



Pelaburan/ ISDS

UNDANG-UNDANG ANTARABANGSA & DOMESTIK



Sistem monis

- Undang-undang antarabangsa merupakan sebahagian daripada undang-undang negara secara automatik tanpa keperluan untuk melalui prosedur ratifikasi perlembagaan
- Sekiranya terdapat percanggahan antara kedua-duanya - **undang-undang antarabangsa diutamakan**

Sistem dualis

- Undang-undang antarabangsa dan undang-undang negara merupakan dua sistem perundangan yang berasingan yang wujud secara bebas daripada satu sama lain
- Undang-undang antarabangsa mengawal selia hubungan antara negara-negara
- Undang-undang negara mengawal selia hak dan tanggungjawab individu dalam negara
- Sekiranya wujud konflik – **mahkamah antarabangsa menggunakan undang-undang antarabangsa dan mahkamah domestik menggunakan undang-undang negara**



PENDEKATAN MALAYSIA: DUALIS

- Bagi memastikan perjanjian antabangsa dapat dikuat kuasakan di Malaysia, undang-undang domestik yang berkaitan hendaklah digubal agar ianya selaras dengan kewajipan/ obligasi pihak kerajaan.
- Di mana dasar dan rangka kerja perundangan telah disediakan, **kelulusan Kabinet** adalah diwajibkan bagi tujuan untuk dijadikan suatu Pihak kepada Perjanjian antarabangsa.
- Semua perkara berkaitan dengan hal-ehwal luar negara, seperti triti, perjanjian dan konvensyen dan perlaksanaannya adalah perkara-perkara yang di bawah bidang kuasa eksekutif Persekutuan (Perkara 74 dan 80 Perlembagaan Persekutuan).
- Kuasa eksekutif akan dilaksanakan oleh Kabinet atas perkara-perkara seperti menandatangani dan melaksanakan, triti dan Perjanjian antarabangsa (Perkara 39, 40 dan 43 Perlembagaan Persekutuan)

Hubungan antara Persekutuan dan Negeri-negeri di bawah Perlembagaan Persekutuan

Perkara 74

- Perkara-perkara bidang kuasa Persekutuan dan Negeri-Negeri

Perkara 74(1)

- Perkara-perkara di bawah Persekutuan dalam Senarai Persekutuan dan Senarai Bersama (Jadual 9)

Perkara 74(2)

- Perkara-perkara di bawah Negeri dalam senarai Negeri dan Senarai Bersama (Jadual 9)

**CONTOH UNDANG-UNDANG DAN DASAR-DASAR YANG DIGUBAL / DIPINDA
OLEH PARLIMEN BAGI MEMBERI KESAN KEPADA TRITI YANG
DIMUKTAMADKAN OLEH MALAYSIA**



Undang-undang/ Dasar	Bab-bab yang berkaitan dalam FTA
Akta Kastam Dasar Automotif Nasional	Bab Perkastaman, Peraturan Tempasal, Akses Pasaran
Akta Profesion Undang-undang	Bab Perdagangan dalam Perkhidmatan
Akta Kualiti Alam Sekeliling dan Peraturan- Peraturan Kualiti Alam Sekeliling (Buangan Terjadual) (Pindaan) 2007	Bab Alam Sekitar, Bab Pelaburan, Bab Kerjasama Ekonomi
Akta Hak Cipta Akta Paten	Bab Hak Harta Intelekt

TPPA: Objektif

Objektif Bab Pelaburan



- Kebolehamalan langkah-langkah kerajaan
- Mengelakkan diskriminasi / kelebihan yang tidak adil
- Hak untuk pampasan - ekspropriasi
- Hak untuk timbang tara antrabangsa

Kesan



- Menggalakkan aliran Masuk / Keluar
- Menggalakkan pertumbuhan ekonomi
- Pengkhususan kepakaran / teknologi
- Peluang usahasama – akses pasaran yang lebih luas
- Menggalakkan daya saing
- Pilihan yang lebih luas kepada pengguna
- Mewujudkan pekerjaan

Struktur





Seksyen A: Skop

- Pelaburan dalam **semua sektor**
(perkilangan, pertanian, perlombongan, perhutanan/ perkhidmatan)
- **Semua peringkat kerajaan**, termasuk badan-badan bukan kerajaan yang diberi kuasa untuk menjalankan fungsi-fungsi pengawalseliaan
- **Langkah-langkah** yang diguna pakai oleh kerajaan - undang-undang, dasar, peraturan, prosedur, syarat atau amalan



Seksyen A: Takrif Utama

- **Pelabur:** sama ada individu atau sesebuah perusahaan
- **Pelaburan:** semua aset yang dimiliki atau dikawal oleh pelabur seperti perusahaan, saham, konsesi, kontrak, hak harta intelek, lesen, permit, harta alih dan harta tak alih

Seksyen A: Kewajipan/ Obligasi



- **Layanan tanpa diskriminasi:** memberi layanan kepada pelabur asing Negara TPP sama seperti pelabur tempatan dan pelabur asing lain, melainkan pengecualian diambil bagi sesuatu aktiviti/sektor
- **Standard minima layanan terhadap warganegara asing:** menurut undang-undang adat antarabangsa:
 - Layanan yang adil dan saksama: jaminan kepada proses undang-undang
 - Pelindungan dan keselamatan yang penuh: jaminan pelindungan polis
- **Pampasan yang cepat, berkesan dan mencukupi bagi ekspropriasi**
 - Ekspropriasi langsung: dalam kes ekspropriasi tanah, pampasan akan ditadbir oleh undang-undang Malaysia yang berkaitan
 - Ekspropriasi tidak langsung: tindakan kerajaan yang mengakibatkan pengurangan nilai ekonomi pelaburan

Pemindahan:

- Membolehkan pergerakan yang bebas dana oleh pelabur-pelabur asing, termasuk penghantaran balik keuntungan, pendapatan, dan sebagainya.
- Perkara berkaitan Langkah-langkah Pelindungan Sementara di bawah Bab Pengecualian Am memberi pengecualian untuk mengurus aliran modal tidak menentu apabila berlaku krisis atau ancaman daripadanya
- Pengecualian ini terpakai secara menyeluruh dalam TPPA



Seksyen A: Kewajipan (sambung...)

Keperluan Prestasi

- Syarat-syarat berikut tidak boleh dikenakan sebagai suatu syarat pelaburan:
 - Syarat eksport
 - Kandungan tempatan
 - Penjualan tempatan
 - Pemindahan teknologi
 - Penggunaan teknologi sendiri

Pengecualian

- Bagi tujuan memberi insentif - syarat pemindahan teknologi / teknologi sendiri dan R&D boleh dikenakan.
- Perolehan Kerajaan - syarat kandungan tempatan, keutamaan kepada barang-barang tempatan, pemindahan teknologi, teknologi sendiri boleh dikenakan.
- Syarat boleh dikenakan bagi tujuan kesihatan awam, melindungi alam sekitar, pemuliharaan sumber dll.



Seksyen A: Kewajipan (sambung...)

Pengurusan Kanan & Lembaga Pengarah

- Tidak boleh mengenakan syarat kewarganegaraan bagi pelantikan ke jawatan pengurusan kanan.
- Pelantikan berdasarkan kewarganegaraan bagi Lembaga Pengarah tidak boleh menjejaskan sebarang kawalan oleh pelabur terhadap pelaburannya:
 - Boleh mengenakan syarat yang menyatakan bahawa sekurang-kurangnya **2 orang ahli Lembaga Pengarah** hendaklah merupakan **warganegara Malaysia** dengan syarat ianya tidak menghadkan hak pelabur asing untuk **melaksanakan kawalan**

Sekiranya syarat-syarat di atas adalah diperlukan untuk sesuatu aktiviti/sector, pengecualian perlu diambil.



Seksyen A: Pelindungan

- Kerajaan mempunyai hak untuk mengawal selia bagi mencapai objektif kebajikan awam yang sah: termasuk atas sebab-sebab kesihatan dan alam sekitar
- Pengecualian Am dan Keselamatan dalam Peruntukan Am juga terpakai untuk Bab Pelaburan



Seksyen A: Pengecualian

Pengecualian daripada Kewajipan

- **Pengecualian berdasarkan teks:** Contohnya layanan nasional tidak terpakai untuk subsidi, perolehan kerajaan
- **Pengecualian khusus negara daripada kewajipan** (Langkah-langkah ketidakpatuhan):
 - **Pendekatan senarai negatif:** hanya sektor atau aktiviti-aktiviti yang disenaraikan adalah dikecualikan daripada kewajipan; terutamanya apabila pelabur-pelabur asing akan dilayan secara berbeza daripada pelabur tempatan
 - **Lampiran I** – mengikat Kerajaan dari segi mengehadkan langkah-langkah sedia ada yang mendiskriminasi pelabur asing; dan sebarang pindaan di masa akan datang tidak boleh dibuat untuk menjadikan langkah-langkah tersebut lebih terbatas dari sedia ada
 - **Lampiran II** – ruang dasar yang diperlukan untuk peraturan-peraturan sedia ada atau masa hadapan; peraturan-peraturan/pindaan akan datang boleh menjadi lebih terbatas



Seksyen B: Apakah mekanisme ISDS?

Mekanisme Penyelesaian Pertikaian Pelabur-Negera (ISDS)

- Menggariskan **prosedur-prosedur** bagi penyelesaian pertikaian di antara **pelabur asing** dan **Kerajaan Negara hos**
- Berbeza daripada **penyelesaian pertikaian antara Negara-Negara**: menggariskan prosedur untuk menangani isu-isu yang timbul daripada pelaksanaan Perjanjian yang melibatkan hanya **kerajaan** sebagai penandatangan kepada Perjanjian

Skop Seksyen B



- Menggariskan **prosedur pertikaian** yang timbul akibat:
 - pelanggaran kewajipan/ obligasi di Seksyen A
 - pelanggaran “kebenaran untuk membuat pelaburan” (Australia, Kanada, Mexico dan New Zealand)
 - pelanggaran “**perjanjian pelaburan**” yang dimuktamadkan dan berkuat kuasa **selepas tarikh kuat kuasa TPP** antara **pihak Kerajaan pusat dengan pihak pelabur dan pelaburan yang dilindungi** berkenaan dengan:
 - i. **Sumber asli, tidak termasuk tanah, air dan spektrum radio;**
 - ii. **Konsesi** untuk membekalkan perkhidmatan bagi pihak suatu Pihak untuk kegunaan masyarakat umum bagi penjanaan kuasa atau pengagihan, rawatan air atau pengedaran, telekomunikasi atau perkhidmatan-perkhidmatan lain yang serupa
 - iii. **Projek-projek infrastruktur** seperti pembinaan jalan, jambatan, terusan-terusan

ISDS – Proses Berkaitan

- Pelabur asing yang terjejas dengan sebarang tindakan kerugian mesti berusaha menyelesaikan pertikaian dalam tempoh 6 bulan melalui proses mediasi;
- Sekiranya gagal, pelabur asing boleh mengemukakan pertikaian untuk timbang tara di bawah mana-mana forum berikut:
 - Konvensyen ICSID Convention dan Peraturan-peraturan berkaitan Prosedur Perbicaraan Timbang Tara ICSID;
 - Peraturan-peraturan Kemudahan Tambahan ICSID;
 - Peraturan-peraturan Timbang Tara UNCITRAL; atau
 - mana-mana institusi timbang tara yang lain atau di bawah mana-mana peraturan timbang tara yang lain.
- **Tribunal hendaklah meliputi 3 Penimbang Tara;** setiap pihak yang bertelagah iaitu Persatuan untuk melantik satu bagi setiap Pihak, manakala Penimbang tara ketiga adalah dengan persetujuan bersama.



ISDS - Pelindungan

- Peruntukan-peruntukan **rundingan dan pengantaraan mandatori**
- Pelabur – mesti membuktikan kerugian yang dialami akibat pelanggaran kewajipan dalam Bab Pelaburan; beban kepada pelabur untuk membuktikan tuntutanannya
- Tidak menggalakkan **tuntutan tidak berasas**:
 - prosedur bantahan awal untuk membatalkan tuntutan tidak berasas
 - memerlukan pelabur untuk **membayar yuran peguam dan kos yang munasabah** kepada Kerajaan Negara tuan rumah
- Tuntutan tidak dibenarkan jika melebihi had masa 3 tahun 6 bulan
- Dalam kes **Malaysia, tiada tuntutan untuk tempoh 3 tahun** dari tarikh mula berkuat kuasa bagi **nilai kontrak perolehan kerajaan dinyatakan**



ISDS – Pelindungan (Isu tafsiran)

- Kerajaan (melalui Suruhanjaya TPP) boleh mengeluarkan **tafsiran bagi peruntukan di bawah Bab pelaburan yang mengikat** ke atas suatu **timbang tara**
- **Prosiding yang telus:**
 - perbicaraan terbuka kepada orang awam
 - Notis timbangtara, pembelaan, penyerahan award **diumumkan kepada orang awam**
- Membenarkan **keterangan amicus curiae** oleh pakar-pakar
- **Penggabungan tuntutan**, yang timbul daripada situasi-situasi yang serupa, berkaitan dengan isu undang-undang atau fakta



ISDS – Langkah-langkah Mitigasi

- Undang-undang, peraturan dan dasar hendaklah mematuhi obligasi di bawah TPP.
- Mengukuhkan amalan kawal selia yang baik :
 - mendapatkan maklum balas daripada industri apabila memperkenalkan peraturan baru di semua peringkat kerajaan
 - kontrak antara kerajaan dan pelabur-pelabur hendaklah mematuhi komitmennya. Kontrak dan pengurusan projek di peringkat selepas penubuhan
 - dipantau dan dilaksanakan untuk mengelakkan pelanggaran oleh kerajaan
 - Menghapuskan amalan-amalan budi bicara yang tidak jelas bagi mencegah risiko pertikaian.
- Mengukuhkan proses perdamaian dan pengantaraan bagi menangani rungutan para pelabur di peringkat kerajaan persekutuan, negeri dan Kerajaan tempatan.



KOS - FAEDAH

Kos

- penyelesaian pertikaian di bawah ISDS

Faedah

- Sebagai negara yang bergantung kepada perdagangan, memerlukan FDI yang mempunyai aktiviti nilai tambah yang tinggi dan pewujudan peluang pekerjaan. FDI merangsang inovasi dan daya saing dan membenarkan syarikat-syarikat Malaysia untuk bersaing di peringkat global serta menjadi sebahagian daripada rangkaian bekalan global.
- Meningkatkan tadbir urus / ketelusan – memberi isyarat positif kepada pelabur asing serta jaminan mengenai hak tuntutan melalui proses timbang tara antarabangsa sebagai tambahan kepada mahkamah domestik
- Syarikat-syarikat Malaysia melabur di luar negara - jaminan dari segi perlindungan pelaburan



Tuntutan ISDS : Malaysia

Terhadap Malaysia

- IGA Malaysia - Belgo-Luxemburg Economic Union: 1979: *Philippe Gruslin*
- IGA Malaysia-UK: Malaysian Historical Salvors Sdn. Bhd.

Pelabur Malaysia di luar negara IGA Malaysia-Chile: MTD:(2001)

- Ghana v. Telekom Malaysia (2003)



Terima kasih



Block 10, Government Offices Complex,
Jalan Duta, 50622 Kuala Lumpur, Malaysia
Tel: 603-8000 8000 | Fax: 603-6201 2337
Email: webmiti@miti.gov.my | Website: www.miti.gov.my