

HUKUM INVESTASI INTERNASIONAL

Sesuai Indonesia mulai menerapkan kebijakan pintu terbuka dengan mengundang masuknya investasi asing ke Indonesia pada tahun 1967, maka instrumen hukum yang menjadi dasar penanaman modal asing adalah hukum investasi asing yang pengaturannya dituangkan dalam Peraturan Investasi Bilateral (PIB). PIB menjadi penuntun dan sarana bagi negara maju dan negara berkembang termasuk Indonesia, yang memberikan legalitas kepada investor atau penanam modal asing untuk melakukan investasi dan menjalankan perusahaan di berbagai sektor dan industri yang terbuka bagi modal asing di Indonesia seperti pertambangan, minyak dan gas, dan manufaktur. PIB menampung peran penting sebagai landasan hukum bagi negara tuan rumah untuk memberikan perlindungan investasi bagi penanam modal asing dari negara mana saja tanpa membedakan perlakuan antara negara satu dengan negara yang lain. PIB memuat ketentuan antara lain tentang national treatment, most-favoured nation treatment, nasionalisasi, komersialis, hak transfer, dan penyelesaian sengketa.

Buku ini sangat relevan bagi mahasiswa S1 dan S2, perusahaan modal asing, perusahaan multinasional, praktisi bisnis internasional, pengusaha nasional, institusi promotif penanaman modal, serta pemerhati ekonomi dan bisnis.

PRC
POSTAL BOOKS CENTER
Jalan Sekeloa Selatan 1 No. 10
Jakarta Selatan 12120
Telp. (021) 5200651
www.prc.co.id

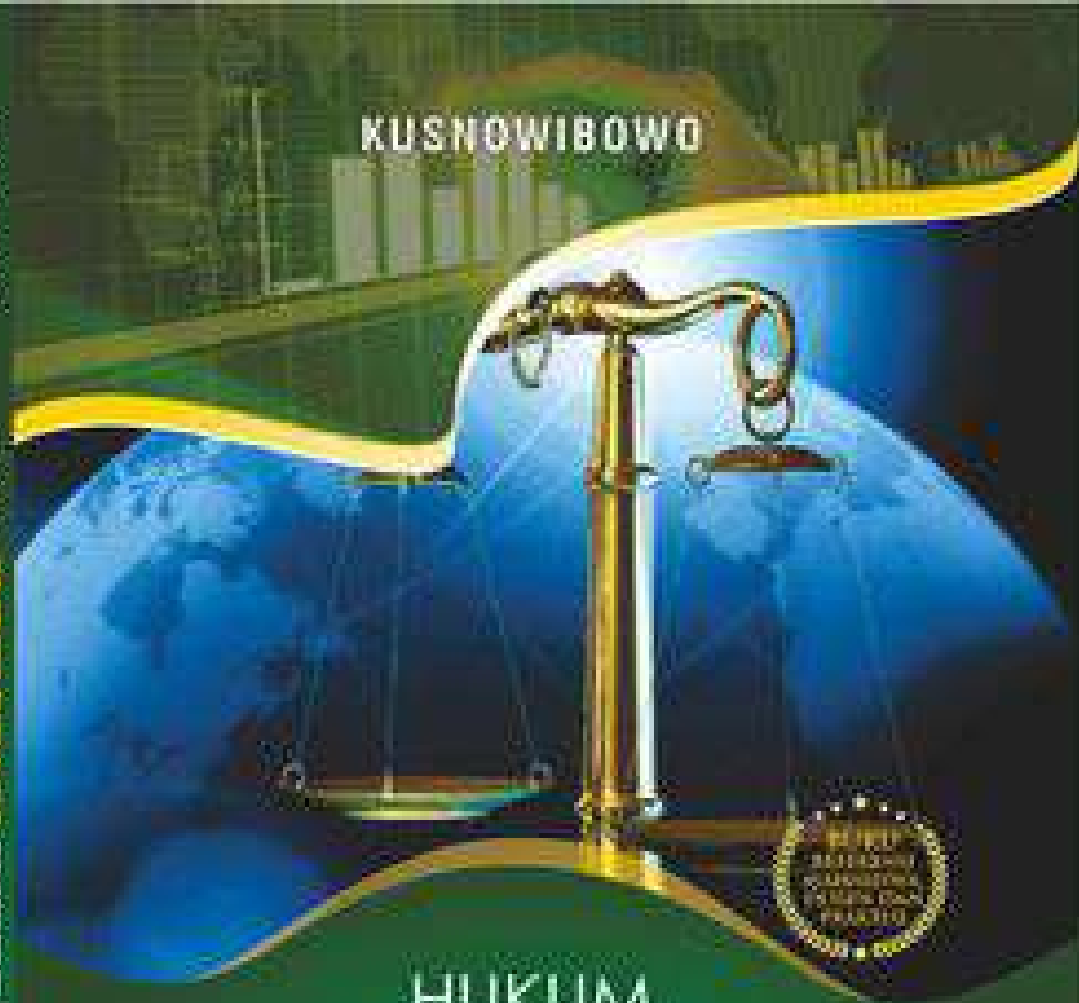


KUSNOEWIBOWO

HUKUM INVESTASI INTERNASIONAL

PRC

KUSNOEWIBOWO



HUKUM INVESTASI INTERNASIONAL

PRC
POSTAL BOOKS CENTER

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Perjanjian Investasi

Salah satu cabang hukum internasional yang penting dan menjadi perhatian negara-negara dewasa ini adalah hukum investasi internasional. Hukum investasi internasional dapat dikatakan merupakan disiplin yang relatif baru, karena baru berkembang pada akhir abad ke-20. Hukum investasi muncul bersamaan dengan tren *booming* investasi, dimana negara-negara secara masif membuat kesepakatan dan mengikatkan diri dalam perjanjian investasi untuk meningkatkan penanaman modal. Sebagai perjanjian internasional, perjanjian penanaman modal dapat berbentuk perjanjian bilateral, regional atau multilateral.

Perjanjian penanaman modal dipandang memiliki peran dan arti strategis, karena merupakan instrumen yang dapat mendorong peningkatan pembangunan dan kemajuan ekonomi. Dengan perjanjian penanaman modal, negara-negara dapat mendatangkan penanam modal atau investor asing untuk melakukan kegiatan bisnis dan ekonomi di dalam wilayah dan yurisdiksi negara tuan rumah (*host country*). Dengan instrumen ini, negara asal modal (*home country*) dengan leluasa menanamkan modal di berbagai sektor dan bidang industri.

Untuk 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 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, 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

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), dan secara bergantian akan digunakan dengan istilah Perjanjian Penanaman Modal (PPM). Dalam hubungan ekonomi, negara-negara sering menggunakan istilah Perjanjian Promosi Investasi (PPI), yang cenderung mengedepankan kata ‘promosi’ daripada proteksi. Dalam dunia *marketing* kata promosi seringkali lebih dikedepankan untuk menarik minat para pengusaha melakukan kegiatan bisnis. Secara implisit dapat dipahami, karena dengan melakukan promosi pada dasarnya negara yang bersangkutan akan memberikan perlindungan terhadap investasi yang dilakukan oleh investor atau penanam modal asing.

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 (BIT) yang ditandatangani³. Kemudian pada akhir milenium mencapai lebih dari 2000 perjanjian⁴. Sampai dengan akhir tahun 2005 jumlah PIB meningkat menjadi 2500 perjanjian⁵. Indonesia pertama kali menandatangani PIB dengan Amerika Serikat pada tahun 1967⁶. Kemudian disusul dengan negara-negara lain di Eropa Barat, yaitu Jerman pada tahun 1968, Belgia-Luksemburg tahun 1970, Perancis 1973, Swiss 1974 dan Inggris 1976⁷. Hingga sekarang Indonesia telah menandatangani PIB dengan 67 negara.⁸

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

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

⁴ Ibid, hlm. 204.

⁵ UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, New York and Geneva, 2007, hlm. 1.

⁶ Badan Koordinasi Penanaman Modal (BKPM), *Daftar Perjanjian Peningkatan Perlindungan Penanaman Modal (P4M) Indonesia Dengan Negara Lain*, as of 2012.

⁷ OECD *Investment Policy Reviews Indonesia* (2010), Paris, 2010, hlm. 81.

⁸ BKPM, Op.cit.

Indonesia⁹. 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.¹⁰ Sedangkan negara berkembang yang terbanyak menjadi pihak dalam PIB adalah China, Mesir dan Rumania¹¹. China merupakan negara berkembang terbanyak yang melakukan perundingan dan menandatangani PIB yaitu sebanyak 112 dan merupakan terbanyak kedua setelah Jerman¹². Negara berkembang lain yang juga aktif melakukan perundingan PIB adalah Republik Korea (Selatan) sebanyak 78 PIB dan Malaysia 66 PIB¹³.

Banyaknya negara-negara membuat perjanjian investasi itu dengan sendirinya bukan tanpa alasan, akan tetapi didasarkan atas berbagai motivasi dan pertimbangan. Sebagian memandang bahwa dengan menandatangani perjanjian investasi, maka negara-negara maju akan melakukan investasi di negara mitranya, sehingga investasi akan meningkat¹⁴. Namun, kenyataan di lapangan menunjukkan hal yang berlainan, penandatanganan tidak selalu berbanding lurus dan secara otomatis akan meningkatkan investasi asing.¹⁵ 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 negaranya¹⁶. 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

⁹ OECD, Op.cit, hlm. 81.

¹⁰ UNCTAD, *International Investment Arrangements: Trends and Emerging Issues*, Geneva, 2006, hlm. 12.

¹¹ Ibid, hlm. 12.

¹² Ibid, hlm. 12-13

¹³ Ibid, hlm. 13.

¹⁴ M. Sornarajah, Op.cit, hlm. 217.

¹⁵ Ibid, hlm. 217.

¹⁶ Ibid, hlm. 217.

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 Yackee¹⁷ menunjukkan bahwa, PIB (*BITs*) tidak sangat berarti mempengaruhi keputusan perusahaan melakukan penanaman modal (*FDI*)¹⁸. PIB tidak mempunyai korelasi kuat dengan peringkat 'risiko politik' (*political risk ranking*)¹⁹. Perusahaan-perusahaan penanggung asuransi risiko politik juga tidak mempertimbangkan PIB dalam membuat keputusan penutupan asuransi terhadap perusahaan penanam modal atau investor²⁰. 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 berkembang²¹, bahkan memberikan dampak negatif²². Demikian pula studi yang dilakukan oleh UNCTAD membuktikan bahwa terdapat sedikit korelasi antara menerima modal asing yang besar dengan penandatanganan perjanjian investasi bilateral²³.

¹⁷ 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,

¹⁸ Ibid, hlm. 400.

¹⁹ Ibid, hlm. 400.

²⁰ Ibid, hlm. 400.

²¹ 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

²² 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.

²³ UNCTAD, *Bilateral Investment Treaties in the mid-1990s*, United Nations, New York, 1998, dalam Kavaljit Singh, Op.Cit, hlm. 80.

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 negara²⁴. 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 pada waktu krisis keuangan tahun 2001²⁵. Lebih dari 30 gugatan arbitrase berdasarkan PIB (*BITs-based arbitration*) yang diajukan oleh investor dengan jumlah klaim mencapai milyaran dolar²⁶.

B. Pengertian PIB dan PMA

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

²⁴ Jason Web Yackee, Op.Cit, hlm. 398.

²⁵ 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.

²⁶ Ibid, hlm. 404.

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”²⁷.

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 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”²⁸.

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 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

²⁷ Peter Muchlinski, Op.Cit, hlm. 617.

²⁸ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, United Kingdom, 2003, hlm. 581.

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 pengaturan 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 banyak kontroversi seperti hukum yang berkaitan dengan penanaman modal asing²⁹. 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”³⁰.

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 :

²⁹ M. Sornarajah, Op.Cit, hlm. 1.

³⁰ Ibid, hlm. 7.

“Foreign direct investment is formally defined as ownership of assets by foreign resident for purposes of controlling the use of those assets”³¹.

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*) maupun tidak bergerak (*intangible*).

C. Sejarah Awal Perjanjian Investasi

Perjanjian investasi pada awalnya merupakan suatu perjanjian persahabatan, perdagangan dan navigasi atau perjanjian *friendship, commerce and navigation* (FCN), ketika Amerika Serikat dan Perancis pada tahun 1778 membuat perjanjian perdagangan (*commercial treaties*).³² Pembuatan perjanjian itu adalah dalam rangka perlindungan untuk kepentingan perdagangan (*protection of trading interest*).³³ Amerika Serikat kemudian membuat perjanjian yang sama dengan sekutunya di Eropa dan berikutnya dengan negara-negara Latin Amerika.³⁴ Amerika Serikat menandatangani perjanjian FCN dengan Irlandia (1950), Yunani (1954), Israel (1954), Perancis (1960), Pakistan (1961), Belgia (1963) dan Luksemburg (1963).³⁵

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

³¹ E. Graham and Paul Krugman, *Foreign Direct Investment in the United States* (1991) dalam M. Sornarajah, *ibid*, hlm. 7.

³² Rudolf Dolzner and Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, New York, 2008, hlm. 17.

³³ M. Sornarajah, *Op.cit*, hlm. 209.

³⁴ Rudolf Dolzner and Christoph Schreuer, *Op.cit*, 17.

³⁵ 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.

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 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*”.³⁶ Dalam FCN dengan Jerman, Ethiopia dan Belanda, terminologi yang digunakan adalah “*fair and equitable treatment*”.³⁷ Adanya standar perlakuan nasional (*national treatment standard*) ini kemudian menjadi embrio dari perjanjian penanaman modal atau perjanjian investasi bilateral (PIB) pada era modern.³⁸ Perjanjian investasi pertama yang menjadi pelopor adalah perjanjian yang dibuat oleh Jerman dan Pakistan pada tahun 1959 yang mulai berlaku tahun 1962.³⁹ Setelah lahirnya bentuk baru perjanjian penanaman modal, negara-negara tidak melakukan perundingan FCN, karena FCN tidak mempunyai orientasi bisnis yang spesifik.⁴⁰ 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*).⁴¹

³⁶ Ibid, hlm. 4.

³⁷ Ibid, hlm. 4.

³⁸ Peter T. Muchlinski, *Multinational Enterprises and the Law*, Blackwell, United Kingdom, 1999, hlm. 618.

³⁹ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, Op.cit, hlm. 18.

⁴⁰ Peter Muchlinski, Op.cit, hlm. 618.

⁴¹ Ibid, hlm. 618.

Jerman menjadi negara terdepan yang menggunakan perjanjian penanaman modal.⁴² Negara lain seperti Swiss membuat perjanjian yang sama dengan Tunisia pada tahun 1961.⁴³ Perancis kemudian menandatangani PIB pertama dengan Tunisia tahun 1972, diikuti oleh Inggris menandatangani PIB pertama dengan Mesir tahun 1975 dan Jepang tahun 1977.⁴⁴ Amerika Serikat kemudian muncul dengan terobosan baru yang memperkenalkan suatu model rancangan PIB yang dikenal dengan *US Model BIT* pada tahun 1983.⁴⁵

D. Perjanjian Investasi Bilateral Indonesia

Indonesia pertama kali menandatangani perjanjian investasi bilateral dengan Amerika Serikat,⁴⁶ setelah dilakukan pertukaran Nota Diplomatik antara Menteri Luar Negeri RI pada waktu itu, Adam Malik, dengan *Charge d’Affairs Ad Interim* Kedutaan Besar Amerika Serikat di Jakarta, Jack W. Lydman, pada 7 Januari 1967.⁴⁷ Pertukaran nota antara Menteri Luar Negeri dengan Kedutaan Besar itu dicapai setelah sebelumnya dilangsungkan pembicaraan antara Wakil-wakil Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Amerika Serikat berkaitan dengan upaya meningkatkan penanaman modal di Indonesia dalam rangka melanjutkan pengembangan sumber-sumber ekonomi dan kemampuan produktif Indonesia.⁴⁸

Penandatanganan PIB itu dilakukan tidak lama setelah pergantian pemerintahan dari Orde Lama ke Orde Baru yang mulai melancarkan serangkaian

⁴² Ibid, hlm. 618.

⁴³ Ibid, hlm. 618.

⁴⁴ Ibid, hlm. 618.

⁴⁵ Ibid, hlm. 618.

⁴⁶ Perjanjian Penanaman Modal Indonesia dengan Amerika Serikat diratifikasi dengan Keputusan Presiden No. 97 Tahun 1967 pada tanggal 3 Juli 1967.

⁴⁷ Badan Koordinasi Penanaman Modal (BKPM), *Daftar Perjanjian Peningkatan Perlindungan Penanaman Modal (P4M) Indonesia Dengan Negara Lain*, Jakarta, 2012.

⁴⁸ P4M antara Indonesia dan Amerika Serikat diratifikasi dengan Keputusan Presiden No. 97 Tahun 1967. Konsideran menimbang dari Keppres No. 97/1967.

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 sebelum keluarnya Undang-Undang No. 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing (PMA) yang ditandatangani dan disahkan pada tanggal 10 Januari 1967.⁴⁹

Setelah dengan Amerika Serikat, Indonesia kemudian menandatangani PIB dengan Belanda, 7 Juli 1968, dan Jerman, 8 November 1968. Diikuti dengan Norwegia, 24 November 1969; Belgia, 15 Januari 1970; Swiss, 6 Februari 1974; dan Inggris, 27 April 1976.⁵⁰ Berdasarkan data dari BKPM, hingga tahun 2012, Indonesia telah menandatangani perjanjian penanaman modal dengan 67 negara, baik dengan negara maju maupun negara berkembang.

Pada masa awal, sesuai dengan semangat kebijakan pemerintah dalam rangka memajukan pembangunan, perjanjian yang ditandatangani belum merupakan suatu perjanjian yang secara khusus mengatur tentang penanaman modal. Perjanjian yang dibuat lebih diutamakan dan dimaksudkan sebagai perjanjian dalam rangka kerjasama ekonomi (*economic cooperation*) dan pembangunan. Perjanjian ditekankan merupakan perjanjian payung dalam kerangka peningkatan kerjasama di bidang ekonomi yang dapat mendorong pembangunan di masing-masing negara. Kondisi dan keterbelakangan negara-negara kemudian melahirkan perjanjian yang disebut sebagai perjanjian kerjasama ekonomi (*economic cooperation agreement*). Perjanjian ekonomi juga ditempatkan sebagai landasan untuk memajukan kerjasama

⁴⁹ Aminuddin Ilmar, *Hukum Penanaman Modal Di Indonesia*, Kencana, Jakarta, Cetakan ke-3, 2007, hlm. 209.

⁵⁰ Ibid.

pembangunan di berbagai bidang. Hal ini dapat dilihat dari nama perjanjian. Dalam perjanjian Indonesia dengan Belanda, nama judul dari perjanjian adalah “*Agreement on Economic Cooperation Between The Government The Republic of Indonesia and The Government of The Kingdom of The Netherland*” atau Perjanjian Kerjasama Ekonomi Antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Kerajaan Belanda. Dalam perjanjian ini, pengaturan tentang penanaman modal (*investment*) menjadi bagian dari bab (*chapter*) isi perjanjian, karena belum merupakan perjanjian tunggal yang berdiri sendiri (*single standing agreement*) sebagai perjanjian penanaman modal.

Pada dasawarsa 1960-an dan 1970-an, seiring dengan banyaknya negara-negara di Asia dan Afrika yang telah memperoleh kemerdekaan dan melepaskan diri dari cengkeraman kolonial dan imperialis, prioritas negara-negara ditujukan pada pembangunan ekonomi. Pengaruh paradigma pembangunan menjadi inspirasi negara-negara membuat kesepakatan, yang dalam literatur dikenal dengan perjanjian pembangunan ekonomi (*economic development agreement*). Perjanjian ini memberikan pengaturan tentang hubungan dan bantuan pembangunan yang diberikan salah satu pihak sebagai negara pemberi bantuan (*donor country*) dan pihak lain negara penerima bantuan (*recipient country*). Dalam perjanjian ini tercantum ketentuan antara lain seperti bantuan teknik (*technical assistance*), jenis bantuan pembangunan yang diberikan, besarnya jumlah bantuan dana pembangunan dan lama waktu pengembalian bantuan.

BAB II

SUMBER HUKUM INVESTASI INTERNASIONAL

1. Perjanjian Internasional

Sebagai bagian dari hukum internasional, perjanjian internasional merupakan sumber utama hukum investasi internasional, sesuai dengan ketentuan yang terdapat dalam Pasal 38 ayat (1) Statuta Mahkamah Internasional atau *International Court of Justice* (ICJ). Perjanjian internasional meliputi perjanjian multilateral, regional dan bilateral. Perjanjian multilateral menempati kedudukan tertinggi sebagai sumber hukum internasional, karena diterimanya perjanjian tersebut menunjukkan penerimaan prinsip-prinsip hukum internasional oleh pihak-pihak terhadap perjanjian.⁵¹ Perjanjian internasional mempunyai arti sangat penting, karena sebagai “*law-making treaties*” menciptakan “*general norms*” (norma-norma umum) sebagai penuntun perilaku masa depan para pihak dalam hal proposisi hukum (*legal proposition*) dan kewajiban-kewajiban yang berlaku sama bagi semua pihak.⁵² Perjanjian internasional yang memiliki dampak penciptaan hukum yang kuat (*strong law-creating effect*) akan dapat mendukung berlakunya hukum kebiasaan internasional.⁵³ Dengan praktik yang mereka lakukan, negara-negara bukan pihak (*non-parties*) akan menerima ketentuan-ketentuan yang tertuang dalam konvensi atau perjanjian multilateral sebagai suatu perjanjian internasional umum (*general international law*).⁵⁴

⁵¹ M. Sornarajah, Op.cit, hlm. 87.

⁵² Ian Brownlie, Op.cit, hlm. 12.

⁵³ Ibid, hlm. 13.

⁵⁴ Ibid, hlm. 13.

Setelah berakhirnya Perang Dunia II masyarakat internasional berupaya untuk membuat aturan berkaitan dengan hukum tentang penanaman modal asing (*law of foreign investment*) yang dilakukan melalui pembentukan Organisasi Perdagangan Internasional (*International Trade Organization*).⁵⁵ Upaya tersebut menghasilkan dokumen yang dikenal dengan *Havana Charter* atau Piagam Havana, yang hanya memuat sedikit aturan-aturan (*rules*) yang relevan dengan investasi asing.⁵⁶ Upaya yang sama selanjutnya juga dilakukan melalui pembentukan organisasi *World Trade Organization* (WTO) pada tahun 1995, yang diharapkan akan dapat menghasilkan instrument khusus sebagai perjanjian internasional tentang investasi, akan tetapi langkah ini belum dapat membuahkan hasil.⁵⁷

Berangkat dari pengalaman kedua upaya tersebut di atas, negara-negara maju di bidang ekonomi yang tergabung dalam *Organisasi Kerjasama Ekonomi dan Pembangunan* atau OECD (*Organization for Economic Cooperation and Development*) yang disponsori oleh Jerman memprakarsai konperensi internasional dengan mengikutsertakan negara-negara berkembang untuk pembentukan *Multilateral Agreement on Investment*.⁵⁸ Negara-negara maju ternyata tidak berhasil mencapai kesepakatan penuh dan mendapatkan penolakan dari organisasi-organisasi non-pemerintah, karena dinilai hanya berpihak pada kepentingan perusahaan-perusahaan multinasional (*interests of multinational corporations*)⁵⁹ yang notabene dimiliki oleh negara-negara maju dan merupakan penopang ekspansi internasional mereka.

⁵⁵ Ibid, hlm. 87.

⁵⁶ Ibid, hlm. 87.

⁵⁷ Ibid, hlm. 87.

⁵⁸ Ibid, hlm. 88.

⁵⁹ Ibid, hlm. 88.

Instrumen internasional yang dipandang berhasil menjadi sumber rujukan tentang investasi adalah *International Convention on the Settlement of Investment Dispute* (ICSID) atau Konvensi Internasional tentang Penyelesaian Sengketa Investasi, meskipun ini hanya konvensi yang berkaitan dengan aspek prosedural yang kemudian melahirkan institusi penyelesaian sengketa investasi melalui arbitrase.⁶⁰ Nama lengkap konvensi tersebut adalah *Convention on the Settlement of Investment Disputes between State and Nationals of Other States 1965*. Konvensi ini disebut juga dengan Konvensi Washington, karena ditandatangani di Washington, tempat dimana badan arbitrase ICSID berkedudukan. Konvensi internasional sejenis sangat erat berkaitan dengan arbitrase adalah *Convention on the Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958*, yang dikenal dengan Konvensi New York. Konvensi ini menjadi landasan bagi negara-negara dalam memberikan pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase asing di negara dimana penanaman modal dilakukan.

Perjanjian regional yang memiliki ketentuan kuat dan berpengaruh adalah *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) atau Perjanjian Perdagangan Bebas Amerika Utara.⁶¹ Perjanjian NAFTA adalah perjanjian perdagangan bebas kawasan Amerika Utara melibatkan tiga negara, yaitu Amerika Serikat, Kanada dan Meksiko. Bagian terpenting dari perjanjian tersebut adalah Chapter 11 yang kemudian menjadi model bagi perjanjian investasi bilateral Amerika Serikat, terutama pengaturan mekanisme *investor-state dispute resolution*.⁶²

Perjanjian regional lain yang penting adalah *ASEAN Comprehensive Investment Agreement* (ACIA) yang berlaku bagi negara-negara di kawasan Asia Tenggara. Perjanjian ini mengikat sepuluh negara anggota ASEAN, antara lain seperti

⁶⁰ M. Sornarajah, Op.cit, hlm. 88.

⁶¹ Ibid, hlm. 88.

⁶² Ibid, hlm. 88.

Indonesia, Malaysia, Singapore, Thailand dan Vietnam. ACIA dapat dikatakan sebagai perjanjian yang ambisius karena menggantikan dan menyempurnakan dua perjanjian investasi sebelumnya, yaitu *ASEAN Agreement on the Protection and Promotion Investment* atau *ASEAN Investment Guarantee Agreement* (IGA) dan *ASEAN Framework Agreement on Investment* atau AIA (*ASEAN Investment Agreement*).⁶³ Sebagai perjanjian yang mutakhir, ACIA dengan sendirinya merupakan suatu *code of investment* bagi negara-negara ASEAN.

Perjanjian yang bersifat bilateral adalah *bilateral investment treaties* atau perjanjian investasi bilateral (PIB). PIB mengalami perkembangan yang pesat pada dekade 1990-an, ketika negara-negara secara masif mulai menggunakan mekanisme bilateral sebagai instrumen peningkatan hubungan ekonomi dan investasi internasional. Gelombang perjanjian investasi yang besar tersebut telah merambah ke berbagai negara di dunia mengakibatkan peningkatan jumlah signifikan yang hingga sekarang mencapai lebih dari dua ribu perjanjian.⁶⁴

2. Kebiasaan Internasional

Pasal 38 ayat (1) mengakui, selain perjanjian internasional, terdapat kebiasaan internasional (*international custom*) yang berkembang menjadi hukum kebiasaan internasional (*international customary law*) sebagai sumber hukum. Kebiasaan internasional diterima sebagai sumber hukum, tidak terlepas dari praktik internasional, karena hukum internasional pada awalnya berasal dari praktik yang lazim dilakukan oleh suatu negara, yang kemudian lambat laun dipraktikkan dalam hubungan antar negara. Kebiasaan internasional mengandung makna adalah suatu kebiasaan atau praktik yang umum (*general practice*) dilakukan dan diterima sebagai

⁶³ Ibid, hlm. 89.

⁶⁴ Ibid, hlm. 89.

hukum.⁶⁵ Pakar hukum internasional Brierly menambahkan, apa yang dicari dari kebiasaan adalah pengakuan umum (*general recognition*) di antara negara-negara dari suatu praktik tertentu sebagai suatu kewajiban (*obligatory*).⁶⁶

Dalam hukum internasional sumber material kebiasaan itu sangat beragam dan dapat ditemukan dari berbagai hal antara lain seperti *diplomatic correspondence, policy statements, press release, opinions of official legal advisers, executives decisions and practices, international and national judicial decisions*, dan *practice of international organs*. Praktik negara-negara dalam surat-menyurat diplomatik dan pernyataan pers pemerintah yang dikeluarkan melalui *press release* biasanya yang dinyatakan oleh departemen atau kementerian luar negeri sebagai representasi negara atas suatu isu atau permasalahan tertentu seringkali disimpan dalam catatan yang kemudian menjadi praktik negara. Hal yang sama juga berlaku pada pendapat atau opini penasehat hukum pemerintah atas suatu perkara atau sengketa tertentu lambat laun akan dipandang sebagai sikap atau praktik negara tersebut. Apakah setiap praktik suatu negara akan ditiru oleh negara lain dan menjadi kebiasaan di kemudian hari? Hukum internasional memberikan kriteria suatu praktik dapat diterima sebagai kebiasaan. Terdapat elemen-elemen yang diperlukan dalam kebiasaan, yaitu *uniformity, consistency, generality*, dan *opinio juris*.⁶⁷ Keseragaman dalam praktik, kekonsistensian praktik, keumuman dari praktik tersebut dan pandangan hukum pengadilan internasional terhadap praktik yang dilakukan adalah elemen pokok yang akan menjadi acuan bagi negara-negara untuk menempatkan dan mengadopsi praktik negara diterima sebagai kebiasaan internasional.

⁶⁵ Ian Brownlie, hlm. 6.

⁶⁶ Ibid, hlm. 6.

⁶⁷ Ibid, hlm. 7-8.

Dalam hukum investasi asing, manakala suatu properti diambilalih oleh suatu negara, maka negara tersebut harus membayar kompensasi, meskipun pada dasarnya sebelumnya tidak pernah ada perjanjian antara negara yang mengambilalih dengan negara dari pemilik properti dan belum ada perjanjian tentang tata cara melakukan pembayaran dan kalkulasi atas kompensasi.⁶⁸ Praktik pembayaran kompensasi kemudian menjadi kebiasaan dalam hukum investasi. Penerapan ‘standar minimum perlakukan’ (*minimum standard of treatment*) investasi asing pada awalnya merupakan hukum kebiasaan internasional⁶⁹ yang berkembang sebagai ‘*international minimum standard of treatment*’ dan ‘*international minimum standard of protection*’. Ide tradisional tentang ‘*diplomatic protection*’ dan perlakuan terhadap orang asing (*treatment of alien*) adalah kebiasaan-kebiasaan yang diterima sebagai *international customary law* yang menjadi basis dalam *protection of foreign investment*.⁷⁰ Perlindungan diplomatik terhadap warga negara tersebut dan properti di luar negeri oleh negara asal modal (*home country*) kemudian menjadi pilar dalam *modern rules* hukum investasi asing.

3. Prinsip-Prinsip Umum Hukum

Prinsip-prinsip umum hukum (*general principles of law*) secara tegas disebutkan dalam Pasal 38 ayat (1) sebagai salah satu sumber hukum. Prinsip umum hukum yang dimaksudkan disini adalah prinsip-prinsip umum yang berlaku dalam hukum internasional. Prinsip umum awal mulanya merujuk pada *rules of customary law* yang berkembang menjadi *legal propositions* yang dihasilkan dari *judicial reasoning* berdasarkan hukum internasional yang ada dan analogi lokal.⁷¹ Prinsip

⁶⁸ M. Sornarajah, Op.cit, hlm. 89.

⁶⁹ Surya P. Subedi, Op.cit, hlm. 55.

⁷⁰ Ibid, hlm. 55.

⁷¹ Ian Brownlie, Op.cit, hlm. 18.

umum tidak memiliki sistematika urutan dan kategori sumber yang kaku.⁷² Hukum internasional tidak menyusun kronologi prinsip-prinsip umum apa yang harus ditempatkan pada urutan teratas dan prinsip-prinsip mana yang harus ditempatkan di bawah. Prinsip umum hukum berkembang dan diadopsi secara luwes berdasarkan pengakuan dan penerimaan oleh masyarakat internasional. Prinsip-prinsip umum yang telah diterima sebagai contoh adalah *principle of consent, reciprocity, equality of states, finality of awards and settlements, the legal validity of agreements, good faith, domestic jurisdiction*, dan *the freedom of the seas*.⁷³ Prinsip-prinsip lain yang juga diakui secara internasional yaitu *national treatment, most favoured nation treatment, pacta sunt servanda* dan *rebus sic stantibus*. Prinsip-prinsip tersebut dalam praktik dapat ditelusuri dari *state practice*⁷⁴ dalam lapangan hukum internasional secara umum maupun hukum perjanjian atau kontrak investasi.

Prinsip umum hukum pada dasarnya merupakan “*maxims of law*”⁷⁵ atau “*legal maxim*” dari teori hukum. Prinsip umum dalam ilmu hukum disebut pula sebagai “doktrin hukum” (*legal doctrine*). Prinsip umum hukum sebagai teori mengandung nilai-nilai filosofis yang memiliki keterkaitan dengan filsafat hukum. Sebagai asas hukum, prinsip umum hukum akan menjadi penuntun yang memberikan arahan implementasi prinsip tersebut secara kongkrit di lapangan. Asas-asas hukum sangat dibutuhkan dan dipergunakan oleh pengadilan internasional dan pengadilan arbitrase dalam memutuskan sengketa internasional. Asas-asas merupakan peralatan dan perlengkapan utama yang tidak dapat diabaikan dalam menetapkan suatu putusan (*award*). Prinsip-prinsip itu merupakan sarana yang tidak dapat dipisahkan dari badan pengadilan internasional. Para hakim dan arbiter akan mengidentifikasi

⁷² Ibid, hlm. 18.

⁷³ Ibid, hlm. 18.

⁷⁴ Ibid, hlm. 18.

⁷⁵ D.J. Harris, Op.cit, hlm. 47.

prinsip-prinsip umum apa yang akan dipergunakan dalam menyelesaikan suatu sengketa.⁷⁶ Prinsip umum akan menjadi “*tools of analysis*” bagi hakim dan arbiter untuk melihat dan menemukenali secara mendalam seberapa jauh asas-asas dalam suatu kasus berlaku dan diterapkan oleh masing-masing pihak yang bersengketa. Sebagai contoh, dalam *Barcelona Traction Case*, ICJ mendasarkan diri pada “*principle of lifting the veil*”, yang secara umum diterima oleh *municipal law*, ketika memutuskan, dalam *exceptional circumstances*, negara nasional dari pemegang saham perusahaan dapat bertindak melindungi mereka di tempat negara asal perusahaan tersebut.⁷⁷

4. Putusan Pengadilan

Putusan pengadilan atau *judicial decisions* merupakan sumber hukum yang tidak dapat dipisahkan dalam hukum internasional dan tidak terkecuali hukum investasi internasional. Putusan pengadilan sebagai produk institusi peradilan dalam penyelesaian sengketa dengan sendirinya menjadi referensi hukum dalam memahami persoalan hukum dan menganalisis suatu kasus. Meskipun putusan pengadilan adalah sumber subsider (*subsidiary source*), putusan badan peradilan seperti *International Court of Justice* (ICJ) dan pendahulunya, *Permanent Court of International Justice* (PCIJ, memberikan pengaruh yang sangat besar dalam pembentukan prinsip-prinsip hukum internasional.⁷⁸ Di antara contoh putusan yang signifikan terdapat tiga putusan dalam bidang penanaman modal asing.⁷⁹ *Pertama, Chorzow Factory Case*, putusan dikeluarkan oleh PCIJ hingga sekarang menjadi basis pembahasan isu-isu

⁷⁶ Ibid, hlm. 47.

⁷⁷ Ibid, hlm. 47.

⁷⁸ M. Sornarajah, Op.cit, hlm. 95.

⁷⁹ Ibid, hlm. 95.

terkait dengan kompensasi untuk pengambilan properti asing.⁸⁰ *Kedua, Barcelona Traction Case*, diputuskan oleh ICJ, yang berkaitan dengan nasionalitas atau kebangsaan korporasi dan *diplomatic protection* dari pemilik saham perusahaan.⁸¹ *Ketiga, ELSI Case*, hasil putusan dari ICJ, menyangkut isu tentang berapa jumlah pengambilan dan apakah likuidasi perusahaan asing oleh pengadilan dapat menjadi dasar klaim bahwa terjadi *denial of justice* dimana tanggung jawab timbul di negara tersebut.⁸² *Denial of justice* adalah tindakan atau perbuatan yang dilakukan oleh organ-organ pengadilan (*judicial organs*) yang dapat menimbulkan tanggung jawab negara jika perbuatan itu melampaui norma-norma perilaku pengadilan yang patut (*norms of proper judicial conduct*).⁸³

Dalam kaitan dengan investasi, putusan pengadilan yang seringkali menjadi sumber hukum adalah putusan dari pengadilan arbitrase (*arbitral tribunal*). Literatur atau kepustakaan hukum juga sangat sering memuat referensi pada putusan-putusan pengadilan arbitrase.⁸⁴ Hal ini dapat dipahami, mengingat metode yang paling sering dipilih para pihak dalam menyelesaikan sengketa investasi adalah menggunakan pengadilan arbitrase. Terdapat banyak putusan (*awards*) yang memberikan kontribusi sangat berarti bagi perkembangan hukum yang dihasilkan oleh para ahli hukum (*jurists*) baik yang berperan sebagai *arbitrators*, *umpires* maupun *commissioner*.⁸⁵

Pengadilan arbitrase seperti *ICSID*, *International Court of Arbitration*, *London Court of International Arbitration* (LCIA), *Singapore International Arbitration Centre* (SIAC) dan *Permanent Court of Arbitration* (PCA) merupakan

⁸⁰ Ibid, hlm. 95.

⁸¹ Ibid, hlm. 95.

⁸² Ibid, hlm. 95.

⁸³ Ibid, hlm. 340

⁸⁴ Ian Brownlie, Op.cit, hlm. 19.

⁸⁵ Ibid, hlm. 19

arbitration centers yang mengeluarkan banyak putusan dari berbagai jenis kasus yang berkaitan dengan sengketa investasi dan perdagangan. Demikian pula dengan putusan Badan Arbitrase Nasional Indonesia (BANI) dapat menjadi rujukan hukum dalam melihat persoalan dan kasus hukum, baik yang berkaitan dengan sengketa bisnis maupun investasi.

Putusan badan peradilan nasional di Indonesia seperti Mahkamah Agung, Mahkamah Agung dan Pengadilan Niaga dapat menjadi sumber yang memberikan kontribusi bagi perkembangan hukum. Putusan hakim mengenai kasus tertentu yang menjadi perhatian publik seringkali memiliki dampak terhadap perkembangan hukum. Sebagai contoh putusan Mahkamah Konstitusi tentang pembubaran BP Migas yang menyatakan tetap berlakunya Kontrak Kerja Sama pertambangan minyak dan gas setelah lembaga tersebut dinyatakan bubar. Putusan tersebut menunjukkan diterima dan diakuinya doktrin "*rebus sic stantibus*" sebagai prinsip yang berlaku secara internasional dalam hukum kontrak atau perjanjian di Indonesia. Putusan itu membuktikan, bahwa pengadilan dan hakim di Indonesia mengakui dan memberlakukan prinsip hukum tersebut. Hal serupa juga terjadi dalam sistem hukum *common law*, dimana para ahli dan penulis hukum banyak menggunakan putusan pengadilan lokal (*municipal decisions*) sebagai referensi.⁸⁶

5. Karya Hukum⁸⁷

Sumber hukum yang penting dan diakui keberadaannya adalah karya hukum atau "*writings of publicists*". Karya hukum sebagai tulisan atau ajaran para ahli hukum internasional merupakan sumber hukum subsider atau sarana tambahan

⁸⁶ Ibid, hlm. 22.

⁸⁷ Sefriani dalam buku *Hukum Internasional Suatu Pengantar*, Rajawali Pers, Jakarta, 2011, hlm. 51, menggunakan istilah Karya Hukum sebagai terjemahan dari "*Writings of Publicists*" yang dipakai oleh Ian Brownlie dalam karya akademik *Principles of Public International Law*. D.J. harris menggunakan istilah "Writers".

(*subsidiary means*) untuk penentuan aturan-aturan hukum (*rules of law*).⁸⁸ Statuta Mahkamah Internasional pada Pasal 38 ayat (1) menyebutkan dengan istilah “*the teachings of the most highly qualified publicists*”, yaitu tulisan atau doktrin yang dilahirkan dan dikembangkan oleh para ahli hukum dari berbagai bangsa.⁸⁹ Tulisan dimaksud meskipun hanya sebatas sebagai bukti adanya hukum, tetapi pada subjek tertentu, penulis perorangan tidak dapat dipungkiri mempunyai pengaruh yang cukup berarti.⁹⁰ Sebagai contoh Gidel mempunyai pandangan yang berpengaruh dalam hukum laut, terutama dalam kaitan dengan konsep zona tambahan (*contiguous zone*).⁹¹

Tulisan dan pandangan para ahli seperti Grotius sebagai bapak hukum bangsa-bangsa (*law of nations*),⁹² Vattel, Bynkershoek, Brierly, Starke, Oppenheim Calvo, Hall, Hyde dan yang lain sangat berpengaruh pada periode awal pembentukan hukum internasional.⁹³ Schwarzenberger, Jessup dan McNair sebagai ahli hukum internasional telah menghasilkan karya yang menjadi rujukan awal sebagai pandangan klasik yang hingga sekarang menjadi pegangan bagi ahli hukum berikutnya.

6. *Soft Law*⁹⁴

Sumber hukum yang berkembang menjadi rujukan baru adalah “*Soft Law*”. Secara formal *soft law* tidak tercantum dalam Pasal 38 ayat (1) Statuta Mahkamah Internasional, namun keberadaannya sangat dirasakan mempunyai arti penting

⁸⁸ Ian Brownlie, Op.cit, hlm. 23.

⁸⁹ Ibid, hlm. 23.

⁹⁰ Ibid, hlm. 23.

⁹¹ Ibid, hlm. 23.

⁹² D.J. Harris, Op.cit, hlm. 53.

⁹³ Ibid, hlm. 54.

⁹⁴ Ibid, hlm. 61. D.J. Harris menempatkan Soft Law sebagai sumber hukum dalam hukum internasional.

dalam perkembangan hukum internasional. *Soft law* mulai dikembangkan ketika para ahli hukum internasional mempertanyakan *legal nature* dari resolusi-resolusi yang dikeluarkan oleh Majelis Umum PBB (*United Nations General Assembly*).⁹⁵ Para ahli tidak dapat dengan mudah menentukan secara hitam dan putih (*black and white*) perbedaan antara *law* dan *non-law*, apakah merupakan hukum atau bukan hukum.⁹⁶ Sebagai instrumen tradisional *soft law* tidak dapat dipandang sebagai *rules* yang “*full-fledged*” dari hukum internasional, namun tidak selayaknya dikesampingkan sebagai *non-law*.⁹⁷ Kenyataan itu membuat *soft law* seolah berada dalam “*grey area*” antara “*white space of law*” dan “*black territory of non-law*”.⁹⁸ Akan tetapi walaupun berada di daerah abu-abu, *soft law* akan dapat mempengaruhi wilayah yang putih, dan tidak dapat dipungkiri pada tingkat tertentu akan mempunyai *legal effects*.⁹⁹

Di luar dari kenyataan tersebut di atas, *soft law* merupakan aset penting dalam perkembangan doktrin hukum internasional, karena *soft law* memberikan kontribusi, dimana ia dapat memetakan implikasi hukum dari instrumen-instrumen yang secara hukum tidak mengikat (*legally non-binding instruments*), terutama keterkaitannya dengan *full-fledged legal rules*.¹⁰⁰ Dengan kondisi itu, *soft law* memainkan peran besar dibandingkan dengan sistem-sistem dalam hukum nasional pada masa sekarang maupun di masa akan datang.¹⁰¹ *Soft law* merupakan instrumen tertulis yang menurunkan *rules of conduct* yang tidak dimaksudkan sebagai *legally binding* dan tidak menghasilkan *opinio juris* yang jika menjadi *state practice* akan berkembang sebagai kebiasaan.¹⁰² Atas dasar itu, Seidl-Hohenveldern menyatakan, bahwa nilai

⁹⁵ Van Hoof, *Rethinking the Sources of International Law*, dalam D.J. Harris, hlm. 61.

⁹⁶ Ibid, hlm. 61.

⁹⁷ Ibid, hlm. 61.

⁹⁸ Ibid, hlm. 61.

⁹⁹ Ibid, hlm. 61.

¹⁰⁰ Ibid, hlm. 62.

¹⁰¹ Ibid, hlm. 62.

¹⁰² Ibid, hlm. 62.

utama dari *international “soft law”* yang terpenting adalah di dalam bidang *international economic law* yang berfungsi sebagai *advice* bagi negara-negara untuk mengatasi *deadlock* dalam hubungan antar negara yang mengarah pada pertentangan ideologis dan/atau tujuan-tujuan ekonomi.¹⁰³

Dalam hubungan dengan penanaman modal asing, produk-produk yang termasuk sebagai *soft law* adalah seperti *United Nations Declaration on Permanent Sovereignty over Natural Resources* (PSNR) dan *Charter of Economic Rights and Duties of States* (CERDS). Deklarasi PSNR telah memberikan dampak yang besar bagi negara-negara berkembang yang telah melepaskan diri dari belenggu kolonial untuk menuntut kedaulatan penuh atas sumber daya alam strategis, terutama minyak dan gas. PSNR juga menjadi kekuatan baru dan justifikasi bagi negara berkembang melakukan nasionalisasi terhadap perusahaan multinasional yang melakukan kegiatan bisnis di negara mereka. CERDS menjadi elemen pokok yang memberikan legalitas adanya hak-hak ekonomi dan kewajiban negara dalam mengelola sumber daya ekonomi, termasuk hak melakukan pengambilalihan melalui nasionalisasi atau ekspropriasi. Serupa dengan itu, *soft law* lain yang dikeluarkan oleh lembaga di luar PBB adalah *World Bank Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment* (1992), *Declaration of OECD on International Investment* (1976) dan *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*. Sebagai instrumen *soft law*, *World Bank Guidelines* mempunyai pengaruh yang cukup signifikan, karena *guidelines* tersebut merupakan upaya Bank Dunia sebagai lembaga keuangan internasional dalam memberikan pengaturan terhadap penanaman modal asing.

¹⁰³ Ibid, hlm. 62.

BAB III

PERJANJIAN PENANAMANN MODAL

A. Perjanjian Internasional Dalam Hukum Investasi

1. 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 adanya Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian (*Vienna Convention on the Law of Treaties/VCLT*) tahun 1969¹⁰⁴, 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.¹⁰⁵ Dalam konsideran VCLT terdapat tiga asas yang diakui secara universal, yaitu asas *free consent*, *good faith* dan *pacta sunt servanda*.¹⁰⁶ Asas-asas tersebut dengan demikian menjadi penuntun (*guidance*) dan landasan filosofis bagi perjanjian internasional.

¹⁰⁴ Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian (*Vienna Convention on the Law of Treaties/VCLT*) ditandatangani di Wina, Austria, 23 Mei 1969.

¹⁰⁵ Ian Brownlie, *Op.cit.*, hlm. 580.

¹⁰⁶ Damos Dumoli Agusman, *Hukum Perjanjian Internasional – Kajian Teori dan Praktik Indonesia*, Refika Aditama, Bandung, 2010, hlm. 151.

Asas *free consent* atau kesepakatan bebas berakar pada 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 dalam bentuk apapun dan dengan negara manapun. Tidak ada paksaan (*coercion*), ancaman (*threat*) atau intimidasi 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 negara dalam berkontrak atau membuat perjanjian, yaitu :¹⁰⁷

- 1) Kebebasan untuk 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.¹⁰⁸ 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*),¹⁰⁹ baik dinyatakan dengan penandatanganan (*expressed by signature*);¹¹⁰ dengan ratifikasi,

¹⁰⁷ 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

¹⁰⁸ A. Madjedi Hasan, *Kontrak Minyak dan Gas Bumi Berazas Keadilan Dan Kepastian Hukum*, Fikahari Aneska, Bandung, 2009, hlm. 110.

¹⁰⁹ Article 11 VCLT.

¹¹⁰ Article 12 VCLT.

penerimaan atau persetujuan (*by ratification, acceptance or approval*);¹¹¹ atau dengan aksesi (*by accession*).¹¹² 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 internasional. Pernyataan kesepakatan atau 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.¹¹³ 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

¹¹¹ Article 14 VCLT.

¹¹² Article 15 VCLT.

¹¹³ Ibid, hlm. 119.

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.

Asas *pacta sunt servanda* mengandung makna bahwa perjanjian harus ditaati (*promise must be kept*)¹¹⁴ dan ‘janji itu mengikat’.¹¹⁵ Dengan kata lain, ‘kita harus memenuhi janji kita’ (*promisso rum implendorum obligati*).¹¹⁶ Asas ini merupakan prinsip umum hukum internasional.¹¹⁷ Dengan asas *pacta sunt servanda*, maka perjanjian yang berlaku adalah mengikat terhadap para pihak dan harus dilaksanakan oleh mereka dengan itikad baik.¹¹⁸ Asas *pacta sunt servanda* mendapatkan tempat khusus dan istimewa dalam perjanjian, sehingga konvensi menempatkannya dalam pasal tersendiri, yaitu dalam Pasal 26.¹¹⁹ 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.¹²⁰

¹¹⁴ Huala Adolf, *Dasar-Dasar Hukum Kontrak Internasional*, Refika Aditama, Bandung, 2008, hlm. 23.

¹¹⁵ Ibid, hlm. 112.

¹¹⁶ Ibid, hlm. 112.

¹¹⁷ Ian Brownlie, Op.cit, hlm. 592.

¹¹⁸ Ibid, hlm. 592.

¹¹⁹ Ibid, hlm. 592.

¹²⁰ Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian – Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersial*, Kencana, Jakarta, 2011, hlm. 131.

Dalam sejarahnya, adagium *pacta sunt servanda* mempunyai arti yang besar sejak abad XVI di bidang hukum perdata, tata negara dan hukum internasional.¹²¹ Pada awalnya penegakan doktrin ini dilakukan dengan sumpah, kemudian telah berubah sifatnya menjadi kekuatan mengikat suatu perjanjian.¹²² Kewajiban menghormati dan melaksanakan ketentuan-ketentuan dalam kontrak atau perjanjian adalah bersifat mutlak, karena kesepakatan tersebut pada intinya mengikat para pihak.¹²³ 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 hukum¹²⁴ yang harus ditegakkan. Perjanjian dengan demikian menjadi kewajiban moral (*moral obligation*) yang harus dijunjung tinggi.

2. 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 damai antar bangsa-bangsa, tanpa memandang apapun sistem konstitusi dan sistem sosial mereka.¹²⁵

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 :¹²⁶

¹²¹ A. Madjedi Hasan, Op.cit, hlm. 112.

¹²² Ibid, hlm. 112.

¹²³ Ibid, hlm. 112.

¹²⁴ Ibid, hlm. 112.

¹²⁵ Damos Dumoli Agusman, Op.cit, hlm. 151.

¹²⁶ Ibid, hlm. 20.

- (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:¹²⁷

“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 :¹²⁸

“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”.

¹²⁷ Ibid, hlm. 207.

¹²⁸ Ibid, hlm. 194.

Berdasarkan pengertian tersebut, terdapat beberapa kriteria dasar yang harus dipenuhi menurut UUPI dan VCLT untuk suatu dokumen dinyatakan sebagai perjanjian internasional, yaitu :¹²⁹

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,¹³⁰ 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 Indonesia,¹³¹ baik perjanjian dalam bentuk bilateral, regional maupun multilateral yang berkaitan dengan hak istimewa dalam penyelenggaraan penanaman modal.¹³² Dalam konteks ini, perjanjian yang bertalian

¹²⁹ Ibid, hlm. 20.

¹³⁰ Pasal 1 ayat (3) UUPI

¹³¹ Pasal 6 ayat (2) UUPM.

¹³² Penjelasan Pasal 6 ayat (2) UUPM.

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*).¹³³

3. Kontrak Investasi

Sebagai kegiatan bisnis, kontrak investasi (*investment contract*) yang dilakukan akan dibuat sesuai dengan sektor industri dan bidang usaha yang akan dijalankan. Kontrak investasi pada dasarnya merupakan kesepakatan kontrak atau perjanjian bisnis yang bersifat jangka panjang (*long term business contract*) antara para pihak dalam penanaman modal. Terdapat berbagai jenis kontrak investasi jangka panjang yang selama ini berlaku. Setiap kontrak memiliki spesifikasi dan kekhasan tersendiri yang berbeda antara satu dengan yang lain.

Di sektor pertambangan minyak dan gas, kontrak investasi yang ditandatangani dikenal dengan Kontrak Bagi Hasil (*Production Sharing Contract*), Kontrak Bagi Keuntungan (*Profit Sharing Agreement*) dan Kontrak Jasa Risiko (*Risk Service Contract*).¹³⁴ Kontrak investasi juga terdapat dalam kontrak pembangunan pembangkit tenaga listrik antara badan usaha milik negara dan perusahaan swasta asing, maupun dalam kerangka *public private partnership* (PPP). Dalam pembangunan proyek-proyek konstruksi dan infrastruktur seperti jalan tol, air minum, pelabuhan laut atau bandar udara dikenal perjanjian dalam bentuk BOO (*build, operate, own*) dan BOT (*build, operate and transfer*).¹³⁵ Dalam perjanjian BOO, penanam modal memiliki hak untuk membangun, mengoperasikan dan kemudian

¹³³ Penjelasan Pasal 6 ayat (2) UUPM.

¹³⁴ A. Madjedi Hasan, Op.cit, hlm. 52.

¹³⁵ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, Op.cit, hlm. 73.

memiliki proyek tersebut setelah berakhirnya masa konsesi. Dalam BOT, investor akan membangun dan mengoperasikan proyek sampai dengan kurun waktu tertentu sesuai dengan yang diperjanjikan. Setelah selesai periode waktu yang ditentukan, penanam modal akan menyerahkan sepenuhnya proyek tersebut kepada negara tuan rumah.¹³⁶ Konsep dan prinsip-prinsip yang berlaku dalam BOO dan BOT berlaku hampir sama di semua negara. Dalam penerapan BOO dan BOT, penanam modal akan selalu mempertimbangkan faktor keekonomian proyek sesuai dengan prinsip-prinsip investasi yaitu analisis *cost and benefit*, *break even point* (BEP) dan *return of investment* (ROI) sebagai dasar untuk mengukur dan memperhitungkan kelayakan investasi (*feasibility of investment*).

Sebagai perjanjian bisnis, seperti perjanjian komersial pada umumnya, kontrak investasi tidak saja mengatur alokasi dan persebaran risiko, tetapi juga memuat aturan-aturan dasar hak-hak yang dimiliki masing-masing pihak, kewenangan dan tanggung jawab yang disepakati kedua pihak.¹³⁷ Selain itu juga diatur mengenai hukum yang berlaku (*applicable law*) terhadap proyek dan pilihan forum (*choice of forum*) jika terjadi sengketa di kemudian hari, *force majeure*, prinsip itikad baik (*good faith*) dan perubahan keadaan.¹³⁸ Hal lain yang seringkali dipandang paling kompleks dan masalah yang sulit adalah memasukkan klausul yang mengatur perilaku para pihak (*conduct of the parties*) dalam hal terjadinya perubahan politik (*political changes*) di negara tuan rumah dan perubahan dalam keseimbangan ekonomi (*economic equilibrium*) antara negara tuan rumah dan investor asing.¹³⁹

Dalam perjanjian investasi umum, perjanjian yang paling populer dan dikenal luas adalah Perjanjian Usaha Patungan (*Joint Venture Agreement*). Perjanjian *joint*

¹³⁶ Ibid, hlm. 73.

¹³⁷ Ibid, hlm. 73.

¹³⁸ Ibid, hlm. 73.

¹³⁹ Ibid, hlm. 73.

venture seringkali dipergunakan dan menjadi sarana dalam kerjasama investasi antara penanam modal asing dan pengusaha lokal, seperti dalam pembangunan hotel atau kawasan wisata. Dalam perjanjian ini kesepakatan yang ditekankan adalah penggabungan dan pemanfaatan modal bersama dari kedua pihak. Komposisi modal antara keduanya tidak selalu dalam persentase yang sama. Besarnya porsi kepemilikan saham sangat bervariasi, ada yang menginginkan dengan rasio 51:49, 60:40, atau 70:30, tergantung dari kemampuan modal, aset yang dimiliki salah satu pihak, kemampuan manajemen, serta siapa yang memiliki dan menyediakan teknologi. Secara umum pemilik modal cenderung menginginkan kepemilikan saham yang lebih besar daripada mitra lokal dari negara tuan rumah. Faktor penting dan krusial dari *joint venture* sangat ditentukan oleh sikap saling percaya (*trust*) dan kesungguhan kedua pihak dalam mengimplementasikan perjanjian. Sikap saling percaya menjadi sangat penting, karena *trust* akan menentukan ikatan dan keberlangsungan usaha patungan kedua pihak di masa depan.

Di Indonesia, sebelum berlaku Undang-Undang No. 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara,¹⁴⁰ untuk kontrak pertambangan umum seperti nikel, emas dan tembaga, kontrak yang dipergunakan disebut dengan Kontrak Karya atau *Contract of Work*. Sementara itu, berbeda dengan kontrak pertambangan umum, pertambangan batubara memiliki kontrak khusus yang dikenal dengan Perjanjian Karya Pengusahaan Pertambangan Batubara (PKP2B) atau *Working Agreement on Coal Mine*. Kontrak Karya dan PKP2B didasarkan pada undang-undang yang lama yaitu Undang-Undang No. 11 Tahun 1967 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pertambangan.

¹⁴⁰ Undang-Undang No. 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara disahkan 12 Januari 2009 dan diundangkan dalam Lembaran Negara RI Tahun 2009 Nomor 4.

4. Renegosiasi Kontrak

Sebagai bagian dari kontrak investasi, renegosiasi kontrak merupakan isu penting dan menjadi perhatian. Hal ini sangat beralasan, karena renegosiasi menyangkut keberlangsungan dan eksistensi investasi bisnis yang dilakukan. Dalam terminologi umum terdapat dua istilah yang memiliki kemiripan dan pengertian yang hampir sama, dan salah satu dapat dimaknai sebagai suatu langkah negosiasi ulang. Para ahli ada yang menggunakan secara literal istilah “renegosiasi” (*renegotiation*). Disamping itu ada pula yang memakai istilah “adaptasi” (*adaptation*)¹⁴¹, sebagai bahasa lain dari renegosiasi, untuk menyederhanakan dan memberikan kesan yang akomodatif negara tuan rumah kepada investor asing yang menjadi pihak dari kontrak yang diperjanjikan.

Sebagai langkah hukum, renegosiasi atau adaptasi memunculkan berbagai pandangan dan persepsi baik secara akademik maupun praktis. Sebagai suatu kebijakan, istilah tersebut mengundang pertanyaan, apakah renegosiasi layak dilakukan? Apakah di Indonesia, terutama pihak yang memiliki kewenangan dalam kontrak pertambangan dan migas, mampu melakukannya dengan kontraktor perusahaan asing? Apakah langkah renegosiasi tidak justru dinilai sebagai perbuatan ingkar janji yang melanggar perjanjian (*breach the contract*) yang telah ditandatangani? Apakah renegosiasi dapat diartikan Indonesia tidak menghormati kesucian kontrak (*sanctity of contract*)? Apakah renegosiasi ini merupakan langkah yang lazim dipraktikkan dalam industri pertambangan? Pertanyaan tersebut seringkali diajukan, karena pada sebagian pihak, terdapat kekuatiran, jika renegosiasi dilakukan, investor asing akan mengalihkan investasi ke negara lain, iklim investasi

¹⁴¹ Rodolf Dolzer and Christoph Schreuer, Op.cit, hlm. 77.

Indonesia akan menjadi kurang kondusif dan akan menimbulkan ketidakpastian hukum.

Sebagai kaidah hukum, renegotiasi atau adaptasi sangat terkait erat dengan asas dalam hukum perjanjian yang dikenal dengan adagium “kesucian kontrak” (*sanctity of contract*) atau “kepatuhan terhadap kontrak”¹⁴² dan doktrin “*rebus sic stantibus*”. Adagium “*rebus sic stantibus*” adalah doktrin hukum yang menegaskan bahwa kewajiban dalam suatu perjanjian hanya berlaku selama situasi masih sama dengan pada waktu ditandatangani atau situasi yang tidak berubah.¹⁴³ Dalam pengertian lain diartikan, bahwa kewajiban dalam kontrak atau perjanjian akan berakhir atau disesuaikan (*or be adjusted*) jika di kemudian hari terjadi perubahan keadaan (*change of circumstances*) fundamental terhadap isi kontrak.¹⁴⁴ Para ahli umumnya berpandangan, bahwa klausul renegotiasi perlu dicantumkan dalam kontrak sebagai landasan untuk melakukan renegotiasi kontrak.¹⁴⁵ Renegosiasi kontrak dipandang sebagai suatu alternatif untuk menjaga “kesucian dan kestabilan kontrak” (*sanctity and stability of contract*).¹⁴⁶ Klausul tersebut cenderung dipergunakan sebagai upaya untuk menciptakan “keseimbangan ekonomi” (*economic equilibrium*) antara kepentingan negara tuan rumah dan investor sebagai pihak pemilik modal di dalam perjanjian, daripada untuk tujuan meneguhkan “stabilitas hukum” (*legal stability*).¹⁴⁷

Sebagai contoh penerapan klausul renegotiasi dapat dilihat dari kontrak model Qatar dalam *Model Exploration and Production Sharing Agreement of the*

¹⁴² A. Madjedi Hasan, Op.cit, hlm. 126, menggunakan istilah “kepatuhan terhadap kontrak” sebagai terjemahan dari “*sanctity of contract*”. Dalam konteks akademik dan umum, istilah “kesucian kontrak” lebih sering dipergunakan dan lebih populer dibandingkan istilah “kepatuhan dalam kontrak”.

¹⁴³ *ibid*, hlm. 129.

¹⁴⁴ A. Madjedi Hasan, *Pacta Sunt Servanda: The Principle and Its Application in Petroleum Production Sharing Contract*, Fikahati Aneska, Jakarta, 2005, hlm. 28.

¹⁴⁵ Rodolf Dolzer and Christoph Schreuer, Op.cit, hlm. 77.

¹⁴⁶ *Ibid*, hlm. 77.

¹⁴⁷ *Ibid*, hlm. 77.

Sheikhdom of Qatar tahun 1994 pada Article 34.12 – *Equilibrium of the Agreement* yang menyatakan:

“... it is agreed that, if any future law, decree or regulation affects Contractor’s financial position, and in particular if the customs duties exceed ... percent during the term of the Agreement, *both parties shall enter into negotiation* in good faith, in order to reach an equitable solution that maintain the economic equilibrium of this Agreement.” (cetak miring dari penulis)

Pasal tersebut menegaskan, bahwa jika di masa mendatang terdapat undang-undang, keputusan atau regulasi yang mempengaruhi posisi keuangan kontraktor, dan juga termasuk jika bea masuk impor (*customs duties*) mengalami kenaikan sekian persen pada masa berlakunya perjanjian, “kedua pihak akan melakukan negosiasi” dengan itikad baik, sehingga dapat mencapai solusi yang menguntungkan kedua belah pihak yang akan memelihara keseimbangan ekonomi dari perjanjian. Frase “kedua pihak akan melakukan negosiasi” adalah klausul renegotiasi yang dipergunakan dalam perjanjian tersebut. Faktor-faktor dan kriteria yang dapat menjadi pendorong dilakukan renegotiasi antara lain disebutkan yaitu yang berkaitan dengan adanya perubahan instrumen hukum dalam bentuk undang-undang, keputusan raja/emir atau regulasi, dan juga termasuk jika terjadi kenaikan bea masuk impor melampaui jumlah persentase tertentu. Dari pasal tersebut tampak, bahwa di dalam perjanjian tercantum klausul renegotiasi dan sebab-sebab atau alasan yang dapat menjadi dasar pertimbangan pemerintah Qatar melakukan renegotiasi. Namun, dalam praktik, seringkali tidak terdapat klausul renegotiasi di dalam kontrak atau perjanjian investasi.

Dalam nuansa yang hampir sama, penerapan klausul renegotiasi juga terdapat pada kontrak bagi hasil dalam *Petroleum Sharing Agreement between Shell Exploration and Production Company and Ghana Government* (1974).¹⁴⁸ Article 47 (b) menyebutkan:¹⁴⁹

¹⁴⁸ A. Madjedi Hasan, Op.cit, hlm. 241.

¹⁴⁹ Ibid, hlm. 241.

“It is hereby agreed that if during the term of this Agreement there should occur and changes in the financial and economic circumstances relating to the petroleum industry, ..., then the provision of this Agreement may be reviewed or *renegotiated* with a view to making such *adjustments* and *modifications* ...” (cetak miring dari penulis)

Pasal tersebut dengan jelas menegaskan, bahwa kedua pihak sepakat, jika selama berlakunya perjanjian terjadi sesuatu dan perubahan dalam keadaan keuangan dan ekonomi yang berkaitan dengan industri perminyakan, maka ketentuan perjanjian ini akan ‘ditinjau ulang’ (*reviewed*) atau ‘di-renegosiasi’ (*renegotiated*) dengan melakukan penyesuaian (*adjustments*) dan modifikasi (*modifications*). Pemerintah Ghana sebagai negara tuan rumah dengan jeli dan secara seksama mencantumkan klausul renegosiasi sebagai langkah antisipasi jika setelah perjanjian ditandatangani di masa akan datang terjadi suatu perubahan yang tidak diinginkan dan dapat merugikan Shell sebagai penanam modal serta mengganggu kelangsungan perjanjian dan menimbulkan ketidakpastian hukum.

Secara umum klausul renegosiasi menyediakan ruang yang lebih fleksibel untuk melakukan negosiasi ulang daripada semata-mata bersandarkan pada klausul stabilisasi (*stabilization clause*).¹⁵⁰ Konsep “*economic equilibrium*” juga memerlukan pendefinisian dalam terminologi hukum.¹⁵¹ Selain itu, langkah renegosiasi sangat bergantung pula pada niat baik (*good will*) dari kedua pihak pada saat terjadi sengketa dari implementasi kontrak atau perjanjian investasi.¹⁵² Aplikasi klausul renegosiasi dalam kenyataan, apakah benar-benar dapat diterapkan atau memerlukan sarana dan elemen lain, akan diuji dan dibuktikan di lapangan. Jika klausul tersebut tidak dapat dieksekusi untuk memenuhi dan melayani kepentingan negara tuan rumah, maka diperlukan cara atau mekanisme yang lebih efektif untuk menjaga stabilitas kontrak.¹⁵³

¹⁵⁰ Ibid, hlm. 78.

¹⁵¹ Ibid, hlm. 78.

¹⁵² Ibid, hlm. 78.

¹⁵³ Ibid, hlm. 78.

Sebagai kebijakan dan langkah hukum, praktik internasional semakin memandang perlu dilakukan renegotiasi secara periodik terhadap kontrak atau perjanjian.¹⁵⁴ Dengan perkembangan ini, legalitas internasional tindakan renegotiasi *per se* tidak lagi dapat diragukan.¹⁵⁵ Dalam kaitan ini, untuk menghindari ketidakfleksibelan kontrak yang diatur dengan klausul stabilisasi (*stabilization clause*), bahwa perjanjian investasi selayaknya, sebagai bentuk standar, memasukkan di dalamnya klausul renegotiasi.¹⁵⁶ Adanya klausul renegotiasi, dengan jelas akan menempatkan klausul renegotiasi pada akseptabilitas hukum dan menghindari argumen bahwa renegotiasi dipandang sebagai langkah yang diwarnai dengan ketidaklegalan (*illegality*).¹⁵⁷

Dalam kaitan dengan renegotiasi, Liu Chengwei menyatakan bahwa aspek penting dari doktrin *rebus sic stantibus* adalah bahwa adagium ini memfokuskan perhatian pada perubahan-perubahan (*changes*) yang bertentangan dengan harapan-harapan atau ekspektasi, yang pada akhirnya akan mengalahkan tujuan (*objectives*) yang diinginkan di dalam kontrak atau perjanjian.¹⁵⁸ Hal ini kemudian mengharuskan negara untuk memilih antara menerapkan secara ketat (*strict application*) prinsip *pacta sunt servanda* untuk menjamin “kesucian kontrak” atau menerapkan *maxim rebus sic stantibus*.¹⁵⁹ Doktrin *rebus sic stantibus* sangat dijunjung tinggi dalam lapangan hukum internasional publik.¹⁶⁰ Namun, Zhiguo Gau berpandangan, bahwa “kesucian kontrak” tidak pernah diberlakukan secara mutlak (*absolute*), baik secara

¹⁵⁴ PT. Muchlinski, Op.cit, hlm. 497.

¹⁵⁵ Ibid, hlm. 497.

¹⁵⁶ Ibid, hlm. 497.

¹⁵⁷ Ibid, hlm. 498.

¹⁵⁸ Liu Chengwei, *Remedies for Non-performance: Perspective from CSIG UNIDROIT Principle and PECL, Chapter 19 Change of Circumstances*, September 2003, dalam A. Madjedi Hasan, *Pacta Sunt Servanda, The Principle and Its Application in Petroleum Production Sharing Contract*, hlm. 28.

¹⁵⁹ ibid, hlm. 28.

¹⁶⁰ Ibid, hlm. 28.

teoritis maupun praktis.¹⁶¹ Ini berarti, “kesucian kontrak” tidak dapat diterapkan secara kaku dan jika para pihak memerlukan perubahan kontrak, hal itu dapat dilakukan. Sementara itu, pakar hukum internasional R.Y. Jennings lebih jauh menegaskan, bahwa tidak ada prinsip hak-hak yang diperoleh (*acquired rights*) atau prinsip *pacta sunt servanda* dipandang sebagai sesuatu yang seharusnya bersifat mutlak atau tidak bersyarat dalam penerapannya.¹⁶²

Dalam konteks Indonesia, renegotiasi kontrak menjadi isu hangat pada pertengahan tahun 2011, menyusul adanya permintaan dan desakan masyarakat agar Indonesia tidak dirugikan oleh investor asing dalam kontrak karya (*contract of work*) pertambangan dan kontrak bagi hasil (*production sharing contract*) minyak dan gas (Migas). Desakan tersebut mendorong pemerintah mempertimbangkan untuk melakukan negosiasi ulang atau renegotiasi kontrak (*contract renegotiation*) dengan para penanam modal atau investor asing. Pemerintah Indonesia melalui Presiden RI menyatakan, bahwa renegotiasi kontrak minyak dan gas serta pertambangan dilakukan sebagai upaya untuk mengembalikan kedaulatan bangsa¹⁶³ terhadap sumber daya alam sesuai dengan amanat Pasal 33 Undang-Undang Dasar 1945. Kenyataan ini dapat dipahami, karena tanpa adanya kedaulatan ekonomi (*economic sovereignty*), negara-negara tidak mungkin secara penuh berdaulat.¹⁶⁴ Untuk melaksanakan renegotiasi, pemerintah membentuk Tim Evaluasi untuk Penyesuaian

¹⁶¹ Ibid, hlm. 34.

¹⁶² Ibid, hlm. 34-35.

¹⁶³ Satya Widya Yudha, *Law Revision as Pillar for Contract Renegotiation*, The Jakarta Post, July 5, 2011.

¹⁶⁴ Surya P. Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2008, hlm. 21.

Kontrak Karya (KK) dan Perjanjian Karya Pengusahaan Pertambangan Batubara (PKP2B)¹⁶⁵, yang dipimpin oleh Menteri Koordinator Bidang Perekonomian.¹⁶⁶

Desakan renegotiasi tersebut timbul karena besarnya dominasi asing dalam perekonomian nasional, terutama pada sumber daya alam di sektor pertambangan umum, minyak dan gas. Pemerintah perlu melakukan renegotiasi terhadap kedua sektor tersebut, karena sesuai dengan amanat Pasal 33 UUD 1945, bumi dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya harus dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat. Kekayaan alam tidak boleh hanya memberikan keuntungan bagi pemilik modal asing dan menjadikan negara tidak berdaulat atas kekayaan alam tersebut. Hak menguasai negara atas sumber daya alam tersebut harus dapat diwujudkan. Untuk renegotiasi, Indonesia harus meninjau ulang sebanyak 113 kontrak pertambangan yang terdiri dari 37 Kontrak Karya (*contract of work*) di sektor pertambangan mineral umum dan 76 PKP2B (*working agreements on coal mining*) untuk produksi batubara.¹⁶⁷ Di sektor minyak dan gas, terdapat 150 blok dioperasikan melalui Kontrak Bagi Hasil (*production sharing contract*).¹⁶⁸ Sekitar 80% dikuasai oleh kontraktor asing sebagai Kontraktor Kontrak Kerja Sama (KKSS).¹⁶⁹

Dominasi asing di sektor pertambangan tampak dari kepemilikan saham PT. Freeport Indonesia oleh Freeport McMoran Copper and Gold sebesar 90,64%.¹⁷⁰ Sementara pemerintah Indonesia hanya memiliki saham 9,36%.¹⁷¹ Kontrak Freeport Indonesia di kawasan pertambangan Ersberg, Kabupaten Mimika, Papua, dimulai

¹⁶⁵ Presiden RI telah mengeluarkan Keputusan Presiden No. 3/2012 tanggal 10 Januari 2012 yang menetapkan pembentukan tim khusus yang akan melakukan evaluasi dan renegotiasi terhadap semua Kontrak Karya (KK) dan Perjanjian Karya Pengusahaan Pertambangan Batubara (PKP2B) yang ditandatangani Indonesia dengan investor asing.

¹⁶⁶ Di dalam Tim Evaluasi terdapat Menteri Energi dan Sumberdaya Mineral (ESDM) sebagai Ketua Harian dan Dirjen Pertambangan Mineral dan Batubara sebagai Sekretaris.

¹⁶⁷ Satya Widya Yudha, Op.cit.

¹⁶⁸ Ibid.

¹⁶⁹ Ibid.

¹⁷⁰ Sri-Edi Swasono, *Pasal 33, Freeport, dan Papua*, Harian Kompas, ____ 2011.

¹⁷¹ Ibid.

sejak 1967. Diperpanjang kembali pada tahun 1991 dan akan berakhir pada 2021. Namun, Freeport masih tetap berkeinginan untuk dapat memperpanjang kontrak hingga 2041.¹⁷² Renegosiasi dengan Freeport merupakan prioritas utama pemerintah, mengingat Freeport merupakan perusahaan tambang terbesar yang pada tahun 1988 memegang hak eksklusif pertambangan di pertambangan Grasberg, Tembaga Pura. Saat ini pemerintah hanya menerima royalti sebesar 1% untuk emas. Pemerintah menginginkan royalti sebesar 10%.¹⁷³ Setidaknya terdapat enam isu pokok renegosiasi dengan Freeport, yaitu perpanjangan kontrak karya, luas wilayah kerja pertambangan, royalti, kewajiban pengelolaan dan pemurnian, divestasi saham, dan kewajiban penggunaan barang atau jasa dalam negeri.¹⁷⁴ Untuk mendapatkan pembagian yang lebih adil dengan Freeport, renegosiasi merupakan langkah penting dan strategis.

Pada tataran praktis, renegosiasi apakah layak dilakukan menimbulkan pendapat pro dan kontra. Yang berpandangan pro akan mendasarkan argumen, bahwa renegosiasi diperlukan karena adanya tuntutan dan perubahan keadaan sekarang dengan situasi pada saat kontrak ditandatangani. Sebagai negara berdaulat dan tuntutan keharusan adanya perubahan, pihak yang berwenang dengan sendirinya harus mampu melakukan renegosiasi atau adaptasi kontrak yang disesuaikan dengan kebutuhan dan kondisi sekarang. Perkembangan yang ada menunjukkan, banyak perusahaan pertambangan yang bersedia melakukan renegosiasi. Dari data yang ada, 69 perusahaan dapat menerima dan bersedia melakukan renegosiasi.¹⁷⁵ Kenyataan ini berarti membenarkan bahwa renegosiasi memang dapat dilakukan baik secara politik maupun hukum. Zhiguo Gao juga menyatakan, studi empiris memperlihatkan, sangat

¹⁷² Majalah Gatra, *Setuju Enam Syarat, Silakan Lanjutan*, 17 Oktober 2012.

¹⁷³ Ibid.

¹⁷⁴ Ibid.

¹⁷⁵ 60 miners agree to renegotiate contract, *The Jakarta Post*, 29 February 2012.

sedikit, jika ada, perjanjian minyak dan gas yang dapat *survive* dalam bentuk yang orisinal.¹⁷⁶ Dalam perjalanan waktu, terbuka kemungkinan untuk adanya modifikasi yang berkaitan dengan kebijakan fiskal, dengan undang-undang dan regulasi, atau melalui renegotiasi yang dibuat untuk menciptakan keseimbangan baru antara pemerintah dan kepentingan perusahaan pertambangan.¹⁷⁷

Pihak yang berkeberatan dan tidak menginginkan adanya renegotiasi akan berpegang pada pandangan, bahwa kontrak yang ada harus dijalankan dan tidak boleh dirubah. Karena jika dirubah, berarti itu merupakan pelanggaran terhadap kontrak dan tidak melaksanakan isi atau kesucian kontrak. Penjelasan di atas membuktikan, bahwa renegotiasi dapat dilakukan, dengan memodifikasi isi perjanjian yang disesuaikan dengan kondisi terkini karena terjadinya perubahan baru yang fundamental dan demi kelangsungan hubungan yang bersifat jangka panjang. Perubahan perjanjian tidak berarti pelanggaran terhadap kontrak (*breach the contract*) dan “kesucian kontrak” (*sanctity of contract*). Dengan kata lain, renegotiasi bukan sesuatu yang tabu untuk dilakukan.

B. Instrumen Internasional Perjanjian Investasi

1. 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 1948.¹⁷⁸ Piagam Havana merupakan produk dari perundingan multilateral dalam rangka pembentukan

¹⁷⁶ A. Madjedi Hasan, Op.cit, hlm. 35.

¹⁷⁷ Ibid, hlm. 35.

¹⁷⁸ Stephan W. Schill, *The Multilateralization of International Investment Law*, Cambridge University Press, United Kingdom, 2009, hlm. 32.

organisasi perdagangan dunia, *International Trade Organization* (ITO).¹⁷⁹ Perundingan dilangsungkan dari November 1947 sampai dengan Maret 1948 di Havana, Cuba.¹⁸⁰ Terbentuknya ITO pada awalnya diharapkan akan menjadi pilar ketiga dari sistem Bretton-Woods, yang berkompeten dalam menangani perdagangan dan investasi,¹⁸¹ setelah terbentuknya *International Monetary Fund* (IMF) dan *World Bank* (*International Bank for Reconstruction and Development/IBRD*).

Pembuatan piagam tersebut mendapat dukungan dari Amerika Serikat dan negara-negara industri yang berorientasi investasi (*investment-oriented industry*) yang memandang perlu adanya rejim investasi liberal yang memuat aturan (*rules*) perlindungan bagi penanam modal asing dari diskriminasi dan ekspropriasi.¹⁸² 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*).¹⁸³ Usaha Amerika Serikat sebagai negara yang berpengaruh dalam perdagangan dunia untuk meliberalisasi investasi dan menyediakan perlindungan yang efektif tidak menemukan konsensus.¹⁸⁴ Rancangan piagam pada akhirnya tidak memuat ketentuan mengenai regulasi investasi asing.¹⁸⁵ Piagam hanya menjadi kesepakatan simbolik yang tidak dapat dilaksanakan oleh negara-negara.¹⁸⁶ Piagam secara sumir memuat ketentuan-ketentuan tentang praktik bisnis terbatas dalam perdagangan internasional seperti tindakan membatasi kompetisi dan mendorong monopoli.¹⁸⁷

¹⁷⁹ Ibid, hlm. 32.

¹⁸⁰ Ibid, hlm. 32.

¹⁸¹ Ibid, hlm. 32.

¹⁸² Ibid, hlm. 32-33.

¹⁸³ Ibid, hlm. 33.

¹⁸⁴ Ibid, hlm. 33.

¹⁸⁵ Surya P. Subedi, Op.cit., hlm. 19.

¹⁸⁶ Stephan W. Schill, Op.cit, hlm. 33.

¹⁸⁷ Ibid, hlm. 33.

Secara keseluruhan Piagam Havana lebih memprioritaskan tujuan kebijakan dalam negeri (*domestic policy*) dari pada standar internasional kebijakan investasi.¹⁸⁸ Pada akhirnya gagasan pembentukan ITO dan ketentuan investasi dalam Havana Charter tidak dapat diwujudkan.¹⁸⁹ Dari 9 bab dan 106 pasal Piagam Havana, hanya dua pasal yang bersinggungan dengan pengaturan tentang investasi, yaitu Pasal 11 dan Pasal 12¹⁹⁰ yang merupakan bagian dari Bab III tentang Pembangunan Ekonomi dan Rekonstruksi (*Economic Development and Reconstruction*). Pasal 11 – *Means of Promoting Economic Development and Reconstruction* (Sarana-sarana untuk Memajukan Pembangunan Ekonomi dan Rekonstruksi) menyatakan :¹⁹¹

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.

¹⁸⁸ Ibid, hlm. 34.

¹⁸⁹ Ibid, hlm. 34.

¹⁹⁰ Surya P. Subedi, Op.cit, hlm. 19.

¹⁹¹ Ibid, hlm. 20.

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 :¹⁹²

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* :
 - (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

¹⁹² Ibid, hlm. 20.

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.

2. *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 1996.¹⁹³

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

¹⁹³ Stephan W. Schill, *Op.cit*, hlm. 53.

kegagalan tercapainya kesepakatan pada perundingan Pertemuan Tingkat Menteri Pertama (*First Ministerial Meeting*) WTO tahun 1996.¹⁹⁴ 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*).¹⁹⁵ Perjanjian ini dimaksudkan sebagai perjanjian multilateral yang berdiri sendiri (*free-standing multilateral treaty*) yang menjadi kerangka komprehensif untuk perlindungan dan promosi penanaman modal asing, dan terbuka bagi anggota OECD dan non-anggota.¹⁹⁶

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.¹⁹⁷ 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).¹⁹⁸ MAI diperlukan untuk menanggapi pertumbuhan dramatis dan transformasi *foreign direct investment* (FDI) yang dipicu oleh liberalisasi yang luas dan meningkatnya persaingan modal investasi.¹⁹⁹ Maksud dari rancangan MAI adalah untuk menjamin kewajiban liberalisasi negara dilengkapi

¹⁹⁴ Ibid, hlm. 53.

¹⁹⁵ Ibid, hlm. 53.

¹⁹⁶ Ibid, hlm. 53.

¹⁹⁷ Ibid, hlm. 53-54.

¹⁹⁸ Ibid, hlm. 54.

¹⁹⁹ Surya P. Subedi, Op.cit, hlm. 39.

dengan ketentuan tentang perlindungan investasi dan diperkuat dengan prosedur penyelesaian sengketa yang efektif.²⁰⁰ 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.²⁰¹

Di dalam naskah MAI terdapat dua pasal penting berkaitan dengan perlakuan dan perlindungan investasi, yaitu Article III dan IV.²⁰² Article III menyatakan :²⁰³

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 :

²⁰⁰ Ibid, hlm. 40.

²⁰¹ Ibid, hlm. 40.

²⁰² Ibid, hlm. 40.

²⁰³ Ibid, hlm. 40.

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 dari 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 (i) demi kepentingan

umum, (ii) tidak bersifat diskriminasi, (iii) sesuai dengan proses hukum, dan (iv) 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.²⁰⁴ Ketidakberhasilan ini disebabkan oleh beberapa alasan.²⁰⁵ *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.²⁰⁶ *Kedua*, perundingan MAI dikritik karena menolak suara negara berkembang dalam perundingan.²⁰⁷ *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.²⁰⁸

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.²⁰⁹ Hal ini berkaitan dengan dua prinsip MAI, yaitu prinsip “*standstill*” dan prinsip “*rollback*”.²¹⁰ Prinsip “*standstill*” mencegah penggunaan langkah-langkah diskriminasi baru terhadap investor asing yang dianggap sebagai larangan absolut terhadap segala jenis regulasi baru, termasuk

²⁰⁴ Ibid, hlm. 54.

²⁰⁵ Ibid, hlm. 54.

²⁰⁶ Stephan W. Schill, Op.cit, hlm. 54.

²⁰⁷ Ibid, hlm. 55.

²⁰⁸ Ibid, hlm. 55.

²⁰⁹ Ibid, hlm. 55.

²¹⁰ Ibid, hlm. 55.

langkah langkah melindungi lingkungan.²¹¹ Prinsip “*rollback*” mewajibkan negara-negara untuk secara berkesinambungan menghapuskan diskriminasi yang ada disalahmengerti sebagai kewajiban untuk menghapus segala bentuk restriksi terhadap investasi.²¹²

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.²¹³ 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.²¹⁴ Sebagai simbol perjuangan politik antara *neo-liberalist* dan posisi *communitarian* (berpihak pada kelompok komunal) tentang siapa yang berwenang mengatur globalisasi (*gestalt of globalization*).²¹⁵

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.

3. MIGA

Instrumen internasional lain yang berkaitan dengan promosi dan perlindungan investasi adalah Konvensi *Multilateral Investment Guarantee Agency* (MIGA).²¹⁶

²¹¹ Ibid, hlm. 55.

²¹² Ibid, hlm. 55.

²¹³ Ibid, hlm. 57-58.

²¹⁴ Ibid, hlm. 58.

²¹⁵ Ibid, hlm. 58.

²¹⁶ Ibid, hlm. 47.

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*).²¹⁷ Meskipun negara maju memiliki sistem 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.²¹⁸ 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.²¹⁹ Atas dasar itu, pada tahun 1985 World Bank Group menerima *Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency*.²²⁰ Konvensi MIGA mulai berlaku efektif sejak tahun 1988.²²¹

Berdasarkan ketentuan Article 2, tujuan pembentukan MIGA adalah untuk mendorong arus investasi untuk tujuan yang produktif di antara negara-negara anggota.²²² Untuk mencapai tujuan tersebut, alat utama untuk memajukan dan melindungi proyek investasi asing adalah dengan menawarkan skema asuransi

²¹⁷ Surya P. Subedi, Op.cit, hlm. 33.

²¹⁸ Ibid, hlm. 33.

²¹⁹ Ibid, hlm. 33.

²²⁰ Ibid, hlm. 33.

²²¹ Stephan W. Schill, Op.cit, hlm. 48.

²²² Ibid, hlm. 48.

kepada investor asing di negara berkembang.²²³ Isi lengkap dari pasal 2 tersebut adalah sebagai berikut :²²⁴

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 :

- (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 11²²⁵ 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).²²⁶ Namun, untuk menerapkan ketentuan tersebut Konvensi MIGA tidak mengenakan segala jenis kewajiban langsung kepada negara anggota berkaitan dengan perlakuan investasi asing.²²⁷ Penerimaan Konvensi MIGA sekaligus menggambarkan keinginan negara berkembang untuk membangun hubungan investasi internasional yang berbasis multilateral.²²⁸ MIGA juga memiliki mandat, berdasarkan *MFN treatment*, membuat

²²³ Ibid, hlm. 48.

²²⁴ Surya P. Subedi, Op.cit, hlm. 34.

²²⁵ Ibid, hlm. 34.

²²⁶ Stephan W. Schill, Op.cit, hlm. 48.

²²⁷ Ibid, hlm. 48.

²²⁸ Ibid, hlm. 49.

perjanjian dengan negara berkembang yang menjamin MIGA dan investasi yang dapat menjamin standar perlakuan tertentu.²²⁹

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.

4. 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*)²³⁰ 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).²³¹ Panel menyatakan bahwa kebijakan tersebut merupakan langkah yang terkait dengan perdagangan (*trade related measures*) yang melanggar ketentuan perlakuan nasional (*national treatment provision*) GATT.²³² Peristiwa ini kemudian mendorong GATT untuk menandatangani *Agreement on Trade-Related Investment Measures* pada Perundingan Uruguay.²³³ Akan tetapi ruang lingkup pengaturan TRIMs sangat terbatas, hanya berlaku terhadap langkah-langkah investasi yang terkait dengan

²²⁹ Ibid, hlm. 49.

²³⁰ Ibid, hlm. 50.

²³¹ Ibid, hlm. 50.

²³² Ibid, hlm. 50.

²³³ Ibid, hlm. 50.

perdagangan barang (*investment measures related to trade in goods only*)²³⁴ dan tidak menyinggung isu perlindungan investasi asing (*protection of foreign investment*).²³⁵

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;²³⁶ dan negara-negara berkembang yang merasa dibatasinya tujuan pembangunan mereka serta kebebasan mereka untuk mengatur investasi asing.²³⁷ Kenyataan ini mengakibatkan TRIMs hanya memiliki efek terbatas sebagai alat untuk mengatur perlindungan investasi multilateral.²³⁸ Perjanjian TRIMs mengatur tentang kebebasan bagi penanam modal asing (*freedom of investor*) di negara anggota WTO.²³⁹ 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).²⁴⁰

Dalam Badan Penyelesaian Sengketa (*Dispute Settlement Body/DSB*) WTO hanya sedikit kasus yang berhubungan dengan masalah penanaman modal asing.²⁴¹ Meskipun Perjanjian TRIMs tidak melampaui aturan-aturan (*rules*) yang terdapat dalam GATT, namun disiplin TRIMs cukup berpengaruh kuat (*powerful*).²⁴² Sebagai contoh kasus, dapat dilihat pada kasus gugatan Amerika Serikat, Jepang dan Uni

²³⁴ Ibid, hlm. 51.

²³⁵ Ibid, hlm. 51.

²³⁶ Ibid, hlm. 51.

²³⁷ Ibid, hlm. 51.

²³⁸ Ibid, hlm. 51.

²³⁹ Surya P. Subedi, Op.cit, hlm. 38.

²⁴⁰ 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.

²⁴¹ Stephan W. Schill, Op.cit, hlm. 51.

²⁴² Bernard M. Hoekman and Michel M. Kostecki, Op.cit, hlm. 203.

Eropa terhadap Indonesia dalam kasus Program Mobil Nasional yang dikenal dengan kasus *Certain Measures Affecting the Automobile Industry*.²⁴³ Kasus tersebut merupakan kasus pertama yang ditangani DSB setelah berlakunya TRIMs dan terbentuknya WTO. Pemerintah Indonesia memberikan status khusus bagi perusahaan yang memenuhi kriteria khusus bagi yang memiliki fasilitas, penggunaan merek dagang dan teknologi.²⁴⁴ 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 impor suku cadang dan komponen.²⁴⁵ DSB menemukan adanya ketidaksesuaian persyaratan kandungan lokal Indonesia untuk industri mobil dengan kewajiban Indonesia dalam TRIMs.²⁴⁶ Panel juga menemukan bahwa program tersebut melanggar aturan perlakuan nasional (*national treatment rule*)²⁴⁷ yang diatur dalam Article III GATT.

5. *ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA)*

Berdasarkan lingkup wilayah geografis, sejalan dengan *perkembangan* regionalisme dan integrasi ekonomi di berbagai kawasan (*region*), perjanjian investasi juga dapat mencakup banyak negara dalam satu kawasan yang disebut sebagai perjanjian investasi regional (*regional investment treaty*). Dalam konteks kawasan Asia Tenggara, negara-negara anggota ASEAN telah mengembangkan dan memiliki perjanjian investasi regional yang khusus mengatur negara-negara yang ada di dalam kawasannya. Negara-negara anggota ASEAN pertama kali menandatangani perjanjian investasi yang disebut dengan "*ASEAN Agreement for the Promotion and Protection*

²⁴³ Surya P. Subedi, Op.cit, hlm. 38.

²⁴⁴ Bernard M. Hoekman and Michel M. Kostecki, Op.cit, hlm. 203.

²⁴⁵ Ibid, hlm. 203.

²⁴⁶ Surya P. Subedi, Op.cit, hlm. 38.

²⁴⁷ Bernard M. Hoekman and Michel M. Kostecki, Op.cit, hlm. 203.

of Investments” atau disebut juga dengan *ASEAN IGA (Investment Guarantee Agreement)* yang ditandatangani pada tahun 1987. Perjanjian tersebut kemudian diamandemen tahun 1996 dengan “*Protocol to Amend the 1987 ASEAN Agreement for the Promotion and Protection of Investments*”. Pada tahun 1998 ASEAN meningkatkan status dan tingkat substansi perjanjian investasi menjadi “*Framework Agreement on ASEAN Investment Area*” (AIA). Setelah itu pada tahun 2009, ASEAN menandatangani perjanjian terbaru yang disebut dengan “*ASEAN Comprehensive Investment Agreement*” (ACIA), yang merevisi dan menggabungkan perjanjian AIA dan IGA ke dalam perjanjian yang komprehensif.

ACIA ditandatangani 26 Februari 2009 dan mulai berlaku secara efektif 29 Maret 2012. ACIA terdiri atas 49 Pasal, 2 *Annexes* dan 1 *Schedule (reservation list of Member States)*. ACIA memiliki kandungan yang lebih komprehensif daripada AIA dan ASEAN IGA, yang mencakup empat pilar utama, yaitu liberalisasi, proteksi, fasilitasi dan promosi. ACIA disusun dengan memperhatikan *international best practices* pengaturan investasi seperti *US Model Investment Text*, *NAFTA*, *OECD Guidelines for Multinational Enterprises*, rancangan *investment chapter* dari ASEAN FTAs dengan China, Korea dan Australia/New Zealand, serta *assessment UNCTAD* terhadap perjanjian investasi internasional.²⁴⁸ Tujuan utama ACIA adalah untuk menciptakan rejim investasi yang bebas dan terbuka (*free and open investment regime*), serta mencapai integasi ekonomi (*to achieve economic integration*) menuju Masyarakat Ekonomi ASEAN (MEA) atau *ASEAN Economic Community (AEC)* tahun 2015.²⁴⁹

²⁴⁸ ASEAN Secretariat, *Highlights of the ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA)*, 26 August 2008.

²⁴⁹ Ibid.

Sebagai perjanjian komprehensif, ACIA merupakan perjanjian yang unik, karena memberikan fleksibilitas yang tinggi bagi negara-negara anggota untuk melakukan reservasi (*reservation*). Konvensi Wina tentang Hukum Perjanjian atau *Vienna Convention on the Law of Treaties* (VCLT) tahun 1969 mengakui dan memberikan pengaturan terkait dengan reservasi. Pasal 2 ayat (1) butir (d) VCLT memberikan pengertian, bahwa reservasi adalah pernyataan sepihak (*unilateral statement*) yang dibuat oleh satu negara pada waktu menandatangani (*signing*), meratifikasi (*ratifying*), menerima (*accepting*), menyetujui (*approving*) atau mengaksesi (*acceding*) terhadap suatu perjanjian, yang tujuannya untuk mengesampingkan atau memodifikasi efek hukum (*legal effect*) suatu ketentuan perjanjian dalam penerapannya pada negara yang bersangkutan. Pengertian tersebut menimbulkan pertanyaan terhadap validitas perjanjian, karena perjanjian pada dasarnya dibuat berdasarkan atas sesuatu yang bersifat kontraktual (*contractual basis*) dan bukan atas dasar unilateral (*not a unilateral basis*).²⁵⁰ Perjanjian disusun dengan suatu kesepakatan bersama, akan tetapi negara pihak dalam perjanjian dapat mengajukan reservasi terhadap isi perjanjian yang dinilai tidak sejalan dengan kebijakan pemerintah dan kepentingan nasional.

Pada mulanya terdapat aturan yang diterima terhadap semua perjanjian bahwa reservasi hanya sah jika perjanjian yang bersangkutan memang mengizinkan dilakukan reservasi, dan jika semua pihak menerima reservasi.²⁵¹ Dengan kata lain, perjanjian hanya dapat direservasi jika semua negara menyetujui permohonan reservasi yang diajukan. Reservasi sangat ketat dan selektif dilakukan. Namun, kemudian norma reservasi mengalami perubahan. Reservasi dipandang merupakan

²⁵⁰ Ian Brownlie, *Principles of Public International Law*, Oxford University Press, New York, 2003, hlm. 584.

²⁵¹ Ibid, hlm.. 584.

counter-offer yang mensyaratkan adanya penerimaan baru, dan bagi negara yang gagal melakukan *counter-offer* tidak akan menjadi pihak dari perjanjian.²⁵² Pandangan ini bertentangan dengan konsepsi kontraktual integritas absolut (*absolute integrity*) dari perjanjian yang secara umum diterima.²⁵³ Integritas absolut menegaskan bahwa keutuhan perjanjian adalah sesuatu yang mutlak yang harus dijunjung tinggi. Jika negara melakukan reservasi terhadap perjanjian atau perjanjian direservasi, secara ekstrim integritas perjanjian menjadi hilang atau keutuhan perjanjian menjadi berkurang. Reservasi mulai diterima secara umum dalam perjanjian multilateral ketika *Pan-American Union*, yang kemudian menjadi *Organization of American States* (OAS) pada tahun 1932 mengadopsi *flexible system* yang mengizinkan negara yang mengajukan reservasi (*reserving state*) menjadi pihak dalam perjanjian *vis-à-vis* negara yang tidak mengajukan keberatan (*non-objecting states*).²⁵⁴

VCLT pada Article 23 memberikan tuntunan dan penjelasan yang lebih rinci tentang cara dan mekanisme reservasi, yaitu : (i) Dalam reservasi, pernyataan penerimaan reservasi (*an express of acceptance of reservation*) atau keberatan terhadap reservasi (*an objection to a reservation*) harus dirumuskan secara tertulis dan dikomunikasikan kepada negara-negara pihak (*contracting States*) dan negara-negara yang lain (*other states*) yang akan menjadi pihak terhadap perjanjian;²⁵⁵ (ii) Jika diformulasikan ketika penandatanganan perjanjian untuk ratifikasi, penerimaan atau persetujuan, reservasi harus secara resmi (*formally*) dikonfirmasi oleh *reserving state* pada waktu pernyataan sepakat untuk diikat oleh perjanjian. Dalam hal tersebut reservasi harus dipertimbangkan bahwa hal itu sudah dilakukan pada saat

²⁵² Ibid, hlm. 584.

²⁵³ Ibid, hlm. 584.

²⁵⁴ Ibid, hlm. 584.

²⁵⁵ Article 23 ayat (1) VCLT.

(tanggal) konfirmasi;²⁵⁶ (iii) Pernyataan penerimaan, atau keberatan reservasi yang dilakukan sebelumnya terhadap konfirmasi dari reservasi tidak dengan sendirinya menyaratkan adanya konfirmasi;²⁵⁷ (iv) Penarikan diri (*withdrawal*) dari reservasi atau keberatan terhadap reservasi harus dirumuskan secara tertulis.²⁵⁸

Jika dilihat secara keseluruhan, ACIA tidak menjadikannya sebagai perjanjian *supra-regional*, akan tetapi menghargai rejim hukum investasi nasional. ACIA tidak menghilangkan ketentuan investasi masing-masing negara dan tidak menjadikannya sebagai sub-ordinasi dari perjanjian investasi regional. Ini memberikan arti, pada tataran regional ACIA diakui sebagai ketentuan investasi kawasan, dan pada saat bersamaan hukum investasi nasional tetap eksis dan berlaku sebagai ketentuan pokok. Secara implisit mengandung pula makna, bahwa ACIA mengakui berlakunya dua sistem hukum (*dual legal system*) pengaturan investasi.

Dalam kerangka ACIA, Indonesia mengajukan reservasi (*reserving state*) terhadap ketentuan yang berkaitan dengan kewajiban *national treatment* (perlakuan nasional). Dalam *schedule* reservasi, Indonesia membatasi penerapan prinsip *national treatment* terhadap segala langkah (*any measures*) yang berkaitan dengan tanah (*land*), properti dan *natural resources* yang berhubungan dengan tanah , termasuk akuisisi, kepemilikan dan penyewaan (*lease*) tanah dan properti.²⁵⁹ Sumber rujukan pembatasan tersebut adalah Pasal 33 UUD 1945, Undang-Undang No. 5 Tahun 1960 tentang Ketentuan-Ketentuan Dasar Pokok Agraria, dan Undang-Undang No. 5 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (UUPM). Reservasi yang lain diterapkan dalam pemberian izin usaha (*business license*) kepada investor asing.²⁶⁰ Izin bisnis

²⁵⁶ Article 23 ayat (2) VCLT

²⁵⁷ Article 23 ayat (3) VCLT

²⁵⁸ Article 23 ayat (4) VCLT

²⁵⁹ Schedule to the ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA), Indonesia, hlm. 1.

²⁶⁰ Ibid, hlm. 2.

kepada penanam modal asing diberikan sesuai dengan kriteria tertentu dalam UUPM. Ketentuan *national treatment* juga tidak diterapkan terhadap pengaturan yang berkaitan dengan masa berlaku (*duration*) izin usaha.²⁶¹ Pengaturan masa berlaku izin usaha sangat bervariasi, tergantung pada jenis usaha dan kebijakan masing-masing sektor industri.²⁶²

Usaha di sektor industri manufaktur berlaku selama 30 (tiga puluh) tahun dan budidaya perikanan untuk industri *coral* (karang laut) adalah 5 (lima) tahun.²⁶³ Sektor pertambangan mineral dan batubara memiliki izin usaha yang beragam. Untuk izin usaha pertambangan (IUP) eksplorasi untuk mineral logam berlaku untuk jangka waktu paling lama 8 tahun.²⁶⁴ Untuk IUP eksplorasi bukan logam paling lama 3 (tiga) tahun, dan mineral bukan logam jenis tertentu diberikan untuk jangka waktu paling lama 7 (tujuh) tahun, untuk pertambangan batuan paling lama 3 (tiga) tahun, dan untuk pertambangan batubara berlaku selama 7 (tujuh) tahun.²⁶⁵ Sementara itu, untuk IUP operasi produksi pertambangan mineral logam berlaku selama 20 (dua puluh) tahun, mineral bukan logam 10 (sepuluh) tahun, mineral bukan logam jenis tertentu 20 (dua puluh) tahun, pertambangan batuan 5 (lima) tahun dan pertambangan batubara untuk jangka waktu 20 (dua puluh) tahun.²⁶⁶

²⁶¹ Ibid.

²⁶² Ibid.

²⁶³ Ibid.

²⁶⁴ Pasal 42 ayat (1) Undang-Undang No. 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara (UU Minerba).

²⁶⁵ Pasal 42 ayat (2), (3), dan (4) UU Minerba.

²⁶⁶ Pasal 47 ayat (1), (2), (3), (4) dan (5) UU Minerba.

BAB IV

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.²⁶⁷ Pengakuan terhadap nasionalisasi juga dipandang sebagai ancaman bagi penanaman modal asing.²⁶⁸ Nasionalisasi merupakan poin sentral yang menjadi dasar pertimbangan dan motivasi negara-negara melakukan perundingan PIB maupun perundingan perjanjian perdagangan

²⁶⁷ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, *Op.cit*, hlm. 89.

²⁶⁸ M. Sornarajah, *Op.cit*, hlm. 239.

bebas (PPB) atau *free trade agreement* (FTA). 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 terjaganya 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 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 instrumen program pembangunan ekonomi. Nasionalisasi yang dilakukan Mesir terhadap Terusan Suez tahun 1956 di bawah pemerintahan Gamal Abdul Nasser dan nasionalisasi yang dilakukan oleh Indonesia terhadap perkebunan milik Belanda tahun 1958 oleh Presiden Soekarno adalah contoh-contoh kasus besar nasionalisasi yang terjadi pada dasawarsa 1950-an.

Pada tahun 1960, Kuba di bawah pemerintahan Fidel Castro melakukan nasionalisasi terhadap perusahaan-perusahaan gula (*sugar companies*) yang dimiliki oleh perusahaan Amerika Serikat.²⁶⁹ Melalui keputusan tanggal 6 Agustus 1960, pemerintahan revolusioner Kuba menasionalisasi 26 perusahaan gula, termasuk satu perusahaan gula terbesar, yaitu *Compania Azucarera Camaguey de Cuba*, yang dikenal dengan sebutan *CAV*.²⁷⁰

Pada tahun 1970-an terjadi kembali nasionalisasi yang dilakukan oleh Chile di bawah Presiden Salvador Allende, yaitu nasionalisasi terhadap perusahaan tambang tembaga (*copper mine*).²⁷¹ Melalui Executive Decree No. 92 tanggal 28 September 1971 Presiden Allende menyatakan menasionalisasi industri tembaga yang dimiliki perusahaan Amerika Serikat, yaitu *Kennecott Copper Corporation* dan *Anaconda Company*.²⁷² Untuk memberikan legalitas terhadap langkah nasionalisasi, sebelumnya pemerintah Chile melakukan Amandemen Konstitusi Juli 1971 yang memperbolehkan dilakukan nasionalisasi.²⁷³ Nasionalisasi ini dipandang sebagai nasionalisasi yang kontroversial dan mengundang perhatian internasional,²⁷⁴ karena nasionalisasi Chile berkaitan erat pergantian pemerintahan yang seringkali dilakukan dengan perebutan kekuasaan melalui kekuatan militer dan perlawanan terhadap kebijakan dan politik luar negeri Amerika Serikat yang ingin memperkuat dan mempertahankan pengaruh (*hegemony*) secara politik dan ekonomi di negara-negara kawasan Amerika Latin pada masa itu.

²⁶⁹ Victor Rabinowitz, *The Cuban Nationalisation in the United States Courts: The Sabbatino Case and its Progeny*, dalam *The Nationalisations of Multinationals In Peripheral Economies*, Edited by Julio Faundez and Sol Picciotto, The Macmillan Press Ltd, London, 1978, hlm. 103.

²⁷⁰ Ibid, hlm. 103.

²⁷¹ Julio Faundez, *A Decision Without A Strategy: Excess Profits in the Nationalisation of Copper in Chile*, Op.cit, hlm. 71.

²⁷² Ibid, hlm. 71.

²⁷³ Ibid, hlm. 71.

²⁷⁴ Ibid, hlm. 71.

Pemerintah Chile menyatakan bahwa nasionalisasi dilakukan berdasarkan pada Resolusi Majelis Umum PBB No. 1803 (XVII) tanggal 14 Desember 1962 tentang Kedaulatan Permanen Negara atas Sumber Daya Alam (*Permanent Sovereignty of States over Natural Resources*).²⁷⁵ Pemerintah Chile meyakini bahwa Resolusi PSNR merupakan dasar legalitas internasional yang kuat dari keputusan menasionalisasi industri tembaga.²⁷⁶ Dengan resolusi ini maka Chile memiliki kedaulatan penuh terhadap rakyat dan bangsanya atas kekayaan dan sumber daya alam, dan dalam hal nasionalisasi, kompensasi akan dibayar berdasarkan ketentuan perundang-undangan nasional (*domestic legislation*) dan sesuai dengan hukum internasional.²⁷⁷ Nasionalisasi tersebut merupakan peristiwa penting 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 sampai dengan 1970-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.²⁷⁸ Sedangkan *expropriation* (ekspropriasi) adalah “pengambilalihan yang terbatas” terhadap satu perusahaan yang spesifik (*limited to one specific firm*) dan tidak didasarkan atas pertimbangan politik.²⁷⁹ Tindakan nasionalisasi secara faktual

²⁷⁵ Ibid, hlm. 76.

²⁷⁶ ibid, hlm. 76.

²⁷⁷ Ibid, hlm. 76.

²⁷⁸ UNCTAD, Op.cit, hlm. 134.

²⁷⁹ Ibid, hlm. 134.

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 :²⁸⁰

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 :²⁸¹

"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)

Kata yang digunakan adalah "*take any measures depriving*" atau mengambil segala tindakan pencabutan secara langsung atau tidak langsung milik warga negara

²⁸⁰ PIB Indonesia-Iran

²⁸¹ Perjanjian Kerjasama Ekonomi Antara Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Kerajaan Belanda ditandatangani di Jakarta, 7 Juli 1968.

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 menghindarkan 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 :²⁸²

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 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 klausul pengambilalihan tampak lebih ‘lunak’ (*soft*) daripada kata nasionalisasi atau ekspropriasi yang secara umum lazim dipergunakan. Dengan klausul ini, maka tindakan yang dilakukan tidak secara langsung dipandang sebagai nasionalisasi atau ekspropriasi. Kedua pihak secara

²⁸² 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 1976. Indonesia meratifikasi P4M tersebut dengan Keppres No. 3/1977.

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

Perkembangan tersebut di atas apakah berarti bahwa nasionalisasi hanya merupakan sejarah hukum dan tidak akan berulang kembali di era ekonomi global liberal? Nasionalisasi ternyata masih relevan dan terjadi kembali. Tindakan nasionalisasi yang dilakukan oleh Argentina terhadap perusahaan minyak Spanyol, Repsol,²⁸³ memperlihatkan bahwa nasionalisasi masih dapat dilakukan di era globalisasi, di tengah krisis ekonomi yang melanda Amerika Serikat dan Eropa, terutama Yunani. Argentina menasionalisasi 51% saham Repsol, perusahaan minyak yang dimiliki oleh YPF yang berasal dari Spanyol.²⁸⁴ Nasionalisasi dilakukan dengan alasan karena Repsol dinilai gagal memproduksi minyak yang cukup melalui YPF untuk memenuhi kebutuhan energi nasional Argentina.²⁸⁵ Presiden Argentina Christina Fernandez Kirchner menyatakan, bahwa Argentina adalah satu di antara sedikit negara yang tidak memiliki kontrol atas industri minyaknya.²⁸⁶ Nasionalisasi kemudian mendapatkan kecaman dari Spanyol dan menyatakan akan melakukan tindakan balasan (*retaliatory measures*) terhadap langkah Argentina.²⁸⁷

Di saat negara merasa tidak memiliki lagi kedaulatan penuh dan kedaulatan negara atas sumber daya alam terancam oleh investor asing, sebagai upaya terakhir (*in the last resort*) untuk memulihkan dan mengembalikan kedaulatan negara, nasionalisasi dipandang sebagai senjata ampuh. Langkah Presiden Argentina sebagai kepala eksekutif melakukan nasionalisasi mendapatkan dukungan politik dan

²⁸³ 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).

²⁸⁴ *Argentinian president moves to nationalize Spanish-owned oil assets*, the Guardian, 16 April 2012.

²⁸⁵ *ibid.*

²⁸⁶ *Ibid.*

²⁸⁷ *Spain attacks Argentina over nationalization of oil company YPF*, the Guardian, 17 April 2012.

persetujuan dari Senat Argentina (63 dari 70 anggota) dan DPR Argentina (207 lawan 32 anggota)²⁸⁸. Kebijakan nasionalisasi tersebut kemudian ditetapkan dengan undang-undang.²⁸⁹ Argentina melakukan nasionalisasi dengan tujuan mengontrol industri migas, meningkatkan penerimaan negara, mengentaskan masyarakat dari kemiskinan dan memulihkan kontrol negara terhadap sumber daya alam.²⁹⁰

Tindakan yang sama juga dilakukan oleh Venezuela terhadap Exxon Mobil, perusahaan minyak Amerika Serikat. 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 Paris.²⁹¹ Exxon Mobil menuntut ganti rugi US\$ 12 miliar, namun dalam putusan, ICC menetapkan Venezuela harus membayar ganti rugi sebesar US\$ 907 juta.²⁹² Sementara itu, pemerintah Venezuela dengan pertimbangan tertentu hanya akan membayar ganti rugi sebesar US 255 juta.²⁹³

B. Perlindungan Standar Investasi

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.²⁹⁴ Standar absolut adalah standar perlakuan yang diberikan terhadap investasi suatu negara

²⁸⁸ Marwan Batubara, *Mengharap Kedaulatan Migas*, Koran Seputar Indonesia, 16 Mei 2012.

²⁸⁹ Ibid

²⁹⁰ Ibid.

²⁹¹ Madrid Balas Dendam, Argentina Tuduh Repsol Menebar Dividen di Luar Negeri, *Harian Kompas*, 4 Januari 2012.

²⁹² Ibid.

²⁹³ Ibid.

²⁹⁴ UNCTAD, *Op.cit.* hlm. 28.

‘tanpa perlu memperhatikan’ perlakuan kepada investasi dari negara lain.²⁹⁵ Dengan standar absolut, maka negara tuan rumah mutlak hukumnya memberikan perlakuan yang *equal* kepada investasi dari negara penanam modal dan negara penerima modal. Standar absolut mencakup prinsip-prinsip, yaitu: *fair and equitable treatment, full protection and security, expropriation* dan *transfer of funds*.²⁹⁶

Standar relatif adalah perlakuan yang diberikan kepada investasi dilakukan ‘dengan memperhatikan’ pula perlakuan yang diterima oleh investasi dari negara lain.²⁹⁷ Standar ini secara tersirat mengesankan bahwa pemberian perlakuan harus dilakukan dengan cara yang seimbang dan bersifat timbal balik. Dengan kata lain, penerapan standar relatif cenderung bersifat lebih fleksibel. Standar relatif terdiri dari *national treatment, most favoured nation treatment, dan dispute settlement*.²⁹⁸

1. Perlindungan Absolut

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.

Prinsip ini pertama kali ditemukan dalam Piagam Havana untuk Organisasi Perdagangan Internasional yang diselenggarakan tahun 1948 atau *Havana Charter*

²⁹⁵ *ibid*, hlm. 28.

²⁹⁶ *Ibid*, hlm. 28.

²⁹⁷ *Ibid*, hlm. 28.

²⁹⁸ *Ibid*, hlm. 28.

for an International Trade Organization yang menggunakan istilah “*just and equitable treatment*”.²⁹⁹ 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.³⁰⁰ 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*”.³⁰¹

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*”.³⁰² Selanjutnya dalam *Draft OECD Multilateral Agreement on Investment* tahun 1998 pada Article “General Treatment” dinyatakan bahwa:³⁰³

²⁹⁹ 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.

³⁰⁰ Ibid, hlm. 4.

³⁰¹ Ibid, hlm. 4.

³⁰² Ibid, hlm. 6.

³⁰³ Ibid, hlm. 6.

“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.³⁰⁴ **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*”).³⁰⁵ 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*”.³⁰⁶

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 internasional.³⁰⁷ 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”.³⁰⁸ Perjanjian yang

³⁰⁴ Ibid, hlm. 19.

³⁰⁵ Ibid, hlm. 19.

³⁰⁶ Ibid, hlm. 19.

³⁰⁷ Ibid, hlm. 20.

³⁰⁸ Ibid, hlm. 20.

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*”.³⁰⁹

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*”.³¹⁰ 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’.³¹¹ 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.³¹²

Secara historis, standar *full protection and security* berasal dari praktik perjanjian internasional Amerika Serikat.³¹³ Meskipun demikian, seperti klausul FET,

³⁰⁹ Ibid, hlm. 20-21.

³¹⁰ Ibid, hlm. 21. Garis bawah dari penulis.

³¹¹ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, Op.cit, hlm. 149.

³¹² Ibid, hlm. 149.

³¹³ Ibid, hlm. 149.

klausul ini bersifat umum dan tidak pernah dikaji oleh badan-badan peradilan (*tribunals*).³¹⁴ 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.³¹⁵ 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.³¹⁶ Kenyataan ini menimbulkan pandangan perlunya batas ruang lingkup penerapan klausul³¹⁷ dan hubungannya dengan klausul lain berkaitan dengan perlindungan terhadap penerapan perundang-undangan (*application of laws*) yang dapat mempengaruhi keamanan dan perlindungan investasi.³¹⁸ 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*).³¹⁹ Dalam hubungan dengan hukum tanggung jawab negara, *host state* tidak memiliki kewajiban tanggung jawab mutlak (*strict liability*) untuk mencegah pelanggaran (*violations*).³²⁰ Secara umum diterima pandangan bahwa negara tuan rumah harus melakukan pengecekan (*due diligence*) dan harus mengambil langkah-langkah perlindungan investasi asing yang dapat diterima dalam keadaan tertentu.³²¹

³¹⁴ Ibid, hlm. 149.

³¹⁵ Ibid, hlm. 149.

³¹⁶ Ibid, hlm. 149.

³¹⁷ Ibid, hlm. 149.

³¹⁸ Ibid, hlm. 149.

³¹⁹ Ibid, hlm. 149.

³²⁰ Ibid, hlm. 149.

³²¹ Ibid, hlm. 149-150.

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*).³²² 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*);³²³ 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;³²⁴ adanya penjarahan (*looting*) oleh unsur aparat tentara (*armed forces*);³²⁵ pelecehan terhadap tenaga profesional senior investor (*investor's senior representative*);³²⁶ pendudukan pabrik oleh para pekerja; demonstrasi sosial (*social demonstration*) dan gangguan di tempat yang dalam keadaan sengketa.³²⁷

Demonstrasi para pekerja yang melakukan mogok kerja karena tuntutan kenaikan upah dan penyisiran kepada para profesional yang terjadi di Tangerang dan tempat-tempat lain merupakan bentuk pelanggaran terhadap prinsip perlindungan penuh dan keamanan. Apakah tindakan seperti itu dapat menjadi dasar bagi investor untuk melakukan keberatan dan menggugat pemerintah? Kejadian tersebut dapat menjadi dasar pertimbangan untuk menggugat, jika tindakan para pekerja itu mengakibatkan perusahaan mengalami kerugian secara ekonomi dan para eksekutif merasa keselamatan diri dan keluarganya terancam. Negara tuan rumah dipandang

³²² Ibid, hlm. 150.

³²³ Ibid, hlm. 150.

³²⁴ Ibid, hlm. 150.

³²⁵ Ibid, hlm. 150.

³²⁶ Ibid, hlm. 150.

³²⁷ Ibid, hlm. 151.

tidak dapat menciptakan jaminan keamanan, kenyamanan dan perlindungan terhadap keselamatan para profesional pimpinan perusahaan

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

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*)³²⁸, nilai tukar (*exchange rates*)³²⁹ dan waktu transfer (*timing of transfer*)³³⁰. Dalam PIB terdapat spesifikasi yang berbeda antara satu dengan yang lain. Ada PIB yang mengizinkan transfer menggunakan mata uang secara bebas, terbatas dan hanya mata uang yang diatur sesuai ketentuan lembaga moneter internasional.

³²⁸ UNCTAD, Op.cit, hlm. 59.

³²⁹ Ibid, hlm. 60.

³³⁰ Ibid, hlm. 60.

Dalam PIB antara Yunani dan Meksiko (2000) pada Article 7 – *Transfers* disebutkan :³³¹

1. Each Contracting Party shall guarantee the right that payment relating to an investment may be transferred. The transfers shall be affected 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 :³³²

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 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

³³¹ Ibid, hlm. 59.

³³² PIB Indonesia-Iran

Pasal 6³³³ dan/atau Pasal 7³³⁴ 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 11.³³⁵

Pengaturan transfer yang lebih bersifat terbatas (*restrictive*) dapat dilihat dalam PIB antara Brunei Darussalam dan China (2000) pada Article 6 – Repatriation yang menyatakan :³³⁶

[...]

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).³³⁷ Article 6 – Transfers menyatakan :³³⁸

“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)

³³³ Pasal 6 tentang Pengambilalihan dan Kompensasi (*Expropriation and Compensation*)

³³⁴ Pasal 7 tentang Kerugian-Kerugian (*Losses*)

³³⁵ 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*)

³³⁶ UNCTAD, Op.cit, hlm. 59

³³⁷ Ibid. hlm. 60.

³³⁸ Ibid. hlm. 60

Pengertian “*freely usable currency*” lebih lanjut dijelaskan dalam article 1.1, yaitu:³³⁹

“(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 :³⁴⁰

[...]

(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...*”

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

³³⁹ Ibid, hlm. 60.

³⁴⁰ Ibid, hlm. 61.

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*”³⁴¹ atau “*without unreasonable delay*”³⁴². Namun, ada pula yang memberikan tuntunan yang lain, seperti PIB antara Belgia-Luksemburg dan Pakistan (1998). Pada Article 7 – *Transfer* disebutkan :³⁴³

[...]

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

2. Perlindungan Relatif

a. *National Treatment*

³⁴¹ Pasal 8 ayat (2) PIB antara Indonesia dan Iran.

³⁴² UNCTAD, Op.cit. hlm. 61.

³⁴³ Ibid, hlm. 61.

Klausul *national treatment* atau perlakuan nasional adalah klausul yang mewajibkan negara tuan rumah memberikan perlakuan non-diskriminasi³⁴⁴ 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.³⁴⁵ 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.³⁴⁶

Klausul kewajiban adanya perlakuan nasional pada awalnya dilatarbelakangi oleh keinginan untuk meningkatkan hubungan perdagangan antar negara, yang kemudian secara tegas dimuat dalam Article III GATT³⁴⁷ 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.³⁴⁸

Dari tradisi dalam peningkatan hubungan perdagangan, kemudian klausul ini diadopsi dan diterapkan dalam berbagai perjanjian,³⁴⁹ Akan tetapi ruang lingkup penerapan klausul bervariasi antara satu perjanjian dengan perjanjian yang lain³⁵⁰. Dalam PIB antara Mauritius dan Zimbabwe (2000) pada Article 4 – Treatment of Investment, disebutkan:³⁵¹

[...]

³⁴⁴ John H. Jackson, *The World Trading System*, MIT Press, United States of America, 1997, hlm. 213.

³⁴⁵ Rudolf Dozier and Christoph Schreur, Op.cit, hlm. 178.

³⁴⁶ Ibid, hlm. 178.

³⁴⁷ John H. Jackson, Op.cit. hlm. 213.

³⁴⁸ Ibid, hlm. 213.

³⁴⁹ Ibid, hlm. 213.

³⁵⁰ Ibid, hlm. 213.

³⁵¹ UNCTAD, Op.cit, hlm. 34.

(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.³⁵² 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).³⁵³ Article 1 menyatakan:³⁵⁴

[...]

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 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

³⁵² Ibid, hlm. 34.

³⁵³ Ibid, hlm. 34.

³⁵⁴ Ibid, hlm. 34.

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:³⁵⁵

[...]

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.³⁵⁶ 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.³⁵⁷ Dengan kata lain, negara A memperlakukan kepada negara B sama dengan perlakuannya kepada negara C.³⁵⁸

MFN telah menjadi pilar sentral kebijakan perdagangan selama berabad-abad.³⁵⁹ Klausul MFN juga menjadi bagian yang tidak terpisahkan dari perjanjian ekonomi internasional (*international economic treaties*).³⁶⁰ Secara historis,

³⁵⁵ Ibid, hlm. 34-35.

³⁵⁶ Ibid, hlm. 34.

³⁵⁷ John H. Jackson, Op.cit, hlm. 160-161.

³⁵⁸ Ibid, hlm. 161.

³⁵⁹ Ibid, hlm. 157.

³⁶⁰ Rudolf Dolzer and Christoph Schreier, Op.cit, hlm. 186.

kewajiban MFN telah digunakan sejak abad ke-12, meskipun frase ini baru muncul pada abad ke-17.³⁶¹ Klausul perjanjian MFN muncul karena didorong oleh pertumbuhan perdagangan pada abad 15 dan 16, bersamaan dengan persaingan antar bangsa Eropa untuk membangun jaringan perdagangan.³⁶² Amerika Serikat pertama kali memasukkan klausul MFN dalam perjanjian dengan Perancis pada tahun 1778.³⁶³

Dalam perdagangan internasional, MFN terdapat dalam Article 1 GATT, yang merupakan *benchmark* dari kewajiban MFN tanpa syarat (*unconditional*) untuk perdagangan barang (*trade in goods*).³⁶⁴ Arti penting klausul MFN telah menjadikan klausul ini sebagai *cornerstone* bagi seluruh rejim hukum perdagangan internasional.³⁶⁵ Arti penting klausul ini secara tradisional dalam perjanjian ekonomi, kemudian membawa MFN masuk di dalam semua perjanjian investasi.³⁶⁶

Pada tataran implementasi, MFN tidak akan memiliki makna praktis jika negara yang bersangkutan gagal memberikan manfaat (*benefit*) kepada negara atau pihak ketiga.³⁶⁷ Dalam perjanjian investasi modern, meskipun prinsip MFN diterima dalam hukum perdagangan, akan tetapi tidak secara langsung diterapkan dalam perjanjian investasi.³⁶⁸ Hal ini disebabkan perjanjian investasi berisi hasil-hasil perundingan yang mencakup bidang-bidang substantif yang berbeda.³⁶⁹

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

³⁶¹ John H. Jackson, Op.cit, hlm. 158.

³⁶² Ibid, hlm. 158.

³⁶³ Ibid, hlm. 158.

³⁶⁴ Ibid, hlm. 157.

³⁶⁵ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, Op.cit, hlm. 186.

³⁶⁶ Ibid, hlm. 186.

³⁶⁷ Ibid, hlm. 186.

³⁶⁸ Ibid, hlm. 186.

³⁶⁹ Ibid, hlm. 186.

negara ketiga.³⁷⁰ Dengan perlakuan terbaik, secara prinsip, semua tingkat lapangan permainan antara semua penanam modal asing dilindungi oleh PIB.³⁷¹ 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.³⁷²

PIB Indonesia-Iran (2005) pada Article 4 – *Most Favoured Nation Provisions* menyatakan:³⁷³

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:³⁷⁴

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)

³⁷⁰ UNCTAD, Op.cit, hlm. 38.

³⁷¹ Ibid, hlm. 38.

³⁷² Ibid, hlm. 38.

³⁷³ 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*).

³⁷⁴ 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.

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. *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.³⁷⁵ 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.³⁷⁶ Disamping itu, mekanisme ini menjamin bahwa sengketa yang diputuskan dengan dasar hukum (*legal grounds*), yang memisahkan masalah hukum dari pertimbangan politik.³⁷⁷

³⁷⁵ Ibid, hlm. 100.

³⁷⁶ Ibid, hlm. 100.

³⁷⁷ Ibid, hlm. 100.

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*.
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. Klausul 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*).³⁷⁸ Di dalam klausul payung terdapat syarat-syarat (*conditions*) dan keistimewaan-keistimewaan (*privileges*) yang dinegosiasikan oleh para pihak ke dalam perjanjian investasi (*investment agreement*) akan dilindungi oleh perjanjian (*will be protected by the treaty*).³⁷⁹ 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.³⁸⁰

Menurut UNCTAD diperkirakan dari 2.500 PIB (BITs) setidaknya terdapat sekitar 40% memuat “*umbrella*” *clause* atau “*respect*” *clause*.³⁸¹ Klausul payung disebut juga ‘klausul penghormatan’ (*respect clause*), karena klausul ini menempatkan penghargaan dan penghormatan terhadap isi (*content*) dari perjanjian investasi yang disepakati para pihak.

Dalam praktik terdapat berbagai variasi klausul payung. Dalam PIB antara Republik Belarus dan Republik Korea (1997) pada Article 10 – *Application of other Rules*, klausul payung berbunyi:³⁸²

[...]

(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)

³⁷⁸ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, Op.cit, hlm. 153.

³⁷⁹ M. Sornarajah, Op.cit, hlm. 433.

³⁸⁰ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, Geneva, 2007, hlm. 73.

³⁸¹ Ibid, hlm. 73.

³⁸² Ibid, hlm. 73.

Dalam PIB antara Yunani dan Meksiko (2000), Article 10 – Application of other Rules disebutkan:³⁸³

[...]

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).

Sedangkan dalam PIB antara Itali dan Yordania (1996), Article 2 – *Promotion and Protection of Investment* dinyatakan:³⁸⁴

[...]

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.³⁸⁵ Contoh yang lain lebih terbatas. Yang satu menekankan bahwa proteksi hanya diberikan dengan dibuat secara tertulis (*in writing*).³⁸⁶ Pembatasan yang lain ditegaskan bahwa kewajiban pemberian proteksi diberikan dalam kaitan dengan investasi yang spesifik (*specific investment*).³⁸⁷

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*”.³⁸⁸ Bahasa yang sama juga digunakan dalam klausula *German Model Treaty*.³⁸⁹ Namun, klausul yang sama tidak terdapat

³⁸³ Ibid, hlm. 73.

³⁸⁴ Ibid, hlm. 73.

³⁸⁵ Ibid, hlm. 74.

³⁸⁶ Ibid, hlm 74.

³⁸⁷ Ibid, hlm. 74.

³⁸⁸ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, Op.cit, hlm. 153.

³⁸⁹ Ibid, hlm. 153.

dalam *US Model Treaty 2004* dan *French Model Treaty* maupun NAFTA Agreement.³⁹⁰ Menurut Dolzer dan Schreier, diperkirakan sekitar 1.000 perjanjian investasi memasukkan klausula payung,³⁹¹ meskipun tidak semuanya menggunakan kata-kata (*wording*) yang seragam.³⁹² 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”.³⁹³

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:³⁹⁴

“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:³⁹⁵

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

³⁹⁰ Ibid, hlm. 153.

³⁹¹ Ibid, hlm. 153.

³⁹² Ibid, hlm. 153.

³⁹³ Ibid, hlm. 153.

³⁹⁴ Ibid, hlm. 153-154.

³⁹⁵ 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.

untuk menarik pengusaha investor. Undang-undang dan peraturan dari masing-masing negara dengan sendirinya menjadi sandaran dan dasar bagi para penanam modal.

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.³⁹⁶ 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”.³⁹⁷ 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.³⁹⁸ Kenyataan ini semakin meyakinkan berbagai negara arti penting klausula tersebut. Klausul 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.³⁹⁹

2. Klausul Stabilisasi (*Stabilization Clause*)

Klausul stabilisasi (*stabilization clause*) merupakan klausul pokok yang berkaitan dengan kelangsungan suatu perjanjian. Disebut klausul stabilisasi, karena

³⁹⁶ Ibid, hlm. 154.

³⁹⁷ Ibid, hlm. 154.

³⁹⁸ Ibid, hlm. 154-155.

³⁹⁹ Ibid, hlm. 155.

dengan klausul ini diharapkan akan tercapai stabilitas (*stability*) kelangsungan (*continuity*) dari perjanjian yang disepakati, sehingga tidak terjadi pengingkaran atau keinginan untuk merubah perjanjian di kemudian hari. Dengan klausul ini, segala perubahan di masa depan dari hukum *host state* yang berakibat tidak menguntungkan atau tidak berpihak pada investor, tidak akan diterapkan kepada investor.⁴⁰⁰

Dalam praktik, klausul ini cenderung disuarakan oleh investor⁴⁰¹, meskipun lebih disandarkan atas hukum domestik daripada hukum internasional.⁴⁰² 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*).⁴⁰³ 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.⁴⁰⁴

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.⁴⁰⁵ 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, klausul ini merupakan kepentingan yang akan dikedepankan untuk menetralsir kekuasaan tuan rumah.⁴⁰⁶ Klausul

⁴⁰⁰ Ibid, hlm. 75.

⁴⁰¹ Ibid, hlm. 75.

⁴⁰² Ibid, hlm. 75.

⁴⁰³ Ibid, hlm. 75.

⁴⁰⁴ M. Sornarajah, Op.cit, hlm. 407.

⁴⁰⁵ Ibid, hlm. 407.

⁴⁰⁶ Ibid, hlm. 407.

stabilisasi pada dasarnya diperkenalkan dalam perjanjian untuk mempengaruhi kekuasaan tersebut.⁴⁰⁷ Dengan kata lain, klausul stabilisasi dimaksudkan untuk membuat kebal (*to immunize*) kontrak investasi asing dari berbagai hal seperti perpajakan, pengendalian lingkungan dan regulasi lain dan juga mencegah pengrusakan kontrak (*destruction of contract*) sebelum masa kontrak berakhir.⁴⁰⁸ Dengan klausul ini, pemerintah negara tuan rumah tidak dapat mengubah atau mengakhiri kontrak secara sepihak.⁴⁰⁹

Indonesia melalui lembaga peradilan Mahkamah Konstitusi menjunjung tinggi keberadaan klausul stabilisasi. Penegasan ini dapat dilihat dalam Putusan Mahkamah Konstitusi tentang pembubaran Badan Pelaksana Kegiatan Usaha Hulu Minyak dan Gas Bumi (BP Migas) tanggal 13 November 2012, menyatakan, bahwa segala bentuk Kontrak Kerja Sama (KKS) atau "*Cooperation Contract*" yang telah ditandatangani oleh BP Migas dengan Badan Usaha atau Bentuk Usaha Tetap, harus "*tetap berlaku sampai masa berlakunya berakhir atau pada masa lain sesuai dengan kesepakatan.*"⁴¹⁰ Putusan tersebut memberikan jaminan kepastian hukum bagi perusahaan dan investor asing yang terlibat dalam kegiatan eksplorasi dan eksploitasi minyak dan gas bumi, sehingga tidak menimbulkan keraguan akan kelangsungan kontrak yang telah ditandatangani dan masa depan kegiatan bisnis mereka di Indonesia.

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

⁴⁰⁷ Ibid, hlm. 407.

⁴⁰⁸ Ibid, hlm. 407.

⁴⁰⁹ A. Madjedi Hasan, Op.cit, hlm. 99.

⁴¹⁰ Kutipan Putusan Mahkamah Konstitusi Republik Indonesia, Putusan Nomor 36/PUU-X/2012 Perihal Pengujian Undang-Undang No. 2 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi terhadap Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, Harian Seputar Indonesia, 14 November 2012.

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.⁴¹¹ Pemerintah sedapat mungkin dicegah menggunakan kekuasaannya untuk membatalkan atau mencampuri (*intervention*) dalam kontrak investasi dengan perusahaan asing.⁴¹² Klausul ini antara lain dapat ditemukan dalam perjanjian konsesi antara Iran dengan *Anglo-Iranian Oil Company* (1933) yang menyatakan:⁴¹³

“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 *Nippon Mining Co. Ltd*. (Desember 1967), dan dengan *Amerada Hess Petroleum Abu Dhabi Ltd*. (Oktober 1980) yang berbunyi:⁴¹⁴

“*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”.⁴¹⁵

⁴¹¹ Ibid, hlm. 99.

⁴¹² Ibid, hlm. 99.

⁴¹³ Ibid, hlm. 99.

⁴¹⁴ Ibid, hlm. 99.

⁴¹⁵ Ibid, hlm. 99.

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.⁴¹⁶

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.⁴¹⁷ 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.⁴¹⁸

Indonesia menggunakan klausul stabilisasi dalam kontrak pengadaan tenaga listrik panas bumi (*geothermal*) antara PLN dengan Perusahaan Listrik Swasta (*Independent Power Producers*), dimana dinyatakan bahwa:⁴¹⁹

“Apabila pemerintah mengeluarkan peraturan peerundang-undangan baru yang menimbulkan perubahan atas keekonomian proyek, maka kedua pihak sepakat untuk 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.⁴²⁰ Selain itu, terdapat pula pandangan lain yang menyatakan, klausul stabilisasi tidak berlaku dalam hukum

⁴¹⁶ Ibid, hlm. 99.

⁴¹⁷ Ibid, hlm. 99.

⁴¹⁸ 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.

⁴¹⁹ 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.

⁴²⁰ A. Madjedi Hasan, Op.cit, hlm. 72.

internasional publik sebagai konsekuensi dari penerapan “prinsip kedaulatan permanen” (*principle of permanent sovereignty*) terhadap sumber daya alam.⁴²¹

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 legislasi⁴²² 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.⁴²³

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.⁴²⁴ 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

⁴²¹ Ian Brownlie, Op.cit, hlm. 526.

⁴²² UNCTAD, Op.cit. hlm.21.

⁴²³ Ibid, hlm. 21.

⁴²⁴ Ibid, hlm. 22.

tertentu.⁴²⁵, dan penanam modal asing harus menghormati ketentuan tersebut manakala akan masuk ke negara tuan rumah.⁴²⁶

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:⁴²⁷

“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:⁴²⁸

“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:⁴²⁹

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.

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

⁴²⁵ Ibid, hlm. 22.

⁴²⁶ Ibid, hlm. 22.

⁴²⁷ Ibid, hlm. 22.

⁴²⁸ Ibid, hlm. 22.

⁴²⁹ PIB Indonesia-Iran, Loc.cit.

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.⁴³⁰ Hal ini didasarkan atas kenyataan, karena para pihak mempunyai otonomi untuk memilih hukum yang akan dipergunakan.⁴³¹ Dengan *party autonomy*, maka pihak asing dalam perjanjian memiliki kebebasan untuk memilih sistem hukum yang diinginkan, yang berbeda dari hukum nasional *host state*.⁴³²

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

⁴³⁰ M. Sornarajah, Op.cit, hlm. 410-411.

⁴³¹ Ibid, hlm. 411.

⁴³² Ibid, hlm. 411.

klausul pilihan hukum adalah kontrak yang cacat (defective).⁴³³ 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.”⁴³⁴

Fungsi dari klausul ini adalah untuk mencegah ketidakpastian di kemudian hari mengenai hukum yang berlaku terhadap kontrak.⁴³⁵ Jika hal ini terjadi, dikhawatirkan para pihak akan menemui kesulitan dalam menaati aturan-aturan di dalam pelaksanaan kontrak.⁴³⁶ Fungsi lain dari klausul ini adalah :⁴³⁷

- 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*.⁴³⁸

Prinsip kebebasan para pihak dapat dilihat dalam beberapa instrumen internasional. ICC Rules of Arbitration pada Pasal 14 ayat 3 menyebutkan :⁴³⁹

“*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 :⁴⁴⁰

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

⁴³³ Huala Adolf, *Dasar-Dasar Hukum Kontrak Internasional*, Refika Aditama, Bandung, 2008, hlm. 139.

⁴³⁴ Ibid, hlm. 139.

⁴³⁵ Ibid, hlm. 139.

⁴³⁶ Ibid, hlm. 139.

⁴³⁷ Ibid, hlm. 140.

⁴³⁸ Ibid, hlm. 140.

⁴³⁹ Ibid, hlm. 141.

⁴⁴⁰ Ibid, hlm. 141.

Konvensi Kontrak Internasional untuk Penjualan Barang (Contract for the International Sale of Goods/CISG) pada Pasal 6 juga menyatakan :⁴⁴¹

“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 memaksa⁴⁴² atau memanfaatkan cara lain untuk menyasati adanya suatu ketertiban umum (*public order*) dari hukum nasional dari salah satu pihak.⁴⁴³ Cara menyasati seperti ini oleh Sudargo Gautama disebut sebagai suatu penyelundupan hukum.⁴⁴⁴

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.⁴⁴⁵ Prinsip ini disebut juga dengan istilah “*a reasonable relation*”, bahwa hukum yang dipilih harus memiliki hubungan yang lebih *reasonable* dengan para pihak atau melakukan transaksi.⁴⁴⁶

5. Klausul Arbitrase (*Arbitration Clause*)

Klausul arbitrase merupakan klausul yang paling dikenal dalam perjanjian investasi maupun berbagai kontrak investasi internasional. Klausul ini dapat

⁴⁴¹ Ibid, hlm. 142.

⁴⁴² Ibid, hlm. 142.

⁴⁴³ Ibid, hlm. 142.

⁴⁴⁴ Ibid, hlm. 142.

⁴⁴⁵ Ibid, hlm. 142.

⁴⁴⁶ Ibid, hlm. 142.

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.⁴⁴⁷ Pemilihan pengadilan penyelesaian melalui arbitrase, karena pihak asing tidak merasa yakin (*confidence*) kalau badan peradilan nasional tidak memihak.⁴⁴⁸ Selain itu, pemilihan pengadilan dalam negeri akan menimbulkan masalah kekebalan kedaulatan (*sovereign immunity*).⁴⁴⁹

Dalam PIB Indonesia-Iran pada Pasal 11 – *Settlement of Dispute Between A Contracting Party and Investor(s) of the Other Contracting Party* dinyatakan :⁴⁵⁰

“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 :⁴⁵¹

“(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”

⁴⁴⁷ M. Sornarajah, Op.cit, hlm.413.

⁴⁴⁸ Ibid, hlm. 413.

⁴⁴⁹ Ibid, hlm. 413.

⁴⁵⁰ PIB Indonesia-Iran.

⁴⁵¹ Ibid.

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.⁴⁵² 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),⁴⁵³ yang merupakan dasar hukum tentang pengaturan investasi. Instrumen lainnya adalah melalui ratifikasi perjanjian internasional, baik perjanjian bilateral maupun multilateral, terutama perjanjian yang berkaitan dengan penanaman modal.⁴⁵⁴

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

⁴⁵² Modul Tahun 2008 Undang-Undang dan Kebijakan Penanaman Modal, Pusat Pendidikan dan Pelatihan Badan Koordinasi Penanaman Modal (BKPM), Jakarta, hlm. 34.

⁴⁵³ Ibid, hlm. 34.

⁴⁵⁴ Ibid, hlm. 34.

“(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 penanam modal untuk melakukan pengalihan aset⁴⁵⁵, transfer dan repatriasi terhadap hasil kegiatan bisnis dalam bentuk valuta asing⁴⁵⁶ yang antara lain mencakup hasil keuntungan (*profit*) bisnis, bunga bank dan deviden⁴⁵⁷. Selain itu juga transfer dari

⁴⁵⁵ Pasal 8 ayat (1) UUPM

⁴⁵⁶ Pasal 8 ayat (3) UUPM

⁴⁵⁷ Pasal 8 ayat (3) b.

hasil royalti atau biaya yang harus dibayar⁴⁵⁸, hasil penjualan atau likuidasi penanaman modal⁴⁵⁹, kompensasi atas kerugian⁴⁶⁰, dan kompensasi atas pengambilalihan (*expropriation*)⁴⁶¹.

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.⁴⁶²

Unsur yang tidak kalah penting dalam perlindungan investasi adalah adanya pemberian jaminan keamanan (*security guarantee*) dalam penyelenggaraan penanaman modal.⁴⁶³ 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.

Elemen lain yang esensial dalam perlindungan investasi adalah adanya tata cara penyelesaian sengketa.⁴⁶⁴ 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,

⁴⁵⁸ Pasal 8 ayat (3) f.

⁴⁵⁹ Pasal 8 ayat (3) h.

⁴⁶⁰ Pasal 8 ayat (3) i.

⁴⁶¹ Pasal 8 ayat (3) j.

⁴⁶² Pasal 8 ayat (3) l.

⁴⁶³ Badan Koordinasi Penanaman Modal, Modul 2008, hlm. 35.

⁴⁶⁴ Ibid, hlm. 35.

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 (*inheren*) 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.⁴⁶⁵ Kedua, apabila musyawarah dan mufakat tidak tercapai, dilakukan melalui arbitrase atau alternatif penyelesaian sengketa atau pengadilan.⁴⁶⁶ 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*).⁴⁶⁷ Keempat, apabila sengketa terjadi antara pemerintah dengan penanam modal asing (*foreign investor*), para pihak menyelesaikan sengketa melalui arbitrase internasional.⁴⁶⁸

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 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.⁴⁶⁹

⁴⁶⁵ Pasal 32 ayat (1) UUPM.

⁴⁶⁶ Pasal 32 ayat (2) UUPM.

⁴⁶⁷ Pasal 32 ayat (3) UUPM.

⁴⁶⁸ Pasal 32 ayat (4) UUPM.

⁴⁶⁹ 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.

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)⁴⁷⁰, *Multilateral Investment Guarantee Agency* (MIGA)⁴⁷¹, dan Konvensi tentang Pengakuan dan Pelaksanaan Putusan Arbitrase (*New York Convention on Recognition and Enforcement of Arbitral Awards*) atau Konvensi New York 1958.⁴⁷²

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. Sebagai satu perjanjian pokok, TRIMs merupakan perjanjian WTO yang berhubungan langsung dengan *foreign direct investment*.⁴⁷³ Namun, TRIMs bukan merupakan dokumen komprehensif mengenai penanaman modal asing.⁴⁷⁴ TRIMs hanya

⁴⁷⁰ Indonesia meratifikasi Konvensi ICSID dengan Undang-Undang No. 5 Tahun 1968.

⁴⁷¹ Konvensi MIGA diratifikasi dengan Keputusan Presiden No. 31 Tahun 1986.

⁴⁷² Indonesia meratifikasi Konvensi New York dengan Keputusan Presiden No. 34 Tahun 1981.

⁴⁷³ M. Sornarajah, *Op.cit.* hlm. 303.

⁴⁷⁴ *Ibid*, hlm. 303.

berhubungan dengan beberapa jenis *'performance requirement'* (persyaratan pelaksanaan) tertentu.⁴⁷⁵

Gagasan pemikiran perlunya perundingan yang mengatur tentang penanaman modal asing dimulai tahun 1986 yang dimuat dalam Punta del Este Ministerial Declaration.⁴⁷⁶ Perundingan tersebut dimaksudkan untuk merumuskan lebih lanjut ketentuan-ketentuan yang dipandang penting untuk menghindari *'trade-restrictive and trade-distorting effect'*.⁴⁷⁷ 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.⁴⁷⁸

Kenyataan tersebut memperlihatkan, adanya keterkaitan yang sangat erat antara penanaman modal asing dan *'international trade in goods'*.⁴⁷⁹ 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 any TRIM that is inconsistent with provisions of Article III (on national treatment) and Article XI (on quantitative restriction) of GATT'*.⁴⁸⁰ Pasal ini menegaskan, bahwa implementasi TRIMs tidak boleh bertentangan dengan prinsip 'perlakuan nasional'

⁴⁷⁵ Ibid, hlm. 303.

⁴⁷⁶ Rodney Neufeld, *Trade and Investment*, dalam Daniel Bethlehem (et.al), *International Trade Law*, Oxford University Press, New York, USA, 2009, hlm. 624.

⁴⁷⁷ Ibid, hlm. 624.

⁴⁷⁸ Direktorat Perdagangan, Perindustrian, Investasi dan Hak Kekayaan Intelektual (PPIH), Ditjen Multilateral Kemlu, *Sekilas WTO*, Edisi Keenam, Jakarta, 2010, hlm. 49.

⁴⁷⁹ M. Sornarajah, Op.cit, hlm. 303.

⁴⁸⁰ Ibid, hlm. 303.

dalam kaitan dengan produk barang⁴⁸¹ 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 ‘*performace requirement*’ (persyaratan pelaksanaan) secara berlebihan,⁴⁸² 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.⁴⁸³ Negara anggota diharuskan menghapus peraturan-peraturan yang tidak konsisten dengan perjanjian TRIMs.⁴⁸⁴ 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.⁴⁸⁵ Studi yang pernah dilakukan menunjukkan fakta tersebut, sehingga tidak adil jika negara maju melarang penggunaannya oleh negara berkembang.⁴⁸⁶

Terdapat berbagai bentuk persyaratan pelaksanaan, yang tergantung pada tujuan atau kebijakan masing-masing negara.⁴⁸⁷ 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*)

⁴⁸¹ Michael Trabelecock, *The Regulation of International Trade*, Routledge, USA, 1999, hlm. 352.

⁴⁸² M. Sornarajah, *ibid*, hlm. 303.

⁴⁸³ Direktorat PPIH, *Op.cit*, hlm. 49.

⁴⁸⁴ *Ibid*, hlm. 49.

⁴⁸⁵ M. Sornarajah, *Op.cit*. 309.

⁴⁸⁶ *Ibid*, hlm. 309.

⁴⁸⁷ An An Chandrawulan, *Hukum Perusahaan Multinasional, Liberalisasi Hukum Perdagangan internasional dan Hukum Penanaman Modal*, Alumni, Bandung, 2010, hlm. 137.

- g) Persyaratan alih teknologi (*technology transfer requirement*)
- h) Persyaratan lisensi produk (*product licensing requirement*)⁴⁸⁸

Negara-negara berkembang umumnya sangat berkepentingan dengan persyaratan pelaksanaan, dengan maksud agar modal asing memberikan keuntungan maksimal kepada pembangunan ekonomi.⁴⁸⁹ Penanaman modal asing akan digunakan seoptimal mungkin sebagai bagian dari perencanaan pembangunan nasional dan instrumen perencanaan ekonomi negara.⁴⁹⁰

Mengingat tidak tercapainya kesepakatan perundingan tentang apa saja yang seharusnya tercakup dalam TRIMs, untuk menampung keinginan negara-negara, GATT memasukkan lampiran sebagai *Illustrative List*.⁴⁹¹ Lampiran dalam *Illustrative List* pada intinya merupakan pembatasan penetapan keharusan memakai komponen-komponen lokal dalam proses produksi.⁴⁹² 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:

- 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.⁴⁹³

⁴⁸⁸ Ibid, hlm. 137.

⁴⁸⁹ Ibid, hlm. 137

⁴⁹⁰ Ibid, hlm. 137.

⁴⁹¹ Ibid, hlm. 137.

⁴⁹² Ibid, hlm. 137.

⁴⁹³ Mochtar Kusumaatmadja, *Investasi di Indonesia dalam Kaitannya dengan Pelaksanaan Perjanjian Hasil Putaran Uruguay*, Jakarta, Manuscript, 1995, dalam An An Chandrawulan, Ibid, hlm. 145-146.

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 pemilikan saham antara partner asing dan partner lokal (*local equity requirement*); dan
- k) Insentif-insentif (*incentives*).⁴⁹⁴

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 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

⁴⁹⁴ International Trade Centre UNCTAD/WTO, *Business Guide To The Uruguay Round*, Commonwealth Secretariat, Geneva, 1995, dalam An An Chandrawulan, *ibid*, hlm. 146.

Penyelesaian Sengketa (*Dispute Settlement Body/DSB*) WTO, panel menyatakan kedudukan TRIMs, bahwa 'TRIMs Agreement has *'an autonomous legal existence'*'.⁴⁹⁵ 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.

TRIPs telah menjadi rezim hukum yang melahirkan disiplin ilmu hukum baru yang secara khusus berhubungan dengan standar perlindungan hak milik intelektual.⁴⁹⁶ 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

⁴⁹⁵ Michael Trablecock, Op.cit, hlm. 353.

⁴⁹⁶ M. Sornarajah, Op.cit. hlm. 301.

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,⁴⁹⁷ *national treatment*,⁴⁹⁸ *most favoured nation treatment*,⁴⁹⁹ teritorialitas,⁵⁰⁰ alih teknologi,⁵⁰¹ dan kesehatan masyarakat.⁵⁰² Dengan prinsip-prinsip tersebut sebagai pondasi, maka TRIPs akan dapat diimplementasikan di tingkat nasional. TRIPs juga dimasukkan dalam hukum nasional,⁵⁰³ karena hak milik intelektual diciptakan melalui hukum domestik.⁵⁰⁴

3. GATS

General Agreement on Trade in Services atau Perjanjian Umum tentang Perdagangan Jasa merupakan instrumen yang paling signifikan di antara perjanjian WTO⁵⁰⁵, karena berhubungan dengan jasa-jasa yang disediakan oleh perusahaan-perusahaan asing di negara tuan rumah.⁵⁰⁶ 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.⁵⁰⁷ Keberadaan perusahaan komersial dapat dijalankan sebagai perusahaan perseorangan, cabang, atau sebagai

⁴⁹⁷ Achmad Zen Umar Purba, *Perjanjian TRIPs dan Beberapa Isu Strategis*, Badan Penerbit FH-UI dan Penerbit Alumni, Jakarta-Bandung, 2011, hlm. 29.

⁴⁹⁸ Ibid, hlm. 30.

⁴⁹⁹ Ibid, hlm. 31.

⁵⁰⁰ Ibid, hlm. 31.

⁵⁰¹ Ibid, hlm. 33.

⁵⁰² Ibid, hlm. 33.

⁵⁰³ M. Sornarajah, *Op.cit*, hlm. 302.

⁵⁰⁴ Ibid, hlm. 302.

⁵⁰⁵ Ibid, hlm. 299.

⁵⁰⁶ Ibid, hlm. 299.

⁵⁰⁷ Ibid, hlm. 299.

kantor yang menjual jasa di suatu negara. GATS berhubungan dengan penanaman modal asing di sektor jasa.⁵⁰⁸ GATS telah memainkan peran penting dalam membebaskan hambatan masuk (*entry barriers*) bisnis sektor jasa, yang sebelumnya sangat sulit untuk dimasuki.⁵⁰⁹

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.

⁵⁰⁸ Ibid, hlm. 300.

⁵⁰⁹ Ibid, hlm. 300.

BAB V

PRINSIP-PRINSIP HUKUM INTERNASIONAL 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*).⁵¹⁰ Prinsip ini merefleksikan makna fundamental konsep untuk memahami semua kewajiban dalam hukum internasional.⁵¹¹ Dengan prinsip *good faith*, penanam modal akan mendapatkan keuntungan yang adil dari proyek yang ditanamkan dalam

⁵¹⁰ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, Op.cit. hlm. 5.

⁵¹¹ Ibid, hlm. 5.

hubungan yang stabil dalam aturan hukum negara tuan rumah.⁵¹² Risiko keuangan jangka panjang penanam modal akan menemukan akibat hukum yang wajar dengan adanya perlindungan dari prinsip itikad baik.⁵¹³ Tanpa prinsip tersebut arus investasi akan terhambat.⁵¹⁴ 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.⁵¹⁵

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*).⁵¹⁶ Pasal 1.7 Prinsip Unidroit menyatakan :⁵¹⁷

- (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.

⁵¹² Ibid, hlm. 5.

⁵¹³ Ibid, hlm. 5.

⁵¹⁴ Ibid, hlm. 5.

⁵¹⁵ Ibid, hlm. 6.

⁵¹⁶ Huala Adolf, Op.cit, hlm. 26.

⁵¹⁷ Ibid, hlm. 26

Dalam kaitan dengan lama waktu proyek investasi dan banyak masalah hukum dan faktual yang berkaitan dengannya, merupakan hal yang wajar bahwa perjanjian investasi (*investment treaties*) dan kontrak investasi (*investment contracts*) tidak akan mencakup semua modalitas,⁵¹⁸ dan prinsip *good faith* akan diterapkan dalam situasi yang tidak secara spesifik diatur pada tingkat perjanjian dan kontrak.⁵¹⁹

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.⁵²⁰ 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*.⁵²¹

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 :⁵²²

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.

⁵¹⁸ Ibid, hlm. 6.

⁵¹⁹ Ibid, hlm. 6.

⁵²⁰ Ibid, hlm. 6.

⁵²¹ Ibid, hlm. 6.

⁵²² Surya P. Subedi, Op.cit, 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*)⁵²³ 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.⁵²⁴

⁵²³ 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.

⁵²⁴ Ibid, hlm. 1.

Sebagai prinsip fundamental perjanjian, setiap negara dituntut untuk melaksanakan yang perjanjian yang disepakati. Sesuai makna dasar *pacta sunt 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*”.⁵²⁵ *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.⁵²⁶ ILC lebih lanjut menyatakan bahwa “*principle of good faith is a legal principle which forms an integral part of the pacta sunt servanda*”⁵²⁷ (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.⁵²⁸ 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

⁵²⁵ D.J. Harris, Op.cit, hlm. 828.

⁵²⁶ Ibid, hlm. 828.

⁵²⁷ Ibid, hlm. 828.

⁵²⁸ Ibid, hlm. 1

disepakati. Berlingung di balik kekebalan negara (*state impunity*)⁵²⁹ 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*”⁵³⁰ (PSNR)⁵³¹ yang diusulkan negara-negara berkembang, antara lain Uruguay dan Chile⁵³² yang kemudian diterima oleh negara-negara maju.⁵³³ Resolusi tersebut antara lain menyebutkan :⁵³⁴

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.⁵³⁵ Dengan kata lain, perjanjian penanaman modal dan kontrak investasi tetap eksis karena ditopang oleh *pacta sunt*

⁵²⁹ Ibid, hlm. 1.

⁵³⁰ Ibid, hlm. 1.

⁵³¹ Surya P. Subedi, Op.cit. hlm. 21.

⁵³² Ibid, hlm. 22.

⁵³³ Ibid, hlm. 23.

⁵³⁴ Ibid, hlm. 22.

⁵³⁵ Yason Webb Jackie, Op.cit, hlm. 1

servanda sebagai prinsip hukum internasional yang kuat (*robust international legal principle*).⁵³⁶

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

⁵³⁶ Ibid, hlm. 21.

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.⁵³⁷ 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*).⁵³⁸

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.⁵³⁹ Kebijakan diskriminasi memberikan kontribusi penting yang menyebabkan krisis ekonomi dan

⁵³⁷ Muchammad Zaidun, *Penerapan Prinsip-Prinsip Hukum Internasional Penanaman Modal Asing di Indonesia*, Disertasi Program Pascasarjana Universitas Airlangga, Surabaya, 2005, hlm. 221.

⁵³⁸ Peter Van den Bossche, *Op.cit*, hlm. 308.

⁵³⁹ *Ibid*, hlm. 308.

politik pada Perang Dunia Kedua.⁵⁴⁰ 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 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)⁵⁴¹ 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 Cotracting 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

⁵⁴⁰ Ibid, hlm. 308.

⁵⁴¹ PIB antara Indonesia dan Iran ditandatangani tanggal 20 Juni 2005 di Teheran, Iran.

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 :

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.⁵⁴² 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.⁵⁴³

⁵⁴² Article 4 ayat (3) PIB Indonesia dan Inggris.

⁵⁴³ Article 4 ayat (3) PIB Indonesia dan Inggris.

Dalam PIB Model Amerika Serikat 2004 (US Model BIT 2004),⁵⁴⁴ 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 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)⁵⁴⁵ 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

⁵⁴⁴ Rudolf Dolzer and Christoph Schreuer, Op.cit, 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*”.

⁵⁴⁵ Ibid, hlm. 376. Perjanjian penanaman modal model Inggris atau UK Model BIT 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*”.

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*) 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*).⁵⁴⁶ Ini sesuai dengan pandangan teori kedaulatan negara yang dikemukakan oleh Jean Bodin dan George Jellinek. Jean Bodin menyatakan :⁵⁴⁷

“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”.

⁵⁴⁶ An An Chandrawulan, Op.cit, hlm. 70.

⁵⁴⁷ H. Salim HS, *Perkembangan Teori Dalam Ilmu Hukum*, Rajawali Pers, Jakarta, 2010, hlm. 131.

George Jellinek dalam pandangannya tentang teori kedaulatan berpendapat sebagai berikut :⁵⁴⁸

“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 berdirinya suatu perusahaan asing serta seluruh proses dari penanaman modal asing langsung.⁵⁴⁹ 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.⁵⁵⁰ 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 aparaturnya 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.⁵⁵¹ 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

⁵⁴⁸ Ibid, hlm. 131.

⁵⁴⁹ Ibid, hlm. 70.

⁵⁵⁰ Muchammad Zaidun, *Penerapan Prinsip-Prinsip Hukum Internasional Penanaman Modal Asing di Indonesia*, Disertasi Program Pascasarjana Universitas Airlangga, Surabaya, 2005, hlm. 188.

⁵⁵¹ Ibid, hlm. 221.

masuknya modal asing yang produktif.⁵⁵² 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. Prinsip kedua lebih merupakan upaya dan kebijakan negara untuk mengundang,⁵⁵³ menarik minat investor asing dan mempermudah masuknya modal asing dengan memberikan insentif⁵⁵⁴ 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.⁵⁵⁵

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.⁵⁵⁶ Penanam modal asing juga secara sukarela menundukkan dirinya terhadap segala hukum dan peraturan negara penerima modal.⁵⁵⁷ 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 :⁵⁵⁸

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

⁵⁵² Ibid, hlm. 222.

⁵⁵³ Ibid, hlm. 222.

⁵⁵⁴ Ibid, hlm. 222.

⁵⁵⁵ Ibid, hlm. 222.

⁵⁵⁶ An An Chandrawulan, Op.cit, hlm. 70.

⁵⁵⁷ Ibid, hlm. 70.

⁵⁵⁸ Ibid, hlm. 70.

development and prohibiting or limiting the extent of their presence in specific sector.⁵⁵⁹ (cetak miring dari penulis).

Dalam PIB antara Indonesia dan Iran (2005)⁵⁶⁰ 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 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-undangnya’ menciptakan kondisi yang menguntungkan untuk menarik penanaman modal pihak lain ‘di wilayahnya’”. Frase “dalam kerangka peraturan dan perundang-undangnya” memberikan makna eksistensi kedaulatan hukum setiap negara untuk memberlakukan regulasi yang diperlukan di wilayah yurisdiksi negaranya.

Dalam PIB antara Indonesia dan Inggris (1976)⁵⁶¹ 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

⁵⁵⁹ Ibid, hlm. 70

⁵⁶⁰ PIB antara Indonesia dan Iran.

⁵⁶¹ PIB antara Indonesia dan Inggris ditandatangani tanggal 27 April 1976 di London, Inggris.

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 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 :⁵⁶²

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 :⁵⁶³

1. Ketidakseimbangan tabungan secara global, yang akan menentukan besarnya modal yang boleh masuk melalui penanaman modal asing baik yang resmi melalui pemerintah maupun

⁵⁶² Ibid, hlm. 71.

⁵⁶³ Ibid, hlm. 71-72.

- 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.

6. 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.⁵⁶⁴ Hak ini sangat fundamental bagi semua prospektif dan penanam modal asing yang sesungguhnya di luar negeri (*actual investor abroad*).⁵⁶⁵ Hak transfer atau transfer moneter (*monetary transfer*) adalah kebutuhan yang esensial dari penanam modal, karena berkaitan dengan perputaran keuangan dan lalu lintas pembayaran perusahaan.⁵⁶⁶

Regulasi transfer mata uang (*currency transfer*) sangat berkaitan dengan kedaulatan moneter (*monetary sovereignty*) suatu negara.⁵⁶⁷ Akan tetapi, meskipun kebebasan itu diatur oleh hukum, khususnya dalam kerangka regulasi liberal bidang

⁵⁶⁴ Giorgio Sacerdoti, *The Admission and Treatment of Foreign Investment Under Recent Bilateral and Regional Treaties*, *The Journal of World Investment*, Vol. 1, No. 1, July 2000, Geneva, hlm, 117.

⁵⁶⁵ *Ibid*, hlm. 117.

⁵⁶⁶ *Ibid*, hlm. 117.

⁵⁶⁷ *Ibid*, hlm. 117.

keuangan, pengaturannya mengalami modifikasi sesuai dengan kondisi negara.⁵⁶⁸ Pasal 6 ayat (1) Perjanjian Kerjasama Ekonomi Indonesia dan Belanda tahun 1968 juga mengakui prinsip kebebasan transfer (*principle of the freedom of transfer*).⁵⁶⁹

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 pelaporan.⁵⁷⁰ Inggris memberikan pembatasan adanya *right of free transfer*, dengan memperhatikan situasi ekonomi dan keuangan.⁵⁷¹ 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.⁵⁷² Pembayaran atas kompensasi untuk ekspropriasi atau kerugian diatur adalah tunduk pada rejim hak transfer.⁵⁷³ Namun, hak transfer atau repatriasi tidak sepenuhnya bersifat mutlak.⁵⁷⁴ 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.⁵⁷⁵ Kewajiban yang timbul dari perjanjian yang mengizinkan repatriasi dapat ditunda sampai situasi kembali normal seperti semula.⁵⁷⁶

⁵⁶⁸ Ibid, hlm. 117.

⁵⁶⁹ 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.

⁵⁷⁰ Ibid, hlm. 118.

⁵⁷¹ M. Sornarajah, Op.cit, hlm. 238.

⁵⁷² Ibid, hlm. 117.

⁵⁷³ Ibid, hlm. 118.

⁵⁷⁴ M. Sornarajah, Op.cit, hlm. 239.

⁵⁷⁵ Ibid, hlm. 239.

⁵⁷⁶ Ibid, hlm. 239.

7. 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),⁵⁷⁷ yaitu ekspropriasi, nasionalisasi, *regulatory taking* atau *regulatory expropriation*⁵⁷⁸, “*take any measures depriving*”, dan “*subjected to measures having effect equivalent to nationalization or expropriation*”. Dalam pengertian umum, istilah nasionalisasi sering disamaartikan⁵⁷⁹ dengan istilah-istilah tersebut. 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*).⁵⁸⁰ Ekspropriasi telah menjadi isu hukum internasional publik sepanjang abad 20.⁵⁸¹ 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,⁵⁸² 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.⁵⁸³

⁵⁷⁷ Rustanto, *Hukum Nasionalisasi Modal Asing*, Kuwais, Jakarta, 2012, hlm. 5

⁵⁷⁸ Ibid, hlm. 184.

⁵⁷⁹ Ibid, hlm. 5.

⁵⁸⁰ August Reinisch, *Expropriation*, dalam Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreur, *International Investment Law*, Oxford University Press, United Kingdom, 2008, hlm. 408.

⁵⁸¹ Ibid, hlm. 408.

⁵⁸² Ibid, hlm. 408.

⁵⁸³ Ibid, hlm. 408.

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.⁵⁸⁴ Pada masa sekarang ekspropriasi yang umum terjadi adalah ekspropriasi tak langsung,⁵⁸⁵ sehingga dikatakan, bahwa suatu perkembangan yang paling penting dalam praktik negara adalah isu *indirect expropriation*.⁵⁸⁶ Preseden awal contoh *indirect expropriation* adalah kasus *Norwegian Shipowners' Claims case*.⁵⁸⁷ Kasus ini adalah sengketa antara Norwegia dan Amerika Serikat yang diputuskan oleh *Permanent Court of Arbitration* (PCA) di Belanda tahun 1922.⁵⁸⁸

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.⁵⁸⁹ Melalui legislasi, AS melakukan penundaan (*cancellation*) kontrak pesanan (*order*) pembuatan kapal yang diambilalih oleh perusahaan yang didirikan oleh pemerintah AS "*Fleet Corporation*".⁵⁹⁰ Akibat langkah legislasi, kapal yang dipesan oleh Norwegia juga mengalami dampak dari tindakan tersebut.⁵⁹¹ Pemerintah Norwegia menuntut klaim kompensasi, akan tetapi gagal, sehingga diajukan ke badan arbitrase untuk mendapatkan keputusan.⁵⁹² Pengadilan arbitrase menemukan bahwa, "... *Fleet Corporation* mengambilalih (*took over*) hak-hak hukum (*legal rights*) dan kewajiban pemilik kapal terhadap perusahaan pembuat kapal (*shipbuilders*)".⁵⁹³ Dengan penundaan kontrak untuk pembangunan

⁵⁸⁴ Pemerintah Bolivia melakukan ekspropriasi langsung dengan mengeluarkan Supreme Decree No. 28701, Nationalization of Hydrocarbons Sector, 1 Mei 2006., dalam August Reinisch, *ibid*, hlm. 409.

⁵⁸⁵ *Ibid*, hlm. 409.

⁵⁸⁶ *Ibid*, hlm. 409.

⁵⁸⁷ *Ibid*, hlm. 411.

⁵⁸⁸ *Ibid*, hlm. 411.

⁵⁸⁹ *Ibid*, hlm. 410-411.

⁵⁹⁰ *Ibid*, hlm. 411.

⁵⁹¹ *Ibid*, hlm. 411.

⁵⁹² *Ibid*, hlm. 411.

⁵⁹³ *Ibid*, hlm. 411.

kapal oleh kontraktor Norwegia itu, langkah tersebut dipandang sebagai *de facto expropriation*.⁵⁹⁴

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.⁵⁹⁵ 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 *de facto, disguised, constructive, regulatory, consequential*, atau *creeping expropriation*.⁵⁹⁶ Hampir semua perjanjian penanaman modal tidak secara jelas mengangkat isu *indirect expropriation*.⁵⁹⁷ Biasanya hanya berisi klausula umum yang meletakkan syarat-syarat dimana ekspropriasi dipandang sebagai langkah yang sesuai dengan ketentuan hukum.⁵⁹⁸ 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.⁵⁹⁹ *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.⁶⁰⁰ Pada dasarnya *regulatory taking* merupakan

⁵⁹⁴ Ibid, hlm. 411.

⁵⁹⁵ Ibid, hlm. 421-422.

⁵⁹⁶ Ibid, hlm. 422.

⁵⁹⁷ Ibid, hlm. 422.

⁵⁹⁸ Ibid, hlm. 422.

⁵⁹⁹ Ibid, hlm. 184.

⁶⁰⁰ Ibid, hlm. 184.

pengambilalihan yang dilakukan berdasarkan *police powers* suatu negara, atau berdasarkan keperluan untuk mengatur lingkungan hidup, kesehatan, moral, budaya, atau ekonomi negara penerima investasi.⁶⁰¹ 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*.⁶⁰²

Istilah “*take any measures depriving*” adalah mengambil segala tindakan pencabutan secara langsung atau tidak langsung milik warga negara dari Negara 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 :⁶⁰³

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

⁶⁰¹ Rustanto, Op.cit, hlm. 184.

⁶⁰² Ibid, hlm. 184.

⁶⁰³ PIB Indonesia-Iran.

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.

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.⁶⁰⁴ 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

⁶⁰⁴ Penjelasan Pasal 7 ayat (2).

dengan istilah “*take over*”,⁶⁰⁵ 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 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.⁶⁰⁶ Pandangan pertama lazim dikenal sebagai Doktrin Calvo, yang menghendaki pemberian kompensasi sesuai dengan prinsip “*national treatment*”.⁶⁰⁷ Pandangan ini pada awalnya lebih mencerminkan dan dianggap merepresentasikan pandangan negara-negara berkembang (*developing countries*) sebagai penerima modal asing.⁶⁰⁸ Doktrin Calvo berasal dari nama Carlos Calvo, ahli hukum terkemuka dan Menteri Luar Negeri Argentina pada tahun 1896 yang menyatakan :⁶⁰⁹

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.

⁶⁰⁵ 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.

⁶⁰⁶ Rustanto, Op.cit, hlm. 7.

⁶⁰⁷ Ibid, hlm. 7.

⁶⁰⁸ Ibid, hlm. 7.

⁶⁰⁹ Ibid, hlm. 168-169.

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,⁶¹⁰ sehingga dapat menimbulkan multitafsir dan kekaburan. Para ahli hukum cenderung menafsirkan *adequate* dengan arti “*full*” (penuh) atau “*just*” (adil).⁶¹¹ Ada pula yang mendefinisikan ganti rugi yang “sesuai” sebagai pembayaran penuh nilai harta yang ditetapkan sesuai dengan harga pasar.⁶¹²

Menurut Doktrin Hull, “*prompt, adequate and effective*” memiliki pengertian, yaitu :⁶¹³

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*⁶¹⁴ 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*)⁶¹⁵ dipandang sebagai sikap yang mewakili kepentingan negara maju (*developed countries*).

⁶¹⁰ 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, Op.cit, hlm. 4.

⁶¹¹ Ibid, hlm. 4.

⁶¹² Achad Fauzan, *Hukum Internasional Kini dan Esok*, Penerbit Kasendra Suminar, Surabaya, 1985, hlm. 84. saduran dari Oliver J. Littigen, *International Law: Today and Tomorrow*.

⁶¹³ Rustanto, Op.cit. hlm. 171.

⁶¹⁴ Ibid, hlm. 170.; D.J. Harris, *International Law : Cases and Materials*, Sweet & Maxwell, London, 2004, hlm. 596.

⁶¹⁵ Jason Webb Jackie, Op.cit hlm. 4.

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 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 1962.⁶¹⁶ 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),⁶¹⁷ Indonesia menasionalisasi perusahaan-perusahaan milik Belanda. Berdasarkan penjelasan undang-undang tersebut, tujuan dari nasionalisasi adalah untuk lebih memperkuat potensi nasional dan melikuidasi kekuasaan

⁶¹⁶ Suparji, *Penanaman Modal Asing Di Indonesia: Insentif v Pembatasan*, Fakultas Hukum Universitas Al-Azhar Indonesia, Jakarta, 2008, hlm 226.

⁶¹⁷ Rustanto, *Op.cit.* hlm. 6.

ekonomi kolonial Belanda.⁶¹⁸ Perusahaan yang dinasionalisasi antara lain adalah NV. Verenigde Deli Maatschappijen dan NV. Senembah Maatschappij.⁶¹⁹

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 adalah milik mereka,⁶²⁰ 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.⁶²¹ Indonesia mendasarkan argument bahwa nasionalisasi merupakan tindakan sah negara yang berdaulat (*sovereign state*) dalam rangka perubahan struktur ekonomi, dari ekonomi kolonial ke ekonomi nasional.⁶²² Berkaitan dengan kompensasi, Indonesia berpendirian bahwa pemberian kompensasi harus memperhatikan kemampuan ekonomi nasional Indonesia sebagai negara yang baru merdeka.⁶²³ 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 1959.⁶²⁴

Nasionalisasi tahun 1962 dilakukan terhadap perusahaan-perusahaan Inggris dan Amerika Serikat, pada waktu Indonesia menghadapi konfrontasi dengan Malaysia. karena merupakan pendukung utama pembentukan Malaysia.⁶²⁵

⁶¹⁸ Ibid, hlm. 6.

⁶¹⁹ Ibid, hlm. 7.

⁶²⁰ Ibid, hlm. 7.

⁶²¹ Ibid, hlm. 7.

⁶²² Ibid, hlm. 7.

⁶²³ Ibid, hlm. 7.

⁶²⁴ Ibid, hlm. 7.

⁶²⁵ Suparji, Op.cit. hlm. 226.

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.*
Dalam hal ini negara penerima modal asing berniat untuk mengatur kembali suatu industry 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.⁶²⁶

7. Prinsip Penyelesaian Sengketa

Prinsip penyelesaian sengketa (*dispute settlement*) merupakan pilar dan kerangka utama yang tidak dapat dipisahkan dalam perjanjian penanaman modal.

⁶²⁶ Ibid, hlm. 184-185.

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:⁶²⁷

“... 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.⁶²⁸ 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

⁶²⁷ Huala Adolf, *Hukum Penyelesaian Sengketa Penanaman Modal*, Keni Media, Bandung, 2011, hlm. 3-4.

⁶²⁸ Ibid, hlm. 4.

(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 :

- (i) Dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara Pemerintah dan penanam modal, para pihak terlebih dahulu menyelesaikan sengketa tersebut melalui *musyawah 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)⁶²⁹ 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 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*”.⁶³⁰ 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.⁶³¹

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

⁶²⁹ 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.

⁶³⁰ 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.

⁶³¹ *Ibid*, hlm. 124.

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*.⁶³²

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 States*)⁶³³ 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.⁶³⁴ Sesuai ketentuan ICSID, Indonesia dapat menjadi pihak dalam sengketa penyelesaian investasi melalui arbitrase ICSID apabila menyatakan persetujuannya secara tertulis.⁶³⁵

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 (*settlemet of dispues between the*

⁶³² Kasus ini dibahas secara lengkap dalam buku Sudargo Gautama, *Indonesia dan Arbitrase Internasional*, Alumni, Bandung, 1992.

⁶³³ Konvensi ICSID mulai berlaku efektif 14 Oktober 1966.

⁶³⁴ Erman Rajagukguk, *Butir-Butir Hukum Ekonomi*, Lembaga Studi Hukum dan Ekonomi, FHUI, Jakarta, 2011, hlm. 3.

⁶³⁵ *Ibid*, hlm. 3.

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.

BAB VI

PERLINDUNGAN INVESTASI ASING

DALAM PERSPEKTIF HUKUM NASIONAL

1. 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.

2. 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.⁶³⁶ Ranking ini lebih rendah dari tahun 2011 yang berada di urutan ke-44. Negara lain seperti Malaysia menempati urutan ke-4,⁶³⁷ dan Singapore di urutan ke-2.⁶³⁸

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 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*

⁶³⁶ World Bank Group, *Ease of Doing Business 2012 in Indonesia*, hlm. 1.

⁶³⁷ World Bank Group, *Ease of Doing Business 2012 in Malaysia*, hlm. 1.

⁶³⁸ World Bank Group, *Ease of Doing Business 2012 in Singapore*, hlm. 1.

shareholder suits) dan kekuatan perlindungan terhadap penanam modal (*strength of investor protection*).⁶³⁹

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.⁶⁴⁰ Selain itu juga dimuat laporan kegiatan perusahaan, laporan tanggung jawab sosial perusahaan dan lingkungan, laporan tentang pengawasan yang dilakukan oleh Dewan Komisaris.⁶⁴¹

Untuk mendukung prinsip keterbukaan, UUPT dengan tegas mengatur adanya transparansi dalam pendirian perusahaan. Akta pendirian perusahaan harus

⁶³⁹ World Bank Group, *Ease of Doing Business 2012 in Indonesia*, hlm. 1

⁶⁴⁰ Pasal 66 ayat (2) a Undang-Undang Perseroan Terbatas.

⁶⁴¹ Pasal 66 ayat (2) b-e Undang-Undang Perseroan Terbatas.

mendapatkan persetujuan dari Menteri Hukum dan HAM dan diumumkan dalam Tambahan Berita Negara Republik Indonesia.⁶⁴²

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.⁶⁴³

Berkaitan dengan kemudahan mengajukan tuntutan hukum ke pengadilan oleh pemegang saham minoritas, Indonesia menempati urutan ke-66 dunia.⁶⁴⁴ Posisi jauh di bawah Malaysia yang berada di peringkat ke-14⁶⁴⁵ dan Singapura di peringkat ke-6.⁶⁴⁶ 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.⁶⁴⁷ Posisi Indonesia jauh lebih rendah dari Malaysia yang berada di urutan ke-4⁶⁴⁸ dan Singapura di urutan ke-2.⁶⁴⁹ Indonesia tidak memiliki kekuatan yang cukup dalam melindungi investor.

⁶⁴² Pasal 30 ayat (1) Undang-Undang Perseroan Terbatas.

⁶⁴³ Pasal 92 ayat (1) Undang-Undang Perseroan Terbatas.

⁶⁴⁴ World Economic Forum, Op.cit, hlm. 207.

⁶⁴⁵ World Economic Forum, Op.cit, hlm. 249.

⁶⁴⁶ World Economic Forum, Op.cit, hlm. 317.

⁶⁴⁷ World Economic Forum, Op.cit, hlm. 207.

⁶⁴⁸ World Economic Forum, Op.cit, hlm. 249.

⁶⁴⁹ World Economic Forum, Op.cit, hlm. 317.

3. 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 :⁶⁵⁰

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 :⁶⁵¹

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 :⁶⁵²

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)

⁶⁵⁰ 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.

⁶⁵¹ P.S. Atijah, *Promises, Moral and Law*, Clarendon Press, Oxford, 1981, dalam Agus Yudha Hernoko, *Ibid*, hlm. 98.

⁶⁵² Agus Yudha Hernoko, *Op.cit*, hlm. 100.

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 :⁶⁵³

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”.⁶⁵⁴ 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 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

⁶⁵³ Ibid, hlm. 157.

⁶⁵⁴ Ibid, hlm. 134.

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.⁶⁵⁵

Prosedur menyangkut tahap untuk memasukkan file dan mengajukan kasus, tahap persidangan dan putusan, serta tahap yang seharusnya dilakukan untuk melaksanakan putusan.⁶⁵⁶ Waktu dihitung dari saat penggugat memasukkan perkara di pengadilan hingga pembayaran, termasuk jumlah hari ketika tindakan dilakukan dan waktu tunggu di antara keduanya.⁶⁵⁷ Biaya yang dikeluarkan meliputi biaya pengadilan (*court cost*), biaya pelaksanaan putusan (*enforcement cost*), dan biaya pengacara (*attorney cost*).⁶⁵⁸

Efektivitas penyelesaian sengketa akan memberikan banyak keuntungan.⁶⁵⁹ Pengadilan adalah sarana esensial bagi pengusaha, karena mereka akan menafsirkan aturan yang berlaku di pasar dan melindungi hak-hak ekonomi.⁶⁶⁰ 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.⁶⁶¹ Penanaman modal asing cenderung meningkat dimana biaya penyelesaian sengketa dalam penarikan utang lebih murah, terlebih pada negara tuan rumah yang memiliki banyak utang.⁶⁶²

Penyelesaian sengketa komersial merupakan elemen penting dari perlindungan investasi, sehingga Bank Dunia memasukkan elemen tersebut sebagai

⁶⁵⁵ World Bank Group, *Enforcing Contract*, hlm. 1.

⁶⁵⁶ Ibid, hlm. 8.

⁶⁵⁷ Ibid, hlm. 8.

⁶⁵⁸ Ibid, hlm. 9.

⁶⁵⁹ Ibid, hlm. 1.

⁶⁶⁰ Ibid, hlm. 1.

⁶⁶¹ Ibid, hlm. 1.

⁶⁶² Ibid, hlm. 1.

indikator daya saing global ekonomi negara. Bank Dunia menempatkan Indonesia di urutan ke-156 dari 183 negara.⁶⁶³ Posisi Indonesia berada jauh di bawah Malaysia di urutan ke-31⁶⁶⁴ dan Singapura di urutan ke-12.⁶⁶⁵ 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.

4. 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.⁶⁶⁶ 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 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

⁶⁶³ World Bank Group, *Ease of Doing Business 2012 in Indonesia*, hlm. 1.

⁶⁶⁴ World Bank Group, *Ease of Doing Business in Malaysia*, hlm. 1.

⁶⁶⁵ World Bank Group, *Ease of Doing Business in Singapore*, hlm. 1.

⁶⁶⁶ 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.

- (iii) mengatur dan membatasi kekuasaan negara dalam menjalankan fungsi mempertahankan kepentingan hukum yang dilindungi.⁶⁶⁷

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*).⁶⁶⁸

Sedangkan objek atau kepentingan hukum yang dilindungi (*protected legal interest*) mencakup tiga hal yaitu :⁶⁶⁹

- (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 harus mendapatkan perlindungan dan terhindar dari tindakan negara yang tidak menyenangkan.⁶⁷⁰

Perlindungan terhadap suasana dan lingkungan aman yang diberikan oleh negara tuan rumah mencakup dimensi yang luas, tidak saja terbatas di tempat kerja

⁶⁶⁷ Erdianto Effendi, *ibid*, hlm. 39-40.

⁶⁶⁸ *Ibid*, hlm. 39.

⁶⁶⁹ *Ibid*, hlm. 39.

⁶⁷⁰ *Ibid*, hlm. 39.

(*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 tergecet akibat berdesak-desakan⁶⁷¹, otoritas keamanan mengajukan permohonan “Cekal” kepada pihak imigrasi agar pimpinan perusahaan *Research In Motion* (RIM) Indonesia masuk dalam daftar Cekal (cegah dan tangkal).⁶⁷² 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 yang benar-benar bersalah yang dihukum atau dipidana.⁶⁷³ 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

⁶⁷¹ Harian Seputar Indonesia, *Ricuh Penjualan BlackBerry, Presdir dan Konsultan RIM Indonesia Dicekal*, 6 Desember 2011.

⁶⁷² Ibid.

⁶⁷³ Erdianto Effendi, Op.Cit, hlm. 40.

persiapan pelaksanaan acara promosi tersebut.⁶⁷⁴ Tidak cukup bukti untuk dikatakan kalau kejadian itu disebabkan oleh perwakilan RIM di Indonesia.⁶⁷⁵ Pihak penyelenggara juga telah memberikan pelayanan kesehatan dengan menanggung seluruh biaya pengobatan bagi para pengunjung yang mengalami cedera dan korban dari acara tersebut.⁶⁷⁶ Aparat keamanan kemudian juga mencabut cekal kepada pimpinan RIM Indonesia dan konsultan keamanan.⁶⁷⁷ 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

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,

⁶⁷⁴ Keterangan dari Reserse Kriminal Polres Jakarta Selatan, 22 Juni 2012.

⁶⁷⁵ Ibid.

⁶⁷⁶ Ibid.

⁶⁷⁷ Ibid.

masih sangat rendah peringkat 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”.⁶⁷⁸ Kebijakan penal memiliki kelemahan/keterbatasan, karena cenderung bersifat fragmentaris/simplistik, lebih bersifat represif dan tidak preventif.⁶⁷⁹ Jika tindakan penanggulangan kejahatan cenderung menggunakan pendekatan penal, maka langkah itu tidak mendukung tercapainya kesejahteraan sosial (*social welfare*) dan perlindungan masyarakat (*social defence*).⁶⁸⁰

5. 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 keimigrasian akan sangat berpengaruh pada iklim investasi, kemauan orang asing atau calon investor asing untuk datang dan menanamkan modal di Indonesia.⁶⁸¹

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

⁶⁷⁸ Barda Nawawi Arief, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Kejahatan*, Prenada Media Group, Jakarta, Cetakan ke-3, 2010, hlm. 78.

⁶⁷⁹ Ibid, hlm. 78.

⁶⁸⁰ Ibid, hlm. 78.

⁶⁸¹ Sihar Sihombing, *Hukum Imigrasi*, Nuansa Aulia, Bandung, 2009, hlm. 94.

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.⁶⁸²

Fasilitas keimigrasian yang diberikan meliputi dua kategori izin tinggal, yaitu izin tinggal terbatas (*temporary residence permit*) dan izin tinggal tetap (*permanent residence permit*).⁶⁸³ Izin tinggal terbatas diberikan untuk jangka waktu 2 (dua) tahun yang dapat diperpanjang setiap satu atau dua tahun.⁶⁸⁴ Sedangkan izin tinggal tetap diberikan secara langsung untuk selama 2 (dua) tahun dan dapat diperpanjang untuk dua tahun berikutnya.⁶⁸⁵ 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 asing pemegang izin tinggal terbatas sebagai investor.⁶⁸⁶ 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

⁶⁸² Pasal 21 butir b Undang-Undang No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (UUPM).

⁶⁸³ Pasal 23 ayat (3) UUPM.

⁶⁸⁴ Pasal 23 ayat (3) UUPM.

⁶⁸⁵ Pasal 23 ayat (3) UUPM.

⁶⁸⁶ Pasal 54 ayat (1) butir a Undang-Undang No. 6 Tahun 2011 tentang Keimigrasian.

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.⁶⁸⁷ 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.⁶⁸⁸ 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.

6. 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 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.

⁶⁸⁷ Pasal 14 ayat (1) butir i Undang-Undang No. 2 Tahun 2002 tentang Kepolisian Negara Republik Indonesia (UU Kepolisian).

⁶⁸⁸ Pasal 15 ayat (2) butir i UU Kepolisian.

Pasal 14 butir (a) dengan demikian menjadi ‘pasal pelindung’ (*protector article*) 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).⁶⁸⁹ 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.⁶⁹⁰ 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.

⁶⁸⁹ Syahmardan, *Perlindungan dan Alih Pengetahuan Tenaga Kerja Asing Di Indonesia*, <http://www.djpp.depkumham.go.id/hukum-internasional>, 28 Agustus 2012.

⁶⁹⁰ Ibid, hlm. 1.

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.
- Achmad Zen Umar Purba, *Perjanjian TRIPs dan Beberapa Isu Strategis*, Badan Penerbit FH-UI dan Penerbit Alumni, Jakarta-Bandung, 2011.
- 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.
- _____, *Pacta Sunt Servanda: The Principle and Its Application in Petroleum Production Sharing Agreement*, Fikahati Aneska, Jakarta, 2005.
- 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.

- Atijah, P.S., *Promises, Moral and Law*, Clarendon Press, Oxford, 1981, dalam Agus Yudha Hernoko, *Hukum Perjanjian Asas Proporsionalitas Dalam Kontrak Komersial*, Kencana, Jakarta, 2010.
- Badan Koordinasi Penanaman Modal, *Daftar Perjanjian Peningkatan Perlindungan Penanaman Modal Indonesia dan Negara Lain as of 2012*, Jakarta.
- Badan Penelitian dan Pengembangan Masalah Luar Negeri, *Himpunan Perjanjian Bilateral Antara Republik Indonesia Dengan Inggris, Jilid V*, Departemen Luar Negeri RI, Jakarta, 2000.
- Barda Nawawi Arief, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Hukum Pidana dalam Penanggulangan Kejahatan*, Kencana, Jakarta, 2010.
- Bernardini, P, *The Renegotiation of Investment Contract*, ICSID Review Foreign Investment Law Journal, 1998, hlm. 415-418, dalam A. Madjedi Hasan, *Kontrak Minyak Dan Gas Bumi Berazas Keadilan Dan Kepastian Hukum*, Fikahati Aneska, Jakarta, 2009.
- Brownlie, Ian, *Principles of Public International Law*, Sixth Edition, Oxford University Press, United Kingdom, 2003.
- Damos Dumoli Agusman, *Hukum Perjanjian Internasional Kajian Teori dan Praktik Indonesia*, Refika Aditama, Bandung, 2010.
- Dent, Christopher M, *The Foreign Economic Policies of Singapore, South Korea and Taiwan*, Edward Elgar, United Kingdom, 2002.
- Direktorat Perdagangan, Perindustrian, Investasi dan Hak Kekayaan Intelektual (PPIH), Ditjen Multilateral Kemlu, *Sekilas WTO*, Edisi Keenam, Jakarta, 2010.
- Dolzer, Rudolf, and Schreuer, Christoph, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, New York, 2008.
- Doonan, Elmer and Foster, Charles, *Drafting*, Cavendish Publishing Limited, London, 2001.
- Economic Development Board, *Facts & Figures*, <http://www.edb.gov.sg/>
- Erdianto Effendi, *Hukum Pidana Indonesia Suatu Pengantar*, Refika Aditama, Bandung, 2011.
- Erman Radjagukguk, *Hukum Investasi Langsung Dan Pasar Modal*, Fakultas Hukum Pascasarjana Universitas Indonesia, 2011.
- _____, *Hukum Investasi dan Pembangunan*, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2011.
- Frans Hendra Winata, *Hukum Penyelesaian Sengketa Arbitrase Nasional Indonesia dan Internasional*, Sinar Grafika, 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).
- Harris, D.J., *Cases and Materials on International Law*, London Sweet & Maxwell, London, 2004.
- Huala Adolf, *Dasar-Dasar Hukum Kontrak Internasional*, Refika Aditama, Bandung, 2008.
- _____, *Hukum Penyelesaian Sengketa Penanaman Modal*, Keni Media, Bandung, 2011.
- H. Priyatna Abdurrasyid, *Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa*, Fikahati Aneska dan BANI, 2002.
- 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.
- International Trade Centre UNCTAD/WTO, *Business Guide To the Uruguay Round*, Commonwealth Secretariat, Geneva, 1995, dalam *Hukum Perusahaan Multinasional, Liberalisasi Hukum Perdagangan Internasional dan Hukum Penanaman Modal*, Alumni, Bandung, 2011.
- Jackson, John H, *The World Trading System*, MIT Press, United States of America, 1997.
- 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.
- Kusumaningtuti SS, *Peranan Hukum Dalam Penyelesaian Krisis Perbankan di Indonesia*, Rajawali Pers, Jakarta, 2009.
- Mochtar Kusumaatmadja, *Konsep-Konsep Hukum dalam Pembangunan*, Alumni, Bandung, 2006.

- _____, *Investasi di Indonesia dalam Kaitannya dengan Pelaksanaan Perjanjian Hasil Putaran Uruguay*, Jakarta, Manuscript, 1995, dalam An An Chandrawulan, *Hukum Perusahaan Multinasional, Liberalisasi Hukum Perdagangan Internasional dan Hukum Penanaman Modal*, Alumni, Bandung, 2011.
- 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, tidak diterbitkan, Surabaya, 2005.
- Muchlinski, Peter T, *Multinational Enterprises and the Law*, Blackwell Publishers, United Kingdom, 1999.
- Muladi, *Kapita Selekt Sistem Peradilan Pidana*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 1995.
- Neufeld, Rodney, *Trade and Investment*, dalam Daniel Bethlehem (et.al), *International Trade Law*, Oxford University Press, New York, USA, 2009.
- 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.
- _____, *Investment Policy Reviews Indonesia (2010)*, Paris.
- Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, 2010.
- 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.
- 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.
- Reinisch, August, *Expropriation*, dalam Peter Muchlinski, Federico Ortino, and Christoph Schreuer, *International Investment Law*, Oxford University Press, United Kingdom, 2008.
- Rustanto, *Hukum Nasionalisasi Penanaman Modal Asing*, Kuwais, Jakarta, 2012.
- Sacerdoti, Giorgio, *The Admission and Treatment of Foreign Investment Under Recent Bilateral and Regional Treaties*, *The Journal of World Investment*, Vol. 1, No. 1, July 2000, Geneva.
- 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.

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

Sudargo Gautama, *Indonesia dan Arbitrase Internasional*, Alumni, Bandung, 1992.

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.

_____, *Bilateral Investment Treaties 1995-2006: Trends in Investment Rulemaking*, New York and Geneva, 2007.

_____, *International Investment Arrangements: Trends and Emerging Issues*, Geneva, 2006

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

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

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

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 Perundang-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

Undang-Undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas

Undang-Undang No. 6 Tahun 2011 tentang Keimigrasian

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.

Press Release

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.

Surat Kabar/Harian

Marwan Batubara, *Mengharap Kedaulatan Migas*, Koran Seputar Indonesia, 16 Mei 2012.
Harian Seputar Indonesia, *Ricuh Penjualan BlackBerry, Presdir dan Konsultan RIM Indonesia Dicekal*, 6 Desember 2011.

Internet

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

Lampiran-lampiran

**PERJANJIAN MENGENAI PROMOSI
DAN PERLINDUNGAN TIMBAL BALIK
PENANAMAN MODAL ANTARA PEMERINTAH
REPUBLIK INDONESIA DAN PEMERINTAH
REPUBLIK ISLAM IRAN**

Pemerintah Republik Indonesia dan Pemerintah Republik Islam Iran dalam hal ini selanjutnya disebut sebagai "Para Pihak";

BERKEINGINAN untuk meningkatkan kerjasama ekonomi guna memperoleh manfaat bagi kedua negara;

BERMAKSUD untuk menciptakan dan memelihara kondisi yang menguntungkan bagi penanaman modal oleh warga negara para Pihak ke wilayah satu sama lain, dan;

MENYADARI pentingnya untuk meningkatkan dan melindungi penanaman modal oleh warga negara dari para Pihak ke wilayah satu sama lain;

TELAH MENYETUJUI SEBAGAI BERIKUT:

Pasal 1 **Definisi**

Untuk tujuan Perjanjian ini :

1. Istilah "penanaman modal" mencakup segala bentuk properti atau aset, termasuk berikut, yang ditanamkan oleh penanam modal dari satu Pihak di wilayah Pihak lainnya, sesuai dengan hukum dan perundang-undangan dari Pihak lain (dalam hal ini selanjutnya disebut sebagai "Pihak Penerima Penanaman Modal) :
 - a) benda bergerak dan tidak bergerak dan hak kepemilikan lainnya yang terkait;
 - b) saham atau segala bentuk penyertaan di dalam perusahaan;
 - c) tagihan atas uang atau suatu prestasi yang memiliki nilai keuangan;
 - d) hak atas kekayaan intelektual dan industri seperti patent, rancang bangun industri atau modal, merek dan nama dagang, pengetahuan dan niat baik;
 - e) hak usaha yang ditetapkan oleh Undang-Undang atau melalui kontrak yang berkaitan dengan penanaman modal, termasuk hak untuk mendapatkan, mengolah atau mengeksploitasikan sumber-sumber daya alam;
2. Istilah "penanaman modal" menunjuk pada orang yang melakukan penanaman modal di wilayah Pihak lain dalam kerangka Perjanjian ini:
 - a) perorangan, yang menurut peraturan perundang-undangan dari salah satu Pihak, memiliki kewarganegaraan dari pada Pihak;
 - b) Badan Usaha salah satu Pihak yang dibentuk berdasarkan peraturan perundang-undangan Para Pihak dan Kantor Pusat atau kegiatan nyata usahanya berada di wilayah Para Pihak.
3. Istilah "pendapatan" menunjuk pada nilai yang dihasilkan secara hukum oleh penanaman modal termasuk keuntungan yang diterima dari penanaman modal, dividen, royalty and pembayaran.
4. Istilah "wilayah" :
 - a) Dalam hubungan dengan Republik Indonesia berarti wilayah yang merupakan kedaulatan Republik Indonesia sesuai dengan hukum internasional.
 - b) Dalam hubungan dengan Republik Islam Iran berarti wilayah yang merupakan kedaulatan atau yurisdiksi Republik Islam Iran dan termasuk wilayah maritime;

Pasal 2 **Peningkatan Penanaman Modal**

1. Setiap Pihak harus mendorong warga negaranya untuk melakukan penanaman modal di wilayah Pihak lain.
2. Setiap Pihak harus, dalam kerangka peraturan dan perundang-undangannya, menciptakan kondisi yang menguntungkan untuk menarik penanaman modal Pihak lain di wilayahnya.

Pasal 3 **Persetujuan Penanaman Modal**

1. Salah satu Pihak harus memperbolehkan penanaman modal perorangan dan badan usaha Pihak lain di wilayahnya sesuai dengan peraturan dan perundang-undangan. Surat persetujuan penanaman modal dapat berisi ketentuan-ketentuan yang didasarkan pada persyaratan-persyaratan pada saat persetujuan diberikan.
2. Apabila penanaman modal disetujui, salah satu Pihak harus, sesuai dengan peraturan perundang-undangannya, memberikan semua perizinan yang diperlukan untuk melaksanakan penanaman modal termaksud.

Pasal 4

Ketentuan Perlakuan Yang Menguntungkan

1. Penanaman modal, perorangan dan badan usaha salah satu Pihak, yang dilakukan di wilayah Pihak lain, harus mendapatkan perlindungan hukum penuh dan perlakuan adil dari Pihak penerima penanaman modal yang tidak kurang menguntungkan dari yang diberikan penanam modal negara ketiga dalam kondisi yang relatif sama.
2. Bila salah satu Pihak telah memberikan atau dikemudian hari memberikan perlakuan khusus atau hak kepada penanam modal negara ketiga melalui perjanjian yang berlaku atau yang akan datang untuk menetapkan wilayah perdagangan bebas, kesatuan kepabeanaan, pasar bersama atau lembaga-lembaga regional serupa lainnya dan/atau melalui Perjanjian Penghindaran Pajak Berganda, Pihak dimaksud tidak diwajibkan memberikan perlakuan khusus atau hak serupa kepada penanam modal dari Pihak lainnya.

Pasal 5

Penerapan Ketentuan lebih Menguntungkan

1. Meskipun telah terdapat terminologi dalam Perjanjian ini, ketentuan-ketentuan yang lebih menguntungkan yang telah atau akan disetujui oleh salah satu Pihak dengan penanam modal dari Pihak lainnya tetap dapat diterapkan.
2. Bila ketentuan-ketentuan hukum dari salah satu Pihak atau perjanjian bilateral yang berlaku saat ini atau akan ditetapkan selanjutnya antara Para Pihak sebagai tambahan terhadap Perjanjian ini berisikan aturan, yang bersifat umum atau khusus, yang berkaitan dengan penanaman modal oleh penanam modal Pihak lain untuk memberikan perlakuan lebih menguntungkan dari pada perlakuan yang diberikan pada Perjanjian ini, peraturan-peraturan termaksud asalkan lebih menguntungkan dapat diberlakukan.

Pasal 6

Pengambil-alihan dan Kompensasi

1. Penanaman modal oleh perseorangan dan badan usaha dari salah satu Pihak tidak boleh dilakukan nasionalisasi, pengambil-alihan atau hal serupa dengan itu oleh Pihak lain kecuali dilakukan dengan ketentuan-ketentuan sebagai berikut:
 - (a) untuk kepentingan umum, sesuai dengan proses hukum;
 - (b) tidak bersifat diskriminatif, dan
 - (c) diberi ganti rugi segera dan kompensasi yang efektif.

2. Jumlah kompensasi harus sesuai dengan nilai pasar dari penanaman modal saat sebelum tindakan nasionalisasi atau pengambil-alihan dilakukan.

Pasal 7 Kerugian-Kerugian

1. Penanam modal dari salah satu Pihak yang penanaman modalnya menderita kerugian karena konflik bersenjata, revolusi, atau serupa dengan keadaan darurat di dalam wilayah Pihak lain harus diberikan oleh Pihak lain perlakuan seperti kompensasi, restitusi dan ganti rugi sehubungan dengan kerugian tersebut.
2. Perlakuan oleh Para Pihak tidak boleh kurang dari pada yang diberikan kepada penanam modal dalam negeri atau kepada penanam modal negara ketiga.

Pasal 8 Repatriasi dan Transfer Uang

1. Masing-masing Pihak harus, sesuai dengan peraturan dan perundang-undangan negaranya, mengizinkan dengan itikad baik transfer uang yang berkaitan dengan penanaman modal menurut Perjanjian ini, secara bebas dan tanpa penundaan ke luar wilayahnya :
 - (a) penghasilan;
 - (b) hasil dari penjualan atau likuidasi dari seluruh atau sebagian dari penanaman modal;
 - (c) royalti dan imbalan yang terkait dengan perjanjian alih teknologi;
 - (d) jumlah yang dibayar sesuai dengan Pasal 6 dan/atau Pasal 7 dari Perjanjian ini;
 - (e) pembayaran hutang sehubungan dengan penanaman modal;
 - (f) gaji dan upah yang diterima oleh pegawai, dari penanaman modal yang diperoleh di wilayah Pihak penerima penanaman modal, yang memiliki izin kerja yang berhubungan dengan penanaman modal tersebut;
 - (g) pembayaran yang berasal dari keputusan dari badan resmi sesuai dengan Pasal 11.
2. Transfer uang tersebut diatas harus dilakukan dalam bentuk mata uang yang dapat dipertukarkan secara bebas dengan nilai yang berlaku pada saat transfer terjadi.

Pasal 9 Subrogasi

1. Bila salah satu Pihak atau perwakilannya, dalam kerangka sistem hukum, menjamin penanam modal sehubungan dengan pembayaran yang dilakukan dibawah asuransi atau perjanjian penjaminan terhadap kerugian non komersial:
 - (a) Penjaminan termaksud harus diakui oleh Pihak lain;
 - (b) Pihak yang dijaminakan tidak berhak untuk memperoleh suatu hak selain dari hak yang dapat diterima oleh penanam modal.
 - (c) Sengketa antara Pihak yang dijaminakan dan Pihak penerima penanam modal akan diselesaikan sesuai dengan Pasal 11 dari Perjanjian ini.

Pasal 10
Pemberlakuan Perjanjian

1. Perjanjian harus berlaku untuk penanaman modal dari salah satu Pihak di dalam wilayah Pihak lain yang disetujui/ diizinkan sesuai dengan peraturan perundang-undangan Pihak penerima penanaman modal. Peraturan perundang-undangan tersebut :
Dalam hubungan dengan Republik Indonesia adalah Undang-Undang No.1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing dan Undang-Undang lain yang mengubah atau menggantikannya.
Dalam hubungan dengan Republik Islam Iran adalah Undang-Undang Tahun 2002 tentang Peningkatan dan Perlindungan Penanaman Modal Asing atau undang-undang lain yang mengubah atau menggantikannya.
2. Perjanjian ini juga akan diberlakukan kepada penanaman modal yang dibuat sebelum Perjanjian ini diberlakukan, akan tetapi ketentuan-ketentuan dalam Perjanjian ini tidak akan digunakan kepada setiap sengketa, klaim atau perbedaan yang muncul sebelum Perjanjian ini diberlakukan.

Pasal 11
**Penyelesaian Sengketa Antara Salah Satu Pihak
dan Penanam Modal dari Pihak lain**

1. Bila ada sengketa antara Pihak penerima penanaman modal dan penanam modal dari Pihak lain mengenai penanaman modal, Pihak penerima penanaman modal dan penanam modal Pihak lain akan menyelesaikan sengketa secara damai melalui perundingan dan konsultasi.
2. Dalam kondisi dimana Pihak penerima penanaman 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 :
 - (a) pengadilan yang kompeten dari Pihak di wilayah penanaman modal tersebut dilakukan; atau
 - (b) Arbitrase Pusat Penyelesaian Sengketa Penanaman Modal Internasional yang dibentuk oleh Konvensi Penyelesaian Sengketa Penanaman Modal antara Negara dan Penanam Modal yang dinyatakan terbuka untuk ditandatangani di Washington DC pada tanggal 18 Maret 1965, bila Para Pihak telah menjadi anggota Konvensi tersebut.
 - (c) Sebuah Pengadilan Ad Hoc yang dibentuk sesuai dengan peraturan arbitrase Komisi Hukum Perdagangan Internasional Perserikatan Bangsa-Bangsa (UNICITRAL).
 - (d) Pengadilan Ad Hoc lainnya atau sesuai prosedur yang ditetapkan oleh suatu pengadilan arbitrase sebagaimana yang disetujui Para Pihak.
3. Keputusan akan menjadi final dan mengikat Para Pihak atas penyelesaian sengketa tersebut.

Pasal 12
Penyelesaian Sengketa Antara Para Pihak

1. Sengketa antara Para Pihak mengenai interpretasi atau penerapan Perjanjian ini, harus sekiranya memungkinkan, diselesaikan melalui jalur diplomasi.
2. Sekiranya sengketa antara Para Pihak tidak dapat diselesaikan, atas permintaan salah satu Pihak, akan diajukan kepada pengadilan arbitrase.
3. Pengadilan arbitrase termaksud harus dibentuk untuk setiap kasus dengan cara seperti berikut.
Dalam kurun waktu dua bulan sejak diterimanya permintaan arbitrase, masing-masing Pihak akan menunjuk seorang anggota Pengadilan. Kedua anggota ini selanjutnya harus memilih seorang warga negara dari suatu negara ketiga menjadi ketua Pengadilan. Ketua akan ditetapkan dalam kurun waktu dua bulan dari sejak tanggal penetapan kedua anggota tersebut.
4. Bila dalam kurun waktu sebagaimana disebut dalam Paragraf 3 Pasal ini tidak dapat dilaksanakan, maka masing-masing Pihak dapat, bila tidak ada perjanjian lainnya, mengundang Ketua Mahkamah Internasional untuk melakukan penunjukan yang diperlukan. Bila Ketuanya adalah seorang warga negara dari salah satu Pihak atau jika ia karena alasan lain berhalangan untuk melaksanakan tugas tersebut, maka Wakil Ketuanya adalah seorang warga negara dari salah satu Pihak atau jika ia, juga berhalangan untuk melaksanakan tugas tersebut, maka anggota Mahkamah yang paling senior yang bukan seorang warga negara dari salah satu Pihak diharapkan melaksanakan penunjukan yang diperlukan. Namun demikian, Ketua Pengadilan Arbitrase tersebut adalah seorang warga negara yang memiliki hubungan diplomatik dengan negara Para Pihak.
5. Pengadilan arbitrase akan mengambil keputusannya berdasarkan suara terbanyak. Keputusan demikian adalah final dan mengikat. Masing-masing Pihak pada Perjanjian akan memikul biaya untuk anggotanya sendiri dan untuk wakil-wakilnya dalam persidangan arbitrase; biaya untuk Ketua dan biaya-biaya lainnya akan dipikul bersama oleh kedua Pihak pada Perjanjian. Namun demikian, Pengadilan berwenang dalam keputusannya dapat menentukan bahwa proporsi biaya yang banyak dibebankan kepada salah satu Pihak, dan keputusan tersebut mengikat Para Pihak. Pengadilan akan menentukan prosedurnya sendiri.

Pasal 13
Konsultasi dan Amandemen

1. Masing-masing Pihak dapat meminta diadakannya konsultasi mengenai setiap masalah yang menyangkut Perjanjian ini. Pihak lain harus memberikan pertimbangan yang baik terhadap usulan tersebut dan mengupayakan kesempatan yang memadai bagi konsultasi-konsultasi tersebut.
2. Perjanjian ini dapat diamandemenkan setiap waktu, sekiranya dianggap perlu, berdasarkan kesepakatan bersama dari kedua Pihak. Pemberlakuan amandemen ini akan disesuaikan dengan ketentuan yang terdapat pada Pasal 14 (1) dari Perjanjian.

Pasal 14
Mulai Berlaku, Jangka Waktu dan Pengakhiran

1. Perjanjian ini mulai berlaku tiga puluh hari sejak tanggal pemberitahuan terakhir oleh salah satu Pihak kepada Pihak lain, bahwa persyaratan-persyaratan hukum nasional yang diperlukan untuk berlakunya Perjanjian ini telah dipenuhi.
2. Perjanjian ini akan tetap berlaku kecuali salah satu Pihak memberitahukan Pihak lainnya secara tertulis keinginannya untuk mengakhiri Perjanjian ini enam bulan sebelum pengakhiran atau berakhirnya Perjanjian ini.
3. Setelah pengakhiran atau berakhirnya Perjanjian ini, ketentuan-ketentuan dari Perjanjian ini akan terus berlaku untuk penanaman modal selama jangka waktu sepuluh tahun berikutnya.

SEBAGAI PIHAK YANG BERKEPENTINGAN, yang bertanda-tangan di bawah ini, yang diberi kuasa penuh oleh Pemerintah masing-masing, telah menandatangani Perjanjian ini.

DIBUAT di Teheran pada 22 Juni 2005 yang bersamaan dengan 1 Tir 1384 dalam dua naskah asli, masing-masing dalam Bahasa Indonesia, Persia dan Inggris, seluruh naskah mempunyai kekuatan hukum yang sama. Sekiranya terdapat perbedaan mengenai penafsiran, maka naskah dalam Bahasa Inggris yang berlaku.

Atas Nama Pemerintah
Republik Indonesia

Atas Nama Pemerintah
Republik Islam Iran

Mari Elka Pangestu
Menteri Perdagangan

Syed Ahmad Motamedi
Menteri Komunikasi dan
Teknologi Informasi

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

The Government of the United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland and the Government of _____;

Desiring to create favourable conditions for greater investment by nationals and companies of one State in the territory of the other State;

Recognising that the encouragement and reciprocal protection under international agreement of such investments will be conducive to the stimulation of individual business initiative and will increase prosperity in both States;

Have agreed as follows:

Article 1
Definitions

For the purposes of this Agreement:

- (a) "investment" means every kind of asset, owned or controlled directly or indirectly, and in particular, though not exclusively, includes:
- (i) movable and immovable property and any other property rights such as mortgages, liens or pledges;
 - (ii) shares in and stock and debentures of a company and any other form of participation in a company;
 - (iii) claims to money or to any performance under contract having a financial value;
 - (iv) intellectual property rights, goodwill, technical processes and know-how;
 - (iv) business concessions conferred by law or under contract, including concessions to search for, cultivate, extract or exploit natural resources.

A change in the form in which assets are invested does not affect their character as investments and the term "investment" includes all investments, whether made before or after the date of entry into force of this Agreement;

- (b) "returns" means the amounts yielded by an investment and in particular, though not exclusively, includes profit, interest, capital gains, dividends, royalties and fees;
- c) "nationals" means:
- (i) in respect of the United Kingdom: physical persons deriving their status as United Kingdom nationals from the law in force in the United Kingdom;
 - (ii) in respect of _____: _____;
- (d) "companies" means:
- (i) in respect of the United Kingdom: corporations, firms and associations incorporated or constituted under the law in force in any part of the United Kingdom or in any territory to which this Agreement is extended in accordance with the provisions of ;
 - (ii) in respect of _____: _____;
- (e) "territory" means:
- (i) in respect of the United Kingdom: Great Britain and Northern Ireland, including the territorial sea and maritime area situated beyond the territorial sea of the United Kingdom which has been or might in the future be designated under the national law of the United Kingdom in accordance with international law as an area within which the United Kingdom may exercise rights with regard to the sea-bed and subsoil and the natural resources and any territory to which this Agreement is extended in accordance with the provisions of ;
 - (ii) in respect of _____: _____.

Article 2

Promotion and Protection of Investment

- (1) Each Contracting Party shall encourage and create favourable conditions for nationals or companies of the 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.
- (2) Investments of nationals or companies of each Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy full protection and security in the territory of the other Contracting Party. Neither Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures the management, maintenance, use,

enjoyment or disposal of investments in its territory of nationals or companies of the other Contracting Party. 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.

Article 3

National Treatment and Most-Favoured-Nation Provisions

- (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 which 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.
- (3) For the avoidance of doubt it is confirmed that the treatment provided for in paragraphs (1) and (2) above shall apply to the provisions of to 12 of this Agreement.

Article 4

Compensation for Losses

- (1) Nationals or companies of one Contracting Party whose investments in the territory of the other Contracting Party suffer losses owing to war or other armed conflict, revolution, a state of national emergency, revolt, insurrection or riot in the territory of the latter Contracting Party shall be accorded by the latter Contracting Party treatment, as regards restitution, indemnification, compensation or other settlement, no less favourable than that which the latter Contracting Party accords to its own nationals or companies or to nationals or companies of any third State. Resulting payments shall be freely transferable.
- (2) Without prejudice to paragraph (1) of this Article, nationals or companies of one Contracting Party who in any of the situations referred to in that paragraph suffer losses in the territory of the other Contracting Party resulting from:
 - (a) requisitioning of their property by its forces or authorities, or
 - (b) destruction of their property by its forces or authorities, which was not caused in combat action or was not required by the necessity of the situation, shall be accorded restitution or adequate compensation. Resulting payments shall be freely transferable.

Article 5

Expropriation

- (1) Investments of nationals or companies of either Contracting Party shall not be nationalised, expropriated or subjected to measures having effect equivalent to nationalisation or expropriation (hereinafter referred to as "expropriation") in the

territory of the other Contracting Party except for a public purpose related to the internal needs of that Party on a non-discriminatory basis and against prompt, adequate and effective compensation. Such compensation shall amount to the genuine value of the investment expropriated immediately before the expropriation or before the impending expropriation became public knowledge, whichever is the earlier, shall include interest at a normal commercial rate until the date of payment, shall be made without delay, be effectively realizable and be freely transferable. The national or company affected shall have a right, under the law of the Contracting Party making the expropriation, to prompt review, by a judicial or other independent authority of that Party, of his or its case and of the valuation of his or its investment in accordance with the principles set out in this paragraph.

- (2) Where a Contracting Party expropriates the assets of a company which is incorporated or constituted under the law in force in any part of its own territory, and in which nationals or companies of the other Contracting Party own shares, it shall ensure that the provisions of paragraph (1) of this Article are applied to the extent necessary to guarantee prompt, adequate and effective compensation in respect of their investment to such nationals or companies of the other Contracting Party who are owners of those shares.

Article 6

Repatriation of Investment and Returns

Each Contracting Party shall in respect of investments guarantee to nationals or companies of the other Contracting Party the unrestricted transfer of their investments and returns. Transfers shall be effected without delay in the convertible currency in which the capital was originally invested or in any other convertible currency agreed by the investor and the Contracting Party concerned. Unless otherwise agreed by the investor transfers shall be made at the rate of exchange applicable on the date of transfer pursuant to the exchange regulations in force.

Article 7

Exceptions

- (1) The provisions of this Agreement relative to the grant of treatment not less favourable than that accorded to the nationals or companies of either Contracting Party or of any third State shall not be construed so as to preclude the adoption or enforcement by a Contracting Party of measures which are necessary to protect national security, public security or public order, nor shall these provisions be construed to oblige one Contracting Party to extend to the nationals or companies of the other the benefit of any treatment, preference or privilege resulting from:
- (a) any existing or future customs, economic or monetary union, a common market or a free trade area or similar international agreement to which either of the Contracting Parties is or may become a party, and includes the benefit of any treatment, preference or privilege resulting from obligations arising out of an international agreement or reciprocity arrangement of that customs, economic or monetary union, common market or free trade area; or

- (b) any international agreement or arrangement relating wholly or mainly to taxation or any domestic legislation relating wholly or mainly to taxation;
 - (c) any requirements resulting from the United Kingdom's membership of the European Union including measures prohibiting, restricting or limiting the movement of capital to or from any third country.
- (2) Where, in exceptional circumstances, payments and capital movements between the Contracting Parties cause or threaten to cause serious difficulties for the operation of monetary policy or exchange rate policy in either Contracting Party, the Contracting Party concerned may take safeguard measures with regard to capital movements between the Contracting Parties for a period not exceeding six months if such measures are strictly necessary. The Contracting Party adopting the safeguard measures shall inform the other Contracting Party forthwith and present, as soon as possible, a time schedule for their removal.

[Preferred]

Article 8

Reference to International Centre for Settlement of Investment Disputes

- (1) Each Contracting Party hereby consents to submit to the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (hereinafter referred to as "the Centre") for settlement by conciliation or arbitration under 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 any legal dispute arising between that Contracting Party and a national or company of the other Contracting Party concerning an investment of the latter in the territory of the former.
- (2) A company which is incorporated or constituted under the law in force in the territory of one Contracting Party and in which before such a dispute arises the majority of shares are owned by nationals or companies of the other Contracting Party shall in accordance with Article 25 (2) (b) of the Convention be treated for the purposes of the Convention as a company of the other Contracting Party.
- (3) If any such dispute should arise and agreement cannot be reached within three months between the parties to this dispute through pursuit of local remedies or otherwise, then, if the national or company affected also consents in writing to submit the dispute to the Centre for settlement by conciliation or arbitration under the Convention, either party may institute proceedings by addressing a request to that effect to the Secretary-General of the Centre as provided in Articles 28 and 36 of the Convention. In the event of disagreement as to whether conciliation or arbitration is the more appropriate procedure the national or company affected shall have the right to choose. The Contracting Party which is a party to the dispute shall not raise as an objection at any stage of the proceedings or enforcement of an award the fact that the national or company which is the other party to the dispute has received in pursuance of an insurance contract an indemnity in respect of some or all of his or its losses.
- (4) Neither Contracting Party shall pursue through the diplomatic channel any dispute referred to the Centre unless:

- (a) the Secretary-General of the Centre, or a conciliation commission or an arbitral tribunal constituted by it, decides that the dispute is not within the jurisdiction of the Centre; or
- (b) the other Contracting Party shall fail to abide by or to comply with any award rendered by an arbitral tribunal.

[Alternative]

Article 8

Settlement of Disputes between an Investor and a Host State

- (1) Disputes between a national or company of one Contracting Party and the other Contracting Party concerning an obligation of the latter under this Agreement in relation to an investment of the former which have not been amicably settled shall, after a period of three months from written notification of a claim, be submitted to international arbitration if the national or company concerned so wishes.
- (2) Where the dispute is referred to international arbitration, the national or company and the Contracting Party concerned in the dispute may agree to refer the dispute either to:
 - (a) the International Centre for the Settlement of Investment Disputes (having regard to the provisions, where applicable, of 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 and the Additional Facility for the Administration of Conciliation, Arbitration and Fact-Finding Proceedings); or
 - (b) the Court of Arbitration of the International Chamber of Commerce; or
 - (c) an international arbitrator or ad hoc arbitration tribunal to be appointed by a special agreement or established under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law.

If after a period of three months from written notification of the claim there is no agreement to one of the above alternative procedures, the dispute shall at the request in writing of the national or company concerned be submitted to arbitration under the Arbitration Rules of the United Nations Commission on International Trade Law as then in force. The parties to the dispute may agree in writing to modify these Rules.

Article 9

Disputes between the Contracting Parties

- (1) Disputes between the Contracting Parties concerning the interpretation or application of this Agreement should, if possible, be settled through the diplomatic channel.
- (2) If a dispute between the Contracting Parties cannot thus be settled, it shall upon the request of either Contracting Party be submitted to an arbitral tribunal.
- (3) Such an arbitral tribunal shall be constituted for each individual case in the following way. Within two months of the receipt of the request for arbitration, each Contracting Party shall appoint one member of the tribunal. Those two members shall then select a national of a third State who on approval by the two Contracting Parties shall be appointed Chairman of the tribunal. The Chairman shall be appointed within two months from the date of appointment of the other two members.

- (4) If within the periods specified in paragraph (3) of this Article the necessary appointments have not been made, either Contracting Party may, in the absence of any other agreement, invite the President of the International Court of Justice to make any necessary appointments. If the President is a national of either Contracting Party or if he is otherwise prevented from discharging the said function, the Vice-President shall be invited to make the necessary appointments. If the Vice-President is a national of either Contracting Party or if he too is prevented from discharging the said function, the Member of the International Court of Justice next in seniority who is not a national of either Contracting Party shall be invited to make the necessary appointments.
- (5) The arbitral tribunal shall reach its decision by a majority of votes. Such decision shall be binding on both Contracting Parties. Each Contracting Party shall bear the cost of its own member of the tribunal and of its representation in the arbitral proceedings; the cost of the Chairman and the remaining costs shall be borne in equal parts by the Contracting Parties. The tribunal may, however, in its decision direct that a higher proportion of costs shall be borne by one of the two Contracting Parties, and this award shall be binding on both Contracting Parties. The tribunal shall determine its own procedure.

Article 10

Subrogation

- (1) If one Contracting Party or its designated Agency ("the first Contracting Party") makes a payment under an indemnity given in respect of an investment in the territory of the other Contracting Party ("the second Contracting Party"), the second Contracting Party shall recognise:
 - (a) the assignment to the first Contracting Party by law or by legal transaction of all the rights and claims of the party indemnified; and
 - (b) that the first Contracting Party is entitled to exercise such rights and enforce such claims by virtue of subrogation, to the same extent as the party indemnified.
- (2) The first Contracting Party shall be entitled in all circumstances to the same treatment in respect of:
 - (a) the rights and claims acquired by it by virtue of the assignment, and
 - (b) any payments received in pursuance of those rights and claims, as the party indemnified was entitled to receive by virtue of this Agreement in respect of the investment concerned and its related returns.
- (3) Any payments received in non-convertible currency by the first Contracting Party in pursuance of the rights and claims acquired shall be freely available to the first Contracting Party for the purpose of meeting any expenditure incurred in the territory of the second Contracting Party.

Article 11

Application of other Rules

If the provisions of law of either Contracting Party or obligations under international law existing at present or established hereafter between the Contracting Parties in addition to the present Agreement contain rules, whether general or specific, entitling investments by nationals or companies of the other Contracting Party to a treatment more favourable than is

provided for by the present Agreement, such rules shall to the extent that they are more favourable prevail over the present Agreement.

Article 12
Territorial Extension

At the time of [signature] [entry into force] [ratification] of this Agreement, or at any time thereafter, the provisions of this Agreement may be extended to such territories for whose international relations the Government of the United Kingdom are responsible as may be agreed between the Contracting Parties in an Exchange of Notes.

Article 13
Entry into Force

[This Agreement shall enter into force on the day of signature.]

or

[Each Contracting Party shall notify the other in writing of the completion of the constitutional formalities required in its territory for the entry into force of this Agreement. This Agreement shall enter into force on the date of the latter of the two notifications.]

or

[The Agreement shall be ratified and shall enter into force on the exchange of Instruments of Ratification.]

Article 14
Duration and Termination

This Agreement shall remain in force for a period of ten years. Thereafter it shall continue in force until the expiration of twelve months from the date on which either Contracting Party shall have given written notice of termination to the other. Provided that in respect of investments made whilst the Agreement is in force, its provisions shall continue in effect with respect to such investments for a period of twenty years after the date of termination and without prejudice to the application thereafter of the rules of general international law.

In witness whereof the undersigned, duly authorised thereto by their respective Governments, have signed this Agreement.

Done in duplicate at _____ this _____ day of _____ 200_ [in the English and languages, both texts being equally authoritative].

For the Government of
the United Kingdom of
Great Britain and
Northern Ireland:

For the Government of _____:

Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States

Preamble

The Contracting States

Considering the need for international cooperation for economic development, and the role of private international investment therein;

Bearing in mind the possibility that from time to time disputes may arise in connection with such investment between Contracting States and nationals of other Contracting States;

Recognizing that while such disputes would usually be subject to national legal process, international methods of settlement may be appropriate in certain cases;

Attaching particular importance in the availability of facilities for international conciliation or arbitration to which Contracting States and nationals of other Contracting States may submit such disputes if they so desire;

Desiring to establish such facilities under the auspices of the International Bank for Reconstruction and Development;

Recognizing that mutual consent by the parties to submit such disputes to conciliation or to arbitration through such facilities constitutes a binding agreement which requires in particular that due consideration be given to any recommendation of conciliators, and that any arbitral award be complied with, and

Declaring that no Contracting State shall by the mere fact of its ratification, acceptance or approval of this Convention and without its consent be deemed to be under any obligation to submit any particular disputes to conciliation or arbitration,

Have agreed as follows:

Chapter I **International Centre for Settlement of Investment Disputes**

Section 1 **Establishment and Organization**

Article 1

- (1) There is hereby established the International Centre for Settlement of Investment Disputes (hereinafter called the Centre).
- (2) The purpose of the Centre shall be to provide facilities for conciliation and arbitration of investment disputes between Contracting States and nationals of other Contracting States in accordance with the provisions of this Convention.

Article 2

The seat of the Centre shall be at the principal office of the International Bank for Reconstruction and Development (hereinafter called the Bank). The seat may be moved to another place by decision of the Administrative Council adopted by a majority of two-thirds of its members.

Article 3

The Centre shall have an Administrative Council and a Secretariat and shall maintain a Panel of Conciliators and a Panel of Arbitrators.

Section 2 **The Administrative Council**

Article 4

- (1) The Administrative Council shall be composed of one representative of each Contracting State. An alternate may act as representative in case of his principal's absence from a meeting or inability to act.
- (2) In the absence of a contrary designation, each governor and alternate governor of the Bank appointed by a Contracting State shall be ex officio its representative and its alternate respectively.

Article 5

The President of the Bank shall be ex officio Chairman of the Administrative Council (hereinafter called the Chairman) but shall have no vote. During his absence or inability to act and during any vacancy in the office of President of the Bank, the person for the time being acting as President shall act as Chairman of the Administrative Council.

Article 6

- (1) Without prejudice to the powers and functions vested in it by other provisions of this Convention, the Administrative Council shall:
 - (a) adopt the administrative and financial regulations of the Centre;
 - (b) adopt the rules of procedure for the institution of conciliation and arbitration proceedings;
 - (c) adopt the rules of procedure for conciliation and arbitration proceedings (hereinafter called the Conciliation Rules and the Arbitration Rules);
 - (d) approve arrangements with the Bank for the use of the Bank's administrative facilities and services;
 - (e) determine the conditions of service of the Secretary General and of any Deputy Secretary-General;
 - (f) adopt the annual budget of revenues and expenditures of the Centre;
 - (g) approve the annual report on the operation of the Centre.The decisions referred to in sub-paragraphs [a), (b), (c), and (f) above shall be adopted by a majority of two-thirds of the members of the Administrative Council.
- (2) The Administrative Council may appoint such committees as it considers necessary.
- (3) The Administrative Council shall also exercise such other powers and perform such other functions as it shall determine to be necessary for the implementation of the provisions of this Convention.

Article 7

- (1) The Administrative Council shall hold an annual meeting and such other meetings as may be determined by the Council, or convened by the Chairman, or convened by the Secretary-General at the request of not less than five members of the Council.

- (2) Each member of the Administrative Council shall have one vote and, except as otherwise herein provided, all matters before the Council shall be decided by a majority of the votes cast.
- (3) A quorum for any meeting of the Administrative Council shall be a majority of its members.
- (4) The Administrative Council may establish, by a majority of two-thirds of its members, a procedure whereby the Chairman may seek a vote of the Council without convening a meeting of the Council. The vote shall be considered valid only if the majority of the members of the Council cast their votes within the time limit fixed by the said procedure.

Article 8

Members of the Administrative Council and the Chairman shall serve without remuneration from the Centre.

Section 3 The Secretariat

Article 9

The Secretariat shall consist of a Secretary-General, one or more Deputy Secretaries-General and staff.

Article 10

- (1) The Secretary-General and any Deputy Secretary-General shall be elected by the Administrative Council by a majority of two-thirds of its members upon the nomination of the Chairman for a term of service not exceeding six years and shall be eligible for re-election. After consulting the members of the Administrative Council, the Chairman shall propose one or more candidates for each such office.
- (2) The offices of Secretary-General and Deputy Secretary-General shall be incompatible with the exercise of any political function. Neither the Secretary-General nor any Deputy Secretary-General may hold any other employment or engage in any other occupation except with the approval of the Administrative Council.
- (3) During the Secretary-General's absence or inability to act, and during any vacancy of the office of Secretary-General, the Deputy Secretary-General shall act as Secretary-General. If there shall be more than one Deputy Secretary-General, the Administrative Council shall determine in advance the order in which they shall act as Secretary-General.

Article 11

The Secretary-General shall be the legal representative and the principal officer of the Centre and shall be responsible for its administration, including the appointment of staff, in accordance with the provisions of this Convention and the rules adopted by the Administrative

Council. He shall perform the function of registrar and shall have the power to authenticate arbitral awards rendered pursuant to this Convention, and to certify copies thereof.

Section 4 The Panels

Article 12

The Panel of Conciliators and the Panel of Arbitrators shall each consist of qualified persons, designated as hereinafter provided, who are willing to serve thereon.

Article 13

- (1) Each Contracting State may designate to each Panel four persons who may but need not be its nationals.
- (2) The Chairman may designate ten persons to each Panel. The persons so designated to a Panel shall each have a different nationality.

Article 14

- (1) Persons designated to serve on the Panels shall be persons of high moral character and recognized competence in the fields of law, commerce, industry or finance, who may be relied upon to exercise independent judgment. Competence in the field of law shall be of particular importance in the case of persons on the Panel of Arbitrators.
- (2) The Chairman, in designating persons to serve on the Panels, shall in addition pay due regard to the importance of assuring representation on the Panels of the principal legal systems of the world and of the main forms of economic activity.

Article 15

- (1) Panel members shall serve for renewable periods of six years.
- (2) In case of death or resignation of a member of a Panel, the authority which designated the member shall have the right to designate another person to serve for the remainder of that member's term.
- (3) Panel members shall continue in office until their successors have been designated.

Article 16

- (1) A person may serve on both Panels.
- (2) If a person shall have been designated to serve on the same Panel by more than one Contracting State, or by one or more Contracting States and the Chairman, he shall be

deemed to have been designated by the authority which first designated him or, if one such authority is the State of which he is a national, by that State.

- (3) All designations shall be notified to the Secretary-General and shall take effect from the date on which the notification is received.

Section 5

Financing the Centre

Article 17

If the expenditure of the Centre cannot be met out of charges for the use of its facilities, or out of other receipts, the excess shall be borne by Contracting States which are members of the Bank in proportion to their respective subscriptions to the capital stock of the Bank, and by Contracting States which are not members of the Bank in accordance with rules adopted by the Administrative Council.

Section 6

Status, Immunities and Privileges

Article 18

The Centre shall have full international legal personality. The legal capacity of the Centre shall include the capacity:

- (a) to contract;
- (b) to acquire and dispose of movable and immovable property;
- (c) to institute legal proceedings.

Article 19

To enable the Centre to fulfil its function, it shall enjoy in the territories of each Contracting State the immunities and privileges set forth in this Section.

Article 20

The Centre, its property and assets shall enjoy immunity from all legal process, except when the Centre waives this immunity.

Article 21

The Chairman, the members of the Administrative Council, persons acting as conciliators or arbitrators or members of a Committee appointed pursuant to paragraph (3) of Article 52, and the officers and employees of the Secretariat:

- (a) shall enjoy immunity from legal process with respect to acts performed by them in the exercise of their functions, except when the Centre waives this immunity.
- (b) not being local nationals, shall enjoy the same immunities from immigration restrictions, alien registration requirements and national service obligations, the same facilities as regards exchange restrictions and the same treatment in respect of travelling facilities as are accorded by Contracting States to the representatives, officials and employees of comparable rank of other Contracting States.

Article 22

The provisions of Article 21 shall apply to persons appearing in proceedings under this Convention as parties, agents, counsel, advocates, witnesses or experts; provided, however, that sub-paragraph (b) thereof shall apply only in connection with their travel to and from, and their stay at, the place where the proceedings are held.

Article 23

- (1) The archives of the Centre shall be inviolable, wherever they may be.
- (2) With regard to its official communications, the Centre shall be accorded by each Contracting State treatment not less favourable than that accorded to other international organizations.

Article 24

- (1) The Centre, its assets, property and income, and its operations and transactions authorized by this Convention shall be exempt from all taxation and customs duties. The Centre shall also be exempt from liability for the collection or payment of any taxes or customs duties.
- (2) Except in the case of local nationals, no tax shall be levied on or in respect of expense allowances paid by the Centre to the Chairman or members of the Administrative Council, or on or in respect of salaries, expense allowances or other emoluments paid by the Centre to officials or employees of the Secretariat.
- (3) No tax shall be levied on or in respect of fees or expense allowances received by persons acting as conciliators, or arbitrators, or members of a Committee appointed pursuant to paragraph (3) of Article 52, in proceedings under this Convention, if the sole jurisdictional basis for such tax is the location of the Centre or the place where such proceedings are conducted or the place where such fees or allowances are paid.

CHAPTER II JURISDICTION OF THE CENTRE

Article 25

- (1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State] and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.
- (2) "National of another Contracting State" means:
 - (a) any natural person who had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration as well as on the date on which the request was registered pursuant to paragraph (3) of Article 28 or paragraph (3) of Article 36, but does not include any person who on either date also had the nationality of the Contracting State party to the dispute; and
 - (b) any juridical person which had the nationality of a Contracting State other than the State party to the dispute on the date on which the parties consented to submit such dispute to conciliation or arbitration and any juridical person which had the nationality of the Contracting State party to the dispute on that date and which, because of foreign control, the parties have agreed should be treated as a national of another Contracting State for the purposes of this Convention.
- (3) Consent by a constituent subdivision or agency of a Contracting State shall require the approval of that State unless that State notifies the Centre that no such approval is required.
- (4) Any Contracting State may, at the time of ratification, acceptance or approval of this Convention or at any time thereafter, notify the Centre of the class or classes of disputes which it would or would not consider submitting to the jurisdiction of the Centre. The Secretary-General shall forthwith transmit such notification to all Contracting States. Such notification shall not constitute the consent required by paragraph (1).

Article 26

Consent of the parties to arbitration under this Convention shall, unless otherwise stated, be deemed consent to such arbitration to the exclusion of any other remedy. A Contracting State may require the exhaustion of local administrative or judicial remedies as a condition of its consent to arbitration under this Convention.

Article 27

- (1) No Contracting state shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nationals and another Contracting State shall

have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this Convention, unless such other Contracting State shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute.

- (2) Diplomatic protection, for the purposes of paragraph (1), shall not include informal diplomatic exchanges for the sole purpose of facilitating a settlement of the dispute.

CHAPTER III CONCILIATION

Section 1 Request for Conciliation

Article 28

- (1) Any Contracting State or any national of a Contracting State wishing to institute conciliation proceedings shall address a request to that effect in writing to the Secretary-General who shall send a copy of the request to the other party.
- (2) The request shall contain information concerning the issues in dispute, the identity of the parties and their consent to conciliation in accordance with the rules of procedure for the institution of conciliation and arbitration proceedings.
- (3) The Secretary-General shall register the request unless he finds, on the basis of the information contained in the request, that the dispute is manifestly outside the jurisdiction of the Centre. He shall forthwith notify the parties of registration or refusal to register.

Section 2 Constitution of the Conciliation Commission

Article 29

- (1) The Conciliation Commission (hereinafter called the Commission) shall be constituted as soon as possible after registration of a request pursuant to Article 28.
- (2) (a) The Commission shall consist of a sole conciliator or any uneven number of conciliators appointed as the parties shall agree.
(b) Where the parties do not agree upon the number of conciliators and the method of their appointment, the Commission shall consist of three conciliators, one conciliator appointed by each party and the third, who shall be the president of the Commission, appointed by agreement of the parties.

Article 30

If the Commission shall not have been constituted within 90 days after notice of registration of the request has been dispatched by the Secretary-General in accordance with paragraph (3)

of Article 28, or such other period as the parties may agree, the Chairman shall, at the request of either party and after consulting both parties as far as possible appoint the conciliator or conciliators not yet appointed.

Article 31

- (1) Conciliators may be appointed from outside the Panel of Conciliators, except in the case of appointments by the Chairman pursuant to Article 30.
- (2) Conciliators appointed from outside the Panel of Conciliators shall possess the qualities stated in paragraph (1) of Article 14.

Section 3 Conciliation Proceedings

Article 32

- (1) The Commission shall be the judge of its own competence.
- (2) Any objection by a party to the dispute that dispute is not within the jurisdiction of the Centre, or for other reasons is not within the competence of the Commission, shall be considered by the Commission which shall determine whether to deal with it as a preliminary question or to join it to the merits of the dispute.

Article 33

Any conciliation proceeding shall be conducted in accordance with the provisions of this Section and, except as the parties otherwise agree, in accordance with the Conciliation Rules in effect on the date on which the parties consented to conciliation. If any question of procedure arises which is not covered by this Section or the Conciliation Rules or any rules agreed by the parties, the Commission shall decide the question.

Article 34

- (1) It shall be the duty of the Commission to clarify the issues in dispute between the parties and to endeavour to bring about agreement between them upon mutually acceptable terms. To that end, the Commission may at any stage of the proceedings and from time to time recommend terms of settlement to the parties. The parties shall cooperate in good faith with the Commission in order to enable the Commission to carry out its functions, and shall give their most serious consideration to its recommendations.
- (2) If the parties reach agreement, the Commission shall draw up a report noting the issues in dispute and recording that the parties have reached agreement. If, at any

stage of the proceedings, it appears to the Commission that there is no likelihood of agreement between the parties, it shall close the proceedings and shall draw up a report noting the submission of the dispute and recording the failure of the parties to reach agreement. If one party fails to appear or participate in the proceedings, the Commission shall close the proceedings and shall draw up a report noting that party's failure or participate.

Article 35

Except as the parties to the dispute shall otherwise agree, neither party to a conciliation proceeding shall be entitled in any other proceeding, whether before arbitrators or in a court of law or otherwise, to invoke or rely on any views expressed or statements or admissions or offers of settlement made by the other party in the conciliation proceedings, or the report or any recommendations made by the Commission.

CHAPTER IV ARBITRATION

Section 1 Request for Arbitration

Article 36

- (1) Any Contracting State or any national of a Contracting State wishing to institute arbitration proceedings shall address a request to that effect in writing to the Secretary-General who shall send a copy of the request to the other party.
- (2) The request shall contain information concerning the issues in dispute, the identity of the parties and their consent to arbitration in accordance with the rules of procedure for the institution of conciliation and arbitration proceedings.
- (3) The Secretary-General shall register the request unless he finds, on the basis of the information contained in the request, that the dispute is manifestly outside the jurisdiction of the Centre. He shall forthwith notify the parties of registration or refusal to register.

Section 2 Constitution of the Tribunal

Article 37

- (1) The Arbitral Tribunal (hereinafter called the Tribunal) shall be constituted as soon as possible after registration of a request pursuant to Article 36.

- (2) (a) The Tribunal shall consist of a sole arbitrator or any uneven number of arbitrators appointed as the parties shall agree.
- (b) Where the parties do not agree upon the number of arbitrators and the method of their appointment, the Tribunal shall consist of three arbitrators, one arbitrator appointed by each party and the third, who shall be the president of the Tribunal, appointed by agreement of the parties.

Article 38

If the Tribunal shall not have been constituted within 90 days after notice of registration of the request has been dispatched by the Secretary-General in accordance with paragraph (3) of Article 36, or such other period as the parties may agree, the Chairman shall, at the request of either party and after consulting both parties as far as possible, appoint the arbitrator or arbitrators not yet appointed. Arbitrators appointed by the Chairman pursuant to this Article shall not be nationals of the Contracting State party to the dispute or of the Contracting State whose national is a party to the dispute.

Article 39

The majority of the arbitrators shall be nationals of States other than the Contracting state party to the dispute and the Contracting State whose national is a party to the dispute; provided, however, that the foregoing provisions of this Article shall not apply if the sole arbitrator or each individual member of the Tribunal has been appointed by agreement of the parties.

Article 40

- (1) Arbitration may be appointed from outside the Panel of Arbitrators, except in the case of appointments by the Chairman pursuant to Article 38.
- (2) Arbitrators appointed from outside the Panel of Arbitrators shall possess the qualities stated in paragraph (1) of Article 14.

Section 3 Powers and Functions of the Tribunal

Article 41

- (1) The Tribunal shall be the judge of its own competence.
- (2) Any objection by a party to the dispute that dispute is not within the jurisdiction of the Centre, or for other reasons is not within the competence of the Tribunal, shall be

considered by the Tribunal which shall determine whether to deal with it as a preliminary question or to join it to the merits of the dispute.

Article 42

- (1) The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute [including its rules on the conflict of laws] and such rules of international law as may be applicable.
- (2) The Tribunal may not bring in a finding of non liquet on the ground of silence or obscurity of the law.
- (3) The provisions of paragraphs (1) and (2) shall not prejudice the power of the Tribunal to decide a dispute *ex aequo et bono* if the parties so agree.

Article 43

Except as *the* parties otherwise agree, the Tribunal may, if it deems in necessary at any stage of the proceedings,

- (a) call upon the parties to produce documents or other evidence, and
- (b) visit the scene connected with the dispute, and conduct such inquiries there as it may deem appropriate.

Article 44

Any arbitration proceeding shall be conducted in accordance with the provisions of this Section and, except as the parties otherwise agree, in accordance with the Arbitration Rules in effect on the date on which the parties consented to arbitration. If any question of procedure arises which is not covered by this Section or the Arbitration Rules or any rules agreed by the parties, the Tribunal shall decide the question.

Article 45

- (1) Failure of a party to appear or to present his case shall not be deemed an admission of the other party's assertions.
- (2) If a party fails to appear or to present his case at any stage of the proceedings the other party may request the Tribunal to deal with the questions submitted to it and to render an award. Before rendering an award, the Tribunal shall notify, and grant a period of grace to, the party failing to appear or to present its case, unless it is satisfied that party does not intend to do so.

Article 46

Except as the parties otherwise agree, the Tribunal shall, if requested by a party, determine any incidental or additional claims or counter-claims arising directly out of the subject-matter of the dispute provided that they are within the scope of the consent of the parties and are otherwise within the jurisdiction of the Centre.

Article 47

Except as the parties otherwise agree, the Tribunal may, if it considers that the circumstances so require, recommend any provisional measures which should be taken to preserve the respective rights of either party.

Section 4 The Award

Article 48

- (1) The Tribunal shall decide questions by a majority of the votes of all its members.
- (2) The award of the Tribunal shall be in writing and shall be signed by the members of the Tribunal who voted for it.
- (3) The award shall deal with every question submitted to the Tribunal, and shall state the reasons upon which it is based.
- (4) Any member of the Tribunal may attach his individual opinion to the award, whether he dissents from the majority or not, or a statement of his dissent.
- (5) The Centre shall not publish the award without the consent of the parties.

Article 49

- (1) The Secretary-General shall promptly dispatch certified copies of the award to the parties. The award shall be deemed to have been rendered on the date on which the certified copies were dispatched.
- (2) The Tribunal upon the request of a party made within 45 days after the date on which the award was rendered may after notice to the other party decide any question which it had omitted to decide in the award, and shall rectify any clerical, arithmetical or similar error in the award. Its decision shall become part of the award and shall be notified to the parties in the same manner as the award. The periods of time provided for under paragraph (2) of Article 51 and paragraph (2) of Article 52 shall run from the date on which the decision was rendered.

Section 5

Interpretation, Revision and Annulment of the Award

Article 50

- (1) If any dispute shall arise between the parties as to the meaning or scope of an award, either party may request interpretation of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General.
- (2) The request shall, if possible, be submitted to the Tribunal which rendered the award. If this shall not be possible, a new Tribunal shall be constituted in accordance with Section 2 of this Chapter. The Tribunal may, if it considers that the circumstances so require, stay enforcement of the award pending its decision.

Article 51

- (1) Either party may request revision of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on the ground of discovery of some fact of such a nature as decisively to affect the award, provided that when the award was rendered that fact was unknown to the Tribunal and to the applicant and that the applicant's ignorance of that fact was not due to negligence.
- (2) The application shall be made within 90 days after the discovery of such fact and in any event within three years after the date on which the award was rendered.
- (3) The request shall, if possible, be submitted to the Tribunal which rendered the award. If this shall not be possible, a new Tribunal shall be constituted in accordance with Section 2 of this Chapter.
- (4) The Tribunal may, if it considers that the circumstances so require, stay enforcement of the award pending its decision. If the applicant requests a stay of enforcement of the award in his application, enforcement shall be stayed provisionally until the Tribunal rules on such request.

Article 52

- (1) Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds:
 - (a) that the Tribunal was not properly constituted;
 - (b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers;
 - (c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal;
 - (d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or
 - (e) that the award has failed to state the reasons on which it is based.
- (2) The application shall be made within 120 days after the date on which the award was rendered except that when annulment is requested on the ground of corruption such

application shall be made within 120 days after discovery of the corruption and in any event within three years after the date on which the award was rendered.

- (3) On receipt of the request the Chairman shall forthwith appoint from the Panel of Arbitrators an ad hoc Committee of three persons. None of the members of the Committee shall have been a member of the Tribunal which rendered the award, shall be of the same nationality as any such member, shall be a national of the State party to the dispute or of the state whose national is a party to the dispute, shall have been designated to the Panel of Arbitrators by either of those States, or shall have acted as a conciliator in the same dispute. The Committee shall have the authority to annul the award or any part thereof on any of the grounds set forth in paragraph (1).
- (4) The provision of Article 41-45, 48, 49, 53 and 54, and of Chapter VI and VII shall apply mutatis mutandis to proceedings before the Committee.
- (5) The Committee may, if it considers that the circumstances so require, stay enforcement of the award pending its decision. If the applicant requests a stay of enforcement of the award in his application, enforcement shall be stayed provisionally until the Committee rules on such request.
- (6) If the award is annulled the dispute shall, at the request of either party, be submitted to a new Tribunal constituted in accordance with Section 2 of this Chapter.

Section 6

Recognition and Enforcement of the Award

Article 53

- (1) The award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention. Each party shall abide by and comply with the terms of the award except to the extent that enforcement shall have been stayed pursuant to the relevant provision of this Convention.
- (2) For the purposes of this Section, "award" shall include any decision interpreting, revising or annulling such award pursuant to Articles 50,51 or 52.

Article 54

- (1) Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. A Contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgment of the courts of a constituent state.
- (2) A party seeking recognition or enforcement in the territories of a Contracting State shall furnish to a competent court or other authority which such State shall have designated for this purpose a copy of the award certified by the Secretary-General. Each Contracting State shall notify the Secretary-General of the designation of the

competent court of other authority for this purpose and of any subsequent change in such designation.

- (3) Execution of the award shall be governed by the laws concerning the execution of judgment in force in the State in whose territories such execution sought.

Article 55

Nothing in Article 54 shall be construed as derogating from the law in force in any Contracting State relating to immunity of that State or of any foreign State from execution.

CHAPTER V REPLACEMENT AND DISQUALIFICATION OF CONCILIATORS AND ARBITRATORS

Article 56

- (1) After a Commission or a Tribunal has been constituted and proceedings have begun, its composition shall remain unchanged; provided, however, that if a conciliator or an arbitrator should die, become incapacitated, or resign, the resulting vacancy shall be filled in accordance with the provisions of Section 2 of Chapter 111 or Section 2 of Chapter IV.
- (2) A member of a Commission or Tribunal shall continue to serve in that capacity notwithstanding that he shall have ceased to be a member of the Panel.
- (3) If a conciliator or arbitrator appointed by a party shall have re-signed without the consent of the Commission or Tribunal of which he was a member, the Chairman shall appoint a person from the appropriate Panel to fill the resulting vacancy.

Article 57

A party may propose to a Commission or Tribunal the disqualification of any of its members on account of any fact indicating a manifest lack of the qualities required by paragraph (1) of Article 14. A party to arbitration proceedings may, in addition, propose the disqualification of an arbitrator on the ground that he was ineligible for appointment to the Tribunal under Section 2 of Chapter IV.

Article 58

The decision on any proposal to disqualify a conciliator or arbitrator shall be taken by the other members of the Commission or Tribunal as the case may be, provided that where those

members are equally divided, or in the case of a proposal to disqualify a sole conciliator or arbitrator, or a majority of the conciliators or arbitrators, the Chairman shall take that decision. If it is decided that the proposal is well-founded the conciliator or arbitrator to whom the decision relates shall be replaced in accordance with the provisions of Section 2 of Chapter III or Section 2 of Chapter IV.

CHAPTER VI COST OF PROCEEDINGS

Article 59

The charges payable by the parties for the use of the facilities of the Centre shall be determined by the Secretary-General in accordance with the regulations adopted by the Administrative Council.

Article 60

- (1) Each Commission and each Tribunal shall determine the fees and expenses of its members within limits established from time to time by the Administrative Council and after consultation with the Secretary-General.
- (2) Nothing in paragraph (1) of this Article shall preclude the parties from agreeing in advance with the Commission or Tribunal concerned upon the fees and expenses of its' members.

Article 61

- (1) In the case of conciliation proceedings the fees and expenses of members of the Commission as well as the charges for the use of the facilities of the Centre, shall be borne equally by the parties. Each party shall bear any other expenses it incurs in connection with the proceedings.
- (2) In the case of arbitration proceedings the Tribunal shall, except as the parties otherwise agree, assess the expenses incurred by the parties in connection with the proceedings, and shall decide how and by whom those expenses, the fees and expenses of the members of the Tribunal and the charges for the use of the facilities of the Centre shall be paid. Such decision shall form part of the award.

CHAPTER VII PLACE OF PROCEEDINGS

Article 62

Conciliation and arbitration proceedings shall be held at the seat of the Centre except as hereinafter provided.

Article 63

Conciliation and arbitration proceedings may be held, if the parties so agree.

- (a) at the seat of the Permanent Court of Arbitration or of any other appropriate institution, whether private or public, with which the Centre may make arrangements for that purpose; or
- (b) at any other place approved by the Commission or Tribunal after consultation with the Secretary-General.

CHAPTER VIII DISPUTES BETWEEN CONTRACTING STATES

Article 64

Any dispute arising between Contracting States concerning the interpretation or application of this Convention which is not settled by negotiation shall be referred to the International Court of Justice by the application of any party to such dispute, unless the States concerned agree to another method of settlement.

CHAPTER IX AMENDMENT

Article 65

Any Contracting State may propose amendment of this Convention. The text of a proposed amendment shall be communicated to the Secretary-General not less than 90 days prior to the meeting of the Administrative Council at which such amendment is to be considered and shall forthwith be transmitted by him to all the members of the Administrative Council.

Article 66

- (1) If the administrative Council shall so decide by a majority of two-thirds of its members, the proposed amendment shall be circulated to all Contracting States for ratification, acceptance or approval. Each amendment shall enter into force 30 days

after dispatch by the depositary of this Convention of a notification to Contracting States that all Contracting States have ratified, accepted or approved the amendment.

- (2) No amendment shall affect the rights and obligations under this Convention of any Contracting State or of any of its constituent subdivisions or agencies, or of any national of such State arising out of consent to the jurisdiction of the Centre given before the date of entry into force of the amendment.

CHAPTER X FINAL PROVISION

Article 67

This Convention shall be open for signature on behalf of States members of the Bank. It shall also be open for signature on behalf of any other State which is a party to the Statute of the International Court of Justice and which the Administrative Council, by a vote of two-thirds of its members, shall have invited to sign the Convention.

Article 68

- (1) This Convention shall be subject to ratification, acceptance or approval by the signatory States in accordance with their respective constitutional procedures.
- (2) This Convention shall enter into force 30 days after the date of deposit of the twentieth instrument of ratification, acceptance or approval. It shall enter into force for each State which subsequently deposits its instrument of ratification, acceptance or approval 30 days after the date of such deposit.

Article 69

Each Contracting State shall take such legislative or other measures as may be necessary for making the provisions of this Convention effective in its territories.

Article 70

This Convention shall apply to all territories for whose international relations a Contracting State is responsible, except those which are excluded by such State by written notice to the depositary of this Convention either at the time of ratification, acceptance or approval or subsequently.

Article 71

Any Contracting State may denounce this Convention by written notice to the depositary of this Convention. The denunciation shall take effect six months after receipt of such notice.

Article 72

Notice by a Contracting State pursuant to Articles 70 or 71 shall not affect the rights or obligations under this Convention of that State or of any of its constituent subdivisions or agencies or of any national of that State arising out of consent to the jurisdiction of the Centre given by one of them before such notice was received by the depositary.

Article 73

Instrument of ratification, acceptance or approval of this Convention and of amendments thereto shall be deposited with the Bank which shall act as the depositary of this Convention. The depositary shall transmit certified copies of this Convention to States members of the Bank and to any other State invited to sign the convention.

Article 74

The depositary shall register this Convention with the Secretariat of the United Nations in accordance with Article 102 of the Charter of the United Nations and the Regulations thereunder adopted by the General Assembly.

Article 75

The depositary shall notify all signatory States of the following:

- (a) signatures in accordance with Article 67;
- (b) deposits of instruments of ratification, acceptance and approval in accordance with Article 73;
- (c) the date on which this Convention enters into force in accordance with Article 68;
- (d) exclusions from territorial application pursuant to Article 70;
- (e) the date on which any amendment of this Convention enters into force in accordance with Article 66; and
- (f) denunciations in accordance with Article 71.

DONE at Washington, in the English, French and Spanish languages, all three texts being equally authentic, in a single copy which shall remain deposited in the archives of the International Bank for Reconstruction and Development, which has indicated by its signature below its agreement to fulfill the functions with which it is charged under this Convention.

