

## **PENERAPAN PRINSIP FAIR AND EQUITABLE TREATMENT DALAM SENGKETA INVESTASI IMFA VS PEMERINTAH INDONESIA**

Megatara Hartanto <sup>1)</sup>

Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Depok, Indonesia <sup>1)</sup>

Corresponding Author:

[megatara.hartanto@gmail.com](mailto:megatara.hartanto@gmail.com) <sup>1)</sup>

### **Abstrak**

Penelitian ini membahas penerapan prinsip *Fair and Equitable Treatment* (FET) dalam sengketa investasi antara International Mineral and Finance Association (IMFA) dan Pemerintah Indonesia. Prinsip FET merupakan standar perlakuan internasional yang sering diadopsi dalam perjanjian investasi bilateral (Bilateral Investment Treaty/BIT) untuk melindungi investor asing dari tindakan tidak adil oleh negara tuan rumah. Studi ini menggunakan pendekatan yuridis normatif dengan analisis terhadap perjanjian investasi, hukum internasional, dan kasus serupa di forum arbitrase internasional. Hasil penelitian menunjukkan bahwa interpretasi dan penerapan prinsip FET dalam sengketa ini melibatkan penilaian terhadap keadilan, transparansi, dan kepastian hukum yang diberikan oleh Pemerintah Indonesia kepada IMFA. Selain itu, temuan ini mengungkap implikasi penerapan prinsip FET terhadap kebijakan investasi nasional dan perlindungan kedaulatan negara. Penelitian ini merekomendasikan perlunya penyesuaian regulasi domestik untuk meminimalkan potensi sengketa di masa depan dan memastikan keseimbangan antara perlindungan investor asing dan kepentingan nasional.

**Kata kunci:** *Fair and Equitable Treatment*, sengketa investasi, hukum internasional, IMFA, Indonesia

### **Abstract**

*This study examines the application of the Fair and Equitable Treatment (FET) principle in an investment dispute between the International Mineral and Finance Association (IMFA) and the Government of Indonesia. The FET principle is an international treatment standard often adopted in Bilateral Investment Treaties (BITs) to protect foreign investors from unfair actions by host states. This research employs a normative juridical approach by analyzing investment agreements, international law, and similar cases in international arbitration forums. The findings indicate that the interpretation and application of the FET principle in this dispute involve an assessment of fairness, transparency, and legal certainty provided by the Government of Indonesia to IMFA. Furthermore, the findings reveal the implications of applying the FET principle on national investment policies and the protection of state sovereignty. The study recommends the need for adjustments to domestic regulations to minimize the potential for future disputes and ensure a balance between protecting foreign investors and national interests.*

**Keywords:** *Fair and Equitable Treatment, investment dispute, international law, IMFA, Indonesia*

## **PENDAHULUAN**

Penanaman modal asing dilakukan dengan melibatkan adanya perpindahan aset baik yang berwujud maupun aset yang tidak berwujud dari satu negara ke negara lainnya untuk digunakan di negara tersebut guna mendapatkan kemakmuran berdasarkan seluruh atau sebagian penguasaan atas aset oleh pemilik aset tersebut. Penanaman modal asing menghasilkan keuntungan bagi investor yang didapatkannya dari berbagai faktor yaitu upah buruh yang murah, dekat dengan sumber bahan mentah, luasnya pasar yang baru, menjual teknologi (merek, paten, rahasia dagang, desain industri), menjual bahan baku untuk dijadikan barang jadi, insentif untuk investor, dan status khusus negara-negara tertentu dalam perdagangan internasional. Pada sisi lain, bagi suatu negara untuk dapat mendatangkan investor setidaknya dibutuhkan tiga syarat yaitu *economic opportunity* (investasi mampu memberikan keuntungan secara ekonomis bagi investor), *political stability* (investasi akan sangat dipengaruhi stabilitas politik), dan *legal certainty* (kepastian hukum).

Dalam rangka memberikan perlindungan kepada investor dan menjamin iklim investasi yang baik untuk menarik investor masuk dalam suatu negara, maka dapat dilakukan kerja sama antara negara terkait dengan investasi yang biasanya dituangkan

### **History:**

Received : 25 April 2024

Revised : 29 Mei 2024

Accepted : 23 November 2024

Published : 24 Desember 2024

**Publisher:** LPPM Universitas Darma Agung

**Licensed:** This work is licensed under

**Attribution-NonCommercial-No**

**Derivatives 4.0 International (CC BY-NC-ND 4.0)**



dalam *International Investment Agreement* (perjanjian investasi internasional) selanjutnya disebut IIA. Salah satu bentuk *International Investment Agreement* yaitu *Bilateral Investment Treaty* (perjanjian investasi bilateral), selanjutnya disebut BIT.

Dalam suatu BIT biasanya diatur prinsip-prinsip dasar perlindungan investasi dalam suatu negara dimana investasi itu dilakukan (*host country*). Salah satu prinsip dalam rangka perlindungan investasi yang penting untuk diatur dalam suatu BIT yaitu prinsip *fair and equitable treatment*. Prinsip *fair and equitable treatment* merupakan prinsip dalam hukum internasional yang bertujuan untuk memberikan perlakuan yang adil dan pantas kepada pihak asing dalam menjalankan bisnis pada negara dimana investasi dilakukan.

Dalam praktek pelaksanaan investasi asing terkadang terdapat permasalahan yang menimbulkan sengketa antara *host country* dengan investor asing yang menanamkan modalnya di negara tersebut. Sengketa tersebut merujuk kepada pelanggaran standar prinsip yang diatur dalam klausul BIT. Penyelesaian atas sengketa investasi diselesaikan melalui mekanisme yang diatur dalam BIT yang salah satunya yaitu penyelesaian sengketa melalui arbitrase.

Salah satu sengketa yang pernah terjadi terkait investasi asing di Indonesia yaitu sengketa antara Indian Metal & Ferro Alloy Limited (IMFA) vs Pemerintah Indonesia. Kasus tersebut terjadi akibat terjadinya tumpang tindih Kuasa Pertambangan yang dimiliki oleh PT Sumber Rahayu Indah (PT SRI), suatu perusahaan berbadan hukum Indonesia, dengan 7 (tujuh) perusahaan pertambangan lainnya. IMFA melalui perusahaan afiliasinya yaitu Indmet Mining Pte. Ltd. Singapore (Indmet) melakukan investasi dengan melaksanakan *Share Purchase Agreement* sebesar 70% (tujuh puluh persen) dari total saham PT SRI.

PT SRI merupakan pemegang konsesi eksplorasi batu bara sesuai Kuasa Pertambangan Eksplorasi (KP Eksplorasi) No. 135 tahun 2008, yang diterbitkan oleh Kabupaten Barito Timur. Pada Desember 2009, PT SRI melakukan upaya perpanjangan KP No. 135 Tahun 2008, akan tetapi pada tanggal 11 April 2009 Kabupaten Barito Timur menyampaikan bahwa PT SRI telah gagal memberikan dokumen pendukung untuk pengurusan tersebut termasuk laporan koordinasi terkait batas wilayah. Pada akhirnya Kabupaten Barito Timur pada 17 Oktober 2009 menerbitkan IUP untuk PT SRI beserta perubahannya sehingga IUP berlaku sampai dengan 15 Juni 2016.

Pada bulan April 2011 diketahui konsesi pertambangan yang dimiliki oleh PT SRI tumpang tindih dengan 6 (enam) perusahaan pertambangan lainnya. Terlebih lagi, pada tahun 2013 ternyata diketahui konsesi pertambangan yang dimiliki oleh PT SRI tumpang tindih dengan 7 (tujuh) perusahaan pertambangan lainnya. Setelah ditelusuri didapatkan fakta bahwa tumpang tindih tersebut telah terjadi sejak bulan Desember 2006. Dengan adanya permasalahan tersebut Pemerintah Indonesia berusaha melakukan penyelesaian atas tumpang tindihnya IUP yang beberapa diantaranya sudah dapat diselesaikan dan masuk dalam daftar *Clean and Clear*, akan tetapi IUP PT SRI tidak termasuk dalam daftar tersebut. Selain permasalahan tumpang tindih IUP di atas, berdasarkan Pasal 97 Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 2012 terdapat ketentuan yang mengatur bahwa pemegang IUP dan IUPK dalam rangka penanaman modal asing setelah 5 (lima) tahun berproduksi wajib melakukan divestasi sahamnya secara bertahap sehingga pada tahun ke sepuluh sahamnya paling sedikit 51% (lima puluh satu persen) dimiliki peserta Indonesia. Oleh karena adanya ketentuan tersebut, IMFA menganggap Pemerintah Indonesia melakukan praktek ekspropriasi terhadap investasi yang dimilikinya.

Berdasarkan permasalahan di atas, IMFA menganggap Pemerintah Indonesia melanggar prinsip-prinsip dalam BIT Indonesia-India Tahun 1999. Salah satu prinsip yang dianggap dilanggar oleh Pemerintah Indonesia yaitu prinsip *Fair and Equitable Treatment* sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 BIT Indonesia-India Tahun 1999. Oleh karenanya, pada tahun 2015 IMFA dan Pemerintah Indonesia sepakat untuk

menyelesaikan sengketa tersebut melalui *Permanent Court Arbitration* di Belanda. Pada tahun 2019, Majelis arbitrase *Permanent Court Arbitration* mengeluarkan putusan yang isinya menolak gugatan dari IMFA.

Berdasarkan uraian latar belakang di atas, maka perlu dilakukan analisa terkait bagaimana penerapan prinsip *Fair and Equitable Treatment* dalam kasus sengketa IMFA vs Pemerintah Indonesia.

## METODE PENELITIAN

Metode penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah metode penelitian doktrinal yaitu peneliti menelusuri dan memilah peraturan, literatur, serta kajian yang berkaitan dengan masalah yang diteliti. Kemudian dari bahan yang sudah didapatkan dilakukan penafsiran dan analisa atas kondisi yang diteliti.

Kewajiban untuk melaksanakan standar prinsip *fair and equitable treatment* (perlakuan adil dan seimbang) sering kali dicantumkan bersama dengan standar prinsip hukum internasional lainnya dalam suatu BIT sebagai bagian dari perlindungan investasi asing langsung oleh *host country*.

Standar prinsip *fair and equitable treatment* pertama kali muncul pada *Havana Charter for an International Trade Organization* pada tahun 1948, dimana pada Pasal 11 ayat (2) disimpulkan bahwa terhadap investasi asing harus dijamin "*just and equitable treatment*". Selain itu, pada tahun yang sama standar prinsip ini juga ditemukan pada Pasal 22 *Economic Agreement of Bogota* yang pada intinya menyatakan bahwa modal asing harus menerima "*equitable treatment*" sehingga disepakati bahwa para pihak sepakat untuk tidak akan mengambil tindakan yang tidak dapat dibenarkan, tidak masuk akal, atau diskriminatif yang dapat merugikan hak atau kepentingan yang diperoleh secara sah dari warga negara lain atas perusahaan, modal, keterampilan, seni, atau teknologi yang telah mereka pasok. Pada akhirnya, baik *Havana Charter* maupun *Bogota Agreement* tersebut tidak dapat dilaksanakan karena kurangnya dukungan. Bersamaan dengan itu, standar prinsip *fair and equitable treatment* juga muncul pada *US Treaties on Friendship, Commerce and Navigation* (FCN), setelah perang dunia pertama.

Klausul pertama standar prinsip *Fair and Equitable Treatment* dalam konteks IIA dapat dilihat pada Pasal I *Draft Convention on Investments Abroad* yang diusulkan Hermann Abs dan Lord Shawcross pada tahun 1959 yang berbunyi sebagai berikut: "*Each Party shall at times ensure fair and equitable treatment to the property of the nationals of the other Parties. Such property shall be accorded the most constant protection and security within the territories of the other Parties and the management, use and enjoyment thereof shall not in any way be impaired by unreasonable or discriminatory measures.*"

Klausul tersebut diadopsi *Organisation for Economic Cooperation and Development* (OECD) dalam *Draft Convention on the Protection of Foreign Property*, dikenal dengan *Draft OECD Convention*, dengan bunyi klausul yang serupa dan dinyatakan sebagai standar prinsip yang harus dipenuhi sebagai standar minimal yang merupakan bagian dari hukum kebiasaan internasional. Kemudian sejak saat itu, *Draft OECD Convention* digunakan oleh sebagian besar anggotanya dalam melakukan negosiasi IIA yang kemudian berkembang sampai dengan saat ini.

Pada prakteknya, standar prinsip *fair and equitable treatment* yang ditujukan dalam rangka melindungi warga negara termasuk perusahaan dari masing-masing negara penandatanganan IIA atau BIT terkadang dianggap tidak jelas dan dapat diinterpretasikan berbeda. Perbedaan tersebut menyangkut terhadap apakah standar prinsip tersebut dapat dimaknai sendiri atau dimaknai terbatas pada standar minimal perlakuan bagi warga negara asing sesuai hukum kebiasaan internasional. Oleh karenanya, muatan materi dalam standar prinsip ini menimbulkan banyak kegelisahan. Pada satu sisi, standar prinsip *fair and equitable treatment* dianggap lebih tinggi dari standar minimal internasional dalam hukum kebiasaan internasional, akan tetapi di sisi

lain standar prinsip ini dianggap tidak lebih tinggi dari standar minimal dalam hukum kebiasaan internasional.

Adapun dalam prakteknya, pendekatan penggunaan standar prinsip *fair and equitable treatment* dalam perjanjian internasional adalah sebagai berikut:

1. Tanpa standar prinsip *fair and equitable treatment*: Contoh perjanjian internasional yang tidak menggunakan standar prinsip *fair and equitable treatment* adalah Australia-Singapore FTA tahun 2003 dan *India-Singapore Comprehensive Economic Cooperation Agreement* tahun 2005 yang menggunakan prinsip *National Treatment* sebagai standar perlakuan utama. Biasanya, ketiadaan prinsip tersebut merupakan indikasi bahwa negara penandatangan perjanjian internasional tidak mau kebijakannya direviu berdasarkan standar prinsip tersebut. Selain itu, bisa saja negara penandatangan menggunakan standar prinsip lainnya dalam perjanjian mereka, antara lain prinsip *most favoured nation*. Namun, dengan tanpa adanya prinsip tersebut bukan berarti standar minimal internasional menjadi tidak ada dalam hukum kebiasaan internasional.
2. Standar prinsip *fair and equitable treatment* tanpa merujuk pada hukum internasional: Contoh perjanjian internasional yang klausulnya tidak merujuk pada standar prinsip *fair and equitable treatment* pada hukum internasional yaitu *Belgium-Luxembourg Economic Union-Tajikistan BIT* tahun 2009 dan *China-Switzerland BIT* tahun 2009. Penggunaan klausul standar prinsip tersebut menimbulkan pertanyaan apakah prinsip *fair and equitable treatment* dapat diinterpretasikan sesuai standar minimal perlakuan warga negara asing sesuai hukum internasional, atau dapat diinterpretasikan secara kasuistis berdasarkan rujukan umum atas keadilan dan keseimbangan.
3. Prinsip *fair and equitable treatment* yang terhubung dengan hukum internasional: Contoh perjanjian internasional yang menggunakan klausul standar prinsip *fair and equitable treatment* ini adalah *Croatia-Oman BIT* tahun 2004 yang dalam klausulnya menyebutkan "...Contracting party shall be accorded fair and equitable treatment in accordance with international law...". Klausul tersebut bertujuan untuk mencegah penafsiran gramatikal dan memastikan bahwa klausul tersebut harus diinterpretasikan menggunakan prinsip hukum internasional dan tidak terbatas pada hukum kebiasaan internasional.
4. Prinsip *fair and equitable treatment* yang terhubung dengan standar minimum perlakuan warga negara asing berdasarkan hukum kebiasaan internasional: Penggunaan standar prinsip *fair and equitable treatment* yang terhubung dengan standar minimal perlakuan warga negara asing berdasarkan hukum kebiasaan internasional ini ditunjukkan dengan adanya perjanjian internasional yang dilakukan oleh negara-negara NAFTA dengan menambahkan klausul berikut "*the concept of "fair and equitable treatment" and "full protection and security" do not require treatment in addition to or beyond that which is required under customary international law..."*. Penegasan klausul tersebut bertujuan agar mencegah intepretasi yang berlebihan terhadap standar prinsip *fair and equitable treatment* oleh majelis arbitrase.
5. Standar prinsip *fair and equitable treatment* dengan tambahan substansi materi muatan: Penggunaan standar prinsip *fair and equitable treatment* dengan tambahan substansi materi muatan adalah salah satu cara untuk menambah kejelasan muatan dari kewajiban *fair and equitable treatment* sehingga memudahkan implementasi dan interpretasi. Berdasarkan praktek, beberapa materi muatan tambahan adalah sebagai berikut:
  - a. *Prohibiton of denial of justice* (larangan ketidakadilan): Penambahan substansi ini dapat dilakukan melalui pencantuman klausul bahwa standar prinsip *fair and equitable treatment* mencakup kewajiban untuk tidak mengabaikan keadilan dalam proses hukum dan administrasi.

- b. *Prohibition of arbitrary, unreasonable, or discriminatory measures* (larangan tindakan sewenang-wenang, tidak masuk akal, dan diskriminatif): Pencantuman tambahan substansi larangan tindakan sewenang-wenang, tidak masuk akal, dan diskriminatif bukan berarti mengurangi lingkup prinsip *fair and equitable treatment*. Namun, prinsip *fair and equitable treatment* lebih luas daripada larangan yang diatur tersebut.
- c. *Irrelevant of a breach treaty norm* (pelanggaran norma perjanjian yang tidak relevan): Tujuan dicantumkannya tambahan substansi ini untuk mencegah majelis arbitrase untuk secara otomatis memutuskan adanya pelanggaran prinsip *fair and equitable treatment*, apabila terdapat pelanggaran atas ketentuan lain dalam perjanjian internasional tersebut.
- d. *Accounting for the level development* (pertanggungjawaban atas tingkat perkembangan): Tujuan dicantumkannya tambahan substansi tersebut adalah agar memperkenankan adanya fleksibilitas dalam interpretasi standar prinsip *fair and equitable treatment* berdasarkan tingkat perkembangan *host country*. Sehingga tidak beralasan bagi investor di negara berkembang memiliki ekspektasi perlakuan dari pemerintah setempat sama dengan perlakuan pada negara maju.

Pada prakteknya pelanggaran standar prinsip *fair and equitable treatment* pada IIA atau BIT dapat terjadi karena semua jenis tindakan pemerintahan baik yang bersifat legislatif, administratif, maupun yudikatif. Terkait hal tersebut terdapat dua aspek yang relevan, yaitu yang pertama apakah tindakan tersebut bertentangan dengan *good governance* dan yang kedua terkait ambang batas (*threshold*) pertanggungjawaban, yaitu seberapa serius perbuatan tersebut dilakukan.

Pada dasarnya setiap tindakan atau kelalaian yang dilakukan *host country* dan merugikan investasi asing dapat menjadi subjek dari klaim pelanggaran standar prinsip *fair and equitable treatment*. Adapun beberapa kategori tindakan yang merupakan bentuk pelanggaran atas standar prinsip *fair and equitable treatment* adalah sebagai berikut:

1. Pelanggaran atas *legitimate expectations* dari investor: Salah satu elemen penerapan prinsip *fair and equitable treatment* adalah perlindungan atas harapan yang sah dari investor. Investasi biasanya dilakukan secara jangka Panjang, misalnya konsesi bisnis, dan ada juga yang tidak memiliki batas jangka waktu, misalnya pendirian pabrik atau perusahaan jasa yang dimiliki asing. Oleh karena itu, memperhatikan jangka waktu yang panjang tersebut suatu perubahan mungkin akan dapat berdampak negatif terhadap investasi tersebut. Perubahan tersebut bisa saja terkait dengan inovasi teknologi, kondisi ekonomi, atau kondisi lain yang timbul akibat dari tindakan atau tidak bertindaknya *host country*. Kondisi yang disebutkan terakhir berhubungan dengan prinsip *fair and equitable treatment*. Berdasarkan pernyataan majelis arbitrase pada kasus *Duke Energy vs Ekuador* dan beberapa kasus lainnya, maka dapat diidentifikasi beberapa kualifikasi terkait *legitimate expectation* yaitu:
  - a. *Legitimate expectation* hanya timbul dari janji atau komitmen yang telah dibuat *host country* kepada investor, dimana investor berpegang atas hal tersebut;
  - b. Investor harus memahami kondisi pengaturan perundang-undangan yang berlaku pada *host country*;
  - c. Harapan investor harus seimbang dengan proses pembentukan perundang-undangan yang berlaku pada *host country*.
2. Tindakan sewenang-wenang yang nyata: Pada beberapa putusan arbitrase sebagian besar menyatakan bahwa kesewenang-wenangan sebagai klausul kewajiban dalam BIT merupakan konteks yang terpisah dari bentuk pelanggaran tindakan sewenang-wenang dalam standar prinsip *fair and equitable treatment*. Namun, di sisi lain ada beberapa putusan arbitrase yang menganggap bahwa pelanggaran kesewenang-wenangan merupakan bagian yang tidak terpisahkan

dari standar prinsip *fair and equitable treatment*. Kesewenang-wenangan dalam pengambilan keputusan oleh *host country* berkaitan dengan maksud dan tujuan tindakan tersebut dilakukan. Hal ini merupakan suatu tindakan yang merugikan investor tanpa suatu tujuan yang sah dan penjelasan yang masuk akal, namun hanya didasarkan pada prasangka atau bias maka dapat dianggap sebagai tindakan sewenang-wenang.

3. *Denial of justice and due process*: Kepatuhan terhadap persyaratan dasar dari *due process* merupakan hal yang penting dalam rangka mencegah *denial of justice*. *Denial of justice* didefinisikan sebagai setiap kesalahan administrasi yang parah dari pengadilan setempat yang timbul sebagai akibat buruknya fungsi sistem pengadilan. Adapun yang termasuk dalam *denial of justice* adalah sebagai berikut:
  - a. Penolakan akses peradilan dan penolakan pengadilan untuk memutus suatu perkara;
  - b. Penundaan yang tidak beralasan dalam suatu proses peradilan;
  - c. Tidak adanya independensi pengadilan dari legislatif atau eksekutif suatu negara;
  - d. Kegagalan pelaksanaan putusan pengadilan atau putusan arbitrase;
  - e. Korupsi yang dilakukan oleh hakim pengadilan;
  - f. Diskriminasi terhadap praktisi hukum asing;
  - g. Pelanggaran terhadap jaminan dasar proses beracara, misalnya kegagalan pemberitahuan sidang dan kegagalan kesempatan untuk didengar.Berdasarkan konsep tradisional *denial of justice* berkaitan dengan pengadilan, akan tetapi dalam beberapa perjanjian investasi asing hal tersebut terkait juga dengan segala bentuk yang berkaitan hukum atau proses administrasi.
4. Diskriminasi: Standar nondiskriminasi dalam standar prinsip *fair and equitable treatment* seharusnya tidak dicampuradukan dengan standar prinsip *national treatment* dan *most favoured nation*. Adapun standar prinsip *national treatment* dan *most favoured nation* terkait dengan diskriminasi dengan kewarganegaraan, di sisi lain diskriminasi atas prinsip *fair and equitable treatment* menyoasar tujuan yang lebih khusus misalnya terkait gender, ras, keyakinan dan agama, atau jenis tindakan yang ditujukan untuk menghancurkan investasi.
5. Tindakan abusive: Tindakan abusif termasuk pemaksaan, tekanan, pelecehan yang mencakup tekanan yang tidak beralasan dan tidak pantas, penyalahgunaan kekuasaan, penganiayaan, ancaman, intimidasi, dan penggunaan kekerasan. Tindakan abusif dapat muncul dalam berbagai bentuk antara lain penahanan personil; pengancaman atas perbuatan pidana; pengenaan yang tidak berdasar atas pajak, pidana, atau denda; penyitaan aset, rekening bank, dan ekuitas, pencegahan atau pelarangan operasi bisnis; deportasi atau penolakan perpanjangan dokumen tinggal.

Selain tindakan-tindakan *host country* di atas, terdapat beberapa faktor penting yang perlu diperhatikan dalam menganalisa pelanggaran standar prinsip *fair and equitable treatment*, yaitu:

1. Tindakan investor: Tindakan investor merupakan faktor yang relevan dalam menganalisa pelanggaran standar prinsip *fair and equitable treatment* yaitu dengan melihat apakah tindakan investor menjadi alasan pembenar atas apa yang dilakukan oleh *host country*. *Host country* dalam beberapa kasus memiliki alasan yang kuat melakukan tindakan misalnya pemberian sanksi atau pencabutan izin yang diakibatkan oleh tindakan yang dilakukan oleh investor itu sendiri. Selain itu, dalam kasus lain terkadang *host country* melakukan suatu tindakan akibat investor asing salah menafsirkan suatu peraturan perundang-undangan yang berlaku pada *host country*.

2. Ambang batas (*threshold*) pertanggungjawaban: Standar penilaian atas apa yang *host country* lakukan dalam kasus klaim pelanggaran standar prinsip *fair and equitable treatment* menjadi hal yang penting dan menentukan. Ada dua pendekatan dalam implementasi ambang batas tersebut, pertama ambang batas yang tinggi ditekankan dalam konteks pelaksanaan standar minimal perlakuan sesuai kebiasaan internasional, bahwa apakah pelanggaran atau tindakan yang dilakukan merupakan tindakan yang mengerikan atau mengejutkan dalam perspektif dunia internasional. Kedua, pendekatan ambang batas yang rendah digunakan dalam beberapa kasus dalam hal penggunaan standar prinsip *fair and equitable treatment* yang tidak terhubung dengan standar minimal perlakuan warga negara asing berdasarkan hukum kebiasaan internasional.
3. Kerugian akibat pelanggaran *fair and equitable treatment*: Dalam suatu perjanjian internasional atau IIA yang menggunakan klausul ekspropriasi biasanya pelanggaran atas ekspropriasi tersebut mengakibatkan kompensasi yang diberikan atas kerugian akibat ekpropriasi merupakan kompensasi yang memadai dan setara dengan nilai pasar wajar. Sedangkan atas perjanjian internasional yang tidak menggunakan klausul ekpropriasi apabila terjadi pelanggaran, maka putusan terkait kerugian akan mengacu kepada hukum internasional yaitu kompensasi penuh, bahkan dalam beberapa putusan arbitrase menggunakan perhitungan nilai wajar dengan mengacu pada arus kas di masa depan.

Pada kasus *IMFA vs Indonesia*, IMFA menganggap Pemerintah Indonesia melanggar BIT Indonesia-India Tahun 1999 pada Pasal 3 (*Promotion and Protection of Investment*), Pasal 4 (*Treatment of Investment*), Pasal 5 (*Expropriation*) dan Pasal 7 (*Repatriation of Investment and Returns*) dan meminta ganti rugi sebesar 469 juta USD. Berdasarkan Pasal 9 ayat (1) BIT Indonesia-India Tahun 1999 apabila terjadi sengketa investasi asing maka pihak yang bersengketa menyelesaikan permasalahan secara mufakat melalui konsultasi dan negosiasi. Apabila setelah 6 (enam) bulan berdasarkan konsultasi dan negosiasi tersebut sengketa belum dapat diselesaikan, maka berdasarkan Pasal 9 ayat (2) BIT Indonesia-India Tahun 1999, maka dengan memperhatikan pilihan dari investor penyelesaian sengketa dilakukan melalui arbitrase atau konsiliasi internasional. Sesuai Pasal 9 ayat (3) BIT Indonesia-India Tahun 1999 pilihan arbitrase atau konsiliasi internasional yang dapat ditempuh adalah sebagai berikut:

1. *The International Centre for Settlement of Investment Dispute (ICSID)* sebagai konsiliasi atau arbitrase sesuai *Convention on the Settlement Dispute between State and Nationals of other State* yang ditandatangani di Washington pada 18 Maret 1965, dalam hal negara penandatanganan adalah peserta Konvensi tersebut; atau
2. Majelis arbitrase *ad hoc* sesuai *Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)* tahun 1976, dengan penyesuaian sebagai berikut:
  - a. Penunjukan pihak yang berwenang sesuai Pasal 7 Ketentuan Arbitrase yaitu *Secretary General of the Permanent Court of Arbitration* di The Hague. Ketiga arbiter bukan warga negara para pihak.
  - b. Para pihak menunjuk masing-masing arbiter dalam waktu 2 bulan.
  - c. Putusan arbitrase diputus berdasarkan BIT tersebut.
  - d. Majelis arbitrase menyatakan dasar dan putusannya dan memberikan alasan putusan sesuai permintaan para pihak.
  - e. Putusan arbitrase final dan mengikat bagi para pihak.

Berdasarkan ketentuan pilihan penyelesaian sengketa tersebut, IMFA dan Pemerintah Indonesia menyepakati untuk menyelesaikan sengketa melalui majelis arbitrase *ad hoc* sesuai aturan UNCITRAL 1976. Klausul terkait pilihan penyelesaian sengketa dalam BIT Indonesia-India Tahun 1999 tersebut sejalan dengan ketentuan Pasal 32 ayat (4) Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 yang menyatakan bahwa jika terdapat sengketa di bidang penanaman modal antara Pemerintah Indonesia dengan

investor asing, maka para pihak akan menyelesaikan sengketa tersebut melalui arbitrase internasional yang disepakati oleh para pihak.

Adapun tindakan-tindakan Pemerintah Indonesia yang dianggap sebagai pelanggaran atas BIT Indonesia-India Tahun 1999, sebagai berikut:

1. Pengumuman Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral terkait rekonsiliasi data IUP pada bulan Mei 2011;
2. Pengecualian Konsensi PT SRI dari daftar *Clean and Clear* pada 30 Juni 2011;
3. Pengumuman beberapa peta oleh Pemerintah Indonesia pada tahun 2011-2014;
4. Dugaan permasalahan tumpang tindih izin PT Kodio Multicom, PT Marangkayu Bara Makarti (PT MBM) pada tahun 2014, dan PT Bara Utama (PT PBU) pada tahun 2016;
5. Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 2012.

Berdasarkan dugaan atas tindakan-tindakan tersebut, majelis arbitrase membagi menjadi 2 (dua) unsur, angka 1 sampai dengan 4 digambarkan sebagai dugaan kegagalan penyelesaian tumpang tindih izin dan permasalahan batas, sedangkan nomor 5 digambarkan sebagai ketentuan divestasi Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 2012.

Berdasarkan putusan arbitrase sengketa IMVA vs Pemerintah Indonesia, maka penerapan prinsip *fair and equitable treatment* dalam penanganan sengketa tersebut dapat diuraikan sebagai berikut:

1. *Fair and Equitable Treatment*: Berdasarkan gugatan IMFA, Pemerintah Indonesia diduga melanggar beberapa ketentuan dalam BIT Indonesia-India Tahun 1999 yang terkait penerapan prinsip *fair and equitable treatment* yaitu Pasal 3 ayat (2) dan Pasal 4 ayat (1), sebagai berikut: Pasal 3 ayat (2) BIT Indonesia-India Tahun 1999 "*Investment and returns of investor of each Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment in the territory of the other Contracting Party.*" Pasal 4 ayat (1) BIT Indonesia-India Tahun 1999 "*Investment made by investors of either Contracting Party in the territory of the other Contracting Party, shall receive treatment which is fair and equitable and not less favourable than that accorded to investments made by investors of any third State.*" Dalam menafsirkan standar prinsip *fair and equitable treatment* tersebut, baik Pemerintah Indonesia maupun IMFA memiliki pandangan yang berbedanya. Pemerintah menganggap bahwa penafsiran standar prinsip *fair and equitable treatment* dalam BIT Indonesia-India Tahun 1999 dimaksudkan untuk mencerminkan standar minimum perlakuan sesuai dengan hukum kebiasaan internasional. Sedangkan, IMFA menganggap bahwa standar prinsip *fair and equitable treatment* dalam BIT tersebut harus dimaknai tidak terbatas pada hukum kebiasaan internasional atau klausul pada kasus *Neer* tahun 1926. Adapun jika dilihat dari bentuk standar prinsip dalam klausul BIT tersebut, maka standar prinsip *fair and equitable treatment* dalam BIT Indonesia-India Tahun 1999 berdasarkan UNCTAD dapat dikategorikan dalam standar prinsip *fair and equitable treatment* yang tanpa merujuk pada hukum internasional (*unqualified fair and equitable treatment standard*). Hal tersebut sejalan dengan penafsiran majelis arbitrase yang menyampaikan bahwa standar prinsip *fair and equitable treatment* tersebut berbeda dengan standar dalam perjanjian internasional NAFTA atau BIT lainnya yang secara tegas menyebutkan "*in accordance with international law*" Terkait perbedaan pendapat dan klausul yang tidak tegas tersebut majelis arbitrase merujuk pada pertimbangan majelis arbitrase pada sengketa *Joseph C Lemire vs. Ukraine* yang menyatakan bahwa standar prinsip *fair and equitable treatment* dalam BIT adalah standar perjanjian internasional yang bersifat otonom dan harus ditafsirkan kasuistis. Oleh karenanya, perlu adanya persyaratan bahwa tindakan atau kelalaian *host country* tersebut melanggar suatu ambang batas kepemilikan tertentu, menyebabkan investor rugi, dan ada hubungan antara tindakan, kelalaian dan kerugian. Ambang batas tersebut



ditentukan oleh majelis arbitrase berdasarkan BIT dengan mempertimbangkan beberapa faktor termasuk tetapi tidak terbatas pada:

- a. apakah *host country* gagal menawarkan kerangka hukum yang stabil dan dapat diprediksi;
- b. apakah *host country* membuat representasi khusus kepada investor;
- c. apakah ada penolakan proses hukum kepada investor;
- d. apakah tidak ada transparansi dalam prosedur hukum dalam tindakan *host country*;
- e. apakah ada pelecehan, paksaan, atau penyalahgunaan kewenangan, atau tindakan dengan itikad buruk lainnya yang dilakukan *host country*;
- f. apakah tindakan dari *host country* dapat dikategorikan kesewenang-wenangan, diskriminasi, atau inkonsistensi.

Selain itu, evaluasi atas tindakan *host country* tidak bisa dilakukan secara abstrak dan hanya dari sisi perlindungan hak investor. Evaluasi majelis arbitrase tersebut harus diimbangi dengan kepentingan hukum lain yang relevan dan mempertimbangkan faktor penyeimbang lainnya sebelum memutuskan adanya pelanggaran terhadap standar prinsip *fair and equitable treatment* dan mendapatkan kompensasi yang layak, sebagai berikut:

- a. hak kedaulatan *host country* untuk mengatur dan memutuskan sesuatu untuk melindungi kepentingan umum, khususnya jika tidak mengakibatkan dampak yang tidak proporsional bagi investor;
- b. harapan yang sah investor pada saat mereka melakukan investasi;
- c. kewajiban investor untuk melakukan penelitian (*due dilligence*) sebelum melakukan investasi;
- d. tindakan investor yang dilakukan di negara investasi tersebut dilakukan.

Berdasarkan yurisprudensi putusan arbitrase di atas, majelis arbitrase menganalisa masing-masing dugaan tindakan yang dilakukan pemerintah Indonesia terkait dugaan kegagalan penyelesaian tumpang tindih izin serta permasalahan batas dan ketentuan divestasi Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 2012. Majelis arbitrase dalam menganalisa dugaan kegagalan penyelesaian tumpang tindih izin serta permasalahan batas melihat bahwa kegagalan pemerintah dalam mengatasi permasalahan tersebut bukan merupakan tindakan baru. Akan tetapi hal tersebut merupakan efek lanjutan dari permasalahan sebelum investasi dilakukan. Hal tersebut sejalan dengan fakta bahwa tumpang tindih perizinan terjadi jauh hari sebelum investasi dilakukan oleh IMFA. Selain itu berdasarkan pemeriksaan yang dilakukan, majelis arbitrase melihat Pemerintah Indonesia cukup transparan dan tidak melihat adanya upaya untuk menutup-nutupi fakta terkait penyelesaian tumpang tindih perizinan dan permasalahan batas. Dalam penyelesaian tumpang tindih perizinan serta permasalahan batas, Pemerintah Indonesia memperlakukan investor secara adil dan seimbang termasuk memberikan kepastian hukum dan perlindungan serta berusaha memenuhi harapan dari investor. Hal tersebut dilakukan dengan menerapkan prinsip '*first come first served*' sebagai wujud tindakan yang adil. Terkait hal tersebut majelis arbitrase memandang bahwa Pemerintah Indonesia tidak terikat dengan hukum internasional dalam penyelesaian sengketa batas dan tumpang tindih izin. Selain itu, majelis arbitrase berpendapat bahwa standar prinsip *fair and equitable treatment* tidak dapat diterjemahkan secara luas sebagai kewajiban atas penyelesaian sengketa batas dan tumpang tindih izin. Majelis arbitrase setuju bahwa investor seharusnya melakukan *due diligence* secara patut terlebih dahulu dan tidak dapat menggunakan BIT sebagai jaminan. Terlebih lagi, tidak ada kewajiban secara tegas dalam hukum Indonesia yang dapat menjamin waktu penyelesaian tersebut. Adapun terkait dengan *legitimate expectation* yang disampaikan IMFA sehubungan dengan adanya pemberlakuan Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 2012,

majelis arbitrase berpendapat bahwa IMFA tidak dapat memiliki *legitimate expectation* bahwa hukum Indonesia akan terus menerus sama selama investasi dilakukan. Terlebih lagi, pelaksanaan divestasi dilakukan setelah 5 (lima) tahun PT SRI beroperasi dan dilaksanakan secara bertahap dengan diberikan kompensasi. Dengan memperhatikan yurisprudensi putusan arbitrase pada sengketa *Joseph C Lemire vs. Ukraine* dan fakta-fakta yang didapatkan pada saat persidangan, majelis arbitrase menyatakan bahwa Pemerintah Indonesia tidak melanggar standar prinsip *fair and equitable treatment* dalam BIT Indonesia-India Tahun 1999.

2. Ekspropriasi: Selain klausul *fair and equitable treatment*, dalam BIT terdapat juga klausul yang relevan dengan prinsip *fair and equitable treatment* yaitu ketentuan ekspropriasi sebagaimana diatur dalam Pasal 5 BIT Indonesia-India Tahun 1999. IMFA menganggap Pemerintah Indonesia melakukan ekspropriasi secara tidak langsung melalui kegagalan penyelesaian tumpang tindih izin serta permasalahan batas dan melalui pemberlakuan Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 2012. Atas dugaan pelanggaran ekspropriasi tersebut majelis arbitrase merujuk pada putusan arbitrase sengketa *Electrabel SA vs Hungary* dan *ADM vs Mexico*, yang menyatakan bahwa persyaratan untuk memenuhi ekspropriasi tidak langsung secara hukum internasional yaitu dengan adanya dampak yang berat dan signifikan serta secara nyata menghancurkan nilai dari investasi tersebut. Selain itu, majelis arbitrase juga merujuk kepada putusan arbitrase kasus *Mamidoil vs Republic of Albania*, yang menyatakan bahwa kehilangan manfaat suatu properti tidak dapat dikategorikan sebagai ekspropriasi tidak langsung. Berdasarkan yurisprudensi putusan arbitrase tersebut, majelis arbitrase menyatakan bahwa kegagalan penyelesaian tumpang tindih izin serta permasalahan batas tidak dapat dikatakan sebagai penyebab perampasan yang berlanjut bagi IMFA. Setiap kemungkinan terjadinya perampasan yang substantif sudah terjadi sebelum investasi dilakukan, sehingga hal tersebut di luar yurisdiksi majelis arbitrase atau bertentangan dengan prinsip nonretroaktif yang berlaku sesuai hukum internasional. Selain itu, disebutkan bahwa berdasarkan ketentuan Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 2012 investor asing diwajibkan melakukan divestasi secara bertahap setelah perusahaan tersebut beroperasi 5 (lima) tahun dan diberikan kompensasi atas hal tersebut, sehingga tindakan tersebut tidak dapat dikategorikan sebagai tindakan yang secara radikal atau substantif merampas nilai investasi IMFA. Berdasarkan penafsiran tersebut majelis arbitrase pada sengketa IMFA vs Pemerintah Indonesia menggunakan pendekatan ambang batas (*threshold*) yang tinggi dalam mengambil putusan dengan mendasarkan pada hukum internasional yang berlaku. Hal tersebut dilakukan dengan membandingkan apakah tindakan yang dilakukan Pemerintah Indonesia berdasarkan hukum internasional merupakan hal yang sifatnya substantif atau di luar kebiasaan yang berlaku.

## SIMPULAN DAN SARAN

### A. Simpulan

Berdasarkan uraian yang telah dijelaskan sebelumnya mengenai penerapan prinsip *fair and equitable treatment* pada sengketa investasi IMFA vs Pemerintah Indonesia, maka didapatkan Kesimpulan sebagai berikut:

1. Majelis arbitrase dalam menganalisis klausul standar prinsip *fair and equitable treatment* menggunakan penafsiran secara otonom secara kasuistis dengan merujuk pada yurisprudensi putusan arbitrase sebelumnya yang relevan dan tidak menafsirkan sesuai dengan standar minimum perlakuan sebagai bagian dari hukum kebiasaan internasional.

2. Penerapan standar prinsip *fair and equitable treatment* dalam sengketa investasi IMFA vs Indonesia diterapkan secara seimbang memperhatikan kedua belah pihak baik investor maupun *host country* termasuk memperhatikan ketentuan *legitimate expectation* investor, diskriminasi serta hukum yang berlaku di negara dimana investasi dilakukan.
3. Majelis arbitrase menafsirkan penerapan prinsip *fair and equitable treatment* dalam rangka memutuskan perkara menggunakan pendekatan ambang batas yang tinggi dengan mendasarkan pada hukum internasional yang berlaku.

## **B. Saran**

Berdasarkan penjelasan di atas mengenai penerapan prinsip *fair and equitable treatment* pada sengketa investasi IMFA vs Pemerintah Indonesia, maka penulis memberikan saran sebagai berikut:

1. Dalam penugasan klausul standar prinsip *fair and equitable treatment* apabila dimaksudkan mengacu kepada ketentuan standar minimum perlakuan sesuai hukum kebiasaan internasional, maka perlu dituliskan secara tegas dalam BIT tersebut agar tidak ada perbedaan penafsiran.
2. Segala tindakan Pemerintah Indonesia yang akan dilakukan dan berdampak bagi investasi asing harus senantiasa memperhatikan ketentuan perjanjian internasional yang berlaku dimana Pemerintah Indonesia merupakan pihak di dalamnya.

## **DAFTAR PUSATAKA**

### **A. Peraturan**

*Undang-Undang Tentang Penanaman Modal*. UU 25 Tahun 2007. LN Tahun 2007 No.67, TLN No. 4724.

*Peraturan Pemerintah Tentang Perubahan atas Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010 Tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batu Bara*. PP Nomor 24 Tahun 2012. LN Tahun 2012 No. 45, TLN No. 5282.

### **B. Buku**

Sornarajah, M. *The International Law on Foreign Investment*. (Melbourne: Cambridge University Press, 2010).

Rajagukguk, Erman. *Hukum Investasi, Penanaman Modal Asing (PMA) dan Penanaman Modal Dalam Negeri (PMDN)*. (Depok: Rajagrafindo Persada, 2022).

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD). *Fair and Equitable Treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreement II*. (New York dan Geneva: United Nations, 2012).

### **C. Putusan Arbitrase**

Permanent Court of Arbitration Constituted in According with The UNICITRAL Arbitration Rules 1976. *Indian Metals & Ferro Alloys Limited vs Indonesia* (1999).

### **D. Perjanjian Internasional**

Promotion dan Protection of Investment Agreement (Indonesia–India) (ditandatangani 8 Februari 1999).

### **E. Sumber Lain**

OECD. *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law*. 2004/03, tersedia pada [https://www.oecd.org/en/publications/fair-and-equitable-treatment-standard-in-international-investment-law\\_675702255435.html](https://www.oecd.org/en/publications/fair-and-equitable-treatment-standard-in-international-investment-law_675702255435.html), diakses pada tanggal 2 Oktober 2024.