

DOI: <https://doi.org/10.31933/unesrev.v5i4>

Diterima: 24/06/2023, Diperbaiki: 28/07/2023, Diterbitkan: 29/07/2023

DIALEKTIKA PERBEDAAN INTERPRETASI *UMBRELLA CLAUSE* DALAM *BILLATERAL INVESTMENT TREATIES* SEBAGAI PERLINDUNGAN INVESTOR DALAM PUTUSAN ARBITRASE ICSID *SGS V. PAKISTAN* DAN *SGS V. PHILIPPINE*

Alfa Fitri

Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, Indonesia

Email: alfaratulangie88@gmail.com**Corresponding Author: Alfa Fitri**

ABSTRACT

Investor-state dispute settlement in current developments has become a problem that often arises in international investment affairs. There are two different objectives, where investors aim to get the maximum profitability and host states aim to benefit from investment while taking into account the national interest in the country. However, the difference in objectives still has something in common, namely investors and host states have equal treatment of their respective rights protected by Bilateral Investment Treaties (BIT) or Contractual Commitments which ultimately conflict gives birth to disputes. The umbrella clause is present in the BIT between the parties as an effort to provide protection for related investments from forms of breach of contract that occur. However, problems arise when two ICSID rulings are born from which give different interpretations of the umbrella clause. This paper is doctrinal with secondary qualitative data collection. The problem approach used in this study is a conceptual approach, by examining the umbrella clause both from previous arbitration awards and expert opinions. This study resulted in conclusions that emphasized the breakfast theory of jurisprudence as the main factor that determines judges in making different interpretations of umbrella clause.

Keywords: *Investor-state dispute settlement, Bilateral Investment Treaties, Umbrella Clause, Breakfast Theory of Jurisprudence, ICSID*

ABSTRAK

Investor-state dispute settlement dalam perkembangan saat ini sudah menjadi permasalahan yang sering timbul dalam urusan investasi internasional. Terdapat dua tujuan yang berbeda, dimana investor memiliki tujuan untuk mendapatkan profitabilitas sebesar-besarnya dan host state bertujuan untuk mendapatkan manfaat dari investasi dengan tetap memperhatikan kepentingan nasional dalam negerinya. Namun, perbedaan tujuan tersebut tetap memiliki persamaan yaitu investor dan host state memiliki perlakuan yang sama atas haknya masing-masing yang

dilindungi oleh *Bilateral Investment Treaties* (BIT) ataupun Komitmen Kontraktual yang pada akhirnya terjadi benturan melahirkan sengketa. *Umbrella clause* hadir dalam BIT antar para pihak sebagai upaya memberikan perlindungan atas investasi terkait dari bentuk pelanggaran kontrak yang terjadi. Akan tetapi, permasalahan muncul ketika terdapat dua putusan ICSID lahir dari yang memberikan interpretasi berbeda atas *umbrella clause*. Tulisan ini adalah tulisan bersifat doktrinal dengan pengumpulan data kualitatif yang bersifat sekunder. Pendekatan masalah yang digunakan dalam penelitian ini yaitu pendekatan konseptual, dengan mengkaji *umbrella clause* baik dari putusan arbitrase terdahulu maupun pendapat ahli. Penelitian ini menghasilkan kesimpulan yang ditekankan pada *breakfast theory of jurisprudence* sebagai faktor utama yang menentukan hakim dalam membuat interpretasi berbeda atas *umbrella clause*.

Kata Kunci: Investor-state dispute settlement, Bilateral Investment Treaties, Umbrella Clause, Breakfast Theory of Jurisprudence, ICSID

PENDAHULUAN

United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) mencatat garis besar atas sengketa *investor-state dispute settlement* (ISDS) di akhir tahun 2021 menyentuh angka 1.190 kasus, yang 68 kasus diantaranya berada dibawah *International Investment Agreements* (IIAs).¹ Mengingat ISDS merupakan sarana penyelesaian sengketa secara privat, berbeda dengan penyelesaian sengketa melalui lembaga resmi pengadilan. ISDS pada dasarnya mengacu pada sistem penyelesaian sengketa investasi yang diadopsi dalam *Bilateral Investment Treaties* (BIT) dan *Free Trade Agreements* (FTA). Dengan demikian, ISDS adalah proses dalam suatu penyelesaian sengketa dengan memilih lembaga pengadilan domestik atau arbitrase internasional, disaat investor mendapati kerugian telah terjadi diakibatkan oleh pelanggaran *host state* terhadap kewajibannya yang tertuang dalam perjanjian.² Dengan adanya fakta-fakta pelanggaran atas prestasi dalam suatu perjanjian oleh *host state*, maka lahirlah upaya perlindungan terhadap investor dengan memasukkan klausul payung atau dikenal *umbrella clause*.

Umbrella clause merupakan provisi atau klausul yang termuat secara eksplisit atau terkandung secara implisit dalam sebuah perjanjian investasi yang menjamin *host-state* menepati komitmennya atas kewajiban yang ditanggung *vis-à-vis* dengan investor. Ketentuan *umbrella clause* ini dikenal karena membawa komitmen kontraktual dan lainnya dibawah perlindungan perjanjian.³ Tujuannya adalah demi menciptakan daya paksa kewajiban antara negara yang mewajibkan untuk dipatuhinya semua BIT yang telah disepakati terkait dengan penanam modal dari negara lain. *Umbrella clause* dalam perjanjian melindungi kontrak yang telah dibuat oleh investor dengan *host-state* sebagai asas *pacta sunt servanda*. Maka dari itu, memasukkan

¹ United Nations Conference on Trade and Development, "Facts on Investor-State Arbitrations in 2021: With a Special Focus on Tax-Related ISDS Cases", *International Investment Agreements Note, No. 1* (2022), hal 1

² Shawn Nichols, "Transnational Capital and the Transformation of the State: Investor-State Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)", *Critical Sociology, Vol. 45, No. 1* (2019), hal 137

³ Anthony C. Sinclair, "The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection", *Arbitration International, Vol. 20, No. 4* (2004), hal 412

umbrella clause dalam perjanjian investasi, pelanggaran terhadapnya merupakan pelanggaran perjanjian dan dapat digunakan pilihan hukum dalam arbitrase internasional.

Di bawah hukum internasional umum, tidak jelas apakah pelanggaran kontrak oleh *host-state* dengan investor memenuhi syarat-syarat pelanggaran kewajiban internasional atau hanya masalah komersial domestik. Pada masa lampau, investor perlu menyelesaikan perselisihan mereka di pengadilan *host-state* dan undang-undang domestik, yang rentan terhadap variasi sepihak oleh *host-state*. Dalam konteks ini *umbrella clause* pertama kali muncul. Asal usul klausul tersebut dapat ditelusuri kembali ke nasihat yang diberikan oleh Sir Elihu Lauterpacht pada tahun 1953-1954 kepada Anglo-Iranian Oil Company sehubungan dengan penyelesaian sengketa nasionalisasi minyak Iran. Apa yang disebut *umbrella clause* atau “*parallel protection*” diusulkan dalam nasioha Lauterpacht yang diberikan pada tahun 1956-1957 kepada sekelompok perusahaan minyak yang sedang mempertimbangkan saluran pipa utama dari Irak di Teluk Persia melalui Suriah dan Turki ke Mediterania Timur. Klausul tersebut kemudian juga dapat ditelusuri ke rancangan konvensi Abs-Shawcross tahun 1959 tentang Penanaman Modal Asing di mana Lauterpacht terlibat erat dengan Konvensi OECD tahun 1962 dan 1967 tentang Perlindungan Properti Asing, yang semuanya menggunakan *umbrella clause*.⁴

Umbrella clause yang pertama kali diperkenalkan pada draft Abs 1959, pada Pasal 4 memuat ketentuan redaksional sebagai berikut, yaitu “*in so far as better treatment is promised to non-nationals than to nationals either under intergovernmental or other agreements or by administrative decrees of one of the High contracting Parties, including most-Favored nation clauses, such promises shall prevail.*”⁵ Kemudian, klausul tersebut dalam draft konvensi Abs-Shawcross dirumuskan kembali pada Pasal 2 dengan formulasi, yaitu “*Each Party shall at all times ensure the observance of any undertakings which it may have given in relation to investments made by nationals of any other party.*” Bila melihat frasa “*any undertakings*” dalam formulasi tersebut, akan ditemukan kesamaan dengan BIT antara German dan Pakistan di tahun 1959, pada Pasal 7 yaitu “*Either Party shall observe any other obligation it may have entered into with regard to investments by nationals or companies of the other party.*”⁶

Permasalahan-permasalahan serta fakta yang diungkapkan diatas terkait interpretasi *umbrella clause* menjadi fokus dalam pembahasan dalam penelitian ini untuk menentukan definisi yang jelas demi perlindungan yang jelas secara eksplisit, baik bagi investor maupun *host-state*. Dahulu perlindungan investasi hanya berdasarkan pada perlindungan diplomasi, dimana semua tentang klaim investor asing dan *host-state* adalah persoalan diplomasi antara negara asal investor dan *host-state*. Namun dalam perkembangannya saat ini, muncul *umbrella clause* sebagai salah satu konsep hukum investasi internasional yang mengatur tambahan perlindungan untuk investor dengan memperluas kewajiban *host-state* dalam penyisipan yang

⁴ Stanimir A. Alexandrov, “Introductory Note to International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID): SGS Societe Generale De Surveillance S.A. v. Pakistan”, *International Legal Materials*, Vol. 42, No. 6 (2003), hal 1285

⁵ Katia Yannaca-Small, “*Interpretation of the Umbrella Clause in Investments Agreements*”, OECD Working Papers on International Investment 2006/03 (2006), hal 4

⁶ Katia Yannaca-Small, “*Interpretation of the...*”, hal 4

sering dikutip “*observe any obligations the host-state has assumed*” sebagai kewajiban hukum internasional.⁷

Ruang lingkup subyek yurisdiksi tidak memiliki kesamaan dibawah BIT. Beberapa BIT hanya mencakup sengketa yang berkaitan dengan “kewajiban berdasarkan perjanjian ini”, yaitu terkait apa yang ada dalam klaim pelanggaran BIT. Beberapa memberikan interpretasi ekstensif untuk frasa “setiap sengketa yang berkaitan dengan investasi.” Ada juga yang memberikan interpretasi kewajiban hukum internasional bahwa *host-state* harus: “mematuhi kewajiban apa pun yang mungkin telah dibuatnya”; terus-menerus menjamin ditaatinya komitmen-komitmen yang telah dibuatnya”; “mematuhi setiap kewajiban yang telah diambilnya”, dan formulasi lainnya sehubungan dengan investasi yang tujuannya adalah menambah nilai perlindungan tambahan yang diberikan *host-state* kepada investor.⁸

Signifikansi dari *umbrella clause*, bahwa hal tersebut menciptakan keadaan yang serupa dengan klausul stabilisasi yang dibuat, yaitu untuk memberikan perlindungan terhadap komitmen yang dibuat kepada investor pada saat penandatanganan kontrak untuk tidak mengubah kondisi tawar-menawar. Unikunya, persidangan arbitrase yang menyelesaikan sengketa berkaitan dengan unsur *umbrella clause* didalamnya tidak ada selain kasus *Société Générale de Surveillance S.A (SGS) v. Islamic Republic of Pakistan* dan *Société Générale de Surveillance S.A (SGS) v. Republic of the Philippines*.⁹ Argument yang menguatkan arti penting dari *umbrella clause* dalam putusan sengketa atas SGS v. Filipina dianulir oleh putusan SGS v. Pakistan. Dalam putusan SGS v. Pakistan, majelis berpendapat jika *umbrella clause* diberikan arti luas, hal itu akan memberikan akibat ketentuan perjanjian investasi secara general yang dinegosiasikan untuk memberikan perlindungan menjadi sia-sia. Sedangkan dalam putusan sengketa SGS v. Filipina adalah condong ke pandangan sebaliknya.¹⁰

Berdasarkan pemaparan diatas, dalam hal ini peneliti membuat arah penulisan yang dirumuskan menjadi fokus masalah a) bagaimana perkembangan *umbrella clause* pada *bilateral investment treaties* sebagai jaminan perlindungan hukum investor dan *host-state*; dan, b) bagaimana interpretasi penerapan *umbrella clause* dalam putusan ICSID SGS v. Pakistan dan SGS v. Philippine?

METODE PENELITIAN

Penelitian ini memperllihatkan beberapa hal dalam metode penelitian yang digunakan, yaitu:

a. Jenis Penelitian

⁷ Dessie Tilahun Ayalew, “*ICSID, Jurisdictional Bases, and Its Arbitral Perspectives: The Arbitral Tales of Umbrella Clause and Its Future*”, Available at SSRN: 3674531 (2020), hal 25

⁸ Katia Yannaca-Small, “*Interpretation of the...*”, hal 3

⁹ Arpit Kumar Mallick, “*Interpretation of the Umbrella Clause in Bilateral Investment Treaties*”, Available at SSRN 3859323 (2020), hal 1

¹⁰ M. Sornarajah, “*The International Law on Foreign Investment, 3rd ed*”, (New York: Cambridge University Press, 2010), hal 304

Penulis dalam tulisan ini menggunakan penelitian doktrinal dengan *output* berupa pandangan terhadap nilai yang diteliti.¹¹ Metode penelitian doktrinal dilakukan melalui proses analisis dan evaluasi substansi hukum dengan menggunakan prinsip-prinsip hukum yang ada, dengan tujuan membangun kembali doktrin serta prinsi-prinsip hukum yang terkait.¹²

Penelitian ini akan mengulas interpretasi *umbrella clause* yang digunakan oleh tribunal ICSID dalam sengketa SGS v. Filipina dan SGS v. Pakistan yang memiliki dua interpretasi berbeda. Maka dari itu, untuk membedah interpretasi yang sudah digunakan dan membuat interpretasi baru diperlukan perbandingan dari dua putusan dengan menggunakan teori *Breakfast Theory of Jurisprudence* untuk mengungkapkan alasan terjadi perbedaan interpretasi.

b. Sumber Data

Data yang penulis gunakan adalah data sekunder berupa bahan-bahan hukum primer adalah instrumen internasional seperti konvensi internasional maupun perjanjian bilateral dan bahan hukum sekunder yang dikumpulkan melalui studi pustaka.

1) Bahan Hukum Primer

Bahan hukum primer yang digunakan oleh penulis adalah:

- a) Rules of Procedure of the United Nations Conference on Trade and Development and its Subsidiary Bodies
- b) Convention on the Organisation for Economic Cooperation and Development
- c) Convention on The Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States
- d) Bilateral Investment Treaties antara the Swiss Confederation dan the Islamic Republic of Pakistan on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments
- e) Bilateral Investment Treaties antara the Republic of the Philippines the Swiss Confederation on the Promotion and Reciprocal Protection on Investments
- f) Decision ICSID Case No. ARB/02/6 SGS Société Générale de Surveillance S.A vs Republic of Philipppnies
- g) Decision ICSID Case No. ARB/01/13 SGS Société Générale de Surveillance S.A v. Islamic Republic of Pakistan

2) Bahan Hukum Sekunder

Studi pustaka tersebut dipilih dengan cara melihat relevansi sumber pustaka buku dengan topik yang dibahas. Serupa dengan pemilihan sumber pustaka digital berupa artikel/jurnal yang melihat relevansi dengan topik yang dibahas.

c. Teknik Analisis Data

Dalam menganalisis nilai dan prinsip yang dikombinasikan di atas, digunakan teknik analisis kualitatif yang memberikan deskripsi yang jelas tentang isu yang sedang dibahas. Kemudian akan dibahas secara sistematis dan komprehensif sesuai dengan *timeline* dan kronologi isu diatas. Analisis akan dibahas dengan menggunakan teori Perlindungan Investasi dan teori *Breakfast Theory of Jurisprudence*.

¹¹ Fakultas Hukum Universitas Indonesia, “*Buku Panduan Penulisan Karya Ilmiah*”, (Depok: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2022), hal 15

¹² Reza Banakar & Max Travers, “*Theory and Research in Socio-Legal Research*”, (Portland: Hart Publishing, 2005), hal 7

HASIL DAN PEMBAHASAN

UMBRELLA CLAUSE PADA BILATERAL INVESTMENT TREATIES SEBAGAI JAMINAN PERLINDUNGAN HUKUM INVESTOR DAN *HOST-STATE*

Perkembangan “Perlindungan Investasi”

Sebelum memasuki era kolonial dan selama gejolak atau peregrinasi di orang Eropa, dipahami bahwa setiap kebangsaan tunduk pada hukum negara asalnya.¹³ Hubungan antar bangsa dibangun atas dasar persahabatan yang kokoh, yang tercermin dalam aturan hukum internasional. Properti asing dilindungi, dan negara tidak dapat menggunakan aturan undang-undangnya untuk mengambil alih aset milik negara lain. Kemudian, ketika era kolonial dimulai, investasi lebih terlihat dengan tujuan untuk memperluas wilayah kolonial dan dijaga oleh sistem dan negosiasi kekaisaran. Dampaknya, investasi tidak perlu dilindungi karena sudah menjadi bagian dari sistem kolonial, dan tatanan tersebut diyakini telah cukup memberikan perlindungan terhadap investasi.¹⁴

Sampai di tahun 1868, ahli hukum dari Argentina, Carlos Calvo, memberikan pandangan berdasarkan perspektifnya terhadap bagaimana *host-state* memandang investasi asing. Carlos memberikan kritik tentang bagaimana orang asing berhak memperoleh keuntungan lebih dari warga negara di negara tempat mereka tinggal. Kemudian memberikan penekanan terhadap kesetaraan mutlak antara orang asing dan warga negara dan bagaimana solusi lokal di suatu negara harus diprioritaskan, menyiratkan penolakan terhadap pemulihan dan hukum non-lokal, termasuk perlindungan diplomatik atau intervensi militer ataupun hukum internasional sebagai hukum yang berlaku.¹⁵ Pemerintah memiliki tanggung jawab untuk memberikan lingkungan di mana orang asing mendapatkan keuntungan tidak bisa lebih signifikan daripada yang dimiliki pemerintah terhadap warganya. Akan tetapi pendapat Carlos kala itu ditolak oleh pemerintah Eropa dan Amerika Serikat, tetapi mendapat penerimaan oleh negara-negara Amerika Latin yang baru merdeka. Kemudian hal ini diandalkan sebagai doktrin kedaulatan negara dan kesetaraan untuk menegakkan prinsip Carlos Calvo.¹⁶

Dapat dilihat selama ini bahwa perkembangan konsep perlindungan investasi didasarkan pada argumentasi antara negara penanam modal dan *host-state* yang sebagian besar negara merdeka melalui undang-undang nasional. Diluar dari perdebatan tersebut, gagasan pemerintah dapat mengambil alih aset asing untuk reformasi ekonomi tidak mulai muncul sampai revolusi Rusia pada tahun 1917. Pemerintahan Uni Soviet pada kala itu mengambil alih aset asing tanpa kompensasi berdasarkan filosofi ekonomi, yaitu standar perlakuan nasional, dan demi kedaulatan. Negara-negara barat dengan kerasnya menentang kebijakan tersebut. Reformasi Uni Soviet kemudian menjadi prakarsa yang mengawali revolusi serupa di Meksiko. Di tahun 1938, Meksiko melakukan pengambil alihan atas kepentingan Amerika Serikat dalam bisnis minyak

¹³ Stephen D. Sutton, “Emilio Augustin Maffezini v. Kingdom of Spain and the ICSID Secretary-General’s Screening Power”, *Arbitration International*, Vol. 21, No. 1 (2005), hal 119

¹⁴ M. Sornarajah, “*The International Law...*”, hal 19

¹⁵ Wenhua Shan, “Is Calvo Dead?”, *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 55, No. 1 (2007), hal 126

¹⁶ Kartika Paramita, “Much in Little: The Umbrella Clause that Changes the International Investment Protection Standard”, *Hasanuddin law Review*, Vol. 6, No. 1 (2020), hal 28

Meksiko. Cordell Hull, Menteri Luar Negeri Amerika Serikat, melayangkan surat ke Meksiko yang menyatakan bahwa Amerika Serikat mengakui hak Meksiko untuk melakukan pengambilan alihan tersebut untuk kepentingan publik. Akan tetapi, AS menegaskan bahwa berdasarkan hukum internasional, pengambilan alihan harus disertai dengan kewajiban memberikan kompensasi yang sesuai, efektif, dan secepatnya.¹⁷ Hal inilah yang menjadi awal munculnya “*Hull formula*”. Pemerintah Meksiko tentu dalam posisi mempertahankan posisinya bahwa negara mempunyai hak berdaulat untuk mengambil alih aset asing dan untuk menentukan kompensasi berdasarkan aturan hukum Meksiko.

Setelah berakhirnya perang dunia kedua, diskusi terhadap instrumen hukum nasional yang cocok untuk mengatur penanaman modal asing mulai muncul. Negara-negara dengan sumber daya yang banyak dan baru merdeka lahir dengan prinsip kedaulatan permanen atas sumber daya alam sebagai perwujudan dari penentuan arah tujuan.¹⁸ Di tahun 1962, usaha tersebut akhirnya menghasilkan hasil yang positif. *United Nations General Assembly* (UNGA) mengadopsi resolusi 1803 tentang *Declaration on Permanent Sovereignty over Natural Resources*. Resolusi tersebut memfokuskan kedaulatan negara yang sama rata untuk mengelola sumber daya alam serta menyeimbangkan doktrin standar nasional Calvo dan standar minimum yang didukung oleh negara-negara barat. Dengan adanya resolusi tersebut, negara-negara menyepakati beberapa hal yaitu: (i) nasionalisasi atau pengambilalihan hanya dapat dilakukan berdasarkan kepentingan umum, keamanan, atau kepentingan nasional, (ii) adanya kemungkinan untuk membawa sengketa penanaman modal ke forum penyelesaian sengketa internasional, (iii) perjanjian penanaman modal asing harus dipatuhi dengan itikad baik, dan negara serta organisasi internasional harus menghormati prinsip kedaulatan permanen atas sumber daya alam. Pada akhirnya resolusi tersebut menjadi prakarsa terbentuknya *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD).¹⁹

Di tahun 1970-an menjadi era di mana banyak negara berkembang memulai konfrontasi yang intens terhadap negara-negara penanam modal. Dimulai dengan nasionalisasi sebagian besar pengaturan konsesi berbasis ekuitas oleh negara-negara penghasil minyak, semakin kuat dengan dikeluarkannya beberapa resolusi UNGA tentang apa yang disebut “*New International Economic Order*.” Resolusi tersebut memberi negara hak untuk menasionalisasi sumber daya alam atau kegiatan ekonomi mereka berdasarkan kedaulatan permanen penuh setiap negara dalam yurisdiksi nasionalnya sesuai dengan hukum dan peraturan domestiknya. Hal tersebut membuat pengambilalihan menjadi persoalan umum terutama ketika negara-negara sosialis dan komunis baru yang merdeka seperti Uni Soviet, Republik Rakyat Cina, dan Kuba mulai melakukan nasionalisasi aset asing. Namun, situasi ini menimbulkan kemandirian ekonomi yang

¹⁷ Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, “*Principles of International Investment Law (2nd ed)*”, (Oxford: Oxford University Press, 2012), hal 2

¹⁸ Sangwani Patrick Ng’ambi, “Permanent Sovereignty Over Natural Resources and the Sanctity of Contracts, From the Agnle of *Lucrum Cessans*”, *Loyola University Chicago International Law review*, Vol. 12, No. 2 (2015), hal 154

¹⁹ Kartika Paramita, “Much in Little: The Umbrella Clause...”, hal 29

membawa pada krisis keuangan dan stagnasi ekonomi dari pada kemakmuran bagi negara-negara berkembang, khususnya di Amerika Latin dan Afrika.²⁰

Pada tahun 1989, seorang ekonom Inggris bernama J. Williamson, membuat istilah ‘*Washington Consensus*’ dalam makalah konfrensinya yang diselenggarakan oleh *Institute for International Economics*. Istilah tersebut merujuk pada sepuluh tindakan kebijakan yang menyatakan liberalisme ekonomi lebih diinginkan untuk melakukan reformasi struktural di semua negara Amerika Latin daripada upaya konservatif.²¹ Tindakan ini menghasilkan kesan yang kuat di antara negara-negara, termasuk lembaga keuangan besar seperti *International Monetary Fund*, Bank Dunia, dan Departemen Keuangan AS. Kemudian negara *host-state* mulai membuat perjanjian investasi internasional tidak hanya dengan negara penanam modal, tetapi juga di antara mereka sendiri daripada mengandalkan hukum kebiasaan internasional seperti dalam praktik sebelumnya. Mereka lebih memberikan perlindungan yang menarik untuk investor asing, termasuk menggunakan *Hull formula* sebagai standar pengambilalihan dalam perjanjian tersebut.²² Sejak saat itu, standar perlindungan investasi sebagian besar ditentukan berdasarkan kesepakatan di antara negara-negara itu sendiri.

Dalam perlindungan investasi tidak dapat melirikan pandangan pada *National Standard of Treatment* dan *Fair and Equitable Treatment*. Konsep sebetulnya dari *national treatment* adalah non-diskriminasi antara pihak asing dan pihak lokal yang dapat dilihat dalam perjanjian perdagangan antara abad kedua belas dan ketiga belas. Saat ini, ketentuan *national treatment* dapat ditemukan dengan mudah dalam perjanjian multilateral dalam perdagangan barang, jasa, *intellectual property*, dan hak asasi manusia sebagai perlindungan terhadap proteksionis pemerintah yang melakukan perlakuan berbeda terhadap pihak asing.²³ Sebagai perlindungan investasi, *national treatment* memberikan tujuan yang serupa, untuk membatasi diskriminasi nasionalitas antara investor asing dan investor domestik di *host state*. Perlindungan investasi menjadi terkenal sejak akhir abad kedua belas dengan peningkatan pada standar perlakuan yang ditawarkan oleh negara berkembang kepada para investor dan meningkatkan kesempatan untuk investasi asing di negara tersebut.²⁴ Dalam pandangan untuk melindungi manfaat khusus dan mencegah kemungkinan negatif dari tindakan *host state*, hampir seluruh BIT memiliki klausul *national treatment*.²⁵ Hal tersebut biasanya didefinisikan sebagai hak dan keistimewaan yang diberikan dan kewajiban serta beban yang dilimpahkan oleh suatu negara pihak pada penanaman modal yang dilakukan oleh penanam modal yang tercakup dalam perjanjian.²⁶

²⁰ Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, “*Principles of International Law*...”, hal 5

²¹ John Williamson, “The Strange History of the Washington Consensus”, *Journal of Post Keynesian Economics*, Vol. 27, No. 2 (2005), hal 196

²² Rudolf Dolzer & Christoph Schreuer, “*Principles of International Law*...”, hal 5

²³ Andrea K. Bjorklund, “*National Treatment*”; in August Reinisch (ed.), “*Standards of Investment Protection*”, (London: Oxford University Press, 2008), hal 29

²⁴ Nicholas DiMascio & Joost Pauwelyn, “Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Worlds Apart or Two Sides of The Same Coin?”, *American Journal of International Law*, Vol. 102, No. 1 (2008), hal 67

²⁵ Yehualashet Tamiru & Nelly C. Rotich, “Rethinking the Standards of Treatment in the Ethiopian and Kenyan BITs: An Approach Towards Certainty”, *Bahir Dar University Journal of Law*, Vol. 11, No. 2 (2021), hal 256

²⁶ *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, para 212 (2010)

Beberapa formulasi tentang *national treatment* sudah diusulkan dalam beberapa tahun di tingkat multilateral. Pada tahun Konferensi Paris 1929, rancangan konvensi tentang *Treatment of Foreigners* mengusulkan rumusan kesetaraan perlakuan dengan warga negara, secara *de jure* dan *de facto*, dalam melaksanakan operasi komersial, industri dan keuangan, segala transaksi yang bersifat ekonomi. Akan tetapi formulasi secara luas tersebut tidak mendapatkan persetujuan dari mayoritas perwakilan pemerintah yang hadir, hingga pada akhirnya rumusan Konferensi Paris gagal untuk diadopsi sebagai konvensi.²⁷ 70 tahun kemudian, pada 22 April 1998, draf *Multilateral Agreement on Investment* (MAI) mengusulkan agar setiap negara pihak dalam kontrak menyetujui investor dari negara lain dan investasinya perlakuan yang adil tidak kalah menguntungkan dari pada perlakuan kepada investor domestik dan penanaman modal sehubungan dengan pendirian, akuisisi, perluasan, pengoperasian, pengelolaan, pemeliharaan, penggunaan, penikmatan dan penjualan atau disposisi modal lainnya. Selanjutnya, negosiasi MAI berjalan dengan sendirinya tanpa mengadopsi konvensi.²⁸

Klausul *National treatment* memiliki beberapa bentuk, namun persyaratan dasar mereka adalah bahwa negara memperlakukan individu asing, perusahaan, produk, atau jasa yang tidak kalah menguntungkan daripada perlakuan terhadap pihak domestik. Klausul *national treatment* sudah menjadi komponen penting dalam perjanjian dagang multilateral, sedangkan peran penting dalam perjanjian investasi adalah cukup baru dan menandakan konvergensi substantif antara hukum perdagangan dan investasi. Karena ketentuan *national treatment* saat ini dilitigasi dibawah BIT dan perjanjian investasi internasional lainnya, tribunal arbitrase investasi juga perlu mempertimbangkan dengan kondisi antara mencegah diskriminasi terhadap investor asing dan menghormati hak berdaulat suatu negara untuk mengatur.²⁹ Pasal 2 ayat (2) huruf c *Charter of Economic Right and Duties of States* menjelaskan prinsip *national treatment*. Akan tetapi, negara investor berpendapat bahwa pihak asing harus diperlakukan sesuai dengan standar minimum internasional. Jika prinsip *national treatment* diterima, perlindungan bagi penanam modal asing akan menjadi minim karena undang-undang yang mempengaruhi properti yang diberlakukan secara seragam untuk berlaku bagi semua orang di negara terlepas dari kewarganegaraannya akan membuat pihak asing tanpa pemulihan apa pun dalam hukum internasional.³⁰

Kemudian, dalam prinsip *Fair and Equitable Treatment*, perjanjian perlu melihat ketentuan FET yang harus diberikan kepada warga negara dari bagian negara pihak dalam kontrak. Kalimat tersebut tidak jelas dan menimbulkan interpretasi yang berbeda-beda. Meskipun saat ini FET menjadi hal yang umum untuk dimasukkan dalam setiap BIT, yang bahkan dahulu hal tersebut bukan menjadi “hak”. Contohnya, BIT pertama antara Jerman dan Pakistan tidak memasukan “hak” FET sebagai hak para investor dan kewajiban *host state*. Hal serupa seperti usaha awal yang datang dengan perjanjian investasi global, Havana Charter 1948 yang

²⁷ Manini Brar, “*The National Treatment Obligation: Law and Practice of Investment Treaties*”; in Julien Chaisse, Leila Choukroune, Sufian Jusoh (ed.), “*Handbook of International Investment Law and Policy*”, (Singapore: Springer, 2021), hal 237

²⁸ Peter T. Muchlinski, “The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now?”, *The International Lawyer*, Vol. 34, No. 3 (2000), hal 1034

²⁹ Nicholas DiMascio & Joost Pauwelyn, “Nondiscrimination in Trade...”, hal 59

³⁰ M. Sornarajah, “*The International Law...*”, hal 202

dibuat untuk membentuk konvensi *International Trade Organization*, tidak memasukan kewajiban yang dapat mengikat alih-alih hal tersebut adalah aspirasi atau klausul yang baik.³¹

Perlu menjadi fokus bahwa antara FET dengan *Full Protection and Standard* (FPS) adalah dua provisi yang berbeda, tidak menjadikan FET yang dilanggar akan berakibat pada FPS, begitu juga sebaliknya. Penolakan terhadap klaim FET tidak akan memberikan pengaruh pada FPS. Karena dalam penerapan BIT dimana kedua provisi tersebut secara jelas ditempatkan tidak pada pasal yang sama menguatkan argumen untuk menolak bahwa jika FET dilanggar, maka FPS tidak berlaku *ipso facto*. Dua provisi tersebut tidak saling ketergantungan satu sama lain pada fakta yang secara bersamaan telah dirumuskan dilanggar oleh para pihak.³²

Prinsip FET secara fundamental membahas mengenai *host state* yang berkewajiban untuk memberikan jaminan transparansi, stabilitas, dan *legitimate expectations* terhadap para investor.³³ FET adalah standar konvensional yang terkandung dalam sebagian besar perjanjian investasi bilateral dan multilateral. Dalam BIT, Profesor Coe melakukan survey terhadap FET dalam lima ratus BIT selama empat dekaded dan menemukan sekita 90% mengandung klausul FET.³⁴ Terdapat tiga kategori dalam IIAs yang pada umumnya biasa dijumpai dalam BIT. Pertama, perjanjian tanpa mengacu pada FET, yang mana memulai hari-hari awal praktik investasi. Terdapat beberapa jenis perjanjian, tertuam BIT, karena kurangnya pola umum yang pasti pada saat itu daripada keengganan terhadap standar.³⁵ Kedua, pendekatan persuasif, dimana tidak melibatkan secara langsung kewajiban pada *host state*, menyebutkan FET hanya pada bagian pembuka atau menunjukkan maksud bahwa perlakuan pada investasi asing akan menjadi pilihan. Contohnya pada bagian pembuka BIT antara Azerbaijan dan Pakistan.

Ketiga, referensi yang mengikat secara hukum untu FET yang sebagian besar ditemukan dalam IIAs. Variasinya tidak selalu dituliskan “*fair and equitable treatment*”, tetapi juga bisa dibuat bersebelahan dengan konteks dimana hal tersebut terkandung. Sebagai contoh BIT Iran dan Pakistan menggunakan gramatikal “*fair treatment*”.³⁶

Lahirnya Umbrella Clause Dalam Investment Treaties

Umbrella clause sebagai provisi dalam perjanjian investasi yang memberikan jaminan kepada *host state* secara *vis-à-vis* dengan investor. Klausul tersebut dikenal dengan sebutan “*umbrella clauses*” karena memberikan kontrak dan komitmen lainnya dibawah perlindungan perjanjian.³⁷ Tujuannya adalah untuk menciptakan kewajiban antar negara yang mengharuskan

³¹ Yehualashet Tamiru & Nelly C. Rotich, “Rethinking the Standards...”. Hal 260

³² Peter A. Allard v. The Government of Barbados, PCA Case No. 2012-06 (2016), Par 169 - 228

³³ Resha Roshana Putri, An-An Chandrawulan, Prita Amalia, “Peringkat Arus Investasi Indonesia Dalam Kerangka Asean-China Free Trade Agreement (Perbandingan Dengan Singapura, Malaysia, Thailand, dan Vietnam) Ditinjau Dari Prinsip *Fair and Equitable Treatment*”, *Jurnal Hukum & Pembangunan*, Vol. 48, No. 2 (2018), hal 279

³⁴ Mujeeb Emami & Rehna Gul, “Diversity in the Formulation of Fair and Equitable Treatment in International Investment Agreements”, *Journal of East Asia and International Law*, Vol. 14, No. 1 (2021), hal 80

³⁵ Stephen Vasciannie, “The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice”, *British Yearbook of International Law*, Vol. 70, No. 1 (1999), hal 113

³⁶ Roland Klager, “*Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*”, (Cambridge: Cambridge University Press, 2011), hal 12

³⁷ Anthony C. Sinclair, “The Origins of...”, hal 412 - 413

setiap negara peserta untuk mematuhi segala perjanjian investasi yang telah disepakati sehubungan investor dari negara peserta lainnya.³⁸ Maksim *pacta sunt servanda* dapat terlihat jelas dengan adanya eksistensi *umbrella clause* dalam perjanjian untuk melindungi kesepakatan yang telah dibuat oleh investor dan *host state*.

Seperti yang telah disebutkan sebelumnya, konsep dari *umbrella clause* diperkenalkan pertama kali oleh Elihu Lauterpacht. Lauterpacht memiliki ide untuk memasukkan klausul penyelesaian sengketa dalam perjanjian yang secara otomatis diatur oleh hukum internasional atau untuk mengatur suatu kondisi ketika terjadi pelanggaran terhadap perjanjian, maka *ipso facto*³⁹ dianggap sebagai pelanggaran perjanjian.⁴⁰ Momen Elihu Lauterpacht mengusulkan hal tersebut tidak terlepas dari adanya *draft Abs-Shawcross*, proyek paling berpengaruh yang merupakan inisiatif dari Hermann Abs dan Shawcross. Abs adalah seorang direktur Deutsche Bank dan menjabat juga sebagai direktur di beberapa perusahaan Jerman, termasuk Deutsche Shell. Shawcross adalah politisi dan jaksa di Inggris dalam persidangan Nruemberg yang menjabat sebagai penasihat umum Royal Dutch Shell. Hubungan keduanya adalah kepentingan yang cukup berpengaruh dalam perlindungan investasi asing di sektor sumber daya alam dan minyak, khususnya dalam konteks dekolonisasi. Kemudian Elihu Lauterpacht dengan pemodal dari Eropa Barat, menyiapkan model perjanjian yang hanya berkaitan dengan hak dan jaminan investor ISDS. Akhirnya draf tersebut didukung oleh mayoritas investor dan asosiasi, termasuk *International Chamber of Commerce* (ICC). Draf tersebut diajukan ke pertimbangan *Organization of the European Economic Cooperation* oleh German Barat pada akhir 1958.⁴¹

Lahirnya *umbrella clause* memiliki hubungan erat dengan penggunaan perjanjian untuk memberikan perlindungan hukum terhadap hak hukum adalah perjanjian pada tahun 1921 antara Britania Raya dan Peru mengenai konsensi mineral, *La Brea y Parinas*,⁴² yang merupakan kepemilikan warga negara Inggris dan disewakan kepada London dan Pacific Petroleum Company. Berbeda dengan *umbrella clause* dalam perjanjian modern, *La Brea y Parinas* merupakan perangkat yang bersifat *ex post facto* setelah adanya wanprestasi terhadap perjanjian. Konsep *umbrella clause* muncul kembali dalam pendapatnya Lauterpacht pada tahun 1956-57 kepada grup perusahaan minyak yang sedang menilai pertimbangan pipa induk dari Irak di Teluk Persia melalui Suriah dan Turki ke Mediterania Timur. Salah satu pertimbangannya adalah untuk memberikan perlindungan berupa *umbrella clause* atau perjanjian antara negara untuk memastikan “perlindungan paralel”.⁴³

³⁸ Judith Gill, Matthew Gearing, Gemma Birt, “Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties: A Comparative Review of the SGS Cases”, *Journal of International Arbitration*, Vol. 21, No. 5 (2004), hal 399

³⁹ Frasa Latin yang memiliki arti ‘dengan tindakan itu sendiri’ atau ‘dengan fakta belaka’

⁴⁰ Anthony C. Sinclair, “The Origins of...”, hal 415

⁴¹ Nicolás M. Perrone, “Bridging the Gap between Foreign Investor Rights and Obligations: Towards Reimagining the International Law on Foreign Investment”, *Business and Human Rights Journal*, Vol. 7 (2022), hal 380

⁴² Agreement among the United Kingdom and Peru, respecting on the Mineral Property ‘La Brea y Parinas’ signed 27 August 1921

⁴³ Arpit Kumar Mallick, “Interpretation of the Umbrella Clause...”, hal 6

INTERPRETASI PENERAPAN *UMBRELLA CLAUSE* DALAM PUTUSAN ICSID SGS V. PAKISTAN DAN SGS V. PHILIPPINA

Interpretasi *Umbrella Clause* Dalam Putusan ICSID SGS V. Pakistan

Republik Islam Pakistan bersama dengan *SGS Société Générale de Surveillance S.A* menandatangani *Pre-Shipment Inspection Agreement (PSI Agreement)* pada tahun 1994, dimana dalam perjanjian tersebut SGS berkewajiban untuk menyediakan layanan inspeksi pra-pengiriman untuk barang-barang ekspor dari negara-negara tertentu yang akan dikirim ke Pakistan. Dikeluarkannya putusan ICSID Case No. ARB/01/13 *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, yaitu SGS yang menggugat Pakistan melalui arbitrase dengan menitik beratkan pada Pasal 11 *Pre-Shipment Inspection Agreement (PSI Agreement)*, yang dijelaskan bahwa setiap perselisihan yang timbul berkaitan dengan pelaksanaan *PSI Agreement* akan merujuk kepada *Arbitration Act of the Territory* (Pakistan) yang berlaku.⁴⁴

Putusan *SGS v. Pakistan* adalah putusan arbitrase pertama yang secara substantif membahas *umbrella clause*. Kasus ini berkaitan dengan perselisihan yang timbul dari kontrak antara kedua negara. SGS kemudian mengajukan gugatan kepada pengadilan Switzerland dengan tuduhan “pembatalan secara tidak sah” terhadap *PSI Agreement*. Kemudian, Pakistan mengajukan eksepsi pembelaan yang memfokuskan bahwa para pihak telah membuat perjanjian arbitrase sebelumnya dan imunitas negara. Maka, pengadilan tingkat pertama hingga dipertegas oleh pengadilan Jenewa tingkat banding menolak permohonan SGS. Setelah tuduhan yang dilayangkan oleh SGS kepada Pakistan dengan yurisdiksi pengadilan Switzerland, pada bulan September 2000 berdasarkan *PSI Agreement* Pakistan memulai proses arbitrase sesuai *Arbitration Act of the Territory* di Pakistan.

Pada 12 Oktober 2001, SGS meminta arbitrase di hadapan ICSID atas dugaan pelanggaran beberapa pasal dalam BIT, Pasal 3(1), 4(1), 4(2)⁴⁵ termasuk Pasal 11 BIT antara *the Swiss Confederation and the Islamic Republic of Pakistan on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments* yang dikenal sebagai *umbrella clause*.⁴⁶ ICSID menilai bahwa *umbrella clause* tidak memberikan yurisdiksi untuk mendengar kalim tersebut, tetapi murni kontraktual. Majelis menilai dengan efek potensial memberikan interpretasi *umbrella clause* yang lebih luas, berpendapat bahwa “*the scope of the umbrella clause, while consisting in its entirety of onlu one sentence, appears susceptible of almost indefinite expansion.*”⁴⁷

Dari apa yang disebutkan diatas, berbicara mengenai Pasal 11 BIT kedua negara memiliki kesamaan dengan *article X(2)* BIT antara Swiss dengan Filipina – yang dimana SGS juga memiliki sengketa berkaitan dengan *umbrella clause* dengan Filipina – yang mewajibkan *host*

⁴⁴ International Centre for the Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/01/13, *SGS Société Générale de Surveillance S.A v. Islamic Republic of Pakistan*, par 1

⁴⁵ International Centre for the Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/01/13, *SGS Société Générale de Surveillance S.A v. Islamic Republic of Pakistan*, par 35

⁴⁶ Jude Antony, “Umbrella Clause Since *SGS v. Pakistan* and *SGS v. Philippines* – A Developing Consensus”, *Arbitration International*, Vol. 29, No. 4 (2013), hal 608

⁴⁷ International Centre for the Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/01/13, *SGS Société Générale de Surveillance S.A v. Islamic Republic of Pakistan*, par 166

state “..shall constantly guarantee the observe..”, untuk kebijakan yang memiliki keterkaitan dengan investasi dari penanam modal. Akan tetapi interpretasi untuk sengketa pertama kali yang mengaitkan *umbrella clause* diinterpretasikan berbeda oleh majelis dari yang diinterpretasikan oleh SGS. Komitmen yang dimaksud dalam perjanjian dengan diikuti oleh frasa “*constantly guarantee*” tidak terbatas pada komitmen kontraktual⁴⁸ saja.

Interpretasi *Umbrella Clause* Dalam Putusan ICSID SGS V. Philippine

Pada 23 Agustus 1991 SGS bersama dengan Filipina menandatangani Perjanjian *Comprehensive Import Supervision Services Agreement (CISS Agreement)*, dimana para pihak akan memberikan layanan khusus untuk membantu meningkatkan proses bea cukai dan kontrol Filipina. *CISS agreement* tersebut SGS setuju secara eksklusif untuk melakukan inspeksi pengapalan di negara eskpor mana pun ke Filipina. SGS juga menyetujui untuk menyediakan bantuan kepada Filipina, termasuk diantaranya adalah:⁴⁹

- 1) Memberikan pelatihan kepada lembaga *Philippines Bureau of Customs*;
- 2) Menyediakan peralatan pabean dan memelihara peralatan tersebut; dan
- 3) Menyediakan konsultan kepabeanan untuk melakukan studi kelayakan dan mengevaluasi kebutuhan BOC.

3 (tiga) substansi diatas adalah tujuan dibentuknya *CISS agreement* antara para pihak, yang dalam kebiasaannya akan menjadi konsensus para pihak untuk menepatinya. Konsensus merupakan faktor kunci dalam membuat hubungan kontraktual dapat dipengaruhi oleh beberapa faktor. Faktor-faktor yang mempengaruhi tersebut adalah kesalahan, misrepresentasi, paksaan dan pengaruh yang tidak semestinya. Hal ini berarti bahwa setiap salah satu dari faktor-faktor ini dapat membuat sebuah kontrak menjadi batal atau dapat dibatalkan, tergantung pada faktor mana yang timbul.⁵⁰

Munculnya sengketa antara SGS v. Filipina tidak jauh dari dikeluarkannya putusan ICSID terhadap objek sengketa dan penggugat yang serupa, yaitu antara SGS yang menggugat Pakistan melalui arbitrase dengan menitik beratkan pada Pasal 11 *Pre-Shipment Inspection Agreement (PSI Agreement)*, yang dijelaskan bahwa setiap perselisihan yang timbul berkaitan dengan pelaksanaan *PSI Agreement* akan merujuk kepada *Arbitration Act of the Territory* (Pakistan) yang berlaku.⁵¹ Yang pada akhirnya SGS v. Filipina tidak mendapatkan putusan yang serupa seperti SGS v. Pakistan, dimana majelis menerima argumen *umbrella clause* antara SGS v. Filipina.

⁴⁸ Longman Dictionary: Komitmen untuk melakukan sesuatu yang dibuat legal dengan dimasukkan dalam ketentuan kontrak, <https://www.ldoceonline.com/dictionary/contractual-commitment#:~:text=From%20Longman%20Business%20Dictionary%20con%CB%8Ctractual,%E2%86%92%20cmmittment>, diakses pada 23 Juli 2023

⁴⁹ International Centre for the Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/02/6, *SGS Société Générale de Surveillance S.A v. Republic of the Philippines*, par 14 - 19

⁵⁰ Marvin Awarab, “Consensus as a Requirement of a Valid Contract from a Namibian Perspective: Issues and Solutions”, *International Journal of Law Managemeng & Humanities*, Vol. 5, No. 1 (2022), hal 526

⁵¹ International Centre for the Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/01/13, *SGS Société Générale de Surveillance S.A v. Islamic Republic of Pakistan*, par 1

Majelis menyimpulkan dari *umbrella clause* yang tercantum dalam Pasal X ayat (2) – menerangkan “*each Contracting Party shall observe any obligation it has assumed with regard to specific investments in its territory by investors of the other Contracting Party*” – mempersyaratkan Filipina untuk mematuhi kewajiban untuk membayar jumlah sebagaimana mestinya pada jatuh tempo dan terutang berdasarkan *CISS Agreement*. Kata “*..observe any obligation..*” dan “*..specific investments..*” dalam kalimat tersebut terletak pada BIT *The Republic of The Philippines and The Swiss Confederation On The Promotion and Reciprocal Protection of Investments* yang menunjukkan bahwa negara *host state* harus menjalankan kewajiban yang berkaitan dengan investasi tertentu berdasarkan *CISS Agreement*.⁵² Kalimat “*..observe any obligation..*” sebenarnya tidak dapat dilihat berdiri sendiri dalam interpretasi sudut dengan pandang ‘perlindungan’, karena hal ini akan memiliki ruang lingkup yang terlampaui luas tanpa batasan. Maka, perlu dilihat secara bersamaan dengan kalimat “*..it has assumed..*” yang berada ditengah-tengah dan dipandang satu kesatuan dengan kalimat selanjutnya “*..regards with to specific investment..*”.

Dengan demikian, majelis memberikan interpretasi berbeda terhadap *umbrella clause* dalam sengketa *SGS v. Filipina* yang berdasarkan kepada Pasal X(2) BIT sesuai *Swiss Confederation-Republic of the Philippines Agreement on the Promotion and Reciprocal Protection of Investments*, bahwa memberikan jaminan kepada investor asing sejalan dengan pelaksanaan perjanjian yang ditanggung oleh *host state* berdasarkan hukum yang berlaku di negaranya sehubungan dengan investasi tertentu. Maka, Pasal X(2) memberikan landasan atas pelanggaran BIT oleh *host state* mematuhi komitmen yang mengikat, termasuk komitmen kontraktual, yang telah diasumsikan berkaitan dengan investasi tertentu.⁵³

***Breakfast Theory of Jurisprudence* Dalam Putusan ICSID SGS V. Pakistan dan Putusan ICSID SGS V. Filipina**

Dalam masa proses sejarah Mahkamah Agung di Amerika Serikat tahun 1923 yang telah melewati beberapa kasus besar yang menjadi perhatian publik yaitu; *the Minnesota Moratorium case*, *the Gold Clause case*, *the Railroad Pension case*, dan *the N.R.A and A.A.A case*. Terdapat satu teori yang lahir dalam pikiran masyarakat melalui koran dan majalah saat itu, bahkan para profesor universitas, yaitu studi terhadap politik dan kepribadian para hakim yang sekarang duduk di pengadilan itu lebih penting dalam memprediksi keputusan mereka daripada pemeriksaan Konstitusi atau undang-undang yang mengatur interpretasinya. Hal tersebut dikenal dengan “*Breakfast Theory of Jurisprudence*”, seolah-olah keputusan penting bergantung pada apa yang dimakan oleh hakim saat sarapan. Sentuhan Freudian sering muncul dalam analisis karakter hakim semacam itu. Sebagai jawaban seseorang telah menyarankan bahwa jika teori ini berlaku, waktunya mungkin tiba ketika kisa Twiss tentang tawa pikun Lord Eldon saat melihat

⁵² Comprehensive Import Supervision Services Agreement

⁵³ International Centre for the Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/02/6, *SGS Société Générale de Surveillance S.A v. Republic of the Philippines*, par 126

gadis-gadis pelayannya berusaha untuk tidak menunjukkan kaki mereka saat mereka menuruni tangga selama kebakaran di kastilnya.⁵⁴

Dalam kaitannya dengan dua putusan ICSID *SGS v. Pakistan* dan *SGS v. Philippine*, perbedaan interpretasi yang diberikan oleh majelis dipengaruhi latar belakang proses permohonan atau sengketa tersebut lahir. Dalam *SGS v. Pakistan* majelis menolak atas interpretasi *umbrella clause* dari *SGS* dikarenakan pemaknaan “*commitments*” tidak dibatasi ruang lingkupnya dalam komitmen kontraktual saja. Permohonan *SGS* kepada majelis ICSID juga dilatarbelakangi adanya permohonan arbitrase berdasarkan *Arbitration Act of the Territory* yang dilakukan oleh Pakistan. Sedangkan, putusan ICSID *SGS v. Philippine* dimana majelis memberikan interpretasi yang menerima *umbrella clause*, dapat dimaknai bahwa memberikan jaminan kepada investor asing sejalan dengan pelaksanaan perjanjian yang ditanggung oleh *host state* berdasarkan hukum yang berlaku di negaranya sehubungan dengan investasi tertentu.

Perbedaan latar belakang munculnya sengketa tersebut dapat dimaknai dalam *breakfast theory of jurisprudence* sebagai sarapan hakim yang dimakan bagi majelis dalam memberikan putusan. Seperti disebutkan di atas, interpretasi ini diadopsi dalam dua kasus. Dalam keputusan *SGS v. Pakistan* yang sudah dibahas, majelis menolak untuk memberikan efek apa pun terhadap *umbrella clause* di BIT Swiss-Pakistan, menafsirkannya dengan cara yang terliha menjadikannya pernyataan aspirasi belaka daripada komitmen yang menciptakan kewajiban yang dapat ditegakkan.⁵⁵ Dalam keadaan luar biasa, pelanggaran terhadap beberapa ketentuan kontrak Negara dengan investor dari Negara lain mungkin merupakan pelanggaran terhadap klausa payung. Akan tetapi, tidak ada indikasi yang diberikan tentang kemungkinan keadaan luar biasa ini

KESIMPULAN

Putusan ICSID *SGS v. Pakistan*, antara *SGS Société Générale de Surveillance S.A.* dan Republik Islam Pakistan berfokus pada interpretasi *Umbrella Clause* dalam *Pre-Shipment Inspection Agreement (PSI Agreement)* yang telah ditandatangani oleh kedua negara. *Umbrella clause* tersebut mencakup komitmen untuk menyelesaikan perselisihan melalui *Arbitration Act of the Territory* (Pakistan) yang berlaku. *SGS* menggugat Pakistan dengan tuduhan "pembatalan secara tidak sah" terhadap *PSI Agreement*, namun putusan ICSID menolak permohonan *SGS*. Kasus ini menjadi signifikan karena merupakan putusan arbitrase pertama yang secara substantif membahas *umbrella clause*.

Putusan ICSID *SGS v. Philippine*, antara *SGS Société Générale de Surveillance S.A.* dan *Philippine* berfokus pada interpretasi *umbrella clause* dalam *Comprehensive Import Supervision Services Agreement (CISS Agreement)*. *Umbrella clause* tersebut menyatakan bahwa setiap pihak harus mematuhi kewajiban terkait investasi tertentu di wilayahnya oleh investor dari pihak lain. Dalam kasus ini, majelis ICSID memberikan interpretasi yang menerima *umbrella clause* dan menyatakan bahwa Filipina harus mematuhi kewajiban berdasarkan *CISS Agreement*.

⁵⁴ Willard L. King, “Breakfast Theory of Jurisprudence”, *Dicta*, Vol. 14, No. 6 (1937), hal 143

⁵⁵ Jude Antony, “Umbrella Clause Since...”, hal 615

Teori "Breakfast Theory of Jurisprudence" digunakan sebagai analogi untuk menjelaskan perbedaan interpretasi dalam dua putusan ICSID tersebut. Teori ini menyatakan bahwa keputusan hakim dapat dipengaruhi oleh faktor-faktor pribadi atau latar belakangnya. Dalam konteks putusan arbitrase SGS v. Pakistan dan SGS v. Philippine, perbedaan interpretasi dapat disebabkan oleh latar belakang dan pemikiran para hakim dalam menganalisis kasus tersebut. Dengan demikian, dua putusan ICSID tersebut menunjukkan interpretasi yang berbeda terhadap *umbrella clause*, dengan SGS v. Pakistan menolak interpretasi dari SGS dan SGS v. Philippine menerima interpretasi dari SGS. Perbedaan ini kemungkinan disebabkan oleh latar belakang dan faktor-faktor lain yang mempengaruhi para hakim dalam proses pengambilan keputusan.

DAFTAR PUSTAKA

- Brar, Manini., "The National Treatment Obligation: Law and Practice of Investment Treaties"; in Julien Chaisse, Leila Choukroune, Sufian Jusoh (ed.), "Handbook of International Investment Law and Policy", (Singapore: Springer, 2021)
- Dolzer, Rudolf., Christoph Schreuer., "Principles of International Investment Law (2nded)", (Oxford: Oxford Univeristy Press, 2012)
- K. Bjorklund, Andrea., "National Treatment"; in August Reinisch (ed.), "Standards of Investment Protection", (London: Oxford University Press, 2008)
- Klager, Roland., "Fair and Equitable Treatment in International Investment Law", (Cambridge: Cambridge University Press, 2011)
- Sornarajah, M., "The International Law on Foreign Investment, 3rd ed", (New York: Cambridge University Press, 2010)
- A. Alexandrov, Stanimir., "Introductory Note to International Centre for the Settlement of Investment Disputes (ICSID): SGS Societe Generale De Surveillance S.A. v. Pakistan", *International Legal Materials*, Vol. 42, No. 6 (2003), 1285-1289
- Antony, Jude., "Umbrella Clause Since SGS v. Pakistan and SGS v. Philippines – A Developing Consensus", *Arbitration International*, Vol. 29, No. 4 (2013), 607-639
- C. Sinclair, Anthony., "The Origins of the Umbrella Clause in the International Law of Investment Protection", *Arbitration International*, Vol. 20, No. 4 (2004), 411-434
- D. Sutton, Stephen., "Emilio Augustin Maffezini v. Kingdom of Spain and the ICSID Secretary-General's Screening Power", *Arbitration International*, Vol. 21, No. 1 (2005), 113-126
- DiMascio, Nicholas., Joost Pauwelyn., "Nondiscrimination in Trade and Investment Treaties: Wolrds Apart or Two Sides of The Same Coin?", *American Journal of International Law*, Vol. 102, No. 1 (2008), 48-89
- Emami, Mujeeb., Rehna Gul., "Diversity in the Formulation of Fair and Equitable Treatment in International Investment Agreements", *Journal of East Asia and International Law*, Vol. 14, No. 1 (2021), 79-100
- Gill, Judith., Matthew Gearing, Gemma Birt., "Contractual Claims and Bilateral Investment Treaties: A Comparative Review of the SGS Cases", *Journal of International Arbitration*, Vol. 21, No. 5 (2004), 397-412
- L. King, Willard., "Breakfast Theory of Jurisprudence", *Dicta*, Vol. 14, No. 6 (1937), 143-146
- M. Perrone, Nicolás., "Bridging the Gap between Foreign Investor Rights and Obligations: Towards Reimagining the Internaitonal Law on Foreign Investment", *Business and Human Rights Journal*, Vol. 7 (2022), 375-396
- Nichols, Shawn., "Transnational Capital and the Transformation of the State: Investor-State

- Dispute Settlement (ISDS) in the Transatlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)", *Critical Sociology*, Vol. 45, No. 1 (2019), 137-157
- Paramita, Kartika., "Much in Little: The Umbrella Clause that Changes the International Investment Protection Standard", *Hasanuddin law Review*, Vol. 6, No. 1 (2020), 25-45
- Patrick Ng'ambi, Sangwani., "Permanent Sovereignty Over Natural Resources and the Sanctity of Contracts, From the Agnle of *Lucrum Cessans*", *Loyola University Chicago International Law review*, Vol. 12, No. 2 (2015), 153-172
- Roshana Putri, Resha., An-An Chandrawulan, Prita Amalia., "Peringkat Arus Investasi Indonesia Dalam Kerangka *Asean-China Free Trade Agreement* (Perbandingan Dengan Singapura, Malaysia, Thailand, dan Vietnam) Ditinjau Dari Prinsip *Fair and Equitable Treatment*", *Jurnal Hukum & Pembangunan*, Vol. 48, No. 2 (2018), 275-298
- Shan, Wenhua., "Is Calvo Dead?", *The American Journal of Comparative Law*, Vol. 55, No. 1 (2007), 123-163
- T. Muchlinski, Peter., "The Rise and Fall of the Multilateral Agreement on Investment: Where Now?", *The International Lawyer*, Vol. 34, No. 3 (2000), 1033-1053
- Tamiru, Yehualashet., Nelly C. Rotich., "Rethinking the Standards of Treatment in the Ethiopian and Kenyan BITs: An Approach Towards Certainty", *Bahir Dar University Journal of Law*, Vol. 11, No. 2 (2021), 255-284
- Tilahun Ayalew, Dessie., "*ICSID, Jurisdictional Bases, and Its Arbitral Perspectives: The Arbitral Tales of Umbrella Clause and Its Future*", Available at SSRN: 3674531 (2020), 1-36
- Vasciannie, Stephen., "The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law and Practice", *British Yearbook of International Law*, Vol. 70, No. 1 (1999), 99-164
- Williamson, John., "The Strange History of the Washington Consensus", *Journal of Post Keynesian Economics*, Vol. 27, No. 2 (2005), 195-206
- Kumar Mallick, Arpit., "Interpretation of the Umbrella Clause in Bilateral Investment Treaties", Available at SSRN 3859323 (2020)
- International Centre for the Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/01/13, *SGS Société Générale de Surveillance S.A v. Islamic Republic of Pakistan*
- International Centre for the Settlement of Investment Disputes Case No. ARB/02/6, *SGS Société Générale de Surveillance S.A v. Republic of the Philippines*
- Peter A. Allard v. The Government of Barbados*, PCA Case No. 2012-06 (2016)
- Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., and Vivendi Universal S.A v. The Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/03/19, para 212 (2010)
- United Nations Conference on Trade and Development, "Facts on Investor-State Arbitrations in 2021: With a Special Focus on Tax-Related ISDS Cases", *International Investment Agreements Note*, No. 1 (2022)
- Yannaca-Small, Katia., "*Interpretation of the Umbrella Clause in Investments Agreements*", OECD Working Papers on International Investment 2006/03 (2006)