

KRISIS DAN REFORMASI: EKSPROPRIASI DALAM PERJANJIAN INVESTASI BILATERAL DI NEGARA DUNIA KETIGA

Syahrul Fauzul Kabir
Fakultas Hukum Universitas Islam Bandung
email: syahrul.fauzul@unisba.ac.id

disampaikan 23/11/2022 – di-review 24/11/2022 – diterima 26/12/2023
DOI: 10.25123/vej.v9i2.6249

Abstract

Since its inception, expropriation has always been controversial. In the present time, amidst the crisis and reform of bilateral investment treaties (BIT), expropriation has become increasingly complex in theory and practice. Theoretically, for instance, there is no clear boundary between expropriation that requires compensation, and the right to regulate similar to expropriation but does not require compensation. This situation becomes more complicated due to the problem of inconsistency and incoherence of arbitral awards. Therefore, it is important to understand how the concept of expropriation is understood by experts and interpreted by the arbitration tribunal; while also comparing how the global south use that concept within their BITs (in this case, India, Brazil, South Africa) to find best-practices. The method used in this research is juridical-normative and comparative. Amidst the BIT's crisis particularly regarding expropriation, the global south has made various attempts to reform its BIT model. Exceptions forexpropriation are included within the right to regulate. Expropriation and the right to regulate indeed have similar legal requirements (i.e.: pursuance of a public interest, non-discriminatory manner, due process of law) yet different legal effect regarding the payment of compensation as another condition for expropriation vis-à-vis the absence of compensation in the right to regulate. In general, taking into account the respective adjustments, the global south is relatively balancing the investment interest vis-a-vis public interest by modernizing the concept of expropriation in their BITs.

Keywords:

expropriation; bilateral investment treaty; global south.

Abstrak

Sejak awal kemunculannya, ekspropriasi senantiasa diliputi oleh kontroversi. Dewasa ini, di tengah krisis dan reformasi BIT, persoalan konsep ekpropriasi mengemuka secara lebih kompleks dalam ranah teori maupun praktik. Secara teoretik, misalnya, belum ditemukan batasan jelas antara ekspropriasi yang mensyaratkan pemberian kompensasi, dan hak untuk mengatur yang memiliki syarat serupa ekspropriasi tetapi justru tak mewajibkan kompensasi. Situasi ini diperumit problema inkonsistensi dan inkoherensi putusan arbitrase. Oleh karenanya, penting untuk memahami bagaimana konsep ekspropriasi dipahami para ahli dan ditafsirkan oleh lembaga arbitrase; seraya melihat perbandingan ekspropriasi dalam BIT negara global selatan (dalam hal ini, India, Brazil, Afrika Selatan) guna mencari *best-practice*. Metode pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah yuridis normatif dan komparatif. Dalam krisis BIT, khususnya menyangkut ekspropriasi, negara global selatan telah melakukan berbagai upaya dalam mereformasi model BIT. Pengecualian terhadap ekspropriasi tersebut tercakup ke dalam hak untuk mengatur. Ekspropriasi dan hak untuk mengatur memiliki syarat hukum yang nyaris serupa (yaitu: dilakukan demi kepentingan publik, secara non-diskriminatif, berdasarkan proses hukum) namun memiliki dampak hukum berbeda dalam hal pemberian kompensasi sebagai syarat lain bagi ekspropriasi *vis-à-vis* tiadanya pemberian kompensasi sebagai implikasi dari hak untuk mengatur. Secara umum, dengan ragam penyesuaian, negara global selatan relatif menyeimbangkan kepentingan investasi *vis-à-vis* kepentingan publik dengan merevisi konsep ekspropriasi dalam BIT-nya.

Kata kunci:
ekspropriasi; perjanjian investasi bilateral; global selatan.

Pendahuluan

Riset *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD) pada tahun 2023 masih menunjukkan bahwa perjanjian investasi bilateral (*bilateral investment treaty*/BIT) merupakan instrumen yang paling dominan digunakan negara-negara dalam menarik arus investasi asing.¹ BIT yang saat ini berjumlah 2830 ini dibangun oleh mayoritas BIT dengan kerangka model yang nyaris seragam, yaitu BIT tradisional atau BIT generasi pertama yang disusun sejak tahun 1959 hingga kisaran tahun 2008 berlandaskan nilai-nilai *laissez-faire* (liberalisme klasik) dengan orientasi utama untuk melindungi investor dan investasinya.²

Akan tetapi, sejak terjadinya krisis legitimasi *investor-state dispute settlement* (ISDS), BIT tradisional mulai menerima beragam kritik antara lain mengenai ancaman hilangnya ruang kedaulatan negara dalam menentukan kebijakan publiknya, karena BIT tradisional terlalu longgar memberi perlindungan terhadap investor.³ Akibatnya, negara berpotensi mengalami *regulatory chill* sebab kebijakan publik negara dapat dianggap melanggar kepentingan privat investor dalam mekanisme ISDS. Hal ini cukup beralasan mengingat dasar gugatan ISDS kedua terbanyak dari pihak investor adalah pengambilalihan tidak langsung (*indirect expropriation*).⁴ Sementara pengambilalihan secara langsung (*direct expropriation*) terjadi melalui pengalihan kepemilikan seperti nasionalisasi, *indirect expropriation* dapat mencakup segala tindakan negara yang berdampak buruk terhadap investasi asing, terlepas dari apapun tujuannya.⁵

¹ UNCTAD, *World Investment Report: Investing In Sustainable Energy for All*, New York and Geneva, 205, 71-72, 2023.

² M. Sornarajah, *Resistance and Change In the Law of Foreign Investment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, hlm. 35-39.

³ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment* Cambridge University Press, Cambridge, 2010, hlm. 55-59.

⁴ UNCTAD, *International Investment Agreements and Their Implications for Tax Measures: What Tax Policymakers Need to Know*, 46, 30, 2021.

⁵ Suzy H. Nikièma, *Best Practices Indirect Expropriation*, IISD Best Practices Series, 22, 3, 2012.

Situasi tersebut mengundang reaksi khususnya dari negara dunia ketiga⁶, yaitu negara-negara berkembang yang relatif membutuhkan ruang kebijakan publik yang lebih fleksibel guna memacu ketertinggalannya dari negara dunia kesatu, serta untuk mengakomodasi berbagai kepentingan publik. Negara-negara yang dulu sempat terjajah tapi lalu menandatangani BIT generasi pertama atas tawaran negara dunia kesatu ini, kemudian melakukan ‘serangan balik’ (*backlash*) terhadap rezim BIT dengan mereformasi model BIT tradisional.⁷ Inilah yang dilakukan, antara lain, oleh India (India Model BIT 2016), Brazil (*Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments/ACFI* 2015) dan Afrika Selatan (*Protection of Investment Act 22 of 2015*), dengan menyusun model BIT yang lebih menyeimbangkan kepentingan publik negara *vis-à-vis* kepentingan privat investor. Hal itu pula yang diupayakan oleh Indonesia dengan memperkenalkan BIT terbarunya yang dinilai lebih seimbang dalam melindungi kepentingan investor dan negara, setelah sejak tahun 1968 terikat dengan BIT tradisional, dan melakukan peninjauan ulang terhadap BIT tradisional pada tahun 2014-2016.⁸ Rumusan BIT baru tersebut antara lain tertuang dalam Indonesia-Singapore BIT (2018).⁹ Salah

⁶ *Black's Law Dictionary* mendefinisikan negara dunia ketiga sebagai negara yang secara ekonomi tidak semaju negara-negara berkekuatan utama industry. Saat ini, sebutan lain bagi negara dunia ketiga adalah negara berkembang, negara terbelakang, dan negara yang kurang berkembang, Bryan A, Garner, *Black's Law Dictionary*, West Publisher, Eagan, 2004, hlm. 1358, Apabila istilah “negara berkembang” hanya menangkap dimensi sosio-ekonomi dari suatu negara (misalnya, berdasarkan tingkat GDP), maka istilah “negara dunia ketiga” menangkap aspek politis-historis suatu negara (yakni: negara yang pernah mengalami kolonialisasi, negara yang terafiliasi dengan gerakan non-blok, negara yang tergabung dalam G-77, dsb), Secara spesifik, negara dunia ketiga dalam tulisan ini merujuk pada Indonesia, India, Brazil dan Afrika Selatan, Ada tiga (3) alasan mengapa negara tersebut dipilih sebagai objek penelitian: (1) negara tersebut merupakan negara-negara eks-kolonial di belahan bumi selatan; (2) negara tersebut telah menyusun model BIT yang baru (pasca krisis ekonomi di tahun 2008) dengan mengintrodusir prosedur maupun substansi yang “reformis”; (3) negara tersebut populer menjadi objek penelitian dalam lingkup BIT saat ini karena tergolong sebagai “*new emerging economies*” atau terafiliasi dengan BRICS (Brazil, Russia, China, South Africa). Untuk alasan lainnya lihat Sundhya Pahuja, *Decolonising International Law: Development, Economic Growth, and Politics of Universality*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, hlm. 261.

⁷ *Stephan W. Schill, The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009, hlm. 98-103.

⁸ *Abdulkadir Jailani, Indonesia's Perspective on Review of International Investment Agreements, Investment Policy Brief, South Centre, 6, 1-6, 2015.*

⁹ Peraturan Presiden R.I, Nomor 97 Tahun 2020, Tentang *Persetujuan Antara Pemerintah Republik Indonesia Dan Pemerintah Republik Singapura Mengenai Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal*, Perpres 97/2000, LN.2020/No.215.

satu norma yang dinilai mereformasi BIT adalah ketentuan mengenai ekspropriasi.

Sejak awal kemunculannya, konsep ekspropriasi memang senantiasa diliputi oleh kontroversi. Dewasa ini, dalam konteks krisis dan reformasi BIT, persoalan konsep ekpropriasi mengemuka secara lebih kompleks dalam ranah teori maupun praktik. Secara teoretik, misalnya, belum ditemukan batasan yang jelas antara konsep ekspropriasi yang mensyaratkan pemberian kompensasi, di satu sisi, dan di sisi lain, konsep hak untuk mengatur (*the right to regulate*) yang memiliki syarat serupa dengan ekspropriasi, tetapi justru tak mewajibkan pemberian kompensasi.

Situasi ini diperumit oleh problem praktik inkonsistensi dan inkoherensi putusan arbitrase.¹⁰ Oleh karenanya, penting untuk memahami bagaimana konsep ekspropriasi dipahami oleh para ahli dan ditafsirkan oleh tribunal arbitrase; seraya juga melihat perbandingan konsep ekspropriasi di negara dunia ketiga (India, Brazil, Afrika Selatan) guna mencari *best-practice*. Dengan begitu, metode pendekatan yang digunakan dalam penelitian ini adalah yuridis normatif dan komparatif.

Pembahasan

A. Ekspropriasi dan Perjanjian Investasi Bilateral

Adalah hak suatu negara untuk sepakat terikat dengan BIT, termasuk untuk melakukan ekspropriasi di wilayahnya terhadap benda pihak asing (*alien property*). Dalam hukum internasional, keduanya merepresentasikan prinsip kedaulatan negara dalam kerangka integritas teritorialnya.¹¹ Namun demikian, hak negara untuk mengatur (*lato sensu*) tersebut bukanlah tanpa batas dan tanpa konsekuensi. Yang pertama berdampak pada timbulnya kewajiban negara untuk menaati aturan BIT, sedangkan yang kedua berimplikasi pada adanya kewajiban negara untuk melakukan ekspropriasi secara legal (*lawful*). Dikatakan legal jika ekspropriasi dilakukan sesuai dengan ketentuan hukum investasi internasional dan memenuhi

¹⁰ Susan D. Frank, *The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions*, Vol. 73, *Fordham Law Review*, 1625, 2005.

¹¹ Rudolf Dolzer dan Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, hlm. 89.

prasyarat aturan BIT. Sebaliknya, tidak dipenuhinya ketentuan tersebut akan dianggap sebagai ekspropriasi ilegal (*unlawful expropriation*).¹² Sementara ekspropriasi legal berimplikasi pada munculnya kewajiban negara untuk memberikan kompensasi, ekspropriasi ilegal berdampak pada timbulnya tanggung jawab negara untuk melakukan reparasi.

Dalam konteks proliferasi BIT di era moderen, ketentuan tentang ekspropriasi merupakan bagian dari aturan substantif BIT.¹³ Aturan substantif BIT mencakup hak dan kewajiban para pihak terkait perlindungan investasi, sedangkan aturan prosedural merupakan jaminan pemulihan bagi investor melalui mekanisme penyelesaian sengketa, manakala aturan substantif dilanggar oleh salah satu negara pihak. Melalui aturan substantif BIT, negara antara lain memberi jaminan perlindungan terhadap investor dari tindakan ekspropriasi.¹⁴ Dolzer menawarkan klasifikasi tiga cabang untuk memahami ruang lingkup dan prasyarat bagi ekspropriasi tersebut:¹⁵

1) Definisi Ekspropriasi

Pertama, mengenai definisi ekspropriasi. Dilihat dari peristilahannya, ada beragam terma yang merujuk pada konsep ekspropriasi, seperti pengambilalihan (*expropriation*), pengambilan (*taking*), perampasan (*dispossession*), pencabutan (*deprivation*). Seluruh istilah tersebut kerap digunakan secara bergantian kendati bergantung pula pada konteks pembahasannya. Dalam rezim BIT, istilah yang umum digunakan saat ini adalah pengambilalihan (*expropriation*).¹⁶ Mengenai ekspropriasi, Suzy Nikièma mendefinisikannya sebagai pengalihan hak-hak kebendaan secara formal, untuk kepentingan negara atau pihak lain yang

¹² Surya Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, Portland, 2008, hlm. 120.

¹³ Perjanjian investasi bilateral (*BIT*) adalah perjanjian internasional publik antara dua negara yang bertujuan untuk memberi perlindungan dan promosi bagi investasi asing.

¹⁴ Berdasarkan penelitian UNCTAD di tahun 2012, seluruh BIT mengatur konsep ekspropriasi. *UNCTAD, Expropriation, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, New York and Geneva, 166, 5, 2012.*

¹⁵ Rudolf Dolzer dan Christoph Schreuer, *supra note 12*, hlm. 90.

¹⁶ *OECD, Indirect Expropriation and the Right to Regulate In International Investment Law, OECD Working Papers on International Investment, 22, 3, 2004.*

ditunjuk.¹⁷ Melengkapi rumusan itu, Surya Subedi mengungkap dimensi subjektif para pihak, dengan merumuskan bahwa ekspropriasi tidak dikehendaki atau tanpa disertai persetujuan investor. Meski saling melengkapi, kedua rumusan ini kurang lengkap mengingat ekspropriasi tak mesti berupa pengambilan benda semata. Sebab, menurut Sornarajah, ekspropriasi dapat berupa interferensi atau sekedar gangguan yang ditimbulkan terhadap nilai investasi atau penguasaan investor atas investasinya.¹⁸ Dalam rezim BIT umumnya konsep ekspropriasi dibagi ke dalam dua jenis, yaitu ekspropriasi langsung dan ekspropriasi tidak langsung.

a. Ekspropriasi Langsung

Ekspropriasi langsung (*direct expropriation*) atau ekspropriasi secara formal merujuk pada pengalihan kepemilikan benda secara resmi (*formal transfer of title*), yang diwajibkan oleh hukum (*mandatory legal transfer*), dengan cara mengalihkan benda fisik tersebut secara langsung (*outright physical seizure*). Lazimnya, ekspropriasi langsung didasarkan pada tindakan negara (*state measures*) untuk kepentingan negara atau pihak ketiga yang ditunjuk olehnya. Disebut langsung karena tampak niat yang disengaja, sebagaimana tercermin dari hukum atau tindakan negara itu, untuk merampas benda melalui pengalihan hak atau pengambilan yang dilakukan secara langsung.¹⁹ Contoh yang kerap disebut sebagai bentuk ekspropriasi langsung adalah nasionalisasi.

OECD memilah lagi antara ekspropriasi dan nasionalisasi. Bagi OECD, ekspropriasi terjadi bila tindakannya singular serta dilandasi dengan tujuan publik. Sedangkan nasionalisasi merujuk pada pengambilalihan berskala besar yang lazimnya dilandasi oleh tindakan legislatif atau eksekutif dengan tujuan untuk mengalihkan kepemilikan individu ke ranah publik.²⁰ Merespon hal ini, Sornarajah berpendapat, perlu dipilah antara penyitaan (*confiscation*), pengambilalihan, dan nasionalisasi. Yang pertama, penyitaan, merujuk pada pengambilan kepemilikan

¹⁷ Suzy H. Nikièma, *supra note 5*, hlm. 1.

¹⁸ M. Sornarajah, *supra note 3*, hlm. 365.

¹⁹ UNCTAD, *supra note 16*, hlm. 6-7.

²⁰ OECD, *supra note 22*, hlm. 3.

secara serta-merta oleh penguasa atau negara, semata-mata untuk keuntungan pribadi. Dalam konteks inilah menurutnya konsep tanggung jawab negara atas ekspropriasi berkembang. Sebab, penyitaan bukan hanya tak bermanfaat bagi negara, tetapi juga hanya memperkaya elit penguasa. Sedangkan nasionalisasi, bagi Sornarajah, jauh lebih politis-reformis dari yang dirumuskan oleh OECD itu. Selain yang telah disebutkan OECD, nasionalisasi memiliki motif untuk mengakhiri dominasi ekonomi pihak asing di seluruh atau sebagian sektor ekonomi suatu negara. Bagi Sornarajah, era paska kolonial adalah era ketika hukum internasional tidak menganggap nasionalisasi dalam rangka reformasi ekonomi sebagai tindakan yang ilegal (*unlawful*).²¹ Di era tersebutlah praktik nasionalisasi, yakni di kisaran tahun 1920 yang memuncak di tahun 1980, marak terjadi.²² Di era sekarang, nasionalisasi hanya dianggap sebagai potensi kendati secara umum praktiknya cenderung ditinggalkan.²³

Dalam rezim BIT, ISDS dengan dasar gugatan nasionalisasi menempati urutan cukup rendah secara statistik. Hingga September 2016, hanya tercatat 11 persen dari keseluruhan gugatan yang dilayangkan di ISDS mendasarkannya pada alasan nasionalisasi.²⁴ Kendati demikian, dalam BIT umumnya konsep nasionalisasi terinklusi di dalam rumusan ekspropriasi. Hal ini mengingat mayoritas BIT merumuskan konsep ekspropriasi, baik langsung dan tidak langsung, dalam rumusan yang nyaris seragam. Misalnya, dalam Indonesia-Singapore BIT (2018) diatur: “*Neither Party shall expropriate or nationalise an investment either directly or indirectly through measures equivalent to expropriation or nationalisation (hereinafter referred to as "expropriation"), except...*”.²⁵

Dalam pasal di atas, konsep ekpropriasi dipergantikan dengan konsep nasionalisasi dalam satu rumusan pasal. Bahkan yang dimaksud ekspropriasi tak langsung dapat pula mencakup “... *measure equivalent to expropriation* ...”. Hal ini

²¹ M. Sornarajah, *supra note 3*, hlm. 22.

²² OECD *supra note 22*, hlm. 2.

²³ M. Sornarajah, *supra note 3*, hlm. 367.

²⁴ Jonathan Bonnitcha et.al, *The political Economy of the Investment Treaty Regime*, Oxford University Press, Oxford, 2017, hlm. 94.

²⁵ Perpres 97/2000, Pasal 6 (1).

membuka dua kemungkinan tafsir mengenai konsep dimaksud: entah ekspropriasi ekivalen dengan rumusan tersebut atau ia merupakan norma tersendiri yang memiliki cakupan serupa. Rumusan yang serupa digunakan pula dalam India Model BIT 2016²⁶. Sementara Pasal 7 Brazil ACFI (2015), meskipun tak mengatur secara eksplisit konsep ekspropriasi tak langsung, pengertiannya dapat mencakup ekspropriasi langsung dan tak langsung: *“Each Party shall not directly nationalize or expropriate investments of investors of the other Party, except: ...”*.²⁷

Ti adanya penegasan bahwa ekspropriasi tak langsung dieklusi, atau mempergantikan kata nasionalisasi dengan ekspropriasi, hal ini membuka peluang bagi munculnya penafsiran yang ekspansif oleh salah satu pihak atau tribunal manakala terjadi ISDS. Mengantisipasi hal itu, Brazil menegaskan dalam butir pasal berikutnya: *“For greater certainty, this article only provides for direct expropriation, where an investment is nationalized or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or ownership rights”*.²⁸ Dengan begitu, ekspropriasi dimaksud hanya mencakup ekspropriasi langsung.

b. Ekspropriasi Tidak Langsung

Sementara ekspropriasi langsung memiliki definisi yang jelas, ekspropriasi tak langsung belum memiliki batasan yang jelas. Secara terminologis, ditemukan beragam istilah yang merujuk pada ekspropriasi tak langsung. Meski terdapat upaya sebagian kalangan untuk memilah-memilahnya, terdapat beragam terma yang cenderung digunakan secara bergantian untuk merujuk pada fenomena ekspropriasi tak langsung: terselubung (*disguised*), konstruktif (*constructive*), berdasarkan aturan atau kebijakan (*regulatory*), berbasis dampak (*consequential*), atau bertahap (*creeping*).²⁹

Secara umum, ekspropriasi tak langsung merujuk pada segala tindakan

²⁶ *“Neither Party may nationalize or expropriate an investment of an investor (hereinafter “expropriate”) of the other Party either directly or through measures having an effect equivalent to expropriation, except...”*. Lihat India Model BIT 2016, Art. 5.

²⁷ Brazil Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments 2015, Art. 7

²⁸ Brazil Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments 2015, Art. 7 (5).

²⁹ August Reinich, *“Expropriation”*, in *The Oxford Handbook of International Investment Law*, ed. Peter Muchlinski et al, Oxford University Press, Oxford, 2008, hlm. 12.

negara yang berakibat pada hilangnya investasi, secara menyeluruh atau sebagian, tanpa disertai pengalihan kepemilikan secara langsung atau resmi. Dengan kata lain, tidak tampak niat dari tindakan negara tersebut untuk mengambilalih status kepemilikan investor atas investasinya. Bahkan, sebagian ahli dan putusan arbitrase menyatakan, tindakan apa pun dari negara yang berdampak buruk terhadap investasi asing, terlepas dari niat pengambilan kebijakan tersebut, dapat dikategorikan sebagai ekspropriasi tak langsung.³⁰ Berkebalikan dari ekspropriasi langsung yang disertai pengambilalihan, ekspropriasi tak langsung hanya menyisir tindakan negara dari segi akibat yang ditimbulkannya. Dilihat dari subjeknya, akibat yang dimaksud adalah hilangnya daya investor dalam ranah pengelolaan (*management*), penggunaan atau penguasaan yang efektif (*use or effective control*). Sementara dilihat dari objeknya, terjadinya penyusutan nilai yang signifikan (*depreciation of value*) pada aset investasi.³¹

Dengan mengacu pada praktik negara, doktrin, serta putusan arbitrase, UNCTAD mengidentifikasi unsur-unsur yang termuat dalam konsep ekspropriasi tak langsung sebagai berikut: a) sebuah tindakan yang dapat diatributkan terhadap negara; b) sebagai gangguan atau interferensi terhadap hak-hak kebendaan investor atau kepentingan hukum lainnya yang dilindungi; c) terjadi dalam derajat tertentu sehingga hak atau kepentingan tersebut kehilangan seluruh atau sebagian besar nilainya, atau investor kehilangan penguasaan atas investasinya itu; d) meskipun status kepemilikan tetap berada pada pemilik, atau pemilik tetap memilikinya secara fisik.³²

Dalam BIT, batasan dari konsep ekspropriasi tentu akan bergantung pada bagaimana konsep tersebut dirumuskan. Akan tetapi, ukuran mengenai unsur-unsur di atas relatif tak dijelaskan secara eksplisit dalam mayoritas BIT, sehingga pada akhirnya menjadi ranah tribunal arbitrase dalam menafsirkannya. Dari sejumlah 2830 perjanjian investasi, mayoritas BIT menyertakan aturan mengenai konsep ekspropriasi tidak langsung. Frase yang digunakan tidak seragam meski

³⁰ Subedi, *supra note 13*, hlm. 121.

³¹ August Reinich, *supra no 33*

³² UNCTAD, *supra note 16*, hlm. 12.

pada prinsipnya rujukannya sama³³. Terdapat dua model yang digunakan negara dalam merumuskan ekspropriasi pada BIT. Yang pertama, tipe yang paling umum, yang memilah antara ekspropriasi langsung dan tak langsung. Contohnya, selain Pasal 6 Indonesia-Singapore BIT, adalah Pasal 5 India Model BIT 2016: “...nationalize or expropriate an investment of an investor (hereinafter “expropriate”) of the other Party either directly or through measures having an effect equivalent to expropriation...”.³⁴

Pemilahan kedua konsep di atas terdici dari kalimat “directly” atau “through measures having an effect equivalent to expropriation” yang dalam praktik umumnya diandaikan berbeda. Karenanya, apabila tindakan negara (*measures*) tak ekivalen dengan ekpropriasi atau nasionalisasi, maka hal tersebut tak tergolong ekpropriasi. Tipe kedua lebih eksplisit memperlonggar makna ekspropriasi tak langsung karena memilah antara ekpropriasi langsung, ekspropriasi tak langsung, dan “equivalent measures and/or measures with similar/equivalent effects”. Misalnya, France-Argentina BIT (1991) menyebutkan: “The Contracting Parties shall not take, directly or indirectly, any expropriation or nationalization measures or any other equivalent measures having a similar effect of dispossession ...”.³⁵

Dari rumusan tersebut, timbul kesan bahwa terdapat perbedaan khususnya antara ekspropriasi tak langsung dengan tindakan-tindakan lainnya yang serupa, atau yang memiliki dampak serupa. Ada tiga kata penghubung ‘atau’ (*or*) disitu. Kendati demikian, praktik tribunal arbitrase umumnya menyamakan kedua konsep tersebut.³⁶ Hal ini sebagaimana juga diutarakan dalam kasus *Feldman v. Mexico*,

³³ Frase yang digunakan antara lain: “expropriation, ... and any other measure that has an effect tantamount to expropriation ...”; “measures that deprive the investor of their investment, either ... or indirectly”; “expropriation or ... similar measures”; “expropriation, ... or measures with a similar effect”; “measures that deprive an investor of an investment or other measures that have a similar effect”; “dispossession measures, including ... or other measures having similar consequences,”. *Suzy H. Nikièma, supra note 5, hlm. 5.*

³⁴ *India Model BIT 2016, Art. 5.*

³⁵ *France-Argentina BIT (1991), art. 5 (2).*

³⁶ *Andrew Newcombe, The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law, Volume 20, Issue 1, Spring, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, 52, 17, 2005.* Untuk pendapat lainnya, lihat *Jeswald W. Salacuse, The Law of Investment Treaties, Oxford University Press, Oxford, 2021, hlm. 414.*

bahwa “*the scope of both expressions to be functionally equivalent*”.³⁷ Dan ketidakpastian mengenai hal ini telah diantisipasi oleh Indonesia dan India dengan menyertakan penjelasan (*annex*) dalam BIT. Eksplisit di situ bahwa konsep yang dimaksud sebagai ekspropriasi dalam Indonesia-Singapore BIT (2018) dan India Model BIT 2016 hanya merujuk pada ekspropriasi langsung dan ekspropriasi tak langsung.³⁸

2) Objek Ekspropriasi

Kedua, mengenai objek atau kepentingan yang dilindungi. Dalam konteks BIT, objek yang dilindungi dari ekspropriasi adalah investasi. Ekspropriasi dapat dianggap terjadi apabila berdampak terhadap beragam jenis benda: berwujud atau tidak berwujud (*tangible or intangible property rights*), termasuk bunga dalam investasi (*property interest in an investment*). Dengan demikian, ruang lingkup objek dimaksud akan bergantung pada bagaimana definisi investasi dirumuskan. Definisi investasi beraneka ragam tetapi semakin longgar definisi investasi, semakin besar pula potensi konsep ekspropriasi dapat dimanfaatkan investor. Kian longgarnya definisi investasi itu akan berdampak pada penyempitan ruang kebijakan publik negara (*regulatory space*), hal yang justru dibutuhkan oleh negara dunia ketiga. Karenanya, pemahaman mengenai cara kerja konsep ekspropriasi dalam BIT tak bisa dilepaskan dari bingkai pemahaman tentang definisi investasi.

Sebelum terjadinya krisis dalam rezim investasi, mayoritas negara dalam BIT-nya menggunakan definisi berbasis aset secara longgar (*broad*). Definisi ini dikategorikan sebagai definisi berbasis aset karena unsur penentu bagi eksistensi investasi adalah aset. Pasca reformasi BIT, beberapa negara yang masih menggunakan format ini mempersempit definisinya dengan batasan-batasan,

³⁷ Suzy H. Nikièma, *supra note 5*, hlm. 6.

³⁸ Annex II Perpres 97/2000, Pasal 2-3. India Model BIT 2016, Art. 5.3.

seperti yang dilakukan Indonesia³⁹, Brazil⁴⁰ dan Afrika Selatan⁴¹. Pembatasan ini, di satu sisi, dimaksudkan agar hanya investasi atau benda tertentu yang dilindungi dalam BIT. Di sisi lain, klaim ISDS berdasarkan aturan BIT semakin terbatas atau dapat diantisipasi.

India mengambil langkah lebih reformis dengan beralih dari definisi investasi berbasis aset ke definisi berbasis perusahaan. Dalam India Model BIT 2016, investasi harus berbentuk perusahaan yang berdiri dan beroperasi di wilayah *host-state* berdasarkan prinsip itikad baik yang sesuai dengan hukum *host-state*. Dalam kaitannya dengan ekspropriasi, hanya Indonesia yang memberi penjelasan mengenai objek investasi yang dilindungi dari ekspropriasi: “*An action or a series of actions by a Party cannot constitute an expropriation unless it interferes with a tangible or intangible property right or property interest in an investment*”⁴². Di sini, bukan hanya benda yang telah memiliki karakter investasi⁴³ yang dilindungi dari ekspropriasi, tetapi juga benda-benda yang membentuk hal tersebut. Konsekuensi dari hal ini adalah, di satu sisi, objek ekspropriasi lebih luas dari definisi investasi. Di sisi lain, ruang kebijakan publik negara kian menyempit karena meluasnya cakupan ekspropriasi tersebut.

B. Ekpropriasi dan Negara Dunia Ketiga

Di antara negara dunia ketiga, Afrika Selatan mengambil langkah paling reformis dengan menghapus konsep ekspropriasi dalam UU investasinya, setelah sebelumnya mengatur dalam BIT generasi pertamanya.⁴⁴ Sedangkan negara

³⁹ Indonesia membatasi definisi investasi dengan karakteristik tertentu. Lihat Perpres 97/2000, Pasal 1.

⁴⁰ Brazil membatasi lingkup investasi dengan langsung merujuk pada investasi langsung (*direct investment*) dan secara eksplisit mengeklusi investasi tak langsung (portofolio). Lihat Brazil *Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments* 2015, art. 1.

⁴¹ Melalui *Protection of Investment Act 22 of 2015*, Afrika Selatan menempuh jalan tengah dalam mendefinisikan investasi, yaitu dengan memadukan definisi berbasis perusahaan dan definisi berbasis aset. Lihat *Protection of Investment Act 22 of 2015*, art. 1.

⁴² Annex II Perpres 97/2000, Pasal 1.

⁴³ Dalam BIT Indonesia karakter investasi mesti dipenuhi. Dalam Indonesia-Singapore BIT 2018, aset milik investor akan dianggap sebagai investasi sejauh mengandung unsur-unsur: “*the commitment of capital, the expectation of gain or profit, the assumption of risk or certain duration*”. Lihat Perpres 97/2000, Pasal 1.

⁴⁴ Lihat *Protection of Investment Act 22 of 2015*. Bandingkan dengan *South Africa Model BIT (1998)*, Art. 5 yang justru menggunakan tipe kedua.

lainnya mempertahankan konsep tersebut dengan beberapa variasi perubahan. Sebagaimana telah dibahas, perubahan cukup signifikan dilakukan oleh Brazil, dengan hanya secara eksplisit melarang nasionalisasi atau ekspropriasi langsung. Sehingga ekspropriasi tak langsung atau tindakan lainnya yang setara dengan itu, dieklusi dari konsep ekspropriasi.⁴⁵ Hal ini tentu berpotensi menimbulkan ketidakpastian bagi investor, kendati BIT tersebut juga memberi penegasan: “*The Parties shall cooperate to improve the mutual knowledge of their respective national legislations regarding investment expropriation*”.⁴⁶ Dengan begitu, pemahaman tentang konsep ekspropriasi dalam BIT Brazil akan didasarkan pada hukum nasional masing-masing negara, melalui skema kerjasama. Resiko untuk memberi ruang interpretatif bagi arbitrase (ISDS) dalam menentukan tafsiran tersebut juga diantisipasi dengan menghapus mekanisme ISDS. Alih-alih, dalam BIT terbarunya Brazil menerapkan *state-state dispute settlement* (SSDS) untuk mengantisipasi (krisis) legitimasi ISDS, sementara Afrika Selatan dan India mewajibkan *exhaustion of local remedies* (ELR) sebelum memberi ruang bagi *state-state arbitration* (SSA). Dilihat dari aspek perlindungan kedaulatan negara, tentu kedua mekanisme tersebut memperkuat kedaulatan negara dari ancaman ISDS.

Dalam rumusan dasar pasalnya⁴⁷, Indonesia dan India tak mengubah konsep ekspropriasi dari BIT sebelumnya. Ekspropriasi dimaksud tetap mencakup nasionalisasi, ekpropriasi tak langsung, serta tindakan lainnya yang setara dengan itu. Apa yang dapat mengonstitusi ekspropriasi? Dalam Indonesia-Singapore BIT (2018) dan BIT India, tindakan negara akan dianggap sebagai ekspropriasi bila dampaknya setara dengan nasionalisasi. Sementara Indonesia tak mengklarifikasi lebih lanjut, India mengatur bahwa ekspropriasi tak langsung harus “... *substantially or permanently deprives the investor of the fundamental attributes of property in its investment, including the right to use, enjoy and dispose of its investment, without*

⁴⁵ *Brazil Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments 2015, Art. 7.* Dalam BIT Brazil generasi pertama, misalnya *Brazil-Finland BIT (1995)*, hal tersebut justru diatur secara eksplisit.

⁴⁶ Id.

⁴⁷ Bandingkan Indonesia-Singapore BIT (2018) dan India Model BIT 2016 dengan BIT sebelum-sebelumnya (generasi pertama).

formal transfer of title or outright seizure".⁴⁸ Rumusan ini mengingatkan kita pada pembahasan sebelumnya mengenai hilangnya penguasaan baik dari sisi subjek (investor), objek (investasi), maupun dari segi durasi.

Lalu, bagaimana mengukurnya? Unsur-unsur ekspropriasi tak langsung dalam BIT (termasuk di negara dunia ketiga) umumnya hanya berupa definisi konotatif yang digantungkan pada berbagai faktor. Berikut perbandingan rumusannya dalam BIT di Indonesia dan BIT India:⁴⁹

Tabel 1: Ekspropriasi Tidak Langsung

<i>Indonesia-Singapore BIT (2018) Annex II Expropriation</i>	<i>Article 5.3 India Model BIT 2016 Expropriation</i>
<i>"The Parties confirm their shared understanding that: a) The determination of whether an action or series of actions by a Party, in a specific fact situation, constitutes an indirect expropriation, requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors: i. The economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Party has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that an indirect expropriation has occurred; ii. The extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations; and iii. The character of the government action.</i>	<i>"The Parties confirm their shared understanding that: b) The determination of whether a measure or a series of measures have an effect equivalent to expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry, that takes into consideration: (i) i. the economic impact of the measure or series of measures, although the sole fact that a measure or series of measures of a Party has an adverse effect on the economic value of an investment does not establish that an indirect expropriation has occurred; ii. the duration of the measure or series of measures of a Party; iii. the character of the measure or series of measures, notably their object, context and intent; and iv. whether a measure by a Party breaches the Party's prior binding written commitment to the investor whether by contract, licence or other legal document.</i>

Sumber: *Indonesia-Singapore BIT (2018) Annex II Expropriation* dan *Article 5.3 India Model BIT 2016 Expropriation*

Sebagai catatan, alasan keberadaan bagi rumusan di atas adalah sebagai pedoman bagi tribunal dalam melakukan penafsiran tentang konsep ekspropriasi dimaksud. Itu sebabnya Indonesia menegaskan bahwa aturan tentang ekspropriasi

⁴⁸ *India Model BIT 2016, Art. 5.3 (ii).*

⁴⁹ UNCTAD, *supra note 16*, hlm. 59.

“... shall be interpreted in accordance with the Annex II (Expropriation)”.⁵⁰ Sementara aturan tentang ekspropriasi (lazimnya berisi tentang syarat legal ekspropriasi) dirumuskan dalam pasal terpisah, melalui ketentuan di atas tribunal diharapkan tak memiliki diskresi yang longgar dalam melakukan penafsiran yang ekspansif, diluar maksud dari para perumus. Dengan begitu, ketentuan di atas adalah kriteria penentu bagi eksistensi ekspropriasi yang dimaksudkan untuk memastikan ruang kebijakan negara.⁵¹

Untuk mengukur terjadi atau tidaknya ekspropriasi, mesti dilakukan penelusuran berbasis fakta secara kasuistis dengan menimbang faktor-faktor tertentu. Melihat praktiknya dalam putusan arbitrase, ada setidaknya tiga (3) faktor yang ditimbang:⁵² 1. Dampak tindakan negara terhadap investasi atau investor; 2. Dampak tindakan negara terhadap ekspektasi investor; 3. Hakikat, karakter, dan tujuan tindakan negara.

i. Dampak Tindakan Negara Terhadap Investasi atau Investor

Mengenai faktor yang pertama, hal ini bisa diukur dari sisi objek (investasi: hilangnya nilai ekonomis), subjek (investor: hilangnya penguasaan), atau waktu (durasi: berlangsung lama atau permanen). Alih-alih bersifat kumulatif, ketiga ukuran tersebut dalam praktiknya bersifat alternatif. Dengan kata lain, tribunal arbitrase menggunakan setidaknya salah satu ukuran tersebut dalam menentukan ada tidaknya ekspropriasi tak langsung.

Dilihat dari objeknya, berdasarkan mayoritas putusan arbitrase⁵³, hilangnya nilai ekonomis kurang dari sebagian atau hanya sebagian dari nilai investasi (*a partial deprivation of value*) tidaklah cukup untuk mengonstitusi ekspropriasi.⁵⁴

⁵⁰ Catatan kaki Perpres 97/2000, Pasal 6.

⁵¹ *Christian Riffel, Indirect Expropriation and The Protection of Public Interest, Vol 71 Issue 4, International & Comparative Law Quarterly. 30 (946-974), 946. 2022.*

⁵² UNCTAD, *supra note 16*, hlm. 63-76. Lihat juga Id.

⁵³ Lihat antara lain putusan tribunal arbitrase dalam kasus: *Pope & Talbot v. Canada, Interim Award, 26 June 2000, para. 102; Sempra Energy v. Argentina, Award, 28 September 2007, para. 285.*

⁵⁴ Dalam *Vivendi v. Argentina II*, tribunal menyatakan bahwa “*weight of authority ... appears to draw a distinction between only a partial deprivation of value (not an expropriation) and a complete or near complete deprivation of value (expropriation)*”. *Vivendi v. Argentina II, Award, 20 August 2007, para. 7.5.11.*

Sebaliknya, kehilangan tersebut secara kualitatif mesti substansial (*substantially all its value*) atau efektif (*effective deprivation*), yang secara kuantitatif merujuk pada seluruh atau hampir seluruh nilai ekonomis investasi (*all or almost all the investment's economic value*). Dengan demikian, gangguan ekonomis yang bersifat minor pada investasi dianggap tak dapat mengonstitusi tindakan negara sebagai ekspropriasi.

Selain pengurangan pada nilai investasi, tribunal arbitrase mendasarkan ukuran ekspropriasi tak langsung dari sisi subjeknya. Yakni, dalam India model BIT, dirumuskan sebagai hilangnya “*the right to use, enjoy and dispose of its investment*” yang dimiliki investor. Ukuran ini relevan terutama bagi investasi berbentuk perusahaan. Kendati hak kepemilikan berada pada investor, hilangnya hak untuk mengontrol atau mengelola dapat dikategorikan sebagai ekspropriasi. Dalam praktiknya, penguasaan investor terhadap investasinya dianggap hilang apabila: hilangnya kontrol atas operasi bisnis (*Sempra v. Argentina*)⁵⁵; substitusi manajemen perusahaan investor oleh pejabat negara (*Iran-United States Claims Tribunal*)⁵⁶; hal pertama dan kedua sekaligus (*Sedco v. National Iranian Oil Co.*)⁵⁷; pengusiran terhadap pejabat perusahaan (*Biloune v. Ghana*)⁵⁸; intervensi atas manajemen perusahaan oleh negara (*Pope & Talbot v. Canada*)⁵⁹.

Mengenai ukuran waktu atau durasi, mayoritas putusan arbitrase⁶⁰ memutuskan bahwa ekspropriasi terjadi bila dampak dari tindakan tersebut berjangka panjang dan permanen (*irreversible and permanent*)⁶¹. Karenanya, tindakan negara yang mengakibatkan hilangnya nilai ekonomis atau penguasaan investor terhadap investasinya secara sementara (*but only for a time*)⁶², umumnya bukanlah ekspropriasi. Namun demikian, hal ini dapat pula bergantung pada teks

⁵⁵ *Sempra Energy v. Argentina, Award, 28 September 2007, para. 285*

⁵⁶ *Sedco, Inc. v. National Iranian Oil Company, Interlocutory Award, 28 October 1985, 9 the Iran-United States Claims Tribunal Reports 248, p. 278*

⁵⁷ Id.

⁵⁸ *Biloune v. Ghana, Award on Jurisdiction and Liability, 27 October 1989.*

⁵⁹ *Pope & Talbot v. Canada, Interim Award, 26 June 2000, para. 102.*

⁶⁰ *Tecmed v. Mexico, Award, 29 May 2003, para. 116.; SD Myers v. Canada, First Partial Award, 13 November 2000, paras. 287–288.*

⁶¹ *Tecmed v. Mexico, Award, 29 May 2003, para. 116.*

⁶² *SD Myers v. Canada, First Partial Award, 13 November 2000, paras. 287–288.*

perjanjian serta konteks investasi tersebut. Misalnya, dalam *Iran-United States Claims Tribunals*, diputuskan bahwa meski substitusi manajemen perusahaan berlangsung sementara, investor telah kehilangan prospek atas investasinya dalam konteks itu karena terjadi revolusi di Iran setelahnya. Dengan demikian, dampak dari tindakan sementara tersebut justru berujung pada hilangnya prospek investasi secara permanen.⁶³

Terkait ketiga ukuran di atas, Indonesia dan India sepakat untuk mengecualikan ukuran-ukuran tersebut (khususnya menyangkut sisi objek) sebagai satu-satunya ukuran bagi ekspropriasi tak langsung. Inilah yang disebut *the sole effect doctrine*, dimana tribunal arbitrase hanya memperhatikan dampak dari tindakan negara, tetapi tidak menimbang motif atau tujuan dibalik kebijakan tersebut (lihat huruf i dalam tabel) atau aspek lainnya.⁶⁴ Hal ini penting bagi negara dunia ketiga yang memang membutuhkan ruang kebijakan negara yang lebih luas. Sementara Indonesia bungkam mengenai ukuran dari sisi subjek dan waktu, India memberi penjelasan bahwa kedua hal tersebut merupakan satu kesatuan ukuran yang mesti diperhitungkan.⁶⁵

ii. Dampak Tindakan Negara Terhadap Ekspektasi Investor

Ekspropriasi dapat diukur pula dari faktor ekspektasi yang dimiliki investor atas investasinya, sebagai hasil jaminan dari negara bahwa tindakan tertentu tidak akan dilakukan olehnya. Gagasan tersebut memiliki hubungan erat dengan konsep 'ekspektasi yang legitim' (*legitimate expectations*) dalam hukum investasi. Dalam BIT, rumusan mengenai hal ini mengemuka melalui norma berikut yang diatur dalam Indonesia-Singapore BIT (2018): "*the extent to which the government action interferes with distinct, reasonable investment-backed expectations*"⁶⁶. Dengan begitu, ada tidaknya interferensi akan bergantung pada ada tidaknya 'ekspektasi yang legitim dan wajar' pada investor atas investasinya. Mengenai hal tersebut,

⁶³ UNCTAD, *supra note 16*, hlm. 70.

⁶⁴ *Nykomb v. Latvia, Award, 16 December 2003, para. 4.3.1.; Fireman's Fund v. Mexico, Award, 17 July 2006, para. 176(f).*

⁶⁵ *India Model BIT 2016, Art. 5.3 (i-iv).*

⁶⁶ Annex II Perpres 97/2000, Pasal 3 (ii).

Indonesia-Singapore BIT (2018) memberikan penjelasan:⁶⁷

For greater certainty, whether an investor's investment-backed expectations are reasonable depends, to the extent relevant, on factors such as whether the government provided the investor with binding written assurances and the nature and extent of governmental regulation or the potential for government regulation in the relevant sector.

Secara singkat, dari rumusan di atas dapat ditafsirkan dua hal: Pertama, ekspektasi investor akan dianggap legitim dan wajar apabila telah ada jaminan tertulis yang dibuat oleh kedua belah pihak (jika ada). Kedua, hal tersebut turut menimbang hakikat, jangkauan, serta potensi dari adanya peraturan di sektor tersebut. Dengan kata lain, jika peraturan di sektor tersebut memang potensial muncul, maka investor bisa dianggap tak memiliki ekspektasi yang wajar. Hal ini tentu dengan turut menimbang hakikat serta jangkauan dari kebijakan dimaksud. Mengenai hal tersebut, peneliti berpendapat bahwa hal ini mesti ditafsirkan secara sistematis dengan melihat pasal lainnya, khususnya menyangkut faktor ketiga.⁶⁸

India tak secara eksplisit mengatur faktor kedua ini. Akan tetapi, dalam BIT India ekspropriasi tak langsung dapat pula diukur dari “*whether a measure by a Party breaches the Party's prior binding written commitment to the investor whether by contract, licence or other legal document*”.⁶⁹ Dengan begitu, India mengeksklusi ekspektasi investor sebagai faktor penentu bagi ekspropriasi, kecuali bila hal tersebut dilandaskan pada perjanjian tertulis atau segala bentuk dokumen hukum (seperti kontrak atau lisensi,).

Dalam praktik ISDS, sebagian tribunal menafsirkan frase tersebut dengan menimbang ada tidaknya jaminan yang diberikan oleh negara (meskipun tidak spesifik atau eksplisit) dan ekspektasi investor yang terlanggar. Sementara tribunal lainnya menilai dengan mendasarkan pada ada tidaknya komitmen yang sudah dibuat secara spesifik, bahwa negara tidak akan melakukan hal tersebut.⁷⁰ Keputusan yang terakhir tentu lebih menjamin ruang kebijakan publik negara,

⁶⁷ Catatan kaki Annex II Perpres 97/2000, Pasal 3 (ii).

⁶⁸ Annex II Perpres 97/2000, Pasal 3 (ii).

⁶⁹ *India Model BIT 2016, Art. 5.3 (iv)*.

⁷⁰ Jeswald W. Salacuse, *supra note 39, hlm.* 423.

karena tidak seluruh tindakan yang tak sesuai ekspektasi investor akan tergolong sebagai ekspropriasi. Persis inilah yang dilakukan oleh Indonesia dan India dengan memberlakukan norma di atas.

iii. Hakikat, Karakter, dan Tujuan Tindakan Negara

Hakikat, karakter, dan tujuan dari ekspropriasi merupakan kategori lain yang dapat digunakan untuk menentukan eksistensi ekspropriasi. Hal ini penting terutama untuk memilah ekspropriasi tak langsung dengan hak negara untuk mengatur, yakni konsep yang berlandaskan pada doktrin *police powers* dan tak mengharuskan pemberian kompensasi.

Terkait hakikat atau sifat (*nature*) dari tindakan negara, hal ini ditinjau dari apakah tindakan tersebut merupakan aturan/regulasi yang *bonafide* (*regulatory act*) sebagai bagian dari hak untuk mengatur.⁷¹ Ukuran dari hal ini adalah dengan melihat tujuannya, yaitu tindakan negara mesti dilakukan semata-mata untuk kepentingan publik atau kesejahteraan publik yang sah. Dan ini ditimbang pula dari karakteristik yang melekat padanya, yaitu apakah *regulatory act* tersebut dilakukan secara non-diskriminatif, sesuai prosedur hukum (*due process of law*), dan proporsional.⁷² Demikian lah faktor ketiga bila ditinjau dalam praktiknya. Namun demikian, ukuran-ukuran tersebut tak niscaya diukur secara kumulatif. Analisis mengenai faktor ketiga ini seyogianya bersandar, pertama-tama, pada bagaimana ukuran tersebut dituliskan dalam BIT.

Ada beragam rumusannya dalam BIT. Berikut adalah ukuran yang terkandung dalam rumusan Indonesia-Singapore BIT (2018): “*the character of the government action, including its objective and whether the action is disproportionate to the public purpose*”.⁷³ Sedangkan BIT India mengatur: “*the character of the measure or series of measures, notably their object, context and intent*”.⁷⁴ Dari kedua rumusan tersebut, eksplisit bahwa terdapat ukuran-ukuran yang berbeda. Namun demikian, hal tersebut hanyalah ukuran yang mesti diberi penekanan (perhatikan

⁷¹ Suzy H. Nikièma, *supra note 5*, hlm. 17-18.

⁷² UNCTAD, *supra note 16*, hlm. 78. Penjelasan lebih lanjut mengenai hal ini lihat *supra note 49*.

⁷³ Annex Perpres 97/2000, Pasal 3 (iii).

⁷⁴ *India Model BIT 2016*, Art. 5.3 (iii).

kata “*notably...*” dalam BIT India) dan cakupannya tak mesti tertutup (perhatikan kata “*including...*” dalam Indonesia-Singapore BIT (2018)). Dalam praktiknya, keseluruhan ukuran di atas lazimnya digunakan secara simultan dalam menentukan faktor ketiga dari ekspropriasi tak langsung.

iv. Pengecualian atas Ekspropriasi Tak Langsung

Meski hakikat, karakter dan tujuan dari tindakan negara memuat ukuran-ukuran tentang kebijakan publik yang non-ekspropriatif, dalam praktik masih ditemukan putusan arbitrase yang tak mengindahkan hal tersebut.⁷⁵ Mengantisipasi hal itu, negara dunia ketiga merumuskan pula pasal penjelasan yang hendak memastikan bahwa kebijakan tertentu yang diambil dalam kondisi tertentu, mesti dianggap sebagai bukan ekspropriasi.⁷⁶ Berikut rumusan tersebut diformulasikan dalam Indonesia-Singapore BIT (2018): “*Non-discriminatory regulatory actions by a Party that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives...*”⁷⁷. Eksplisit bahwa kebijakan legitim negara yang bertujuan untuk melindungi kesejahteraan publik serta memiliki karakter non-diskriminatif mesti dikecualikan dari lingkup ekspropriasi tak langsung. Memperluas cakupan hal itu, India bukan hanya menjamin tindakan negara (umumnya merujuk pada lembaga legislatif dan eksekutif), melainkan pula “*...measures or awards by judicial bodies of a Party*” (lembaga yudisial). Secara *non-exhaustive*, Indonesia dan India sejalan dengan menetapkan bahwa kepentingan publik yang legitim tersebut dapat mencakup “*... public health, safety and the environment...*”⁷⁸. Oleh karena *non-exhaustive* (perhatikan kata “*such as*”), maka cakupannya dapat lebih luas dari itu. Segala yang dikecualikan dari ekspropriasi, dengan demikian, merupakan bagian dari hak untuk mengatur. Kendati begitu, norma di atas hanyalah pasal penjelasan yang mesti dijadikan pedoman dalam

⁷⁵ Suzy H. Nikièma, *supra note 5*, hlm.18.

⁷⁶ Adapula yang menggolongkan konsep ini sebagai dispensasi (*exemption/carve-outs*) alih-alih pengecualian (*exception*). Sementara dispensasi mengandaikan tiadanya ekspropriasi, pengecualian justru mensyaratkan adanya ekspropriasi kendati memerlukan pula justifikasi untuk mengecualikannya. Lihat *supra note 49*.

⁷⁷ Annex II Perpres 97/2000, Pasal 3 huruf (b).

⁷⁸ Id. Lihat juga India Model BIT 2016, *Art.* 5.5.

menentukan eksistensi ekspropriasi. Ia bukanlah norma yang berdiri sendiri dan dapat mengecualikan pasal tentang ekspropriasi tak langsung.

3) Syarat Legal Ekspropriasi

Bila pembahasan sebelumnya terfokus pada eksistensi ekspropriasi, pembahasan berikutnya mengerucut pada aspek legalitas ekspropriasi. Telah di bahas di awal bahwa ekspropriasi merupakan kedaulatan negara, sejauh syarat-syaratnya terpenuhi. Kewajiban negara untuk memenuhi syarat ini dilandasi oleh hukum kebiasaan internasional, dan umumnya diatur dalam BIT. Dilihat secara negatif, BIT melarang negara untuk melakukan ekspropriasi, kecuali empat syarat berikut ini terpenuhi secara kumulatif:⁷⁹

a. Dilakukan berdasarkan tujuan atau kepentingan publik.

Konsep ekspropriasi yang didasarkan oleh tujuan atau kepentingan publik telah diakui oleh mayoritas sistem hukum di dunia. Menurut konsep yang juga dianggap sebagai aturan hukum internasional ini, ekpropriasi mesti dilakukan untuk memenuhi tujuan kesejahteraan publik yang legitim (*legitimate welfare objective*), alih-alih untuk memenuhi kepentingan privat atau kepentingan lainnya. Meski istilah yang digunakan dapat berbeda, secara umum ruang lingkup yang dirujuknya sama: *'public purpose'*, *'public interest'*, *'public benefit'*, *'public order and social interest'*, *'internal needs'*, *'legal ends'* *'national interest'*, *'public necessity'*, *'public purpose related to internal needs'*. Meski demikian, hal ini tidak menutup kemungkinan bahwa ada rumusan yang memang bermaksud mempersempit ruang lingkungannya.⁸⁰

Ekspropriasi mesti dilandasi oleh kepentingan publik saat tindakan tersebut dilakukan, bukan setelahnya. Bahwa kemudian tujuan tersebut tidak tercapai, hal tersebut tidaklah relevan. Sebaliknya, bila tindakan negara baru mencerminkan 'kepentingan publik' kemudian, alih-alih di awal, hal ini akan dianggap ilegal. Hal ini sebagaimana diputuskan dalam kasus *Siag and Vecchi v. Egypt*, dimana pemerintah

⁷⁹ Rudolf Dolzer dan Christoph Schreuer, *supra note 12*, hlm. 90. Lihat juga UNCTAD, *supra note 16*, hlm. 27.

⁸⁰ Id, hlm. 29.

Mesir mengekspropriasi tanah pada waktu tertentu, lalu baru menggunakannya untuk kepentingan publik enam tahun kemudian.⁸¹

Dalam praktik arbitrase, kecuali dinyatakan lain dalam BIT, penafsiran atas frase 'kepentingan publik' dipahami dalam terang wawasan hukum internasional. Secara umum, hukum internasional memberikan diskresi kepada negara dalam menentukan bagaimana suatu kebijakan dilandasi oleh kepentingan publik. Dalam rezim hukum HAM, konsep ini disebut dengan *margin of appreciation*. Namun, hal itu tidak berlaku bila tindakan negara tersebut memang secara nyata tidak beralasan (*manifestly unreasonable*). Dalam praktik, ada saja tribunal arbitrase yang turut menilai aspek 'kepentingan publik' dalam putusannya, sehingga merecoki ruang diskresi negara yang memang diakui oleh hukum kebiasaan internasional.⁸² Terkait hal tersebut, Indonesia menegaskan kembali dalam BIT bahwa 'kepentingan publik' mesti dipahami berlandaskan hukum kebiasaan internasional.⁸³

For greater certainty, for the purposes of this Article, the term "public purpose" refers to a concept in customary international law. Domestic law may express this or a similar concept by using different terms, such as "public necessity", "public interest" or "public use"

Di satu sisi, ini memberikan semacam objektivitas baik bagi para pihak, maupun arbitrase tribunal, manakala terjadi sengketa dalam memahami konsep tersebut. Namun di sisi lain, Indonesia mengendurkan spirit berdaulatnya dalam pengertian, Indonesia tak mau menginternasionalisasi konsep ekspropriasi dalam hukum nasionalnya, yang semestinya dihormati oleh pihak lainnya itu. Sementara Brazil tak memberikan penjelasan yang substantif terkait konsep 'kepentingan publik', India menegaskan pengecualian dengan mengatur bahwa "... any questions as to 'public purpose' ... shall be determined in accordance with the procedure specified in such Law".⁸⁴ Dengan demikian, India mendasarkan pemahaman mengenai tafsiran atas konsep kepentingan publik pada hukum nasionalnya yang

⁸¹ Id, hlm. 31.

⁸² Id.

⁸³ Perpres 97/2000, Pasal 6 angka 1 huruf (a).

⁸⁴ *India Model BIT 2016, Art. 5.1.*

relevan. Dengan cara ini, India memperkuat kedaulatannya sebagai tuan rumah.

b. Dilakukan secara tidak diskriminatif.

Seperti rumusan sebelumnya, nomenklatur konsep ini dapat berbeda meski merujuk hal yang sama: *'on a non-discriminatory basis'*, *'in a non-discriminatory manner'* atau *'without discrimination'*. Arti dari konsep ini adalah, tindakan ekspropriasi tersebut tidak dilandaskan pada alasan diskriminatif yang ditujukan terhadap investor asing berdasarkan pada kewarganegaraannya. Demikianlah penafsiran yang diberikan tribunal arbitrase. Namun demikian, tidak seluruh laku pembedaan yang dilakukan negara terhadap setiap investor adalah diskriminatif. Ekspropriasi dikatakan diskriminatif apabila tindakan tersebut tidak hanya ditujukan pada investor asing, melainkan didasarkan pada, atau diambil karena alasan, kewarganegaraan yang berbeda diantara investor tersebut.

Sebagai contoh, dalam kasus *GAMI Investments v. Mexico*, pemerintah Meksiko mengambil alih sejumlah pabrik gula yang dimiliki oleh perusahaan swasta di Meksiko, yang di dalamnya terdapat investor asing. Akan tetapi, ekspropriasi tersebut tidak dilakukan karena faktor adanya investor asing itu, melainkan lebih karena kondisi keuangan yang tengah genting dalam perusahaan. Dengan begitu, oleh karena investor asing tersebut gagal membuktikan bahwa ekpropriasi itu dilakukan karena ada keterlibatan dirinya; atau memang ditunjukkan untuk memperlakukannya secara berbeda, maka tindakan ekspropriasi tersebut tidaklah diskriminatif. Alih-alih, tindakan tersebut dinilai beralasan, karena kebijakan tersebut memiliki tujuan yang legitim.⁸⁵ Di antara negara dunia ketiga, hanya Indonesia dan Brazil yang meneguhkan aspek ini dalam BIT-nya.

c. Dilakukan sesuai dengan prosedur hukum.

Dalam BIT ditemukan ragam nomenklatur yang digunakan untuk merujuk pada konsep ini: *'legal provisions'*, *'legal procedures'*, *'legality'*. Sebagai salah satu syarat ekpropriasi yang legal, berikut frase yang digunakan oleh negara dunia

⁸⁵ *GAMI Investments v. Mexico, Award, 15 November 2004, paras. 114–115.*

ketiga: “*in accordance with due process of law*”⁸⁶. Frase tersebut dapat diartikan bahwa tindakan ekspropriasi harus disesuaikan dengan prosedur hukum nasional, dimana telah ada peraturan yang mengaturnya, atau kebijakan tersebut dilandasi atau telah sesuai dengan aturan hukum yang berlaku. Hal ini untuk mengantisipasi kesewenang-wenangan (*arbitrariness*) sebagaimana diartikan oleh Mahkamah Internasional sebagai: “*a wilful disregard of due process of law, an act which shocks, or at least surprises, a sense of juridical propriety*”.⁸⁷ Kecuali Afrika Selatan, negara dunia ketiga menyertakan norma ini dalam BIT.

Selain ekspropriasi harus mematuhi mekanisme hukum nasional, investor yang dirugikan harus memiliki kesempatan atau akses untuk meninjau kasus tersebut dihadapan pengadilan yang independen. Mengenai hal ini, India Model BIT 2016 mengatur lebih lanjut:

“In considering an alleged breach of this Article, a Tribunal shall take account of whether the investor or, as appropriate, the locally-established enterprise, pursued action for remedies before domestic courts or tribunals prior to initiating a claim under this Treaty”.⁸⁸

Selain implisit memberi hak kepada investor terhadap mekanisme peradilan, frase di atas menegaskan prinsip *exhaustion of local remedies*, sebelum diberikannya hak untuk menempuh ISDS (khususnya di arbitrase internasional) bagi investor asing.

d. Disertai dengan pemberian kompensasi.

Syarat terakhir agar ekspropriasi dianggap legal ialah tindakan tersebut mesti disertai dengan pemberian kompensasi. Adalah satu hal untuk menetapkan bahwa mesti ada kompensasi dibalik tindakan ekspropriasi. Adalah hal lain untuk menetapkan besaran kompensasi yang mesti diberikan. Dalam rumusan BIT, ini akan bergantung pada doktrin yang digunakan. Misalnya, dengan berlandaskan pada *Hull formula*, ada tiga aspek yang mesti dipenuhi dalam konsep tersebut, yaitu:

⁸⁶ Perpres 97/2000, Pasal 6 angka 1 huruf (d); *India Model BIT 2016*, Art. 5.1; *Brazil Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments 2015*, Art. 7 (1d).

⁸⁷ *Elettronica Sicila S.p.A. (ELSI) v. United States of America*, *International Court of Justice, Judgment*, 20 July 1989, para. 128.

⁸⁸ *India Model BIT 2016*, Art. 5.6.

segera (*prompt*), memadai (*adequate*), dan efektif (*effective*). Kompensasi dianggap cepat jika dibayar tanpa penundaan; memadai, jika memiliki hubungan yang wajar dengan nilai pasar dari investasi yang bersangkutan; dan efektif, jika dibayar dalam mata uang yang dapat dikonversi atau digunakan secara bebas.

Negara dunia ketiga (kecuali Afrika Selatan) menggunakan doktrin *hull formula* dengan sedikit pengecualian, khususnya bagi India. Hal ini tercermin dari rumusan bahwa kompensasi tersebut harus “*be paid without undue delay*”.⁸⁹ Frase yang tak digunakan oleh India tersebut, tak lain merujuk pada konsep “*prompt*” dalam doktrin *hull formula*. Namun, untuk mengantisipasi ketergesa-gesaan dalam pembayaran, Indonesia memberikan penjelasan tambahan bahwa “*the Parties understand that there may be legal and administrative processes that need to be observed before payment can be made*”.⁹⁰

Mengenai ukuran kompensasi yang ‘*adequate*’, konsep penilaian yang digunakan oleh negara dunia ketiga (selain Afrika Selatan) adalah nilai berbasis harga pasar (*fair market value*). Rumusan yang digunakan negara-negara tersebut serupa layaknya rumusan dalam Indonesia-Singapore BIT (2018) berikut ini:⁹¹

- b. be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before the expropriation took place ("the date of expropriation") or before the impending expropriation became public knowledge, whichever is earlier;*
- c. not reflect any change in value occurring because the intended expropriation had become known earlier;*
- d. be effectively realisable, freely usable and freely transferable in accordance with Article 8 (Transfers).*

Sementara huruf b dan c merujuk pada penilaian harga pasar yang adekuat, huruf d merupakan cerminan dari konsep ‘*effective*’ dalam *hull formula*. Selain nilai yang hilang dari investasi, adapula bunga yang menyertai. Dalam BIT negara dunia ketiga, hal ini dirumuskan nyaris serupa, sebagaimana diatur dalam Indonesia-Singapore BIT (2018) dengan mendasarkan pada pengukuran yang tergolong

⁸⁹ Perpres 97/2000, Pasal 6 angka 2 huruf (a). *Brazil Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments 2015, Art. 7 (2a)*.

⁹⁰ Id

⁹¹ Perpres 97/2000 Pasal 6 angka 2 huruf (b); *India Model BIT 2016, Art. 5.1*; *Brazil Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments 2015, Art. 7 (2)*.

longgar⁹²:

“The compensation shall include interest at a commercially reasonable rate for that currency, accrued from the date of expropriation until the date of payment. Valuation criteria used to determine fair market value may include going concern value, asset value including”.

Demikianlah kompensasi atas ekspropriasi diatur dalam BIT negara dunia ketiga saat ini. Yakni, dengan mendasarkannya pada doktrin *hull formula* yang dahulu sempat ditentang olehnya.

Penutup

Di hadapan krisis rezim BIT, khususnya menyangkut konsep ekspropriasi, negara dunia ketiga melakukan berbagai upaya dalam mereformasi model BIT. Afrika Selatan mengambil langkah paling reformis dengan menghapus konsep ekspropriasi dalam *Protection of Investment Act 22 of 2015*. Dengan demikian, ancaman ISDS berbasis konsep ekspropriasi diantisipasi dan ruang kebijakan publik negara diperlonggar. Sementara Indonesia dan India mempertahankan ekspropriasi langsung dan tak langsung dalam BIT terbarunya, Brazil CFIA hanya mengakui ekspropriasi langsung. Problem ketidakjelasan lingkup ekspropriasi tak langsung, yang kerap berujung pada *regulatory chill* dalam ISDS, juga diantisipasi oleh Brazil lewat mekanisme SSSDS berbasis pemahaman hukum nasional tentang ekspropriasi di masing-masing negara. Sisanya adalah Indonesia dan India yang merajut konsep ekspropriasi tak langsung. Ini dilakukan dengan merumuskan faktor dan ukuran yang lebih protektif terhadap kebijakan negara: pengecualian atas *sole doctrine effect*, syarat-syarat bagi ekspektasi investor, dan pengaturan konsep tindakan negara yang non-ekspropriatif. Pengecualian terhadap konsep ekspropriasi tersebut tercakup ke dalam konsep hak untuk mengatur. Konsep ekspropriasi dan hak untuk mengatur memiliki syarat hukum yang nyaris serupa (yaitu: dilakukan demi kepentingan publik, secara non-diskriminatif, berdasarkan proses hukum) namun memiliki dampak yang berbeda: pemberian kompensasi

⁹² Kata kuncinya ada pada frase *“commercially reasonable rate”*. Mengenai perbandingan terkait ukuran tersebut, lihat UNCTAD, *supra note 16*, hlm. 45.

sebagai syarat lain bagi ekspropriasi *vis-à-vis* tiadanya pemberian kompensasi sebagai implikasi dari hak untuk mengatur. Secara umum, dengan berbagai variasi perubahan, negara dunia ketiga relatif menyeimbangkan kepentingan investor *vis-à-vis* kepentingan publik dengan merevisi konsep ekspropriasi dalam BIT-nya.

DAFTAR PUSTAKA

Buku:

- August Reinich, "Expropriation", in The Oxford Handbook of International Investment Law, ed. Peter Muchlinski et al, Oxford University Press, Oxford, 2008.*
- Bryan A, Garner, Black's Law Dictionary, West Publisher, Eagan, 2004.*
- Jeswald W. Salacuse, The Law of Investment Treaties, Oxford University Press, Oxford, 2021.*
- Jonathan Bonnitcha et.al, The Political Economy of the Investment Treaty Regime, Oxford University Press, Oxford, 2017.*
- M. Sornarajah, Resistance and Change In the Law of Foreign Investment, Cambridge University Press, Cambridge, 2015.*
- M. Sornarajah, The International Law on Foreign Investment Cambridge University Press, Cambridge, 2010.*
- Rudolf Dolzer dan Christoph Schreuer, Principles of International Investment Law, Oxford University Press, Oxford, 2008.*
- Stephan W. Schill, The Multilateralization of International Investment Law, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.*
- Sundhya Pahuja, Decolonising International Law: Development, Economic Growth, and Politics of Universality, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.*
- Surya Subedi, International Investment Law: Reconciling Policy and Principle, Hart Publishing, Portland, 2008.*

Jurnal:

- Abdulkadir Jailani, Indonesia's Perspective on Review of International Investment Agreements, Investment Policy Brief, South Centre, 6, 1-6, 2015.*
- Andrew Newcombe, The Boundaries of Regulatory Expropriation in International Law, Volume 20, Issue 1, Spring, ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, 52, 17, 2005.*
- Christian Riffel, Indirect Expropriation and The Protection of Public Interest, Vol 71 Issue 4, International & Comparative Law Quarterly, 30 (946-974), 946, 2022.*
- M. Ya'kub Aiyub Kadir, Hull Formula and Standard of Compensation for Expropriation in Postcolonial States, Vol. 19 No. 2, Kanun Jurnal Ilmu Hukum. 248, 237-238, 2017.*
- OECD, Indirect Expropriation and the Right to Regulate In International Investment Law, OECD Working Papers on International Investment, 22, 3, 2004.*
- Susan D. Frank, The Legitimacy Crisis in Investment Treaty Arbitration: Privatizing Public International Law Through Inconsistent Decisions, Vol. 73, Fordham Law Review, 1625, 2005.*

Suzy H. Nikièma, *Best Practices Indirect Expropriation*, IISD Best Practices Series, 22, 3, 2012.

UNCTAD, *Expropriation*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II, New York and Geneva, 166, 5, 2012.

UNCTAD, *International Investment Agreements and Their Implications for Tax Measures: What Tax Policymakers Need to Know*, 46, 30, 2021.

UNCTAD, *World Investment Report: Investing In Sustainable Energy for All*, New York and Geneva, 205, 71-72, 2023.

Peraturan Peraturan:

Afrika Selatan. Protection of Investment Act 22 of 2015.

Brazil Agreement on Cooperation and Facilitation of Investments (ACFI) 2015.

Brazil-Finland BIT (1995)

France-Argentina BIT (1999)

India Model BIT 2016

Peraturan Presiden R.I, Nomor 97 Tahun 2020, Tentang Persetujuan Antara Pemerintah Republik Indonesia Dan Pemerintah Republik Singapura Mengenai Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal, Perpres 97/2000, LN.2020/No.215.

South Africa Model BIT (1998)

Putusan Arbitrase Internasional:

Biloune v. Ghana, Award on Jurisdiction and Liability, 27 October 1989.

Fireman's Fund v. Mexico, Award, 7 July 2006, para. 76(f).

GAMI Investments v. Mexico, Award, 5 November 2004, paras. 4-5.

Nykomb v. Latvia, Award, 6 December 2003, para. 4.3.

Pope & Talbot v. Canada, Interim Award, 26 June 2000, para. 02.

SD Myers v. Canada, First Partial Award, 3 November 2000, paras. 287-288.

Sedco, Inc. v. National Iranian Oil Company, Interlocutory Award, 28 October 1985, 9 the Iran-United States Claims Tribunal Reports 248, p. 278.

Sempra Energy v. Argentina, Award, 28 September 2007, para. 285.

Tecmed v. Mexico, Award, 29 May 2003, para. 6.

Vivendi v. Argentina II, Award, 20 August 2007, para. 7.5.11.

Putusan Mahkamah Internasional:

Eletronica Sicila S.p.A. (ELSI) v. United States of America, International Court of Justice, Judgment, 20 July 1989, para. 28