public-private networks in the United States center around formal and informal channels for lobbying and consultation. Domestic firms, industry associations, and trade groups directly petition representatives of the U.S. government to combat perceived trade barriers and discriminatory policies enacted by foreign governments.¹²²

Hubungan yang dibangun antara negara, dalam hal ini pemerintah, dengan *private party* dilakukan dalam bentuk formal maupun tidak formal. Segala macam cara dilakukan untuk berkomunikasi antara pemerintah dengan *private party*. Di

¹²¹ Koesrianti, *The Development of The ASEAN Trade Dispute Settlement Mechanism: From Diplomacy to Legalism*, <unsworks.unsw.edu.au/fapi/datastream/unsworks1023/SOURCE02>, diakses tanggal 23 Juni 2011, hal. 290.

¹²² Aaron Catbagan, *Rights of Action for Private Non-state Actors in the WTO Dispute Settlement System*, <www.law.du.edu/documents/djilp/37No2/Rights-Action-for-Private-Non-State-Actors-WTO-Dispute-Settlement-System-Aaron-Catbagan>, diakses tanggal 24 Januari 2011, hal. 282 mengutip dari Gregory Schaffer, *Defending Interests: Public-Private Partnerships in WTO Litigation*, 2003, hal.144-146.

Amerika Serikat, *private party* memegang peran yang sangat penting dalam hubungan tersebut. Dengan perannya tersebut maka hubungan yang ada di Amerika Serikat lebih mengarah pada hubungan “bottom-up”.

Hubungan *public-private networks* yang dibangun di Uni Eropa berbeda dengan yang ada di Amerika Serikat. Di Uni Eropa, pemerintah mempersilakan akses sebesar-besarnya bagi perusahaan di Uni Eropa untuk menyampaikan komplain. Untuk itu pemerintah membangun *webpage* agar perusahaan di Uni Eropa dapat mengisi komplain dengan *Commission* melalui *Complaint Register webpage*.

The motivation to develop strong public-private collaboration is in part based on the interest of authorities in the European Union to appear responsive to the interests of European businesses due to competitiveness between similarly-tasks domestic authorities in EU member states. Companies in the EU are now able to register complaints with the Commission using a centralized Complaint Register webpage. The practice arose out of the consolidation of the Market Access Unit, an organization charged with developing public-private networks and encouraging active trade dispute resolution. The European Commission and EU Trade Directorate have been quite successful in motivating European firms to communicate about potential violations by WTO member states.¹²³

Hubungan yang dibangun dapat berupa hubungan formal maupun informal. Terlebih lagi, untuk memperkuat dan memberikan kekuatan maka hubungan tersebut juga diatur dalam peraturan perundang-undangan. Hal tersebut diatur dalam *Section 302 of the 1974 Trade Act* untuk di Amerika Serikat¹²⁴ dan article 133 of the Treaty Establishing the European Community of 1958 as amended by the Treaty of Amsterdam in May 1999 untuk di Uni Eropa.¹²⁵

Terbentuknya hubungan tersebut merupakan salah satu kunci sukses dalam penyelesaian sengketa, termasuk di ASEAN. Hal ini lebih jauh dapat

¹²³ *Ibid*, hal. 283-284.

¹²⁴ *Ibid*, hal. 283 mengutip dari Jae Wan Chung, *The Political Economy of International Trade*, 2006, hal. 104 mengenai (detailing the responsibilities of the Office of the U.S. Trade Representative, including “[a]ll matters within the WTO.”).

¹²⁵ *Ibid*, hal. 284. Lihat European Commission Market Access Database, Online Complaint Register, http://mkacddb.eu.int/madb_barriers/complaint_home.htm

memperhatikan dan memperhitungkan atau memprediksi berbagai kemungkinan yang terjadi dalam proses penyelesaian sengketa. Tentunya dalam pembentukan hubungan tersebut mengarah pada terlindungnya *private party*. Dengan terlindungnya *private party* maka tidak ada pengabaian keadilan yang dilakukan oleh suatu negara dan juga hal ini secara tidak langsung dapat melindungi perekonomian dalam negeri. Selain itu, terbentuknya hubungan sehingga membentuk tim yang solid dapat dilakukan, baik dalam konteks para pihaknya adalah negara dengan negara ataupun negara dengan *private party*. Hal ini tidak menutup kemungkinan terlibatnya peran negara, yang direpresentasikan dengan pemerintah, dalam penyelesaian sengketa yang salah satu pihaknya adalah *private party*. Hal ini digunakan sebagai bagian perlindungan terhadap perekonomian dalam negeri. Meskipun penting namun hal ini riskan dilakukan apabila diketahui bahwa salah satu tim yang melakukan penyelesaian sengketa berasal dari pemerintah. Namun pada penelitian ini hanya digambarkan terjadinya kemungkinan kondisi yang demikian meskipun tindakan yang dilakukan oleh pemerintah dalam tim tersebut dikontrol dan dikoordinasikan oleh *private party*. Namun meskipun tidak termasuk dalam tim, pemerintah masih dapat memberikan data dan informasi terkait sengketa yang dihadapi oleh *private party*.

Prospek Perubahan dalam the Protocol

Saat ini *the Protocol* telah berlaku namun masih belum ada penyelesaian sengketa yang dilakukan dengan menggunakan ketentuan ini. Hal ini lebih meyakinkan adanya keengganan dari negara anggota ASEAN untuk menyelesaikan sengketa dengan menempuh jalur hukum. Hal tersebut dapat memacu semakin tidak terlindungnya kepentingan *private party*. Hal ini dikarenakan saat ini telah berlangsung adanya AFTA (*ASEAN Free Trade Area*) yang makin tidak dapat membendung terjadinya perdagangan barang maupun jasa diantara negara anggota ASEAN, bahkan saat ini mengarah pada *single market* diantara negara anggota ASEAN.

Keadaan tersebut semakin memberikan dorongan bahwa menjadi tidak mungkin akan terjadinya desakan agar *private party* dapat membela

kepentingannya sendiri. Hal ini dikarenakan adanya keinginan untuk mendapatkan perlindungan dan menghindarkan kerugian yang mungkin diderita apabila *private party* menggantungkan nasibnya dalam penyelesaian sengketa yang dihadapinya kepada pihak lain, yaitu negara. Dengan kondisi yang demikian, perubahan *the Protocol* dapat dilakukan.

Perubahan yang dilakukan pada *the Protocol* dengan cara tidak mengganti mekanisme yang ada melainkan menggabungkan mekanisme yang ada di *the Protocol* dengan mekanisme alternatif penyelesaian sengketa yang juga telah diatur dalam ASEAN sebagai mekanisme penyelesaian sengketa dalam pelaksanaan ASEAN Charter. Article 2 *the Protocol* dapat diubah agar The SEOM dapat melaksanakan administrasi atau mengatur mengenai konsultasi yang dapat dilanjutkan dengan arbitrase. Dalam pelaksanaan tersebut perlu ditegaskan bahwa pelaksanaan *good offices*, konsiliasi, atau mediasi tetap dapat dilaksanakan selama penyelesaian sengketa masih berlangsung.

Pada ketentuan konsultasi, article 3 *the Protocol*, harus ditegaskan adanya pemilihan yang tegas apakah proses penyelesaian sengketa dilaksanakan antara negara dengan negara ataukah antara negara dengan *private party*. Hal tersebut harus terlihat dalam pengajuan konsultasi, termasuk konsultasi tersebut akan ditujukan kepada negara anggota ASEAN lainnya ataukah dengan *private party* negara anggota ASEAN lainnya tersebut.

Setelah article 14 *the Protocol*, diatur mengenai adanya arbitrase yang dapat dilakukan oleh para pihaknya *private party* dan negara. Dalam pengaturannya diatur bahwa arbitrase merupakan pilihan para pihak dalam menyelesaikan sengketa setelah dilaksanakannya konsultasi antara *private party* dengan negara yang tidak memberikan kepuasan pada salah satu pihak maupun kedua belah pihak. Selain itu, perlu pula diatur bahwa putusan yang dilakukan oleh forum arbitrase tersebut adalah *final and binding*.

Terkait dengan adanya mekanisme baru tersebut, perlu diatur pula mengenai lamanya waktu yang dibutuhkan dalam penyelesaian sengketa di ASEAN. Untuk itu, article 15 *the Protocol* perlu ditambahkan bahwa pelaksanaan arbitrase dapat dilakukan setelah 60 hari dari pengukuhan atau pengakuan the SEOM.

Dengan adanya perubahan yang dilakukan terhadap *the Protocol* maka pelaksanaan pelibatan *private party* sebagai salah satu pihak dalam penyelesaian sengketa di ASEAN dapat dilakukan. Hal ini akan memberikan pengalaman dan pengetahuan baru pada warga negara ASEAN sehingga dapat menghindarkan kemungkinan terjadinya *denial of justice* oleh negara.



BAB V PENUTUP

A. Kesimpulan

Dari pembahasan di atas, dapat disimpulkan sebagai berikut:

1. WTO dan NAFTA merupakan perjanjian di bidang perdagangan yang mengarah pada perdagangan tanpa adanya batas. Dalam pengaturan penyelesaian sengketa di WTO dan NAFTA secara umum, yaitu menurut DSU dan chapter 20 NAFTA, terdapat persamaan bahwa *private party* tidak mendapat kesempatan berperan sebagai salah satu pihak yang bersengketa. Meskipun secara umum pengaturan terhadap peran *private party* terdapat persamaan, namun antara pengaturan di WTO dan NAFTA terdapat perbedaannya pula. Perbedaan terlihat dalam pengaturan penyelesaian sengketa di bidang *trade remedies* dan investasi. Meskipun tidak bertindak sebagai salah satu pihak dalam penyelesaian sengketa, *private party* berperan dalam penyelesaian sengketa *trade remedies* di WTO. Dalam penyelesaian sengketa tersebut, sesuai *Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994*, inisiasi terhadap dugaan *trade remedies* harus dilakukan dalam bentuk aplikasi tertulis yang dilakukan oleh dan atas nama industri domestik atau dalam hal ini disebut sebagai *private party*. Namun peran tersebut hanya sebatas itu karena dalam proses penyelesaian sengketa selanjutnya, konsultasi sampai dengan implementasi, diberlakukan aturan menurut DSU, sehingga negara yang berperan sebagai pihak dalam penyelesaian sengketa tersebut. Sedangkan dalam NAFTA, peran *private party* lebih besar daripada dalam WTO. Perluasan tersebut didasarkan pada:
 - a. Dapat berperannya *private party* sebagai salah satu pihak dalam *binational panel* dalam *antidumping/countervailing duty*, sesuai dengan chapter 19 NAFTA. Dalam sengketa tersebut *private party* dapat mengajukan peninjauan kembali atas *final determination* yang telah ditentukan suatu

negara. Terkait dengan hal tersebut, *private party* diperbolehkan untuk mengajukan permohonan pembentukan binational panel serta menyampaikan argumen dan memberikan tanggapan atas argumen yang disampaikan negara, bahkan *private party* dapat pula diberikan kewajiban, larangan, sanksi, atau mendapat hak sesuai dengan putusan yang diberikan oleh binational panel.

b. Sesuai chapter 11 NAFTA, *private party* dapat berperan menjadi salah satu pihak dalam penyelesaian sengketa di bidang investasi. Peran *private party* terjadi selama proses penyelesaian sengketa berlangsung, dari awal permohonan sampai dengan diberikannya putusan dari arbiter.

2. Dari adanya perbedaan tersebut, tentunya terdapat adanya kekurangan dan kelebihan pada masing-masing sistem. Perbandingan yang dilakukan dalam hal ini adalah perbandingan antara tidak berperannya *private party* sebagai salah satu pihak yang bersengketa dengan berperannya *private party* sebagai salah satu pihak yang bersengketa. Kekurangan yang timbul apabila *private party* tidak bertindak sebagai salah satu pihak dalam penyelesaian sengketa, antara lain:

- a. Tahapan penyelesaian sengketa dilakukan secara politis, baik dari inisiasi sampai dengan implementasi putusan.
- b. Selain pertimbangan politis, pertimbangan ekonomi seperti masih bergantungnya negara yang “memenangi” putusan atas negara lain, dapat berakibat tidak dilaksanakannya putusan badan penyelesaian sengketa.

Sedangkan kekurangan yang mungkin timbul dari adanya *private party* bertindak sebagai salah satu pihak dalam penyelesaian sengketa adalah dibutuhkannya biaya atau sumber daya yang lebih besar. Selain itu, terkait dengan penyelesaian sengketa di NAFTA, waktu yang dibutuhkan dalam penyelesaian sengketa secara keseluruhan sangat panjang bahkan tak terhingga. Hal ini juga memberikan dampak kurangnya kepastian hukum serta besarnya biaya dan sumber daya yang ditanggung oleh *private party*.

Kelebihan yang mungkin timbul apabila *private party* tidak bertindak sebagai salah satu pihak dalam penyelesaian sengketa, antara lain tidak diperlukannya

biaya atau sumber daya lainnya yang lebih besar. Sedangkan kelebihan yang mungkin timbul dari adanya *private party* bertindak sebagai salah satu pihak dalam penyelesaian sengketa, antara lain:

- a. Memberikan penyelesaian sengketa sesuai dengan hak para pihak menurut hukum. Hal ini dikarenakan tidak adanya pertimbangan politis atau ekonomi yang muncul dalam penyelesaian sengketa
 - b. Proses penyelesaian sengketa yang lebih transparan karena *private party* dapat langsung terlibat dalam proses penyelesaian sengketa, tidak banyak dokumen yang dirahasiakan, dan tidak adanya kepentingan politik negara tempat *private party*.
 - c. Memberikan pengalaman dan edukasi kepada masyarakat terkait adanya sengketa yang mungkin timbul sehingga masyarakat dapat mempelajari dokumen dan kasus yang telah timbul dalam penyelesaian sengketa.
3. Pengaturan penyelesaian sengketa di ASEAN mirip (*mirrors*) dengan pengaturan di WTO. Dalam kaitannya dengan peran *private party*, ASEAN dalam *The Protocol*, hanya memberikan kesempatan kepada negara untuk bertindak sebagai pihak yang bersengketa. Dengan kata lain, ASEAN tidak memberikan kesempatan atau tidak memberikan peran kepada *private party*. Dengan tidak diberikannya peran *private party* untuk bertindak sebagai salah satu pihak dalam penyelesaian sengketa di ASEAN, hal tersebut dapat mengakibatkan kerugian berupa tidak terpenuhinya hak *private party* sebagaimana mestinya. Terkait dengan hal tersebut, Indonesia dapat mengusulkan adanya perbaikan terhadap *The Protocol* melalui mekanisme penyelesaian sengketa yang terdiri dari 2 (dua) cara, yaitu penyelesaian sengketa yang kedua pihak adalah negara dan penyelesaian sengketa yang salah satu pihaknya adalah *private party*. Penyelesaian sengketa yang kedua pihaknya adalah negara dilakukan sesuai dengan *The Protocol*. Sedangkan penyelesaian sengketa yang salah satu pihaknya adalah *private party* dilakukan dengan diawali dengan konsultasi kemudian dilanjutkan dengan arbitrase yang putusannya mengikat para pihak. Dalam kaitannya pemilihan mekanisme yang digunakan maka dapat diberlakukan pihak manakah yang

melakukan inisiasi terlebih dahulu. Terkait dengan hal tersebut dapat dilakukan perubahan terhadap *the protocol* pada article 2, 3, dan 15 serta perlu ditambahkan article baru setelah article 14 *the protocol* yang mengatur mengenai mekanisme arbitrase yang dilakukan setelah adanya tahap konsultasi ketika *private party* menjadi salah satu pihak yang bersengketa dengan negara.

B. Saran

Dari kesimpulan tersebut, disampaikan saran agar:

1. Indonesia dapat mengajukan mekanisme penyelesaian sengketa yang melibatkan *private party* sebagai salah satu pihaknya dengan mengajukan perubahan article 2, 3, dan 15 serta menambahkan article baru setelah article 14 *the protocol* yang mengatur mengenai tahap arbitrase setelah tahap konsultasi bagi *private party* yang menjadi salah satu pihak yang bersengketa dengan negara. Hal tersebut dapat diajukan saat ini mengingat kedudukan Indonesia sebagai Ketua ASEAN tahun 2011.
2. Indonesia dapat membangun hubungan, baik formal maupun informal, antara pemerintah dengan *private party* sebagai alat untuk memecahkan permasalahan terkait sengketa di bidang perdagangan internasional. Salah satunya, terkait dengan adanya usulan perbaikan mekanisme penyelesaian sengketa melalui 2 (dua) cara, yaitu dapat menjadi masukan dan pertimbangan mengenai siapakah yang akan mengajukan inisiasi dalam penyelesaian sengketa di ASEAN, apakah diinisiasi oleh negara sehingga menggunakan mekanisme *The Protocol* ataukah diinisiasi oleh *private party* sehingga menggunakan mekanisme usulan berupa konsultasi yang dapat dilanjutkan dengan arbitrase. Akan lebih tegas dan teratur apabila pembentukan hubungan tersebut diatur dalam RUU tentang Perdagangan, sebagaimana dilakukan di Amerika Serikat dan Uni Eropa. Dalam penyusunan RUU tentang Perdagangan, Kementerian Perdagangan dapat menjadi penggagasnya.

DAFTAR REFERENSI

Perjanjian internasional dan peraturan:

ASEAN, *the Protocol*.

_____. *2007 Charter of the Association of Southeast Asian Nations*.

_____. *2010 Protocol to the ASEAN Charter on Dispute Settlement Mechanisms*.

NAFTA, *North American Free Trade Agreement*.

WTO, *Agreement Establishing the World Trade Organization*.

_____. *Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994*.

_____. *Agreement on Safeguards*.

_____, *Agreement on Subsidies and Countervailing Measures*.

_____. *Dispute Settlement Understanding*.

Indonesia, *Undang-Undang tentang Perseroan Terbatas*, No. 40, LN. No. 106 Tahun 2007, TLN. No. 4756.

Buku dan internet:

Abbott, Frederick M. *North American Free Trade Agreement, Dispute Settlement*. 27 Januari 2011 <<http://www.frederickabbott.com/>>.

Adonis, Irfano. *Status Personal SPV dalam Kasus Penerbitan Surat Utang Piutang PT Indah Kiat Pulp & Paper Tbk (Putusan Pengadilan Bengkalis Nomor 05/PDT.G/2003/PN.BKS)*. Depok: Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2008.

Alemanno, Alberto. *Private Party and WTO Dispute Settlement System*, dalam Cornell Law School Inter-University Graduate Student Conference Papers.

ASEAN. *Flowchart of Mechanisms and Processes of The ASEAN Dispute Settlement System*. 23 Juni 2011 <http://www.aseansec.org/hltf_flowchart>.

_____. 26 Juni 2011 <<http://www.aseansec.org/1629.htm>>.

_____. 11 Juli 2011 <http://www.aseansec.org/about_ASEAN.html>.

Catbagan, Aaron. *Rights of Action for Private Non-state Actors in the WTO Dispute Settlement System*. 24 Januari 2011 <www.law.du.edu/documents/djilp/37No2/Rights-Action-for-Private-Non-State-Actors-WTO-Dispute-Settlement-System-Aaron-Catbagan>.

Departemen Pendidikan Nasional. *Kamus Besar Bahasa Indonesia*, edisi keempat. Jakarta: Penerbit PT Gramedia Pustaka Utama, 2008.

de Cruz, Peter. *Comparative Law in Changing World*, 2nd ed.. London: Cavendish Publishing Limited, 1999.

de Mestral, A.L.C. *NAFTA Dispute Settlement: Creative Experiment or Confusion?*. 11 Januari 2011 <<http://www.acp-eu-trade.org>>.

Direktorat Kerjasama Perdagangan Internasional. *ASEAN Free Trade Area*. 26 Juni 2011 <http://ditjenkpi.depdag.go.id/Umum/ASEAN_FTA>.

Echols, John M. dan Hassan Shadily. *Kamus Inggris Indonesia*, cet XXVI. Jakarta: Penerbit PT Gramedia, 2005.

Foreign Affairs and International Trade Canada. 1 Juli 2011 <<http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/sdm.aspx?lang=en>>.

_____. 25 Juni 2011 <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/clayton_archive.aspx?lang=en>.

_____. 25 Juni 2011 <http://www.international.gc.ca/trade-agreements-accords-commerciaux/disp-diff/SDM_archives.aspx?lang=en>.

Friedman, Lawrence M. *American Law: An Introduction*, second edition. New York: W.W. Norton & Company, Inc, 1998.

Herman, Lawrence L. *Trend Spotting: NAFTA Disputes After Fifteen Years*. 26 Januari 2011 <http://www.cdhowe.org/pdf/background_133>.

Institute for International Economics. *Dispute Settlement Systems*. Tahun?. 26 Januari 2011 <http://www.piie.com/publications/chapters_preview/33204iie3349>.

International Institute for Sustainable Development. *Private Rights, Public Problems: A Guide to NAFTA's Controversial Chapter on Investor Rights*. 13 Januari 2011 <http://www.iisd.org/pdf/trade_citizensguide>.

Koesrianti, *The Development of The ASEAN Trade Dispute Settlement Mechanism: From Diplomacy to Legalism*. 23 Juni 2011 <<http://unsworks.unsw.edu.au/fapi/datastream/unsworks1023/SOURCE02>>.

Lasma, Franzeska. *Analisis Yuridis Penyelesaian Sengketa Dagang melalui WTO terhadap Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Korea Selatan*. Jakarta: Universitas Indonesia, 2010.

Mamudji, Sri, *et. al.*, *Metode Penelitian dan Penulisan Hukum*. Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005.

NAFTA. *In the Matter of An International Arbitration under Chapter 11 of the North American Free Trade Agreement and the UNCITRAL Arbitration Rules between Methanex Corporation (claimant/investor) and United States of America (respondent/NAFTA party)*. 21 Juni 2011 <<http://www.state.gov/documents/organization/51052>>.

_____. *Stainless Steel Sheet and Strip in Coils from Mexico: Final Results of 2004/2005 Antidumping Review*. 22 Juni 2011 <<http://www.worldtradelaw.net/nafta19/stainlessincoils-dumping-nafta19.pdf>>.

Public Affairs Office of the ASEAN Secretariat. *Asean Dispute Settlement System*. 23 Juni 2011 <<http://www.asean.org/Fact%20Sheet/AEC/2009-AEC-017>>.

Schuyler, Glen T. *Power to the People: Allowing Private Parties to Raise Claims before the WTO Dispute Resolution System*, dalam *Fordham Law Review*, vol. 65, issue 5, article 9. 1997. 23 Juni 2011 <<http://ir.lawnet.fordham.edu/cgi>>.

Sefriani. *Hukum Internasional: Suatu Pengantar*. Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2011.

Suwardi, Sri Setianingsih. *Penyelesaian Sengketa Internasional*. Jakarta: Penerbit Universitas Indonesia, 2006.

van den Bossche, Peter. *The Law and Policy of the World Trade Organization: Text, Cases, and Materials*. New York: Cambridge University Press, 2005.

Vergano, Paolo. *The ASEAN Dispute Settlement Mechanism and Its Role in a Rules-Based Community: Overview and Critical Comparison*. 23 Juni 2011 <http://aieln1.web.fc2.com/Vergano_panel4>.

Weiler, J.H.H. dan Sungjoon Cho. *The Law of Regional Economic Integration in the American Hemisphere Unit X: Dispute Resolution (General: Ch. 20)*. 26 Januari 2011 <http://www.centers.law.nyu.edu/jeanmonnet/nafta/Units/documents/NAFTA_Uni_DisputeResolution_2006>.

WIPO. 23 Juni 2011 <<http://www.wipo.int/amc/en/asp/report/report.html>>.

WTO. *A Handbook on the WTO Dispute Settlement System*. Cambridge: University Press, 2007.

_____. *Korea-antidumping duties on imports of certain paper from Indonesia.*

_____. 25 Juni 2011
<http://docsonline.wto.org/imrd/gen_searchResult.asp?RN=0&searchtype=browse&q1=%28%40meta%5FSymbol+WT%FCDS312%FC%2A%29&language=1>.

_____. 25 Januari 2011
<http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/agrm1_e.htm>.

_____. 27 September 2010
<http://www.wto.org/english/tratop_e/region_e/region_e.htm>.

_____. 28 Pebruari 2011
<http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/whatis_e.htm>.

_____. 26 Juni 2011
<<http://rtais.wto.org/UI/CRShowRTAIDCard.aspx?enc=daMPygXPHTjnUNNsggd3PKRKKXppQar/L4GPC9q2cvi4=>>>.

_____. 26 Juni 2011
<[http://rtais.wto.org/rtadocs/126/RelatedDocuments/Agreement English L-4581](http://rtais.wto.org/rtadocs/126/RelatedDocuments/Agreement%20English%20L-4581)>.

Laporan Inisiasi atas Permohonan Penyelidikan Anti Dumping terhadap Tepung Gandum yang Berasal dari Australia, Sri Lanka, dan Turki

A. DATA UMUM

Permohonan penyelidikan anti dumping ini dilakukan oleh Asosiasi Tepung Terigu Indonesia ("APTINDO") untuk dan atas nama industri tepung gandum (Tepung Gandum) dalam negeri Indonesia kepada Komite Anti Dumping Indonesia (KADI) untuk dilakukan penyelidikan anti dumping atas impor Tepung Gandum dengan harga dumping yang berasal dari Australia, Sri Lanka dan Turki yang telah mengakibatkan kerugian material terhadap industri dalam negeri.

1. Data Pemohon

- a. Perusahaan : PT. E
Alamat : xxx
Jakarta 12920, Indonesia
Telepon : (021) 526 xxxx
Faksimili : (021) 526 xxxx
Contact Person : Bpk. J
Jabatan : Direktur

- b. Perusahaan : PT. S
Alamat : xxx
Jakarta 12160, Indonesia
Telepon : (021) 725 xxxx
Faksimili : (021) 720 xxxx
Contact Person : Bpk. W
Jabatan : Head of Legal Department

- c. Perusahaan : PT. P
Alamat : Cilacap, Jawa Tengah, Indonesia
Telepon : (0282) 533 xxx, 536 xxx
Faksimili : (0282) 536 xxx
Contact Person : Bpk. W
Jabatan : Direktur Keuangan

2. Bukti-bukti yang Tersedia

APTINDO telah menyampaikan bukti-bukti dan data untuk penyelidikan kepada KADI yaitu data impor, kinerja industri dalam negeri yang meliputi produksi, penjualan, kapasitas terpasang, penjualan, tenaga kerja, gaji, inventory, laporan keuangan beserta dokumen lainnya periode tahun 2005 sampai 2008. Pemohon

meminta agar dokumen - dokumen tersebut diberlakukan secara rahasia dan hanya dipakai untuk keperluan penyelidikan.

3. Barang Dalam Penyelidikan dan Barang Sejenis

Barang Dalam Penyelidikan (BDP) adalah Tepung Gandum (*Wheat Flour*) yaitu :

- a. Nomor HS : 1101.01.00.00
- b. Bea Masuk Impor : 5%
- c. Standar Mutu : SNI 01-3751-2000
- d. Kemasan : 25 kg/karung
- e. Bentuk Produk : Serbuk

f. Proses Produksi :

Tepung gandum dibuat dari biji gandum dengan komposisi yang bervariasi tergantung mutu biji gandum yang digunakan dan tingkat sarinya. Proses pembuatannya dimulai dari proses pembersihan gandum dari kotoran (*impurities*) yang disebut *cleaning*, proses perlakuan terhadap gandum sehingga tepat untuk proses penggilingan yang disebut *conditioning*, dan proses penggilingan biji gandum secara berulang ulang sehingga menjadi tepung gandum yang disebut *milling*.

g. Kegunaan :

Secara umum Tepung Gandum dapat dibedakan berdasarkan kandungan atau tingkatan proteinnya sbagai berikut :

Kandungan Protein	Kegunaan
1. Minimum 12% (High Grade)	Roti dan Mie
2. 10 - 12 % (Medium Grade)	Cake dan Mie
3. < 10% (Low Grade)	Cake dan Biskuit

h. Persyaratan Mutu :

No	Jenis uji	Satuan	Persyaratan
1	Keadaan		
1.1	Bentuk		Serbuk
1.2	Bau		Normal (bebas dari bau asing)
1.3	Rasa		Normal (bebas dari bau asing)
1.4	Warna		Putih, khas terigu
2	Benda asing		Tidak boleh ada
3	Seranga dalam semua bentuk stadia dan		Tidak boleh ada

	polongan polongannya yang tampak *)		
4	Kehalusan, lolos ayakan 212 milimikron		Min.95%
5	Air	%, b/b	Maks.14,5%
6	Abu	%, b/b	Maks.0,6%
7	Protein (N x 5,7)	%, b/b	Maks.7,0%
8	Keasaman	Mg KOH/100g	Maks. 50/100 g contoh
9	<i>Falling number</i>	Detik	Min 300
10	Besi (Fe)	Mg/kg	Min 50
11	Seng (Zn)	Mg/kg	Min 30
12	Vitamin B ₁ (thiamin)	Mg/kg	Min.2,5
13	Vitamin B ₂ (riboflavin)	Mg/kg	Min. 4
14	Asam Folat	Mg/kg	Min.2
15	Cemaran Logam		
15.1	Timbal (pb)	Mg/kg	Maks. 1,10
15.2	Raksa (hg)	Mg/kg	Maks. 0,05
15.3	Tembaga (Cu)	Mg/kg	Maks .10
16	Cemaran arsen		Maks. 0,5
17	Cemaran Mikroba		
17.1	Angka Lempeng Total	Koloni/kg	Maks .10 ⁶
17.2	E.coll	APM/g	Maks .10
17.3	Kapang	Koloni/g	Maks. 10 ⁴

Pemohon telah membuktikan bahwa Tepung Gandum yang diimpor dengan harga dumping dari Australia, Sri Lanka dan Turki adalah sejenis dengan Tepung Gandum yang diproduksi di dalam negeri, baik secara No HS, kegunaan, kandungan protein, persyaratan mutu, dan bentuk produk.

5. Posisi Pemohon mewakili Industri Dalam Negeri

Pemohon merupakan perusahaan-perusahaan yang mewakili industri dalam negeri yang memproduksi Tepung Gandum di Indonesia.

Tabel 1 di bawah ini menyajikan data produksi Tepung Gandum setiap perusahaan periode 1 Oktober 2007 sampai dengan 30 September 2008. Total produksi pemohon mencapai 25,3% dari produksi dalam negeri pada periode investigasi.

Permohonan ini mendapat dukungan dari produsen lainnya yaitu PT, I Tbk. Surat dukungan sebagaimana pada lampiran (Lampiran 1). Dengan demikian permohonan ini memenuhi persyaratan mewakili industri dalam negeri produsen Tepung Gandum.

Tabel 1: Total Produksi Tepung Gandum Indonesia Periode Oktober 2007 s/d September 2008

NO.	PRODUSEN	Oktober 2007- September 2008
1.	PT E	
2.	PT S	
3.	PT P	
	Total Pemohon	
4.	Produsen Lainnya	
Total Produksi Nasional		
Persentase produksi Pemohon		25,3 %

6. Produsen/Eksportir Tepung Gandum yang diketahui

Tepung Gandum dengan harga dumping dalam permohonan ini berasal dari Australia, Sri Lanka dan Turki. Nama produsen/eksportir dari negara tersebut sebagai berikut:

(1). Australia

Tabel 2. Nama Eksportir Australia

No	Nama Eksportir	Alamat
1	M Pty	xxx, Australia

(2). The Democratic Socialist Republic of Sri Lanka

...(dst)

(3). The Republic of Turkey

...(dst)

B. DUMPING

1. Australia

a. Harga Domestik Eks-Pabrik

Harga domestik eks-pabrik negara asal Australia tidak diperoleh. Oleh karena itu harga domestik eks-pabrik ditetapkan berdasarkan Constructed Value, yaitu normal value yang dihitung berdasarkan Cost of Production (COP) dari pemohon, dengan perhitungan sebagai berikut:

Table 6 : Perhitungan Normal Value

NO.	Keterangan	Biaya (US\$/ Ton)
1.	Bahan Baku	xxxx
2.	Biaya Overhead Pabrik	xxxx
	Biaya Manufaktur	xxxx
3.	Biaya Penjualan, Umum , administrasi	xxxx
4.	Biaya Keuangan	xxxx
	Total Biaya Produksi	xxxx
5.	Profit 10%	xxxx
	Normal Value	651

Keterangan : Berdasarkan biaya produksi Tepung Gandum yang terjadi pada umumnya.

b. Harga Ekspor eks-pabrik

Harga ekspor CIF asal Australia berdasarkan data dari Badan Pusat Statistik (BPS).

Harga Ekspor CIF	USD 538,6/MTon
Ocean Freight	USD 20,0/MTon
Internal transport	USD 5,0/MTon
Harga Ekspor eks-pabrik	USD 513,6 MTon

c. Marjin Dumping

Harga domestik eks-pabrik	= USD 651/MTon
Harga Ekspor eks-pabrik	= USD 513,6/ Ton
Marjin Dumping	= 137,4 USD/Mton
	= 25,5 %

2. Sri Lanka

... (dst)

3. Turki

...(dst)

C. KERUGIAN

Pemohon telah mengalami kerugian pada Periode Investigasi (1 Oktober 2007 - 30 September 2008) yang diakibatkan masuknya Tepung Gandum dengan harga dumping dari negara Australia, Sri Lanka dan Turki. Bukti kerugian telah disampaikan kepada KADI. Mengingat data-data tersebut sangat sensitif, pemohon meminta kepada KADI untuk memperlakukan

dokumen tersebut secara rahasia dan hanya dipakai untuk keperluan penyelidikan.

Kerugian pemohon pada periode investigasi diuraikan dalam perkembangan indikator-indikator kerugian periode 1 Oktober 2005 sampai 30 September 2008 yang disajikan dalam bentuk indeks berikut ini :

... (dst)

i. Besaran Margin Dumping

Dumping Margin dari Australia, Sri Lanka dan Turki cukup besar sehingga mengakibatkan dampak harga yang cukup besar

Indikator	Okt 2007 s/d Sept 2008
Besaran Dumping Margin	25,5 % - 51,1%

D. HUBUNGAN KAUSALITAS

Bukti kerugian akibat dumping dapat terlihat dari adanya dampak volume impor (volume effect) yaitu peneningkatan impor secara relatif, serta dampak harga (price effect) yang terdiri dari price undercutting dan price suppression pada periode investigasi.

... (dst)

E. FAKTOR LAIN

... (dst)

F. PROSPEK

Kerugian yang dialami oleh pemohon akibat adanya Tepung Gandum yang diimpor dengan harga dumping akan terus berlanjut. Oleh karena itu, perlu adanya pemulihan kerugian. Berdasarkan hal tersebut, KADI memutuskan melakukan penyelidikan anti dumping terhadap impor Tepung Gandum yang berasal dari Australia, Sri Lanka dan Turki.

**WORLD TRADE
ORGANIZATION**

WT/DS312/RW
28 September 2007

(07-3896)

Original: English

**KOREA – ANTI-DUMPING DUTIES ON IMPORTS
OF CERTAIN PAPER FROM INDONESIA**

Recourse to Article 21.5 of the DSU by Indonesia

Report of the Panel

TABLE OF CONTENTS

	<u>Page</u>
I. INTRODUCTION	1
II. FACTUAL ASPECTS	1
III. PARTIES' REQUESTS FOR FINDINGS AND RECOMMENDATIONS.....	3
A. INDONESIA	3
B. KOREA	4
IV. ARGUMENTS OF THE PARTIES	5
A. FIRST WRITTEN SUBMISSION OF INDONESIA	5
1. Introduction.....	5
2. Factual Background	5
3. Legal Argument	7
(a) Claims Arising from the Determination of Dumping	7
<i>(i) The KTC failed to calculate properly a "reasonable amount for administrative, selling and general costs" "pertaining to production and sales" of the investigated product within the meaning of Articles 2.1, 2.2, 2.2.2, and 2.4 of the Agreement.....</i>	<i>7</i>
<i>(ii) The KTC failed to use the best information available and failed to use special circumspection in its use of facts available as required by Article 6.8 and annex II of the Agreement</i>	<i>8</i>
<i>(iii) The possibility that a trading company can have financial expenses provides no basis for using the RAK data instead of the April Fine Paper Trading data.....</i>	<i>9</i>
<i>(iv) The KTC has no grounds to assume that CMI incurred anything other than selling expenses pertaining to the investigated product.....</i>	<i>9</i>
<i>(v) In any event, it is irrelevant whether CMI may have manufactured other products.....</i>	<i>10</i>
<i>(vi) The KTC's efforts to check other sources do not validate its choice of secondary information.....</i>	<i>10</i>
(b) Claims Relating to Korea's Procedural Obligations.....	11
<i>(i) The KTC acted inconsistently with Articles 6.1, 6.2, 6.4, 6.6, 6.8 and paragraphs 1,3,5,6, and 7 of Annex II to the Agreement in reconsidering the issue of CMI's activities based on a partial reopening of the record.....</i>	<i>11</i>
<i>(ii) The KTC failed to comply with Articles 6.1, 6.2, 6.4, 6.5 and 6.9 of the Agreement in making its re-determination of injury.....</i>	<i>12</i>
<i>(iii) The KTC failed to comply with its obligations under Articles 6.1, 6.2, 6.4 and 6.5 of the Agreement</i>	<i>12</i>
4. Request for Findings, Rulings and Recommendations.....	12
5. Suggestions on Implementation	13
B. FIRST WRITTEN SUBMISSION OF KOREA	13
1. Background	13
(a) The Initial Panel Decision.....	13

(b)	The KTC's Implementation Process.....	14
2.	Argument.....	16
(a)	The KTC's Selection of Facts Available Interest Expense Amount was Consistent with Korea's Obligations under the WTO Agreement.....	16
(i)	<i>The KTC Correctly Determined that the Precise Scope of CMI's Activities Could Not be Ascertained.....</i>	<i>16</i>
(ii)	<i>The KTC's Selection of a Facts Available Interest Expense for CMI Was Based on an Unbiased and Objective Evaluation of the Facts.....</i>	<i>18</i>
(b)	The KTC was not Required to Allow the Indonesian Respondents to Submit Additional Comments on Its Revised Injury Analysis.....	20
(c)	Indonesia's Assertions that the KTC obtained New Information from the Domestic Industry are Baseless.....	21
3.	Conclusion	21
C.	SECOND WRITTEN SUBMISSION OF INDONESIA.....	21
1.	Introduction.....	21
2.	Standard of Review.....	22
3.	Legal Argument	22
(a)	Claims Relating to the Determination of Dumping	22
(i)	<i>Korea has failed to rebut Indonesia's claims that the KTC Acted Inconsistently with Articles 2-1, 2.2, 2.2.2 and 2.4 of the Agreement.....</i>	<i>22</i>
(ii)	<i>Korea has failed to rebut Indonesia's claim that the KTC acted inconsistently with Article 6.8 and Annex II of the Agreement.....</i>	<i>24</i>
(iii)	<i>The KTC must consider the nature of the activities carried out by CMI, RAK and April Fine Paper Trading in choosing secondary information.....</i>	<i>25</i>
(iv)	<i>The evidence on record establishes that April Fine Paper Trading's information is best suited to replace the missing information.....</i>	<i>26</i>
(v)	<i>The nature of CMI's activities pertaining to the investigated product were fully determined</i>	<i>26</i>
(vi)	<i>CMI and April Fine Paper Trading are similar in all material respects.....</i>	<i>27</i>
(vii)	<i>CMI's and April Fine Paper Trading's cash flows were not materially different.....</i>	<i>27</i>
(viii)	<i>The KTC failed to take a comparative and active approach in its choice of facts available.....</i>	<i>27</i>
(b)	Claims relating to Korea's Procedural Obligations	28
(i)	<i>Korea has failed to rebut Indonesia's claims that the KTC acted inconsistently with Articles 6.1, 6.2, 6.4, 6.6, 6.8 and paragraphs 1, 3, 5, 6, and 7 of Annex II to the Agreement in re-opening the record.....</i>	<i>28</i>
(ii)	<i>Korea has failed to rebut Indonesia's claims that the KTC acted inconsistently with Articles 6.1, 6.2, 6.4, 6.5 and 6.9 of the Agreement in making its re-determination of injury.....</i>	<i>28</i>
(iii)	<i>Korea has failed to rebut Indonesia's claims that the KTC failed to comply with its obligations under Articles 6.1, 6.2, 6.4 and 6.5 of the Agreement by failing to disclose materials received from the Korean domestic industry</i>	<i>29</i>

4.	Conclusion	29
D.	SECOND WRITTEN SUBMISSION OF KOREA.....	29
1.	An Article 21.5 Proceeding is not a Forum to Revisit Issues on which the Panel's Initial Determination already Found the KTC's Determination to be Consistent with Korea's WTO Obligations	29
2.	The KTC Fully Explained the Basis for Its Selection of the "Facts Available"	30
3.	The KTC Properly Re-Opened the Record to Obtain Additional Information Relating to Issues on which the Panel had found its Original Determination to be Inconsistent with Korea's WTO Obligations.....	30
4.	The KTC's Selection of the Facts Available Interest Rate for CMI Was Reasonable and Consistent with Korea's Obligations under Article 2 of the Antidumping Agreement.....	32
5.	The KTC's Implementation Procedures Complied Fully with the Procedural Requirements of Article 6 of the Antidumping Agreement	32
E.	ORAL STATEMENTS OF INDONESIA.....	35
•	Opening Statement of Indonesia at the meeting with the Panel	35
1.	Introduction.....	35
2.	The Basis for the choice of secondary information.....	36
3.	The proxy most similar to CMI	38
4.	Procedural claims	38
5.	Conclusion	39
•	Closing Statement of Indonesia at the meeting with the Panel.....	40
F.	ORAL STATEMENTS OF KOREA	40
•	Opening Statement of Korea at the meeting with the Panel.....	40
1.	The KTC's Selection of Facts Available for CMI Interest Expenses	40
(a)	Indonesia's Arguments Are Based on an Illogical Assumption about the Interest Expenses of Trading Companies that Are Inconsistent with the Facts on the Record before the KTC	40
(b)	There Is No Evidence to Support Indonesia's Assumptions that CMI Was Only a Trading Company	42
(c)	The KTC's Selection of the Facts Available Interest Expense for CMI Was Consistent with Article 2.2 of the Antidumping Agreement	43
(d)	The KTC's Selection of the Facts Available Interest Expense for CMI Was Consistent with Article 6.8 and Annex II of the Antidumping Agreement	44
2.	The KTC's Revised Explanation of Its Injury Analysis	44
(a)	The KTC Provided the Indonesian Respondents an Opportunity to Comment on All Factual Information and on All of the Relevant Issues.....	44
(b)	There Is No Basis for Indonesia's Unfounded Claim that the KTC Relied on New Information in Making Its Revised Injury Determination	45
•	Closing Statement of Korea at the meeting with the Panel.....	46
V.	ARGUMENTS OF THE THIRD PARTIES	48

A.	THIRD PARTY WRITTEN SUBMISSION OF THE EUROPEAN COMMUNITIES.....	48
1.	Claims arising from the measures taken by Korea to comply with the DSB's recommendations and rulings.....	48
(a)	On Korea's alleged violation of Article 6.8 and Annex II of the Agreement.....	48
(i)	<i>The European Communities' views</i>	48
(b)	On Korea's alleged violation of Articles 2.2 and 2.2.2. of the Agreement	49
(i)	<i>The European Communities' views</i>	49
2.	Claims relating to Korea's Procedural Obligations.....	49
(a)	On KTC's reconsidering the issue of CMI's activities	49
(i)	<i>The European Communities' views</i>	49
(b)	On Korea's refusal to accept new information on CMI's activities provided by the exporters and on Korea's refusal to provide interested parties with access to information on which it based its re-determination of injury	50
(i)	<i>The European Communities' views</i>	50
B.	THIRD PARTY ORAL STATEMENT OF THE EUROPEAN COMMUNITIES.....	50
1.	Introductory remarks.....	50
2.	The Panel's standard of review.....	51
3.	The mandate of Article 21.5 panels.....	52
4.	Conclusions.....	52
C.	THIRD PARTY WRITTEN SUBMISSION OF JAPAN	53
1.	Introduction.....	53
2.	Arguments	53
(a)	The legal standard concerning the use of <i>facts available</i> as required by Article 6.8 and Annex II of the Agreement	53
(b)	The exporter's procedural rights in the implementation process.....	54
3.	Conclusion	55
D.	THIRD PARTY ORAL STATEMENT OF JAPAN	56
1.	Introduction.....	56
2.	The legal standard concerning the use of <i>facts available</i> as required by Article 6.8 and Annex II of the Agreement.....	56
3.	The Exporter's Procedural Rights in Implementation Process	56
4.	Conclusion	57
E.	THIRD PARTY WRITTEN SUBMISSION OF THE SEPARATE CUSTOMS TERRITORY OF TAIWAN, PENGHU, KINMEN AND MATSU	57
1.	Introduction.....	57
2.	TPKM's Views on Article 6.8 of the Agreement	57
3.	Conclusion	59
F.	THIRD PARTY ORAL STATEMENT OF THE SEPARATE CUSTOMS TERRITORY OF TAIWAN, PENGHU, KINMEN AND MATSU	59

G.	THIRD PARTY ORAL STATEMENT OF THE UNITED STATES	60
VI.	FINDINGS.....	62
A.	GENERAL ISSUES	62
1.	Standard of Review.....	62
2.	Burden of Proof.....	62
3.	Function of Compliance Panels	63
B.	CALCULATION OF CONSTRUCTED NORMAL VALUES FOR INDAH KIAT AND PINDO DELI	63
1.	Arguments of Parties	63
(a)	Indonesia.....	63
(b)	Korea.....	64
2.	Arguments of Third Parties	65
(a)	European Communities.....	65
(b)	Japan	65
3.	Evaluation by the Panel.....	65
(a)	Relevant Facts.....	65
(b)	Legal Analysis	70
(i)	<i>The Use of a Manufacturing Company's Interest Expenses for CMI.....</i>	<i>73</i>
	Did the KTC Make a Finding on the Issue of the Scope of CMI's Business?	73
	Was the KTC's Finding on the Issue of the Scope of CMI's Business Relevant to its Choice of Facts Available?	73
	Did the KTC Properly Establish the Facts in Connection With its Finding on the Issue of the Scope of CMI's Business?	75
(ii)	<i>The KTC's Corroboration of the Interest Expense Used for CMI</i>	<i>79</i>
(c)	Conclusion	83
C.	ALLEGED VIOLATIONS OF ARTICLE 6 OF THE AGREEMENT	83
1.	Alleged Partial Reopening of the Record Regarding the Issue of the Scope of CMI's Business.....	83
(a)	Arguments of the Parties.....	83
(i)	<i>Indonesia.....</i>	<i>83</i>
(ii)	<i>Korea</i>	<i>84</i>
(b)	Arguments of Third Parties.....	84
(i)	<i>European Communities.....</i>	<i>84</i>
(ii)	<i>The Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu</i>	<i>85</i>
(c)	Evaluation by the Panel	85
2.	Alleged Violations of Article 6 in the KTC's Injury Re-determination	85
(a)	Arguments of the Parties.....	85
(i)	<i>Indonesia.....</i>	<i>85</i>
(ii)	<i>Korea</i>	<i>85</i>

(b)	Arguments of Third Parties.....	86
(i)	<i>European Communities</i>	86
(ii)	<i>Japan</i>	86
(iii)	<i>United States</i>	86
(c)	Evaluation by the Panel	86
3.	Alleged Acceptance by the KTC of New Information From the Korean Domestic Industry.....	93
(a)	Arguments of the Parties.....	93
(i)	<i>Indonesia</i>	93
(ii)	<i>Korea</i>	93
(b)	Evaluation by the Panel	93
VII.	CONCLUSIONS AND RECOMMENDATION	95
A.	RESELLER SELLING EXPENSES.....	97
B.	FAILURE TO COMPLY WITH PROCEDURAL OBLIGATIONS.....	98

TABLE OF CASES CITED IN THIS REPORT

Short Title	Full Case Title and Citation
<i>Canada – Aircraft (Article 21.5 – Brazil)</i>	Appellate Body Report, <i>Canada – Measures Affecting the Export of Civilian Aircraft – Recourse by Brazil to Article 21.5 of the DSU</i> , WT/DS70/AB/RW, adopted 4 August 2000, DSR 2000:IX, 4299
<i>Chile – Price Band System</i>	Panel Report, <i>Chile – Price Band System and Safeguard Measures Relating to Certain Agricultural Products</i> , WT/DS207/R, adopted 23 October 2002, as modified by Appellate Body Report, WT/DS207AB/R, DSR 2002:VIII, 3127
<i>EC – Bed Linen</i>	Panel Report, <i>European Communities – Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton-Type Bed Linen from India</i> , WT/DS141/R, adopted 12 March 2001, as modified by Appellate Body Report, WT/DS141/AB/R, DSR 2001:VI, 2077
<i>EC – Bed Linen (Article 21.5 – India)</i>	Appellate Body Report, <i>European Communities – Anti-Dumping Duties on Imports of Cotton-Type Bed Linen from India – Recourse to Article 21.5 of the DSU by India</i> , WT/DS141/AB/RW, adopted 24 April 2003, DSR 2003:III, 965
<i>EC – Hormones</i>	Appellate Body Report, <i>EC Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)</i> , WT/DS26/AB/R, WT/DS48/AB/R, adopted 13 February 1998, DSR 1998:I, 135
<i>EC – Tube or Pipe Fittings</i>	Appellate Body Report, <i>European Communities – Anti-Dumping Duties on Malleable Cast Iron Tube or Pipe Fittings from Brazil</i> , WT/DS219/AB/R, adopted 18 August 2003, DSR 2003:VI, 2613
<i>Egypt – Steel Rebar</i>	Panel Report, <i>Egypt – Definitive Anti-Dumping Measures on Steel Rebar from Turkey</i> , WT/DS211/R, adopted 1 October 2002, DSR 2002:VII, 2667
<i>Japan – Agricultural Products II</i>	Appellate Body Report, <i>Japan – Measures Affecting Agricultural Products</i> , WT/DS76/AB/R, adopted 19 March 1999, DSR 1999:I, 277
<i>Korea – Certain Paper</i>	Panel Report, <i>Korea – Anti-Dumping Duties on Imports of Certain Paper from Indonesia</i> , WT/DS312/R, adopted 28 November 2005
<i>Mexico – Anti-Dumping Measures on Rice</i>	Appellate Body Report, <i>Mexico – Definitive Anti-Dumping Measures on Beef and Rice, Complaint with Respect to Rice</i> , WT/DS295/AB/R, adopted 20 December 2005
<i>Mexico – Anti-Dumping Measures on Rice</i>	Panel Report, <i>Mexico – Anti-Dumping Measures on Beef and Rice, Complaint with respect to Rice</i> , WT/DS295/R, adopted 20 December 2005, as modified by Appellate Body Report, WT/DS295/AB/R.
<i>Mexico – Corn Syrup (Article 21.5 – US)</i>	Appellate Body Report, <i>Mexico – Anti-Dumping Investigation of High Fructose Corn Syrup (HFCS) from the United States – Recourse to Article 21.5 of the DSU by the United States</i> , WT/DS132/AB/RW, adopted 21 November 2001, DSR 2001:XIII, 6675
<i>US – Oil Country Tubular Goods Sunset Reviews</i>	Appellate Body Report, <i>United States – Sunset Reviews of Anti-Dumping Measures on Oil Country Tubular Goods from Argentina</i> , WT/DS268/AB/R, adopted 17 December 2004, DSR 2004:VII, 3257
<i>US – Oil Country Tubular Goods Sunset Reviews (Article 21.5 – Argentina)</i>	Panel Report, <i>United States – Sunset Reviews of Anti-Dumping Measures on Oil Country Tubular Goods from Argentina – Recourse to Article 21.5 of the DSU by Argentina</i> , WT/DS268/RW, adopted 11 May 2007, as modified by Appellate Body Report, WT/DS268/AB/RW

Short Title	Full Case Title and Citation
<i>US – Shrimp</i>	Appellate Body Report, <i>United States – Import Prohibition of Certain Shrimp and Shrimp Products</i> , WT/DS58/AB/R, adopted 6 November 1998, DSR 1998:VII, 2755
<i>US – Softwood Lumber V</i>	Panel Report, <i>United States – Final Dumping Determination on Softwood Lumber from Canada</i> , WT/DS264/R, adopted 31 August 2004, as modified by Appellate Body Report, WT/DS264/AB/R, DSR 2004:V, 1937
<i>US – Softwood Lumber VI (Article 21.5 – Canada)</i>	Appellate Body Report, <i>United States – Investigation of the International Trade Commission in Softwood Lumber from Canada – Recourse to Article 21.5 of the DSU by Canada</i> , WT/DS277/AB/RW, adopted 9 May 2006
<i>US – Wool Shirts and Blouses</i>	Appellate Body Report, <i>United States – Measure Affecting Imports of Woven Wool Shirts and Blouses from India</i> , WT/DS33/AB/R and Corr.1, adopted 23 May 1997, DSR 1997:I, 323

LIST OF ANNEXES

Annex A Request for the Establishment of a Panel - Document WT/DS312/9

I. INTRODUCTION

1.1 On 22 December 2006, Indonesia requested the establishment of a panel pursuant to Article 21.5 of the *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes* ("DSU") concerning Korea's alleged failure to implement the recommendations and rulings of the Dispute Settlement Body ("DSB") in the dispute *Korea – Anti-Dumping Duties on Imports of Certain Paper from Indonesia*. At its meeting on 23 January 2007, the DSB referred this dispute to the original panel, if possible, in accordance with Article 21.5 of the DSU, to examine the matter referred to the DSB by Indonesia in document WT/DS312/9. The terms of reference are the following:

To examine, in light of the relevant provisions of the covered agreements cited by Indonesia in document WT/DS312/9, the matter referred to the DSB by Indonesia in that document and to make such findings as will assist the DSB in making the recommendations or in giving the rulings provided for in those agreements.

1.2 On 5 February 2007, the Panel was composed as follows:

Chairman: Mr. Ole Lundby

Members: Ms Deborah Milstein
Ms Leane Naidin

1.3 China, the European Communities, Japan, the Separate Customs Territory of Taiwan, Penghu, Kinmen and Matsu ("TPKM"), and the United States reserved their third party rights.

1.4 The Panel met with the Parties on 24-25 April 2007. It met with the Third Parties on 25 April 2007.

II. FACTUAL ASPECTS

2.1 This dispute concerns the implementation by Korea of the DSB recommendations and rulings in *Korea – Anti-Dumping Duties on Imports of Certain Paper from Indonesia*.

2.2 The original anti-dumping investigation on "business information paper and wood-free printing paper" from Indonesia was initiated on 14 November 2002 and completed on 24 September 2003 with the imposition of anti-dumping duties of 8.22 per cent for Indah Kiat, Pindo Deli and Tjiwi Kimia, three paper producers in the Sinar Mas Group from Indonesia, and 2.80 per cent for another Indonesian exporter, April Fine. The Korean Trade Commission ("KTC") also imposed an "all others" rate of 2.80 per cent. The margins for Indah Kiat and Pindo Deli were based on constructed normal values. Since the verification of data pertaining to PT Cakrawala Mega Indah ("CMI"), the trading company¹ that sold in Indonesia the subject product produced by Indah Kiat and Pindo Deli, was not allowed, the KTC calculated CMI's costs on the basis of facts available as provided for under Article 6.8 of the *Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994* ("Anti-Dumping Agreement" or "Agreement"). The KTC calculated all elements of CMI's selling, general and administrative ("SG&A") expenses except interest on the basis of the data pertaining to April Fine, another trading company subject to the same

¹ We note that the Parties have diverging views as to the exact scope of CMI's business. Our references to CMI throughout this report as "the trading company" that sold the subject product produced by Indah Kiat and Pindo Deli are without prejudice to our assessment of the KTC's finding on this issue found elsewhere in this report.

investigation, and its interest expenses² on the basis of the data pertaining to PT Riau Andalan Kertas ("RAK"), subsidiary of April Fine and subject to the same investigation as a producer.

2.3 In the original panel proceedings, Indonesia raised claims regarding the KTC's dumping and injury determinations and certain procedural aspects of the investigation. We concluded, *inter alia*, that by basing CMI's interest expenses on the data pertaining to RAK without an adequate explanation as to why interest expenses were treated differently from the rest of CMI's SG&A expenses which were based on April Fine's data, the KTC acted inconsistently with its obligation under paragraph 7 of Annex II of the Agreement to exercise special circumspection in the use of information from a secondary source. We also found the KTC's examination of the impact of dumped imports on the domestic industry to be inconsistent with Article 3.4 of the Agreement. Finally, we found that the KTC violated the procedural obligations set forth in paragraphs 4, 5 and 6 of Article 6 of the Agreement. The original panel report was adopted by the DSB on 28 November 2005. Both Parties agreed that Korea would have until 28 July 2006 to implement the DSB recommendations and rulings.³

2.4 The KTC carried out a proceeding in order to implement the DSB recommendations and rulings. In these implementation proceedings, the KTC made, among others, a re-determination of dumping for Indah Kiat and Pindo Deli. The KTC sent its Draft Dumping Re-determination to the Sinar Mas Group on 23 May 2006 and invited it to submit its comments by 6 June 2006. The Sinar Mas Group submitted its comments on the Draft Dumping Re-determination on 6 June 2006. The Sinar Mas Group submitted four pieces of evidence along with its comments: CMI's income statement, CMI's financial statements for 2001 and 2002, a legal opinion to the effect that Indonesian law does not require CMI to submit its financial statements for auditing, and a legal opinion regarding the scope of CMI's business. In the same letter, the Sinar Mas Group also sought to access information used in the KTC's Draft Dumping Re-determination and to comment on the assessment of the impact of dumped imports on the Korean domestic industry. On 13 June 2006, the KTC disclosed the requested information regarding its dumping re-determination to the Sinar Mas Group. On 16 June 2006, the Sinar Mas Group responded, arguing that the information used by the KTC was not appropriate. In its final Re-determination, the KTC decided that the [BCI]⁴ per cent interest rate used for CMI on the basis of RAK's data was reasonable and consistent with the corroborating information. It therefore calculated the same margins of dumping for Indah Kiat and Pindo Deli. The KTC also carried out a new analysis of the impact of dumped imports on the Korean industry, based on the same data collected in the original investigation. The KTC's Implementation Report which contained its final dumping and injury re-determinations was published in the Korean Official Gazette dated 27 July 2006.

2.5 Not persuaded about the consistency with Korea's WTO obligations of the KTC's Re-determination, Indonesia requested to hold consultations with Korea.⁵ Consultations were held on 15 November 2006 but did not yield a mutually-satisfactory solution. Indonesia requested the establishment of a panel to review the consistency with the Agreement of the measure taken by Korea to implement the DSB recommendations and rulings.⁶ The Panel was established on 23 January 2007 with standard terms of reference.

2.6 Korea requested the Panel to rule that information that had been received by the KTC on a confidential basis, under Article 6.5 of the Anti-Dumping Agreement, from the interested parties in the original anti-dumping investigation at issue should not be disclosed to Indonesian company officials even if these officials were made part of the delegation that will represent Indonesia in these compliance proceedings. Following the exchange of views between the Parties and one Third Party,

² The terms "interest expenses" and "financial expenses" are used interchangeably in this report.

³ WT/DS312/6.

⁴ Business Confidential Information.

⁵ WT/DS312/8.

⁶ WT/DS312/9.

the European Communities, the Panel adopted additional working procedures for the protection of such business confidential information and communicated them to the Parties and the Third Parties through its letter dated 3 April 2007.

III. PARTIES' REQUESTS FOR FINDINGS AND RECOMMENDATIONS

A. INDONESIA

3.1 Indonesia requests the Panel to find that:

- (a) The KTC acted inconsistently with Articles 2.2 and 2.2.2 of the Agreement as it failed to impute a "reasonable amount for administrative, selling and general costs" in its calculation of the constructed value of Indah Kiat and Pindo Deli;
- (b) The KTC acted inconsistently with its obligations to make a fair comparison under Article 2.4 of the Agreement and to make a proper determination of dumping under Article 2.1 of the Agreement by using a constructed normal value for the Sinar Mas Group that was determined in a manner inconsistent with Articles 2.2 and 2.2.2 of the Agreement;
- (c) The KTC acted inconsistently with Article 6.8 and Annex II to the Agreement, in particular paragraph 7 thereof, by utilising information sourced from RAK rather than April Fine Paper Trading to calculate the "Reseller Interest Expense" component of Indah Kiat and Pindo Deli's constructed values;
- (d) The KTC acted inconsistently with Articles 6.1, 6.2, 6.4, 6.6, 6.8 and Annex II of the Agreement by ignoring undisputed facts from the prior investigation, re-opening the record on the overall nature of CMI's activities while failing to provide the Sinar Mas Group with any opportunity to supply relevant information, failing to satisfy itself as to the accuracy of information actually provided by the Sinar Mas Group, rejecting information actually submitted by the Sinar Mas Group and improperly resorting to unreliable secondary information in arriving at its findings;
- (e) The KTC failed to comply with its obligations under Articles 6.1, 6.2, 6.4, 6.5 and 6.9 of the Anti-Dumping Agreement, by failing to disclose the factual basis for its injury redetermination and failing to provide the Indonesian exporters with any opportunity to provide their views;
- (f) The KTC acted inconsistently with Articles 6.1, 6.2 and 6.4 of the Anti-Dumping Agreement, by failing to provide copies of all information submitted by interested parties to the concerned Indonesian exporters. To the extent that this information was designated as confidential information, the KTC also failed to comply with its obligations under Articles 6.1, 6.2, 6.4 and 6.5 of the Anti-Dumping Agreement by failing to require a party submitting confidential information to show good cause for confidential treatment or to submit a nonconfidential summary thereof or an explanation as to why such summarization was not possible.

3.2 Indonesia argues that Korea has also failed to respect its obligation under Article 1 of the Anti-Dumping Agreement to ensure that an anti-dumping measure is applied only under the circumstances provided for in Article VI of the *General Agreement on Tariffs and Trade* ("GATT") 1994 and pursuant to investigations initiated and conducted in accordance with the provisions of the Anti-Dumping Agreement.

B. KOREA

3.3 Korea requests the Panel to reject Indonesia's claims in their entirety and to find that Korea has properly implemented the DSB recommendations and rulings at issue.

VII. CONCLUSIONS AND RECOMMENDATION

7.1 On the basis of the above findings, we conclude that:

- (a) The KTC acted inconsistently with Article 6.8 of the Agreement and paragraph 7 of Annex II by failing to exercise special circumspection in the use of information from secondary sources in its effort to base its determination of CMI's interest expenses on the best information available,
- (b) The KTC acted inconsistently with its obligation under Article 6.2 of the Agreement by declining to provide the Sinar Mas Group with an opportunity to make comments on the evaluation of the injury factors under Article 3.4,
- (c) Indonesia has failed to make a *prima facie* case with regard to its claims under Articles 6.4, 6.5 and 6.9 of the Agreement concerning the alleged disclosure violations in connection with the KTC's injury re-determination,
- (d) Indonesia has failed to make a *prima facie* case with regard to its claim on the alleged acceptance by the KTC of new information from the Korean industry.

7.2 We have applied judicial economy with regard to:

- (a) Indonesia's claim under Articles 2.2, 2.2.2, 2.4 and 2.1 of the Agreement regarding the KTC's determination of CMI's interest expenses on the basis of best information available,
- (b) Indonesia's claim under Articles 6.1, 6.2, 6.4, 6.6, 6.8 and Annex II of the Agreement concerning the alleged partial re-opening of the record on the issue of the scope of CMI's business.

7.3 We recall Indonesia's assertion that because of the alleged inconsistencies in the KTC's Re-determination, Korea has also failed to respect its obligation under Article 1 of the Anti-Dumping Agreement to ensure that an anti-dumping measure is applied only under the circumstances provided for in Article VI of the GATT 1994 and pursuant to investigations initiated and conducted in accordance with the provisions of the Anti-Dumping Agreement. Given the dependent nature of this claim, we need not, and do not, make any findings in this regard.

7.4 Since the original DSB recommendations and rulings in 2005 remain operative, we make no new recommendation.

7.5 Indonesia notes that -notwithstanding our statement in our original panel report on this specific issue- in the calculation of CMI's financial expenses in the implementation proceedings at issue, the KTC disregarded the differences between the scope of business of the company whose information is missing and that of the company whose information is used represent the missing information. This paved the way for the continuation of the anti-dumping duties based on margins calculated through a WTO-inconsistent method. Indonesia therefore invites the Panel to suggest that Korea implement its findings in these compliance proceedings, as pointed out in Indonesia's letter to

Korea dated 8 December 2005¹⁶⁹, by basing CMI's interest expenses on April Fine's data in which case margins of dumping for Indah Kiat and Pindo Deli would become *de minimis* and termination of the duties inevitable. Korea has not specifically responded to Indonesia's request for a suggestion from the Panel for implementation.

7.6 We note that Article 19.1 of the DSU states that WTO panels may suggest ways through which the Member concerned could implement their recommendations.¹⁷⁰ With regard to Indonesia's request for a suggestion, however, we recall that our task is to assess whether the KTC's determination was proper, not to make suggestions as to which information it should have used or it should use in the implementation of the DSB recommendations and rulings following these compliance proceedings. We therefore decline to make the suggestion proposed by Indonesia.

¹⁶⁹ Exhibit IDN-2.

¹⁷⁰ Article 19.1 of the DSU reads:

"Where a panel or the Appellate Body concludes that a measure is inconsistent with a covered agreement, it shall recommend that the Member concerned bring the measure into conformity with that agreement. In addition to its recommendations, the panel or Appellate Body may suggest ways in which the Member concerned could implement the recommendations." (footnotes omitted)

ANNEX A
REQUEST FOR THE ESTABLISHMENT
OF A PANEL

WORLD TRADE
ORGANIZATION

WT/DS312/9
4 January 2007

(07-0030)

Original: English

KOREA – ANTI-DUMPING DUTIES ON IMPORTS
OF CERTAIN PAPER FROM INDONESIA

Recourse to Article 21.5 of the DSU by Indonesia

Request for the Establishment of a Panel

The following communication, dated 22 December 2006, from the delegation of Indonesia to the Chairman of the Dispute Settlement Body, is circulated pursuant to Article 21.5 of the DSU.

On 28 November 2005, the Dispute Settlement Body (the "DSB") adopted the recommendations and rulings in *Korea – Anti-Dumping Duties on Imports of Certain Paper from Indonesia* (WT/DS312). At the meeting held on 20 December 2005, the Republic of Korea ("Korea") informed the DSB that it intended to fully implement the recommendations and rulings of the DSB in this matter within a reasonable period of time. Indonesia and Korea agreed under Article 21.3(b) of the *Understanding on Rules and Procedures Governing the Settlement of Disputes* (the "DSU") that Korea had until 28 July 2006 to implement those recommendations and rulings.

On 27 July 2006, the Korean Trade Commission (the "KTC") published its Implementation Report (Public Notice No. 2006-105 of the Korean Ministry of Finance and Economy) (the "Redetermination") in the Korean Gazette. The Redetermination leaves the underlying anti-dumping measure and the rate of dumping duties unchanged. At the DSB meeting held on 1 September 2006, Korea stated that by adopting the Redetermination it had fully complied with the recommendations and rulings of the DSB. Indonesia did not agree.

On 26 October 2006, Indonesia requested consultations with Korea under Article 21.5 of the DSU and paragraph 1 of the Understanding between Korea and Indonesia of 17 August 2006¹ regarding the consistency of the Redetermination with Korea's obligations under the Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994 (the "Anti-

¹ This Understanding related to the "sequencing" of proceedings under DSU Articles 21.5 and 22 and was circulated as document WT/DS312/7.

Dumping Agreement"). The request was circulated in document WT/DS312/8. Consultations were held on 15 November 2006. These consultations failed to settle the dispute.

Accordingly, Indonesia and Korea disagree as to the "existence or consistency with a covered agreement of measures taken to comply with the recommendations and rulings" of the DSB. Pursuant to Articles 6 and 21.5 of the DSU, Article 17.5 of the Anti-Dumping Agreement and paragraph 2 of the Understanding between the Republic of Korea and the Republic of Indonesia of 17 August 2006, Indonesia hereby requests the establishment of a panel to examine the measures described below. Indonesia requests that this item be placed on the agenda of the next meeting of the DSB.

A. RESELLER SELLING EXPENSES

The Panel found that in calculating normal values based on constructed value for the Indonesian exporters at issue, the KTC acted inconsistently with the Anti-Dumping Agreement with respect to its calculation of the amount of interest expenses to be included in the selling, general and administrative expenses incurred by a related reseller of the like product. In the Redetermination, however, the KTC left unchanged the amount of interest expenses it included in the reseller's selling expenses in the original determination. Accordingly, the Redetermination is inconsistent with the provisions of the Anti-Dumping Agreement described below and fails to properly implement this aspect of the DSB's recommendations and rulings for the following reasons:

- (a) The KTC failed to properly calculate a "reasonable amount for administrative, selling and general costs" to be included in the constructed value within the meaning of Article 2.2 of the Anti-Dumping Agreement, and failed to rely on "actual data *pertaining to* production and sales in the ordinary course of trade of the like product by the exporter or producer under investigation" within the meaning of Article 2.2.2, in that, *inter alia*, it used expenses incurred by a production company, ignored verified evidence that the reseller would not have incurred such interest expenses, and imputed expenses that were unrelated to the production and sale of the like product. By thus failing to properly determine the constructed value, the KTC also failed to make a fair comparison between normal value and export price within the meaning of Article 2.4 and failed to determine dumping margins properly within the meaning of Article 2.1.
- (b) The KTC failed to comply with its obligation to utilise the "best information available", failed to exercise "special circumspection" in its use of secondary sources and failed to properly corroborate the secondary information used as facts available as required by Article 6.8 of the Anti-Dumping Agreement, read together with Annex II, in particular paragraphs 3 and 7 thereof, in that, *inter alia*, it used the expenses incurred by a production company, improperly ignored verified evidence regarding the interest expenses incurred by a reseller affiliated to another producer, failed to properly conduct a comparative assessment of or make a determination whether the secondary information used could reasonably replace the missing information, ignored verified evidence that the reseller would not have incurred such interest expenses in the resale of the like product, failed to provide an adequate explanation of its determination and relied on new, irrelevant, unreliable and unverifiable information regarding the reseller and regarding selling expenses incurred by companies in other industries in Korea.
- (c) The KTC failed to comply with its obligation to reach an unbiased, objective and proper determination of dumping under Articles 2.1, 2.2, and 2.4 of the Anti-Dumping Agreement, as well as its obligations under Article 6.8 read together with Annex II, in that, *inter alia*, it treated the reseller as a manufacturing company and in arriving at this conclusion relied on faulty information and disregarded its previous

findings, verified evidence and the findings of the panel regarding the nature and activities of the reseller.

- (d) The KTC failed to comply with its obligations under Articles 2, 2.2, 2.2.2, 6.1, 6.2, 6.4, 6.6, 6.8, 17.6(i) and Annex II, in particular paragraphs 3 and 7 thereof, to make a proper determination of normal value and to provide the Indonesian exporters with adequate opportunities to submit evidence and to defend their interests, in that, *inter alia*, it excluded evidence supplied during the implementation process by the Indonesian exporters while accepting on the record new evidence from other sources and failed to take into account direct and verifiable evidence regarding the selling expenses incurred by the reseller.

B. FAILURE TO COMPLY WITH PROCEDURAL OBLIGATIONS

During the implementation phase, the KTC provided the Indonesian exporters with disclosure regarding the manner in which it intended to implement the DSB's rulings with respect to the determination of dumping. However, the KTC failed to provide the Indonesian exporters with any disclosure regarding the manner in which it intended to implement the DSB's rulings with respect to the determination of injury or with any opportunity to comment on issues relating to the re-determination of injury and the causal link between dumping and injury. In particular, the KTC did not disclose to the Indonesian exporters the facts on which it based its injury re-determinations. Accordingly, in the Redetermination:

- (a) The KTC failed to comply with its obligations under Articles 6.1, 6.2, 6.4, 6.5 and 6.9 of the Anti-Dumping Agreement, in that it failed to disclose the factual basis for its injury re-determinations and failed to provide the Indonesian exporters with any opportunity to provide their views.

Moreover, the KTC appears to have accepted confidential submissions from the Korean domestic industry and other sources without requiring a showing of good cause, the submission of non-confidential summaries or an explanation as to why such summarization is not possible. In addition, information contained in these submissions was not provided to the concerned Indonesian exporters. Accordingly, in the Redetermination:

- (b) The KTC failed to comply with its obligations under Articles 6.1, 6.2, 6.4 and 6.5 of the Anti-Dumping Agreement, in that it failed to require a party submitting confidential information to show good cause for confidential treatment or to submit a non-confidential summary thereof or an explanation as to why such summarization was not possible.
- (c) The KTC acted inconsistently with Articles 6.1, 6.2 and 6.4 of the Anti-Dumping Agreement, in that it failed to provide copies of the submissions made by the Korean domestic industry to the Indonesian exporters.

Indonesia continues to reserve its rights in respect of all other aspects of Korea's purported compliance with its obligations in this case.

Indonesia requests that the Panel be established with the standard terms of reference set out in Article 7 of the DSU.

**NORTH AMERICAN FREE TRADE AGREEMENT
ARBITRAL PANEL ESTABLISHED PURSUANT TO CHAPTER TWENTY**

**IN THE MATTER OF
CROSS-BORDER TRUCKING SERVICES
(Secretariat File No. USA-MEX-98-2008-01)**

Final Report of the Panel

February 6, 2001

Panel Members:

**J. Martin Hunter (Chair)
Luis Miguel Diaz
David A. Gantz
C. Michael Hathaway
Alejandro Ogarrío**

CONTENTS

	<u>Paragraph Number</u>
I. Introduction	1
A. The Dispute	1
B. Terms of Reference	12
II. History of the Proceedings	15
III. Factual Background	35
IV. Contentions of the Parties and Canada	101
A. Mexico's Contentions	102
B. The United States' Contentions	153
C. Canada's Contentions	195
V. The United States' Request for a Scientific Review Board	200
VI. Analysis of the Issues	214
A. Interpretation of NAFTA	216
B. Reservations for Existing Measures and Liberalization Commitments - Annex I	225
C. Services	241
D. Investment	279
VII. Findings, Determinations and Recommendations	295
A. Findings and Determinations	295
B. Recommendations	299

I. INTRODUCTION

A. The Dispute

1. The Panel in this proceeding must decide whether the United States is in breach of Articles 1202 (national treatment for cross-border services) and/or 1203 (most-favored-nation treatment for cross-border services) of NAFTA by failing to lift its moratorium on the processing of applications by Mexican-owned trucking firms for authority to operate in the U.S. border states.¹ Similarly, the Panel must decide whether the United States breached Articles 1102 (national treatment) and/or 1103 (most-favored-nation treatment) by refusing to permit Mexican investment in companies in the United States that provide transportation of international cargo. Given the expiration on December 17, 1995 of the Annex I reservation that the United States took to allowing cross-border trucking services and investment, the maintenance of the moratorium must be justified either under the language of Articles 1202 or 1203, or by some other provision of NAFTA, such as those found in Chapter Nine (standards) or by Article 2101 (general exceptions).²

The Parties' views are summarized as follows:

2. Mexico contends that the United States has violated NAFTA by failing to phase out U.S. restrictions on cross-border trucking services and on Mexican investment in the U.S. trucking industry, as is required by the U.S. commitments in Annex I, despite affording Canada national treatment.³ Mexico believes such failure is a violation of the national treatment and most-favored-nation provisions found in Articles 1202 and 1203 (cross-border services) and Articles 1102 and 1103 (investment).⁴
3. Mexico also contests the U.S. interpretation of Articles 1202 and 1203, without arguing that the Mexican regulatory system is equivalent to those of the United States and Canada.⁵ According to Mexico, Mexican trucking firms are entitled to the same rights as U.S. carriers under U.S. law, that is "(i) consideration on their individual merits and (ii) a full opportunity to contest the denial of operating authority."⁶ Any other approach is a violation of Articles 1202 and 1203. During the NAFTA negotiations, both governments understood that "motor carriers would have to comply

¹ The initial request for consultations on December 18, 1995 related to the requirement under Annex I that cross-border trucking services and related investment be permitted for persons of Mexico in the border states by the United States beginning December 18, 1995. However, the same considerations are applicable with regard to the obligation as of January 1, 2000 to permit cross-border services throughout the United States.

² The Panel also notes that similar questions have been raised concerning Mexico's obligations under Annex I and Articles 1202 and 1203, in light of its alleged refusal to permit U.S. owned firms to obtain authority to operate in the Mexican border states, but that specific matter is not before this Panel. See paras. 22 and 24, *infra*.

³ MIS at 61-62.

⁴ MIS at 75-81.

⁵ Mexico also argues that adoption of an identical motor carrier regulatory system cannot properly be made a condition of NAFTA implementation. MIS at 62.

⁶ MIS at 75.

fully with the standards *of the country in which they were providing service.*⁷

However, the obligations of the Parties were “not made contingent upon completion of the standards-capability work program” or the adoption of an identical regulatory system in Mexico.⁸

4. Mexico asserts that the U.S. conduct must be reviewed in light of Article 102(2) of NAFTA, which requires that the “Parties shall interpret and apply the provisions of the [NAFTA] Agreement in the light of its objectives set out in paragraph 1.” Among others, the objectives include eliminating barriers to trade in services and increasing investment opportunities “in accordance with applicable rules of international law.”⁹ Mexico contends that the U.S. conduct does not further these objectives.
5. According to Mexico, “There are no exceptions to the relevant NAFTA provisions that could even potentially be applicable.”¹⁰ Mexico contends that the U.S. failure to implement its cross-border trucking services and investment obligations is not justified by the standards provisions contained in Chapter Nine (standards) nor by Article 2101 (general exceptions), particularly in light of the fact that when NAFTA was negotiated the United States was well aware that Mexico’s regulatory system was significantly different from those operating in the United States and Canada.¹¹
6. Mexico charges that the U.S. inaction is motivated not by safety concerns but by political considerations relating to opposition by organized labor in the United States to the implementation of NAFTA’s cross-border trucking obligations.¹²
7. The **United States** argues that because Mexico does not maintain the same rigorous standards as the regulatory systems in the United States and Canada, “the in like circumstances” language in Article 1202 means that service providers [from Mexico] may be treated differently in order to address a legitimate regulatory objective.¹³ Further, since the Canadian regulatory system is “equivalent” to that of the United States, it is not a violation of the most-favored-nation treatment under Article 1203 for the United States to treat Canadian trucking firms which are “in like circumstances” vis-a-vis U.S. trucking firms in a more favorable manner than Mexican trucking firms.¹⁴
8. According to the United States, the inclusion in NAFTA Articles 1202 and 1203 of the phrase “in like circumstances” limits the national treatment and most-favored-

⁷ MIS at 74-75, *emphasis added*.

⁸ MIS at 62, 64.

⁹ MIS at 66.

¹⁰ MIS at 64.

¹¹ MIS at 74-75; 81-83; 87-90.

¹² MIS at 70-74.

¹³ USCS at 2.

¹⁴ USCS at 2-3.

nation obligations to circumstances with regard to trucking operations which are like, and that because “adequate procedures are not yet in place [in Mexico] to ensure U.S. highway safety,” NAFTA permits “Parties to accord differential, and even less favorable, treatment where appropriate to meet legitimate regulatory objectives.”¹⁵

9. The United States believes its interpretation is confirmed by Article 2101, which provides that:

nothing in . . . Chapter Twelve (Cross-Border Trade in Services) . . . shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any Party of measures necessary to secure compliance with laws or regulations that are not inconsistent with the provisions of this Agreement, including those relating to health and safety and consumer protection.¹⁶

10. The United States also rejects Mexico’s contention that the U.S. failure to implement Annex I with regard to cross-border trucking services and investment was politically motivated. At best, the United States contends, political motivation is “only of marginal relevance” to this case in the sense that highway safety has generated controversy in the United States.¹⁷ Moreover, the United States asserts that WTO practice is to avoid inquiring into the intent of parties accused of WTO violations.¹⁸ The issue, rather, is “whether Mexico has met its burden of proving a violation by the United States of its NAFTA obligations.”¹⁹
11. **Canada**, which exercised its right to participate in accordance with Article 2013, insists that the major issue in interpreting Article 1202 is a comparison between a foreign service provider providing services cross-border (here, from Mexico into the United States), and a service provider providing services domestically. Canada also contends that a “blanket” refusal by the United States to permit Mexican carriers to obtain operating authority to provide cross-border trucking services would necessarily be less favorable than the treatment accorded to United States’ truck services in like circumstances.²⁰ Canada also asserts that the United States is precluded from relying on Chapter Nine because levels of protection established under Chapter Nine must still be consistent with the national treatment requirements of Article 1202 and other NAFTA provisions.²¹

B. Terms of Reference

¹⁵ USCS at 39.

¹⁶ USCS at 40.

¹⁷ USCS at 50.

¹⁸ USPHS at 16-17.

¹⁹ USCS at 50.

²⁰ CS at 3.

²¹ CS at 4.

VII. FINDINGS, DETERMINATIONS AND RECOMMENDATIONS

A. Findings and Determinations

295. On the basis of the analysis set out above, the Panel unanimously determines that the U.S. blanket refusal to review and consider for approval any Mexican-owned carrier applications for authority to provide cross-border trucking services was and remains a breach of the U.S. obligations under Annex I (reservations for existing measures and liberalization commitments), Article 1202 (national treatment for cross-border services), and Article 1203 (most-favored-nation treatment for cross-border services) of NAFTA. An exception to these obligations is not authorized by the “in like circumstances” language in Articles 1202 and 1203, or by the exceptions set out in Chapter Nine or under Article 2101.
296. The Panel unanimously determines that the inadequacies of the Mexican regulatory system provide an insufficient legal basis for the United States to maintain a moratorium on the consideration of applications for U.S. operating authority from Mexican-owned and/or domiciled trucking service providers.
297. The Panel further unanimously determines that the United States was and remains in breach of its obligations under Annex I (reservations for existing measures and liberalization commitments), Article 1102 (national treatment), and Article 1103 (most-favored-nation treatment) to permit Mexican nationals to invest in enterprises in the United States that provide transportation of international cargo within the United States.
298. It is important to note what the Panel is not determining. It is not making a determination that the Parties to NAFTA may not set the level of protection that they consider appropriate in pursuit of legitimate regulatory objectives. It is not disagreeing that the safety of trucking services is a legitimate regulatory objective. Nor is the Panel imposing a limitation on the application of safety standards properly established and applied pursuant to the applicable obligations of the Parties under NAFTA. Furthermore, since the issue before the Panel concerns the so-called “blanket” ban, the Panel expresses neither approval nor disapproval of past determinations by appropriate regulatory authorities relating to the safety of any individual truck operators, drivers or vehicles, as to which the Panel did not receive any submissions or evidence.

B. Recommendations

299. The Panel recommends that the United States take appropriate steps to bring its practices with respect to cross-border trucking services and investment into compliance with its obligations under the applicable provisions of NAFTA.
300. The Panel notes that compliance by the United States with its NAFTA obligations would not necessarily require providing favorable consideration to all or to any specific number of applications from Mexican-owned trucking firms, when it is evident that a particular applicant or applicants may be unable to comply with U.S.

trucking regulations when operating in the United States. Nor does it require that all Mexican-domiciled firms currently providing trucking services in the United States be allowed to continue to do so, if and when they fail to comply with U.S. safety regulations. The United States may not be required to treat applications from Mexican trucking firms in exactly the same manner as applications from U.S. or Canadian firms, as long as they are reviewed on a case by case basis. U.S. authorities are responsible for the safe operation of trucks within U.S. territory, whether ownership is U.S., Canadian or Mexican.

301. Similarly, it may not be unreasonable for a NAFTA Party to conclude that to ensure compliance with its own local standards by service providers from another NAFTA country, it may be necessary to implement different procedures with respect to such service providers. Thus, to the extent that the inspection and licensing requirements for Mexican trucks and drivers wishing to operate in the United States may not be "like" those in place in the United States, different methods of ensuring compliance with the U.S. regulatory regime may be justifiable. However, if in order to satisfy its own legitimate safety concerns the United States decides, exceptionally, to impose requirements on Mexican carriers that differ from those imposed on U.S. or Canadian carriers, then any such decision must (a) be made in good faith with respect to a legitimate safety concern and (b) implement differing requirements that fully conform with all relevant NAFTA provisions.
302. These considerations are inapplicable with regard to the U.S. refusal to permit Mexican nationals to invest in enterprises in the United States that provide transportation of international cargo within the United States, since both Mexico and the United States have agreed that such investment does not raise issues of safety.

Signed in the original by:

J. Martin Hunter, Chair

Luis Miguel Diaz

David A. Gantz

C. Michael Hathaway

Alejandro Ogarrío

Dated: _____

**ARTICLE 1904 BINATIONAL PANEL REVIEW
PURSUANT TO THE
NORTH AMERICAN FREE TRADE AGREEMENT**

In the Matter Of:

**Stainless Steel Sheet and Strip In Coils
From Mexico: Final Results of 2004/2005
Antidumping Review**

:
:
:
:
:
:
:

**Secretariat File No:
USA-MEX-2007-1904-01**

DECISION OF THE PANEL

PANEL MEMBERS:¹

Joseph I. Liebman, Chair
Luis Felipe Aguilar
Gisela Bolívar
Cynthia C. Lichtenstein
Dale P. Tursi

APPEARANCES:

On behalf of the Investigating Authority

John D. McInerney, Esq., Michele D. Lynch, Esq. and Mykhaylo A. Gryzlov, Esq.,
Office of the Chief Counsel for Import Administration, U.S. Department of Commerce

On behalf of ThyssenKrupp Mexinox S.A. de C.V. and Mexinox USA, Inc.

Craig A. Lewis, Esq., Hogan & Hartson, LLP

**On behalf of AK Steel Corporation, Allegheny Ludlum Corporation and North American
Stainless**

Mary T. Staley, Esq., Kelley Drye & Warren LLP

¹ The Panelists wish to express their appreciation for the support received from Panel Assistants Fiamma Rizzo, Ricardo J. Peraza, Amalia B. Chamorro and Nick Ranieri

PANEL DETERMINATION

NAFTA CHAPTER 19 STAINLESS STEEL STRIPS AND COIL FROM MEXICO USA-MEX-2007-1904-01

I. PROCEDURAL HISTORY

This Panel was constituted under Article 1904(2) of the North American Free Trade Agreement (“NAFTA”)¹ and Section 516(A) of the Tariff Act of 1930, as amended (19 U.S.C. § 1516(a)(g) (“Tariff Act”) following a Request for Panel Review issued by ThyssenKrupp Mexinox S.A. de C.V. and Mexinox USA, Inc. (“Mexinox”) (respondents in the administrative proceedings) in respect of a Final Administrative Review pertaining to *Stainless Steel Sheet and Strip in Coils from Mexico*,² issued by the Administrating Authority, the United States Department of Commerce (“Commerce”). Both Mexinox and AK Steel Corporation, Allegheny Ludlum Corporation and North American Stainless (“Domestic Industry”) (petitioners in the administrative proceedings) filed timely complaints on February 21, 2007. Thereafter, timely briefs were filed by all participants, including Commerce.

Oral argument was held in Washington, D.C., on September 10, 2009. By a timely order entered by this Panel, the time to issue the decision in this matter was initially extended from December 10, 2009, till February 10, 2010. Thereafter, by a timely order issued by this Panel, the time to issue the decision was further extended till March 12, 2010. Additionally, pursuant to a joint motion filed by all parties to this case seeking a stay of proceedings, this panel issued an order on February 18, 2010, staying all proceedings in this case until February 28, 2010, to

¹ North American Free Trade Agreement, Dec. 17, 1992, United States-Canada-Mexico, Chapter 19, 32 I.L.M. 289 (entered into force Jan. 1, 1994).

² 71 Fed. Reg. 76978 (Dec. 22, 2006).

permit the parties to pursue settlement discussions, except with respect to filing of a stipulation between the parties regarding certain propriety, protected information and other ancillary relief pertaining to that stipulation. Thereafter, by Order entered on February 26, 2010, the Panel approved the parties' stipulation that "any and all business proprietary information contained in the transcript of the September 10, 2009 hearing will no longer be considered proprietary." Also, by Order entered on March 1, 2010, the Panel, coupled with other, incidental relief, further stayed proceedings in this case till and including March 30, 2010, while the parties continue to pursue settlement discussion and concomitantly extended the time for this Panel to issue a decision until 14 days after the foregoing stay of proceedings or such further extension of the stay, as may be ordered by this Panel.

II. PANEL JURISDICTION AND THE STANDARD OF REVIEW

This Panel's authority derives from Chapter 19 of NAFTA. In undertaking our review of the decision under consideration here, we are informed by Article 1904.1 of NAFTA that "each Party shall replace judicial review of final antidumping and countervailing duty determinations with binational panel review." Here we are reviewing the final results of an antidumping review conducted by Commerce under section 751 of the Tariff Act, 19 U.S.C. § 1675. Such a review is included with the definition of "final determination[s]" set forth in Annex 1911 of the NAFTA ("Annex 1911").

In conducting our review, we apply:

the relevant statutes, legislative history, regulations, administrative practice, and judicial precedents to the extent that a court of the importing Party would rely on such materials in reviewing a final determination of the competent investigating authority.^[3]

³ NAFTA, Art. 1904.2.

provision by the agency charged with its enforcement, it is fundamentally improper for a NAFTA panel to substitute its judgment for that of the agency as to the scope of section 129 and the meaning of its terms, regardless of the thin suggestion to the contrary in the SAA's description of what constitutes a practice.²⁷¹

Conclusion

Based upon the foregoing, and after considering all the arguments and authorities advanced by Mexinox in its briefs, additional authorities and at oral argument, as well as those advanced by Commerce and the Domestic Industry, the decision of Commerce to apply zeroing should be affirmed.

²⁷¹ As noted by the majority (Panel Determination, p. 18 n. 51), while the SAA, at 352, suggests that the term "practice" may have a narrower meaning than its common meaning with respect to section 123 of the URRRA, there is no similar definition in the SAA with respect to section 129. Plainly, the differences in language, scope and purpose of these two sections explains why Congress, perhaps, intended a narrow construction of the term "practice" with respect to section 123, but clearly did not intend a special meaning, instead of "common meaning," with respect to section 129.

APPLETON & ASSOCIATES

INTERNATIONAL LAWYERS

New York Toronto

Privileged and Confidential

**NOTICE OF ARBITRATION
UNDER THE ARBITRATION RULES
OF THE
UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW
AND
THE NORTH AMERICAN FREE TRADE AGREEMENT**

BETWEEN:

S.D. MYERS, INC.

Claimant/ Investor

- AND -

GOVERNMENT OF CANADA

Respondent/ Party

Suite 4400, P.O. Box 95, Royal Trust Tower, Toronto-Dominion Centre, Toronto, Ontario M5K 1G8 Tel. (416) 815-8800 Fax. (416) 815-8801

950 Third Avenue, Suite 1700, New York, N.Y. 10022 Tel. (212) 935-9558 Fax. (212) 371-3215 www.appletolaw.com

Pursuant to Article 3 of the United Nations Commission on International Trade Law ("UNCITRAL") and Articles 1116 and 1120 of the North American Free Trade Agreement ("NAFTA"), the Claimant initiates recourse to arbitration under the UNCITRAL Rules of Arbitration (Resolution 31/98 Adopted by the General Assembly on 15 December 1976).

A. DEMAND THAT THE DISPUTE BE REFERRED TO ARBITRATION

Pursuant to Article 1120(1)(c) of the NAFTA, the Claimant, hereby demands that the dispute between it and the Respondent be referred to arbitration under the UNCITRAL Rules of Arbitration.

B. NAMES AND ADDRESSES OF THE PARTIES

Claimant/ Investor	S.D. MYERS, INC. 180 South Ave. Tallmadge, Ohio 44278
-----------------------	---

Respondent/ Party	GOVERNMENT OF CANADA Office of the Deputy Attorney General of Canada Justice Building 284 Wellington Street Ottawa, Ontario K1A 0H8
----------------------	---

**C. REFERENCE TO THE ARBITRATION CLAUSE OR THE SEPARATE
ARBITRATION AGREEMENT THAT IS INVOKED**

The Claimant invokes Section B of Chapter 11 of the NAFTA, and specifically Articles 1116, 1120 and 1122 of the NAFTA as authority for the arbitration. Section B of Chapter 11 of the NAFTA sets out the provisions agreed concerning the settlement of disputes between a Party and an Investor of another Party.

**D. REFERENCE TO THE CONTRACT OUT OF OR IN RELATION TO WHICH
THE DISPUTE ARISES**

The dispute is in relation to the Claimant's investment in Canada and the damages that have arisen out of the Government of Canada's ("Canada") breach of its obligations under Section A of Chapter 11 of the NAFTA.

IN A NAFTA ARBITRATION UNDER THE UNCITRAL ARBITRATION RULES

**S.D. Myers, Inc.
("SDMI")**

(Claimant)

- and -

**Government of Canada
("CANADA")**

(Respondent)

FINAL AWARD

(concerning the apportionment of costs between the Disputing Parties)

CHAPTER VI

DISPOSITIVE PROVISIONS OF THE AWARD

- 53 CANADA shall pay to SDMI the sum of CAN\$350,000 in respect of the arbitration costs it incurred (UNCITRAL Rules, Article 38(a),(b),(c),(d) &(f)).
- 54 CANADA shall pay to SDMI the sum of CAN\$500,000 in respect of its costs of legal representation and assistance (UNCITRAL Rules, Article 38(e)).
- 55 CANADA shall pay to SDMI interest (compounded annually) for the period starting at the date of this Final Award until the date of payment of the sums awarded, calculated at the Canadian prime rate plus 1%.

MADE at the City of Toronto, Ontario, Canada.

Signed:

.....

Bryan P Schwartz

.....

Edward C Chiasson

.....

J Martin Hunter

Dated2002

IN A NAFTA ARBITRATION UNDER THE UNCITRAL ARBITRATION RULES

S.D. Myers, Inc.
("SDMI")

(Claimant)

- and -

Government of Canada
("CANADA")

(Respondent)

SECOND PARTIAL AWARD

- Step 10. The lost net income streams (45% of gross) are calculated at CAN\$4,400,000 (during closure), CAN\$900,000 (post-closure) and CAN\$3,400,000 (remaining pre-closure).
- Step 11. The compensation to be awarded in respect of the shortened time period available to SDMI to process the remaining pre-closure inventory, and for the time value of delay, is assessed at CAN\$750,000.
- Step 12. The total lost net income plus compensation for the abridged opportunity and delay is assessed at CAN\$6,050,000.

301. The Tribunal therefore concludes that the total compensation payable to SDMI shall be CAN\$6,050,000 excluding interest, which is considered below.