

PENATAAN ULANG PENGATURAN PENANAMAN MODAL ASING DI INDONESIA MELALUI MOMENTUM PEMBANGUNAN IBU KOTA NEGARA

*(Remodeling of Foreign Investment Regulations in Indonesia
Through the National Capital Development Momentum)*

Surya Oktaviandra

Fakultas Hukum Universitas Andalas
Kampus Limau Manis Padang

e-mail: suryaoktaviandra@law.unand.ac.id

Abstrak

Kontroversi perlu tidaknya pembaruan terhadap Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (UUPM) sudah mengemuka semenjak lahirnya undang-undang tersebut. Meskipun demikian, argumentasi hukum yang selama ini didiskusikan dirasa belum cukup kuat dalam mendorong terjadinya pembaruan pada UUPM khususnya mengenai pengaturan penanaman modal asing. Penelitian ini berupaya mengisi kekurangan argumentasi hukum terhadap perlunya pembaruan pengaturan hukum penanaman modal asing di Indonesia seiring dengan momentum akan dilakukannya pembangunan ibu kota negara baru di Indonesia yang sebagian pembiayaannya akan bergantung kepada kegiatan penanaman modal asing. Metode penelitian yang dilakukan adalah bersifat yuridis normatif dengan melakukan analisa berbagai bahan hukum yang sesuai. Hasil dari penelitian ini menyimpulkan dan menyarankan dilakukannya penataan ulang pengaturan penanaman modal asing di Indonesia yang tidak hanya menambah beberapa ketentuan saja, namun juga merubah cara berpikir dan struktur pengaturan hukum penanaman modal asing di dalam UUPM.

Kata kunci: penataan ulang, pembaruan, penanaman modal asing, ibu kota negara.

Abstract

The controversy over whether or not to renew Law Number 25 of 2007 concerning Investment (UUPM) has surfaced since the birth of the law. Nevertheless, the legal arguments that have been discussed so far are deemed not rigorous to encourage reforms to the Investment Law, especially regarding the regulation of foreign investment. This study seeks to fill the lack of legal arguments for law reform of foreign investment in Indonesia through the momentum for the construction of a new capital city in Indonesia, some of which will depend on foreign investment activities. This research has used normative juridical methods by analyzing various appropriate legal materials. The results of this study conclude and suggest a fresh model of the foreign investment regulation in Indonesia which not only adds a number of provisions, but also changes the way of thinking and the structure of foreign investment regulation in the Investment Law.

Keywords: remodeling, reform, foreign direct investment, capital city.

A. Pendahuluan

Pengaturan mengenai Penanaman Modal Asing (PMA) di Indonesia saat ini berada pada Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (UUPM) dengan beberapa perubahan dilakukan melalui Undang-Undang Nomor 11 tahun 2020 tentang Cipta Kerja. UUPM tersebut pada masa lahirnya dianggap sebagai sebuah terobosan di mana muncul sebagai undang-undang baru dan dilakukannya penggabungan pengaturan hukum penanaman modal dalam negeri (PMDN) yang sebelumnya diatur dengan undang-undang tersendiri melalui Undang-Undang Nomor 6 Tahun 1968 tentang Penanaman Modal Dalam Negeri (UU PMDN) dan pengaturan penanaman modal asing (PMA) yang diatur pada waktu lalu dengan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing (UU PMA).

Perubahan pada UUPM ini melalui UU Cipta Kerja yang terjadi pada tahun 2020 mengatur ulang beberapa ketentuan seperti bidang usaha yang tertutup (pasal 12), kemudahan usaha dan perlindungan UMKM (pasal 13), fasilitas penanaman modal (pasal 18), serta pengesahan dan perizinan penanaman modal (pasal 25). Meski demikian, perubahan yang terjadi dinilai masih bukan perubahan terhadap hal-hal esensial dalam memberikan kepastian hukum terutama

mengenai penanaman modal asing (PMA) langsung atau *Foreign Direct Investment* (FDI) yang sering menjadi objek kritikan terhadap UU ini.

Dorongan diperlukannya pembaharuan atau setidaknya penyesuaian di dalam pengaturan penanaman modal asing terekam dalam beberapa publikasi sarjana hukum. Salah satu nya di antaranya menekankan bahwa UUPM dianggap sebagai pro investor khususnya investor asing dan UUPM dianggap terlalu umum serta tidak jelas memberikan perbedaan dan pengaturan antara PMA dan PMDN.¹ Meski demikian, belum terdapat upaya penguraian masalah yang ada dan rekomendasi seperti apa seharusnya bentuk, susunan dan ketentuan pengaturan PMA di dalam UUPM yang dikehendaki. Begitu juga dengan publikasi lain yang berupaya mengkritik pengaturan UUPM yang juga tidak sampai kepada pembahasan upaya perbaikan dari apa yang dianggap tidak benar tersebut.² Kritik lain terhadap ketimpangan di dalam pengaturan PMA di dalam UUPM mengemukakan bahwa perlindungan kepada investor asing lebih diutamakan daripada adanya ketentuan penyeimbang yang dapat memberikan kekuatan pemerintah dalam mengatur kedaulatannya.³ Namun, kritik itu pun tidak diikuti dengan upaya identifikasi yang lebih dalam mengenai apa

-
- 1 Franni Puru, "Pembaharuan Hukum Penanaman Modal Dalam Memberikan Perlindungan Bagi Penanam Modal Di Indonesia," *LEX ADMINISTRATUM* 2.1 (2014), 20.
 - 2 Agus Surachman, "Kritik Terhadap Undang Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal (Perspektif Teori Hukum)," *UNIFIKASI: Jurnal Ilmu Hukum* 5.1 (2018): 24-32.
 - 3 Acep Rohendi, "Prinsip Liberalisasi Perdagangan World Trade Organization (WTO) Dalam Pembaharuan Hukum Investasi Di Indonesia (Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007)(Principle of Trade Liberalization of World Trade Organization (WTO) in Reforming the Investment Law of Indonesia (Indonesian Law No. 25 of 2007))," *Padjadjaran Jurnal Ilmu Hukum* 1.2 (2014), 401.

yang dapat diperbaiki dan model yang dapat diimplementasikan. Sementara, publikasi lain secara khusus membahas terdapatnya ketidakpastian hukum menyoroti klausul *Full Protection and Security* (FPS) yang hanya tersirat dalam beberapa ketentuan UUPM di mana ruang lingkup FPS tersebut juga tidak jelas dan tidak diberikan penjelasan lebih lanjut oleh UUPM.⁴

Dengan berbagai kritik dan identifikasi permasalahan yang terlihat dari UUPM tersebut dapatlah menjadi pijakan awal kita bersama bahwa masih ada celah dan lobang yang mesti harus ditambal. Meski demikian, kurangnya dorongan dengan argumentasi hukum dan solusi yang tepat dalam hal memperjelas posisi aturan PMA di dalam keseimbangan hak antara investor asing dan kedaulatan negara mengakibatkan upaya pembaruan UUPM selalu tenggelam. Hal ini dapat terjadi karena masih dirasa kurangnya pemahaman kita sendiri di dalam memahami posisi penanaman modal asing itu di dalam rumah besar hukum penanaman modal Indonesia. Kondisi ini dapat lahir karena pada kenyataannya tidak terlalu banyak sarjana hukum yang mencurahkan minat dan penelitiannya kepada hukum internasional umumnya, dan hukum penanaman modal asing khususnya. Dengan demikian, ini mempengaruhi minimnya pertimbangan kebijakan hukum yang dapat diambil oleh pemerintah di dalam membuat pengaturan

mengenai PMA di dalam UUPM. Sementara, pengaturan dan aplikasi PMA di dunia selalu berkembang dengan cepat terutama beberapa dekade terakhir. Di lain sisi, kecepatan dan kegesitan pemerintah dalam menata regulasi belum berada pada irama yang sama. Padahal, regulasi yang tepat, jelas dan akurat dapat meminimalisir terjadinya sengketa PMA dengan investor akibat adanya kebijakan tertentu dari pemerintah.⁵

Namun demikian, sudah seharusnya pembaruan di dalam UUPM dilaksanakan mengingat masih ditemukannya celah-celah dan kekurangan-kekurangan yang ada terutama di dalam pengaturan PMA dengan kaitannya dengan hukum dan kedaulatan negara. Apalagi, arus PMA diperkirakan akan meningkat signifikan terutama dengan telah ditetapkannya Undang-Undang Nomor 3 Tahun 2002 tentang Ibu Kota Negara. Pasal 12 dari UU tersebut secara jelas memberikan kekhususan kepada Otorita IKN untuk berwenang memberikan perizinan investasi, kemudahan berusaha dan fasilitas lainnya kepada pihak yang mendukung pembiayaan IKN.

Meskipun pola hubungan antara Pemerintah Pusat dengan Otorita ini pada saat ditulisnya publikasi ini belum terlalu jelas, keberadaan Otorita IKN di dalam memberikan kewenangan investasi khususnya investasi asing harus diimbangi dengan pengaturan PMA yang sudah bebas dari unsur

4 Eka An Aqimuddin dan Frency Siska, "The Ambiguity of Implementation of Full Protection and Security Principle in Indonesia Investment Law," *Social and Humaniora Research Symposium* (SoRes 2018), Atlantis Press (2019), 166.

5 Lihat lebih lanjut Eckhard Janeba, "Regulatory chill and the effect of investor state dispute settlements," Cesifo Working Paper No. 6188 (2019)., yang menjelaskan fenomena *regulatory chill*, yaitu suatu kondisi di mana pemerintah suatu negara sulit mengimplementasikan kebijakan di dalam negaranya sendiri akibat potensi sengketa dengan investor asing.

ketidakpastian hukum, serta ketimpangan antara hak dan kewajiban antara investor asing dan pemerintah.⁶ Berkaitan dengan itu, penelitian ini berupaya untuk memberikan identifikasi, analisa dan rekomendasi dilakukannya pembaruan terhadap UUPM. Pertanyaan yang harus dapat dijawab dari upaya tersebut ada beberapa hal. Pertama, bagaimana kedudukan hukum domestik (nasional) dengan pengaturan PMA yang dipengaruhi berbagai perjanjian bilateral atau multilateral dan sumber hukum internasional lainnya yang merupakan bagian dari hukum internasional. Kedua, apakah tepat gagasan menempatkan pengaturan PMDN dan PMA di dalam suatu UUPM sebagai bentuk upaya non-diskriminasi. Ketiga, apakah pengaturan dan keseimbangan yang ideal antara hak dan kewajiban investor dengan hak dan kewajiban pemerintah. Seluruh pertanyaan tersebut harus dapat dijawab serta diiringi penjelasan bagaimana konsep yang ideal yang mesti dianut oleh UUPM di dalam pengaturan PMA, sehingga upaya ke arah pembaruan UUPM dapat dilaksanakan.

B. Metode Penelitian

Penelitian ini bersifat yuridis normatif. Metode yang digunakan adalah dengan mempelajari dan menganalisa data-data sekunder kepustakaan berupa bahan hukum primer yaitu peraturan mengenai penanaman modal yaitu Undang-Undang Nomor 25

Tahun 2007 tentang Penanaman Modal sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 tentang Cipta Kerja. Selain itu berbagai putusan tribunal juga dijadikan sumber penelitian seperti pada kasus *Metalclad*, *SD Myers*, *Tecmed*, *Methanex* dan *Azurix*. Sementara itu, perjanjian investasi internasional seperti perjanjian bilateral Indonesia-Singapura, Indonesia-Australia CEPA, dan perjanjian multilateral RCEP, TPP, CETA, dan sebagainya merupakan contoh bahan hukum lainnya yang dijadikan data rujukan penelitian ini. Di samping beberapa bahan hukum primer di atas, studi ini juga menggunakan bahan hukum sekunder dan tersier yang relevan.⁷ Studi pustaka yang dilakukan pada penelitian ini juga termasuk di dalamnya menggali hukum kebiasaan internasional dan prinsip umum hukum internasional. Kedua sumber tersebut juga penting di dalam menganalisa kesesuaian perlindungan PMA terhadap hukum penanaman modal yang diberlakukan di Indonesia.

Bahan hukum primer berupa peraturan perundang-undangan maupun perjanjian internasional dianalisa dengan melakukan interpretasi melalui teks mengingat interpretasi teks peraturan merupakan cara yang pertama dan paling utama untuk mengetahui maksud dan norma yang diatur dalam peraturan tersebut sebagai suatu

6 Hal ini dilakukan dengan mengingat bahwa penanaman modal asing seharusnya ditujukan untuk mencapai manfaat bagi semua pihak secara bersama-sama, lihat Rudolf Dolzer dan Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, (Oxford: Oxford University Press, 2012), 5. Lihat juga Michael M. Bechtel et al., "The green side of protectionism: Environmental concerns and three facets of trade policy preferences," *Review of International Political Economy* 19.5 (2012): 837-866, 7., dan Kate Miles, *The Origin of International Investment Law*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2013), 159.

7 Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat* (Jakarta: Rajawali Press, 2011), 13.

konteks yang utuh berdasarkan objek dan tujuan peraturan itu dibuat.⁸ Kemudian, selain melakukan analisa terhadap peraturan, pembahasan studi ini juga menerapkan cara *Hanson* tentang teknik penelitian hukum. Dalam buku *Legal Method, Skills, and Reasoning*, *Hanson* mengemukakan bahwa dibutuhkannya cara berpikir kritis dari sudut pandang logika, penalaran hukum, dan argumentasi hukum di dalam studi hukum karena pemahaman hukum dari perspektif semacam ini berusaha menemukan, mengungkap, menguji akurasi, dan menjustifikasi asumsi-asumsi atau makna-makna yang tersembunyi dalam peraturan atau ketentuan hukum yang ada berdasarkan kemampuan rasio (akal budi) manusia.⁹

C. Pembahasan

1. Hubungan Hukum Penanaman Modal Nasional dengan Hukum Internasional

Permasalahan awal pengaturan PMA di Indonesia merupakan efek samping dari pengaturan satu undang-undang untuk dua rezim yang berbeda, PMA dan PMDN. Dengan diupayakannya sebanyak mungkin pengaturan yang sama untuk kedua jenis penanaman modal tersebut, pengaturan PMA yang seharusnya membutuhkan ketentuan yang lebih kompleks dan detail menjadi termarginalkan. Sehingga, dampak negatif muncul di mana UUPM terkesan lebih banyak mengatur PMDN dibandingkan PMA. konsekuensi logis dari hal tersebut adalah kurang kuat dan jelasnya pengaturan PMA di Indonesia. Hal ini dipersulit dengan kenyataan

bahwa UUPM semakin lama semakin tertinggal oleh perkembangan pengaturan PMA dalam hukum internasional yang terjadi begitu cepat terutama sejak abad 21 ini.

Arah kebijakan pembangunan di Indonesia masih membutuhkan banyaknya modal dari sektor swasta di samping APBN yang dimiliki pemerintah. Ditambah lagi, pembangunan Ibu Kota Negara (IKN) dan kawasan pendukungnya jelas membutuhkan modal asing yang signifikan. Sedangkan, kondisinya sekarang adalah pengaturan PMA di dalam UUPM masih menimbulkan ketidakpastian hukum dalam berbagai aspek yang dapat menimbulkan berbagai potensi sengketa PMA. Padahal, tantangan membangun IKN dan kawasan pendukungnya lebih berat karena lahan-lahan pembangunannya berada di atas kawasan yang memiliki (1) sumber daya alam; (2) hutan sebagai penyangga lingkungan; (3) hak tanah adat, dan; (4) kawasan penduduk yang dapat terpinggirkan. Berbagai resiko kesehatan masyarakat, keamanan, lingkungan dan kedaulatan negara dapat terjadi bila investasi asing tidak dapat diatur dengan baik melalui regulasi yang jelas untuk mempromosikan investasi di satu sisi dan mempertahankan kedaulatan dan keamanan negara di sisi lain.

Menentukan persinggungan dan hubungan antara hukum penanaman modal UUPM yang merupakan hukum nasional (domestik) dengan ketentuan hukum internasional terhadap pengaturan penanaman modal asing adalah sebuah hal yang fundamental dilakukan. Hal ini karena, akan

8 Pasal 31 Vienna Convention on The Law of Treaties, 1969.

9 Urbanus Ura Weruin, "Logika, Penalaran, dan Argumentasi Hukum," *Jurnal Konstitusi* 14.2 (2017): 374-395, 375.

sulit meletakkan pengaturan penanaman modal asing di dalam UUPM bila kita tidak mampu mengidentifikasi terlebih dahulu hubungan seperti apa yang terjadi di antara kedua sistem tersebut yaitu hukum nasional dan hukum internasional.

Di dalam UUPM yang merupakan hukum domestik, hukum internasional terlibat karena munculnya unsur asing yang menimbulkan implikasi dan dampak lanjutan dalam penanganan PMA dibandingkan PMDN. Unsur asing ini pula yang memberikan perbedaan antara PMDN dan PMA tersebut. Modal asing, dan perorangan atau perusahaan asing merupakan bagian dari sistem hukum internasional harus ditetapkan statusnya dan dilindungi secara internasional juga.

Jelaslah bahwa unsur 'asing' dalam PMA memunculkan konsekuensi logis hadirnya aspek internasional. Aspek internasional dapat diketahui dengan mengidentifikasi adanya pertautan hubungan hukum antara suatu subjek hukum pada suatu negara dengan subjek hukum di negara lainnya. Unsur 'asing' sendiri dalam PMA menimbulkan konsekuensi terjadinya penanganan khusus dari Pemerintah Indonesia. Hal ini terlihat dari mulai dari adanya kejelasan status hukumnya, pendirian dan pengesahan badan usaha, syarat memperoleh izin, tenaga kerja, bidang usaha yang terbuka atau tertutup, hingga kepada cara-cara penyelesaian sengketa. Satu hal yang pasti, perlindungan terhadap PMA

berlaku dan harus memenuhi standar hukum internasional, bukan hanya standar domestik atau peraturan di Indonesia saja. Bahkan, dalam penyelesaian sengketa investasi internasional, hukum domestik dapat saja dikesampingkan oleh tribunal sejauh mana dalam pemenuhan hukum domestik tersebut justru terjadi pelanggaran terhadap hukum investasi internasional.¹⁰

Dari pemahaman di atas, terlihat bahwa hukum internasional berada di atas hukum nasional. Namun, apakah gagasan ini benar secara keseluruhan tentu harus dipahami lagi. Secara umum, memang dapat dikatakan bahwa daya ikat hukum internasional lebih kuat bila dibandingkan dengan hukum nasional. Hukum internasional lahir atas konsensus negara-negara, baik itu tertulis maupun tidak tertulis. Bahkan, Ketika suatu negara tidak mengikatkan diri pada perjanjian atau konvensi tertentu pun, bila itu sudah menjadi praktek umum secara internasional besar peluang untuk dikatakan bahwa negara tersebut harus mengikuti aturan internasional tersebut. Salah satu contohnya adalah Konvensi Montevideo Tahun 1933. Konvensi tersebut hanya diratifikasi oleh 17 negara, namun karena kemudian menjadi hukum kebiasaan internasional menjadi diikuti oleh seluruh negara dalam penerapannya.

Sementara, di sisi lain, hukum nasional lahir hanya karena kemauan sepihak dari sebuah negara. Oleh karena itu, wajar bila

10 Lihat kasus *Metalclad Corp v. Mexico*, ICSID (Additional Facility) Case No ARB (AF) /97/1 (Award of 30 August 2000), di mana tribunal berpegang pada ketentuan Pasal 27 VCLT (Vienna Convention on the Law of Treaties) yang berbunyi "*A Party may not invoke the provisions of its international law as justification for its failure to perform a treaty*". Terjemahan bebas dari ketentuan Pasal 27 VCLT ini berarti bahwa pihak tertentu tidak dapat menjustifikasi pemenuhan hukum domestik sebagai alasan dari melanggar ketentuan dari perjanjian internasional yang ada. Perjanjian internasional dalam hukum investasi internasional sendiri memiliki berbagai klausul yang secara umum ditetapkan untuk memberikan perlindungan penuh kepada penanam modal asing.

hukum internasional dipandang lebih tinggi daripada hukum nasional sejauh mengatur hal-hal yang berkaitan dengan kepentingan internasional di dalamnya, terlepas dari prinsip monism atau dualism yang dianut sebuah negara. Ini berarti, ketika terjadi konflik, aturan yang sudah diatur secara internasional harus tunduk pada hukum internasional. Sementara, hal-hal yang di luar itu, seperti ketentuan-ketentuan lain termasuk prosedur atau administrasi hukum yang diatur dan dipraktekkan sebuah negara menjadi kewenangan negara tersebut.

Hal ini berarti pengaturan hukum penanaman modal asing di dalam UUPM harus dapat mengidentifikasi 2 (dua) kelompok, mana yang dapat diatur secara bebas oleh sebuah negara, dan mana yang secara *'default'* tunduk pada hukum internasional. Sampai di sini, haruslah dipahami bahwa tidak seluruh hukum internasional yang mengatur penanaman modal asing dianggap sebagai aturan *'tinggi'* yang harus tunduk terhadapnya. Hanya hal-hal tertentu saja yang sudah otomatis dianggap sebagai aturan demikian, seperti standar minimum internasional terhadap perlakuan terhadap asing dan propertinya.¹¹ Standar minimum terhadap orang asing ini termasuk

sebagaimana klaim *Neer* maupun yang terus berkembang seiring perkembangan zaman.¹²

Hanya saja, meskipun beberapa ketentuan sudah menjadi standar secara internasional, bukan berarti bahwa UUPM sebagai hukum nasional mesti absen dalam mengatur ketentuan tersebut di dalam UUPM. Hal ini berdasarkan atas 2 (dua) sebab. Yang pertama, ketidak munculan beberapa ketentuan standar di dalam hukum internasional di dalam UUPM menempatkan pengaturan UUPM menjadi tidak jelas sehingga menimbulkan kebingungan dan ketidakpastian secara hukum. Masyarakat internasional dan termasuk masyarakat Indonesia akan memiliki keraguan dalam melihat bagaimana posisi pemerintah dalam menerapkan aturan hukum internasional di dalam hukum nasional UUPM nya. Padahal, seperti pengaturan dalam perjanjian investasi internasional, teks dalam hukum nasional pun sangat penting sebagai rujukan bila terjadi sengketa.¹³ Kedua, meskipun beberapa ketentuan sudah menjadi standar di dalam hukum internasional seperti klausul *non-expropriation*, *most favoured nation* (MFN), *national treatment* (NT), *fair and equitable treatment* (FET), *full protection and security* (FPS), serta klausul-klausul

11 Standar minimum internasional (international minimum standard) merupakan seperangkat aturan dasar yang diakui secara internasional terhadap perlakuan terhadap orang asing dan propertinya di negara lain. Perlakuan terhadap orang asing itu harus memenuhi standar yang ditetapkan terlepas dari bagaimanapun hukum domestik atau praktek hukum yang dilaksanakan suatu negara. Pelanggaran terhadap hak-hak orang asing tersebut sesuai standar hukum internasional dianggap sebagai pelanggaran hukum internasional.

12 Klaim *Neer* merupakan pijakan awal di dalam penetapan standar minimum internasional terhadap orang asing. Kasus ini berawal dari terbunuhnya Paul Neer, seorang warga Amerika, di Meksiko dalam kondisi yang tidak jelas. Dalam kasus ini, komisi sengketa menyatakan bahwa untuk menentukan terjadinya tindakan jahat yang dilakukan pemerintah yang kebiadaban, itikad buruk, kelalaian menjalankan tugas atau tindakan yang tidak cukup dilakukan sesuai standar yang ada, lihat United Nations, Reports of International Arbitral Awards, 1926, IV, pp. 60ff.

13 Lihat juga Jeswald W. Salacuse, *The Law of Investment Treaties*, (Oxford: Oxford University Press, 2015), 160 dan Campbell McLachlan QC et al., *International Investment Arbitration: Substantive Principle* (Oxford: Oxford University Press, 2010), 22

lainnya, pada prakteknya beberapa norma dalam peraturan tersebut tidak tetap atau tidak membeku sepanjang waktu. Di samping itu, penafsiran klausul-klausul tersebut seringkali membingungkan dan menimbulkan penafsiran berbeda.

Dalam beberapa kasus, penafsiran terhadap klausul tertentu diputus berbeda oleh masing-masing tribunal.¹⁴ Dengan demikian, pengaturan yang dapat dilakukan oleh UUPM dapat menyediakan batas dasar (*baseline*) dan memperjelas ruang lingkup dan penerapan klausul tersebut dalam sebuah sengketa. Di samping itu, adanya standar dan batas yang jelas di dalam UUPM terhadap pengaturan PMA seharusnya dapat dan diarahkan sebagai standar baku atau pedoman yang ada di dalam membuat perjanjian secara bilateral maupun multilateral dengan negara lain. Ketiadaan pengaturan tersebut secara jelas dan tertulis di dalam UUPM, dapat membuat terjadinya keragaman dan gap yang terlalu besar antara satu perjanjian dengan perjanjian lain. Meskipun beberapa ketentuan dasar sudah menjadi pedoman, tentu hal ini tidak menghalangi terjadi kustomisasi terhadap berbagai ketentuan lain tergantung situasi dan kondisi yang ada.

Seiring dengan perkembangan zaman, selalu dibutuhkan hukum yang ikut berubah mengantisipasi dan menjawab berbagai permasalahan yang timbul di

dalam kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara. Begitu pula hanya dengan pengaturan PMA. Pasal 21 dalam UU PMA lama sudah mengatur mengenai jaminan tidak akan dilakukannya nasionalisasi atau tindakan ekspropriasi. Hal itu seiring dengan keadaan umum ketika itu di mana terjadinya berbagai pergerakan perlawanan terhadap kolonialisme yang diiringi paham nasionalisme dengan melakukan nasionalisasi aset asing di suatu negara. Namun, pada UU PMA lama itu belum dimasukkan sama sekali pengaturan mengenai perlakuan *most favoured nation* (MFN) sebagaimana terdapat dalam Pasal 6 UUPM yang sekarang sebagai standar non diskriminasi saat ini. Pengaturan non-ekspropriasi dan non-diskriminasi dalam bentuk MFN praktis menjadi ruh utama perlindungan investor asing di Indonesia di dalam UUPM saat ini.

Namun demikian, minimnya perlindungan PMA dalam UUPM ini berbeda dengan praktek yang dilakukan Indonesia akhir-akhir ini dalam perjanjian bilateral atau multilateralnya yang berhubungan dengan PMA. Salah satu perjanjian PMA terbaru yang disepakati Indonesia dengan Singapura di tahun 2018 sudah memuat pengaturan yang lebih lengkap dalam perlindungan kegiatan PMA.¹⁵ Dalam perjanjian investasi tersebut sudah memberikan penjelasan yang lebih lengkap mengenai *National Treatment* dan

14 Misalnya dalam *S.D. Myers vs Canada* (*S.D. Myers Inc. vs. Canada*, UNCITRAL (Partial Award of 13 November 2000) [*S.D. Myers*]), tribunal menegaskan bahwa sesuai interpretasinya terhadap Pasal 1105 (1) NAFTA, ruang lingkup klausul FET dan FPS dibaca secara utuh dan luas yaitu sesuai '*treatment in accordance with international law*'. Sementara, pada kasus *Azurix Corp. v. Argentine* (*Azurix Corp. vs. Argentine*, ICSID Case No. ARB/01/12 (Award of 14 July 2006) [*Azurix*]), FET diinterpretasikan oleh tribunal sebagai sebuah standar yang lebih tinggi daripada yang dipersyaratkan oleh hukum internasional.

15 *Agreement Between The Government of The Republic of Indonesia and The Government of The Republic of Singapore on The Promotion and Protection of Investment*, 2018.

Ekspropriasi di bagian lampirannya, termasuk juga klausul FET (pasal 3), NT (pasal 4), MFN (pasal 5) dan ekspropriasi (pasal 6) pada batang tubuh perjanjian. Bahkan, dalam perjanjian bilateral ini juga sudah diatur adanya klausul 'Right to Regulate' (Pasal 11) yang memberikan keleluasan kepada pemerintah asing-masing negara untuk dapat menerapkan peraturan dengan alasan yang sah meski menimbulkan efek negatif kepada investor asing. Pengaturan yang lebih kurang sama terdapat pada perjanjian perdagangan dengan Australia yaitu IA CEPA di mana pada Bagian 'Investment Chapter' nya terdapat pengaturan proteksi berdasarkan Standar minimum internasional yang termasuk di dalamnya FET dan FPS (Pasal 14.7) dan *Promotion of regulatory Objectives* Pasal 14.16.¹⁶

Dari apa yang disampaikan di atas telah membuktikan bahwa pengaturan UUPM tertinggal dibanding praktek perjanjian yang sudah dilakukan dengan negara lain. Padahal,

"Procedure for concluding an investment agreement with the Government of the Republic of Uzbekistan: "The Government of the Republic of Uzbekistan may conclude an investment agreement in order to ensure the fulfillment of obligations by foreign investors, who are provided by mutual agreement with additional guarantees and support measures (benefits and preferences)."

UUPM harus menjadi dasar untuk dapat dilaksanakannya perjanjian investasi dengan negara lain dengan sejumlah ketentuan dasar yang harus juga diakomodir di dalam perjanjian investasi tersebut. Hal ini memberikan 2 (dua) arti penting. Yang pertama, UUPM berfungsi sebagai UU 'dasar'

dengan telah diundangkannya UUPM sebagai regulasi yang mengatur kegiatan penanaman modal termasuk PMA, keberadaan UUPM harus mampu menjadi '*baseline*' sehingga tidak boleh tertinggal oleh perjanjian investasi lainnya yang dilakukan secara terpisah dengan negara lain. Setidaknya, terdapat juga ketentuan yang mengatur hubungan antara UUPM dengan perjanjian investasi lain. Idealnya, ada kerangka dan pedoman jelas yang ditetapkan oleh UUPM yang menjadi standar dasar dan baku yang digunakan oleh Pemerintah dalam melaksanakan kesepakatan perjanjian investasi dengan negara lain, hal yang mana baik mekanisme maupun prosedurnya pun sebaiknya ditetapkan dengan jelas di dalam UUPM. Salah satu contoh pengaturan seperti itu dapat dilihat di dalam UU Penanaman Modal Negara Uzbekistan.¹⁷ Dalam UU penanaman modal Uzbekistan tersebut pada *Chapter 8*, pasal 40 nya, dinyatakan bahwa:

dalam segala kegiatan investasi di Indonesia termasuk di dalamnya hubungan perjanjian investasi dengan negara lain. Kedua, dengan mengacu kepada UUPM, segala perjanjian investasi yang dibuat dengan negara lain relatif seragam, Keseragaman dan kemampuan UUPM yang dapat berfungsi sebagai norma

16 *Indonesia-Australia Comprehensive Economic Partnership Agreement*, 2020.

17 *Law of the Republic of Uzbekistan On investments and investment activity*, 2019.

dasar dalam kegiatan PMA akan menimbulkan kepastian hukum yang lebih komprehensif. Artinya ketika orang melihat UUPM Indonesia mereka akan mendapatkan gambaran umum mengenai pengaturan PMA di Indonesia, tanpa perlu melakukan kajian lebih lanjut dan spesifik untuk menelusuri ada atau tidaknya perjanjian investasi dengan negara lain. Hal ini dikatakan, tentu dengan tidak mengacuhkan kemungkinan terjadi diferensiasi tertentu antara perjanjian investasi satu dengan yang lainnya. Meskipun demikian, diferensiasi yang ada harus tidak jauh melenceng atau bertentangan dari ketentuan yang standar dianut oleh UUPM itu sendiri. Bila ini dapat terealisasi, bahkan ini lebih baik dari apa yang ada di Singapura, di mana untuk mengetahui pengaturan penanaman modal kita harus benar-benar mendalami berbagai peraturan yang berada dalam regulasi yang terpisah, dan termasuk di dalamnya perjanjian investasinya dengan berbagai negara.

2. Pengaturan PMA dan PMDN dalam Satu Regulasi UUPM

UUPM dianggap sebagai produk hukum yang berani dan revolusioner pada masa diundangkannya karena secara tegas menyatukan pengaturan PMA dan PMDN dalam satu peraturan. Padahal, selama lebih dari 3 (tiga) dekade, kedua hal tersebut dipisah. Terdapat anggapan bahwa pengaturan PMA dan PMDN dalam satu regulasi ditujukan untuk mengakomodir prinsip non-diskriminasi di mana antara

kegiatan penanaman modal dalam negeri dan asing diperlakukan sama.¹⁸ Sehubungan dengan itu, pertanyaan selanjutnya yang perlu untuk dijawab yaitu apakah penyatuan demikian adalah suatu keharusan untuk mengadopsi ketentuan hukum internasional yang mengamankan prinsip non diskriminasi. Ataupun, terlepas dari teori pertama, memang terdapat pengaturan yang secara substansial tidak masalah untuk dipersatukan untuk memperoleh regulasi yang lebih utuh daripada dilakukan pengaturan secara terpisah.

Prinsip non diskriminasi dalam hukum internasional tidak mengharuskan adanya pernyataan non-diskriminasi terhadap investor asing berupa penyatuan pengaturannya di dalam regulasi yang sama dengan PMDN. Prinsip non diskriminasi tidak dapat hanya digantungkan dengan pencantumannya di dalam suatu peraturan yang sama dengan objek lain yang dianggap sebagai pembandingnya, yaitu dalam hal ini perlakuan PMDN.¹⁹ Dengan demikian, konsep diskriminasi lebih ditekankan kepada perlakuan di dalam bentuk dan praktek, bukan sekedar metode pengaturannya. Sehingga, meletakkan pengaturan PMDN dan PMA dalam satu regulasi tidaklah otomatis menentukan bahwa tidak terjadi diskriminasi. Praktek negara-negara pun berbeda dalam pengaturan penanaman modalnya. Ada yang menyatukan PMA dan PMDN dalam satu regulasi seperti UUPM di Indonesia dan

18 *Op Cit*, Agus Surachman, hal. 29.

19 Diskriminasi harus ditafsirkan terjadinya perlakuan yang berbeda terhadap kasus yang sama. Dalam kalimat lain, hal-hal yang berbeda, semestinya tidak diperlakukan sama. Konsep ini menjadi kabur bila kita membandingkan PMA dan PMDN. Secara natural, PMA harus diperlakukan berbeda dengan PMDN. Namun, dalam konteks hukum ekonomi internasional, perlakuan berbeda tersebut harus dibatasi pada hal yang bersifat administratif dan prosedural saja, bukan kepada kegiatan usaha dan investornya.

ada pula yang mengaturnya secara terpisah. Bahkan ada pula negara yang justru tidak secara khusus memiliki hukum penanaman modal yang terpisah secara sendiri, seperti negara Singapura.²⁰ Dengan demikian, PMA dan PMDN tidak harus diletakkan dalam satu regulasi yang sama untuk dapat dikatakan sebagai upaya mempromosikan ketaatan suatu negara dalam prinsip non-diskriminasi secara internasional. Sebaliknya, meletakkan PMA dan PMDN dalam satu regulasi juga tidaklah salah.

Pengaturan PMDN dan PMA memang dapat dilakukan secara bersama di dalam satu regulasi. UUPM tahun 2007 seperti dirancang untuk dapat menempatkan 2 (dua) pengaturan yang sebenarnya berbeda, yaitu PMDN dan PMA, menjadi dapat diatur sedemikian rupa di dalam satu regulasi, di mana terdapat beberapa pengaturan yang bersifat umum dan beberapa pengaturan secara khusus yang kemudian ditekankan mengenai PMA. Cara demikian memiliki poin lebih dalam hal pengaturan yang komprehensif namun tetap ringkas. Namun demikian, konsekuensinya adalah pemerintah telah kehilangan fokus dalam memberikan pengaturan yang lebih mendalam mengenai PMA karena adanya upaya untuk menghadirkan keseimbangan dalam bobot pengaturan PMA dan PMDN dalam satu regulasi UUPM. Padahal, pengaturan PMA semakin menantang pada saat ini, terutama dalam upaya mendorong masuknya PMA serta menyeimbangkan perlindungan yang optimal bagi investor asing di satu sisi, dan kedaulatan negara di sisi lain.

Sayangnya, UUPM tidak hanya terlalu ringkas dalam hal memberikan pengaturan PMA secara keseluruhan, namun juga kurang dalam hal mengatur berbagai klausul utama secara mendetail untuk menghilangkan keraguan dan salah tafsir yang sering terjadi dalam sengketa antara pemerintah dan investor asing. Sebagaimana dibahas sebelumnya, UUPM hanya memberikan perlindungan non-ekspropriasi dan MFN kepada investor asing. Beberapa ketentuan standar lain, seperti NT, FET, FPS, hingga pengaturan penting lain seperti kedaulatan negara dalam perlindungan ekonomi, Kesehatan masyarakat, lingkungan hidup dan keamanan tidak dimasukkan. Padahal, kecenderungan kebutuhan perjanjian investasi pada masa sekarang mengarah kepada upaya untuk memperkuat pengaturan dengan menerapkan batasan dan ruang lingkup yang lebih jelas untuk memudahkan penafsiran sehingga dapat meminimalisir potensi sengketa.

Pengaturan PMDN dan PMA memang murni bergantung kepada kebutuhan negara. Negara yang menjadi sasaran PMA, semestinya membuat pengaturan yang lebih lengkap dan detail. Apalagi, bila negara itu termasuk negara berkembang yang sangat membutuhkan kehadiran investasi asing, namun juga memiliki kecenderungan sensitif dengan keamanan, kedaulatan dan lingkungannya. Oleh karena itu, hubungan antara negara lain dan investor asing nya harus diatur sehati-hati mungkin. Bila dibutuhkan untuk mengatur PMA secara

20 Singapura tidak membedakan antara PMA dan PMDN secara umum, kecuali beberapa limitasi terhadap sektor pelayanan keuangan, telekomunikasi dan sektor lain yang menyangkut keamanan publik, control polusi, dan hubungan industry, lihat Trade policy review wt/tpr/s/14, hal.27-28.

khusus, praktek pemisahan PMDN dan PMA dalam regulasi terpisah juga dapat dilakukan dan bukan lah suatu kemunduran mengingat beberapa negara lain juga masih terus memberikan pengaturan PMA secara terpisah. Misalnya UEA, dengan *Federal Law by Decree No. (19) of 2018 Regarding Foreign Direct Investment* (2018). Sementara, negara seperti Uzbekistan memang menyatukan regulasi PMA dan PMDN dalam UU penanaman modalnya, namun porsi terhadap PMA diberikan porsi pengaturan yang lebih di dalam *Law of the Republic of Uzbekistan On investments and investment activity* (2019). Dengan demikian, pengaturan PMA dan PMDN tidak masalah apakah dalam satu regulasi atau tidak. Hal yang paling penting adalah PMA mesti diberikan pengaturan yang lebih lengkap, dan lebih detail, karena memiliki kebutuhan pengaturan yang lebih kompleks juga. Hal ini tentu berbeda dengan PMDN yang pengaturannya sepenuhnya hanya berlaku sesuai kehendak negara. Sedangkan, PMA harus mengatur banyak hal seperti pengaturan bersifat promotif dalam bentuk insentif dan kemudahan lainnya, bidang usaha yang terbuka dan tertutup, hubungan perlakuannya dengan PMDN dan UMKM, penjabaran lebih lanjut mengenai hak-hak dan kewajiban sebagai investor asing, keterkaitannya dengan kedaulatan negara dalam membuat dan melaksanakan regulasi yang bersinggungan dengan hak dan perlindungan investor, hubungan antara UUPM dalam hal PMA dengan perjanjian investasi dengan negara lain, hingga kepada cara-cara penyelesaian sengketa yang rawan terjadi.

3. Keseimbangan antara Hak dan Kewajiban

Keseimbangan antara hak dan kewajiban antara investor asing dan pemerintah dalam pengaturan PMA merupakan hal yang sangat vital di dalam mendorong dan memproteksi PMA. Tanpa adanya kejelasan dan batasan perlindungan kepada investor asing dan tanpa adanya pengaturan hak pemerintah untuk menerapkan tindakan yang dibutuhkan dalam menjaga kedaulatan negara dapat menempatkan pemerintah dalam posisi sulit. Sementara, bila pengaturan PMA lebih cenderung kepada terlalu kuatnya posisi pemerintah dan minimnya proteksi dan kemudahan investasi yang diberikan kepada investor asing, dapat mengakibatkan kurang menariknya iklim investasi.

Argumen utama dari studi ini telah memberikan gagasan bahwa perlunya peningkatan pengaturan PMA di dalam UU No, 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal. Salah satu poin penting yang perlu diperkuat adalah hak dan kewajiban antara investor asing dan pemerintah di dalam PMA. Dorongan untuk melakukan pembaruan UUPM terjadi atas 2 (dua) hal. Pertama, karena UUPM belum cukup dalam menyediakan dasar yang dibutuhkan untuk memenuhi kebutuhan pengaturan PMA yang komplit dan kompleks. Kedua, karena sesungguhnya pengaturan PMA telah jelas dan nyata tertinggal dari praktek dan perkembangan PMA saat ini. UUPM lebih banyak merefleksikan praktek dan perjanjian investasi Indonesia sebelum tahun 2000. UUPM pada saat pembuatannya juga tidak cukup dapat menangkap perkembangan PMA di mana pada tahun

sebelum 2007 pun beberapa putusan tribunal dan perjanjian investasi sudah menunjukkan perkembangan sengketa dalam pengaturan PMA misalnya *Metalclad (2000)*,²¹ *Tecmed (2003)*,²² *Methanex (2005)*,²³ dan *Azurix (2006)*.²⁴ Di antara berbagai hal yang perlu ditingkatkan pengaturannya itu, klausul FET dan ekspropriasi merupakan yang terdepan untuk kemudian diseimbangkan dengan adanya 'Right to Regulate' dari pemerintah.

FET yaitu *Fair and Equitable Treatment* merupakan standar perlindungan investor yang masuk ke dalam kelompok paling dasar²⁵ dan umum dimasukkan dalam perjanjian investasi bersama non-ekspropriasi.²⁶ FET perlu dimasukkan ke dalam UUPM dengan peningkatan pengaturan karena klausul FET sendiri merupakan klausul yang sangat sering digunakan di dalam sengketa investasi. Hal ini disebabkan oleh terminologinya yang bersifat umum di mana sebelumnya masih sulit dirumuskan secara pasti.²⁷

Perkembangan klausul FET pada masa sekarang sudah jauh lebih kuat. Ada

berbagai model dan cara pengaturan FET yang berkembang pada perjanjian investasi saat ini, termasuk dari Indonesia sendiri di dalam perjanjian bilateral dengan Singapura dan Australia (IA CEPA). Namun, contoh pengaturan FET yang sangat baik dapat dilihat pada *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA)*.²⁸ Klausul FET dalam CETA ini memberikan batasan yang lebih jelas untuk penafsiran FET dengan disebutkannya daftar kriteria tindakan yang berhubungan dengan aplikasi FET daripada sekedar menghubungkannya kepada hukum kebiasaan internasional atau *Customary International Law (CIL)*.²⁹ Di dalam FET, termasuk di dalamnya "*denial of justice, due process, transparency, targeted discrimination, dan abusive treatment*". Metode yang dipakai CETA mampu untuk membatasi interpretasi klausul FET hanya melalui 2 (dua) jalan. Pertama, interpretasi FET hanya berdasarkan daftar kriteria yang telah disebutkan dalam Pasal 8.10.2 huruf a-e. Sementara, alternatif kedua adalah berdasarkan kriteria di lain di

21 *Metalclad Corp. v. Mexico, ICSID (Additional Facility) Case No. ARB(AF)/97/1 (Award of 30 August 2000)* [Metalclad]

22 *Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. vs. México, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2 (Award of 29 May 2003)* [Tecmed]

23 *Methanex Corp. vs. USA, UNCITRAL (Final Award of 3 August 2005)* [Methanex]

24 *Azurix Corp. vs. Argentine, ICSID Case No. ARB/01/12 (Award of 14 July 2006)* [Azurix]

25 Subedi, *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle* (Oxford and Portland: Hart Publishing, 2010), 63.

26 Kenneth J. Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties; History, Policy and Interpretation*, (Oxford: Oxford University Press, 2010), 190 dan David Collins, *An Introduction to International Investment Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2017), 125.

27 Vandeveld, *Bilateral Investment Treaties*, 195., menyebutkan interpretasi dari FET mencakup keamanan, kewajaran, transparansi, non-diskriminasi dan keputusan.

28 *Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) Between Canada, of the One Part, and the European Union [And Its Member States, 30 November 2016 (entered into force provisionally 21 September 2017)]* [CETA]. Available at <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3593>

29 Meski pengaturan FET dapat dihubungkan kepada hukum kebiasaan internasional (CIL), hal ini memiliki kekurangan tersendiri. CIL sebagai sebuah kebiasaan dan praktek internasional dapat berubah setiap waktu sehingga pengaturan FET dapat menjadi tertinggal satu menjadi perdebatan sejauh mana CIL akan diterapkan. Oleh karena itu, jika memang FET mau untuk dihubungkan dengan CIL, maka diperlukan pengaturan lain yang dapat memperjelas bagaimana para pihak dapat menginterpretasikan CIL tersebut.

masa mendatang³⁰ yang mana juga hanya bisa ditentukan dengan kesepakatan para pihak dalam perjanjian.³¹ Dengan pengaturan demikian, kehadiran FET untuk menjamin investor tetap dapat dikontrol sesuai interpretasi yang diinginkan oleh para pihak sesuai kesepakatan. Hal ini memudahkan para pihak untuk mengetahui batasan FET dan menghindari dibuatnya interpretasi secara sendiri oleh tribunal dalam memutus sengketa.

Klausul lain yang perlu diperhatikan adalah klausul ekspropriasi. Meskipun klausul ini telah dimasukkan kepada UU PMA dan perjanjian investasi pada tahap awal, nyatanya klausul ini masih sering diperdebatkan karena dalam perkembangannya menimbulkan keraguan dan ketidakpastian hukum. Pada UUPM sendiri klausul ekspropriasi ini dicantumkan pada pasal 7 ayat (1) di mana dinyatakan bahwa “Pemerintah tidak akan melakukan tindakan nasionalisasi atau pengambilalihan hak kepemilikan penanam modal, kecuali dengan undang-undang.” Pengaturan ekspropriasi yang demikian termasuk ke dalam pengaturan yang sudah kuno yang berasal dari tahap awal sejarah klausul ekspropriasi di dalam pengaturan PMA. Hal ini dapat dilihat dari pengaturan Pasal 7 ini yang belum memisahkan dengan jelas ekspropriasi langsung dan ekspropriasi tidak langsung di mana pada pasal 7 tersebut lebih cenderung mengarah kepada ekspropriasi langsung saja karena adanya istilah ‘nasionalisasi’ dan ‘pengambilalihan hak kepemilikan’.

Ekspropriasi langsung atau sering dipakai istilah nasionalisasi ini dilaksanakan secara nyata dan ada bentuk pengambilalihan aset investasi. Jenis ekspropriasi ini sudah sangat jarang terjadi. Sementara ekspropriasi tidak langsung terjadi karena suatu atau serangkaian tindakan pemerintah yang mengakibatkan hilangnya kepentingan dan hak kegiatan investasi investor. Di samping itu, pengaturan ekspropriasi juga tidak memberikan batasan lebih lanjut mengenai apa saja kategori tindakan ekspropriasi. Padahal, pada berbagai UU Penanaman modal negara lain sudah banyak yang memperlihatkan pengaturan yang lebih lengkap dan baik seperti pada Pasal 52-55 *Myanmar Investment Law* (2016).

Sementara, praktek perjanjian investasi Indonesia sendiri juga sudah mendahului UUPM yaitu terdapat pada Pasal 6, dan Annex 2 Perjanjian Investasi antara Indonesia dan Singapura. Bila kita lihat pada pengaturan di dalam perjanjian dengan Singapura ini sudah mencakup beberapa ketentuan penting yang bisa diadopsi ke dalam UUPM seperti (1) adanya penjelasan kriteria dapat dilakukannya ekspropriasi; (2) adanya penjelasan bahwa ekspropriasi hanya terjadi kepada hak tau kepentingan investasi investor; (3) adanya pemisahan antara ekspropriasi langsung dan tidak langsung; (4) adanya kriteria yang harus dipenuhi untuk diuji dalam menentukan terjadi tidaknya ekspropriasi tidak langsung; dan (5) adanya ketentuan yang menyatakan bahwa tindakan non diskriminasi yang ditujukan untuk melindungi kepentingan umum tidak dinyatakan sebagai ekspropriasi

30 CETA, Pasal. 8.10.2 (f).

31 CETA, Pasal. 8.10.3.

tidak langsung.

Hal ini juga kurang lebih sama dengan pengaturan klausul ekspropriasi di beberapa perjanjian investasi modern seperti antara Kanada–Peru (2006), Trans Pacific Partnership (TPP), CETA, dan antara Kanada - Mongolia (2016) yang sudah menentukan bahwa tindakan non diskriminasi yang dilakukan pemerintah tidak dinyatakan sebagai ekspropriasi tidak langsung selama ditujukan untuk kepentingan publik yang objektif seperti kesehatan masyarakat, keamanan atau lingkungan.³² Sementara itu, perjanjian TPP mengatur lebih rinci lagi mengenai daftar apa saja kepentingan publik di bidang kesehatan masyarakat yang dinyatakan sebagai pengecualian tindakan ekspropriasi.³³ Oleh karena itu, ketentuan pada TPP ini memberikan pengaturan yang lebih jelas dibanding UU dan perjanjian investasi lainnya mengenai klausul ekspropriasi. Meski demikian, untuk kedepannya, pengaturan mengenai bidang keamanan dan lingkungan juga perlu dirinci lagi dalam pengaturan ekspropriasi sebagaimana yang terdapat pada TPP di bidang kesehatan.

Adanya pengaturan detail seperti ini sangat penting untuk memberikan kepastian hukum khususnya kepada para pihak yaitu pemerintah dan investor asing. Hal ini karena, meskipun pada kenyataannya telah ada klausul tertentu yang menyatakan adanya

'right to regulate', tanpa adanya ketentuan lebih lanjut yang mengatur pengecualian tindakan ekspropriasi, akan berakibat kepada sengketa. Sebagai contoh adalah Pasal 1114 *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) yang menyatakan bahwa perjanjian harus mengakui dan para pihak memastikan untuk mempromosikan kesehatan domestik, keamanan dan tindakan terhadap lingkungan. Pada prakteknya, ketentuan ini kemudian diabaikan oleh tribunal pada kasus yang berdasarkan NAFTA dimana tribunal berpendapat bahwa Pasal 1114 NAFTA itu tidak diikuti dengan ketentuan lain yang secara spesifik dapat mengecualikan pasal mengenai ekspropriasi yang terdapat pada Pasal 1110 NAFTA.³⁴ Sehingga, setiap terjadi ekspropriasi, tanpa pengecualian, harus diikuti dengan kompensasi.

Oleh sebab itulah, perlu diberikannya ketentuan lebih lengkap yang dapat menyatakan kondisi tertentu bahwa ekspropriasi tidak terjadi dan kriteria apa saja yang harus dipenuhi untuk aplikasinya. Selanjutnya juga perlu adanya penjelasan di dalam UUPM dan kesepahaman bersama pada perjanjian investasi mengenai ruang lingkup dan batasan apa saja yang dimaksud dengan norma kepentingan umum yang bersifat objektif di dalam bidang Kesehatan masyarakat, keamanan dan lingkungan. Tanpa adanya pemahaman dan ketentuan detail,

32 *Agreement Between Canada and the Republic of Peru for the Promotion and Protection of Investments*, 14 November 2006, (entered into force 20 June 2007) [Canada – Peru BIT 2006] Available at <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/626>, Annex B.13 (1). Trans-Pacific Partnership Agreement, 4 February 2016 (not in force) [TPP]. Available at <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/3573>., Annex 9-B 3(b). CETA, Annex 8-A (3). *Agreement Between Canada and Mongolia for the Promotion and Protection of Investments*, 8 September 2016, 2017/7 CTS (entered into force 24 February 2017) [Canada - Mongolia BIT 2016]. Available at <http://investmentpolicyhub.unctad.org/Download/TreatyFile/5373>., Annex B.10 c.

33 TPP, Annex 9-B 3 (b), footnote nomor 37.

34 Lihat kasus *Metalclad Corp. vs. Mexico*

para pihak akan mungkin untuk tetap berbeda pendapat mengenai tafsiran kepentingan umum tersebut. Masalahnya adalah sesungguhnya tidak terdapat juga konsensus internasional mengenai kepentingan umum yang objektif tersebut. Mengenai moral masyarakat (publik moral) misalnya, adalah berbeda pada tiap-tiap negara. Sehingga, ketika definisi nya saja tidak jelas, norma nya pun dapat berbeda ditafsirkan oleh masing-masing pihak.

D. Penutup

Dalam studi ini telah diberikan gagasan akan pentingnya pembaruan UUPM yang dilakukan dengan menata dan membentuk kembali (*remodelling*) serta memperjelas lebih detail pengaturan PMA. Pengaturan PMA tersebut dapat dilakukan secara terpisah maupun kembali dalam satu regulasi dengan PMDN sebagaimana yang dianut dalam UUPM saat ini. Bila disetujui melakukan penataan kembali secara luas, pengaturannya dapat dalam bentuk undang-undang baru yang mengatur secara utuh pengaturan hukum penanaman modal. Sementara, bila hanya memperjelas dan menguatkan beberapa poin dalam ketentuan PMA, perubahan dapat dimunculkan dalam skema yang sama dalam bentuk UU Cipta Kerja atau bentuk perubahan lain sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Melalui skema apapun, pembaruan UUPM perlu dilakukan terutama dalam menguatkan

pengaturan PMA dalam mendukung pembangunan IKN dan kewasannya. Dengan demikian, penggunaan modal asing dalam pembangunan dapat dilakukan dengan tetap menjaga keseimbangan dan keharmonisan hubungan antara pemerintah dengan investor asing dari berbagai negara.

Klausul FET dan Non-Ekspropriasi merupakan klausul yang sangat penting untuk diberikan pengaturannya di dalam pengaturan PMA karena kedua klausul tersebut sangat sering berbenturan dengan kepentingan dan tindakan negara dalam mengatur sendiri wilayah dan penduduknya (*right to regulate*). Dalam studi ini telah diberikan juga saran model dan bentuk klausul FET dan non-ekspropriasi seperti apa yang dianggap cocok untuk dipakai di Indonesia. Meski demikian, saran pengaturan PMA dalam studi ini baru sebatas membahas mengenai perkembangan pengaturan PMA yang sedang terjadi saat ini. Sementara, studi ini masih belum sampai kepada membahas bagaimana pengaturan PMA di masa depan yang harus mempertimbangkan perkembangan teknologi yang mendorong terjadinya ekonomi digital. Keadaan demikian dapat menimbulkan tantangan dan pengaturan baru di dalam klausul PMA, sehingga penelitian dan studi mendatang dapat diarahkan untuk dapat menjawab dan membahas hal ini.

DAFTAR PUSTAKA

A. Buku

- Collins, David. *An Introduction to International Investment Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2017.
- Dolzer, Rudolf dan Christoph Schreuer. *Principles of International Investment Law*, Oxford: Oxford University Press, 2012.
- QC, Campbell McLachlan et al., *International Investment Arbitration: Substantive Principle*, Oxford: Oxford University Press, 2010.
- Miles, Kate. *The Origin of International Investment Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2013.
- Salacuse, Jeswald W. *The Law of Investment Treaties*, Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Soekanto, Soerjono dan Sri Mamudji. *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*, Jakarta: Rajawali Press, 2011.
- Subedi. *International Investment Law: Reconciling Policy and Principle*, Oxford and Portland: Hart Publishing, 2010.
- Vandeveld, Kenneth J. *Bilateral Investment Treaties; History, Policy and Interpretation*, Oxford: Oxford University Press, 2010.

B. Makalah/Artikel/Prosiding/Hasil Penelitian

- Aqimuddin, Eka An, and Frency Siska. "The Ambiguity of Implementation of Full Protection and Security Principle in Indonesia Investment Law," *Social and Humaniora Research Symposium (SoRes 2018)*, Atlantis Press, 2019.
- Bechtel, M. et al. "The green side of protectionism: Environmental concerns and three facets of trade policy preferences," *Review of International Political Economy* 19.5 (2012).
- Janeba, Eckhard. "Regulatory chill and the effect of investor state dispute settlements," Cesifo Working Paper No. 6188 (2019)
- Puru, Franni. "PEMBAHARUAN HUKUM PENANAMAN MODAL DALAM MEMBERIKAN PERLINDUNGAN BAGI PENANAM MODAL DI INDONESIA," *LEX ADMINISTRATUM* 2.1 (2014).
- Rohendi, Acep. "Prinsip Liberalisasi Perdagangan World Trade Organization (WTO) Dalam Pembaharuan Hukum Investasi Di Indonesia (Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007) (Principle of Trade Liberalization of World Trade Organization (WTO) in Reforming the Investment Law of Indonesia (Indonesian Law No. 25 of 2007))," *Padjadjaran Jurnal Ilmu Hukum* 1.2 (2014).

Surachman, Agus. "Kritik Terhadap Undang Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal (Perspektif Teori Hukum)," *UNIFIKASI: Jurnal Ilmu Hukum* 5.1 (2018).

Weru, Urbanus Ura. "Logika, Penalaran, dan Argumentasi Hukum," *Jurnal Konstitusi* 14.2 (2017).

C. Putusan Tribunal/ Reports

Azurix Corp. v. Argentine (Azurix Corp. vs. Argentine, ICSID Case No. ARB/01/12 (Award of 14 July 2006) [Azurix].

Metalclad Corp. v. Mexico, ICSID (Additional Facility) Case No. ARB(AF)/97/1 (Award of 30 August 2000) [Metalclad].

Methanex Corp. vs. USA, UNCITRAL (Final Award of 3 August 2005) [Methanex].

S.D. Myers vs Canada (S.D. Myers Inc. vs. Canada, UNCITRAL (Partial Award of 13 November 2000) [S.D Myers].

Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. vs. Mexico, ICSID Case No. ARB (AF)/00/2 (Award of 29 May 2003) [Tecmed].

Trade policy Review Singapore, WT/TPR/S/14.

United Nations, Reports of International Arbitral Awards, 1926, IV.

D. Peraturan Perundang-Undangan/ Perjanjian Internasional

Vienna Convention on The Law of Treaties, 1969.

Agreement Between Canada and the Republic of Peru for the Promotion and Protection of Investments, [Canada – Peru BIT 2006].

Agreement Between Canada and Mongolia for the Promotion and Protection of Investments, [Canada - Mongolia BIT 2016].

Agreement Between The Government of The Republic of Indonesia and The Government of The Republic of Singapore on The Promotion and Protection of Investment, 2018.

Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA) Between Canada, of the One Part, and the European Union [And Its Member States.

Indonesia-Australia Comprehensive Economic Partnership Agreement (IA-CEPA), 2020.

Law of the Republic of Uzbekistan On investments and investment activity, 2019.

Trans-Pacific Partnership Agreement, [TPP].

Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing (UU PMA).

Undang-Undang Nomor 6 Tahun 1968 tentang Penanaman Modal Dalam Negeri (UU PMDN).

Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (UUPM).

Undang-Undang Nomor 11 tahun 2020 tentang Cipta Kerja.

BIODATA PENULIS

Surya Oktaviandra lahir pada tahun 1985 di Kota Padang, Provinsi Sumatera Barat. Tingkatan sekolah mulai dari SD, SLTP, SLTA, hingga perguruan tinggi ditempuh di Kota Padang. Mendapatkan gelar sarjana pada Fakultas Hukum Universitas Andalas di tahun 2009. Pernah bekerja di Bank Rakyat Indonesia pada periode 2009 - 2010, dan di Pemerintah Kota Padang Panjang, Provinsi Sumatera Barat, pada berbagai posisi dalam kurun waktu 2011 – 2021. Pada tahun 2017, Penulis melanjutkan studi strata S-2 dan memperoleh gelar masternya di bidang hukum di tahun 2018 pada program *Globalization and Law, Spec: International Trade and Investment Law* di Universiteit Maastricht (Belanda).

Saat ini Penulis merupakan Dosen pada Departemen Hukum Internasional di Fakultas Hukum Universitas Andalas. Tulisan Penulis beberapa kali diterbitkan pada media online, jurnal nasional dan internasional. Beberapa buku yang diterbitkan di bidang hukum ekonomi diantaranya: (1) Memahami Hukum Penanaman Modal Indonesia; (2) Penanaman Modal Dalam Negeri: Materi dan Kasus; (3) Hukum Penanaman Modal Indonesia: Sebuah Pengantar; (4) Standar Most Favoured Nation dalam GATT: Materi dan Kasus; (5) Standar National Treatment: Materi dan Kasus; (6) Penanaman Modal Asing: Materi dan Kasus; (7) Ketentuan Anti Dumping dalam GATT; (8) Countervailing dalam GATT: Materi dan Kasus.