

Konsep *Creeping Expropriation*: Interpretasi Majelis Arbiter Di Dalam Putusan ICSID Terkait *Creeping Expropriation*

Ayu Anezka Chandradevi
Fakultas Hukum Universitas Indonesia
Email: aynezka26@gmail.com

KATA KUNCI

Investasi Asing, *Creeping Expropriation*, ICSID.

ABSTRAK

Terdapat dua macam ekspropriasi yaitu (1) Ekspropriasi langsung dan (2) Ekspropriasi tidak langsung. Ekspropriasi tidak langsung memiliki berbagai macam bentuk salah satunya adalah *creeping expropriation* yang jika diartikan secara harafiah adalah ekspropriasi perlahan-lahan. Dalam artikel ini permasalahan yang akan diangkat adalah terkait dengan pengaturan dari *creeping expropriation* baik ditinjau dari peraturan-perundang-undangan nasional maupun perjanjian investasi internasional. Selain itu, akan dilakukan analisis terhadap putusan-putusan ICSID terkait *creeping expropriation* untuk mencari tahu interpretasi majelis arbiter terhadap *creeping expropriation*. Metode penelitian yang digunakan adalah metode penelitian yuridis normatif dengan menelusuri data sekunder dan data primer. Hasil dari penelitian ini adalah bahwa tidak terdapat pengaturan spesifik dan rinci terkait dengan *creeping expropriation* yang disebabkan oleh sifat dari *creeping expropriation* yang kasuistis sehingga penafsiran atas putusan-putusan ICSID yang telah berkekuatan hukum tetap merupakan salah satu jalan yang dapat ditempuh untuk mengetahui lebih lanjut terkait konsep *creeping expropriation*.

PENDAHULUAN

Tidak dapat dipungkiri bahwa perekonomian suatu negara sangat terpengaruh dari pertumbuhan penanaman modal asing yang masuk ke dalam negara tersebut (Mursyid, 2020). Bahkan tidak jarang disebutkan bahwa Investasi adalah alat pertumbuhan ekonomi. Sebelum negara-negara di dunia berlomba-lomba untuk menerbitkan undang-undang yang mengatur tentang investasi asing, undang-undang yang digunakan untuk mengontrol investasi asing dilakukan oleh undang-undang imigrasi. Negara-negara mulai mengatur terkait Penanaman Modal Asing di tingkat nasional melalui peraturan-peraturan nasional, kemudian lanjut mengatur ke tingkat internasional melalui Perjanjian Investasi Internasional/ International *Investment Agreement* (IIAs) baik di tingkat bilateral, regional dan multilateral (Setyoko et al., 2020). Perjanjian Investasi Internasional tingkat bilateral adalah Bilateral Investment Treaty (BIT), dimana BIT ini didefinisikan sebagai perjanjian internasional yang mengikat secara hukum diantara dua negara, dimana setiap negara berjanji, secara timbal balik, untuk mematuhi *standards of treatment* yang telah diatur oleh perjanjian dalam hubungannya dengan investor dari negara lain yang mengadakan kontrak (Kusnowibowo, 2021). BIT ini berisikan

Konsep Creeping Expropriation: Interpretasi Majelis Arbiter Di Dalam Putusan Icsid Terkait Creeping Expropriation

klausa-klausa untuk mendukung peningkatan, promosi dan perlindungan investasi, dimana salah satu klausa yang selalu ada di dalam BIT sebagai bentuk kontrol negara sebagai host-state dan perlindungan terhadap investor adalah klausa terkait nasionalisasi dan ekspropriasi.

Ekspropriasi sendiri terbagi menjadi dua yaitu (1) Ekspropriasi langsung dan (2) Ekspropriasi tidak langsung, dimana ekspropriasi tidak langsung ini memiliki banyak bentuk yang salah satunya adalah *Creeping Expropriation*. Sampai saat ini belum ditemukan Istilah bahasa Indonesia dari *Creeping Expropriation* yang memiliki makna sebanding, sehingga dalam penelitian ini istilah yang akan digunakan adalah istilah *Creeping Expropriation* (Hermanto, 2019). Apabila melihat kedalam situ ICSID, dapat kita ketahui bahwa terdapat banyak sengketa-sengketa dengan Ekspropriasi sebagai pokok permasalahan utamanya (Rudi, 2018). Pengaturan terkait Ekspropriasi baik di dalam peraturan perundang-undangan nasional di Indonesia maupun secara internasional tidaklah diatur secara spesifik dan rinci, hal ini disebabkan oleh sifat dari ekspropriasi yang sangat kasuistis terlebih lagi ekspropriasi tidak langsung. Konsep ekspropriasi ini suatu hal yang mengkhawatirkan bagi negara-negara barat apalagi saat ini investasi asing berkembang dalam skala yang cukup besar karena adanya globalisasi dan tren liberalisasi ekonomi dari banyak negara-negara berkembang.

Berangkat dari fakta bahwa konsep ekspropriasi yang cenderung kasuistis dan pengaturannya juga tidak diatur secara rinci, penulis tertarik untuk menulis artikel terkait konsep dan penerapan dari ekspropriasi tidak langsung ini dengan menelaah peraturan perundang-undangan dengan tujuan untuk mengetahui pengaturan terkait ekspropriasi di Indonesia, kemudian menelaah perjanjian internasional dalam hal ini adalah Bilateral Investment Treaties (BITs) untuk mengetahui pengaturan terkait pengaturan ekspropriasi dilihat dari sisi hukum internasional dan juga menganalisis putusan-putusan ICSID berkekuatan hukum tetap yang ada untuk mengetahui interpretasi secara kasuistis terkait dengan ekspropriasi yang dikemukakan oleh majelis arbiter pada masing-masing putusan. Sehingga kemudian penulis menulis penelitian dengan judul “**Konsep *Creeping Expropriation: Interpretasi Majelis Arbiter di Dalam Putusan ICSID Terkait *Creeping Expropriation****”.

METODE PENELITIAN

Penelitian ini dilakukan dengan bentuk penelitian Yuridis-Normatif dengan melakukan analisis terhadap sumber hukum tertulis baik sumber hukum sekunder maupun sumber hukum primer. Penulis menggunakan penelitian hukum normatif dalam bentuk deskriptif untuk menganalisis interpretasi majelis arbiter terkait dengan sengketa *creeping expropriation*.

HASIL DAN PEMBAHASAN

A. Konsep Ekspropriasi Secara Umum

Di dalam Hukum Investasi, istilah Nasionalisasi dan Ekspropriasi adalah istilah yang tidak jarang muncul di dalam literatur-literatur. Selain kedua istilah diatas, terdapat sebuah istilah lain yang juga juga tidak jarang didengar yaitu Konfiskasi. Ketiganya mungkin terlihat mengandung makna yang sama secara sekilas, namun ketiganya memiliki makna yang berbeda. Beberapa definisi terkait Nasionalisasi telah dikemukakan oleh ahli dan institusi, salah satunya adalah oleh Konstantin Katzarov yang mengatakan bahwa nasionalisasi adalah

Konsep Creeping Expropriation: Interpretasi Majelis Arbiter Di Dalam Putusan Icsid Terkait Creeping Expropriation

suatu transformasi oleh karena adanya kepentingan publik yang utama atas properti atau aktifitas tertentu yang dalam hal ini merupakan milik swasta untuk kemudian menjadi milik bersama. Ketika terjadi suatu nasionalisasi oleh negara, maka sebenarnya yang diambil alih bukanlah semata-mata barang atau modal melainkan operasi dinamika atas barang atau modal di suatu perusahaan (Litvinoff, 1999). Nasionalisasi biasanya merujuk pada pengambilalihan properti di seluruh sektor ekonomi secara masif atau dalam skala besar, dimana contoh paling historikalnya adalah pasca perang dunia ke-2 dimana negara-negara koloni melakukan nasionalisasi sebagai langkah penting dalam proses dekolonisasi yang mereka lakukan (Series, 2000).

Istilah Ekspropriasi ini merupakan berasal dari kata “*Ex-Propriare*” yang memiliki arti penghilangan atau pengambil alihan, dimana kata ini merupakan bahasa latin (Manopo, 2021). Secara sederhananya, ekspropriasi diartikan sebagai perampasan atas hak milik, baik secara legal maupun illegal. Perbedaan diantara istilah Nasionalisasi dan Ekspropriasi terletak pada kata ‘kompensasi’, dimana seringkali nasionalisasi dilakukan tanpa adanya kompensasi walau tidak mustahil juga dilakukan dengan kompensasi, namun ekspropriasi ini adalah suatu pengambilalihan dengan kompensasi (Rahmi Jened, 2016). Contoh negara yang merasa bahwa pengaturan terkait ekspropriasi adalah hal yang sangat penting adalah China yang berangkat dari latar belakang dan ideologi negara. Di dalam Undang-Undang Penanaman Modal Asing-nya ditegaskan bahwa tidak akan ada tindakan ekspropriasi tanpa adanya kompensasi. Jaminan seperti ini penting bagi investor asing yang akan menanamkan modalnya di China, karena ancaman terbesar ketika mereka menanamkan modalnya di China terhapuskan dengan adanya klausa pengaturan ekspropriasi seperti ini di peraturan perundang-undangannya (Chandrawulan, Amalia, & Rachmawati, 2021).

Ekspropriasi sendiri terbagi menjadi dua yaitu (1) Ekspropriasi Langsung (*Direct Expropriation*) dan (2) Ekspropriasi Tidak Langsung (*Indirect Expropriation*). Ekspropriasi langsung sesuai dengan namanya adalah ekspropriasi yang dilakukan secara langsung dan terang-terangan, dimana terjadi pengambil alihan aset milik suatu penanam modal asing oleh negara melalui penerbitan peraturan atau keputusan. Sedangkan Ekspropriasi Tidak Langsung sebagaimana diartikan oleh *Free Trade Agreement* antara Amerika dan Singapura sebagai suatu aksi atau rangkaian aksi oleh suatu pihak yang memiliki efek yang sama seperti ekspropriasi langsung yang dilakukan tanpa adanya perpindahan hak yang dilakukan secara formal atau tanpa adanya pengambilalihan secara terang-terangan (Subedi, 2006). Apabila melihat dari beberapa peraturan-peraturan internasional yang berlaku, seperti The 1992 World Bank Guidelines, NAFTA, dan The 1994 *Energy Charter Treaty* dapat disimpulkan bahwa tindakan ekspropriasi bukanlah suatu tindakan yang dilarang. Di dalam peraturan-peraturan

Konsep Creeping Expropriation: Interpretasi Majelis Arbiter Di Dalam Putusan Icsid Terkait Creeping Expropriation

internasional itu, terdapat suatu kesamaan dimana klausa terkait ekspropriasi ini diuntai sedemikian rupa sehingga menghasilkan klausa yang menyatakan bahwa Suatu negara tidak diperkenankan untuk melakukan ekpropriasi atau nasionalisasi baik secara langsung maupun tidak langsung terhadap investor asing kecuali ekspropriasi atau nasionalisasi yang dilakukan itu dilakukan sesuai dengan prosedur-prosedur dan alasan-alasan yang dapat diterima (Kabir, 2021). Sehingga dari sini dapat disimpulkan bahwa Ekspropriasi itu tidak dilarang oleh hukum internasional. Setelah mengetahui definisi dari Nasionalisasi dan Ekspropriasi, dapat disimpulkan bahwa nasionalisasi dapat dipersamakan sebagai ekspropriasi yang dilakukan dengan skala besar dan dilakukan secara *sector-based* (Setiawan, 2022).

Ekspropriasi tidak langsung memiliki banyak bentuk, beberapa diantaranya selain dari *creeping expropriation* adalah (1) *De-Facto Expropriation* atau juga sering disebut sebagai *Constructive Expropriation* adalah ekspropriasi yang terjadi ketika ada pengambilalihan lahan oleh pemerintah yang berwenang tanpa adanya proses formal yang mendahului, (2) *Disguised Expropriation* yang merupakan suatu situasi dimana pemerintah yang berwenang melakukan ekspropriasi terhadap suatu properti milik investor asing tanpa melabeli bahwa tindakannya adalah suatu tindakan ekspropriasi dan pemerintah tersebut merasa tidak perlu membayarkan kompensasi yang seharusnya karena tindakan mereka bukanlah tindakan ‘ekspropriasi’, selanjutnya (3) *Regulatory Expropriation* yang diartikan sebagai tindakan ekspropriasi yang dilakukan pemerintah dengan pengaturan atau pembuatan peraturan-peraturan yang menunjang dilakukannya ekspropriasi yang tidak dapat dilihat secara kasat mata dan harus dibuktikan berdasarkan *case-by-case* (Ekaristi, n.d.).

Lantas harus seperti apakah pelaksanaan ekspropriasi yang dilakukan oleh negara kepada penanam modal asing agar ekspropriasi yang dilakukan tidak melanggar ketentuan hukum internasional alias dilakukan secara sah (*Lawful Expropriation*)? UNCTAD menyatakan bahwa terdapat empat kriteria agar suatu tindakan pengambilalihan oleh negara dapat dikatakan sebagai *lawful expropriation* (Sutanto, 2021). Pertama, Ekspropriasi dilakukan untuk kepentingan publik suatu negara yang artinya bukan dilakukan untuk kepentingan kelompok tertentu saja apalagi untuk kepentingan individu tertentu. Setiap negara menggunakan terminologi yang berbeda-beda terkait dengan “*Public Interest*”, seperti misalnya “*Public Purpose*”. “*National Interest*”, “*Public Necessity*”, “*Internal Needs*” dan masih banyak lagi (Libriyanti, 2019). Kedua, Ekspropriasi tidak dilakukan secara diskriminatif yang artinya tidak boleh ada tindakan yang mengindikasikan adanya perbedaan perlakuan terhadap warga negaranya dengan warga negara asing (Zamzami, 2020). Ketiga, Ekspropriasi dilakukan berdasarkan proses hukum dimana secara prinsip terdapat dua hal yang harus diperhatikan agar suatu ekspropriasi itu dikatakan sesuai dengan proses hukum

Konsep Creeping Expropriation: Interpretasi Majelis Arbiter Di Dalam Putusan Icsid Terkait Creeping Expropriation

yang berlaku yaitu (1) Ekspropriasi dilakukan sesuai dengan prosedur yang berlaku di dalam peraturan perundang-undangan domestik dan juga secara internasional dan (2) Sebelum Ekspropriasi dilakukan, penanam modal asing diperkenankan melakukan peninjauan atas keadaannya kepada badan independen yang tidak berpihak. Keempat, Ekspropriasi harus dilakukan dengan adanya kompensasi yang mana harus dilakukan valuasi dengan berbagai macam metode. Metode yang seringkali didengar adalah antara lain *Hull Formula*, dimana metode ini memiliki tiga prinsip utama yaitu Segera (*Prompt*), Memadai (*Adequate*) dan Efektif (*Effective*) (Kadir, 2017). *Hull Formula* ini merupakan metode kompensasi yang sudah diterima secara internasional dan banyak diaplikasikan ke dalam BITs (Juli, 2020). *Hull Formula* diterapkan pertama kali oleh Menteri Luar Negeri Amerika Serikat Cordell Hull yang pada waktu itu memiliki kepentingan, dimana terjadi nasionalisasi investasi asing milik Amerika Serikat di Meksiko (Rajagukguk, 2019).

UNCTAD telah memberikan deskripsi mengenai elemen-elemen apa saja yang harus dianalisis untuk mengetahui suatu tindakan pemerintah mengindikasikan terjadinya suatu ekspropriasi tidak langsung, yaitu:

- a. Analisis dampak dari tindakan-tindakan yang dilakukan oleh negara
- b. Analisis mengenai harapan/kepercayaan yang dimiliki oleh pihak penanam modal bahwa suatu tindakan tertentu tidak akan dilakukan oleh negara tuan rumah
- c. Analisis mengenai sifat, tujuan dan karakteristik dari tindakan-tindakan yang dilakukan negara

Salah satu bentuk ekspropriasi tidak langsung adalah *creeping expropriation*, dimana, secara singkat, dapat diartikan sebagai ekspropriasi yang terjadi secara perlahan atau juga dapat dikatakan terjadi secara bertahap. Sebelum berkembang seperti saat ini, *creeping expropriation* seringkali tidak mendapat perhatian hukum oleh karena belum adanya mekanisme hukum yang dapat bereaksi secara cepat dan efisien terhadap terjadinya situasi ini (Weston, 1975). Selain definisi yang telah dijabarkan diatas, *creeping expropriation* juga dapat diartikan sebagai ekspropriasi yang terjadi secara perlahan dan bertahap terhadap satu atau lebih hak kepemilikan oleh penanam modal asing yang mengakibatkan berkurangnya nilai investasi yang dimiliki penanam modal asing tersebut (Leon, 2009). *Creeping Expropriation* oleh Reisman & Sloane digambarkan sebagai suatu tindakan ekspropriasi yang dicapai dengan rangkaian peraturan yang kumulatif atau kelalaian dalam jangka waktu yang lama, yang mana tindakan tersebut tidak dapat diidentifikasi sebagai peristiwa yang menentukan terkait dengan pengambilalihan hak dari nilai investasi (Sloane & Reisman, 2004). Karena pada prinsipnya, *Creeping Expropriation* tidak dapat didefinisikan oleh satu peraturan saja sebab mencoba untuk mengidentifikasi kapan suatu tindakan pemerintah

Konsep Creeping Expropriation: Interpretasi Majelis Arbiter Di Dalam Putusan Icsid Terkait Creeping Expropriation

mensyaratkan adanya suatu pengurangan hak milik dari suatu penanam modal sendiri merupakan suatu pekerjaan yang menantang bahkan bagi Pengadilan Internasional (Soliman, Hagar, Ibid, & El Sayed, 2015).

Dalam hal terjadinya ekspropriasi, maksud dan tujuan dari dilakukannya tindakan ekspropriasi oleh pemerintah tidak sepenting efek yang dihasilkan dari tindakan yang dilakukan oleh negara tersebut dan bentuk dari tindakan atau ikut campurnya suatu pemerintah tidak sepenting dampak yang dihasilkan dari tindakan tersebut (Bangun, 2017). Bahkan dibanding penerbitan peraturan-peraturan oleh pemerintah dalam rangka pengurangan hak kepemilikan investor asing, rangkaian aksi konkrit yang dilakukan oleh pemerintah lebih memberikan dampak yang nyata dalam ekspropriasi (Syahputra, 2021).

Sebagaimana diketahui bahwa salah satu tujuan adanya hukum investasi internasional adalah untuk melindungi penanam modal asing ketika melakukan penanaman modal di suatu negara, maka menjadi wajar jika normalnya di dalam *Bilateral Investment Treaty* (BITs) terdapat klausa-klausa khusus yang mengatur mengenai ekspropriasi. Dimana adanya klausa terkait ekspropriasi ini agar tidak ada ekpropriasi yang terjadi tanpa pemberian kompensasi (Mohajeri & Firoozmand, 2022). Melihat bahwa tidak jarang adanya sengketa investasi internasional yang permasalahan utamanya berpusat pada ekspropriasi maka penting untuk mengetahui pengaturan mengenai ekspropriasi, terlebih spesifiknya terkait *creeping expropriation* di Indonesia yang mana hal ini akan dibahas pada bagian selanjutnya.

B. Pengaturan *Creeping Expropriation* di Indonesia

Ekspropriasi bukanlah istilah asing bagi Negara Indonesia, sebab sejak awal kemerdekaanpun Indonesia sudah pernah melakukan tindakan pengambilalihan atas perusahaan asing yang mayoritas pada saat itu merupakan perusahaan-perusahaan milik Belanda. Beberapa berhasil namun beberapa juga ada yang gagal, tetapi pada intinya tindakan pengambilalihan bukanlah suatu istilah yang baru-baru ini saja muncul di Negara Indonesia. Tetapi karena pada zaman itu istilah yang sering digunakan adalah istilah nasionalisasi, maka seolah-olah istilah ekspropriasi adalah sesuatu yang baru di ranah ilmu hukum di Indonesia. Nasionalisasi yang pernah dilakukan oleh Indonesia salah satunya adalah nasionalisasi yang dilakukan terhadap perkebunan-perkebunan milik belanda yang kemudian menjadi perusahaan negara perkebunan (Rajagukguk, 2019). Lalu mengingat sisi historis dari Nasionalisasi di Indonesia ini, bagaimanakah pemerintah indonesia mengatur terkait Nasionalisasi dan Ekspropriasi di dalam peraturan perundang-undangannya? Berikut merupakan penjabaran terkait pengaturan Nasionalisasi dan Ekspropriasi baik di dalam peraturan perundang-undangan nasional maupun perjanjian internasional yang ditandatangani oleh Indonesia.

Konsep Creeping Expropriation: Interpretasi Majelis Arbiter Di Dalam Putusan Icsid Terkait Creeping Expropriation

Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal Pasal 7 mengatur secara singkat terkait dengan nasionalisasi, dimana pada ayat (1) dinyatakan bahwa kecuali dengan undang-undang, Pemerintah Indonesia tidak akan melakukan nasionalisasi atau pengambilalihan hak kepemilikan penanam modal. Berdasarkan ayat ini, walau ekspropriasi tidak disebutkan secara spesifik tetapi dengan adanya frasa “atau pengambilalihan hak kepemilikan penanaman modal” maka sudah dapat dianggap bahwa yang juga dimaksud dengan frasa tersebut adalah ekspropriasi. Selanjutnya pada ayat (2) dijelaskan pula bahwa apabila pemerintah Indonesia melakukan tindakan pengambilalihan hak kepemilikan penanam modal maka tindakan tersebut akan disertai dengan kompensasi sesuai dengan valuasi harga pasar dimana pengaturan terkait kompensasi oleh pemerintah dalam hal terjadinya nasionalisasi atau ekspropriasi sebagaimana diatur di dalam Pasal 7 ayat (2) ini sejakan dengan syarat *lawful expropriation* sebagaimana sudah dijelaskan sebelumnya, walau terkait dengan tiga syarat lainnya tidak diadaptasikan di dalam UU PMA. Nampaknya, UU PMA menganggap bahwa kompensasi adalah satu-satunya syarat untuk dapat mengatakan bahwa suatu tindakan ekspropriasi yang dilakukan pemerintah adalah ekspropriasi yang sah secara hukum.

Kemudian pada ayat (3) ditegaskan mengenai penyelesaian sengketa terkait tindakan pengambilalihan hak ini akan diselesaikan melalui arbitrase yang artinya penyelesaian sengketa yang ditimbulkan dari Nasionalisasi atau Ekspropriasi dan tindakan-tindakan sejenis lainnya bukan dilakukan melalui pengadilan setempat, melainkan melalui arbitrase. Walau begitu, dapat diketahui bahwa UU PMA tidak mengatur secara spesifik mengenai *creeping expropriation*. Selain melihat kepada Undang-Undang yang berlaku, selanjutnya pengaturan terkait ekspropriasi juga akan dilihat dari beberapa BITs yang telah ditandatangani dan telah berjalan yaitu BIT Indonesia-Inggris (1976), BIT Indonesia-Singapura (2018) dan BIT Indonesia-Persatuan Emirat Arab (2019).

BIT Indonesia-Inggris sudah ditandatangani sejak tahun 1976 dan sudah mulai berlaku sejak tahun 1977, dimana di dalam BIT ini klausa mengenai ekspropriasi diatur di dalam Pasal 5 yang terbagi menjadi dua ayat. Pasal 5 ayat (1) pada intinya melarang adanya nasionalisasi, ekspropriasi atau bentuk pengambilalihan hak lainnya yang ekuivalen dengan nasionalisasi atau ekspropriasi untuk dilakukan kecuali demi kepentingan nasional dan dengan kompensasi (Kusnowibowo, 2021). Ayat (1) juga mengatur bahwa kompensasi harus sesuai dengan harga pasar dan harus dilakukan tanpa penundaan dan secara efektif dan juga harus mengikuti *due process of law*. Pasal 5 BIT Indonesia-Inggris ini tidak mencantumkan frasa ekspropriasi langsung maupun ekspropriasi tidak langsung, sehingga juga tidak ditemukan pengaturan spesifik terkait dengan *creeping expropriation*.

Konsep Creeping Expropriation: Interpretasi Majelis Arbiter Di Dalam Putusan Icsid Terkait Creeping Expropriation

Selanjutnya beralih kepada BIT Indonesia-Singapura yang ditandatangani pada tahun 2018 dan kemudian berlaku semenjak tahun 2021. Terdapat perbedaan diantara redaksi pasal yang mengatur terkait ekspropriasi, dimana pada BIT ini klausa yang mengatur mengenai Ekpropriasi ditemukan di dalam Pasal 6. Pada Pasal 6 angka 1 tertulis bahwa baik pihak pemerintah negara tempat modal ditanamkan maupun penanam modal tidak boleh melakukan ekspropriasi, nasionalisasi atau tindakan pengambilalihan hak yang ekuivalen dengan nasionalisasi atau ekspropriasi, baik secara langsung atau tidak langsung, kecuali dilakukan untuk kepentingan publik, dilakukan tanpa adanya diskriminasi, dilakukan dengan adanya kompensasi yang bersifat Segera (*Prompt*), Memadai (*Adequate*) dan Efektif (*Effective*), dan sesuai dengan proses hukum yang berlaku (Hardori, 2021). Pada hakikatnya, redaksi pasal mengenai ekspropriasi di dalam BIT Indonesia-Perstauan Emirat Arab adalah sama persis dengan redaksi pasal di dalam BIT Indonesia-Inggris.

Beberapa hal menarik yang dapat dilihat dari redaksi klausa ini adalah bahwa pada BIT Indonesia-Singapura sudah terdapat frasa ekspropriasi langsung dan ekspropriasi tidak langsung, yang mana artinya penggunaan klausa ekspropriasi dalam BIT ini mengalami perluasan makna yang mencakup juga ekspropriasi tidak langsung. Hal ini juga diperjelas pada bagian *annex II* dari BIT ini yang menyatakan bahwa yang dimaksud dengan ekspropriasi adalah ekspropriasi langsung dan juga ekspropriasi tidak langsung. Suatu tindakan pemerintah dalam hal melakukan pengambilalihan hak dikatakan sebagai ekspropriasi tidak langsung membutuhkan adanya penelusuran secara kasuistis (*case by case*) dan diperlukan penyelidikan berdasarkan fakta yang mempertimbangkan hal-hal sebagai berikut yaitu (1) Akibat dari segi ekonomi yang ditimbulkan oleh tindakan pemerintah, (2) sejauh mana tindakan pemerintah mengakibatkan gangguan terhadap hal-hal tertentu dan (3) karakteristik dari tindakan pemerintah, termasuk di dalamnya tujuan tindakan dan juga mengenai kesepadanan tindakan tersebut kepada kepentingan public (Hardori, 2021). Kemudian, terlihat bahwa klausa ini menggunakan *Hull Formula* dalam hal prinsip pemberian kompensasi atas tindakan ekspropriasi atau nasionalisasi.

C. Pengaturan *Creeping Expropriation* di beberapa IIAs negara lain

Setelah dijabarkan contoh klausa terkait ekspropriasi pada bagian sebelumnya, dapat diketahui bahwa pengaturan terkait ekspropriasi tidak langsung, lebih spesifiknya mengenai *Creeping Expropriation*, tidak diatur dengan jelas dan rinci. Mengingat bahwa *Creeping Expropriation* merupakan suatu tindakan yang dapat diidentifikasi melalui penelusuran secara kasuistis, sampai saat ini masih belum ditemukan satu definisi yang seragam terkait dengan *Creeping Expropriation* (Sutanto, 2021). Sehingga biasanya, negara-negara lebih

Konsep Creeping Expropriation: Interpretasi Majelis Arbiter Di Dalam Putusan Icsid Terkait Creeping Expropriation

memfokuskan diri pada pencantuman faktor-faktor relevan terkait dengan tindakan pengambilalihan secara bertahap ini (Litvinoff, 1999).

Apabila melihat model klausa ekpropriasi yang dianut oleh Indonesia, dapat dikatakan bahwa Indonesia meniru model BIT Kanada dimana pada tahun 2004 silam Kanada mengeluarkan BIT yang memiliki penjelasan terkait apa yang dimaksud dengan ekspropriasi. Susunan kalimat yang digunakan dalam BIT Indonesia-Singapura (2018) pun persis dengan redaksi kalimat yang digunakan di dalam BIT Kanada pada tahun 2004. Berikut merupakan kutipan dari model BIT Kanada (2004) Annex B.13(1), *Expropriation*:

The Parties confirm their shared understanding that:

- a) Indirect expropriation results from a measure or series of measures of a Party that have an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure;*
- b) The determination of whether a measure or series of measures of a Party constitute an indirect expropriation requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:*
- c) the economic impact of the measure or series of measures, although the sole fact that a measure or series of measures of a Party has an adverse effect on the economic value of an investment does not establish that an indirect expropriation has occurred;*
- d) the extent to which the measure or series of measures interfere with distinct, reasonable investment-backed expectations; and*
- e) the character of the measure or series of measures (Litvinoff, 1999).*

Kemudian di tahun 2008, Cina menandatangani *Free Trade Agreement* (FTA) dengan Selandia Baru dimana terdapat variasi dari redaksi klausa terkait ekspropriasi sebagaimana dicantumkan di dalam bagian *Annex 13*-nya, berikut adalah variasi yang ada di dalam klausa pada China-New Zealand FTA (2008) (Litvinoff, 1999) :

- a. Suatu tindakan atau rangkaian tindakan tidak dapat dikatakan sebagai suatu ekspropriasi kecuali tindakan tersebut mengganggu hak kepemilikan atas suatu yang berwujud maupun tidak berwujud.
- b. Terdapat dua macam ekspropriasi yaitu Ekspropriasi Langsung yang terjadi ketika suatu negara mengambil alih properti milik penanam modal secara langsung, termasuk jika diambil alih secara nasionalisasi atau dengan paksaan/penyiaan. Sedangkan Ekspropriasi tidak langsung adalah tindakan pengambilalihan properti penanam modal oleh suatu negara dengan cara-cara yang ekuivalen dengan ekspropriasi langsung, yang mana tindakan itu merugikan investor secara substansi penggunaan properti milik penanam modal, walau cara yang dilakukan tidak seperti cara ekspropriasi langsung.

Konsep Creeping Expropriation: Interpretasi Majelis Arbiter Di Dalam Putusan Icsid Terkait Creeping Expropriation

- c. Untuk menentukan bahwa suatu tindakan adalah ekspropriasi langsung, maka pengambilalihan harus (1) parah atau untuk jangka waktu yang tidak ditentukan dan (2) tidak proporsional terhadap kepentingan publik.
- d. Pengambilalihan sangat mungkin dikatakan sebagai suatu ekspropriasi tidak langsung jika (1) efeknya bersifat diskriminatif dan (2) melanggar komitmen tertulis yang mengikat.

Sehingga dari contoh klausa diatas dapat diketahui bahwa beberapa negara mencoba memberikan variasi terhadap apa yang dimaksud dengan Ekspropriasi tidak langsung. Perlu diingat bahwa walau definisi yang diberikan terkait *Creeping Expropriation* itu seringkali dipersamakan dengan *Indirect Expropriation*, tetapi pada prinsipnya, *Creeping Expropriation* merupakan bagian dari *Indirect Expropriation*. Sehingga klausa-klausa yang menjejawantahkan terkait *Indirect Expropriation* tidak langsung semata-mata dipersamakan sebagai klausa yang secara khusus mengatur mengenai *Creeping Expropriation*. Sehingga untuk mengetahui seperti apakah suatu tindakan dikatakan sebagai *Creeping Expropriation*, maka haruslah melihat kepada putusan-putusan yang dikeluarkan oleh Majelis Arbiter karena sebagaimana telah disebutkan sebelumnya bahwa *Indirect Expropriation* itu harus dilihat secara kasuistis.

D. Interpretasi Majelis Arbiter ICSID terkait *creeping expropriation* melalui putusan pengadilan internasional

Walau pengaturan spesifik, terperinci dan mendetail terkait dengan *Creeping Expropriation* sukar untuk ditemukan di dalam perjanjian-perjanjian internasional, tetapi keberadaannya diakui oleh dunia internasional. Sebab dalam beberapa putusan arbitrase oleh ICSID terdapat interpretasi dari istilah *Creeping Expropriation*. Karena sampai saat ini Indonesia belum pernah bersengketa terkait dengan permasalahan ekspropriasi di ICSID, maka contoh-contoh interpretasi terkait *Creeping Expropriation* berasal dari sengketa-sengketa yang sudah pernah dilalui oleh negara lain. Terdapat tiga kasus yang akan dianalisis di dalam bagian ini yaitu (1) Sengketa ICSID antara Generation Ukraine Inc. melawan Pemerintah Ukraina, (2) Sengketa ICSID antara Siemens A.G melawan Pemerintah Republik Argentina dan (3) Sengketa ICSID antara *Burlington Resources Inc.* melawan pemerintah Ekuador.

1. *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9*

Di Tahun 2000, terdapat sebuah putusan yang dikeluarkan oleh ICSID dimana yang menjadi penggugat (*Claimant*) adalah Generation Ukraine Inc. (U.S) dan yang menjadi tergugat (*Respondent*) adalah Ukraina, putusan ini dikenal sebagai *Generation Ukraine Inc. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/00/9*. Pada tahun 1992, penggugat didorong untuk melakukan investasi di Ukarina yang kemudian terbentuklah sarana investasi lokal yang disebut sebagai Heneratsiya Ltd (Khizanishvili, 2021). Kemudian, Heneratsiya ini mendapat persetujuan untuk melakukan suatu proyek spesifik tetapi beberapa waktu kemudian pemerintah yang berwenang melakukan turut campur atas realisasi proyek tersebut selama enam tahun. Perbuatan pemerintah ini dianggap sebagai suatu perbuatan yang serupa dengan tindakan ekspropriasi. Sehingga kemudian atas dasar *BIT Ukraine-United States*, penggugat membawa kasus ini kepada ICSID. Penggugat menyatakan rangkaian tindakan yang dianggap berakhir

Konsep Creeping Expropriation: Interpretasi Majelis Arbiter Di Dalam Putusan Icsid Terkait Creeping Expropriation

pada terjadinya ekspropriasi yaitu gagalannya pemerintah kota kyiv dalam menerbitkan revisi perjanjian sewa tanah dengan gambar nyata dari lokasi objek dimana gagalannya penerbitan revisi perjanjian sewa tanah mengakibatkan berakhirnya *Parkview Project*.

Penggugat mengklaim adanya indikasi *Creeping Expropriation*, dimana dinyatakan bahwa kegagalan bagian administrasi Kota Kyiv dalam mengeluarkan amandemen perjanjian sewa adalah puncak dari rangkaian tindakan merugikan lainnya yang berakibat pada hilangnya hak atas investasi dari Generation Ukraine Inc (Schreuer, 2016). Dimana kemudian, tindakan ini dinyatakan sebagai suatu tindakan *Creeping Expropriation*, dimana pernyataan ini dikutip sebagai berikut “*The various measures of the Respondent thus, according to the Claimant, amounted to a creeping expropriation.*” (Vadi, 2015). Walau begitu, tuntutan ini oleh Majelis Arbiter di tolak dengan alasan pada waktu itu investasi yang menjadi sengketa belum ada sehingga investasi yang belum ada wujudnya tidak dapat menjadi objek ekspropriasi. Walau klaim atas terjadinya *Creeping Expropriation* ditolak oleh Majelis Arbiter di dalam putusan terdapat bagian yang menjelaskan definisi dari *Creeping Expropriation* yaitu:

“*Creeping expropriation is a form of indirect expropriation with a distinctive temporal quality in the sense that it encapsulates the situation whereby a series of acts attributable to the State over a period of time culminate in the expropriatory taking of such property.*” (ASSETS, n.d.).

Selanjutnya, penggugat mengklaim adanya bagian kedua dari tindakan ekspropriasi yang dilakukan oleh pemerintah Kota Kyiv yaitu pada tahun 1999. Dikatakan bahwa melalui kebijakan yang dikeluarkan dewan kota Kyiv, Keputusan Nomor 358/459 menyatakan pembatalan hak sewa atas tanah milik Penggugat yang memiliki jangka waktu selama 49 tahun. Ini dianggap sebagai keberlanjutan dari ekspropriasi yang sebelumnya sudah dijabarkan pada paragraf sebelumnya. Namun argumen ini ditolak oleh tergugat, dan dinyatakan bahwa sampai pada saat diajukannya gugatan ini penggugat masih memiliki hak atas sewa tanah selama 49 tahun tadi. Selanjutnya, penggugat melanjutkan tindakan ketiga yang dilakukan oleh pemerintah Kota Kyiv yang dinilai sebagai tindakan ekspropriasi namun majelis arbiter menyatakan bahwa argumen ketiga ini tidak perlu untuk dipertimbangkan.

Gugatan ini berakhir dengan ditolaknya klaim-klaim yang diajukan oleh penggugat kepada majelis arbiter. Walaupun gugatan ditolak, siapapun yang membaca putusan ini akan mengetahui mengapa argumen yang diberikan oleh penggugat terkait *Creeping Expropriation* tidak diterima oleh majelis arbiter (Voss & Suchankova, n.d.). Bahkan putusan ini juga beberapa kali dikutip di dalam putusan lain dan dijadikan acuan (preseden). Selain itu, Putusan Generation Ukraine Inc. v. Ukraine juga mengutip putusan ICSID *Compañia del Desarrollo de Santa Elena, S.A. v. The Republic of Costa Rica* yang memberikan panduan

Konsep Creeping Expropriation: Interpretasi Majelis Arbiter Di Dalam Putusan Icsid Terkait Creeping Expropriation

dalam menganalisis tuntutan yang diajukan oleh penggugat terkait *Creeping Expropriation* di kasus yang sedang diadili. Majelis Arbiter menekankan bahwa tuntutan yang diajukan oleh penggugat terkait *Creeping Expropriation* adalah cacat karena tidak adanya analisis yang koheren mengenai waktu terjadinya dan sifat dari investasi dari penggugat. Selain itu juga dikatakan bahwa penggugat cacat dalam menghubungkan peraturan dan kelalaian yang diperbuat oleh Kyiv City memengaruhi investasi yang dilakukan oleh penggugat. Sehingga berdasarkan putusan ini, dapat disimpulkan bahwa untuk membuktikan telah terjadinya suatu *Creeping Expropriation* atau tidak itu memerlukan ketelitian dan tingkat analisis yang tinggi.

2. Siemens A.G. v. The Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/02/8

Selanjutnya adalah Putusan ICSID No. ARB/02/8 yang dikeluarkan pada tahun 2007 yaitu kasus Siemens AG v. The Argentine Republic. Di dalam Kasus ini, Siemens AG merupakan Penggugat (*Claimant*) sedangkan Argentina adalah Tergugat (*Respondent*) dimana gugatan diajukan karena menurut Siemens AG terdapat pelanggaran terhadap BIT antara Argentina dan Jerman yang salah satu klaimnya adalah terkait dengan ekspropriasi yang lebih spesifiknya *Creeping Expropriation*. Siemens memberikan argumentasi bahwa investasi yang menjadi hak miliknya telah di ekspropriasi secara tidak langsung sebagai hasil dari tindakan-tindakan yang dilakukan oleh Pemerintah Argentina (Avancena, 2019). Dalam argumennya, Siemens menyatakan bahwa hak atas kontrak dan hak untuk menyelesaikan suatu proyek termasuk ke dalam hak milik yang dapat di ekpropriasi, sehingga tindakan menggagalkan jaminan atas kontrak yang ada dan mengurangi substansi hak milik investor yang dilakukan pemerintah termasuk ke dalam tindakan ekspropriasi (Avancena, 2019). Berikut merupakan tindakan-tindakan yang menurut Siemens dianggap sebagai tindakan-tindakan yang akhirnya menjadi suatu tindakan *Creeping Expropriation*:

- a. Gagalnya pemerintah Argentina memenuhi kewajiban yang memungkinkan pelaksanaan kontrak sesuai dengan jadwal seperti (a) tidak membuat alokasi anggaran, tidak memfasilitasi dana dan sumber daya manusia yang memadai, (c) gagal mengeksekusi perjanjian dengan provinsi dan (d) tidak mengadopsi statuta dan melaksanakan tindakan eksekutif untuk mengganti DNIs yang ada.
- b. Pemerintah Argentina menekan SITS untuk menunda produksi DNI akibat adanya pemilihan umum
- c. Pemerintah Argentina gagal (a) mengadopsi tindakan alternatif untuk mengimplementasikan sistem, (b) memfasilitasi dana alokasi untuk proyek di tahun 2000, (c) memfasilitasi definisi teknis terkait implementasi sistem imigrasi dan persyaratan baru, (d) memfasilitasi untuk mengimplementasikan sirkuit eksternal agar sistem bisa diaplikasikan dalam skala nasional.

Konsep Creeping Expropriation: Interpretasi Majelis Arbiter Di Dalam Putusan Icsid Terkait Creeping Expropriation

d. Pemerintah Argentina melakukan perubahan perjanjian yang kemudian disetujui oleh Siemens, lalu memaksa Siemens mengikuti perjanjian baru tanpa memberi penjelasan yang kemudian memutuskan untuk mengakhiri kontrak secara sepihak tanpa adanya kompensasi.

Kemudian Pemerintah Argentina menyatakan bahwa ekspropriasi yang dilakukan termasuk ke dalam ekspropriasi yang sah (*Lawful Expropriation*), karena berikut adalah kutipan dari argumen yang dikemukakan oleh Argentina:

"It was a reasonable and proportionate response to a national fiscal crisis; it was carried out for a public purpose; it was not discriminatory on national or any grounds; and the decree contained within its terms provision for compensating SITS for cancellation of the Contract" (QUYEN, 2008).

Pada akhirnya, Majelis Arbiter di ICSID mengeluarkan putusan yang menyatakan bahwa tindakan yang dilakukan oleh Argentina adalah suatu ekpropriasi yang tidak sah (*unlawful Expropriation*) karena selain tindakan yang dilakukan Argentina tidak memenuhi kriteria *lawful expropriation* yang diatur di dalam BIT Argentina-Jerman, tindakan Argentina juga bukan termasuk ke dalam tindakan yang berdasarkan kontrak. Dimana tujuan utama diterbitkannya dekrit oleh pemerintah Argentina adalah untuk mengakhiri kontrak (ASSETS, n.d.). Hal ini menjadi puncak dari rangkaian tindakan yang dilakukan Argentina, yang kemudian berakhir menjadi ekspropriasi.

Di dalam putusan juga ditemukan definisi *Creeping Expropriation* yaitu, suatu proses yang langkah-langkahnya pada akhirnya menjadi suatu tindakan ekspropriasi. Apabila prosesnya tidak sampai pada titik puncak yaitu ekspropriasi, ini bukan berarti bahwa tidak ada efek dari langkah-langkah yang sebelumnya sudah dilakukan. Walau langkah-langkah itu apabila berdiri sendiri (secara individual) tidak terlihat signifikan dan tidak dianggap melawan hukum. Di dalam putusan ini, diberikan sebuah idiom yaitu "*Straw that broke the camel's back*" yang artinya suatu tindakan kecil mungkin tidak akan terlihat dampaknya, tetapi bukan berarti tindakan kecil itu tidak berkontribusi pada kerusakan suatu hal karena tindakan itu tetap menjadi bagian dari proses perusakan suatu hal tersebut (ASSETS, n.d.).

3. *Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/08/5*

Selanjutnya akan dibahas mengenai kasus *Burlington Resources, Inc. v. Republic of Ecuador* (ICSID Case No. ARB/08/5) dimana di dalam kasus ini yang menjadi penggugat (*Claimant*) adalah *Burlington Resources, Inc.* yang merupakan perusahaan asal Amerika Serikat yang melakukan investasi di beberapa fasilitas penghasil minyak di Ekuador dengan Ekuador sebagai tergugat (*Respondent*). Pada tahun 2001, *Burlington* bersama dengan *Perenco* (*Consortium Partner*) menandatangani *Production-Sharing Contracts* (PSCs) untuk

Konsep Creeping Expropriation: Interpretasi Majelis Arbiter Di Dalam Putusan Icsid Terkait Creeping Expropriation

Block 7 dan 21. PSCs ini memberikan ekuador pembagian saham dari minyak yang dihasilkan sebagai timbal balik karena berdasarkan PSCs, Burlington bertanggung jawab atas keseluruhan biaya dan risiko operasional dari produksi minyak di Blocks 7 dan 21. Suatu hari, Ekuador mengeluarkan *Law 42* pada April tahun 2006 terkait dengan pengenaan 50% pajak bagi 'Extraordinary Profits' atau juga disebut 'Windfall Profits' bagi perusahaan minyak. Kemudian di tahun 2007 pajak tersebut dinaikan menjadi 99%. Hal ini terjadi karena adanya kenaikan harga minyak yang tidak dapat diprediksi yang melebihi harga minyak pada saat ditandatanganinya PSCs. Oleh karena adanya pengaturan mengenai tax absorption di dalam PSCs, sembari menunggu dilakukannya tax absorption Burlington membayar pajak sesuai dengan aturan dari *Law 42* selama tahun 2006 hingga ke tahun 2008. Namun, Burlington berhenti membayarkan pajaknya di tahun 2009 karena gagalnya negosiasi terkait tax absorption. Sehingga di kemudian Pemerintah Ekuador menyita dan melelang saham bagian dari produksi minyak yang didapatkan oleh Burlington dimana kemudian Burlington mengancam akan menghentikan produksi minyak. Menanggapi ancaman ini, Pemerintah Ekuador memutuskan untuk mengambil alih fasilitas produksi minyak yang sebelumnya dibawah Burlington pada bulan Juli tahun 2009 dan menganulir PSCs yang telah ditandatangani dengan Burlington melalui peraturan yang dikeluarkan kementerian.

Menanggapi hal ini, Burlington kemudian menggugat Ekuador ke ICSID dengan BIT Ecuador-United States of America sebagai dasar gugatannya. Burlington dalam gugatannya menekankan pada adanya tindakan ekspropriasi yang dilakukan oleh Ekuador kepada Burlington. Dimana tindakan ekpropriasi ini ditunjukkan mulai saat dikeluarkannya *Law 42* oleh Pemerintah Ekuador, kemudian penyitaan bagian saham milik Burlington, kemudian pengambilalihan fisik atas fasilitas produksi minyak tempat Burlington melakukan investasi dan pengakhiran PSCs oleh pemerintah Ekuador sebagai rangkaian tindakan ekspropriasi. Berikut merupakan hal-hal yang dianggap sebagai tindakan-tindakan yang berujung pada *Creeping Expropriation* yaitu sebagai berikut:

- a. Diberlakukannya *Law 42* yang terkait pajak Windfall Profits 50% hingga kemudian naik menjadi 99%
- b. Inisiasi Coactiva Proceedings yang kemudian mengarah pada penyitaan dan pelelangan bagian saham milik Burlington
- c. Pengambilalihan fasilitas Block 7 dan 21
- d. Pembatalan PSCs untuk Blocks 7 dan 21 melalui caucidad Process (Triefus, 2019).

Kemudian Burlington merujuk kepada definisi *Creeping Expropriation* yang dikeluarkan di dalam putusan ICSID *Generation Ukraine v. Ukraine* sebagaimana telah dicantumkan pada paragraf-paragraf sebelum ini. Burlington condong kearah penggunaan

Konsep Creeping Expropriation: Interpretasi Majelis Arbiter Di Dalam Putusan Icsid Terkait Creeping Expropriation

teori *Creeping Expropriation* dibandingkan *Step-by-Step Expropriation* (Triefus, 2019). Selain itu, tindakan yang dilakukan Ekuador itu termasuk ke dalam tindakan secara individual dan juga secara keseluruhan, dimana frasa ‘keseluruhan’ ditekankan karena juga meliputi teori *Creeping Expropriation*.

Hal ini kemudian disanggah oleh Ekuador, dimana dalam argumennya dikatakan bahwa penggunaan teori *Creeping Expropriation* tidaklah tepat untuk digunakan dalam situasi ini karena yang menjadi tonggak terjadinya peristiwa ekspropriasi ini diawali oleh dikeluarkannya *Law*⁴². Sehingga Pemerintah Ekuador menganggap bahwa tidak ada peristiwa kumulatif yang terjadi dalam tindakan yang dilakukan oleh pemerintah Ekuador.

Majelis Arbiter kemudian menanggapi argumen-argumen yang diberikan oleh Burlington dan juga Pemerintah Ekuador, dimana menurut mereka, harus dilakukan analisis atas tindakan-tindakan yang dilakukan oleh tergugat dengan menggunakan pendekatan *measure-to-measure* karena istilah *Creeping Expropriation* sendiri digunakan hanya ketika tidak ada dilakukannya tindakan individual dalam proses ekspropriasi. Sebab secara teoritis, jikalau satu atau dua peristiwa dalam rangkaian tindakan dapat diidentifikasi sebagai alasan rusaknya nilai investasi, maka rangkaian tindakan itu tidak dapat dikatakan sebagai tindakan *creeping expropriation* (Sloane & Reisman, 2004). Majelis Arbiter kemudian menyatakan bahwa tindakan Ekuador yang mengambilalih Blocks 7 dan 21 merupakan tindakan ekspropriasi yang dilakukan secara tidak sah (*unlawful expropriation*) karena Pemerintah Ekuador tidak memberikan kompensasi kepada Burlington. Selain itu tindakan yang dilakukan Pemerintah Ekuador dinyatakan sebagai tindakan yang “*unfair and inequitable, arbitrary, and in contravention of Ecuador's specific obligations to Burlington – in particular, the tax absorption clauses*” (Triefus, 2019).

Namun, majelis arbiter menyatakan bahwa ekspropriasi yang dilakukan oleh Pemerintah Ekuador bukanlah termasuk sebagai *creeping expropriation* karena rangkaian tindakan yang dilakukan tidak dapat disamakan dengan *creeping expropriation*. Tetap pada pendirian sebelumnya bahwa jika dalam satu rangkaian tindakan yang apabila dilihat secara terpisah ternyata mampu mengakibatkan terjadinya ekspropriasi tanpa harus terjadi secara bersama-sama, maka tindakan yang dilakukan pemerintah itu tidak dapat dipersamakan dengan *creeping expropriation*. Pengambilalihan Blocks 7 dan 21 sudah dapat dianggap sebagai tindakan ekspropriasi tanpa harus melihat kepada tindakan-tindakan lain yang dilakukan oleh pemerintah Ekuador (Triefus, 2019). Sehingga kesimpulannya adalah tindakan yang dilakukan oleh pemerintah Ekuador melanggar Article III dari *BIT Ecuador-United States* dengan melaksanakan *unlawful expropriation* (Triefus, 2019).

KESIMPULAN

Berdasarkan hasil penelitian dan pembahasan yang telah dipaparkan pada bagian-bagian sebelumnya, maka kesimpulan yang didapatkan adalah sebagai berikut: Peraturan perundang-undangan nasional di Indonesia, dimana di dalam penelitian ini yang digunakan sebagai acuan adalah Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal, tidak menyebutkan istilah ekspropriasi secara eksplisit melainkan hanya mencantumkan kalimat “pengambilalihan hak kepemilikan penanam modal”. Dimana pada dengan penelusuran hukum dapat diketahui bahwa frasa tersebut dapat dianggap mengacu kepada istilah ekspropriasi. UU Penanaman Modal juga tidak menjelaskan lebih lanjut mengenai macam-macam ekspropriasi seperti ekspropriasi langsung dan ekspropriasi tidak langsung. Di dalam Pasal 7 UU Penanaman Modal Asing ini disebutkan bahwa pemerintah Indonesia tidak akan melakukan ekspropriasi kecuali apabila diharuskan oleh undang-undang dan apabila ekspropriasi dilakukan pun akan ada kompensasi yang menyertai.

Berdasarkan penelusuran melalui tiga BIT yang sudah ditandatangani oleh Indonesia dan sudah berlaku yaitu BIT Indonesia-Inggris, BIT Indonesia-Singapura dan BIT Indonesia-Persatuan Emirat Arab diketahui bahwa Indonesia mengikuti model BIT Kanada (2004) dalam redaksi klausa terkait ekspropriasinya. Dimana di dalam BIT Indonesia-Inggris yang sudah ditandatangani sejak tahun 1976 tidak ditemukan pencantuman macam-macam ekspropriasi seperti ekspropriasi langsung maupun tidak langsung sebagaimana yang ada pada BIT Indonesia-Singapura dan BIT Indonesia-Persatuan Emirat Arab. Kedua BIT yang disebutkan belakangan ini menuliskan tindakan-tindakan ekspropriasi yang didasari oleh kepentingan publik, dilakukan tanpa adanya diskriminasi, dengan kompensasi dan dilakukan sesuai *due process of law*. Selain itu juga di dalam BIT Indonesia-Singapura dan BIT Indonesia-Persatuan Emirat Arab terdapat definisi atas ekspropriasi tidak langsung. Namun secara tidak terdapat klausa yang secara spesifik membahas mengenai *Creeping Expropriation*.

Selanjutnya dalam penelusuran terkait ekspropriasi di berbagai perjanjian investasi internasional dengan mengambil beberapa IIAs seperti Model BIT Kanada (2004), kemudian China-New Zealand FTA diketahui bahwa klausa ekspropriasi yang dijabarkan di dalam China-New Zealand FTA terdapat dua hal yang harus terjadi untuk dapat mengatakan terjadinya suatu ekspropriasi tidak langsung yaitu (1) parah atau untuk jangka waktu yang tidak ditentukan dan (2) tidak proporsional terhadap kepentingan publik.

Melalui analisis yang dilakukan terhadap Putusan ICSID No. ARB/00/9 dalam kasus *generation Ukraine Inc. v. Ukraine*, Putusan ICSID No. ARB/02/8 dalam kasus *Siemens A.G c. The Argentine Republic* dan Putusan ICSID No. ARB/08/5 dapat ditarik kesimpulan bahwa untuk mengetahui apakah suatu tindakan yang dilakukan oleh pemerintah di suatu negara tertentu itu termasuk ke dalam tindakan ekspropriasi tidak langsung maka diperlukan analisis yang teliti dan rinci dari rangkaian tindakan yang dilakukan oleh suatu pemerintah sehingga berujung pada pengambil alihan hak milik atas investasi penanam modal asing. Dimana tentunya berbeda kasus maka berbeda pula kronologi peristiwa yang terjadi.

Majelis Arbiter yang menangani Kasus *Burlington v. Ekuador* memberikan pendapat yang sangat menarik dan tidak akan didapatkan jika bukan karena penelusuran kasuistis yang dilakukan oleh majelis arbiter itu sendiri bahwa suatu ekspropriasi tidak dapat dikatakan sebagai suatu *creeping expropriation* hanya karena ekspropriasi itu dilakukan dengan rangkaian tindakan yang diduga mengakibatkan suatu pengambilalihan melainkan juga harus dilihat apakah jika tindakan itu berdiri sendiri sudah memenuhi terjadinya suatu ekspropriasi atau tidak. Sedangkan di dalam Kasus *Siemens A.G v. Argentina* didapatkan pernyataan

Konsep Creeping Expropriation: Interpretasi Majelis Arbiter Di Dalam Putusan Icsid Terkait Creeping Expropriation

majelis arbiter yang menyatakan bahwa tindakan-tindakan kecil pemerintah dalam melakukan ekspropriasi itu sama pentingnya dengan tindakan besar yang paling memberikan kontribusi terhadap terjadinya suatu ekspropriasi.

Hal-hal sebagaimana disebutkan diatas terkait dengan creeping expropriation tidak dapat ditemukan begitu saja di dalam undang-undang atau perjanjian-perjanjian internasional melainkan harus ditelaah didalam putusan-putusan majelis arbiter yang tentunya berbeda-beda karena variasi dari kasus yang dipersengketakan.

DAFTAR PUSTAKA

- Arisaputra, Muhammad Ilham, & SH, M. Kn. (2021). *Reforma agraria di Indonesia*. Sinar Grafika (Bumi Aksara).
- Assets, Ponderosa. (n.d.). *International Centre For Settlement Of Investment Disputes Washington, Dc*.
- Avancena, Isa Maria N. (2019). Stranger in a Strange Land: The " Non-Arbitrability" of State-Imposed Climate Change Mitigation Measures before the International Centre for the Settlement of Investment Disputes. *Ateneo LJ*, 64, 799.
- Bangun, Budi Hermawan. (2017). Konsepsi dan pengelolaan Wilayah perbatasan negara: perspektif hukum internasional. *Tanjungpura Law Journal*, 1(1), 52–63.
- Chandrawulan, An An, Amalia, Prita, & Rachmawati, Gina. (2021). ASEAN Investment Liberalisation Regime and the Implication for Indonesia. *J. Legal Ethical & Regul. Isses*, 24, 1.
- Ekaristi, Pulkeria Proprieta Dewi. (n.d.). Justification for Indirect Expropriation Within a Government Measure. *Juris Gentium Law Review*, 2(1), 41–50.
- Hardori, Gabriella. (2021). Implementasi Bilateral Investment Treaty Antara Indonesia Dan Korea Selatan Periode 2014-2018. *Moestopo Journal of International Relations*, 1(2), 115–126.
- Hermanto, Hokky. (2019). *Pengaruh Pajak, Tunneling Incentive Dan Debt Covenant Terhadap Penerapan Transfer Pricing Pada Perusahaan Manufaktur Yang Terdaftar Di Bursa Efek Indonesia Tahun 2013-2017*. Universitas Buddhi Dharma.
- Juli, Supratikno. (2020). *GANTI RUGI Akibat Wanprestasi Terhadap Pengembalian Uang Investasi (Studi Kasus Putusan Nomor: 232/Pdt. G/2016/PN. Jkt. Brt)*. Sekolah Tinggi Ilmu Hukum IBLAM.
- Kabir, Syahrul Fauzul. (2021). Krisis dan Reformasi: Penyelesaian Sengketa dalam Perjanjian Investasi Bilateral di Negara Dunia Ketiga. *Mimbar Hukum*, 33(2), 401–435.
- Kadir, M. Ya'kub Aiyub. (2017). Hull Formula and Standard of Compensation for Expropriation in Postcolonial States. *Kanun Jurnal Ilmu Hukum*, 19(2), 231–248.
- Khizanishvili, Nino. (2021). *Locus Standi of Locally Incorporated Companies and Shareholders under ICSID Convention and BITs*.
- Kusnowibowo, RSAS. (2021). *Buku Hukum Investasi Internasional*. Pustaka Reka Cipta.
- Leon, Peter. (2009). Creeping expropriation of mining investments: an African perspective. *Journal of Energy & Natural Resources Law*, 27(4), 597–644.
- Libriyanti, Yuyun. (2019). Pemenuhan Hak Peserta Didik Melalui Aksesibilitas Pendidikan Agama. *Widya Balina*, 4(1), 93–101.
- Litvinoff, Saul. (1999). Contract, Delict, Morals, and Law. *Loy. L. Rev.*, 45, 1.
- Manopo, Gloria Priskila Victoria. (2021). PEMBERLAKUAN Ketentuan Pidana Terhadap Perbuatan Dengan Sengaja Dan Tanpa Hak Menggunakan Rahasia Dagang Pihak Lain. *Lex Privatum*, 9(11).
- Maulana, Asep Suraya. (2020). *Kewirausahaan (Entrepreneurship) Dalam Pandangan Islam (Historis-Politik dan Ekonomi)*. Penerbit NEM.
- Mohajeri, Ensieh, & Firoozmand, Mahmoud Reza. (2022). Origins, Causes and Typology of Disputes in Petroleum Contracts. *Legal Research Quarterly*, 25(99), 341–367.

Konsep Creeping Expropriation: Interpretasi Majelis Arbiter Di Dalam Putusan Icsid Terkait Creeping Expropriation

- Mursyid, Besse Tenriabeng. (2020). Peluang Penanaman Modal Asing Dalam Peningkatan Perekonomian Negara Pasca Pandemi Covid 19. *Tadayun: Jurnal Hukum Ekonomi Syariah*, 1(2), 169–180.
- Mustafa, Hanif Risa. (2020). Pergolakan Agraria 1965-1966 di Banyuwangi. *Heritage*, 1(1), 61–72.
- Quyen, Hoang Nguyen H. A. (2008). *How Can Developing Countries Avoid Being Sued By Foreign Investors: A Look At International Centre For The Settlement Of Investment Disputes' regime And Case Analysis*. School of Law, University of the West of England, Bristol, UK.
- Rahmi Jened, S. H. (2016). *Teori dan kebijakan hukum investasi langsung:(Direct Investment)*. Prenada Media.
- Rajagukguk, Erman. (2019). Hukum Investasi Penanaman Modal Asing (PMA) dan Penanaman Modal Dalam Negeri (PMDN). *Depok: PT Raja Grafindo Persada*.
- Rihwanto, Yacob. (2016). Bilateral Investment Treaties dan Penyelesaian Arbitrase Internasional (Studi Kasus Pencabutan Izin Kuasa Pertambangan Churchill Mining). *Lex Renaissance*, 1(1), 7.
- Rudi, Natamiharja. (2018). *Hukum Penyelesaian Sengketa Internasional*. Aura.
- Schreuer, Christoph. (2016). The development of international law by ICSID tribunals. *ICSID Review-Foreign Investment Law Journal*, 31(3), 728–739.
- Series, UNCTAD. (2000). *International Investment Agreements: Flexibility For Development*.
- Setiawan, Desky. (2022). Transplantasi Hukum Prinsip National Treatment Dalam Undang-Undang Penanaman Modal Indonesia. " *Dharmasiswa*" *Jurnal Program Magister Hukum FHUI*, 2(1), 12.
- Setyoko, Ajun Tri, Achmadi, Aditya, Kristiningrum, Ellia, Susanto, Danar Agus, Lukiawan, Reza, & Ayundyahrini, Meilinda. (2020). *Potret Standardisasi dan Penilaian Kesesuaian di Indonesia dan Negara Lain*. Deepublish.
- Sloane, Robert D., & Reisman, W. Michael. (2004). Indirect Expropriation and its Valuation in the BIT Generation. *British Yearbook of International Law*, 75, 115.
- Soliman, Saied M., Hagar, Mohamed, Ibid, Farahate, & El Sayed, H. (2015). Experimental and theoretical spectroscopic studies, Homo–Lumo, NBO analyses and thione–thiol tautomerism of a new hybrid of 1, 3, 4-oxadiazole-thione with quinazolin-4-one. *Spectrochimica Acta Part A: Molecular and Biomolecular Spectroscopy*, 145, 270–279.
- Subedi, Surya P. (2006). The challenge of reconciling the competing principles within the law of foreign investment with special reference to the recent trend in the interpretation of the term expropriation. *Int'l Law.*, 40, 121.
- Sutanto, Marko Cahya. (2021). Konsistensi Pengaturan Nasionalisasi (Expropriation) Asean Comprehensive Investment Agreement (Acia) Dengan Hukum Penanaman Modal Indonesia. *Acta Diurnal Jurnal Ilmu Hukum Kenotariatan*, 4(2), 295–314.
- Syahputra, Afrizal El Adzim. (2021). *Metode Dakwah Perspektif Quraish Shihab (Analisis Terhadap QS. Al Nahl: 125–128 Dalam Tafsir Al Misbah)*.
- Triefus, Stephanie. (2019). Business and Human Rights Treaty: A New Era for Public Participation in International Investment Agreements? *Available at SSRN 3826584*.
- Vadi, Valentina. (2015). Energy Security v. Public Health: Nuclear Energy in International Investment Law and Arbitration. *Geo. J. Int'l L.*, 47, 1069.
- Voss, Jiirgen, & Suchankova, Ms Martina. (n.d.). *Generation Ukraine, Inc*.
- Weston, Burns H. (1975). Constructive takings under international law: a modest foray into the problem of creeping expropriation. *Va. J. Int'l L.*, 16, 103.
- Yunus, Muhammad. (2019). Hybrid Contract (Multi Akad) dan Implementasinya di Perbankan Syariah. *Tahkim*, 2(1), 335033.
- Zamzami, Abid. (2020). Pelaksanaan Fungsi Hukum Administrasi Negara Dalam Mewujudkan Pemerintahan Yang Baik. *Jurnal Fakultas Hukum Universitas Islam*

*Konsep Creeping Expropriation: Interpretasi Majelis Arbiter Di Dalam Putusan Icsid Terkait
Creeping Expropriation
Malang.*