

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Seiring dengan perkembangan ekonomi global dimana negara-negara membutuhkan investasi atau penanaman modal asing untuk mendorong pembangunan dan kemajuan ekonomi, menjamin dan menciptakan keamanan berinvestasi, negara-negara di dunia perlu memberikan perlindungan terhadap investasi yang ditanamkan oleh investor atau penanam modal asing.

Bagi negara yang berdaulat sebagai subjek hukum internasional dan bagian dari masyarakat internasional, tuntutan akan perlindungan investasi tidak saja merupakan etika dan standar dalam hubungan internasional, tetapi juga merupakan kewajiban yang melekat bagi setiap negara sesuai dengan praktik yang lazim berlaku dalam pergaulan dan hubungan ekonomi antar negara.

Dalam hubungan itu, disamping secara individual negara-negara memberikan perlindungan investasi sebagai wujud dari tanggung jawab internasional, negara-negara juga meminta negara lain untuk menunjukkan komitmen yang tinggi dan sungguh-sungguh dalam perlindungan investasi, sehingga mendorong para pelaku ekonomi dan bisnis sebagai investor untuk menanamkan modal di negara tertentu.

Sebagai negara pemilik modal, negara-negara maju (*develop countries*) membutuhkan instrumen yang secara hukum dapat lebih menjamin dan mengikat negara berkembang (*developing country*), dalam melindungi investasi yang mereka tanamkan di negara berkembang. Atas dasar itu, maka negara-negara maju dan berkembang membuat dan menuangkan kesepakatan perlindungan investasi bilateral ke dalam instrumen yang lazim dikenal dengan “persetujuan atau perjanjian

promosi dan perlindungan investasi” (*agreement on the promotion and protection of investment*)¹ atau “perjanjian investasi bilateral/PIB” (*bilateral investment treaties/BITs*)².

Praktik yang dilakukan oleh negara-negara kemudian diikuti oleh negara-negara berkembang, sehingga banyak negara berkembang, termasuk Indonesia, membuat perjanjian investasi bilateral dengan sesama negara berkembang. Dalam konteks pemerintahan, keinginan suatu negara untuk membuat kesepakatan PIB pada dasarnya merupakan bagian dari kebijakan publik (*public policy*). Sementara itu, dalam hubungan internasional, perundingan (*negotiation*) dan pembuatan PIB merupakan bagian dari diplomasi antar negara (*inter-state diplomacy*) dalam rangka peningkatan hubungan ekonomi luar negeri (*foreign economic relations*).

Perjanjian investasi bilateral (PIB) mengalami perkembangan yang pesat pada dasawarsa 1990-an, dimana negara-negara di berbagai belahan dunia secara masif melakukan perjanjian investasi dalam rangka mendorong peningkatan investasi untuk mempercepat pembangunan dan kemajuan ekonomi. Data dari studi Bank Dunia (*World Bank*) menunjukkan, pada tahun 1994 terdapat lebih dari 700 PIB

¹ Dalam kesepakatan perlindungan investasi bilateral dengan berbagai negara, Indonesia menggunakan istilah resmi “Persetujuan Promosi dan Perlindungan Penanaman Modal (P4M)” sebagai terjemahan dari *Agreement on the Promotion and Protection of Investment*.

² Dalam berbagai literatur akademis asing istilah yang sering dan umum dipergunakan adalah *Bilateral Investment Treaties* (BIT). Lihat M. Sornarajah, *International Investment Law*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2004, hlm. 204; Peter Muchlinski, *Multinational Enterprise and the Law*, Blackwell Publishers, United Kingdom, 1999, hlm. 617; Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Law*, Oxford University Press, New York, 2008, hlm. 20. Dalam tulisan ini, sebagai padanan dalam Bahasa Indonesia, istilah yang dipergunakan adalah Perjanjian Investasi Bilateral (PIB). Secara bergantian juga akan dipergunakan istilah Perjanjian Promosi Investasi (PPI). Dalam Istilah hubungan (ekonomi) antar negara, pada umumnya negara-negara lebih sering (suka) menggunakan istilah PPI dan cenderung lebih mengedepankan kata ‘promosi’ daripada proteksi, karena sesuai dengan kepentingan ekonominya, yang diutamakan adalah promosi. Seperti halnya juga dalam dunia *marketing* yang sangat mengutamakan istilah promosi untuk menarik minat para pelaku bisnis dan pengusaha melakukan investasi dan meningkatkan kegiatan bisnis. Disamping itu terdapat asumsi yang secara ‘implisit’ dipahami, dengan melakukan promosi pada dasarnya dengan sendirinya negara akan memberikan dan melakukan perlindungan terhadap investasi yang dilakukan oleh investor atau penanam modal asing.

(BIT) yang ditandatangani³. Kemudian pada akhir milenium mencapai lebih dari 2000 perjanjian⁴. Indonesia pertama kali menandatangani PIB dengan Amerika Serikat pada tahun 1967.⁵ Kemudian disusul dengan negara-negara lain di Eropa Barat, yaitu Jerman pada tahun 1968, Belgia-Luksemburg tahun 1970, Perancis 1973, Swiss 1974 dan Inggris 1976.⁶ Hingga sekarang Indonesia telah menandatangani PIB dengan 67 negara.⁷

Tren tahun 1990-an tersebut menunjukkan bahwa PIB semakin menjadi kebutuhan dan keharusan bagi negara-negara di dunia. Meskipun demikian terdapat pula investor yang melakukan investasi, tetapi tidak memiliki PIB dengan negara tempat investasi, seperti Hong Kong (China) dan Taiwan (China Taipei) dengan Indonesia⁸. Sampai dengan tahun 2004, di antara 10 terbesar penandatanganan PIB, mayoritas adalah negara-negara maju di Eropa Barat, yaitu Jerman, Swiss, Inggris, Perancis, Belanda, Republik Ceko dan Itali.⁹ Sedangkan negara berkembang yang terbanyak menjadi pihak dalam PIB adalah China, Mesir dan Rumania¹⁰. China merupakan negara berkembang terbanyak yang melakukan perundingan dan menandatangani PIB yaitu sebanyak 112 dan merupakan terbanyak kedua setelah Jerman¹¹. Negara berkembang lain yang juga aktif melakukan perundingan PIB adalah Republik Korea (Selatan) sebanyak 78 PIB dan Malaysia 66 PIB¹².

Banyaknya negara-negara membuat perjanjian investasi itu dengan sendirinya bukan tanpa alasan, akan tetapi didasarkan atas berbagai motivasi dan

³ M. Sornarajah, *International Investment Law*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2004, hlm. 204.

⁴ Ibid, hlm. 204.

⁵ Badan Koordinasi Penanaman Modal (BKPM), *Daftar Perjanjian Peningkatan Perlindungan Penanaman Modal (P4M) Indonesia Dengan Negara Lain*, as of 2012.

⁶ OECD *Investment Policy Reviews Indonesia* (2010), Paris, 2010, hlm. 81.

⁷ BKPM, Op.cit.

⁸ OECD, Op.cit, hlm. 81.

⁹ UNCTAD, *International Investment Arrangements: Trends and Emerging Issues*, Geneva, 2006, hlm. 12.

¹⁰ Ibid, hlm. 12.

¹¹ Ibid, hlm. 12-13

¹² Ibid, hlm. 13.

pertimbangan. Sebagian memandang bahwa dengan menandatangani perjanjian investasi, maka negara-negara maju akan melakukan investasi di negara mitranya, sehingga investasi akan meningkat¹³. Namun, kenyataan di lapangan menunjukkan hal yang berlainan, bahwa penandatanganan tidak selalu berbanding lurus dan secara otomatis akan meningkatkan investasi asing.¹⁴ Bagi negara yang dulunya pernah melakukan nasionalisasi, berpandangan, dengan menandatangani perjanjian investasi, maka akan memperbaiki citra negara yang bersangkutan dan meningkatkan kepercayaan (*confidence*) investor terhadap iklim investasi dan bisnis di negaranya¹⁵. Masalah apakah dengan penandatanganan perjanjian investasi akan mendorong peningkatan investasi memang selalu menjadi pertanyaan dan mengundang perdebatan pro dan kontra. Asumsi dan pandangan yang umum diterima adalah bahwa investasi asing merupakan instrumen ekonomi yang akan mendorong peningkatan dan kemajuan pembangunan. Hal ini karena dengan investasi maka investor akan membawa modal, teknologi dan manajemen, yang tidak dimiliki oleh negara-negara berkembang.

Berbagai studi juga telah dilakukan untuk melihat dan mengkaji tentang pengaruh dan dampak perjanjian investasi terhadap pembangunan dan masuknya modal asing. Studi yang dilakukan oleh Jason Webb Yackee¹⁶ menunjukkan bahwa, PIB (*BITs*) tidak sangat berarti mempengaruhi keputusan perusahaan melakukan penanaman modal (*FDI*)¹⁷. PIB tidak mempunyai korelasi kuat dengan peringkat

¹³ M. Sornarajah, *Op.cit*, hlm. 217.

¹⁴ *Ibid*, hlm. 217.

¹⁵ *Ibid*, hlm. 217.

¹⁶ Jason Webb Yackee, *Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment, and the Rule of (International) Law: Do BITs Promote Foreign Direct Investment?*, 42 *Law & Society Review*, 805, 827-828, (2008), dalam *Do Bilateral Investment Treaties Promote Foreign Direct Investment? Some Hints from Alternative Evidence*, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 51, No. 2, Page, 397.

¹⁷ *Ibid*, hlm. 400.

‘risiko politik’ (*political risk ranking*)¹⁸. Perusahaan-perusahaan penanggung asuransi risiko politik juga tidak mempertimbangkan PIB dalam membuat keputusan penutupan asuransi terhadap perusahaan penanam modal atau investor¹⁹. Hasil temuan dari studi yang dilakukan oleh Mary Hallward-Driemeier dari *World Bank* menemukan bahwa perjanjian investasi bilateral tidak memiliki dampak sedikitpun (*there is no singular impact*) terhadap peningkatan investasi bagi negara-negara berkembang²⁰, bahkan memberikan dampak negatif²¹. Demikian pula studi yang dilakukan oleh UNCTAD membuktikan bahwa terdapat sedikit korelasi antara menerima modal asing yang besar dengan penandatanganan perjanjian investasi bilateral²².

Banyaknya jumlah perjanjian investasi yang ditandatangani di dunia itu tidak dipungkiri dan sekaligus memperlihatkan betapa besar kedudukan dan arti penting perjanjian investasi sebagai sarana dalam melindungi dan mempromosikan masuknya arus investasi asing langsung ke dalam suatu negara²³. Dengan arti strategis perjanjian investasi itu, tidak mengherankan jika banyak investor menggunakan perjanjian investasi untuk menuntut pemerintah negara penerima investasi (*to sue host state governments*) ke pengadilan internasional karena diduga melakukan pelanggaran terhadap ketentuan dalam perjanjian. Sebagai contoh hal ini terjadi pada Argentina, dimana banyak para investor menggugat pemerintah Argentina melalui arbitrase karena dianggap melanggar ketentuan dalam perjanjian

¹⁸ Ibid, hlm. 400.

¹⁹ Ibid, hlm. 400.

²⁰ Mary Hallward-Driemeier, *Bilateral Investment Treaties: Do They Increase FDI Flows?* Background Paper for *Global Economic Prospects 2003 : Investing to Unlock Global Opportunities*, World Bank, Washington, DC, 2002, dalam Kavaljit Singh, *Questioning Globalization*, Madhy Books, India, 2005

²¹ Mary Hallward-Driemeier, *Do Bilateral investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit ... and They Could Bite*, dalam Jason Webb Yackee, Op.Cit, hlm. 399.

²² UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties in the mid-1990s*, United Nations, New York, 1998, dalam Kavaljit Singh, Op.Cit, hlm. 80.

²³ Jason Web Yackee, Op.Cit, hlm. 398.

pada waktu krisis keungan tahun 2001²⁴. Lebih dari 30 gugatan arbitrase berdasarkan PIB (*BITs-based arbitration*) yang diajukan oleh investor dengan jumlah klaim mencapai milyaran dolar²⁵.

Dalam kaitan sebagai suatu kesepakatan antara dua pihak, perlu dipahami keberadaan perjanjian investasi sebagai objek dari hukum perjanjian internasional. Sebagai suatu perjanjian (*treaty/agreement*), perjanjian investasi secara umum adalah suatu perjanjian internasional yang mengikat dua negara atau lebih dengan cakupan dan ruang lingkup tertentu. Dalam konteks yang lebih spesifik Peter Muchlinski memberikan definisi tentang PIB, sebagai berikut:

“A bilateral treaty for the promotion and protection of foreign investments (BIT) can be defined as a legally binding international agreement between two states, whereby each state promises, on a reciprocal basis, to observe the standards of treatment laid down by the treaty in its dealings with investors from the other contracting state”²⁶.

Dari definisi tersebut dapat dipahami bahwa unsur pokok yang menjadi dasar pengertian PIB adalah bahwa perjanjian itu melibatkan dua negara (*two states*), bersifat timbal-balik (*reciprocal basis*), untuk mengawasi standar perlakuan (*standard of treatment*) yang diatur dalam perjanjian dalam berhubungan dengan penanam modal (*investor*) dari negara yang mengikatkan diri dengan perjanjian (*contracting state*).

Pengertian dan definisi umum PIB tersebut sebagai suatu perjanjian internasional juga pada dasarnya sesuai dengan kaidah dan prinsip hukum perjanjian internasional yang diatur dalam *Vienna Convention on the Law of*

²⁴ R. Doak, Bishop & Roberto Aguirre Luzi, *Investment Claims: First Lessons from Argentina*, in *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases From The ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, 425, 432-435 (Todd Weiler ed, 2005) dalam Jason Webb Yackee, Op.Cit, hlm. 404.

²⁵ Ibid, hlm. 404.

²⁶ Peter Muchlinski, Op.Cit, hlm. 617.

Treaties (VCLT). Pasal 2 ayat (1) tentang definisi perjanjian memberikan pengertian *treaty/agreement* adalah:

“An international agreement concluded between States in written form and governed by international law, whether embodied in a single instrument or in two or more related instruments and whatever its particular designation”²⁷.

Sesuai pengertian hukum perjanjian internasional di atas, maka PIB adalah perjanjian tertulis (*written agreement*) yang diatur oleh hukum internasional, baik dituangkan dalam satu, dua atau lebih instrumen dan dengan suatu tujuan tertentu. PIB adalah perjanjian internasional yang dibuat oleh negara-negara atau antar negara (*inter states*) sebagai pihak (*party*) dari perjanjian. Hal ini menunjukkan bahwa PIB adalah perjanjian publik (*public agreement*) yang berada dalam wilayah hukum internasional publik. Sebagai perjanjian publik, dalam praktik seringkali terdapat perbedaan dan karakteristik tersendiri. PIB antara Indonesia dengan Iran, berbeda dengan PIB Model Amerika Serikat, Inggris, Jerman dan China.

Dalam hal substansi pokok perlindungan investasi, elemen yang selalu menjadi isu krusial dalam PIB adalah tentang nasionalisasi dan ekspropriasi, *fair and equitable treatment*, *full protection and security* dan *national treatment*. Selain itu juga implementasi tentang prinsip *most favored nation treatment*, *transfer of funds* dan penyelesaian sengketa (*dispute settlement*).

Sebagai perjanjian khusus (*special treaty/agreement*), PIB tidak dapat dipisahkan keterkaitannya dengan inti pengaturannya tentang penanaman modal asing langsung atau *foreign direct investment (FDI)* yang demikian luas dan menimbulkan kontroversi, sehingga tidak ada definisi yang sama atau seragam tentang pengertian PMA atau FDI. Sornarajah menyatakan, bahwa tidak banyak bidang dalam hukum internasional (*areas of international law*) yang memiliki

²⁷ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, United Kingdom, 2003, hlm. 581.

banyak kontroversi seperti hukum yang berkaitan dengan penanaman modal asing²⁸.

Tentang definisi PMA (FDI), Sornarajah lebih lanjut menjelaskan:

“Foreign investment involves the transfer of tangible or intangible assets from one country into another country for the purpose of their use in that country to generate wealth under the total or partial control of the owner of the assets”²⁹.

Pengertian di atas memberikan penekanan bahwa PMA itu mencakup dan melibatkan aset baik bergerak atau tidak bergerak, yang digunakan dalam wilayah negara tertentu dan untuk menghasilkan kekayaan dengan melalui suatu kontrol secara total atau sebagian dari pemilik aset.

Definisi yang hampir sama juga dikemukakan oleh Graham dan Krugman yang menyatakan, bahwa :

“Foreign direct investment is formally defined as ownership of assets by foreign resident for purposes of controlling the use of those assets”³⁰.

Dengan definisi tersebut, yang dimaksud dengan penanaman modal asing langsung (FDI) adalah kepemilikan (*ownership*) aset oleh warga negara asing untuk maksud pengawasan terhadap aset-aset yang dimiliki, baik aset yang bergerak (*tangible*) atau tidak bergerak (*intangible*).

Dalam kaitan dengan penanaman modal asing, menjadi pertanyaan, bagaimana perlindungan terhadap *foreign direct investment* (FDI) dalam perjanjian penanaman modal yang diberlakukan di Indonesia. Elemen dan faktor-faktor apa saja yang berpengaruh dalam perlindungan penanaman modal.

²⁸ M. Sornarajah, Op.Cit, hlm. 1.

²⁹ Ibid, hlm. 7.

³⁰ E. Graham and Paul Krugman, *Foreign Direct Investment in the United States* (1991) dalam M. Sornarajah, ibid, hlm. 7.

B. Identifikasi Masalah

1. Tampak belum ada pengaturan yang secara tegas dan terstruktur dalam mengatur perlindungan penanaman modal asing langsung, meskipun perjanjian pemberian perlindungan telah dituangkan dan Indonesia telah menandatangani banyak perjanjian investasi bilateral (PIB).
2. Undang-Undang Penanaman Modal (UUPM) sebagai instrumen penanaman modal asing hanya mencantumkan pengaturan yang sumir dalam kaitan dengan perlindungan terhadap penanam modal dalam konteks hukum nasional.
3. UUPM tidak memuat pengaturan yang jelas tentang aspek-aspek hukum internasional yang terkait dan diperlukan dalam perlindungan penanaman modal asing.
4. Lembaga internasional telah memasukkan indikator perlindungan terhadap investor (*investor protection*), akan tetapi tampak Indonesia kurang memberikan perhatian terhadap aspek yang terkait dengan perlindungan terhadap penanam modal asing dalam konteks bisnis.
5. Tidak tampak jelas pengaturan tentang peran dan kedudukan badan-badan penegak hukum dalam memberikan perlindungan hukum kepada penanam modal asing yang menjalankan kegiatan bisnis di Indonesia.

C. Rumusan Masalah

Berdasarkan uraian dalam latar belakang masalah dan hal-hal tersebut diatas, maka permasalahan yang akan dibahas dirumuskan sebagai berikut :

1. Bagaimana perlindungan hukum terhadap *foreign direct investment* dalam perspektif hukum nasional?

2. Bagaimana penerapan kaidah-kaidah hukum internasional terhadap *foreign direct investment* dalam perjanjian penanaman modal?

D. Tujuan dan Kegunaan Penelitian

Tujuan penelitian ini secara umum adalah untuk mengkaji, mendapatkan gambaran dan pemahaman yang jelas mengenai bagaimana pengaturan perlindungan investasi pada masa awal, hingga terbentuknya kesepakatan dalam perjanjian yang dituangkan dalam perjanjian investasi bilateral dan perlindungan investasi dalam perspektif hukum nasional.

Kegunaan hasil penelitian ini adalah:

1. Dari segi empiris penelitian ini diharapkan akan mengisi kelangkaan penulisan tentang perlindungan investasi sebagai bagian dan aspek penting dari perjanjian mengenai investasi dalam rangka meningkatkan penanaman modal asing
2. Dari segi akademis, secara teoritis, diharapkan akan dapat memberikan sumbangan dalam rangka pengembangan hukum investasi internasional di Indonesia.

E. Kerangka Pemikiran

Untuk mengetahui dan mengarahkan pengkajian dan pembahasan tentang perlindungan investasi, penelitian ini akan menggunakan kerangka pemikiran dari konsep atau teori sistem hukum dari Lawrence M. Friedman dan Teori Hukum Pembangunan dari Mochtar Kusumaatmadja.

Friedman dalam teori sistem hukum menyatakan, bahwa setiap sistem hukum mengandung tiga faktor, yaitu *structure*, *substance* dan *legal culture*.³¹ Sebagai satu kesatuan, ketiga sistem itu saling terkait sehingga mewujudkan gambaran yang sebenarnya mengenai bagaimana suatu sistem hukum di suatu negara berfungsi³². Dalam kaitan dengan *structure*, Friedman menyatakan:

“Sistem selalu berubah, tetapi bagian-bagian dari sistem tersebut berubah dengan kecepatan yang berbeda-beda, dan tidak setiap bagian berubah secepat dan memiliki kepastian seperti bagian lainnya. Bagian-bagian ini bersifat per sistem, memiliki pola jangka panjang – bagian ini adalah aspek-aspek dari sistem yang ada disini pada waktu sebelumnya (atau bahkan ada sejak abad yang lalu) dan akan tetap ada dalam waktu yang lama di masa depan. Inilah struktur dari sistem hukum – yaitu *kerangka atau cara kerja, bagian yang tetap/tahan lama yang memberikan sebuah bentuk dan definisi bagi keseluruhan sistem. ... Struktur juga berarti cara badan hukum berorganisasi*, berapa anggota yang duduk di Komisi Perdagangan Federal, apa yang dapat dan tidak dapat dilakukan (secara legal) oleh seorang presiden, prosedur apa yang harus diikuti oleh kepolisian, dan lain sebagainya. Struktur dapat dikatakan, sebagai sebuah bentuk lintas bagian dari sistem hukum sebuah bentuk visualisasi potret yang merekam sebuah peristiwa”³³. (cetak miring oleh penulis)

Mengenai *substance*, Friedman mengemukakan sebagai berikut :

“Substance adalah peraturan atau regulasi dalam arti yang sebenarnya, yaitu norma dan pola perilaku dari orang-orang yang berada dalam sistem. Ini adalah pertama-tama “hukum” dalam istilah populer, Substance juga berarti “*produk*” yang dihasilkan oleh orang-orang dalam sistem hukum, keputusan-keputusan yang dihasilkan, peraturan-peraturan baru yang diikuti. Penekanannya disini adalah pada hukum yang hidup, bukan sekedar peraturan pada buku-buku tentang hukum”³⁴. (cetak miring oleh penulis).

Mengenai *legal culture*, Friedman mengemukakan :

³¹ Lawrence M. Friedman, *A History of American Law*, Simon and Schuster, New York, 1973, hlm. 384-404, dan New York: W.W. Norton and Company, 1984, hlm. 5, dalam Kusumaningtuti SS, *Peranan Hukum Dalam Penyelesaian Krisis Perbankan di Indonesia*, Rajawali Pers, Jakarta, 2009, hlm. 15

³² Ibid, hlm. 15-16

³³ Ibid, hlm. 16.

³⁴ Ibid, hlm. 16.

“*Legal culture* adalah sikap orang-orang hukum dan sistem hukum, kepercayaan, nilai-nilai, ide-ide, dan ekspektasi mereka. Dengan kata lain, *legal culture* merupakan bagian dari budaya secara umum yang terkait dengan sistem hukum. Ide-ide dan opini ini dapat dikatakan adalah apa yang menentukan sebuah proses hukum berjalan. *Legal culture* dalam pengertian lain, adalah iklim dari pemikiran sosial dan kekuatan sosial yang menentukan bagaimana hukum digunakan, dihindari, disalahgunakan. Tanpa *legal culture*, sistem hukum menjadi statis, seperti seekor ikan mati di dalam sebuah keranjang, bukan seperti seekor ikan yang hidup yang berenang di laut. Setiap masyarakat, setiap negara, setiap komunitas memiliki *legal culture*. Selalu ada sikap dan opini tentang hukum. Salah satu subkultur yang penting adalah *legal culture* dari para “insiders”, yaitu para hakim dan jaksa yang bekerja di dalam sistem hukum itu sendiri. Karena hukum menjadi kepentingan mereka, nilai-nilai dan sikap mereka menjadi penentu yang membedakan sistem”³⁵.

Jika dirangkum, pandangan Friedman tersebut menegaskan bahwa *structure* mencakup berbagai lembaga yang diciptakan oleh sistem hukum.³⁶ Sementara *substance* mencakup segala hal yang dihasilkan oleh *structure*, sedangkan *legal culture* adalah mengenai siapa yang menentukan struktur tersebut berjalan dan bagaimana *structure* dari *substance* tersebut akan digunakan³⁷. Dengan demikian ketiga aspek tersebut merupakan suatu “tri-tunggal” yang terintegrasi. Ketiganya memiliki interdependensi antara satu dengan yang lain. Yang satu memberikan dan mengeluarkan hasil (*output*) untuk yang lain serta mempengaruhi unsur yang lain. Ketiga faktor tersebut dengan demikian merupakan elemen yang esensial dalam tertib hukum perlindungan investasi.

Menurut Friedman, hukum itu mempunyai berbagai fungsi, antara lain fungsi menyelesaikan sengketa (*settlement of dispute function*) dan fungsi redistribusi (*redistribution function*) atau fungsi rekayasa sosial (*social engineering function*).³⁸

³⁵ Ibid, hlm. 17.

³⁶ Ibid, hlm. 17.

³⁷ Ibid, hlm. 17.

³⁸ A. Madjedi Hasan, *Kontrak Minyak dan Gas Bumi Berazas Keadilan dan Kepastian Hukum*, Fikahati Aneska, Jakarta, 2009, hlm 98.

Dijelaskannya bahwa merupakan aspek yang sangat menonjol bagi negara-negara kesejahteraan modern, rekayasa sosial mengarahkan penggunaan hukum untuk mengadakan perubahan sosial yang berencana yang ditentukan dari pemerintah³⁹. Konsep dan pemikiran ini dengan sendirinya sangat relevan dengan keberadaan perjanjian investasi modern yang diperkenalkan dan diciptakan oleh negara-negara di dunia, sehingga praktek dan hubungan negara-negara dalam melindungi investasi mengalami pergeseran (*shift*), dari yang semula hanya merupakan kebiasaan (*customary*), meningkat menjadi kesepakatan yang berbentuk perjanjian tertulis (*written agreement/treaty*).

Struktur hukum menurut Friedman adalah lembaga-lembaga yang akan menjalankan proses hukum, yakni merupakan kerangka atau rangkanya, sementara substansi hukum adalah aturan, norma dan pola perilaku nyata manusia yang berada dalam sistem itu⁴⁰. Dalam hubungan ini jika negara diasumsikan sebagai lembaga yang menjalankan proses hukum, maka perjanjian sebagai suatu kesepakatan merupakan aturan dan norma yang akan mengarahkan dan menuntun negara-negara dalam menjamin adanya kepastian hukum dalam perlindungan investasi.

Sementara itu konsep hukum menurut Teori Hukum Pembangunan, hukum itu bukan hanya kaidah/norma, melainkan juga merupakan gejala sosial budaya yang pembentukannya dari atas ke bawah dan dari bawah ke atas⁴¹. Menurut Mochtar Kusumaatmadja, konsepsi hukum sebagai sarana pembangunan masyarakat adalah suatu hal yang diinginkan bahkan dipandang perlu untuk menjaga keteraturan dan ketertiban.⁴² Selanjutnya dijelaskan, anggapan lain yang terkandung dalam konsepsi hukum sebagai sarana pembaharuan masyarakat adalah

³⁹ Ibid, hlm. 98.

⁴⁰ Ibid, hlm. 99.

⁴¹ Ibid, hlm. 96.

⁴² Ibid, hlm. 97.

hukum dalam arti kaidah atau peraturan hukum yang dapat berfungsi sebagai alat (pengatur) dalam arti penyalur arah kegiatan manusia ke arah yang dikehendaki oleh pembangunan atau pembaharuan.⁴³ Dalam hal ini perjanjian investasi bilateral dan perdagangan bebas merupakan instrumen yang berperan penting dalam mengatur dan mendukung upaya pemerintah dalam meningkatkan arus modal asing dalam rangka memajukan pembangunan Indonesia. Dengan kata lain, langkah dan kebijakan yang dilakukan Indonesia membuat perjanjian investasi merupakan kemauan politik (*political will*) yang memang dikehendaki sebagai suatu tuntutan pembangunan.

Dalam konteks substansi, hukum itu dapat bersifat netral dan tidak netral yang erat kaitannya dengan unsur budaya dan spiritual⁴⁴. Termasuk bidang-bidang yang netral adalah yang berkaitan dengan masyarakat dan kemajuan dilihat dari sudut kebudayaan pada umumnya, seperti hukum perjanjian, hukum perseroan, dan hukum pertambangan.⁴⁵ Dalam kaitan ini, maka perjanjian investasi bilateral memuat aspek-aspek tentang perlindungan investasi adalah suatu produk hukum yang netral yang tidak akan berbenturan dengan individu atau subkultur dalam masyarakat seperti etnis (*ethnicity*), agama (*religion*), ras (*race*) dan golongan (*group*).

F. Kerangka Konseptual

Untuk memudahkan pemahaman dan menghindari kemungkinan terjadinya kesalahan pengertian terhadap istilah-istilah yang dipergunakan, dalam tulisan ini akan diberikan konsepsi dan definisi operasional dari istilah-istilah tersebut.

⁴³ Mochtar Kusumaatmadja, *Konsep-Konsep Hukum dalam Pembangunan*, Alumni, Bandung, 2006, hlm. 88.

⁴⁴ A. Madjedi Hasan, Op.Cit, hlm.97.

⁴⁵ Ibid, hlm. 97.

Penanaman modal adalah segala bentuk kegiatan menanam modal baik oleh penanam modal dalam negeri maupun penanam modal asing untuk melakukan usaha di wilayah negara Republik Indonesia.

Penanaman modal asing adalah kegiatan menanam modal untuk melakukan usaha di wilayah negara Republik Indonesia yang dilakukan oleh penanam modal asing, baik yang menggunakan modal asing sepenuhnya maupun yang berpatungan dengan penanam modal dalam negeri.

Penanam modal asing adalah perseorangan warga negara asing, badan usaha asing dan/atau pemerintah asing yang melakukan penanaman modal di wilayah negara Republik Indonesia.

Perlindungan investasi (*investment protection*) adalah perlindungan terhadap seluruh investasi yang ditanamkan oleh penanam modal baik dalam bentuk properti, aset maupun bentuk lainnya yang ada di dalam negara tempat investasi (*host state*).

Perjanjian internasional (*international treaty/agreement*) adalah perjanjian yang dibuat oleh negara sebagai subjek hukum internasional dalam bentuk tertulis mengenai suatu objek tertentu yang menimbulkan akibat-akibat hukum tertentu.

Perjanjian investasi bilateral (*PIB*) atau *bilateral investment treaties (BITs)* adalah perjanjian internasional yang mengikat dua negara atau lebih yang bersifat timbal-balik untuk mempromosikan dan melindungi investasi yang ditanamkan investor dari negara pihak yang lain.

G. Metode Penelitian

Sebagai karya ilmiah hukum (*legal scientific work*), tulisan ini disusun berdasarkan kaidah-kaidah ilmiah yang berlaku dalam dunia akademik yang dilakukan melalui penelitian ilmiah (*scientific research*). Secara semantik, “*research*” berasal dari atas dua akar kata bahasa Inggris, yaitu “*re*” yang berarti

kembali dan "search" yang diartikan pencarian, penelusuran, penyelidikan informasi⁴⁶. Sehingga dengan demikian dapat didefinisikan, *research* (penelitian) adalah kegiatan yang dilakukan sebagai upaya untuk menemukan informasi kembali dengan cermat, hati-hati, tekun, telaten dan sungguh-sungguh⁴⁷. Serupa dengan pengertian tersebut, terdapat pula definisi yang menyatakan, penelitian (*research*) adalah kegiatan atau upaya pencarian⁴⁸ untuk mencari (*search*) temuan-temuan baru, berupa pengetahuan yang benar (*true knowledge*), yang dapat dipakai untuk menjawab suatu pertanyaan atau memecahkan suatu masalah⁴⁹.

Dalam kaitan dengan penelitian hukum (*legal research*) terdapat berbagai pengertian dikemukakan para sarjana hukum. Morris L. Cohen mengemukakan, "*Legal research is the process of finding the law that governs activities in human society*"⁵⁰. Selanjutnya dikemukakan, bahwa "*It involves locating both the rules which are enforced by the states and commentaries which explain or analyse these rules*"⁵¹.

Ahli hukum Enid Campbell menyatakan, "*In his or her professional career, the lawyer as well as legal scholar will find it necessary to discover the legal principle relevant to a particular problem*"⁵². Selanjutnya dikemukakan, "*Most legal research has as its objectives the collection of authoritative materials relevant to the problems*"⁵³.

⁴⁶ Ade Saptomo, *Pokok-Pokok Metodologi Penelitian Hukum Empiris Murni Sebuah Alternatif*, Penerbit Universitas Trisakti, Jakarta, 2009, hlm. 33.

⁴⁷ Ibid, hlm. 33.

⁴⁸ M. Syamsudin, *Operasionalisasi Penelitian Hukum*, Rajawali Pers, Jakarta, 2007, hlm. 1.

⁴⁹ Soetandyo Wignjosoebroto, *Hukum Paradigma, Metode dan Masalahnya*, Huma, Jakarta, 2002, dalam M. Syamsudin, Ibid, hlm. 1.

⁵⁰ Morris L. Cohen & Kent C. Olson, *Legal Research*, West Publishing Company, St. Paul, Minn, 1992, p.1 dalam Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, 2010, hlm. 29.

⁵¹ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana Prenada Media Group, 2010, hlm. 29.

⁵² Enid Campbell, et al, *Legal Research*, The Law Book Company, Melbourne, 1988, h. 271, dalam Peter Mahmud Marzuki, Ibid, hlm. 30.

⁵³ Peter Mahmud Marzuki, Op.cit, hlm. 30

Sementara itu pakar hukum yang lain Terry Hutchinson membagi penelitian hukum dalam empat kategori, yaitu⁵⁴ :

- a. *Doctrinal Research: Research which provides a systematic exposition of the rules governing a particular legal category, analyses of the relationship between rules, explains areas of difficulty and, perhaps, predicts future development.*
- b. *Reform-Oriented Research: Research which intensively evaluates the adequacy of existing rules and which recommends changes to any rules found wanting.*
- c. *Theoretical Research: Research which fosters a more complete understanding of the conceptual bases of legal principles and of combined effects of a range of rules and procedures that touch on a particular area of activity.*
- d. *Fundamental Research: Research designed to secure a deeper understanding of law as a social phenomenon, including research on the historical, philosophical, linguistic, economic, social or political implication.*

Dari pandangan penulis-penulis hukum tersebut di atas, Peter Mahmud Marzuki mengemukakan bahwa “*penelitian hukum adalah suatu proses untuk menemukan aturan hukum, prinsip-prinsip hukum, maupun doktrin-doktrin hukum guna menjawab isu hukum yang dihadapi*”⁵⁵. Dikemukakan pula, bahwa penelitian hukum itu dilakukan untuk menghasilkan argumentasi, teori, atau konsep baru sebagai preskripsi dalam menyelesaikan masalah yang dihadapi⁵⁶.

Dalam kaitan itu, sesuai dengan pertanyaan penelitian dalam rumusan masalah, penelitian ini akan menggunakan pendekatan yuridis normatif yang bersifat kualitatif. Penelitian yuridis normatif adalah penelitian yang mengacu pada norma-norma hukum dan kasus-kasus yang terkait dengan masalah perlindungan investasi (*investment protection*). Penelitian ini juga menggunakan data sekunder yang meliputi data hukum berupa ketentuan perundang-undangan dan putusan

⁵⁴ Terry Hutchinson, *Researching and Writing in Law*, Lawbook Company, Sydney, 2002, p. 8, dalam Peter Mahmud Marzuki, *ibid*, hlm. 32-33.

⁵⁵ Peter Mahmud Marzuki, *ibid*, hlm. 35.

⁵⁶ *Ibid*, hlm. 35.

pengadilan⁵⁷ arbitrase internasional, dokumen-dokumen perjanjian maupun data non-hukum seperti bahan kepustakaan⁵⁸.

Bahan-bahan yang dipergunakan sebagai sumber data dalam penelitian ini akan terdiri dari :

- a. Bahan Hukum Primer, yang mencakup peraturan perundang-undangan yang berlaku, yurisprudensi yang berkaitan dengan putusan pengadilan tentang kasus investasi asing.
- b. Bahan Hukum Sekunder, yaitu mencakup hasil-hasil penelitian yang berkaitan dengan investasi asing, termasuk bahan-bahan dan hasil seminar dan konferensi, jurnal ilmiah dan majalah umum, serta berita dan artikel koran yang berkaitan dengan investasi asing; dan
- c. Bahan Hukum Tersier, berupa kamus dan ensiklopedia.

Teknik yang dipergunakan dalam pengumpulan data adalah melalui inventarisasi dan *benchmarking* (membandingkan dengan negara lain)⁵⁹ dokumen perjanjian. Untuk data lapangan, dilakukan pengumpulan data/keterangan melalui wawancara langsung dengan responden serta penelusuran kasus yang berkaitan dengan investasi asing.

Teknik analisis data penelitian menggunakan metode analisis kualitatif untuk bahan hukum primer dan analisis isi (*content analysis*) untuk bahan hukum sekunder yang bersifat deskriptif analitis.

⁵⁷ Kusumaningtuti SS, Op.Cit. hlm. 29

⁵⁸ Kusumaningtuti, Loc.Cit.

⁵⁹ Kusumaningtuti SS, Op.Cit. hlm. 31.

H. Sistematika Penulisan

Penulisan Tesis “Perlindungan Hukum Terhadap *Foreign Direct Investment* Dalam Perjanjian Penanaman Modal Di Era Perdagangan Bebas” akan disajikan dalam 5 (lima) bab. Bab I memuat pendahuluan yang menguraikan tentang latar belakang masalah, identifikasi masalah, perumusan masalah, tujuan dan kegunaan penelitian, kerangka pemikiran, kerangka konseptual, metode penelitian, dan sistematika penelitian.

Bab II akan membahas tinjauan umum perjanjian penanaman modal yang mencakup perkembangan perjanjian investasi bilateral, perjanjian internasional dalam hukum investasi, perundingan perjanjian investasi, dan instrumen internasional tentang perjanjian investasi.

Bab III akan melihat lebih jauh pengaturan dan aspek substantif perjanjian investasi yang bertalian dengan perlindungan standar, klausula pokok perjanjian penanaman modal, perlindungan investasi dalam undang-undang penanaman modal (UUPM), dan perlindungan investasi dalam kerangka WTO.

Bab IV secara khusus akan membahas uraian tentang analisis perlindungan hukum terhadap investasi asing dalam perspektif hukum nasional, bisnis dan perjanjian penanaman modal, yang berhubungan dengan perlindungan investasi dalam perspektif hukum nasional, perbandingan perlindungan hukum dengan beberapa negara, dan penerapan kaidah-kaidah hukum internasional terhadap investasi asing dalam perjanjian penanaman modal.

Bab V sebagai bab penutup memuat kesimpulan yang diperoleh dari hasil penelitian dan saran-saran yang perlu disampaikan dan menjadi perhatian berbagai pihak terkait di Indonesia.

BAB II

TINJAUAN UMUM PERJANJIAN PENANAMANN MODAL

A. Perkembangan Perjanjian Investasi Bilateral

a. Sejarah Awal Perjanjian Investasi

Perjanjian investasi pada awalnya merupakan suatu perjanjian persahabatan, perdagangan dan navigasi atau perjanjian *friendshif, commerce and navigation* (FCN), ketika Amerika Serikat dan Perancis pada tahun 1778 pertama kali membuat perjanjian perdagangan (*commercial treaties*).⁶⁰ Pembuatan perjanjian itu adalah dalam rangka perlindungan untuk kepentingan perdagangan (*protection of trading interest*).⁶¹ Amerika Serikat kemudian membuat perjanjian yang sama dengan sekutunya di Eropa dan berikutnya dengan negara-negara Latin Amerika.⁶² Amerika Serikat menandatangani perjanjian FCN dengan Irlandia (1950), Yunani (1954), Israel (1954), Perancis (1960), Pakistan (1961), Belgia (1963) dan Luksemburg (1963).⁶³

FCN mencakup tiga hal utama yang pada masa itu dipandang sangat dibutuhkan oleh negara-negara yang telah maju, yaitu tentang membangun hubungan persahabatan, mengatur peningkatan hubungan perdagangan barang, dan tentang hubungan lalu lintas pelayaran kapal-kapal niaga. FCN menjadi suatu paket perjanjian yang mengatur tiga aspek yang terkait satu dengan yang lain. Pengaturan tentang pelayaran sangat penting, karena pelayaran kapal-kapal merupakan sarana transportasi atau alat angkut utama untuk membawa produk-produk dan komoditas

⁶⁰ Rudolf Dolzier and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, New York, 2008, hlm. 17.

⁶¹ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2004, hlm. 209.

⁶² Rudolf Dolzier and Christoph Schreuer, *Op.cit*, 17.

⁶³ Organization for Economic Co-operation and Development (2004), *Fair and Equitable Treatment Standard in International Law*, OECD Working Papers on International Investment Law, 2004/3, OECD Publishing, doi: 10.1787/675702255435, hlm. 4.

hasil pertanian dan perkebunan yang berlayar dari satu tempat ke tempat lainnya yang berlainan negara serta wilayah geografis yang jauh. Dengan adanya pengaturan tentang pelayaran, maka kapal-kapal dari negara tertentu bebas berlayar dan mendapatkan izin untuk singgah di pelabuhan serta menurunkan barang dagangannya.

Sebagai bentuk perlindungan, di dalam FCN disebutkan bahwa orang asing (*foreign persons*), properti, perusahaan dan kepentingan lain akan mendapatkan “*equitable treatment*”.⁶⁴ Dalam FCN dengan Jerman, Etiopia dan Belanda, terminologi yang digunakan adalah “*fair and equitable treatment*”.⁶⁵ Adanya standar perlakuan nasional (*national treatment standard*) ini kemudian menjadi embrio dari perjanjian penanaman modal atau perjanjian investasi bilateral (PIB) pada era modern.⁶⁶ Perjanjian investasi pertama yang menjadi pelopor adalah perjanjian yang dibuat oleh Jerman dan Pakistan pada tahun 1959 yang mulai berlaku tahun 1962.⁶⁷ Setelah lahirnya bentuk baru perjanjian penanaman modal, negara-negara tidak melakukan perundingan FCN, karena FCN tidak mempunyai orientasi bisnis yang spesifik.⁶⁸ FCN juga tidak menampung persoalan sesungguhnya yang dihadapi oleh penanam modal asing seperti transfer dana (*fund transfers*), perlakuan tidak adil (*unfair treatment*) atau penyelesaian sengketa (*dispute settlement*).⁶⁹

Jerman menjadi negara terdepan yang menggunakan perjanjian penanaman modal.⁷⁰ Negara lain seperti Swiss membuat perjanjian yang sama dengan Tunisia pada tahun 1961.⁷¹ Perancis kemudian menandatangani PIB pertama dengan Tunisia

⁶⁴ Ibid, hlm. 4.

⁶⁵ Ibid, hlm. 4.

⁶⁶ Peter T. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, Blackwell, United Kingdom, 1999, hlm. 618.

⁶⁷ Rudolf Dolzer and Christoph Schreier, *Op.cit*, hlm. 18.

⁶⁸ Peter Muchlinski, *Op.cit*, hlm. 618.

⁶⁹ Ibid, hlm. 618.

⁷⁰ Ibid, hlm. 618.

⁷¹ Ibid, hlm. 618.

tahun 1972, diikuti oleh Inggris menandatangani PIB pertama dengan Mesir tahun 1975 dan Jepang tahun 1977.⁷² Amerika Serikat kemudian muncul dengan terobosan baru yang memperkenalkan suatu model rancangan PIB yang dikenal dengan *US Model BIT* pada tahun 1983.⁷³

b. Perjanjian Investasi Bilateral Indonesia

Indonesia pertama kali menandatangani perjanjian penanaman modal dengan Amerika Serikat pada 1 Januari 1967.⁷⁴ Penandatanganan PIB ini dilakukan tidak lama setelah pergantian pemerintahan dari Orde Lama ke Orde Baru yang mulai melancarkan serangkaian kebijakan dalam rangka perbaikan ekonomi. Secara historis, penandatanganan perjanjian dengan Amerika Serikat tidak dapat dipisahkan dari kenyataan saat itu, karena Amerika Serikat merupakan negara besar pertama yang didekati dan diminta oleh Indonesia untuk dapat melakukan penanaman modal. Penandatanganan PIB itu juga dilakukan tidak lama sebelum keluarnya Undang-Undang No. 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing (PMA) yang ditandatangani dan disahkan pada tanggal 10 Januari 1967.⁷⁵

Setelah dengan Amerika Serikat, Indonesia kemudian menandatangani PIB dengan Jerman, 8 November 1968. Diikuti dengan Denmark, 30 Januari 1968; Norwegia, 24 November 1969; Belgia, 15 Januari 1970; Swiss, 6 Februari 1974; dan Inggris, 27 April 1976.⁷⁶ Berdasarkan data dari BKPM, hingga tahun 2012, Indonesia

⁷² Ibid, hlm. 618.

⁷³ Ibid, hlm. 618.

⁷⁴ Badan Koordinasi Penanaman Modal (BKPM), *Daftar Perjanjian Peningkatan Perlindungan Penanaman Modal (P4M) Indonesia Dengan Negara Lain*, as of 2012, Jakarta, 2012.

⁷⁵ Aminuddin Ilmar, *Hukum Penanaman Modal Di Indonesia*, Kencana, Jakarta, Cetakan ke-3, 2007, hlm. 209.

⁷⁶ Ibid.

telah menandatangani perjanjian penanaman modal dengan sebanyak 67 negara, baik dengan negara maju maupun negara berkembang.

B. Perjanjian Internasional Dalam Hukum Investasi

a. Asas-Asas Pokok Hukum Perjanjian

Dalam hukum internasional, salah satu bagian yang melekat dalam setiap pembuatan kesepakatan tertulis yang berbentuk perjanjian adalah asas-asas (*principles*) hukum perjanjian internasional. Dengan Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian (*Vienna Convention on the Law of Treaties/VCLT*) tahun 1969⁷⁷, maka negara-negara dan komunitas internasional harus mendasarkan perjanjian pada asas-asas yang berlaku dalam perjanjian internasional. VCLT berlaku efektif pada 27 Januari 1980 dan tidak kurang dari 91 negara menjadi pihak dari konvensi.⁷⁸ Dalam konsideran VCLT terdapat tiga asas yang diakui secara universal, yaitu asas *free consent*, *good faith* dan *pacta sunt servanda*.⁷⁹ Asas-asas tersebut dengan demikian menjadi penuntun (*guidance*) dan landasan filosofis bagi perjanjian internasional.

Asas *free consent* atau persetujuan bebas pada dasarnya berakar pada prinsip kebebasan berkontrak (*freedom of contract*) dalam kontrak atau perjanjian perdata, yang kemudian diadopsi menjadi prinsip dalam perjanjian internasional. Dengan prinsip *free consent*, konvensi menegaskan bahwa setiap negara memiliki kebebasan untuk membuat kesepakatan dan perjanjian dalam bentuk apapun dan dengan negara manapun. Tidak ada paksaan (*coercion*), ancaman (*threat*) atau intimidasi

⁷⁷ Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian (*Vienna Convention on the Law of Treaties/VCLT*) ditandatangani di Wina, Austria, 23 Mei 1969.

⁷⁸ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, New York, Sixth Edition, 2003, hlm. 580.

⁷⁹ Damos Dumoli Agusman, *Hukum Perjanjian Internasional – Kajian Teori dan Praktik Indonesia*, Refika Aditama, Bandung, 2010, hlm. 151.

bagi suatu negara untuk menutup (*conclude*) suatu perjanjian. Perjanjian harus mencerminkan kemauan dan kehendak bebas dari tiap pihak di dalamnya untuk mengikatkan diri dalam suatu kesepakatan bersama. Sebaliknya perjanjian menjadi tidak sah (*invalid*) jika dibuat atas dasar paksaan, ancaman atau intimidasi.

Berdasarkan doktrin *free consent*, sesuai konsep *civil law* maka terdapat lima kebebasan berkontrak atau membuat perjanjian bagi negara, yaitu :⁸⁰

- 1) Kebebasan untuk membuat perjanjian tidak membuat perjanjian;
- 2) Kebebasan untuk memilih dengan pihak mana membuat perjanjian;
- 3) Kebebasan untuk menentukan isi perjanjian;
- 4) Kebebasan untuk menentukan bentuk perjanjian;
- 5) Kebebasan untuk menentukan cara pembuatan perjanjian.

Dengan asas ini, maka para pihak bebas membuat perjanjian dengan siapapun, menentukan isi dan persyaratan dari suatu perjanjian.⁸¹ Pada perundingan pembuatan perjanjian para pihak bebas untuk menentukan jumlah pasal dan ketentuan yang akan diatur, kapan akan mulai dinyatakan berlaku dan berakhirnya perjanjian. Dengan VCLT para pihak juga menyatakan kesediaannya bahwa mereka setuju untuk diikat oleh perjanjian (*consent to be bound by a treaty*),⁸² baik dinyatakan dengan penandatanganan (*expressed by signature*);⁸³ dengan ratifikasi, penerimaan atau persetujuan (*by ratification, acceptance or approval*);⁸⁴ atau dengan aksesi (*by accession*).⁸⁵ Konsesi yang diberikan dan disepakati oleh masing-masing pihak untuk memberlakukan prinsip *most-favoured nation treatment*, ekspropriasi dan kompensasi, dan mekanisme pengaturan penyelesaian sengketa yang dipilih adalah mencerminkan implementasi asas *free consent* dalam perjanjian

⁸⁰ Johannes Gunawan, *Penggunaan Perjanjian Standard dan Implikasinya dan Implikasinya Pada Asas Kebebasan Berkontrak*, Majalah Padjadjaran, No. 3-4, 1987, dalam A. Madjedi Hasan, *Kontrak Minyak dan Gas Bumi Berazas Keadilan Dan Kepastian Hukum*, Fikahari Aneska, Bandung, 2009, hlm. 112

⁸¹ A. Madjedi Hasan, *Kontrak Minyak dan Gas Bumi Berazas Keadilan Dan Kepastian Hukum*, Fikahari Aneska, Bandung, 2009, hlm. 110.

⁸² Article 11 VCLT.

⁸³ Article 12 VCLT.

⁸⁴ Article 14 VCLT.

⁸⁵ Article 15 VCLT.

internasional. Pernyataan kesetujuan untuk menundukkan diri pada perjanjian sesuai dengan masa berlaku, jangka waktu dan berakhirnya perjanjian secara teknis hukum yang diatur secara terperinci dalam VCLT adalah juga manifestasi dari doktrin tersebut.

Asas *good faith* (itikad baik) menjadi landasan penting untuk mendasarkan perjanjian, karena semua kesepakatan dan perjanjian harus didasarkan atas niat dan keinginan baik (*good intention*). Perjanjian tidak boleh didasarkan atas keinginan tidak baik (*bad intention*) atau niat yang buruk (*bad faith*). Asas itikad baik secara historis berasal dari sistem hukum civil law yang berakar pada hukum romawi.⁸⁶ Itikad baik juga tercermin dari keinginan atau hasrat (*desire*) yang kuat dan mendalam dari dua pihak untuk mengikatkan diri dalam perjanjian. Dalam konsideran perjanjian investasi antara Indonesia dan Inggris tahun 1976 keinginan tersebut dapat dilihat dari teks kalimat sebagai berikut :

“*Desiring to create favourable conditions for greater economic cooperation between them and in particular for investments by nationals and companies of one State in the territory of the other State*”. (cetak miring dari penulis)

Kata ‘*desiring*’ menunjukkan keinginan dan hasrat yang mendalam dari kedua pihak yang mencerminkan suatu itikad baik dari dua negara untuk menciptakan kondisi yang memungkinkan terciptanya kerjasama ekonomi dan investasi oleh warga negara atau perusahaan dari kedua pihak. Dalam perjanjian investasi Indonesia dan Iran tahun 2005, konsideran perjanjian juga menyebutkan :

“*Desiring to intensify economic cooperation to the mutual benefit of both sides. Intending to create and maintain favourable conditions for investments of the nationals of Contracting Parties in each others’ territory ...*” (cetak miring dari penulis)

Selain kata *desiring*, juga digunakan kata ‘*intending*’ untuk menunjukkan rasa keinginan atau itikad baik kedua pihak untuk membuat perjanjian.

⁸⁶ Ibid, hlm. 119.

Asas *pacta sunt servanda* mengandung makna bahwa perjanjian harus ditaati (*promise must be kept*)⁸⁷ dan ‘janji itu mengikat’.⁸⁸ Dengan kata lain, ‘kita harus memenuhi janji kita’ (*promissorum implendorum obligati*).⁸⁹ Asas ini merupakan prinsip umum hukum internasional.⁹⁰ Dengan asas *pacta sunt servanda*, maka perjanjian yang berlaku adalah mengikat terhadap para pihak dan harus dilaksanakan oleh mereka dengan itikad baik.⁹¹ Asas *pacta sunt servanda* mendapatkan tempat khusus dan istimewa dalam perjanjian, sehingga konvensi menempatkannya dalam pasal tersendiri, yaitu dalam Pasal 26.⁹² Teks pasal ini secara lengkap berbunyi : “*Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith*”. Artinya, setiap perjanjian yang berlaku adalah mengikat bagi para pihak terhadap perjanjian itu dan harus dilaksanakan oleh mereka dengan itikad baik. Adagium *pacta sunt servanda* juga berkaitan erat dengan kebebasan berkontrak. *Pacta sunt servanda* bertalian dengan akibat adanya suatu perjanjian yaitu terikatnya para pihak yang mengadakan perjanjian, sedangkan kebebasan berkontrak menyangkut isi perjanjian.⁹³

Dalam sejarahnya, adagium *pacta sunt servanda* mempunyai arti yang besar sejak abad XVI di bidang hukum perdata, tata negara dan hukum internasional.⁹⁴ Pada awalnya penegakan doktrin ini dilakukan dengan sumpah, kemudian telah berubah sifatnya menjadi kekuatan mengikat suatu perjanjian.⁹⁵ Kewajiban menghormati dan melaksanakan ketentuan-ketentuan dalam kontrak atau perjanjian adalah bersifat mutlak, karena kesepakatan tersebut pada intinya

⁸⁷ Huala Adolf, *Dasar-Dasar Hukum Kontrak Internasional*, Refika Aditama, Bandung, 2008, hlm. 23.

⁸⁸ Ibid, hlm. 112.

⁸⁹ Ibid, hlm. 112.

⁹⁰ Ian Brownlie, Op.cit, hlm. 592.

⁹¹ Ibid, hlm. 592.

⁹² Ibid, hlm. 592.

⁹³ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian – Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersial*, Kencana, Jakarta, 2011, hlm. 131.

⁹⁴ A. Madjedi Hasan, Op.cit, hlm. 112.

⁹⁵ Ibid, hlm. 112.

mengikat para pihak.⁹⁶ Prinsip bahwa negara atau para pihak terikat pada janji-janji dan kesanggupan-kesanggupan yang ada di dalam perjanjian, bukan saja harus dipenuhi secara moral, tetapi merupakan kewajiban hukum⁹⁷ yang harus ditegakkan. Perjanjian dengan demikian menjadi kewajiban moral (*moral obligation*) yang harus dijunjung tinggi.

b. Perundingan Perjanjian Investasi

Perundingan merupakan praktik yang sudah berlangsung lama dalam hubungan antar negara. Perundingan telah menjadi bagian yang tidak terpisahkan dari sejarah hubungan internasional dan denyut dinamika kehidupan antar negara dari zaman tradisional hingga era modern. Perundingan telah menjadi sarana untuk membangun hubungan antara dua negara bertetangga, untuk meningkatkan persahabatan dengan negara lain dan menyelesaikan konflik atau sengketa bilateral dan internasional.

Pada era ekonomi global, dengan semakin intensifnya hubungan ekonomi, terutama mengalirnya arus investasi global dan kompleksitas hubungan investasi, negara-negara harus melakukan perundingan atau negosiasi untuk membahas langkah-langkah yang diperlukan untuk melakukan promosi dan perlindungan terhadap investasi asing. Belajar dari pengalaman banyaknya nasionalisasi yang dilakukan oleh negara-negara berkembang terhadap aset dan properti milik perusahaan asing dan kolonial, negara-negara maju memandang perlu adanya jaminan proteksi dari negara tuan rumah (*host economy*) terhadap investasi yang dilakukan oleh warga negara dan korporasi mereka. Atas dasar kenyataan ini, negara berkembang dan maju kemudian melakukan perundingan perjanjian penanaman modal atau investasi bilateral.

⁹⁶ Ibid, hlm. 112.

⁹⁷ Ibid, hlm. 112.

Dalam proses perundingan tersebut, berlaku prinsip-prinsip dalam perundingan. Mengingat subjek dari perjanjian adalah negara, maka terdapat cara-cara negosiasi yang khas, yang berbeda dengan negosiasi dalam praktik bisnis sehari-hari seperti jual beli atau sewa-menyewa. Undang-undang Perjanjian Internasional negosiasi juga menyebutkan tahapan yang harus dilalui dalam pembuatan perjanjian internasional, yaitu penjajagan, perundingan, perumusan naskah perjanjian, penerimaan, dan penandatanganan.⁹⁸

Perundingan perjanjian promosi dan perlindungan penanaman modal (P4M) adalah perundingan bilateral yang bersifat formal dan dilakukan secara bergantian di ibukota negara atau kota lain dari negara yang menjadi tuan rumah pertemuan. Perundingan dipimpin oleh ketua delegasi atau ketua perunding (*chief negotiator*) dari masing-masing negara. Perundingan juga diikuti wakil-wakil dari berbagai institusi terkait sebagai anggota delegasi yang akan menyampaikan posisi negaranya terhadap isu-isu yang menjadi agenda perundingan.

Sebagai perundingan perjanjian penanaman modal, maka isu utama adalah pembicaraan tentang perlindungan investasi yang berkaitan dengan nasionalisasi atau ekspropriasi, sehingga benar-benar mencerminkan suatu perjanjian perlindungan (*treaty protecton*). Nasionalisasi atau kompensasi menjadi tema sentral dari perundingan, karena kedua hal ini merupakan pintu masuk (*entry point*) untuk elemen-elemen lain yang akan disepakati dalam perjanjian seperti perlindungan hak milik intelektual, serta repatriasi dan transfer. Masalah transfer menjadi isu yang penting, karena berkaitan dengan teknis perpajakan dan sistem moneter yang berlaku di masing-masing negara. Bagi negara yang menganut sistem devisa bebas, penerapan mekanisme transfer jauh lebih mudah. Sebaliknya bagi negara yang menggunakan sistem ekonomi tertutup dan sistem perbankan yang

⁹⁸ Damos Dumoli Agusman, Op.cit, hlm. 44.

masih terbelakang, mekanisme transfer keuntungan tidak dapat dilakukan seperti dalam perbankan yang menganut rejim devisa bebas.

Perundingan tidak saja membahas aspek-aspek yang menyangkut substansi perjanjian, tetapi juga masalah tata bahasa atau semantik dari terminologi yang digunakan dalam perjanjian. Dalam perundingan, mengingat posisi dan kemajuan negara berbeda, masing-masing pihak akan memberikan konsesi kepada pihak yang lain. Sebaliknya pihak lawan akan meminta *trade off* (pertukaran/kompensasi).⁹⁹ Mengingat perundingan dilakukan oleh dua negara yang bersahabat (*friendly country*) dan dilandasi oleh semangat untuk meningkatkan kemajuan dan kerjasama yang saling menguntungkan, kedua pihak akan selalu berusaha menjaga hubungan dengan mengakomodasi kepentingan masing-masing, sehingga dicapai hasil menang-menang (*win-win outcome*)¹⁰⁰ atau solusi menang-menang (*win-win solution*).¹⁰¹ Perundingan akan menghasilkan perjanjian yang baik, jika dilandasi oleh spirit memberi dan menerima (*give and take*) dari kedua pihak.¹⁰²

c. Perjanjian Internasional Dalam Hukum Indonesia

Sebagai bagian dari masyarakat dunia, Indonesia mengakui adanya perjanjian internasional sebagai sumber hukum yang mengatur masyarakat bangsa-bangsa. Perjanjian internasional adalah fakta yang menunjukkan bahwa pergaulan dan interaksi antar negara memerlukan pengaturan hukum. VCLT juga mengakui bahwa perjanjian internasional merupakan sarana untuk membangun kerjasama yang

⁹⁹ Roger Dawson, *Secrets of Power Negotiating – Rahasia Sukses Seorang Negosiator Ulung*, Gramedia, Jakarta, 2003, hlm. 439.

¹⁰⁰ Tommy Koh, *Eight Lessons on Negotiations*, dalam Tommy Koh & Chang Li Lin (eds), *The Little Red Dot – Reflections by Singapore's Diplomat*, World Scientific, Singapore, 2005, hlm. 205.

¹⁰¹ Roger Dawson, *Op.cit*, hlm. 438.

¹⁰² Tommy Koh, *Op.cit*, hlm. 204.

damai antar bangsa-bangsa, tanpa memandang apapun sistem konstitusi dan sistem sosial mereka.¹⁰³

Sejak merdeka, Indonesia telah mengatur perjanjian internasional dalam konstitusi nasional, Undang-Undang Dasar 1945. Pengaturan ini dituangkan dalam Pasal 11 dan pada amandemen ketiga yang menyatakan :¹⁰⁴

- (1) Presiden dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat menyatakan perang, *membuat* perdamaian dan *perjanjian* dengan negara lain”.
- (2) Presiden dalam *membuat perjanjian internasional* lainnya yang menimbulkan akibat yang luas dan mendasar bagi kehidupan rakyat yang terkait dengan baban keuangan negara, dan/atau mengharuskan perubahan atau pembentukan Undang-undang harus dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat.
- (3) Ketentuan lebih lanjut tentang perjanjian internasional diatur dengan Undang-undang. (cetak miring dari penulis).

Sebagai kepala eksekutif tertinggi, presiden memiliki kewenangan penuh untuk membuat perjanjian, baik perjanjian yang bersifat politik, keamanan, ekonomi, sosial budaya, ilmu pengetahuan dan teknologi, maupun di bidang perdagangan dan investasi. Sesuai amanat ayat (3) tersebut di atas, maka pemerintah menetapkan Undang-Undang No. 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional (PI). Dengan undang-undang ini, maka rejim perjanjian internasional tunduk dan diatur berdasarkan undang-undang tersebut. Pasal 1 ayat (1) UUPI memberikan definisi perjanjian internasional sebagai berikut:¹⁰⁵

“Perjanjian internasional adalah perjanjian, dalam bentuk dan nama tertentu, yang diatur dalam hukum internasional yang dibuat secara tertulis serta menimbulkan hak dan kewajiban di bidang hukum publik”.

Sementara itu Undang-Undang No. 37 Tahun 1999 tentang Hubungan Luar Negeri, dalam Pasal 1 ayat (3), yang lahir satu tahun sebelumnya, memberikan pengertian perjanjian internasional :¹⁰⁶

¹⁰³ Damos Dumoli Agusman, Op.cit, hlm. 151.

¹⁰⁴ Ibid, hlm. 20.

¹⁰⁵ Ibid, hlm. 207.

¹⁰⁶ Ibid, hlm. 194.

“Perjanjian internasional adalah perjanjian dalam bentuk dan sebutan apapun, yang diatur oleh hukum internasional, dan dibuat secara tertulis oleh Pemerintah Republik Indonesia dengan satu atau lebih negara, organisasi internasional, atau subyek hukum internasional lainnya, serta menimbulkan hak dan kewajiban pada Pemerintah Republik Indonesia yang bersifat hukum publik”.

Berdasarkan pengertian tersebut, terdapat beberapa kriteria dasar yang harus dipenuhi menurut UUPI dan VCLT untuk suatu dokumen dinyatakan sebagai perjanjian internasional, yaitu :¹⁰⁷

1. Perjanjian tersebut harus berkarakter internasional (*an international agreement*), sehingga tidak mencakup perjanjian-perjanjian yang berskala nasional seperti perjanjian antar negara bagian atau antara Pemerintah Daerah dari suatu negara nasional;
2. Perjanjian tersebut harus dibuat oleh negara dan/atau organisasi internasional (*by subject of international law*), sehingga tidak mencakup perjanjian yang sekalipun bersifat internasional namun dibuat oleh non-subjek hukum internasional, seperti perjanjian antara negara dengan perusahaan multinasional;
3. Perjanjian tersebut tunduk pada rezim hukum internasional (*governed by international law*) yang oleh Undang-Undang No. 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional disebut dengan “diatur dalam hukum internasional serta menimbulkan hak dan kewajiban di bidang hukum publik”. Perjanjian-perjanjian yang tunduk pada hukum perdata nasional tidak tercakup dalam kriteria ini.

Dengan penjelasan di atas, dapat ditegaskan, bahwa perjanjian penanaman modal atau perjanjian investasi bilateral adalah bagian dari hukum internasional publik dan mendapat tempat serta menjadi bagian integral dari perjanjian di bidang ekonomi. Perjanjian penanaman modal atau PIB adalah perjanjian yang berlandaskan pada UUPI. Presiden mendelegasikan kepada menteri sebagai pembantu presiden, setelah mendapatkan surat kuasa (*full powers*) untuk menandatangani perjanjian,¹⁰⁸ termasuk P4M atau PIB dengan negara lain yang menjadi pihak dalam perjanjian. Undang-Undang No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (UUPM) juga mengakui keberadaan perjanjian internasional. Hal ini ditegaskan dalam Pasal 6 ayat (2) UUPM, bahwa penanam modal akan memperoleh hak istimewa (*privilege right*) berdasarkan perjanjian dengan

¹⁰⁷ Ibid, hlm. 20.

¹⁰⁸ Pasal 1 ayat (3) UUPI

Indonesia,¹⁰⁹ baik perjanjian dalam bentuk bilateral, regional maupun multilateral yang berkaitan dengan hak istimewa dalam penyelenggaraan penanaman modal.¹¹⁰ Dalam konteks ini, perjanjian yang bertalian dengan hak istimewa adalah perjanjian penanaman modal atau investasi bilateral, selain perjanjian tentang kesatuan kepabeanan (*customs union*), wilayah perdagangan bebas (*free trade area*), pasar bersama (*common market*) dan kesatuan moneter (*monetary union*).¹¹¹

C. Instrumen Internasional Perjanjian Investasi

a *Havana Charter*

Upaya masyarakat internasional untuk membuat instrumen yang mengatur secara lengkap dan komprehensif tentang investasi pasca Perang Dunia II di bawah naungan PBB diawali dengan *Havana Charter* tahun 1948.¹¹² Piagam Havana merupakan produk dari perundingan multilateral dalam rangka pembentukan organisasi perdagangan dunia, *International Trade Organization* (ITO).¹¹³ Perundingan dilangsungkan dari November 1947 sampai dengan Maret 1948 di Havana, Cuba.¹¹⁴ Terbentuknya ITO pada awalnya diharapkan akan menjadi pilar ketiga dari sistem Bretton-Woods, setelah terbentuknya *International Monetary Fund* (IMF) dan *World Bank* (*International Bank for Reconstruction and Development/IBRD*), yang berkompeten dalam menangani perdagangan dan investasi.¹¹⁵

Pembuatan piagam tersebut mendapat dukungan dari Amerika Serikat dan negara-negara industri yang berorientasi investasi (*investment-oriented industry*)

¹⁰⁹ Pasal 6 ayat (2) UUPM.

¹¹⁰ Penjelasan Pasal 6 ayat (2) UUPM.

¹¹¹ Penjelasan Pasal 6 ayat (2) UUPM.

¹¹² Stephan W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2009, hlm. 32.

¹¹³ Ibid, hlm. 32.

¹¹⁴ Ibid, hlm. 32.

¹¹⁵ Ibid, hlm. 32.

yang memandang perlu adanya rejim investasi liberal yang memuat aturan (*rules*) perlindungan bagi penanam modal asing dari diskriminasi dan ekspropriasi.¹¹⁶ Akan tetapi usaha tersebut tidak membuahkan hasil, karena banyaknya penolakan dari negara-negara berkembang yang lebih menuntut perlindungan kepada mereka sebagai negara pengimpor modal (*capital importing countries*) dari pada pengeksport modal (*capital exporters*).¹¹⁷ Usaha Amerika Serikat sebagai negara yang berpengaruh dalam perdagangan dunia untuk meliberalisasi investasi dan menyediakan perlindungan yang efektif tidak menemukan konsensus.¹¹⁸ Rancangan piagam pada akhirnya tidak memuat ketentuan mengenai regulasi investasi asing.¹¹⁹ Piagam hanya menjadi kesepakatan simbolik yang tidak dapat dilaksanakan oleh negara-negara.¹²⁰ Piagam secara sumir memuat ketentuan-ketentuan tentang praktik bisnis terbatas dalam perdagangan internasional seperti tindakan membatasi kompetisi dan mendorong monopoli.¹²¹

Secara keseluruhan Piagam Havana lebih memprioritaskan tujuan kebijakan dalam negeri (*domestic policy*) dari pada standar internasional kebijakan investasi.¹²² Pada akhirnya gagasan pembentukan ITO dan ketentuan investasi dalam Havana Charter tidak dapat diwujudkan.¹²³ Dari 9 bab dan 106 pasal Piagam Havana, hanya dua pasal yang bersinggungan dengan pengaturan tentang investasi, yaitu Pasal 11 dan Pasal 12¹²⁴ yang merupakan bagian dari Bab III tentang Pembangunan Ekonomi dan Rekonstruksi (*Economic Development and Reconstruction*). Pasal 11 – *Means of Promoting Economic Development and*

¹¹⁶ Ibid, hlm. 32-33.

¹¹⁷ Ibid, hlm. 33.

¹¹⁸ Ibid, hlm. 33.

¹¹⁹ Surya P. Subedi, *International Investment Law Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2008, hlm. 19.

¹²⁰ Stephan W. Schill, *Op.cit*, hlm. 33.

¹²¹ Ibid, hlm. 33.

¹²² Ibid, hlm. 34.

¹²³ Ibid, hlm. 34.

¹²⁴ Surya P. Subedi, *Op.cit*, hlm. 19.

Reconstruction (Sarana-sarana untuk Memajukan Pembangunan Ekonomi dan Rekonstruksi) menyatakan :¹²⁵

1. *Progressive industrial and general economic development*, as well as reconstruction, requires among other things *adequate supplies of capital funds, materials, modern equipment and technology and technical and managerial skill*. Accordingly, in order to stimulate and assist in the provision and exchange of these facilities:
...
 - (b) no Member shall take unreasonable or unjustifiable action within its territory injurious to the rights or interests of national of other Members in the enterprise, skill, capital, arts or technology which they have supplied. (cetak miring dari penulis)

Pasal di atas menjelaskan, bahwa untuk memajukan industri dan pembangunan ekonomi serta rekonstruksi diperlukan adanya pasokan dana modal, bahan-bahan, peralatan dan teknologi modern, serta keterampilan teknis dan manajerial. Dalam kaitan itu, negara-negara tidak diperkenankan melakukan tindakan yang tidak beralasan (*unreasonable*) atau tidak dapat dibenarkan (*unjustifiable*) di dalam wilayahnya menciderai hak-hak atau kepentingan warga negara dari negara anggota yang lain dalam perusahaan, keterampilan, modal, atau teknologi yang telah mereka berikan.

Pasal 12 - *International Investment for Economic Development and Reconstruction* (Investasi Internasional untuk Pembangunan Ekonomi dan Rekonstruksi) sebagai pasal yang secara khusus memberikan penekanan tentang investasi menyebutkan :¹²⁶

1. The Members recognize that :
 - (a) International investment, both public and private, can be of *great value in promoting economic development and reconstruction*, and consequent *social progress*;
 - (b) The *international flow of capital will be stimulated* to the extent that members afford nationals of other countries opportunities for investment and security for existing and future investments;
 - (c) Without prejudice to existing international agreements to which Members are parties, a Member has the *right* :

¹²⁵ Ibid, hlm. 20.

¹²⁶ Ibid, hlm. 20.

- (i) to take any appropriate safeguards necessary to ensure that *foreign investment is not used as a basis for interference in its internal affairs or national policies*;
- (ii) to determine whether and to what extent and upon what terms it will allow future foreign investment;
- (iii) to prescribe and give effect on just terms to requirements as to the ownership of existing and future investments;
- (iv) to prescribe and give effect to other reasonable requirements with respect to existing and future investment ...

2. Members therefore undertake :

...

- (i) to *provide reasonable opportunity for investments* acceptable to them and *adequate security for existing and future investments*, and
- (ii) to give due regard to the desirability of *avoiding discrimination as between foreign investments* ...

Dari isi pasal di atas tampak, Piagam Havana tidak bersinggungan dan menyentuh aspek-aspek substansial yang diperlukan dalam pengaturan investasi. Pengaturan investasi yang dimuat lebih bersifat filosofis dan normatif. Apa yang dimuat lebih mencerminkan suasana politik dan hubungan internasional yang terjadi setelah Perang Dunia II. Setidaknya dari ayat (1) terlihat beberapa hal pokok yang menjadi penekanan, yaitu : (i) pengakuan negara-negara tentang manfaat dari investasi internasional dalam memajukan pembangunan ekonomi dan rekonstruksi setelah Perang Dunia II; (ii) arus modal internasional akan dirangsang sehingga dapat dimanfaatkan oleh warga negara lain sebagai peluang investasi; (iii) negara-negara memiliki hak untuk mengamankan dirinya dari kemungkinan investasi asing digunakan untuk mencampuri urusan dalam negeri ataupun kebijakan nasional; (iv) negara-negara berjanji akan menyediakan peluang investasi dan keamanan yang diperlukan untuk investasi saat ini dan akan datang; dan (v) menghindari dari tindakan diskriminasi di antara penanam modal asing.

b. *Multilateral Agreement on Investment (MAI)*

Penanaman modal asing pada tahun 1990-an yang berkembang melalui kesepakatan perjanjian investasi bilateral (PIB) dan keinginan akan adanya rejim investasi yang mencakup pengaturan yang komprehensif telah mendorong negara-negara maju untuk membuat instrumen baru yang berlaku secara multilateral. Untuk merealisasikan keinginan tersebut, negara-negara yang tergabung dalam Organisasi untuk Kerjasama Ekonomi dan Pembangunan (*Organization for Economic Cooperation and Development/OECD*) memprakarsai perundingan untuk membahas isu-isu dan berbagai aspek terkait dengan investasi. OECD meluncurkan perundingan *Multilateral Agreement on Investment (MAI)* tahun 1996.¹²⁷

Perundingan MAI dipandang sebagai perundingan ambisius yang diharapkan akan mampu menengahi dan mengakomodasi kepentingan antara dua kelompok, yaitu negara maju dan berkembang, yang dalam berbagai perundingan seringkali tidak mencapai titik temu, karena adanya perbedaan kepentingan antara keduanya. Keinginan negara-negara maju untuk menyusun MAI didasari oleh pengalaman atas kegagalan tercapainya kesepakatan pada perundingan Pertemuan Tingkat Menteri Pertama (*First Ministerial Meeting*) WTO tahun 1996.¹²⁸ Adanya friksi mengenai aturan investasi multilateral (*multilateral investment rules*) di WTO dan untuk mengatasi kebuntuan perundingan itu, negara-negara maju memilih OECD sebagai forum perundingan untuk menghindari pengaruh negara berkembang mengurangi perlindungan yang substantif yang ditawarkan oleh perjanjian investasi multilateral (*multilateral investment treaty*).¹²⁹ Perjanjian ini dimaksudkan sebagai perjanjian multilateral yang berdiri sendiri (*free-standing multilateral treaty*) yang menjadi

¹²⁷ Stephan W. Schill, Op.cit, hlm. 53.

¹²⁸ Ibid, hlm. 53.

¹²⁹ Ibid, hlm. 53.

kerangka komprehensif untuk perlindungan dan promosi penanaman modal asing, dan terbuka bagi anggota OECD dan non-anggota.¹³⁰

Setelah melalui perundingan yang panjang, tahun 1998, dengan merujuk pada perjanjian investasi internasional yang telah ada seperti *NAFTA Chapter 11, Energy Charter Treaty*, dan berbagai bentuk PIB, OECD menelurkan naskah (*draft*) MAI.¹³¹ Serupa dengan perjanjian-perjanjian tersebut, teks perundingan memuat definisi yang luas tentang investasi, perlindungan bagi investor terhadap ekspropriasi langsung dan tidak langsung, *standar fair and equitable treatment* (perlakuan yang adil dan sama), dan *full protection and security* (perlindungan penuh dan keamanan) dan juga ketentuan *investor-state dispute settlement* (penyelesaian sengketa antara penanam modal dan negara).¹³² MAI diperlukan untuk menanggapi pertumbuhan dramatis dan transformasi *foreign direct investment* (FDI) yang dipicu oleh liberalisasi yang luas dan meningkatnya persaingan modal investasi.¹³³ Maksud dari rancangan MAI adalah untuk menjamin kewajiban liberalisasi negara dilengkapi dengan ketentuan tentang perlindungan investasi dan diperkuat dengan prosedur penyelesaian sengketa yang efektif.¹³⁴ Tujuan yang ingin dicapai dari MAI adalah untuk menetapkan standar yang tinggi (*high standard*) untuk perlakuan dan perlindungan investasi dan melampaui komitmen yang telah ada untuk mencapai standar liberalisasi yang tinggi.¹³⁵

Di dalam naskah MAI terdapat dua pasal penting berkaitan dengan perlakuan dan perlindungan investasi, yaitu Article III dan IV.¹³⁶ Article III menyatakan :¹³⁷

¹³⁰ Ibid, hlm. 53.

¹³¹ Ibid, hlm. 53-54.

¹³² Ibid, hlm. 54.

¹³³ Surya P. Subedi, Op.cit, hlm. 39.

¹³⁴ Ibid, hlm. 40.

¹³⁵ Ibid, hlm. 40.

¹³⁶ Ibid, hlm. 40.

1. Each Contracting Party shall accord *to investors of another Contracting Party and to their investments, treatment no less favourable* than the treatment it accords [in like circumstances] *to its own investor and their investment* with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, maintenance, use, enjoyment and sale or other disposition of investments.
2. Each Contracting Party shall accord to investors of another Contracting Party and to their investment, *treatment no less favourable than* the treatment it accords [in like circumstances] *to investors of any other Contracting party or of a non-Contracting Party* with respect to the establishment, acquisition, expansion, operation, management, maintenance, use, enjoyment, and sale or other disposition of investment. (cetak miring dari penulis)

Ayat (1) menegaskan bahwa setiap negara pihak akan memberikan kepada penanam modal negara pihak yang lain dan terhadap penanaman modal mereka, dan ‘akan memberikan perlakuan’ yang tidak kurang baiknya dari pada perlakuan yang diberikan kepada investor mereka sendiri dan investasi mereka dalam kaitan dengan pendirian, akuisisi, ekspansi, Ayat (2) selanjutnya menekankan bahwa perlakuan seperti ayat (1) harus diberikan pula kepada negara pihak yang lain atau dari non-negara pihak berkaitan dengan pendirian, akuisisi, operasi, dan yang lainnya.

Article IV tentang perlindungan investasi memuat ketentuan yang sangat kuat yang lebih berpihak kepada investor asing menyebutkan :

1. General Treatment
Each Contracting Party *shall accord to investments* in its territory *of investors of another Contracting Party fair and equitable treatment and full protection and security*. In no case shall a Contracting Party accord treatment less favourable than that required in international law.
- 1.2. A Contracting Party shall not impair by [unreasonable or discriminatory] [unreasonable and discriminatory] measures the operation, management, maintenance, use, enjoyment or disposal of investment in its territory of investors of another Contracting Party.
2. Expropriation and compensation

- 2.1. A Contracting Party *shall not expropriate or nationalize directly or indirectly* an investment in its territory of an investor of another Contracting Party or *take any measure or measures having equivalent effect* (hereinafter referred to as 'expropriation) except :
 - (a) for a purpose which is in the public interest.
 - (b) on a non-discrimination basis.
 - (c) in accordance with *due process of law*, and
 - (d) accompanied by *payment of prompt, adequate and effective compensation* in accordance with Article 2.2 and 2.5 below.
- 2.2. Compensation shall be *paid without delay*.
- 2.3. Compensation shall be equivalent to the *fair market value* of the expropriated investment immediately before the expropriation occurred. The fair market value shall not reflect any change in value accruing because the expropriation had become publicly known earlier.
- 2.4. Compensation shall be *fully realizable and freely transferable*.

Article IV di atas terdiri atas dua komposisi ketentuan, yaitu pertama, perlakuan umum dan kedua, ekspropriasi dan kompensasi. Dalam hal perlakuan umum, negara pihak akan memberikan perlakuan 'dalam wilayah investornya' dari negara pihak yang lain *fair and equitable treatment*, dan *full protection and security*. Perlakuan juga tidak boleh kurang menyenangkan seperti yang disyaratkan hukum internasional.

Dalam kaitan ekspropriasi dan kompensasi, sesuai ketentuan yang berlaku dalam praktik internasional, negara pihak tidak akan melakukan ekspropriasi atau nasionalisasi kecuali atas dasar empat syarat utama, yaitu demi kepentingan umum, tidak bersifat diskriminasi, sesuai dengan proses hukum, dan disertai dengan pembayaran kompensasi yang cepat, pantas dan efektif. Kompensasi juga harus dibayar tanpa menunda waktu, sesuai dengan nilai pasar yang adil, dan harus dapat secara penuh direalisasikan serta dengan bebas dapat ditransfer.

Akan tetapi, meskipun naskah MAI serupa dengan perjanjian yang telah ada tersebut di atas, MAI pada akhirnya tidak berhasil (*failed*) diterima sebagai

perjanjian investasi multilateral.¹³⁸ Ketidakberhasilan ini disebabkan oleh beberapa alasan.¹³⁹ *Pertama*, negara-negara OECD tidak dapat mencapai konsensus terhadap isu-isu yang berkaitan dengan isi perjanjian, terutama berkaitan dengan pengecualian untuk industri budaya (*cultural industries*) yang dituntut oleh Kanada dan Perancis.¹⁴⁰ *Kedua*, perundingan MAI dikritik karena menolak suara negara berkembang dalam perundingan.¹⁴¹ *Ketiga*, perundingan MAI mendapat tantangan besar dari organisasi non-pemerintah (NGOs) yang prihatin dengan dampak dari perlindungan investasi (*investment protection*) terhadap isu-isu seperti perlindungan lingkungan dan standar buruh.¹⁴²

Disamping itu karena adanya kesalahan persepsi yang memandang bahwa MAI akan melemahkan perubahan perundang-undangan (*legislative changes*) yang akan memberikan dampak negatif bagi investor asing.¹⁴³ Hal ini berkaitan dengan dua prinsip MAI, yaitu prinsip “*standstill*” dan prinsip “*rollback*”.¹⁴⁴ Prinsip “*standstill*” mencegah penggunaan langkah-langkah diskriminasi baru terhadap investor asing yang dianggap sebagai larangan absolut terhadap segala jenis regulasi baru, termasuk langkah langkah melindungi lingkungan.¹⁴⁵ Prinsip “*rollback*” mewajibkan negara-negara untuk secara berkesinambungan menghapuskan diskriminasi yang ada disalahmengerti sebagai kewajiban untuk menghapus segala bentuk restriksi terhadap investasi.¹⁴⁶

¹³⁸ Ibid, hlm. 54.

¹³⁹ Ibid, hlm. 54.

¹⁴⁰ Stephan W. Schill, Op.cit, hlm. 54.

¹⁴¹ Ibid, hlm. 55.

¹⁴² Ibid, hlm. 55.

¹⁴³ Ibid, hlm. 55.

¹⁴⁴ Ibid, hlm. 55.

¹⁴⁵ Ibid, hlm. 55.

¹⁴⁶ Ibid, hlm. 55.

Kegagalan MAI juga merefleksikan kompleksitas umum dari isu-isu yang menyelimuti perlindungan investasi internasional, khususnya masalah bagaimana menyelesaikan konflik dengan hak legitimasi (*legitimate right*) negara untuk mengatur.¹⁴⁷ Konflik ini telah menyertai dan membentuk perdebatan kesejahteraan publik domestik tentang perlindungan hak milik dan persaingan kepentingan publik yang pada puncaknya mengkristal ke tingkat internasional.¹⁴⁸ Sebagai simbol perjuangan politik antara *neo-liberalist* dan posisi *communitarian* (berpihak pada kelompok komunal) tentang siapa yang berwenang mengatur globalisasi (*gestalt of globalization*).¹⁴⁹

Namun demikian keberadaan MAI sebagai naskah perjanjian investasi multilateral merupakan sumber hukum penting yang menjadi referensi bagi hukum investasi internasional yang menggambarkan upaya masyarakat internasional dan perjalanan perundingan dalam rangka menyusun kerangka dan aturan investasi bagi kepentingan semua negara, baik negara maju maupun berkembang.

c. MIGA

Instrumen internasional lain yang berkaitan dengan promosi dan perlindungan investasi adalah Konvensi *Multilateral Investment Guarantee Agency* (MIGA).¹⁵⁰ MIGA menjadi instrumen penting, karena merupakan sarana untuk memberikan kepastian hukum (*legal certainty*) bagi investor asing yang membutuhkan jaminan tambahan (*additional guarantee*) ketika mereka melakukan investasi di negara yang memiliki infrastruktur hukum dan fisik yang sangat terbatas (*poor legal and physical infrastructure*).¹⁵¹ Meskipun negara maju memiliki sistem

¹⁴⁷ Ibid, hlm. 57-58.

¹⁴⁸ Ibid, hlm. 58.

¹⁴⁹ Ibid, hlm. 58.

¹⁵⁰ Ibid, hlm. 47.

¹⁵¹ Surya P. Subedi, Op.cit, hlm. 33.

internal jaminan investasi untuk melakukan investasi di negara berkembang, dan risiko investasi dapat diatasi melalui asuransi swasta, namun terdapat keinginan adanya sistem internasional jaminan investasi terhadap risiko non-komersial seperti ekspropriasi, nasionalisasi dan risiko politik lainnya di negara berkembang.¹⁵² Demikian pula dengan negara-negara yang telah memiliki perlindungan melalui PIB, prinsip-prinsip hukum internasional berkaitan dengan perlakuan investasi asing, termasuk saluran diplomatik bagi investor asing, negara-negara menginginkan mekanisme tambahan yang dapat menghilangkan keraguan terhadap risiko non-komersial tersebut.¹⁵³ Atas dasar itu, pada tahun 1985 World Bank Group menerima *Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency*.¹⁵⁴ Konvensi MIGA mulai berlaku efektif sejak tahun 1988.¹⁵⁵

Berdasarkan ketentuan Article 2, tujuan pembentukan MIGA adalah untuk mendorong arus investasi untuk tujuan yang produktif di antara negara-negara anggota.¹⁵⁶ Untuk mencapai tujuan tersebut, alat utama untuk memajukan dan melindungi proyek investasi asing adalah dengan menawarkan skema asuransi kepada investor asing di negara berkembang.¹⁵⁷ Isi lengkap dari pasal 2 tersebut adalah sebagai berikut :¹⁵⁸

The objective of the Agency shall be *to encourage the flow of investments for productive purpose among other member countries*, and in particular to developing member countries thus supplementing the activities of the International Bank for Reconstruction and Development (hereinafter referred to as the Bank), the International Finance Corporation and other international development finance institutions.

To serve its objective, the Agency shall :

¹⁵² Ibid, hlm. 33.

¹⁵³ Ibid, hlm. 33.

¹⁵⁴ Ibid, hlm. 33.

¹⁵⁵ Stephan W. Schill, Op.cit, hlm. 48.

¹⁵⁶ Ibid, hlm. 48.

¹⁵⁷ Ibid, hlm. 48.

¹⁵⁸ Surya P. Subedi, Op.cit, hlm. 34.

- (a) *issue guarantee*, including *coinsurance and reinsurance against non-commercial risks* in respect of investment in a member country which flow from other member countries;
- (b) carry out appropriate complementary activities to promote the flow of investments to and among developing member countries; and
- (c) exercise such other incidental powers as shall be necessary or desirable in the furtherance of its objective.

MIGA akan memberikan skema jaminan asuransi baik melalui *coinsurance* (asuransi bersama) maupun *reinsurance* (mengasuransikan kembali) proyek investasi kepada asuransi lain. Risiko asuransi yang akan dijamin oleh MIGA tertuang dalam Article 11¹⁵⁹ adalah risiko yang berhubungan *currency transfer* (transfer mata uang), ekspropriasi dan tindakan yang sejenis, *unenforceable breach of investor-state contract* (pelanggaran kontrak yang tidak dapat dilaksanakan), serta kerusakan diakibatkan oleh *war and civil disturbance* (perang dan gangguan sipil).¹⁶⁰ Namun, untuk menerapkan ketentuan tersebut Konvensi MIGA tidak mengenakan segala jenis kewajiban langsung kepada negara anggota berkaitan dengan perlakuan investasi asing.¹⁶¹ Penerimaan Konvensi MIGA sekaligus menggambarkan keinginan negara berkembang untuk membangun hubungan investasi internasional yang berbasis multilateral.¹⁶² MIGA juga memiliki mandat, berdasarkan *MFN treatment*, membuat perjanjian dengan negara berkembang yang menjamin MIGA dan investasi yang dapat menjamin standar perlakuan tertentu.¹⁶³

Sebagai instrumen investasi multilateral, MIGA menjadi esensial dan memiliki peran signifikan dalam memberikan jaminan asuransi dan mengamankan kepentingan investasi negara maju untuk melakukan penanaman modal di negara berkembang, sehingga dapat menciptakan kepastian perlindungan investasi yang berkelanjutan dan menguntungkan kedua pihak.

¹⁵⁹ Ibid, hlm. 34.

¹⁶⁰ Stephan W. Schill, Op.cit, hlm. 48.

¹⁶¹ Ibid, hlm. 48.

¹⁶² Ibid, hlm. 49.

¹⁶³ Ibid, hlm. 49.

d. TRIMs

Trade-Related Investment Measures (TRIMs) merupakan instrumen internasional paling akhir yang dihasilkan oleh masyarakat dunia melalui perundingan GATT/WTO pada tahun 1994. Isu yang berkaitan dengan investasi (*investment-related issue*)¹⁶⁴ muncul ketika Panel GATT menemukan adanya keterkaitan persoalan antara kandungan lokal (*local content*) dan persyaratan pelaksanaan ekspor (*export performance requirement*) yang dibebankan oleh Kanada dalam undang-undang investasi yang disebut *Foreign Investment Review Act* (Undang-Undang Peninjauan Investasi Asing).¹⁶⁵ Panel menyatakan bahwa kebijakan tersebut merupakan langkah yang terkait dengan perdagangan (*trade related measures*) yang melanggar ketentuan perlakuan nasional (*national treatment provision*) GATT.¹⁶⁶ Peristiwa ini kemudian mendorong GATT untuk menandatangani *Agreement on Trade-Related Investment Measures* pada Perundingan Uruguay.¹⁶⁷ Akan tetapi ruang lingkup pengaturan TRIMs sangat terbatas, hanya berlaku terhadap langkah-langkah investasi yang terkait dengan perdagangan barang (*investment measures related to trade in goods only*)¹⁶⁸ dan tidak menyinggung isu perlindungan investasi asing (*protection of foreign investment*).¹⁶⁹

Alasan mengapa TRIMs hanya mencakup lingkup yang terbatas, karena ini merupakan bentuk kompromi antara dua posisi yang berlawanan di dalam GATT mengenai langkah-langkah investasi, antara posisi Amerika Serikat yang menginginkan perlindungan yang kuat (*strong protection*) investasi asing;¹⁷⁰ dan

¹⁶⁴ Ibid, hlm. 50.

¹⁶⁵ Ibid, hlm. 50.

¹⁶⁶ Ibid, hlm. 50.

¹⁶⁷ Ibid, hlm. 50.

¹⁶⁸ Ibid, hlm. 51.

¹⁶⁹ Ibid, hlm. 51.

¹⁷⁰ Ibid, hlm. 51.

negara-negara berkembang yang merasa dibatasinya tujuan pembangunan mereka serta kebebasan mereka untuk mengatur investasi asing.¹⁷¹ Kenyataan ini mengakibatkan TRIMs hanya memiliki efek terbatas sebagai alat untuk mengatur perlindungan investasi multilateral.¹⁷² Perjanjian TRIMs mengatur tentang kebebasan bagi penanam modal asing (*freedom of investor*) di negara anggota WTO.¹⁷³ TRIMs pada dasarnya melarang langkah-langkah yang tidak sesuai dengan prinsip perlakuan nasional (*national treatment*) GATT (Article III) dan larangan menggunakan pembatasan kuantitatif (*quantitative restriction*) (Article XI).¹⁷⁴

Dalam Badan Penyelesaian Sengketa (*Dispute Settlement Body/DSB*) WTO hanya sedikit kasus yang berhubungan dengan masalah penanaman modal asing.¹⁷⁵ Meskipun Perjanjian TRIMs tidak melampaui aturan-aturan (*rules*) yang terdapat dalam GATT, namun disiplin TRIMs cukup berpengaruh kuat (*powerful*).¹⁷⁶ Sebagai contoh kasus, dapat dilihat pada kasus gugatan Amerika Serikat, Jepang dan Uni Eropa terhadap Indonesia dalam kasus Program Mobil Nasional yang dikenal dengan kasus *Certain Measures Affecting the Automobile Industry*.¹⁷⁷ Kasus tersebut merupakan kasus pertama yang ditangani DSB setelah berlakunya TRMs dan terbentuknya WTO. Pemerintah Indonesia memberikan status khusus bagi perusahaan yang memenuhi kriteria khusus bagi memiliki fasilitas, penggunaan merek dagang dan teknologi.¹⁷⁸ Perusahaan mobil nasional diminta untuk memenuhi persyaratan muatan lokal selama tiga tahun, sehingga mereka mendapatkan keuntungan dari pengecualian pajak barang mewah terhadap mobil dan bea masuk

¹⁷¹ Ibid, hlm. 51.

¹⁷² Ibid, hlm. 51.

¹⁷³ Surya P. Subedi, Op.cit, hlm. 38.

¹⁷⁴ Bernard M. Hoekman and Michel M. Kostecki, *The Political Economy of the World Trading System The WTO and Beyond*, Oxford University Press, New York, 2001, hlm. 202.

¹⁷⁵ Stephan W. Schill, Op.cit, hlm. 51.

¹⁷⁶ Bernard M. Hoekman and Michel M. Kostecki, Op.cit, hlm. 203.

¹⁷⁷ Surya P. Subedi, Op.cit, hlm. 38.

¹⁷⁸ Bernard M. Hoekman and Michel M. Kostecki, Op.cit, hlm. 203.

impor suku cadang dan komponen.¹⁷⁹ DSB menemukan adanya ketidaksesuaian persyaratan kandungan lokal Indonesia untuk industri mobil dengan kewajiban Indonesia dalam TRIMs.¹⁸⁰ Panel juga menemukan bahwa program tersebut melanggar aturan perlakuan nasional (*national treatment rule*)¹⁸¹ yang diatur dalam Article III GATT.

¹⁷⁹ Ibid, hlm. 203.

¹⁸⁰ Surya P. Subedi, Op.cit, hlm. 38.

¹⁸¹ Bernard M. Hoekman and Michel M. Kostecki, Op.cit, hlm. 203.

BAB III

PENGATURAN DAN ASPEK SUBSTANTIF

PERJANJIAN INVESTASI

A. Nasionalisasi dan Ekspropriasi

Nasionalisasi dan *ekspropriasi* merupakan isu terpenting dalam perundingan perjanjian investasi. Sesuai aturan klasik hukum internasional, secara prinsip hukum internasional mengakui hak negara tuan rumah untuk melakukan nasionalisasi atau ekspropriasi terhadap properti asing.¹⁸² Pengakuan terhadap nasionalisasi juga dipandang sebagai ancaman bagi penanaman modal asing.¹⁸³ Nasionalisasi merupakan poin sentral yang menjadi dasar pertimbangan dan motivasi negara-negara melakukan perundingan PIB maupun perundingan perjanjian perdagangan bebas (*free trade agreement*). Hal ini karena nasionalisasi merupakan jaminan yang diberikan oleh suatu negara kepada negara lain. Dengan klausula nasionalisasi, masing-masing pihak akan mendapatkan jaminan terhadap (rasa aman dan terjaga) seluruh aset, properti dan bisnis dari penanaman modal yang dilakukan perusahaan penanam modal di negara tuan rumah.

Kata *nationalization* atau *expropriation* selalu digunakan secara bergantian dan bergandengan dalam perjanjian penanaman modal. Keduanya selalu terkait dan berpasangan. Terminologi nasionalisasi digunakan dalam perjanjian, karena pada dasarnya setiap negara tidak menghendaki dan menolak adanya tindakan nasionalisasi yang dilakukan negara tuan rumah. Penolakan tersebut didasarkan atas pengalaman sejarah, dimana secara politis dan unilateral negara dapat melakukan

¹⁸² Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, New York, 2008, hlm. 89.

¹⁸³ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, hlm. 239.

tindakan nasionalisasi terhadap aset, properti dan bisnis milik asing. Kebijakan dan tindakan nasionalisasi pada masa lalu telah menimbulkan ‘stigma’ bagi negara pengekspor investasi, sehingga menimbulkan kekhawatiran kemungkinan terjadinya nasionalisasi di masa akan datang. Untuk menghindari hal tersebut, negara-negara sangat berkepentingan dan harus memasukkan klausul nasionalisasi dalam perjanjian penanamann modal bilateral, regional dan multilateral.

Nasionalisasi pada awalnya dilakukan oleh negara-negara yang baru merdeka sebagai bentuk perlawanan terhadap kekuatan kolonial yang menguasai sumber daya alam dan aset ekonomi strategis yang dibangun sejak lama sebagai kelanjutan dari kolonialisme. Nasionalisasi juga dipandang sebagai sarana dalam program pembangunan ekonomi. Nasionalisasi yang dilakukan Mesir terhadap Terusan Suez tahun 1956, nasionalisasi yang dilakukan oleh Indonesia terhadap perkebunan milik Belanda tahun 1958 adalah contoh-contoh kasus besar nasionalisasi yang terjadi pada dasawarsa 1950-an yang tercatat dalam sejarah hukum internasional. Kasus-kasus nasionalisasi kemudian menjadi inspirasi bagi negara-negara maju memandang pentingnya memasukkan klausul nasionalisasi dalam perjanjian penanaman modal.

Pengalaman dari stigma nasionalisasi yang dilakukan pada dekade 1950-an, mendorong negara-negara maju menggunakan terminologi baru yang secara ekspresif tidak terlalu keras, yaitu *expropriation* atau pengambilalihan. Secara umum, nasionalisasi adalah tindakan yang dilakukan untuk tujuan politis (*for political purpose*) yang dapat mempengaruhi seluruh sektor ekonomi.¹⁸⁴ Sedangkan *expropriation* (ekspropriasi) adalah “pengambilalihan yang terbatas” terhadap satu perusahaan yang spesifik (*limited to one specific firm*) dan tidak didasarkan atas

¹⁸⁴ UNCTAD, op.cit, hlm. 134.

pertimbangan politik.¹⁸⁵ Tindakan nasionalisasi secara faktual pada hakekatnya merupakan tindakan pengambilalihan. Dengan nasionalisasi maka pada saat bersamaan terjadi pengambilalihan terhadap aset, properti dan bisnis.

PIB antara Indonesia dan Iran (2005) pada Article 6 menyatakan :¹⁸⁶

1. Investment of nationals and legal persons of either Contracting Party shall not be *nationalized, expropriated* or subjected to similar measures by the other Contracting Party, except such measures are taken under the following conditions:
 - (a) for public purposes in accordance with due process of law;
 - (b) in a non-discriminatory manner; and
 - (c) upon payment of prompt and effective compensation.
2. The amount of compensation shall be equivalent to the market value of the investment immediately before the action of *nationalization* or *expropriation* was taken. (cetak miring dari penulis)

Dari perjanjian tersebut tampak kata '*expropriation*' digunakan beriringan dengan *nationalization*. Hal ini menegaskan, bahwa negara tuan rumah dapat melakukan tindakan pengambilalihan, dalam bentuk nasionalisasi atau ekspropriasi. Dengan klausul tersebut juga menunjukkan kadar pengambilalihan yang dapat dilakukan, berupa nasionalisasi atau ekspropriasi.

Berbeda dengan struktur di atas, dalam Perjanjian Kerjasama Ekonomi Antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Kerajaan Belanda (*Agreement on Economic Cooperation Between The Government of The Republic of Indonesia and The Government of The Kingdom of The Netherland*) yang ditandatangani tahun 1968, sepuluh tahun setelah Indonesia melakukan nasionalisasi, tidak terdapat kata nasionalisasi atau ekspropriasi. Pasal 7 perjanjian menyatakan :¹⁸⁷

“Neither Contracting Party shall *take any measures depriving*, directly or indirectly, nationals of the other Contracting Party of their investments, goods, rights or interest ...”
(cetak miring dari penulis)

¹⁸⁵ Ibid, hlm. 134.

¹⁸⁶ PIB Indonesia-Iran

¹⁸⁷ Perjanjian Kerjasama Ekonomi Antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Kerajaan Belanda ditandatangani di Jakarta, 7 Juli 1968. Indonesia meratifikasi perjanjian tersebut dengan Keppres No. -----

Kata yang digunakan adalah “*take any measures depriving*” atau mengambil segala tindakan pencabutan secara langsung atau tidak langsung milik warga negara dari Negara Pihak yang lain penanaman modal mereka, barang, hak milik atau kepentingan. Tampak kedua pihak tidak ingin menggunakan kata nasionalisasi maupun ekspropriasi dalam tindakan pengambilalihan. Sensitivitas dan stigma dari nasionalisasi yang dilakukan Indonesia sebelumnya mendorong kedua pihak untuk menghindari penggunaan kata tersebut sebagai klausul perjanjian.

Sementara itu dalam Perjanjian Promosi dan Perlindungan Penanaman Modal (P4M) antara Indonesia dan Inggris (1976) pada Article 5 – *Expropriation* menyatakan :¹⁸⁸

1. Investments of nationals or companies of either Contracting Party shall not be nationalized, expropriated or subjected to measures having effect equivalent to *nationalization* or *expropriation* (hereinafter referred to as “expropriation”)” (cetak miring dari penulis)

Dari perjanjian tersebut tampak, judul pasal yang digunakan adalah “expropriation”. Kata *expropriation* secara tegas dipergunakan sebagai terminologi utama dari perjanjian, dan bukan kata *nationalization* sebagai kepala judul (*head of title*) dari batang tubuh perjanjian.

Kata lain yang digunakan adalah “*subjected to measures having effect equivalent to nationalization or expropriation*” atau tindakan-tindakan yang memiliki dampak sama dengan tindakan yang dikategorikan sebagai nasionalisasi atau ekspropriasi. Penggunaan kalimat tersebut sebagai klausula pengambilalihan tampak lebih ‘lunak’ (*soft*) daripada kata nasionalisasi atau ekspropriasi yang secara umum lazim dipergunakan. Dengan klausul ini, maka tindakan yang dilakukan tidak

¹⁸⁸ Perjanjian Promosi dan Perlindungan Penanaman Modal (P4M) antara Indonesia dan Inggris (*Agreement Between The Government of The Republic of Indonesia and The Government of The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for The Promotion and Protection of Investments*) ditandatangani di London, Inggris, 27 April 1975. Indonesia meratifikasi P4M tersebut dengan Keppres -----.

secara langsung dipandang sebagai nasionalisasi atau ekspropriasi. Kedua pihak secara *soft* ingin menghindarkan konotasi dan stigma dari langkah-langkah atau tindakan yang secara ekstrim dapat dikategorikan sebagai nasionalisasi atau ekspropriasi.

Namun, dalam tindakan nasionalisasi yang dilakukan oleh Argentina baru-baru ini terhadap perusahaan minyak Spanyol, Repsol,¹⁸⁹ nasionalisasi ternyata terjadi kembali di era globalisasi, di tengah krisis ekonomi yang masih melanda Amerika Serikat dan Eropa, terutama Yunani. Presiden Argentina Christina Fernandez Kirchner sebagai kepala eksekutif tidak melakukan tindakan tersebut secara individual melalui dekret, akan tetapi mendapatkan dukungan politik dan persetujuan dari Senat Argentina (63 dari 70 anggota) dan DPR Argentina (207 lawan 32 anggota)¹⁹⁰ untuk melakukan tindakan nasionalisasi. Kebijakan nasionalisasi tersebut kemudian ditetapkan dengan undang-undang.¹⁹¹ Argentina melakukan nasionalisasi dengan tujuan mengontrol industri migas, meningkatkan penerimaan negara, mengentaskan masyarakat dari kemiskinan dan memulihkan kontrol negara terhadap sumber daya alam.¹⁹²

Tindakan yang sama juga dilakukan oleh Venezuela terhadap Exxon Mobil. Pemerintah Venezuela melalui Presiden Hugo Chavez melakukan nasionalisasi terhadap aset-aset pertambangan milik Exxon Mobil di Venezuela. Nasionalisasi tersebut berbuntut gugatan Exxon Mobil yang mengajukan tuntutan ganti rugi kepada Venezuela melalui arbitrase *International Chamber of Commerce* (ICC) di

¹⁸⁹ Kompas, 19 April 2012. Presiden Argentina Christina Fernandez Kirchner pada tanggal 16 April 2012 mengumumkan dan menyatakan secara terbuka melakukan tindakan nasionalisasi kepemilikan saham perusahaan minyak Spanyol, Repsol, di perusahaan minyak *Yacimientos Petroliferos Fiscales* (YPF).

¹⁹⁰ Marwan Batubara, Mengharap Kedaulatan Migas, Koran Seputra Indonesia, 16 Mei 2012.

¹⁹¹ Ibid

¹⁹² Ibid.

Paris.¹⁹³ Exxon Mobil menuntut ganti rugi US\$ 12 miliar, namun dalam putusan, ICC menetapkan Venezuela harus membayar ganti rugi sebesar US\$ 907 juta.¹⁹⁴ Sementara itu, pemerintah Venezuela dengan pertimbangan tertentu hanya akan membayar ganti rugi sebesar US 255 juta.¹⁹⁵

B. Perlindungan Standar Investasi

1. Perlindungan Absolut

Perkembangan perjanjian investasi pada akhir 1990-an hingga satu dekade kemudian menunjukkan adanya prinsip-prinsip perlindungan investasi yang semakin terbentuk sebagai standar perlindungan. Perkembangan tersebut melahirkan dua poros standar perlindungan, yaitu standar absolut dan standar relatif.¹⁹⁶ Standar absolut mencakup tiga prinsip, yaitu: *fair and equitable treatment*, *full protection and security* dan *national treatment*.¹⁹⁷ Sedangkan standar relatif terdiri dari *most favored nation treatment*, *transfer of fund* dan *dispute settlement*.¹⁹⁸

a. Fair and Equitable Treatment

Fair and equitable treatment (FET) adalah prinsip dalam hukum internasional yang harus dijunjung tinggi oleh setiap negara dalam praktik investasi asing yang menuntut pemberian perlakuan yang adil dan pantas kepada pihak asing yang menjalankan bisnis dan ekonomi di negara ruan rumah. Prinsip ini tidak saja berlaku dalam perjanjian investasi, tetapi juga dalam perjanjian perdagangan bebas.

¹⁹³ Kompas, 4 Januari 2012.

¹⁹⁴ Ibid.

¹⁹⁵ Ibid.

¹⁹⁶ UNCTAD, Op.cit. hlm. 28.

¹⁹⁷ Ibid, hlm. 28.

¹⁹⁸ Ibid, hlm. 28.

Prinsip ini pertama kali ditemukan dalam Piagam Havana untuk Organisasi Perdagangan Internasional yang diselenggarakan tahun 1948 atau *Havana Charter for an International Trade Organization* yang menggunakan istilah “just and equitable treatment”.¹⁹⁹ Article 11 (2) menyatakan bahwa ITO dapat:

- i. make recommendation for and promote bilateral or multilateral agreements on measures designed ...
- ii. to assure *just and equitable* treatment for the enterprise, skill, capital, arts and technology brought from one Member country to another. (cetak miring dari penulis).

Piagam Havana menggunakan istilah “just” untuk menegaskan arti ‘adil’ sebagai kata awal sebelum istilah *fair* digunakan dan berkembang pada masa sekarang. Pada masa itu kata *just* dipandang lebih cocok dan diterima sebagai pasangan dari kata “equitable”.

Pada tahun 1950-an setelah Amerika Serikat menandatangani Perjanjian tentang Persahabatan, Perdagangan dan Navigasi atau *US Treaties on Friendship, Commerce and Navigation* (FCN) dengan Jerman, Ethiopia dan Belanda, istilah “fair and equitable treatment” mulai muncul dan dipergunakan.²⁰⁰ Setelah itu dalam *Draft Convention on Investment Abroad* pada Article 1 dinyatakan bahwa “*each Party shall at all times ensure fair and equitable treatment to the property of the national of the other Parties*”.²⁰¹

Dalam *World Bank Guidelines on Treatment of Foreign Direct Investment* tahun 1992 pada Article III (2) dinyatakan bahwa “*each State will extend to investments established in its territory by nationals of any other State fair and equitable treatment according to the standards recommended in the Guidelines*”.²⁰²

¹⁹⁹ Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) 2004, “Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law”, *OECD Working Papers on International Investment* 2004/3, OECD Publishing, doi: 10.1787/675702255435.

²⁰⁰ Ibid, hlm. 4.

²⁰¹ Ibid, hlm, 4.

²⁰² Ibid, hlm. 6.

Selanjutnya dalam *Draft OECD Multilateral Agreement on Investment* tahun 1998 pada Article “General Treatment” dinyatakan bahwa:²⁰³

“Each contracting Party shall accord *fair and equitable treatment* and full and constant protection and security to foreign investments in their territories. In no case shall a contracting Party accord treatment less favorable than that required by international law”. (cetak miring dari penulis).

Ketentuan dalam Draft OECD semakin menegaskan arti penting dari frase *fair and equitable treatment* dalam memberikan perlindungan terhadap investasi asing di negara tuan rumah.

Dalam referensi hukum investasi terdapat berbagai pengertian dan definisi yang diberikan para ahli hukum. **Mo** menjelaskan, bahwa *fair and equitable treatment* mengenakan kewajiban kepada pihak-pihak yang terikat dalam perjanjian untuk melaksanakan langkah-langkah perlakuan sesuai dengan standar internasional.²⁰⁴ **Leben** berpandangan bahwa *fair and equitable treatment* sebagai rujukan dalam standar minimum perlakuan terhadap orang asing (aliens), yang telah diakui oleh hukum kebiasaan internasional (dari mana dihasilkan klausul “*in conformity with international law*”).²⁰⁵ Sedangkan **Sacerdoti** menyatakan, dalam pembahasan tentang *standards of treatment* dalam PIB (BITs) menegaskan bahwa “property yang diperoleh secara hukum adalah dilindungi oleh standar internasional minimum yang biasa didefinisikan sebagai *fair and equitable*”.²⁰⁶

Praktik dari yang dilakukan banyak negara menunjukkan, bahwa prinsip *fair and equitable treatment* dimasukkan dalam klausul-klausul yang secara spesifik merujuk pada aturan (*rules*) dan prinsip-prinsip (*principles*) hukum

²⁰³ Ibid, hlm. 6.

²⁰⁴ Ibid, hlm. 19.

²⁰⁵ Ibid, hlm. 19.

²⁰⁶ Ibid, hlm. 19.

internasional.²⁰⁷ Hal ini dapat dilihat dari perjanjian-perjanjian yang dibuat oleh Perancis yang menyatakan, “*just and equitable treatment* sesuai dengan hukum internasional atau prinsip-prinsip umum (*general principles*) hukum internasional”.²⁰⁸ Perjanjian yang dibuat oleh Amerika Serikat menyatakan bahwa “*the treatment, protection and security of the investment shall in no case be less than required by international law*”.²⁰⁹

Berbeda dengan praktik tersebut di atas, perjanjian yang ditandatangani Inggris menyatakan bahwa “*after termination of the treaty, the investment will continue to be protected for a stated number of years, without prejudice to the application thereafter of the general principles of international law*”.²¹⁰ Klausul ini dengan tegas menyebutkan bahwa perjanjian dapat diakhiri, tetapi penanaman modal asing tetap harus dilindungi dalam jangka waktu tertentu. Dengan kata lain, ada batas waktu (*time limit*) yang menjadi dasar dalam pemberian perlindungan.

b. Full Protection and Security

Salah satu klausul penting dan menjadi ciri khas dari perjanjian investasi adalah klausul *full protection and security* (FPS) atau “perlindungan penuh dan keamanan”. Dalam hal susunan kata, ada pula perjanjian yang menempatkan kata ‘security’ di depan kata ‘protection’.²¹¹ Variasi susunan itu ditentukan oleh preferensi dan kebutuhan dari negara yang akan membuat perjanjian. Susunan tersebut juga menunjukkan komitmen dan langkah-langkah aktif dari masing-masing untuk melindungi penanaman modal dari efek yang merugikan.²¹²

²⁰⁷ Ibid, hlm. 20.

²⁰⁸ Ibid, hlm. 20.

²⁰⁹ Ibid, hlm. 20-21.

²¹⁰ Ibid, hlm. 21. Garis bawah dari penulis.

²¹¹ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, Op.cit, hlm. 149.

²¹² Ibid, hlm. 149.

Secara historis, standar *full protection and security* berasal dari praktik perjanjian internasional Amerika Serikat.²¹³ Meskipun demikian, seperti klausul FET, klausul ini bersifat umum dan tidak pernah dikaji oleh badan-badan peradilan (*tribunals*).²¹⁴ Alasan utama dari standar ini adalah kebutuhan untuk melindungi penanam modal terhadap berbagai bentuk atau kemungkinan pelanggaran fisik (*physical violence*), termasuk penyerangan terhadap kawasan atau wilayah investasi.²¹⁵ Akan tetapi dalam perkembangan, pengertian perlindungan juga mencakup jaminan terhadap pelanggaran terhadap hak-hak investor (*investor's right*) dengan berlakunya undang-undang dan peraturan (*laws and regulations*) dari negara tuan rumah.²¹⁶ Kenyataan ini menimbulkan pandangan perlunya batas ruang lingkup penerapan klausul²¹⁷ dan hubungannya dengan klausul lain berkaitan dengan perlindungan terhadap penerapan perundang-undangan (*application of laws*) yang dapat mempengaruhi keamanan dan perlindungan investasi.²¹⁸ Dalam hal ini standar dapat diterapkan jika perjanjian tidak memuat klausul lain dengan ruang lingkup yang luas.

Dalam kaitan hal tersebut, terdapat konsensus umum bahwa standar tidak memberikan perlindungan mutlak (*absolute protection*) terhadap pelanggaran fisik atau hukum (*physical or legal infringement*).²¹⁹ Dalam hubungan dengan hukum tanggung jawab negara, *host state* tidak memiliki kewajiban tanggung jawab mutlak (*strict liability*) untuk mencegah pelanggaran (*violations*).²²⁰ Secara umum diterima pandangan bahwa negara tuan rumah harus melakukan pengecekan (*due diligence*)

²¹³ Ibid, hlm. 149.

²¹⁴ Ibid, hlm. 149.

²¹⁵ Ibid, hlm. 149.

²¹⁶ Ibid, hlm. 149.

²¹⁷ Ibid, hlm. 149.

²¹⁸ Ibid, hlm. 149.

²¹⁹ Ibid, hlm. 149.

²²⁰ Ibid, hlm. 149.

dan harus mengambil langkah-langkah perlindungan investasi asing yang dapat diterima dalam keadaan tertentu.²²¹

Dalam perlindungan terhadap pelanggaran fisik dan pelecehan (*protection against physical violence and harassment*), tanggung jawab untuk memberikan perlindungan fisik dan keamanan dilakukan apabila terjadi pelanggaran oleh badan/lembaga negara (*state organs*) atau yang berhubungan dengan tindakan pihak swasta (*private acts*).²²² Pelanggaran yang termasuk dalam kategori ini antara lain adalah seperti perbuatan aparat keamanan (*security forces*) yang menghancurkan investasi dalam operasi perlawanan terhadap pemberontak (*counter insurgency operation*);²²³ penyegelan oleh petugas instansi negara (*state entity*) terhadap hotel yang bermasalah, padahal pihak kepolisian mengetahui adanya penyegelan dan tidak bertindak melindungi investor sebelum atau setelah tindakan penyerangan;²²⁴ adanya penjarahan (*looting*) oleh unsur aparat tentara (*armed forces*);²²⁵ pelecehan terhadap tenaga profesional senior investor (*investor's senior representative*);²²⁶ pendudukan pabrik oleh para pekerja; demonstrasi sosial (*social demonstration*) dan gangguan di tempat yang dalam keadaan sengketa.²²⁷

Salah satu contoh kasus berkaitan dengan pelanggaran fisik dan keterlibatan aparat keamanan terhadap obyek investasi Hotel Kartika Plaza adalah kasus *Amco Asia vs Republic of Indonesia*. Kasus ini mengakibatkan Pemerintah Indonesia digugat dan diajukan ke arbitrase internasional oleh investor asing yang mengelola hotel tersebut. Kasus ini merupakan kasus pertama yang dialami Indonesia sejak

²²¹ Ibid, hlm. 149-150.

²²² Ibid, hlm. 150.

²²³ Ibid, hlm. 150.

²²⁴ Ibid, hlm. 150.

²²⁵ Ibid, hlm. 150.

²²⁶ Ibid, hlm. 150.

²²⁷ Ibid, hlm. 151.

berlakunya Undang-Undang No. 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing (PMA).

2. Perlindungan Relatif

a. *National Treatment*

Klausul *national treatment* atau perlakuan nasional adalah klausul yang mewajibkan negara tuan rumah memberikan perlakuan non-diskriminasi²²⁸ terhadap penanam modal asing. Dengan bahasa lain adalah klausul yang mewajibkan negara memberikan perlakuan yang tidak kurang baiknya dengan perlakuan terhadap investor dari negara sendiri.²²⁹ Oleh karena itu, tujuan klausul ini adalah mewajibkan negara tuan rumah untuk tidak membuat perbedaan negatif antara penanam modal asing dan nasional manakala mengundang dan menerapkan aturan dan ketentuan.²³⁰

Klausul kewajiban adanya perlakuan nasional pada awalnya dilatarbelakangi oleh keinginan untuk meningkatkan hubungan perdagangan antar negara, yang kemudian secara tegas dimuat dalam Article III GATT²³¹ tentang *National Treatment on Internal Taxation and Regulation*. Pertimbangan di balik pemberlakuan klausul ini pada dasarnya adalah untuk mencegah pajak dalam negeri dan kebijakan pengaturan yang akan dipergunakan sebagai langkah proteksionis.²³²

Dari tradisi dalam peningkatan hubungan perdagangan, kemudian klausul ini diadopsi dan diterapkan dalam berbagai perjanjian,²³³ Akan tetapi ruang lingkup

²²⁸ John H. Jackson, *The World Trading System*, MIT Press, United States of America, 1997, hlm. 213.

²²⁹ Rudolf Dozier and Christoph Schreur, *Op.cit*, hlm. 178.

²³⁰ *Ibid*, hlm. 178.

²³¹ John H. Jackson, *Op.cit*. hlm. 213.

²³² *Ibid*, hlm. 213.

²³³ *Ibid*, hlm. 213.

penerapan klausul bervariasi antara satu perjanjian dengan perjanjian yang lain²³⁴. Dalam PIB antara Mauritius dan Zimbabwe (2000) pada Article 4 – Treatment of Investment, disebutkan:²³⁵

[...]

(2) Each Contracting Party shall accord to the *investments* of investors of the other Contracting Party made in its territory a treatment which is no less favourable than that accorded to investments *of its own investors or of investors of any third country*, if the latter is more favourable.” (cetak miring dari penulis)

Perjanjian di atas menunjukkan, bahwa klausul perlakuan nasional tersebut diterapkan terhadap penanaman modal (*investments*) itu sendiri dan juga kepada penanam modal (*investors*) dari negara lain.²³⁶ Perjanjian ini hanya memberikan pengaturan yang bersifat umum dan tidak merinci hal-hal dan kegiatan bisnis dari investasi yang diberikan perlakuan nasional.

Perjanjian lain yang mengatur elemen-elemen secara lebih rinci yang termasuk dalam perlakuan nasional adalah PIB antara Bangladesh dan Jepang (1998).²³⁷ Article 1 menyatakan:²³⁸

[...]

6. The term “business activities in connection with the investment” includes:
- (a) the maintenance of branches, agencies, offices, factories and other establishment appropriate to the conduct of business activities;
 - (b) the control and management of companies established or acquired by investors;
 - (c) the employment of accountants and other technical experts, executive personnel, attorneys, agents and other specialists;
 - (d) the making and performance of contracts; and
 - (e) the use, enjoyment or disposal, in relation to the conduct of business activities, of investment and returns.”

Perjanjian tersebut secara rinci memasukkan jenis investasi dan kegiatan bisnis yang mendapatkan perlakuan nasional antara kedua belah pihak antara lain

²³⁴ Ibid, hlm. 213.

²³⁵ UNCTAD, Op.cit, hlm. 34.

²³⁶ Ibid, hlm. 34.

²³⁷ Ibid, hlm. 34.

²³⁸ Ibid, hlm. 34.

yaitu pemeliharaan kantor-kantor cabang, agen-agen, kantor-kantor, pabrik; pengawasan dan pengelolaan terhadap perusahaan yang didirikan atau diperoleh oleh investor; akuntan dan tenaga ahli teknis, personil eksekutif, pemegang kuasa, agen-agen dan para ahli lainnya; dan pembuatan serta an pelaksanaan kontrak. Sebagai investor global yang banyak memiliki investasi di berbagai negara, Jepang sangat memandang penting memasukkan unsur-unsur yang terkait yang mendukung kegiatan investasi dan bisnis, baik yang menyangkut operasional perusahaan, personil bisnis maupun para profesional dan tenaga ahli.

Dalam PIB antara India dan Indonesia (1999) pada Article 4 – Treatment of Investment terdapat penerapan klausul yang menyatakan:²³⁹

[...]

3. Each Contracting Party shall, *subject to its laws and regulations*, accord to investment of investor of the other Contracting Party treatment no less favourable than that which is accorded to investments of its investors.”

Ketentuan di atas menegaskan bahwa negara tuan rumah dapat menerapkan pengaturan yang berbeda terhadap penanam modal dari negara lain sesuai dengan perundang-undangan dan peraturan yang berlaku di negara masing-masing.²⁴⁰ Dengan kata lain, Indonesia dapat memberikan perlakuan nasional tertentu terhadap negara lain, akan tetapi tidak berlaku kepada penanam modal dari India.

b. *Most Favoured Nation Treatment*

Klausul *Most Favoured Nation* (MFN) *Treatment* pada dasarnya adalah klausul yang mewajibkan suatu negara memperlakukan negara asing atau warga negara asing sama seperti perlakuannya kepada negara lain.²⁴¹ Dengan kata lain,

²³⁹ Ibid, hlm. 34-35.

²⁴⁰ Ibid, hlm. 34.

²⁴¹ John H. Jackson, Op.cit, hlm. 160-161.

negara A memperlakukan kepada negara B sama dengan perlakuannya kepada negara C.²⁴²

MFN telah menjadi pilar sentral kebijakan perdagangan selama berabad-abad.²⁴³ Klausul MFN juga menjadi bagian yang tidak terpisahkan dari perjanjian ekonomi internasional (*international economic treaties*).²⁴⁴ Secara historis, kewajiban MFN telah digunakan sejak abad ke-12, meskipun frase ini baru muncul pada abad ke-17.²⁴⁵ Klausul perjanjian MFN muncul karena didorong oleh pertumbuhan perdagangan pada abad 15 dan 16, bersamaan dengan persaingan antar bangsa Eropa untuk membangun jaringan perdagangan.²⁴⁶ Amerika Serikat pertama kali memasukkan klausul MFN dalam perjanjian dengan Perancis pada tahun 1778.²⁴⁷

Dalam perdagangan internasional, MFN terdapat dalam Article 1 GATT, yang merupakan *benchmark* dari kewajiban MFN tanpa syarat (*unconditional*) untuk perdagangan barang (*trade in goods*).²⁴⁸ Arti penting klausul MFN telah menjadikan klausul ini sebagai *cornerstone* bagi seluruh rejim hukum perdagangan internasional.²⁴⁹ Arti penting klausul ini secara tradisional dalam perjanjian ekonomi, kemudian membawa MFN masuk di dalam semua perjanjian investasi.²⁵⁰

Pada tataran implementasi, MFN tidak akan memiliki makna praktis jika negara yang bersangkutan gagal memberikan manfaat (*benefit*) kepada negara atau pihak ketiga.²⁵¹ Dalam perjanjian investasi modern, meskipun prinsip MFN diterima dalam hukum perdagangan, akan tetapi tidak secara langsung diterapkan dalam

²⁴² Ibid, hlm. 161.

²⁴³ Ibid, hlm. 157.

²⁴⁴ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, Op.cit, hlm. 186.

²⁴⁵ John H. Jackson, Op.cit, hlm. 158.

²⁴⁶ Ibid, hlm. 158.

²⁴⁷ Ibid, hlm. 158.

²⁴⁸ Ibid, hlm. 157.

²⁴⁹ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, Op.cit, hlm. 186.

²⁵⁰ Ibid, hlm. 186.

²⁵¹ Ibid, hlm. 186.

perjanjian investasi.²⁵² Hal ini disebabkan perjanjian investasi berisi hasil-hasil perundingan yang mencakup bidang-bidang substantif yang berbeda.²⁵³

Penerapan standar MFN dalam perjanjian investasi sangat diperlukan karena akan menjamin bahwa penanaman modal atau investor dari pihak-pihak yang mengikatkan diri dalam PIB menerima perlakuan terbaik yang diberikan kepada negara ketiga.²⁵⁴ Dengan perlakuan terbaik, secara prinsip, semua tingkat lapangan permainan antara semua penanam modal asing dilindungi oleh PIB.²⁵⁵ Standar MFN juga merupakan salah satu alat kunci yang dimiliki negara berkembang yang membantu mereka mendapatkan kekuatan tawar yang kuat dari negara-negara (pihak) ketiga.²⁵⁶

PIB Indonesia-Iran (2005) pada Article 4 – Most Favoured Nation Provisions menyatakan:²⁵⁷

1. Investment of nature and legal persons of either Contracting Party effected within the territory of the other Contracting Party, *shall receive the host Contracting Party's full legal protection and fair treatment not less favorable than that accorded to investors of any third state who are in a comparable situation.*

Ketentuan tersebut menegaskan bahwa dengan klausul MFN, dalam pemberian perlindungan hukum penuh dan perlakuan yang adil, negara penerima penanaman modal harus memberikan kepada penanam modal yang tidak kurang menguntungkan dari yang diberikan kepada penanam modal negara ketiga, meskipun dalam kondisi yang relatif sama.

Dalam PIB Indonesia-Inggris (1976) pada Article 4 – Most Favoured Nations Provisions dinyatakan:²⁵⁸

²⁵² Ibid, hlm. 186.

²⁵³ Ibid, hlm. 186.

²⁵⁴ UNCTAD, Op.cit, hlm. 38.

²⁵⁵ Ibid, hlm. 38.

²⁵⁶ Ibid, hlm. 38.

²⁵⁷ Peraturan Presiden RI No. 66 Tahun 2008 tentang Pengesahan Persetujuan Mengenai Peningkatan dan Perlindungan Timbal Balik Penanaman Modal Antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Republik Islam Iran (*Agreement on Promotion and Reciprocal Protection of Investment Between The Government of The Republic of Indonesia and The Government of The Islamic Republic of Iran*).

1. *Neither Contracting Party* shall in its territory subject investment or returns of nationals or companies of the other Contracting Party to *treatment less favourable* than that which it accords to investments or returns of nationals or companies of any third State. (cetak miring dari penulis)

Formulasi di atas sedikit berbeda dengan PIB Indonesia-Iran, dimana kata ‘tidak’ (not) dalam frase “not less favourable” berada di depan, sedangkan dalam PIB Indonesia-Inggris, kata “not” dimasukkan dalam kata “neither”. Namun, makna yang terkandung di dalamnya sama, bahwa tidak ada negara pihak yang di dalam wilayahnya terhadap penanaman modal, pengembalian warga negara atau perusahaan dari pihak lain yang perlakuannya kurang menguntungkan dari yang diberikannya kepada negara (pihak) ketiga.

c. *Transfer of Fund*

Transfer of fund atau transfer dana merupakan ketentuan yang sangat esensial dalam perjanjian penanaman modal, karena berkaitan dengan repatriasi keuntungan bisnis dari penanaman modal. Ketentuan ini merupakan elemen yang menunjukkan daya tarik negara tuan rumah bagi penanam modal. Elemen ini juga akan memperlihatkan bagaimana fleksibilitas dan mekanisme repatriasi yang diberlakukan oleh negara penerima penanaman modal.

Terdapat beberapa aspek penting dari repatriasi yang berkaitan dalam penanaman modal, yaitu menyangkut jenis mata uang (*currency*)²⁵⁹, nilai tukar (*exchange rates*)²⁶⁰ dan waktu transfer (*timing of transfer*)²⁶¹. Dalam PIB terdapat spesifikasi yang berbeda antara satu dengan yang lain. Ada PIB yang mengizinkan

²⁵⁸ Badan Penelitian dan Pengembangan Masalah Luar Negeri, *Himpunan Perjanjian Bilateral Antara Republik Indonesia Dengan Inggris, Jilid V, Agreement Between The Government of The Republic of Indonesia and The Government of The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for The Promotion and Protection of Investments*, Departemen Luar Negeri RI, Jakarta, 2000, hlm. 184.

²⁵⁹ UNCTAD, Op.cit, hlm. 59.

²⁶⁰ Ibid, hlm. 60.

²⁶¹ Ibid, hlm. 60.

transfer menggunakan mata uang secara bebas, terbatas dan hanya mata uang yang diatur sesuai ketentuan lembaga moneter internasional.

Dalam PIB antara Yunani dan Meksiko (2000) pada Article 7 – Transfers disebutkan :²⁶²

1. Each Contracting Party shall guarantee the right that payment relating to an investment may be transferred. The transfers shall be effected without delay, *in a freely convertible currency*, at the market rate of exchange applicable on the date of transfer [...] (cetak miring dari penulis)

Perjanjian di atas menegaskan, negara tuan rumah tidak membatasi atau mengharuskan mata uang tertentu, akan tetapi perusahaan penanam modal memiliki kebebasan (*flexibility*) untuk menentukan mata uang yang dipilih.

PIB antara Indonesia dan Iran (2005) pada Article 8 – Repatriation and Transfer menggunakan klausul yang hampir sama secara lengkap menyatakan :²⁶³

1. Each Contracting Party shall in accordance with its laws and regulations permit in good faith the following *transfers related to investment* referred to in the Agreement, to be made *freely* and without delay out of its territory :
 - (a) returns
 - (b) proceeds from the sale and/or liquidation of all or part of an investment
 - (c) royalties and fees related to the transfer of technology agreement
 - (d) sums paid pursuant to Article 6 and/or 7 of the Agreement
 - (e) repayment of loans related to an investment
 - (f) monthly salaries and wages received by an employees of an investor who have obtained in the territory of the host Contracting Party, the corresponding work permit related to that investment
 - (g) payment arising from a decision of the authority referred to in Article 11
2. The above transfer shall be effected *in a convertible currency* and at the current prevailing rate of exchange in accordance with the exchange regulations prevailing on the date of transfer (cetak miring dari penulis)

Dengan ketentuan tersebut, perusahaan penanam modal Indonesia dan Iran dapat melakukan transfer dalam mata uang apa saja yang dapat dipergunakan oleh kedua pihak.

Pasal 8 ayat (1) juga menegaskan jenis-jenis yang dapat ditransfer oleh penanam modal yang mencakup : (a) penghasilan; (b) hasil dari penjualan atau

²⁶² Ibid, hlm. 59.

²⁶³ PIB Indonesia-Iran

likuidasi dari semua atau sebagian dari penanaman modal; (c) royalti dan biaya-biaya yang terkait dengan perjanjian alih teknologi; (d) jumlah yang dibayar sesuai dengan Pasal 6²⁶⁴ dan/atau Pasal 7²⁶⁵ dari Perjanjian ini; (e) pembayaran hutang yang berhubungan dengan penanaman modal; (f) gaji bulanan dan upah yang diterima oleh pegawai, dari penanam modal yang diperoleh di wilayah Pihak penerima penanaman modal, yang memiliki izin kerja yang berhubungan dengan penanaman modal tersebut; dan (g) pembayaran yang berasal dari keputusan dari badan/otoritas sesuai dengan ketentuan Pasal 11.²⁶⁶

Pengaturan transfer yang lebih bersifat terbatas (*restrictive*) dapat dilihat dalam PIB antara Brunei Darussalam dan China (2000) pada Article 6 – Repatriation yang menyatakan :²⁶⁷

[...]

2. Transfers of currency shall be made without delay *in the convertible currency in which the capital was originally invested or in any other convertible currency agreed by the relevant investors of one Contracting Party and the other Contracting Party.* [...] (cetak miring dari penulis)

Perjanjian tersebut menunjukkan, bahwa transfer harus dilakukan dalam mata uang dari modal investasi yang dipergunakan atau mata uang lain yang disetujui oleh penanam modal dari satu pihak atau pihak yang lain.

Pengaturan transfer yang mensyaratkan penggunaan mata uang yang secara luas diperdagangkan di pasar internasional (*hard currencies*) dan diakui oleh Dana Moneter Internasional (IMF) diterapkan dalam PIB antara Mesir dan Malaysia (1997).²⁶⁸ Article 6 – Transfers menyatakan :²⁶⁹

²⁶⁴ Pasal 6 tentang Pengambilalihan dan Kompensasi (Expropriation and Comoensation)

²⁶⁵ Pasal 7 tentang Kerugian-Kerugian (Losses)

²⁶⁶ Pasal 11 tentang Penyelesaian Sengketa Antara Salah Satu Pihak dan Penanam Modal dan Pihak Lain (Settlement of Disputes Between A Contracting Party and Investor(s) of the Other Contracting Party)

²⁶⁷ UNCTAD, Op.cit, hlm. 59

²⁶⁸ Ibid. hlm. 60.

²⁶⁹ Ibid. hlm. 60

“Each Contracting Party shall, subject to its, regulation and national policies, allow without unreasonable delay the transfer in *any freely usable currency*: [...]” (cetak miring dari penulis)

Pengertian “freely usable currency” lebih lanjut dijelaskan dalam article 1.1, yaitu:²⁷⁰

“(e) “freely usable currency” means the *United States dollar, Pound sterling, Deutchmark, French franc, Japanese yen* or any other currency that is widely used to make payment for *international transactions* and widely traded in the international principal exchange market.” (cetak miring dari penulis)

Dengan demikian mata uang yang dapat digunakan dalam melakukan transfer adalah mata uang “dolar” Amerika Serikat, “pound sterling” Inggris, “deutchmark” Jerman, “franc” Perancis dan “yen” Jepang atau mata uang lain yang secara luas digunakan dalam transaksi pembayaran internasional atau yang umumnya diperdagangkan di pasar uang utama internasional.

Dalam hal nilai tukar (*exchange rate*), acuan yang umum digunakan adalah nilai tukar resmi (*official rate of exchange*) dari negara tuan rumah atau berdasarkan nilai tukar pasar (*market rate of exchange*). Sebagai contoh dapat dilihat dari PIB antara Austria dan Filipina (2002) pada Article 6 – Transfers yang menyebutkan :²⁷¹

[...]

(2) The payment referred to in this Article shall be affected at the *market rate of exchange* prevailing on the date of transfer.

(3) The *rates of exchange* shall be determined according to the quotation on the stock exchange or in the absence of such quotation according to the spot transaction conducted through the respective banking system in the territory of the respective Contracting Party. [...] (cetak miring dari penulis)

Dalam konteks PIB antara Indonesia dan Iran, kedua pihak tidak menetapkan secara spesifik nilai tukar yang harus digunakan. Kedua pihak cenderung menggunakan nilai tukar berdasarkan nilai pasar (*market rate*). Ini tampak dari yang termaktub dalam Pasal 8 ayat (2) di atas yang menggunakan kalimat “... *transfer shall be effected ... at the current prevailing rate of exchange....*”

²⁷⁰ Ibid, hlm. 60.

²⁷¹ Ibid, hlm. 61.

Berkaitan dengan ketentuan waktu transfer (*timing of transfer*), sangat jarang pengaturan ini dituangkan dalam perjanjian. Umumnya negara-negara yang mengikatkan diri dalam PIB menyatakan dengan tegas dan memberikan kebebasan kepada penanam modal untuk melakukan transfer. Negara pihak pada prinsipnya mengizinkan dan tidak menghalangi penanam modal melakukan transfer. Hal ini terlihat dari frase yang selalu disebutkan yaitu “*transfers ... to be made freely and without delay*”²⁷² atau “*without unreasonable delay*”²⁷³. Namun, ada pula yang memberikan tuntunan yang lain, seperti PIB antara Belgia-Luksemburg dan Pakistan (1998). Pada Article 7 – Transfer disebutkan :²⁷⁴

[...]

4. The Contracting Parties undertake to facilitate the procedures needed to make these transfers without delays according to the practices in international financial centers. *In particular “no more than three months” must elapse from the date on which the investor properly submits the necessary applications in order to make the transfer until the date on which the transfer actually takes place.* Therefore both Contracting Parties undertake to carry out the required formalities both for the acquisition of foreign currency and for its effective transfer abroad within that period of time. (cetak miring dan tanda petik dari penulis)

Pasal di atas memberikan tuntunan bahwa penanam modal harus menyampaikan aplikasi transfer tidak melewati waktu lebih dari tiga bulan. Penanam modal harus terlebih dahulu mengajukan permohonan transfer sebelum transfer dilakukan dalam kurun waktu tiga bulan. Ketentuan jangka waktu tersebut umumnya diberlakukan pada negara yang memiliki pemerintahan yang relatif tidak stabil dan secara ekonomis memiliki cadangan devisa yang sangat terbatas, rentan terhadap terjadinya pelarian modal (*capital flight*) serta sistem transaksi perbankan yang kurang *legitimate* secara internasional. Kondisi ini terjadi pada Pakistan tahun 1998 yang mengalami kudeta militer dan pergantian pemerintahan dari Perdana

²⁷² Pasal 8 ayat (2) PIB antara Indonesia dan Iran.

²⁷³ UNCTAD, Op.cit. hlm. 61.

²⁷⁴ Ibid, hlm. 61.

Menteri M. Nawaz Sharif kepada Jenderal Pervaiz Musharraf, dan juga jatuh bangun pemerintahan yang sebelumnya seringkali terjadi.

d. *Dispute Settlement*

Klausula dan pasal tentang penyelesaian sengketa merupakan standar yang tidak dapat dipisahkan dari PIB. Setiap negara yang menandatangani PIB akan mencantumkan ketentuan ini dalam perjanjian. Secara garis besar pengaturan penyelesaian sengketa melibatkan dua subjek sengketa, yaitu antara penanam modal dengan negara (*Investor - State Disputes*) dan antara negara dengan negara (*State - State Disputes*).

Adanya klausula penyelesaian sengketa merupakan pencerminan keinginan dari negara pihak untuk memberikan kesempatan kepada penanam modal untuk mempertahankan haknya yang diatur dalam PIB dan tidak menggantungkan pada perlindungan diplomatik (*diplomatic protection*) dari negara asalnya.²⁷⁵ Selain itu, klausula yang menjamin kepatuhan negara tuan rumah dengan kewajiban dalam PIB akan meningkatkan tingkat kepastian (*level of certainty*) lingkungan bisnis bagi penanam modal dalam mengoperasikan bisnis.²⁷⁶ Disamping itu, mekanisme ini menjamin bahwa sengketa yang diputuskan dengan dasar hukum (*legal grounds*), yang memisahkan masalah hukum dari pertimbangan politik.²⁷⁷

Dalam PIB antara Indonesia dan Iran (2005) pada Article 11 – *Settlement of Disputes Between A Contracting Party and Investor(s) of the Other Contracting Party* dinyatakan :

1. If any dispute arises between the host Contracting Party and investor(s) of the other Contracting Party with respect to an investment the host Contracting Party and the investor(s) shall *primarily endeavor to settle the dispute* in an amicable manner *through negotiation and consultation*.

²⁷⁵ Ibid, hlm. 100.

²⁷⁶ Ibid, hlm. 100.

²⁷⁷ Ibid, hlm. 100.

2. In the event that the host Contracting Party and the investor(s) can not agree within six months from the date of notification of the claim by the one party to the other, the dispute shall, at the request of the investor be submitted to :
 - (a) the *competent court of the Contracting Party concerned*, or
 - (b) the *International Centre for Settlement of Investment Dispute (ICSID)* set up by the Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States opened for signature at Washington DC on 18 March 1965, if both Contracting Parties have acceded in that Convention,
 - (c) an *ad hoc arbitral tribunal established under the arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL)*, or
 - (d) other ad hoc or institutional procedures established under any arbitration tribunals as mutually agreed by both parties.
3. The award shall be final and binding on the both Parties to the disputes.

Dengan ketentuan di atas, dalam *Investor-State Disputes* terdapat beberapa tahapan yang ditempuh, yaitu (i) melalui negosiasi, (ii) konsultasi, (iii) pengadilan nasional yang berkompeten dari negara penerima penanaman modal, (iv) melalui arbitrase ICSID, (v) badan pengadilan arbitrase ad hoc di bawah UNCITRAL, atau (vi) pengadilan arbitrase *ad hoc* lain yang disetujui oleh kedua pihak.

Dalam sengketa antara penanam modal dengan negara, banyak kasus yang terjadi di Indonesia diselesaikan melalui arbitrase, yaitu *Amco Asia vs Pemerintah Republik Indonesia*, *Cal Energy vs Republik Indonesia*, *Karaha Bodas vs Pertamina – PLN*, *Pemerintah RI vs Cemex*, *Kaltim Prima Coal vs Pemda Kalimantan Timur*, dan *Republik Indonesia vs Newmont Nusa Tenggara Barat*.

Penelesaian sengketa antara negara dengan negara adalah yang berkaitan dengan interpretasi dan aplikasi dari PIB. Sejauh ini belum pernah dialami Indonesia. PIB Indonesia dengan Iran pada Article 12 – *Settlement of Disputes Between the Contracting Parties* menyatakan:

1. Disputes between the Contracting Parties concerning the *interpretation or application of the Agreement* should, if possible, be settled through *diplomatic channels*. (cetak miring dari penulis)

Sesuai dengan praktik hukum internasional yang telah berlangsung lama, maka pendekatan pertama dalam penyelesaian sengketa antar negara akan dilakukan melalui jalur diplomatik. Hukum internasional sangat menekankan

negara-negara agar mendahulukan penyelesaian secara damai (*peaceful settlement*) melalui langkah-langkah diplomatik. Negara-negara sangat dianjurkan dan diminta untuk mengutamakan penyelesaian secara diplomatik (*diplomatic solution*) sebelum melakukan penyelesaian secara hukum (*legal settlement*). Penyelesaian secara diplomatik ditempuh dan diutamakan, hal ini sekaligus menunjukkan kedekatan dan persahabatan hubungan kedua negara, sehingga hubungan bilateral tetap terpelihara dengan baik di masa akan datang. Jika cara-cara diplomatik tidak membuahkan hasil, baru kemudian ditempuh penyelesaian melalui saluran hukum.

C. Klausula Pokok dalam Perjanjian Investasi

1. Klausul Payung (*Umbrella Clause*)

Klausul “payung” (*umbrella clause*) merupakan klausul penting dalam suatu perjanjian. Sesuai dengan namanya, klausul payung berperan dalam memayungi kesepakatan atau persetujuan, sehingga dapat menjamin keberlangsungan perjanjian di masa akan datang, setelah perjanjian ditandatangani oleh para pihak yang mengikatkan diri dalam perjanjian (*contracting parties*). Dengan klausul payung, para pihak akan merasa terlindungi dan terjamin bahwa perjanjian akan berjalan dengan baik dan terhindar dari kemungkinan terjadinya keberatan atau penolakan terhadap perjanjian oleh salah satu pihak.

Dalam pengertian yang lain didefinisikan, bahwa klausul payung (*umbrella clause*) adalah ketentuan dalam perjanjian perlindungan investasi (*investment protection treaty*) yang menjamin pelaksanaan kewajiban-kewajiban (*obligations*) yang dijalankan oleh negara tuan rumah dan penanam modal (*host state vis-à-vis the investor*).²⁷⁸ Di dalam klausul payung terdapat syarat-syarat (*conditions*) dan

²⁷⁸ Rudolf Dolzer and Christoph Schreier, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, New York, 2008, hlm. 153.

keistimewaan-keistimewaan (*privileges*) yang dinegosiasikan oleh para pihak ke dalam perjanjian investasi (*investment agreement*) akan dilindungi oleh perjanjian (*will be protected by the treaty*).²⁷⁹ Dengan klausul payung negara tuan rumah (*host state*) memiliki tanggung jawab untuk menghormati (*to respect*) kewajiban lain yang mengikatnya terhadap penanaman modal investor dari pihak yang terikat dalam perjanjian.²⁸⁰

Menurut UNCTAD diperkirakan dari 2.500 PIB (BITs) setidaknya terdapat sekitar 40% memuat “*umbrella*” *clause* atau “*respect*” *clause*.²⁸¹ Klausula payung disebut juga ‘klausula penghormatan’ (*respect clause*), karena klausula ini menempatkan penghargaan dan penghormatan terhadap isi (*content*) dari perjanjian investasi yang disepakati para pihak.

Dalam praktik terdapat berbagai variasi klausula payung. Dalam PIB antara Republik Belarus dan Republik Korea (1997) pada Article 10 – Application of other Rules, klausula payung berbunyi:²⁸²

[...]

(3) Each Contracting Party *shall observe any other obligation* it may have entered into with regard to investments in its territory by investors of the other Contracting Party”. (cetak miring dari penulis)

Dalam PIB antara Yunani dan Meksiko (2000), Article 10 – Application of other Rules disebutkan:²⁸³

[...]

Each Contracting Party shall observe any other obligation it may have entered into *in writing with regard to a specific investment* of an investor of the other Contracting Party. The dispute arising from such obligation shall be settled only under the terms and conditions of the respective contract. [...]”. (cetak miring dari penulis).

²⁷⁹ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, Cambridge, 2004, hlm. 433.

²⁸⁰ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, Geneva, 2007, hlm. 73.

²⁸¹ *Ibid*, hlm. 73.

²⁸² *Ibid*, hlm. 73.

²⁸³ *Ibid*, hlm. 73.

Sedangkan dalam PIB antara Itali dan Yordania (1996), Article 2 – Promotion and Protection of Investment dinyatakan:²⁸⁴

[...]

4. Each Contracting Party shall *create and maintain in its territory a legal framework* apt to guarantee to investors the continuity of legal treatment, including the compliance, *in good faith of all undertakings* assumed with regards to each specific investor”. (cetak miring dari penulis).

Dari ketiga contoh tersebut, PIB antara Belarus dan Korea adalah yang paling sering dipergunakan, karena memiliki ruang lingkup (*scope*) penerapan yang lebih luas, sehingga memberikan perlindungan yang relatif banyak bagi investor asing.²⁸⁵ Contoh yang lain lebih terbatas. Yang satu menekankan bahwa proteksi hanya diberikan dengan dibuat secara tertulis (*in writing*).²⁸⁶ Pembatasan yang lain ditegaskan bahwa kewajiban pemberian proteksi diberikan dalam kaitan dengan investasi yang spesifik (*specific investment*).²⁸⁷

Dalam Perjanjian Model Inggris (*British Model Treaty*) juga ditemukan klausula payung yang berbunyi: “*Each Contracting Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments of nationals or companies of the other Contracting Party*”.²⁸⁸ Bahasa yang sama juga digunakan dalam klausula *German Model Treaty*.²⁸⁹ Namun, klausul yang sama tidak terdapat dalam *US Model Treaty 2004* dan *French Model Treaty* maupun *NAFTA Agreement*.²⁹⁰ Menurut Dolzer dan Schreuer, diperkirakan sekitar 1.000 perjanjian investasi memasukkan klausula payung,²⁹¹ meskipun tidak semuanya menggunakan

²⁸⁴ Ibid, hlm. 73.

²⁸⁵ Ibid, hlm. 74.

²⁸⁶ Ibid, hlm 74.

²⁸⁷ Ibid, hlm. 74.

²⁸⁸ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, Op.cit, hlm. 153.

²⁸⁹ Ibid, hlm. 153.

²⁹⁰ Ibid, hlm. 153.

²⁹¹ Ibid, hlm. 153.

kata-kata (*wording*) yang seragam.²⁹² Selain itu, tidak semua perjanjian menggunakan kata-kata yang rinci. Beberapa perjanjian ada pula yang hanya menggunakan kata-kata secara sederhana (*simple*) dengan menyebutkan: “[*e*]ach Party shall observe any obligation it may have entered into with regard to investments”.²⁹³

Perjanjian yang menggunakan kata-kata yang lebih rinci dan tegas dapat dilihat dalam perjanjian penanaman modal yang dibuat antara Perancis dan Hong Kong (1995) yang menyatakan:²⁹⁴

“Without prejudice to the provision of this Agreement, each Contracting Party shall observe any particular obligation it may have entered into with regard to investments of investors of the other Contracting Party, including provisions more favorable than those of this Agreement”. (cetak miring dari penulis)

Indonesia juga memasukkan klausula payung dalam PIB dengan Iran pada Article 2, yang menyatakan:²⁹⁵

Either Contracting Party shall, within the framework of its laws and regulations, create favorable conditions for attraction of investments of nationals of the other Contracting Party in its territory. (cetak miring dari penulis)

Dalam klausul tersebut Indonesia dengan jelas menegaskan dan menempatkan undang-undang (*laws*) dan peraturan (*regulations*) nasional Indonesia dan Iran yang berlaku di masing-masing wilayah negara dalam menciptakan kondisi yang nyaman untuk menarik pengusaha investor. Undang-undang dan peraturan dari masing-masing negara dengan sendirinya menjadi sandaran dan dasar bagi para penanam modal.

²⁹² Ibid, hlm. 153.

²⁹³ Ibid, hlm. 153.

²⁹⁴ Ibid, hlm. 153-154.

²⁹⁵ Perjanjian Mengenai Promosi dan Perlindungan Timbal Balik Penanaman Modal antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Republik Islam Iran (*Agreement on Promotion and Reciprocal Protection of Investment Between The Government of The Republic of Indonesia and The Government of The Islamic Republic of Iran*), ditandatangani 22 Juni 2005 di Teheran, Iran.

Secara historis-hukum, klausula ini muncul karena adanya kontroversi pasca-1945 tentang status perjanjian investasi sebagai sebuah kontrak, apakah berdasar atas hukum dalam negeri (*domestic laws*) negara tuan rumah (*host state*), atau berlandaskan pada hukum internasional.²⁹⁶ Kontroversi ini berawal dari putusan Mahkamah Internasional Peradilan Permanen (*Permanent Court of International Justice/PCIJ*) dalam kasus *Serbian Loan Case* yang menyatakan: “[a]ny contract which is not a contract between States in their capacity as subjects of international law is based on the municipal law of some country”.²⁹⁷ Setelah tahun 1945 dimana semakin banyak proyek-proyek investasi asing di berbagai negara, terbukti bahwa *domestic law* dari *host state* dapat menciptakan stabilitas hukum (*legal stability*) bagi pengeluaran dana untuk pelaksanaan suatu proyek.²⁹⁸ Kenyataan ini semakin meyakinkan berbagai negara arti penting klausula tersebut. Klausula payung dipandang sebagai elemen yang dapat menjembatani (*bridge*) kedudukan antara pengaturan kontraktual swasta, hukum domestik *host state*, dan hukum internasional publik yang dapat memberikan keamanan yang lebih bagi penanam modal.²⁹⁹

2. Klausul Stabilisasi (*Stabilization Clause*)

Klausul stabilisasi (*stabilization clause*) merupakan klausul pokok yang berkaitan dengan kelangsungan suatu perjanjian. Disebut klausul stabilisasi, karena dengan klausul ini diharapkan akan tercapai stabilitas (*stability*) kelangsungan (*continuity*) dari perjanjian yang disepakati, sehingga tidak terjadi pengingkaran atau keinginan untuk merubah perjanjian di kemudiann hari. Dengan klausul ini, segala perubahan di masa depan dari hukum *host state* yang berakibat tidak

²⁹⁶ Ibid, hlm. 154.

²⁹⁷ Ibid, hlm. 154.

²⁹⁸ Ibid, hlm. 154-155.

²⁹⁹ Ibid, hlm. 155.

menguntungkan atau tidak berpihak pada investor, tidak akan diterapkan kepada investor.³⁰⁰

Dalam praktik, klausul ini cenderung disuarakan oleh investor³⁰¹, meskipun lebih disandarkan atas hukum domestik daripada hukum internasional.³⁰² Klausul ini dipandang sebagai suatu bentuk kompromi antara yang lebih mengutamakan ketentuan hukum *host state* atau investor dalam kontrak-kontrak jangka panjang (*long-term contracts*).³⁰³ Tujuan yang ingin dicapai dari klausul ini adalah untuk menjamin bahwa perubahan akan datang dari perundang-undangan atau legislasi (*legislation*) negara tuan rumah tidak merubah ketentuan-ketentuan yang diatur dalam kontrak (*terms of contract*) seperti kesepakatan awal yang dibuat.³⁰⁴

Keberadaan klausul stabilisasi tidak terlepas dari kekuasaan legislatif (*legislative power*) negara tuan rumah dalam membuat legislasi sebagai wujud dari kedaulatan (*sovereignty*) untuk mengatur investor di dalam teritorialnya atau mempengaruhi hak kontraktual atau hak atas properti yang berada di wilayah negaranya.³⁰⁵ Dengan klausula ini negara tuan rumah secara politis menunjukkan, bahwa negara memiliki kekuasaan legislatif untuk mengawasi dan mengendalikan investor asing yang akan melakukan penanaman modal dan kegiatan bisnis di negaranya. Bagi investor atau perusahaan asing, klausula ini merupakan kepentingan yang akan dikedepankan untuk menetralsir kekuasaan tuan rumah.³⁰⁶ Klausul stabilisasi pada dasarnya diperkenalkan dalam perjanjian untuk mempengaruhi kekuasaan tersebut.³⁰⁷ Dengan kata lain, klausul stabilisasi dimaksudkan untuk membuat kebal (*to immunize*) kontrak investasi asing dari

³⁰⁰ Ibid, hlm. 75.

³⁰¹ Ibid, hlm. 75.

³⁰² Ibid, hlm. 75.

³⁰³ Ibid, hlm. 75.

³⁰⁴ M. Sornarajah, Op.cit, hlm. 407.

³⁰⁵ Ibid, hlm. 407.

³⁰⁶ Ibid, hlm. 407.

³⁰⁷ Ibid, hlm. 407.

berbagai hal seperti perpajakan, pengendalian lingkungan dan regulasi lain dan juga mencegah pengrusakan kontrak (*destruction of contract*) sebelum masa kontrak berakhir.³⁰⁸ Dengan klausul ini, pemerintah negara tuan rumah tidak dapat mengubah atau mengakhiri kontrak secara sepihak.³⁰⁹

Dalam banyak hal, klausul stabilisasi sangat terkait dengan kontrak-kontrak investasi yang berkaitan dengan sumber daya alam (*natural resources*), karena kontrak ini menyangkut nilai objek yang besar dan bersifat jangka panjang. Hal ini tidak dapat dipungkiri, karena kontrak-kontrak seperti itu timbul karena adanya perjanjian investasi yang membuka peluang usaha dan mengizinkan perusahaan investor asing melakukan kegiatan penanaman modal dan eksplorasi atas sumber-sumber daya alam seperti pertambangan mineral, minyak dan gas bumi, dan proyek infrastruktur seperti energi listrik.

Dalam perjanjian pengelolaan sumber daya alam seperti kontrak migas, klausul ini juga dikenal dengan istilah "*intangibile clause*" atau klausul yang tidak berwujud.³¹⁰ Pemerintah sedapat mungkin dicegah menggunakan kekuasaannya untuk membatalkan atau mencampuri (*intervention*) dalam kontrak investasi dengan perusahaan asing.³¹¹ Klausul ini antara lain dapat ditemukan dalam perjanjian konsesi antara Iran dengan *Anglo-Iranian Oil Company* (1933) yang menyatakan:³¹²

"This Concession *shall not be annulled by the government and the terms therein contained shall not be altered* either by general or special legislation in the future, or by administrative measures or any other acts whenever of the executive authority". (cetak miring dari penulis)

Konsesi yang serupa juga terdapat dalam perjanjian antara Pemerintah (Ruler) Abu Dhabi dengan tiga perusahaan Jepang *Maruzen Oil Co. Ltd, Daikyo Oil Co. Ltd* dan

³⁰⁸ Ibid, hlm. 407.

³⁰⁹ A. Madjedi Hasan, Op.cit, hlm. 99.

³¹⁰ Ibid, hlm. 99.

³¹¹ Ibid, hlm. 99.

³¹² Ibid, hlm. 99.

Nippon Mining Co. Ltd. (Desember 1967), dan dengan *Amerada Hess Petroleum Abu Dhabi Ltd.* (Oktober 1980) yang berbunyi:³¹³

“*The mutual consent of the Ruler and the companies shall be required to annul or modify the provision of this agreement*”. (cetak miring dari penulis)

Perjanjian-perjanjian tersebut secara umum menyatakan bahwa “persetujuan bersama dari penguasa dan perusahaan diperlukan untuk membatalkan atau mengubah ketentuan-ketentuan dalam perjanjian”.³¹⁴

Dalam perkembangannya, pada dasawarsa 1970-an dan awal 1980-an klausul stabilisasi yang membekukan persyaratan kontrak telah menimbulkan perdebatan para ahli hukum internasional, karena dipicu oleh peristiwa nasionalisasi dan renegotiasi kontrak yang berjangka panjang, dan juga menimbulkan sengketa yang diselesaikan melalui badan arbitrase internasional.³¹⁵

Klausul stabilisasi tersebut menyatakan bahwa kontrak berlaku berdasarkan hukum pada saat kontrak ditandatangani dan jika suatu waktu akan diadakan perubahan, maka persyaratan kontrak akan disesuaikan.³¹⁶ Pakar hukum Bernardini menyatakan, bahwa klausul ini memiliki manfaat karena dapat memberikan keseimbangan antara kebutuhan investor akan adanya stabilitas dan fleksibilitas negara tuan rumah, sehingga dapat memberikan stabilitas dari pada klausul tradisional yang membekukan tindakan pemerintah.³¹⁷

Indonesia menggunakan klausul stabilisasi dalam kontrak pengadaan tenaga listrik panas bumi (*geothermal*) antara PLN dengan Perusahaan Listrik Swasta (*Independent Power Producers*), dimana dinyatakan bahwa:³¹⁸

“Apabila pemerintah mengeluarkan peraturan peerundang-undangan baru yang menimbulkan perubahan atas keekonomian proyek, maka kedua pihak sepakat untuk

³¹³ Ibid, hlm. 99.

³¹⁴ Ibid, hlm. 99.

³¹⁵ Ibid, hlm. 99.

³¹⁶ Ibid, hlm. 99.

³¹⁷ P. Bernardini, *The Renegotiation of Investment Contract*, ICSID Review Foreign Investment Law Journal, 1998, hlm. 415-418, dalam A. Madjedi Hasan, Op.cit, hlm. 71.

³¹⁸ Wayang WIndu Geothermal Energy Sales Contract among PT PLN (Persero) and Pertamina and Mandala Magma Nusantara B.V., Section 5.6 (d), dalam A. Madjedi Hasan, Op.cit, hlm. 71.

menyesuaikan ketentuan dalam kontrak sehingga keekonomian proyek atau penerimaan investor tidak mengalami perubahan”

Dalam kaitan dengan nasionalisasi, klausul stabilisasi juga sangat bermanfaat, karena klausul ini dapat memberikan perlindungan bagi investor jika suatu saat terjadi pengambilalihan oleh negara tuan rumah.³¹⁹ Selain itu, terdapat pula pandangan lain yang menyatakan, klausul stabilisasi tidak berlaku dalam hukum internasional publik sebagai konsekuensi dari penerapan “prinsip kedaulatan permanen” (*principle of permanent sovereignty*) terhadap sumber daya alam.³²⁰

3. Klausul Admisi (*Admission Clause*)

Klausul admisi merupakan klausul hukum yang esensial, karena secara yuridis klausul ini adalah klausul yang melegalkan (*legalized*) dan menyatakan (*declare*) secara yuridis diperkenalkannya penanam modal asing melakukan kegiatan bisnis dan investasi di wilayah (*territory*) negara lain. Klausul ini dengan kata lain merupakan pintu pembuka secara yuridis para penanam modal, sehingga dengan leluasa dapat memasuki negara di luar wilayah negaranya untuk melakukan kegiatan bisnis dan investasi. Dengan klausul ini, badan atau lembaga penyelenggara investasi dapat menerapkan dan mengenakan legislasi³²¹ dan regulasi serta melakukan proses administrasi negara (*public administration*) terhadap lalu lintas dan beroperasinya kegiatan investasi asing. Disamping itu, negara tuan rumah juga dapat menerapkan proses dan mekanisme pemeriksaan (*screening mechanism*) bagi penanam modal asing dan menentukan syarat-syarat yang membolehkan investasi asing untuk masuk ke negara tersebut.³²²

³¹⁹ A. Madjedi Hasan, Op.cit, hlm. 72.

³²⁰ Ian Brownlie, Op.cit, hlm. 526.

³²¹ UNCTAD, Op.cit. hlm.21.

³²² Ibid, hlm. 21.

Klausul tersebut juga memiliki implikasi, karena dengan klausul itu tidak ada kewajiban negara tuan rumah untuk menghilangkan diskriminasi legislasi yang berdampak pada pembentukan investasi asing.³²³ Dalam kaitan ini, sesuai legislasi nasional negara tuan rumah dapat mencadangkan kegiatan ekonomi tertentu yang hanya diperuntukkan bagi investor nasional atau penanam modal dari negara tertentu.³²⁴, dan penanam modal asing harus menghormati ketentuan tersebut manakala akan masuk ke negara tuan rumah.³²⁵

Dalam praktik terdapat berbagai variasi yang dipergunakan dalam perjanjian investasi bilateral (PIB). Pada PIB antara Ethiopia dan Federasi Rusia (2000) – Article 2.1 Promotion and Protection of Investment disebutkan:³²⁶

“Each Contracting Party shall encourage and create framework conditions for Investors of the other Contracting Party to invest in its territory and *admit such investment in accordance with its laws and regulations*” (cetak miring dari penulis)

Pada PIB antara Australia dan Mesir (2001), Article 3 – *Promotion and Protection of Investments* menyatakan:³²⁷

“Each party shall encourage and promote investments in its territory by investors of the other Party and shall, in accordance with its laws and investment policies *applicable from time to time* admit investments” (cetak miring dari penulis).

Dalam PIB dengan Iran, pada Article 3 – Admission of Investments, Indonesia secara lebih rinci menegaskan elemen yang terkait admisi dalam dua ayat, yaitu:³²⁸

1. Either Contracting Party shall *admit investments of natural and legal persons* of the other Contracting Party in its territory in accordance with its laws and regulations, *investment approval certificate may contain provisions based on conditions of the time of approval.*
2. When an investment is admitted, either Contracting Party shall, in accordance with its laws and regulations, grant all necessary permits for the realization of such an investment.

³²³ Ibid, hlm. 22.

³²⁴ Ibid, hlm. 22.

³²⁵ Ibid, hlm. 22.

³²⁶ Ibid, hlm. 22.

³²⁷ Ibid, hlm. 22.

³²⁸ PIB Indonesia-Iran, Loc.cit.

Dalam PIB tersebut, ditegaskan adanya elemen orang dan badan hukum (*natural dan legal persons*) yang melakukan investasi, berdasarkan undang-undang dan peraturan, surat persetujuan investasi (*investment approval*), kondisi pada waktu persetujuan diberikan dan izin-izin yang diperlukan (*all necessary permits*) untuk realisasi investasi.

Elemen orang dan badan hukum disebutkan, ini sesuai dengan ketentuan dalam Undang-Undang Penanaman Modal No. 25 Tahun 2007 yang mensyaratkan bahwa penanaman modal harus dilakukan oleh orang atau badan hukum. Kondisi pada waktu persetujuan diberikan, ini untuk menegaskan danantisipasi, karena peraturan investasi dapat berubah suatu waktu. Sedangkan izin-izin yang diperlukan, memberi petunjuk bahwa terdapat berbagai perizinan yang diperlukan sebagai bagian dari proses administrasi.

4. Klausul Pilihan Hukum (*Choice of Law Clause*)

Pilihan hukum merupakan klausul yang perlu disediakan untuk mengakomodasi hubungan dan ikatan perjanjian antar para pihak yang melakukan perjanjian dalam rangka melakukan penanaman modal. Tujuan klausul pilihan hukum adalah untuk menjamin bahwa perjanjian yang dibuat tidak berdasarkan hukum dari negara tuan rumah yang sewaktu-waktu dapat berubah sesuai keinginannya sebagai negara yang berdaulat.³²⁹ Hal ini didasarkan atas kenyataan, karena para pihak mempunyai otonomi untuk memilih hukum yang akan dipergunakan.³³⁰ Dengan *party autonomy*, maka pihak asing dalam perjanjian

³²⁹ M. Sornarajah, Op.cit, hlm. 410-411.

³³⁰ Ibid, hlm. 411.

memiliki kebebasan untuk memilih sistem hukum yang diinginkan, yang berbeda dari hukum nasional *host state*.³³¹

Dalam praktik, pilihan hukum seringkali dirasakan bukan sesuatu yang mudah, karena menyangkut kesediaan kedua belah pihak untuk menerima pilihan hukum yang akan dipilih dan dipakai sebagai acuan dalam perjanjian. Ahli hukum kontrak internasional Schmitthoff mengatakan, bahwa suatu kontrak yang tidak memuat klausul pilihan hukum adalah kontrak yang cacat (*defective*).³³² Secara jelas dikemukakan :

“... in the present state of affairs, I would consider a normal international commercial contract as defectively drafted if it did not contain a choice of law clause and also a jurisdiction or arbitration clause.”³³³

Fungsi dari klausul ini adalah untuk mencegah ketidakpastian di kemudian hari mengenai hukum yang berlaku terhadap kontrak.³³⁴ Jika hal ini terjadi, dikhawatirkan para pihak akan menemui kesulitan dalam menaati aturan-aturan di dalam pelaksanaan kontrak.³³⁵ Fungsi lain dari klausul ini adalah :³³⁶

- a. Untuk menentukan hukum apa yang akan digunakan untuk menentukan atau menerangkan syarat-syarat kontrak atau hukum yang akan menentukan dan mengatur kontrak.
- b. Sebagai sumber hukum manakala kontrak tidak mengatur sesuatu hal.

Dalam pilihan hukum terdapat tiga prinsip utama yang menjadi landasan bagi para pihak untuk menentukan pilihan hukum, yaitu : (a) prinsip kebebasan para pihak; (b) prinsip *bonafide*; dan (c) prinsip *real connection*.³³⁷

Prinsip kebebasan para pihak dapat dilihat dalam beberapa instrumen internasional. ICC Rules of Arbitration pada Pasal 14 ayat 3 menyebutkan :³³⁸

³³¹ Ibid, hlm. 411.

³³² Huala Adolf, *Dasar-Dasar Hukum Kontrak Internasional*, Refika Aditama, Bandung, 2008, hlm. 139.

³³³ Ibid, hlm. 139.

³³⁴ Ibid, hlm. 139.

³³⁵ Ibid, hlm. 139.

³³⁶ Ibid, hlm. 140.

³³⁷ Ibid, hlm. 140.

³³⁸ Ibid, hlm. 141.

“The parties shall be free to determine the law to be applied by the arbitrator to the merits of the dispute...”.

Sedangkan UNCITRAL Arbitration Rules 1975 pada Pasal 14 ayat 3 ICC Rules menyatakan :³³⁹

“The arbitral tribunal shall apply the law designated by the parties as applicable to the substance of the dispute...”.

Konvensi Kontrak Internasional untuk Penjualan Barang (Contract for the International Sale of Goods/CISG) pada Pasal 6 juga menyatakan :³⁴⁰

“The parties may exclude the application of this Convention or, subject to Article 12, derogate from or vary the effect of any of its provisions”.

Pasal tersebut menunjukkan, bahwa para pihak dapat mengesampingkan atau menyimpangi ketentuan yang diatur dalam konvensi, dan menegaskan kebebasan para pihak untuk memilih hukum yang berlaku dalam kontrak.

Prinsip *bonafide* adalah prinsip yang menekankan adanya keinginan atau itikad baik para pihak untuk menaati dan mengimplementasikan kontrak dengan sepenuh hati. Dengan prinsip ini, para pihak dituntut untuk menjaga dengan baik dan menghindarkan diri dari kemungkinan berlakunya hukum yang memaksa³⁴¹ atau memanfaatkan cara lain untuk menyasati adanya suatu ketertiban umum (*public order*) dari hukum nasional dari salah satu pihak.³⁴² Cara menyasati seperti ini oleh Sudargo Gautama disebut sebagai suatu penyelundupan hukum.³⁴³

Prinsip *real connection* adalah prinsip yang menegaskan bahwa pilihan hukum yang disepakati para pihak harus memiliki keterkaitan atau hubungan dengan para pihak atau kontrak yang telah dibuat sebelumnya.³⁴⁴ Prinsip ini disebut juga dengan istilah “*a reasonable relation*”, bahwa hukum yang dipilih harus

³³⁹ Ibid, hlm. 141.

³⁴⁰ Ibid, hlm. 142.

³⁴¹ Ibid, hlm. 142.

³⁴² Ibid, hlm. 142.

³⁴³ Ibid, hlm. 142.

³⁴⁴ Ibid, hlm. 142.

memiliki hubungan yang lebih *reasonable* dengan para pihak atau melakukan transaksi.³⁴⁵

5. Klausul Arbitrase (*Arbitration Clause*)

Klausul arbitrase merupakan klausul yang paling dikenal dalam perjanjian investasi maupun berbagai kontrak investasi internasional. Klausul ini dapat dikatakan merupakan klausul mutlak (*absolute clause*) dan karena akan tetap selalu ada dan tidak dapat dipisahkan dalam setiap perjanjian. Keberadaan klausul ini merupakan *conditio sine qua non*, syarat yang tidak dapat tidak harus dipenuhi dalam suatu perjanjian investasi atau kontrak internasional. Praktis, tidak ada perjanjian investasi dan kontrak internasional yang tanpa klausul ini.

Pencantuman klausul arbitrase dimasukkan dalam perjanjian dimaksudkan untuk memungkinkan para pihak memilih forum yang netral dalam penyelesaian sengketa.³⁴⁶ Pemilihan pengadilan penyelesaian melalui arbitrase, karena pihak asing tidak merasa yakin (*confidence*) kalau badan peradilan nasional tidak memihak.³⁴⁷ Selain itu, pemilihan pengadilan dalam negeri akan menimbulkan masalah kekebalan kedaulatan (*sovereign immunity*).³⁴⁸

Dalam PIB Indonesia-Iran pada Pasal 11 – *Settlement of Dispute Between A Contracting Party and Investor(s) of the Other Contracting Party* dinyatakan :³⁴⁹

“2. Dalam kondisi dimana Pihak penerima Penanam Modal dan penanam modal dari Pihak lain *tidak dapat sepakat dalam kurun waktu enam bulan sejak tanggal pemberitahuan tentang klaim* oleh satu Pihak kepada Pihak lain sengketa akan, atas permintaan dari Pihak penanam modal disampaikan kepada ...”. (cetak miring dari penulis)

Pasal tersebut selanjutnya menegaskan, dalam rangka penyelesaian sengketa, terdapat tiga alternatif yang dapat ditempuh, yaitu melalui :³⁵⁰

³⁴⁵ Ibid, hlm. 142.

³⁴⁶ M. Sornarajah, Op.cit, hlm.413.

³⁴⁷ Ibid, hlm. 413.

³⁴⁸ Ibid, hlm. 413.

³⁴⁹ PIB Indonesia-Iran.

“(b) the International Centre for Settlement of Investment Dispute (ICSID) set up by the Convention on the Settlement of Investment Dispute Between States and Nationals of other States opened for signature at Washington DC on 18 March 1965, if both Contracting Parties have acceded to that Convention.

(c) an ad hoc arbitral tribunal established under the arbitration Rules of the United Nations Commission of International Trade Law (UNCITRAL); or

(d) other ad hoc of institutional procedures established under any arbitration tribunal as mutually agreed by both parties”

Dari pasal di atas dijelaskan tiga pilihan arbitrase yang dapat digunakan, yaitu melalui arbitrase ICSID, arbitrase ad hoc di bawah UNCITRAL, dan arbitrase ad hoc lain yang disetujui oleh kedua pihak. Yang pertama ICSID, adalah badan arbitrase internasional yang khusus tentang investasi asing. Yang kedua badan arbitrase yang umum dikenal sebagai arbitrase penyelesaian sengketa dagang atau transaksi bisnis internasional. Sedangkan alternatif yang ketiga adalah badan arbitrase seperti *International Chamber of Commerce (ICC)*, *London Court of International Arbitration*, atau *American International Arbitration*.

D. Perlindungan Investasi dalam UU Penanaman Modal

1. Elemen Pokok Dalam Perlindungan Investasi

Salah satu daya tarik agar penanam modal tertarik untuk menanamkan modal di suatu negara adalah adanya jaminan perlindungan (*protection gurantee*) terhadap penanaman modal.³⁵¹ Dalam konteks nasional, instrumen utama untuk memberikan jaminan perlindungan investasi adalah dengan ditetapkan dan dimasukkan jaminan tersebut melalui legislasi Undang-Undang No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (UUPM),³⁵² yang merupakan dasar hukum tentang pengaturan investasi. Instrumen lainnya adalah melalui ratifikasi perjanjian

³⁵⁰ Ibid.

³⁵¹ Modul Tahun 2008 Undang-Undang dan Kebijakan Penanaman Modal, Pusat Pendidikan dan Pelatihan Badan Koordinasi Penanaman Modal (BKPM), Jakarta, hlm. 34.

³⁵² Ibid, hlm. 34.

internasional, baik perjanjian bilateral maupun multilateral, terutama perjanjian yang berkaitan dengan penanaman modal.³⁵³

Dalam UUPM, pengaturan perlindungan investasi diatur dalam beberapa ketentuan, yaitu Pasal 6, 7, 8, dan 9. Pasal 6 menyatakan :

“(1) Pemerintah *memberikan perlakuan yang sama* kepada semua penanam modal yang berasal dari negara mana pun yang melakukan kegiatan penanaman modal di Indonesia sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

(2) Perlakuan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak berlaku bagi penanam modal dari suatu negara yang memperoleh hak istimewa berdasarkan perjanjian bersama dengan Indonesia. (cetak miring dari penulis)

Pemberian perlakuan yang sama menjadi unsur yang semakin penting dalam ketentuan investasi pada masa sekarang, meskipun dipandang sebagai kebijakan investasi yang liberal. Ketentuan ini pada awalnya ditolak oleh banyak negara berkembang, karena dinilai bertentangan dengan prinsip nasionalisme negara (*state nationalism*) dan kedaulatan ekonomi yang dijunjung tinggi oleh negara-negara berkembang sebagai pemilik sumber daya alam.

Pasal 7 menegaskan bahwa : “Pemerintah *tidak akan melakukan tindakan nasionalisasi atau pengambilalihan hak kepemilikan penanam modal*, kecuali dengan undang-undang.” Pasal ini pada dasarnya merupakan pasal kunci yang menempati kedudukan tertinggi di antara pasal-pasal yang memberikan jaminan perlindungan investasi. Pasal tentang nasionalisasi telah menjadi *icon* bagi undang-undang investasi negara-negara di dunia. Ketentuan tentang nasionalisasi sesungguhnya merupakan inti (*core*) dari undang-undang investasi. Ketentuan ini juga menjadi isu pokok dari perundingan antar negara, baik dalam rangka perjanjian investasi bilateral maupun perjanjian perdagangan bebas.

Pasal 8 adalah pasal berkaitan dengan kepentingan dari kegiatan ekonomi dan bisnis penanam modal. Dengan pasal ini negara tuan rumah mengizinkan

³⁵³ Ibid, hlm. 34.

penanam modal untuk melakukan pengalihan aset³⁵⁴, transfer dan repatriasi terhadap hasil kegiatan bisnis dalam bentuk valuta asing³⁵⁵ yang antara lain mencakup hasil keuntungan (*profit*) bisnis, bunga bank dan deviden³⁵⁶. Selain itu juga transfer dari hasil royalti atau biaya yang harus dibayar³⁵⁷, hasil penjualan atau likuidasi penanaman modal³⁵⁸, kompensasi atas kerugian³⁵⁹, dan kompensasi atas pengambilalihan (*expropriation*)³⁶⁰.

Pengeluaran-pengeluaran perusahaan penanam modal yang merupakan pembayaran dijabarkan secara lebih rinci pada Pasal 8 ayat (3) k yang meliputi: pembayaran dalam rangka bantuan teknis, biaya untuk jasa teknik dan manajemen, pembayaran terhadap kontrak-kontrak proyek, dan pembayaran terhadap hak atas kekayaan intelektual. Termasuk juga dalam pembayaran adalah penjualan aset dari kegiatan pengalihan aset yang dilakukan penanam modal kepada pihak lain yang diinginkan.³⁶¹

Unsur yang tidak kalah penting dalam perlindungan investasi adalah adanya pemberian jaminan keamanan (*security guarantee*) dalam penyelenggaraan penanaman modal.³⁶² Pengaturan ini ditegaskan dalam Pasal 30 ayat (1) yang menyatakan: “Pemerintah dan/atau pemerintah daerah menjamin kepastian dan keamanan berusaha bagi pelaksanaan penanaman modal”. Pasal ini menegaskan bahwa pemerintah pusat dan daerah memiliki kewenangan dan tanggung jawab untuk menciptakan kondisi yang dapat memberikan jaminan kepastian (*certainty*) dan keamanan (*security*) dalam berusaha.

³⁵⁴ Pasal 8 ayat (1) UUPM

³⁵⁵ Pasal 8 ayat (3) UUPM

³⁵⁶ Pasal 8 ayat (3) b.

³⁵⁷ Pasal 8 ayat (3) f.

³⁵⁸ Pasal 8 ayat (3) h.

³⁵⁹ Pasal 8 ayat (3) i.

³⁶⁰ Pasal 8 ayat (3) j.

³⁶¹ Pasal 8 ayat (3) l.

³⁶² Badan Koordinasi Penanaman Modal, Modul 2008, hlm. 35.

Elemen lain yang esensial dalam perlindungan investasi adalah adanya tata cara penyelesaian sengketa.³⁶³ Meskipun semua pihak dan korporasi yang melakukan investasi dan bisnis menginginkan semua hal yang dilakukan berjalan dengan baik dan tidak menimbulkan masalah atau perselisihan, namun sebagai antisipasi, undang-undang investasi harus mencantumkan pengaturan dan mekanisme penyelesaian sengketa. Ketentuan ini terdapat dalam semua undang-undang investasi. Seluruh negara di dunia memuat ketentuan tentang penyelesaian sengketa. Ketentuan ini adalah melekat (*inhern*) yang harus terdapat dalam legislasi investasi.

UUPM mengatur tentang penyelesaian sengketa dalam Pasal 32. Terdapat 4 (empat) variasi cara penyelesaian yang disediakan bagi para pihak dalam menyelesaikan sengketa. Cara pertama dianjurkan adalah melalui musyawarah dan mufakat.³⁶⁴ Kedua, apabila musyawarah dan mufakat tidak tercapai, dilakukan melalui arbitrase atau alternatif penyelesaian sengketa atau pengadilan.³⁶⁵ Ketiga, dalam hal sengketa terjadi antara pemerintah dan penanam modal dalam negeri (*domestic investor*), para pihak dapat menggunakan arbitrase berdasarkan kesepakatan bersama, atau melalui pengadilan (*domestic court*).³⁶⁶ Keempat, apabila sengketa terjadi antara pemerintah dengan penanam modal asing (*foreign investor*), para pihak menyelesaikan sengketa melalui arbitrase internasional.³⁶⁷

Penyelesaian sengketa melalui arbitrase internasional yang melibatkan pemerintah dan penanam modal asing, dalam praktik tidak selalu harus terlebih dahulu mendapatkan persetujuan atau kesepakatan para pihak. Salah satu pihak jika merasa dirugikan dapat mengajukan kasus atau menggugat ke badan arbitrase

³⁶³ Ibid, hlm. 35.

³⁶⁴ Pasal 32 ayat (1) UUPM.

³⁶⁵ Pasal 32 ayat (2) UUPM.

³⁶⁶ Pasal 32 ayat (3) UUPM.

³⁶⁷ Pasal 32 ayat (4) UUPM.

internasional. Hal ini dapat dilihat dalam sengketa antara Pemerintah RI vs PT. Newmont Nusa Tenggara (NNT). Pemerintah RI menggugat NNT ke arbitrase internasional, karena telah berkali-kali gagal dalam melaksanakan kewajiban divestasi saham tahun 2006 dan 2007 sebagaimana diatur dalam Kontrak Karya.³⁶⁸

Bentuk lain dari perlindungan investasi adalah ratifikasi terhadap instrumen internasional yang berkaitan dengan investasi. Ratifikasi merupakan wujud yang menunjukkan komitmen internasional suatu negara terhadap perjanjian atau kesepakatan yang ditandatangani oleh masyarakat internasional, baik yang bersifat multilateral maupun bilateral.

Indonesia telah meratifikasi instrumen investasi multilateral, yaitu Konvensi tentang Penyelesaian Sengketa Penanaman Modal antara Negara dan Warga Negara dari Negara Lain (*Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States*) yang lazim disebut sebagai Konvensi *International Center for the Settlement of Investment Disputes* (ICSID)³⁶⁹, *Multilateral Investment Guarantee Agency* (MIGA)³⁷⁰, dan Konvensi tentang Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Arbitrase (*New York Convention on Recognition and Enforcement of Arbitral Awards*) atau Konvensi New York 1958.³⁷¹

E. Perlindungan Investasi dalam Kerangka WTO

1. TRIMs

Trade-Related Investment Measures (TRIMs) *Agreement* adalah salah satu kesepakatan perjanjian dari paket Hasil Perundingan Perdagangan Multilateral Putaran Uruguay tentang pembentukan WTO yang ditandatangani 15 April 1994.

³⁶⁸ Siaran Pers Departemen Energi dan Sumber Daya Mineral RI No. 46/Humas DESDM/2008 tanggal 17 Juli 2008 dalam <http://www.esdm.go.id>, tanggal 4 Desember 2008.

³⁶⁹ Indonesia meratifikasi Konvensi ICSID dengan Undang-Undang No. 5 Tahun 1968.

³⁷⁰ Konvensi MIGA diratifikasi dengan Keputusan Presiden No. 31 Tahun 1986.

³⁷¹ Indonesia meratifikasi Konvensi New York dengan Keputusan Presiden No. 34 Tahun 1981.

Sebagai satu perjanjian pokok, TRIMs merupakan perjanjian WTO yang berhubungan langsung dengan *foreign direct investment*.³⁷² Namun, TRIMs bukan merupakan dokumen komprehensif mengenai penanaman modal asing.³⁷³ TRIMs hanya berhubungan dengan beberapa jenis '*performance requirement*' (persyaratan pelaksanaan) tertentu.³⁷⁴

Gagasan pemikiran perlunya perundingan yang mengatur tentang penanaman modal asing dimulai tahun 1986 yang dimuat dalam Punta del Este Ministerial Declaration.³⁷⁵ Perundingan tersebut dimaksudkan untuk merumuskan lebih lanjut ketentuan-ketentuan yang dipandang penting untuk menghindari '*trade-restrictive and trade-distorting effect*'.³⁷⁶ Hal ini beralasan, dan diakui, karena tindakan penanaman modal tertentu dapat menyebabkan efek terjadinya pembatasan perdagangan dan distorsi perdagangan. Selama ini disadari masih banyak kebijakan-kebijakan nasional yang membatasi dan mendistorsi perdagangan dalam bentuk diskriminasi, baik terhadap orang asing maupun produk dari luar negeri.³⁷⁷

Kenyataan tersebut memperlihatkan, adanya keterkaitan yang sangat erat antara penanaman modal asing dan '*international trade in goods*'.³⁷⁸ Hal ini juga dipertegas dalam Article 1 TRIMs yang menyatakan, "*This Agreement applies to investment measures related to trade in goods only ...*". (garis bawah dari penulis)

Sebagai perjanjian dalam kerangka WTO, TRIMs tidak dapat dipisahkan dari ketentuan-ketentuan dan prinsip-prinsip yang terkandung dalam GATT. Keterkaitan ini dapat dilihat pada Article 2 TRIMs menyatakan bahwa '*no member shall apply*

³⁷² M. Sornarajah, Op.cit. hlm. 303.

³⁷³ Ibid, hlm. 303.

³⁷⁴ Ibid, hlm. 303.

³⁷⁵ Rodney Neufeld, *Trade and Investment*, dalam Daniel Bethlehem (et.al), *International Trade Law*, Oxford University Press, New York, USA, 2009, hlm. 624.

³⁷⁶ Ibid, hlm. 624.

³⁷⁷ Direktorat Perdagangan, Perindustrian, Investasi dan Hak Kekayaan Intelektual (PPIH), Ditjen Multilateral Kemlu, *Sekilas WTO*, Edisi Keenam, Jakarta, 2010, hlm. 49.

³⁷⁸ M. Sornarajah, Op.cit, hlm. 303.

any TRIM that is inconsistent with provisions of Article III (on national treatment) and Article XI (on quantitative restriction) of GATT'.³⁷⁹ Pasal ini menegaskan, bahwa implementasi TRIMs tidak boleh bertentangan dengan prinsip 'perlakuan nasional' dalam kaitan dengan produk barang³⁸⁰ dan 'pembatasan kuantitatif' (*quantitative restriction*). Dengan demikian perlakuan nasional dan pembatasan kuantitatif menjadi 'pembatas' dan koridor yang menjadi kendali bagi pengaturan penanaman modal asing di negara tuan rumah.

Tujuan TRIMS pada dasarnya melarang penggunaan '*performance requirement*' (persyaratan pelaksanaan) secara berlebihan,³⁸¹ karena pada tingkat tertentu persyaratan pelaksanaan dapat diterapkan. Perjanjian TRIMs juga melarang negara anggota melakukan tindakan yang terkait dengan investasi yang berakibat terjadinya pembatasan kuantitas barang.³⁸² Negara anggota diharuskan menghapus peraturan-peraturan yang tidak konsisten dengan perjanjian TRIMs.³⁸³ Namun, dalam praktik, negara-negara berkembang percaya bahwa persyaratan pelaksanaan tertentu (*certain performance requirement*) tetap diperlukan, sebagaimana dalam berbagai tingkatan telah digunakan oleh negara-negara maju dalam sejarah pembangunan mereka.³⁸⁴ Studi yang pernah dilakukan menunjukkan fakta tersebut, sehingga tidak adil jika negara maju melarang penggunaannya oleh negara berkembang.³⁸⁵

³⁷⁹ Ibid, hlm. 303.

³⁸⁰ Michael Trabelecock, *The Regulation of International Trade*, Routledge, USA, 1999, hlm. 352.

³⁸¹ M. Sornarajah, *ibid*, hlm. 303.

³⁸² Direktorat PPIH, *Op.cit*, hlm. 49.

³⁸³ Ibid, hlm. 49.

³⁸⁴ M. Sornarajah, *Op.cit*. 309.

³⁸⁵ Ibid, hlm. 309.

Terdapat berbagai bentuk persyaratan pelaksanaan, yang tergantung pada tujuan atau kebijakan masing-masing negara.³⁸⁶ Persyaratan pelaksanaan yang umum digunakan adalah :

- a) Persyaratan menggunakan kandungan lokal (*local content requirement*)
- b) Persyaratan perdagangan yang berimbang (*trade balancing requirement*)
- c) Persyaratan ekspor (*export requirement*)
- d) Pembatasan impor (*limitation on imports*)
- e) Persyaratan mata uang asing dan pengiriman mata uang asing (*foreign exchange and remittance requirements*)
- f) Persyaratan modal minimum (*minimum local equity requirement*)
- g) Persyaratan alih teknologi (*technology transfer requirement*)
- h) Persyaratan lisensi produk (*product licensing requirement*)³⁸⁷

Negara-negara berkembang umumnya sangat berkepentingan dengan persyaratan pelaksanaan, dengan maksud agar modal asing memberikan keuntungan maksimal kepada pembangunan ekonomi.³⁸⁸ Penanaman modal asing akan digunakan seoptimal mungkin sebagai bagian dari perencanaan pembangunan nasional dan instrumen perencanaan ekonomi negara.³⁸⁹

Mengingat tidak tercapainya kesepakatan perundingan tentang apa saja yang seharusnya tercakup dalam TRIMs, untuk menampung keinginan negara-negara, GATT memasukkan lampiran sebagai *Illustrative List*.³⁹⁰ Lampiran dalam *Illustrative List* pada intinya merupakan pembatasan penetapan keharusan memakai komponen-komponen lokal dalam proses produksi.³⁹¹ Tujuan yang ingin dicapai adalah untuk melindungi perkembangan industri lokal, termasuk '*infant industry*' (industri yang masih baru yang memerlukan perlindungan dan mendapatkan fasilitas dari pemerintah). Tindakan yang mengharuskan penggunaan komponen lokal tersebut dilakukan dengan jalan:

³⁸⁶ An An Chandrawulan, *Hukum Perusahaan Multinasional, Liberalisasi Hukum Perdagangan internasional dan Hukum Penanaman Modal*, Alumni, Bandung, 2010, hlm. 137.

³⁸⁷ Ibid, hlm. 137.

³⁸⁸ Ibid, hlm. 137.

³⁸⁹ Ibid, hlm. 137.

³⁹⁰ Ibid, hlm. 137.

³⁹¹ Ibid, hlm. 137.

- a) Membatasi impor produk-produk yang dipakai dalam proses produksi atau terkait dengan volume produksi lokal atau senilai produksi yang diekspor perusahaan yang bersangkutan;
- b) Membatasi impor produk-produk yang dipakai dalam atau terkait dengan produksi lokal dengan membatasi tersedianya devisa luar negeri sampai sejumlah yang dimasukkan oleh perusahaan itu;
- c) Membatasi ekspor atau penjualan untuk ekspor, baik menurut golongan produknya, menurut volume atau nilai atau menurut perbandingan volume atau nilai dari produksi dalam negeri perusahaan yang bersangkutan.³⁹²

Sementara itu, tindakan di bidang penanaman modal (selain komponen lokal)

yang tergolong dalam TRIMs antara lain adalah:

- a) Persyaratan penggunaan bahan baku, bahan setengah jadi, komponen dan suku cadang buatan dalam negeri dalam suatu kegiatan usaha atau dalam produksi suatu barang, baik yang diproduksi sendiri maupun yang diperoleh dari perusahaan lain di dalam negeri (*local product content requirement*);
- b) Persyaratan ekspor yang dikaitkan dengan penanaman modal (*export requirement*);
- c) Persyaratan keseimbangan perdagangan (*trade balancing requirement*);
- d) Pembatasan kapasitas produksi (*manufacturing limitations*);
- e) Ketentuan jenis produksi; (*production type provision*);
- f) Keharusan membuat produk tertentu (*mandatory product requirement*);
- g) Pembatasan transfer devisa (*remittance requirement*);
- h) Persyaratan alih teknologi (*technology transfer requirement*);
- i) Keharusan penggunaan lisensi dalam produksi (*licensing requirement*);
- j) Persyaratan komposisi kepemilikan saham antara partner asing dan partner lokal (*local equity requirement*); dan
- k) Insentif-insentif (*incentives*).³⁹³

Uraian di atas menunjukkan, TRIMs sebagai instrumen internasional sangat *concern* terhadap posisi negara tuan rumah dalam membuat kebijakan investasi. TRIMs memiliki peran penting dalam membatasi negara tuan rumah untuk tidak bertindak secara semena-mena membuat kebijakan investasi. TRIMs memiliki dua misi yang saling terkait. Satu misi memberikan tuntunan kepada negara tuan rumah untuk membuat kebijakan yang mendukung kemajuan investasi asing. Di sisi lain, misi TRIMs mengharuskan negara tuan rumah melindungi kepentingan penanam

³⁹² Mochtar Kusumaatmadja, *Investasi di Indonesia dalam Kaitannya dengan Pelaksanaan Perjanjian Hasil Putaran Uruguay*, Jakarta, Manuscript, 1995, dalam An An Chandrawulan, *Ibid*, hlm. 145-146.

³⁹³ International Trade Centre UNCTAD/WTO, *Business Guide To The Uruguay Round*, Commonwealth Secretariat, Geneva, 1995, dalam An An Chandrawulan, *ibid*, hlm. 146.

modal asing agar investasi yang dilakukan dapat berkembang dengan baik dan mendorong kemajuan perdagangan barang dari penanam modal.

Meskipun TRIMs bukan merupakan perjanjian yang komprehensif, hanya terdiri dari 9 pasal, namun keberadaan TRIMs sangat strategis dan fundamental. TRIMs telah menjadi rujukan hukum (*legal reference*) yang mengarahkan dan mengendalikan kebijakan penanaman modal asing. Dalam kasus *Indonesian Autos*, dimana Amerika Serikat, Jepang dan Uni Eropa menggugat Indonesia melalui Badan Penyelesaian Sengketa (*Dispute Settlement Body/DSB*) WTO, panel menyatakan kedudukan TRIMs, bahwa 'TRIMs Agreement has 'an autonomous legal existence'.³⁹⁴ Panel menegaskan, sebagai perjanjian, TRIMs memiliki kedudukan hukum yang mandiri, yang menjadi sumber hukum dalam menyelesaikan permasalahan hukum dan sengketa penanaman modal antara penanam modal dan negara tuan rumah. Sengketa di atas memperlihatkan, bahwa TRIMs menjadi instrumen yang signifikan memberikan perlindungan kepada penanam modal.

2 TRIPs

Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights adalah perjanjian penting WTO, karena merupakan instrumen yang memberikan perlindungan terhadap hasil karya intelektual yang terkait dengan perdagangan. Perjanjian TRIPs telah memberikan implikasi yang luas terhadap perkembangan teknologi dan berkembangnya invensi yang mendorong peningkatan perdagangan internasional. Penemuan produk teknologi informasi, teknologi produksi dan manufaktur, serta teknologi tinggi lainnya mengalami perkembangan dan kemajuan yang sangat pesat dengan adanya perangkat hukum yang secara internasional memberikan jaminan atas hasil karya individu, kelompok atau masyarakat maupun korporasi.

³⁹⁴ -----, Op.cit, hlm. 353.

TRIPs telah menjadi rezim hukum yang melahirkan disiplin ilmu hukum baru yang secara khusus berhubungan dengan standar perlindungan hak milik intelektual.³⁹⁵ Sebagai rezim hukum *sui generis*, berbagai isu dan masalah hak milik intelektual akan dikembalikan kepada sistem yang ada di dalam TRIPs. TRIPs memiliki 73 pasal yang mengatur aspek-aspek hak milik intelektual yang mencakup hak cipta, paten, merek dagang, rahasia dagang, indikasi geografis, desain industri, dan desain tata letak sirkuit terpadu.

Untuk menjamin perlindungan hasil karya intelektual, maka terdapat prinsip-prinsip dasar dan prinsip perdagangan internasional di dalam TRIPs, yaitu standar minimum,³⁹⁶ *national treatment*,³⁹⁷ *most favoured nation treatment*,³⁹⁸ teritorialitas,³⁹⁹ alih teknologi,⁴⁰⁰ dan kesehatan masyarakat.⁴⁰¹ Dengan prinsip-prinsip tersebut sebagai pondasi, maka TRIPs akan dapat diimplementasikan di tingkat nasional. TRIPs juga dimasukkan dalam hukum nasional,⁴⁰² karena hak milik intelektual diciptakan melalui hukum domestik.⁴⁰³

3 GATS

General Agreement on Trade in Services atau Perjanjian Umum tentang Perdagangan Jasa merupakan instrumen yang paling signifikan di antara perjanjian WTO⁴⁰⁴, karena berhubungan dengan jasa-jasa yang disediakan oleh perusahaan-

³⁹⁵ M. Sornarajah, Op.cit. hlm. 301.

³⁹⁶ Achmad Zen Umar Purba, *Perjanjian TRIPs dan Beberapa Isu Strategis*, Badan Penerbit FH-UI dan Penerbit Alumni, Jakarta-Bandung, 2011, hlm. 29.

³⁹⁷ Ibid, hlm. 30.

³⁹⁸ Ibid, hlm. 31.

³⁹⁹ Ibid, hlm. 31.

⁴⁰⁰ Ibid, hlm. 33.

⁴⁰¹ Ibid, hlm. 33.

⁴⁰² M. Sornarajah, Op.cit, hlm. 302.

⁴⁰³ Ibid, hlm. 302.

⁴⁰⁴ Ibid, hlm. 299.

perusahaan asing di negara tuan rumah.⁴⁰⁵ GATS telah melegalkan perdagangan jasa bukan barang (*non-trade in goods*) bagi perusahaan-perusahaan dari negara manapun atau multinasional untuk beroperasi dan menjual jasa usaha melalui ‘*commercial presence*’ di wilayah negara anggota WTO.⁴⁰⁶ Keberadaan perusahaan komersial dapat dijalankan sebagai perusahaan perseorangan, cabang, atau sebagai kantor yang menjual jasa di suatu negara. GATS berhubungan dengan penanaman modal asing di sektor jasa.⁴⁰⁷ GATS telah memainkan peran penting dalam membebaskan hambatan masuk (*entry barriers*) bisnis sektor jasa, yang sebelumnya sangat sulit untuk dimasuki.⁴⁰⁸

Dengan GATS, maka bisnis-bisnis di sektor jasa seperti perusahaan penyedia jasa telekomunikasi, perbankan dan asuransi, pembiayaan internasional, penerbangan, *ground handling services*, *professional services* seperti akuntan, rumah sakit dan *shipping company*, dapat membuka usaha di berbagai negara sepanjang menguntungkan sesuai dengan kalkulasi bisnis. Sektor jasa memberikan kontribusi besar terhadap kemajuan ekonomi suatu negara. Tidak saja memberi kesempatan tersedianya lapangan kerja, tetapi juga meningkatkan pendapatan negara dan neraca pembayaran (*balance of payment*).

GATS memiliki prinsip-prinsip dasar yang berlaku dalam perdagangan internasional yaitu *market access*, *most favoured nation treatment*, dan *national treatment*. GATS terdiri dari 29 pasal. Dengan prinsip-prinsip tersebut, maka GATS secara efektif dapat memberikan perlindungan terhadap perusahaan asing yang menanamkan modal di sektor jasa.

⁴⁰⁵ Ibid, hlm. 299.

⁴⁰⁶ Ibid, hlm. 299.

⁴⁰⁷ Ibid, hlm. 300.

⁴⁰⁸ Ibid, hlm. 300.

BAB IV

ANALISIS PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP INVESTASI ASING DALAM PERSPEKTIF HUKUM NASIONAL, DAYA SAING BISNIS DAN PERJANJIAN PENANAMAN MODAL

A. Perlindungan Investasi Dalam Perspektif Hukum Nasional

a. Dasar Konstitusional Perlindungan

Sebagai negara hukum (*rechtstaat*) dan menjunjung tinggi aturan hukum (*rule of law*), Indonesia memasukkan pengakuan terhadap perlindungan sebagai bagian dari konstitusi. Pasal 28G UUD 1945 menyatakan:

“Setiap orang berhak atas perlindungan diri pribadi, keluarga, kehormatan, martabat, harta benda yang di bawah kekuasaannya, serta berhak atas rasa aman dan perlindungan dari ancaman ketakutan untuk berbuat atau tidak berbuat sesuatu yang merupakan hak asasi”.

Ketentuan tersebut menunjukkan, bahwa konstitusi Indonesia mengakui adanya objek tertentu yang harus dilindungi dan sekaligus mengamanatkan kepada semua pihak untuk memberikan perlindungan terhadap harta benda (*property*), disamping diri pribadi (*person*) dan keluarga (*family*) baik kepada warga negara Indonesia maupun warga negara asing yang berada di wilayah negara Indonesia. Sebagai negara yang beradab, Indonesia memberikan perlindungan kepada siapa saja tanpa membedakan asal negara, status dan kedudukan sosial. Pasal tersebut dengan sendirinya menjadi dasar konstitusional yang meletakkan pondasi hukum adanya pengakuan terhadap “prinsip perlindungan” (*protection principle*) dalam sistem hukum Indonesia.

b. Kedudukan Indonesia Dalam Bisnis Internasional

Peralihan Indonesia dari era Orde Baru ke era reformasi tidak dapat dipungkiri telah membawa perubahan terhadap iklim ekonomi dan investasi di berbagai sektor industri dan bisnis. Pasca orde baru, ekonomi Indonesia praktis mengalami penurunan yang signifikan. Nilai tukar rupiah terhadap dolar Amerika Serikat pernah mencapai Rp 17.000 per dolar pada Mei 1998. Investasi menurun drastis dan pertumbuhan ekonomi mengalami kontraksi hingga -13,8%. Lingkungan ekonomi dan bisnis diwarnai dengan kesuraman dan terus diliputi ketidakpastian. Kepercayaan internasional terhadap ekonomi Indonesia rendah, beban utang luar negeri tinggi dan pengangguran meningkat. Akan tetapi, lambat laun, setelah proses reformasi politik dan ekonomi berjalan, dan pergantian kepala pemerintahan sebanyak tiga kali, perubahan ke arah perbaikan dan peningkatan ekonomi kembali mulai menampakkan hasil. Sebagai indikator utama, nilai investasi telah kembali ke posisi semula, seperti pada masa Orde Baru. Pada triwulan pertama 2012, realisasi investasi mencapai Rp 71,2 triliun, meningkat 32,5% dari periode yang sama tahun 2011 sebesar Rp 53,6 triliun.⁴⁰⁹ Pertumbuhan ekonomi Indonesia mencapai 6,5% dan inflasi 3,79%.⁴¹⁰ Rasio utang terhadap PDB sebesar 24,5%, dan diperkirakan akan turun menjadi 20% pada 2014.⁴¹¹

Peringkat layak investasi (*investment grade*) Indonesia mengalami peningkatan dan mendapatkan pengakuan dari lembaga *rating* internasional. *Fitch Rating*, pada 15 Desember 2011 menaikkan peringkat Indonesia dari BB+ menjadi BBB-⁴¹², yang diperoleh kembali setelah 14 tahun.⁴¹³ Peringkat itu sama dengan

⁴⁰⁹ Okezone.com, *BKPM : Investasi Asing Kuartal 2012 Terbesar Sepanjang Sejarah*, 23 April 2012

⁴¹⁰ Detikfinance, *Gita Wirjawan: RI Disebut Negara Ekonomi Komodo*, 11 April 2012.

⁴¹¹ Ibid.

⁴¹² Kompas.com, *Investment Grade Bukti Keberhasilan Indonesia*, 16 Desember 2011.

⁴¹³ BBC News, *Indonesia regains investment grade after 14 years*, 16 December 2011.

India.⁴¹⁴ Pemberian peringkat tersebut didasarkan pertimbangan karena pertumbuhan ekonomi yang kuat dan berdaya tahan, rasio utang publik yang rendah dan terus menurun, likuiditas eksternal yang menguat, dan kerangka kebijakan makro yang hati-hati.⁴¹⁵

Sebulan kemudian *Moody's* memberikan peringkat investasi Indonesia dengan nilai Baa3.⁴¹⁶ Keputusan tersebut didasarkan pertimbangan antara lain, *pertama*, pertumbuhan ekonomi Indonesia menunjukkan ketahanan terhadap guncangan eksternal.⁴¹⁷ *Kedua*, adanya kebijakan mengatasi kerentanan finansial.⁴¹⁸ *Ketiga*, sistem perbankan yang sehat dan mampu menahan guncangan.⁴¹⁹ Sedangkan *Standard & Poor* memberikan nilai BB+. Munculnya *rating* baru tersebut telah mendorong keyakinan dunia internasional terhadap masa depan ekonomi dan prospek investasi di Indonesia.

Perkembangan positif yang menggembirakan terjadi pada tahun 2008 bersamaan dengan krisis yang melanda Amerika Serikat, Indonesia masuk menjadi anggota Kelompok 20 (G-20) yang terdiri atas negara-negara yang dipandang memiliki kemampuan secara ekonomi, sumber daya dan berpotensi untuk maju di masa depan. Keanggotaan dalam G-20 telah ikut memberikan dampak dan citra positif Indonesia di mata para pebisnis nasional dan internasional. Indonesia menjadi negara ekonomi terbesar ke-16 di dunia. Kekuatan ekonomi Indonesia juga melampaui Belanda yang berada di urutan ke-18. G-20 merupakan klub negara yang spesifik, karena tidak semua negara menjadi anggota. Di antara negara-negara anggota ASEAN, Indonesia adalah satu-satunya negara yang menjadi anggota G-20.

⁴¹⁴ Ibid.

⁴¹⁵ Ibid.

⁴¹⁶ Vivanews.com, *Alasan Moody's Naikkan RI ke Investment Grade*, 18 Januari 2012.

⁴¹⁷ Ibid.

⁴¹⁸ Ibid.

⁴¹⁹ Ibid.

Malaysia dan Singapura yang memiliki kemajuan ekonomi tidak masuk sebagai anggota.

Di tingkat regional Asia Tenggara, Indonesia merupakan negara pendiri ASEAN pada tahun 1967 dan merupakan *natural leader* yang memiliki peran sentral. ASEAN diakui sebagai salah satu organisasi regional terkemuka dan relatif berhasil dalam menciptakan perdamaian, stabilitas keamanan, pembangunan dan kemajuan ekonomi. Indonesia berperan aktif dan memainkan peran penting dalam menangani berbagai persoalan dan konflik di kawasan Asia Tenggara. Presiden Indonesia tampil setiap tahun pada *ASEAN Business and Investment Forum*, sebuah forum yang mempertemukan para pemimpin dan eksekutif perusahaan serta pengusaha, dan memberikan *advice* serta informasi terkini tentang prospek dan peluang ekonomi Indonesia.

Dalam lingkup kawasan Asia dan Pasifik, Indonesia menjadi anggota APEC (*Asia Pacific Economic Cooperation*) yang beranggotakan 21 negara, bersama-sama dengan Australia, Amerika Serikat, China, Jepang, Korea dan Rusia. Dalam Pertemuan Tingkat Tinggi Para Pemimpin APEC (*APEC Leaders Summit*), presiden Indonesia selalu tampil dalam *APEC Business Forum* menyampaikan berbagai prospek, potensi dan peluang bisnis dan investasi di Indonesia di hadapan para pemimpin perusahaan dan pelaku bisnis. Para pengusaha terkemuka nasional Indonesia juga terlibat dalam *APEC Business Advisory Council* yang mempromosikan potensi dan peluang kerjasama ekonomi antara para pengusaha Indonesia dengan pengusaha dari negara anggota APEC lainnya. Pada tahun 2013 Indonesia juga akan menjadi Ketua APEC dan tuan rumah *APEC Leaders Summit*.

Pada tingkat global, posisi Indonesia ternyata tidak berbanding lurus dengan fakta di atas. Indonesia berada di peringkat ke-46 dunia di antara 142 negara berdasarkan survey Forum Ekonomi Dunia (*World Economic Forum*) dalam *Global*

Competitiveness Report 2011-2012.⁴²⁰ Posisi tersebut turun dibandingkan tahun 2010-2011 di urutan ke-44 dari 139 negara.⁴²¹ Dari tiga komponen indeks daya saing global (*Global Competitiveness Index*), yaitu *basic requirements* (kebutuhan dasar), *efficiency enhancer* (peningkat efisiensi) dan *innovation and sophistication factors* (faktor inovasi dan kecanggihan), Indonesia masing-masing hanya menempati peringkat ke-53, 56 dan 41.⁴²²

Skor tertinggi untuk elemen dari indeks pendorong efisiensi hanya pada ukuran pasar (*market size*) yang berada di urutan ke-15.⁴²³ Hal ini cukup beralasan, mengingat Indonesia memiliki penduduk sekitar 240 juta, sehingga mampu mengelola pasar dalam negeri dan memperluas pasar luar negeri melalui peningkatan ekspor dan perluasan akses pasar di pasar global.

c. Perlindungan Terhadap Investor Dalam Korporasi

Hasil survei yang dikeluarkan Bank Dunia tentang *Ease of Doing Business 2012* menunjukkan *ranking* negara-negara, termasuk Indonesia dalam melindungi penanam modal (*protecting investor*). Indonesia menempati urutan ke-46 dari 183 negara.⁴²⁴ Ranking ini lebih rendah dari tahun 2011 yang berada di urutan ke-44. Negara lain seperti Malaysia menempati urutan ke-4,⁴²⁵ dan Singapore di urutan ke-2.⁴²⁶

Untuk melakukan pemeringkatan, Bank Dunia menggunakan kriteria tertentu perlindungan investasi yang berbeda dengan anggapan umum dan konvensional yang selama ini dikenal, hanya terkait dengan perlakuan atau pelanggaran hukum

⁴²⁰ World Economic Forum, *Global Competitiveness Report 2011-2012*, Geneva, 2011, hlm. 206.

⁴²¹ Ibid, hlm. 206.

⁴²² Ibid, hlm. 206.

⁴²³ Ibid, hlm. 206.

⁴²⁴ World Bank Group, *Ease of Doing Business 2012 in Indonesia*, hlm. 1.

⁴²⁵ World Bank Group, *Ease of Doing Business 2012 in Malaysia*, hlm. 1.

⁴²⁶ World Bank Group, *Ease of Doing Business 2012 in Singapore*, hlm. 1.

terhadap perusahaan penanam modal. Kriteria internasional yang digunakan sebagai indikator adalah indeks tingkat keterbukaan (*disclosure*), indeks tanggung jawab direktur (*director liability*), indeks kemudahan tuntutan terhadap pemegang saham (*ease of shareholder suits*) dan kekuatan perlindungan terhadap penanam modal (*strength of investor protection*).⁴²⁷

Dalam hal tingkat keterbukaan (*disclosure*) perusahaan, Undang-Undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas (UUPT) telah menyediakan pengaturan yang harus dipenuhi oleh korporasi, tanpa kecuali perusahaan penanam modal asing. UUPT telah menampung dan memberikan tuntunan tentang prinsip keterbukaan sesuai dengan kaidah-kaidah tatakelola perusahaan yang baik (*good corporate governance/GCG*), yang direalisasikan dalam bentuk laporan tahunan perusahaan, pengumuman pendirian perusahaan dan pengumuman perubahan anggaran dasar perusahaan dan pengumuman rapat umum pemegang saham (RUPS). Penerapan prinsip keterbukaan adalah sejalan dengan kaidah GCG yang menyaratkan adanya transparansi.

Pasal 66 UUPT tentang laporan tahunan menyatakan :

- (1) Direksi menyampaikan laporan tahunan kepada RUPS setelah ditelaah oleh Dewan Komisaris dalam jangka waktu paling lambat 6 (enam) bulan setelah tahun buku Perseroan berakhir.

Laporan tahunan di dalamnya akan mencakup neraca akhir tahun, laporan keuangan, laporan laba rugi, laporan arus kas dan laporan perubahan ekuitas.⁴²⁸ Selain itu juga dimuat laporan kegiatan perusahaan, laporan tanggung jawab sosial perusahaan dan lingkungan, laporan tentang pengawasan yang dilakukan oleh Dewan Komisaris.⁴²⁹

⁴²⁷ World Bank Group, *Ease of Doing Business 2012 in Indonesia*, hlm. 1

⁴²⁸ Pasal 66 ayat (2) a Undang-Undang Perseroan Terbatas.

⁴²⁹ Pasal 66 ayat (2) b-e Undang-Undang Perseroan Terbatas.

Untuk mendukung prinsip keterbukaan, UUPT dengan tegas mengatur adanya transparansi dalam pendirian perusahaan. Akta pendirian perusahaan harus mendapatkan persetujuan dari Menteri Hukum dan HAM dan diumumkan dalam Tambahan Berita Negara Republik Indonesia.⁴³⁰

UUPT juga mengatur tentang peran, tugas, wewenang dan tanggung jawab direktur (*director liability*) sebagai organ perusahaan yang mengelola dan menjalankan roda bisnis perusahaan. Pasal 97 dengan tegas menyatakan, bahwa direksi bertanggung jawab atas pengurusan perusahaan. Wewenang sebagai direksi dilaksanakan dalam batas untuk kepentingan perseroan dan sesuai dengan maksud dan tujuan pendirian perseroan.⁴³¹

Berkaitan dengan kemudahan mengajukan tuntutan hukum ke pengadilan oleh pemegang saham minoritas, Indonesia menempati urutan ke-66 dunia.⁴³² Posisi jauh di bawah Malaysia yang berada di peringkat ke-14⁴³³ dan Singapura di peringkat ke-6.⁴³⁴ Indonesia dipandang kurang memberikan perlindungan terhadap kepentingan pemegang saham minoritas (*protection of minority shareholders' interest*) dibandingkan Malaysia dan Singapura.

Dari analisa di atas menunjukkan, pada tingkat global, meskipun UUPT telah menampung elemen-elemen penting terkait kekuatan perlindungan terhadap investor (*strength of investor protection*), namun gabungan dari ketiga indeks tersebut hanya menempatkan posisi Indonesia pada peringkat ke-36 dunia.⁴³⁵ Posisi Indonesia jauh lebih rendah dari Malaysia yang berada di urutan ke-4⁴³⁶ dan

⁴³⁰ Pasal 30 ayat (1) Undang-Undang Perseroan Terbatas.

⁴³¹ Pasal 92 ayat (1) Undang-Undang Perseroan Terbatas.

⁴³² World Economic Forum, Op.cit, hlm. 207.

⁴³³ World Economic Forum, Op.cit, hlm. 249

⁴³⁴ World Economic Forum, Op.cit, hlm. 317.

⁴³⁵ World Economic Forum, Op.cit, hlm. 207.

⁴³⁶ World Economic Forum, Op.cit, hlm. 249.

Singapura di urutan ke-2.⁴³⁷ Indonesia tidak memiliki kekuatan yang cukup dalam melindungi investor.

e. Implementasi Kontrak

Sebagai wujud dari komitmen bisnis, pelaksanaan kontrak merupakan unsur yang sangat fundamental dalam perlindungan hukum terhadap investasi. Unsur ini sesuai dengan prinsip hukum perdata, "*pacta sunt servanda*", yang menegaskan bahwa perjanjian harus ditaati. Melaksanakan kontrak berarti menunjukkan niat baik untuk sama-sama melindungi kepentingan penanam modal dan mitra bisnis di negara tuan rumah.

Dalam praktik, maksud para mengikatkan diri dalam kontrak dapat diidentifikasi sebagai berikut :⁴³⁸

1. Untuk menyediakan bukti tertulis mengenai transaksi yang mereka lakukan.
2. Untuk mencegah terjadinya penipuan.
3. Untuk menetapkan hak dan kewajiban para pihak.
4. Untuk mengatur secara lebih terperinci transaksi bisnis yang kompleks, demi mencegah hambatan dalam pelaksanaan kontrak yang mereka buat.

Tujuan pembuatan kontrak menurut P.S. Atijah setidaknya memiliki tiga tujuan, yaitu :⁴³⁹

1. Kontrak wajib untuk dilaksanakan (memaksa) serta memberikan perlindungan terhadap suatu harapan yang wajar.
2. Kontrak berupaya mencegah terjadinya suatu penambahan kekayaan secara tidak adil.
3. Kontrak bertujuan untuk mencegah terjadinya kerugian tertentu dalam hubungan kontraktual.

Sedangkan fungsi atau arti penting kontrak/perjanjian dalam hubungan bisnis adalah :⁴⁴⁰

⁴³⁷ World Economic Forum, Op.cit, hlm. 317.

⁴³⁸ Elmer Doonan and Charles Foster, *Drafting*, Cavendish Publishing Limited, London, 2001, dalam Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian – Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersial*, Kencana, Jakarta, 2011, hlm. 99.

⁴³⁹ P.S. Atijah, *Promises, Moral and Law*, Clarendon Press, Oxford, 1981, dalam Agus Yudha Hernoko, *Ibid*, hlm. 98.

1. Kontrak sebagai wadah hukum bagi para pihak dalam menuangkan hak dan kewajiban masing-masing (bertukar konsesi dan kepentingan).
2. Kontrak sebagai bingkai aturan main.
3. Kontrak sebagai alat bukti adanya hubungan hukum.
4. Kontrak memberikan (menjamin) kepastian hukum.
5. Kontrak menunjang iklim bisnis yang kindusif (*win-win solution*; efisien-profit)

Dalam hukum perdata terdapat beberapa pasal pokok yang berkaitan dengan kontrak atau perjanjian yang menjadi landasan dalam pembuatan kontrak bisnis, yaitu pasal 1320 dan 1338 (3) KUH Perdata. Pasal 1320 menegaskan empat syarat sahnya kontrak/perjanjian, yaitu :⁴⁴¹

1. Sepakat mereka yang mengikatkan dirinya.
2. Kecakapan untuk membuat perikatan.
3. Suatu hal tertentu.
4. Suatu sebab yang halal atau diperbolehkan.

Pasal 1338 (3) menambahkan, bahwa “perjanjian-perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik”.⁴⁴² Terdapat keterkaitan antara keduanya. Pasal 1320 menegaskan tentang syarat-syarat yang harus dipenuhi dalam pembuatan kontrak, sedangkan Pasal 1338 (3) mencerminkan wujud komitmen dan perintah bagi kedua pihak untuk melaksanakan kontrak yang telah disepakati dengan sebaik-baiknya (*good faith*).

Dalam praktik kenyataan menunjukkan, meskipun kontrak telah dibuat dan ditandatangani para pihak, terdapat celah kemungkinan adanya perselisihan atau sengketa yang tidak diinginkan di kemudian hari, baik karena perbedaan penafsiran isi kontrak, karena ingkar janji atau pelanggaran kontrak oleh salah satu pihak atau karena faktor dan sebab lain di luar kemampuan masing-masing pihak.

Berbagai tahapan dan prosedur pelaksanaan kontrak antara investor dan mitra lokal dengan sendirinya merefleksikan kondisi riil praktik penerapan kontrak

⁴⁴⁰ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian – Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersial*, Kencana, Jakarta, 2011, hlm. 100.

⁴⁴¹ Ibid, hlm. 157.

⁴⁴² Ibid, hlm. 134.

komersial di Indonesia. Dalam praktik, penerapan kontrak tidak terlepas dari peran pengadilan (*court*) dalam menyelesaikan sengketa komersial (*commercial dispute*) dari gugatan yang diajukan pihak-pihak dalam kontrak/perjanjian, terutama dalam kontrak penjualan. Proses pengadilan akan menjadi tolok ukur dalam melihat seberapa efisien lembaga peradilan dalam menyelesaikan sengketa komersial berdasarkan prosedur (*procedures*), waktu (*time*) dan biaya (*cost*) yang dikeluarkan selama berlangsungnya perkara di pengadilan.⁴⁴³

Prosedur menyangkut tahap untuk memasukkan file dan mengajukan kasus, tahap persidangan dan putusan, serta tahap yang seharusnya dilakukan untuk melaksanakan putusan.⁴⁴⁴ Waktu dihitung dari saat penggugat memasukkan perkara di pengadilan hingga pembayaran, termasuk jumlah hari ketika tindakan dilakukan dan waktu tunggu di antara keduanya.⁴⁴⁵ Biaya yang dikeluarkan meliputi biaya pengadilan (*court cost*), biaya pelaksanaan putusan (*enforcement cost*), dan biaya pengacara (*attorney cost*).⁴⁴⁶

Efektivitas penyelesaian sengketa akan memberikan banyak keuntungan.⁴⁴⁷ Pengadilan adalah sarana esensial bagi pengusaha, karena mereka akan menafsirkan aturan yang berlaku di pasar dan melindungi hak-hak ekonomi.⁴⁴⁸ Pengadilan yang efisien dan transparan juga akan mendorong hubungan bisnis yang baru, sehingga para pengusaha akan percaya dan menyerahkan pada pengadilan jika pelanggan baru gagal melakukan pembayaran.⁴⁴⁹ Penanaman modal asing cenderung

⁴⁴³ World Bank Group, *Enforcing Contract*, hlm. 1.

⁴⁴⁴ Ibid, hlm. 8.

⁴⁴⁵ Ibid, hlm. 8.

⁴⁴⁶ Ibid, hlm. 9.

⁴⁴⁷ Ibid, hlm. 1.

⁴⁴⁸ Ibid, hlm. 1.

⁴⁴⁹ Ibid, hlm. 1.

meningkat dimana biaya penyelesaian sengketa dalam penarikan utang lebih murah, terlebih pada negara tuan rumah yang memiliki banyak utang.⁴⁵⁰

Penyelesaian sengketa komersial merupakan elemen penting dari perlindungan investasi, sehingga Bank Dunia memasukkan elemen tersebut sebagai indikator daya saing global ekonomi negara. Bank Dunia menempatkan Indonesia di urutan ke-156 dari 183 negara.⁴⁵¹ Posisi Indonesia berada jauh di bawah Malaysia di urutan ke-31⁴⁵² dan Singapura di urutan ke-12.⁴⁵³ Efisiensi dan efektivitas penegakan kontrak dalam arti penyelesaian sengketa komersial melalui pengadilan pada dasarnya tidak berdiri sendiri, tetapi memiliki keterkaitan dan dipengaruhi oleh berbagai faktor, baik institusi, sistem hukum, manajemen perkara, kapabilitas penegak hukum, teknologi informasi, maupun kebijakan negara terhadap lembaga peradilan.

f. Perlindungan Terhadap Manusia dan Harta Benda Dalam Konteks Hukum Pidana

Dalam konteks hukum pidana, tujuan dari penerapan hukum pidana adalah untuk melindungi kepentingan orang perseorangan atau hak asasi manusia, negara, masyarakat dan harta benda milik individu.⁴⁵⁴ Dua hal esensial dari tujuan tersebut yang sangat terkait dengan perlindungan hukum terhadap investasi asing adalah perlindungan kepentingan orang perseorangan dan harta benda (*property*). Pengertian harta benda tidak saja mencakup barang bergerak seperti mobil, motor, bis, pesawat terbang, sarana telekomunikasi dan alat transportasi lain, tetapi

⁴⁵⁰ Ibid, hlm. 1.

⁴⁵¹ World Bank Group, *Ease of Doing Business 2012 in Indonesia*, hlm. 1.

⁴⁵² World Bank Group, *Ease of Doing Business in Malaysia*, hlm. 1.

⁴⁵³ World Bank Group, *Ease of Doing Business in Singapore*, hlm. 1.

⁴⁵⁴ Muladi, *Kapita Selektta Sistem Peradilan Pidana*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 1995, dalam Erdianto Effendi, *Hukum Pidana Indonesia – Suatu Pengantar*, Refika Aditama, Bandung, 2011, hlm. 33.

termasuk barang tidak bergerak seperti bangunan rumah, pabrik, dan gudang dan sejenisnya.

Tujuan tersebut sejalan dengan fungsi dari hukum pidana, yaitu :

- (i) melindungi kepentingan hukum dari perbuatan yang menyerang dan memerkosanya;
- (ii) memberi dasar legitimasi bagi negara dalam menjalankan fungsi mempertahankan kepentingan hukum yang dilindungi; dan
- (iii) mengatur dan membatasi kekuasaan negara dalam menjalankan fungsi mempertahankan kepentingan hukum yang dilindungi.⁴⁵⁵

Fungsi melindungi kepentingan hukum menurut Satochid Kartanegara dan Adami Chazawi, berdasarkan doktrin hukum pidana Jerman, terdapat empat hal yang berkaitan langsung dengan kepentingan hukum yang meliputi : (i) hak-hak (*rechten*); (ii) hubungan hukum (*rechtbetrekking*); (iii) Keadaan hukum (*rechttoetstand*); dan (iv) bangunan masyarakat (*sociale instellingen*).⁴⁵⁶

Sedangkan objek atau kepentingan hukum yang dilindungi (*protected legal interest*) mencakup tiga hal yaitu :⁴⁵⁷

- (i) Kepentingan hukum perorangan (*individual legal interest*), yang berkaitan dengan hak hidup (*nyawa*) atau *life*, kepentingan hukum atas tubuh (*body*), kepentingan hukum atas hak milik atas benda (*property*), kepentingan hukum atas harga diri dan nama baik, rasa susila, dsb.
- (ii) Kepentingan hukum masyarakat (*community legal interest*) seperti terhadap keamanan dan kepentingan umum, ketertiban lalu lintas di jalan raya, dsb.
- (iii) Kepentingan hukum negara (*state legal interest*), seperti kepentingan terhadap keamanan dan keselamatan negara, terhadap negara-negara sahabat, termasuk kepala negara dan wakilnya, dsb.

Dalam kaitan dengan penanaman modal asing, maka kepentingan hukum perorangan memiliki kedudukan yang sangat penting, karena menyangkut keamanan dan keselamatan pribadi penanam modal, baik bagi pemilik modal, para eksekutif perusahaan maupun para pekerja profesional. Secara individual semuanya

⁴⁵⁵ Erdianto Effendi, *ibid*, hlm. 39-40.

⁴⁵⁶ *Ibid*, hlm. 39.

⁴⁵⁷ *Ibid*, hlm. 39.

harus mendapatkan perlindungan dan terhindar dari tindakan negara yang tidak menyenangkan.⁴⁵⁸

Perlindungan terhadap suasana dan lingkungan aman yang diberikan oleh negara tuan rumah mencakup dimensi yang luas, tidak saja terbatas di tempat kerja (*office*), kawasan industri (*industrial estate*) dan bidang bisnis dari investasi (*business of the investment*), tetapi juga menyangkut lingkungan tempat tinggal (*residence*).

Dalam kasus penjualan *Black Berry Messenger* (BBM) murah di Mal Pacific Place, Jakarta, 25 November 2011, setelah terjadi insiden 90 orang pingsan dan 3 orang mengalami patah tulang karena tergencet akibat berdesak-desakan⁴⁵⁹, otoritas keamanan mengajukan permohonan “Cekal” kepada pihak imigrasi agar pimpinan perusahaan *Research In Motion* (RIM) Indonesia masuk dalam daftar Cekal (cegah dan tangkal).⁴⁶⁰ Permohonan cekal disampaikan setelah Presdir RIM Indonesia, Andy Cobham, dan konsultan keamanan RIM, Terry Burki, ditetapkan sebagai tersangka setelah kericuhan penjualan BBM tersebut.

Tindakan aparaturnya keamanan negara yang mengambil langkah dengan menetapkan profesional perusahaan sebagai tersangka telah mengundang reaksi negatif dari perusahaan asing dan penanam modal asing yang menilai langkah tersebut telah mengancam kenyamanan, keselamatan dan harga diri pribadi. Langkah tersebut dipandang sebagai tindakan gegabah dan tidak menyenangkan dari aparaturnya keamanan negara terhadap aktivitas bisnis mereka. Oleh karena itu, penetapan suatu tindakan atau perbuatan menjadi tindak pidana (kejahatan) harus dilakukan secara sangat hati-hati (*prudent*) dan selektif agar hanya orang-orang

⁴⁵⁸ Ibid, hlm. 39.

⁴⁵⁹ Harian Seputar Indonesia, *Ricuh Penjualan BlackBerry, Presdir dan Konsultan RIM Indonesia Dicekal*, 6 Desember 2011.

⁴⁶⁰ Ibid.

yang benar-benar bersalah yang dihukum atau dipidana.⁴⁶¹ Sebelum menetapkan seseorang sebagai tersangka perlu dilakukan proses penyelidikan secara mendalam dan seksama.

Kasus tersebut dapat diselesaikan dengan baik, karena peristiwa itu diakibatkan oleh kelalaian penyelenggara acara (*event organizer*) dalam melakukan persiapan pelaksanaan acara promosi tersebut.⁴⁶² Tidak cukup bukti untuk dikatakan kalau kejadian itu disebabkan oleh perwakilan RIM di Indonesia.⁴⁶³ Pihak penyelenggara juga telah memberikan pelayanan kesehatan dengan menanggung seluruh biaya pengobatan bagi para pengunjung yang mengalami cedera dan korban dari acara tersebut.⁴⁶⁴ Aparat keamanan kemudian juga mencabut cekal kepada pimpinan RIM Indonesia dan konsultan keamanan.⁴⁶⁵ Kejadian tersebut menunjukkan peran penting aparat kepolisian dalam memberikan perlindungan terhadap penanam modal. Bagaimana pelayanan yang diberikan polisi Indonesia dan negara-negara lain dapat dilihat dari hasil survey WEF di bawah ini.

Perlindungan Bisnis oleh Polisi

Rank	Country/Economy	Value
1	Finlandia	6,7
2	Singapore	6,4
3	Denmark	6,3
4	Swedia	6,3
5	Swiss	6,3
6	Kanada	6,3
7	Islandia	6,3
8	Qatar	6,3
9	Hong Kong SAR	6,2
10	Chile	6,2
39	Malaysia	5,0
88	Indonesia	3,7

Sumber : The Global Competitiveness Report 2011-2012, World Economic Forum, 2011

⁴⁶¹ Erdianto Effendi, Op.Cit, hlm. 40.

⁴⁶² Keterangan dari Kepala Unit Kriminal Khusus Polres Jakarta Selatan, 22 Juni 2012.

⁴⁶³ Ibid.

⁴⁶⁴ Ibid.

⁴⁶⁵ Ibid.

Data peringkat negara-negara tersebut menunjukkan kepercayaan masyarakat terhadap pelayanan polisi (*police services*) sebagai unsur pelindung masyarakat untuk menegakkan hukum dan ketertiban (*to enforce law and order*) di berbagai negara. Dari peringkat (*rank*) dan nilai (*value*) yang diperoleh Indonesia memperlihatkan, sangat rendahnya posisi polisi dalam melindungi kepentingan masyarakat bisnis dan penanam modal. Indonesia menempati urutan ke-88 dari 142 negara, jauh di bawah Malaysia di peringkat ke-39 dan Singapura di peringkat ke-2.

Penanggulangan terhadap tindak pidana pada dasarnya tidak dapat dilakukan secara semena-mena, akan tetapi harus dilakukan secara integral, tidak hanya dengan pendekatan “penal”, tetapi harus ada keseimbangan antara penal dan “non-penal”.⁴⁶⁶ Kebijakan penal memiliki kelemahan/keterbatasan, karena cenderung bersifat fragmentaris/simplistik, lebih bersifat represif dan tidak preventif.⁴⁶⁷ Jika tindakan penanggulangan kejahatan cenderung menggunakan pendekatan penal, maka langkah itu tidak mendukung tercapainya kesejahteraan sosial (*social welfare*) dan perlindungan masyarakat (*social defence*).⁴⁶⁸

g. Perlakuan Terhadap Orang Asing Di Dalam Wilayah Negara

Dalam kaitan dengan lalu lintas orang asing yang menjalankan kegiatan bisnis di dalam wilayah negara Indonesia, pengaturan keberadaan dan kedudukan warga negara asing diatur di bawah rejim hukum imigrasi yang dituangkan dalam Undang-Undang No. 6 Tahun 2011 tentang Keimigrasian dan regulasi keimigrasian. Pengaturan keimigrasian merupakan instrumen yang penting, karena kebijakan

⁴⁶⁶ Barda Nawawi Arief, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Kejahatan*, Prenada Media Group, Jakarta, Cetakan ke-3, 2010, hlm. 78.

⁴⁶⁷ Ibid, hlm. 78.

⁴⁶⁸ Ibid, hlm. 78.

keimigrasian akan sangat berpengaruh pada iklim investasi, kemauan orang asing atau calon investor asing untuk datang dan menanamkan modal di Indonesia.⁴⁶⁹

Pengaturan itu pada dasarnya merupakan bagian integral dari fasilitas yang diberikan kepada penanam modal dalam rangka meningkatkan penanaman modal seperti diatur dalam undang-undang penanaman modal. Pemberian fasilitas dimaksud ditegaskan dalam Pasal 21 butir b UUPM yang menyatakan, bahwa pemerintah memberikan kemudahan pelayanan dan/atau perizinan kepada perusahaan penanaman modal untuk memperoleh fasilitas pelayanan keimigrasian.⁴⁷⁰

Fasilitas keimigrasian yang diberikan meliputi dua kategori izin tinggal, yaitu izin tinggal terbatas (*temporary residence permit*) dan izin tinggal tetap (*permanent residence permit*).⁴⁷¹ Izin tinggal terbatas diberikan untuk jangka waktu 2 (dua) tahun yang dapat diperpanjang setiap satu atau dua tahun.⁴⁷² Sedangkan izin tinggal tetap diberikan secara langsung untuk selama 2 (dua) tahun dan dapat diperpanjang untuk dua tahun berikutnya.⁴⁷³ Pemberian izin tinggal dua tahun sekaligus karena sebelum adanya UUPM izin tinggal hanya diberikan untuk jangka waktu satu tahun dan harus diperpanjang setiap tahun. Fasilitas imigrasi tersebut juga tidak terdapat dalam UU PMA dan bukan merupakan fasilitas investasi. Jangka waktu satu tahun dinilai oleh perusahaan penanam modal terlalu singkat dan kurang praktis jika harus diperpanjang setiap tahun. Pemberian fasilitas extra tersebut juga merupakan bagian dari insentif dan upaya untuk meningkatkan daya saing penanaman modal Indonesia dibandingkan dengan negara lain. UU Keimigrasian pada Pasal 54 secara tegas juga menyatakan, bahwa “izin tinggal tetap” dapat diberikan kepada orang

⁴⁶⁹ Sihar Sihombing, *Hukum Imigrasi*, Nuansa Aulia, Bandung, 2009, hlm. 94.

⁴⁷⁰ Pasal 21 butir b Undang-Undang No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (UUPM).

⁴⁷¹ Pasal 23 ayat (3) UUPM.

⁴⁷² Pasal 23 ayat (3) UUPM.

⁴⁷³ Pasal 23 ayat (3) UUPM.

asing pemegang izin tinggal terbatas sebagai investor.⁴⁷⁴ Dengan izin tersebut, maka penanam modal asing secara sah (*legal*) dan administrasi hukum mendapatkan perlindungan hukum untuk tinggal dan menetap di dalam wilayah Indonesia.

Selain itu, untuk memberikan perlindungan dan rasa aman secara optimal, berdasarkan Undang-Undang No. 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian, lembaga kepolisian sesuai Pasal 14 ayat (1) butir i, juga mengemban tugas perlindungan yang menyangkut keselamatan jiwa raga, harta benda, masyarakat maupun lingkungan hidup dari gangguan ketertiban, termasuk memberikan bantuan dan pertolongan dengan menjunjung tinggi nilai-nilai hak asasi manusia.⁴⁷⁵ Untuk memastikan perlindungan kepada warga negara asing, khususnya penanam modal asing, Pasal 15 ayat (2) butir i mengamanatkan kepolisian bersama-sama dengan instansi terkait, dalam hal ini imigrasi, secara koordinatif melakukan pengawasan fungsional kepada orang asing yang berada di wilayah Indonesia.⁴⁷⁶ Dengan keterlibatan lembaga imigrasi dan kepolisian, maka secara yuridis formal Indonesia memiliki komitmen yang tinggi dalam memberikan perlindungan kepada investor baik terhadap keselamatan diri pribadi, fisik, harta benda maupun lingkungan.

h. Ketenagakerjaan

Undang-Undang Penanaman Modal (UUPM) memuat secara khusus ketentuan tentang ketenagakerjaan dalam Bab VI pada Pasal 10. Berdasarkan Pasal 10 ayat (2) perusahaan penanaman modal berhak mempekerjakan tenaga kerja asing untuk dengan jabatan dan keahlian yang dibutuhkan sesuai dengan peraturan yang berlaku. Dengan ketentuan tersebut, maka menjadi kewajiban pemerintah untuk

⁴⁷⁴ Pasal 54 ayat (1) butir a Undang-Undang No. 6 Tahun 2011 tentang Keimigrasian.

⁴⁷⁵ Pasal 14 ayat (1) butir i Undang-Undang No. 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia (UU Kepolisian).

⁴⁷⁶ Pasal 15 ayat (2) butir i UU Kepolisian.

memberikan perlindungan kepada pekerja asing yang bekerja dalam rangka penanaman modal. Hal ini sesuai dengan Pasal 14 butir (a) UUPM yang menegaskan bahwa setiap penanam modal berhak mendapat kepastian hak, hukum dan perlindungan.

Pasal 14 butir (a) dengan demikian menjadi pasal pelindung yang memberikan jaminan hukum bagi tenaga kerja asing untuk bekerja dan mendapatkan perlindungan. Para investor, eksekutif perusahaan dan pekerja asing dengan begitu memiliki landasan dan kepastian hukum tentang perlindungan ketenagakerjaan selama mereka bekerja di Indonesia. Perlindungan tenaga kerja asing tidak saja berupa pemberian izin kerja, tetapi juga mencakup keselamatan kerja yang diproteksi melalui asuransi, sesuai dengan prinsip-prinsip keselamatan dan kesehatan kerja (K3). Jaminan keselamatan tersebut sesuai dengan Undang-Undang No. 3 Tahun 1992 tentang Jaminan Sosial Tenaga Kerja (Jamsostek).⁴⁷⁷ Para pekerja asing yang tidak memiliki jaminan asuransi tenaga kerja di negara asalnya, maka wajib diberikan perlindungan melalui program jaminan tenaga kerja seperti jaminan kecelakaan dan jaminan pemeliharaan kesehatan.⁴⁷⁸ Dengan semua pengaturan tersebut, maka penanam modal asing, eksekutif perusahaan dan pekerja profesional mendapatkan perlindungan ketenagakerjaan secara penuh dalam menjalankan aktivitas selama perusahaan beroperasi di Indonesia.

B. Perbandingan Perlindungan Investasi Di Beberapa Negara

a. Perlindungan Investasi di Malaysia

1. Kebijakan Penanaman Modal Asing

⁴⁷⁷ Syahmardan, *Perlindungan dan Alih Pengetahuan Tenaga Kerja Asing Di Indonesia*, <http://www.djpp.depkumham.go.id/hukum-internasional>, 28 Agustus 2012.

⁴⁷⁸ Ibid, hlm. 1.

Malaysia telah membuka diri terhadap penanaman modal asing sejak tahun 1960-an.⁴⁷⁹ Awal 1960-an perusahaan PMA memasuki industri substitusi impor seperti produk makanan, minuman, kimia dan plastik.⁴⁸⁰ Pada akhir 1960-an, karena terbatasnya pasar dalam negeri dan pesatnya pembangunan industri serta meningkatnya pasar tenaga kerja, negara menghadapi meningkatnya pengangguran.⁴⁸¹ Untuk mengatasi pengangguran, pemerintah mendorong kebijakan pembangunan industri berorientasi ekspor (*export-oriented industry*) dan industri padat karya (*labour-intensive industry*).⁴⁸²

Pada dekade 1970-an, dengan memanfaatkan tenaga kerja murah yang berlimpah, kawasan bebas (*free zones*) dan fasilitas lainnya, Malaysia mendorong masuknya investasi asing di produk listrik dan elektronik serta industri tekstil.⁴⁸³ Langkah ini kemudian membawa Malaysia ke era industri berorientasi ekspor (*an era of export orientation*).⁴⁸⁴ Pada akhir 1980-an menyusul kebijakan liberalisasi PMA melalui undang-undang *Promotion of Investment Act* (1986), pemerintah memberikan insentif dan fasilitas penanaman modal yang lebih luas untuk industri manufaktur, pertanian, pariwisata dan proyek hotel, R&D, pelatihan teknik dan vikasi, serta multimedia.⁴⁸⁵ Dengan promosi yang intensif dan faktor eksternal yang mendukung, (karena peningkatan biaya produksi di Jepang dan didorong munculnya ekonomi Asia industri baru (*newly-industrialized Asian economies*)), terjadi peningkatan arus PMA yang signifikan di sektor manufaktur.

Menyusul keberhasilan tersebut, pada dekade 1990-an kebijakan penanaman modal dan industri diarahkan pada peningkatan nilai tambah (*value-added*) dan

⁴⁷⁹ ASEAN Secretariat, *Investing in ASEAN – A Guide for Foreign Investor*, Jakarta, 1999, hlm. 86.

⁴⁸⁰ Ibid, hlm. 86.

⁴⁸¹ Ibid, hlm. 86.

⁴⁸² Ibid, hlm. 86.

⁴⁸³ Ibid, hlm. 87.

⁴⁸⁴ Ibid, hlm. 86.

⁴⁸⁵ Ibid, hlm. 87.

industri padat modal dan teknologi (*capital and technology-intensive industries*).⁴⁸⁶ Dengan kebijakan ini proyek dengan teknologi tinggi, nilai tambah tinggi (*high value-added*), menggunakan tenaga kerja berketerampilan tinggi (*high-level skills*), penguatan keterkaitan industri yang memiliki potensi ekspor besar semakin dipromosikan.⁴⁸⁷

Menghadapi krisis finansial global tahun 2008, Malaysia mengeluarkan kebijakan untuk mendukung penanaman modal, yaitu *Economic Transformation Programme* (ETP) yang difokuskan dalam rangka menyerap modal dan kegiatan padat pengetahuan (*knowledge-intensive activities*) sehingga dapat menaikkan ekonomi ke status ekonomi berpendapatan tinggi (*high-income economy*) pada tahun 2020.⁴⁸⁸ Program ini memberikan fokus yang kuat pada beberapa mesin pertumbuhan dengan memprioritaskan investasi pada 12 *National Key Economic Areas* (NKEAs).⁴⁸⁹ Bidang-bidang yang termasuk dalam ekonomi kunci ini antara lain mencakup :⁴⁹⁰ (i) *oil, gas and energy*; (ii) *palm oil*; (iii) *financial services*; (iv) *tourism*; (v) *business services*; (vi) *education*; (vii) *healthcare*; (viii) *communication content and infrastructure*; dan (ix) *agriculture*.

Bagi Malaysia, PMA tidak saja dipandang sebagai sumber modal dan devisa, tetapi terpenting merupakan sarana untuk menjamin penguasaan teknologi industri, keahlian manajerial, tenaga kerja, produktivitas dan kemampuan ekspor.⁴⁹¹ PMA dan penanaman modal dalam negeri dipromosikan di sektor manufaktur sebagai sumber pertumbuhan ekonomi.⁴⁹² Kebijakan investasi yang liberal yang mengizinkan kepemilikan saham asing 100% dalam proyek berorientasi ekspor telah

⁴⁸⁶ Ibid, hlm. 87,

⁴⁸⁷ Ibid, hlm. 87.

⁴⁸⁸ Ibid, hlm. 5.

⁴⁸⁹ Asia Pacific Economic Cooperation, *APEC Investment Guide 2011*, Singapore, 2011, hlm 96.

⁴⁹⁰ Ibid, hlm. 96.

⁴⁹¹ Ibid, hlm. 86.

⁴⁹² Ibid, hlm. 86.

berhasil menarik masuknya sejumlah besar industri manufaktur menanamkan modal di Malaysia.⁴⁹³

Kebijakan Malaysia mempertahankan rejim PMA yang liberal tidak dapat dipungkiri telah membawa keberhasilan bagi pembangunan dan kemajuan ekonomi. PMA telah memberikan kontribusi signifikan terhadap pembangunan ekonomi, tidak saja dalam arti pertumbuhan PDB, tetapi juga pada perubahan struktural yang telah mentransformasi Malaysia dari negara yang berbasis pada pertanian dan komoditas primer menjadi ekonomi industri. PMA diakui telah memberikan kontribusi yang besar terhadap kemajuan industri, pembangunan dan daya saing internasional.⁴⁹⁴ Kebijakan investasi yang liberal yang diterapkan secara optimal telah mampu mendatangkan penanam modal asing dalam jumlah besar, sehingga dapat membangun berbagai sektor industri manufaktur dan jasa bagi kemajuan negara.

2. Daya Saing Bisnis

Malaysia adalah negara yang bergerak (*country on the move*), dari negara yang bergantung pada pertanian dan komoditas primer, menjadi *export driven economy* yang didorong dengan teknologi tinggi, *knowledge-based* dan industri padat modal (*capital-intensive industry*).⁴⁹⁵ Dengan didukung oleh sistem ekonomi pasar dan kebijakan pemerintah yang pro bisnis, Malaysia menawarkan kepada investor lingkungan bisnis yang dinamis sebagai prasyarat bagi perusahaan penanam modal asing untuk tumbuh dan mendapatkan keuntungan.⁴⁹⁶ Selain itu juga ditopang oleh infrastruktur yang telah maju dan tenaga kerja produktif, politik yang

⁴⁹³ Ibid, hlm. 86.

⁴⁹⁴ Ibid, hlm. 86.

⁴⁹⁵ Asia Pacific Economic Cooperation, *APEC Investment Guide 2011*, Singapore, 2011, hlm. 95.

⁴⁹⁶ Ibid, hlm. 95.

stabil dengan sistem hukum yang maju (*well-develop legal system*), serta insentif yang menarik bagi investor.⁴⁹⁷

Lingkungan bisnis yang kondusif menjadikan Malaysia satu di antara negara tujuan investasi utama dunia untuk industri manufaktur.⁴⁹⁸ Setidaknya lebih dari 5.000 perusahaan asing dari 40 negara beroperasi di negara ini, sehingga menjadi satu di antara 10 negara paling kompetitif di dunia berdasarkan *2010 World Competitiveness Yearbook* (WYC).⁴⁹⁹ Keunggulan ekonomi mencakup tiga bidang utama, yaitu teknologi, infrastruktur dan sumber daya manusia.⁵⁰⁰ Teknologi merupakan bagian integral dari pertumbuhan sebagai negara industri.⁵⁰¹ Infrastruktur disiapkan untuk melayani komunitas bisnis seperti jaringan telekomunikasi dengan teknologi digital dan serat optik, lima bandara internasional, jalan tol, dan tujuh pelabuhan laut internasional.⁵⁰² Selain itu juga disediakan industri kunci untuk investor asing di sektor jasa dan manufaktur, baik industri yang berbasis sumber daya alam (*resource-based industry*) maupun industri yang tidak berbasis sumber daya alam (*non-resource based industry*).⁵⁰³ Industri-industri ini termasuk manufaktur elektronik, *R&D, biotechnology, photonics, logistics, design, innovation*, dan sektor manufaktur otomatis.⁵⁰⁴

Survey yang dilakukan *International Finance Corporation* (IFC), perusahaan dari Bank Dunia dalam *Doing Business 2012* menempatkan Malaysia pada urutan ke-18 dari 183 negara.⁵⁰⁵ Peringkat ini naik dibandingkan tahun 2011 yang berada di urutan ke-23. Malaysia juga menempati urutan ke-4 untuk kategori perlindungan

⁴⁹⁷ Ibid, hlm. 95.

⁴⁹⁸ Ibid, hlm. 95.

⁴⁹⁹ Ibid, hlm. 95.

⁵⁰⁰ Ibid, hlm. 95.

⁵⁰¹ Ibid, hlm. 95.

⁵⁰² Ibid, hlm. 95.

⁵⁰³ Ibid, hlm. 95.

⁵⁰⁴ Ibid, hlm. 95.

⁵⁰⁵ World Bank Group, *Doing Business 2012 – Doing Business in a More Transparent World*, Washington, 2011.

terhadap investor (*protecting investor*), dan peringkat ke-31 dalam hal penegakan kontrak (*enforcing contract*).⁵⁰⁶

Untuk mendukung daya saing penanaman modal, Malaysia menerapkan rejim investasi yang liberal.⁵⁰⁷ Pelaksanaan rejim investasi dilakukan melalui *Malaysian Industrial Development Authority* (MIDA), sebagai badan promosi investasi yang melakukan perencanaan strategis, monitoring proyek investasi, negosiasi proyek dan kerjasama internasional.⁵⁰⁸ Sebagai badan promosi, MIDA yang didirikan tahun 1967 juga melakukan promosi terhadap sektor manufaktur dan jasa yang terbuka bagi penanam modal domestik dan asing.⁵⁰⁹

Dalam perlindungan investasi terhadap hak milik pribadi dan syarat-syarat untuk ekspropriasi, Malaysia menganut prinsip-prinsip yang berlaku secara umum.⁵¹⁰ Ekspropriasi hanya akan dilakukan jika memenuhi kriteria: (i) dilakukan atas dasar ketentuan hukum atau kepentingan publik dan melalui proses hukum; (ii) tidak bersifat diskriminatif (*non-discriminatory*); dan (iii) disertai dengan pembayaran yang *prompt, adequate and effective compensation*.⁵¹¹

Untuk penyelesaian sengketa, investor dapat menggunakan fasilitas judicial dalam negeri atau mengajukan penyelesaian melalui badan arbitrase ICSID.⁵¹² Lembaga arbitrase *Kuala Lumpur Regional Centre for Arbitration* yang didirikan tahun 1978 di bawah *Asia-African Legal Consultative Committee* (AALCC) juga dapat dipergunakan untuk penyelesaian sengketa atau klaim yang berkaitan dengan

⁵⁰⁶ Ibid.

⁵⁰⁷ Ibid, hlm. 95.

⁵⁰⁸ Ibid, hlm. 95.

⁵⁰⁹ Ibid, hlm. 99.

⁵¹⁰ Asia Pacific Economic Cooperation, Op.cit, hlm. 100.

⁵¹¹ Ibid, hlm. 100.

⁵¹² Ibid, hlm. 101.

kontrak, pelanggaran, pengakhiran atau ketidaksahan (*invalidity*) kontrak dan perjanjian bisnis.⁵¹³

Dalam perjanjian investasi internasional (*international investment agreement/IIA*), Malaysia juga menandatangani perjanjian investasi bilateral (PIB) dengan berbagai negara, termasuk dengan Indonesia, Inggris, Perancis, Jerman dan Amerika Serikat.⁵¹⁴ Secara keseluruhan Malaysia telah menandatangani 66 PIB, 61 perjanjian penghindaran pajak berganda (P3B) dan 22 IIA.⁵¹⁵ Disamping itu, juga ditandatangani perjanjian jaminan investasi (*investment guarantee agreement/IGA*) dengan ASEAN dan *Organization of Islamic Cooperation* (OIC). IGA memberikan jaminan untuk (i) melindungi terhadap nasionalisasi dan ekspropriasi; (ii) meyakinkan adanya kompensasi yang prompt dan adequate jika terjadi nasionalisasi dan kompensasi; dan (iii) menjamin kebebasan transfer *profits, capital and other fees*.⁵¹⁶

3. Kedudukan Dalam Bisnis Internasional

Sebagai negara berkembang, Malaysia semakin mendapatkan tempat dan diperhitungkan dalam percaturan bisnis global. Dalam survey yang dilakukan oleh Forum Ekonomi Dunia (*World Economic Forum*), *Global Competitiveness Report 2011-2012*, Malaysia menempati urutan ke-21 dunia dari 142 negara.⁵¹⁷ Posisi ini meningkat dibandingkan tahun 2010-2011 yang berada di peringkat 26 dunia.⁵¹⁸ Dari tiga komponen utama *Global Competitiveness Index* (indeks daya saing global), yaitu *basic requirements* (kebutuhan dasar), *efficiency enhancers* (peningkat

⁵¹³ Ibid, hlm. 101

⁵¹⁴ Ibid, hlm. 101.

⁵¹⁵ Rajah Rasiah and Chandran Govindaraju, *Inward FDI in Malaysia and Its Policy Context*, dalam Columbia FDI Profiles, Vale Columbia Center on Sustainable International Investment, Columbia University, New York, 2011, hlm. 5.

⁵¹⁶ Ibid, hlm. 101.

⁵¹⁷ World Economic Forum, *The Global Competitiveness Report 2011-2012*, Geneva, hlm. 248.

⁵¹⁸ Ibid, hlm. 248.

efisiensi), dan *innovation and sophistication factors* (faktor inovasi dan kecanggihan), Malaysia berada dalam 25 besar dunia, dengan masing-masing di peringkat 25, 20 dan 22.⁵¹⁹

Dalam indeks pendorong efisiensi, terdapat dua elemen yang memiliki posisi sangat signifikan, yaitu *goods market efficiency* (efisiensi pasar barang) di peringkat 15 dan *financial market development* (pengembangan pasar keuangan) di peringkat 3.⁵²⁰ Dua posisi yang signifikan tersebut dengan sendirinya mencerminkan kemampuan dan keunggulan negara yang bersangkutan dalam pengelolaan bisnis barang dan pengembangan sektor keuangan sebagai bisnis jasa atau non-barang. Efisiensi pasar barang juga berbanding terbalik dengan peringkat *market size* (ukuran pasar) yang berada pada posisi 29 dunia. Skor efisiensi pasar (15) hampir dua kali lebih tinggi dibandingkan kekuatan ukuran pasar negara tersebut di tingkat dunia. Angka tersebut menunjukkan, bahwa Malaysia memiliki kemampuan meningkatkan produksi dalam negeri dan memanfaatkannya secara maksimal dengan melakukan ekspor ke pasaran internasional dan peningkatan akses pasar ke pasar global.

b. Perlindungan Investasi di Singapura

1. Kebijakan Penanaman Modal Asing

Kebijakan penanaman modal asing tidak dapat dipisahkan dari sejarah ekonomi modern Singapura yang dimulai sejak awal kemerdekaan pada tahun 1965.⁵²¹ Tidak lama setelah itu, untuk menarik modal asing masuk, pada tahun 1967 dikeluarkan *1967 Economic Expansion Act* sebagai landasan dalam penanaman

⁵¹⁹ Ibid, hlm. 248.

⁵²⁰ Ibid, hlm. 248.

⁵²¹ Locknie Hsu, *Inward FDI in Singapore and Its Policy Context*, dalam Columbia FDI Profiles, Vale Columbia Center on Sustainable International Investment, Columbia University, New York, 31 Mei 2012, hlm. 1.

modal asing (PMA).⁵²² Undang-undang ini pada dasarnya merupakan kebijakan insentif fiskal untuk mendorong investasi asing dengan memberikan konsesi pajak untuk mendapatkan keuntungan (*tax concession on profit*).⁵²³ Kebijakan ini disusul kemudian dengan pendekatan dua jalur (*two-prong approach*) pada tahun 1973 yaitu menarik PMA yang bernilai tambah tinggi (*high value-added foreign investment*) dengan mengundang investasi manufaktur padat teknologi (*technology-intensive manufacture investment*) seperti petrokimia, peralatan mesin, *precision engineering*, dan elektronik canggih; dan pemberian bantuan kepada industri lokal dalam meningkatkan keterampilan dan kemampuan teknologi.⁵²⁴

Kebijakan PMA Singapura pada tingkat tertentu adalah sejalan dengan kebijakan industrialisasi yang menjadi inti dari pembangunan industri teknologi (*techno-industrial development*) yang diperoleh dari perusahaan-perusahaan multinasional yang beroperasi di Singapura.⁵²⁵ Inisiatif, strategi dan kebijakan umum PMA Singapura juga selalu diarahkan pada fiskal dan insentif yang berpihak pada perusahaan asing (*foreign firms*) seperti insentif pajak untuk kegiatan industri “*pioneer*”, perusahaan ekspor, pinjaman asing, teknologi asing, penelitian dan pengembangan (R&D), impor mesin dan peralatan yang bebas pajak, kawasan industri yang didukung sarana dan infrastruktur berkualitas tinggi, dan subsidi pelatihan industri.⁵²⁶

Dalam perkembangannya, kebijakan PMA yang dijalankan Singapura sangat liberal (*highly liberal*).⁵²⁷ Sebagai contoh, sedikitnya pembatasan mengenai ketentuan kandungan lokal, keleluasaan perusahaan asing melakukan ekspor dan

⁵²² Christopher M. Dent, *The Foreign Economic Policies of Singapore, South Korea and Taiwan*, Edward Elgar, Cheltenham, United Kingdom, 2002, hlm. 90.

⁵²³ Ibid, hlm. 90.

⁵²⁴ Ibid, hlm. 90.

⁵²⁵ Ibid, hlm. 90.

⁵²⁶ Ibid, hlm. 90.

⁵²⁷ Ibid, hlm. 90.

impor, serta kepemilikan asing pada aset perusahaan lokal.⁵²⁸ Dengan langkah-langkah itu, tidak dapat dipungkiri, kemajuan yang dicapai Singapura dari kebijakan PMA telah memberikan dampak yang luar biasa bagi ekonomi. Pendapatan PDB per kapita pada tahun 1965 hanya US\$ 516, pada tahun 2010 telah mencapai US\$ 43.867, terjadi peningkatan 85 kali lipat hanya dalam 45 tahun.⁵²⁹ Cadangan devisa pada tahun 2011 mencapai US\$ 233,6 miliar atau US\$ 45.070 per kapita.⁵³⁰ Arus investasi asing meningkat, dari US\$ 93 juta tahun 1970 menjadi US\$ 39 miliar tahun 2010.⁵³¹ Persentase arus PDB PMA tahun 1970 hanya 5%, meningkat menjadi 18% tahun 2010.⁵³²

Keberhasilan Singapura dalam menggerakkan modal asing dan lokal tidak terlepas dari peran lembaga yang dikenal dengan *Economic Development Board* (EDB) yang didirikan tahun 1961.⁵³³ EDB adalah badan pembangunan ekonomi yang bertugas mempromosikan investasi di dalam dan luar negeri dan mengatur skema insentif, termasuk insentif fiskal.⁵³⁴ Kebijakan dan undang-undang investasi yang liberal telah menjadi instrumen yang dapat menggerakkan ekonomi dan peningkatan investasi serta membawa lompatan industri, dari pada awal 1960-an dan 1970-an nya hanya merupakan basis produk konsumen dan elektronik, menjadi pusat industri jasa dan manufaktur yang canggih.⁵³⁵

Untuk menarik investor global menanamkan modal, pada tahun 2009 Singapura mengeluarkan kebijakan “*new strategy for the Singapore economy*” sebagai strategi baru untuk menarik lebih banyak investasi dan mempromosikan pertumbuhan ekonomi berkelanjutan yang dikenal dengan rencana “*host to*

⁵²⁸ Ibid, hlm. 90.

⁵²⁹ Locknie Hsu, Op.cit, hlm. 1.

⁵³⁰ Ibid, hlm. 1.

⁵³¹ Ibid, hlm. 2

⁵³² Ibid, hlm. 2.

⁵³³ Ibid, hlm. 5.

⁵³⁴ Ibid, hlm. 5

⁵³⁵ Ibid, hlm. 5.

home".⁵³⁶ Kebijakan ini dimaksudkan untuk menciptakan lingkungan dimana Singapura akan menjadi "rumah" bagi bisnis, inovasi dan bakat (*home to business, innovation and talent*). Ketiga aspek tersebut akan saling menggerakkan satu dengan yang lain serta mendorong kegiatan bisnis dan investasi di Singapura.⁵³⁷ Selain itu, Singapura dari waktu ke waktu meninjau ulang undang-undang sehingga dapat mendukung tujuan pembangunan ekonomi negara.⁵³⁸ Sebagai misal, pada tahun 2004 dikeluarkan *Competition Act* untuk mendorong inovasi daya saing pasar Singapura dan mengontrol praktik-praktik yang berdampak terhadap persaingan bisnis,⁵³⁹ serta mengawasi *merger* yang mengurangi daya saing Singapura.⁵⁴⁰

Kebijakan investasi yang liberal cenderung memberikan kepuasan dan motivasi bagi pengusaha melakukan bisnis. Terdapat korelasi yang kuat antara kebijakan investasi yang liberal dengan perlindungan yang dirasakan oleh investor. Semakin terbuka dan liberal kebijakan ekonomi dan investasi yang diterapkan oleh negara, dengan sendirinya semakin mendorong daya tarik dan kenyamanan investor melakukan kegiatan bisnis dan investasi. Dengan semakin terbuka dan liberal, maka para investor mendapatkan akses yang penuh dan lebih leluasa, sehingga tidak menimbulkan rasa kekhawatiran akan kelangsungan kegiatan bisnis dan investasi yang dilakukan di negara tersebut.

2. Daya Saing Bisnis

Sebagai negara kota (*city state*) dengan populasi yang kecil, 5,183 juta,⁵⁴¹ dan tidak memiliki sumber daya alam, ekonomi Singapura mendapatkan keuntungan dengan lokasi geografis yang strategis yang berada di pintu masuk selatan Selat

⁵³⁶ Ibid, hlm. 7.

⁵³⁷ Ibid, hlm. 7.

⁵³⁸ Ibid, hlm. 6.

⁵³⁹ Ibid, hlm. 6.

⁵⁴⁰ Ibid, hlm. 6.

⁵⁴¹ Singapore Economic Development Board, *Facts & Figures*, <http://www.edb.gov.sg/>

Malaka.⁵⁴² Lokasi strategis memungkinkan Singapura pada masa awal menjadi pelabuhan utama (*port of call*), *entrepot* untuk perdagangan dengan China dan *entrepot* untuk kawasan Melayu (*Malayan region*).⁵⁴³ Posisi tersebut telah memberikan dampak ekonomi yang signifikan. Singapura menjadi *hub* yang menghubungkan interkoneksi dan *trans-shipment* pelayaran kapal dan logistik internasional yang menghubungkan dua jalur laut antara Samudera Hindia dan Laut China Selatan.⁵⁴⁴

Survey yang dilakukan *International Finance Corporation* (IFC), perusahaan lembaga keuangan dari Bank Dunia dalam *Doing Business 2012* menempatkan Singapura pada urutan ke-2 dari 183 negara di dunia. Posisi yang sama juga ditempati Singapura pada tahun 2011. Posisi ini menjadikan Singapura dalam kedudukan stabil dan tidak mengalami perubahan selama dua tahun sebagai negara yang memiliki peringkat teratas dalam memberikan perlindungan bisnis kepada investor.

Kemampuan Singapura menempati kedudukan teratas tidak terlepas dari dukungan faktor daya saing yang dimiliki sehingga memiliki keunggulan yang lebih dibandingkan dengan negara lain.⁵⁴⁵ Faktor-faktor yang memberikan dukungan tersebut adalah (i) pemerintahan yang dipercaya dan bebas korupsi (*trusted and corrupt free government*); (ii) tenaga kerja dengan keterampilan tinggi dan terdidik; dan (iii) faktor geografis yang memberikan akses lebih mudah ke 3 miliar orang penduduk di Asia dengan jarak radius penerbangan hanya tujuh jam.⁵⁴⁶

Sebagai tempat tujuan bisnis, Singapura juga menempati peringkat teratas di Asia, sehingga menjadi tujuan pilihan bagi mereka yang memiliki talenta untuk

⁵⁴² Christopher M. Dent, Op.cit, hlm. 62.

⁵⁴³ Ibid, hlm. 62.

⁵⁴⁴ Ibid, hlm. 62.

⁵⁴⁵ Asia Pacific Economic Cooperation, *APEC Investment Guide 2011*, Singapore Investment Profile, Singapore, 2011, hlm. 178.

⁵⁴⁶ Ibid, hlm. 178.

bekerja, hidup dan rekreasi.⁵⁴⁷ Keunggulan ini membuat Singapura mampu menarik 36.000 perusahaan internasional melakukan bisnis.⁵⁴⁸ Selain itu, terdapat lebih dari 7.000 perusahaan multinasional beroperasi di Singapura.⁵⁴⁹

Dalam hal penanaman modal, Singapura sangat terbuka bagi semua bentuk perusahaan dan investasi.⁵⁵⁰ Untuk menarik banyak perusahaan berbisnis, Singapura menerapkan rejim perpajakan yang *simple* dan responsif terhadap kebutuhan bisnis.⁵⁵¹ Rejim pajak dirancang sebaik mungkin untuk mendukung ekonomi dengan investasi yang substantif dan kegiatan bisnis.⁵⁵²

Singapura juga memiliki reputasi penegakan *rule of law* yang kuat,⁵⁵³ sehingga perusahaan-perusahaan yang menempatkan kantor pusat di Singapura mendapatkan keuntungan dari jaringan lebih dari 60 perjanjian perlindungan pajak berganda (*double taxation agreement*) dengan berbagai negara.⁵⁵⁴ Korporasi asing juga mendapatkan manfaat dari perjanjian perdagangan bebas (*free trade agreement/FTA*) dan 36 perjanjian jaminan investasi (*investment guarantee agreement*).⁵⁵⁵

Untuk memfasilitasi penanaman modal asing, pemerintah Singapura mengerahkan badan promosi investasi, yaitu *Economic Development Board* (EDB), dengan menyediakan bantuan keuangan dan insentif pajak untuk membantu bisnis berjalan dan memperluas operasi mereka di Singapura.⁵⁵⁶ Secara umum tidak ada regulasi atau persyaratan yang dibebankan kepada penanam modal untuk

⁵⁴⁷ Ibid, hlm. 178.

⁵⁴⁸ Ibid, hlm. 178.

⁵⁴⁹ Ibid, hlm. 178.

⁵⁵⁰ Ibid, hlm. 178.

⁵⁵¹ Ibid, hlm. 178.

⁵⁵² Ibid, hlm. 178.

⁵⁵³ Ibid, hlm. 178.

⁵⁵⁴ Ibid, hlm. 178.

⁵⁵⁵ Ibid, hlm. 178.

⁵⁵⁶ Ibid, hlm. 178.

melakukan investasi, kecuali untuk tujuan *national security*⁵⁵⁷ dan industri tertentu seperti perbankan, asuransi dan *stock broking*.⁵⁵⁸ Sebagai badan pemerintah, EDB berperan dalam merencanakan dan mengeksekusi strategi untuk meningkatkan posisi Singapura sebagai pusat bisnis global dan menumbuhkan ekonomi.⁵⁵⁹ EDB merancang dan memberikan solusi yang menciptakan nilai tambah bagi investor dan perusahaan di Singapura.⁵⁶⁰ EDB menciptakan peluang-peluang ekonomi dan lapangan pekerjaan bagi masyarakat serta membentuk masa depan ekonomi Singapura.⁵⁶¹ EDB juga mempertajam strategi pembangunan ekonomi untuk memposisikan Singapura di masa depan.⁵⁶²

Untuk perlindungan investasi, Singapura menerapkan dengan kuat perlindungan hak kekayaan intelektual (IPR) dan persyaratan ekspropriasi. Perlindungan HKI yang kuat disediakan agar dapat mendorong inovasi dan menciptakan "*knowledge-based economy*".⁵⁶³ Perlindungan HKI tersebut sesuai dengan komitmen dan kewajiban Singapura dalam berbagai FTA, perjanjian internasional dan konvensi yang mencakup *patents, trademarks, copyrights, registered designs, new plant varieties, geographical indications, layout designs of integrated circuits* dan *confidential information*.⁵⁶⁴

Singapura merupakan negara pihak pada *international treaties* seperti *Patent Cooperation Treaty, Paris Convention for the Protection of Industrial Property, Bern Convention for the Protection of Literacy and Artistic Works, Budapest Treaty, Singapore Treaty on the Law of Trademarks* dan *Nice Agreement*.⁵⁶⁵

⁵⁵⁷ Ibid, hlm. 184

⁵⁵⁸ Ibid, hlm. 179.

⁵⁵⁹ Ibid, hlm. 180.

⁵⁶⁰ Ibid, hlm. 180.

⁵⁶¹ Ibid, hlm. 180.

⁵⁶² Ibid, hlm. 180.

⁵⁶³ Ibid, hlm. 181.

⁵⁶⁴ Ibid, hlm. 181.

⁵⁶⁵ Ibid, hlm. 181.

Dengan menjadi negara pihak dari perjanjian-perjanjian tersebut, Singapura dapat mengimplementasikan *IP regime* sesuai dengan standar internasional.⁵⁶⁶ Komitmen yang kuat dalam penerapan dan perlindungan HKI tersebut menjadikan Singapura menempati urutan pertama di Asia dalam *Property Rights and Intellectual Property Protection* dalam *Global Competitiveness Report* tahun 2010-2011.⁵⁶⁷

Dalam hal penyelesaian sengketa, penanam modal asing memiliki akses yang sama dengan penanam modal domestik untuk menyelesaikan sengketa baik melalui *Singapore High Court* atau *District Court*, arbitrase, mediasi maupun konsiliasi.⁵⁶⁸ Sistem hukum Singapura yang *well-established* dan pengadilan yang independen (*independent judiciary*) menjadikan Singapura mendapatkan pengakuan terbaik di dunia oleh *World Economic Forum* (WEF), *International Institute for Management Development* (IMD) dan *Political & Economic Risk Consultancy* (PERC) sebagai negara yang memiliki peradilan yang efisien, berintegritas dan independen.⁵⁶⁹

Untuk mendukung penyelesaian sengketa komersial penanam modal asing, tahun 1991 didirikan *Singapore International Arbitration Centre* (SIAC) sebagai organisasi non-profit yang independen⁵⁷⁰ sehingga dapat memenuhi permintaan komunitas bisnis internasional adanya lembaga penyelesaian sengketa yang *neutral, efficient* dan *reliable*.⁵⁷¹ Tahun 1997 juga didirikan *Singapore Mediation Centre* sebagai lembaga non-profit untuk mempromosikan mediasi dan menyediakan secara penuh jasa alternatif penyelesaian sengketa (*alternative dispute resolution*).⁵⁷²

⁵⁶⁶ Ibid, hlm. 182.

⁵⁶⁷ Ibid, hlm. 182.

⁵⁶⁸ Ibid, hlm. 183.

⁵⁶⁹ Ibid, hlm. 183.

⁵⁷⁰ Ibid, hlm. 183.

⁵⁷¹ Ibid, hlm. 183.

⁵⁷² Ibid, hlm. 183.

Sistem legislasi Singapura mendukung sepenuhnya arbitrase dan mengadopsi *international best practices*.⁵⁷³

Singapura mengadopsi 1985 *United Nations Commission on International Arbitration Act* (UNCITRAL) Model Law dan memasukkannya ke dalam *International Arbitration Act* 1994.⁵⁷⁴ Di samping itu, Singapura merupakan negara penandatangan 1958 *New York Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards*.⁵⁷⁵ Putusan arbitrase (*arbitration awards*) di Singapura dapat dilaksanakan di lebih dari 140 negara di dunia dan menerapkan rejim terbuka (*open regime*) praktik arbitrase.⁵⁷⁶ Para pihak yang bersengketa arbitrase di Singapura bebas untuk memilih pengacara dari berbagai kebangsaan (*nationality*) dan menggunakan semua sistem hukum.⁵⁷⁷ Tidak saja bebas memilih pengacara Singapura (*Singapore-qualified lawyer*) atau Hukum Singapura, tetapi juga pilihan hukum (*choice of law*) yang akan dipergunakan.⁵⁷⁸

Keberhasilan penerapan hukum dalam menyelesaikan sengketa komersial, menjadikan *International Court of Arbitration* (ICA) dari *International Chamber of Commerce* (ICC) pada tahun 2008 menempatkan Singapura sebagai kota terkemuka (*top city*) di Asia untuk arbitrase ICC dan satu di antara lima tempat paling populer di samping Paris, London, Jenewa dan Zurich sebagai tempat penyelesaian sengketa.⁵⁷⁹ Selain itu, meskipun telah meratifikasi Konvensi ICSID pada 14 Oktober 1968, hingga sekarang tidak ada satu pun sengketa yang melibatkan Singapura sebagai pihak dalam sengketa di ICSID.⁵⁸⁰

⁵⁷³ Ibid, hlm. 183.

⁵⁷⁴ Ibid, hlm. 183.

⁵⁷⁵ Ibid, hlm. 183.

⁵⁷⁶ Ibid, hlm. 183.

⁵⁷⁷ Ibid, hlm. 183.

⁵⁷⁸ Ibid, hlm. 183.

⁵⁷⁹ Ibid, hlm. 183.

⁵⁸⁰ Ibid, hlm. 183.

Dalam perjanjian penanaman modal, Singapura memiliki 36 *international investment agreement* (IIA) yang berlaku, termasuk dengan Indonesia, Jepang, Perancis, Jerman, Swiss, Inggris dan Amerika Serikat. Namun, dalam praktik, lebih dari 36 negara menikmati perlindungan investasi mereka di Singapura.⁵⁸¹ Jaminan perlindungan investasi juga diberikan sebagai konsekuensi dari FTA yang ditandatangani dengan 18 negara.⁵⁸² Penerapan perlindungan investasi sesuai dengan ketentuan yang lazim berlaku dalam IIA seperti prinsip *fair and equitable treatment, non-discrimination (National Treatment and/or Most Favoured Nation Treatment)*, kompensasi dalam hal ekspropriasi, *free transfer of capital and returns*, dan *investor-state dispute settlement mechanism*.⁵⁸³

3. Kedudukan Dalam Bisnis Internasional

Sebagai negara dengan pemerintahan yang sangat pro bisnis, didukung dengan fasilitas infrastruktur fisik dan ekonomi yang modern, kedudukan Singapura dalam percaturan bisnis internasional telah dikenal luas, sehingga mendapatkan pengakuan yang tinggi dari para pelaku bisnis dan institusi ekonomi dunia. Organisasi Forum Ekonomi Dunia (*World Economic Forum*) dalam *Global Competitiveness Report 2011/2012* menempatkan Singapura pada peringkat yang tinggi. Dalam Indeks Daya saing Global dengan menggunakan 3 (tiga) indeks utama pemeringkatan, yang mencakup *basic requirements* (kebutuhan dasar), *efficiency enhancers* (peningkat efisiensi) dan *innovation and sophistication factors* (faktor inovasi dan kecanggihan), Singapura menempati tempat teratas. Dengan komposisi *basic requirements* 20%, *efficiency enhancers* 50% dan *innovation and sophistication* 30%, dari 142 negara, Singapura masing-masing berada di peringkat

⁵⁸¹ Ibid, hlm. 184.

⁵⁸² Ibid, hlm. 184.

⁵⁸³ Ibid, hlm. 184.

(*rank*) nomor 1 (satu) dunia untuk *basic requirements* dan *efficiency enhancers*, dan nomor 11 (sebelas) untuk *innovation and sophistication factors*.

Jika diperinci komponen dari ketiga indeks tersebut akan tampak keunggulan yang dimiliki negara tersebut. *Basic requirements* yang terdiri dari *institutions* (kelembagaan) menempati peringkat 1 dunia, infrastruktur nomor 3, *macroeconomic environment* (lingkungan makroekonomi) peringkat 9, dan *health and primary education* (kesehatan dan pendidikan dasar) di peringkat 3.

Dalam *efficiency enhancers* yang meliputi enam komponen, yaitu *higher education and training* (pendidikan tinggi dan pelatihan), *goods market efficiency* (efisiensi pasar barang), *labor market efficiency* (efisiensi pasar buruh), *financial market development* (pengembangan pasar keuangan), *technological readiness* (kesiapan teknologi) dan *market size* (ukuran pasar), dua komponen utama yaitu efisiensi pasar barang dan pengembangan pasar finansial berada di peringkat 1 dunia. Hal sangat menarik dari data tersebut adalah dari segi ukuran pasar menempati urutan 37 dunia, namun negara tersebut memiliki kemampuan menciptakan dan mengelola pasar yang sangat baik, sehingga dapat mencapai efisiensi pasar barang nomor satu di dunia. Besaran pasar yang sangat kecil, namun sangat efisien dalam distribusi, pemasaran dan penjualan barang baik untuk pasar dalam negeri maupun internasional. Sementara itu, untuk *innovation and sophistication factors* yang meliputi dua komponen yaitu *business sophistication* berada di urutan 15, dan inovasi di peringkat 8.

Citra Singapura sebagai negara dengan keunggulan dalam manajemen bisnis juga tercermin dari keberadaan penerbangan *Singapore Airline*, yang identik dengan kecanggihan negara kota tersebut dalam industri penerbangan global dan sekaligus berperan sebagai sarana promosi *brand image* yang mendunia. Perusahaan

penerbangan nasional ini juga menjadi *corporate icon*⁵⁸⁴ sebagai *world class service organization* (organisasi jasa kelas dunia)⁵⁸⁵ yang mampu mengangkat dan memposisikan citra internasional Singapura di bisnis global.

Keunggulan-keunggulan yang dimiliki Singapura tersebut tidak saja merupakan aset negara, tetapi menjadi kekuatan daya saing ekonomi dan bisnis dalam memberikan jaminan perlindungan kepada investor dan para pengusaha yang akan melakukan interaksi ekonomi dan bisnis. Kemampuan Singapura yang dengan tegas dan terbuka dapat memberikan jaminan (*guarantee*) perlindungan kepada investor dengan sendirinya menjadi nilai tambah ekonomi dan *competitive advantage* yang tidak banyak dimiliki negara lain.

C. Penerapan Kaidah-Kaidah Hukum Internasional terhadap Investasi Asing dalam Perjanjian Penanaman Modal

1. Prinsip *Good Faith*

Sebagai salah satu aturan (*rule*) yang menempati kedudukan penting dalam perjanjian penanaman modal adalah prinsip "*good faith*" (itikad baik). Prinsip ini tidak saja merupakan dasar yang fundamental dalam hukum kontrak, tetapi juga merupakan pilar penopang hukum penanaman modal asing (*law of foreign investment*) dan menjadi dasar tegaknya peradilan investasi (*investment tribunal*).⁵⁸⁶ Prinsip ini merefleksikan makna fundamental konsep untuk memahami semua kewajiban dalam hukum internasional.⁵⁸⁷ Dengan prinsip *good faith*, penanam modal akan mendapatkan keuntungan yang adil dari proyek yang ditanamkan dalam hubungan yang stabil dalam aturan hukum negara tuan

⁵⁸⁴ Loizos Heracleous (et.al), *Flying High in a Competitive Industry – Cost-Effective Service Excellence at Singapore Airlines*, halaman praise for the book, Mc Graw Hill, Singapore, 2006.

⁵⁸⁵ Ibid, halaman praise for the book.

⁵⁸⁶ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, Op.cit. hlm. 5.

⁵⁸⁷ Ibid, hlm. 5.

rumah.⁵⁸⁸ Risiko keuangan jangka panjang penanam modal akan menemukan akibat hukum yang wajar dengan adanya perlindungan dari prinsip itikad baik.⁵⁸⁹ Tanpa prinsip tersebut arus investasi akan terhambat.⁵⁹⁰ Dengan itikad baik, negara-negara mengikatkan keinginan dan tujuan dari pembuatan perjanjian penanaman modal. Penanam modal melakukan penanaman modal pada dasarnya didasarkan atas itikad baik untuk kepentingan bisnis dan akan mendapatkan perlindungan dengan adanya itikad baik dari negara tuan rumah. Sehingga dapat dikatakan, itikad baik menjadi dasar dalam setiap keputusan investasi.⁵⁹¹

Dalam perjanjian internasional, pengakuan dan kewajiban untuk melaksanakan prinsip itikad baik diatur dalam prinsip-prinsip kontrak menurut UNIDROIT (*the Unidroit Principles of International Commercial Contracts*).⁵⁹²

Pasal 1.7 Prinsip Unidroit menyatakan :⁵⁹³

- (1) Each party must act in accordance with *good faith* and fair dealing in international trade.
- (2) The parties may not exclude or limit this duty. (cetak miring dari penulis)

Pasal tersebut dengan jelas menegaskan, bahwa setiap pihak harus (*must*) bertindak sesuai dengan atau didasarkan atas itikad baik. Sebagai prinsip yang diakui secara internasional, maka prinsip ini berlaku dalam perjanjian investasi sebagai bagian dari hukum internasional publik, dan tidak hanya diterapkan dalam perjanjian perdagangan internasional. Prinsip ini dengan sendirinya merupakan norma dasar (*basic norm*) yang menyelimuti perjanjian investasi.

Dalam kaitan dengan lama waktu proyek investasi dan banyak masalah hukum dan faktual yang berkaitan dengannya, merupakan hal yang wajar bahwa

⁵⁸⁸ Ibid, hlm. 5.

⁵⁸⁹ Ibid, hlm. 5.

⁵⁹⁰ Ibid, hlm. 5.

⁵⁹¹ Ibid, hlm. 6.

⁵⁹² Huala Adolf, *Dasar-Dasar Hukum Kontrak Internasional*, Refika Aditama, Bandung, 2008, hlm. 26.

⁵⁹³ Ibid, hlm. 26

perjanjian investasi (*investment treaties*) dan kontrak investasi (*investment contracts*) tidak akan mencakup semua modalitas,⁵⁹⁴ dan prinsip *good faith* akan diterapkan dalam situasi yang tidak secara spesifik diatur pada tingkat perjanjian dan kontrak.⁵⁹⁵

Dalam praktik, sejauh ini, pengadilan investasi menelusuri prinsip *good faith* dalam hal pembaruan izin (*renewal of license*), menunjukkan dokumen-dokumen pada waktu berlangsungnya sidang, percaya pada komunikasi informal yang dibuat oleh pejabat-pejabat negara (*state officials*), dan penolakan untuk berunding atas nama negara tuan rumah.⁵⁹⁶ Prinsip *good faith* harus dijujung tinggi dalam hubungan antara negara tuan rumah dan investor asing. Prinsip ini dalam pengadilan arbitrase juga dipertanyakan apakah tindakan yang diambil oleh pemerintah bertentangan (*contrary*) dan merusak kepentingan ekonomi pemodal asing, yang bertentangan dengan jaminan yang diberikan atas dasar *good faith*.⁵⁹⁷

Prinsip *good faith* menjadi dasar dan menaungi apakah tindakan pengambilalihan demi kepentingan publik (*for a public purpose*) didasarkan atas itikad baik. Dalam *Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment* (1992) yang disusun oleh *Development Committee* dari World Bank, Part IV – *Expropriation and Unilateral Alterations or Termination of Contracts* menyebutkan, bahwa :⁵⁹⁸

1. A state may not expropriate or otherwise take in whole or in part a foreign private investment in its territory, or take measures which have similar effects, except where this is done in accordance with applicable legal procedures, in pursuance in *good faith* of a public purpose, without discrimination on the basis of nationality and against the payment of appropriate compensation.

⁵⁹⁴ Ibid, hlm. 6.

⁵⁹⁵ Ibid, hlm. 6.

⁵⁹⁶ Ibid, hlm. 6.

⁵⁹⁷ Ibid, hlm. 6.

⁵⁹⁸ Surya P. Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2008, hlm. 35.

Bagian tersebut menunjukkan dengan tegas bahwa negara tidak mengambilalih secara keseluruhan atau sebagian dari investasi swasta asing, kecuali dilakukan dengan prosedur hukum yang sesuai dengan itikad baik. Itikad baik menjadi landasan utama dalam pertimbangan dan menentukan langkah hukum tindakan ekspropriasi. Tanpa itikad baik, negara dilarang melakukan ekspropriasi.

Prinsip *good faith* dengan demikian memayungi dasar keinginan (*passion*) negara-negara melakukan perundingan untuk mengikatkan diri dan membuat perjanjian penanaman modal, menjadi dasar dari isi pasal-pasal yang disepakati untuk dimasukkan di dalam *body of the treaty*, dasar pertimbangan pemimpin dan eksekutif perusahaan dalam membuat keputusan investasi, serta pertimbangan hukum *legal counsel* sebelum mengajukan gugatan hukum terhadap negara tuan rumah atas persoalan dan perselisihan hukum yang dihadapi dari proyek bisnis dan investasi yang dilakukan.

2. Prinsip *Pacta Sunt Servanda*

Prinsip *pacta sunt servanda* merupakan prinsip yang tidak dapat dipisahkan dalam perjanjian penanaman modal, karena prinsip ini berkaitan erat dengan janji negara (*state promises*)⁵⁹⁹ untuk melaksanakan perjanjian yang telah disepakati dan ditandatangani. Prinsip ini juga menjadi sarana untuk menjelaskan keyakinan akan kebenaran (*myth*) perjanjian investasi bilateral (PIB) yang menjadi penopang berdirinya sistem modern hukum investasi internasional.⁶⁰⁰

Sebagai prinsip fundamental perjanjian, setiap negara dituntut untuk melaksanakan yang perjanjian yang disepakati. Sesuai makna dasar *pacta sunt*

⁵⁹⁹ Yason Webb Jackie, *Pacta Sunt Servanda and State Promises to Foreign Investors Before Bilateral Investment Treaties: Myth and Reality*, 32 Fordham International Law Journal 1550, 2009, Fordham University School of Law, dalam Erman Radjagukguk, *Hukum Investasi Langsung dan Pasar Modal*, Pascasarjan FHUI, 2011, hlm. 1.

⁶⁰⁰ Ibid, hlm. 1.

servanda yaitu “*promises shall be kept*” (janji harus ditaati), maka tidak terdapat alasan yang membolehkan negara untuk melanggar suatu perjanjian (*breach a contract* atau *agreement/treaty*), kecuali dalam keadaan tertentu dan memaksa di luar kemampuan dan kontrol negara.

Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) 1969 pada Article 26 dengan tegas menempatkan prinsip *pacta sunt servanda* sebagai prinsip utama menyatakan, bahwa “*Every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith*”.⁶⁰¹ *International Law Commission* (ILC) sebagai komisi yang diberikan mandat untuk merancang konvensi tersebut memberikan komentar, *pacta sunt servanda* adalah aturan bahwa perjanjian adalah mengikat bagi para pihak dan harus dilaksanakan dengan itikad baik.⁶⁰² ILC lebih lanjut menyatakan bahwa “*principle of good faith is a legal principle which forms an integral part of the pacta sunt servanda*”⁶⁰³ (prinsip itikad baik adalah prinsip hukum yang merupakan bagian integral dari *pacta sunt servanda*).

Prinsip ini mendapatkan perhatian luas, menyusul terjadinya pelanggaran perjanjian yang terjadi sebelum perkembangan pesat PIB pada tahun awal 1990-an.⁶⁰⁴ Negara-negara berkembang pada tahun 1960-an dan 1970-an secara bebas dipandang telah melakukan pelanggaran atas janji mereka (*break their promises*) kepada investor asing dengan kekebalan hukum (*legal impunity*). Pada saat menandatangani perjanjian negara-negara menunjukkan itikad baik dan komitmen untuk menaati perjanjian, tetapi di kemudian hari karena sesuatu hal mereka mengingkari janji yang disepakati. Berlindung di balik kekebalan negara (*state*

⁶⁰¹ D.J. Harris, *Cases and Materials on International Law*, London Sweet & Maxwell, London, 2004, hlm. 828.

⁶⁰² Ibid, hlm. 828.

⁶⁰³ Ibid, hlm. 828.

⁶⁰⁴ Ibid, hlm. 1

impunity)⁶⁰⁵ karena didasarkan atas kedaulatan negara, dengan leluasa dapat melanggar atau pada tingkat yang lebih tinggi membatalkan secara sepihak perjanjian atau kontrak investasi. Sehingga menimbulkan pertanyaan atas kedudukan *pacta sunt servanda* antara mitos dan realitas.

Kenyataan tersebut berawal dari Resolusi Majelis Umum PBB tahun 1962 tentang pembentukan “*permanent sovereignty over natural resources*”⁶⁰⁶ (PSNR)⁶⁰⁷ yang diusulkan negara-negara berkembang, antara lain Uruguay dan Chile⁶⁰⁸ yang kemudian diterima oleh negara-negara maju.⁶⁰⁹ Resolusi tersebut antara lain menyebutkan :⁶¹⁰

1. The right of peoples and nations to permanent sovereignty over their natural wealth and resources must be exercised in the interest of their national development and of the well-being of the people of the State concerned.

Butir 1 tersebut di atas menegaskan dengan jelas bahwa rakyat dan bangsa memiliki kedaulatan permanen atas kekayaan dan sumber daya alam yang dipergunakan untuk kepentingan pembangunan nasional dan kesejahteraan rakyat negara yang bersangkutan.

Namun, sepanjang yurisprudensi internasional menunjukkan, bahwa janji negara (*state promises*) terhadap investor asing dipandang dapat ditegakkan konsisten dengan praktik hukum internasional.⁶¹¹ Dengan kata lain, perjanjian penanaman modal dan kontrak investasi tetap eksis karena ditopang oleh *pacta sunt servanda* sebagai prinsip hukum internasional yang kuat (*robust international legal principle*).⁶¹²

⁶⁰⁵ Ibid, hlm. 1.

⁶⁰⁶ Ibid, hlm. 1.

⁶⁰⁷ Surya P. Subedi, Op.cit. hlm. 21.

⁶⁰⁸ Ibid, hlm. 22.

⁶⁰⁹ Ibid, hlm. 23.

⁶¹⁰ Ibid, hlm. 22.

⁶¹¹ Yason Webb Jackie, Op.cit, hlm. 1

⁶¹² Ibid, hlm. 21.

3. Prinsip Resiprositas

Sebagai perjanjian publik, maka negara-negara yang mengikatkan diri dalam perjanjian penanaman modal akan memberlakukan hak dan tanggung secara timbal balik (*reciprocal*). Tidak ada negara yang ingin menerima tanggung jawab dan membebankan semua tanggung jawab di pundak negara sendiri. Sebagai bentuk penghormatan dan pengakuan terhadap kedaulatan yang sama (*equal sovereignty*), maka setiap negara akan mempertukarkan secara timbal-balik syarat-syarat dan ketentuan yang akan diterapkan serta *cost and benefit* yang akan diterima masing-masing pihak. Prinsip ini pada awalnya bersandar pada adanya rasa saling kepentingan (*mutual interest*) yang dimiliki. Dengan prinsip ini akan tercipta situasi saling menguntungkan (*mutual benefit*) antara negara dan pihak-pihak dalam perjanjian.

Prinsip resiprositas (*reciprocity*) pada dasarnya merupakan wujud dan pencerminan dari kedaulatan negara. Bentuk resiprositas ini secara ekspresif dapat dilihat dan tercermin dari nama perjanjian penanaman modal. Nama resmi dari PIB Indonesia dan Iran adalah *Agreement on Promotion and Reciprocal Protection of Investment Between The Government of The Republic of Indonesia and The Government of The Islamic Republic of Iran*. Kata “*Reciprocal Protection*” dengan praktis menunjukkan, bahwa perjanjian itu bersifat dan berlaku secara timbal balik. Peraturan Presiden RI No. 66 Tahun 2008 tentang ratifikasi perjanjian tersebut juga menggunakan kata resmi “Pengesahan Persetujuan Mengenai Peningkatan dan Perlindungan Timbal Balik Penanaman Modal Antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Republik Islam Iran”. Kata “Perlindungan Timbal Balik” digunakan sebagai padanan *reciprocal protection*.

Dengan aturan prinsip resiprositas, masing-masing negara pihak dalam perjanjian penanaman modal akan menerapkan *national treatment, most-favoured*

nations treatment, ketentuan nasionalisasi dan eksproisasi, pengaturan transfer dana, *legal and security protection*, dan kompensasi secara timbal balik dan adil antara kedua pihak secara bilateral, atau pihak-pihak lain yang terikat dalam perjanjian secara regional dan multilateral.

4. Prinsip *Non Discriminatory*

Prinsip *Non Discriminatory* atau Non Diskriminasi menurut Muchammad Zaidun merupakan kaidah hukum internasional yang fundamental dalam penanaman modal asing.⁶¹³ Prinsip ini berakar pada dua prinsip umum yang diakui dan berlaku dalam perdagangan internasional, yaitu prinsip *National Treatment* (NT) dan *Most-Favoured Nations Treatment* (MFN). Prinsip MFN melarang suatu negara melakukan diskriminasi dengan antara negara (*between countries*), sedangkan prinsip NT melarang suatu negara melakukan diskriminasi terhadap negara-negara lainnya (*against other countries*).⁶¹⁴

Pelarangan diskriminasi tersebut didasarkan atas pertimbangan, karena diskriminasi merupakan karakteristik dari kebijakan perdagangan proteksionis yang diterapkan banyak negara pada masa krisis ekonomi tahun 1930-an.⁶¹⁵ Kebijakan diskriminasi memberikan kontribusi penting yang menyebabkan krisis ekonomi dan politik pada Perang Dunia Kedua.⁶¹⁶ Dengan prinsip non diskriminasi, maka negara-negara terikat dan berkewajiban menerapkan dua prinsip kembar (*twin principles*) tersebut dalam penanaman modal.

Prinsip *national treatment* dan *most-favoured-nation treatment* menjadi penopang dari prinsip non diskriminasi, sehingga setiap negara tidak menerapkan

⁶¹³ Muchammad Zaidun, *Penerapan Prinsip-Prinsip Hukum Internasional Penanaman Modal Asing di Indonesia*, Disertasi Program Pascasarjana Universitas Airlangga, Surabaya, 2005, hlm. 221.

⁶¹⁴ Peter Van den Bossche, *The Law and Policy of the WTO*, Cambridge University Press, Cambridge, 2005, hlm. 308.

⁶¹⁵ Ibid, hlm. 308.

⁶¹⁶ Ibid, hlm. 308.

kebijakan diskriminasi, dan memberikan perlakuan yang adil dan *equal* antara negara satu dengan negara yang lain. Kedua prinsip tersebut merupakan dasar utama bagi pengembangan kebijakan hukum dalam bidang penanaman modal asing, sehingga tercipta harmonisasi antara hukum internasional dan hukum nasional tentang penanaman modal. Dengan penerapan kedua prinsip tersebut, maka negara-negara tidak dapat dengan leluasa memberikan perbedaan perlakuan terhadap penanam modal dari negara satu dengan negara yang lain.

Dalam PIB antara Indonesia dan Iran (2005)⁶¹⁷ prinsip non diskriminasi terdapat pada Article 4 – *Most-Favoured-Nation Provisions* yang menyatakan :

1. Investment of natural and legal persons of either Contracting Party effected within territory of the other Contracting Party, shall receive the host Contracting Party's ... *fair treatment not less favourable than* that accorded to investors of any third state who are in a comparable situation. (cetak miring dari penulis)

Pasal 4 ayat (1) menegaskan, bahwa penanaman modal dari individu sebagai *natural person* dan badan hukum (*legal person*) dari negara penanam modal akan menerima perlakuan yang adil (*fair treatment*) yang sama baiknya dari (*not less favourable than*) yang diberikan kepada penanam modal dari negara ketiga dalam situasi dan kondisi yang sama.

Sebagai pengecualian, seperti diatur dalam Article 4 ayat (2), prinsip non diskriminasi hanya diterapkan jika salah satu menjadi negara pihak dan terikat pada kesepakatan perjanjian yang dibentuk dengan negara ketiga yang membentuk perjanjian perdagangan bebas (*free trade agreement*), *customs union*, *common market* atau organisasi regional serupa atau dalam perjanjian penghindaran pajak berganda (*avoidance of double taxation agreement*).

Dalam PIB antara Indonesia dan Inggris (1976) pada Article 4 tentang *Most-Favoured-Nation Provisions*, prinsip non diskriminasi menyebutkan :

⁶¹⁷ PIB antara Indonesia dan Iran ditandatangani tanggal 20 Juni 2005 di Teheran, Iran.

Neither Contracting Party shall in its territory subject investments or returns of nationals or companies of the other Contracting Party to *treatment less favourable than* that accords to investments or returns of nationals or companies of any third State. (cetak miring dari penulis)

Sama dengan PIB Indonesia dan Iran, ketentuan pasal 4 di atas juga menyatakan, tidak ada negara pihak di dalam wilayahnya memperlakukan negara pihak yang lain yang kurang menyenangkan dari pada perlakuan yang diberikan kepada negara ketiga.

Berbeda dengan PIB antara Indonesia dan Iran, pengecualian prinsip non diskriminasi dalam PIB antara Indonesia dan Inggris masih dalam bentuk yang lebih tradisional, tidak mencakup perdagangan bebas, *customs union* atau pasar bersama, yang belum berkembang pada saat itu. Pengecualian dari prinsip non diskriminasi berlaku terhadap warga negara atau perusahaan yang mengalami kerugian (*losses*) diakibatkan oleh perang (*war*), konflik bersenjata (*armed conflict*), revolusi, negara dalam keadaan darurat (*a state of national emergency*) atau kerusuhan.⁶¹⁸ Dalam hal penanaman modal mengalami kerugian karena sebab-sebab tersebut, maka negara pihak harus memberikan restitusi, *indemnification*, kompensasi atau penyelesaian lain, yang sama baiknya dari pada (*not less favourable than*) yang diberikan kepada negara ketiga.⁶¹⁹

Dalam PIB Model Amerika Serikat 2004 (US Model BIT 2004),⁶²⁰ prinsip *national treatment* dan *most favoured nation treatment* diatur dalam pasal tersendiri. Article 3 – *National Treatment* menyatakan :

1. Each Party shall accord to investors of the other Party *treatment no less favourable than* that it accords, in like circumstances, to its own investors with respect to the

⁶¹⁸ Article 4 ayat (3) PIB Indonesia dan Inggris.

⁶¹⁹ Article 4 ayat (3) PIB Indonesia dan Inggris.

⁶²⁰ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, New York, 2008, hlm. 385. Nama lengkap dari PIB Model Amerika Serikat adalah “*Treaty Between the Government of the United States of America and the Government of [Country] Concerning the Encouragement and Reciprocal Protection of Investment*”.

establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory. (cetak miring dari penulis)

Pasal di atas menunjukkan, bahwa Amerika Serikat tetap memandang penting dan menempatkan prinsip national treatment sebagai prinsip penting dalam perjanjian penanaman modal dengan negara manapun.

Prinsip *most-favoured-nation treatment* diatur dalam Article 4 yang menyatakan :

1. Each Party shall accord to investors of the other Party *treatment no less favourable than* that it accords, in like circumstances, to investors of any non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments in its territory. (cetak miring dari penulis)

Pasal tersebut memperlihatkan dengan jelas, bahwa setiap pihak dalam perjanjian penanaman modal harus memberikan perlakuan yang sama dan tidak diskriminatif terhadap pihak lain di dalam wilayah nasionalnya.

Inggris dalam model perjanjian penanaman modal 2005 (UK Model BIT 2005)⁶²¹ memiliki struktur yang sedikit berbeda dengan model Amerika Serikat. Inggris menggabungkan prinsip *national treatment* dan *most-favoured-nation treatment* dalam satu pasal. Article 3 – *National Treatment and Most-favoured nation Provisions* menyebutkan :

1. Neither Contracting Party shall in its territory subject investments or returns of nationals or companies of the other Contracting Party to *treatment less favourable than* that it accords to investments or returns of its own nationals or companies or to investments or returns of nationals or companies of any third State.
2. Neither Contracting Party shall in its territory subject nationals or companies of the other Contracting Party, as regards their management, maintenance, use, enjoyment or disposal of their investments, to *treatment less favourable than* that which it accords to its own nationals or companies or to nationals or companies of any third State. (cetak miring dari penulis)

Pasal 3 di atas dari awal kalimat menegaskan, tidak ada negara pihak di dalam wilayah teritorialnya yang memperlakukan investasi dari warga negara (*nationals*)

⁶²¹ Ibid, hlm. 376. Perjanjian penanaman modal model Inggris terdapat dalam “*Draft Agreement Between the Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of [...] for the Promotion and Protection of Investments*”.

atau perusahaan (*companies*) negara pihak yang lain dengan tidak menyenangkan (*treatment less favourable than*) dari yang diberikan kepada negara ketiga (*of any third state*).

5. Prinsip Kedaulatan Negara

Sesuai dengan prinsip dasar dalam hukum internasional, kedaulatan negara (*state sovereignty*) merupakan prinsip yang esensial dalam pengaturan penanaman modal. Prinsip kedaulatan negara menjadi dasar bagi negara memiliki otoritas (*authority*) dan kekuasaan (*power*) untuk mengatur penanam modal di seluruh wilayah teritorial negara. Prinsip kedaulatan negara memberikan justifikasi bahwa negara memiliki kedaulatan untuk mengawasi masuknya penanaman modal asing tak terbatas (*unlimited*), karena merupakan hak dari negara yang berdaulat (*sovereign right*).⁶²² Ini sesuai dengan pandangan teori kedaulatan negara yang dikemukakan oleh Jean Bodin dan George Jellinek. Jean Bodin menyatakan :⁶²³

“kedaulatan ada pada negara. Negaralah yang menciptakan hukum, jadi segala sesuatu harus tunduk pada negara. Negara disini dianggap sebagai suatu keutuhan yang menciptakan peraturan hukum, jadi adanya hukum itu karena adanya negara, dan tidak ada satu pun yang berlaku, jika tidak dikehendaki oleh negara”.

George Jellinek dalam pandangannya tentang teori kedaulatan berpendapat sebagai berikut :⁶²⁴

“hukum merupakan penjelmaan kehendak atau kemauan negara. Jadi, negaralah yang menciptakan hukum, negara dianggap satu-satunya sumber hukum, dan negaralah yang memiliki kekuasaan tertinggi atau kedaulatan. Dan di luar negara tidak ada satu organ pun yang berwenang menetapkan hukum”.

Sebagai pencipta hukum dan penguasa hukum, negara tuan rumah mempunyai hak yang mutlak (*absolute right*) untuk mengontrol masuk dan

⁶²² An An Chandrawulan, *Hukum Perusahaan Multinasional, Liberalisasi Hukum Perdagangan Internasional dan Penanaman Modal*, Alumni, Bandung, 2011, hlm. 70.

⁶²³ H. Salim HS, *Perkembangan Teori Dalam Ilmu Hukum*, Rajawali Pers, Jakarta, 2010, hlm. 131.

⁶²⁴ Ibid, hlm. 131.

berdirinya suatu perusahaan asing serta seluruh proses dari penanaman modal asing langsung.⁶²⁵ Negara mengatur penanaman modal asing sejak masuknya modal asing, bagaimana seharusnya perlakuan negara terhadap PMA, proses penyelesaian sengketa, sampai pada berakhirnya PMA, melalui pengambilalihan (ekspropriasi) atau nasionalisasi.⁶²⁶ Tindakan negara melakukan nasionalisasi adalah salah satu wujud dari kedaulatan yang dimiliki negara. Demikian pula dengan tindakan penegakan hukum yang dilakukan oleh institusi pemerintah melalui aparatur negara dalam rangka menciptakan kepastian hukum adalah bukti nyata dari negara berdaulat dan implementasi dari kedaulatan negara. Dengan atribut kedaulatan negara, maka negara memiliki kekuasaan penuh untuk melakukan langkah-langkah hukum di seluruh wilayah teritorial negara.

Prinsip kedaulatan negara terdapat dalam berbagai perjanjian bilateral dan multilateral yang mengatur tentang PMA.⁶²⁷ Menurut Zaidun terdapat dua prinsip berkaitan dalam mengatur tentang masuknya penanaman modal asing, yaitu : (i) suatu negara mempunyai hak untuk mengatur penanaman modal asing yang ada di dalam wilayah teritorialnya; dan (ii) negara juga harus mendorong dan memfasilitasi masuknya modal asing yang produktif.⁶²⁸ Dua prinsip tersebut menjelaskan, bahwa prinsip pertama pada dasarnya merupakan penjabaran dari kedaulatan negara, bahwa negara sebagai memiliki kekuasaan tertinggi untuk menentukan, mengatur dan memaksa terhadap setiap perbuatan (*acts*), orang (*individu*), dan benda (*property*) yang berada di dalam wilayah teritorialnya. Dengan kata lain, sebaliknya, negara tidak menyerahkan kekuasaannya kepada pihak luar, korporasi atau kekuatan asing untuk mengatur atau mengendalikan otoritas yang dimiliki negara.

⁶²⁵ Ibid, hlm. 70.

⁶²⁶ Muchammad Zaidun, *Penerapan Prinsip-Prinsip Hukum Internasional Penanaman Modal Asing di Indonesia*, Disertasi Program Pascasarjana Universitas Airlangga, Surabaya, 2005, hlm. 188.

⁶²⁷ Ibid, hlm. 221.

⁶²⁸ Ibid, hlm. 222.

Prinsip kedua lebih merupakan upaya dan kebijakan negara untuk mengundang,⁶²⁹ menarik minat investor asing dan mempermudah masuknya modal asing dengan memberikan insentif⁶³⁰ sebagai stimulan masuknya arus modal asing. Prinsip kedua dengan sendirinya merupakan konsekuensi dari pelaksanaan prinsip pertama, adanya kewenangan pengaturan tentang modal asing di wilayah teritorialnya.⁶³¹

Dengan adanya kedaulatan negara, setiap orang asing yang masuk ke suatu negara, apakah itu perusahaan maupun perorangan dan harta kekayaannya tunduk kepada hukum dari negara penerima modal.⁶³² Penanam modal asing juga secara sukarela menundukkan dirinya terhadap segala hukum dan peraturan negara penerima modal.⁶³³ Penegasan tentang hak negara penerima modal dalam mengatur masuknya modal asing dan tunduknya penanam modal terhadap hukum negara penerima modal juga terdapat dalam *Draft Code of Conduct of Transnational Corporation* yang menyatakan :⁶³⁴

*States have the rights to regulate the entry and establishment of transnational corporation including determining the role that such corporation may play in economic and social development and prohibiting or limiting the extent of their presence in specific sector.*⁶³⁵ (cetak miring dari penulis).

Dalam PIB antara Indonesia dan Iran (2005)⁶³⁶ pada Pasal 2 ayat (1) tentang Peningkatan Penanaman Modal (*Promotion of Investment*) menyatakan, bahwa “setiap pihak harus mendorong warga negaranya untuk melakukan penanaman modal di wilayah pihak lain”. Ayat tersebut menegaskan, bahwa setiap pihak memiliki kewenangan di wilayah negara masing-masing untuk untuk mengajak para pengusaha dan penanam modalnya untuk melakukan penanaman modal dan

⁶²⁹ Ibid, hlm. 222.

⁶³⁰ Ibid, hlm. 222.

⁶³¹ Ibid, hlm. 222.

⁶³² An An Chandrawulan, Op.cit, hlm. 70.

⁶³³ Ibid, hlm. 70.

⁶³⁴ Ibid, hlm. 70.

⁶³⁵ Ibid, hlm. 70

⁶³⁶ PIB antara Indonesia dan Iran ditandatangani tanggal 22 Juni 2005 di Teheran, Iran.

ekspansi bisnis di negara lain. Hanya negara asal masing-masing yang berhak mengatur dan mengikutsertakan perusahaan penanam modal di negaranya untuk melakukan perluasan usaha di negara mitranya. Pada ayat (2) disebutkan, bahwa “setiap pihak harus, dalam kerangka ‘peraturan dan perundang-undangannya’ menciptakan kondisi yang menguntungkan untuk menarik penanaman modal pihak lain ‘di wilayahnya’. Frase “dalam kerangka peraturan dan perundang-undangannya” memberikan makna eksistensi kedaulatan hukum setiap negara untuk memberlakukan regulasi yang diperlukan di wilayah yurisdiksi negaranya.

Dalam PIB antara Indonesia dan Inggris (1976)⁶³⁷ pada Article 2 ayat (1) – *Scope of the Agreement* menyebutkan :

This Agreement shall only apply to investments by nationals or companies of the United Kingdom in the territory of the Republic of Indonesia which have been granted admission in accordance with Foreign Capital Investment Law No. 1 of 1967 or any law amending or replacing it.

Ayat (1) tersebut secara spesifik menegaskan, bahwa hanya (only) warga negara dan perusahaan Inggris yang diizinkan masuk dapat melakukan investasi ‘di dalam wilayah negara Indonesia’ (*in the territory of the Republic of Indonesia*) berdasarkan UU PMA No. 1 Tahun 1967 yang pada waktu itu berlaku ataupun undang-undang lain yang merubah atau menggantikan UU PMA.

Article 3 - *Promotion and Protection of Investment* pada ayat (1) lebih lanjut menyatakan :

Each Contracting Party shall encourage and create favourable condition for nations or companies of other Contracting Party to invest capital in its territory and, subject to its right to exercise powers conferred by its laws, shall admit such capital. (cetak miring dari penulis)

Ayat (1) tersebut dengan jelas menegaskan, bahwa setiap negara akan meningkatkan dan menciptakan kondisi yang nyaman dalam melakukan penanaman modal di dalam wilayah negaranya (*in its territory*) sesuai dengan hak yang dimiliki untuk

⁶³⁷ PIB antara Indoensia dan Inggris ditandatangani tanggal 27 April 1976 di London, Inggris.

menjalankan kekuasaannya (*to exercise powers*) yang ditentukan oleh undang-undang negaranya (*conferred by its laws*). Undang-undang sebagai sumber hukum nasional dengan demikian menjadi pondasi dan pengikat bagi pengaturan individu dan korporasi dalam melakukan penanaman modal asing.

Dalam kaitan dengan pembuatan regulasi dan kebijakan penanaman modal setidaknya terdapat tiga masalah pokok yang bertautan, yaitu :⁶³⁸

1. Bagaimana menarik penanaman modal asing langsung tanpa mendatangkan atau membuat kerusakan terhadap tabungan mata uang asing domestik dan penggunaan kekayaan alam;
2. Bagaimana melindungi hak-hak hukum penanam modal asing dan memberikan perlindungan yang cukup, sementara pada waktu yang bersamaan harus mempertahankan dominasi sebagai negara yang mempunyai kedaulatan/kekuasaan dan meminimalisasi pengaruh negatif dari penanaman modal asing langsung; dan
3. Bagaimana membentuk hukum dan sistem pajak yang secara bersamaan dapat mendorong tumbuhnya ekonomi dan di sisi lain menarik penanaman modal asing serta meningkatkan pendapatan yang cukup sesuai persyaratan penggunaan keuangan negara.

Selain itu, efektifitas kebijakan dan regulasi untuk mendorong masuknya penanaman modal asing secara ekonomis dipengaruhi oleh tiga faktor, yaitu :⁶³⁹

1. Ketidakseimbangan tabungan secara global, yang akan menentukan besarnya modal yang boleh masuk melalui penanaman modal asing baik yang resmi melalui pemerintah maupun swasta (*global savings imbalance, which determine the total official and non official flows of foreign investment*);
2. Keuntungan komparatif dari negara penerima modal dalam bidang industri tertentu yang akan menarik penanam modal asing untuk menanamkan modalnya (*the comparative advantages of countries in particular industries, which make them attractive to investors*); dan
3. Keuntungan kompetitif dari perusahaan-perusahaan swasta yang dapat mendorong mereka untuk bersaing dalam globalisasi (*the competitive advantages of individual firms, which enable them to pursue globalization strategies*).

Dengan undang-undang dan regulasi yang dikeluarkan, maka kedaulatan negara secara yuridis tetap eksis dan terjaga. Kedudukan negara sebagai pemegang kekuasaan tertinggi terhadap warga negara, orang asing, properti dan seluruh aspek kegiatan bisnis serta ekonomi juga dapat diwujudkan secara efektif dan efisien.

⁶³⁸ Ibid, hlm. 71.

⁶³⁹ Ibid, hlm. 71-72.

5. Prinsip Hak Transfer

Satu di antara hak yang dilindungi (protected) dalam perjanjian penanaman modal yang mengurangi perlakuan nasional (*national treatment*) adalah hak untuk mentransfer keuntungan (*profit*), likuidasi dari investasi dan melakukan pembayaran terkait lainnya.⁶⁴⁰ Hak ini sangat fundamental bagi semua prospektif dan penanam modal asing yang sesungguhnya di luar negeri (*actual investor abroad*).⁶⁴¹ Hak transfer atau transfer moneter (*monetary transfer*) adalah kebutuhan yang esensial dari penanam modal, karena berkaitan dengan perputaran keuangan dan lalu lintas pembayaran perusahaan.⁶⁴²

Regulasi transfer mata uang (*currency transfer*) sangat berkaitan dengan kedaulatan moneter (*monetary sovereignty*) suatu negara.⁶⁴³ Akan tetapi, meskipun kebebasan itu diatur oleh hukum, khususnya dalam kerangka regulasi liberal bidang keuangan, pengaturannya mengalami modifikasi sesuai dengan kondisi negara.⁶⁴⁴ Pasal 6 ayat (1) Perjanjian Kerjasama Ekonomi Indonesia dan Belanda tahun 1968 juga mengakui prinsip kebebasan transfer (*principle of the freedom of transfer*).⁶⁴⁵

Dalam pelaksanaannya, terdapat variasi yang dilakukan. Ada negara yang mengharuskan adanya pelaporan (reporting) dan ada pula yang tidak mensyaratkan. Indonesia dalam Pasal 5 ayat (5) UUPM juga menyatakan, bahwa penerapan hak transfer tidak mengurangi kewenangan pemerintah untuk mewajibkan pelaporan pelaksanaan transfer dana. Dengan demikian Indonesia mensyaratkan adanya pelaporan transfer dana. Amerika Serikat dalam US Model BITs juga mensyaratkan

⁶⁴⁰ Giorgio Sacerdoti, *The Admission and Treatment of Foreign Investment Under Recent Bilateral and Regional Treaties*, *The Journal of World Investment*, hlm, 117.

⁶⁴¹ Ibid, hlm. 117.

⁶⁴² Ibid, hlm. 117.

⁶⁴³ Ibid, hlm. 117.

⁶⁴⁴ Ibid, hlm. 117.

⁶⁴⁵ Perjanjian Kerjasama Ekonomi antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Kerajaan Belanda (*Agreement on Economic Cooperation Between The Government of the Republic of Indonesia and the Government of the Kingdom of the Netherland*) ditandatangani di Jakarta, 7 Juli 1968.

pelaporan.⁶⁴⁶ Inggris memberikan pembatasan adanya *right of free transfer*, dengan memperhatikan situasi ekonomi dan keuangan.⁶⁴⁷ Perjanjian investasi bilateral menjamin adanya pembayaran internasional termasuk remittance seperti dividen, bunga pinjaman (*interest on loans*), royalti, biaya-biaya (*fees*) dan gaji pegawai yang bekerja di luar negeri.⁶⁴⁸ Pembayaran atas kompensasi untuk ekspropriasi atau kerugian diatur adalah tunduk pada rejim hak transfer.⁶⁴⁹ Namun, hak transfer atau repatriasi tidak sepenuhnya bersifat mutlak.⁶⁵⁰ Hak transfer moneter dalam keadaan tertentu dibatasi oleh doktrin *clausula rebus sic stantibus*, bahwa ketentuan hak transfer dapat dikesampingkan apabila terjadi situasi yang berbeda dari keadaan sebelumnya.⁶⁵¹ Kewajiban yang timbul dari perjanjian yang mengizinkan repatriasi dapat ditunda sampai situasi kembali normal seperti semula.⁶⁵²

6. Prinsip Pengambilalihan

Sesuai dengan kaidah hukum internasional, pengambilalihan merupakan elemen yang fundamental yang harus ada dalam setiap PIB. Dalam perkembangan yang modern, terdapat bermacam istilah yang dipergunakan untuk pengambilalihan (*taking*),⁶⁵³ yaitu ekspropriasi, nasionalisasi, *regulatory taking* atau *regulatory expropriation*⁶⁵⁴, “*take any measures depriving*”, dan “*subjected to measures having effect equivalent to nationalization or expropriation*”. Dalam pengertian umum, istilah nasionalisasi sering disamaartikan⁶⁵⁵ dengan istilah-istilah tersebut.

⁶⁴⁶ Ibid, hlm. 118.

⁶⁴⁷ M. Sornarajah, Op.cit, hlm. 238.

⁶⁴⁸ Ibid, hlm. 117.

⁶⁴⁹ Ibid, hlm. 118.

⁶⁵⁰ M. Sornarajah, Op.cit, hlm. 239.

⁶⁵¹ Ibid, hlm. 239.

⁶⁵² Ibid, hlm. 239.

⁶⁵³ Rustanto, *Hukum Nasionalisasi Modal Asing*, Kuwais, Jakarta, 2012, hlm. 5

⁶⁵⁴ Ibid, hlm. 184.

⁶⁵⁵ Ibid, hlm. 5.

Ekspropriasi juga meliputi beberapa bentuk, yaitu *direct expropriation* dan *indirect expropriation*.

Ekspropriasi adalah pengambilalihan hak milik swasta (*private property*) oleh negara, yang biasanya melibatkan pengalihan hak kepemilikan (*transfer of ownership right*) kepada negara atau orang ketiga (*a third person*).⁶⁵⁶ Ekspropriasi telah menjadi isu hukum internasional publik sepanjang abad 20.⁶⁵⁷ Serangkaian langkah ekspropriasi yang dilakukan oleh pemerintah Komunis dan Meksiko tahun 1920-an, diikuti dengan sosialisasi *private property* di negara-negara Eropa Timur setelah Perang Dunia II,⁶⁵⁸ pengambilan investasi asing di negara-negara berkembang sebagai bagian dari dekolonisasi, dan juga sengketa konsesi minyak di tahun 1960-an dan 1970-an merupakan gelombang penting yang menandai ekspropriasi hak milik asing.⁶⁵⁹

Dalam waktu terakhir terdapat beberapa kasus yang merupakan *direct expropriation* (ekspropriasi langsung), sebagai contoh adalah tindakan pemerintah Bolivia dan Venezuela yang mengambilalih hak milik penanam modal asing di sektor energi.⁶⁶⁰ Pada masa sekarang ekspropriasi yang umum terjadi adalah ekspropriasi tak langsung,⁶⁶¹ sehingga dikatakan, bahwa suatu perkembangan yang paling penting dalam praktik negara adalah isu *indirect expropriation*.⁶⁶² Preseden awal contoh *indirect expropriation* adalah kasus *Norwegian Shipowners' Claims case*.⁶⁶³ Kasus

⁶⁵⁶ August Reinisch, *Expropriation*, dalam Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreier, *International Investment Law*, Oxford University Press, United Kingdom, 20____, hlm. 408.

⁶⁵⁷ Ibid, hlm. 408.

⁶⁵⁸ Ibid, hlm. 408.

⁶⁵⁹ Ibid, hlm. 408.

⁶⁶⁰ Pemerintah Bolivia melakukan ekspropriasi langsung dengan mengeluarkan Supreme Decree No. 28701, Nationalization of Hydrocarbons Sector, 1 Mei 2006., dalam August Reinisch, *ibid*, hlm. 409.

⁶⁶¹ Ibid, hlm. 409.

⁶⁶² Ibid, hlm. 409.

⁶⁶³ Ibid, hlm. 411.

ini adalah sengketa antara Norwegia dan Amerika Serikat yang diputuskan oleh *Permanent Court of Arbitration* (PCA) di Belanda tahun 1922.⁶⁶⁴

Kasus itu bermula dari serangkaian langkah legislatif dan administratif yang diambil oleh Amerika Serikat (AS) pada Perang Dunia I dalam rangka persiapan AS untuk berpartisipasi dalam perang tersebut.⁶⁶⁵ Melalui legislasi, AS melakukan penundaan (*cancellation*) kontrak pesanan (*order*) pembuatan kapal yang diambilalih oleh perusahaan yang didirikan oleh pemerintah AS “*Fleet Corporation*”.⁶⁶⁶ Akibat langkah legislasi, kapal yang dipesan oleh Norwegia juga mengalami dampak dari tindakan tersebut.⁶⁶⁷ Pemerintah Norwegia menuntut klaim kompensasi, akan tetapi gagal, sehingga diajukan ke badan arbitrase untuk mendapatkan keputusan.⁶⁶⁸ Pengadilan arbitrase menemukan bahwa, “... *Fleet Corporation* mengambilalih (*took over*) hak-hak hukum (*legal rights*) dan kewajiban pemilik kapal terhadap perusahaan pembuat kapal (*shipbuilders*)”.⁶⁶⁹ Dengan penundaan kontrak untuk pembangunan kapal oleh kontraktor Norwegia itu, langkah tersebut dipandang sebagai *de facto expropriation*.⁶⁷⁰

Berbeda dengan ekspropriasi langsung, *indirect expropriation* adalah langkah pengambilalihan secara aktual yang mengakibatkan terjadinya *effective loss of management, use or control*, atau depresiasi yang signifikan dari nilai aset dari investor asing.⁶⁷¹ Meskipun upaya dilakukan untuk mengklarifikasi dan membedakan antara berbagai jenis dari *indirect expropriation*, akan tetapi istilah tersebut seringkali dipergunakan secara bergantian dengan berbagai ekspresi seperti

⁶⁶⁴ Ibid, hlm. 411.

⁶⁶⁵ Ibid, hlm. 410-411.

⁶⁶⁶ Ibid, hlm. 411.

⁶⁶⁷ Ibid, hlm. 411.

⁶⁶⁸ Ibid, hlm. 411.

⁶⁶⁹ Ibid, hlm. 411.

⁶⁷⁰ Ibid, hlm. 411.

⁶⁷¹ Ibid, hlm. 421-422.

de facto, *disguised*, *constructive*, *regulatory*, *consequential*, atau *creeping expropriation*.⁶⁷² Hampir semua perjanjian penanaman modal tidak secara jelas mengangkat isu *indirect expropriation*.⁶⁷³ Biasanya hanya berisi klausula umum yang meletakkan syarat-syarat dimana ekspropriasi dipandang sebagai langkah yang sesuai dengan ketentuan hukum.⁶⁷⁴ Salah satu contoh dari *indirect expropriation* adalah pengusiran dan penggantian manajemen hotel Kartika Plaza milik Amco Asia oleh aparat keamanan Indonesia sebagaimana disebutkan dalam perkara *Amco Asia Corp. vs Indonesia* yang ditangani badan arbitrase ICSID.

Regulatory taking atau *regulating expropriation* terjadi ketika pemerintah suatu negara, melalui peraturan yang diterbitkannya mencabut hak kepemilikan seseorang atau asetnya.⁶⁷⁵ *Regulatory taking* berbeda dengan pengambilalihan seperti yang dipahami dalam pengertian tradisional, dimana hak atas aset tersebut dipindahkan kepada pemerintah atau disita atau pemerintah mengambilalih penguasaan fisik atas aset tersebut.⁶⁷⁶ Pada dasarnya *regulatory taking* merupakan pengambilalihan yang dilakukan berdasarkan *police powers* suatu negara, atau berdasarkan keperluan untuk mengatur lingkungan hidup, kesehatan, moral, budaya, atau ekonomi negara penerima investasi.⁶⁷⁷ Menurut Rustanto, yang mensitir pandangan Andrew Newcombe, *regulatory taking* mempunyai pengertian yang sama dengan *indirect expropriation*, *de facto expropriation*, *creeping expropriation*, *measure tantamount to expropriation* dan *wealth expropriation*.⁶⁷⁸

Istilah “*take any measures depriving*” adalah mengambil segala tindakan pencabutan secara langsung atau tidak langsung milik warga negara dari Negara

⁶⁷² Ibid, hlm. 422.

⁶⁷³ Ibid, hlm. 422.

⁶⁷⁴ Ibid, hlm. 422.

⁶⁷⁵ Ibid, hlm. 184.

⁶⁷⁶ Ibid, hlm. 184.

⁶⁷⁷ Rustanto, Op.cit, hlm. 184.

⁶⁷⁸ Ibid, hlm. 184.

Pihak yang lain penanaman modal, barang, hak milik atau kepentingan. Istilah lain lagi yang digunakan adalah “*subjected to measures having effect equivalent to nationalization or expropriation*” atau tindakan-tindakan yang memiliki dampak sama dengan tindakan yang dikategorikan sebagai nasionalisasi atau ekspropriasi.

Dalam PIB antara Indonesia dan Iran (2005) pada Article 6 menyatakan :⁶⁷⁹

3. Investment of nationals and legal persons of either Contracting Party shall not be *nationalized, expropriated* or subjected to similar measures by the other Contracting Party, except such measures are taken under the following conditions:
 - (d) for public purposes in accordance with due process of law;
 - (e) in a non-discriminatory manner; and
 - (f) upon payment of prompt and effective compensation.
4. The amount of compensation shall be equivalent to the market value of the investment immediately before the action of *nationalization* or *expropriation* was taken. (cetak miring dari penulis)

Ketentuan Pasal 6 ayat (1) tersebut dengan jelas menegaskan bahwa “penanaman modal dari warga negara atau badan hukum (korporasi) dari negara pihak “tidak akan dinasionalisasi, diekspropriasi atau tindakan serupa oleh negara pihak yang lain”.... Dengan kata lain, salah satu negara pihak tidak akan melakukan nasionalisasi, ekspropriasi atau tindakan serupa dengan itu oleh negara pihak yang lain.

Akan tetapi sebagai pengecualian (*exception*), nasionalisasi atau ekspropriasi dapat dilakukan oleh negara pihak jika memenuhi syarat-syarat sebagai berikut :

- (i) Demi kepentingan umum sesuai dengan proses hukum.
- (ii) Tidak bersifat diskriminatif (*non-discriminatory*).
- (iii) Dengan pembayaran kompensasi yang cepat dan efektif.

Selain itu lebih lanjut ditegaskan, bahwa jumlah kompensasi harus sama dan sesuai dengan nilai pasar (*market value*) dari investasi sebelum dilakukan tindakan nasionalisasi atau ekspropriasi.

⁶⁷⁹ PIB Indonesia-Iran.

Ketentuan yang serupa terdapat dalam PIB Indonesia dan Inggris (1968) pada Article 5 – *Expropriation* yang menyatakan :

1. Investments of nationals or companies of either Contracting Party *shall not be nationalized, expropriated* or subjected to measures having effect equivalent to *nationalization* or *expropriation* (hereinafter referred to as “expropriation”) in the territory of the other Contracting Party *except for a public purpose* Such *compensation* shall amount to the *market value* of the investment expropriated immediately before the expropriation or impending expropriation became public knowledge, shall be made *without undue delay*, shall be *effectively realizable* and shall be *freely transferable.* The legality of the expropriation and the amount and method of payment of compensation shall be subject to review *by due process of law*. (cetak miring dari penulis)

Elemen-elemen yang termaktub dalam PIB tersebut mencakup penegasan, bahwa: (i) penanaman modal warga negara atau perusahaan dari negara pihak tidak akan dinasionalisasi, diekspropriasi (*shall not be nationalized, expropriated*); (ii) untuk kepentingan umum (*for a public purpose*); (iii) kompensasi berdasarkan nilai pasar (*market value*); (iv) kompensasi harus diketahui publik (*become public knowledge*); (v) pembayaran yang tidak ditunda-tunda (*without undue delay*), efektif direalisasikan (*effectively realizable*), dan dengan bebas ditransfer (*freely transferable*); (vi) legalitas ekspropriasi yang menyangkut jumlah dan cara pembayaran kompensasi sesuai dengan proses hukum (*by due process of law*).

Pengaturan nasionalisasi dan ekspropriasi seperti dalam PIB juga dianut oleh Undang-Undang No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (UUPM) yang memuat ketentuan tentang pengambilalihan. Ketentuan ini dapat dilihat dalam Pasal 7 yang menyatakan :

- (1) Pemerintah *tidak akan melakukan nasionalisasi atau pengambilalihan* hak kepemilikan penanam modal, kecuali *dengan undang-undang*.
- (2) Dalam hal Pemerintah melakukan tindakan nasionalisasi atau pengambilalihan hak kepemilikan sebagaimana dimaksud pada Pasal 7 ayat (1), Pemerintah akan memberikan *kompensasi* yang jumlahnya ditetapkan *berdasarkan harga pasar*.
- (3) Jika di antara kedua belah pihak tidak tercapai kesepakatan tentang kompensasi atau ganti rugi sebagaimana dimaksud pada ayat (2), penyelesaiannya dilakukan melalui arbitrase. (cetak miring dari penulis)

Diktum yang terdapat dalam UUPM menegaskan hal-hal pokok, yaitu (i) tidak akan melakukan nasionalisasi atau pengambilalihan, kecuali dengan undang-undang; (ii) kompensasi akan diberikan sesuai dengan nilai pasar (*market value*) atau harga pasar (*market price*); dan (iii) jika tidak tercapai kesepakatan tentang kompensasi akan diselesaikan melalui lembaga/badan arbitrase. Dengan kata lain, jika terjadi perselisihan dan menjadi sengketa tentang penentuan nilai kompensasi atau ganti rugi, maka penyelesaian harus diselesaikan melalui arbitrase. Penyelesaian perselisihan nilai kompensasi tidak dilakukan melalui pendekatan diplomatik, akan tetapi akan diselesaikan dengan menggunakan mekanisme penyelesaian sengketa arbitrase internasional. Harga pasar adalah harga yang ditentukan menurut cara yang digunakan secara internasional oleh penilai independen yang ditunjuk oleh para pihak.⁶⁸⁰ Penilai independen (*independent appraisal*) adalah korporasi yang memiliki keahlian sebagai perusahaan penilai (*appraisal company*).

Dalam kaitan dengan Pasal 7 ayat (1) di atas, UUPM dalam terjemahan resmi (*official translation*) Bahasa Inggris menggunakan padanan kata pengambilalihan dengan istilah “*take over*”,⁶⁸¹ ungkapan bahasa yang sangat umum dan tidak lazim dipergunakan dalam terminologi pengambilalihan. UUPM tidak menggunakan kata *expropriation*, *taking* atau sejenisnya yang sudah sering dipergunakan dalam konsep PIB secara internasional. Pasal tersebut secara lengkap berbunyi :

- (1) The government shall neither nationalise nor *take over* the ownership right of any investors, except through law. (cetak miring dari penulis)

Tampak bahwa UUPM ingin menggunakan terminologi yang umum, sehingga memberikan indikasi yang kuat, bahwa Indonesia tidak ingin dan tidak akan

⁶⁸⁰ Penjelasan Pasal 7 ayat (2).

⁶⁸¹ Badan Koordinasi Penanaman Modal (*Indonesia Investment Coordinating Board*), *Law of Investment of the Republic of Indonesia*, Law of the Republic of Indonesia Number 27 of 2007 Concerning Investment, State Gazette of the Republic of Indonesia Number 67 of 2007, hlm. 7.

melakukan pengambilalihan, baik dalam bentuk nasionalisasi, ekspropriasi atau sejenisnya. Dengan kata lain UUPM menggunakan istilah seumum mungkin, sehingga mengesankan jauh dari tindakan pengambilalihan.

Dalam hukum internasional dikenal dua pandangan mengenai kompensasi atau ganti rugi dari nasionalisasi atau ekspropriasi.⁶⁸² Pandangan pertama lazim dikenal sebagai Doktrin Calvo, yang menghendaki pemberian kompensasi sesuai dengan prinsip “*national treatment*”.⁶⁸³ Pandangan ini pada awalnya lebih mencerminkan dan dianggap merepresentasikan pandangan negara-negara berkembang (*developing countries*) sebagai penerima modal asing.⁶⁸⁴ Doktrin Calvo berasal dari nama Carlos Calvo, ahli hukum terkemuka dan Menteri Luar Negeri Argentina pada tahun 1896 yang menyatakan :⁶⁸⁵

1. Persengketaan mengenai penanaman modal asing sebaiknya menjadi yurisdiksi pengadilan lokal, dan investor asing tidak memerlukan proteksi internasional atau pun perlindungan diplomatic dari negara asalnya.
2. Perlakuan terhadap penanaman modal asing cukup dengan “*national treatment*” atau disamakan dengan perlakuan terhadap penanaman modal dalam negeri dan tidak memerlukan standar minimum internasional.

Pandangan kedua dikenal sebagai Doktrin Hull yang menekankan standar minimum internasional kompensasi harus bersifat “*prompt, adequate and effective*”. Standar ini bersumber dari hukum kebiasaan internasional (*customary international law*), bahwa kompensasi harus dilaksanakan dengan *prompt, adequate and effective* (cepat, sesuai dan efektif). Pengertian *adequate* dalam praktik seringkali tidak jelas,⁶⁸⁶ sehingga dapat menimbulkan multitafsir dan kekaburan. Para ahli hukum cenderung menafsirkan *adequate* dengan arti “*full*”

⁶⁸² Rustanto, Op.cit, hlm. 7.

⁶⁸³ Ibid, hlm. 7.

⁶⁸⁴ Ibid, hlm. 7.

⁶⁸⁵ Ibid, hlm. 168-169.

⁶⁸⁶ Jason Webb Jackie, “*Pacta Sunt Servanda and State Promises To Foreign Investors Before Bilateral Investment Treaties: Myth And Reality*”, 32 Fordham International Law Journal 1550, 2009, Fordham University School of Law, dalam Erman Rajagukguk, *Hukum Investasi Langsung dan Pasar Modal*, Pascasarjana Fakultas Huku UI, 2011, hlm. 4.

(penuh) atau “*just*” (adil).⁶⁸⁷ Ada pula yang mendefinisikan ganti rugi yang “sesuai” sebagai pembayaran penuh nilai harta yang ditetapkan sesuai dengan harga pasar.⁶⁸⁸

Menurut Doktrin Hull, “*prompt, adequate and effective*” memiliki pengertian, yaitu :⁶⁸⁹

1. *Prompt*, kompensasi hendaknya dibayarkan seketika dan sekaligus.
2. *Adequate*, kompensasi hendaknya dibayarkan secara penuh sesuai dengan harga yang wajar.
3. *Effective*, kompensasi hendaknya dibayarkan menggunakan mata uang (valuta) dari negara pihak yang berhak atas kompensasi tersebut.

Doktrin Hull atau *The Hull Formula*⁶⁹⁰ berasal dari nama Cordell Hull, Menteri Luar Negeri Amerika Serikat, pada tahun 1938 sebagai respons pemerintah AS terhadap nasionalisasi yang dilakukan pemerintah Meksiko atas industri minyak. Pandangan Hull yang konsisten menekankan agar kompensasi mengikuti aturan kebiasaan (*customary rule*)⁶⁹¹ dipandang sebagai sikap yang mewakili kepentingan negara maju (*developed countries*).

Ketentuan Pasal 7 ayat (1) dengan jelas mengamanatkan, bahwa nasionalisasi atau ekspropriasi harus dilakukan dengan undang-undang. Pasal tersebut secara deklaratif mengandung makna dan menegaskan bahwa nasionalisasi harus melalui proses legislasi yang melahirkan undang-undang. Nasionalisasi atau ekspropriasi akan sah (*legal*) jika sebelumnya telah ada dan didasarkan pada undang-undang yang khusus mengatur tentang nasionalisasi atau ekspropriasi. Akan tetapi kenyataan menunjukkan, saat ini Indonesia tidak memiliki undang-undang tentang nasionalisasi atau ekspropriasi. Kata “tidak akan melakukan nasionalisasi atau pengambilalihan” secara implisit menegaskan, bahwa pemerintah dengan sangat

⁶⁸⁷ Ibid, hlm. 4.

⁶⁸⁸ Achad Fauzan, *Hukum Internasional Kini dan Esok*, Penerbit Kasendra Suminar, Surabaya, 1985, hlm. 84. saduran dari Oliver J. Littigen, *International Law: Today and Tomorrow*.

⁶⁸⁹ Rustanto, *Op.cit.* hlm. 171.

⁶⁹⁰ Ibid, hlm. 170.; D.J. Harris, *International Law : Cases and Materials*, Sweet & Maxwell, London, 2004, hlm. 596.

⁶⁹¹ Jason Webb Jackie, *Op.cit* hlm. 4.

ketat untuk mempertimbangkan melakukan nasionalisasi. Secara praktis nasionalisasi tidak mudah untuk dilakukan atau dengan bahasa yang ekstrim, pemerintah menutup rapat-rapat peluang atau kemungkinan melakukan nasionalisasi.

Dari pengaturan Pasal 7 tersebut tampak, bahwa ketentuan dalam UUPM konkordan dengan ketentuan dalam PIB. Terdapat sinkronisasi antara UUPM dan PIB. UUPM mengadopsi ketentuan yang berlaku dalam hukum internasional dan memasukkan elemen tersebut dalam rejim hukum investasi nasional.

Dalam sejarah hukum nasional, Indonesia pernah melakukan dua kali nasionalisasi, yaitu tahun 1958 dan 1962.⁶⁹² Pada tahun 1958, dengan Undang-Undang No. 86 Tahun 1958 tentang Nasionalisasi Perusahaan-Perusahaan Milik Belanda Yang Berada Di Wilayah Republik Indonesia (Undang-Undang Nasionalisasi Perusahaan Belanda),⁶⁹³ Indonesia menasionalisasi perusahaan-perusahaan milik Belanda. Berdasarkan penjelasan undang-undang tersebut, tujuan dari nasionalisasi adalah untuk lebih memperkuat potensi nasional dan melikuidasi kekuasaan ekonomi kolonial Belanda.⁶⁹⁴ Perusahaan yang dinasionalisasi antara lain adalah NV. Verenigde Deli Maatschappijen dan NV. Senembah Maatschappij.⁶⁹⁵

Nasionalisasi kedua perusahaan tersebut kemudian menimbulkan sengketa yang dikenal dengan sengketa Tembakau Bremen. Sengketa terjadi karena kedua perusahaan mengajukan gugatan ke Pengadilan Negeri (*Landgericht*) Bremen di Jerman. Mereka mengklaim bahwa tembakau yang hendak dilelang di Bremen

⁶⁹² Suparji, *Penanaman Modal Asing Di Indonesia: Insentif v Pembatasan*, Fakultas Hukum Universitas Al-Azhar Indonesia, Jakarta, 2008, hlm 226.

⁶⁹³ Rustanto, *Op.cit.* hlm. 6.

⁶⁹⁴ *Ibid*, hlm. 6.

⁶⁹⁵ *Ibid*, hlm. 7.

adalah milik mereka,⁶⁹⁶ dan menyatakan bahwa nasionalisasi yang dilakukan oleh Indonesia tidak sah karena tidak disertai ganti rugi yang *prompt, adequate and effective*, sehingga dipandang sebagai perampasan atas milik mereka.⁶⁹⁷ Indonesia mendasarkan argument bahwa nasionalisasi merupakan tindakan sah negara yang berdaulat (*sovereign state*) dalam rangka perubahan struktur ekonomi, dari ekonomi kolonial ke ekonomi nasional.⁶⁹⁸ Berkaitan dengan kompensasi, Indonesia berpendirian bahwa pemberian kompensasi harus memperhatikan kemampuan ekonomi nasional Indonesia sebagai negara yang baru merdeka.⁶⁹⁹ Sengketa tersebut dimenangkan oleh Indonesia dengan putusan Pengadilan Negeri Bremen tanggal 21 April dan 16 Juni 1959, yang kemudian dikuatkan dengan putusan Pengadilan Tinggi (*Oberlandesgericht*) Bremen tanggal 21 Agustus 1959.⁷⁰⁰

Nasionalisasi tahun 1962 dilakukan terhadap perusahaan-perusahaan Inggris dan Amerika Serikat, pada waktu Indonesia menghadapi konfrontasi dengan Malaysia. karena merupakan pendukung utama pembentukan Malaysia.⁷⁰¹ Pemerintah Indonesia di bawah Presiden Soekarno menilai sikap Inggris dan Amerika Serikat sebagai bentuk neo-kolonialisme dan neo-imperialisme baru.

UNCTAD (*United Nations Conference on Trade and Development*), badan PBB yang menangani isu-isu perdagangan dan pembangunan, membagi pengambilalihan dalam lima jenis, yaitu :

1. *Outright nationalizations in all economic sectors.*

Tindakan ini berakibat pada terhentinya semua penanaman modal asing di negara yang melakukan nasionalisasi. Latar belakang tindakan ini biasanya adalah untuk menciptakan control penuh oleh negara atas kegiatan ekonomi dan mencakup pengambilalihan semua alat produksi milik swasta.

2. *Outright nationalization on an industry-wide basis.*

⁶⁹⁶ Ibid, hlm. 7.

⁶⁹⁷ Ibid, hlm. 7.

⁶⁹⁸ Ibid, hlm. 7.

⁶⁹⁹ Ibid, hlm. 7.

⁷⁰⁰ Ibid, hlm. 7.

⁷⁰¹ Suparji, Op.cit. hlm. 226.

Dalam hal ini negara penerima modal asing berniat untuk mengatur kembali suatu industri tertentu dengan cara mengambilalih perusahaan-perusahaan swasta dalam industri tersebut dan menciptakan monopoli negara.

3. *Large-scale taking of land by the state.*

Tujuan pengambilalihan ini biasanya adalah untuk redistribusi tanah bagi penduduk.

4. *Specific taking.*

Dalam hal ini suatu perusahaan asing (misalnya perusahaan yang mendominasi ekonomi atau pasar) atau sebidang *tanah* tertentu (misalnya yang diperlukan untuk pembangunan jalan) menjadi target pengambilalihan.

5. *Creeping expropriation.*

Dapat didefinisikan sebagai pelanggaran secara perlahan dan bertahap atas satu atau lebih hak-hak kepemilikan investor asing yang menyebabkan berkurangnya nilai investasinya. Hak resmi atas aset tersebut masih tetap ada pada investor asing, tetapi hak investor untuk menggunakan aset itu berkurang sebagai akibat campur tangan negara. Berikut adalah contoh-contoh dari *creeping expropriation*:

- a) Pemaksaan melakukan divestasi saham suatu perusahaan.
- b) Campurtangan dalam manajemen.
- c) Penunjukan manajer-manajer.
- d) Penolakan pemberian akses terhadap buruh atau bahan baku.
- e) Pengenaan pajak yang sewenang-wenang atau berlebihan.⁷⁰²

7. Prinsip Penyelesaian Sengketa

Prinsip penyelesaian sengketa (*dispute settlement*) merupakan pilar dan kerangka utama yang tidak dapat dipisahkan dalam perjanjian penanaman modal. Prinsip ini merupakan bagian yang integral dari perjanjian, tidak saja di dalam PIB, tetapi juga dalam setiap perjanjian publik maupun perjanjian atau kontrak perdata (*private*). Penyelesaian sengketa perdata dalam praktik yang umum disebut juga dengan istilah *dispute resolution*.

Sebagai bagian dari perjanjian publik, PIB mengikuti kaidah-kaidah hukum internasional yang berlaku dalam penyelesaian sengketa. Praktik yang selama ini berlaku, terdapat dua cara penyelesaian sengketa investasi, yaitu penyelesaian melalui pengadilan nasional (*in court settlement*) dan penyelesaian di luar pengadilan (*out of court settlement*). Dalam praktik yang ada menunjukkan, penyelesaian di luar pengadilan lebih banyak dipilih.

Berdasarkan Pasal 33 (1) Piagam PBB, terdapat berbagai cara yang ditempuh dalam penyelesaian sengketa menyebutkan:⁷⁰³

⁷⁰² Ibid, hlm. 184-185.

⁷⁰³ Huala Adolf, *Hukum Penyelesaian Sengketa Penanaman Modal*, Keni Media, Bandung, 2011, hlm. 3-4.

“... the parties to any dispute ... shall ... seek a solution by negotiation, inquiry, mediation, conciliation, arbitration, judicial settlement resorting to regional agencies or arrangements, or other peaceful means of their own choice”.

Dari ketentuan dalam pasal tersebut, metode yang diberikan dalam penyelesaian sengketa meliputi negosiasi, penyelidikan (*fact finding* atau *inquiry*), mediasi, konsiliasi, arbitrase, pengadilan nasional (internasional), badan-badan regional, cara-cara damai lainnya yang disepakati para pihak.⁷⁰⁴ Setidaknya terdapat delapan cara penyelesaian yang terbuka dan dapat dipilih para pihak.

Dalam perjanjian penanaman modal, PIB mengatur dua kategori penyelesaian sengketa, yaitu *pertama*, sengketa antara negara negara pihak dalam perjanjian (*contracting party*) sebagai tuan rumah (*host country*) dengan penanam modal (investor) dari negara pihak yang lain (*other contracting party*) dalam perjanjian, dan *kedua*, penyelesaian sengketa antara kedua negara pihak (*settlement of disputes between the contracting parties*) dari perjanjian.

Dalam penyelesaian sengketa yang pertama antara negara pihak sebagai tuan rumah dengan penanam modal, terdapat berbagai langkah dan tahapan yang dilakukan. Sesuai yang lazim berlaku, maka langkah yang harus ditempuh dalam *Investor-State Disputes* adalah (i) melalui negosiasi, (ii) konsultasi, (iii) pengadilan nasional yang berkompeten dari negara penerima penanaman modal, (iv) melalui arbitrase ICSID, (v) badan pengadilan arbitrase *ad hoc* di bawah UNCITRAL, atau (vi) pengadilan arbitrase *ad hoc* lain yang disetujui oleh kedua pihak.

Mekanisme penyelesaian sengketa antara penanam modal (*investor*) dan negara (*state*) yang diatur dalam PIB juga mendapatkan pengaturan dalam Undang-Undang No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (UUPM). Pengaturan ini terdapat dalam Pasal 32 UUPM yang menyatakan :

⁷⁰⁴ Ibid, hlm. 4.

- (i) Dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara Pemerintah dan penanam modal, para pihak terlebih dahulu menyelesaikan sengketa tersebut melalui *musyawarah mufakat*.
- (ii) Dalam hal penyelesaian sengketa sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak tercapai, penyelesaian sengketa tersebut dapat dilakukan melalui *arbitrase* atau *alternatif penyelesaian sengketa* atau *pengadilan* sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
- (iii) Dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara Pemerintah dengan penanam modal dalam negeri, para pihak dapat menyelesaikan sengketa tersebut melalui arbitrase berdasarkan kesepakatan para pihak, dan jika penyelesaian sengketa melalui arbitrase tidak disepakati, penyelesaian sengketa tersebut akan dilakukan di pengadilan.
- (iv) Dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara Pemerintah dengan penanam modal asing, para pihak akan menyelesaikan sengketa tersebut melalui *arbitrase internasional* yang harus disepakati oleh para pihak. (cetak miring dari penulis)

Jika memperhatikan ketentuan pasal tersebut di atas, maka terdapat tingkatan (*stages*) upaya yang disarankan dalam penyelesaian sengketa antara pemerintah dan penanam modal, baik penanam modal dalam negeri (*domestic investor*) maupun penanam modal asing (*foreign investor*). Dalam hal sengketa dengan penanam modal dalam negeri, maka terdapat tiga tingkatan penyelesaian yang harus ditempuh, yaitu (i) musyawarah mufakat, (ii) arbitrase atau alternatif penyelesaian sengketa (APS)⁷⁰⁵ atau *alternative dispute resolution* (ADR), dan (iii) pengadilan.

Cara pertama yang harus ditempuh adalah melalui musyawarah mufakat. Apabila cara ini tidak membuahkan hasil, maka dapat ditempuh cara kedua, yaitu penyelesaian melalui arbitrase atau alternatif penyelesaian sengketa. Jika cara kedua tidak dapat disetujui, maka ditempuh cara penyelesaian ketiga, yaitu melalui pengadilan (*in court settlement*). Sementara itu, untuk sengketa antara pemerintah

⁷⁰⁵ H. Priyatna Abdurrasyid, *Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa*, Fikahati Aneska dan BANI, 2002, Jakarta, hlm. 11. Sebagai arbiter dan pakar hukum arbitrase, Priyatna Abdurrasyid menggunakan istilah Alternatif Penyelesaian Sengketa (APS) sebagai istilah hukum Indonesia. Frans Hendra Winata juga menggunakan istilah Alternatif Penyelesaian Sengketa (APS) sebagai istilah baku dalam buku *Hukum Penyelesaian Sengketa Arbitrase Nasional Indonesia dan Internasional*, Sinar Grafika, Jakarta, 2011, hlm. 6.

dengan penanam modal asing, secara tegas dinyatakan, para pihak harus menyelesaikan melalui arbitrase internasional (*international arbitration*). Penyelesaian sengketa yang menggunakan dasar yuridis seperti arbitrase internasional pada dasarnya merupakan prosedur penyelesaian sengketa melalui “*third party adjudication*”.⁷⁰⁶ Putusan atas suatu sengketa akan ditentukan oleh arbiter yang bertindak sebagai “hakim” seperti halnya seorang hakim permanen dalam pengadilan nasional, walaupun hanya untuk kasus yang ditangani.⁷⁰⁷

Dalam sengketa dengan penanam modal dalam negeri, pada tahap awal, para pihak diharapkan melakukan cara musyawarah mufakat, sebagai cara penyelesaian dengan pendekatan non-hukum (*non-legal approach*), sehingga dapat menyelesaikan persoalan dengan cara baik-baik, tidak memakan biaya dan tanpa melalui proses hukum (*non-legal process*) yang panjang.

Dalam penyelesaian sengketa investasi melalui arbitrase dan pengadilan, sepanjang sejarah penanaman modal, berbagai kasus pernah terjadi di Indonesia, baik yang melibatkan pemerintah Indonesia dengan penanam modal asing maupun antara penanam modal asing dengan mitra lokal. Sengketa penanaman modal antara pemerintah dan penanam modal asing yang pertama dan terkemuka (*leading case*) yang diselesaikan melalui arbitrase adalah sengketa *Amco Asia Corporation vs Pemerintah Republik Indonesia*.⁷⁰⁸

Indonesia telah meratifikasi Konvensi tentang Penyelesaian Sengketa Penanaman Modal antara Negara dan Warga Negara Asing Lainnya (*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other*

⁷⁰⁶ H.S. Kartadjoemena, *Substansi Perjanjian GATT/WTO dan Mekanisme Penyelesaian Sengketa : Sistem Kelembagaan, Prosedur Implementasi dan Kepentingan Negara Berkembang*, UI Press, 2007, Jakarta, hlm. 149.

⁷⁰⁷ Ibid, hlm. 124.

⁷⁰⁸ Kasus ini dibahas secara lengkap dalam buku Sudargo Gautama, *Indonesia dan Arbitrase Internasional*, Alumni, Bandung, 1992.

States)⁷⁰⁹ dengan Undang-Undang No. 5 Tahun 1968. Konvensi ini juga dikenal dengan sebutan Konvensi Washington atau Konvensi *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID), karena ditandatangani di Washington, tempat kedudukan ICSID. Dengan ratifikasi tersebut maka Indonesia menjadi anggota ICSID.⁷¹⁰ Sesuai ketentuan ICSID, Indonesia dapat menjadi pihak dalam sengketa penyelesaian investasi melalui arbitrase ICSID apabila menyatakan persetujuannya secara tertulis.⁷¹¹

Jika melihat ketentuan dalam Pasal 32 UUPM di atas, maka tampak dengan jelas, UUPM sama sekali tidak mencantumkan dan memberikan pengaturan penyelesaian sengketa antara kedua negara pihak (*settlement of disputes between the contracting parties*). UUPM hanya mengatur penyelesaian sengketa antara penanam modal sebagai entitas bisnis dengan negara penerima penanaman modal. UUPM tidak mengatur penyelesaian sengketa yang bersifat publik, yang melibatkan negara-negara atau masing-masing negara pihak (*each contracting parties*) sebagai subjek hukum utama dalam hukum internasional. Kenyataan ini menunjukkan, terdapat pemisahan pengaturan penyelesaian sengketa antara sengketa penanam modal dengan negara (*between investor and state*), dan antara negara dengan negara (*between contracting states/parties*). Dengan kenyataan itu, maka penyelesaian sengketa antara negara pihak didasarkan pada kaidah-kaidah hukum internasional dan tunduk pada penyelesaian sengketa menurut rejim hukum internasional, dan tidak mengikuti sistem hukum nasional.

⁷⁰⁹ Konvensi ICSID mulai berlaku efektif 14 Oktober 1966.

⁷¹⁰ Erman Rajagukguk, *Butir-Butir Hukum Ekonomi*, Lembaga Studi Hukum dan Ekonomi, FHUI, Jakarta, 2011, hlm. 3.

⁷¹¹ *Ibid*, hlm. 3.

BAB V

KESIMPULAN DAN SARAN

A. Kesimpulan

1. Dalam perspektif nasional secara yuridis Indonesia telah memberikan pengaturan berbagai aspek terhadap penanaman modal asing langsung yang terkait dengan perlindungan terhadap nasionalisasi dan ekspropriasi, manusia, properti dan aset milik asing, individu, ketenagakerjaan dan korporasi, akan tetapi kenyataan menunjukkan, Indonesia belum dapat memberikan perlindungan yang tinggi terhadap penanam modal asing langsung. Kenyataan ini terlihat dari Indeks Daya Saing Global (*Global Competitiveness Index*) perlindungan terhadap investor (*investor protection*) yang secara internasional masih sangat rendah, yang menempatkan Indonesia di peringkat 36 dunia dari 142 negara.
2. Indonesia memiliki pondasi yang kuat dan menerapkan dengan sungguh-sungguh kaidah-kaidah hukum internasional dengan standar yang tinggi yang mencakup prinsip itikad baik, *pacta sunt servanda*, kedaulatan negara, resiprositas, non-diskriminasi, pengambilalihan, transfer moneter dan penyelesaian sengketa sebagai basis dalam pembuatan perjanjian penanaman modal atau perjanjian investasi bilateral (PIB) dengan negara maju dan negara berkembang.

Perlindungan hukum terhadap penanaman modal asing dalam konteks ekonomi global terkait dan dipengaruhi oleh kebijakan penanaman modal asing, citra daya saing yang berkaitan dengan kemudahan dalam melakukan bisnis di urutan 129 dunia, dan kedudukan Indonesia dalam lingkungan bisnis

internasional yang bertalian dengan daya saing global di peringkat 46 dunia, yang secara internasional berada di bawah, jika dibandingkan dengan Malaysia di peringkat 18 dan 21 dunia, serta Singapura di posisi 2 dan 2 dunia, sehingga menurunkan persepsi para pengusaha dan penanam modal asing terhadap kemampuan Indonesia dalam melindungi investor asing.

B. Saran

1. Untuk memperkuat perlindungan hukum terhadap penanaman modal asing pada tataran hukum nasional, maka Indonesia perlu secara sungguh-sungguh dan terus-menerus meninjau kembali keseluruhan ketentuan-ketentuan dan peraturan yang terkait, serta membuat kebijakan-kebijakan (hukum) baru yang lebih sesuai dan dibutuhkan dalam melindungi penanam modal asing.
2. Untuk memberikan dampak positif dan manfaat dari penerapan kaidah-kaidah hukum internasional dengan standar yang tinggi dalam perjanjian penanaman modal, pemerintah perlu merevitalisasi dan mengaktualisasikan jaminan perlindungan terhadap penanaman modal asing yang tertuang dalam perjanjian investasi bilateral (PIB), sehingga dapat membantu penanam modal asing memahami perlindungan hukum bagi investor asing di Indonesia.
3. Untuk memperbaiki citra Indonesia di mata para pengusaha dan investor asing, pemerintah, kalangan bisnis, lembaga penegak hukum dan masyarakat perlu meningkatkan pemahaman dengan seksama aspek-aspek dan elemen-elemen yang mempengaruhi daya saing dan kedudukan Indonesia di lingkungan bisnis internasional.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- Achmad Fauzan, *Hukum Internasional Kini Dan Esok*, terjemahan dari *International law Today and Tomorrow*, Oliver J. Littigen, CV. Kasnendra Suminar, Surabaya, 1985.
- Barda Nawawi Arief, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Kejahatan*, Kencana, Jakarta, 2010.
- Erdianto Effendi, *Hukum Pidana Indonesia Suatu Pengantar*, Refika Aditama, Bandung, 2011.
- Saptomo, Ade, *Pokok-Pokok Metodologi Penelitian Hukum Empiris Murni Sebuah Alternatif*, Penerbit Universitas Trisakti, Jakarta, 2009.
- Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersial*, Kencana, Jakarta, 2010.
- A. Madjedi Hasan, *Kontrak Minyak dan Gas Bumi Berazas Keadilan dan Kepastian Hukum*, Fikahati Aneska, Jakarta, 2009.
- Aminuddin Ilmar, *Hukum Penanaman Modal Di Indonesia*, Kencana, Jakarta, 2006.
- An An Chandrawulan, *Hukum Perusahaan Multinasional, Liberalisasi Hukum Perdagangan Internasional dan Hukum Penanaman Modal*, Alumni, Bandung, 2011.
- Association of Southeast Asian Nations, *Investing in ASEAN – A Guide for Foreign Investor*, Jakarta, 1999.
- Badan Koordinasi Penanaman Modal, *Daftar Perjanjian Peningkatan Perlindungan Penanaman Modal Indonesia dan Negara Lain as of 2012*, Jakarta.
- Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, United Kingdom, 2003.
- Campbell, Enid, et al, *Legal Research*, The Law Book Company, Melbourne, 1988.
- Cohen, Morris L. Cohen & Olson, Kent C, *Legal Research*, West Publishing Company, St. Paul, Minn, 1992.
- Damos Dumoli Agusman, *Hukum Perjanjian Internasional Kajian Teori dan Praktik Indonesia*, Refika Aditama, Bandung, 2010.
- Dawson, Roger, *Secrets of Power Negotiating – Rahasia Sukses Seorang Negosiator Ulung*, Gramedia, Jakarta, 2003.
- Dent, Christopher M, *The Foreign Economic Policies of Singapore, South Korea and Taiwan*, Edward Elgar, United Kingdom, 2002.

- Dolzer, Rudolf, and Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, New York, 2008.
- Erman Radjagukguk, *Hukum Investasi Langsung Dan Pasar Modal*, Fakultas Hukum Pascasarjana Universitas Indonesia, 2011.
- _____, *Hukum Investasi dan Pembangunan*, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2011.
- Friedman, Lawrence M, *A History of American Law*, Simon and Schuster, New York, 1973, dan New York: W.W. Norton and Company, 1984.
- Graham, E. Graham and Krugman, Paul, *Foreign Direct Investment in the United States* (1991).
- Huala Adolf, *Hukum Penyelesaian Sengketa Penanaman Modal*, Keni Media, Bandung, 2011.
- H.S. Kartadjoemena, *Substansi Perjanjian GATT/WTO Dan Mekanisme Penyelesaian Sengketa – Sistem Kelembagaan, Prosedur Implementasi dan Kepentingan Negara Beerkembang*, UI Press, Jakarta, 2007.
- Hoekman, Bernard M, and Kostecki, Michel M, *The Political Economy of the World Trading System The WTO and Beyond*, Oxford University Press, New York, 2001.
- Hallward-Driemeier, Mary, *Bilateral Investment Treaties: Do They Increase FDI Flows?* Background Paper for *Global Economic Prospects 2003 : Investing to Unlock Global Opportunities*, World Bank, Washington, DC, 2002,
- _____, *Do Bilateral investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit ... and They Could Bite*, dalam Jason Webb Yackee.
- Heracleous, Loizos and Wirtz, Jochen, and Pangarkar, Nitin, *Flying High in A Competitive Industry Cost Effective Service Excellence at Singapore Airlines*, McGraw-Hill, Singapore, 2006.
- Hutchinson, Terry, *Researching and Writing in Law*, Lawbook Company, Sydney, 2002.
- Koh, Tommy, and Lin, Chang Li, *The Little Red Dot Reflection by Singapore's Diplomat*, World Scientific, Singapore, 2005.
- Kusumaningtuti SS, *Peranan Hukum Dalam Penyelesaian Krisis Perbankan di Indonesia*, Rajawali Pers, Jakarta, 2009.
- Mochtar Kusumaatmadja, *Konsep-Konsep Hukum dalam Pembangunan*, Alumni, Bandung, 2006.

- M. Syamsudin, *Operasionalisasi Penelitian Hukum*, Rajawali Pers, Jakarta, 2007.
- Muchammad Zaidun, *Penerapan Prinsip-Prinsip Hukum Internasional Penanaman Modal Asing Di Indonesia*, Disertasi Program Doktor Pascasarjana Universitas Airlangga, Surabaya, 2005.
- Muchlinski, Peter T, *Multinational Enterprises and the Law*, Blackwell Publishers, United Kingdom, 1999.
- Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), *Investment Policy Reviews Indonesia* (2010), Paris.
- Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, 2010.
- R. Doak, Bishop & Roberto Aguirre Luzi, *Investment Claims: First Lessons from Argentina*, in *International Investment Law and Arbitration: Leading Cases From The ICSID, NAFTA, Bilateral Treaties and Customary International Law*, (Todd Weiler ed, 2005) dalam Jason Webb Yackee.
- Rustanto, *Hukum Nasionalisasi Penanaman Modal Asing*, Kuwais, Jakarta, 2012.
- Salim HS, *Perkembangan Teori Dalam Ilmu Hukum*, Rajawali Pers, Jakarta, 2010.
- Schill, Stephen W, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2009.
- Sihar Sihombing, *Hukum Imigrasi*, Nuansa Aulia, Bandung, 2009.
- Singh, Kavaljit, *Questioning Globalization*, Madhy Books, India, 2005
- Sornarajah, M, *Principles of International Investment Law*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2004.
- Soetandyo Wignjosoebroto, *Hukum Paradigma, Metode dan Masalahnya*, Huma, Jakarta, 2002.
- Subedi, Surya P, *International Investment Law Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, Oxford and Portland Oregon, 2008.
- Suparji, *Penanaman Modal Asing Insentif v Pembatasan*, Universitas Al-Azhar Indonesia, Jakarta, 2008.
- UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties in the mid-1990s*, United Nations, New York, 1998.
- _____, *International Investment Arrangements: Trends and Emerging Issues*, Geneva, 2006

Yackee, Jason Webb, *Bilateral Investment Treaties, Credible Commitment, and the Rule of (International) Law: Do BITs Promote Foreign Direct Investment?*, 42 *Law & Society Review*, (2008).

_____, *Do Bilateral Investment Treaties Promote Foreign Direct Investment? Some Hints from Alternative Evidence*, *Virginia Journal of International Law*, Vol. 51, No. 2.

Peraturan Perundangan-undangan

Undang-Undang Dasar 1945

Undang-Undang No. 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia

Undang-Undang No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal

Perjanjian Internasional

Vienna Convention on the Law of Treaties 1969.

Agreement on Economic Cooperation Between The Government The Republic of Indonesia and The Government of The Kingdom of The Netherland.

Agreement Between The Government of The Republic of Indonesia and The Government of The United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland for The Promotion and Protection of Investments.

Agreement on Promotion and Reciprocal Protection of Investment Between The Government of The Republic of Indonesia and The Government of The Islamic Republic of Iran.