

THE RIGHT TO REGULATE PADA BITS ANTARA INDONESIA DENGAN SINGAPURA 2018

Beauty Kezhia S Hutabarat
Universitas Indonesia
Email: kezhiasevanny@gmail.com

Abstrak

Indonesia melakukan kerjasama dengan investor asing dalam usahanya melaksanakan amanat UUD 1945 yaitu pembangunan nasional. Usaha Indonesia kemudian terlihat dalam banyaknya perjanjian investasi bilateral yang ditandatangani sejak tahun 1968. Adanya perjanjian investasi bilateral/BITs sebagai jaminan akan kepastian hukum dan perlindungan baik kepada investor asing maupun negara penerima modal yang biasa disebut dengan "perjanjian promosi dan perlindungan investasi". Segala upaya dilakukan untuk mereformasi klausul-klausul dalam BITs untuk memastikan keadilan dan kesetaraan yang mencegah terjadinya sikap diskriminatif dalam pelaksanaan investasi. Salah satu hasil dari reformasi itu adalah dengan adanya klausul hak untuk mengatur yang terdapat dalam BITs antara Indonesia dengan Singapura 2018 yang selanjutnya akan dibahas dalam jurnal ini.

Kata Kunci: Hukum, Investasi, Bits, Hak Untuk Mengatur, Indonesia Dan Singapura.

Abstract

Indonesia cooperates with foreign investors in its efforts to implement the mandate of the 1945 Constitution, namely national development. Indonesia's efforts are then seen in the many bilateral investment treaties signed since 1968. The existence of bilateral investment treaties/BITs as a guarantee of legal certainty and protection to both foreign investors and recipient countries is commonly referred to as "investment promotion and protection agreements". Every effort is made to reform the clauses in BITs to ensure fairness and equality that prevents discriminatory attitudes in the implementation of investment. One of the results of the reform is the right to regulate clause contained in the BITs between Indonesia and Singapore 2018 which will be discussed in this journal.

Keywords: Law, Investment, Bits, Right To Regulate, Indonesia And Singapore.

PENDAHULUAN

Indonesia sebagai negara berkembang tentunya terus berupaya untuk membangun setiap aspek baik di bidang infrastruktur, pendidikan maupun perekonomian yang dapat memopong kesejahteraan masyarakat dan menjadi negara maju guna dapat bersaing dengan negara lainnya. Namun tidak dapat dipungkiri sebagai masyarakat internasional, di rasa perlu mengadakan kerja sama antar negara untuk tercapainya kepentingan masing-masing negara karena menyadari adanya keterbatasan kemampuan dalam memenuhi kebutuhan tersebut, baik dari segi sumber daya alam, sumber daya manusia, atau yang akan dibahas pada tulisan ini adalah kebutuhan akan modal. Perlu disadari bahwa pemerintah mempunyai keterbatasan-keterbatasan untuk membiayai pembangunan nasional dengan kekuatan pendanaannya sendiri. Pembangunan ekonomi nasional merupakan amanat UUD 1945 di mana salah satu pilar dalam pembangun nasional selain pemerintah dan koperasi adalah sektor swasta. Kebutuhan akan biaya pembangunan nasional tidak hanya dapat diperoleh dari sumber-sumber pendanaan dalam negeri, tetapi juga dari luar negeri. Investasi asing merupakan salah satu alat untuk mengatasi hal ini, dikarenakan perannya yang sangat berguna dalam mempercepat pembangunan ekonomi nasional. Guna mencapai kesejahteraan umum, penggunaan modal asing dalam pembangunan perekonomian nasional bukanlah hal yang bertentangan dengan konstitusi. UUD 1945 mengatur prinsip-prinsip penyelenggaraan perekonomian nasional yaitu pada Pasal 33 ayat (4) di mana salah satunya adalah prinsip kemandirian. Prinsip kemandirian dewasa ini diartikan dengan walaupun penggunaan dana yang dimiliki oleh pemerintah lebih diutamakan, pembangunan nasional tidaklah terlepas dari bantuan dan kerja sama pihak luar, dengan kondisi selama dana dari pihak luar tersebut berfungsi sebagai pelengkap.

Investor asing yang menanamkan modalnya ke suatu negara dapat dipastikan bukan dengan maksud sukarela atau charity, melainkan untuk memperoleh keuntungan. Dari hal ini dapat ditarik sebuah kesimpulan bahwa hubungan antara investor asing dengan negara tuan rumah atau disebut dengan host state adalah hubungan mutualisme atau dengan kata lain saling membutuhkan dan menguntungkan. Keuntungan yang dimaksudkan tidaklah hanya dalam bentuk uang semata melainkan lebih dalam dari itu seperti upah buruh yang murah, tersedianya sumber bahan mentah, luasnya pasar yang baru, menjual teknologi, menjual bahan baku untuk dijadikan barang jadi, insentif untuk investor, dan status khusus negara-negara tertentu dalam perdagangan internasional. Namun realitas yang dihadapi tidak selalu sesuai dengan harapan. Kecendrungan investor asing menjadi objek yang diperebutkan oleh negara-negara khususnya negara berkembang, sehingga seakan memposisikan investor asing sebagai superior. Salah satu hal yang paling diperlukan oleh investor asing adalah jaminan iklim penanaman modal yang baik dan memadai di negara tuan rumah, seperti melakukan perbaikan koordinasi antar instansi pemerintah pusat dan daerah, penciptaan birokrasi yang efesien, kepastian hukum di bidang penanaman modal, biaya ekonomi yang berdaya saing tinggi, serta iklim usaha yang kondusif di bidang ketenagakerjaan dan keamanan berusaha.

Kepastian hukum menjadi hal yang sangat dibutuhkan untuk memberikan perlindungan hukum bagi investor maupun host state karena proses investasi langsung bukanlah one-off transaction, melainkan menyangkut proyek-proyek ekonomis jangka panjang sehingga akan memberikan risiko perubahan kondisi dan dampak negatif atas investasi (UNCTAD, FET). Perlindungan hukum kepada investor asing merupakan kewajiban host state dan termasuk bagian dari kewajiban berdasarkan hukum kebiasaan internasional (customary international law). Jaminan perlindungan dan kepastian hukum terhadap investor asing dan investasinya dapat diperoleh melalui beberapa sumber seperti investment contract antara Pemerintah dan investor asing, adanya peraturan perundang-undangan khusus di bidang penanaman modal dan perjanjian investasi internasional berupa

perjanjian bilateral, regional, atau multilateral. Perjanjian investasi internasional atau International Investment Agreements/IIAs adalah perjanjian internasional antar negara yang melahirkan kewajiban kepada negara terkait bagaimana cara memperlakukan investor asing dari negara mitra perjanjian. Salah satu bentuk perjanjian investasi internasional bersifat bilateral adalah Bilateral Investment Treaty (BIT). BIT merupakan praktik yang sering dipakai Indonesia dalam menjalin hubungan kerja sama investasinya dengan negara lain. Adanya Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing adalah bentuk perwujudan peraturan investasi. Satu tahun kemudian, Indonesia membuat BIT pertamanya dengan Belanda, kemudian disusul dengan beberapa BIT seperti dengan Jerman (1968), Belgia (1970), Perancis (1973), Swiss (1974) dan Inggris (1976).

Perkembangan praktik perjanjian investasi Indonesia mulai memperlihatkan kecendrungan perubahan ketika menginjak abad ke 21. Hal ini terlihat karena beberapa perjanjian BIT yang dibuat sebelumnya dirasa sudah tidak sesuai dengan kepentingan yang ada sekarang. Ketentuan-ketentuan dalam BIT pada masa kemerdekaan cendrung lebih berat kepada perlindungan dan kepentingan investor asing dalam rangka menarik modal asing sebanyak-banyaknya untuk membayai negara dan berdampak terjadinya ketimpangan antara hak dan kewajiban investor asing dalam hubungannya dengan negara. Selain itu, sering kali terjadi tarik-menarik kepentingan publik-privat yang cendrung berdampak meningkatnya investor state dispute settlement (ISDS) di forum arbitrase internasional. Implikasinya negara mengalami regulatory chill, merasa khawatir bahwa kedaulatannya dalam mengarahkan kebijakan publiknya berada di posisi terancam, karena dapat digugat oleh investor melalui mekanisme ISDS yang berjalan satu arah. Pada Maret 2014 Indonesia mengumumkan niatnya untuk menghentikan lebih dari 60 BIT dan apabila di total hingga sekarang Indonesia telah mengakhiri 19 BIT dengan mitra negara lainnya. Salah satu faktor utamanya adalah aturan yang sudah tidak relevan dengan kondisi saat ini dan berbeda pada saat BIT tersebut dibuat. Klausul-klausul yang terumus pada BITS terhadulu dianggap kurang memadai dan ketidakjelasan aturan-aturan yang memicu perselisihan antara investor asing dan negara tuan rumah, seperti fair and equitable treatment (FET), full protection and security (FPS), pengambilalihan (ekspropresi) dan “klausul sunset”. Peninjauan kembali terhadap BIT di Indonesia berlangsung pada 2014-2016 sebagai bentuk upaya mereformasi BIT tradisional. Terbaru dari perkembangan BIT di Indonesia, diperkenalkan BIT terbaru yang dinilai lebih seimbang dalam melindungi kepentingan investor dan negara. Rumusan tersebut diantaranya tertuang dalam Indonesia-Singapore BIT 2018, yang mengakomodasi norma yang memberi ruang bagi kebijakan publik negara, yaitu hak untuk mengatur (the right to regulate).

METODE PENELITIAN

Metode “penelitian yang digunakan dalam jurnal ini adalah metode penelitian kualitatif, yaitu penelitian berbentuk naratif (penjelasan kata-kata) dalam memberikan gambaran/penjelasan terhadap permasalahan yang diangkat.” Penelitian “ini juga bersifat yuridis normatif karena melakukan studi kasus terhadap perjanjian bilateral atau membahas hal-hal di bidang” hukum. Metode penelitian ini menggunakan data sekunder melalui studi kepustakaan/literatur seperti buku-buku, jurnal, perjanjian, undang-undang dan data yang diperoleh dari internet.

HASIL DAN PEMBAHASAN

Bilateral Investment Treaty (BIT)

Bilateral investment treaties atau yang dikenal dengan sebutan BITs muncul pada tahun 1980 dianggap sebagai suatu fenomena baru pada investasi internasional. BITs sendiri bermula muncul dari keinginan untuk mengadakan kerja sama investasi sehingga diperlukan

aturan yang mengikat para pihak dan menjamin kedaulatan masing-masing Negara tetap terlindungi. Pandangan lain mengacu kepada perlu adanya perjanjian berasaskan lex specialis yang mengikat masing-masing negara untuk mengatasi ketidakpastian hukum internasional dalam memberikan perlindungan investasi asing. Selain itu, hukum internasional dianggap kurang memenuhi kebutuhan akan investasi asing. Hal ini sesuai sebagaimana dinyatakan dalam The International Court of Justice in the Barcelona Traction Case, yaitu:

“Considering the important developments of the last half-century, the growth of foreign investments of international activities of corporations, in particular of holding companies which are often multinational, considering the way in which the economic interests of states have proliferated, it may at first sight appear surprising that the evolution of the law has not gone further and that no generally accepted rules in the mater have crystallized on the international plane.”

Terdapat kebutuhan akan perkembangan hukum yang pesat di wilayah tersebut, namun perkembangan tersebut tidak akan terwujud karena adanya konflik yang melekat di bidang penanaman modal asing. oleh karena itu, negara-negara harus mengambil solusi terbaik kedua dengan membuat perjanjian investasi bilateral untuk memastikan bahwa, setidaknya di antara mereka, terdapat peraturan yang pasti terkait dengan investasi asing. Hal ini merupakan penjelasan yang lebih baik atas cepatnya perjanjian-perjanjian tersebut muncul di kancah internasional daripada penjelasan bahwa perjanjian-perjanjian tersebut hanya sekedar menegaskan hukum kebiasaan internasional yang sudah ada atau menciptakan hukum kebiasaan internasional yang baru. Tentu ini akan terwujud hanya apabila standar maupun ketentuan-ketentuan terkait dituangkan di dalam BITs.

Bilateral investment treaties (BIT) atau perjanjian bilateral investasi adalah perjanjian yang dibuat oleh antara 2 (dua) negara dan mengikat serta menetapkan adanya promosi di kedua negara dan perlindungan timbal balik (reciprocal protection) sebagai tanda kepatuhan akan standar perlakuan yang ditetapkan oleh perjanjian tersebut dalam urusannya dengan investor dari negara peserta lainnya. Menurut The United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), yang dimaksud dengan BIT adalah perjanjian antara dua negara untuk dorongan timbal balik, promosi dan perlindungan investasi di wilayah masing-masing oleh perusahaan yang berbasis di kedua negara. Pembentukan perjanjian investasi bilateral di negara maju dapat dimaksudkan untuk menjamin keamanan bagi investor dan investasi yang dilakukannya sebab seringkali negara maju bertindak sebagai negara penanam modal (capital-exporting country), sedangkan di negara berkembang yang cendrung sebagai negara penerima modal (host state/capital importing country) pembentukan perjanjian investasi bertujuan untuk menarik investor asing yang mampu membawa perubahan dalam stabilitas politik maupun hukum. Di sisi lain host state juga memperoleh jaminan non-diskriminasi apabila warga negaranya melaksanakan investasi di negara investor. Sonarajah pun menulis dalam bukunya yang mengutip penjelasan A. Carty, menyebutkan bahwa:

“Bilateral treaties, on the other hand, are different in that they are made on an ad hoc basis and their ability to give rise to general principal is remote. In addition, such treaties could be negotiated in such manner as to suit the mutual interests of the parties, whereas a multilateral treaty cannot be. Bilateral solutions become necessary simply because of an absence of a consensus to create multilaterally acceptable norms.”

BIT dijadikan sebuah solusi dalam mengatasi ketidak mampuan hukum investasi internasional dalam memberi perlindungan bagi para pihak, dan memberi kemudahan bagi negara-negara untuk menjalin kerja sama seperti flexibilitas dalam menegosiasikan klausul-klausul perjanjian investasi bilateral yang menaungi kepentingan bersama para pihak, sedangkan perjanjian multilateral tidak dapat dinegosiasikan. Selain itu, BIT umumnya mengatur standar-standar perlindungan investasi yang harus dilakukan oleh host-state, seperti:

- a. perlakuan yang setara dan adil atau tidak ada diskrimansi dari segala jenis investasi yang harus dilakukan oleh host state
- b. full protection and security yang mengatur kewajiban dari negara penerima modal dalam memberikan kompensasi sebagai bentuk ganti rugi atas apa yang diderita oleh korporasi

yang terdampak dari perang, konflik bersenjata, revolusi, keadaan darurat negara, kerusuhan, maupun pemberontakan. Selain kompensasi, negara juga dapat memberikan pemulihan terhadap korporasi tersebut.

- c. Perlindungan dari tindakan pengambil-alihan atau nasionalisasi
- d. Mekanisme penyelesaian sengketa yang memberikan kesetaraan antara level investor dengan negara sebagaimana sering disebut dengan Investor State Dispute Settlement (ISDS).

Pembentukan perjanjian investasi bilateral perlu didasarkan kepada aturan-aturan yang berlaku di host state. Terdapat beberapa standard perlakuan host state kepada investor asing yang sekiranya perlu menjadi perhatian dalam penyusunan BITS. Standard of treatment yang dimuat dalam BITs antara lain national treatment, fair and equitable standard, the prohibition of arbitrary and discriminatory measures, full protection and security, compensation for extraordinary losses and more favourable treatment clause. Adapun specific minimum standard termasuk ekspropriasi, hak transfer, performance requirements dan observance of undertaking. Dengan adanya standard of treatment dan specific minimum standard diharapkan klausul-klausul dalam BITs dapat menjadi pedoman bagi para pihak untuk melakukan kerja sama investasi.

Pengaturan tentang Penyusunan Bilateral Investment Treaty dan Praktiknya di Indonesia

Sebagaimana disebutkan dalam pendahuluan penulisan ini, tren perjanjian investasi internasional terjadi sejak tahun 1968. Pada masa-masa itu, praktik BIT Indonesia berkembang pesat bersamaan dengan banyaknya dilaksanakan di berbagai negara karena BIT merupakan bentuk paling praktis dan dibutuhkan oleh negara-negara dalam hubungan kerjasama investasinya. Hal ini didukung dengan adanya kesadaran dan kerangka kerja sama global dalam mendorong terciptanya perjanjian regional ataupun multilateral. Di Indonesia, perjanjian investasi bilateral atau BIT dikenal dengan Perjanjian Promosi dan Perlindungan Penanaman Modal (P4M). Dari segi aturan, Indonesia memiliki Undang-Undang Nomor 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal (UUPM) yang dapat dijadikan dasar klausul-klausul pada BIT, namun penulis akan fokus terhadap pasal-pasal dalam UUPM yang mengatur beberapa statement of treatment.

a. National Standard of Treatment

Klausula national treatment diartikan dengan kewajiban host state untuk memberikan perlakuan non-diskriminatif terhadap investor asing yang hendak melakukan kegiatan investasi di wilayah Indonesia. Klausula perlakuan nasional perlu ada dalam BIT untuk memastikan host state tidak membuat suatu perbedaan negatif antara PMDN dan PMA saat mengesahkan dan menerapkan suatu aturan dan ketentuan. Substansi ini tercermin pada Pasal 4 ayat 2 UUPM yang berbunyi:

“Dalam menetapkan kebijakan dasar sebagaimana dimaksud pada ayat (1), Pemerintah:

Memberi perlakuan yang sama bagi penanam modal dalam negeri dan penanam modal asing dengan tetap memperhatikan kepentingan nasional;”

Frasa “perlakuan yang sama” memiliki arti bahwa pemerintah tidak membedakan perlakuan terhadap penanam modal yang telah menanamkan modalnya di Indonesia. Klausula ini secara tidak langsung memberikan hak kepada investor asing untuk masuk dan mendirikan usaha di host state. Selain itu, klausula perlakuan nasional memberikan hak istimewa yang sama dengan warga negara penerima modal.

b. Most Favoured Nation Treatment

Most Favoured Nation merupakan salah satu prinsip dasar dari World Trade Organization yang menjadi acuan bagi negara-negara anggota untuk tidak melakukan Tindakan diskriminasi dan mewajibkan pemberian perlakuan yang sama dalam perjanjian perdagangan internasional. Klausula most favoured nation treatment memungkinkan warga negara dari para pihak yang terikat dalam BIT untuk mendapatkan keuntungan dari perlakuan yang sama dengan yang diterima oleh negara lain yang melakukan perjanjian investasi bilateral dengan host state. Substansi most favoured nation tercermin pada Pasal 6 UUPM yang berbunyi:

Pemerintah memberikan perlakuan yang sama kepada semua penanam modal yang berasal dari negara manapun yang melakukan kegiatan penanaman modal di Indonesia sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Setiap negara yang menjalin BITs dengan Indonesia, mengikat baginya ketentuan ini kecuali negara tersebut memiliki hak istimewa berdasarkan perjanjian sehingga perlakuan yang dimaksudkan dalam Pasal 6 ayat 1 UUPM tidak berlaku. Hak istimewa yang dimaksudkan oleh UUPM “antara lain hak yang berkaitan dengan kesatuan kepabeanan, wilayah perdagangan bebas, pasar bersama (common market), kesatuan moneter, kelembagaan yang sejenis, dan perjanjian Pemerintah Indonesia dan pemerintah asing yang bersifat bilateral, regional, atau multilateral yang berkaitan dengan hak istimewa tertentu dalam penyelenggaraan penanaman modal.” Dengan adanya pasal ini, membuktikan bahwa Pemerintah Indonesia menjamin adanya perlakuan non-diskriminasi dari negara Indonesia terhadap negara-negara dan pelaku investasi asing yang berusaha di Indonesia.

c. Full Protection and Security

Klausula ini ada untuk memberikan perlindungan dan kepastian hukum bagi investor asing yang hendak menanamkan modalnya di Indonesia. Standar terkait perlindungan dan keamanan komprehensif berguna bagi kepentingan investor untuk memberikan jaminan terhindar dari sikap semena-mena host-state. Objek fundamental dalam yang harus dilindungi adalah aset atau properti investor. Pemerintah selaku aparatur negara dilarang keras menggunakan kekuasaannya untuk amelakukan hal-hal yang merugikan investor asing seperti merusak properti milik investor asing. Selain itu, negara penerima modal dilarang melakukan nasionalisasi atau eksporisasi atas aset-aset maupun usaha milik investor asing. Hal ini sesuai dengan Pasal 7 UUPM yang berbunyi:

Pemerintah tidak akan melakukan tindakan nasionalisasi atau pengambilalihan hak kepemilikan penanam modal, kecuali dengan undang-undang.

Bila mana terjadi nasionalisasi atau pengambil alihan hak kepemilikan oleh pemerintah maka Pemerintah berkewajiban memberikan kompensasi yang jumlahnya ditetapkan berdasarkan harga pasar. Kompensasi atau ganti rugi ini harus berdasarkan juga kepada kesepakatan dengan penanam modal. Apabila tidak ditemukan kesepakatan terkait kompensasi ini maka mengacu kepada Pasal 32 UUPM tentang penyelesaian sengketa, maka penyelesaiannya dilakukan melalui alternatif penyelesaian sengketa yaitu arbitrase atau apabila masih tidak ditemukan kesepakatan antara para pihak, maka penyelesaiannya dapat dilakukan di pengadilan yang ditunjuk dalam perjanjian.

Sebenarnya pengambil-alihan tidak dilarang oleh hukum internasional selama dilakukan secara sah. Kondisi pengambil-alihan sah yang dimaksudkan adalah untuk tujuan publik, non-diskriminatif, tunduk pada proses hukum yang semestinya, dan bahwa pemegang hak menerima kompensasi penuh. Persyaratan kompensasi untuk pengambil-alihan yang sah membuat legalitasnya bersyarat atau “conditional”. Namun, dalam beberapa keadaan tentunya negara penerima modal dituntut untuk tetap konsisten dengan komitmen sebelumnya.

d. Fair and equitable standards (FET)

FET terdiri dua kata yang mengandung pengertian sebagai norma yaitu “fair” dan “equitable”, namun demikian kata-kata dari kedua norma ini tidak dapat diartikan sebagai standar yang terpisah sebab tidak bukti yang menyatakan bahwa frasa tersebut dimaksudkan untuk ditafsirkan dengan cara yang berbeda. FET merupakan standar paling umum yang terdapat di dalam perjanjian investasi internasional. FET secara umum menetapkan tingkat perlindungan dasar bagi orang asing, tetapi tidak ada definisi khusus maupun ruang lingkup yang lengkap untuk menginterpretasikan ketentuan ini. Walaupun pengadilan arbitrase sering kali berusaha untuk menentukan apa yang diperlukan oleh ketentuan FET, tetapi pada faktanya kata-kata pada klausula FET yang sering kali ditemukan dalam perjanjian investasi tidak seragam dan mengandung formulasi yang berbeda pula.

FET secara umum pengertiannya diterima sebagai persyaratan untuk tidak memperlakukan diskriminatif dan memberikan perlindungan dan keamanan hukum yang penuh atau perlakuan yang tidak kurang sebagaimana diisyaratkan oleh hukum internasional. Menurut United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD),

definisi FET adalah sebagai berikut:

“Based on a plain meaning of the words, “fair and equitable” treatment requires an attitude to governance based on an unbiased set of rules that should be applied with a view to doing justice to all interested parties that may be affected by a state’s decision in question, including the host state’s population at large.”

Sebagai salah satu elemen kewajiban substantif di perjanjian investasi, sebab FET merupakan bagian dari jaminan perlindungan hukum terhadap investor asing. Meskipun demikian FET sangat sulit untuk didefinisikan secara pasti sehingga muncul banyak pernafasiran yang berbeda. Hal ini menyebabkan timbulnya risiko dan ketidakpastian hukum. Terdapat beberapa poin yang menjadi akibat ketidakpastian FET, antara lain :

- a. Luasnya pengertian FET di dalam pasal perjanjian yang menyebabkan ketidakjelasan ruang lingkup FET. Pemerintah pun akhirnya kesulitan untuk bersikap konsisten sehingga sering kali dianggap melanggar batasan pada komitmen perjanjian. Banyak pernafasiran mengenai substansi FET yang mencakup persyaratan khusus, seperti konsistensi, transparansi, masuk akal, tidak ambigu, non-diskriminatif, bertindak adil, menjamin proses yang benar dalam pengambilan keputusan dan menghormati ekspektasi yang sah (legitimate expectation) investor. Tentunya hal-hal ini memberatkan negara-negara berkembang.
- b. Cara menentukan ambang batas yang pantas atas tanggung jawab (appropriate threshold of liability) untuk memperhitungkan tindakan pemerintah yang dianggap konsisten terhadap FET. Isu ini berkaitan dengan sumber hukum apa yang akan dijadikan patokan oleh FET, apakah hukum internasional atau hukum kebiasaan internasional sebagai standar FET, atau FET dijadikan sebagai standar independen.
- c. Ruang lingkup FET sering kali digunakan investor asing untuk menjadi dasar gugatan terhadap host state. Hal ini berdampak dibutuhkannya dana yang sangat besar sebab biaya yang dibutuhkan untuk beracara di arbitrase internasional sangat besar.
- d. Keseimbangan antara perlindungan investor asing dan tujuan kebijakan negara menjadi sangat berharga dalam penerapan FET, khususnya dalam hal kewenangan negara dalam mengatur kepentingan publik. Walaupun perjanjian internasional sedikit banyak mengurangi sovereignty dari suatu negara, tetapi tidak berarti pada setiap perjanjian internasional negara harus mengorbankan harga diri dan kedaulatannya. Perlu ada prinsip kehati-hatian dalam menganalisa untung-rugi yang menyeluruh terhadap materi perjanjian baik secara umum maupun secara detail per setiap pasal di dalamnya, sehingga fleksibilitas dalam mengatur dan menjalankan kewenangannya dalam suatu negara tetap terjaga (right of the host state to regulate).

Terkait pengaturan FET dalam UUPM, tidak ada pengaturan spesifik terkait hal ini. Sangat dimungkinkan karena sulitnya mendefinisikan dan mengkualifikasi FET itu sendiri, sehingga menuangkannya ke dalam peraturan perundang-undangan juga bukan hal yang mudah. Oleh karena itu, tidak heran apabila terjadi ambiguitas terkait apa yang menjadi dasar bagi investor asing untuk menggugat, karena apabila menggunakan UUPM maka pasal apa yang akan digunakan? Di sinilah perjanjian investasi internasional diperlukan untuk mengisi kekosongan dari Undang-Undang. Meskipun Pasal 4 ayat (2) huruf b UUPM menyebutkan:

Dalam menetapkan kebijakan dasar sebagaimana dimaksud pada ayat (1), Pemerintah:

(b) menjamin kepastian hukum, kepastian berusaha, dan keamanan berusaha bagi penanaman modal sejak proses pengurusan perizinan sampai dengan berakhirnya kegiatan penanaman modal sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Namun pasal tersebut masih bersifat sangat umum. Pasal tersebut juga merupakan pasal yang terkait kebijakan dasar, bukan pasal terkait perlakuan terhadap penanaman modal sebagaimana pasal 6-9 UUPM. Tentunya tingkat komitmen seperti tidak akan cukup bagi investor asing. Berdasarkan uraian di atas, pemahaman yang komprehensif terkait implikasi penerapan FET di Indonesia menjadi penting dilakukan paling tidak karena beberapa alasan berikut:

1. Sengketa terkait investasi pada arbitrase internasional biasanya berasal dari tiga sumber hukum, yaitu hukum nasional, kontrak investasi, dan perjanjian investasi internasional.

Dari ketiga sumber tersebut, perjanjian investasi internasional adalah yang paling sering diajukan ke arbitrase internasional. Klausul fair and equitable pada perjanjian investasi internasional menjadi faktor penyebab yang paling sering dijadikan dasar dalam mengajukan gugatan. Dapat dikatakan pelanggaran atas FET adalah pelanggaran dengan presentase kemenangan tertinggi di arbitrase internasional.

2. Indonesia saat ini menjadil banyak bilateral investment treaty (BIT) dengan negara mitra. Kebanyakan kewajiban substantif yang terdapat pada BITS merupakan kewajiban host state, yang pada akhirnya cendrung mempengaruhi sovereignty. Hal yang sangat disayangkan adalah sangat sedikit ada literatur atau penelitian di Indonesia yang spesifik menganalisis elemen-elemen dan untung rugi dari pasal-pasal di dalam BIT. Risiko yang timbul adalah akhirnya negara memperjanjikan atau mengikatkan diri pada suatu kewajiban yang belum dipahami makna dan substansinya. Padahal jangka waktu pada BIT mengikat para pihak hingga puluhan tahun lamanya. Jika BIT diterminasi pun masih ada survival/sunset clause yang berlaku sekitar 10-15 tahun. Bahkan ada beberapa BIT Indonesia yang memiliki survival clause selama 20 tahun.
3. Dari seluruh BIT yang dimiliki Indonesia, Komitmen FET diatur dalam formulasi yang berbeda-beda, sehingga menimbulkan dampak hukum yang akan berbeda-beda juga. Selain itu terdapat klausul lain yang mengatur tentang most favoured nation (MFN), yang memberikan batasan kepada negara untuk tidak memberikan perbedaan perilaku antara investor asing di wilayahnya dengan perlakuan yang kurang menguntungkan dengan perilaku yang diberikan kepada investor negara lain (non-party). Dengan demikian maka investor asing yang mengikatkan diri melalui perjanjian investasi internasional dengan Indonesia dapat menuntut komitmen FET dari perjanjian antara Indonesia dengan negara mitra perianjian lainnya yang dianggap dapat memberikan keuntungan maksimal melalui skema MFN.
4. Dasar utama dari perlindungan investasi oleh investor asing adalah FET dan sudah menjadi standar perlakuan wajib di dalam perjanjian sehingga sangat memungkinkan untuk ditemukan di sebagian besar perjanjian investasi internasional. Klausul FET sangat sering bersinggungan dengan seluruh mayoritas pasal proteksi pada BIT sehingga dapat disimpulkan sebagai pasal yang paling penting di dalam perjanjian. Sebagaimana NT, MFN, dan FET biasanya berisi kewajiban terkait perlakuan yang memiliki karakteristik berbeda di mana NT dan MFN adalah relative standard dan FET adalah absolute standard. Meskipun demikian, salah satu bagian dari FET yang juga merupakan elemen dasar dari NT dan MFN adalah non diskriminasi. Akhirnya FET memberikan kesan "satu pasal untuk semua" karena realitasnya yang dilihat dari banyaknya BIT yang mengatur FET pada article Promotion and Protection, sehingga banyak orang memberi kesimpulan bahwa "Protection itu adalah FET"
5. Proteksi adalah bagian dari insentif bagi investor asing sehingga sangat penting untuk menentukan tingkat atau proporsi yang tepat dalam memberikan proteksi. Untuk itu perlu ketelitian menentukan tingkat komitmen FET yang akan diberikan negara di dalam BIT. Perlu dijadikan pertimbangan juga bahwa posisi Indonesia saat ini bukan hanya sekedar negara pengimpor modal namun juga sebagai negara pengekspor modal, sehingga perlu disesuaikan pengaturan FET di dalam perjanjian. Posisi Indonesia sebagai negara pengekspor modal, dan posisi di mana Indonesia sebagai negara pengimpor perlu mendapat perhatian lebih oleh pemerintah dalam memformulasikan FET pada perundingan perjanjian investasi internasional.
6. BITS "berfungsi sebagai pengatur hak dan kewajiban para pihak, serta sebagai alat untuk memaksa negara tuan rumah untuk memperbaiki regulasinya menjadi lebih transparan, stable, predictable, dan sesuai dengan prinsip good governance." Gambaran mengenai peraturan "perundang-undangan yang harus diperbaiki atau disesuaikan dengan komitmen dan hukum kebiasaan internasional perlu dilakukan penelitian untuk memperoleh hasil akan dampak dan kesesuaian antara peraturan perundang-undangan nasional dengan perjanjian investasi internasional khususnya provisi FET."
7. Sebagaimana telah diketahui bahwa Indonesia sudah dua kali mendapat putusan bersalah karena melanggar komitmen fair and equitable treatment, khususnya terkait "denial of

justice, yaitu pada kasus Amco vs Indonesia dan pada kasus Hesham Al-Warraq vs Indonesia. Sementara ini Indonesia juga sedang menghadapi dua gugatan FET oleh investor asing pada forum arbitrase Internasional, yaitu gugatan Churchill and Planet Mining pada International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID) dan India Metals & Ferro Alloys (IMFA) pada Permanent Court Of Arbitration (PCA). Kedua gugatan tersebut bernilai 1,3 miliar USD dan 530 Juta USD.” Mengingat kondisi regulasi di Indonesia yang masih belum sepenuhnya memberikan kepastian hukum, maka pemahaman terkait substansi FET penting dilakukan untuk mengantisipasi gugatan lainnya di masa mendatang.

Analisis klausul Right to Regulate sebagai bentuk perlindungan bagi para pihak dari ketidakpastian FET pada BITS antara Indonesia dengan Singapura tentang Promosi dan Perlindungan Industri

Penghentian BIT dengan banyak negara yang dilakukan Indonesia terjadi bukan tanpa alasan. Terdapat beberapa faktor penyebab Indonesia melakukan pemutusan hubungan kerjasama investasi melalui penghentian BIT, antara lain:

- a. Pemerintah melihat Indonesia memiliki posisi dan kepentingan berbeda saat ini dibandingkan dengan waktu di mana perjanjian BIT telah ditandatangani, sehingga terdapat banyak ketentuan pada BIT yang tidak relevan lagi. Dengan demikian perlu diubah untuk menyesuaikan perspektif saat ini.
- b. Pemerintah melihat banyak aturan di BIT yang cendrung mengurangi kepentingan nasionalnya terkait isu-isu kritis seperti perlindungan lingkungan ekonomi dan ekonomi domestik.
- c. Mekanisme penyelesaian sengketa yaitu ISDS dianggap telah digunakan secara tidak baik di mana pengacara internasional dengan mudahnya mendorong investor untuk menarik Pemerintah Indonesia ke International Centre for Settlement Investment Dispute (ICSID). Akibatnya, investor asing cendrung mendorong sengketa ke skema ICSID daripada menggunakan pengadilan di Indonesia.

Perlu digaris bawahi bahwa penghentian BIT atau tidak dilakukannya perpanjangan terhadap BIT, tidak langsung memutuskan hubungan Indonesia dengan investor asing dalam kegiatan investasi yang dimaksud. Adanya “sunset clause” menjadi dasar adanya pertambahan perlindungan kegiatan investor meskipun BIT kedua pihak berakhir. Umumnya jangka waktu pertambahan perlindungan tersebut mulai dari 10-30 tahun, tergantung kepada kesepakatan BIT. Sebagai contoh BIT antara Indonesia dengan Cina, sebagaimana tertuang pada Pasal 13 BITS yang menyampaikan sehubungan dengan perjanjian sebelumnya, semua ketentuan (dari Pasal 1-12) masih berlaku sampai dengan sepuluh tahun ke depan setelah tanggal pengakhiran. Banyaknya BIT di Indonesia yang berakhir, tidak mengakhiri rezim BIT di Indonesia. Indonesia tetap melakukan reformasi dalam aturan BIT, salah satunya BIT dengan Singapura yang memiliki pengaturan lebih lengkap dan mengambil pelajaran dari kekurangan ketentuan dari BIT sebelumnya. BIT Indonesia – Singapura 2018 berfokus penciptaan lingkungan bisnis yang kondusif, pembangunan berkelanjutan, promosi investasi, serta mendorong hubungan timbal balik yang merangsang inisiatif bisnis termasuk di bidang modal dan teknologi. Terdapat penjelasan lebih lengkap mengenai national treatment (Pasal 4), FET (Pasal 3), MFN (Pasal 5) dan Ekspropriasi (Pasal 6) pada batang tubuh perjanjian.

Yang menarik perhatian penulis adalah adanya klausul “right to regulate” pada Pasal 11 BIT yang memberikan keleluasaan kepada pemerintah masing-masing negara untuk menerapkan peraturan dengan alasan yang sah meski menimbulkan efek negatif kepada investor. “Hak untuk mengatur dinilai sebagai perwujudan embedded-liberalism yang berupaya menyeimbangkan kepentingan investor dan kepentingan publik” negara. Right to regulate atau disapa dengan hak untuk mengatur secara umum adalah kedaulatan negara yang terwujudkan melalui fungsi legislatif, eksekutif, dan yudikatif dalam yuridiksinya untuk mengadopsi, memelihara, dan menegakkan langkah-langkah untuk memenuhi kebijakan publik. Hak ini termasuk dengan hak negara untuk sepakat dan terikat dengan BIT yang kemudian menimbulkan kewajiban negara. Hukum investasi internasional mewajibkan pemberian pengertian yang lebih sempit terhadap hak untuk mengatur dua negara yang

kemudian membatasi dirinya ke dalam BIT. Hak untuk mengatur menurut hukum investasi adalah “hak negara untuk mengambil tindakan yang bertentangan dengan kewajibannya dalam perjanjian investasi, tanpa menimbulkan tanggung jawab negara untuk memberikan kompensasi terhadap pihak yang dirugikan dalam rangka mengambil kebijakan yang berorientasi pada pemenuhan kepentingan publik atau keamanan negara. Pasal 11 BIT Indonesia – Singapura 2018” berbunyi:

1. The “Parties reaffirm their right to regulate within their respective territories to achieve legitimate policy objectives, such as the protection of public health, social services, public education, safety, environment or public morals, social or consumer protection, privacy and data protection, and the promotion and protection of cultural diversity.”
2. For greater certainty, “the mere fact a Party regulates, including through a modification to its laws, in a manner which negatively affects an investment or interferes with an investor’s expectations, including its expectations of profits, does not amount to a breach of an obligation under this Agreement.”

Menurut ayat 1 di atas, tentunya memberikan peluang bagi para pihak untuk menegaskan kembali hak mereka untuk mengatur demi tercapainya kebijakan yang sah dimata hukum internasional, dengan kondisi selama BIT tidak melarang. Ruang lingkup bagi perintah dalam mengatur bersifat luas dan terbuka seperti perlindungan kesehatan masyarakat, layanan sosial, pendidikan publik, keselamatan, lingkungan atau moral publik, perlindungan sosial atau konsumen, privasi dan perlindungan data, dan promosi keanekaragaman budaya. Oleh karenanya ayat 1 merupakan bentuk dari prinsip kehati-hatian yang menegaskan untuk mengatur pengertian hak untuk mengatur secara luas dalam regulatory space. Hal ini dipertegas dengan adanya ayat 2 yang mengatur apabila terdapat modifikasi undang-undang dari salah satu pihak yang mengatur, walaupun timbul dampak negatif ataupun mengganggu ekspektasi keuntungan investor dari tindakan sebagaimana pada ayat 1, tidak diartikan sebagai pelanggaran terhadap kewajiban berdasarkan BIT. Melalui kedua ayat di atas ini, negara hendak untuk mengantisipasi kemungkinan terjadinya permintaan tanggung jawab berupa kompensasi menurut konsepsi ekspropriasi tak langsung sebagai akibat dari tindakan yang berdampak negatif terhadap investor dan investasinya, serta menghindari penggunaan secara ekspansif atas konsep legitimate expectation untuk menjerat negara dalam ISDS. Apabila hal-hal tersebut terjadi, maka dampaknya kerap membatasi ruang kebijakan publik negara dan menimbulkan regulatory chill. Adanya pengaturan terkait right to regulate pada BIT antara Indonesia dan Singapura adalah sebagai langkah memberi kepastian dan perlindungan hukum bagi host state maupun investor asing dan investasinya akibat dari kekosongan hukum mengenai pengaturan FET di UUPM. Pengaturan hak negara untuk mengatur dalam BIT ini menunjukkan komitmen kedua belah pihak untuk menjaga keseimbangan antara hak negara tuan rumah untuk mengatur dan hak investor untuk mendapatkan standar perlakuan yang adil dan merata (FET) berdasarkan hukum investasi internasional. Dengan kata lain, mereka menekankan perlunya negara-negara untuk mempertahankan ruang regulasi. Penekanannya ada pada titik hak negara tuan rumah untuk mengatur urusan dalam negeri demi kepentingan umum harus dipertimbangkan dan bahwa keseimbangan antara hak investor dan kepentingan publik negara tuan rumah harus ada didirikan.

Klausul FET merupakan klausul yang sangat rentan untuk berbenturan dengan kepentingan dan tindakan negara dalam mengatur sendiri wilayah dan penduduknya (right to regulate). Adanya klausul hak untuk mengatur ini memberikan batasan yang lebih jelas untuk menafsirkan FET dengan menyebutkan kriteria tindakan yang berhubungan dengan pengaplikasian FET di ruang lingkup kerja sama Indonesia dan Singapura. Dengan peraturan demikian, kehadiran FET untuk menjamin investor tetap dapat dikontrol sesuai interpretasi yang diinginkan oleh para pihak dalam perjanjian dan memberi kemudahan untuk mengetahui batasan serta meminimalisir missed interpretation secara sendiri oleh tribunal dalam memutus sengketa.

KESIMPULAN

Perselisihan antara Indonesia dengan negara asing yang terikat perjanjian investasi bilateral dengan Indonesia di muka arbitrase internasional maupun pengadilan dengan fair and equitable treatment sebagai mayoritas dasar pengajuan gugatan telah mengambil perhatian besar pemerintah Indonesia untuk mengambil langkah reformasi terhadap isi dari perjanjian-perjanjian internasional khususnya di dalam BIT. Ketidakpastian dari definsi FET itu sendiri memberikan kerugian yang besar bagi investor asing dengan investasinya maupun juga bagi host state. Walaupun banyak konvensi maupun organisasi internasional bahkan pemerintah sendiri berusaha memberikan batasan terhadap ruang lingkup FET, namun dalam memformulasikannya ke dalam bentuk klausul perjanjian yang baku masih sulit untuk dicapai. Salah satu bentuk dari hasil reformasi isi dari BIT yang dilakukan oleh Indonesia dapat dilihat pada BITs antara Indonesia dengan Singapura pada tahun 2018 tentang Promosi dan Perlindungan Industri yang berlaku pada tahun 2021, yang banyak menambahkan pasal-pasal terkait FET, national standard, most-forward-nation treatment, dan full protection and security. Penambahan pasal right to regulate atau hak untuk mengatur juga dapat dilihat pada Pasal 11 BITs tersebut. Adanya klasul ini diharapkan dapat memberikan keseimbangan antara kepentingan public maupun privat, namun tetap dapat melindungi kepentingan dari investpr dengan investasinya. Hak untuk mengatur berfungsi sebagai alat interpretatif pemerintah dalam memberikan penafsiran yang jelas terkait objek dan tujuan BIT, sehingga FET juga tetap bisa melindungi hak dari negara penerima modal. Aturan terkait hak untuk mengatur dalam BIT ini menjadi lex specialis dari pengaturan perundang-undangan di Indonesia mengingat minimnya pengaturan akan hal tersebut.

Selain itu melalui penulisan ini, terdapat hal-hal yang dapat dijadikan saran kepada pemerintah agar dapat melakukan peninjauan kembali terhadap efektifitas dari UUPM dalam mengatur standar penyusunan daripada perjanjian investasi internasional khususnya bilateral. Penting untuk dilakukan revisi terhadap UUPM mengingat kurangnya pengaturan terkait klausul FET dan Ekspropriasi sehingga sangat sering terjadi benturan dengan right to regulate yang menjadi kewenangan negara dalam mempertahankan kedaulatannya. Oleh karenanya dibutuhkan pengaturan yang lebih akurat terkait batasan-batasan dalam ruang lingkup FET untuk mengurangi risiko multitafsir dalam pelaksanaannya.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

Hassan, Dr. Muhammad Iqbal. Perjanjian Investasi Internasional: Standar Perlakuan Adil Dan Setara (Fair and Equitable Treatment Standard). Depok: PT Raja Grafindo, 2019.

Indonesia for Global Justice, "Negara vs Korporasi" Indonesia Bilateral Investment Treaties (BITs), IGJ : 2014.

Oktaviandra, Surya. Hukum Dan Praktik Penanaman Modal Nasional Dan Internasional Indonesia. Jakarta: Kencana, 2023.

Rajaguguk, Erman. Hukum Investasi Investasi Penanaman Modal Asing (PMA) Dan Penanaman Modal Dalam Negeri (PMDN). Jakarta: Universal Al - Azhar Indonesia, 2017.

Sihombing, Jonker. Hukum Penanaman Modal Di Indonesia. Bandung: Alumni, 2009.

Sonarajah, M. The International Law on Foreign Investment (Cambridge: Cambridge University Press, 2004).

UNCTAD. Fair and Equitable Treatment. Geneva: United Nations, 2012.

Peraturan Perundang – Undangan

Undang – Undang tentang Penanaman Modal, UU Nomor 25 Tahun 2007. LN No. 67 Tahun 2007, TLN No. 4724.

Sumber Internasional

Agreement between The Government of the Republic Indonesia and The Government of The Republic Singapore on The Promotion and Protection of Investment 2018

Jurnal

- Az-Zahra, Syarifah Taskia, Azhari Yahya “Protection of Foreign Direct Investment in Relation to the Application of Fair and Equitable Treatment Principle in Indonesia”. Student Journal of International Law. Vol. 2. No. 2. (2022). Hlm. 167.
- Chrysentia, Priskilla. “Penerapan Konsep Keadaan Serupa dan Pengaturannya dalam Klausul Perlakuan Nasional”. Jurnal Relasi Publik. Vol. 1. No. 2 (2023). Hlm. 46.
- Ghaziani, Mohammad Akefi, Vahid Akefi Ghaziani, dan Moosa Akefi Ghaziani. “Most Favoured Nation Clause: Unleashing its Legal Potential in Favour of Foreign Investors in Renewable Energy Sector”. Indonesia Law Review. Vol. 12. No. 2. (2022). Hlm. 64.
- Kabir, Syahrul Fauzul. “Krisis Dan Reformasi: Hak Untuk Mengatur Dalam Perjanjian Investasi Bilateral Di Negara Dunia Ketiga”. Online 6. No. 1 (2023). Hlm. 151–187.
- Roulina, Elizabeth Sefanya, I Gusti Ngurah Parikesit Widiatedja. “Pengaturan Prinsip Most Favoured Nation (MFN) World Trade Organization Dalam Pelaksanaan Ekspor-Impor di Indonesia”. Jurnal Kertha Negara. Vol. 11. No. 5. (2023). Hlm. 531.
- Sembiring, Laura Natalia. “Urgensi Perjanjian Investasi Bilateral Antara Indonesia dan Negara Lain Dengan Klausula Penyelesaian Sengketa Investor State Dispute Settlement.” Dharmasisya Jurnal Fakultas Hukum Universitas Indonesia. Article 22. Vol. 1. (2022) Hlm. 1942.

Internet

- UNCTAD, “Indonesia: Bilateral Investment Treaties (BITs), Investment Policy Hub,” [Http://Investmentpolicyhub.Unctad.Org//IIA/CountryBits/97#iiainnerMenu](http://Investmentpolicyhub.Unctad.Org//IIA/CountryBits/97#iiainnerMenu), diakses pada tanggal 2 November 2023.