

**PENERAPAN PRINSIP FAIR AND EQUITABLE TREATMENT
SEBAGAI BENTUK PERLINDUNGAN DALAM PENANAMAN
MODAL DI INDONESIA**

Dena Fauziah Ananda
Universitas Indonesia
Email: denafauziah@gmail.com

Abstrak

Penerapan klausul Fair and Equitable Treatment (FET) merupakan salah satu elemen kunci dalam menciptakan lingkungan investasi yang adil dan stabil bagi investor asing. Indonesia, sebagai negara yang aktif dalam menarik investasi asing langsung (Foreign Direct Investment/FDI), telah memasukkan klausul FET dalam berbagai perjanjian investasi bilateral (Bilateral Investment Treaties/BITs) dan multilateral. Klausul ini bertujuan untuk melindungi investor asing dari tindakan diskriminatif, sewenang-wenang, serta perubahan regulasi yang tidak terduga. Penelitian ini mengkaji penerapan klausul FET dalam kegiatan Foreign Direct Investment, dengan fokus pada evaluasi terhadap tantangan dan hambatan yang dihadapi serta efektivitas perlindungan yang diberikan kepada investor asing. Studi ini menunjukkan bahwa penerapan FET masih bersifat multitasir yang dapat memberikan perbedaan dalam pemahaman klausul FET dalam perjanjian investasi.

Kata Kunci: Investasi, Klausul Fair And Equitable Treatment, Penanaman Modal Asing.

Abstract

The implementation of the Fair and Equitable Treatment (FET) clause is one of the key elements in creating a fair and stable investment environment for foreign investors. Indonesia, as a country active in attracting foreign direct investment (FDI), has included FET clauses in a number of bilateral and multilateral investment agreements. The clause aims to protect foreign investors from discriminatory, arbitrary, and unexpected regulatory changes. The study examines the application of the FET clause in Foreign Direct Investment activities, with a focus on the evaluation of the challenges and obstacles encountered and the effectiveness of the protection provided to foreign investors. This study suggests that the application of FET is still a multi-definition that can give a difference in the understanding of the FET clause in an investment agreement.

Keywords: Fair And Equitable Treatment Clauses, Foreign Investment, Investment.

PENDAHULUAN

Kegiatan investasi yang juga dikenal sebagai penanaman modal, merupakan hasil dari pertumbuhan aktivitas di bidang ekonomi dan perdagangan. Investasi berkembang sejalan dengan kebutuhan suatu negara untuk meningkatkan kesejahteraan dan kemakmuran warga negaranya. Sebagai upaya pembangunan, beberapa investasi harus dilakukan secara bertahap. Diharapkan setiap langkah ini dapat meningkatkan kesejahteraan warga negara dan meletakkan dasar yang kuat untuk kemajuan nasional negara. Penanaman modal asing dilakukan berdasarkan perjanjian yang disepakati di antara para pihak. Investor asing harus diperhatikan bahwa negara tuan rumah dapat melindungi hak-hak mereka, terutama dalam hal kegiatan investasi yang telah ditanamkan. Bagi investor, perlindungan ini sangat penting karena dalam situasi tertentu, negara maupun warga negara dapat melakukan investasi yang merugikan terhadap modal yang telah ditanamkan. Tindakan yang merugikan ini termasuk nasionalisasi, pengambilalihan, dan penyitaan. Oleh karena itu, dibutuhkan bentuk perlindungan yang layak bagi para investor asing yang melakukan penanaman modal.¹

Penanaman modal asing adalah istilah yang digunakan dalam konteks globalisasi untuk menggambarkan perpindahan modal dari satu negara ke negara lainnya. Istilah ini mengacu pada transfer aset, baik yang berwujud maupun tidak berwujud, dari satu negara ke negara lain untuk digunakan di negara tersebut untuk meningkatkan kemakmuran, sebagian atau sepenuhnya diawasi oleh pemilik aset tersebut.² Pelaksanaan investasi asing di Indonesia terbagi menjadi dua bentuk, yaitu investasi portofolio dan investasi langsung. Investasi portofolio dilakukan melalui pasar modal menggunakan instrumen surat berharga seperti saham dan obligasi. Sementara itu, investasi langsung, yang dikenal sebagai Penanaman Modal Asing, merupakan bentuk investasi yang dilakukan dengan cara membangun, membeli secara keseluruhan, atau melalui akuisisi.³ Pemerintah dan entitas swasta dari berbagai negara bersaing untuk meningkatkan aliran penanaman modal, baik di dalam maupun di luar negeri. Penanaman modal asing meningkatkan produktivitas, kesempatan kerja, devisa, dan akses pasar negara di pasar global.⁴ Penerapan prinsip-prinsip investasi biasanya tercantum dalam perjanjian investasi internasional, baik itu dalam bentuk perjanjian investasi bilateral, perjanjian investasi multilateral, atau perjanjian perdagangan bebas. Namun, suatu bentuk yang paling umum digunakan oleh para negara untuk mengikat kerja sama dalam bidang investasi Internasional yaitu melalui *Bilateral Investment Treaty* (BIT). Sebelum BIT, hukum kebiasaan internasional, yang merupakan bagian dari hukum umum yang mengatur tanggung jawab negara terhadap pihak asing, sangat tidak melindungi investasi asing. Tujuan dari pembentukan perjanjian investasi adalah untuk meningkatkan arus investasi dan memastikan kepada pihak penanaman modal, bahwa kegiatan investasi yang dilakukan berdasarkan atas hukum dan dilindungi secara langsung oleh hukum.⁵ Para ahli hukum terus memperdebatkan dampak pembentukan perjanjian investasi bilateral terhadap peningkatan arus investasi, mengingat tidak terdapat bukti konkret bahwa banyaknya perjanjian investasi yang disepakati oleh suatu negara sejalan dengan meningkatnya jumlah investasi yang diterima negara tersebut.

BIT sendiri pada umumnya bermula dengan pernyataan mengenai isi tujuan dari

¹ Ana Rokhmatussa dyah dan Suratman, *Hukum Investasi dan Pasar Modal*, Sinar Grafika, Jakarta: 2011, hlm. 115.

² M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, (Melbourne: Cambridge University Press, 1994), hlm. 4.

³ Pandji Anoraga, *Perusahaan Multinasional dan Penanaman Modal Asing*, Pustaka Jaya, Jakarta:1995, hlm.46.

⁴ Salim H.S. dan Budi Sutrisno, *Hukum Investasi di Indonesia* (Jakarta: Rajawali Pers, 2008), hlm. 38.

⁵ Laura Natalia Sembiring, *Urgensi Perjanjian Investasi Bilateral antara Indonesia dan Negara Lain Dengan Klausa Penyelesaian Sengketa Investor-State Dispute Settlement*, Jurnal Dharmasisya, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Vol. 1, Article 22

perjanjian yang menjadi pendorong dan sebagai bentuk perlindungan bersama dari pihak investor. *The United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD) menyatakan bahwa BIT merupakan “Perjanjian antara dua negara untuk suatu dorongan timbal balik, promosi, dan perlindungan investasi di wilayah masing-masing oleh perusahaan yang berbasis di kedua negara”. Bentuk investasi yang diatur dalam BIT yaitu *Foreign Direct Investment* (FDI), yang dalam pelaksanaannya FDI memiliki risiko yang lebih kecil dibandingkan dengan investasi pada jenis portofolio. Hal tersebut dikarenakan objek dari FDI dilindungi oleh hukum kebiasaan Internasional berupa prinsip perlindungan yang bersifat diplomatik atau *diplomatic protection and state responsibility*.⁶ Perjanjian investasi bilateral memiliki beberapa klausula yang berbicara terkait dengan kepastian hukum. Semua klausula dirancang untuk menyeimbangkan hak dan kewajiban negara pemberi investasi dan negara penerima investasi sehingga keduanya merasa aman. Perjanjian investasi bilateral memiliki klausula *Fair and Equitable Treatment* (FET), yang pada dasarnya tidak memperlakukan secara diskriminatif dan memberikan perlindungan dan keamanan hukum yang penuh sesuai dengan ketentuan internasional.

Di Indonesia, FDI memiliki peran strategis dalam mendukung pembangunan ekonomi, menciptakan lapangan kerja, serta transfer teknologi. Namun, untuk menarik dan mempertahankan investasi asing, diperlukan adanya jaminan perlindungan hukum bagi investor. Di Indonesia, penerapan prinsip FET menjadi krusial mengingat kebutuhan untuk menciptakan iklim investasi yang kondusif dan kompetitif di kancah global. Namun, penerapan prinsip ini sering kali menghadapi berbagai tantangan, baik dari sisi regulasi domestik maupun praktik pelaksanaan di lapangan. Oleh karena itu, diperlukan kajian mendalam mengenai bagaimana prinsip FET diimplementasikan di Indonesia dan sejauh mana efektivitasnya dalam memberikan perlindungan kepada investor asing. Mengingat pentingnya peran FDI, menarik dan mempertahankan investasi asing menjadi prioritas utama bagi pemerintah Indonesia. Dalam konteks ini, jaminan perlindungan hukum bagi investor asing adalah faktor krusial yang tidak dapat diabaikan.

Salah satu prinsip fundamental dalam memberikan perlindungan hukum bagi investor asing adalah prinsip Fair and Equitable Treatment (FET). Prinsip FET ini sering ditemukan dalam perjanjian investasi bilateral maupun multilateral yang ditandatangani oleh Indonesia. Prinsip ini bertujuan untuk memastikan bahwa investor asing diperlakukan secara adil dan setara oleh negara tuan rumah, mencakup aspek-aspek seperti transparansi, stabilitas hukum, perlindungan dari tindakan diskriminatif, serta penanganan sengketa yang adil dan tidak memihak. Namun, penerapan prinsip FET di Indonesia menghadapi berbagai tantangan. Meskipun Indonesia telah berkomitmen melalui berbagai perjanjian internasional, implementasi prinsip ini di lapangan sering kali terkendala oleh dinamika politik dan ekonomi domestik. Perubahan regulasi yang tiba-tiba, ketidakjelasan dalam penegakan hukum, serta potensi tindakan diskriminatif oleh otoritas lokal adalah beberapa isu yang dapat mengurangi kepercayaan investor asing terhadap iklim investasi di Indonesia. Berdasarkan penjabaran latar belakang yang telah penulis uraikan, rumusan masalah yang akan dijabarkan lebih lanjut dalam pembahasan, yakni:

1. Bagaimanakah klausul-klausul standar perlindungan dalam perjanjian investasi internasional?
2. Bagaimanakah klausul *Fair and Equitable Treatment* dalam penerapan kegiatan penanaman modal internasional di Indonesia?

⁶ M. Sornarajah, *Op.Cit.* Hlm. 8

METODE PENELITIAN

Metodologi penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah penelitian hukum normatif dengan pendekatan perundang-undangan. Penelitian ini difokuskan pada analisis norma hukum yang mengatur perlindungan investor melalui penerapan prinsip fair and equitable treatment (FET) dalam kegiatan penanaman modal, baik dalam konteks hukum nasional maupun perjanjian investasi internasional. Metode penelitian yang digunakan bertujuan untuk menjawab rumusan masalah mengenai keberadaan klausul standar perlindungan dalam perjanjian investasi internasional serta penerapan klausul fair and equitable treatment dalam kegiatan penanaman modal internasional, guna menilai sejauh mana prinsip tersebut diimplementasikan dalam sistem hukum penanaman modal di Indonesia.

HASIL DAN PEMBAHASAN

I. Klausul Standar Perlindungan Dalam Perjanjian Investasi Internasional

Foreign Direct Investment (FDI) adalah sebuah instrumen penanaman modal yang dilakukan untuk melakukan usaha di wilayah negara Republik Indonesia yang dilakukan oleh penanaman modal asing, baik yang menggunakan modal asing sepenuhnya ataupun yang melakukan patungan modal dalam negeri.⁷ Klausul *Fair and Equitable Treatment* (FET) tercantum dalam sebagian besar bentuk perjanjian investasi internasional seperti BIT terutama dalam bagian yang membahas mengenai perlindungan bagi para pelaku investasi. Muncul kewajiban untuk memberikan perlakuan yang adil dan setara, bersama dengan standar yang lain juga turut menjadi bagian dari perlindungan terkait dengan FDI oleh *host states*. Hal tersebut merupakan standar perlakuan yang bersifat absolut yaitu standar yang menyatakan bahwa perawatan yang tepat harus ditentukan sesuai dengan keadaan khusus, dibandingkan dengan standar relatif yang dimanifestasikan dalam *national treatment* dan *most favoured nation*, yang menjadi prinsip acuan pada perlakuan yang diberikan pada proses investasi.⁸

Indonesia telah menetapkan regulasi yang memberikan perlakuan yang sama bagi para investor dalam negeri dan investor asing dengan tetap memperhatikan kepentingan nasional dengan menentukan⁹ : “Pemerintah menerapkan perlakuan setara bagi seluruh investor dari berbagai negara yang melaksanakan kegiatan penanaman modal di Indonesia sesuai dengan ketentuan hukum yang berlaku.” Pentingnya klausul FET tercermin dalam sejumlah sengketa investasi Internasional yang telah dibawa ke forum arbitrase Internasional. Dalam banyak kasus, investor asing mengklaim bahwa negara tuan rumah telah melanggar kewajiban FET dengan mengubah peraturan secara mendadak, memberlakukan pajak atau denda yang tidak wajar, atau bahkan melakukan ekspropriasi tanpa kompensasi yang layak. Pengadilan arbitrase internasional sering kali harus menilai apakah tindakan negara tuan rumah tersebut melanggar standar FET berdasarkan perjanjian investasi yang berlaku. Penanaman modal asing khawatir dengan jaminan hukum negara penerima modal saat melakukan investasi. Ini karena kemungkinan perubahan kebijakan dan politik yang masih sangat tinggi, terutama di negara berkembang. Para investor khawatir karena dana yang akan ditanamkan relatif dalam nominal yang besar. Untuk membuat investor asing lebih percaya untuk berinvestasi pada suatu negara, mereka membuat perjanjian investasi dengan berbagai negara asal investor. Salah satu jenis perjanjian investasi internasional adalah Perjanjian Investasi Bilateral. Tujuan pembentukan perjanjian investasi bilateral ini adalah untuk

⁷ Undang-Undang tentang Pasar Modal, UU No. 8 Tahun 1995, LN 1995 No. 64 TLN No. 3608, Ps. 1 angka 9.

⁸ OECD (2004), “Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”, OECD Working Papers on International Investment, 2004/03, OECD Publishing.

⁹ Pasal 6 ayat (1) UU No. 25 Tahun 2007

melindungi investor dan investasi mereka.¹⁰ Selain itu, dengan memasukkan klausul FET ke dalam ketentuan-ketentuan turunan, akan lebih mudah bagi majelis arbitrase yang memeriksa dan memutus kasus terkait sengketa investasi untuk menerapkan elemen-elemen tersebut ke dalam kasusnya. Setiap kasus pasti memiliki karakteristik unik dan membutuhkan pendekatan yang berbeda. Dengan membatasi lingkup klausul FET, pemeriksaan kasus dapat dilakukan berdasarkan fakta dan kebutuhan para pihak.

Standar FET menjadi standar fundamental dalam praktek perjanjian investasi internasional terutama setelah peluncuran Piagam Havana untuk Organisasi Perdagangan Internasional, 24 Maret 1948. Kedua belah pihak pemberi dan penerima investasi harus mengikuti standar yang dimasukkan ke dalam BIT sebagai dasar hukum. Karena BIT pada dasarnya disusun secara sukarela dan tidak dipaksakan, tidak ada peraturan khusus yang berlaku untuk setiap negara mengenai klausula-klausula yang terkandung di dalamnya. Berikut adalah gambaran umum klausula-klausula pada *Bilateral Investment Treaty*, sebagai berikut:¹¹

- a. *Definitions*
- b. *Applicability of Agreement*
- c. *Treatment of Investment*
- d. *National Treatment*
- e. *Most Favoured Nation Treatment*
- f. *Expropriation*
- g. *Compensation for Losses*
- h. *Transfers*
- i. *Restrictions to Safeguard the balance of payments*
- j. *Subrogation*
- k. *Right to Regulate*
- l. *Corporate Social Responsibility*
- m. *Measures Against Corruption*
- n. *Settlement of Disputes Between a party and an investor of the other party (Scope and basic principles, consultations, mediation, submission of a claim third party funding, etc)*
- o. *Settlement of Disputes between the parties (Scope, consultations, place of arbitration, arbitral proceedings)*
- p. *Other obligations*
- q. *Denial of benefits*
- r. *Transparency*
- s. *Taxation*
- t. *Entry into Force, Duration, and Termination*

Perlindungan akan iklim investasi selaras dengan apa yang diatur dalam ACFTA tentang Investasi yang mana Pasal 7 ayat (1) yang menyebutkan bahwa: "Each party shall accord to investments of investors of another party fair and equitable treatment and full protection and security". Jika disesuaikan dengan Undang-Undang Penanaman Modal, Pasal 4 sebenarnya memberikan pengaturan lebih lanjut terkait berbagai hak yang seharusnya diterima oleh penanam modal, termasuk penanam modal asing. Hak-hak tersebut mencakup kepastian hukum, perlindungan, pelayanan, akses terhadap informasi yang transparan, serta fasilitas kemudahan, yang tidak dimaksudkan untuk memberikan keleluasaan berlebihan kepada investor dalam menanamkan modal. Setiap klausul yang tercantum dalam BIT antar

¹⁰ Dewa Gede Satriawan, *Hukum Investasi di Indonesia*, Literasi Nusantara, Malang, 2018, hlm. 8

¹¹ *Agreement Between The Government of The Republic of Indonesia and The Government of The Republic of Singapore on the Promotion and Protection of Investments*

negara dapat berbeda-beda karena BIT bergantung pada kesepakatan antara kedua belah pihak. Namun terdapat beberapa klausula yang bersifat wajib dan penting untuk dicantumkan dalam perjanjian investasi bilateral, yaitu untuk memberikan kepastian hukum meliputi:

a. National Treatment

Prinsip *national treatment* bertujuan untuk menciptakan kondisi yang seimbang dalam pasar *host state* bagi investor asing dan kompetitor lokal.¹² Negara-negara pengekspor modal telah menolak pandangan ini, berpendapat bahwa standar minimum perlakuan harus diberikan kepada orang asing. Pengakuan standar minimal perlakuan akan memungkinkan pemantauan internasional perawatan investor asing oleh negara tuan rumah. Namun, tidak seperti di masa lalu ketika perlakuan nasional ditolak sama sekali karena perlakukan seperti itu dalam kasus beberapa negara lebih rendah dari standar minimum yang diklaim oleh negara-negara eksportir modal, di zaman modern perawatan nasional mungkin memiliki keunggulan karena negara mempertahankan banyak sektor ekonomi dan hak istimewa bagi warga negara mereka. Selain itu, perlakuan nasional pada tahap masuk dianggap sebagai hak penting, karena memberikan investor asing hak untuk masuk dan menetap di negara penerima. Perjanjian-perjanjian yang bertujuan untuk liberalisasi berisi hak penempatan sebelum masuk. Pemberian perlakuan nasional setelah masuk dapat memberikan keuntungan bagi orang asing, karena akan memberi mereka hak-hak yang sama yang dinikmati oleh warga negara. Untuk alasan ini, ada kecenderungan di antara negara-negara maju untuk mendukung perlakuan nasional sebagai standar yang relevan dan untuk mendekati masalah tanggung jawab internasional berdasarkan diskriminasi yang timbul dari kegagalan negara tuan rumah untuk memberikan perlakukan nasional kepada investor asing. Bahkan, pelanggaran perlakuan nasional muncul sebagai penyebab yang signifikan dari tindakan yang timbul dari perjanjian investasi.

Keberadaan standar perlakuan nasional dapat memberikan dasar untuk argumen bahwa persyaratan kinerja seperti kuota ekspor atau persyaratannya untuk pembelian lokal tidak harus dikenakan pada investor asing, setidaknya setelah pendaftaran telah dilakukan. Persyaratan seperti itu tidak dikenakan pada pengusaha lokal, dan diharapkan bahwa standar perlakuan nasional akan mengharuskan bahwa tidak dikenakannya pada investor asing juga. Standar perawatan nasional dapat bertindak sebagai hasilnya melawan penetapan standar kinerja kecuali persyaratan kinerja tersebut dikecualikan dari standar perlakuan nasional.¹³

b. Most Favoured National Treatment

Most Favoured Nation (MFN) merupakan suatu klausula yang pada umumnya dimasukkan dalam perjanjian investasi bilateral yang telah diserahkan dari perjanjian lama, dan menyediakan perlakuan MFN, yang memungkinkan warga negara untuk mendapatkan keuntungan dari perlakuan yang menguntungkan yang diberikan kepada warga negara. Semenjak asas MFN dimasukkan ke dalam GATT tahun 1947, asas ini telah banyak dinikmati oleh para anggotanya. Klausul MFN menjadi klausul yang bersifat wajib untuk digunakan semenjak munculnya banyak negara baru dan hanya berlaku sesame negara yang mempunyai tingkat perkembangan ekonomi yang sama. Dalam persidangannya yang kedua pada tahun 1968, UNTACD menyetujui sistem preferensi umum dan asas *non-reciprocal, non-discriminatory*. Tujuan utamanya adalah meningkatkan pendapatan dari ekspor, mendorong perkembangan sektor industri, serta mempercepat pertumbuhan ekonomi di negara-negara berkembang. Akhirnya, inisiatif tersebut berhasil, dan isu ini diintegrasikan ke dalam Bagian IV GATT mengenai Perdagangan dan Pembangunan pada tahun 1965.

¹² UNCTAD, *National Treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreement*, (New York dan Geneva: United Nations, 1999), hlm. 8.

¹³ M. Sornarajah, *Op.Cit*, hlm. 202.

Selama proses perundingan dengan negara-negara maju, kemudian disepakati untuk memberikan pelepasan hak preferensi tertentu yang dimiliki oleh negara maju kepada negara berkembang tertentu guna mendukung peningkatan kemampuan ekspor negara-negara berkembang. Pada akhirnya, GATT menyetujui usulan negara-negara maju tersebut. Selanjutnya, anggota GATT memutuskan untuk memberikan pengecualian terhadap ketentuan Pasal 1 dengan batas waktu 10 tahun, sehingga negara-negara maju yang menjadi anggota GATT dapat menerapkan perlakuan tarif preferensial terhadap ekspor dari negara berkembang.¹⁴

Seperti prinsip *national treatment*, prinsip *most favored nation* juga bertujuan untuk menciptakan kompetisi yang seimbang, meskipun bukan antara investor asing dan investor lokal. Dalam prinsip most favored nation, host state diwajibkan untuk memperlakukan investor asing yang berhubungan dengannya dalam satu perjanjian investasi, sama seperti investor asing dari negara lain yang berhubungan dengan host state dalam perjanjian investasi. Jika dibandingkan dengan klausul FET, prinsip most favored nation berfokus kepada perlindungan terhadap perlakuan yang tidak seimbang berdasarkan kewarganegaraan atau asal negara investor. Sementara itu, perlindungan yang diberikan oleh klausul FET berfokus kepada perlindungan terhadap perbuatan pemerintah host state, terlepas dari masalah kewarganegaraan investor terkait.¹⁵

c. Ekspropriasi

Ekspropriasi adalah tindakan pengambilalihan aset milik investor oleh pemerintah negara tuan rumah, yang dilakukan secara terbatas pada perusahaan tertentu atau properti tertentu. Dalam hal ini, hak atas properti investasi tersebut dialihkan menjadi milik negara atau diserahkan kepada entitas tertentu yang ditunjuk oleh negara.¹⁶ Klausul ini dibuat untuk melindungi hak investor atas investasi mereka dengan melindungi investasi, aset, atau properti investor yang merupakan objek investasi utama. Pengambilalihan ini dapat memiliki efek yang sama dengan perampasan hak-hak investor, bahkan jika tidak langsung.¹⁷ Salah satu elemen penting dari perjanjian penanaman modal internasional adalah perlindungan terhadap ekspropriasi. Prinsip perlindungan terhadap ekspropriasi mengatur syarat-syarat yang diperlukan untuk menentukan apakah ekspropriasi yang dilakukan oleh pemerintah negara tuan rumah adalah sah. Syarat-syarat ini dapat ditemukan dalam sebagian besar perjanjian penanaman modal internasional.

d. Tindakan sewenang-wenang dan diskriminatif

Prinsip ini melarang pihak tuan rumah untuk melakukan tindakan yang sewenang-wenang dan diskriminatif terhadap investor asing. Tidak ada satupun pihak yang boleh mengambil tindakan yang tidak masuk akal dan diskriminatif yang diperoleh secara sah dalam wilayahnya dari warga negara dan perusahaan pihak lainnya dalam perusahaan yang mereka dirikan atau dalam penanaman modal. Larangan diskriminatif, langkah-langkah yang tidak masuk akal dan/atau sewenang-wenang yang mempengaruhi investor merupakan standar perlindungan yang disediakan oleh perjanjian investasi bilateral dan multilateral.

e. Umbrella Clause

Tujuan dari klausul perlindungan adalah untuk memperluas perlindungan terhadap investasi yang dilakukan di dalam BIT ke dalam perjanjian investasi antara investor dan host

¹⁴ An An Chandrawulan, *The Most Favoured Nations Treatment Clause Under The GATT/WTO*, Fakultas Hukum Universitas Padjajaran, Bandung, 2000, hlm. 6.

¹⁵ Lenny Syarlittha Virgasari Sriyanto, *Perlindungan Hukum Kegiatan Investasi dengan Klausul Fair and Equitable Treatment dalam Perjanjian Penanaman Modal Asing*, FH UI, 2018, hlm. 44.

¹⁶ Muhammad Iqbal Hasan, *Hukum Investasi Internasional: Teori dan Implementasi* (Bandung: PT. Refika Aditama, 2021), hlm. 13-14.

¹⁷ Surya Oktaviandra, *Hukum dan Praktik Penanaman Modal Nasional dan Internasional di Indonesia*, Kencana, Jakarta, 2023, hlm. 106.

state, yang biasanya diatur oleh hukum yang berlaku dalam host state. Dalam interpretasi umbrella clause, majelis arbitrase menggunakan dua pendekatan. Dalam pendekatan sempit, klausul perlindungan melindungi investor dari kerugian yang disebabkan oleh pelanggaran perjanjian investasi. Oleh karena itu, pelanggaran terhadap perjanjian investasi tidak serta merta merupakan pelanggaran terhadap BIT. Namun, dalam perspektif luas, majelis berpendapat bahwa klausul perlindungan tidak hanya melindungi investor dari pelanggaran yang berasal dari perjanjian investasi (claim kontrak), tetapi juga dari tindakan hukum dan administratif yang dilakukan oleh pemerintah negara tuan rumah yang berdampak pada investasi.

f. Full Protection and Security

Prinsip perlindungan penuh dan keamanan sering disertakan sebagai bagian dari klausul FET, dan dalam praktik, majelis arbitrase sering menafsirkannya sebagai satu kesatuan. Akibatnya, ada dua pendapat yang berbeda tentang ruang lingkup perlindungan penuh dan keamanan. Schreuer menyatakan bahwa prinsip tersebut berfokus pada tindakan yang dilakukan untuk memberikan kerangka keamanan, termasuk mekanisme pemulihan hak-hak investor ketika hak tersebut dilanggar. Di sisi lain, klausul FET mewajibkan host state untuk menghindari melakukan tindakan yang dapat membahayakan atau mengganggu kegiatan investasi atau hak investor asing. Pendapat ini didukung oleh model BIT Amerika Serikat tahun 2004, yang membedakan prinsip perlindungan dan keamanan penuh dan klausul FET. Prinsip perlindungan dan keamanan penuh mencakup perlindungan dari pihak kepolisian, sementara klausul FET berfokus pada proses pembuatan keputusan oleh organ host state.¹⁸

II. Klausul Fair And Equitable Treatment Dalam Kegiatan Penanaman Modal Internasional

Pada akhir 1980-an, jumlah BIT meningkat secara dramatis ke 2000-an di mana mayoritas mengandung klausula standar FET yang sangat bervariasi dan umumnya tidak memberikan definisi. Secara umum, klausula standar FET mengaitkan standar ini dengan prinsip non-diskriminasi seperti MFN. Salah satu contohnya adalah pernyataan yang dibuat oleh BIT Iran dan Bangladesh yang menyatakan bahwa setiap pihak berkewajiban untuk memberikan "perlakuan yang adil tidak kurang menguntungkan daripada yang diberikan kepada investor sendiri atau investor dari negara ketiga mana pun, yang mana yang lebih menguntungkannya." Tentu saja, formulasi seperti ini tidak memperjelas apa yang dimaksud dengan standar FET. Menurut Konvensi ICSID, perusahaan yang didirikan dalam wilayah yurisdiksi negara tuan rumah akan memiliki kewarganegaraan negara tersebut. Namun, jika perusahaan itu dikendalikan dan diawasi oleh entitas asing dari negara lain yang juga merupakan anggota konvensi ICSID, perusahaan tersebut akan dianggap memiliki kewarganegaraan yang sama dengan negara pengendali. Dengan demikian, perusahaan tersebut akan diperlakukan sebagai investor badan hukum dari negara yang terlibat.

Indonesia telah mengeluarkan undang-undang sebagai undang-undang yang mengatur dan memiliki kekuatan dalam penerapannya. Klausul FET biasanya merujuk pada perlakuan yang diberikan terhadap investasi. Akibatnya, tindakan atau perbuatan apapun yang dilakukan oleh *host state* dapat menjadi subjek dari gugatan terkait pelanggaran klausul FET. Aturan dalam Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 memberikan ketentuan mengenai adil dan merata perlakuan yang terdapat dalam Pasal 6 ayat (1) yang menyatakan bahwa "Pemerintah wajib memberikan perlakuan yang sama kepada setiap investor yang berasal dari negara mana pun yang melakukan penanaman modal di Indonesia sesuai dengan peraturan perundang-undangan". Ketentuan tersebut memberikan kepastian kepada setiap

¹⁸ Lenny Syarlitha, *Perlindungan Hukum Kegiatan Investasi dengan Klausul Fair and Equitable Treatment dalam Perjanjian Penanaman Modal Asing*, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2018.

pihak yang terlibat dalam kegiatan investasi di Indonesia suatu perlakuan yang adil dan sama terlepas dari asal negara tempat investor tersebut berasal.

Mengenai perlindungan dan kepastian pelaksanaan penanaman modal yang menggunakan prinsip FET dalam peraturan hukum di Indonesia tertuang dalam Pasal 30 ayat (1) Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal. Pasal 30 ayat (1) menyatakan bahwa pemerintah dan/atau pemerintah daerah wajib memberikan kepastian berusaha dan keamanan dalam pelaksanaan penanaman modal". Pasal ini memberikan jaminan bahwa pemerintah dan/atau pemerintah daerah menjamin keamanan dan kepastian dalam penyelenggaraannya penanaman modal di wilayah di Indonesia. Dalam penerapan setiap peraturan di Indonesia pasti mempunyai kekurangan dalam pelaksanaannya. Begitu pula aturan perlindungan yang tertuang dalam Undang-Undang 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal yang tidak sepenuhnya diterapkan dalam memberikan perlindungan bagi investor yang berinvestasi di Indonesia.¹⁹ Dalam penerapannya klausul FET mencakup beberapa elemen penting, di antaranya:

1. Transparansi: Negara tuan rumah harus memberikan informasi yang jelas dan dapat diakses tentang kebijakan dan peraturan yang berlaku bagi investor asing, Termasuk pemberitahuan tentang perubahan regulasi yang dapat mempengaruhi investasi mereka.
2. Non-diskriminasi: Investor asing harus diperlakukan setara dengan investor domestik dan investor asing lainnya.
3. Perlindungan terhadap tindakan sewenang-wenang: Negara tuan rumah tidak boleh mengambil tindakan yang sewenang-wenang atau tidak adil terhadap investor asing. Tindakan seperti perubahan kebijakan yang mendadak atau penarikan izin tanpa alasan yang sah harus dihindari.
4. Stabilitas Hukum: Investor asing memiliki harapan yang wajar untuk mendapatkan stabilitas dalam kerangka hukum dan regulasi di negara tuan rumah. Perubahan regulasi yang signifikan dan merugikan secara mendadak dapat dianggap sebagai pelanggaran terhadap klausul FET.

Dalam beberapa putusan arbitrase tentang klausul FET, tindakan sewenang-wenang dianggap sebagai kewajiban yang berbeda dari klausul FET yang ada dalam BIT. Namun, majelis arbitrase berpendapat bahwa pengaturan yang melarang tindakan sewenang-wenang merupakan bagian dari klausul FET. Berkaitan dengan prinsip-prinsip di dalamnya, prinsip FET dibagi menjadi 2 kategori, yaitu prinsip yang bersifat substantif dan prinsip yang bersifat prosedural.²⁰ Prinsip substantif berkaitan dengan alasan mengapa suatu negara, yang dalam hal ini disebut sebagai negara tuan rumah, wajib memberikan perlindungan kepada investor. Sementara itu, prinsip prosedural mengacu pada cara atau mekanisme yang harus diterapkan oleh negara tuan rumah dalam memberikan perlindungan tersebut kepada investor. Penyertaan standar FET dalam sebagian besar BIT dapat memimpin jalan untuk argumen bahwa negara-negara menerima standar sebagai kewajiban yang mengikat secara hukum terlepas dari kewajiban perjanjian. Proposal ini juga didukung oleh kesamaan pendekatan yang diambil dalam numeros BITs yang akan memberikan bukti dari kedua negara dan opinio juris mendukung aturan dalam hukum kebiasaan. Pada masalah negara-negara yang mencakup standar FET dalam BIT mereka terlepas dari fakta penolakan mereka dari standard. Keputusan lain menyatakan standar FET adalah transparan, *non-arbitrary*, non-diskriminatif, memenuhi harapan yang sah investor, mengikuti proses yang tepat, dan

¹⁹ Syarifah Taskia Az-Zahra dan Azhari Yahya, *Protection of Foreign Direct Investment in Relation to The Application of Fair and Equitable Treatment Principle in Indonesia*, Student Journal of Internasional Law, Vol. 2 No. 2, 2022, hlm. 168

²⁰ Roland Klager, *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, New York: Cambridge University Press, 2011, hlm. 154.

tidak menyalahgunakan (yaitu, tidak ada paksaan, kekerasan, atau pelecehan). Berdasarkan pendapat ahli hukum dan keputusan pengadilan arbitrase, tampaknya tidak ada kesepakatan umum tentang parameter standar FET. Namun, dapat disimpulkan bahwa hampir semua penulis dan keputusan arbitrase pengadilan telah menyebutkan beberapa elemen standar untuk memenuhi standar FET. Dengan kata lain, pelanggaran salah satu elemen standar adalah pelanggar standar FET.²¹

Standar FET telah ada sejak Piagam Havana, yang diikuti oleh banyak FCN, BIT, dan perjanjian investasi regional dan internasional. Namun, berdasarkan penelitian yang dilakukan oleh penulis, mempertimbangkan standar FET adalah standar yang sangat dasar, mengingat perdebatan baru-baru ini tentang status hukum dan lingkupnya. Ini ditemukan dalam hampir semua perjanjian internasional bilateral, regional, dan global. Selain itu, beberapa keputusan pengadilan arbitrase menyatakan bahwa standar FET dapat dianggap sebagai undang-undang kebiasaan internasional yang mengikat semua negara tanpa peduli apakah hukum nasionalnya mengaturnya atau tidak.

Selanjutnya, upaya untuk membagi klausul FET ke dalam klausul yang memiliki ruang lingkup yang lebih luas digunakan dalam BITs dan perjanjian penanaman modal internasional antar negara berkembang. Hal ini wajar karena dalam sebagian besar sengketa investasi yang melibatkan negara berkembang sebagai *host state*, klausul FET paling sering digunakan sebagai dasar untuk menggugat tindakan pemerintah host state yang dianggap merugikan investor. Dalam model BIT tertentu, klausul FET tidak dicantumkan namun menggunakan ketentuan khusus yaitu:²²

- a. Larangan melakukan diskriminasi
- b. Larangan melakukan *denial of justice* dalam tahap peradilan apapun
- c. Larangan melanggar *due process of law*
- d. Larangan melakukan tindakan sewenang-wenang.

KESIMPULAN

Untuk perlindungan investasi internasional, prinsip *fair and equitable treatment* (FET) adalah prinsip yang paling penting untuk dapat menjalankan kegiatan investasi dengan baik. Prinsip-prinsip ini memberikan kepastian tentang persyaratan perlakukan non-diskriminasi dan memberikan proteksi hukum penuh serta keamanan dan perawatan tidak kurang dari yang dibutuhkan oleh hukum internasional. Dengan penerapan prinsip FET yang lebih baik, Indonesia dapat menciptakan iklim investasi yang lebih menarik dan kompetitif di tingkat global. Hal ini tidak hanya akan meningkatkan aliran investasi asing langsung tetapi juga memperkuat hubungan ekonomi dengan negara-negara asal investor. Perlindungan yang efektif bagi investor asing akan mendukung pertumbuhan ekonomi yang berkelanjutan dan memperkuat posisi Indonesia sebagai tujuan investasi yang andal.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- An An Chandrawulan. 2000. *The Most Favoured Nations Treatment Clause Under The GATT/WTO*. Fakultas Hukum Universitas Padjajaran, Bandung, hlm. 6.
- Ana Rokhmatussa dyah & Suratman. 2011. *Hukum Investasi dan Pasar Modal*, Jakarta: Sinar Grafika.
- Dewa Gede Satriawan. 2018. *Hukum Investasi di Indonesia*. Malang: Sinar Nusantara.
- M. Sornarajah. 1994. *The International Law on Foreign Investment*. Melbourne: Cambridge University Press.

²¹ Sefriani, *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Agreements*, Yustisia Vol. 7 No. 1, 2018, hlm. 12.

²² Lenny Sharlitha, *Op. Cit.* hlm. 88.

Muhammad Iqbal Hasan. 2021. *Hukum Investasi Internasional: Teori dan Implementasi*. Bandung: PT. Refika Aditama.

Roland Klager. 2011. *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*. New York: Cambridge University Press.

Salim H.S. dan Budi Sutrisno. 2008. *Hukum Investasi di Indonesia*. Jakarta: Rajawali Pers.

Surya Oktaviandra, 2023. *Hukum dan Praktik Penanaman Modal Nasional dan Internasional di Indonesia*. Jakarta: Kencana.

Jurnal

Laura Natalia Sembiring, *Urgensi Perjanjian Investasi Bilateral antara Indonesia dan Negara Lain Dengan Klausus Penyelesaian Sengketa Investor-State Dispute Settlement*, Fakultas Hukum, Universitas Indonesia, Jurnal Dharmasisya Vol. 1, Article 22.

Lenny Syarlitha, *Perlindungan Hukum Kegiatan Investasi dengan Klausul Fair and Equitable Treatment dalam Perjanjian Penanaman Modal Asing*, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2018.

Sefriani, *Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Agreements*, Yustisia Vol. 7 No. 1, 2018.

Syarifah Taskia Az-Zahra & Azhari Yahya, *Protection of Foreign Direct Investment in Relation to The Application of Fair and Equitable Treatment Principle in Indonesia*, Student Journal of Internasional Law, Vol. 2 No. 2, 2022.

Peraturan Perundang-undangan

Agreement Between The Government of The Republic of Indonesia and The Government of The Republic of Singapore on the Promotion and Protection of Investments

UNCTAD, *National Treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreement*, New York dan Geneva: United Nations, 1999.

Undang-Undang tentang Pasar Modal, UU No. 8 Tahun 1995, LN 1995 No. 64 TLN No. 3608, Ps. 1 angka 9.

Internet

OECD (2004), “Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”, OECD *Working Papers on International Investment*, 2004/03, OECD Publishing. https://www.oecd.org/daf/inv/investment-policy/WP-2004_3.pdf, diakses pada 22 Mei 2024.