

Penerapan Konsep Keadaan Serupa dan Pengaturannya dalam Klausul Perlakuan Nasional

Priskilla Chrysentia

Universitas Indonesia

Korespondensi penulis: priskillachrysential@gmail.com

ABSTRACT

National treatment is one of the fundamental standards in the implementation of foreign direct investment. An important element determining the applicability of national treatment standard is the existence of 'like circumstances' between foreign and domestic investors. However, the application of 'like circumstances' concept is often inconsistent, due to the absence of touchstones necessary to determine the 'like circumstances' itself. This study analyzes the significance of the application of 'like circumstances' concept in national treatment standard and its regulation in national treatment clauses in international investment agreements, showing that the absence of provisions on the touchstones to determine 'like circumstances' might contribute to the inconsistency of the application of national treatment standard, thus the insertion of the touchstones to determine 'like circumstances' is necessary.

Keywords: *foreign direct investment, international investment agreements, like circumstances, national treatment*

ABSTRAK

Perlakuan nasional (*national treatment*) merupakan salah satu standar fundamental dalam pelaksanaan penanaman modal asing. Elemen penting yang menentukan keberlakuan standar perlakuan nasional adalah adanya keadaan serupa (*like circumstances*) antara investor asing dan investor domestik. Namun, penerapan konsep keadaan serupa seringkali inkonsisten karena ketiadaan ketentuan terkait batu uji yang diperlukan untuk menentukan keadaan serupa tersebut. Pembahasan ini menganalisis signifikansi penerapan konsep keadaan serupa dalam standar perlakuan nasional dan pengaturannya dalam klausul perlakuan nasional dalam perjanjian investasi internasional, yang menunjukkan bahwa ketiadaan ketentuan terkait batu uji untuk menentukan keadaan serupa dapat menjadi alasan ketidakkonsistenan penerapan standar perlakuan nasional, sehingga diperlukan penyertaan batu uji untuk menentukan keadaan serupa.

Kata kunci: keadaan serupa, penanaman modal asing, perjanjian investasi internasional, perlakuan nasional

PENDAHULUAN

Latar Belakang

Kemakmuran suatu negara tidaklah lepas dari keadaan ekonominya. Salah satu faktor penentu kemakmuran suatu negara adalah kemampuan negara tersebut dalam mengelola perekonomiannya, serta ketersediaan sumber dana untuk melakukan pembangunan. Bagi

negara-negara berkembang, penanaman modal asing (*foreign direct investment*, selanjutnya disebut “**FDI**”) merupakan sumber pendanaan yang penting, bahkan banyak negara berkembang yang sumber pendanaan terbesarnya berasal dari FDI.¹ FDI merupakan suatu keadaan di mana investor yang berdomisili di negaranya memperoleh aset di negara lain dengan tujuan untuk mengelola aset tersebut.² Bersamaan dengan perolehan aset, investor akan memindahkan dana dari negara asalnya kepada negara penerima investasi (selanjutnya disebut “*host state*”).

Pelaksanaan FDI tentunya tidak bebas dari risiko. Risiko-risiko yang dimaksud beragam dari perseteruan ideologis, pergerakan industri, masalah lingkungan,³ sampai kekhawatiran akan terjadinya neokolonialisme di sektor perekonomian, di mana perekonomian *host state* akan dikendalikan oleh investor atau negara asal investor (selanjutnya disebut “*home state*”).⁴ Namun, secara ideal, FDI dinilai sebagai hal yang menguntungkan bagi *host state*, karena tidak hanya memberikan suntikan dana, FDI juga biasanya memberikan nilai tambah berupa alih teknologi, penyediaan lapangan kerja, pembangunan prasarana, dan pengembangan daerah tertinggal.⁵ Bahkan, FDI memiliki potensi untuk mentransformasi kondisi ekonomi *host state* dengan memperkenalkan berbagai inovasi, meningkatkan produktivitas, dan mempercepat perkembangan ekonomi *host state*.⁶ Oleh karena itu, *host state* harus mencari pendekatan yang tepat untuk mengundang investor asing untuk berinvestasi di negaranya, antara lain dengan mengurangi pembatasan-pembatasan serta meningkatkan perlindungan kepada investor asing untuk memastikan kepentingan investor asing terakomodasi. Pembatasan dan perlindungan ini, secara internasional, diatur dalam suatu perjanjian antara *host state* dengan *home state* dalam berbagai perjanjian investasi internasional (*International Investment Agreement(s)*, selanjutnya disebut “**IIA**”), yang dapat diatur dalam level bilateral, regional, maupun multilateral. IIA sendiri secara umum terbagi menjadi *Bilateral Investment Treaty* (“**BIT**”) yang merupakan perjanjian antarnegara yang menetapkan jaminan minimum mengenai perlakuan negara-

¹ Anabel Gonzalez, Christine Zhenwei Qiang, dan Peter Kusek, “Overview”, dalam World Bank, *Global Investment Competitiveness Report 2017/2018: Foreign Investor Perspectives and Policy Implications*, (Washington DC: The World Bank, 2018), hlm. 1.

² World Trade Organization, “Trade and Foreign Direct Investment,” *WTO News, Trade and Foreign Direct Investment*, Press/57 (1996).

³ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, ed. 4, (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), hlm. 74-77.

⁴ Tito Bramantyo, “The Indonesian Government Participation in International Investment Law and its Reform,” *Indonesian Journal of International Law*, Vol. 19, No. 1, Article 1 (2021), hlm. 101.

⁵ Erman Rajagukguk, *Hukum Investasi: Penanaman Modal Asing (PMA) dan Penanaman Modal Dalam Negeri (PMDN)*, cet. 1, (Depok: Rajawali Pers, 2019), hlm. 33.

⁶ Anabel Gonzalez, Christine Zhenwei Qiang, dan Peter Kusek, “Overview”..., hlm. 1.

negara dalam investasi asing,⁷ dan *Treaties with Investment Provisions* (“**TIPs**”) yang merupakan kesepakatan ekonomi selain BIT yang memuat ketentuan terkait penanaman modal.⁸

Salah satu standar penting yang diatur dalam sebagian besar IIA adalah kewajiban untuk tidak melakukan diskriminasi terhadap kebangsaan (*nationality*) investor dan/atau investasi.⁹ Standar ini disebut dengan perlakuan nasional (selanjutnya disebut “**National Treatment**”), yang merupakan suatu prinsip di mana suatu *host state* wajib memberikan kepada investor asing perlakuan yang paling sedikit sama mengunggulkannya dengan perlakuan kepada investor domestik dalam ‘keadaan serupa’ (selanjutnya disebut “**like circumstances**”).¹⁰

Standar *National Treatment* merupakan salah satu standar terpenting dalam IIA.¹¹ Berakar pada konsep non-diskriminasi, standar *National Treatment* menjadi landasan bagi investor asing untuk mengklaim haknya untuk diperlakukan setidaknya sama dengan investor domestik. Karena pentingnya *National Treatment* sebagai standar yang fundamental dalam pelaksanaan FDI, sebagian besar IIA mengandung klausul *National Treatment*, walaupun ada beberapa IIA yang tidak menyebutkan tentang *National Treatment* sama sekali.¹² Berbeda dengan standar-standar lainnya, susunan kata dari klausul *National Treatment* relatif seragam dan tidak berubah seiring perkembangan zaman,¹³ walaupun, berbagai pengembangan dan penyempurnaan terus dilakukan untuk memastikan bahwa pengaturan standar *National Treatment* jelas, adil, dan tanpa mengorbankan kepentingan *host state* atau investor domestik. Sebagai contoh, konsep ‘*like circumstances*’ tidak dimasukkan dalam BIT Indonesia-Singapura tahun 2005, namun disertakan dalam BIT Indonesia-Singapura yang telah diperbarui tahun 2018, yang antara lain memperjelas syarat keberlakuan standar *National Treatment* bagi para pihak.

⁷ Dag Hammarskjöld Library of United Nations, “What are bilateral investment treaties (BITs) and where can I find them?”, United Nations, 7 April 2022, tersedia pada <https://ask.un.org/faq/140380>, diakses pada 1 Mei 2023.

⁸ Susan F. Stone, “Enhancing the Contribution of Preferential Trade Agreements to Inclusive and Equitable Trade: Investment Provisions in PTAs and How They Contribute to Inclusive Trade,” United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific (ESCAP), tersedia pada <https://www.unescap.org/sites/default/files/5.1Investment%20provisions%20in%20PTAs%20and%20how%20they%20contribute%20to%20inclusive%20trade.pdf>, diakses pada 1 Mei 2023.

⁹ Andrea K. Bjorklund, “The National Treatment Obligation” dalam Katia Yannaca-Small, *Arbitration under International Investment Agreements, A Guide to the Key Issues*, ed. 2, (Oxford: Oxford University Press, 2010), hlm. 532.

¹⁰ UNCTAD, “*National Treatment*”, *UNCTAD Series on issues in international investment agreements*, UNCTAD/ITE/IIT/11, Vol. IV, (Geneva: United Nations Publication, 1999), hlm. 1.

¹¹ *Ibid.*

¹² *Ibid.*, hlm.5

¹³ August Reinisch dan Christoph Schreuer, *International Protection of Investments: The Substantive Standards*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2020), hlm. 592.

Walaupun merupakan salah satu landasan ketentuan non-diskriminasi, pada praktiknya, kewajiban *National Treatment* dapat disepakati untuk dikecualikan dalam IIA dengan alasan-alasan tertentu, antara lain untuk mendukung pertumbuhan industri domestik yang berkaitan erat dengan tujuan perkembangan nasional dan alasan politik.¹⁴ Oleh karena itulah, seringkali terdapat pengecualian-pengecualian terhadap keberlakuan standar *National Treatment* yang disepakati dalam IIA, yang mencakup: i) pengecualian umum (*general exceptions*), yaitu pengecualian dengan alasan untuk melindungi kesehatan umum, moral, dan keamanan sosial;¹⁵ ii) pengecualian khusus (*subject specific exceptions*) yang mengecualikan kewajiban *National Treatment* terkait isu-isu tertentu, seperti hak atas kekayaan intelektual, pajak, perlindungan makroekonomi sementara, atau pengecualian atas sektor-sektor tertentu, seperti sektor energi primer dan transportasi udara; iii) pengecualian dari suatu negara tertentu (*country-specific exception*) yang terjadi ketika suatu negara menetapkan perbedaan perlakuan antara investor domestik dengan investor asing dalam peraturan perundang-undangannya, khususnya untuk sektor atau industri tertentu, umumnya berkaitan dengan pertimbangan ekonomi nasional dan kebijakan sosial yang biasa diterapkan negara-negara berkembang yang masih membutuhkan perlakuan khusus bagi investasi domestiknya agar dapat berkembang dan bersaing; dan iv) klausul *National Treatment* timbal balik (*reciprocal National Treatment clause*) yang menerapkan kewajiban *National Treatment* bersyarat.¹⁶ Pada dasarnya, pengecualian-pengecualian ini menunjukkan bahwa *host state* tetap memiliki kedaulatan untuk mengatur kegiatan investasi untuk melindungi kepentingan nasionalnya.

Homogenitas klausul *National Treatment* mungkin menyiratkan bahwa standar *National Treatment* merupakan hal yang sederhana yang mudah dimengerti dan diaplikasikan dibanding standar-standar lain dalam IIA. Namun kenyataannya tidak demikian;¹⁷ banyak investor asing yang mengajukan klaim pelanggaran standar *National Treatment*, dengan proses pengambilan keputusan yang tidak sesederhana klausul *National Treatment* dalam IIA yang mendasari sengketa FDI terkait. Ketika terhadap suatu klausul yang secara konsep relatif seragam dan sederhana terdapat banyak klaim pelanggaran dengan hasil putusan yang mengambil pendekatan yang tidak konsisten, perlu ditelaah apakah dalam klausul tersebut terdapat elemen

¹⁴ J. Anthony VanDuzer, Penelope Simons, dan Graham Mayeda, "Integrating Sustainable Development into International Agreements: A Guide for Developing Country Negotiators," makalah disajikan oleh Commonwealth Secretariat, 2013, hlm. 112.

¹⁵ UNCTAD, "*National Treatment*", hlm. 12.

¹⁶ *Ibid.*, hlm. 47.

¹⁷ Rudolf Dolzer, "Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda – National Treatment: New Developments," makalah disajikan berdasarkan Symposium Co-Organized by ICSID, OECD and UNCTAD, 2005, hlm. 1.

yang kurang jelas atau memberikan ruang yang terlalu luas bagi majelis arbitrase yang mengadili sehingga klausul tersebut dapat diinterpretasikan secara berbeda-beda. Meskipun inkonsistensi putusan tentunya tidak lepas dari perbedaan pandangan masing-masing majelis arbitrase, klausul *National Treatment* yang dibuat sejelas mungkin diharapkan dapat memberikan kepastian hukum yang lebih tinggi dalam penerapannya.

Secara normatif, belum ada suatu pendekatan yang telah diterima secara universal dalam menentukan pelanggaran standar *National Treatment*, namun elemen esensial yang diterima secara umum adalah pengidentifikasian pembanding domestik yang sesuai, yang disebut dengan pihak yang berada dalam ‘*like circumstances*’, yang dapat menentukan apakah terdapat perlakuan diskriminatif terhadap investor dan/atau investasi asing.¹⁸ Hal ini dikarenakan suatu perlakuan yang berbeda hanya dapat dianggap diskriminatif apabila investor asing dan investor domestik berada dalam keadaan serupa. Perbedaan interpretasi majelis arbitrase terkait ‘*like circumstances*’ dapat menjadi salah satu penyebab kerumitan resolusi kasus *National Treatment* maupun ketidakkonsistenan putusan. Hal ini terjadi karena konsep ‘*like circumstances*’ sendiri dapat menimbulkan interpretasi; pasalnya kata ‘*like*’ dan ‘*circumstances*’ masing-masing memiliki arti yang luas yang dapat diinterpretasikan secara berbeda-beda. Oleh karena itu, pembahasan ini akan menelaah celah-celah dalam penerapan konsep ‘*like circumstances*’ dalam standar *National Treatment* serta pengaturannya dalam IIA.

Rumusan Masalah

Pokok bahasan utama dalam artikel ini adalah konsep ‘*like circumstances*’ dalam standar *National Treatment* yang menjadi elemen penting dalam menentukan ada tidaknya pelanggaran *National Treatment* oleh *host state*.

Fokus bahasan serta latar belakang yang telah disajikan di atas mengarahkan perhatian kita kepada dua permasalahan yang perlu ditelaah lebih lanjut, yaitu:

- i) Bagaimanakah penerapan konsep ‘*like circumstances*’ dalam konteks klausul *National Treatment*?
- ii) Bagaimanakah pengaturan konsep ‘*like circumstances*’ dalam klausul *National Treatment*?

Tujuan dan Manfaat Pembahasan

Pembahasan dimaksudkan untuk menelusuri pengertian, cara menentukan, penerapan, dan pentingnya keserupaan (selanjutnya disebut “*likeness*”) dalam kaitannya dengan konsep

¹⁸ Bjorklund, “The National Treatment ...”, hlm. 538.

'*like circumstances*' yang menjadi syarat berlakunya standar *National Treatment*, serta penerapannya dalam beberapa kasus-kasus sengketa FDI terkait klaim pelanggaran klausul *National Treatment*. Pembahasan juga akan meninjau pengaturan '*like circumstances*' dalam klausul *National Treatment* dalam beberapa IIA, untuk melihat bagaimana penulisan '*like circumstances*' yang menjadi dasar interpretasi yang penting bagi majelis arbitrase dalam mengadili kasus *National Treatment*. Pembahasan ini diharapkan dapat berkontribusi dalam perkembangan ilmu pengetahuan dalam bidang hukum, khususnya hukum investasi, melalui penelaahan penentuan keadaan '*like circumstances*' yang saat ini belum diatur secara normatif dalam IIA, namun krusial dalam penentuan pelanggaran kewajiban *National Treatment*.

Signifikansi Pembahasan

Penelaahan lebih lanjut terkait rumusan masalah di atas penting, karena meskipun pembahasan tentang konsep '*like circumstances*' sebagai elemen esensial dalam menentukan ada tidaknya pelanggaran standar *National Treatment* bukanlah sesuatu yang baru, penekanan pentingnya kejelasan konsep tersebut dalam IIA dalam rangka mewujudkan konsistensi penentuan pelanggaran standar *National Treatment* belum ditelusuri secara lebih rinci. Oleh sebab itu, dalam pembahasan ini akan dijabarkan lebih lanjut terkait penerapan konsep '*like circumstances*' dalam standar *National Treatment* serta pengaturannya dalam IIA, serta berbagai yurisprudensi dari beberapa kasus yang dapat memperlihatkan apakah konsep ini telah diterapkan dan diatur dengan cukup.

Metode Penelitian

Penelitian yang mendasari pembahasan ini bersifat yuridis-normatif atas data-data sekunder, yang terdiri dari berbagai perjanjian investasi internasional, kasus-kasus, buku, jurnal, artikel, dan kamus yang relevan dengan topik pembahasan.

PEMBAHASAN

Standar *National Treatment* merupakan salah satu standar perlakuan yang fundamental dalam pelaksanaan FDI. Dalam penerapannya, kasus terkait dugaan pelanggaran standar *National Treatment* tidak sedikit, dan penyelesaian kasus-kasus tersebut juga tidak sederhana. Perlu dimengerti terlebih dahulu bahwa standar *National Treatment* adalah suatu prinsip di mana *host state* memberikan perlakuan kepada investasi atau investor asing yang paling sedikit sama mengunggulkannya (*at least as favorable as*) dengan perlakuan yang diberikan kepada

investasi atau investor domestik dalam keadaan serupa.¹⁹ Beberapa IIA menggunakan variasi istilah perlakuan yang tidak kalah menguntungkan (*no less favorable treatment*) atau perlakuan yang sama menguntungkan (*as favorable treatment*), yang apabila diartikan secara luas, malah memungkinkan *host state* untuk memperlakukan investor asing dengan lebih baik daripada investor domestik.²⁰ Kewajiban *National Treatment* sendiri merupakan kewajiban yang timbul karena adanya perjanjian (*treaty*), yang berarti tanpa adanya suatu perjanjian tertentu, *host state* bebas untuk mendiskriminasi investor dan investasi asing yang masuk ke negaranya.²¹

Standar *National Treatment* merupakan suatu kewajiban yang relatif,²² di mana perlakuan yang diberikan kepada investor asing bergantung pada perlakuan yang diberikan pada investor domestik dalam keadaan serupa, dan tidak ada standar absolut tertentu yang diatur. Prinsip ini pada dasarnya ditujukan untuk memberikan tingkat persaingan yang sama antara investor asing dan investor domestik, serta melarang pemerintah untuk melakukan diskriminasi terhadap investor asing.²³ Standar *National Treatment* berfungsi untuk memastikan bahwa investor dan/atau investasi asing menerima perlakuan yang sama dengan investor dan/atau investasi domestik, baik secara *de jure* maupun *de facto*.²⁴

Karena standar *National Treatment* bersifat relatif, penentuan investor domestik pembanding yang tepat menjadi hal yang krusial dalam menentukan ada tidaknya pelanggaran standar *National Treatment*. Investor domestik yang dapat dijadikan pembanding adalah investor domestik yang terbukti berada dalam ‘*like circumstances*’ dengan investor asing.²⁵ Apabila investor asing tidak berada dalam ‘*like circumstances*’ dengan investor domestik yang dijadikan pembanding, maka gugatan dugaan pelanggaran *National Treatment* akan gagal. Dalam menentukan terjadi atau tidaknya pelanggaran *National Treatment* oleh *host state*, perlu dibuktikan bahwa: i) investor asing dan investor domestik berada dalam ‘*like circumstances*’; ii) *host state* terbukti memberi perlakuan diskriminatif antara investor asing dan investor domestik; dan iii) *host state* tidak memiliki alasan yang sah untuk menjustifikasi perbedaan

¹⁹ UNCTAD, “*National Treatment*”, hlm. 1.

²⁰ *Ibid.*, hlm. 35.

²¹ Reinisch dan Schreuer, *International Protection of...*, hlm. 605-606.

²² Bjorklund, “The National Treatment ...”, hlm. 532.

²³ Shiping Liao, *et al.*, “National Treatment in International Investment Law,” *The Investment Treaty Arbitration Review*, ed. 7 (2022), hlm. 1.

²⁴ Nnaemeka Anozie, “*Legal Analysis of the Scope of ‘Like Circumstances’ Concept under NAFTA National Treatment of Investments Obligation.*” (Tesis Master Faculty of Law of University of Ottawa, Kanada, 2017), hlm. 2-3.

²⁵ Muhammad Iqbal Hasan, *Hukum Investasi Internasional: Teori dan Implementasi*, (Bandung: PT Refika Aditama, 2021), hlm. 94 dan Bjorklund, “The National Treatment ...”, hlm. 532.

perlakuan itu.²⁶ Apabila ketiga tahap di atas terbukti terpenuhi, barulah dapat dikatakan bahwa terjadi pelanggaran kewajiban *National Treatment* oleh *host state*. Ketiga tahap pengujian ini sering digunakan oleh majelis arbitrase dalam penyelesaian sengketa *National Treatment*, yang disebut dengan pendekatan ‘*three-step test*’²⁷ atau ‘*three-step analysis*’.²⁸ Dalam ‘*three-step test*’ ini, pemenuhan unsur ‘*like circumstances*’ menjadi tahap pengujian utama yang apabila tidak terpenuhi, akan menggugurkan pembuktian pemenuhan dua tahap pengujian lainnya. Hal ini menyiratkan betapa pentingnya penerapan dan pengaturan elemen ‘*like circumstances*’ dalam klausul *National Treatment*. Pembahasan dalam artikel ini akan dibagi menjadi dua bagian untuk mempermudah penelaahan terkait penerapan dan pengaturan konsep ‘*like circumstances*’.

1. Penerapan Konsep ‘*Like Circumstances*’ dalam Konteks Klausul *National Treatment*

‘*Like circumstances*’ sebenarnya bukan satu-satunya ukuran untuk menilai keadaan faktual di mana standar *National Treatment* dapat berlaku. *United Nations Conference on Trade and Development* (“UNCTAD”) menyebut bahwa ada empat alternatif keadaan yang dapat digunakan sebagai syarat berlakunya *National Treatment*: i) investor domestik berada dalam keadaan yang “sama” atau “identik” (“*same or identical circumstances*”) dengan investor asing; ii) adanya pengaturan aktivitas dan/atau industri ekonomi tertentu di mana standar *National Treatment* berlaku; iii) “*like situations*”, “*similar situations*” atau “*like circumstances*”; atau iv) tidak adanya unsur perbandingan faktual sama sekali.²⁹ Dalam banyak IIA, konsep yang diadopsi adalah konsep ‘*like circumstances*’,³⁰ yang tidak sekaku

²⁶ Andrew Newcombe dan Lluís Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, (Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009), hlm. 159.

²⁷ Reinisch dan Schreuer, *International Protection of...*, hlm. 623

²⁸ Shiping Liao, *et al.*, “National Treatment in...”

²⁹ UNCTAD, “National Treatment”, hlm. 28-34.

³⁰ Contohnya antara lain adalah *U.S. – Mexico – Canada Agreement* (“USMCA”) (2018), BIT antara Indonesia dan Singapura (2018), serta *Mexico-Japan Economic Partnership Agreement* (2004) yang memasukkan unsur ‘*like circumstances*’ dalam klausul *National Treatment*-nya.

Pasal 14.4 ayat (1) dan (2) USMCA berbunyi demikian:

“

- (1) *Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory.*
- (2) *Each Party shall accord to covered investments treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments in its territory of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.”*

(garis bawah ditambahkan).

Pasal 4 BIT Indonesia-Singapura (2018) berbunyi demikian:

“

- (1) *Each Party shall accord to investments of investors of the other Party treatment no less favourable than that it accords, in like circumstances, to investments in its territory of its own investors with respect to the management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.*

“*same or identical circumstances*” karena pada kenyataannya tidak akan ada keadaan yang persis sama antara investor dan/atau investasi asing dan domestik.³¹ Cakupan konsep ‘*like circumstances*’ juga tidak terbatas hanya pada sektor tertentu, dan tidak samar (*vague*) tanpa menjelaskan unsur perbandingan.

Sebelum menelaah penerapan ‘*like circumstances*’ lebih lanjut, penting untuk mengetahui penerima manfaat (*beneficiary*)³² dari perlindungan yang diberikan oleh klausul *National Treatment* – apakah perlindungan ditujukan kepada investor (badan usaha), investasi (usaha), atau keduanya.³³ Hal ini penting untuk menentukan subjek yang mendapat perlindungan yang nantinya akan dibandingkan.

Pada praktiknya, menentukan pembanding yang tepat bukanlah hal yang mudah.³⁴ ‘*Like circumstances*’, walaupun terkesan sederhana, dapat diartikan secara berbeda-beda, dan belum ada definisi absolut yang diatur dalam suatu hukum positif, sehingga harus diinterpretasikan oleh majelis arbitrase. Contohnya, dalam kasus *Pope & Talbot v. Canada*, penilaian ‘*like circumstances*’ diartikan sebagai suatu penilaian yang menyeluruh dari seluruh pengaturan fakta suatu kasus untuk menentukan apakah investasi berada dalam keadaan yang dapat disamakan.³⁵ Walaupun majelis arbitrase badan penyelesaian investasi seperti *United Nations Commission on International Trade Law* (“**UNCITRAL**”) dan *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (“**ICSID**”) belum secara formal mengadopsi suatu pendekatan yang seragam untuk mengidentifikasi ‘*likeness*’ dalam ‘*like circumstances*’ dan bahkan menyetujui untuk mengambil pendekatan yang fleksibel dan dapat bervariasi sesuai kasus,³⁶ dapat disepakati bahwa kunci dari penentuan ‘*like circumstances*’ adalah untuk memastikan melalui fakta secara spesifik (*fact-specific*)³⁷

(2) *For greater certainty, the treatment to be accorded by a Party under paragraph 1 means, with respect to a regional level of government, treatment no less favourable than the most favourable treatment accorded, in like circumstances, by that regional level of government to investments of investors, of the Party of which that regional level of government forms a part.”*

(garis bawah ditambahkan).

Pasal 58 ayat (1) *Mexico-Japan Economic Partnership Agreement* berbunyi demikian:

“(1) *Each Party shall accord to investors of the other Party and to their investments treatment no less favorable than the treatment it accords, in like circumstances, to its own investors and to their investments with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, maintenance, use, enjoyment and sale or other disposition of investments (hereinafter referred to in this Chapter as investment activities).”*

(garis bawah ditambahkan).

³¹ Reinisch dan Schreuer, *International Protection of...*, hlm. 628

³² Mark Clodfelter, “National Treatment: ‘In Like Circumstances’,” *APEC-UNCTAD Regional Seminar on Investor-State Dispute Settlement*, 2006/IEG/SEM/011 (2006), hlm. 4.

³³ UNCTAD, “*National Treatment*”, hlm. 18

³⁴ VanDuzer, Simons, dan Mayeda, “Integrating Sustainable Development ...”, hlm. 115.

³⁵ *Pope & Talbot Inc. v. the Government of Canada*, (*Pope & Talbot v. Canada*), Awards on the Merits of Phase 2 [2001], para. 75.

³⁶ Bjorklund, “The National Treatment ...”, hlm. 541

³⁷ Reinisch dan Schreuer, *International Protection of...*, hlm. 630

apakah diskriminasi yang terjadi dimotivasi (setidaknya sebagian) oleh fakta bahwa perusahaan yang bersangkutan dikendalikan oleh pihak asing.³⁸

Tujuan dari penilaian keserupaan atau *'likeness'* dari keadaan aktual adalah agar dapat ditentukan pembanding domestik³⁹ yang memiliki keadaan yang paling serupa sehingga dapat dinilai ada tidaknya diskriminasi dalam tindakan atau kebijakan yang dibuat oleh pemerintah *host state* yang diberlakukan kepada investor asing dan investor domestik dalam *'like circumstances'* tersebut. Permasalahannya, istilah *'like'* dan *'circumstances'* dapat diartikan secara berbeda-beda.⁴⁰ Istilah *'like'* sendiri dapat diartikan sebagai serupa, sama, seperti, atau mirip. Kamus Inggris *Merriam-Webster* mengartikan *'like'* sebagai *'the same or nearly the same'* dan *'closely resembling the subject or original'*.⁴¹ Dari pengertian ini kita dapat melihat bahwa derajat keserupaan dari *'like'* berkisar dari yang identik sampai dengan yang sekedar mirip, yang dapat bergantung pada interpretasi orang yang menilainya. Contohnya, investor asing yang bergerak di bidang produksi alkohol untuk disinfektan dengan investor domestik yang bergerak di bidang produksi alkohol untuk minuman keras, bisa saja dikatakan sebagai *'like'* karena sama-sama memproduksi alkohol, tapi dapat juga dikatakan berbeda apabila pengertian *'like'* spesifik merujuk kepada produk akhir yang sama, yaitu alkohol untuk disinfektan. Begitu juga dengan *'circumstances'*, yang dalam Bahasa Indonesia sering diterjemahkan sebagai *'keadaan'*, kamus Inggris *Merriam-Webster* mendefinisikannya antara lain sebagai *'a condition, fact, or event accompanying, conditioning, or determining another: an essential or inevitable concomitant'* atau *'an event that constitutes a detail (as of a narrative or course of events)'*.⁴² Kedua pengertian ini menunjukkan bahwa *'circumstance'* juga dapat diartikan dalam lingkup yang berbeda-beda, tergantung cara penafsirannya. Seberapa luas atau sempit lingkup *'circumstances'* yang harus diperhatikan dan faktor apa saja yang termasuk dalam *'circumstances'* menjadi hal yang relatif. Contohnya, dalam kasus *Pope & Talbot v. Canada* yang disebut sebelumnya, *'like circumstances'* dilihat dari keadaan yang menyeluruh. Hal tersebut dapat menyiratkan bahwa penentuan lingkup *'like circumstances'* bisa saja berbeda-beda tergantung majelis arbitrase yang mengadili, dan penafsiran ini juga menunjukkan bahwa IIA yang mendasari kasus *Pope & Talbot v. Canada*, yaitu *North American Free Trade Agreement* ("NAFTA"),

³⁸ UNCTAD, "National Treatment", hlm. 33.

³⁹ Reinisch dan Schreuer, *International Protection of...*, hlm. 623

⁴⁰ Anozie, "Legal Analysis of...", hlm. 7.

⁴¹ Kamus Inggris *Merriam-Webster*, tersedia pada <https://www.merriam-webster.com/dictionary/like>, diakses pada 28 April 2023.

⁴² Kamus Inggris *Merriam-Webster*, tersedia pada <https://www.merriam-webster.com/dictionary/circumstance>, diakses pada 28 April 2023.

tidak menjelaskan lingkup ‘*like circumstances*’ tersebut secara jelas, sehingga harus diinterpretasikan lebih lanjut oleh majelis arbitrase UNCITRAL yang mengadilinya.

Lantas, bagaimana cara menentukan apakah investor asing dan investor domestik yang dijadikan pembanding berada dalam ‘*like circumstances*’? Majelis arbitrase yang mengadili kasus-kasus *National Treatment* memiliki penilaian yang beragam, namun secara umum, batu uji-batu uji yang menjadi patokan penentuan ‘*like circumstances*’ adalah sebagai berikut:

a) Investor asing dan domestik bergerak dalam sektor ekonomi atau usaha yang sama dan adanya hubungan persaingan antara investor asing dengan investor domestik yang dipilih menjadi pembandingnya

Dalam praktiknya, majelis arbitrase biasanya memisahkan antara batu uji kesamaan sektor ekonomi dengan batu uji hubungan persaingan antara investor asing dan domestik, namun keduanya berhubungan erat, dan akan dibahas secara bersamaan dalam bagian ini.

Karena klausul *National Treatment* dalam perjanjian investasi bertujuan untuk menyediakan kesempatan yang setara bagi investor asing dan investor domestik pembandingnya,⁴³ pengidentifikasian pembanding yang sesuai merupakan hal yang krusial dalam setiap kasus *National Treatment*.⁴⁴ Investor asing dan investor domestik pembanding dianggap memiliki persaingan apabila berada dalam sektor ekonomi atau bisnis yang sama, sehingga langkah pertama untuk menentukan ‘*like circumstances*’ adalah dengan menelaah apakah investor asing dan investor domestik yang dijadikan sebagai pembandingnya bergerak di sektor yang sama.⁴⁵ Pasalnya, perlakuan terhadap investasi di sektor energi dapat berbeda dengan investasi di sektor otomotif. Apabila sektor investor asing dengan investor domestik pembandingnya berbeda, maka kemungkinan besar mereka tidak dapat dikatakan berada dalam ‘*like circumstances*’, kecuali ada pertimbangan lain yang relevan. Persaingan juga dapat diartikan secara sempit, di mana berarti investor asing dan investor domestik pembandingnya memiliki pangsa pasar yang tidak jauh berbeda, misalkan perusahaan multinasional tidak dapat dibandingkan dengan usaha mikro.

Analisis terkait sektor yang sama ini berasal dari konsep ‘*like products*’ atau produk yang serupa dalam *General Agreement on Tariffs and Trade* (“GATT”), yang

⁴³ Anozie, “Legal Analysis of...”, hlm. 30.

⁴⁴ Reinisch dan Schreuer, *International Protection of...*, hlm. 626

⁴⁵ Liao, *et al.*, “National Treatment in...”

menilai apakah produk yang diperdagangkan serupa atau ‘like’, yang biasanya berarti produk tersebut bersaing dalam sektor ekonomi yang sama atau produk tersebut dapat menjadi substitusi bagi produk yang lainnya.⁴⁶ Meskipun berangkat dari konsep tersebut, majelis arbitrase investasi menghindari penggunaan penilaian *à la* GATT dalam menyelesaikan sengketa FDI. Alasannya, berbeda dengan perdagangan internasional, FDI menyangkut kepentingan ekonomi jangka panjang *host state* dan bukan sekedar transaksi jual beli yang berakhir ketika terjadi penyerahan produk dan pembayaran, sehingga majelis arbitrase investasi cenderung menitikberatkan persaingan pada perbandingan usaha dan bukan perbandingan produk.⁴⁷ Penilaian hubungan persaingan antara investor asing dan investor domestik pembandingnya dapat membantu menemukan keserupaan,⁴⁸ namun terkadang tidak diperhitungkan oleh majelis arbitrase karena persaingan dapat mencakup produk atau jasa alternatif atau substitusi sehingga cakupan perbandingan menjadi terlalu luas, meskipun penilaian ini berguna apabila tidak ada pembanding yang menghasilkan produk atau jasa yang identik.⁴⁹

Aspek sektor ekonomi yang sama dan persaingan antara investor asing dengan investor domestik pembandingnya ini sekilas terlihat sederhana dan jelas, namun praktiknya dapat diterapkan secara berbeda-beda. Dalam kasus *Occidental v. Ecuador*,⁵⁰ *Occidental*, sang penggugat, merupakan pengeksport minyak asal Amerika Serikat yang bergerak dalam sektor perminyakan. *Occidental* bekerja sama dengan *Petroecuador*, investor domestik Ekuador yang bergerak di sektor yang sama, untuk melakukan eksplorasi dan produksi minyak di Ekuador.⁵¹ Permasalahan dimulai ketika *Occidental* berargumen bahwa Ekuador, sang *host state* sekaligus tergugat, telah melanggar kewajiban *National Treatment* berdasarkan *US-Ecuador BIT* (1993)⁵² karena Ekuador berhenti melakukan pengembalian pajak pertambahan nilai (“VAT”) kepada *Occidental*, namun tetap memberikan pengembalian VAT kepada perusahaan ekspor lainnya di bidang penjualan bunga, pertambangan, dan ekspor hidangan laut

⁴⁶ Bjorklund, “The National Treatment ...”, hlm. 541

⁴⁷ Liao, *et al.*, “National Treatment in...”

⁴⁸ Reinisch dan Schreuer, *International Protection of...*, hlm. 639.

⁴⁹ Liao, *et al.*, “National Treatment in...”

⁵⁰ London Court of Internal Arbitration, *Occidental Exploration and Production Company v Ecuador (I)*, *Final Award* (LCIA Case No. UN3467), 1 Juli 2004) (selanjutnya disebut “*Occidental v. Ecuador*”).

⁵¹ *Occidental v. Ecuador*, para. 1.

⁵² Pasal II ayat (1) *US-Ecuador BIT* berbunyi demikian:

“Each Party shall permit and treat investment, and activities associated therewith, on a basis no less favorable than that accorded in like situations to investment or associated activities of its own nationals or companies...” (garis bawah ditambahkan).

(*seafood*) yang jelas tidak berhubungan dengan minyak.⁵³ Sebagai catatan, *Petroecuador* yang merupakan perusahaan domestik Ekuador, juga tidak mendapatkan pengembalian VAT. Terhadap kasus ini, majelis arbitrase ICSID berpihak pada *Occidental* dan menolak untuk membatasi keberlakuan klausul *National Treatment* terhadap peraturan nasional untuk sektor tertentu saja yang dianggap bersifat melindungi perusahaan domestik secara tidak adil.⁵⁴ Padahal, kalau menilai dari kesamaan sektor dan hubungan persaingan, tentu *Occidental* tidak berada di sektor yang sama dengan perusahaan ekspor bunga dan hidangan laut, apalagi bersaing dengan mereka.

Berbeda halnya dengan kasus *Methanex v. USA*.⁵⁵ *Methanex* merupakan produsen metanol asal Kanada. Metanol sendiri adalah bahan aditif dalam bensin yang biasa disebut MTBE (*methyl tertbutyl ether*). *Methanex* tidak memproduksi MTBE itu sendiri, namun memproduksi metanol yang digunakan dalam jumlah besar dalam pembuatan MTBE. Permasalahan muncul ketika pemerintah negara bagian California, Amerika Serikat, melarang produksi dan pemakaian MTBE karena MTBE dianggap sebagai polutan yang berbahaya bagi lingkungan. Namun, pemerintah negara bagian California tetap memperbolehkan pemakaian etanol, substitusi dari metanol. *Methanex* berargumen bahwa pelarangan itu dibuat karena adanya kepentingan politik untuk melindungi pesaing *Methanex*, *Archer Daniels Midland* (“**ADM**”), penghasil etanol asal Amerika Serikat. *Methanex* kemudian mengajukan klaim atas pelanggaran klausul *National Treatment* dalam NAFTA.⁵⁶ *Methanex* mendasarkan argumennya pada aspek persaingan dan produk yang dapat disubstitusikan⁵⁷ (antara etanol dan MTBE, walaupun *Methanex* tidak memproduksi MTBE melainkan metanol yang merupakan

⁵³ *Occidental v. Ecuador*, para. 168.

⁵⁴ *Ibid.*, para. 173.

⁵⁵ International Centre for the Settlement of Investment Disputes, *Methanex Corporation v United States of America*, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, (ICSID, 3 Agustus 2005) (selanjutnya disebut “***Methanex v. USA***”)

⁵⁶ Pasal 1102 ayat (1), (2), dan (3) NAFTA yang relevan dengan kasus ini, berbunyi demikian:

“

- (1) *Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.*
- (2) *Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.*
- (3) *The treatment accorded by a Party under paragraphs 1 and 2 means, with respect to a state or province, treatment no less favorable than the most favorable treatment accorded, in like circumstances, by that state or province to investors, and to investments of investors, of the Party of which it forms a part.”*

(garis bawah ditambahkan).

⁵⁷ *Methanex v. USA*, Bag. IV, Bab. B, para. 23

bahan baku MTBE). Di sini, *Methanex* menggunakan konsep ‘*like products*’ à la GATT. Namun, majelis arbitrase ICSID yang mengadili kasus tersebut berpihak pada Amerika Serikat, dengan alasan bahwa seharusnya *Methanex* tidak membandingkan dirinya dengan ADM yang merupakan produsen etanol, melainkan produsen metanol domestik Amerika Serikat yang faktanya menerima perlakuan yang sama. Majelis arbitrase ICSID setuju dengan argumen Amerika Serikat, bahwa dalam keadaan yang ideal, investor dan investasi asing harus dibandingkan dengan investor dan investasi domestik yang serupa dengannya dalam segala hal, kecuali kebangsaannya. Ketika kebangsaan menjadi satu-satunya variabel yang berbeda, menjadi jelas bahwa perbedaan perlakuan disebabkan oleh diskriminasi terhadap kebangsaan.⁵⁸ Dalam kasus ini, sektor yang sama dan hubungan persaingan saja tidak cukup, pembanding yang tepat haruslah yang paling serupa dengan investor asing sampai kepada produk yang dihasilkannya secara spesifik.

Melalui dua contoh kasus di atas saja kita dapat melihat bahwa majelis arbitrase dapat menginterpretasikan ‘*like circumstances*’ dengan sangat berbeda. Dalam kasus *Occidental v Ecuador*, ‘*likeness*’ diartikan dengan sangat luas, sebaliknya dalam kasus *Methanex v USA*, dilihat dengan sangat sempit. Padahal, susunan kata dalam klausul *US-Ecuador BIT* dan *NAFTA* sama-sama menggunakan istilah ‘*like circumstances*’. Hal ini dapat disebabkan karena tidak adanya acuan tentang bagaimana menentukan ‘*likeness*’ itu sendiri.

b) Investor asing dan investor domestik terikat oleh rezim hukum yang sama dengan mempertimbangkan sektor investasi

Dalam menentukan ‘*like circumstances*’, investor asing dan investor domestik pembandingnya harus tunduk pada rezim hukum dan/atau peraturan yang sama.⁵⁹ Analisis kesamaan rezim hukum ini dilakukan setelah memastikan bahwa investor asing dan investor domestik pembandingnya bergerak dalam sektor ekonomi yang sama dan bersaing. Contoh kasus yang dapat menjelaskan batu uji ini adalah kasus *Apotex v. United States*,⁶⁰ di mana *Apotex*, produsen obat yang pabriknya berada di Kanada, mengajukan klaim pelanggaran *National Treatment* sebagaimana diatur dalam *NAFTA*, dengan merujuk pada perlakuan terhadap produsen obat yang pabrik dan

⁵⁸ *Ibid.*, para. 14

⁵⁹ Anozie, “*Legal Analysis of...*”, hlm. 30.

⁶⁰ International Centre for the Settlement of Investment Disputes, *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v United States of America* (2013) (ICSID Case No. ARD (AF)/12/1, Award, 25 Agustus 2014) (selanjutnya disebut “*Apotex v. USA*”)

kegiatan produksinya berada di wilayah Amerika Serikat sebagai pembandingnya. Klaim didasarkan pada tindakan *US Food and Drug Administration* (“**FDA**”) yang menghalangi masuknya produk *Apotex* ke Amerika Serikat,⁶¹ dengan dasar ketentuan ‘*import alert*’⁶² yang tidak berlaku bagi investor domestik.⁶³ Ketentuan tersebut memperbolehkan FDA untuk melarang masuknya produk yang tidak sesuai dengan praktik standar FDA.⁶⁴ Dalam hal ini, perbedaan ketentuan hukum yang berlaku bagi *Apotex* dan investor domestik pembandingnya menyebabkan majelis arbitrase ICSID menyimpulkan bahwa *Apotex* dan investor domestik dalam sektor yang sama tidak berada dalam ‘*like circumstances*’.⁶⁵

Pentingnya kesamaan rezim hukum juga terjadi pada kasus *UPS v. Canada*,⁶⁶ di mana *United Parcel Services of America Inc.* (“**UPS**”), perusahaan yang bergerak di layanan pengiriman pos asal Amerika Serikat, mengajukan klaim terhadap Kanada terkait pelanggaran standar *National Treatment*, karena *UPS* merasa diperlakukan berbeda dengan *Canada Post Corporation* (“**Canada Post**”) dan anak perusahaannya, *Purolator*, keduanya perusahaan domestik Kanada, yang sama-sama bergerak di bidang layanan pengiriman pos. Menurut *UPS*, Kanada memberikan perlakuan yang memungkinkan *Canada Post* untuk mengurangi biaya layanan pengiriman posnya, namun tidak memberikan perlakuan yang sama kepada *UPS* maupun *UPS Canada*, anak perusahaan *UPS* yang didirikan di Kanada.⁶⁷ Klaim *UPS* didasarkan pada kesamaan sektor dan adanya hubungan persaingan antara *UPS* dengan *Canada Post* dan *Purolator*,⁶⁸ yang merupakan salah satu batu uji penentu adanya ‘*like circumstances*’. Namun, majelis arbitrase ICSID berpihak kepada Kanada, dengan mempertimbangkan *Kyoto Convention* dari *World Customs Organisation* (“**WCO**”) yang mengatur perlakuan berbeda terkait lalu lintas pos karena sifatnya yang unik, yang diadopsi oleh Kanada sebagai anggota dari *WCO*.⁶⁹ *Kyoto Convention* ini mempengaruhi perlakuan pos internasional di batas negara, sehingga layanan yang disediakan oleh *Canada Post* diatur dengan rezim hukum yang berbeda dengan *UPS*

⁶¹ *Apotex v. USA*, Bag. II, para. 2.15.

⁶² Sebagaimana diatur dalam FDA Import Alert 66-40 khususnya bagian 801(a)

⁶³ *Apotex v. USA*, Bag. VIII, para. 8.51.

⁶⁴ *Ibid.*, Bag. II para. 2.11-2.15; 8.49.

⁶⁵ *Ibid.*, Bag. VIII, para. 8.40.

⁶⁶ International Centre for the Settlement of Investment Disputes, *United Parcel Service of America Inc. v Government of Canada*, Award on the Merits (ICSID Case No. UNCT/02/1, 24 Mei 2007) (selanjutnya disebut “*UPS v. Canada*”).

⁶⁷ *UPS v. Canada*, para. 80.

⁶⁸ *Ibid.*, para. 87.

⁶⁹ *Ibid.*, para. 114.

Canada yang tidak tunduk pada *Kyoto Convention*. Oleh karena itu, *UPS* dan *Canada Post* tidak berada dalam ‘*like circumstances*’, karena mereka tunduk pada lingkup peraturan yang berbeda.

Dibanding dengan penilaian kesamaan sektor usaha dan hubungan persaingan yang dijelaskan dalam bagian sebelumnya, batu uji ini relatif lebih jelas untuk dibuktikan. Majelis arbitrase dapat memeriksa peraturan dan/atau perjanjian yang mengikat para investor, dan menentukan apakah terdapat hak dan/atau kewajiban tertentu yang muncul dari rezim hukum yang berbeda itu yang mempengaruhi para investor. Dalam contoh kasus di atas, perbedaan rezim hukum dapat menyebabkan hak dan kewajiban yang berbeda antara investor asing dan investor domestik, sehingga mereka tidak dapat dikatakan berada dalam ‘*like circumstances*’. Meskipun pembuktian kesamaan rezim hukum terkesan sederhana, pada praktiknya juga bisa menimbulkan perdebatan, tergantung pada kejelasan fakta dalam kasus.

Kedua batu uji di atas menunjukkan bahwa penentuan ‘*like circumstances*’ bukanlah hal yang mudah, bahkan dapat berbeda-beda penerapannya sesuai dengan pendapat dan penilaian majelis arbitrase yang mengadilinya. Namun, kesamaan sektor ekonomi, adanya hubungan persaingan, serta kesamaan rezim hukum dapat menjadi batu uji yang logis dalam menentukan ‘*like circumstances*’ yang menjadi syarat terjadinya pelanggaran standar *National Treatment*.

2. Pengaturan ‘*Like Circumstances*’ dalam Klausul *National Treatment*

Pembahasan beberapa contoh kasus di bagian 1 di atas telah memasukkan beberapa rujukan klausul *National Treatment* dalam IIA seperti NAFTA dan *US-Ecuador BIT*, yang memiliki komponen yang relatif seragam. Dalam bagian ini, penulis akan merujuk pada USMCA (2018) untuk mewakili bentuk TIPs dan BIT Indonesia-Singapura (2018) untuk mewakili bentuk BIT, yang penulis anggap cukup komprehensif dan modern dibanding pengaturan klausul *National Treatment* dalam IIA lainnya, sehingga dapat memperlihatkan bahwa pengaturan yang cukup lengkap pun tetap memiliki celah.

Pasal 14.4 USMCA berbunyi demikian:

“

(1) Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory.

- (2) *Each Party shall accord to covered investments treatment no less favorable than that it accords, in like circumstances, to investments in its territory of its own investors with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.*
- (3) *The treatment accorded by a Party under paragraphs 1 and 2 means, with respect to a government other than at the central level, treatment no less favorable than the most favorable treatment accorded, in like circumstances, by that government to investors, and to investments of investors, of the Party of which it forms a part.*
- (4) *For greater certainty, whether treatment is accorded in “like circumstances” under this Article depends on the totality of the circumstances, including whether the relevant treatment distinguishes between investors or investments on the basis of legitimate public welfare objectives.”⁷⁰*

Terjemahan Bahasa Indonesia (bukan terjemahan resmi) dari pasal di atas adalah sebagai berikut:

- (1) Masing-masing Pihak harus memberikan perlakuan yang tidak kurang menguntungkan kepada investor dari Pihak lain daripada yang diberikannya, dalam keadaan serupa, kepada investornya sendiri sehubungan dengan pendirian, akuisisi, perluasan, pengelolaan, pelaksanaan, pengoperasian, dan penjualan atau pengalihan lainnya terkait investasi di wilayahnya.
- (2) Masing-masing Pihak harus memberikan perlakuan yang tidak kurang menguntungkan kepada investasi yang tercakup [dalam perjanjian ini] daripada yang diberikannya, dalam keadaan serupa, terhadap investasi di wilayahnya dari investornya sendiri sehubungan dengan pendirian, akuisisi, perluasan, manajemen, perilaku, operasi, dan penjualan atau pengalihan lainnya terkait investasi.
- (3) Perlakuan yang diberikan oleh suatu Pihak berdasarkan ayat 1 dan 2 berarti, sehubungan dengan pemerintah selain di tingkat pusat, perlakuan yang tidak kurang menguntungkan dari perlakuan yang paling menguntungkan yang diberikan, dalam keadaan serupa, oleh pemerintah tersebut kepada investor, dan untuk investasi dari para investor, dari Pihak yang menjadi bagiannya.
- (4) Untuk tujuan kepastian, perlakuan yang diberikan dalam “keadaan serupa” berdasarkan Pasal ini tergantung pada keseluruhan keadaan, termasuk apakah perlakuan yang

⁷⁰ U.S – Mexico – Canada Agreement (ditandatangani 30 November 2018, mulai berlaku 1 Juli 2020), Pasal 14.4.

relevan membedakan antara investor atau investasi berdasarkan tujuan kesejahteraan umum yang sah.

Pasal 4 BIT antara Indonesia dan Singapura (2018) berbunyi demikian:

“Each Party shall accord to investments of investors of the other Party treatment no less favourable than that it accords, in like circumstances, to investments in its territory of its own investors with respect to the management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.

(1) For greater certainty, the treatment to be accorded by a Party under paragraph 1 means, with respect to a regional level of government, treatment no less favourable than the most favourable treatment accorded, in like circumstances, by that regional level of government to investments of investors, of the Party of which that regional level of government forms a part.”⁷¹

Dengan catatan kaki sebagai berikut:

“For greater certainty, whether treatment is accorded in “like circumstances” under Article 4 (National Treatment) or Article 5 (Most-Favoured-Nation Treatment) depends on the totality of the circumstances, including whether the relevant treatment distinguishes between investments on the basis of legitimate public welfare objectives.”

Terjemahan Bahasa Indonesia (bukan terjemahan resmi) dari pasal di atas adalah sebagai berikut:

- (1) Masing-masing Pihak harus memberikan perlakuan yang tidak kurang menguntungkan kepada investasi oleh investor dari Pihak lain daripada yang diberikannya, dalam keadaan serupa, kepada investasi oleh investornya sendiri di wilayahnya sehubungan dengan pengelolaan, pelaksanaan, pengoperasian, dan penjualan atau pengalihan lainnya terkait investasi.
- (2) Untuk tujuan kepastian, perlakuan yang harus diberikan oleh suatu Pihak berdasarkan ayat 1 berarti, sehubungan dengan tingkat pemerintahan regional, perlakuan yang tidak kurang menguntungkan dari perlakuan yang paling menguntungkan yang diberikan, dalam keadaan serupa, oleh tingkat pemerintahan regional tersebut untuk investasi oleh investor, dari Pihak yang tingkat pemerintahan daerahnya menjadi bagian.

Dengan catatan kaki sebagai berikut:

⁷¹ Agreement between the Government of the Republic of Singapore and the Government of the Republic of Indonesia on the Promotion and Protection of Investments (Indonesia-Singapura) (ditandatangani 11 Oktober 2018), Pasal 4.

Untuk tujuan kepastian, perlakuan yang diberikan dalam “keadaan serupa” berdasarkan Pasal 4 (Perlakuan Nasional) atau Pasal 5 (Perlakuan Bangsa yang Paling Disukai) tergantung pada keseluruhan keadaan, termasuk apakah perlakuan yang relevan membedakan antara investasi berdasarkan tujuan kesejahteraan umum yang sah.

Dari kedua klausul *National Treatment* di atas, dapat dimengerti mengapa klausul *National Treatment* dinilai bersifat relatif seragam atau homogen. USMCA adalah TIPS yang disepakati oleh Amerika Serikat, Meksiko, dan Kanada, sedangkan BIT Indonesia-Singapura (2018) adalah BIT antara dua negara di Asia Tenggara. Keduanya memiliki perbedaan yang cukup signifikan secara geografis dan bahkan berbeda jenis IIA, namun klausul *National Treatment* yang tercantum di dalamnya memiliki banyak kesamaan secara substansial.

Menelaah lebih jauh terkait elemen ‘*like circumstances*’, kedua klausul *National Treatment* di atas memberikan catatan tambahan bahwa ‘*like circumstances*’ bergantung pada keseluruhan keadaan (‘*totality of circumstances*’). Hal ini di satu sisi menjelaskan bahwa dalam melakukan penilaian, majelis arbitrase hendaknya memperhatikan seluruh keadaan yang relevan dalam menentukan ‘*likeness*’ dari para investor dan/atau investasi, namun di sisi lain juga dapat menjadi bola liar apabila majelis arbitrase menafsirkannya dengan terlalu luas.

Ketika membahas soal penyusunan klausul, menurut penulis, hal yang terpenting adalah menentukan tujuan dari adanya klausul tersebut. Tujuan dari standar *National Treatment* sederhananya adalah untuk melarang diskriminasi atas dasar kebangsaan investor⁷² serta menetralsir adanya potensi *host state* untuk melakukan tindakan proteksionisme terhadap investor domestiknya dalam menghadapi persaingan usaha dengan investor asing.⁷³ Elemen ‘*like circumstances*’, sebagaimana telah dijelaskan dalam bagian sebelumnya, tentu membantu memberikan batasan keberlakuan standar *National Treatment* sehingga jelas bahwa standar *National Treatment* hanya berlaku apabila investor asing berada dalam ‘*like circumstances*’ dengan investor domestik. Penambahan keterangan ‘*totality of circumstances*’ memperjelas bahwa keadaan yang dinilai harus dilihat secara komprehensif. Namun, hal ini tidak memberikan kejelasan dan kepastian mengenai batu uji apa saja yang harus dipertimbangkan sehingga tujuan dari klausul *National Treatment* dapat tercapai, seluruhnya tetap tergantung interpretasi majelis arbitrase. Tidak ada penjelasan bahwa ‘*like circumstances*’ ini harus dinilai dari adanya kesamaan sektor yang harus

⁷² VanDuzer, Simons, dan Mayeda, “Integrating Sustainable Development ...”, hlm. 115.

⁷³ Reinisch dan Schreuer, *International Protection of...*, hlm. 607.

spesifik, hubungan persaingan, atau rezim hukum yang sama. Tanpa adanya batu uji penjasar seperti ini, putusan atas dugaan pelanggaran standar *National Treatment* tidak lepas dari inkonsistensi.

Apabila batu uji-batu uji penentu dianggap terlalu rinci dan limitatif, untuk menghindari inkonsistensi penafsiran klausul *National Treatment*, dapat diperjelas tujuan yang ingin dicapai dari perlakuan non-diskriminatif yang ingin dilakukan. Sedikit mencontoh lingkup perdagangan internasional, Pasal III ayat (1) GATT menyebutkan bahwa perbedaan perlakuan tidak boleh dilakukan untuk tujuan proteksionisme terhadap produksi domestik.⁷⁴ Dimasukkannya tujuan anti-proteksionisme dalam klausul *National Treatment* dalam GATT memperjelas bahwa harus ada perlakuan yang sama dan non-diskriminatif, yang berperan sebagai rumusan anti-gagal (*fail-safe*) untuk memastikan bahwa perbedaan perlakuan tidak dilakukan untuk tujuan diskriminasi terhadap investor asing,⁷⁵ sehingga interpretasi majelis arbitrase akan berangkat dari tujuan itu dalam menentukan ‘*like circumstances*’ dan ada tidaknya pelanggaran standar *National Treatment*. Tanpa pengaturan tambahan baik penjelasan batu uji maupun penyertaan tujuan, penerapan klausul *National Treatment*, seberapa panjang pun rumusannya, tetap rentan terhadap inkonsistensi dan kontroversi.

PENUTUP

Kesimpulan

Konsep ‘*like circumstances*’ merupakan elemen signifikan dalam penerapan standar *National Treatment*. Penentuan ‘*like circumstances*’ yang tepat akan mendukung penerapan standar *National Treatment* yang adil. Konsep ini sederhananya merujuk pada suatu perbandingan, di mana perlakuan yang sama hanya dapat diberikan kepada investor asing dan domestik yang berada dalam keadaan serupa. Namun, penerapan ‘*like circumstances*’ sebagai elemen penting dalam standar *National Treatment* seringkali inkonsisten.

Salah satu penyebabnya adalah pengaturan ‘*like circumstances*’ dalam klausul *National Treatment* yang tidak menjabarkan batu uji-batu uji rujukan yang dapat digunakan oleh majelis

⁷⁴ (1) General Agreement on Tariffs and Trade (ditandatangani 30 Oktober 1947, mulai berlaku 1 Januari 1948), 55 UNTS 194, Pasal III ayat (1)-nya berbunyi demikian:

“*The contracting parties recognize that internal taxes and other internal charges, and laws, regulations and requirements affecting the internal sale, offering for sale, purchase, transportation, distribution or use of products, and internal quantitative regulations requiring the mixture, processing or use of products in specified amounts or proportions, should not be applied to imported or domestic products so as to afford protection to domestic production.*” (garis bawah ditambahkan).

⁷⁵ Jürgen Kurtz, “The Use and Abuse of WTO Law in Investor-State Arbitration: Competition and its Discontents”, *The European Journal of International Law*, Vol. 20, No. 3 (2009), hlm. 753.

arbitrase sebagai acuan untuk menentukan ‘*likeness*’ dari keadaan investor asing dan domestik, sehingga memberikan ruang bagi majelis arbitrase untuk menginterpretasikan derajat ‘*likeness*’ maupun lingkup ‘*circumstances*’ secara berbeda-beda. Namun, klausul *National Treatment* dalam beberapa IIA, seperti dalam USMCA dan BIT Indonesia-Singapura (2018) menyertakan istilah ‘*totality of circumstances*’ yang bertujuan untuk memperjelas bahwa penilaian ‘*like circumstances*’ harus memperhatikan seluruh aspek dari keadaan secara komprehensif. Klausul *National Treatment* dalam IIA yang dirujuk dalam pembahasan ini juga tidak menyebut tujuan dari standar *National Treatment* tersebut, sehingga ketika terjadi dugaan pelanggaran *National Treatment*, pembuktiannya tidak langsung dikaitkan dengan apakah tindakan *host state* menunjukkan proteksionisme terhadap investor domestik, yang dalam hal ini harus dibuktikan lagi melalui tahap berbeda.

Saran

Untuk meningkatkan konsistensi, mewujudkan kepastian hukum, serta demi tercapainya fungsi standar *National Treatment* yang bertujuan untuk menghindari proteksionisme yang berujung pada diskriminasi, penerapan ‘*like circumstances*’ harus diperhatikan, karena penentuan ‘*like circumstances*’ yang tepat dan komprehensif menentukan penerapan standar *National Treatment* yang adil. Penerapan ini harus mempertimbangkan seluruh fakta keadaan, dengan mengacu pada batu uji seperti penilaian sektor yang sama (termasuk standar penentuan derajat kesamaan sektor tersebut, apakah harus persis sama atau sekedar mirip), adanya hubungan persaingan, dan kesamaan rezim hukum antara investor asing dan investor domestik pembandingnya yang benar-benar dalam ‘*like circumstances*’ kecuali kebangsaannya, sehingga apabila mereka diperlakukan berbeda, jelaslah perbedaan itu disebabkan oleh diskriminasi terhadap investor asing.

Terkait dengan pengaturan ‘*like circumstances*’ dalam klausul *National Treatment*, dapat dipertimbangkan agar batu uji-batu uji acuan untuk menilai ‘*like circumstances*’ dimasukkan dalam klausul *National Treatment* dalam IIA. Disertakannya beberapa batu uji ini diharapkan dapat menjadi panduan yang lebih jelas bagi majelis arbitrase dalam menentukan aspek-aspek yang perlu diuji dalam menentukan ‘*like circumstances*’, daripada sekedar merujuk pada istilah ‘*totality of circumstances*’. Meskipun penulisan acuan ini dapat dipandang membatasi interpretasi majelis arbitrase yang mungkin harus mempertimbangkan aspek-aspek lain yang relevan, ditentukannya acuan minimum (mencakup namun tidak terbatas pada batu uji yang ditetapkan) diharapkan dapat menyediakan acuan standar yang memberikan kejelasan serta mendukung konsistensi penilaian kasus-kasus *National Treatment*, sehingga siapa pun majelis

arbitrase yang berwenang, dan bagaimana pun kasusnya, selalu ada tolok ukur yang jelas dan multiinterpretasi dalam menentukan ‘*like circumstances*’ dapat diminimalisasi, sehingga klausul *National Treatment* dapat diterapkan dengan semestinya.

DAFTAR REFERENSI

Buku

- Bjorklund, Andrea K. “The National Treatment Obligation.” Dalam Katia Yannaca-Small, *Arbitration under International Investment Agreements, A Guide to the Key Issues*. Ed. 2. Oxford: Oxford University Press, 2010. Hlm. 532-561.
- Gonzalez, Anabel, Christine Zhenwei Qiang, dan Peter Kusek. “Overview”. Dalam World Bank, *Global Investment Competitiveness Report 2017/2018: Foreign Investor Perspectives and Policy Implications*. Washington DC: The World Bank, 2018. Hlm. 1-17.
- Hasan, Muhammad Iqbal. *Hukum Investasi Internasional: Teori dan Implementasi*. Bandung: PT Refika Aditama, 2021.
- Newcombe, Andrew dan Lluís Paradell. *Law and Practice of Investment Treaties*. Alphen aan den Rijn: Kluwer Law International, 2009.
- Rajagukguk, Erman. *Hukum Investasi: Penanaman Modal Asing (PMA) dan Penanaman Modal Dalam Negeri (PMDN)*, cet. 1. Depok: Rajawali Pers, 2019.
- Reinisch, August dan Christoph Schreuer. *International Protection of Investments: The Substantive Standards*. Cambridge: Cambridge University Press, 2020.
- Sornarajah, M. *The International Law on Foreign Investment*, ed. 4. Cambridge: Cambridge University Press, 2017.

Artikel

- Bramantyo, Tito. “The Indonesian Government Participation in International Investment Law and its Reform.” *Indonesian Journal of International Law*, Vol. 19, No. 1, Article 1 (2021). Hlm. 101.
- Clodfelter, Mark. “National Treatment: ‘In Like Circumstances’.” *APEC-UNCTAD Regional Seminar on Investor-State Dispute Settlement, 2006/IEG/SEM/011* (2006). Hlm. 4.
- Dolzer, Rudolf. “Making the Most of International Investment Agreements: A Common Agenda – National Treatment: New Developments” makalah disajikan berdasarkan Symposium Co-Organized by ICSID, OECD and UNCTAD, 2005. Hlm. 1.
- Kurtz, Jürgen. “*The Use and Abuse of WTO Law in Investor-State Arbitration: Competition and its Discontents*.” *The European Journal of International Law*, Vol. 20, No. 3 (2009). Hlm. 753.
- Liao, Shipping. *Et al.* “National Treatment in International Investment Law.” *The Investment Treaty Arbitration Review*, ed. 7 (2022). Hlm. 1.
- VanDuzer, J. Anthony, Penelope Simons, dan Graham Mayeda. “Integrating Sustainable Development into International Agreements: A Guide for Developing Country Negotiators” makalah disajikan oleh Commonwealth Secretariat, 2013.

Laporan Instansi/Lembaga/Organisasi

UNCTAD. “National Treatment”, *UNCTAD Series on issues in international investment agreements*. UNCTAD/ITE/IIT/11. Vol. IV. Geneva: United Nations Publication, 1999.

World Trade Organization. “Trade and Foreign Direct Investment.” *WTO News, Trade and Foreign Direct Investment*, Press/57, 1996.

Skripsi/Tesis/Disertasi

Anozie. Nnaemeka. “Legal Analysis of the Scope of ‘Like Circumstances’ Concept under NAFTA National Treatment of Investments Obligation.” Tesis Master Faculty of Law of University of Ottawa, Kanada, 2017.

Dokumen Internasional

Agreement between Japan and The United Mexican States For The Strengthening Of The Economic Partnership (Jepang-Meksiko) (ditandatangani 17 September 2004, mulai berlaku 1 April 2005).

Agreement between the Government of the Republic of Singapore and the Government of the Republic of Indonesia on the Promotion and Protection of Investments (Indonesia-Singapura) (ditandatangani dan mulai berlaku 11 Oktober 2018).

General Agreement on Tariffs and Trade (ditandatangani 30 Oktober 1947, mulai berlaku 1 Januari 1948), 55 UNTS 194.

Treaty between the United States of America and the Republic of Ecuador concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment (ditandatangani 27 Agustus 1993, mulai berlaku 11 Mei 1997).

U.S – Mexico – Canada Agreement (ditandatangani 30 November 2018, mulai berlaku 1 Juli 2020).

Putusan Pengadilan atau Arbitrase Internasional

International Centre for the Settlement of Investment Disputes, *Apotex Holdings Inc. and Apotex Inc. v United States of America* (ICSID Case No. ARD (AF)/12/1, Award, 25 Agustus 2014).

International Centre for the Settlement of Investment Disputes, *Methanex Corporation v. United States of America*, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merits, (ICSID, 3 Agustus 2005).

International Centre for the Settlement of Investment Disputes, *United Parcel Service of America Inc. v. Government of Canada, Award on the Merits* (ICSID Case No. UNCT/02/1, 24 Mei 2007).

London Court of Internal Arbitration, *Occidental Exploration and Production Company v. Ecuador (I), Final Award* ((LCIA Case No. UN3467), 1 Juli 2004).

Pope & Talbot Inc. v. the Government of Canada, (*Pope & Talbot v Canada*) Awards on the Merits of Phase 2 [2001]. Arbitral Tribunal terdiri dari Lord Dervaird, Benjamin J. Greenberg, Murray J. Belman.

Situs Web

Dag Hammarskjöld Library of United Nations. “What are bilateral investment treaties (BITs) and where can I find them?”. United Nations, 7 April 2022. Tersedia pada <https://ask.un.org/faq/140380>. Diakses pada 1 Mei 2023.

Stone, Susan F. “Enhancing the Contribution of Preferential Trade Agreements to Inclusive and Equitable Trade: Investment provisions in PTAs and how they contribute to inclusive trade.” United Nations Economic and Social Commission for Asia and the Pacific (ESCAP). Tersedia pada <https://www.unescap.org/sites/default/files/5.1Investment%20provisions%20in%20PTAs%20and%20how%20they%20contribute%20to%20inclusive%20trade.pdf>. Diakses pada 1 Mei 2023.

Kamus

Kamus Inggris *Merriam-Webster*, tersedia pada <https://www.merriam-webster.com/dictionary/circumstance>, diakses pada 28 April 2023.

Kamus Inggris *Merriam-Webster*, tersedia pada <https://www.merriam-webster.com/dictionary/like>, diakses pada 28 April 2023.