HUKUM INVESTASI

PRENADAMEDIA GROUP

PRENADAMEDIA GROUP

Sanksi Pelanggaran Pasal 113 Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta, sebagaimana yang telah diatur dan diubah dari Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2002, bahwa:

Kutipan Pasal 113

(1) Setiap Orang yang dengan tanpa hak melakukan pelanggaran hak ekonomi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf i untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 1 (satu) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp100.000.000,· (seratus juta rupiah).

(2) Setiap Orang yang dengan tanpa hak dan/atau tanpa izin Pencipta atau pemegang Hak Cipta melakukan pelanggaran hak ekonomi Pencipta sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf c, huruf d, huruf f, dan/atau huruf h untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 3 (tiga) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp500.000.000,· (lima ratus juta rupiah).

(3) Setiap Orang yang dengan tanpa hak dan/atau tanpa izin Pencipta atau pemegang Hak Cipta melakukan pelanggaran hak ekonomi Pencipta sebagaimana dimaksud dalam Pasal 9 ayat (1) huruf a, huruf b, huruf e, dan/atau huruf g untuk Penggunaan Secara Komersial dipidana dengan pidana penjara paling lama 4 (empat) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp1.000.000.000,· (satu miliar rupiah).

(4) Setiap Orang yang memenuhi unsur sebagaimana dimaksud pada ayat (3) yang dilakukan dalam bentuk pembajakan, dipidana dengan pidana penjara paling lama 10 (sepuluh) tahun dan/atau pidana denda paling banyak Rp4.000.000.000,· (empat miliar rupiah).

HUKUM INVESTASI

PRENADAMEDIA GROUP

Dr. Mas Rahmah, S.H., M.H., LL.M.

KENCANA

HUKUM INVESTASI

Copyright © 2020

ISBN 978-623-218-373-5
ISBN (E) 978-623-218-374-2
15 x 22 cm
xii, 194 hlm
Cetakan ke-1, Februari 2020

Kencana. 2020.1213

Penulis
Dr. Mas Rahmah, S.H., M.H., LL.M.

Desain Sampul
Irfan Fahmi

Tata Letak
Lintang Novita & Laily Kim

Penerbit
KENCANA
Jl. Tambra Raya No. 23 Rawamangun- Jakarta Timur 13220
Telp: (021) 478-64657 Faks: (021) 475-4134

Divisi dari PRENADAMEDIA GROUP
e-mail: pmg@prenadamedia.com
www.prenadamedia.com
INDONESIA

Dilarang mengutip sebagian atau seluruh isi buku ini dengan cara apa pun,
termasuk dengan cara penggunaan mesin fotokopi, tanpa izin sah dari penerbit.

PRENADAMEDIA GROUP

I dedicate this book to:
My beloveds:
Umi Baidoh
Ir. Zainul Arifin
Adinda Balqis T.G, Adhisty Radhita Vasya
for love, understanding, patience, and all supports

PRENADAMEDIA GROUP

KATA PENGANTAR

Alhamdulilah Puji syukur ke hadirat Allah Swt. atas limpahan karunianya sehingga penulis dapat menyelesaikan buku *Hukum Investasi.* Buku ini memberi gambaran mengenai regulasi pasar modal secara lengkap dan komprehensif dan berbagai aspek pasar modal yang dinamis. Buku ini diharapkan tidak hanya bermanfaat sebagai buku pegangan dasar mahasiswa yang menempuh matakuliah Hukum Investasi, melainkan juga menjadi referensi yang dapat dimanfaatkan oleh masyarakat luas yang tertarik mendalami Hukum Investasi.

Buku Hukum Investasi terdiri dari 10 bab. Bab Pertama berisi mengenai pengenalan dasar hukum investasi yang meliputi pengertian, ruang lingkup, hukum investasi, hukum investasi dan subjek hukum dalam kegiatan investasi. Bab Kedua membahas mengenai teori investasi, terutama membahas tiga teori utama di bidang investasi yang meliputi teori klasik (*classical theory*) teori ketergantungan (*dependency theory*), dan teori jalan tengah (*middle path theory*). Selanjutnya Bab Ketiga menguraikan tentang prinsip investasi yang dikelompokkan menjadi dua, yaitu prinsip investasi internasional (*international investment principles)* seperti prinsip *non discrimination, national treatment, most favoured nations, fair and equitable treatment, protection and security* dan prinsip investasi yang dianut oleh Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal. Bab Keempat membahas mengenai kebijakan dalam bidang investasi yang meliputi kebijakan investasi secara umum dan kebijakan investasi di Indonesia. Bab Kelima menguraikan mengenai bentuk usaha

dan kerja sama investasi dan selanjutnya Bab Keenam membahas secara teperinci mengenai bidang usaha untuk kegiatan investasi yang meliputi penetapan bidang usaha dan daftar negatif investasi. Bab Ketujuh menganalisis tentang fasilitas, insentif, dan jaminan dalam kegiatan investasi yang meliputi teori dan prinsip dalam pemberian insentif, fasilitas fiskal/perpajakan, hak transfer dan mengalihkan aset, kemudahan layanan dan perizinan, hak kompensasi dalam hal terjadi nasionalisasi, penyelesaian sengketa khusus dan kawasan ekonomi khusus. Bab selanjutnya yaitu Bab Kedelapan membahas tentang hak dan kewajiban investor berikut sanksi. Adapun Bab Kesembilan mendeskripsikan tentang perizinan untuk kegiatan investasi yang meliputi perizinan Pelayaan Terpadu Satu Pintu (PTSP), jenis perizinan dan mekanisme perizinan. Bab terakhir, yaitu bab kesepuluh membahas mengenai penyelesaian sengketa investasi yang terdiri dari penyelesaian sengketa investasi secara internasional dan penyelesaian sengketa investasi di Indonesia.

Atas selesainya penulisan buku ini, ucapan terima kasih yang tulus saya sampaikan kepada semua pihak atas segala kontribusi, dukungan, bimbingan, nasihat, kritik, dan saran. Terima kasih tiada habis saya sampaikan untuk Ibunda tercinta Umi Baidoh atas kasih dan doa yang tiada putus, suami tercinta Ir. Zainul Arifin dan dua permata hati terkasih Adinda Balqis T.G. dan Adhisty Radhita Vasya atas tiada bosan mencurahkan cinta kasih, doa, pengertian, keikhlasan, kesabaran, dan pengorbanan. *Special thanks* untuk ananda tercinta Adinda Balqis Tegarmas Gemilang yang dengan kesabaran dan ketelitian yang luar bisa telah memeriksa dan memperbaiki kalimat demi kalimat dari buku ini.

Semoga buku ini dapat memberikan manfaat dan pencerahan bagi pihak-pihak yang membutuhkan. Saran dan kritik yang konstruktif untuk penyempurnaan buku ini sangat saya harapkan untuk disampaikan melalui email: rahmah.arifin@gmail.com.

Surabaya, 15 Maret 2019

Dr. Mas Rahmah, S.H., M.H., LL.M.

PRENADAMEDIA GROUP

DAFTAR ISI

KATA PENGANTAR **vii**
DAFTAR ISI **ix**

BAB 1 PENGENALAN DASAR HUKUM INVESTASI **1**
A. Pengertian dan Ruang Lingkup Investasi 1
B. Jenis Investasi 3
1. Investasi Tidak Langsung (*Indirect/Portfolio Investment*) 3
2. Investasi Langsung (*Direct Investment*) 5
C. Hukum Investasi 20
D. Sumber Hukum Investasi 26
1. Sumber Hukum Investasi yang Bersifat Internasional 26
2. Sumber Hukum Investasi yang Bersifat Nasional 30
E. Subjek Hukum dalam Kegiatan Investasi 34
1. Investor 34
2. Perusahaan Negara (*State Corporation*) 36

BAB 2 TEORI INVESTASI **39**
A. Teori Klasik (*Classical Theory*) 39
B. Teori Ketergantungan (*Dependency Theory*) 43
C. *Middle Path Theory* 44

PRENADAMEDIA GROUP

BAB 3 PRINSIP INVESTASI 47
A. Prinsip Penanaman Modal Internasional 47
1. Prinsip *Non-discrimination* 47
2. Prinsip *National Treatment* 50
3. Prinsip *Most Favoured Nation* 51
4. Prinsip *Fair and Equitable Treatment* 54
5. Prinsip *Protection and Security* 59
B. Prinsip Penanaman Modal dalam UU 25/2007 62

BAB 4 KEBIJAKAN INVESTASI 65
A. Kebijakan Investasi Secara Umum 65
1. Fleksibel Atas Masuknya Investasi (*Flexibility in Investor Entry*) 67
2. Memberi Hak dan Jaminan Kepada Investor 68
B. Kebijakan Investasi di Indonesia 68
1. Perbaikan Iklim Penanaman Modal 69
2. Persebaran Penanaman Modal 70
3. Fokus Pengembangan Pangan, Infrastruktur, dan Energi 70

BAB 5 BENTUK USAHA DAN KERJA SAMA INVESTASI 77
A Bentuk Usaha 77
B. Bentuk Kerja Sama 82

BAB 6 BIDANG USAHA UNTUK KEGIATAN INVESTASI 89
A. Penetapan Bidang Usaha 89
B. Daftar Negatif Investasi 93
C. Bidang Usaha yang Tertutup 95
D. Bidang Usaha yang Terbuka (dengan Persyaratan) 98
E. Bidang Usaha yang Dicadangkan atau Kemitraan dengan Usaha Mikro, Kecil, dan Menengah serta Koperasi 100
F. Bidang Usaha yang Terbuka dengan Persyaratan Tertentu 103

BAB 7 FASILITAS, INSENTIF, DAN JAMINAN UNTUK KEGIATAN INVESTASI 107
A. Umum 107
B. Teori dan Prinsip dalam Pemberian Insentif 111

PRENADAMEDIA GROUP

1. Faktor Penentu Utama (*Fundamental Determinant*) 115
2. Faktor Penentu Sekunder (*Secondary Determinant*) 115
C. Insentif Pajak 121
D. Hak Transfer dan Mengalihkan Aset 127
1. Hasil Penjualan Aset 128
E. Kemudahan Pelayanan dan Perizinan 129
1. Pelayanan dan Perizinan Hak atas Tanah 129
2. Fasilitas Keimigrasian 130
3. Fasilitas Perizinan Impor 131
F. Hak Atas Kompensasi Akibat Nasionalisasi 131
G. Penyelesaian Sengketa Secara Khusus 135
H. Kawasan Ekonomi Khusus 136
1. Dibangun Fasilitas Pendukung dan Perumahan Bagi Pekerja 139
2. Perpajakan, Kepabeanan, dan Cukai 139
3. Pertanahan, Perizinan, Keimigrasian, dan Investasi 140
4. Ketenagakerjaan 140
5. Fasilitas dan Kemudahan Lain 140

BAB 8 HAK DAN KEWAJIBAN INVESTOR 141
A. Hak Penanam Modal 141
B. Kewajiban Penanam Modal 142
C. Sanksi 144

BAB 9 PERIZINAN UNTUK KEGIATAN INVESTASI 147
A. Pelayanan Terpadu Satu Pintu 147
B. Jenis Perizinan 149
1. Jenis Perizinan Menurut Perka BKPM 5/2013 *jo.* Perka BKPM 12/2013 149
2. Jenis Perizinan Menurut Perka BKPM 7/2013 151
3. Non-Perizinan Berdasarkan Fasilitas Fiskal yang Diberikan 152
C. Online Single Submission (OSS) 155

BAB 10 PENYELESAIAN SENGKETA INVESTASI 167
A. Penyelesaian Sengketa Investasi Internasional 167
1. Penyelesaian Sengketa Secara Klasik/Tradisional 167

PRENADAMEDIA GROUP

2. Penyelesaian Sengketa Melalui Arbitrase atau Konsiliasi Internasional 169
3. Penyelesaian Sengketa di WTO Dispute Settlement Board (WTO DSB) 176
4. Penyelesaian Sengketa Berdasarkan Klausul BIT 177
B. Penyelesaian Sengketa Menurut UU 25/2007 177

DAFTAR BACAAN **185**

TENTANG PENULIS **193**

PRENADAMEDIA GROUP

1

PENGENALAN DASAR HUKUM INVESTASI

A. PENGERTIAN DAN RUANG LINGKUP INVESTASI

Investasi (*investment)* didefinisikan oleh *Black Law Dictionary* sebagai: *an expenditure to acquire property or assets to produce revenue; a capital outlay*.[1] Menurut *Kamus Bahasa Indonesia*, investasi diartikan sebagai penanaman uang atau modal dalam suatu perusahaan atau proyek dengan tujuan memperoleh keuntungan.[2] Sornarajah merumuskan penanaman modal sebagai: *the transfer of tangible or intangible assets from one country into another for the purpose of their use in that country to guarantee wealth under the total or partial control of the owner of the asset.*[3]

Investasi memiliki pengertian yang sangat luas karena mencakup investasi langsung (*direct investment*) maupun investasi tidak langsung (*indirect investment*) atau yang dikenal dengan *portfolio investment*. Perbedaan mendasar antara investasi langsung dan tidak langsung, terutama terletak pada pengelolaan dan pengawasan perusahaan serta kepemilikan saham di dalam perusahaan.[4] Pada investasi tidak langsung, ada pemisahan pengelolaan dan pengawasan yang dilakukan oleh investor, dengan kata lain investor tidak melakukan pengelolaan dan pengawasan di dalam

[1] Bryan A. Garner (ed.), 2009, *Black Law Dictionary*, USA: West Publishing Co. Thomson Reuters, h. 902.

[2] Tim Penyusun Kamus Pusat Bahasa, 2008, *Kamus Bahasa Indonesia*, Jakarta: Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional, h. 562.

[3] M. Sornarajah, 2004, *The International Law on Foreign Investment,* Second Edition. Cambride: Cambridge University Press, h. 7.

[4] *Ibid.*

perusahaan secara langsung.[5] Adapun pada investasi langsung, investor ikut serta melakukan pengelolaan dan pengawasan perusahaan. Selain itu, pada investasi langsung, investasi dilakukan dengan melakukan kegiatan usaha, atau pendirian perusahaan/pabrik, dan/atau mengerjakan proyek. Adapun pada investasi tidak langsung dilakukan dengan membeli surat berharga atau portofolio seperti saham atau obligasi.

Istilah penanaman modal lebih mempunyai konotasi investasi langsung. Hal ini diperkuat oleh Penjelasan Pasal 2 Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (selanjutnya disebut UU 25/2007) yang menyatakan bahwa: "yang dimaksud dengan penanaman modal di semua sektor di wilayah Negara Republik Indonesia adalah penanaman modal langsung dan tidak termasuk penanaman modal tidak langsung atau portofolio." Di dalam Penjelasan Umum UU 25/2007 juga ditegaskan bahwa undang-undang ini mencakupi semua kegiatan penanaman modal langsung di semua sektor. Investasi secara langsung selalu dikaitkan dengan adanya keterlibatan secara langsung pemilik modal untuk melakukan kegiatan usaha atau terlibat langsung dalam kegiatan pengelolaan modal serta bertanggung jawab secara langsung apabila terjadi suatu kerugian. Secara langsung melakukan kegiatan usaha mengandung pengertian bahwa investor mendirikan perusahaan atau badan usaha di Indonesia. Hal ini sejalan dengan pengertian penanaman modal sebagaimana diatur di dalam Pasal 1 Angka 1 UU 25/2007 bahwa penanaman modal adalah segala bentuk kegiatan menanam modal, baik oleh penanam modal dalam negeri maupun penanaman modal asing untuk melakukan usaha di wilayah Negara Republik Indonesia.

Berdasarkan definisi di atas, unsur dari penanaman modal meliputi:

a. Kegiatan menanam modal, modal yang dimaksud di sini adalah aset dalam bentuk uang atau bentuk lain yang bukan uang yang dimiliki oleh penanam modal yang mempunyai nilai ekonomis (Pasal 1 angka 7 UU 25/2007).
b. Investor/penanam modal, penanam modal adalah perseorangan atau badan usaha yang melakukan penanaman modal yang dapat berupa penanam modal dalam negeri dan penanam modal asing (Pasal 1 angka 4 UU 25/2007).
c. Melakukan kegiatan usaha, kegiatan usaha yang dimaksud dapat berupa kegiatan menjalankan usaha; mendirikan perusahaan; melakukan kegiatan proyek seperti pembuatan jembatan, tol, infrastruktur,

[5] *Ibid.*

PRENADAMEDIA GROUP

dan lain sebagainya.

d. Di wilayah tertentu, penanam modal harus menjalankan kegiatan usaha yang berkedudukan di wilayah Indonesia. Khusus untuk penanaman modal asing, wajib berkedudukan di wilayah Indonesia, kecuali ditentukan lain oleh undang-undang (Pasal 5 ayat [2] UU 25/2007).

B. JENIS INVESTASI

Berdasarkan kontrol atau pengawasan terhadap perusahaan, investasi dibedakan menjadi dua, yaitu investasi tidak langsung dan investasi langsung.

1. Investasi Tidak Langsung (*Indirect/Portfolio Investment*)

Menurut the World Bank, *portfolio investment usually implies a shorter-term objective, the use of financial flows that have a higher degree of liquidity, and an investment that does not involve management control by the investor*.[6] *Portfolio investment* umumnya merupakan investasi yang berorientasi jangka pendek dan lebih spekulatif dibandingkan investasi langsung karena investor dengan mudah dapat mengubah investasinya dari pembelian surat berharga (sekuritas) satu kesekuritas lainnya yang lebih menguntungkan. Mengingat sifatnya yang spekulatif, mudah berubah ubah dan berorientasi jangka pendek, investasi portofolio umumnya tidak menjadi fokus dari hukum investasi.[7] Investasi portofolio umumnya diatur secara berbeda dari investasi langsung, biasanya di bawah pengawasan bank sentral, menteri keuangan, bendahara negara, atau badan pengawas pasar modal (*security and exchange commissions*).[8] Di Indonesia, investasi portofolio diatur dalam hukum tersendiri yaitu Hukum Pasar Modal dengan ketentuan yang tunduk pada Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1995 tentang Pasar Modal (selanjutnya disebut UU 8/1995). Sebelumnya, menurut Pasal 3 UU 8/1995 pembinaan, pengaturan, dan pengawasan kegiatan pasar modal dilakukan oleh Badan Pengawas Pasar Modal. Namun dengan adanya Undang-Undang Nomor 21 Tahun 2011 (selanjutnya disebut UU 21/2011), kegiatan investasi portofolio ini berada pengawasan Otoritas Jasa Keuangan (OJK) karena berdasarkan Pasal

[6] The World Bank, 2010, *Investment Law Reform: A Handbook for Development Practitioners*, Washington, D.C: The World Bank Group, h. 13.

[7] *Ibid.*

[8] *Ibid.*

6 UU 21/2011, OJK melaksanakan tugas pengaturan dan pengawasan terhadap:

a. Kegiatan jasa keuangan di sektor perbankan;
b. Kegiatan jasa keuangan di sektor pasar modal;
c. Kegiatan jasa keuangan di sektor perasuransian, dana pensiun, lembaga pembiayaan, dan lembaga jasa keuangan lainnya.

Investasi yang tidak langsung atau portofolio digolongkan menjadi tiga kelompok, yaitu:[9]

a. Partisipasi modal/penyertaan (*equity participation*) yaitu pembelian saham yang tidak memberikan kontrol atau pengelolaan pada perusahaan.
b. Pembelian surat berharga yang bersifat penyertaan (*equity securities*) seperti saham, partisipasi, saham preferen, *option* atau membeli surat berharga bersifat utang (obligasi, pinjaman, dan surat utang (*debentures/notes*).
c. Perjanjian kontraktual seperti lisensi atau *turnkey contract* yang tidak melibatkan kontrol manajemen perusahaan.

Investasi tidak langsung memiliki karakter sebagai berikut:

a. Investasi tidak langsung merupakan investasi jangka pendek dibandingkan dengan investasi langsung.
b. Investasi dilakukan dengan membeli surat berharga, baik berupa surat berharga bersifat penyertaan seperti saham maupun yang bersifat utang seperti obligasi.
c. Pada investasi tidak langsung, investor tidak melakukan pengelolaan dan pengawasan di dalam perusahaan secara langsung.
d. Apabila investor membeli surat berharga berupa saham, investor berkedudukan sebagai pemegang saham yang tidak aktif melakukan pengelolaan dan pengembangan perusahaan.
e. Berdasarkan jenis arus modal yang masuk, pada investasi tidak langsung terdapat *movement of money*[10] yaitu arus modal masuk umumnya berupa uang sebagai alat membeli saham atau surat berharga lain milik perusahaan yang telah berdiri.
f. Apabila investor mengalami kerugian akibat membeli saham, obligasi atau instrumen keuangan lainnya, maka investor tidak dapat menggugat pasar modal domestik atau lembaga publik terkait de-

[9] *Ibid.*
[10] M. Sornarajah, *Op. cit.,* h. 7.

PRENADAMEDIA GROUP

ngan kerugian tersebut kecuali ada unsur kesalahan yang dilakukan oleh pasar modal atau lembaga publik tersebut. Dengan kata lain, investasi tidak langsung tidak dilindungi oleh hukum kebiasaan internasional, sedangkan investasi langsung dilindungi oleh kebiasaan internasional;

g. Investasi tidak langsung tidak dibatasi tempat yaitu investor dapat melakukan kegiatan investasi secara virtual di pasar modal di seluruh dunia.
h. Investasi tidak langsung tidak diharuskan mendirikan atau membentuk badan usaha.

2. Investasi Langsung (*Direct Investment*)

Investasi langsung didefinisikan sebagai investasi jangka panjang pada suatu usaha/bisnis baru atau usaha yang sudah ada yang diikuti dengan kontrol atas manajemen secara aktif dari investor. Definisi ini dikemukakan oleh Bank Dunia yang menyatakan bahwa *direct investment is a long-term investment in a new business or a pre-existing one that is accompanied by a measure of effective management control by the investor.*[11]

Salah satu ciri utama dari investasi langsung adalah investor secara efektif melakukan kontrol manajemen dan investor memiliki pengaruh dominan pada kegiatan operasional usaha dan bertanggung jawab untuk pengembangan perusahaan. Kontrol pada perusahaan diartikan sebagai perencanaan, implementasi, evaluasi, dan koreksi atas performa untuk mencapai tujuan organisasi.[12] Adapun Shapiro menyatakan ada tiga unsur pada proses kontrol yaitu, menentukan tujuan; mengukur hasil; dan membandingkan hasil dengan tujuan.[13] Shapiro menyatakan bahwa tujuan dari kontrol atas perusahaan adalah untuk komunikasi, evaluasi, dan motivasi.[14]

Pada investasi langsung, investor memiliki perusahaan khususnya dalam bentuk aset berwujud/fisik seperti gedung, mesin, dan aset lain yang tahan lama, atau tidak berwujud seperti hak kekayaan intelektual. Kepemilikan atas aset berwujud/fisik tersebut akan mudah ditentukan apabila investornya adalah individu, tetapi saat ini investasi lebih ba-

[11] The World Bank, *Op. cit.,* h. 12.
[12] Imad A. Moosa, 2002, *Foreign Direct Investment: Theory, Evidence and Practice*, New York: Palgrave, h. 244.
[13] *Ibid.*
[14] *Ibid.*

nyak dilakukan oleh perusahaan (umumnya berbentuk PT) yang dianggap sebagai subjek hukum sehingga sulit menentukan kontrol investor atas perusahaan. Pada beberapa kasus, untuk menentukan kontrol atas perusahaan dilihat dari posisi pemegang saham dan pengaruhnya pada pengelolaan perusahaan. Kontrol dianggap terjadi ketika investor memiliki mayoritas modal/saham perusahaan atau memiliki mayoritas hak *voting* pada dewan direksi.[15] Namun, kontrol juga dianggap ada meskipun investor hanya memiliki 10 persen modal saham atau hak *voting* asalkan investor memiliki pengaruh pada pengelolaan perusahaan.[16]

Secara lebih lengkap, beberapa ciri investasi langsung dapat diuraikan sebagai berikut:

1. Investasi langsung merupakan investasi jangka panjang (*long term investment*).
2. Investasi dilakukan dengan melakukan kegiatan usaha, mendirikan perusahaan atau pabrik atau mengerjakan proyek produktif atau konstruksi.
3. Investor ikut serta melakukan pengelolaan, pengawasan atau kontrol di perusahaan.
4. Kedudukan penanaman modal pada investasi langsung investor umumnya merupakan pemilik perusahaan yang ikut aktif mengelola, mengontrol dan memiliki pengaruh dominan dalam kegiatan usaha, serta bertanggung jawab atas pengembangan usaha.
5. Kepemilikan investor pada umumnya berupa kepemilikan atas benda berwujud seperti mesin, gedung, atau benda tahan lama yang sifatnya tidak mudah hancur.[17] Namun, saat ini investasi langsung meliputi juga kepemilikan atas benda tidak berwujud seperti teknologi dan hak kekayaan intelektual (HKI).
6. Berdasarkan jenis kepemilikan arus modal, pada investasi langsung terdapat *transfer of physical property*[18] yaitu arus modal yang masuk umumnya berupa benda-benda fisik dan berwujud (*tangibles)* seperti mesin, peralatan atau benda fisik lain atau yang tidak berwujud *(intangibles)* seperti HKI yang dibeli atau dikonstruksikan untuk pembangunan perusahaan atau pendirian pabrik.
7. Risiko pada investasi langsung (khususnya investasi asing) relatif lebih kecil karena aset asing yang diinvestasikan di satu negara dilind-

[15] *Ibid.*
[16] *Ibid.*
[17] *Ibid.*
[18] M. Sornarajah, *Op. cit.,* h. 8.

PRENADAMEDIA GROUP

ungi oleh hukum kebiasaan internasional dan investor asing dapat menggugat pemerintah atau lembaga negara setempat dalam hal ada kerugian berdasarkan prinsip perlindungan diplomatik atau pertanggungjawaban negara (*diplomatic protection and state responsibility*).[19]

8. Investasi langsung terikat dengan tempat yaitu bahwa investasi tersebut harus dilakukan dengan mendirikan usaha di wilayah tertentu di suatu negara, dan usaha tersebut harus berkedudukan di wilayah tersebut. Dengan adanya keharusan untuk berkedudukan di wilayah tertentu, konsekuensinya adalah bahwa investor tersebut harus tunduk pada hukum setempat.
9. Mengingat investasi langsung ditujukan untuk menjalankan usaha/menjalankan proyek/mendirikan perusahaan, maka kepada investor diharuskan memiliki bentuk usaha atau bentuk kerja sama sesuai dengan ketentuan hukum setempat.

Investasi langsung dilakukan dalam dua cara, yaitu: (a) dengan cara mendirikan usaha/perusahaan baru; dan (b) berinvestasi pada perusahaan yang telah ada dalam bentuk perluasan usaha/atau reorganisasi, merger, atau akuisisi. Namun, apa pun cara yang dipilih untuk berinvestasi, umumnya investasi langsung akan memberikan keuntungan kepada *host states,* seperti inovasi produk, alih teknologi, *know how*, keterampilan melakukan manajemen, meningkatnya akses terhadap pasar, dan penciptaan lapangan kerja.

Adapun berdasarkan modal dan investornya, investasi langsung dibedakan menjadi (a) penanaman modal asing (*Foreign Direct Investment* [FDI]); dan (b) penanaman modal dalam negeri (*direct investment*).[20] Mengingat substansi yang sangat luas dari penanaman modal asing dan penanaman modal dalam negeri, maka uraian lebih lanjut mengenai penanaman modal asing dan penanaman modal dalam negeri dijelaskan pada uraian berikut ini.

a. Penanaman Modal Dalam Negeri (PMDN)

Menurut Bank Dunia, *domestic investment is an investment made in a country by a resident or a national of that country*.[21] Adapun menurut Pasal 1 angka 2 UU 25/2007, Penanaman modal dalam negeri adalah kegiatan menanam modal untuk melakukan usaha di wilayah Negara Repub-

[19] *Ibid.*
[20] The World Bank, *Op. cit.*, h. 13.
[21] *Ibid.*

lik Indonesia yang dilakukan oleh penanam modal dalam negeri dengan menggunakan modal dalam negeri. Penanam modal dalam negeri adalah perseorangan warga negara Indonesia, badan usaha Indonesia, Negara Republik Indonesia, atau daerah yang melakukan penanaman modal di wilayah Negara Republik Indonesia (Pasal 1 angka 5 UU 25/2007). Adapun modal dalam negeri adalah yang dimiliki oleh Negara Republik Indonesia, perseorangan warga negara Indonesia, atau badan usaha yang berbentuk badan hukum atau tidak berbadan hukum (Pasal 1 Angka 9 UU 25/2007).

b. Penanam Modal Asing (PMA)

Menurut Bank Dunia, *a foreign investment is an investment made by a person in a project or enterprise in a country other than their country of residence or nationality. Thus investments made by foreign nationals in the territory of a host state are considered as foreign investments.*[22] Menurut International Monetary Fund (IMF), memberikan definisi *foreign direct investment* sebagai: *investment that is made to acquire a lasting interest in an enterprise operating in an economy other that of an investor, the investor purpose being have an effective choice in the management of the enterprise.*[23] Adapun The United Nation mendefinsikan investasi asing sebagai berikut

> *foreign investment as an investment involving a long term relationship and reflecting a lasting interest and control of a resident entity in one economy (foreign direct investor or parent enterprises) in an enterprises resident in an economy other than that of the foreign direct investor (FDI enterprise, affiliate enterprise or foreign affiliate).*[24]

Sementara Sornarajah mengemukakan bahwa*: foreign investment is the transfer of tangible or intangible asset form one country into another for the purpose of their se in that country to generate wealth under the total or partial control of the owner of asset.*[25] Adapun Imad A. Moosa menyatakan bahwa *foreign direct investment is the process whereby resident of one country (source country) acquire ownership of assets for the purpose of controlling the production, distribution and other activities of a firm in another country (the host country).*[26]

Di dalam UU 25/2007, PMA didefinisikan sebagai kegiatan mena-

[22] *Ibid.*
[23] The IMF, 1980, *Balance of Payment Manual*, paragraf 408.
[24] Imad A. Moosa, *Op. cit.*, h. 1.
[25] M. Sornarajah, *Op. cit.*, h. 7.
[26] Imad A. Moosa, *Loc. cit.*

nam modal untuk melakukan usaha di wilayah Negara Republik Indonesia yang dilakukan oleh penanam modal asing, baik yang menggunakan modal asing sepenuhnya maupun yang berpatungan dengan penanam modal dalam negeri (Pasal 1 angka 3 UU 25/2007). Penanam modal asing adalah perseorangan warga negara asing, badan usaha asing, dan/atau pemerintah asing yang melakukan penanaman modal di wilayah Negara Republik Indonesia (Pasal 1 angka 6 UU 25/2007). Adapun modal asing adalah modal yang dimiliki oleh negara asing, perseorangan warga negara asing, badan usaha asing, badan hukum asing, dan/atau badan hukum Indonesia yang sebagian atau seluruh modalnya dimiliki oleh pihak asing (Pasal 1 angka 8 UU 25/2007).

Ada dua kriteria untuk menentukan unsur asing pada kegiatan investasi sehingga dikategorikan sebagai investasi asing yaitu kewarganegaraan (*nationality*) dan tempat kedudukan usaha (*residence*).[27] Menurut E. Graham dan Paul Krugman, *foreign direct investment* didefinisikan sebagai kepemilikan atas aset oleh penduduk asing untuk tujuan melakukan kontrol atas aset tersebut.[28] Perbedaan lain didasarkan pada apakah investor merupakan individual ataukah perusahaan.[29] Di dalam *Article 25 ICSID Convention* diatur bahwa kebangsaan atau kewarganegaraan perusahaaan akan dipengaruhi oleh kewarganegaraan investor yang memiliki kontrol pada perusahaan. Dalam hal ini, tidak dipertimbangkan jumlah dari saham yang dimiliki oleh investor tersebut, atau investor itu merupakan pemegang saham mayoritas atau minoritas, yang terpenting adalah investor memiliki kontrol pada perusahaan.[30]

Perbedaan investasi dalam negeri dan investasi asing penting dilakukan karena memengaruhi ruang lingkup pengaturan hukum investasi.[31] Beberapa negara telah mengadopsi hukum investasi yang komprehensif yang mencakup pengaturan PMA dan PMDN dalam satu undang-undang, namun beberapa negara hanya mengatur hukum mengenai PMA secara lebih khusus, sedangkan pengaturan PMDN masuk dalam ketentuan nasional lainnya. Terdapat pula negara yang mengatur PMA dan PMDN secara terpisah dalam rezim hukum tersendiri. Indonesia mengatur PMA dan PMDN dalam satu paket yaitu dalam satu Undang-Undang Penanam-

[27] The World Bank, *Op. cit.,* h. 13.

[28] Edward M. Graham dan Paul Krugman, 1995, *Foreign Direct Investment in United States,* Washington DC: Institute for International Economics, h. 7.

[29] The World Bank, *Loc. cit.*

[30] *Ibid.,* h. 14.

[31] *Ibid.*

an modal (UU 25/2007).

Pengaturan ketentuan investasi asing (PMA) perlu dilakukan karena terdapat berbagai tujuan atau jenis investasi asing yang harus diakomodasi untuk dapat meningkatkan arus investasi, di sisi lain untuk melindungi kepentingan nasional. Terdapat beberapa tujuan strategis dari investor asing dalam melakukan kegiatan penanaman modal, yaitu:[32]

1) *Resources Seeking FDI*
   Investasi asing dilakukan dengan tujuan untuk mendapatkan sumber daya atau bahan baku dengan harga yang lebih murah di negara penerima investasi. Sumber daya yang dicari meliputi: sumber daya fisik (*physical resources*), sumber tenaga kerja yang murah dan terampil, serta sumber daya teknologi, organisasi dan keterampilan manajerial.
2) *Market Seeking FDI*
   Investasi asing ini ditujukan untuk melindungi pangsa pasar dan penjualan di negara asing yang menjadi target. Pada *Market Seeking FDI,* investor berusaha untuk;
   a) Mendekati konsumen atau pemasok utama di negara target.
   b) Memproduksi barang/jasa yang dibutuhkan oleh konsumen yang disesuaikan dengan selera atau kebutuhan lokal serta sesuai dengan kemampuan dan sumber daya lokal.
   c) Menjadi bagian dari produksi global dan strategis untuk memelihara secara fisik keberadaan perusahaan dalam menguasai pasar.
3) *Effeciency Seeking FDI*
   Investasi dilakukan untuk merasionalisasi struktur investasi berbasis sumber daya atau berorientasi pencarian pasar (*market seeking investment*). Dalam hal ini, investor melakukan kegiatan tata kelola yang umum dengan memanfaatkan dukungan, budaya, sistem ekonomi dan kebijakan lokal, serta struktur pasar yang ada.
4) *Strategic Asset-Seeking FDI*
   Investasi dilakukan untuk memperoleh aset di negara lain untuk mendukung strategi tujuan jangka panjang, khususnya untuk meningkatkan daya saing internasional. Investor umumnya akan melakukan kerja sama strategis global (*global strategic alliance*) atau mengambil alih perusahaan lokal.

[32] Oded Shenkar & Yadong Luo, 2008, *International Bussiness,* Calfornia: Sage Publication, h. 62.

PRENADAMEDIA GROUP

Investasi asing dilakukan sebagai "*entry mode*" suatu perusahaan untuk memasuki pasar global khususnya pasar di negara penerima investasi.[33] *Entry mode* tersebut dalam bentuk investasi asing dilakukan dengan cara:

1) Mendirikan anak perusahaan (*whole foreign-owned subsidiary*).
2) Membuka cabang perusahaan (*branch*).
3) Akuisisi atau melakukan tindakan lain dengan tujuan untuk mendapatkan kontrol pada perusahaan yang telah ada di negara penerima investasi.
4) Melakukan penggabungan perusahaan (*merger*).
5) Melakukan *equity joint venture* dengan perusahan lain.
6) *Franchising* (waralaba).
7) *Contractual alliance* (kerja sama kontraktual).

Berdasarkan jenis penyertaannya, investasi asing dapat dilakukan dengan cara:[34]

1) *Equity capital* (penyertaan modal) yaitu investor asing membeli saham suatu perusahaan di negara lain.
2) *Reinvested earnings* (menginvestasikan kembali keuntungan) yaitu keuntungan dari saham tidak didistribusikan sebagai dividen atau dikirim kembali ke negara asal namun diinvestasikan ulang di *host state*.
3) *Intra company loans,* yaitu memberi pinjaman jangka pendek dan jangka panjang yang dilakukan oleh perusahaan induk dengan perusahaan afiliasinya.

Adapun dilihat dari perspektif investor, jenis investasi asing dibedakan menjadi tiga, yaitu *horizontal foreign investment, vertical foreign direct investment*, dan *conglomerate foreign direct investment.*

Horizontal foreign investment yaitu investasi dengan cara melakukan ekspansi di banyak negara melalui kegiatan replika aktivitas produksi yaitu memproduksi barang yang sama atau mirip dengan produksi di negara asal.[35] Model ini dilakukan terutama untuk menghindari biaya produksi dan dominan dilakukan di negara yang memiliki karakter dasar yang sama, sebagaimana diungkapkan oleh Julian Emami Namini

[33] *Ibid.*

[34] Imad A. Moosa, *Op. cit.*, h. 19.

[35] Julian Emami Namini, 2006, *International Trade and Multinational Activity Heterogeneity of Firms, Incentives for Foreign Direct Investment, and International Business Cycle Dynamics Horizontal Multinational activity*, Berlin: Springer, h. 41.

PRENADAMEDIA GROUP

bahwa: *horizontal integration is the replication of one identical production activity in several countries in order to avoid transport costs, will be dominant among countries with identical or similar relative factor endowments*.[36] Hal yang sama diuraikan oleh Laura Alfaro dan Andrew Charlton bahwa suatu perusahaan akan melakukan investasi secara horizontal ketika perusahaan tersebut melakukan replika atau duplikasi kegiatan atau proses produksi yang sama di negara lain.[37] Investasi secara horizontal terjadi ketika investasi yang dilakukan oleh perusahaan terkait langsung dengan aktivitas kegiatan bisnis yang dilakukan di negara asalnya. Misalnya jika perusahaan bergerak di bidang transportasi, maka di negara lain akan dilakukan investasi yang sama di bidang transportasi juga. Pada investasi secara horizontal tersebut, investasi pada bidang yang sama di negara lain menjadi salah satu unsur penting untuk mendapatkan keuntungan berupa monopoli dan oligopoli di pasar negara lain. Ekspansi dilakukan di negara lain karena apabila melakukan ekspansi di negara asal akan melanggar hukum persaingan usaha.[38] *Horizontal FDI* merupakan model investasi yang paling mudah untuk dapat memasuki pasar internasional karena produk yang dihasilkan sama dan dapat dengan mudah menularkan pengetahuan, pengalaman, dan sarana prasarana (infrastruktur) yang telah dimiliki induk perusahaan kepada cabang atau anak perusahaan di negara lain.[39] *Horizontal FDI* itu merupakan pola yang paling mudah bagi induk perusahaan karena induk perusahaan memiliki keunggulan kompetitif (*competitive advantages*) dengan memiliki kompetensi kunci seperti keunggulan teknologi atau tata kelola organisasi, pengalaman, dan pengetahuan yang dengan mudah dialihkan ke anak perusahaan.

Vertical foreign direct investment yaitu investasi yang bertujuan baik untuk mengeksploitasi bahan mentah (*backward vertical FDI*) maupun untuk mendekati pasar atau konsumen melalui akuisisi outlet distribusi (*forward vertical FDI*).[40] *Vertical FDI* memiliki peran sebagai perantara tahap akhir proses produksi (*intermediary of finishing stage)* dari induk perusahaan dengan menyediakan bahan yang dibutuhkan dan akses pasar internasional.[41] *Vertical FDI* terjadi ketika investor memasuki negara lain

[36] *Ibid.*

[37] Laura Alfaro dan Andrew Charlton, 2007, "Intra-Industry Foreign Direct Investment", *NBER Working Paper No. 13447,* Cambridge: National Bureau of Economic Research, h. 8.

[38] Imad A. Moosa, *Op. cit.,* h. 4.

[39] Oded Shenkar & Yadong Luo, *Op. cit.,* h. 63.

[40] Imad A. Moosa, *Loc. cit.*

[41] Oded Shenkar & Yadong Luo, *Op. cit.,* h. 63.

untuk menghasilkan *intermediate goods* untuk bahan baku/input yang dibutuhkan induk perusahaan dalam proses produksi, atau untuk memasarkan produk induk perusahaan ke luar negeri, atau menghasilkan produk final di negara penerima investasi dengan menggunakan bahan atau produk dari negara asal (*home supplied intermediate goods or material*).[42] Keunggulan dari *vertical FDI* bagi investor adalah menghasilkan keuntungan finansial dan operasional seperti efesiensi harga, margin profit yang tinggi, penguasaan pasar, atau *quality control.*[43] Meskipun memberikan keuntungan finansial dan operasional, namun *vertical FDI* membutuhkan koordinasi secara global yang harus dilakukan oleh induk perusahaan untuk memasarkan produk, menghasilkan *intermediate goods,* atau *final output* atas *intermediate goods* (misalnya melalui proses *assembling)*.

Dalam hal ini terdapat dua macam *Vertical FDI,* yaitu:

1) *Backward Vertical FDI*

Investasi secara vertikal model ini dilakukan dengan cara mendirikan anak perusahaan yang akan memasok input untuk induk perusahaan (*subsidiaries which supply their parent with inputs*)[44] misalnya input berupa kebutuhan bahan mentah, atau tenaga kerja yang murah. Investasi asing secara vertikal juga dilakukan dengan tujuan untuk mendapatkan keuntungan dengan memanfaatkan perbedaan harga dan tenaga kerja yang murah di negara lain. Julian Emami Namini menyatakan bahwa:

> *vertical multinational activity, i. e., the desire to exploit factor price differentials between countries and to locate the production of skilled-labor intensive headquarter services in the relatively skilled-labor abundant country, will be dominant among countries with very different relative factor endowments.*[45]

Backward vertical FDI umumnya dilakukan oleh perusahaan yang bergerak di bidang ekstraksi sumber daya alam seperti sektor pertambangan (migas, mineral [emas, tembaga] dan batu bara). Freeport, Chevron, Exxon Mobile Oil, dan British Petroleum (BP) merupakan perusahaan yang mengembangkan *Backward Vertical FDI.*

[42] *Ibid.,* h. 61.
[43] *Ibid.*
[44] Laura Alfaro & Andrew Charlton, 2007, *Working Paper 13447. NBER Working Paper Series,* National Bureau of Economic Research, Cambridge.
[45] Julian Emami Namini, *Loc. cit.*

2) *Forward Vertical FDI*

Investasi dengan menggunakan strategi *forward vertical* dilakukan dengan melakukan pemecahan rantai pasokan dari lokasi produksi ke tempat lain yang diinginkan.[46] *Forward vertical FDI* dilakukan dengan mendirikan perusahaan perakitan (*assembly plant*) atau outlet pemasaran (*sales outlet*).[47] Investasi secara vertikal ini dilakukan dengan tujuan untuk masuk ke pasar domestik suatu negara karena adanya "*barrier to entry*" dengan cara induk perusahaan asing melakukan proses produksi di suatu negara dan mendirikan anak perusahaan di negara lain untuk melakukan kegiatan proses distribusi atau penjualan produk yang dihasilkan induk perusahaan.[48] Misal perusahaan mobil BMW dari Jerman mendirikan jaringan *dealer* sendiri di Jepang untuk memasarkan produk mobilnya, karena sebelumnya perusahaan mobil Jerman sulit memasarkan di Jepang mengingat kebanyakan *dealer* mobil Jepang memiliki hubungan bisnis yang kuat dengan perusahaan mobil domestik Jepang, sehingga *dealer* tersebut enggan mempromosikan mobil asing.

3) *Conglomerate Foreign Direct Investment*

Investasi asing yang menggunakan cara lain di luar cara horizontal dan vertikal yaitu dilakukan dengan cara mendirikan perusahaan yang kegiatannya sangat berbeda dengan kegiatan inti perusahaan sebelumnya. Misalnya perusahaan yang bergerak di bidang logistik, mendirikan perusahaan lain di luar bidang logistik.[49] Model ini tidak umum dilakukan dan berisiko karena investor berusaha masuk ke pasar baru dengan menghasilkan produk baru di negara baru. Hal ini tentu sulit mengembangkan penguasaan pasar dan daya kompetitif di negara penerima investasi karena belum teruji kompetensi dan keunggulan kompetitif *(competitive advantages*) di industri baru tersebut seperti keunggulan teknologi, tata kelola organisasi, pengetahuan, pengalaman, serta sarana prasarana yang dapat diadopsi di industri baru tersebut.

[46] Nils Herger dan Steve McCorriston, 2014, "Horizontal, Vertical, and Conglomerate FDI: Evidence from Cross Border Acquisitions", *Working Paper No. 14.02,* Gerzensee: Swiss National Bank, Study Center Gerzensee, h.1.

[47] Oded Shenkar & Yadong Luo, *Op. cit.,* h. 63.

[48] Richard E. Caves, 1971, "International Corporations: The Industrial Economics of Foreign Investment", *Economica*, 38 (149): 1-27, h. 10.

[49] Stefano Elia, Elena Maggi, Ilaria Mariotti, 2011, "Horizontal, Vertical and Conglomerate Investments in the Italian Logistics Industry: Drivers and Strategies", *Makalah.,* Januari, h. 2 dan h. 8. www.researchgate.net/publication/254457338_Horizontal_vertical_and_conglomerate_investments_in_the_Italian_logistics_industry_drivers_and_strategies.

PRENADAMEDIA GROUP

Adapun dari perspektif *host state,* investasi asing diklasifikasikan dalam tiga kelompok, yaitu:[50]

1) *Import substituting*, investasi ini dilakukan dengan cara memproduksi produk barang yang sebelumnya diimpor oleh *host state.* Investasi ini dilakukan dengan mempertimbangkan volume pasar setempat, biaya transportasi, dan halangan-halangan perdagangan.
2) *Export substituting FDI,* investasi ini didasarkan pada motivasi atau keinginan yang kuat untuk mencari sumber baru seperti bahan mentah dan produk setengah jadi (*intermediate goods*). *Host State* akan meningkatkan ekspor bahan mentah dan produk setengah jadi di negara mana investor asing itu berasal.
3) *Government initiated FDI,* investasi asing yang didorong oleh pemerintah dengan cara pemeritah menawarkan insentif kepada investor asing untuk mengurangi defisit neraca pembayaran.

Apabila didasarkan pada pihak yang melakukan investasi (pemerintah atau swasta/pihak privat) dan anggaran yang digunakan untuk melakukan investasi (dana swasta atau dana pemerintah), investasi dibedakan sebagai berikut:

1) *Public investment*

Public investment adalah investasi yang dilakukan oleh pemerintah melalui lembaga publik atau lembaga negara[51] dengan menggunakan dana dari negara/pemerintah.[52] Investasi publik ini umumnya dilakukan di sektor infrastruktur yang sifatnya produktif, misalnya investasi untuk pembangunan jalan, jalur kereta, pelabuhan, jembatan, pembangkit energi, struktur telekomunikasi, air, sanitasi, gedung-gedung pemerintahan,[53] juga investasi yang digunakan untuk membangun atau meningkatkan sarana pendidikan dan kesehatan.[54] Investasi yang dilakukan oleh

[50] Imad A. Moosa, *Op. cit.,* h. 5.

[51] The World Bank, *Op. cit.,* h. 10.

[52] Eric Perée dan Timo Välilä, 2008, *A Primer on Public Investment in Europe.* Dalam Gerd Schwartz, Ana Corbacho, Katja Funke (eds.), *Public Investment And Public-Private Partnerships: Addressing Infrastructure Challenges And Managing Fiscal Risks,* New York: Palgrave McMillan, h. 21.

[53] UNCTAD. 2009. *Public Investment: Vital for Growth and Renewal, but Should it be a Countercyclical Weapon? Makalah Seminar on the Role of Public Investment in Social and Economic Development held in Rio de Jenairo.* Diselenggarakan oleh UNCTAD dan the Brazilian Government. Rio de Jenairo: UNCTAD dan the Brazilian Government.

[54] Lutfi Erden dan Randall G. Holcomb, 2006, "*The Linkage Between Public And Private Investment: A Co-Integration Analysis of a Panel of Developing Countries*", *Eastern Economic*

pemerintah di sektor infrastruktur menjadi kegiatan utama *(government's main activities*).[55] Meskipun demikian tidak setiap investasi di sektor infrastruktur disebut sebagai *public investment,* atau tidak setiap *public investment* adalah *infrastructure investment,*[56] karena perusahaan swasta juga dapat melakukan kegiatan investasi privat (*private investment*) untuk pembangunan infrastruktur. Untuk itu, perlu diketahui tentang karakter investasi publik yaitu investasi tersebut dibiayai dengan menggunakan anggaran pemerintah, baik pemerintah pusat maupun pemerintah daerah (*central or subnational*).[57] Meskipun investasi publik utamanya di area infrastruktur sosial dan ekonomi, bukan berarti investasi jenis ini secara eksklusif semata-mata bergerak bidang infrastruktur saja, hal utama yang membedakan dengan investasi privat terletak pada orientasinya bahwa jika investasi privat lebih merujuk pada investasi yang dilakukan oleh pihak swasta dengan tujuan utama mendapatkan keuntungan.[58] Perbedaan lainnya dapat dilihat pada kepemilikan modal dan penggunaan modal tersebut untuk tujuan investasi yang keduanya tentu berbeda, bahwa menurut Gerd Schwartz *et. al.* "*all capital expenditures are largely distinguished by ownership, public versus private.*"[59]

Investasi publik terbagi menjadi beberapa kelompok, yaitu investasi pada:[60]

a) Infrastruktur tradisional, umumnya investasi pada jaringan komunikasi baik untuk telekomunikasi maupun transportasi.
b) Infrastruktur sumber daya manusia (*human capital infrastructure*) meliputi investasi pada pendidikan dan kesehatan.
c) Barang keperluan publik (*public goods)* meliputi pertahanan, administrasi publik, ketertiban dan keamanan, serta lingkungan.
d) Redistribusi termasuk investasi pada perumahan rakyat dan perlindungan sosial.
e) Fasilitas rekreasi.

Journal, 32(3):480.

[55] Bernardin Akitoby, Richard Hemming, dan Gerd Schwartz, 2007, *Public Investment and Public-Private Partnership*, Washington DC: International Monetary Fund, h. iii.

[56] Eric Perée dan Timo Välilä, *Op. cit.,* h. 21.

[57] *Ibid.*

[58] Siraj Mustefa, 2014, "*Private Investment and Economic Growth Evidence from Ethiopia*". Thesis, Ethiopia: Mekelle University, h. 3–4.

[59] Gerd Schwartz, *et. al.* (eds.). 2008. *Public Investment and Public-Private Partnerships: Addressing Infrastructure Challenges and Managing Fiscal Risks*, New York: *Palgrave* Macmillan, h. 13.

[60] Eric Perée dan Timo Välilä, *Op. cit.,* h. 31.

PRENADAMEDIA GROUP

Di Indonesia, pemerintah dimungkinkan untuk melakukan investasi dan investasi pemerintah tersebut diatur di dalam Peraturan Pemerintah Nomor 1 Tahun 2008 tentang Investasi Pemerintah (selanjutnya disebut PP 1/2008). Lembaga yang melakukan kegiatan investasi pemerintah adalah Badan Investasi Pemerintah (Pasal 3 ayat [4] PP 1/2008). Investasi pemerintah menurut Pasal 1 angka 1 PP 1/2008 adalah penempatan sejumlah dana dan/atau barang dalam jangka panjang untuk investasi pembelian surat berharga dan Investasi Langsung untuk memperoleh manfaat ekonomi, sosial, dan/atau manfaat lainnya. Dari definisi ini, dapat disimpulkan lingkup investasi pemerintah meliputi investasi langsung dan investasi tidak langsung. Hal ini dipertegas di dalam Pasal 3 PP 1/2008 bahwa Investasi Pemerintah dilakukan dalam bentuk:

a) Investasi surat berharga; dan/atau
b) Investasi langsung.

Investasi tidak langsung dilakukan oleh pemerintah dengan membeli surat berharga baik yang bersifat surat utang maupun saham (Pasal 3 ayat [2] PP 1/2008 jo. Pasal 1 angka 2 PP 1/2008). Adapun Investasi langsung yang dilakukan oleh pemerintah adalah penyertaan modal dan/atau pemberian pinjaman oleh badan investasi pemerintah untuk membiayai kegiatan usaha (Pasal 1 angka 3 PP 1/2008). Bentuk investasi langsung yang dilakukan oleh pemerintah berupa penyertaan modal atau pemberian pinjaman (Pasal 3 ayat [3] PP 1/2008). Investasi Langsung dapat dilakukan dengan cara:

a) *Public private partnership,* yaitu kerja sama investasi antara Badan Investasi Pemerintah dengan Badan Usaha dan/atau Badan Layanan Umum (BLU) dengan pola kerja sama pemerintah dan swasta.[61]
b) *Non-public private partnership,* yaitu kerja sama investasi antara Badan Investasi Pemerintah dengan Badan Usaha, BLU, Pemerintah Provinsi/Kabupaten/Kota, BLUD, dan/atau badan hukum asing, dengan selain pola kerja sama pemerintah dan swasta.[62]

Untuk melakukan pengelolaan investasi pemerintah, asas yang harus diperhatikan antara lain:

a) asas fungsional, yaitu pengambilan keputusan dan pemecahan masalah di bidang investasi pemerintah dilaksanakan oleh Menteri Keuangan, Badan Investasi Pemerintah, Badan Usaha, Menteri

[61] Pasal 4 huruf a PP 1/2008.
[62] Pasal 4 huruf b PP 1/2009.

Teknis/Pimpinan Lembaga sesuai fungsi, wewenang, dan tanggung jawab masing-masing.

b) Asas kepastian hukum, yaitu investasi pemerintah harus dilaksanakan berdasarkan hukum dan peraturan perundang-undangan yang berlaku.
c) Asas efisiensi, yaitu investasi pemerintah diarahkan agar dana investasi digunakan sesuai batasan-batasan standar kebutuhan yang diperlukan dalam rangka menunjang penyelenggaraan tugas pokok dan fungsi pemerintahan secara optimal.
d) Asas akuntabilitas, yaitu setiap kegiatan investasi pemerintah harus dapat dipertanggungjawabkan kepada rakyat dengan memperhatikan rasa keadilan dan kepatutan.
e) Asas kepastian nilai, yaitu investasi pemerintah harus didukung oleh adanya ketepatan jumlah dan nilai investasi dalam rangka optimalisasi pemanfaatan dana dan divestasi serta penyusunan laporan keuangan pemerintah.

Selanjutnya, menurut Pasal 7 PP 1/2008, sumber dana untuk melakukan kegiatan investasi pemerintah dapat berasal dari: (a) Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara; (b) keuntungan investasi terdahulu; (c) dana/barang amanat pihak lain yang dikelola oleh Badan Investasi Pemerintah; dan/atau (d) sumber-sumber lainnya yang sah yang dapat berupa dana yang berasal dari masyarakat/swasta untuk penyediaan infrastruktur dan bidang lainnya.

2) *Private investment*

Investasi privat/swasta adalah investasi yang dilakukan oleh investor swasta yaitu investor yang terdiri dari perusahaan dan badan hukum lainnya, individu atau lembaga non-perusahaan (badan usaha tanpa personalitas hukum yang mandiri/badan usaha nonbadan hukum), organisasi non profit dan yayasan.[63] Ciri yang melekat pada investasi swasta adalah bahwa investasi ini dilakukan oleh pihak swasta dengan tujuan untuk memperoleh keuntungan. Menurut Siraj Mustefa:

> *investment in an economy is composed of public and private sector investment. Public investment refers to investment by the government sector primarily, not exclusively in the area of social and economic infrastructure. Private investment refers to investment*

[63] The World Bank, *Op. cit.*, h. 12.

by private business for the purpose of profit generation.[64]

Seperti halnya investasi publik yang memiliki peran penting dalam meningkatkan pertumbuhan ekonomi, investasi privat juga memiliki peran penting dalam mengalokasikan sumber daya secara efisien, selain berperan pula dalam menciptakan lapangan kerja dan pendapatan serta memberikan jasa pelayanan dan penyediaan infrastruktur. Hal ini sebagaimana dikemukakan oleh Bahar Bayraktar:

> *the role of the private investment is important both in terms of its contribution to the quantity of GDI and its ability to allocate and employ resources efficiently. Private investment, as a proxy for a dynamic private sector, has not only been seen as an engine for job and income creation, but it also has a role to play in the provision of both infrastructure and social services.*[65]

Investasi swasta dengan investasi publik memiliki kaitan yang sangat erat di mana umumnya perkembangan investasi privat sangat didukung oleh investasi publik, demikian juga sebaliknya. Hal ini dikarenakan investasi publik meningkatkan sumber daya fisik dan finansial dengan pembangunan infrastruktur seperti jalan, tol, pembangkit listrik, air yang dibutuhkan oleh investasi swasta. Dengan dikeluarkannya anggaran negara/publik untuk pembangunan infrastruktur tersebut, dapat mengurangi biaya yang akan dikeluarkan oleh investasi swasta sehingga investasi pada infrastruktur meningkatkan produktivitas modal swasta.[66] Di sisi lain, investasi swasta juga dibutuhkan oleh pemerintah karena modal dari investasi swasta menjadi pelengkap yang dapat digunakan untuk pengembangan bisnis dan ekonomi mengingat keterbatasan modal publik. Umumnya, modal publik digunakan untuk pembiayaan yang ditujukan bagi kepentingan masyarakat (*public interest*) seperti untuk pembangunan infrastruktur sosial maupun infrastruktur ekonomi.[67]

---

[64] Siraj Mustefa, *Loc. cit.*

[65] Bahar Bayraktar, 2003, "*The Role of Private Sector Investments In The Economic Performance of OIC Member Countries*", *Journal of Economic Cooperation*, 24 (1): 64.

[66] Randall G. Holcombe dan Lutfi Erden, 2006, "*The Linkage Between Public and Private Investment: a Co Integration Analysis of a Panel of Countries*", *Eastern Economic Journal*, 32 (3): 480.

[67] Infrastrutktur terbagi menjadi infrastruktur sosial dan ekonomi. Infrastruktur sosial adalah infrastruktur yang berkontribusi dalam meningkatkan kesejahteraan sosial seperti rumah sakit, sarana kesehatan dan sekolah. Adapun infrastruktur ekonomi adalah infratruktur yang penting dalam meningkatkan pembangunan ekonomi seperti jalan, kereta api, listrik. Lihat: Veronica Vecchi *et. al.*, 2015, The *Public-Private Partnerships* Framework. Dalam Stefano Caselli *et, al.*, *Public Public Private Partnerships for Infrastructure and Business Development:*

Meskipun investasi publik dan privat saling mendukung dan membutuhkan, tetapi dalam beberapa kasus, investasi publik malah tidak mendukung investasi swasta dan bahkan menyaingi investasi swasta ketika pemerintah melalui perusahaan negara nya bergerak di bidang yang sama.[68] Pemerintah dalam mendorong perkembangan perusahaan negara terkadang menetapkan kebijakan yang mungkin merugikan dan menimbulkan ketidakpastian bagi investasi swasta.[69] Pemerintah juga terkadang menetapkan kebijakan yang berupa larangan kegiatan tertentu yang sebelumnya dibolehkan untuk dilakukan oleh investor swasta. Misalnya, di bidang pertambangan saat ini terdapat larangan untuk melakukan ekspor bahan mentah tambang tanpa melalui proses pengolahan dan pemurnian terlebih dahulu.[70] Juga, untuk mendukung kepentingan nasional, terkadang pemerintah membuat kebijakan agar aset atau swasta (khususnya asing) dialihkan kepada pihak nasional melalui skema divestasi saham atau ekspropriasi.[71]

C. HUKUM INVESTASI

Hukum Investasi dapat dilihat berdasarkan perspektif dari dua kepentingan yang berbeda yaitu kepentingan negara yang melakukan kegiatan ekspor modal untuk diinvestasikan di negara lain (*modal exporting states*) dan dari perspektif negara yang berkepentingan untuk menarik modal asing agar diinvestasikan di negara (*modal importing states/host states*). Bagi negara pengekspor modal, hukum investasi harus mengakomodasi kepentingan investor dengan memberi perlindungan kepada investor dan menetapkan kewajiban kepada *host state* untuk melindungi modal yang diinvestasikan di *host state*.[72] Adapun bagi *host state* hukum investasi harus berisi kaidah untuk mengatur dan mengontrol investasi agar dapat mendukung pertumbuhan ekonomi dan pembangunan nasional.

Hukum investasi merupakan kodifikasi dan implementasi secara ad-

Principles, Practices, and Perspectives, New York: Palgrave Macmillan, h. 7.

[68] Lutfi Erden dan Randall G. Holcombe, 2005, "*The Effects of Public Investment on Private Investment in Developing Economies*", *Public Finance Review*, 33 (5): 578.

[69] *Ibid.*, h. 576.

[70] Pasal 112 C Peraturan Pemerintah Nomor 1 Tahun 2017 tentang Perubahan Keempat atas Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010 tentang Perubahan Keempat atas Tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batu Bara (PP Nomor 1 Tahun 2017).

[71] Pasal 97 PP Nomor 1 Tahun 2017.

[72] Kate Miles, 2013, *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment, and the Safeguarding of Capital*, Cambridge: Cambridge University Press, h. 19.

PRENADAMEDIA GROUP

ministratif dari kebijakan investasi nasional, sebagaimana dikemukakan oleh Joseph Battat bahwa: *an investment law and its regulations are respectively the codification and administrative implementation of the national investment policy.*[73] Kebijakan investasi yang merefleksikan pandangan pemerintah terhadap investasi yang harus sesuai dengan tujuan nasional dan juga hak dan kewajiban untuk melindungi investor dan investasi[74] dituangkan untuk dapat diimplementasikan melalui ketentuan hukum investasi sehingga hukum investasi menjadi *legislative instrument for implementing the investment policy*.[75] Sebagai refleksi dari kebijakan investasi, hukum investasi berfungsi untuk menerjemahkan kebijakan ke dalam istilah hukum yang dapat diterapkan (*translates the policy into legal terms that are actionable)*.[76] Oleh karena itu, kebijakan investasi harus jelas agar tidak menghambat proses pembentukan atau pengaturan hukum investasi karena menurut Organization for Economic Co-Operation and Development (OECD): *investment policy formulation is a prerequisite to investment legislation drafting.*[77]

Hukum investasi merupakan kerangka hukum dasar yang ditujukan untuk mengatur (a) jenis transaksi investasi; (b) insentif dan jaminan untuk penanam modal; (c) pengaturan dan pengawasan arus investasi; dan (d) sistem yang mengadministrasikan proses investasi.[78] Hukum investasi dibentuk untuk memenuhi dua tujuan utama, yaitu untuk mengatur atau mengontrol investasi serta mendorong meningkatnya kegiatan investasi.[79] Namun, terdapat pula beberapa tujuan dibentuknya hukum investasi oleh suatu negara, misalnya Mesir menentukan tujuan dari hukum investasinya yaitu untuk mempromosikan investasi dan alih teknologi, mendorong masuknya investor, memberikan perlindungan hak dan kekayaan investor, meningkatkan ekspor, dan meningkatkan neraca pembayaran dan perdagangan.[80] Di Indonesia, tujuan pengaturan penanaman modal dapat dilihat pada Pasal 3 ayat (2) UU 25/2007, yaitu:

---

[73] Joseph Battat, 2010, *Preface,* dalam *The World Bank,* "*Investment Law Reform: A Handbook For Development Practitioners*", Washington, DC: The World Bank Group, h. ix.

[74] *Ibid.*

[75] The World Bank, *Op. cit.,* h. 4.

[76] *Ibid.,* h. 5.

[77] OECD, 2006, *The Policy Framework for Investment,* h. 6.

[78] Jeswald W. Salacuse, 2013, *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital,* London: Oxford University Press, h. 90–91.

[79] *Ibid.*

[80] Sami Shubber, 2009, *The law of investment in Iraq,* Leiden: Martinus Nijhoff Publishers, h. 9.

1. meningkatkan pertumbuhan ekonomi nasional;
2. menciptakan lapangan kerja;
3. meningkatkan pembangunan ekonomi berkelanjutan;
4. meningkatkan kemampuan daya saing dunia usaha nasional;
5. meningkatkan kapasitas dan kemampuan teknologi nasional;
6. mendorong pengembangan ekonomi kerakyatan;
7. mengolah ekonomi potensial menjadi kekuatan ekonomi riil dengan menggunakan dana yang berasal, baik dari dalam negeri maupun dari luar negeri; dan
8. meningkatkan kesejahteraan masyarakat.

Rezim hukum investasi yang ada di suatu negara dapat berpengaruh pada arus investasi yang masuk mengingat pada umumnya investor dalam menetapkan keputusan investasinya berdasarkan pada evaluasi atas kerangka hukum investasi yang ada. Hukum investasi yang mencerminkan *legal stability, predictability,* dan *calculability*[81] menjadi daya tarik sendiri dan menjadi pertimbangan utama investor ketika berinvestasi. Menurut Teori Dominan (*Dominant Theory*) hukum investasi dianggap dapat diprediksi (*predictable*) ketika hukum itu stabil, dapat diakses dan jelas; terbatasnya kekuasaan negara termasuk birokrat menerapkan diskresi (*limited discretionary powers*); rendahnya angka korupsi, terpisahnya lembaga negara khususnya lembaga peradilan agar tercipta *judiciary independence*.[82] Hukum investasi yang mampu menarik investasi adalah hukum yang efisien yaitu yang mampu menciptakan mekanisme untuk menegakkan hak dan kewajiban investor secara lebih efektif. [83] Penegakan hak dan kewajiban dianggap efektif apabila kualitas dari hukum investasi dari *host state* itu baik dan modern dengan peradilan dan birokrasi yang menyediakan infrastruktur yang layak, dilengkapi dengan penegak hukum yang terlatih dan kompeten.[84] Hukum investasi dianggap efektif dengan tiga hal, yaitu: efisiensi pada proses pembentukan hukum (*the law-making process*), administrasi publiknya (*the public administration*),

[81] Jeswald W. Salacuse, *Op. cit.,* h. 137.

[82] Amanda Perry, 2000, "*An Ideal Legal System for Attracting Foreign Direct Investment? Some Theory and Reality*", *American University International Law Review,* 15 (6): 1631.

[83] M. J. Trebilcock, 1997, What Makes Poor Countries So Poor? The Role of Institutional Capital in Economic Development. Dalam Eduardo Buscaglia *et. al.* (eds.), *The Law and Economics of Development.* Cheltenham: Edward Elgard Publishing, h. 42. Lihat juga: Robert Sherwood *et. al.,* 1994, "*Judicial Systems and Economic Performance*", *Q. REV. ECON. & FIN.,* 34: 113.

[84] *Ibid.*

penegakan hukum dan penafsiran hukum oleh pengadilan (*the judicial interpretation of laws*).[85] Konsep ini sejalan dengan *Dominant Theory* bahwa menurut teori ini investor menginginkan adanya efisiensi dan kepastian sebagai hal dominan yang dapat ditawarkan oleh hukum investasi.[86] Adapun menurut Bank Dunia, *the predictability of its rules and policies and the consistency with which they are applied, can be as important for attracting private investment as the content of the rules.*[87] Hal ini berarti bahwa kredibilitas pemerintah, prediktabilitas dari ketentuan dan kebijakan pemerintah, serta konsistensi dengan penerapan dan penegakannya sangat penting untuk menarik modal asing sebagai konten dari aturan hukum investasi.

Oleh karena itu, dalam menarik investasi, hukum investasi memiliki fungsi sangat penting, yaitu:[88]

1. memberikan kontribusi pada kualitas dan karakteristik dari iklim investasi karena hukum investasi menjadi bagian dari pengembangan dan perwujudan paket kebijakan investasi nasional.
2. Menjadi poin penting bagi pemerintah atas harapannya terhadap investor dan dalam memberikan perlakuan kepada investor.
3. Mengingat ekonomi, kerangka hukum, serta lembaga publik dan privat di *developing countries* masih dalam taraf pengembangan, hukum investasi sangat penting karena menjadikan begitu banyak kebijakan investasi dengan landasan hukumnya dan menata semuanya dalam satu wadah yang mencakup semuanya.
4. Menjadi tanda bahwa pemerintah menyambut baik investasi dan membantu membingkai beberapa persyaratan yang diinginkan oleh negara dalam menarik investasi (khususnya investasi asing) mengingat investasi asing menjadi sumber penting untuk mengakses teknologi, keuangan, *know how*, dan pasar asing.

Hukum investasi dibentuk untuk mendesain, mengatur, dan mendorong kegiatan penanaman modal dipengaruhi oleh ideologi, pertimbangan politik, teori ekonomi, tujuan pembangunan, serta kepentingan nasional masing-masing negara.[89] Hukum investasi yang dibuat oleh suatu

[85] Amanda Perry, *Loc. cit.*

[86] *Ibid.,* h. 1629.

[87] The World Bank, 1997, *The Role of The State In A Changing World*, Washington, DC: The World Bank, h. 43.

[88] Joseph Battat, *Loc. cit.*

[89] Ibrahim F.I. Shihata, 2010, Regulation of Foreign Investment, Dalam A.F. Munir Maniruzzaman *et. al.* (eds.), *International Sustainable Development Law*, Volume II, Singapore: EOLSS Publisher, h. 2.

negara ada yang sangat fleksibel menerima masuknya modal, tetapi ada pula yang sangat ketat mengawasi penanaman modal khususnya modal asing. Sebelumnya, beberapa negara umumnya mengatur hukum investasi baik untuk PMA dan PMDN dalam rezim hukum yang terpisah, tetapi beberapa negara telah mengadopsi hukum investasi yang komprehensif dan lengkap yang mencakup pengaturan PMA dan PMDN termasuk di dalamnya mengatur tentang keamanan investasi, mekanisme penyelesaian sengketa, dan perlindungan hak investor dalam satu kerangka hukum.[90] Beberapa negara hanya mengatur hukum mengenai PMA secara lebih khusus, sedangkan pengaturan PMDN masuk dalam ketentuan nasional lainnya. Pengaturan hukum investasi yang memfokuskan pada PMA saja didasarkan pada pertimbangan bahwa investor dalam negeri lebih terbiasa dengan kerangka hukum dalam negeri dibandingkan investor asing dan apabila negara bertujuan menarik modal asing, pengaturan PMA secara lebih spesifik menjadi pilihan yang masuk akal. Dengan memberikan pengaturan secara spesifik semacam ini, maka memberikan keuntungan karena segala hal penting terkait PMA seperti syarat masuknya PMA, jaminan yang ditawarkan, kerangka kelembagaan, insentif, dan lain sebagainya dapat dengan mudah diformulasikan.

Namun, saat ini lebih banyak negara yang melakukan pengaturan hukum investasi yang didalamnya mencakup PMA dan PMDN menjadi satu rezim hukum, pengaturan semacam ini menjadi hal yang sangat umum dilakukan oleh banyak negara.[91] Secara teknis, pengaturan PMA dan PMDN dalam satu undang-undang menjadi sangat kompleks dan penyusunannya sangat rumit dan kadang tumpang-tindih. Misalnya, pengaturan dan pemberian hak seperti repatriasi, mempekerjakan tenaga kerja asing, penyelesaian sengketa melalui arbitrase, dan memperoleh mata uang asing untuk membayar utang luar negeri, yang awalnya ditujukan untuk investor asing juga menjadi perhatian investor dalam negeri.[92] Namun, kebutuhan investor asing dan dalam negeri yang tidak sama dapat dicari jalan tengahnya dalam satu undang-undang. Keuntungan utama dari hukum investasi yang di dalamnya mencakup PMA dan PMDN adalah menghilangkan risiko pemerintah dalam memperlakukan investor asing dan dalam negeri. Apa pun lingkup pengaturan yang dipilih oleh suatu negara dalam hukum investasinya, apakah memilih memisahkan

[90] The World Bank, *Op. cit.*, h. 14.
[91] *Ibid.*
[92] The World Bank, *Op. cit.*, h. 15.

PMA dan PMDN dalam undang-undang tersendiri, menyatukan ketentuan PMA dan PMDN dalam satu kerangka hukum yang komprehensif, atau hanya mengatur PMA saja, hal penting yang harus diperhatikan adalah pengaturan tersebut tidak memberikan standar yang diskriminatif dalam memberikan perlakuan kepada PMA dan PMDN. Dengan menjamin hak investor asing dengan memberikan hak dan jaminan khusus tidak berarti pemerintah memberikan perlakuan yang berbeda kepada investor asing.

Indonesia pada awalnya memilih untuk mengatur lingkup hukum investasi, baik PMA maupun PMDN dalam undang-undang yang berbeda dan terpisah. Indonesia sebelumnya mengatur hukum investasi menjadi dua kelompok, yaitu *pertama*, pengaturan untuk PMA secara khusus melalui Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing (selanjutnya disebut UU 1/1967) jo. yang diubah dengan Undang-Undang Nomor 11 Tahun 1970 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing. *Kedua*, pengaturan untuk PMDN melalui Undang-undang Nomor 6 Tahun 1968 (selanjutnya disebut UU 6/1968) jo. Nomor 11 Tahun 1970 tentang Perubahan Undang-Undang Nomor 6 Tahun 1968 tentang Penanaman Modal Dalam Negeri. Namun, dengan dikeluarkan UU 25/2007, pada tanggal 26 April 2007 maka UU PMA dan PMDN tidak berlaku sehingga ketentuan penanaman modal, baik PMA dan PMDN dilebur menjadi satu dalam UU 25/2007.

Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 dibentuk dengan tujuan untuk menciptakan iklim penanaman modal yang kondusif sehingga ruang lingkup yang diatur, antara lain yang terkait dengan kebijakan dasar penanaman modal, bentuk badan usaha, perlakuan terhadap penanaman modal, bidang usaha, serta keterkaitan pembangunan ekonomi dengan pelaku ekonomi kerakyatan yang diwujudkan dalam pengaturan mengenai pengembangan penanaman modal bagi usaha mikro, kecil, menengah, dan koperasi, hak, kewajiban, dan tanggung jawab penanam modal, serta fasilitas penanaman modal, pengesahan dan perizinan, koordinasi dan pelaksanaan kebijakan penanaman modal yang di dalamnya mengatur mengenai kelembagaan, penyelenggaraan urusan penanaman modal, dan ketentuan yang mengatur tentang penyelesaian sengketa.

PRENADAMEDIA GROUP

D. SUMBER HUKUM INVESTASI

1. Sumber Hukum Investasi yang Bersifat Internasional

Hukum investasi bersumber pada ketentuan nasional dan internasional, baik yang bersifat formal maupun materiil, tertulis atau tidak tertulis/kebiasaan, serta putusan pengadilan. Sumber hukum penanaman modal dalam lingkup internasional sebagai berikut:

a. Hukum Investasi Internasional yang Tertulis

Sumber hukum ini meliputi konvensi, persetujuan, traktat, baik yang bilateral (*bilateral investment treaty*/BIT) maupun yang bersifat regional atau multilateral. Untuk yang berbentuk konvensi, misalnya *Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States,* dikenal juga dengan *Washington Convention 1965*.

Sumber hukum yang bersifat regional, misalnya *the Energy Charter Treaty (1995); the North American Free Trade Agreement (NAFTA)-(1993); the Framework Agreement on the ASEAN Investment Area (1998);* dan *the ASEAN Comprehensive Investment Agreement (2009)*. Adapun yang bersifat multilateral misalnya *WTO Agreement on Trade Related Investment Measures* 1994 (TRIMS), *The General Agreement on Trade in Services* (GATS), dan *the Multilateral Investment Guarantee Agency* 1988.

b. Hukum Tidak Tertulis atau Hukum Kebiasaan Internasional

Menurut Moshe Hirsch, meskipun ketentuan hukum investasi internasional banyak yang berbentuk tertulis (pada umumnya berbentuk BIT), tetapi ketentuan hukum internasional yang tidak tertulis seperti hukum kebiasaan internasional (*internasional customary law*) memiliki peranan penting dalam menyelesaikan kasus-kasus investasi.[93] Misalnya pada kasus Lacuna, diputuskan bahwa aturan di dalam traktat investasi harus dilengkapi dengan aturan hukum kebiasaan internasional.[94] Adapun pada kasus Enron, ditegaskan bahwa traktat tidak dapat dipisahkan dari standar hukum kebiasaan dan harus memperhatikan atau memberlakukan aturan umum dari hukum kebiasaan ketika traktat tidak mengaturnya:

[93] Moshe Hirsch, 2011, "*Source of International Investment Law*", *Research Paper No. 05-11*. Jerusalem: Hebrew University of Jerusalem, h. 8.

[94] R Dolzer dan C Schreuer, 2008, *Principles of International Investment Law,* London: Oxford University Press, h. 153–162.

> *.....treaty regime specifically dealing with a given matter will prevail over more general rules of customary law. Had this been the case here the Tribunal would have started out its considerations on the basis of the Treaty provision and would have resorted to the Articles on State Responsibility only as a supplementary means. But the problem is that the Treaty itself did not deal with these elements Treaty thus becomes inseparable from the customary law standard insofar as the conditions for the operation of state of necessity are concerned."*[95]

Hukum kebiasaan juga diberlakukan ketika ada ketidaksamaan persepsi mengenai interpretasi dari ketentuan traktat internasional yang sifatnya tertulis. Pada kasus Phoenix, interpretasi dari aturan di traktat investasi didasarkan pada hukum kebiasaan internasional dan aturan yang ada di BIT tidak dapat diinterpretasikan terlepas dari hukum internasional dan prinsip-prinsip umumnya.[96] Selain itu jika terdapat perbedaan penafsiran pada Konvensi ICSID dan BIT, umumnya penyelesaiannya didasarkan pada hukum internasional termasuk penafsiran prinsip kebiasaan yang ada di dalam Konvensi Vienna dan prinsip-prinsip umum hukum internasional.[97]

Pengakuan untuk memberlakukan hukum kebiasaan internasional juga secara eksplisit diatur di dalam hukum investasi internasional yang tertulis. Misalnya di dalam Pasal 105 (1) NAFTA disebutkan bahwa: "*each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.*" Berdasarkan ketentuan tersebut, Komisi Perdagangan Bebas NAFTA menyatakan bahwa *Article* 1105 (1) menyarankan agar standar minimum yang diberlakukan kepada investor asing yang terdapat dalam hukum kebiasaan internasional (misalnya *fair and equitable treatment*) harus diberlakukan untuk investasi yang dilakukan oleh pihak asing lainnya.[98]

c. Putusan Pengadilan

Putusan pengadilan merupakan salah satu sumber hukum investasi. *Article* 38 (1) (d) *the International Court of Justice* (IJC) mengatur: *judicial decisions (along scholarly writings) constitute "subsidiary means for the determination of rules of law."* Menurut Pellet, yurisprudensi internasional dan

[95] Enron dan Ponderosa v Argentina, Award of 22 May 2007, ICSID Case No ARB/01/3, Paragraph 334, http://ita.law.uvic.ca/documents/Enron-Award.pdf.

[96] Moshe Hirsch, *Op. cit.,* h. 9.

[97] *Ibid.*

[98] *Ibid.*

kasus-kasus pengadilan telah menjadi alat untuk konsolidasi dan evolusi dari hukum internasional.[99] Putusan pengadilan internasional memiliki peran penting sebagai yurisprudensi kasus investasi internasional. Oleh karena itu, banyak putusan mengenai kasus investasi mengacu pada putusan sebelumnya yang dikeluarkan oleh lembaga peradilan/lembaga yang menyelesaikan kasus investasi.

Meskipun banyak kasus investasi mengacu pada putusan sebelumnya, namun pada prinsipnya pada kasus investasi internasional menolak diberlakukan "*Doctrine of Precedent*". *Doctrine Precedent* yang dalam bahasa Latin dikenal dengan istilah *stare decisis* adalah doktrin yang dianut oleh negara dengan tradisi *common law* sistem yang mengharuskan hakim untuk mengikuti putusan hakim terdahulu.[100] Berdasarkan *Doctrine of Precedent* ini, putusan hakim pada pengadilan yang sama atau lebih tinggi harus diikuti oleh hakim yang berada di pengadilan yang sama atau lebih rendah. Bahkan beberapa putusan hakim di level yang lebih tinggi juga merujuk pada putusan hakim pengadilan yang lebih rendah. Hal ini diungkapkan oleh Tai-Heng Cheng:[101]

> *Precedent, or stare decisis, refers the doctrine under which a court, when deciding a point of law, generally follows a holding of a prior court on that point if that prior court is equal or superior in the judicial hierarchy. Even the highest appellate court will generally follow its prior decisions on a point of law, except in exceptional circumstances.*

Di dalam kasus AES ditegaskan bahwa tidak ada keharusan menerapkan *Doctrine of Precedent* pada hukum internasional:

> *".....the rule according to which each decision or award delivered by an ICSID Tribunal is only binding on the parties to the dispute settled by this decision or award. There is so far no rule of precedent in general international law; nor is there any within the specific ICSID system for the settlement of disputes between one State party to the Convention and the National of another State Party."*[102]

[99] A. Pellet, 2006, Article 38. Dalam Zimmerman *et. al.* (eds.), *The Statute of the International Court of Justice,* London: Oxford University Press, h. 789.

[100] The British Embassy, 2006, *Case Law and the Doctrine of Precedent: a Manual for Practitioners,* Yerevan: The British East-West Centre, h. 7.

[101] *Ibid.*

[102] AES v. Argentina, "*Decision on Jurisdiction of 26 April 2005*", Paragraf 23, http://ita.law.uvic.ca/documents/AES-Argentina-Jurisdiction_001.pdf.

Penolakan atas *Doctrine of Precedent* membawa konsekuensi bahwa hakim berikutnya tidak terikat pada putusan yang dibuat oleh hakim sebelumnya atau putusan yang dibuat oleh hakim pada peradilan lain sehingga putusan pengadilan hanya mengikat di antara para pihak dan pada kasus tertentu saja. Hal ini ditegaskan pada *Article* 53 ICSID *Convention*: *"the award shall be binding on the parties and shall not be subject to any appeal or to any other remedy except those provided for in this Convention."* Penegasan yang sama juga dapat dilihat pada *Article* 1136 NAFTA: "*An award made by a tribunal shall have no binding force except between the disputing parties and in respect of the particular case."* Penolakan atas penerapan *Doctrine of Precedent* tersebut juga dapat ditemui pada *Article 59* IJC: "*the decision of the Court has no binding force except between the parties and in respect of that particular case."*

Di negara yang menganut *civil law system*, putusan pengadilan tidak dianggap sebagai sumber hukum dan *Doctrine of Precedent* tidak dianut.[103] Ketika hakim merujuk putusan terdahulu itu, dilakukan sebagai upaya untuk memberikan penafsiran hukum dan pengadilan bebas untuk memutuskan untuk menggunakan atau tidak menggunakan interpretasi yang dilakukan oleh hakim sebelumnya untuk kasus yang sama.[104] Namun, di beberapa negara *civil law system* seperti Perancis, Louisiana, Itali, Spanyol, dan Jerman dikenal doktrin "*jurisprudence constante"* atau *"giurisprudenza constante"* yaitu hakim dimungkinkan mengikuti putusan pengadilan sebelumnya jika ada kesamaan dengan kasus sebelumnya (*sufficient uniformity in previous case law*).[105] Menurut dokrin ini, satu putusan kasus saja tidak akan mengikat dan tidak akan relevan untuk kasus yang berbeda.[106] Dalam hal ini, harus ada beberapa putusan-putusan yang sama dan telah diikuti oleh hakim lain yang mengikat untuk dijadikan rujukan dalam memutus perkara, sebagaimana diungkapkan oleh Troper and Grzegorczyk:

> *There is no judicial practice of citing or expressly referring to a specific precedent, but a continuous line of precedents becomes a relevant, and often decisive, factor in judicial decision-making. Courts as well as scholars tend to recognize the existence of [a case]*

[103] Mary Gar Veyalgero, 2005, "*The Sources of Law and the Value of Precedent: a Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation*", *Louisiana Law Review*, 65 (2): 787.

[104] *Ibid.*

[105] Vincy Fon, Francesco Parisi, 2004, "*Judicial Precedents in Civil Law Systems: a Dynamic Analysis*", *International Review of Law and Economics*, 26: 4.

[106] *Ibid.*

rule and the character of 'arrêt de principe' of the precedent when it has been followed by a line of others. [107]

Adapun menurut Vincy Fon Francesco Parisi, ketika putusan pengadilan yang sama diikuti banyak hakim yang lain, putusan tersebut dapat dianggap sebagai sumber hukum dan digunakan oleh hakim dalam memutus perkara. Putusan pengadilan menjadi sumber hukum dan dapat dijadikan rujukan dalam hal: (a) untuk menggali alasan dari putusan pengadilan; (b) adanya kebutuhan untuk membuat putusan atas dasar fakta yang sama; (c) apabila tidak merusak koherensi dan konsistensi hukum; dan (d) putusan terdahulu mendasarkan pada prinsip yang benar, dapat diterapkan, dan dibuat tidak berdasarkan kepentingan pihak tertentu.[108]

2. Sumber Hukum Investasi yang Bersifat Nasional

Sumber hukum investasi nasional antara lain:

a. Undang-undang:
   1) Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman modal.
   2) Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas.
   3) Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2008 tentang Usaha Mikro, Kecil, dan Menengah.
   4) Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2009 tentang Kawasan Ekonomi Khusus.
   5) dan lain sebagainya.
b. Peraturan Pemerintah:
   1) Peraturan Pemerintah Nomor 44 Tahun 1997 tentang Kemitraan.
   2) Peraturan Pemerintah Nomor 27 Tahun 1999 tentang Analisis Mengenai Dampak Lingkungan Hidup.
   3) Peraturan Pemerintah Nomor 65 Tahun 2005 tentang Pedoman Penyusunan dan Penerapan Standar Pelayanan Minimal.
   4) Peraturan Pemerintah Nomor 1 Tahun 2007 tentang Fasilitas Pajak Penghasilan untuk Penanaman Modal di Bidang-bidang Usaha Tertentu dan/atau di Daerah-daerah Tertentu sebagaima-

[107] Troper, M. dan Grzegorczyk, C, 1997, Precedent in France. Dalam D. MacCormick dan R. Summers (eds.), *Interpreting Precedents: a Comparative Study*, Dartmouth: Dartmouth Publishing Co, h. 130.

[108] Mary Gar Veyalgero, *Loc. cit.*

PRENADAMEDIA GROUP

na telah diubah dengan Peraturan Pemerintah Nomor 62 Tahun 2008.

5) Peraturan Pemerintah Nomor 38 Tahun 2007 tentang Pembagian Urusan Pemerintahan antara Pemerintah, Pemerintahan Daerah Provinsi, dan Pemerintahan Daerah Kabupaten/Kota.
6) Peraturan Pemerintah Nomor 45 Tahun 2008 tentang Pedoman Pemberian Insentif dan Pemberian Kemudahan Penanaman modal di Daerah.
7) Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 2009 tentang Kawasan Industri.
8) Peraturan Pemerintah Nomor 2 Tahun 2011 tentang Penyelenggaraan Kawasan Ekonomi Khusus.
9) Peraturan Pemerintah Nomor 65 Tahun 2005 tentang Pedoman Penyusunan dan Penerapan Standar Pelayanan Minimal.
10) Dan lain sebagainya.

c. Peraturan/Keputusan Presiden:
   1) Keputusan Presiden Nomor 75 Tahun 1995 tentang Penggunaan Tenaga Kerja Warga Negara Asing Pendatang.
   2) Peraturan Presiden Nomor 76 Tahun 2007 tentang Kriteria dan Persyaratan Penyusunan Bidang Usaha yang Tertutup dan Bidang Usaha yang Terbuka dengan Persyaratan di Bidang Penanaman Modal.
   3) Peraturan Presiden Nomor 90 Tahun 2007 tentang Badan Koordinasi Penanaman Modal sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Presiden Nomor 86 Tahun 2012.
   4) Peraturan Presiden Nomor 27 Tahun 2009 tentang Pelayanan Terpadu Satu Pintu di Bidang Penanaman Modal.
   5) Peraturan Presiden Nomor 36 Tahun 2010 tentang Daftar Bidang Usaha yang Tertutup dan Bidang Usaha yang Terbuka dengan Persyaratan di Bidang Penanaman Modal.
   6) Peraturan Menteri Keuangan Nomor 110/PMK.010/2005 tentang Tata Cara Pemberian Pembebasan dan/atau Keringanan Bea Masuk dan Pembebasan dan/atau Penundaan Pajak Pertambahan Nilai Atas Impor Barang dalam Rangka Kontak Karya dan Perjanjian Karya Pengusahaan Pertambangan Batubara.
   7) Peraturan Menteri Pekerjaan Umum Nomor 24/PRT/M/2009 tentang Pendelegasian Wewenang Pemberian Izin Usaha di Bidang Pekerjaan Umum dalam Rangka Pelaksanaan Pelayanan Terpadu Satu Pintu di Bidang Penanaman Modal Kepada Kepala

PRENADAMEDIA GROUP

Badan Koordinasi Penanaman Modal.

8) Peraturan Menteri Perdagangan Nomor 55/M.DAG/PER/10/2009 tentang Pendelegasian Wewenang Penerbitan Surat Izin Usaha Penjualan Langsung Kepada Kepala Badan Koordinasi Penanaman Modal dalam Rangka Pelaksanaan Pelayanan Terpadu Satu Pintu di Bidang Penanaman Modal.
9) Peraturan Menteri Pertanian Nomor 3480/KPTS/HK.300/ 10/2009 tentang Pendelegasian Wewenang Pemberian Izin Usaha di Bidang Pertanian dalam Rangka Pelaksanaan Pelayanan Terpadu Satu Pintu di Bidang Penanaman Modal Kepada Kepala Badan Koordinasi Penanaman Modal.
10) Peraturan Menteri Keuangan Nomor 176/PMK.011/2009 tentang Pembebasan Bea Masuk Atas Impor Mesin, Barang dan Bahan untuk Pembangunan atau Pengembangan Industri dalam Rangka Penanaman Modal sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Menteri Keuangan Nomor 76/PMK.011/2012.
11) Peraturan Menteri Kebudayaan dan Pariwisata Nomor PM.59/HK.501/MKP/2009 tentang Pendelegasian Wewenang Pemberian Izin Usaha di Bidang Kebudayaan dan Pariwisata Dalam Rangka Pelaksanaan Pelayanan Terpadu Satu Pintu di Bidang Penanaman Modal Kepada Kepala Badan Koordinasi Penanaman Modal.
12) Peraturan Menteri Kesehatan Nomor 1244/MenkesjPer/XII/2009 tentang Pendelegasian Wewenang Pemberian Izin Usaha di Bidang Kesehatan dalam Rangka Pelaksanaan Pelayanan Terpadu Satu Pintu di Bidang Penanaman Modal Kepada Kepala Badan Koordinasi Penanaman Modal.
13) Peraturan Menteri Perhubungan Nomor KM. 83 Tahun 2009 tentang Pendelegasian Wewenang Pemberian Izin Usaha di Bidang Transportasi dalam Rangka Pelaksanaan Pelayanan Terpadu.
14) Peraturan Menteri Perumahan Rakyat Nomor 06/PERMEN/M/2009 tentang pendelegasian Wewenang Pemberian Izin Usaha di Bidang Perumahan dalam Rangka Pelaksanaan PTSP di Bidang Penanaman Modal Kepada Kepala Badan Koordinasi Penanaman Modal.
15) Peraturan Menteri Komunikasi dan Informatika Nomor 50/PER-/M.KOMINFO/12/2009 tentang Pendelegasian Wewenang Pemberian Izin Usaha di Bidang Komunikasi dan Informatika dalam Rangka Pelaksanaan Pelayanan Terpadu Satu Pintu di Bidang

PRENADAMEDIA GROUP

Penanaman Modal Kepada Kepala Badan Koordinasi Penanaman Modal.

16) Peraturan Menteri Perindustrian Nomor 147/M- IND/PER/10/2009 tentang Pendelegasian Kewenangan Pemberian Izin Usaha Industri, Izin Perluasan, Izin Usaha Kawasan Industri, Izin Perluasan Kawasan Industri dalam Rangka Pelayanan Terpadu Satu Pintu Kepada Kepala Badan Koordinasi Penanaman Modal sebagaimana telah diubah dengan Peraturan Menteri Perindustrian Nomor 16/M-IND/PER/2/2010.
17) Dan lain sebagainya.

d. Peraturan Kepala Badan Koordinasi Penanaman Modal:
   1) Peraturan Kepala Badan Koordinasi Penanaman Modal Nomor 14 Tahun 2009 tentang Sistem Pelayanan Informasi dan Perizinan Investasi Secara Elektronik.
   2) Peraturan Kepala Badan Koordinasi Penanaman Modal Nomor 6 Tahun 2011 tentang Tata Cara Pelaksanaan, Pembinaan, dan Pelaporan Pelayanan Terpadu Satu Pintu di Bidang Penanaman Modal.
   3) Peraturan Kepala Badan Koordinasi Penanaman Modal Nomor 14 Tahun 2011 tentang Standar Pelayanan Minimal Bidang Penanaman Modal Provinsi dan Kabupaten/Kota,
   4) Peraturan Kepala Badan Koordinasi Penanaman Modal Nomor 3 Tahun 2012 tentang Pedoman dan Tata Cara Pengendalian Pelaksanaan Penanaman Modal.
   5) Peraturan Kepala Badan Koordinasi Penanaman Modal Nomor 10 Tahun 2012 tentang Petunjuk Teknis Standar Pelayanan Minimal Bidang Penanaman Modal Provinsi dan Kabupaten Kota.
   6) Peraturan Kepala Badan Koordinasi Penanaman Modal Republik Indonesia Nomor 5 Tahun 2013 Tentang Pedoman dan Tata Cara Perizinan dan Non Perizinan Penanaman Modal.

E. SUBJEK HUKUM DALAM KEGIATAN INVESTASI

1. Investor

Investor terdiri dari subjek hukum yang berupa individu/manusia (*natural person)* dan badan hukum (*legal person)*.[109] Sebelumnya, investasi dilakukan oleh perorangan atau sekelompok individu yang tidak terkait

[109] OECD, *Op. cit.*, h. 8.

PRENADAMEDIA GROUP

dengan perusahaan atau asosiasi modal untuk memperoleh keuntungan secara cepat. Saat ini, terutama investasi asing banyak dilakukan oleh dan didominasi oleh perusahaan multinasional (MNC/MNE). MNC didefinisikan sebagai "*incorporated or unincorporated enterprises comprising parent enterprises and their foreign affiliates*"[110] yaitu perusahaan berbadan hukum atau tidak berbadan hukum yang terdiri dari perusahaan induk dan perusahaan afiliasi asingnya. Perusahaan induk adalah aset perusahaan yang mengontrol aset perusahaan/lembaga lain yang ada di negara lain, biasanya dengan cara mempunyai modal penyertaan/saham pendiri. Adapun perusahaan afiliasi asing adalah perusahaan yang berbadan hukum atau tidak berbadan hukum di mana investor warga negara di suatu negara memiliki saham untuk pendirian perusahaan, sehingga memiliki kepentingan untuk mengelola perusahaan tersebut. Perusahaan afiliasi asing dari MNC terdiri dari:[111]

a. anak perusahaan (*subsidiary*), yaitu perusahaan berbadan hukum di negara penerima investasi (*host state*) yang lebih dari 50 persen saham dengan hak suara dimiliki oleh perusahaan/lembaga lain, dengan hak untuk menunjuk atau mengganti anggota administratif, anggota manajemen/pengurus, atau lembaga pengawas perusahaan.
b. *An associate,* yaitu perusahaan berbadan hukum di *host state* dengan ketentuan bahwa investor memiliki total saham paling sedikit 10 persen tetapi memiliki hak suara sebagai pemegang saham tidak lebih dari separuhnya (50 persen).
c. Cabang (*a branch*) yaitu perusahaan yang tidak berbadan hukum *host state* dalam bentuk mendirikan kantor permanen atau membentuk kerja sama nonbadan hukum atau *joint venture*.

MNC ini umumnya merupakan perusahaan besar yang berasal dari negara maju dengan karakteristik:[112]

a. MNC secara dominan memiliki industri yang bersifat monopoli dan oligopoli yang dicirikan dengan posisi *marketing* dan teknologinya yang penting.
b. Produk dari MNC umumnya baru, maju dan memenuhi selera konsumen yang memiliki pendapatan tingi dan berselera canggih, serta responsif terhadap teknik pemasaran modern.
c. Teknik produksi dari MNC lebih maju.

[110] Imad A. Moosa, *Op. cit.,* h. 7.
[111] *Ibid.,* h. 8.
[112] *Ibid.,* h. 9.

d. Ekspansi dari MNC cenderung bersifat oligopoli di pasar domestik.
e. Kematangan MNC yang membawa pengaruh pada praktik komersial untuk memperbesar dominasi pasar.
f. MNC tertarik pada negara dengan ekonomi yang besar dan berkembang dengan kondisi politik yang stabil.
g. Evolusi organisasi MNC menuju pada sentralisasi fungsi, seperti keuangan, pemasaran dan riset.
h. MNC lebih cenderung mempunyai kepemilikan mayoritas atau penuh pada anak perusahaan.
i. Meningkatnya peran internasional dari MNC yang berimplikasi penting pada struktur kekuatan sosio-politik di negara maju dan berkembang.

MNC menjadi aktor yang sangat penting karena pengaruh dan kekuatan organisasi serta kekuatan ekonominya. Mengingat posisinya yang sangat penting tersebut, MNC memiliki kekuatan untuk membentuk hukum investasi internasional untuk kepentingannya serta memiliki pengaruh secara independen pada pembentukan aturan hukum yang kemudian menjadi prinsip hukum international (*formulate norms with claim to be principles of international law)*.[113] MNC mempunyai kemampuan mendorong agar ketentuan peraturan perundang-undangan di *host state* maupun internasional menjamin kepentingan dan melindungi investasinya. Teori klasik dari investasi juga sangat mendukung MNC karena MNC dianggap memiliki peran sangat penting bagi pertumbuhan ekonomi *host state* sehingga harus mendapat perlindungan secara internasional. MNC juga memiliki lobi yang kuat agar traktat internasional mengenai investasi mendukung kepentingannya.[114] MNC juga memiliki kekuatan untuk menjamin perlindungan atas investasi globalnya dengan mendorong institusi internasional seperti IMF dan bank dunia untuk menarik bantuan, pinjaman atau fasilitas lain kepada negara yang melanggar perlindungan investasinya.[115]

2. Perusahaan Negara (*State Corporation*)

Perusahaan negara ini yang disebut juga Badan Usaha Milik Negara *(state owned enterprises)* mempunyai tiga kriteria, yaitu: (a) adanya

[113] M. Sornarajah, *Op. cit.,* h. 67.
[114] *Ibid.,* h. 68.
[115] *Ibid.*

kepemilikan negara secara substansial pada perusahaan; (b) adanya keterlibatan pemerintah secara langsung pada perusahaan; dan(c) kebanyakan perusahaan dijalankan secara publik dan beroperasi pada kondisi pasar.[116]

Perusahaan negara digunakan oleh negara fasis seperti Itali pada periode Perang Dunia I dan II[117] dan dahulunya perusahaan negara ini menjadi agen utama dari negara komunis untuk terlibat dalam perdagangan internasional.[118] Namun, konsep negara kesejahteraan juga menggunakan perusahaan negara untuk memegang posisi penting di bidang strategis seperti pendidikan, kesehatan, transportasi, dan komunikasi karena dianggap mampu membantu memenuhi tugas negara dalam memberikan jasa pelayanan kepada masyarakat.[119] Melalui perusahaan negara, pemerintah berorientasi untuk menyediakan pelayanan kepada masyarakat sehingga perusahaan negara tersebut tidak semata-mata mengejar keuntungan belaka.

Kegiatan perusahaan negara memiliki karakteristik tersendiri yang dapat dikelompokkan menjadi: (a) barang keperluan publik (*public utilities*) seperti pembangkit tenaga listrik, air, komunikasi, dan transportasi; (b) barang keperluan dasar industri (*basic goods industries*), seperti batu bara, minyak, dan nuklir; (c) jasa keuangan, seperti bank, asuransi, dan administrasi keamanan masyarakat; dan (d) pelayanan sosial seperti pendidikan dan jasa kesehatan.[120] Dari keempat kategori kegiatan usaha tersebut dapat disimpulkan bahwa perusahaan negara terbagi menjadi dua, yaitu *public utility/services enterprises* dan *commercial enterprises*.[121]

Umumnya, perusahaan negara memegang monopoli di sektor-sektor strategis yang ingin dimasuki oleh MNC. Sektor sumber daya alam merupakan sektor yang diminati MNC yang mencari ketersediaan bahan baku, umumnya dipegang dan dikontrol oleh negara. Apabila MNC ingin masuk ke sektor sumber daya tersebut, maka ada ketentuan harus melakukan *joint venture* dengan perusahaan negara. Dengan adanya ketentuan

[116] F. Joseph Dresen, t.th., "*The Role of State Corporations in the Russian Economy*". Diakses di http://www.wilsoncenter.org/publication/the-role-state-corporations-the-russian-economy.

[117] Esther Njiru, 2008, "*The Role of State Corporations in a Developmental State: The Kenya Experience*", *Makalah seminar The 30 AAPAM Annual Roundtable Conference di Ghana.* Diselenggarakan oleh African Association for Public Administration and Management, Ghana: African Association for Public Administration and Management.

[118] M. Sornarajah, *Op. cit.,* h. 69.

[119] *Ibid.,* h. 69.

[120] Neil Efird, 2010, *The State-Owned Enterprise as a Vehicle For Stability,* USA: Strategic Studies Institute, h. 1.

[121] *Ibid.,* h. 2.

joint venture tersebut, ada kemungkinan MNC untuk masuk ke sektor-sektor strategis yang menguasai hajat orang banyak yang akan memberikan keuntungan kepada MNC berupa monopoli pada pasar, monopoli keuntungan, dan tersedianya sumber daya/sumber persediaan bahan mentah. Selain itu, adanya privatisasi pada sektor publik menjadikan perusahaan negara menjadi bentuk perusahaan yang digemari atau dijadikan *partner* untuk *joint venture* karena keterlibatan perusahaan negara pada sektor-sektor pelayanan publik didesain untuk memegang monopoli di pasar domestik.

Perusahaan negara dibentuk terutama didasarkan pada alasan politik dan ideologi bahwa negara memiliki fungsi untuk memberikan pelayanan kepada publik dan bagi negara dengan konsep kesejahteraan dan menyejahterakan rakyat menjadi tujuan dari negara. Oleh karena itu, bidang-bidang penting yang menguasai hajat hidup orang banyak dan yang strategis seharusnya dikerjakan oleh negara melalui perusahaan negara. Dengan dibentuknya perusahaan negara, maka secara teori keuntungan yang diperoleh dari sektor tersebut tidak lari ke tangan swasta namun dinikmati oleh negara untuk digunakan bagi kepentingan masyarakat secara keseluruhan dan menciptakan kesejahteraan masyarakat. Selain itu, pembentukan perusahaan negara juga didasarkan pada: (a) kegagalan pasar (*market failures*); (b) meningkatkan pembangunan ekonomi yang didasarkan pada perencanaan jangka panjang; dan (c) adanya talangan industri dan keuangan akibat adanya krisis.[122]

PRENADAMEDIA GROUP

[122] *Ibid.*

PRENADAMEDIA GROUP

2

TEORI PENANAMAN MODAL

Terdapat beberapa teori yang berkaitan dengan penanaman modal, khususnya penanaman modal asing (*Foreign Direct Investment* (FDI). Menurut M. Sornarajah ada beberapa teori yang memengaruhi kebijakan dan pembentukan pengaturan mengenai penanaman modal asing. Fokus utama dari teori-teori ini adalah pada perkembangan dan pembangunan ekonomi negara penerima investasi (*host states*). Beberapa teori tersebut ada yang saling bertentangan, misalnya ada teori yang menyatakan bahwa penanaman modal asing memberi pengaruh positif yang secara keseluruhan memberi manfaat untuk negara penerima investasi (*host states*), sedangkan teori lain menyatakan bahwa penanaman modal asing menimbulkan ketergantungan dan menyebabkan *host state* tidak mampu mencapai pertumbuhan ekonomi dan pembangunan yang optimal.[123] Terdapat pula teori yang mencoba mencari titik tengah dari teori-teori yang saling bertentangan. Teori-teori ini antara lain sebagai berikut:

A. TEORI KLASIK (CLASSICAL THEORY)

Menurut teori ekonomi klasik, penanaman modal asing memberikan kontribusi yang positif bagi perekonomian *host state*. Dengan adanya modal asing, modal dalam negeri dapat digunakan untuk membiayai hal

[123] M. Sornarajah, *Op. cit.,* h. 50.

PRENADAMEDIA GROUP

lain yang terkait dengan kemanfaatan dan kepentingan publik.[124] Selain itu, investor asing umumnya membawa teknologi baru yang belum ada di *host state* dan menyebarkan teknologi di negara yang bersangkutan. Dengan adanya penanaman modal asing, akan ada penciptaan lapangan kerja. Tenaga kerja lokal akan memperoleh keterampilan baru terkait dengan teknologi baru yang dibawa oleh penanam modal asing, termasuk juga keterampilan mengenai pengelolaan proyek-proyek besar. Fasilitas infrastruktur akan dibangun, baik oleh penanaman modal asing tersebut maupun oleh pemerintah, yang akan memberi manfaat bagi perekonomian secara umum. Peningkatan fasilitas yang ada seperti transportasi, kesehatan, dan pendidikan untuk kepentingan penanam modal asing juga akan memberikan manfaat kepada masyarakat secara keseluruhan. Sejalan dengan hal tersebut, dalam *the World Bank's Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment* tahun 1992 disebutkan mengenai filosofi dari teori klasik bahwa besarnya arus investasi asing memberi manfaat secara substansial bagi ekonomi dunia dan khususnya ekonomi negara berkembang, dengan cara meningkatkan efisiensi jangka panjang di *host state* melalui persaingan yang makin meningkat, pengalihan modal, teknologi dan keterampilan manajerial, serta meningkatkan akses pasar dalam kaitannya dengan ekspansi perdagangan internasional.[125]

Teori klasik diaplikasikan oleh *The Havana Charter 1948* yang mengakui bahwa investasi dapat mempromosikan pembangunan ekonomi, rekonstruksi, dan perkembangan sosial, sebagaimana tertuang di *Article 12 (1). a: international investment, both public and private, can be of great value in promoting economic development and reconstruction and consequent social progress*.[126] Teori ini juga banyak dianut oleh institusi internasional seperti The World Bank, IMF, dan WTO. The World Bank dan IMF melalui Washington Consensus[127] memberikan pinjaman kepada negara berkembang dan negara terbelakang dengan syarat negara tersebut memberi perlindungan dan menjamin keamanan investor asing serta mendukung privatisasi, liberalisasi, dan kestabilan makro agar investasi asing tersebut dapat memberikan kontribusi bagi pembangunan dan pengembangan ekonomi negara tersebut. Dalam *the World Bank's Guidelines on the Treat-*

[124] *Ibid.,* h. 51.

[125] *Ibid.*

[126] *Article* 12 di Interim Commission for the International Trade Organization, *Final Act and Related Document of the United Nations Conference on Trade and Employment,* Havana, Cuba, E Conf 2/78 of April 1948.

[127] M. Sornarajah, *Op. cit.,* h. 53.

ment of Foreign Direct Investment tahun 1992 bahkan disebutkan:

> *that a greater flow of foreign direct investment brings substantial benefits to bear on the world economy and on the economies of developing countries in particular, in terms of improving the long term efficiency of the host country through greater competition, transfer of capital, technology and managerial skills and enhancement of market access and in terms of the expansion of international trade.*[128]

WTO melalui *Trade Related Aspect of Investment Measures* (TRIMs) dan *Doha Ministerial Conference of* WTO menunjukkan keterlibatan yang besar di bidang investasi dengan menyediakan aturan investasi yang harus ditaati oleh anggota WTO. The Convention on the Settlement of Investment Disputes (ICSID Convention) juga menganut teori klasik dengan menyatakan bahwa aturan mengenai penyelesaian sengketa investasi asing akan meningkatkan arus investasi asing dan arus investasi asing ini akan bermanfaat bagi pembangunan ekonomi negara berkembang.[129] The Multilateral Investment Guarantee Agreement (MIGA) juga mendukung dihilangkan hambatan investasi internasional untuk mendukung proses pembangunan.[130] Beberapa Bilateral Investment Agreements (BITs) juga menganut teori klasik. Dalam beberapa pembukaan dari BITs umumnya menyatakan bahwa arus penanaman modal asing di antara para pihak akan bermanfaat pada pembangunan ekonomi *host parties.*[131] Bahkan disebutkan bahwa penanaman modal asing akan mendorong masuknya arus modal dan teknologi serta pembangunan ekonomi dari pihak yang berkontrak.

Dengan melihat manfaat yang demikian besar dari penanaman modal asing, teori klasik memandang bahwa kebijakan investasi suatu negara lebih fokus pada perlindungan kepada investor asing. Perlindungan kepada investor asing tersebut bisa sangat kuat di bawah Hukum Internasional berdasarkan prinsip-prinsip hukum internasional. Perlindungan tersebut diharapkan dapat meningkatkan dan memfasilitasi masuknya modal asing serta meningkatkan pembangunan ekonomi *host state.* Untuk menarik masuknya modal asing, privatisasi, liberalisasi dan stabilitas politik secara makro,[132] serta fasilitas atau perlindungan atau jaminan

[128] World Bank, t.th., *World Bank's Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment.* Diakses dari http://italaw.com/documents/WorldBank.pdf.

[129] M. Sornarajah, *Op. cit.,* h. 55.

[130] *Ibid.*

[131] UNCTAD, 2003, *World Investment Report,* Jenewa: UNCTAD, h. 89.

[132] M. Sornarajah, *Op. cit.,* h. 52.

keamanan berinvestasi menjadi elemen penting yang perlu diperhatikan. Teori klasik menjadi landasan bagi pembentukan hukum internasional mengenai investasi asing. Teori klasik juga memengaruhi pemikiran hakim arbitrase internasional, contohnya pada kasus *Amco vs Indonesia,* hakim memutuskan bahwa melindungi investasi adalah melindungi kepentingan pembangunan dan negara berkembang.[133] Hal ini menunjukkan bahwa investor asing harus dilindungi karena memberi manfaat positif dalam mencapai tujuan pembangunan *host state*.

Dengan melihat manfaat investasi asing bagi pembangunan ekonomi, teori klasik menghasilkan *economic development agreement theory* (teori perjanjian pembangunan ekonomi). Teori ini menyatakan bahwa kontrak atau perjanjian yang dibuat dalam rangka penanaman modal asing akan meningkatkan pembangunan ekonomi dan karena itu harus diperlakukan seperti traktat serta dilindungi berdasarkan prinsip hukum internasional. Teori ini dianggap memengaruhi formulasi kebijakan dan membentuk norma-norma hukum internasional, dengan dukungan dari kekuatan super seperti negara maju pemilik modal yang mengekspor modal (*capital-exporting developed states*),[134] organisasi keuangan internasional seperti IMF, Bank Dunia, serta perusahaan multinasional *(Multinational Corporation/*MNC).

Teori klasik juga mendapat kritik terkait dengan argumen tentang manfaat investasi asing bagi *host state.* Meskipun investasi asing menyebabkan masuknya modal asing ke suatu negara (*initial capital inflows*), tetapi modal yang keluar (*capital outflows*) terkait dengan investasi asing tersebut melalui repatriasi (pengiriman kembali keuntungan yang didapat ke negara asal) jumlahnya lebih besar daripada *initial inflows.*[135] Bahkan berdasarkan beberapa penelitian, *capital outflows* dua kali lipat dibandingkan *initial inflow*.[136] Terkait dengan manfaat teknologi yang dibawa oleh investor ke negara juga dikritisi karena teknologi yang dibawa tersebut, yang dianggap baru di *host state,* di negara asal bukan merupakan teknologi baru karena sudah tersebar luas. Pendapat bahwa melalui investasi asing, keterampilan manajemen dapat dialihkan kepada tenaga kerja lokal juga dianggap sebagai suatu ilusi karena umumnya posisi

[133] Amco v. Indonesia (1984) 23 ILM 135, h. 369.

[134] M. Sornarajah, *Op. cit.,* h. 56.

[135] J.R. Oneal dan F.H. Oneal, 1988, *Hegemony, Imperialism, and Profitability of Foreign Investment, Int Org,* 42.

[136] Cunningham, 1986, Multinationals and Restructuring in Latin America, dalam C. Dixon, D. Drakakis Smith, dan H. Wads (eds.), *Multinational Corporations and the Third World,* London dan New York: Routledge Taylor & Francis Group, h. 46.

PRENADAMEDIA GROUP

manajer atau yang lebih tinggi sangat sulit diraih oleh tenaga kerja lokal. Fasilitas infrastruktur seperti sarana kesehatan dan pendidikan yang dibangun tidak dapat sepenuhnya bermanfaat bagi masyarakat, karena hanya dapat dijangkau oleh kalangan *elite* yang mampu membayarnya. Terdapat pula dampak negatif akibat investasi asing, yaitu kondisi tidak sehatnya kehidupan politik di *host state* akibat aliansi antara kaum *elite*/ pejabat dan pihak MNCs. Aliansi ini yang menyebabkan proyek-proyek banyak diberikan kepada MNCs dan kurang melibatkan investor dalam negeri. Dampak negatif lain dari investasi asing adalah timbulnya kebingungan secara sosial dan ekonomi (*social economic confusion*) akibat tidak ada aturan yang mengontrol masuknya arus penanaman modal yang dapat memperburuk situasi ekonomi.[137] Investasi asing juga dianggap bertanggung jawab pada pelanggaran hak asasi manusia dan kerusakan lingkungan karena terdapat beberapa MNC yang mengaplikasikan *Dirty Industries*[138] dengan melakukan eksploitasi secara besar-besaran atas sumber daya alam yang terbatas dan eksploitasi tenaga kerja lokal.

B. TEORI KETERGANTUNGAN (DEPENDENCY THEORY)

Teori Ketergantungan ini sangat bertentangan dengan teori klasik karena berpandangan bahwa investasi asing tidak memberi manfaat bagi pembangunan ekonomi *host state.* Teori ini melihat bahwa investasi asing umumnya dilakukan oleh MNC yang memiliki kantor pusat/perusahaan induk di negara maju dan berinvestasi di negara berkembang melalui anak perusahaannya.[139] Oleh karena itu, MNC akan lebih memperjuangkan kepentingan perusahaan induknya dan pemegang sahamnya yang ada di negara asal sehingga MNC akan lebih mengutamakan kepentingan negara maju tempat perusahaan induk MNC berada. Berdasarkan pandangan ini, negara maju (negara asal) menjadi pusat ekonomi dunia dan negara berkembang harus tunduk dan melayani kepentingan negara maju. Oleh karena itu, pembangunan ekonomi negara berkembang tidak menjadi fokus utama. Investasi asing dianggap menjadikan negara berkembang tetap tergantung pada ekonomi sentral dari negara maju.

Teori ini beranggapan bahwa pembangunan ekonomi tidak mengandung arti adanya aliran modal/sumber daya ke *host state* tetapi lebih pada adanya distribusi kesejahteraan untuk masyarakat. Dalam konteks

[137] M. Sornarajah, *Op. cit.,* h. 54.
[138] *Ibid.,* h. 56–57.
[139] *Ibid.,* h. 57.

ini, pembangunan tidak akan dapat dilakukan kecuali masyarakat telah terbebas dari eksploitasi dan kemiskinan. Maka dari itu, pembangunan menjadi hak dari masyarakat daripada hak negara. Mengingat investasi asing tidak memiliki pengaruh positif pada pembangunan ekonomi, maka teori ini tidak bertujuan untuk menarik modal asing, tetapi lebih fokus membersihkan *host state* dari investasi asing atau menghilangkan investasi asing modal asing. Teori ini menjadi justifikasi beberapa kebijakan dari *host state* yang melakukan nasionalisasi perusahaan modal asing (MNC) serta restrukturisasi ekonomi tanpa melibatkan investasi asing. Oleh karena itu, teori ketergantungan sangat relevan untuk melindungi kepentingan lokal/*host state* melawan kepentingan MNCs. Teori ketergantungan merupakan reaksi atas dominasi MNC dan negara maju pada ekonomi negara berkembang. Teori ini juga merefleksikan resistansi dan kebencian yang panjang atas dominasi investasi asing tersebut.

C. MIDDLE PATH THEORY

Resistansi pada dominasi MNC menjadi dasar dari teori ketergantungan, tetapi resistansi ini memudar akibat semakin superiornya ekonomi pasar bebas dan kegagalan dari komunisme. Menurut penelitian dari United Nations Commission on Transnational Corporation (UNCTC), investasi asing dan MNC dianggap memiliki peran yang sifatnya memberi manfaat bagi ekonomi lokal—seperti masuknya arus modal dan teknologi serta penciptaan lapangan kerja baru—tetapi investasi asing juga membawa dampak negatif. Pengaruh positif investasi asing merefleksikan teori klasik, sedangkan dampak negatif dari investasi asing menggambarkan teori dependensi. Oleh karena itu, *middle path theory* merupakan teori yang menawarkan "jalan tengah" atas konflik atau pertentangan dua teori tersebut. Teori ini memberikan solusi agar *host states* membuat aturan untuk mengatasi dampak negatif dari investasi asing dengan membuat *codes of conduct* bagi MNC, membentuk lembaga pengawas yang mengizinkan masuknya investasi asing atau yang akan memberi insentif kepada investor asing, atau membuat aturan yang menjamin adanya transfer modal atau teknologi tanpa banyak restriksi khususnya untuk *host state* sebagai penerima modal atau teknologi. Dengan kata lain, teori ini mengakui adanya hak mengatur (*right to regulation*) dari *host state* atas proses investasi asing. Dinamakan teori *middle path* karena teori ini memadukan antara pengaturan atas proses investasi dan terbukanya *host state* dalam menerima investasi asing. Investasi asing hanya akan diterima ketika in-

vestasi asing tersebut memberikan manfaat, agar memberi manfaat bagi pembangunan ekonomi negara, maka pengaturan atas investasi asing perlu dilakukan untuk menangkal dan menanggulangi dampak negatif dari investasi asing.

Dibanding dengan teori klasik yang mengatur dan melindungi semua investasi asing di bawah rezim hukum internasional tanpa terkecuali, teori *middle path* hanya akan memberikan perlindungan kepada investor asing berdasarkan pada seleksi/syarat tertentu (*selection basis)*. Seleksi ini mensyaratkan bahwa perlindungan hanya akan diberikan kepada investor asing yang membawa manfaat bagi *host state* dan yang melaksanakan kegiatan investasinya berdasarkan prinsip *good corporate citizen* dalam mempromosikan tujuan ekonomi *host state.* Oleh karena itu, investor asing berkewajiban tunduk pada hukum dan regulasi yang dirancang oleh *host state* guna mendapatkan manfaat maksimal dari investasi asing untuk meningkatkan pembangunan ekonomi *host state.*

Menurut teori ini, *right to regulation* yang dimiliki oleh *host state* tidak dalam bentuk membuat aturan yang sangat ketat dan *rigid,* tetapi diaplikasikan dalam bentuk membuat aturan yang berdasarkan *pragmatism* (*regulatory based on pragmatism)*. Negara berkembang yang menetapkan strategi percepatan industrialisasi membutuhkan modal yang umumnya dimiliki oleh MNC. Oleh karena itu, perlu dikembangkan kebijakan baru atau regulasi yang menunjukkan keinginan untuk mengakomodasi kepentingan MNC. Regulasi yang dibuat harusnya lebih terbuka dan harus lebih lengkap dari regulasi negara lain mengingat ketatnya kompetisi untuk menarik modal asing dari MNC. Selain itu, insentif bagi MNC bisa diterapkan untuk menarik modal asing, termasuk membongkar aturan-aturan yang ada, yang sifatnya membatasi masuknya modal asing. *Right to regulation* ini perlu dilengkapi dengan institusi yang mengontrol investasi asing agar sesuai dengan tujuan pembangunan ekonomi *host state.*

Hukum Internasional juga mulai mengimbangi aplikasi dari teori *middle path* ini dengan melihat fakta bahwa investor asing tidak semuanya berhak untuk dilindungi berdasarkan standar minimum perlindungan. *Host state* hanya akan menerapkan standar minimum perlindungan kepada investor asing selama standar tersebut diikuti dengan kewajiban bahwa MNC tunduk pada standar aturan yang ditetapkan oleh *host state.* Dengan kata lain, perlindungan kepada MNC berdasarkan standar minimal internasional hanya akan diberikan ketika MNC tersebut bertindak sesuai dengan hukum dan kebijakan *host state*.

PRENADAMEDIA GROUP

PRENADAMEDIA GROUP

3

PRINSIP PENANAMAN MODAL

A. PRINSIP PENANAMAN MODAL INTERNASIONAL

1. Prinsip *Non-Discrimination*

Indonesia telah meratifikasi persetujuan pembentukan organisasi perdagangan dunia (World Trade Organization/WTO) melalui Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1994 tentang Pengesahan *Agreement Establishing The World Trade Organization* (Persetujuan Pembentukan Organisasi Perdagangan Dunia). Di dalam persetujuan pembentukan WTO tersebut, terdapat beberapa lampiran persetujuan antara lain *Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), *the General Agreement on Trade in Services* (GATS), *the Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPS), dan *Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures* (the SPS Agreement) yang di dalamnya terdapat prinsip *non-discrimination.*

Prinsip *non-discrimination* mempunyai sejarah panjang pada traktat internasional dan sudah ada sejak abad pertengahan.[140] Prinsip ini telah menjadi prinsip hukum umum dan telah ada pada hukum kebiasaan internasional sejak lama.[141] Prinsip nondiskriminasi ini telah diterapkan pada beberapa perjanjian multilateral seperti *North America Free Trade Agreement* (NAFTA), *The Energy Charter Treaty,* dan *The Organization of Economic Cooperation and Development (OECD) Draft Multilateral Invest-*

[140] Endro Ustor, 2003, Most Favoured Nation Clause. Dalam Rudolf Bernhardt (ed.), *Encyclopedia of Public International Law*, Amsterdam, New York, Oxford: North Holland, h. 468.

[141] Andrew D. Mitchell, 2008, *Legal Principles in WTO Disputes*, Cambridge: Cambridge University Press, h. 40.

PRENADAMEDIA GROUP

ment Agreement.[142] Prinsip *non-discrimination* kemudian terintegrasi dan menjadi prinsip penting di WTO serta tersebar pada beberapa aturan di WTO *Agreement.* Pada pembukaan persetujuan WTO (*the Preamble of the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization (the* WTO *Agreement*), dinyatakan bahwa penghapusan perlakuan diskriminatif pada hubungan perdagangan internasional merupakan salah satu tujuan utama dari WTO.[143] Prinsip nondiskriminasi yang menjadi salah satu tujuan WTO ditegaskan kembali dalam Paragraf 1 dari *Doha WTO Ministerial Declaration 2001* yang menyebutkan bahwa deklarasi ini menetapkan kembali prinsip dan tujuan dari pembentukan WTO: "… *ministerial declaration therefore strongly reaffirm the principles and objectives set out in the Marrakesh Agreement Establishing the World Trade Organization.*"[144] Oleh karena itu, prinsip *non-discrimination* menjadi prinsip utama dari *Doha Declaration* selain prinsip transparansi dan *procedural fairness.*[145] Dalam Paragraf 22, *Doha WTO Ministerial Declaration* 2001 bahkan disebutkan bahwa: … *further work in the working group on the relationship between trade and investment will focus on the clarification of: scope and definition; transparency; non-discrimination.*

Dalam Hukum Internasional, prinsip nondiskriminasi terkait prinsip kesetaraan (*equality treatment*).[146] Menurut Aristotle, *equality consists in the same treatment of similar persons*.[147] *Equality* bukan berarti perlakuan yang sama untuk semua, namun didasarkan pada konsep: *just to treat the equals equally and to treat the unequals unequally*.[148] Prinsip *equality* ini juga diterapkan oleh WTO *Appellate Body* ketika mendefinisikan prinsip nondiskriminasi sebagai keharusan untuk tidak memperlakukan negara secara berbeda (*a requirement of not treating similarly-situated countries*

[142] A.F.M. Maniruzzaman, 1998, "*Expropriation of Alien Property and the Principle of Non Discrimination in International Law of Foreign Investment: An Overview*", *J. Transnational L. & Policy*, 8 (1): 58.

[143] Teks aslinya: *the elimination of discriminatory treatment in international trade relations as one of the chief objectives of WTO.* Julia Ya Qin, 2005, "*Defining Nondiscrimination Under the Law of The World Trade Organization*", *Boston University International Law Journal*, 23 (2): 215-297.

[144] Doha WTO Ministerial, 2001, *Ministerial Declaration 2001*, WT/MIN(01)/DEC/1, 20 November 2001.

[145] Andrew D. Mitchell, *Op. cit.,* h. 37.

[146] Julia Ya Qin, *Op. cit.,* h. 221.

[147] Aristotle, *The Politics*, Stephen Everson (ed.), Cambridge University Press, 1988, bk. VII. ch. 14. Dikutip dari Julia Ya Qin, *Op. cit.,* h. 222.

[148] Peter Westen, 1990, *Speaking of Equality: an Analysis of the Rhetorical Force of "Equality' in Moral and Legal Discourse*, Princeton, New Jersey: Princeton University Press, h. 185.

PRENADAMEDIA GROUP

differently).[149] Keharusan untuk memberikan perlakuan yang tidak membedakan negara menunjukkan perlakuan yang tidak diskriminatif, baik yang sifatnya *de facto* maupun *de jure*. Menurut Henrik Horn dan Petros C. Mavroidis, *discrimination can be de jure—measures explicitly distinguishing between foreign goods on the basis of their origin—or de facto—measures that on the face are non-discriminatory, but in practice, impose a heavier burden on foreign goods*.[150] Dalam konteks investasi, diskriminasi secara *de facto* menunjukkan perlakuan yang secara eksplisit membedakan investor asing berdasarkan asal mereka. Adapun diskriminasi secara *de jure* berupa ketentuan/perlakuan yang tidak diskriminatif, tetapi memberikan beban yang lebih besar kepada investor asing, misalnya membatasi pembebasan bea masuk untuk beberapa perusahaan asing saja. Ketentuan/perlakuan dianggap diskriminatif apabila: (1) perlakuan tersebut disengaja (*intentional treatment*); (2) lebih mengistimewakan kepentingan nasional/warga negaranya; (3) melawan investor asing; dan (4) tidak didasarkan pada kondisi yang sama.[151]

Dalam konteks perdagangan internasional, prinsip nondiskriminasi menurut Andrew D. Mitchel mengandung arti:

> *members may not discriminate against other Members' products in favour of domestic products (the national treatment obligation), against other Members' products in favour of any non-Member's products, or between the products of other Member (the most favoured nation or MFN obligation).*[152]

Berdasarkan definisi tersebut, maka prinsip nondiskriminasi berisi dua prinsip utama, yaitu prinsip *National Treatment* (NT) dan *Most Favoured Nation* (MFN). NT pada prinsipnya melarang adanya perlakuan yang berbeda antara warga negara sendiri/produk yang dihasilkannya dan warga negara asing/produk yang dihasilkannya, sedangkan MFN melarang pemberian perlakuan yang berbeda antara warga negara asing satu dan warga negara lain, termasuk produk yang dihasilkan. Dalam konteks investasi, NT melarang adanya perbedaan perlakuan antara investor dalam negeri dan investor asing, sedangkan MFN melarang perlakuan yang

[149] Appellate Body Report, 2004, *European Communities–Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries*, WT/DS246/AB/R 20 April, 2004, 143–147.

[150] Henrik Horn dan Petros C. Mavroidis, 2001, "*Economic and Legal Aspects of the Most-Favored-Nation Clause*", *European Journal of Political Economy*, 17: 240–241.

[151] ELSI Electrica Sicula SpA Case, United States of America vs Italy, 1989, *ICJ Report, RLA 56*, h. 61–62.

[152] Andrew D. Mitchell, *Op. cit.*, h. 39.

PRENADAMEDIA GROUP

berbeda antara investor asing satu dan investor asing lainnya dari negara mana pun berasal.

Diterapkannya prinsip nondiskriminasi secara internasional untuk menghindari diterapkannya perlakuan yang berbeda kepada investor asing oleh *host state* dengan menggunakan beberapa pembenaran atau menggunakan prinsip *of special and differential treatment for developing countries and least developed countries* sebagai alasan pembenaran.

2. Prinsip National Treatment

Prinsip *National Treatment* ini terdapat pada *Article* III (2) dan III (4) GATT 1994, *Article* XVII GATS, *Article* 3 TRIPs, *Article* 2 TRIMS[153], *Article* 2.1 *the Agreement on Technical Barriers to Trade,* dan *Article III of the Agreement on Government Procurement.*[154] UNCTAD memberikan definisi prinsip *national treatment* sebagai:

> *a principle whereby a host country extends to foreign extend to foreign investors treatment that is at least as favourable as the treatment that is accords to national investors in like circumstances. In this way the national treatment standards seeks to ensure a degree of competitive equality between national and foreign investors...*[155]

Definisi yang sama juga dikemukakan oleh the OECD, disebutkan bahwa: *national treatment standard requires that foreign investors should receive treatment no less favourable than that accorded to nationals of the host state engaged in similar business activity*.[156] Menurut definisi tersebut, perlakuan nasional (*national treatment)* mensyaratkan bahwa investor asing seharusnya mendapatkan perlakuan yang tidak lebih baik dari perlakuan yang diterima oleh investor nasional dari *host state* yang melakukan kegiatan bisnis yang sama. *National treatment* menghendaki adanya kondisi persaingan yang sama (*equality of competitive conditions*) antara investor asing dan investor dalam negeri.

National treatment secara implisit terdapat pula Doktrin Calvo yang diperkenalkan oleh Carlos Calvo dari Argentina[157] bahwa investor asing

[153] Andrew D. Mitchell, *Op. cit.,* h. 39.

[154] Julia Ya Qin, *Op. cit.,* h. 215.

[155] UNCTAD, 1999, *National Treatment*, UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements. New York: United Nation, h. 1.

[156] OECD, *Declaration on International Investment and Multinational Enterprises*, 27 Juni 2000.

[157] Surya P. Subedi, 2012, *International Investment Law; Reconciling Policy and Principle,* London*:* Hart Publishing, h. 13.

PRENADAMEDIA GROUP

mendapatkan perlindungan yang sama dan seharusnya tidak mendapatkan perlakuan yang lebih baik dari yang diterima oleh investor dalam negeri.[158] Doktrin Calvo pada prinsipnya menetapkan prinsip kedaulatan teritorial negara *(territorial sovereignty of the state)* yang berisi:

a. Prinsip persamaan absolut di depan hukum antara warga negara nasional dan warga negara asing.
b. Tunduknya secara eksklusif warga negara asing dan kekayaannya pada ketentuan dan rezim hukum di mana warga negara asing tersebut tinggal atau berinvestasi.
c. Tidak ada campur tangan perlindungan diplomatik (*abstention of diplomatic protection*) yaitu tidak adanya campur tangan pemerintah lain khususnya pemerintah asal dari warga negara asing dalam hal ada sengketa yang timbul akibat perlakuan kepada warga negara asing atau kekayaan warga negara asing tersebut.

Dengan prinsip *national treatment*, investor asing tidak dapat meminta perlindungan yang lebih luas atau perlakuan yang lebih istimewa berdasarkan prinsip perlindungan minimal yang diberikan oleh hukum internasional (*international minimum standard*) kepada investor asing. Prinsip *national treatment* mengabaikan *international minimum standards* yang menginginkan pemberian perlakuan yang lebih istimewa bagi investor asing.[159]

Untuk dapat diterapkan *national treatment,* investor asing tersebut harus memenuhi syarat: (1) perusahaan modal asing tersebut harus benar-benar beroperasi secara aktual dan efektif di dalam negara dari anggota WTO dalam bentuk anak perusahaan atau anak cabang, bukan hanya eksis secara hukum saja; dan (2) perusahaan harus dikontrol oleh asing, bahwa perusahaan induk merupakan perusahaan nasional di negaranya.[160]

3. Prinsip *Most Favoured Nation*

MFN terdapat pada *Article* 1 GATT, *Article* 2 GATS, *Article* 4 TRIPS dan beberapa persetujuan WTO lainnya seperti *Article* 9.2 *Anti-Dumping*

[158] UNCTAD, 1998, *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*, New York: United Nations, h. 59.

[159] Peter T. Muchlinski, 2007, *Multinational Enterprises and The Law*, Oxford: Oxford University Press, h. 622.

[160] *Ibid.*, h. 627.

Agreement, Article 2.2 *Agreement of Safeguards*,[161] *Article* 2.1 of *the Agreement on Technical Barriers to Trade*, *Article* 2.1 of the *Agreement on Preshipment Inspection*, *Article* 9.2 of the *Agreement on Implementation of Article VI of the General Agreement on Tariffs and Trade 1994, Article* 19.3 of *the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures,* dan *Article III of the Agreement on Government Procurement.*[162]

Prinsip *Most Favoured Nation* (MFN) merupakan salah satu prinsip yang paling tua dan paling penting, baik untuk hukum penanaman modal maupun Hukum Perdagangan Internasional. Prinsip ini pada awalnya diterapkan oleh Raja Henry IV di Inggris pada 1417 yang memberikan hak yang sama warga negara Perancis, Belanda, Skotlandia, dan Sealanders untuk menggunakan pelabuhan-pelabuhan di Flanders.[163] MFN secara tradisional digunakan dalam persetujuan perdagangan, tetapi kemudian menjadi prinsip penting dalam memberikan perlindungan kepada investor. Prinsip ini terdapat di *Article* 1 GATT[164] yang intinya melarang negara memberikan perlakuan yang berbeda antarwarga negara asing:

> *.... any advantage, favour, privilege or immunity granted by any contracting party to any product originating in or destined for any other country shall be accorded immediately and unconditionally to the like product originating in or destined for the territories of all other contracting parties.*

Dalam bidang penanaman modal, UNCTAD menyatakan bahwa: ***MFN in the context of investment means that a host country treats investors from one foreign country no less favourable than investors from any other foreign country***.[165] MN pada prinsipnya memberikan jaminan perlindungan kepada investor atas segala bentuk perlakuan diskriminatif yang dilakukan oleh *host states* dan secara krusial memberikan kesempatan yang sama untuk semua investor asing dari negara mana pun berasal. Dibanding dengan *National Treatment* yang mengharuskan *host state* untuk tidak membedakan investor asing dengan investor dalam negeri, MFN pada prinsipnya melarang segala bentuk diskriminasi kepada investor asing dari negara

[161] Andrew D. Mitchell, *Op. cit.,* h. 40.

[162] Julia Ya Qin, *Op. cit.,* h. 216.

[163] Surya P Subedi, *Op. cit.,* h. 67, mengutip dari SD Sutton, 2005, "*Emilio Augustion Maffezini v Kingdom of Spain and the ICSID Secretary General's Screening Power*", *Arbitration International,* 21 (1): 115.

[164] H. Horn, P.C, 2001, Mabroidis, "*Economic and Legal Aspects of the Most-Favored-Nation Clause*". *European Journal of Political Economy,* 17: 233.

[165] UNCTAD, 1999, *Most Favoured Nation Treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreement,* New York: United Nation, h. 1.

PRENADAMEDIA GROUP

mana pun dia berasal (antar-investor asing).

Prinsip MFN dapat diterapkan pada semua aktivitas penanaman modal, mulai dari kegiatan operasional, pemeliharaan, penggunaan, penjualan, atau likuidasi dari perusahaan penanaman modal. Pada beberapa traktat penerapan prinsip MFN diperluas pada aktivitas penanaman modal yang berupa pendirian, akuisisi, perluasan, pengelolaan, pengendalian, kegiatan operasional, penjualan, dan kegiatan penanaman modal lainnya (*Article* 103 NAFTA). Pada *Energy Charter Treaty*, MFN diterapkan pada semua kegiatan penanaman modal termasuk pengelolaan, pemeliharaan, penggunaan, pemanfaatan, atau penjualan/pemberian (*Article* 10).[166]

Pada prinsipnya, MFN diterapkan pada: (1) hak substantif dari investor; dan (2) penyelesaian sengketa investasi secara internasional.[167] Hal ini tergambar pada *Maffezini case* di mana MFN diperluas pada penyelesaian sengketa investasi. Apabila merujuk pada Doktrin Calvo yang mengakui *territorial sovereignty of state* dan melarang campur tangan asing (dalam bentuk campur tangan diplomatik) penyelesaian sengketa investasi seharusnya dilakukan berdasarkan hukum dan pengadilan *host state*.[168] Namun, dalam beberapa BIT, terdapat klausul yang lebih memilih penyelesaian sengketa investasi dilakukan oleh lembaga arbitrase internasional (ICSID) yang putusannya mengikat, baik untuk sengketa antara negara dan negara (*state-state*) maupun sengketa antara negara dan investor (*state-investor disputes*).

Berkaitan dengan hak substantif investor, penerapan prinsip MFN dapat dibedakan menjadi tiga, yaitu:

a. *pre entry investment,* yaitu penerapan prinsip MFN wajib dilakukan pada saat investasi masih dalam fase sebelum pendirian (*pre establishment phase)*, investor tersebut akan masuk dan mendirikan perusahaan di suatu negara *(entry and establishment of investment)*.
b. *post entry investment,* yaitu penerapan prinsip MFN dilakukan ketika investasi telah masuk di negara yang bersangkutan. Kegiatan *post entry investment* dapat berupa pengelolaan, pemeliharaan, penjualan, penggunaan, atau pembuangan. Contohnya, *Article* 10 (7) *Energy Charter Treaty* menyatakan bahwa MFN diterapkan pada semua kegiatan penanaman modal termasuk pengelolaan, pemeliharaan,

[166] *Ibid.,* h. 6.

[167] Emilio Augustin Maffezini v Kingdom of Sapin, ICSID Case No. ARB/97/7 tanggal 25 Januari 2000. Dikutip dari Surya P. Subedi, *Op. cit.,* h. 69.

[168] Surya P. Subedi, *Op. cit.,* h. 14 dan h. 95.

penggunaan, pemanfaatan, atau penjualan/pemberian.

> *Each Contracting Party shall accord to Investments in its Area of Investors of other Contracting Parties, and their related activities including management, maintenance, use, enjoyment or disposal, treatment no less favourable than that which it accords to Investments of its own Investors or of the Investors of any other Contracting Party or any third state and their related activities including management, maintenance, use, enjoyment or disposal, whichever is the most favourable.* [169]

c. *pre and post entry investment,* yaitu penerapan prinsip MFN yang dilakukan pada saat sebelum pendirian dan berlangsung terus sampai berakhirnya investasi yang bersangkutan. Contohnya, *Article* 103 dari *North America Free Trade Agreement (NAFTA)* menghendaki adanya penerapan MFN pada segala aktivitas penanaman modal mulai pendirian, akuisisi, perluasan, pengelolaan, pengendalian, kegiatan operasional, penjualan, dan kegiatan penanaman modal lainnya.

   1) *Each Party shall accord to investors of another Party treatment no less favourable than that it accords, in like circumstances, to investors of any other Party or of a non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.*
   2) *Each Party shall accord to investments of investors of another Party treatment no less favourable than it accords, in like circumstances, to investments of investors of any other Party or of a non-Party with respect to the establishment, acquisition, expansion, management, conduct, operation, and sale or other disposition of investments.*[170]

4. Prinsip *Fair and Equitable Treatment*

Secara historis, pada awalnya FET terdapat pada *Article* 11 (2) *Havana Charter for an International Trade Organization* (1948) yang menyatakan bahwa investasi asing harus dijamin untuk mendapatkan "*just and equitable treatment*".[171] Prinsip FET ini kemudian diaplikasikan pada *Article* 22 *the Economic Agreement of Bogotá* (1948) dengan memperkenalkan *equitable treatment* dan juga diadopsi oleh the United States Friendship,

[169] UNCTAD 1999, *Op. cit.,* h. 14.

[170] *Ibid.,* h. 145.

[171] OECD, t.th., Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law. *Working Papers on International Investment.* Diakses dari http://www.oecd.org/dataoecd/22/53/33776498.pdf.

Commerce and Navigation (FCN*) treaties.*[172] Penggunaan istilah FET dapat dilacak pada *Article* I dari *Draft Convention on Investments Abroad* yang dikemukakan oleh Hermann Abs dan Lord Shawcross pada 1959.

> *"Each Party shall at all times ensure* ***fair and equitable treatment*** *to the property of the nationals of the other Parties. Such property shall be accorded the most constant protection and security within the territories of the other Parties and the management, use and enjoyment thereof shall not in any way be impaired by unreasonable or discriminatory measures."*[173]

Istilah FET ini juga dapat dilihat pada OECD *Draft Convention on the Protection of Foreign Property: the phrase "fair and equitable treatment", customary in relevant bilateral agreements, indicates the standard set by international law for the treatment due by each State with regard to the property of foreign nationals*...[174] Selanjutnya, prinsip ini dapat ditemui pada Paragraf 48 *UN Draft Code of Conduct on Transnational Corporations* tahun 1990; the *guideline* III (2) of *World Bank Guidelines* tahun 1992; *Articles* 3 (1) dan 2 (c) *Colonia and Buenos Aires Investment Protocols of the Mercado Común del Sur (Mercosur)* tahun 1994, dan *Article* 1.1 of the *Draft Multilateral Agreement on Investment* (MAI). Saat ini, FET terdapat pada *Article* 12 (d) *Convention Establishing the Multilateral Investment Guarantee Agency* (MIGA) Tahun 1985; *Article* IV (2) the *Agreement for the Promotion and Protection of Investments of the Association of Southeast Asian Nations* (ASEAN) 1987; *Article* 1105 (1) *North American Free Trade Agreement* (NAFTA) 1992; dan *Article* 10 (1) *Energy Charter Treaty* (ECT) 1994.[175] Prinsip *Fair and Equitable Treatment* (FET) kemudian banyak dianut dan diterapkan dalam BIT dan *International Investment Agreement* (IIA). Mengenai definisi dari FET, UNCTAD menyatakan bahwa:

> *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.*[176]

[172] UNCTA, 2012, *Fair and Equitable Treatment*: *UNCTAD Series on International Investment Agreements II*, New York dan Jenewa: United Nations, h. 5.

[173] *Ibid.*

[174] OECD, 1967, *Draft Convention on the Protection of Foreign Property*, first rule, h. 9. Lihat juga: Graham Mayeda, 2007, "*Playing Fair: The Meaning of Fair and Equitable Treatment in Bilateral Investment Treaties*", *Journal of World Trade*, 41 (2): 280.

[175] Sebastián López Escarcena, April 2010, "*The Elements of Fair and Equitable Treatment In International Investment Law*", *Policy Brief* No. 14, h. 2–3.

[176] UNCTAD, 1912, *Op. cit.*, h. 7.

Prinsip FET pada dasarnya bertujuan untuk mempromosikan investasi dan memberikan perlindungan investasi yang sifatnya timbal balik (*promotion and reciprocal protection of investments*).[177] Prinsip ini memberikan perlindungan kepada investor berdasarkan keadilan *(fairness*) dan kepatutan (*equity*).[178] Konsep adil dan patut merupakan konsep sangat luas dan dapat dipertukarkan. Menurut Oxford Dictionary, *fair is just, unbiased, equitable, in accordance with rule*.[179] Oleh karena itu, dengan konsep yang begitu luas, adil mempunyai konotasi dengan kepatutan.[180] Kepatutan berarti proses menyeimbangkan dan menimbang hak pada segala situasi (*balancing process and weighing up of what is right in all circumstances)*.[181]

Prinsip FET memiliki unsur/standar, sebagai berikut: (1) perlindungan terhadap harapan/ekspektasi investor (*the protection of the investor's legitimate expectations*); (2) proses hukum dan pengingkaran keadilan (*due process and denial of justice*); (3) kewajiban untuk menjaga dan melindungi (*obligation of vigilance and protection*); (4) keterbukaan dan stabilitas (*transparency and stability*); (5) tidak sewenang-wenang (*lack of arbitrariness)* dan nondiskriminasi (*non-discrimination*); (6) proporsionalitas (*proportionality*); dan (7) penyalahgunaan kewenangan (*abuse of authority*).[182] Olatokunbo Lad-Ojomo mengemukakan elemen dari FET yang relatif sama yang meliputi: (1) stabilitas, prediktabilitas, dan konsistensi dalam kerangka hukum (*stability, predictability, and consistency of the legal framework);* (2) prinsip legalitas (*principle of legality);* (3) perlindungan terhadap kepercayaan/ekspektasi investor (*protection of investor confidence or legitimate expectations);* (4) proses hukum dan pengingkaran keadilan *(procedural due process and denial of justice);* (5) proses hukum substantif atau perlindungan atas diskriminasi dan kesewenang-wenangan *(substantive due process or protection against discrimination and arbitrariness);* (6) keterbukaan (*the requirement of transparency);* dan (7) pantas dan proporsional (*the requirement of reasonableness and proportionality*).[183]

[177] Ivar Alvik, 2005, "*The Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Treaties*", Thesis, University of Oslo, h. 19.

[178] Surya P. Subedi, *Op. cit.,* h. 63.

[179] Concise Oxford Dictionary, 1990, Oxford: Clarendon Press, h. 420.

[180] Peter T. Muchlinski, *Op. cit.,* h. 635.

[181] *Ibid.*

[182] Olatokunbo Lad-Ojomo, 2009, What is the Distinction Between the Fair and Equitable Treatment Standard and the Minimum Standard of Treatment Under Customary International Law. *CAR (CEPMLP Annual Review),* 13: 9.

[183] *Ibid.,* h. 11.

Adapun Kenneth J. Vandevelde menyatakan bahwa prinsip FET harus mendasarkan pada empat prinsip *rule of law* yaitu kewajaran (r*easonableness)* nondiskriminasi, konsistensi, keterbukaan,[184] dan proses yang sesuai hukum serta iktikad baik.[185]

Prinsip FET yang ditujukan untuk melindungi kepentingan investor seharusnya diterapkan pada: (1) hukum administrasi setempat (*domestic Administrative Law*); dan (2) prosedur yudisial di pengadilan setempat (*domestic Judicial Procedures* dan aturan hukum setempat (*domestic legislation*).[186] Prinsip FET perlu diterapkan pada hukum administrasi karena hukum investasi tidak bisa dilepaskan dari hukum administrasi khususnya terkait dengan perizinan yang harus diperoleh oleh investor ketika akan melakukan kegiatan investasinya. Prinsip FET baik pada prosedur administrasi maupun pelaksanaan diskresi. Pada prosedur administrasi, prinsip ini seharusnya diterapkan pada saat pemberian, pembatalan, atau perpanjangan/pembaruan perizinan di bidang investasi yang memberikan kesempatan kepada investor untuk dilibatkan dalam mendengar pendapat yang adil (*a fair hearing)*, melaksanakan proses secara komprehensif dan pemberian alasan pada setiap keputusan perizinan tersebut.[187] Kewajiban untuk melakukan pencarian fakta, memverifikasi bukti, serta melakukan tinjauan hukum dari keputusan administrasi tersebut juga harus dilakukan sebelum pemberian putusan akhir pemberian/penolakan izin. Pada kasus *Tecmed v. Mexico* menekankan hak dari investor untuk didengar pendapatnya terkait dengan permohonan izin yang diajukan dan adanya alasan yang masuk akal dari penolakan permohonan izin.[188] Adapun pada kasus *Metalclad v. Mexico* dianggap ada pelanggaran *fair and equitable treatment* karena investor tidak dilibatkan secara layak dengan tidak diberi kesempatan untuk berpartisipasi pada pertemuan di dewan kota setempat untuk mendiskusikan izin pendirian tempat pembuatan akhir limbah[189] serta penolakan izin tersebut tidak didasarkan pada alasan yang tepat seperti aspek konstruksi atau kekurangan fasilitas fisik,

[184] Kenneth J. Vandevelde, 2010, "*A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment*", *New York University Journal of International Law & Politics,* 43: 53.

[185] *Ibid.,* h. 97.

[186] Stephan W. Schill, 2006, "*Fair and Equitable Treatment Under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law*", *IILJ Working Paper,* 6: 23. New York: NYU Law School.

[187] *Ibid.*

[188] Tecnicas Medioambientales Tecmed S. A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award of May 29, 2003, Paragraf 161.

[189] Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award of Aug. 30, 2000, Paragraf 91.

tetapi karena alasan penolakan masyarakat sekitar atas pendirian tempat pembuatan akhir limbah tersebut.[190] Selanjutnya, untuk penerapan FET pada bidang administrasi khususnya terkait dengan pelaksanaan diskresi, pelaksanaan diskresi tersebut mendasarkan pada prinsip konsistensi dan mempertimbangkan ekspektasi investor.[191] Prinsip konsistensi mensyaratkan bahwa diskresi tersebut dilakukan secara seragam dan tidak menyimpang dari prosedur standar atau penilaian pada situasi yang hampir sama atau yang sebanding (*assessment of comparable circumstances)*.

Penerapan FET pada proses yudisial mengharuskan *host state* menyediakan sistem peradilan yang jujur dan efisien yang berisi prosedur penyelesaian sengketa yang efektif, baik untuk meninjau tindakan administrasi maupun keputusan administrasi terkait dengan investasi maupun menyelesaikan sengketa antarpihak privat.[192] Pada proses yudisial, penerapan prinsip FET pada dasarnya memberikan hak investor asing untuk menyelesaikan sengketanya di pengadilan (*right to access to a court for foreign investor*).[193] Adapun penerapan FET pada *domestic legislation* mensyaratkan adanya konsistensi pengaturan dan mempertimbangkan harapan investor.[194] Konsistensi dalam membuat aturan akan menciptakan stabilitas hukum, sehingga perubahan aturan investasi atau aturan yang memiliki efek retroaktif dapat memengaruhi stabilitas dan harapan serta kepercayaan investor. Ekspektasi atau harapan investor harus dipertimbangkan, karena investor membuat kalkulasi dan keputusan investasi didasarkan pada hukum yang ada dan dibuat di *host state* dan investor berasumsi dapat memperoleh keuntungan investasi jika terdapat stabilitas hukum dan hukum tersebut dapat diprediksi. Ekpektasi investor meliputi: (1) ekspektasi pada stabilitas dan konsistensi aturan hukum dari negara penerima investasi;[195] (2) harapan/ekspektasi yang didasarkan pada aturan hukum yang ada pada saat dibuat keputusan investasi;[196] (3) harapan/ekpektasi yang didasarkan pada pernyataan formal penguasa (*expectations based upon representations*);[197] (4) ekspektasi pada janji

[190] *Ibid.,* Paragraf 93.
[191] Olatokunbo Lad-Ojomo, *Op. cit.,* h. 25.
[192] *Ibid.,* h. 26.
[193] *Ibid.*
[194] *Ibid.,* h. 27.
[195] Rudolf Dolzer, 2013, "*Fair and Equitable Treatment: Today's Contours*", *Santa Clara Journal Of International Law,* 12: 20.
[196] *Ibid.,* h. 22.
[197] *Ibid.,* h. 24.

PRENADAMEDIA GROUP

atau komitmen kontraktual;[198] dan (5) ekpektasi yang didasarkan pada segala kondisi[199] yang tidak hanya keadaan atau fakta di sekitar investasi, tetapi juga kondisi politik, sosial-ekonomi, budaya, dan sejarah yang ada di *host state*.

Meskipun stabilitas hukum merupakan faktor penting untuk keputusan investasi dari investor asing, bukan berarti *host state* mengkhianati haknya untuk mengatur dan mengubah aturan-aturan hukum dalam negeri dengan masuk dalam perjanjian investasi internasional. Oleh karena itu, prinsip proporsionalitas perlu diterapkan untuk melihat apakah aturan investasi yang dibuat oleh *host state* mencerminkan *fair and equitable treatment.*

5. Prinsip *Protection and Security*

Prinsip *protection and security* digunakan dengan beberapa variasi istilah, misalnya ada yang menggunakan *full protection and security, constant protection and security,* atau *protection and legal security*.[200] Pada *U.S. Bilateral Investment Treaties* istilah yang digunakan adalah *full protection and security* yang mengakui bahwa investor harus mendapatkan perlindungan penuh dan keamanan sebagaimana diamanatkan oleh hukum internasional, "*Investment shall at all times be accorded fair and equitable treatment,* ***shall enjoy full protection and security*** *and shall in no case be accorded treatment less than that required by international law."*[201] *Article* 2 (2) the United Kingdom–Vietnam BIT juga merefleksikan istilah *full protection and security*: "*Investments of nationals or companies of each Contracting Party shall at all times be accorded fair and equitable treatment and shall enjoy full protection and security in the territory of the other Contracting Party."*[202] *Article* 1105 (1) of NAFTA (1992) juga menggunakan istilah yang sama: *the parties shall accord to investments of another Party treatment in accordance with international law, including fair and equitable treatment and full protection and security.*[203] Namun, *Energy Charter Agreement*

[198] *Ibid.,* h. 25.

[199] *Ibid.,* h. 26.

[200] George K. Foster, 2012, "*Recovering Protection and Security: the Treaty Standard's Obscure Origins, Forgotten Meaning, and Key Current Significance*", *Vanderbilt Journal Of Transnational Law,* 45: 1098.

[201] *Ibid.,* h. 1097.

[202] Mahnaz Malik, 2011, The Full Protection and Security Standard Comes of Age: Yet Another Challenge for States in Investment Treaty Arbitration? *Best Practices Series.* Kanada: International Institute for Sustainable Development, h. 2.

[203] *Ibid.,* h. 5.

menggunakan istilah lain, yaitu *constant security and protection, Article* 10 menyebutkan bahwa: *such investments shall also enjoy the* ***most constant protection and security*** *and no Contracting Party shall in any way impair by unreasonable or discriminatory measures their management, maintenance, use, enjoyment or disposal.*[204]

Mengenai pengertian dari *protection and security*, *Oxford English Dictionary* memberikan definisi *protection*: "*the fact or condition of being protected; shelter, defence, or preservation.* Adapun *security* didefinisikan (1) *the state or condition of being protected from or not exposed to danger; safety, and "the state or condition of being... secure; (2) freedom from danger, freedom from care, anxiety, or apprehension, freedom from uncertainty or doubt, stability, and freedom from material or financial wan*t." Menurut George K. Foster, prinsip *protection and security* mengandung pengertian bahwa:

> *principles of protection and security obliges the host state to act with due diligence as reasonably necessary to protect foreigners' persons and property, as well as to possess and make available an adequate legal system, featuring such protections as appropriate remedial mechanisms, due process, and a right to compensation for expropriation.*[205]

Berdasarkan pengertian di atas, prinsip perlindungan dan keamanan mengharuskan *host state* melindungi investor dan kekayaannya, termasuk melindungi hak untuk memiliki dan ketersediaan kekayaan tersebut, mendapatkan perlindungan hukum, dan hak memperoleh kompensasi dalam hal ada nasionalisasi.

Prinsip *protection and security* menghendaki agar *host state* membuat aturan-aturan yang melindungi aset dan kekayaan investor asing dari ancaman yang ditujukan kepada investor asing.[206] Prinsip *protection and security* tidak hanya melindungi investor asing dari kegiatan yang dapat menghentikan/menghambat investasi, tetapi lebih pada melindungi integritas fisik dari investasi akibat adanya intervensi penggunaan kekerasan yang mengancam kelangsungan dan keamanan investasi.[207] Prinsip *full protection and security* diberlakukan ketika investor (khususnya investor asing) mengalami kekerasan fisik, konflik militer yang menyebabkan terganggunya ketertiban internal, atau perselisihan perdata.[208] Pada kasus

[204] Energy Charter Secretariat, 2004, *Energi Charter Agreement,* Belgia: Energy Charter Secretariat, h. 53.

[205] George K. Foster, *Op. cit.,* h. 1103.

[206] Wena Hotels v Egypt ICSID, www.worldbank.org.icsid, 41 ILM 896, 2000, Paragraf 84 dikutip dari Peter T. Muchlinski, *Op. cit.,* h. 648.

[207] *Ibid.*

[208] Peter T. Muchlinski, *Op. cit.,* h. 648.

PRENADAMEDIA GROUP

Rumeli v. Kazakhstan (2008), *BG Group v. Argentina* (2007), *Eastern Sugar v. Czech Republic* (2007), dan *Saluka v. Czech Republic* (2006) penerapan PS terbatas pada keamanan fisik saja yang mengharuskan negara memberikan perlindungan kepada investor dari kekerasan dan kerusakan fisik.[209] Pada kasus *Wena Hotels v. Egypt* (2002), negara juga dianggap melanggar prinsip *protection and security* meskipun kekerasan tersebut dilakukan oleh pihak ketiga dan negara tidak ikut serta dalam aksi kekerasan fisik karena otoritas yang berwenang tidak melakukan upaya untuk mencegah terjadinya pelanggaran atau memperbaiki kerusakan akibat pelanggaran tersebut.[210] Hal ini sesuai dengan pendapat Walde yang menyatakan bahwa prinsip PS dilanggar tidak hanya ketika ada tindakan aktif dan perbuatan penyalahgunaan wewenang yang dilakukan oleh kekuatan negara, tetapi ketika negara yang mempunyai kekuasaan dan kewajiban terkait tidak melakukan tindakan apa pun untuk melakukan intervensi untuk melindungi kegiatan investor.

> *This obligation would not only be breached by active and abusive exercise of State powers but also by the omission of the State to intervene where it had the power and duty to do so to protect the normal ability of the investor's business to function... a duty, enforceable by investment arbitration, to use the powers of government to ensure the foreign investment can function properly on a level playing field, unhindered and not harassed by the political and economic domestic powers that be.*[211]

Namun, potensi ancaman yang akan dialami oleh investor tidak hanya bersifat fisik melainkan nonfisik[212], oleh karena itu prinsip ini mensyaratkan *host states* untuk membuat langkah-langkah yang melindungi investasi, baik dari kerugian fisik maupun ancaman yang sifatnya nonfisik. Prinsip *protection and security* pada beberapa putusan sengketa investasi internasional diperluas pada perlindungan yang sifatnya *physical, legal, and commercial security*.[213] Contohnya pada *National Grid v. Argentina*, klausul "*protection and constant security*" dalam the UK–Argentina BIT diinterpretasikan sebagai keamanan fisik dan keamanan hukum (*legal and physical security*),[214] yang berarti mengakui perlindungan kepada in-

[209] Mahnaz Malik, *Op. cit.,* h. 6.
[210] *Ibid.,* h. 7.
[211] T.W. Walde, 2004, "*Energy Charter Treaty-Based Investment Arbitration*", *J World Invest Trade,* 5: 390–1.
[212] George K. Foster, *Op. cit.,* h. 1103.
[213] *Ibid.*
[214] George K. Foster, *Op. cit.,* h. 1107.

vestor tidak hanya dibatasi pada ancaman yang sifatnya fisik melainkan juga nonfisik. Pada kasus *Biwater Gauff v. Tanzania* prinsip *protection and security* juga diinterpretasikan untuk keamanan fisik dan nonfisik yang secara implisit mensyaratkan jaminan negara atas stabilitas untuk melindungi lingkungan baik secara fisik, komersial, maupun legal.[215] Pada kasus *Azurix v. Argentina* (2006) bahkan disebutkan bahwa prinsip *protection and security* akan dilanggar meskipun tidak ada pelanggaran fisik atau kerusakan tidak terjadi.[216] Pada kasus *Siemens v. Argentina* (2007) prinsip *protection and security* terkait dengan *legal security* dan tidak terkait dengan keamanan fisik karena berhubungan dengan aset yang sifatnya tidak berwujud (*intangible),* di mana inisiasi untuk melakukan renegosiasi pengurangan ongkos penjualan yang tidak didukung kepentingan umum, berakibat pada keamanan hukum dari investasi Siemens.[217]

Prinsip *protection and security* ini menghendaki adanya pemberian kompensasi ketika investor asing mengalami kerugian akibat peristiwa-peristiwa tersebut. Pemberian kompensasi juga diberikan dalam hal adanya perlakuan diskriminasi yang menyebabkan kerugian seperti kehilangan pasar, nasionalisasi, atau tidak dipenuhinya prinsip *full protection and security*. Pemberian kompensasi ini sifatnya tidak absolut *(absolute right to compensation*), tetapi disesuaikan dengan prinsip *national treatment* atau *most favoured nation,* atau pemberian kompensasi yang dilakukan dengan standar *prompt* (segera), *adequate* (layak), dan efektif.[218] Beberapa traktat internasional bahkan menjamin transfer atas kompensasi tersebut ke negara asal investor asing.

B. PRINSIP PENANAMAN MODAL DALAM UU NOMOR 25 TAHUN 2007

Indonesia telah meratifikasi persetujuan pembentukan organisasi perdagangan dunia (World Trade Organization/WTO) melalui Undang-Undang Nomor 7 Tahun 1994 tentang Pengesahan *Agreement Establishing The World Trade Organization* (Persetujuan Pembentukan Organisasi Perdagangan Dunia). Di dalam persetujuan pembentukan WTO tersebut, terdapat lampiran mengenai *Agreement on Trade-Related Investment Mea-*

[215] Biwater Gauff (Tanz.) Ltd. v. United Republic of Tanz., ICSID Case No. ARB/05/22, Award, July 24, 2008, Paragraf 729.

[216] Mahnaz Malik, *Op. cit.,* h. 7.

[217] *Ibid.*

[218] Peter T. Muchlinski, *Op. cit.,* h. 648.

PRENADAMEDIA GROUP

sures/TRIMS (terdapat pada *Annex 1A: Multilateral Agreements on Trade in Goods*). TRIMS merupakan ketentuan mengenai investasi yang prinsip-prinsipnya harus konsisten dengan ketentuan *General Agreement on Trade and Tariff* yang harus ditaati oleh anggota WTO. Di dalam *Article* 1.1 TRIMs disebutkan bahwa: *without prejudice to other rights and obligations under GATT 1994, no Member shall apply any TRIM that is inconsistent with the provisions of Article III or Article XI of GATT 1994.* Berdasarkan *Article III* atau *Article XI of GATT 1994*, TRIMS pada intinya melarang negara membuat aturan investasi yang melanggar prinsip *national treatment* atau larangan lainnya yang sifatnya restriktif.

Untuk mengadopsi beberapa prinsip penanaman modal yang diatur dalam beberapa ketentuan internasional, Pasal 3 UU 25/2007 mengatur beberapa prinsip penanaman modal. Menurut Pasal 3 tersebut, penanaman modal di Indonesia diselenggarakan berdasarkan asas berikut:

1. Asas Kepastian Hukum
   Asas kepastian hukum adalah asas dalam negara hukum yang meletakkan hukum dan ketentuan peraturan perundang-undangan sebagai dasar dalam setiap kebijakan dan tindakan dalam bidang penanaman modal (Penjelasan Pasal 3 ayat [1] huruf a UU 25/2007).
2. Asas Keterbukaan
   Asas keterbukaan adalah asas yang terbuka terhadap hak masyarakat untuk memperoleh informasi yang benar, jujur, dan tidak diskriminatif tentang kegiatan penanaman modal (Penjelasan Pasal 3 ayat [1] huruf b UU 25/2007).
3. Asas Akuntabilitas
   Asas akuntabilitas adalah asas yang menentukan bahwa setiap kegiatan dan hasil akhir dari penyelenggaraan penanaman modal harus dipertanggungjawabkan kepada masyarakat atau rakyat sebagai pemegang kedaulatan tertinggi negara sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan (Penjelasan Pasal 3 ayat [1] huruf c UU 25/2007).
4. Asas Perlakuan yang Sama
   Asas perlakuan yang sama dan tidak membedakan asal negara adalah asas perlakuan pelayanan nondiskriminasi berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan, baik antara penanam modal dalam negeri dan penanam modal asing maupun antara penanam modal dari satu negara asing dan penanam modal dari negara asing lainnya.
5. Asas Kebersamaan
   Asas kebersamaan adalah asas yang mendorong peran seluruh pena-

PRENADAMEDIA GROUP

nam modal secara bersama sama dalam kegiatan usahanya untuk mewujudkan kesejahteraan rakyat.

6. Asas efisiensi berkeadilan
   Asas efisiensi berkeadilan adalah asas yang mendasari pelaksanaan penanaman modal dengan mengedepankan efisiensi berkeadilan dan usaha untuk mewujudkan iklim usaha yang adil, kondusif, dan berdaya saing.
7. Asas berkelanjutan
   Asas berkelanjutan adalah asas yang secara terencana mengupayakan berjalannya proses pembangunan melalui penanaman modal untuk menjamin kesejahteraan dan kemajuan dalam segala aspek kehidupan, baik untuk masa kini maupun yang akan datang.
8. Asas berwawasan lingkungan
   Asas berwawasan lingkungan adalah asas penanaman modal yang dilakukan dengan tetap memperhatikan dan mengutamakan perlindungan dan pemeliharaan lingkungan hidup.
9. Asas kemandirian
   Asas kemandirian adalah asas penanaman modal yang dilakukan dengan tetap mengedepankan potensi bangsa dan negara dengan tidak menutup diri pada masuknya modal asing demi terwujudnya pertumbuhan ekonomi.
10. Asas keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional
    Asas keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional adalah asas yang berupaya menjaga keseimbangan kemajuan ekonomi wilayah dalam kesatuan ekonomi nasional.

Selain diatur di dalam Pasal 3 UU 25/2007, terdapat beberapa aturan di UU 25/2007 yang merefleksikan prinsip-prinsip hukum investasi internasional. Prinsip *full protection and security* termuat di dalam Pasal 30 ayat (1) UU 25/2007 bahwa pemerintah dan/atau pemerintah daerah menjamin kepastian dan keamanan berusaha bagi pelaksanaan penanaman modal. Pasal 14 UU 25/2007 berisi prinsip ini khususnya prinsip perlindungan kepada penanam modal untuk mendapatkan hak berupa:

1. Kepastian hak, hukum, dan perlindungan;
2. Informasi yang terbuka mengenai bidang usaha yang dijalankannya;
3. Hak pelayanan; dan
4. Berbagai bentuk fasilitas kemudahan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

PRENADAMEDIA GROUP

4

KEBIJAKAN PENANAMAN MODAL

A. KEBIJAKAN INVESTASI SECARA UMUM

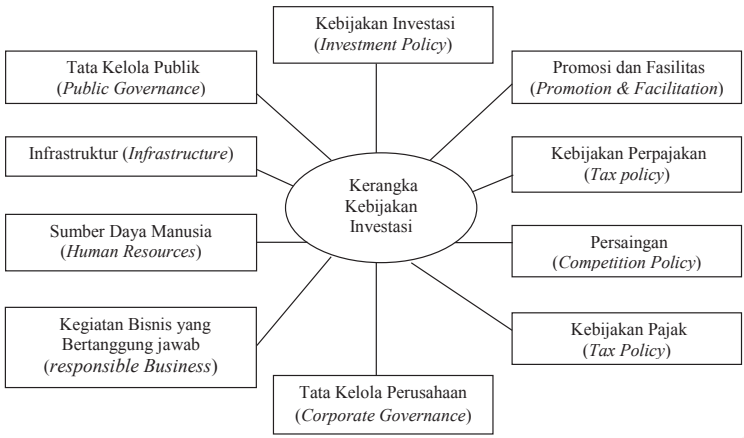
Menurut Joseph Battat, *investment policies reflect what governments see from investment for the purpose of meeting national objectives, as well as the rights and responsibilities they assigned to investors and investment.*[219] Kebijakan investasi kemudian dituangkan dalam hukum investasi, oleh karena itu kebijakan investasi dan hukum investasi harus selaras (*harmony)*. Ketentuan yang ada di dalam hukum investasi harus merefleksikan kebijakan investasi karena aturan hukum investasi merupakan *legislative instrument for implementing the policy*[220] dan berfungsi untuk menerjemahkan kebijakan investasi ke dalam istilah hukum yang dapat diterapkan.[221] Oleh karena itu, kebijakan investasi harus jelas agar tidak menghambat proses pembentukan atau pengaturan hukum investasi karena formulasi kebijakan investasi menjadi prasyarat untuk pembentukan aturan investasi (*investment policy formulation is a prerequisite to investment legislation drafting*).[222]

Menurut OECD, kebijakan investasi antara lain berupa: (a) mempromosikan dan memfasilitasi investasi (*investment promotion and facilitation*); (b) perdagangan; (c) persaingan; (d) pajak; (e) tata kelola perusahaan (*corporate governance)*; (f) mempromosikan kegiatan bisnis yang

[219] Joseph Battat, *Loc. cit.*
[220] The World Bank, *Op. cit.,* h. 4.
[221] *Ibid.,* h. 5.
[222] OECD, 2006, *The Policy Framework for Investment*, Paris: OECD, h. 6.

PRENADAMEDIA GROUP

bertanggung jawab (*responsible business conduct*); (g) pengembangan sumber daya manusia; (h) pembangunan infrastruktur dan sektor keuangan; dan (i) tata kelola publik (*public governance)*.[223]



Kebijakan investasi sangat dipengaruhi oleh kondisi politik dan ekonomi masing-masing negara. Berdasarkan sifatnya, kebijakan investasi digolongkan menjadi dua, yaitu:

1. Kebijakan investasi yang sifatnya restriktif, yaitu kebijakan yang secara ideologi menentang adanya investasi asing atau investasi privat/swasta yang dapat menyebabkan terpecah/berkurangnya kontrol, larangan, dan pembatasan-pembatasan oleh negara.
2. Kebijakan investasi yang sifatnya terbuka atau bebas, yaitu kebijakan investasi yang dapat menerima masuknya investasi asing atau swasta.

Untuk menarik investor melakukan penanaman modal, suatu negara perlu menentukan kebijakan investasi yang sifatnya kondusif dan yang ramah investasi (*conducive and investment friendly policy)*.[224] Kebijakan investasi yang sifatnya kondusif adalah kebijakan yang dapat memfasilitasi dan menarik investasi privat secara umum dan investasi asing khususnya, mendorong investor asing dan investor dalam negeri untuk berinvestasi dengan meningkatkan tingkat kenyamanan dan meminimalisasi ketidak-

[223] *Ibid.,* h. 2.
[224] *Ibid.,* h. 7.

pastian, diskresi, dan ketidakjelasan.[225] Ciri dari kebijakan investasi yang kondusif adalah kebijakan yang mencerminkan *clarity, stability, and transparency*, yaitu:[226]

1. Terdokumentasi secara transparan dan terbuka yaitu investor dapat dengan yakin dan pasti melakukan berinvestasi dan dengan syarat apa melakukan investasi.
2. Sederhana yaitu kebijakan tersebut dapat dimengerti oleh setiap orang.
3. Tidak membingungkan sehingga arti dari kebijakan tidak diperdebatkan dan dipermasalahkan.
4. *Nondiscretionary* sehingga setiap keputusan dibuat berdasarkan kriteria yang objektif.
5. Komprehensif dan lengkap sehingga investor mengetahui situasi investasi secara keseluruhan.
6. Stabil dan dapat diprediksi (*stable and predictable)* sehingga harapan investor tidak akan terancam oleh perubahan kebijakan yang tidak terduga.
7. Diterapkan secara konsisten sehingga tidak ada ketidakpastian atas hasil investasi yang diharapkan.

Secara substantif, kebijakan investasi yang kondusif adalah yang berisi kebijakan yang sifatnya sebagai berikut:

1. Fleksibel Atas Masuknya Investasi (*Flexibility in Investor Entry)*

Beberapa negara memberikan pembatasan untuk masuknya investasi (khususnya investasi asing) dengan menetapkan batasan minimal modal. Namun, untuk menarik masuknya investasi, beberapa negara mengurangi atau menghentikan batas minimal modal yang harus diinvestasikan seperti Uganda dan Tanzania.[227] Bahkan India, Brazil, China, dan Rusia menerapkan *a liberal entry regime* yang mengakui bahwa antara modal yang diinvestasikan dan bisnis yang dapat mendorong inovasi maupun investasi yang menciptakan lapangan kerja serta mendatangkan pendapatan kepada negara melalui pajak, tidak memiliki keterkaitan yang terlalu besar. Ditiadakannya batas minimal modal terutama khusus ditujukan untuk investasi kecil di sektor jasa yang sifatnya *noncapital intensive.*

[225] *Ibid.,* h. 2.
[226] OECD, 2006, *The Policy Framework for Investment,* Paris: OECD, h. 9.
[227] *Ibid.,* h. 8.

PRENADAMEDIA GROUP

2. Memberi Hak dan Jaminan Kepada Investor

Hak dan jaminan yang diberikan kepada investor antara lain berupa perlakuan yang tidak diskriminatif, hak atas kepemilikan dan keamanan investasi, hak transfer dan repatriasi atas keuntungan dan investasi, mekanisme penyelesaian sengketa melalui *alternative dispute resolution* (ADR), dan penggunaan tenaga kerja asing yang tidak dapat diisi oleh tenaga kerja lokal.

B. KEBIJAKAN INVESTASI DI INDONESIA

Pemerintah menetapkan kebijakan dasar penanaman modal untuk mendorong terciptanya iklim usaha nasional yang kondusif bagi penanaman modal untuk penguatan daya saing perekonomian nasional dan mempercepat peningkatan penanaman modal. Kebijakan dasar penanaman modal tersebut dicanangkan di dalam Pasal 4 UU 25/2007.

Menurut Pasal 4 ayat (2) UU 25/2007, pemerintah dalam menetapkan kebijakan dasar penanaman modal, wajib:

1. Memberi perlakuan yang sama bagi penanam modal dalam negeri dan penanam modal asing dengan tetap memperhatikan kepentingan nasional.
2. Menjamin kepastian hukum, kepastian berusaha, dan keamanan berusaha bagi penanam modal sejak proses pengurusan perizinan sampai dengan berakhirnya kegiatan penanaman modal sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.
3. Membuka kesempatan bagi perkembangan dan memberikan perlindungan kepada UMKM dan Koperasi.

Kebijakan dasar penanaman modal diwujudkan dalam bentuk Rencana Umum Penanaman Modal (RUPM). Pemerintah telah mengeluarkan Peraturan Presiden Nomor 16 Tahun 2012 tentang Rencana Umum Penanaman Modal (selanjutnya disebut Perpres 16/2012). RUPM merupakan dokumen perencanaan penanaman modal jangka panjang berlaku sampai dengan 2025[228] dan menjadi acuan bagi Kementerian/Lembaga Pemerintah Non-Kementerian dalam menyusun kebijakan yang terkait dengan kegiatan penanaman modal.[229] RUPM berfungsi untuk mengnyinergikan dan mengoperasionalkan seluruh kepentingan sektoral terkait

[228] Pasal 1 ayat (2) Perpres 16/2012.
[229] Pasal 3 Perpres 16/2012.

PRENADAMEDIA GROUP

sehingga tidak terjadi tumpang-tindih dalam penetapan prioritas sektor-sektor yang akan dikembangkan dan dipromosikan melalui kegiatan penanaman modal.

RUPM terdiri dari arah kebijakan penanaman modal dan peta panduan (*roadmap*) implementasi rencana umum penanaman modal. Di dalam Pasal 2 huruf d Perpres 16/2012 diatur mengenai arah kebijakan penanaman modal yang diuraikan sebagai berikut:

1. Perbaikan Iklim Penanaman Modal

Iklim penanaman modal merupakan suatu lingkungan kebijakan, institusional dan perilaku, baik kondisi yang ada saat ini maupun kondisi yang diharapkan, yang memengaruhi tingkat risiko, maupun tingkat pengembalian penanaman modal. Iklim penanaman modal ini sangat memengaruhi keinginan penanam modal (investor) untuk melakukan kegiatan penanaman modal, baik berupa penanaman modal baru maupun perluasan penanaman modal. Iklim penanaman modal bersifat dinamis, artinya setiap elemen yang terkandung di dalamnya akan mengalami perubahan seiring perubahan dinamika bisnis dan waktu. Selain itu, iklim penanaman modal pula bersifat lokasional, artinya meskipun iklim penanaman modal akan sangat diwarnai oleh situasi dan kondisi perekonomian nasional, tetapi perbedaan karakteristik masing-masing perekonomian regional dan daerah akan memberi arah penekanan yang berbeda dalam upaya perbaikan iklim penanaman modal di Indonesia.

Perbaikan iklim penanaman modal dilakukan melalui penguatan kelembagaan penanaman modal (seperti pembangunan sistem Pelayanan Terpadu Satu Pintu (PTSP) di bidang penanaman modal yang lebih efektif dan akomodatif, peningkatan koordinasi antarlembaga/instansi dalam rangka pelayanan penanaman modal, mengarahkan lembaga penanaman modal di daerah untuk secara proaktif menjadi inisiator penanaman modal) pengaturan bidang usaha yang tertutup dan terbuka dengan persyaratan, tata laksana persaingan usaha (pengaturan, pengawasan, penegakan, dan peningkatan kompetensi lembaga pengawas persaingan usaha), memperbaiki hubungan industrial (peningkatan kompetensi pekerja dan *code of good faith* untuk hubungan majikan-pekerja), dan perbaikan sistem perpajakan dan kepabeanan.

PRENADAMEDIA GROUP

2. Persebaran Penanaman Modal

Persebaran penanaman modal dilakukan melalui cara:

a. Pengembangan sentra-sentra ekonomi baru di luar pulau Jawa melalui pengembangan sektor-sektor strategis sesuai daya dukung lingkungan dan potensi unggulan daerah yang dimiliki;
b. Pemberian fasilitas, kemudahan, dan/atau insentif penanaman modal yang mendorong pertumbuhan penanaman modal di daerah;
c. Pengembangan sumber energi bersumber dari energi baru dan terbarukan yang masih melimpah di daerah dapat mendorong pemerataan penanaman modal di seluruh Indonesia;
d. Pengembangan pusat-pusat pertumbuhan strategis, antara lain dengan pola pendekatan Kawasan Ekonomi Khusus (KEK) dan pengembangan Koridor Ekonomi Indonesia;
e. Percepatan pembangunan infrastruktur di daerah baik dengan mengembangkan skema Kerja sama Pemerintah Swasta (KPS) dan maupun dengan skema non-KPS yang diintegrasikan dengan rencana penanaman modal nasional untuk sektor tertentu yang strategis.

3. Fokus Pengembangan Pangan, Infrastruktur, dan Energi

a. Pengembangan Pangan

Pengembangan pangan dilakukan melalui cara sebagai berikut:

1) Pengembangan tanaman pangan berskala besar (*food estate*) diarahkan pada daerah-daerah di luar Jawa yang lahannya masih cukup luas, dengan tetap memperhatikan perlindungan bagi petani kecil.
2) Pemberian fasilitas, kemudahan dan/atau insentif penanaman modal yang promotif untuk ekstensifikasi dan intensifikasi lahan usaha, peningkatan ketersediaan sarana dan prasarana budi daya dan pascapanen yang layak, dan ketersediaan infrastruktur.
3) Pemberian pembiayaan, pemberian kejelasan status lahan, dan mendorong pengembangan klaster industri agribisnis di daerah-daerah yang memiliki potensi bahan baku produk pangan.
4) Peningkatan kegiatan penelitian, promosi, dan membangun citra positif produk pangan Indonesia.
5) Pengembangan sektor strategis pendukung ketahanan pangan nasional, antara lain sektor pupuk dan benih.

PRENADAMEDIA GROUP

b. Pengembangan Infrastruktur

Pengembangan inftastruktur dilakukan melalui cara sebagai berikut.

1) Optimalisasi kapasitas dan kualitas infrastruktur yang ada saat ini.
2) Pengembangan infrastruktur baru dan perluasan layanan infrastruktur sesuai strategi peningkatan potensi ekonomi di masing-masing wilayah.
3) Pengintegrasian pembangunan infrastruktur nasional sesuai dengan peran masing-masing wilayah dan jangkauan pelayanan infrastruktur.
4) Percepatan pembangunan infrastruktur terutama pada wilayah sedang berkembang dan belum berkembang.
5) Percepatan pemenuhan kebutuhan infrastruktur melalui mekanisme skema Kerja sama Pemerintah Swasta (KPS) atau non-KPS.
6) Pengembangan sektor strategis pendukung pembangunan infrastruktur, antara lain pengembangan industri baja dan industri semen.

c. Pengembangan Energi

Pengembangan energi dilakukan dengan cara berikut:

1) Optimalisasi potensi dan sumber energi baru dan terbarukan serta mendorong penanaman modal infrastruktur energi untuk memenuhi kebutuhan listrik di dalam negeri;
2) Peningkatan pangsa sumber daya energi baru dan terbarukan untuk mendukung efisiensi, konservasi, dan pelestarian lingkungan hidup dalam pengelolaan energi;
3) Pengurangan energi fosil untuk alat transportasi, listrik, dan industri dengan substitusi dengan menggunakan energi baru dan terbarukan (*renewable energy*);
4) Pemberian fasilitas, kemudahan, dan/atau insentif penanaman modal serta dukungan akses pembiayaan domestik dan infrastruktur energi, khususnya bagi sumber energi baru dan terbarukan;
5) Pengembangan sektor strategis pendukung sektor energi, antara lain industri alat transportasi, industri mesin, dan industri pipa.

d. Penanaman Modal yang Berwawasan Lingkungan (Green Investment)

Arah kebijakan penanaman modal yang bersifat *green investment* dilakukan melalui cara berikut:

1) Perlunya bersinergi dengan kebijakan dan program pembangunan

PRENADAMEDIA GROUP

lingkungan hidup, khususnya program pengurangan emisi gas rumah kaca pada sektor kehutanan, transportasi, industri, energi dan limbah, serta program pencegahan kerusakan keanekaragaman hayati.

2) Pengembangan sektor-sektor prioritas dan teknologi yang ramah lingkungan, serta pemanfaatan potensi sumber energi baru dan terbarukan.
3) Pengembangan ekonomi hijau *(green economy*).
4) Pemberian fasilitas, kemudahan dan/atau insentif penanaman modal diberikan kepada penanaman modal yang mendorong upaya-upaya pelestarian lingkungan hidup termasuk pencegahan pencemaran, pengurangan pencemaran lingkungan, serta mendorong perdagangan karbon (*carbon trade*).
5) Peningkatan penggunaan teknologi dan proses produksi yang ramah lingkungan secara lebih terintegrasi, dari aspek hulu hingga aspek hilir.
6) Pengembangan wilayah yang memperhatikan tata ruang dan kemampuan atau daya dukung lingkungan.

e. Pemberdayaan Usaha Mikro, Kecil, Menengah, dan Koperasi (UMKMK)

Arah kebijakan pemberdayaan UMKMK dilakukan berdasarkan dua strategi besar, yakni:

1) Strategi naik kelas, yaitu strategi untuk mendorong usaha yang berada pada skala tertentu untuk menjadi usaha dengan skala yang lebih besar, usaha mikro berkembang menjadi usaha kecil, kemudian menjadi usaha menengah, dan pada akhirnya menjadi usaha berskala besar.
2) Strategi aliansi strategis, yaitu strategi kemitraan berupa hubungan (kerja sama) antara dua pihak atau lebih pelaku usaha, berdasarkan kesetaraan, keterbukaan, dan saling menguntungkan (memberikan manfaat) sehingga dapat memperkuat keterkaitan di antara pelaku usaha dalam berbagai skala usaha. Aliansi dibangun agar wirausahawan yang memiliki skala usaha lebih kecil mampu menembus pasar dan jaringan kerja sama produksi pada skala yang lebih besar. Aliansi tersebut dibangun berdasarkan pertimbangan bisnis dan kerja sama yang saling menguntungkan. Pola aliansi semacam inilah yang akan menciptakan keterkaitan usaha antara usaha mikro, kecil, menengah, koperasi, dan usaha besar.

PRENADAMEDIA GROUP

f. Pemberian Fasilitas, Kemudahan, dan/atau Insentif Penanaman Modal

Pemberian fasilitas, kemudahan dan/atau insentif penanaman modal didasarkan pada pertimbangan eksternal dan internal. Pertimbangan eksternal meliputi strategi negara pesaing; intensitas persaingan merebut penanaman modal dari luar negeri; praktik terbaik secara internasional (*international best practices*); serta komitmen internasional. Adapun pertimbangan internal yang perlu diperhatikan, di antaranya strategi/kebijakan pembangunan ekonomi dan sektoral; kepentingan pengembangan wilayah; tujuan pemberian fasilitas, kemudahan dan/atau insentif penanaman modal; pengaruh/keterkaitan sektor yang bersangkutan dengan sektor lain, besarannya secara ekonomi, penyerapan tenaga kerja; sinkronisasi dengan kebijakan terkait; serta tujuan pembangunan yang berkelanjutan.

Prinsip-prinsip dasar penetapan kebijakan pemberian fasilitas, kemudahan dan/atau insentif penanaman modal adalah efisiensi administrasi, efektif, sederhana, transparan, keadilan, perhitungan dampak ekonomi (analisis keuntungan dan kerugian), serta adanya jangka waktu.

Penetapan pemberian fasilitas, kemudahan dan/atau insentif penanaman modal diberikan berdasarkan kriteria pertimbangan bidang usaha antara lain: kegiatan penanaman modal yang melakukan industri pionir; kegiatan penanaman modal yang termasuk skala prioritas tinggi; kegiatan penanaman modal yang menyerap banyak tenaga kerja; kegiatan penanaman modal yang melakukan pembangunan infrastruktur; kegiatan penanaman modal yang melakukan alih teknologi; kegiatan penanaman modal yang berada di daerah terpencil, daerah tertinggal, daerah perbatasan, atau daerah lain yang dianggap perlu; kegiatan penanaman modal yang menjaga kelestarian lingkungan hidup; kegiatan penanaman modal yang melaksanakan kegiatan penelitian, pengembangan, dan inovasi; kegiatan penanaman modal yang bermitra dengan UMKMK; serta kegiatan penanaman modal yang menggunakan barang modal dalam negeri. Selain itu, dalam penetapan pemberian fasilitas, kemudahan dan/atau insentif penanaman modal juga mempertimbangkan kriteria klasifikasi wilayah, antara lain: kegiatan penanaman modal yang berlokasi di wilayah maju, wilayah berkembang, dan wilayah tertinggal. Pertimbangan ini diperlukan untuk lebih mendorong para penanam modal melakukan kegiatan usahanya di wilayah sedang berkembang dan wilayah tertinggal sehingga tercipta persebaran dan pemerataan penanaman modal di selu-

PRENADAMEDIA GROUP

ruh Indonesia. Pemberian fasilitas, kemudahan dan/atau insentif penanaman modal kepada penanam modal di wilayah tertinggal dan wilayah berkembang harus lebih besar dibanding wilayah maju. Untuk pengklasifikasian wilayah dapat didasarkan pada pembuatan kelompok (kategori) berdasarkan indeks komposit yang dihitung menggunakan Produk Domestik Regional Bruto (PDRB) perkapita yang dikombinasikan dengan ketersediaan infrastruktur ataupun jumlah penduduk miskin.

g. Promosi Penanaman Modal

1) Penguatan citra (*image building*) sebagai negara tujuan penanaman modal yang menarik dengan mengimplementasikan kebijakan pro penanaman modal dan menyusun rencana tindak penguatan citra (*image building)* penanaman modal.
2) Pengembangan strategi promosi yang lebih fokus (*targeted promotion),* terarah, dan inovatif.
3) Pelaksanaan kegiatan promosi dalam rangka pencapaian target penanaman modal yang telah ditetapkan.
4) Peningkatan peran koordinasi promosi penanaman modal dengan seluruh kementerian/lembaga terkait di pusat dan daerah.
5) Penguatan peran fasilitas hasil kegiatan promosi secara proaktif untuk mentransformasikan minat penanaman modal menjadi realisasi penanaman modal.

Adapun *roadmap* implementasi RUPM terdiri dari empat fase, yaitu:

1) Fase pengembangan penanaman modal yang relatif mudah dan cepat menghasilkan;
2) Fase percepatan pembangunan infrastruktur dan energi;
3) Fase pengembangan industri skala besar; dan
4) Fase pengembangan ekonomi berbasis pengetahuan.

Dalam rangka pelaksanaan kebijakan penanaman modal, rencana umum penanaman modal (provinsi, kabupaten/kota, kementerian/lembaga pemerintah nonkementerian dan pemerintah daerah) memberikan fasilitas, kemudahan, dan/atau insentif penanaman modal sesuai ketentuan peraturan perundang-undangan. Pemberian fasilitas, kemudahan, dan/atau insentif tersebut mengacu pada arah kebijakan pemberian fasilitas, kemudahan, dan/atau insentif. Pemberian fasilitas, kemudahan dan/atau insentif dievaluasi secara berkala oleh Badan Koordinasi Penanaman Modal dengan melibatkan Kementerian/Lembaga Pemerintah

PRENADAMEDIA GROUP

NonKementerian dan Pemerintah Daerah terkait. Hasil evaluasi disampaikan oleh Kepala Badan Koordinasi Penanaman Modal kepada Menteri Koordinator Bidang Perekonomian untuk dibahas dengan Menteri/Kepala Lembaga Pemerintah NonKementerian, Gubernur, dan Bupati/Walikota terkait. Hasil pembahasan tersebut ditindaklanjuti oleh Menteri/Kepala Lembaga Pemerintah NonKementerian, Gubernur, dan Bupati/Walikota terkait sesuai kesepakatan dalam pembahasan.

PRENADAMEDIA GROUP

PRENADAMEDIA GROUP

5

BENTUK USAHA DAN KERJA SAMA DI BIDANG PENANAMAN MODAL

A BENTUK USAHA

Pasal 5 UU 25/2007 menetapkan bahwa PMDN dapat dilakukan dalam bentuk badan usaha yang berbentuk badan hukum, tidak berbadan hukum, atau usaha perseorangan. Bentuk badan usaha yang berbadan hukum antara lain koperasi (telah diatur dalam Undang-Undang Nomor 25 Tahun 1992 tentang Perkoperasian yang diganti dengan Undang-Undang Nomor 17 Tahun 2012 tentang Perkoperasian), perseroan terbatas/PT (telah diatur dalam Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas). Adapun badan usaha yang tidak berbadan hukum antara lain firma dan CV (*commanditaire vennootschap*) yang diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Dagang (KUHD) Pasal 15 sampai dengan Pasal 35 dan *Maatschap* atau Persekutuan Perdata sebagai bentuk badan yang paling dasar diatur dalam Pasal 1618 sampai dengan 1652 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Perdata). Menurut Pasal 16 KUHD, firma adalah tiap-tap perserikatan yang didirikan untuk menjalankan perusahaan di bawah satu nama bersama. Di dalam firma, tiap-tiap sekutu berhak untuk bertindak melakukan pengurusan (Pasal 17 ayat [1] KUHD) dan tiap-tiap sekutu secara tanggung renteng dan penuh bertanggung jawab atas segala perikatan dan kerugian firma (Pasal 18 KUHD). Perseroan Komanditer (CV) adalah perseroan yang di dalamnya terdiri dari dua pihak, yaitu satu pihak yang memasukkan modal (sekutu pasif/pesero komanditer) dan pihak yang melakukan pengurusan (sekutu aktif/pesero firma) berdasarkan Pasal 19 ayat (2) KUHD. Sekutu

PRENADAMEDIA GROUP

pasif bertanggung gugat sebatas modal yang disetorkan (Pasal 20 ayat [2] KUHD) dan dilarang melakukan tindakan kepengurusan, sedangkan sekutu aktif mempunyai tanggung jawab renteng dan penuh sampai harta kekayaan pribadi. Adapun yang dimaksud dengan persekutuan (*maatschaap*) adalah suatu perjanjian di mana dua orang atau lebih mengikatkan diri untuk memasukkan sesuatu dalam persekutuan, dengan maksud untuk membagi keuntungan yang terjadi karenanya (Pasal 1618 KUH Perdata). Masing-masing sekutu pada *maatschaap* diwajibkan untuk memasukkan uang, barang-barang lain, ataupun keterampilan/keahliannya ke dalam persekutuan tersebut (Pasal 1619 ayat [2] KUH Perdata).

Untuk penanaman modal asing, bentuk usahanya wajib dalam bentuk perseroan terbatas berdasarkan hukum Indonesia dan berkedudukan di dalam wilayah negara Indonesia, kecuali ditentukan lain oleh Undang-Undang (Pasal 5 ayat [2] UU 25/2007).[230] Hal yang sama juga diatur di dalam Pasal 1 Peraturan Pemerintah Nomor 20 Tahun 1994 tentang Pemilikan Saham dalam Perusahaan yang Didirikan dalam Rangka Penanaman Modal Asing (selanjutnya disebut PP 20/1994) yang menyebutkan bahwa penanaman modal asing dalam rangka mendirikan perusahaan penanaman modal asing yang berbentuk Perseroan Terbatas menurut Hukum Indonesia dan berkedudukan di Indonesia. Namun, kewajiban bagi PMA untuk berbentuk PT menjadi rancu ketika melihat aturan di dalam Pasal 20 UU 25/2007 bahwa: fasilitas sebagaimana dimaksud dalam Pasal 18 UU 25/2007 tidak berlaku bagi penanaman modal asing yang tidak berbentuk perseroan terbatas. Dari bunyi redaksi Pasal 20 UU 25/2007 tersebut dapat menimbulkan multitafsir antara lain bahwa ada kemungkinan PMA dapat berbentuk non-PT. Apabila tidak berbentuk non-PT, maka PMA tersebut tidak akan mendapatkan fasilitas penanaman modal yang disediakan pemerintah. Oleh karena itu, dalam aplikasi penanaman modal, ada pilihan bahwa PMA mengajukan aplikasi PMA fasilitas dan nonfasilitas.[231]

Dengan berbentuk PT, PMA, maupun PMDN dapat diakui sebagai badan hukum yang dapat melakukan perbuatan hukum karena dianggap sebagai subjek hukum. PT diakui sebagai badan hukum sebagaimana di-

[230] Ketentuan yang sama dapat dilihat dalam Pasal 3 ayat (1) UU 1/1967 (sudah tidak berlaku) yang mengatur bahwa yang dijalankan untuk seluruhnya atau bagian terbesar di Indonesia sebagai kesatuan perusahaan tersendiri harus berbentuk Badan Hukum menurut Hukum Indonesia dan berkedudukan di Indonesia.

[231] Lihat prosedur dan tahapan investasi di *website* BKPM, http://www.bkpm.go.id/id/prosedur-investasi.

PRENADAMEDIA GROUP

atur di dalam Pasal 1 angka 1 UU 40/2007 yang menyebutkan bahwa:

> Perseroan Terbatas, yang selanjutnya disebut perseroan, adalah badan hukum yang merupakan persekutuan modal, didirikan berdasarkan perjanjian, melakukan kegiatan usaha dengan modal dasar yang seluruhnya terbagi dalam saham dan memenuhi persyaratan yang ditetapkan dalam undang-undang ini serta peraturan pelaksanaannya.

Pengakuan PT sebagai badan hukum juga dapat dilihat di dalam Peraturan Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia Nomor M.HH-02. AH.01.01 Tahun 2009 tentang Tata Cara Pengajuan Permohonan Pengesahan Badan Hukum Perseroan, Persetujuan Perubahan Anggaran Dasar, Penyampaian Pemberitahuan Perubahan Anggaran Dasar dan Perubahan Data Perseroan.

> Perseroan Terbatas yang selanjutnya disebut Perseroan adalah badan hukum yang merupakan persekutuan modal, didirikan berdasarkan perjanjian, melakukan kegiatan usaha dengan modal dasar yang seluruhnya terbagi dalam saham dan memenuhi persyaratan yang ditetapkan dalam Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 Tentang Perseroan Terbatas serta peraturan pelaksanaannya.[232]

Badan hukum (*legal entity*) menurut *Black Law Dictionary* adalah *a body, other than a natural person, that can function legally, sue or be sued, and make a decisions through agents*.[233] Menurut Daniel Zimmer, badan hukum atau *legal person*: "*…. legal person means therefore to be subject of rights and duties capable of owning real property, entering into contracts, and suing and being such in its own name separate and distinct from its shareholders*.[234] Peter Marzuki menyebutkan tentang karakteristik badan hukum yaitu didirikan oleh orang, mempunyai kekayaan sendiri yang terpisah dari kekayaan pendiri dan pengurusnya, serta mempunyai hak dan kewajiban terlepas dari hak dan kewajiban pendiri atau pengurusnya.[235] Adapun menurut Rochmat Soemitro, badan hukum adalah suatu badan yang dapat mempunyai harta kekayaan, hak, serta kewajiban seperti

[232] Pasal 1 Angka 1 Peraturan Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia Nomor M.HH-02. AH.01.01 Tahun 2009.

[233] Bryan A. Garner (ed.), *Op. cit.,* h. 976.

[234] Daniel Zimmer. 2005. Legal Personality. Dalam Elle Gepken-Jager (ed.), *VOC 1602-2002 400 Years of Company Law.* Nijmegen: Kluwer Legal Publishing, h. 267–269.

[235] Peter Mahmud Marzuki. 2008. *Pengantar Ilmu Hukum.* Jakarta: Kencana Prenada Media Group, h. 243.

orang-orang pribadi.[236]

Apabila PMA maupun PMDN memilih bentuk PT, maka terlebih dahulu harus melakukan pendirian PT dengan membuat akta pendirian di hadapan notaris. Selanjutnya, agar dapat diakui sebagai badan hukum maka PT yang telah didirikan tersebut harus memenuhi syarat materiel dan syarat formal. Menurut H.M.N. Purwosutjipto, suatu badan hukum disebut sebagai badan hukum apabila dipenuhi tiga syarat materiel, yaitu:[237]

a. adanya harta kekayaan terpisah (hak-hak) dengan tujuan tertentu terpisah dengan kekayaan pribadi antara anggota atau sekutu atau pemegang saham dan badan yang bersangkutan. Tegasnya ada pemisahan kekayaan antara kekayaan badan atau perusahaan dan kekayaan pribadi para anggota atau sekutu atau pemegang sahamnya;
b. ada kepentingan yang menjadi tujuan badan yang bersangkutan;
c. adanya beberapa orang yang menjadi pengurus badan tersebut.

Adapun syarat formal yang harus dipenuhi oleh PT berupa pengakuan dari negara atau undang-undang yang menyatakan PT yang bersangkutan adalah badan hukum dengan cara mengajukan permohonan pengesahan badan hukum ke Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia.[238] Perseroan memperoleh status badan hukum pada tanggal diterbitkannya keputusan Menteri Hukum dan Hak Asasi Manusia.[239] Untuk memperoleh keputusan menteri mengenai pengesahan badan hukum perseroan, pendiri bersama-sama mengajukan permohonan melalui jasa teknologi informasi sistem administrasi badan hukum secara elektronik kepada menteri dengan mengisi format isian yang memuat sekurang-kurangnya: (a) nama dan tempat kedudukan perseroan; (b) jangka waktu berdirinya perseroan; (c) maksud dan tujuan serta kegiatan usaha perseroan; (d) jumlah modal dasar, modal ditempatkan, dan modal disetor; dan (e) alamat lengkap perseroan.[240]

Apabila PT telah memperoleh status badan hukum, maka PT secara penuh dapat melakukan perbuatan hukum[241] seperti halnya manusia. Da-

[236] Rochmat Soemitro, 1993, *Hukum Perseroan Terbatas, Yayasan dan Wakaf,* Bandung: PT Eresco, h. 10.

[237] H.M.N. Purwosutjipto, 1982, *Pengertian Pokok Hukum Dagang Indonesia,* Jakarta: Djambatan, h. 46.

[238] Pasal 9 ayat (1) UU 40/2007.

[239] Pasal 7 ayat (4) UU 40/2007.

[240] Pasal 9 ayat (1) UU 40/2007.

[241] Perbuatan hukum atau tindakan hukum adalah tindakan yang diatur oleh hukum yang meliputi:

lam hal perbuatan hukum dilakukan sebelum PT berbadan hukum, perbuatan tersebut tidak mengikat PT dan menjadi tanggung jawab pendiri atau direksi/komisaris yang melakukan perbuatan hukum tersebut.[242] Perbuatan yang dilakukan sebelum PT menjadi badan hukum hanya mengikat dan menjadi tanggung jawab PT setelah PT menjadi badan hukum[243] dan mendapat persetujuan Rapat Umum Pemegang Saham.[244] Hal ini diatur dalam Pasal 14 UU 40/2007:

1. Perbuatan hukum atas nama perseroan yang belum memperoleh status badan hukum, hanya boleh dilakukan oleh semua anggota direksi bersama-sama semua pendiri serta semua anggota dewan komisaris perseroan dan mereka semua bertanggung jawab secara tanggung renteng atas perbuatan hukum tersebut.
2. Dalam hal perbuatan hukum sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan oleh pendiri atas nama perseroan yang belum memperoleh status badan hukum, perbuatan hukum tersebut menjadi tanggung jawab pendiri yang bersangkutan dan tidak mengikat perseroan.
3. Perbuatan hukum sebagaimana dimaksud pada ayat (1), karena hukum menjadi tanggung jawab perseroan setelah perseroan menjadi badan hukum.
4. Perbuatan hukum sebagaimana dimaksud pada ayat (2) hanya mengikat dan menjadi tanggung jawab perseroan setelah perbuatan hukum tersebut disetujui oleh semua pemegang saham dalam RUPS yang dihadiri oleh semua pemegang saham perseroan.

Dengan memilih PT sebagai bentuk usahanya maka keuntungan yang dapat diperoleh adalah:

1. Pertanggungjawabannya yang terbatas sehingga pertanggungjawaban yang hanya dapat dibebankan kepada harta kekayaan PT.
2. Sifat mobilitas dari hak penyertaan/saham.
3. Prinsip kepengurusan oleh suatu organ dengan fungsi dan tugas ma-

a. tindakan menurut hukum misalnya jual beli, membuat testamen, dan lain lain;
b. tindakan yang dilarang dan diancam pidana oleh undang undang, misalanya jual beli narkoba, penyelundupan, dan lain lain;
c. tindakan yang melanggar hukum, misalnya perbuatan merugikan orang lain, persaingan curang, dan lain lain;
d. tindakan karena tidak memenuhi kewajiban yang disebut dengan wanprestasi (*default)*, misalnya tidak membayar utang, tidak menyerahkan barang yang telah dijual kepada pembeli, dan lain lain.

Lihat: Peter Mahmud Marzuki, *Op. cit.,* h. 247.

[242] Pasal 14 ayat (1) dan ayat (2) UU 40/2007.

[243] Pasal 14 ayat (3) UU 40/2007.

[244] Pasal 14 ayat (4) UU 40/2007.

sing-masing, sehingga lebih profesional pengelolaannya.

Hal ini dikarenakan PT memiliki beberapa ciri substantif, yaitu

1. Terbatasnya tanggung jawab, yaitu tanggung jawab pemegang saham hanya sebatas jumlah maksimum nominal saham yang dikuasai dan tidak sampai pada harta kekayaan pribadi.
2. *Perpetual succession,* artinya perubahan anggotanya tidak memiliki akibat atas status atau eksistensi PT Pengalihan saham oleh pemegang saham juga tidak memengaruhi kelangsungan hidup atau eksistensi PT yang bersangkutan, termasuk bagi PT *go public* sahamnya yang tercatat di Bursa Efek, terdapat kebebasan pemegang saham untuk mengalihkan saham tanpa memengaruhi eksistensi PT.
3. Memiliki kekayaan sendiri, yang mengandung arti bahwa semua kekayaan PT dimiliki oleh PT itu, bukan oleh pendiri atau pemegang saham kekayaan tersebut terpisah dari kekayaan dan kepemilikan pendiri atau pemegang saham. Kekayaan tersebut tidak didasarkan pada pendiri atau pemegang saham.
4. Memiliki kewenangan kontraktual serta dapat menuntut dan dapat dituntut atas nama dirinya sendiri.[245]

Apabila penanaman modal (baik PMA maupun PMDN) memilih PT sebagai bentuk usahanya, maka dapat dilakukan dengan:

1. Mengambil bagian saham pada saat pendirian perseroan terbatas;
2. Membeli saham;
3. Melakukan cara lain sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.[246]

B. BENTUK KERJA SAMA

Dalam melakukan kegiatan penanaman modal, dapat dilakukan dalam dua pola, yaitu: (1) secara langsung, yaitu seluruh modal dipegang oleh investor asing atau investor dalam negeri saja; dan (2) patungan atau kerja sama, yaitu modal yang dimasukkan dalam perusahaan merupakan modal investor asing dengan investor dalam negeri.[247] Apabila memilih bentuk kerja sama/patungan, menurut Sornarajah bentuk kerja sama yang utama khususnya untuk PMA berupa *joint venture* atau *produc-*

[245] Ridwan Khairandy, 2003, *Itikad Baik dalam Kebebasan Berkontrak,* Jakarta: FH UI, h. 11.
[246] Pasal 5 ayat (3) UU 25/2007.
[247] Pasal 1 dan Pasal 23 UU 1/1967 (sudah tidak berlaku) dan Pasal 2 ayat (1) PP 20/1994).

PRENADAMEDIA GROUP

tion sharing agreement.[248] *Joint venture* adalah kerja sama antara dua atau lebih kegiatan usaha untuk mencapai tujuan bisnis tertentu atau berpartisipasi pada proyek baru dengan menggunakan teknologi atau sumber daya yang dimiliki para pihak.[249] Sornarajah menyatakan bahwa: "*The joint venture is a collaborative arrangement between two or more businesses to achieve a particular objective or to participate in another fresh project which may be more successfully pursued as a result of their pooling of resources or technology.*"[250] *Joint venture* terdiri dari *partnership joint venture* dan *corporate join venture. Partnership joint venture* merupakan kerja sama yang dibentuk secara khusus untuk proyek tertentu, sedangkan *corporate joint venture* merupakan kerja sama di mana para pihak sepakat untuk menggabungkan diri atau membentuk perusahaan untuk melaksanakan kegiatan dan tujuan bisnis mereka.[251] *Joint venture* dapat dituangkan dalam bentuk kontrak, kerja sama atau PT.[252] Adapun bidang kerja sama dalam *joint venture* dapat berupa kerja sama di bidang komersial, perdagangan, keuangan atau aktivitas teknik atau teknologi.[253]

Production sharing agreement (PSA) merupakan bentuk kerja sama di bidang industri minyak dan gas bumi. PSA merupakan kerja sama perusahaan asing yang diberi izin untuk melakukan eksplorasi dan eksploitasi di wilayah tertentu dengan ketentuan bahwa apabila minyak atau gas bumi berhasil ditemukan dan perusahaan asing tersebut mulai mengeksploitasi dan mengekstraksi minyak, perusahaan asing tersebut akan diberi persentase tertentu atas minyak tersebut untuk mengembalikan pengeluaran selama eksploitasi serta untuk jaminan perolehan keuntungan.[254] Kepemilikan atas minyak tetap pada *host state,* tetapi tetap menjamin hak perusahaan asing dengan membuat perjanjian bagi hasil produksi. Dengan mengakui hak negara atas kepemilikan minyak atau gas bumi, PSA merefleksikan prinsip *permanent sovereignty over natural resources* yang didasarkan pada konsep bahwa kepemilikan minyak atau gas bumi selalu ada pada negara dan negara memiliki hak untuk menjualnya atau memberi izin pihak lain mengeksplorasi dan mengeksploitasinya. Hal ini menunjukkan bahwa PSA merefleksikan prinsip kedaulatan negara atas

[248] M. Sornarajah, *Op. cit.,* h. 132.
[249] *Ibid.,* h. 133.
[250] *Ibid.*
[251] *Ibid.*
[252] Peter T. Muchlinski, *Op. cit.,* h. 67.
[253] *Ibid.,* h. 66.
[254] M. Sornarajah, *Op. cit.,* h. 134–135.

sumber daya alam (*permanent sovereignty over natural resources)*.[255] Sebelum PSA diterapkan, ada model *concession agreement* (perjanjian konsesi) yang umumnya dilakukan di negara pengekspor minyak. Perjanjian konsesi ini menunjukkan peran pasif dari *host state*, yang hanya menerima royalti atas minyak yang diekspor dan perusahaan minyak lebih mempunyai kekuasaan yang lebih besar atas minyak. Perjanjian konsesi saat ini sudah tidak digunakan lagi karena negara penghasil minyak berusaha untuk memiliki kontrol dan kekuatan yang lebih besar pada industri minyak. Perjanjian konsesi kemudian diganti dengan PSA yang kekuasaan atas minyak berubah dari perusahaan minyak beralih kepada negara penghasil minyak.

Bentuk kerja sama yang lain menurut Peter T. Muchlinski dapat berupa kerja sama distribusi (*distribution agreement),* kerja sama publik/negara dengan privat/swasta (*public private partnership)*, kerja sama produksi (*production agreement),* atau kerja sama informal di antara perusahaan multinasional (*informal alliance between MNEs*).[256] Kerja sama distribusi merupakan bentuk kerja sama yang paling sederhana karena produsen di negara asal mengadakan perjanjian distribusi dengan distributor di *host state.*[257] Dalam kerja sama distribusi ini, bisa juga diperjanjikan bahwa distributor diwajibkan membeli produk dari produsen dan dengan upaya terbaiknya menjual produk tersebut. Bentuk kerja sama distribusi seperti ini memerlukan adanya transfer *know how* dan merek dagang untuk menjaga kualitas dan identitas produk. Kerja sama distribusi seperti ini mirip dengan waralaba distribusi (*distribution franchise)* yaitu kerja sama antara produser di negara asal (*franchisor)* yang mengalihkan format bisnis lengkap termasuk hak kekayaan intelektual dan *know how* kepada distributor lokal (*franchisee*) yang berkewajiban memberikan kontribusi modal (*capital contribution)* untuk membuka outlet di *host state*.[258] Dalam *distribution franchise,* pengawasan oleh *franchisor* kepada *franchisee* lebih besar daripada kerja sama distribusi yang biasa.

Kerja sama produksi (*production agreement)* dilakukan oleh produser di negara asal yang memberikan lisensi kepada perusahaan lokal untuk memproduksi produk di *host state*.[259] Dalam kerja sama ini diperlukan transfer atas teknologi dan *know how* kepada perusahaan lokal agar kuali-

[255] *Ibid.,* h. 134.
[256] Peter T. Muchlinski, *Op. cit.,* h. 63–70.
[257] *Ibid.,* h. 53.
[258] *Ibid.*
[259] *Ibid.,* h. 54.

tas produk yang dihasilkan perusahaan lokal sama dengan produk produser. Kerja sama produksi ini bisa diperluas menjadi kerja sama waralaba (*franchise)* karena adanya kontribusi modal yang diberikan oleh perusahaan lokal diikuti dengan pengalihan teknologi dan format bisnis yang dikontrol ketat oleh produser pemberi lisensi.

Kerja sama informal (*Informal Alliances between MNEs*) adalah kerja sama yang dibentuk untuk tujuan bisnis atau komersial tertentu yang tidak membutuhkan integrasi tingkat tinggi antara para pihak, dengan risiko lebih sedikit dan tanggung gugat yang lebih minim.[260] Kerja sama ini pada umumnya pada sektor yang umum seperti distribusi, penentuan harga, produk, strategi keuangan, tender/lelang, penawaran, R&D, dan lain sebagainya.

Kerja sama publik privat (*public private partnership*) dilakukan antara negara dan pihak swasta dengan memberikan konsesi kepada perusahaan kontraktor swasta untuk selama periode tertentu atas kepemilikan pada sektor publik atau privat di *host state*.[261] Menurut Veronica Vecchi *et. al.* "*public private partnership is a cooperation of some sort of durability between public and private actors in which they jointly develop products and services, even according to co-production modes, and share risks, costs, and resources that are connected with these products*."[262]

Pada kerja sama ini, umumnya pihak swasta akan menjamin keuangan, modal, teknologi, dan *know how*, sedangkan partner lokal atau publik biasanya menyediakan tenaga kerja dan infrastruktur pendukung yang diperlukan dalam proyek kerja sama. Umumnya kerja sama ini digunakan untuk pembangunan proyek infrastruktur di negara berkembang, pembiayaan proyek global oleh Bank Dunia atau lembaga intra pemerintah. Manfaat utama dari kerja sama ini adalah negara tetap memegang pengawasan strategis atas proyek, dan memperoleh aset pada akhir kontrak, di satu sisi pembangunan proyek tetap dapat dilakukan dengan mendatangkan modal swasta untuk pembiayaan proyek tersebut. Secara umum, *Public Prive Partnership* ini bisa dalam bentuk *Build Own Operate* (BOO), *Build Own Transfer* (BOT) atau *Build Own Operate and Transfer* (BOO).[263] Menurut Ana I. Irimia-Diéguez dan Dolores Oliver-Alfonso, skema *Public Private Partnership* antara lain:[264]

---

[260] *Ibid.,* h. 69.
[261] *Ibid.,* h. 55.
[262] Veronica Vecchi, *et. al., Op. cit.,* h. 1.
[263] *Ibid.*
[264] Ana I. Irimia-Diéguez dan Dolores Oliver-Alfonso, 2012, "*Models of Public-Private Par-*

1. *Build and Operate* (BO) di mana pihak swasta membiayai, membangun, dan mengelola tanpa ada batasan waktu dan pihak pemerintah hanya melakukan kontrol saja.
2. BOT (*Build, Operate, and Transfer*) yaitu konsesi kepada pihak swasta untuk membangun dan mengoperasikan yang terbatas jangka waktunya.
3. BTO (*Build, Transfer, and Operate)* yaitu model di mana kepemilikan atas aset proyek menjadi milik publik atau pemerintah sebelum operasional proyek, sejak konstruksi pembangunan selesai pihak swasta menyewa proyek atau fasilitas tersebut.
4. BBO (*Buy, Build, and Operate*) yaitu model yang cocok untuk pembangunan infrastruktur yang rusak di mana pihak swasta membeli infrastruktur publik tersebut dan pengelolaannya, yang meliputi pembangunan perbaikan atau perluasannya.
5. LDO (*Lease, Develop, and Operate*) yaitu pihak swasta menyewa aset tertentu milik pemerintah dan mengelola perbaikannya selama dalam kurun waktu konsesi.
6. WAA (*Wraparound Addition*) yaitu pihak swasta memperluas kepemilikan secara publik dan mengoperasikan infrastruktur tersebut. Pengelolaan dilakukan pada infrastruktur utama atau bagian tambahannya dan ketika pengoperasiannya selesai, kepemilikan dibagi antara pemerintah dan swasta.

Adapun di sektor jasa, *Public Private Partnership* dikemas antara lain dalam model *Design-Build-Finance-Operate* (DBFO) atau *the Design-Build-Operate* (DBO). *Design-Build-Finance-Operate* (DBFO) adalah model yang paling umum dari *public private partnership* yang melibatkan empat aktivitas utama, yaitu merancang, membangun, membiayai, dan mengoperasikan dalam satu pihak. Sementara varian yang lain adalah model *Design-Build-Operate* (DBO) yaitu publik sektor atau pemerintah menyediakan dana untuk merancang dan membangun fasilitas, dan kemudian penyewa dari pihak swasta akan menyewa untuk mengoperasikan fasilitas tersebut.

Di Indonesia, *public private partnership* secara normatif mulai diatur khususnya di sektor infrastruktur. Di dalam Peraturan Presiden Nomor 67 Tahun 2005 tentang Kerja sama Pemerintah dengan Badan Usaha dalam Penyediaan Infrastruktur (selanjutnya disebut Perpres 67/2005)

tnerships in Megaprojects: the Spanish Case", Organization Technology and Management Construction International Journal, 4 (3): 611–612.

disebutkan bahwa ketersediaan infrastruktur yang memadai dan berkesinambungan merupakan kebutuhan mendesak untuk mendukung pelaksanaan pembangunan nasional dalam rangka meningkatkan perekonomian dan kesejahteraan masyarakat, serta untuk meningkatkan daya saing Indonesia secara global. Untuk mempercepat pembangunan infrastruktur, dipandang perlu mengambil langkah-langkah yang komprehensif guna menciptakan iklim investasi untuk mendorong keikutsertaan badan usaha dalam penyediaan infrastruktur berdasarkan prinsip usaha secara sehat.

Menurut Pasal 3 Perpres 67/2005 disebutkan bahwa tujuan dilakukan kerja sama antara pemerintah dan badan usaha swasta adalah:

1. Mencukupi kebutuhan pendanaan secara berkelanjutan dalam penyediaan infrastruktur melalui pengerahan dana swasta.
2. Meningkatkan kuantitas, kualitas, dan efisiensi pelayanan melalui persaingan sehat.
3. Meningkatkan kualitas pengelolaan dan pemeliharaan dalam penyediaan infrastruktur.
4. Mendorong prinsip pengguna membayar pelayanan yang diterima, atau dalam hal-hal tertentu mempertimbangkan kemampuan membayar pengguna.

Bentuk kerja sama dalam skema *public private partnership* menurut Pasal 5 ayat (1) Perpres 67/2005 dapat dilaksanakan melalui:

1. Perjanjian kerja sama; atau
2. Izin pengusahaan.

Dalam melaksanakan kerja sama tersebut, terdapat beberapa prinsip yang harus diperhatikan. Menurut Pasal 6 Perpres 67/2005, kerja sama antara pemerintah dan swasta harus dilaksanakan berdasarkan prinsip:

1. Adil, berarti seluruh badan usaha yang ikut serta dalam proses pengadaan harus memperoleh perlakuan yang sama.
2. Terbuka berarti seluruh proses pengadaan bersifat terbuka bagi badan usaha yang memenuhi kualifikasi yang dipersyaratkan.
3. Transparan, berarti semua ketentuan dan informasi yang berkaitan dengan penyediaan infrastruktur termasuk syarat teknis administrasi pemilihan, tata cara evaluasi, dan penetapan badan usaha bersifat terbuka bagi seluruh badan usaha serta masyarakat umumnya.
4. Bersaing, berarti pemilihan badan usaha melalui proses pelelangan.
5. Bertanggung-gugat, berarti hasil pemilihan badan usaha harus dapat dipertanggungjawabkan.

PRENADAMEDIA GROUP

6. Saling menguntungkan, berarti kemitraan dengan badan usaha dalam penyediaan infrastruktur dilakukan berdasarkan ketentuan dan persyaratan yang seimbang sehingga memberi keuntungan bagi kedua belah pihak dan masyarakat dengan memperhitungkan kebutuhan dasar masyarakat.
7. Saling membutuhkan, berarti kemitraan dengan badan usaha dalam penyediaan infrastruktur dilakukan berdasarkan ketentuan dan persyaratan yang mempertimbangkan kebutuhan kedua belah pihak.
8. Saling mendukung, berarti kemitraan dengan badan usaha dalam penyediaan infrastruktur dilakukan dengan semangat saling mengisi dari kedua belah pihak.

Selanjutnya, Pasal 4 Perpres 67/2005 mengatur jenis kerja sama *Public Private Partnership* di bidang infrastruktur tersebut yang dapat mencakup:

1. Infrastruktur transportasi, meliputi pelabuhan laut, sungai atau danau, bandar udara, jaringan rel dan stasiun kereta api;
2. Infrastruktur jalan, meliputi jalan tol dan jembatan tol;
3. Infrastruktur pengairan, meliputi saluran pembawa air baku;
4. Infrastruktur air minum yang meliputi bangunan pengambilan air baku, jaringan transmisi, jaringan distribusi, instalasi pengolahan air minum;
5. Infrastruktur air limbah yang meliputi instalasi pengolah air limbah, jaringan pengumpul dan jaringan utama, dan sarana persampahan yang meliputi pengangkut dan tempat pembuangan;
6. Infrastruktur telekomunikasi, meliputi jaringan telekomunikasi;
7. Infrastruktur ketenagalistrikan, meliputi pembangkit, transmisi atau distribusi tenaga listrik; dan
8. Infrastruktur minyak dan gas bumi meliputi pengolahan, penyimpanan, pengangkutan, transmisi, atau distribusi minyak dan gas bumi.

PRENADAMEDIA GROUP

6

BIDANG USAHA UNTUK KEGIATAN INVESTASI

A. PENETAPAN BIDANG USAHA

Bidang usaha adalah segala bentuk kegiatan usaha yang dilakukan untuk memproduksi barang atau jasa pada sektor-sektor ekonomi.[265] Menurut Pasal 12 ayat (1) UU 25/2007 pada prinsipnya semua bidang usaha atau jenis usaha terbuka bagi kegiatan penanaman modal, kecuali bidang usaha atau jenis usaha yang dinyatakan tertutup dan terbuka dengan persyaratan. Bidang usaha atau jenis usaha yang tertutup dan yang terbuka dengan persyaratan ditetapkan melalui peraturan presiden disusun dalam suatu daftar yang berdasarkan standar klasifikasi tentang bidang usaha atau jenis usaha yang berlaku di Indonesia, yaitu klasifikasi berdasarkan Klasifikasi Baku Lapangan Usaha Indonesia (KBLI) dan/atau *International Standard for Industrial Classification* (ISIC). Selanjutnya, menurut Pasal 12 ayat (4) UU 25/2007 diatur bahwa penetapan kriteria dan persyaratan bidang usaha yang tertutup dan yang terbuka dengan persyaratan serta daftar bidang usaha yang tertutup dan yang terbuka dengan persyaratan masing-masing akan diatur dengan peraturan presiden. Peraturan presiden yang dimaksud adalah Peraturan Presiden Nomor 76 Tahun 2007 tentang Kriteria dan Persyaratan Penyusunan Bidang Usaha yang Tertutup dan Bidang Usaha yang Terbuka dengan Persyaratan di Bidang Penanaman Modal (selanjutnya disebut Perpres 76/2007). Sama seperti Pasal 2 ayat (1) UU 25/2007, Pasal 2 ayat (1) Perpres 76/2007

[265] Pasal 1 angka 1 Perpres 44/2016.

PRENADAMEDIA GROUP

juga menyatakan bahwa semua bidang usaha atau jenis usaha terbuka bagi kegiatan penanaman modal, kecuali bidang usaha yang dinyatakan tertutup dan terbuka dengan persyaratan.

Penentuan penyusunan kriteria bidang usaha yang tertutup dan bidang usaha yang terbuka dengan persyaratan didasarkan pada pertimbangan sebagai berikut:

1. Mekanisme pasar tidak efektif dalam mencapai tujuan pembangunan nasional.
2. Kepentingan nasional tidak dapat dilindungi dengan lebih baik melalui instrumen kebijakan lain.
3. Mekanisme bidang usaha yang tertutup dan terbuka dengan persyaratan adalah efektif untuk melindungi kepentingan nasional.
4. Mekanisme bidang usaha yang tertutup dan terbuka dengan persyaratan adalah konsisten dengan keperluan untuk menyelesaikan masalah yang dihadapi pengusaha nasional dalam kaitan dengan penanaman modal asing dan/atau masalah yang dihadapi pengusaha kecil dalam kaitan dengan penanaman modal besar secara umum.
5. Manfaat pelaksanaan mekanisme bidang usaha yang tertutup dan terbuka dengan persyaratan melebihi biaya yang ditimbulkan bagi ekonomi Indonesia.

Tujuan penetapan penentuan kriteria dan persyaratan penyusunan bidang usaha yang tertutup dan bidang usaha yang terbuka dengan persyaratan adalah untuk:

1. Meletakkan landasan hukum yang pasti bagi penyusunan peraturan yang terkait dengan penanaman modal.
2. Menjamin transparansi dalam proses penyusunan daftar bidang usaha yang tertutup dan bidang usaha yang terbuka dengan persyaratan.
3. Memberikan pedoman dalam menyusun dan menetapkan bidang usaha tertutup dan bidang usaha yang terbuka dengan persyaratan.
4. Memberikan pedoman dalam melakukan pengkajian ulang atas daftar bidang usaha yang tertutup dan bidang usaha yang terbuka dengan persyaratan.
5. Memberikan pedoman apabila terjadi perbedaan penafsiran atas daftar bidang usaha yang tertutup dan bidang usaha yang terbuka dengan persyaratan.

Penentuan bidang usaha yang tertutup dan bidang usaha yang terbuka dengan persyaratan menggunakan prinsip-prinsip dasar sebagaimana diatur di dalam Pasal 5 dan Pasal 6 Perpres 76/2007, yaitu:

PRENADAMEDIA GROUP

1. Penyederhanaan
   Bidang usaha yang dinyatakan tertutup dan bidang usaha yang terbuka dengan persyaratan, berlaku secara nasional dan bersifat sederhana serta terbatas pada bidang usaha yang terkait dengan kepentingan nasional, sehingga merupakan bagian kecil dari keseluruhan ekonomi dan bagian kecil dari setiap sektor dalam ekonomi.
2. Kepatuhan terhadap perjanjian atau komitmen internasional
   Bahwa bidang usaha yang dinyatakan tertutup dan terbuka dengan persyaratan tidak boleh bertentangan dengan kewajiban Indonesia yang termuat dalam perjanjian atau komitmen internasional yang telah diratifikasi.
3. Transparansi
   Bahwa bidang usaha yang dinyatakan tertutup dan terbuka dengan persyaratan harus jelas, perinci, dapat diukur, dan tidak multi tafsir serta berdasarkan kriteria tertentu.
4. Kepastian hukum
   Bahwa bidang usaha yang dinyatakan tertutup dan terbuka dengan persyaratan tidak dapat diubah kecuali dengan peraturan presiden.
5. Kesatuan wilayah Indonesia sebagai pasar tunggal
   Bahwa bidang usaha yang dinyatakan tertutup dan terbuka dengan persyaratan tidak menghambat kebebasan arus barang, jasa, modal, sumber daya manusia, dan informasi di dalam wilayah kesatuan Republik Indonesia.

Penetapan bidang usaha yang tertutup dan terbuka dengan persyaratan memiliki arti penting bagi kegiatan penanaman modal karena:

1. Daftar bidang usaha yang tertutup dan daftar bidang usaha yang terbuka dengan persyaratan merupakan “rujukan” penanam modal dalam melakukan pilihan bidang usaha kegiatan penanam modal (Pasal 4 ayat [1] Perpres 76/2007).
2. Pilihan bidang usaha tersebut menjadi “persyaratan bentuk badan usaha” yang berbadan hukum bagi penanam modal, terutama bagi penanam modal asing sebelum melakukan kegiatan penanaman modal di Indonesia (Pasal 4 ayat [2] Perpres 76/2007).

Oleh karena itu, dalam menyusun bidang usaha yang tertutup dan terbuka dengan persyaratan dilakukan dengan tata cara sebagaimana berikut:

1. Daftar bidang usaha yang tertutup dan bidang usaha yang terbuka dengan persyaratan dievaluasi dan disempurnakan secara berkala se-

PRENADAMEDIA GROUP

suai dengan perkembangan ekonomi dan kepentingan nasional berdasarkan kajian, temuan, dan usulan penanam modal.
2. Penyusunan bidang usaha yang tertutup dan bidang usaha yang terbuka dengan persyaratan dikoordinasikan oleh Kementerian Koordinator Bidang Perekonomian yang kemudian ditetapkan dalam peraturan presiden.
3. Menteri atau pimpinan instansi terkait mengusulkan bidang usaha yang tertutup dan bidang usaha yang terbuka dengan persyaratan beserta alasan pendukung kepada Menteri Koordinator Bidang Perekonomian dengan menggunakan kriteria dan pertimbangan berdasar peraturan presiden ini.
4. Kementerian Koordinator Bidang Perekonomian membentuk tim untuk menilai, menyusun, mengevaluasi, dan menyempurnakan daftar bidang usaha yang tertutup dan bidang usaha yang terbuka dengan persyaratan.
5. Badan Koordinasi Penanaman Modal bertanggung jawab dalam mengoordinasikan pelaksanaan bidang usaha yang tertutup dan bidang usaha yang terbuka dengan persyaratan.

Selain mengatur "Kriteria dan Persyaratan Penyusunan Bidang Usaha yang Tertutup dan Bidang Usaha yang Terbuka dengan Persyaratan di Bidang Penanaman Modal" melalui Perpres 76/2007, pemerintah juga mengatur "Daftar Bidang Usaha yang Tertutup dan Bidang Usaha yang Terbuka dengan Persyaratan di Bidang Penanaman Modal." Sejak dikeluarkan UU 25/2007, Pemerintah telah lima kali mengeluarkan peraturan presiden untuk mengatur "Daftar Bidang Usaha yang Tertutup dan Bidang Usaha yang Terbuka dengan Persyaratan di Bidang Penanaman Modal", yaitu:

1. Peraturan Presiden Nomor 77 Tahun 2007 tentang Daftar Bidang Usaha yang Tertutup dan Bidang Usaha yang Terbuka dengan Persyaratan di Bidang Penanaman Modal (selanjutnya disebut Perpres 77/2007).
2. Peraturan Presiden Nomor 111 Tahun 2007 tentang Perubahan atas Peraturan Presiden Nomor 77 Tahun 2007 tentang Daftar Bidang Usaha yang Tertutup dan Bidang Usaha yang Terbuka dengan Persyaratan di Bidang Penanaman Modal (selanjutnya disebut Perpres 111/2007).
3. Peraturan Presiden Nomor 36 Tahun 2010 tentang Daftar Bidang Usaha yang Tertutup dan Bidang Usaha yang Terbuka dengan Per-

PRENADAMEDIA GROUP

syaratan di Bidang Penanaman Modal (selanjutnya disebut Perpres 36/2010).

4. Peraturan Presiden Nomor 39 Tahun 2014 tentang Daftar Bidang Usaha yang Tertutup dan Bidang Usaha yang Terbuka dengan Persyaratan di Bidang Penanaman Modal (selanjutnya disebut Perpres 39/2014) untuk mengganti Perpres 36/2010. Penggantian ketentuan mengenai daftar bidang usaha yang tertutup dan bidang usaha yang terbuka dengan persyaratan dari Perpres 36/2010 menjadi Perpres 39/2014 didasarkan pada pertimbangan untuk lebih meningkatkan kegiatan penanaman modal di Indonesia dan dalam rangka pelaksanaan komitmen Indonesia dalam kaitannya dengan terwujudnya *Association of Southeast Asian Nations/ASEAN Economic Community (AEC)* tahun 2015.
5. Peraturan Presiden Nomor 44 Tahun 2016 tentang Daftar Bidang Usaha yang Tertutup dan Bidang Usaha yang Terbuka dengan Persyaratan di Bidang Penanaman Modal (selanjutnya disebut Perpres 44/2016). Penggantian DNI melalui Perpres 44/2016 didasarkan untuk lebih meningkatkan kegiatan penanaman modal, baik dari dalam negeri maupun dari luar negeri untuk percepatan pembangunan dengan tetap meningkatkan perlindungan bagi usaha mikro, kecil, dan menengah, serta koperasi dan berbagai sektor strategis nasional serta meningkatkan daya saing ekonomi dalam menghadapi masyarakat ekonomi ASEAN dan dinamika globalisasi ekonomi.[266]

B. DAFTAR NEGATIF INVESTASI

Dalam rangka menarik modal dan meningkatkan pertumbuhan investasi di Indonesia, pemerintah banyak memberikan kelonggaran dan kemudahan bagi penanaman modal termasuk memilih bidang usaha yang diminati. Berkaitan dengan tujuan tersebut, pemerintah telah melakukan beberapa kali revisi dan penyederhanaan bidang usaha, baik yang dinyatakan tertutup maupun yang dinyatakan terbuka. Berkenaan dengan penetapan bidang usaha, pada awalnya setiap tahun pemerintah melalui keputusan presiden menetapkan skala prioritas bidang usaha penanaman modal melalui Daftar Skala Prioritas (DSP) yang memuat bidang usaha yang terbuka bagi penanaman modal asing sehingga di luar daftar tersebut, bidang usaha lain dinyatakan tertutup. Lama-kelamaan, DSP

[266] Lihat bagian menimbang Perpres 44/2016.

dianggap tidak efektif karena daftarnya menjadi sangat panjang sehingga dalam perkembangannya DSP diganti dengan Daftar Negatif Investasi (DNI). DNI pada intinya berisi bidang-bidang yang dinyatakan tertutup baik untuk PMA maupun PMDN, bidang usaha dengan kemitraan, bidang usaha yang boleh dilakukan dengan penguasaan penuh oleh PMA, dan bidang usaha yang hanya boleh dimasuki oleh PMDN. DNI pada dasarnya dibentuk tiap tiga tahun dengan setiap tahun dilakukan *review* untuk disesuaikan dengan perkembangan investasi.

DNI ini pada awalnya dituangkan melalui Keputusan Presiden (Keppres), tetapi kemudian dituangkan dalam Peraturan Presiden (Perpres) mengikuti hierarki yang diatur di dalam Undang-Undang 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan yang mengubah terminologi Kepres menjadi Perpres. Secara historis (dari urutan terbaru ke yang terlama), DNI yang pernah dikeluarkan oleh pemerintah antara lain:

1. Perpres 44/2016 (yang berlaku saat ini);
2. Perpres 39/2014;
3. Perpres 36/2010;
4. Perpres 76/2007 (masih berlaku);
5. Perpres 111/2007;
6. Perpres 77/2007;
7. Keputusan Presiden Nomor 118 Tahun 2000 tentang Perubahan Atas Keputusan Presiden Nomor 96 Tahun 2000 tentang Bidang Usaha yang Tertutup dan Bidang Usaha yang Terbuka dengan Persyaratan Tertentu bagi Penanaman Modal;
8. Keputusan Presiden Nomor 96 Tahun 2000 tentang Bidang Usaha yang Tertutup dan Bidang Usaha yang Terbuka dengan Persyaratan Tertentu bagi Penanaman Modal;
9. Keputusan Presiden Nomor 96 Tahun 1998 tentang Daftar Bidang Usaha yang Tertutup bagi Penanaman Modal;
10. Keputusan Presiden Nomor 31 Tahun 1995 tentang Daftar Bidang Usaha yang Tertutup bagi Penanaman Modal;
11. Keputusan Presiden Nomor 54 Tahun 1993 tentang Daftar Bidang Usaha yang Tertutup bagi Penanaman Modal;
12. Keputusan Presiden Nomor 32 Tahun 1992 tentang Daftar Bidang Usaha yang Tertutup bagi Penanaman Modal;
13. Keputusan Presiden Nomor 23 Tahun 1991 tentang Daftar Bidang Usaha yang Tertutup bagi Penanaman Modal;
14. Keputusan Presiden Nomor 21 Tahun 1989 tentang Daftar Bidang Usaha yang Tertutup bagi Penanaman Modal.

PRENADAMEDIA GROUP

C. BIDANG USAHA YANG TERTUTUP

Bidang usaha yang tertutup adalah jenis usaha tertentu yang dilarang diusahakan sebagai kegiatan penanaman modal oleh penanam modal (Pasal 2 ayat [2] Perpres 76/2007 jo. Pasal 1 ayat [3] Perpres 44/2016. Bidang usaha yang dinyatakan tertutup berlaku secara nasional di seluruh wilayah Indonesia, baik untuk kegiatan penanaman modal asing maupun untuk kegiatan penanaman modal dalam negeri (Pasal 10 Perpres 76/2007).

Menurut Pasal 12 ayat (5) UU 25/2007 jo. Pasal 8 Perpres 76/2007, penetapan bidang usaha yang tertutup untuk penanaman modal, baik asing maupun dalam negeri dilakukan dengan berdasarkan kriteria:

1. Kesehatan;
2. Moral;
3. Kebudayaan;
4. Lingkungan hidup;
5. Pertahanan dan keamanan nasional; serta
6. Kepentingan nasional lainnya.

Kriteria tersebut dapat diperinci, sebagai berikut:

1. Memelihara tatanan hidup masyarakat;
2. Melindungi keanekaragaman hayati;
3. Menjaga keseimbangan ekosistem;
4. Memelihara kelestarian hutan alam;
5. Mengawasi penggunaan bahan berbahaya beracun;
6. Menghindari pemalsuan dan mengawasi peredaran barang dan/atau jasa yang tidak direncanakan;
7. Menjaga kedaulatan negara; atau
8. Menjaga dan memelihara sumber daya terbatas.[267]

Adapun jenis bidang usaha yang dinyatakan tertutup menurut Pasal 12 ayat (2) UU 25/2007 meliputi:

1. Produksi senjata, mesiu, alat peledak, dan peralatan perang; dan
2. Bidang usaha yang secara eksplisit dinyatakan tertutup berdasarkan undang-undang.

Apabila dibandingkan dengan UU 1/1967, bidang usaha yang tertutup dibedakan menjadi dua, yaitu tertutup secara penguasaan penuh dan tertutup mutlak.

[267] Pasal 9 Perpres 76/2007.

PRENADAMEDIA GROUP

1. **Tertutup secara penguasaan penuh,** yaitu bidang-bidang usaha yang tidak boleh dimasuki oleh penanaman modal asing secara penguasaan penuh (dalam arti 100 persen modal asing) yang meliputi bidang yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak sebagaimana diatur di dalam Pasal 6 ayat (1) UU 1/1967 seperti:
   a. Pelabuhan-pelabuhan;
   b. Produksi, transmisi dan distribusi tenaga listrik untuk umum;
   c. Telekomunikasi;
   d. Pelayaran;
   e. Penerbangan;
   f. Air minum;
   g. Kereta api umum;
   h. Pembangkitan tenaga atom;
   i. Massa media.
2. **Tertutup Mutlak,** yaitu bidang-bidang yang secara mutlak dilarang sama sekali dimasuki atau diusahakan oleh penanaman modal asing, khususnya untuk bidang-bidang yang menduduki peranan penting dalam pertahanan keamanan negara seperti produksi senjata, mesin, alat-alat peledak, dan peralatan perang tertutup secara mutlak bagi penanaman modal asing sebagaimana diatur di dalam Pasal 6 ayat (2) UU 1/1967.

Selanjutnya di dalam Lampiran I Perpres 44/2016 terdapat beberapa bidang yang dinyatakan tertutup antara lain:

1. Bidang pertanian: budi daya ganja.
2. Bidang Kehutanan: penangkapan spesies ikan yang tercantum dalam appendix I *Convention on International Trade in Endangered Species of Wild Fauna and Flora* (CITES).
3. Bidang Kelautan dan Perikanan
   a. Pemanfaatan (pengambilan) koral/karang dari alam untuk bahan bangunan/kapur/kalsium dan *souvenir*/perhiasan, serta koral hidup atau koral mati (*recent death coral*) dari alam.
   b. Pengangkatan benda berharga asal muatan kapal yang tenggelam.
4. Bidang Perindustrian
   a. Industri Pembuat *Chlor* Alkali dengan proses merkuri.
   b. Industri Bahan Aktif Pestisida: *Dichloro Diphenyl Trichloroethane* (DDT), *Aldrin*, *Endrin*, *Dieldrin*, *Chlordane*, *Heptachlor*, *Mirex*, dan *Toxaphene*.

PRENADAMEDIA GROUP

c. Industri Bahan Kimia Industri: *Polychlorinated Biphenyl* (PCB), *Hexachlorobenzene*.
d. Industri Bahan Perusak Lapisan *Ozone* (BPO): *Carbon Tetrachloride* (CTC), *Methyl Chloroform, Methyl Bromide, Trichloro Fluoro Methane* (CFC-11), *Dichloro Trifluoro Ethane* (CFC-12), *Trichloro Trifluoro Ethane* (CFC-113), *Dichloro Tetra Fluoro Ethane* (CFC-114), *Chloro Pentafluoro Ethane* (CFC-115), *Chloro Trifluoro Methane* (CFC-13), *Tetrachloro Difluoro Ethane* (CFC-112), *Pentachloro Fluoro Ethane* (CFC-111), *Chloro Heptafluoro Propane* (CFC-217), *Dichloro Hexafluoro Propane* (CFC-216), *Trichloro Pentafluoro Propane* (CFC-215), *Tetrachloro Tetrafluoro Propane* (CFC-214), *Pentachloro Trifluoro Propane* (CFC-213), *Hexachloro Difluoro Propane* (CFC-211), *Bromo Chloro Difluoro Methane* (Halon-1211), *Bromo Trifluoro Methane* (Halon-1301), *Dibromo Tetrafluoro Ethane* (Halon-2402), R-500, R-502.
e. Industri Bahan Kimia Daftar-1 Konvensi Senjata Kimia sebagaimana tertuang dalam Lampiran I Undang-Undang Nomor 9 Tahun 2008 Tentang Penggunaan Bahan Kimia sebagai Senjata Kimia.
f. Industri Minuman Keras Mengandung Alkohol.
g. Industri Minuman Mengandung Alkohol: Anggur.
h. Industri Minuman Mengandung Malt.

5. Bidang Perhubungan
   a. Penyelenggaraan dan Pengoperasian Terminal Penumpang Angkutan Darat.
   b. Penyelenggaraan dan Pengoperasian Penimbangan Kendaraan Bermotor.
   c. Telekomunikasi/Sarana Bantu Navigasi Pelayaran dan *Vessel Traffic Information System* (VTIS).
   d. Penyelenggaraan Pelayanan Navigasi Penerbangan.
   e. Penyelenggaraan Pengujian Tipe Kendaraan Bermotor.
6. Komunikasi dan informatika
   a. Manajemen dan Penyelenggaraan Stasiun Monitoring Spektrum Frekuensi.
   b. Radio dan Orbit Satelit.
7. Pendidikan dan Kebudayaan
   a. Museum Pemerintah.
   b. Peninggalan Sejarah dan Purbakala (candi, keraton, prasasti, petilasan, bangunan kuno, dan sebagainya).
8. Pariwisata dan Ekonomi Kreatif: Perjudian/Kasino.

PRENADAMEDIA GROUP

D. BIDANG USAHA YANG TERBUKA (DENGAN PERSYARATAN)

Definisi bidang usaha yang terbuka dengan persyaratan adalah jenis usaha tertentu yang dapat diusahakan sebagai kegiatan penanaman modal dengan persyaratan tertentu (Pasal 2 ayat [3] Perpres 76/2007 jo. Pasal 1 angka 4 Perpres 44/2014. Lebih lanjut Pasal 2 ayat (1) Perpres 76/2007, bidang usaha yang terbuka dengan persyaratan adalah bidang usaha tertentu yang dapat diusahakan sebagai kegiatan penanaman modal dengan syarat tertentu yaitu bidang usaha yang dicadangkan untuk usaha mikro, kecil, menengah, dan koperasi, bidang usaha yang dipersyaratkan dengan kemitraan, bidang usaha yang dipersyaratkan kepemilikan modalnya, bidang usaha yang dipersyaratkan dengan lokasi tertentu, dan bidang usaha yang dipersyaratkan dengan perizinan khusus.

Berdasarkan Pasal 12 ayat 5 UU 25/2007 jo. Pasal 11 Perpres 76/2007, penetapan bidang usaha yang terbuka dengan persyaratan dilakukan oleh pemerintah dengan mendasarkan pada kriteria kepentingan nasional, yaitu:

1. Perlindungan sumber daya alam;
2. Perlindungan, pengembangan usaha Mikro, Kecil, Menengah dan Koperasi (UMKMK);
3. Pengawasan produksi dan distribusi;
4. Peningkatan kapasitas teknologi;
5. Partisipasi modal dalam negeri; dan
6. Kerjasama dengan badan usaha yang ditunjuk pemerintah.

Perpres 76/2007 mengatur mengenai persyaratan bidang usaha yang terbuka bagi penanaman modal yang meliputi:

1. Bidang usaha yang terbuka dengan persyaratan perlindungan dan pengembangan terhadap UMKMK

   Pasal 12 huruf a Perpres 76/2007 menetapkan bahwa terdapat beberapa bidang usaha yang terbuka dengan persyaratan perlindungan dan pengembangan terhadap UMKMK. Selain itu, Pasal 13 Perpres 76/2007 mengatur bahwa pemerintah menetapkan bidang usaha yang dicadangkan untuk UMKMK dan bidang usaha yang terbuka dengan syarat kemitraan. Pasal 12 dan 13 ini merupakan pelaksanaan dari amanat Pasal 13 ayat (1) UU 25/2007 yang mengatur bahwa pemerintah wajib menetapkan bidang usaha yang dicadangkan untuk usaha mikro, kecil, menengah, dan koperasi serta bidang usaha yang terbuka untuk usaha besar dengan syarat harus bekerja sama dengan usaha mikro, kecil, menengah, dan koperasi.

PRENADAMEDIA GROUP

2. Bidang usaha yang terbuka dengan syarat kemitraan
   Pasal 12 huruf b Perpres 76/2007 mengatur mengenai bidang usaha yang terbuka dengan persyaratan kemitraan. Bidang usaha yang terbuka dengan syarat kemitraan didefinisikan oleh Pasal 15 ayat (1) Perpres 76/2007 sebagai usaha yang dilakukan dalam bentuk kerja sama antara UMKMK dan usaha besar disertai pembinaan dan pengembangan oleh usaha besar dengan memperhatikan prinsip saling memerlukan, saling memperkuat, dan saling menguntungkan.
3. Bidang usaha yang terbuka berdasarkan kepemilikan modal
   Menurut Pasal 12 ayat (4) Perpres 76/2007 bidang usaha yang terbuka berdasarkan kepemilikan modal merupakan bidang usaha memberikan batasan kepemilikan modal bagi penanam modal asing.
4. Bidang usaha yang terbuka berdasarkan persyaratan lokasi tertentu
   Menurut Pasal 12 ayat (5) Perpres 76/2007 bidang usaha yang terbuka berdasarkan lokasi tertentu merupakan bidang usaha yang memberikan pembatasan wilayah administratif untuk penanaman modal. Contoh bidang usaha dengan persyaratan lokasi tertentu antara lain pembibitan dan budi daya babi.
5. Bidang usaha yang terbuka berdasarkan persyaratan perizinan khusus
   Menurut Pasal 12 ayat (6) Perpres 76/2007, bidang usaha yang terbuka berdasarkan perizinan khusus merupakan bidang usaha yang mengharuskan adanya rekomendasi dari instansi/lembaga pemerintah atau nonpemerintah yang memiliki kewenangan pengawasan terhadap suatu bidang usaha termasuk merujuk ketentuan peraturan perundangan yang menetapkan monopoli atau harus bekerja sama dengan BUMN dalam bidang usaha tersebut.

Selanjutnya, daftar bidang usaha yang terbuka tersebut secara lebih perinci diatur di dalam Perpres DNI. Di dalam Perpres DNI sebelumnya (Perpres 39/2014), persyaratan bidang usaha yang terbuka untuk penanam modal sebagai berikut: (a) dicadangkan untuk UMKM; (b) kemitraan; (c) kepemilikan modal asing; (d) lokasi tertentu; (e) perizinan khusus, (f) modal dalam negeri 100 persen; (g) kepemilikan modal asing serta lokasi, (h) perizinan khusus dan kepemilikan modal asing; (i) modal dalam negeri 100 persen dan perizinan khusus; dan (j) persyaratan kepemilikan modal asing dan/atau lokasi bagi penanam modal di negara-negara ASEAN.

Adapun di dalam Perpres DNI terbaru (Perpres 44/2016), bidang

PRENADAMEDIA GROUP

usaha yang terbuka dengan persyaratan adalah bidang usaha tertentu yang dapat diusahakan untuk kegiatan penanaman modal dengan persyaratan, yaitu dicadangkan untuk UMKM serta koperasi, kemitraan, kepemilikan modal, lokasi tertentu, perizinan khusus, dan penanam modal dari negara ASEAN.[268] Hal ini menunjukkan bahwa persyaratan bidang usaha yang diatur di dalam Perpres 44/2016 hampir mirip dengan Perpres 39/2014, yaitu (a) dicadangkan untuk UMKMK; (b) kemitraan; (c) kepemilikan modal; (d) lokasi tertentu; (e) perizinan khusus; dan (f) penanam modal dari negara ASEAN. Meskipun demikian, jika ditelusuri dalam lampiran Perpres 44/2016 daftar bidang usaha yang terbuka untuk penanaman modal dibedakan menjadi dua kelompok besar, yaitu:

1. Daftar Bidang Usaha yang Terbuka dengan Persyaratan: yang dicadangkan atau kemitraan dengan UMKMK sebagaimana diatur di dalam Lampiran II Perpres 44/2016.
2. Daftar Bidang Usaha yang Terbuka dengan Persyaratan tertentu di 16 sektor: pertanian, kehutanan, kelautan dan perikanan, energi dan sumber daya mineral, perindustrian, pertahanan dan keamanan, pekerjaan umum, perdagangan, pariwisata dan ekonomi kreatif, perhubungan, komunikasi dan informatika, keuangan, perbankan, tenaga kerja, pendidikan, dan kesehatan.[269]

PRENADAMEDIA GROUP

E. BIDANG USAHA YANG DICADANGKAN ATAU KEMITRAAN DENGAN USAHA MIKRO, KECIL, DAN MENENGAH SERTA KOPERASI

Pasal 13 ayat (1) UU 25/2007 mengatur bahwa pemerintah wajib menetapkan bidang usaha yang dicadangkan untuk usaha mikro, kecil, menengah, dan koperasi serta bidang usaha yang terbuka untuk usaha besar dengan syarat harus bekerja sama dengan UMKMK. Menurut penjelasan Pasal 13 ayat (1) UU 25/2007, yang dimaksud dengan "bidang usaha yang dicadangkan" adalah bidang usaha yang khusus diperuntukkan bagi UMKMK agar mampu dan sejajar dengan pelaku ekonomi lainnya.

Penetapan bidang usaha yang dicadangkan untuk UMKM sebagaimana diamanatkan oleh Pasal 13 ayat (1) UU 25/2007 selanjutnya diatur lebih lanjut melalui Perpres 76/2007 yang merupakan pelaksanaan dari Pasal 12 ayat (4) UU 25/2007 bahwa kriteria dan persyaratan bidang

[268] Pasal 1 angka 4 Perpres 44/2016.
[269] Lampiran III Perpres 39/2016.

usaha yang tertutup dan yang terbuka dengan persyaratan serta daftar bidang usaha yang tertutup dan yang terbuka dengan persyaratan masing-masing akan diatur dengan Peraturan Presiden. Di dalam Pasal 13 huruf a Perpres 76/2007 diatur mengenai bidang usaha yang terbuka dengan persyaratan perlindungan dan pengembangan terhadap UMKMK. Selanjutnya di dalam Pasal 13 Perpres 76/2007 juga diatur bahwa pemerintah menetapkan bidang usaha yang dicadangkan untuk UMKMK dan bidang usaha yang terbuka dengan syarat kemitraan.

Proses penetapan daftar bidang usaha yang dicadangkan untuk UMKMK dilaksanakan berdasarkan usulan menteri teknis yang terkait dengan bidang usaha tersebut, setelah berkoordinasi dengan Kementerian Negara Koperasi Usaha Kecil, dan Menengah, dengan memperhatikan prioritas program pembinaan UMKMK (Pasal 14 ayat [4] Perpres 76/2007). Bidang usaha berdasarkan pertimbangan kewajaran dan kelayakan "*economies of small scale*" apabila diusahakan oleh UMKMK, menjadi bagian dari daftar bidang usaha terbuka dengan persyaratan bidang usaha yang dicadangkan untuk UMKMK.

Penentuan bidang usaha yang dicadangkan untuk UMKM tidak lepas dari penentukan kebijakan dasar penanaman modal sebagaimana terdapat pada Pasal 4 ayat (2) huruf c UU 25/2007 bahwa dalam menetapkan kebijakan dasar penanaman modal, pemerintah membuka kesempatan bagi perkembangan dan memberikan perlindungan kepada usaha mikro, kecil, menengah, dan koperasi. Selanjutnya pada Pasal 13 ayat (2) UU 25/2007 diatur bahwa pemerintah melakukan pembinaan dan pengembangan usaha mikro, kecil, menengah, dan koperasi melalui program kemitraan, peningkatan daya saing, pemberian dorongan inovasi dan perluasan pasar, serta penyebaran informasi yang seluas-luasnya.

Di dalam Perpres 44/2016 dicantumkan beberapa bidang usaha yang dicadangkan untuk UMKM. Misalnya, budi daya tanaman pangan pokok (jagung, padi, kedelai, kacang tanah, kacang hijau, dan ubi-ubian) dengan luas kurang atau sama dengan 25 hektare, industri kayu gergajian, industri pengolahan rotan, industri percetakan kain khususnya motif batik dan tradisional, industri batik tulis dan kerajinan, warung internet, dan lain-lain.

Pasal 12 ayat (1) huruf b Perpres 76/2007 mengatur mengenai bidang usaha yang terbuka dengan persyaratan kemitraan. Bidang usaha yang terbuka dengan syarat kemitraan didefinisikan oleh Pasal 15 ayat (1) Perpres 76/2007 sebagai usaha yang dilakukan dalam bentuk kerja sama antara UMKMK dan usaha besar disertai pembinaan dan pengem-

PRENADAMEDIA GROUP

bangan oleh usaha besar dengan memperhatikan prinsip saling memerlukan, saling memperkuat dan saling menguntungkan.

Kemitraan yang dimaksud adalah kerja sama dalam keterkaitan usaha, baik langsung maupun tidak langsung, atas dasar prinsip saling memerlukan, memercayai, memperkuat, dan menguntungkan yang melibatkan pelaku UMKM dengan usaha besar (Pasal 1 angka Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2008 tentang Usaha Mikro Kecil Menengah (selanjutnya disebut dengan UU 20/2008). Menurut Pasal 25 ayat (2) UU 20/2008, kemitraan antar UMKM dan Kemitraan antara UMKM dan usaha besar mencakup proses alih keterampilan di bidang produksi dan pengolahan, pemasaran, permodalan, sumber daya manusia, dan teknologi.

Menurut Pasal 15 ayat (2) Perpres 76/2007, pola kemitraan tersebut dapat dilakukan dengan pola inti plasma, subkontraktor, dagang umum, keagenan, dan bentuk lainnya, tanpa ada perubahan kepemilikan UMKMK, serta dilaksanakan berdasarkan perjanjian tertulis. Adapun menurut Pasal 26 UU 20/2008, kemitraan dilaksanakan dengan pola:

1. Inti plasma;
2. Subkontrak;
3. Waralaba;
4. Perdagangan umum;
5. Distribusi dan keagenan; dan
6. Bentuk-bentuk kemitraan lain, seperti: bagi hasil, kerja sama operasional, usaha patungan (*joint venture*), dan penyumberluaran (*outsourcing)*.

Pola inti plasma adalah kemitraan antara usaha kecil dan usaha menengah atau usaha besar dengan usaha besar sebagai inti membina dan mengembangkan UMKM, yang menjadi plasmanya dalam: (a) penyediaan dan penyiapan lahan; (b) penyediaan sarana produksi; (c) pemberian bimbingan teknis produksi dan manajemen usaha; (d) perolehan, penguasaan, dan peningkatan teknologi; (e) pembiayaan; (f) pemasaran; (g) penjaminan; (h) pemberian informasi; dan (i). pemberian bantuan lain yang diperlukan bagi peningkatan efisiensi dan produktivitas dan wawasan usaha.[270] Adapun dalam pola subkontrak, kerja sama ini ditujukan untuk memproduksi barang dan/atau jasa dengan usaha besar memberikan dukungan berupa: (a) kesempatan untuk mengerjakan sebagian produksi dan/atau komponennya; (b) kesempatan memperoleh bahan baku yang

[270] Pasal 27 UU 20/2008.

PRENADAMEDIA GROUP

diproduksi secara berkesinambungan dengan jumlah dan harga yang wajar; (c) bimbingan dan kemampuan teknis produksi atau manajemen; (d) perolehan, penguasaan, dan peningkatan teknologi yang diperlukan; (e) pembiayaan dan pengaturan sistem pembayaran yang tidak merugikan salah satu pihak; dan (f) upaya untuk tidak melakukan pemutusan hubungan sepihak.[271] Pada waralaba, usaha besar yang memperluas usahanya dengan cara waralaba memberikan kesempatan dan mendahulukan UMKM yang memiliki kemampuan. Pemberi waralaba wajib memberikan pembinaan dalam bentuk pelatihan, bimbingan operasional manajemen, pemasaran, penelitian, dan pengembangan kepada penerima waralaba secara berkesinambungan.[272]

Pelaksanaan kemitraan dengan pola perdagangan umum dapat dilakukan dalam bentuk kerja sama pemasaran, penyediaan lokasi usaha, atau penerimaan pasokan dari UMKM oleh usaha besar yang dilakukan secara terbuka. Pemenuhan kebutuhan barang dan jasa yang diperlukan oleh usaha besar dilakukan dengan mengutamakan pengadaan hasil produksi usaha kecil atau usaha mikro sepanjang memenuhi standar mutu barang dan jasa yang diperlukan.[273] Dalam pelaksanaan kemitraan dengan pola distribusi dan keagenan, usaha besar dan/atau usaha menengah memberikan hak khusus untuk memasarkan barang dan jasa kepada usaha mikro dan/atau usaha kecil (Pasal 31 UU 20/2008).

Contoh bidang usaha yang harus dilakukan dengan kemitraan adalah pembenihan ikan laut dan ikan tawar, industri pembangkit tenaga listrik skala kecil (1-10 MW), industri kapal laut untuk wisata bahari dan penangkapan ikan, industri perhiasan dari perak, industri alat mesin pertanian yang menggunakan teknologi madya seperti perontok padi, pemipil jagung dan traktor tangan, pengusahaan getah pinus, pengusahaan tanaman pangan alternatif, usaha pengolahan hasil perikanan (penggarapan, pengasapan, peragian, jeli ikan, ekstraksi, fermentasi), dan lain sebagainya.

F. BIDANG USAHA YANG TERBUKA DENGAN PERSYARATAN TERTENTU

Di dalam Lampiran III Perpres 44/2016 kemudian diatur sangat teperinci dan beragam persyaratan bidang usaha yang berbuka untuk penanaman modal yang meliputi:

[271] Pasal 28 UU 20/2008.
[272] Pasal 29 Ayat (3) UU 20/2008.
[273] Pasal 30 UU 20/2008

1. Pembatasan modal asing pada sektor-sektor tertentu, pengusahaan air minum maksimal 95 persen, penyelenggaraan pos maksimal 49 persen, pergudangan maksimal 67 persen, penangkaran satwa dan tumbuhan serta lembaga konservasi maksimal 49 persen, jasa pengeboran migas di laut maksimal 75 persen, jasa pengeboran panas bumi maksimal 95 persen, tata boga maksimal 67 persen, karaoke maksimal 67 persen, hotel bintang satu-dua atau non bintang 67 persen, SPA maksimal 51 persen, angkutan moda darat, laut dalam atau luar negeri maksimal 49 persen, kebandarudaraan maksimal 49 persen, modal ventura maksimal 80 persen, perusahaan penjaminan maksimal 30 persen, dan lain sebagainya.
2. Lokasi tertentu, misalnya pembibitan dan budi daya babi dengan jumlah lebih dari 125 ekor.
3. Pembatasan modal asing bagi penanam modal dari negara-negara ASEAN, misalnya maksimal saham investor asing ASEAN 70 persen untuk pengusahaan pariwisata alam berupa pengusahaan sarana, kegiatan dan jasa ekowisata di dalam kawasan hutan meliputi wisata tirta, wisata petualangan alam, dan wisata gua, biro perjalanan wisata, *catering,* dan motel.
4. Pernyataan kerja sama dengan lembaga yang terakreditasi/laboratorium di Indonesia/lembaga nasional bidang litbang yang ditunjuk oleh Kementerian Lingkungan Hidup dan Kehutanan, misalnya pengembangan teknologi pemanfaatan genetik tumbuhan dan satwa liar.
5. Rekomendasi pasokan bahan baku berkelanjutan dari Kementerian Lingkungan Hidup dan Kehutanan, misalnya industri kayu gergajian dengan kapasitas produksi di atas 2000 m^3/tahun, industri kayu *veneer*, industri kayu lapis, industri kayu laminated *veneer lumber* (LVL), industri kayu, industri serpih kayu (*wood chip*), dan industri pelet kayu (*wood pellet*).
6. Modal dalam negeri 100 persen, misalnya pembangkit listrik < lmw, jasa pemboran migas di darat, usaha pemanfaatan hasil hutan kayu pada hutan alam, penggalian pasir laut, supermarket kurang dari 1200m^2 atau minimarket kurang dari 400 m^2, perdagangan eceran, penyelenggaraan Sistem Perdagangan Alternatif, Penerbitan Surat Kabar, Majalah, dan Buletin (pers).
7. Modal dalam negeri 100 persen dan Rekomendasi dari Kementerian Lingkungan Hidup dan Kehutanan, misalnya penangkapan dan peredaran Tumbuhan dan Satwa Liar (TSL) dari habitat alam.
8. Modal dalam negeri 100 persen dan Izin Khusus dari Kementerian

PRENADAMEDIA GROUP

Kelautan dan Perikanan mengenai alokasi sumber daya ikan dan titik koordinat daerah penangkapan ikan, misalnya perikanan tangkap dengan menggunakan kapal penangkap ikan di wilayah perairan indonesia dan laut lepas.

9. Maksimal 100 persen modal asing apabila dalam rangka Kerja Sama Pemerintah Swasta/KPS selama masa konsesi, misalnya pembangkit listrik > 10 MW, transmisi tenaga listrik, dan distribusi tenaga listrik.
10. Rekomendasi dari Kementerian Perindustrian
    a. Untuk perluasan usaha, hanya industri rokok yang telah memiliki Izin Usaha Industri (JUI) pada bidang usaha sejenis; atau
    b. Untuk penanaman modal baru, hanya industri rokok skala kecil dan menengah yang bermitra dengan industri rokok skala besar yang sudah memiliki JUI pada bidang usaha sejenis.
11. Bahan baku dari Rutan Tanaman Industri (HTI) atau berasal dari Chip Impor jika bahan baku dalam negeri tidak mencukupi, misalnya industri bubur kertas *pulp* (dari kayu).
12. Izin operasional dari BOTASUPAL/BIN dan Rekomendasi dari Kementerian Perindustrian, misalnya industri kertas berharga (antara lain: bank *notes paper, cheque paper, watermark paper*), industri percetakan uang dan industri percetakan khusus/dokumen sekuriti (antara lain: perangko, materai, surat berharga, paspor, dokumen kependudukan, dan hologram), atau industri tinta khusus.
13. Dengan ketentuan yang ditetapkan BPOM dan Kementerian Perdagangan, misalnya lndustri Silklamat dan Sakarin.
14. Izin khusus dari Menteri Perindustrian dengan ketentuan terpadu dengan pengembangan perkebunan karet
    a. Pemenuhan kebutuhan bahan baku paling kurang 20 persen dari kapasitas produksi berasal dari kebun karet sendiri; dan
    b. Pemenuhan kebutuhan bahan baku paling banyak 80 persen dengan pola kemitraan dengan paling sedikit dari luas kebun 20 persen merupakan kebun plasma.
15. Penanaman Modal Asing Maksimal 49 persen, dengan 51 persen untuk BUMN dan rekomendasi dari kementerian pertahanan, misalnya industri bahan baku untuk baban peledak, industri komponen utama dan/atau penunjang pertahanan keamanan.
16. Modal dalam negeri 100 persen dan rekomendasi dari kementerian pertahanan, misalnya industri alat utama pertahanan keamanan.
17. Penanaman Modal Asing Maksimal 49 persen dan Izin Operasional

PRENADAMEDIA GROUP

dari Mabes Polri, misalnya jasa konsultasi keamanan, jasa penyediaan tenaga keamanan, kawal angkut uang dan barang berharga, penyediaan jasa keamanan menggunakan hewan/satwa, jasa penerapan peralatan keamanan, jasa pendidikan, dan latihan keamanan.

18. Penanaman Modal Asing Maksimal 67 persen; dan lzin Khusus dari Kementerian Perdagangan dengan persyaratan
    a. Bertempat di dalam mal dan tidak *stand alone*;
    b. Penambahan outlet store berdasarkan ekspor *performance* (*pay performance*).

    Misalnya untuk *Department Store* dengan Luas Lantai Penjualan 400 m^2–2.000 m^2.
19. Memiliki Surat Izin Usaha Perdagangan Minuman Beralkohol (SIUP-MB) dan jaringan distribusi dan tempatnya khusus, misalnya perdagangan besar minuman keras/beralkohol (importir, distributor, dan subdistributor), perdagangan eceran atau kaki lima minuman keras/beralkohol.
20. Penanaman Modal Dalam Negeri 100 persen, maksimal 51 persen bagi penanam modal dari negara-negara ASEAN, misalnya pembuatan sarana promosi film, iklan, poster, *still*, *photo*, *slide*, klise, *banner*, pamflet, baliho, folder, dan lain-lain.
21. Penanaman Modal Asing Maksimal 67 persen, maksimal 70 persen bagi penanam modal dari negara-negara ASEAN. Hanya berlaku pada empat pelabuhan di wilayah Indonesia bagian timur, yaitu Pelabuhan Bitung, Pelabuhan Ambon, Pelabuhan Kupang, dan Pelabuhan Sarong khusus negara-negara ASEAN, yaitu untuk jasa bongkar muat barang (*maritime cargo handling service*).
22. Penanaman Modal Asing Maksimal 49 persen, pemilik modal nasional harus tetap lebih besar dari keseluruhan pemilik modal asing (*single majority)* yaitu angkutan moda udara niaga berjadwal atau tidak berjadwal dalam dan luar negeri, angkutan udara bukan niaga.
23. Hanya monopoli untuk Lembaga Penyiaran Publik Radio Republik Indonesia (RRI), Televisi Republik Indonesia (TVRI), dan Lembaga Penyiaran Publik Lokal (LPPL), yaitu Lembaga Penyiaran Publik: radio dan televisi.
24. Hanya untuk penambahan dan pengembangan usaha, Penanaman Modal Asing maksimal 20 persen untuk lembaga penyiaran swasta atau berlangganan.
25. Perizinan Khusus dari Otoritas Jasa Keuangan yaitu Perusahaan Pialang Pasar Uang.

PRENADAMEDIA GROUP

7

FASILITAS, INSENTIF, DAN JAMINAN UNTUK PENANAMAN MODAL

A. UMUM

Pemerintah saling berkompetisi untuk menarik investor agar mau berinvestasi di negaranya.[274] Kompetisi ini muncul sebagai akibat dari konsep pasar investasi (*market of investment*) yang dikemukakan oleh Stephen Guisinger, bahwa pasar investasi sangat dipengaruhi oleh kemampuan atau pentingnya investasi tersebut bagi masing-masing pelaku (*the ability or necessity of the players*) dan daya saing dari beberapa segmen pasar investasi (*competitiveness of various segments of this market*).[275] Persaingan pada *market of investment* terlihat ketika tiap pelaku investasi saling bersaing: *host state* bersaing untuk menarik investasi, sedangkan investor saling bersaing mendapatkan lokasi yang tepat untuk berinvestasi.

Host state sangat berkepentingan dalam menarik investasi karena investasi sangat penting untuk meningkatkan pertumbuhan ekonomi, kemampuan teknologi, produktivitas,[276] pendapatan nasional, meningkatkan penerimaan pajak dan hasil makro ekonomi (*macro economy outcomes*) lainnya,[277] serta menggerakkan sektor atau daerah yang belum tergarap secara maksimal.

---

[274] Stephen Guisinger, 1985, *Investment Incentives and Performance Requirements*, New York: Praeger, h. 1.

[275] *Ibid.*, h. 11–14.

[276] OECD, 2001, *Corporate Tax Incentives for Foreign Direct Investment*, OECD Tax Policy Studies. Paris, h.7.

[277] Keneth P.Thomas, 2010, *Investment Incentives and the Global Competition for Capital*. Basingstole, Britania Raya: Palgrave Macmillan, h. 24–25.

PRENADAMEDIA GROUP

Untuk menarik investasi, pemerintah umumnya menyediakan insentif investasi yang beragam seperti pemberian hibah (*grants*), fasilitas pajak seperti pembebasan pajak (*tax holiday*) atau keringanan/pengurangan pajak atau preferensi pajak lainnya (*tax preferences*), subsidi langsung, hak atas tanah, kebijakan konsesi *(regulatory policy of concession*),[278] penyelesaian sengketa investasi secara khusus di jalur arbitrase, jaminan pemerintah untuk membeli produksi, jaminan pemerintah memberikan pinjaman untuk proyek tertentu, hak prioritas untuk menggunakan fasilitas pemerintah seperti jalur kereta api dan pelabuhan.[279] Terkadang di beberapa negara berkembang, atau yang berorientasi statis dan sosialis, biasanya menerapkan aturan yang sangat ketat berkaitan dengan harga, manajemen keuangan, tenaga kerja, dan lain sebagainya. Selain itu negara memberikan insentif pengecualian untuk menerapkan aturan yang ketat tersebut. Bentuk insentif yang lain berupa pemberian monopoli atas pasar lokal dengan cara: (a) melarang investasi yang sama pada periode waktu tertentu; dan (b) membatasi impor barang-barang yang sama melalui pengenaan bea masuk yang tinggi atau kuota impor.[280] Pemberian monopoli ini bertujuan mengurangi kompetisi dari pesaing yang merupakan salah satu risiko investasi.

Berdasarkan jenis insentif yang diberikan kepada investor tersebut, pada dasarnya insentif dapat dibedakan menjadi dua, yaitu:

1. Insentif yang diberikan kepada investor yang membutuhkan hasil/pengembalian investasi (*investment return*).[281] Insentif yang ditawarkan umumnya berupa pembebasan atau pengecualian pajak, subsidi pemerintah, pembelian produk hasil produksi dengan harga minimum.
2. Insentif yang diberikan kepada investor dalam mengurangi risiko investasi (*risk reduction)*.[282] Insentif yang diberikan umumnya berupa jaminan untuk menyediakan mata uang asing (*hard currency*) untuk membayar tagihan kredit (*debt servicing*), penyelesaian sengketa investasi asing di forum internasional, dan jaminan tidak akan dilakukan nasionalisasi atau ekspropriasi kecuali dengan disertai ganti rugi yang cepat, layak, dan efektif.

[278] *Ibid.,* h. 2.
[279] Jeswald W. Salacuse, *Op. cit.,* h. 100.
[280] *Ibid.,* h. 102.
[281] *Ibid.,* h. 100-101.
[282] *Ibid.*

PRENADAMEDIA GROUP

Pemerintah Indonesia menyadari bahwa penanaman modal sangat penting untuk meningkatkan pertumbuhan ekonomi yang berkelanjutan dan kemampuan teknologi nasional. Oleh karena itu, untuk menarik modal asing pemerintah melalui kebijakan investasinya memberikan beberapa insentif dan fasilitas antara lain terdapat di dalam Pasal 14 UU 25/2007 yang mengatur bahwa setiap penanam modal berhak mendapat:

1. Kepastian hak, hukum, dan perlindungan;
2. Informasi yang terbuka mengenai bidang usaha yang dijalankannya;
3. Hak pelayanan; dan
4. Berbagai bentuk fasilitas kemudahan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Terkait dengan hak investor untuk memperoleh berbagai bentuk fasilitas kemudahan, lebih lanjut Pasal 18 ayat (1) UU 25/2007 mengatur bahwa pemerintah memberikan fasilitas kepada penanam modal yang melakukan penanaman modal. Fasilitas tersebut diberikan baik untuk penanam modal yang melakukan penanaman modal baru atau yang melakukan perluasan usaha. Untuk mendapatkan fasilitas tersebut, ada kriteria tertentu yang harus dipenuhi oleh penanam modal sebagaimana diatur di dalam Pasal 18 ayat (3) UU 25/2007, yaitu:

1. Menyerap banyak tenaga kerja;
2. Termasuk skala prioritas tinggi;
3. Termasuk pembangunan infrastruktur;
4. Melakukan alih teknologi;
5. Melakukan industri pionir;
6. Berada di daerah terpencil, daerah tertinggal, daerah perbatasan, atau daerah lain yang dianggap perlu;
7. Menjaga kelestarian lingkungan hidup;
8. Melaksanakan kegiatan penelitian, pengembangan, dan inovasi;
9. Bermitra dengan usaha mikro, kecil, menengah, dan koperasi; atau
10. Industri yang menggunakan barang modal atau mesin atau peralatan yang diproduksi di dalam negeri.

Peraturan Pemerintah Nomor 45 Tahun 2008 tentang Pedoman Pemberian Insentif dan Pemberian Kemudahan Penanaman Modal di Daerah (selanjutnya disebut PP 45/2008) memberikan kriteria untuk pemberian insentif yang relatif sama dengan beberapa penambahan. Menurut Pasal 5 PP 45/2008, pemberian insentif dan pemberian kemudahan diberikan kepada penanam modal yang sekurang-kurangnya memenuhi salah satu kriteria sebagai berikut:

PRENADAMEDIA GROUP

1. Memberikan kontribusi bagi peningkatan pendapatan masyarakat;
2. Menyerap banyak tenaga kerja lokal;
3. Menggunakan sebagian besar sumber daya lokal;
4. Memberikan kontribusi bagi peningkatan pelayanan publik;
5. Memberikan kontribusi dalam peningkatan Produk Domestik Regional Bruto;
6. Berwawasan lingkungan dan berkelanjutan;
7. Termasuk skala prioritas tinggi;
8. Termasuk pembangunan infrastruktur;
9. Melakukan alih teknologi;
10. Melakukan industri pionir;
11. Berada di daerah terpencil, daerah tertinggal, atau daerah perbatasan;
12. Melaksanakan kegiatan penelitian, pengembangan, dan inovasi;
13. Bermitra dengan usaha mikro, kecil, menengah, atau koperasi; atau
14. Industri yang menggunakan barang modal, mesin, atau peralatan yang diproduksi di dalam negeri.

Selanjutnya, Pasal 20 UU 25/2007 mengatur bahwa bagi PMA yang ingin memperoleh fasilitas sebagaimana diatur di dalam Pasal 18 UU 25/2007, maka PMA tersebut harus berbentuk PT karena menurut Pasal 20 UU 25/2007 disebutkan bahwa fasilitas sebagaimana dimaksud dalam Pasal 18 tidak berlaku bagi penanaman modal asing yang tidak berbentuk PT. Berdasarkan ketentuan Pasal 20 UU 25/2007, dapat disimpulkan bahwa:

1. Fasilitas yang disediakan oleh Pasal 18 UU 25/2007 diberikan untuk semua PMDN yang memenuhi kriteria sebagaimana diatur di dalam Pasal 18 ayat (3) UU 25/2007, baik PMDN tersebut berbentuk PT atau nonPT.
2. Fasilitas tersebut diberikan untuk PMA yang berbentuk PT.

Adapun jenis fasilitas atau insentif atau jaminan yang diberikan kepada penanam modal berupa:

1. Fasilitas perpajakan sebagaimana diatur di dalam Pasal 18 UU 25/2007.
2. Kemudahan pelayanan atau perizinan kepada perusahaan penanaman modal untuk memperoleh hak atas tanah, fasilitas pelayanan keimigrasian; dan fasilitas perizinan impor.
3. Hak untuk mengalihkan aset.

4. Hak transfer atau repatriasi sebagaimana diatur di dalam Pasal 8 UU 25/2007.
5. Hak atas kompensasi dalam hal ada nasionalisasi.
6. Penyelesaian sengketa secara khusus (khususnya untuk penanam modal asing).

Untuk insentif di daerah, menurut Pasal 3 PP 45/2008 terdapat beberapa jenis insentif dan kemudahan, yaitu:

1. Pemberian insentif dapat berbentuk:
   a. pengurangan, keringanan, atau pembebasan pajak daerah;
   b. pengurangan, keringanan, atau pembebasan retribusi daerah;
   c. pemberian dana stimulan; dan/atau
   d. pemberian bantuan modal.
2. Pemberian kemudahan dapat berbentuk:
   a. penyediaan data dan informasi peluang penanaman modal;
   b. penyediaan sarana dan prasarana;
   c. penyediaan lahan atau lokasi;
   d. pemberian bantuan teknis; dan/atau
   e. percepatan pemberian perizinan.

PRENADAMEDIA GROUP

B. TEORI DAN PRINSIP DALAM PEMBERIAN INSENTIF

Teori insentif sengaja diciptakan untuk menarik investasi karena ada asumsi umum bahwa investor tidak akan tertarik untuk berinvestasi jika kondisi wilayah suatu negara tidak memungkinkan investor untuk mendapatkan keuntungan maksimal atau menyebabkan investasi tersebut tidak aman karena besarnya risiko yang harus dihadapi. Menurut Sornarajah,[283] risiko yang mungkin dihadapi oleh investor (khususnya investor asing) antara lain:

1. *Political hostility* yaitu permusuhan/kebencian politik yang berasal dari ideologi yang berbeda untuk menolak investasi asing. Misalnya ideologi komunis yang menolak adanya kapitalisasi yang liberal melalui investasi asing.
2. Kepentingan nasional akibat dominasi modal asing yang menimbulkan histeria yang menakutkan pada investasi asing.
3. Perubahan global pada industri sehingga investor perlu melakukan negosiasi ulang akibat perubahan tersebut.

[283] M. Sornarajah, *Op. cit.,* h. 77.

4. Pembaruan atau perubahan atas kontrak yang telah dibuat oleh rezim sebelumnya.
5. Kesulitan pemerintah untuk menjalankan kontrak akibat perubahaan situasi (*contract onerous/hardship*).
6. Memburuknya kondisi hukum dan aturan, termasuk penegakannya yang menyebabkan investor menjadi sasaran penyerangan pemberontak atau perampok.
7. Campur tangan negara pada kegiatan investasi asing untuk melaksanakan ketentuan perundang-undangan seperti perlindungan investasi atau kepentingan ekonomi nasional.
8. Korupsi secara internal atau penggantian pemerintah yang korup dengan pemerintah baru.

Adapun menurut Guy P. Pfeffermann, Gregory V. Kisunko, Mariusz A. Sumlinski, beberapa risiko atau hambatan investasi antara lain aturan untuk memulai bisnis atau kegiatan operasional, kontrol harga, ketentuan mengenai perdagangan internasional (ekspor dan impor), hukum yang tidak dapat diprediksi, pembiayaan, aturan perburuhan, ketentuan mengenai mata uang asing, ketentuan pajak, infrastruktur, ketidakstabilitas kebijakan, keamanan atau ketentuan mengenai lingkungan, inflasi, ketidakpastian mengenai ketentuan biaya, kejahatan dan pencurian, korupsi, terorisme, dan lain-lain.[284]

Untuk mengurangi risiko-risiko investasi tersebut, pemerintah memberikan insentif jaminan dan keuntungan kepada investor untuk mengubah persepsi investor atas wilayahnya agar investor memutuskan untuk berinvestasi di wilayah tersebut. Pada umumnya, investor dalam menentukan keputusan investasi didasarkan pada keunggulan yang dimiliki oleh suatu negara. Keunggulan suatu negara dalam menarik modal asing terbagi menjadi dua, yaitu:

1. keunggulan komparatif (*comparative advantage*)
   adalah keunggulan yang sifatnya "*given*" yang secara alamiah dimiliki oleh suatu negara yang tidak dimiliki oleh negara lain. Misalnya kondisi dan letak geografis, kekayaan alam yang melimpah, populasi penduduk yang besar sebagai potensi pasar yang menjanjikan, dan sumber tenaga kerja murah menjadi pertimbangan investor dalam menanamkan modal di suatu negara.

[284] Guy P. Pfeffermann, Gregory V. Kisunko, dan Mariusz A. Sumlinski, 2000, *Trends in Private Investment in Developing Countries And perceived Obstacles to Doing Business. IFC Working Paper* No. 37, h. 6.

2. Keunggulan kompetitif (*competitive advantage*)
   adalah keunggulan yang sengaja diciptakan *(created*) oleh suatu negara melalui kebijakan dan aturan hukum serta infrastruktur lainnya yang memberikan fasilitas, insentif, dan jaminan keamanan berinvestasi. Insentif yang diberikan kepada investor menjadi keunggulan kompetitif suatu negara sehingga lokasi negara yang bersangkutan lebih unggul (*location-specific advantages*) dan memiliki daya tarik sendiri bagi investor asing untuk dijadikan tempat berinvestasi (*location attractiveness*).[285]

Fasilitas atau insentif yang sengaja diciptakan untuk ditawarkan kepada investor menjadi keunggulan kompetitif suatu negara/wilayah tertentu sehingga lokasi negara/wilayah yang bersangkutan menjadi menarik untuk dijadikan tempat berinvestasi. Menurut John Dunning, pembangunan infrastruktur, baik fisik maupun infrastruktur sumber daya manusia, kondisi makroekonomi dan kerangka institusional yang kondusif menjadi salah satu keunggulan lokasi (*location-specific advantages*) yang dipertimbangkan oleh perusahaan multinasional ketika memilih wilayah tertentu untuk berinvestasi.[286] *Location specific advantages* tersebut bersama dengan daya saing ekonomi nasional dan lokasi yang strategis dari suatu wilayah menjadi gabungan *local attractivement* yang menjadi daya tarik investasi asing. Terkait dengan insentif yang dapat meningkatkan *local attractiveness*, terdapat teori *locational tournament* sebagaimana diungkapkan oleh P.A. David bahwa investasi sama seperti turnamen di mana hanya mereka yang telah berjerih payah menyediakan biaya promosi dan administrasi penting (*substantial administrative and promotional costs*) yang lebih banyak menjadi pemenang dalam menarik investasi.[287]

Umumnya, negara menerapkan beberapa kebijakan untuk memfasilitasi masuknya penanaman modal asing antara lain dengan meliberalisasi ketentuan hukum dan peraturan perundang-undangan untuk mempermudah proyek-proyek investasi asing di negaranya. Selain itu, suatu negara juga umumnya menyediakan jaminan repatriasi modal dan hak transfer atas keuntungan investasi, menyediakan mekanisme penyelesaian sengketa secara khusus untuk investor (khususnya untuk investor

[285] John H. Dunning dan Philippe Gugler, 2008, *Foreign Direct Investment, Location and Competitiveness*, New York: Elsevier, h. 160.

[286] *Ibid.*

[287] P.A. David, 1999, Comment on "The Role of Geography in Development", dalam: B. Pleskovic dan J. E. Stiglitz (eds.), *Annual World Bank Conference on Development Economics 1998*, Washington: World Bank, h. 115.

asing melalui jalur arbitrase), memberikan jaminan tidak ada nasionalisasi, dan termasuk pemberian insentif pajak sebagai salah satu promosi untuk menarik modal asing.

Dalam beberapa kasus insentif investasi, menjadi penting khususnya bagi investor yang berorientasi ekspor dan yang sering berekspansi di negara lain, insentif pajak menjadi faktor penentu ketika memutuskan untuk berinvestasi di suatu negara.[288] Namun, menurut *United Nation Conferences on Trade and Development* (UNCTAD), insentif bukan menjadi faktor penentu dan hanya menjadi faktor sekunder untuk menarik modal asing karena faktor utama yang menarik modal asing adalah potensi pasar, akses ke bahan baku, dan tersedianya tenaga kerja.[289] Investor umumnya memperhatikan dua hal utama ketika mengevaluasi suatu negara untuk dijadikan lokasi tujuan investasi: *pertama*, melihat negara karena faktor dominan atau keuntungan komparatif yang dimilikinya seperti potensi pasar, akses ke bahan baku atau sumber daya alam, lokasi geografis dan tersedianya tenaga kerja; *kedua*, barulah kemudian melihat insentif, fasilitas dan kemudahan-kemudahan yang ditawarkan negara tersebut. Oleh karena itu, insentif investasi dianggap tidak cukup untuk menarik modal asing.[290] Bahkan menurut Edward J. Coyne, Sr., C.D, *market size* lebih penting dibandingkan dengan insentif yang ditawarkan pemerintah dalam menarik modal asing.[291]

Sejalan dengan hal itu, menurut Steven Clark *et. al.* juga menyatakan bahwa faktor penting dalam menarik modal asing adalah potensi pasar atau *market size,* tingkat pendapatan dan kemampuan daya beli, tingkat keterampilan tenaga kerja, tersedianya infrastruktur dan sumber daya lain yang memfasilitasi efisiensi produksi, kebijakan perdagangan, stabilitas politik, dan makro ekonomi dari negara penerima investasi.[292] Meskipun demikian, insentif yang ditawarkan oleh pemerintah juga menjadi salah satu daya tarik wilayah tersebut untuk menjadi lokasi tujuan investasi. Insentif tersebut meliputi insentif fiskal atau pajak (misalnya pengurangan pajak), insentif keuangan (*financial incentive*) seperti pembe-

[288] UNCTAD, 2000, *Tax Incentives and Foreign Direct Investment: a Global Survey*, Jenewa: United Nations, h. 11.

[289] *Ibid.*

[290] *Ibid.*

[291] Edward J. Coyne, Sr., C.D., 1995, *Targeting the Foreign Direct Investor Strategic Motivation, Investment Sue, and Developing Country Investment-Attraction Packages*, New York: Springer Science & Business Media, h. 53.

[292] Steven Clark, *et. al.*, 2007, "*Tax Incentives for Investment-a Global Perspective: Experiences in MENA and Non-MENA Countries*", Makalah, h. 3.

rian hibah atau pemberian pinjaman khusus dengan bunga rendah, juga insentif lainnya berupa pemberian pasar istimewa dan hak monopoli.[293]

Berdasarkan uraian tersebut, faktor penentuan keputusan investasi (khususnya FDI) dapat dikelompokkan menjadi dua, yaitu:

1. Faktor Penentu Utama (*Fundamental Determinant*)

Fundamental determinant adalah faktor penentu utama yang digunakan oleh investor dalam mempertimbangkan suatu negara sebagai tujuan investasi dengan memperhatikan keuntungan komparatif dan keunggulan lain yang dimiliki negara tersebut. *Fundamental determinant* meliputi lokasi geografis, populasi penduduk yang besar sebagai pasar potensial, ukuran pasar (*market size*), bahan baku (sumber daya alam, persediaan energi), ketersediaan dan rendahnya biaya tenaga kerja terampil, infrastruktur, biaya transportasi, akses ada output pasar (misal tingginya permintaan konsumen di daerah tersebut, biaya ekspor yang rendah), stabilitas politik, stabilitas makro ekonomi dan pembiayaan (*financing cost*).

2. Faktor Penentu Sekunder (*Secondary Determinant*)

Secondary determinant adalah faktor sekunder yang digunakan oleh investor dalam mempertimbangkan suatu negara sebagai tujuan investasi dengan memperhatikan keuntungan kompetitif, yaitu keunggulan yang sengaja diciptakan *(created*) oleh suatu negara melalui kebijakan dan aturan hukum serta infrastruktur lainnya dengan memberikan fasilitas, insentif dan jaminan keamanan berinvestasi. Dinamakan sekunder karena umumnya dalam memutuskan tempat terbaik berinvestasi, investor akan memperhatikan *fundamental determinant* dahulu, baru kemudian melihat faktor-faktor lain yang masuk kategori *secondary determinant* antara lain berupa liberalisasi ketentuan hukum dan peraturan perundang-undangan untuk mempermudah proyek-proyek investasi asing, jaminan repatriasi modal dan hak transfer atas keuntungan investasi, mekanisme penyelesaian sengketa secara khusus untuk investor (misalnya jalur arbitrase), jaminan tidak ada nasionalisasi, pemberian insentif, baik insentif fiskal atau pajak (misalnya pengurangan pajak), insentif keuangan (*financial incentive*) seperti pemberian hibah atau pemberian pinjaman khusus dengan bunga rendah, juga insentif lainnya berupa pemberian pasar istimewa dan hak monopoli. Berkaitan dengan pajak, *secondary determinant* meliputi:

[293] *Ibid.*

PRENADAMEDIA GROUP

a. Transparansi, penyederhanaan, dan stabilitas serta kepastian aplikasi pajak pada administrasi dan hukum pajak;
b. Besaran/nilai pajak;
c. Insentif pajak.

Berdasarkan penggolongan faktor penentu FDI, tabel di bawah ini merupakan sistematisasi dari faktor penentu FDI tersebut.

Faktor Penentu FDI		
Faktor utama/non-insentif (*fundamental determinant)*	1. Ukuran Pasar (*market size*). 2. Akses pada bahan baku. 3. Contoh sumber daya alam, persediaan energi. 4. Ketersediaan dan rendahnya biaya tenaga kerja terampil. 5. Populasi penduduk. 6. Lokasi dan letak geografis. 7. Infrastruktur. 8. Biaya transportasi. 9. Akses ada output pasar. 10. Misal tingginya permintaan konsumen di daerah tersebut, biaya ekspor yang rendah. 11. Stabilitas politik. 12. Stabilitas makro ekonomi. 13. Pembiayaan (*financing cost*).	
Faktor sekunder (*secondary determinant)*	A. Non-Insentif	1. Liberalisasi peraturan perundang-undangan. 2. Jaminan repatriasi modal dan hak transfer. 3. Mekanisme penyelesaian sengketa secara khusus. 4. Jaminan tidak ada nasionalisasi.
	B. Insentif Non-Pajak	1. Insentif keuangan (hibah atau pemberian pinjaman khusus dengan bunga rendah). 2. Pemberian pasar istimewa (*preferential market*). 3. Hak monopoli.
	C. Pajak	1. Transparansi, penyederhanaan, dan stabilitas serta kepastian aplikasi pajak pada administrasi dan hukum pajak. 2. Besaran/nilai pajak. 3. Insentif pajak.

Bagi negara yang memberikan insentif dalam rangka menarik modal asing harus mempertimbangkan untung dan ruginya. Meskipun pemberian insentif memiliki sisi positif untuk menarik modal asing, sehingga dapat mendukung program pembangunan ekonomi suatu negara, tetapi

memberikan insentif dan kemudahan kepada investor asing dapat saja merugikan kepentingan nasional dan merugikan investor dalam negeri khususnya yang kegiatan usahanya dalam skala kecil seperti UMKM dan koperasi. Selain itu, pemberian insentif kepada investor asing dapat mengurangi pemasukan uang ke kas negara, sehingga akan mengurangi pendapatan negara, misalnya pengurangan atau pembebasan pajak.

Oleh karena itu, dalam memberikan insentif kepada investor asing, negara harus memperhatikan beberapa prinsip sebagai berikut:

1. *Quid pro quo*, prinsip ini disebut juga *contrepartie* (Perancis) atau "*compensatory justification*" atau *counterpart* dalam bahasa Inggris. Menurut prinsip ini, insentif itu diberikan apabila memberi kompensasi atau manfaat timbal balik misalnya memberikan kontribusi bagi pembangunan daerah terbelakang, membantu restrukturisasi perusahaan yang mengalami kesulitan, bermanfaat bagi riset dan pengembangan, mengurangi polusi, atau menciptakan lapangan kerja.[294]
2. *Notification,* di dalam *the Agreement on Subsidies and Countervailing Measures* (SCM) yang dibuat oleh WTO, disebutkan bahwa setiap anggota WTO harus memberitahukan insentif kepada Sekretariat WTO. Di Eropa, semua subsidi harus diberitahukan sebelumnya kepada the European Commission (EC) dan belum dapat dilaksanakan sampai disetujui oleh EC dengan ketentuan bahwa subsidi tersebut akan dilarang dilaksanakan atau harus diubah jika melanggar EU *law*.[295]
3. *Non-Discrimination, agreement on Trade-Related Investment Measures* (TRIMS) melarang pemerintah memberikan insentif yang diskriminatif dan dengan disertasi syarat tertentu misalnya harus ada kandungan lokal (*domestic content*) atau *trade-balancing rules*, melarang *foreign exchange balancing rules*, dan membatasi impor barang modal atau melarang ekspor.[296]

Di Indonesia, berdasarkan Pasal 2 PP 45/2008 disebutkan bahwa pemberian insentif dan kemudahan dilakukan berdasarkan prinsip:

1. Kepastian hukum, yaitu asas yang meletakkan hukum dan ketentuan peraturan perundang-undangan sebagai dasar pemerintah daerah dalam setiap kebijakan dan tindakan dalam pemberian insentif dan pemberian kemudahan penanaman modal.
2. Kesetaraan, yaitu prinsip perlakuan yang sama terhadap penanam

[294] Kenneth P. Thomas, *Op. cit.,* h. 132.
[295] *Ibid.*
[296] *Ibid.,* h. 141.

modal tanpa memihak dan menguntungkan satu golongan, kelompok, atau skala usaha tertentu.

3. Transparansi, yaitu prinsip keterbukaan informasi dalam pemberian insentif dan kemudahan kepada penanam modal dan masyarakat luas.
4. Akuntabilitas, yaitu bentuk pertanggungjawaban atas pemberian insentif dan/atau pemberian kemudahan penanaman modal.
5. Efektif dan efisien, yaitu pertimbangan yang rasional dan ekonomis serta jaminan yang berdampak pada peningkatan produktivitas serta pelayanan publik. "Efektif dan efisien" adalah pertimbangan yang rasional dan ekonomis serta jaminan yang berdampak pada peningkatan produktivitas serta pelayanan publik.

Berdasarkan teori klasik, fasilitas, hak dan perlindungan diberikan kepada investor, khususnya investor asing secara *full protection* tanpa pengecualian atau kriteria tertentu.[297] Pemberian proteksi tanpa syarat tersebut didasarkan pada pertimbangan bahwa investor asing sangat menguntungkan negara penerima investasi karena memberikan kontribusi positif yang luar biasa untuk pertumbuhan pembangunan ekonomi seperti berkontribusi pada masuknya modal (*inflow capital*), penciptaan lapangan kerja, alih teknologi dan keterampilan, peningkatan pembangunan inftrastuktur, *upgrading facilities*, peningkatan pendapatan dan daya beli masyarakat lokal, dan sebagainya.

Namun pandangan bahwa semua investor asing berhak untuk mendapatkan proteksi dan fasilitas berdasarkan standar minimum internasional (*international minimum standards*) tanpa terkecuali tidak lagi banyak dilakukan negara penerima investasi sekarang.[298] Banyak negara penerima investasi saat ini menetapkan aturan dan mendirikan lembaga khusus untuk memberikan izin investor asing masuk di negaranya atau memberikan insentif/fasilitas kepada investor asing tersebut. Aturan yang dibuat untuk menjamin semua prosedur investasi telah dipenuhi investor asing, atau yang mendukung alih teknologi tanpa banyak hambatan, atau yang menetapkan investor asing untuk mematuhi ketentuan di bidang lingkungan hidup, hak asasi manusia dan peraturan perundang-undangan lainnya. Aturan tersebut dibuat oleh negara penerima investasi dengan tujuan agar kegiatan investasi yang dilakukan oleh investor asing tidak merugikan dan dapat mendukung tujuan ekonomi dari negara penerima

[297] M. Sornarajah, *Op. cit.,* h. 58.
[298] *Ibid.*

investasi. Aturan yang dibuat oleh negara penerima investasi merupakan pengakuan adanya hak mengatur yang dimiliki oleh negara penerima investasi (*the recognition of the right of regulation)* atas kegiatan investasi di wilayahnya. *Right to regulation* merupakan salah satu dari ciri *middle path theory*[299] yang banyak dianut oleh negara berkembang sebagai negara penerima investasi. Aturan yang dibuat tersebut seharusnya tidak sangat kaku (*strict regulations)* namun mampu mengakomodasi kepentingan investor asing dengan tidak mengesampingkan kepentingan dari negara penerima investasi. Aturan investasi yang dibuat seharusnya mampu merefleksikan keseimbangan untuk memadukan keinginan mengatur investasi asing agar tidak merugikan dan keinginan untuk tetap membuka diri pada investasi asing karena investasi asing dibutuhkan oleh negara penerima investasi. Oleh karena itu, teori jalan tengah mempunyai ciri *a mix of regulation and investment openness*.[300]

Menurut teori jalan tengah (*middle path theory*), pemberian insentif, hak dan perlindungan kepada investor asing didasarkan pada prinsip "*selective based criteria*" yaitu pemberian insentif, hak dan proteksi hanya diberikan kepada mereka yang mampu menunjukkan diri sebagai perusahaan/warga negara yang baik (*good corporate citizen)*.[301] Fasilitas dan proteksi yang diberikan tergantung pada apakah pemberian tersebut memberikan manfaat bagi negara penerima investasi dan bagaimana investor telah berperilaku baik dalam memberikan kontribusinya untuk mendukung tujuan ekonomi dari negara penerima investasi.

Indonesia sendiri menerapkan *middle path theory* dalam memberikan fasilitas, hak dan perlindungan kepada investor asing dengan membuat aturan bahwa pemberian fasilitas hanya berlaku untuk investor asing yang berbentuk perseroan terbatas (Pasal 20 UU 25/2007). Dengan adanya ketentuan tersebut, maka pemberian fasilitas kepada investor asing dilakukan dengan persyaratan atau kriteria tertentu. Persyaratan atau kriteria tersebut antara lain bahwa investor asing tersebut harus berbentuk perseroan terbatas. Hal ini sejalan dengan kewajiban yang ditujukan kepada investor asing sebagaimana diatur di dalam Pasal 5 ayat (2) UU 25/2007 bahwa: "Penanaman modal asing wajib dalam bentuk perseroan terbatas berdasarkan hukum Indonesia dan berkedudukan di dalam wilayah negara Republik Indonesia, kecuali ditentukan lain oleh

[299] *Ibid.*
[300] *Ibid.,* h. 59.
[301] *Ibid.,* h. 58.

undang-undang." Hal ini menunjukkan bahwa jika ingin mendapatkan fasilitas, maka investor asing tersebut harus membuktikan dirinya sebagai "*good corporate citizen*" dengan tunduk pada ketentuan perundang-undangan yang berlaku, antara lain tunduk pada ketentuan Pasal 5 ayat (2) UU 25/2007 yang mengharuskan investor asing tersebut berbentuk PT. Sehingga jika tidak memenuhi ketentuan tersebut, maka investor asing tersebut tidak akan diberi fasilitas sebagaimana dijanjikan oleh UU 25/2007.

Kewajiban untuk investor asing yang terdapat di dalam Pasal 5 ayat (2) UU 25/2007 akan membawa konsekuensi bahwa:

1. Investor asing yang melakukan kegiatan penanaman modal di Indonesia wajib berbentuk PT.
2. PT yang didirikan tersebut berdasarkan hukum Indonesia.
3. PT tersebut berkedudukan di Indonesia.

Dengan berbentuk PT yang didirikan berdasarkan hukum Indonesia dan berkedudukan di Indonesia akan menyebabkan investor asing tersebut tunduk pada ketentuan peraturan perundang-undangan di Indonesia, setidaknya akan tunduk pada ketentuan UU PT. Dengan berbentuk PT akan membawa pada pula konsekuensi hukum bahwa investor asing tesebut akan diberi fasilitas sebagaimana diatur di dalam Pasal 20 UU 25/2007. Dengan adanya Pasal 20 UU 25/2007, maka di satu sisi pemerintah mendorong investor asing untuk membuktikan diri sebagai *"good corporate citizen"* dengan tunduk pada ketentuan Pasal 5 ayat (2) UU 25/2007 dengan cara mendirikan PT agar mendapatkan fasilitas. Namun di sisi yang lain, Pasal 20 UU 25/2007 juga memberikan keseimbangan hak kepada investor asing dengan memberikan keleluasaan kepada investor asing bahwa jika tidak ingin mendirikan PT masih dimungkinkan namun dengan konsekuensi bahwa investor asing tersebut tidak akan mendapat fasilitas. Hal ini menunjukkan adanya keseimbangan hak kepada investor asing dengan tidak menetapkan aturan yang sangat kaku yang mungkin dapat merugikan kepentingan investor asing tersebut.

Keinginan pemerintah untuk mendorong investor asing menjadi "*good corporate citizen"* agar tunduk pada ketentuan perundang-undangan yang berlaku merupakan konsekuensi hukum dari pengaturan Pasal 15 huruf e UU 25/2007 yang menetapkan bahwa semua investor, termasuk investor asing berkewajiban untuk mematuhi semua peraturan perundang-undangan yang berlaku. Ketentuan yang senada terdapat juga di dalam Pasal 16 huruf f UU 25/2007 bahwa semua investor, termasuk

investor asing bertanggung jawab untuk mematuhi semua peraturan perundang-undangan yang berlaku. Hal yang membedakan antara Pasal 15 huruf e dan Pasal 16 huruf f adalah pada formulasi kata "kewajiban" yang terdapat di dalam Pasal 15 dan "tanggung jawab" yang terdapat di dalam Pasal 16, namun kedua pasal ini mempunyai muara yang sama yaitu "mematuhi semua peraturan perundang-undangan yang berlaku". Adanya pengaturan yang menetapkan beberapa kewajiban untuk investor asing antara lain kewajiban di dalam Pasal 5 ayat (2), Pasal 20, Pasal 15, Pasal 16, dan sebagainya menunjukkan adanya *right to regulation* yang dimiliki pemerintah Indonesia untuk mengatur investasi di wilayahnya.

Adanya kewajiban bagi investor asing untuk tunduk pada ketentuan perundang-undangan menjadi syarat awal untuk dapat mengakses fasilitas yang diinginkan (*a precondition to access)*. Kepatuhan pada aturan internal negara penerima investasi juga menjadi syarat awal bagi investor asing untuk mendapatkan perlindungan menurut hukum internasional.

C. INSENTIF PAJAK

Insentif pajak adalah segala bentuk insentif untuk mengurangi atau menghapuskan beban pajak dengan tujuan untuk menarik investor menanamkan modalnya pada proyek atau sektor usaha tertentu.[302] UNCTAD lebih terperinci memberikan definisi insentif pajak sebagai berikut:

> *tax incentives, can be defined as any incentives that reduce the tax burden of enterprises in order to induce them to invest in particular projects or sectors. They are exceptions to the general tax regime. Tax incentives would include, for example, reduced tax rates on profits, tax holidays, accounting rules that allow accelerated depreciation and loss carry forwards for tax purposes, and reduced tariffs on imported equipment, components, and raw materials or increased tariffs to protect the domestic market for import substituting investment projects.*

Fasilitas pajak menjadi insentif yang paling populer dalam menarik modal asing masuk ke suatu negara, bahkan menurut UNCTAD hampir 80 persen negara menawarkan insentif ini.[303] Beberapa alasan pemberian insentif pajak dipilih oleh suatu negara karena didasarkan pada rasionalitas bahwa:[304]

1. Insentif pajak lebih mudah disediakan daripada memperbaiki de-

[302] Kenneth P. Thomas, *Op. cit.,* h. 12.
[303] UNCTAD, *Op. cit.,* h. 3.
[304] Steven Clark, *et. al., Op. cit.,* h. 5.

fisiensi infrastruktur dan tenaga kerja yang membutuhkan waktu lama.
2. Insentif pajak tidak membutuhkan pengeluaran uang negara atau subsidi tunai kepada investor.
3. Insentif pajak secara politis lebih mudah daripada menyediakan dana untuk investor, apalagi di beberapa negara pengeluaran dana pemerintah harus mendapatkan persetujuan parlemen.

Menurut Jeswald W. Salacuse, bentuk fasilitas perpajakan yang diberikan investor sebagai insentif dapat berupa:[305]

1. *Tax holiday,* yaitu pembebasan pajak yang diberikan kepada perusahaan PMA atau investor asing dari pajak penghasilan atau pajak lain pada periode waktu tertentu. Pembebasan atau pengecualian pajak ini juga ditujukan untuk dividen, pembayaran royalti, pajak kekayaan, atau pungutan/*fee* lain yang harus dibayar oleh investor, dan termasuk pembebasan pajak yang dikeluarkan dalam rangka mendatangkan tenaga kerja asing.
2. *Tax stabilization,* yaitu stabilisasi pajak yang memungkinkan investor membayar pajak tidak melebihi dari nilai pajak maksimal pada waktu tertentu. Dengan insentif berupa *tax stabilization*, pemerintah setempat tidak akan mengenakan pajak yang tidak mungkin dipenuhi oleh investor (*onerous taxes*) akibat perubahan peraturan atau situasi. Negara yang pernah menerapkan *tax stabilization* adalah Peru, di mana kebijakan ini mampu meningkatkan investasi asing yang masuk.

Sementara itu, David Holland dan Richard J. Vann membagi insentif pajak menjadi empat sebagai berikut:

1. *Tax holiday* merupakan insentif pajak yang diberikan kepada penanam modal yang mendirikan perusahaan (bukan yang sudah beroperasi) untuk dikecualikan dari kewajiban membayar pajak dan selanjutnya diperpanjang insentif itu dalam bentuk pengurangan pajak.[306]
2. *Tax allowance and tax credit* adalah bentuk keringanan pajak yang digunakan untuk mengurangi pajak atas penghasilan suatu perusahaan, sedangkan *tax credit* digunakan secara langsung untuk mengu-

[305] Jeswald W. Salacuse, *Op. cit.,* h. 101.

[306] David Holland dan Richard J. Vann, 1998, Income Tax Incentives for Investment, dalam: Victor Thuronyi (ed.), *Tax Law Design and Drafting,* International Monetary, Volume 2, h. 4.

rangi sejumlah pajak yang harus dibayar oleh investor atas pengeluaran dalam melakukan kegiatan investasi.[307]

3. *Timing differences,* perbedaan waktu pembayaran pajak dilakukan melalui pengurangan atau penangguhan pajak atas penghasilan investor umumnya dalam bentuk depresiasi yang dipercepat, di mana biaya atas aset dihapuskan, atau depresiasinya dipercepat daripada depresiasi nilai ekonomi, atau depresiasi atau pengurangan khusus dalam periode yang lebih pendek yang dilakukan pada tahun pertama.[308]
4. *Reduce tax rate,* pengurangan nilai pajak diberikan atas penghasilan atau perusahaan yang telah memenuhi kriteria tertentu. Pengurangan ini berbeda dengan *tax holiday* karena kewajiban pajak tidak seluruhnya hapus, tetapi dibebankan juga atas penghasilan yang diperoleh dari aktivitas bisnis yang telah ada untuk perusahaan baru.[309]

Di Indonesia, menurut Pasal 18 ayat (4) UU 25/2007 bentuk fasilitas perpajakan yang diberikan kepada penanaman modal dapat berupa:

1. Pajak penghasilan melalui pengurangan penghasilan netto sampai tingkat tertentu terhadap jumlah penanaman modal yang dilakukan dalam waktu tertentu.
2. Pembebasan atau keringanan bea masuk atas impor barang modal, mesin, atau peralatan untuk keperluan produksi yang belum dapat diproduksi di dalam negeri.
3. Pembebasan atau keringanan bea masuk bahan baku atau bahan penolong untuk keperluan produksi untuk jangka waktu tertentu dan persyaratan tertentu.
4. Pembebasan atau penangguhan Pajak Pertambahan Nilai atas impor barang modal atau mesin atau peralatan untuk keperluan produksi yang belum dapat diproduksi di dalam negeri selama jangka waktu tertentu.
5. Penyusutan atau amortisasi yang dipercepat; dan
6. Keringanan Pajak Bumi dan Bangunan, khususnya untuk bidang usaha tertentu, pada wilayah atau daerah atau kawasan tertentu.

[307] *Ibid.,* h. 6.
[308] *Ibid.,* h. 8.
[309] *Ibid.,* h. 9.

Pembebasan atau pengurangan pajak penghasilan badan dalam jumlah dan waktu tertentu hanya dapat diberikan kepada penanaman modal baru yang merupakan industri pionir, yaitu industri yang memiliki keterkaitan yang luas, memberi nilai tambah dan eksternalitas yang tinggi, memperkenalkan teknologi baru, serta memiliki nilai strategis bagi perekonomian nasional (Pasal 18 ayat [5] UU 25/2007). Bagi penanaman modal yang melakukan penggantian mesin atau barang modal lainnya, dapat diberikan fasilitas berupa keringanan atau pembebasan bea masuk (Pasal 18 ayat [5] UU 25/2007).

Berkaitan dengan pembebasan bea masuk, pemerintah mengeluarkan Peraturan Menteri Keuangan Nomor 176/PMK.011/2009 tentang Pembebasan Bea Masuk atas Impor Mesin Serta Barang dan Bahan untuk Pembangunan atau Pengembangan Industri dalam Rangka Penanaman Modal (selanjutnya disebut PMK No.176/PMK.011/2009). PMK No.176/PMK.011/2009 kemudian diubah dengan Peraturan Menteri Keuangan Nomor PMK 76/PMK.011/2012 Perubahan atas Peraturan Menteri Keuangan Nomor 176/Pmk.011/2009 tentang Pembebasan Bea Masuk atas Impor Mesin Serta Barang dan Bahan untuk Pembangunan atau Pengembangan Industri dalam Rangka Penanaman Modal Tahun 2015 (selanjutnya disebut PMK 76/PMK.011/2012). Selanjutnya PMK 176/PMK.011/2009 direvisi lagi melalui Peraturan Menteri Keuangan Nomor 188/PMK.010/2015 tentang Perubahan Kedua atas Peraturan Menteri Keuangan Nomor 176/PMK.011/2009 tentang Pembebasan Bea Masuk atas Impor Mesin Serta Barang dan Bahan untuk Pembangunan atau Pengembangan Industri dalam Rangka Penanaman Modal (selanjutnya disebut PMK 188/PMK.010/2015). Berdasarkan PMK 188/PMK.010/2015 jo. PMK 76/PMK.011/2012 jo. PMK176/PMK.011/2009 mengatur bahwa:

1. Pembebasan bea masuk ditujukan untuk impor mesin, barang dan bahan yang dilakukan oleh perusahaan yang melakukan kegiatan usaha di bidang:
   a. industri yang menghasilkan barang; dan/atau
   b. industri yang menghasilkan jasa.[310]
2. Pembebasan bea masuk atas impor mesin untuk jangka waktu pengimporan selama dua tahun terhitung sejak berlakunya keputusan pembebasan bea masuk.[311]
3. Pembebasan bea masuk atas impor barang dan bahan untuk keperlu-

[310] Pasal 2 ayat (1) PMK176/PMK.011/2009.
[311] Pasal 3 ayat (1) dan Pasal 4 ayat (1) PMK 188/PMK.010/2015.

an produksi selama dua tahun sesuai kapasitas terpasang dan dapat diperpanjang.[312]

4. Bila menggunakan mesin dalam negeri minimal 30 persen dari total nilai mesin, dapat diberikan pembebasan bea masuk atas impor barang dan bahan untuk keperluan tambahan produk untuk masa empat tahun.[313]

Untuk mendapatkan pembebasan bea masuk, mesin, barang dan bahan yang akan diimpor, harus memenuhi syarat:[314]

1. Belum diproduksi di dalam negeri.
2. Jika sudah diproduksi di dalam negeri namun belum memenuhi spesifikasi yang dibutuhkan.
3. Jika sudah diproduksi di dalam negeri, namun jumlahnya belum mencukupi kebutuhan industri.

Selain pembebasan bea impor, fasilitas yang diberikan kepada investor juga berupa *tax allowance* yang diatur di dalam Peraturan Pemerintah Nomor 18 Tahun 2015 tentang Fasilitas Pajak Penghasilan untuk Penanaman Modal di Bidang-bidang Usaha Tertentu dan/atau di Daerah-daerah Tertentu (selanjutnya disebut PP 18/2015). PP 18/2015 kemudian direvisi melalui Peraturan Pemerintah Nomor 9 Tahun 2016 tentang Perubahan atas Peraturan Pemerintah Nomor 18 Tahun 2015 tentang Fasilitas Pajak Penghasilan untuk Penanaman Modal di Bidang-bidang Usaha Tertentu dan/atau di Daerah-daerah Tertentu (selanjutnya PP 9/2016). Perubahan ini terutama pada penambahan jumlah bidang usaha yang mendapat *tax allowance* dari sebelumnya 143 bidang usaha berdasarkan PP 18/2015 menjadi 145 bidang yang terdiri dari 71 bidang usaha (lampiran I) dan 74 bidang usaha (lampiran II). Berdasarkan PP 18/2015 jo. PP 9/2016, fasilitas pajak penghasilan yang diberikan meliputi:

1. Pengurangan penghasilan netto sebesar 30 persen dari jumlah penanaman modal selama enam tahun masing-masing sebesar 5 persen per tahun.
2. Penyusutan dan amortisasi yang dipercepat.
3. Pengenaan Pajak Penghasilan atas penghasilan dividen yang dibayarkan kepada subjek pajak luar negeri selain bentuk usaha tetap di Indonesia sebesar 10 persen atau tarif lebih rendah.

[312] Pasal 3 PMK 188/PMK.010/2015.
[313] Pasal 5 ayat (1) PMK176/PMK.011/2009.
[314] Pasal 2 ayat (3) PMK176/PMK.011/2009.

4. Kompensasi kerugian yang lebih lama dari 5 tahun tetapi tidak lebih dari 10 tahun antara lain bagi:
   a. Perusahaan yang berlokasi di Kawasan Industri dan/atau Kawasan Berikat.
   b. Perusahaan yang melakukan pembangunan infrastruktur.
   c. Perusahaan yang menggunakan bahan baku dalam negeri paling sedikit 70 persen.
   d. Perusahaan yang menyerap tenaga kerja 500-1.000 orang.
   e. Perusahaan yang melakukan kegiatan penelitian dan pengembangan (R&D).
   f. Perusahaan yang melakukan reinvestasi.
   g. Perusahaan yang melakukan ekspor paling sedikit 30 persen dari penjualan.

Selain *tax allowance*, pemerintah juga memberikan insentif pajak dalam bentuk *tax holiday* sebagaimana diatur antara lain di dalam Peraturan Menteri Keuangan Nomor 159/PMK.010/2015 tentang Pemberian Fasilitas Pengurangan Pajak Penghasilan Badan (PMK 159/PMK.010/2015). Fasilitas *tax holiday* meliputi:

1. Diberikan atas penghasilan yang diterima atau diperoleh dari kegiatan utama usaha sebagaimana tercantum dalam izin prinsip dan/atau izin usaha Wajib Pajak pada saat pengajuan permohonan pengurangan Pajak Penghasilan Badan termasuk perubahan dan perluasannya.
2. Diberikan paling banyak 100 persen dan paling sedikit 10 persen dari Pajak Penghasilan badan yang terutang.
3. Pembebasan pajak penghasilan (*tax holiday*) dapat diberikan selama 5 sampai 15 tahun dan dapat diberikan hingga 20 tahun dengan diskresi Menteri Keuangan.
4. Penurunan nilai rencana penanaman modal untuk industri telekomunikasi, informasi dan komunikasi, rencana investasi dari semula minimal Rp 1 triliun menjadi Rp 500 miliar s.d. kurang dari Rp 1 triliun mendapatkan pengurangan maksimum sebesar 50 persen. Untuk investasi lebih besar dari Rp 1 triliun dapat diberikan pengurangan sebesar 100 persen.

Untuk mendapatkan fasilitas *tax holiday*, investor harus memenuhi kriteria sebagai berikut:

1. Merupakan industri pionir, yaitu industri yang memiliki keterkaitan yang luas, memberi nilai tambah dan eksternalitas yang tinggi,

PRENADAMEDIA GROUP

memperkenalkan teknologi baru, dan memiliki nilai strategis bagi perekonomian nasional, yang mencakup:

a. Industri logam hulu;
b. Industri pengilangan minyak bumi;
c. Industri kimia dasar organik yang bersumber dari minyak bumi dan gas alam;
d. Industri permesinan yang menghasilkan mesin industri;
e. Industri pengolahan berbasis hasil pertanian, kehutanan, dan perikanan;
f. Industri telekomunikasi, informasi dan komunikasi;
g. Industri transportasi kelautan;
h. Industri pengolahan yang merupakan industri utama di Kawasan Ekonomi Khusus (KEK); dan/atau
i. Infrastruktur ekonomi selain yang menggunakan skema Kerja Sama Pemerintah dan Badan Usaha (KPBU).

2. Merupakan Wajib Pajak baru.
3. Investasi minimal Rp 1 triliun (nilai USD sesuai nilai tukar berlaku saat pengajuan).
4. Memenuhi ketentuan besaran perbandingan antara utang dan modal.
5. Menempatkan dana di perbankan Indonesia minimal 10 persen dari total rencana investasi dan dana tersebut tidak dapat ditarik sebelum saat dimulainya pelaksanaan realisasi investasi.
6. Harus berstatus sebagai badan hukum Indonesia yang pengesahannya ditetapkan sejak atau setelah 15 Agustus 2011.
7. Prosedur pengajuan fasilitas *tax holiday* telah disederhanakan, pemohon mengajukannya ke BKPM, dengan waktu pemrosesan di BKPM 25 hari, di Kementerian Keuangan Republik Indonesia 20 hari sehingga total 45 hari kerja.
8. Dalam hal permohonan fasilitas *tax holiday* Wajib Pajak ditolak, WP dapat diberikan fasilitas *tax allowance* sepanjang memenuhi cakupan bidang usaha sebagaimana PP No. 18/2015.

D. HAK TRANSFER DAN MENGALIHKAN ASET

Penanam modal dapat mengalihkan aset yang dimilikinya kepada pihak yang diinginkan oleh penanam modal sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan (Pasal 8 ayat [1] UU 25/2007). Namun, aset yang dapat dialihkan oleh penanam modal bukan merupakan aset yang

PRENADAMEDIA GROUP

ditetapkan oleh undang-undang sebagai aset yang dikuasai oleh negara (Pasal 8 ayat [2] UU 25/2007).

Selain hak untuk mengalihkan aset, menurut Pasal 8 ayat (3) UU 25/2007, penanam modal juga diberi hak untuk melakukan transfer dan repatriasi dalam valuta asing, antara lain terhadap:

1. Modal;
2. Keuntungan, bunga bank, deviden, dan pendapatan lain;
3. Dana yang diperlukan untuk:
   a. pembelian bahan baku dan penolong, barang setengah jadi, atau barang jadi;
   b. penggantian barang modal dalam rangka melindungi kelangsungan hidup penanaman modal;
4. Tambahan dana yang diperlukan bagi pembiayaan penanaman modal;
5. Dana untuk pembayaran kembali pinjaman;
6. Royalti atau biaya yang harus dibayar;
7. Pendapatan dari perseorangan warga negara asing yang bekerja dalam perusahaan penanaman modal;
8. Hasil penjualan atau likuidasi penanaman modal;
9. Kompensasi atas kerugian;
10. Kompensasi atas pengambilalihan;
11. Pembayaran yang dilakukan dalam rangka bantuan teknis, biaya yang harus dibayar untuk jasa teknik dan manajemen, pembayaran yang dilakukan di bawah kontrak proyek, dan pembayaran hak atas kekayaan intelektual.

PRENADAMEDIA GROUP

1. Hasil Penjualan Aset

Pemberian hak transfer kepada penanam modal ini dapat dilaksanakan dengan ketentuan bahwa:

a. Dilakukan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku (Pasal 8 ayat [4] UU 2/2007).
b. Pelaksanaan hak transfer tersebut tidak membatasi atau mengurangi: (a) kewenangan pemerintah untuk memberlakukan ketentuan yang mewajibkan pelaporan pelaksanaan transfer dana; (b) hak pemerintah untuk mendapatkan pajak dan/atau royalti dan/atau pendapatan pemerintah lainnya dari penanaman modal sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan; (c) pelaksanaan hukum yang melindungi hak kreditor; (d) pelaksanaan hukum untuk menghindari

kerugian negara.

c. Semua tanggung jawab penanam modal telah diselesaikan (Pasal 9 UU 25/2007). Apabila ada tanggung jawab hukum yang belum diselesaikan oleh penanam modal:
   1) Penyidik atau Menteri Keuangan dapat meminta bank atau lembaga lain untuk menunda hak melakukan transfer dan/ atau repatriasi.
   2) Pengadilan berwenang menetapkan penundaan hak untuk melakukan transfer dan/atau repatriasi berdasarkan gugatan.
   3) Bank atau lembaga lain melaksanakan penetapan penundaan berdasarkan penetapan pengadilan hingga selesainya seluruh tanggung jawab penanam modal.

E. KEMUDAHAN PELAYANAN DAN PERIZINAN

1. Pelayanan dan Perizinan Hak Atas Tanah

Menurut Pasal 22 UU 25/2007, kemudahan pelayanan dan/atau perizinan hak atas tanah dapat diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus dan dapat diperbarui kembali atas permohonan penanam modal, berupa:

a. Hak Guna Usaha dapat diberikan dengan jumlah 95 tahun dengan cara dapat diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus selama 60 tahun dan dapat diperbarui selama 35 tahun;
b. Hak Guna Bangunan dapat diberikan dengan jumlah 80 tahun dengan cara dapat diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus selama 50 tahun dan dapat diperbarui selama 30 tahun; dan
c. Hak Pakai dapat diberikan dengan jumlah 70 tahun dengan cara dapat diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus selama 45 tahun dan dapat diperbarui selama 25 tahun.

Hak atas tanah dapat diberikan dan diperpanjang di muka sekaligus untuk kegiatan penanaman modal, dengan persyaratan antara lain:

a. Penanaman modal yang dilakukan dalam jangka panjang dan terkait dengan perubahan struktur perekonomian Indonesia yang lebih berdaya saing;
b. Penanaman modal dengan tingkat risiko penanaman modal yang memerlukan pengembalian modal dalam jangka panjang sesuai dengan jenis kegiatan penanaman modal yang dilakukan;
c. Penanaman modal yang tidak memerlukan area yang luas;

PRENADAMEDIA GROUP

d. Penanaman modal dengan menggunakan hak atas tanah negara; dan
e. Penanaman modal yang tidak mengganggu rasa keadilan masyarakat dan tidak merugikan kepentingan umum.

Hak atas tanah dapat diperbarui setelah dilakukan evaluasi bahwa: (a) tanahnya masih digunakan; dan (b) diusahakan dengan baik sesuai dengan keadaan, sifat, dan tujuan pemberian hak (Pasal 22 ayat [3] UU 25/2007). Namun, pemberian dan perpanjangan hak atas tanah yang diberikan sekaligus di muka dan yang dapat diperbarui dapat dihentikan atau dibatalkan oleh pemerintah jika perusahaan penanaman modal: (a) menelantarkan tanah; (b) merugikan kepentingan umum; (c) menggunakan atau memanfaatkan tanah tidak sesuai dengan maksud dan tujuan pemberian hak atas tanahnya; dan (d) melanggar ketentuan peraturan perundang-undangan di bidang pertanahan.

2. Fasilitas Keimigrasian

Menurut Pasal 23 ayat (1) UU 25/2007 kemudahan pelayanan dan/atau perizinan atas fasilitas keimigrasian dapat diberikan untuk:
a. Penanaman modal yang membutuhkan tenaga kerja asing dalam merealisasikan penanaman modal;
b. Penanaman modal yang membutuhkan tenaga kerja asing yang bersifat sementara dalam rangka perbaikan mesin, alat bantu produksi lainnya, dan pelayanan purna jual;
c. Calon penanam modal yang akan melakukan penjajakan penanaman modal.

Kemudahan pelayanan dan/atau perizinan atas fasilitas keimigrasian yang diberikan kepada penanaman modal diberikan setelah penanam modal mendapat rekomendasi dari Badan Koordinasi Penanaman Modal (Pasal 23 ayat [2] UU 25/2007).

Khusus untuk penanam modal asing diberikan fasilitas keimigrasian berupa:
a. Pemberian izin tinggal terbatas bagi penanaman modal asing selama dua tahun;
b. Pemberian alih status izin tinggal terbatas bagi penanam modal menjadi izin tinggal tetap dapat dilakukan setelah tinggal di Indonesia selama dua tahun berturut-turut;
c. Pemberian izin masuk kembali untuk beberapa kali perjalanan bagi pemegang izin tinggal terbatas dan dengan masa berlaku satu tahun

PRENADAMEDIA GROUP

diberikan untuk jangka waktu paling lama 12 bulan terhitung sejak izin tinggal terbatas diberikan;

d. Pemberian izin masuk kembali untuk beberapa kali perjalanan bagi pemegang izin tinggal terbatas dan dengan masa berlaku dua tahun diberikan untuk jangka waktu paling lama 24 bulan terhitung sejak izin tinggal terbatas diberikan; dan
e. Pemberian izin masuk kembali untuk beberapa kali perjalanan bagi pemegang izin tinggal tetap diberikan untuk jangka waktu paling lama 24 bulan terhitung sejak izin tinggal tetap diberikan.

3. Fasilitas Perizinan Impor

Menurut Pasal 24 UU 25/2007, kemudahan pelayanan dan/atau perizinan atas fasilitas perizinan impor dapat diberikan untuk impor:

a. Barang yang tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang mengatur perdagangan barang;
b. Barang yang tidak memberikan dampak negatif terhadap keselamatan, keamanan, kesehatan, lingkungan hidup, dan moral bangsa;
c. Barang dalam rangka relokasi pabrik dari luar negeri ke Indonesia; dan
d. Barang modal atau bahan baku untuk kebutuhan produksi sendiri.

F. HAK ATAS KOMPENSASI AKIBAT NASIONALISASI

Pasal 7 UU 25/2007 memberi jaminan bahwa pemerintah tidak akan melakukan tindakan nasionalisasi atau pengambilalihan hak kepemilikan penanam modal, kecuali dengan undang-undang. Dalam hal pemerintah melakukan tindakan nasionalisasi atau pengambilalihan hak kepemilikan, pemerintah akan memberikan kompensasi yang jumlahnya ditetapkan berdasarkan harga pasar.

Mengenai apa yang dimaksud dengan nasionalisasi, Surya P. Subedi menyatakan *compulsory taking of foreign property amounts to expropriation or nationalization*.[315] Adapun tindakan pengambilalihan/eksproriasi adalah *"as a compulsory transfer of property rights, may extend to any right which can be object of any commercial transaction, i.e., freely sold and bought, and thus has a monetary value…"*[316] Menurut Sornarajah, jenis pengambilalihan kekayaan pihak asing meliputi:

[315] Surya P. Subedi, *Op. cit.,* h. 118.
[316] *Ibid.*

(1) forced sales of property; (2) forced sales of shares in an investment through a corporate vehicle; (3) indigenization measures; (4) taking over management control of the investment; (5) inducing others to take over the property physically; (6) failure to provide protection when there is interference with the property of the foreign investor; (7) administrative decisions which cancel licences and permits necessary for the foreign business to function within the state; (8) exorbitant taxation; (9) expulsion of the foreign investor contrary to international law; and (10) acts of harassment such as the freezing of bank accounts or promoting strikes, lock outs and labour shortage.[317]

Tindakan nasionalisasi atau pengambilalihan merupakan refleksi dari penerapan prinsip kedaulatan negara, khususnya prinsip *permanent sovereignty over natural resources*. Menurut Surya P. Subedi bahwa: *a sovereign state is always entitled to ask foreign investor to leave or to expropriate the assets of foreign companies …*[318] Kedaulatan negara atas sumber daya alam yang diakui sebagai prinsip umum pertama kali diperkenalkan sejak 1950-1960-an oleh Persatuan Bangsa-Bangsa/PBB (*United Nations*) sebagai prinsip untuk memberikan hak negara (khususnya negara berkembang dan negara jajahan) mendapatkan manfaat dari sumber daya alam di wilayahnya yang dieksploitasi oleh pihak asing.[319] PBB telah memasukkan prinsip ini dalam beberapa resolusinya dengan beberapa perubahan terminologi. Di dalam *United Nation General Assembly Resolution* (UNGA *Resolution*) 1803 (XVII) tanggal 14 December 1962 paragraf 1 dinyatakan bahwa *permanent sovereignty over natural resources* merupakan: "*right of peoples and nations to permanent sovereignty over their natural wealth and resources must be exercised in the interest of their national development and of the well-being of the people of the State concerned.*"[320] Hal ini berarti kedaulatan negara atas sumber daya alam merupakan hak masyarakat dan negara berupa kedaulatan atas kesejahteraan sumber daya alam dan sumber daya alam tersebut harus digunakan untuk kepentingan pembangunan nasional dan kesejahteraan masyarakat negara tersebut. Prinsip *sovereignty over natural resources* menjadi prinsip yang sangat penting khususnya oleh negara berkembang dalam mengajukan klaim untuk menasionalisasi atau mengubah aturan hukum mengenai eksploitasi sumber daya milik negara yang dilakukan oleh investor asing. K. Hossain

[317] M. Sornarajah, *Op. cit.,* h. 358.

[318] Surya P. Subedi, *Op. cit.,* h. 119.

[319] Nico Scrijver, 1997, *Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties*, Cambridge: Cambridge University Press, h. 3.

[320] Franz Xaver Perrez, 1996, The Relationship Between "Permanent Sovereignty" and the Obligation Not to Cause Transboundary Environmental Damage, *Environmental Law*, 26 (4).

menyatakan bahwa:

> *for developing countries the principle of permanent sovereignty was important because it provided a basis on which they could claim to alter 'inequitable' legal arrangements under which foreign investors enjoyed rights to exploit natural resources found within their territories. Such alteration could be affected through an exercise of (a) the right to nationalize, that is, to acquire the rights enjoyed by the foreign investor or (b) the right to alter certain terms of the arrangements (or to repudiate an agreement entered into with the foreign investor).*[321]

Rasionalitas dari tindakan nasionalisasi yang dilakukan oleh *host country* juga dapat dibenarkan menurut Doktrin Calvo yang pada prinsipnya menyatakan bahwa tanah dan sumber daya yang ada merupakan milik negara berdasarkan prinsip kedaulatan, sehingga pihak asing tidak dapat secara permanen memiliki tanah dan kekayaannya di *host state.*[322] Doktrin Calvo banyak dianut oleh negara berkembang dalam melaksanakan kedaulatannya melakukan tindakan nasionalisasi atas aset investor asing.

Meskipun nasionalisasi diakui sebagai hak dari negara berdaulat, tetapi ketika melakukan nasionalisasi, ada beberapa syarat yang sangat ketat yang harus dipenuhi oleh *host state* sebagai berikut:

1. Nasionalisasi harus dilakukan untuk kepentingan umum
   Menurut R. Higgins, nasionalisasi dilakukan untuk kepentingan umum ketika ada alasan ekonomi yang mendasari dilakukan tindakan nasionalisasi tersebut.[323] Nasionalisasi dilakukan bukan karena alasan politik sebagai tindakan balas dendam akibat dari penerapan prinsip timbal balik (*retaliation principle)*.
2. Berdasarkan hukum dan menurut ketentuan hukum yang berlaku (*due process and applicable laws)*.
   Nasionalisasi tersebut dilakukan dengan mendasarkan pada *due process* yang sesuai dengan prinsip hukum yang utama, seperti prinsip persamaan di hadapan hukum (*equality before the law*), prinsip keadilan, kepatutan, dan seterusnya.[324]
3. Bukan tindakan yang sifatnya nondiskriminasi
   Tindakan nasionalisasi tersebut bukan merupakan tindakan yang si-

[321] Hossain, K. (ed.), 1980, *Legal Aspects of a New International Economic Order,* London: Frances Pinter, h. 33–34.

[322] Surya P. Subedi, *Op. cit.,* h. 14.

[323] R. Higgins, 1982, The Taking of Property by State, *Rescueil des Courts,* III: 371.

[324] Surya P. Subedi, *Op. cit.,* h. 78.

fatnya diskriminatif yang hanya ditujukan untuk investor tertentu saja, sehingga melanggar prinsip *nasional treatment* (membedakan investor asing dengan investor dalam negeri) atau prinsip *most favoured nation* (membedakan antara investor asing satu dan investor asing lainnya).

4. Nasionalisasi disertai kompensasi yang penuh (*full compensation)*[325] Nasionalisasi harus disertasi dengan kompensasi yang penuh dalam arti bahwa kompensasi itu bersifat segera (*prompt*), layak (*adequate*), dan efektif agar legalitas dari tindakan nasionalisasi dapat dipertanggungjawabkan.[326]

Berkaitan dengan kompensasi, Cordell Hull menyatakan bahwa mengambil alih kekayaan pihak asing tanpa ada kompensasi merupakan tindakan perampasan.[327] Hull kemudian memberikan formula mengenai tindakan nasionalisasi yang *legitimate* (yang terkenal dengan sebutan formula Hull) bahwa tindakan nasionalisasi harus diikuti dengan kompensasi yang sifatnya segera dan adil (*prompt and just compensation*), dilakukan untuk kepentingan umum, ada alasan ekonomi dan aturan hukum yang membolehkan dilakukan nasionalisasi, nasionalisasi tersebut dilakukan tanpa melanggar kepentingan yang sah dari warga negara dari negara lain, nasionalisasi dilakukan berdasarkan prinsip dasar keadilan dan kepatutan.[328] Formula Hull ini banyak dianut oleh negara maju untuk melindungi investor asingnya dari tindakan nasionalisasi yang dilakukan oleh negara berkembang yang tidak disertai dengan kompensasi yang layak.

Mengenai kompensasi yang diberikan dalam hal terjadi nasionalisasi, Brownlie[329] menyatakan bahwa hukum internasional telah memberikan standar mengenai kompensasi, yaitu:

1. Pengambilalihan aset untuk kepentingan umum/kepentingan masyarakat misalnya tindakan untuk membeli diri pada waktu perang, tidak melanggar hukum meskipun tidak ada kompensasi yang diberikan.

---

[325] *Ibid.,* h. 73.

[326] *Ibid.,* h. 79.

[327] Letter of the US Secretary of State to Mexican Ambassador to the United State, 21 Juli 1938, dikutip dari A. F. Lowenfeld, 2002, *International Economic Law,* Oxford: Oxford University Press, h. 398. Dikutip dari Surya P. Subedi, *Op. cit.,* h. 14.

[328] *Ibid.,* h. 16.

[329] I. Brownlie, 2003, *Principles of Public International Law,* Oxford: Oxford University Press, h. 514.

2. Pengambilalihan kekayaan merupakan tindakan yang melanggar hukum kecuali ada pembayaran kompensasi yang sifatnya efektif.
3. Nasionalisasi yaitu pengambilalihan industri besar atau sumber daya yang besar merupakan tindakan melanggar hukum jika tidak disertai kompensasi yang didasarkan pada tujuan ekonomi dari nasionalisasi dan keberlangsungan ekonomi secara keseluruhan.

G. PENYELESAIAN SENGKETA SECARA KHUSUS

Dalam hal ini terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara pemerintah dan penanam modal, para pihak terlebih dahulu menyelesaikan sengketa tersebut melalui musyawarah dan mufakat (Pasal 32 ayat [1] UU 25/2007). Apabila penyelesaian sengketa secara musyawarah dan mufakat tidak tercapai, penyelesaian sengketa tersebut dapat dilakukan melalui arbitrase atau alternatif penyelesaian sengketa atau pengadilan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan (Pasal 32 ayat [2] UU 25/2007). Dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara pemerintah dan penanam modal dalam negeri, para pihak dapat menyelesaikan sengketa tersebut melalui arbitrase berdasarkan kesepakatan para pihak, dan jika penyelesaian sengketa melalui arbitrase tidak disepakati, penyelesaian sengketa tersebut akan dilakukan di pengadilan. Adapun apabila terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara pemerintah dan penanam modal asing, para pihak akan menyelesaikan sengketa tersebut melalui arbitrase internasional yang harus disepakati oleh para pihak (Pasal 32 ayat [4] UU 25/2007). Pilihan untuk menyelesaikan sengketa antara pemerintah dan penanam modal asing melalui jalur arbitrase juga diatur di dalam Pasal 7 ayat (3) bahwa apabila di antara para pihak tidak tercapai kesepakatan tentang kompensasi atau ganti rugi akibat nasionalisasi yang dilakukan oleh pemerintah atas perusahaan modal asing, penyelesaiannya dilakukan melalui arbitrase.

Untuk penanam modal asing, penyelesaiannya tidak harus dilakukan melalui pengadilan setempat di *host state* dengan pertimbangan ketidaktahuan penanam modal asing pada hukum setempat, agar penyelesaian lebih objektif, netral/tidak memihak pemerintah setempat/memihak kepentingan nasional, lebih cepat dan menjamin *confidentiality* dari penanam modal. Oleh karena itu, umumnya penyelesaian sengketa bagi penanaman modal dilakukan di Arbitrase internasional. Lembaga arbitrase internasional untuk menyelesaikan sengketa penanaman modal antara pemerintah dan penanam modal asing adalah *International Centre for Set-*

PRENADAMEDIA GROUP

tlement of International Dispute (ICSID) yang didirikan atas dasar *Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of Other States* tahun 1966 (ICSID Convention). Konvensi ini intinya mengatur mengenai penyelesaian perselisihan antara suatu negara dan perorangan atau perusahaan asing yang menanam modalnya di negara tersebut melalui arbitrase.

Indonesia telah meratifikasi konvensi ICSID 1958 melalui Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1968 untuk menjamin penyelesaian sengketa secara khusus antara penanaman modal asing dan pihak Indonesia, baik oleh pemerintah sendiri maupun swasta. Arbitrase diatur di dalam Bab IV dari *ICSID Convention dan Rules of Procedure for Arbitration Proceedings (Arbitration Rules)*. Penyelesaian sengketa di ICSID merupakan penyelesaian sengketa di luar peradilan yang didasarkan pada perjanjian arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa dengan karakteristik yang tidak jauh berbeda dengan proses arbitrase pada umumnya. Arbitrase menjadi pilihan para pihak yang bersengketa karena memiliki keunggulan mengingat prosedurnya yang mudah, putusannya mengikat, tidak ada proses banding ke peradilan yang lebih tinggi, dan sengketa umumnya sangat teknis operasional sehingga dapat ditunjuk arbiter yang kompeten di bidangnya.

H. KAWASAN EKONOMI KHUSUS

Beberapa negara menawarkan kawasan ekonomi khusus untuk investor yang umumnya disebut *Free Trade Zone, Free Processing Zone*, atau *Industrial export Zone.* Kawasan bebas ini umumnya terletak dekat dengan pelabuhan udara internasional, pelabuhan laut yang besar, wilayah perbatasan, atau di area yang secara geografis sangat menguntungkan untuk perdagangan internasional dan transportasi. Kawasan ini dibentuk berdasarkan hukum dan dilengkapi dengan infrastruktur penunjang dan jasa seperti pembebasan bea impor atas barang modal, bebas mengolah dan menggunakan barang tersebut dalam proses produksi, kemudian bebas mengekspor produk tanpa dikenai bea dan tanpa dicampuri oleh lembaga bea cukai setempat.[330] Di kawasan ini, pemerintah dapat pula memberikan insentif tambahan berupa insentif keuangan dan birokrasi untuk proyek di zona tersebut sebagai zona kantong produksi.

[330] Jeswald W. Salacuse, *Op. cit.,* h. 101.

PRENADAMEDIA GROUP

Tujuan dibentuknya *Free Trade Zone* adalah:

1. Menjamin masuknya devisa asing melalui pengembangan ekspor nontradisional.
2. Menciptakan lapangan kerja dan meningkatkan pendapatan tenaga kerja lokal.
3. Untuk menarik modal asing termasuk memperoleh keuntungan dari modal asing tersebut seperti alih teknologi, *know how*, dan keterampilan manajemen.[331]

UU 25/2007 juga mengatur mengenai Kawasan Ekonomi Khusus, di dalam Pasal 31 ayat (1) disebutkan bahwa untuk mempercepat pengembangan ekonomi di wilayah tertentu yang bersifat strategis bagi pengembangan ekonomi nasional dan untuk menjaga keseimbangan kemajuan suatu daerah, dapat ditetapkan dan dikembangkan kawasan ekonomi khusus. Di dalam kawasan ekonomi khusus tersebut, Pemerintah berwenang menetapkan kebijakan penanaman modal tersendiri. Di dalam Pasal 31 ayat (3) UU 25/2007 diatur bahwa ketentuan mengenai kawasan ekonomi khusus diatur dengan undang-undang. Undang-undang yang dimaksud adalah Undang-Undang Nomor 39 Tahun 2009 tentang Kawasan Ekonomi Khusus (selanjutnya disebut UU 39/2009). Kawasan Ekonomi Khusus menurut Pasal 1 angka 1 UU 39/2009 diartikan sebagai kawasan dengan batas tertentu dalam wilayah hukum Negara Kesatuan Republik Indonesia yang ditetapkan untuk menyelenggarakan fungsi perekonomian dan memperoleh fasilitas tertentu. Kawasan Ekonomi Khusus dikembangkan sebagai kawasan yang memiliki keunggulan geo-ekonomi dan geostrategi dan berfungsi untuk menampung kegiatan industri, ekspor, impor, dan kegiatan ekonomi lain yang memiliki nilai ekonomi tinggi dan daya saing internasional (Pasal 2 UU 39/2009). Untuk bisa dikembangkan sebagai kawasan ekonomi khusus, lokasi yang diusulkan harus memenuhi kriteria:[332]

1. Sesuai dengan Rencana Tata Ruang Wilayah dan tidak berpotensi mengganggu kawasan lindung.
2. Pemerintah provinsi/kabupaten/kota yang bersangkutan mendukung KEK.
3. Terletak pada posisi yang dekat dengan jalur perdagangan internasional atau dekat dengan jalur pelayaran internasional di Indonesia atau terletak pada wilayah potensi sumber daya unggulan.

[331] *Ibid.*

[332] Pasal 4 UU 39/2009.

4. Mempunyai batas yang jelas.

Kawasan Ekonomi Khusus terdiri atas satu atau beberapa zona, yaitu:

1. Zona pengolahan ekspor, yaitu area yang diperuntukkan bagi kegiatan logistik dan industri yang produksinya ditujukan untuk ekspor.
2. Zona logistik, yaitu area yang diperuntukkan bagi kegiatan penyimpanan, perakitan, penyortiran, pengepakan, pendistribusian, perbaikan, dan perkondisian permesinan dari dalam dan luar negeri.
3. Zona industri, yaitu area yang diperuntukkan bagi kegiatan industri yang mengolah bahan mentah, bahan baku, barang setengah jadi, dan/atau barang jadi, serta agroindustri dengan nilai yang lebih tinggi untuk penggunaannya, termasuk kegiatan rancang bangun dan perekayasaan industri yang produksinya untuk ekspor dan/atau untuk dalam negeri.
4. Zona Pengembangan teknologi, yaitu area yang diperuntukkan bagi kegiatan riset dan teknologi, rancang bangun dan rekayasa, teknologi terapan, pengembangan perangkat lunak, serta jasa di bidang teknologi informasi.
5. Zona pariwisata, yaitu area yang diperuntukkan bagi kegiatan usaha pariwisata untuk mendukung penyelenggaraan hiburan dan rekreasi, pertemuan, perjalanan insentif dan pameran, serta kegiatan yang terkait.
6. Zona energi, yaitu area yang diperuntukkan antara lain untuk kegiatan pengembangan energi alternatif, energi terbarukan, teknologi hemat energi, dan pengolahan energi primer.
7. Zona ekonomi lain, antara lain dapat berupa Zona industri kreatif dan Zona olahraga.

Di dalam Kawasan Ekonomi Khusus tersebut diberikan fasilitas dan kemudahan sebagai berikut:

1. Dibangun fasilitas pendukung dan perumahan bagi pekerja

Menurut Pasal 3 ayat (2) UU 39/2009, di dalam Kawasan Ekonomi Khusus dapat dibangun fasilitas pendukung dan perumahan bagi pekerja. Fasilitas pendukung yang dimaksud antara lain fasilitas ibadah, hotel, rumah sakit, pendidikan, dan pelatihan. Selain itu, di dalam setiap KEK disediakan lokasi untuk usaha mikro, kecil, menengah (UMKM), dan koperasi, baik sebagai Pelaku Usaha maupun sebagai pendukung kegiatan perusahaan yang berada di dalam KEK (Pasal 3 ayat [3]).

PRENADAMEDIA GROUP

2. Perpajakan, Kepabeanan, dan Cukai

Menurut Pasal 30 ayat (1) UU 39/2009, Setiap wajib pajak yang melakukan kegiatan usaha di Kawasan Ekonomi Khusus diberikan fasilitas Pajak Penghasilan (PPh). Selain fasilitas PPh tersebut, dapat diberikan tambahan fasilitas PPh sesuai dengan karakteristik zona sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan (Pasal 31 ayat [2] UU 39/2009). Selain fasilitas PPh, fasilitas perpajakan juga dapat diberikan dalam waktu tertentu kepada penanam modal berupa pengurangan Pajak Bumi dan Bangunan (Pasal 31 UU 39/2009). Insentif fiskal lain yang dapat dinikmati oleh setiap wajib pajak yang melakukan usaha di Kawasan Ekonomi Khusus berupa pembebasan atau keringanan pajak daerah dan retribusi daerah (Pasal 35 ayat [1] UU 39/2009).

Fasilitas lain yang dapat dinikmati oleh investor adalah fasilitas atas impor barang ke Kawasan Ekonomi Khusus sebagaimana diatur di dalam Pasal 32 ayat (1) yang berupa:

1. Penangguhan bea masuk;
2. Pembebasan cukai, sepanjang barang tersebut merupakan bahan baku atau bahan penolong produksi;
3. Tidak dipungut Pajak Pertambahan Nilai (PPN) atau Pajak Pertambahan Nilai (PPN) dan Pajak Penjualan atas Barang Mewah (PPnBM) untuk barang kena pajak; dan
4. Tidak dipungut PPh impor.

Selanjutnya menurut Pasal 32 ayat (2) UU 39/2009, penyerahan barang kena pajak dari tempat lain di dalam daerah pabean ke Kawasan Ekonomi Khusus dapat diberikan fasilitas tidak dipungut PPN dan PPnBM berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan.

3. Pertanahan, Perizinan, Keimigrasian, dan Investasi

Menurut Pasal 36 UU 39/2009, di Kawasan Ekonomi Khusus diberikan kemudahan untuk memperoleh hak atas tanah sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Selain itu kemudahan lain yang diberikan dapat berupa percepatan pelayanan pengukuran, pendaftaran hak, dan penerbitan sertifikat hak atas tanah (Penjelasan Pasal 36 UU 39/2009). Selanjutnya, badan usaha yang telah memperoleh tanah di lokasi yang sudah ditetapkan sebagai Kawasan Ekonomi Khusus diberikan hak atas tanah (Pasal 37 UU 39/2009).

PRENADAMEDIA GROUP

Fasilitas lain yang dapat dinikmati di Kawasan Ekonomi Khusus adalah kemudahan dan keringanan di bidang perizinan usaha, kegiatan usaha, perindustrian, perdagangan, kepelabuhan, dan keimigrasian bagi orang asing pelaku bisnis, serta diberikan fasilitas keamanan (Pasal 38 UU 39/2009).

4. Ketenagakerjaan

Fasilitas ketenagakerjaan antara lain berupa kemudahan pemberian izin untuk mempekerjakan tenaga kerja asing (TKA) yang mempunyai jabatan sebagai direksi atau komisaris diberikan sekali dan berlaku selama TKA yang bersangkutan menjadi direksi atau Komisaris (Pasal 41 UU 39/2009). Selain itu di KEK dibentuk lembaga khusus sebagaimana diatur di dalam Pasal 43 ayat (1) yaitu Lembaga Kerja Sama Tripartit Khusus yang mempunyai tugas untuk: (a) melakukan komunikasi dan konsultasi mengenai berbagai masalah ketenagakerjaan; (b) melakukan deteksi dini terhadap kemungkinan timbulnya permasalahan ketenagakerjaan; dan (c) memberikan saran dan pertimbangan mengenai langkah penyelesaian permasalahan ketenagakerjaan. Lembaga khusus lain yang dibentuk di KEK adalah dewan pengupahan dengan fungsi dan tugas: (a) memberikan masukan dan saran untuk penetapan pengupahan; dan (b) membahas permasalahan pengupahan.[333]

5. Fasilitas dan kemudahan lain

Menurut Pasal 40 UU 39/2009, selain pemberian fasilitas dan kemudahan sebagaimana diatur dalam Pasal 30 sampai dengan Pasal 39, zona yang berada di dalam KEK dapat diberikan fasilitas dan kemudahan lain. Ketentuan mengenai fasilitas dan kemudahan lain diatur oleh instansi yang berwenang sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Pemerintah daerah juga dapat memberikan fasilitas dan kemudahan lain karena menurut Pasal 35 ayat (2) UU 39/2009, selain insentif pajak daerah dan retribusi daerah, pemerintah daerah dapat memberikan kemudahan lain.

[333] Pasal 44 ayat (1).

PRENADAMEDIA GROUP

8

HAK DAN KEWAJIBAN PENANAM MODAL

A. HAK PENANAM MODAL

Menurut Pasal 14 UU 25/2007, setiap penanam modal mempunyai hak untuk:

1. Kepastian hak, hukum, dan perlindungan;
2. Informasi yang terbuka mengenai bidang usaha yang dijalankannya;
3. Hak pelayanan; dan
4. Berbagai bentuk fasilitas kemudahan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Beberapa hak lain dari penanam modal yang diatur di dalam UU 25/2007 yaitu:

1. Berhak untuk memperoleh perlakuan yang sama sebagaimana diatur di dalam Pasal 6 ayat (1).
2. Berhak untuk mendapatkan kepastian dan keamanan berusaha bagi pelaksanaan kegiatan penanaman modalnya sebagaimana diatur di dalam Pasal 30 ayat (1).
3. Berhak untuk menggunakan tenaga ahli warga negara asing untuk jabatan dan keahlian tertentu sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan, sebagaimana diatur di dalam Pasal 10 ayat (2).
4. Berhak atas kemudahan pelayanan atau perizinan sebagaimana di atur di dalam Pasal 21, yaitu kemudahan pelayanan dan perizinan untuk memperoleh hak atas tanah (Pasal 22), fasilitas pelayanan keimigrasian (Pasal 23); dan fasilitas perizinan impor (Pasal 24).

PRENADAMEDIA GROUP

5. Berhak atas fasilitas perpajakan sebagaimana diatur di dalam Pasal 18.
6. Berhak untuk mengalihkan aset yang diatur di dalam Pasal 8 ayat (1) dan ayat (2).
7. Hak transfer atau repatriasi sebagaimana diatur di dalam Pasal 8 ayat (3) s.d. ayat (5) dan Pasal 9.
8. Hak atas kompensasi dalam hal ada nasionalisasi yang diatur di dalam Pasal 7.
9. Hak atas penyelesaian sengketa secara khusus (khususnya untuk penanam modal asing) sebagaimana diatur di dalam Pasal 32.

B. KEWAJIBAN PENANAM MODAL

Menurut Pasal 15 UU 25/2007 setiap penanam modal berkewajiban:

1. Menerapkan prinsip tata kelola perusahaan yang baik;
2. Melaksanakan tanggung jawab sosial perusahaan;
3. Membuat laporan tentang kegiatan penanaman modal dan menyampaikannya kepada Badan Koordinasi Penanaman Modal;
4. Menghormati tradisi budaya masyarakat sekitar lokasi kegiatan usaha penanaman modal; dan
5. Mematuhi semua ketentuan peraturan perundang-undangan.

Selain itu menurut Pasal 16 UU 25/2007, penanam modal juga bertanggung jawab:

1. Menjamin tersedianya modal yang berasal dari sumber yang tidak bertentangan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan;
2. Menanggung dan menyelesaikan segala kewajiban dan kerugian jika penanam modal menghentikan atau meninggalkan atau menelantarkan kegiatan usahanya secara sepihak sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan;
3. Menciptakan iklim usaha persaingan yang sehat, mencegah praktik monopoli, dan hal lain yang merugikan negara;
4. Menjaga kelestarian lingkungan hidup;
5. Menciptakan keselamatan, kesehatan, kenyamanan, dan kesejahteraan pekerja; dan
6. Mematuhi semua ketentuan peraturan perundang-undangan.

Berdasarkan Pasal 15 huruf dan Pasal 16 huruf f tersebut, setiap penanam modal berkewajiban dan bertanggung jawab untuk mematuhi

PRENADAMEDIA GROUP

semua ketentuan peraturan perundang-undangan. Salah satu ketentuan yang harus dipatuhi oleh penanam modal adalah larangan melakukan perjanjian penunjukan orang lain sebagai pemegang saham (*nominee arrangement*) sebagaimana diatur di dalam Pasal 33 UU 25/2007. Menurut Pasal 33 ayat (1) UU 25/2007, penanam modal dalam negeri dan penanam modal asing yang melakukan penanaman modal dalam bentuk perseroan terbatas dilarang membuat perjanjian dan/atau pernyataan yang menegaskan bahwa kepemilikan saham dalam perseroan terbatas untuk dan atas nama orang lain. Dalam hal penanam modal dalam negeri dan penanam modal asing tetap membuat perjanjian dan/atau pernyataan yang merupakan *nominee arrangement*, perjanjian dan/atau pernyataan itu dinyatakan batal demi hukum (Pasal 33 ayat (2) UU 25/2007).

Kewajiban lain yang harus dipenuhi oleh penanam modal adalah kewajiban terkait dengan bentuk usaha. Pasal 5 ayat (2) UU 25/2007 mewajibkan penanam modal asing untuk mendirikan perusahaan dalam bentuk perseroan terbatas berdasarkan hukum Indonesia dan berkedudukan di dalam wilayah Negara Republik Indonesia, kecuali ditentukan lain oleh undang-undang.

Selanjutnya, penanaman modal mempunyai kewajiban terkait dengan pemenuhan kebutuhan tenaga kerja, peningkatan kompetensi tenaga kerjanya dan alih teknologi. Pasal 10 ayat (1) UU 25/2007 mewajibkan penanam modal dalam memenuhi kebutuhan tenaga kerja harus mengutamakan tenaga kerja warga negara Indonesia. Selanjutnya Pasal 10 ayat (3) UU 25/2007 mewajibkan Perusahaan penanaman modal meningkatkan kompetensi tenaga kerja warga negara Indonesia melalui pelatihan kerja sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Kewajiban yang sama juga diberlakukan kepada perusahaan penanaman modal yang mempekerjakan tenaga kerja asing untuk menyelenggarakan pelatihan dan melakukan alih teknologi (*transfer of technology)* kepada tenaga kerja warga negara Indonesia sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan (Pasal 10 ayat [4] UU 25/2007).

Dalam hal terjadi perselisihan perburuhan, penanaman modal diwajibkan untuk melakukan penyelesaian perselisihan hubungan industrial secara musyawarah antara perusahaan penanaman modal dan tenaga kerja (Pasal 11 ayat [1] UU 25/2007). Jika penyelesaian secara musyarakah tidak mencapai hasil, penyelesaiannya dilakukan melalui upaya mekanisme tripartit (Pasal 11 ayat [2] UU 25/2007). Jika penyelesaian melalui upaya mekanisme tripartit tidak mencapai hasil, perusahaan pe-

PRENADAMEDIA GROUP

nanaman modal dan tenaga kerja menyelesaikan perselisihan hubungan industrial melalui pengadilan hubungan industrial (Pasal 11 ayat [2] UU 25/2007).

Selanjutnya Pasal 17 UU 25/2007 mengatur mengenai kewajiban penanaman modal untuk mengalokasikan dana secara bertahap untuk pemulihan lokasi yang memenuhi standar kelayakan lingkungan hidup, yang pelaksanaannya diatur sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan, terutama untuk penanam modal yang mengusahakan sumber daya alam yang tidak terbarukan.

C. SANKSI

Menurut Pasal 34 ayat (1) UU 25/2007, badan usaha atau usaha perseorangan di bidang penanaman modal yang tidak memenuhi kewajiban sebagaimana diatur di dalam Pasal 15 dapat dikenai sanksi administratif berupa:

1. Peringatan tertulis;
2. Pembatasan kegiatan usaha;
3. Pembekuan kegiatan usaha dan/atau fasilitas penanaman modal; atau
4. Pencabutan kegiatan usaha dan/atau fasilitas penanaman modal.

Sanksi administratif tersebut diberikan oleh instansi atau lembaga yang berwenang sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan. Selain dikenai sanksi administratif, badan usaha atau usaha perseorangan dapat dikenai sanksi lainnya sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan (Pasal 34 ayat [3] UU 25/2007). Sanksi lain ini antara lain dapat berupa pengakhiran perjanjian atau kontrak kerja sama khususnya untuk penanam modal yang melaksanakan kegiatan usaha berdasarkan perjanjian atau kontrak kerja sama dengan pemerintah. Pasal 33 ayat [3] UU 25/2007 mengatur bahwa:

> Dalam hal penanam modal yang melaksanakan kegiatan usaha berdasarkan perjanjian atau kontrak kerja sama dengan Pemerintah melakukan kejahatan korporasi berupa tindak pidana perpajakan, penggelembungan biaya pemulihan, dan bentuk penggelembungan biaya lainnya untuk memperkecil keuntungan yang mengakibatkan kerugian negara berdasarkan temuan atau pemeriksaan oleh pihak pejabat yang berwenang dan telah mendapat putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap, Pemerintah mengakhiri perjanjian atau kontrak kerja sama dengan penanam modal yang bersangkutan.

PRENADAMEDIA GROUP

Selain itu, dalam hal penanam modal melakukan *nominee arrangement* yang berisi perjanjian dan/atau pernyataan yang menegaskan bahwa kepemilikan saham dalam perseroan terbatas untuk dan atas nama orang lain, maka sanksi yang diberlakukan berupa pernyataan batal hukum atas perjanjian yang dibuat tersebut, sebagaimana diatur di dalam Pasal 33 ayat (2) UU 25/2007.

PRENADAMEDIA GROUP

PRENADAMEDIA GROUP

9

PERIZINAN PENANAMAN MODAL

A. PELAYANAN TERPADU SATU PINTU

Perusahaan penanaman modal yang akan melakukan kegiatan usaha wajib memperoleh izin sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan dari instansi yang memiliki kewenangan, kecuali ditentukan lain dalam undang-undang (Pasal 25 ayat [4] UU 25/2007). Menurut Pasal 25 ayat (5) UU 25/2007, Izin tersebut diperoleh melalui Pelayanan Terpadu Satu Pintu (PTSP). Menurut Pasal 26 ayat (3) UU 25/2007, PTSP diatur lebih lanjut melalui peraturan presiden. Peraturan presiden yang mengatur PTSP dikeluarkan tahun 2009 yaitu Peraturan Presiden Nomor 27 Tahun 2009 tentang Pelayanan Terpadu Satu Pintu di Bidang Penanaman Modal (selanjutnya disebut Perpres 27/2009). Pengaturan PTSP juga dapat dilihat pada Peraturan Kepala Badan Koordinasi Penanaman Modal Nomor 12 Tahun 2009 tentang Pedoman dan Tata Cara Penanaman Modal, yang kemudian diganti dengan Peraturan Kepala Badan Koordinasi Penanaman Modal Nomor 5 Tahun 2013 tentang Pedoman dan Tata Cara Perizinan dan Non-Perizinan Penanaman Modal (selanjutnya disebut Peraturan BKPM 5/2013). Kemudian Perka BKPM 5/2013 diubah dengan Peraturan Kepala Badan Koordinasi Penanaman Modal Nomor 12 Tahun 2013 tentang Perubahan Peraturan Kepala Peraturan Badan Koordinasi Penanaman Modal Nomor 5 Tahun 2013 tentang Pedoman dan Tata Cara Perizinan dan Non-Perizinan Penanaman Modal (selanjutnya disebut Perka BKPM 12/2013). PTSP juga diatur lebih lanjut melalui Nomor 7 Tahun 2013 tentang Penyelenggaraan Fungsi Pelayanan Terpadu

PRENADAMEDIA GROUP

Satu Pintu Bidang Penanaman Modal di Badan Koordinasi Penanaman Modal (selanjutnya disebut Perka BKPM 7/2013).

Pasal 1 angka 4 Perpres 27/2009 jo. Pasal 1 angka 5 Perka BKPM 12/2013 jo. Pasal 1 angka 1 angka 2 Perka BKPM 7/2013 memberikan definisi PTSP sebagai kegiatan penyelenggaraan suatu perizinan dan non-perizinan yang mendapat pendelegasian atau pelimpahan wewenang dari lembaga atau instansi yang memiliki kewenangan perizinan dan non-perizinan yang proses pengelolaannya dimulai dari tahap permohonan sampai dengan tahap terbitnya dokumen yang dilakukan dalam satu tempat.

Adapun ruang lingkup dari layanan PTSP di bidang penanaman modal menurut Pasal 4 Perpres 27/2009 jo. Pasal 11 Peraturan BKPM 5/2013 jo. Perka BKPM 12/2013 meliputi:

1. Perizinan
   Perizinan adalah segala bentuk persetujuan untuk melakukan penanaman modal yang dikeluarkan oleh pemerintah dan pemerintah daerah yang memiliki kewenangan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan (Pasal 1 angka 5 Perpres 27/2009 jo. Pasal 1 angka 6 Perka BKPM 12/2013 jo. Pasal 1 angka 3 Perka BKPM 7/ 2013).
2. Non-perizinan
   Non-perizinan adalah segala bentuk kemudahan pelayanan, fasilitas fiskal, dan informasi mengenai penanaman modal, sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan (Pasal 1 angka 6 Perpres 27/2009 jo. Pasal 1 angka 7 Perka BKPM 12/2013 jo. Pasal 1 angka 4 Perka BKPM 7/2013).

Tujuan dibentuknya PTSP di bidang penanaman modal adalah membantu penanam modal dalam memperoleh kemudahan pelayanan, fasilitas fiskal, dan informasi mengenai penanaman modal (Pasal 26 ayat [1] UU 25/2007). Adapun menurut Pasal 3 Perpres 27/2009, PTSP di bidang penanaman modal bertujuan untuk membantu penanam modal dalam memperoleh kemudahan pelayanan, fasilitas fiskal, dan informasi mengenai penanaman modal, dengan cara mempercepat, menyederhanakan pelayanan, dan meringankan atau menghilangkan biaya pengurusan perizinan dan non-perizinan. Menurut Pasal 4 Perka BKMP 7/2013, maksud penyelenggaraan PTSP ada dua yaitu:

1. Terwujudnya pelayanan perizinan dan non-perizinan yang mudah, cepat, tepat, akurat, transparan, dan akuntabel;
2. Terwujudnya hak-hak penanam modal untuk mendapatkan pelayanan perizinan dan non-perizinan di bidang penanaman modal.

PRESTASI PUSTAKA MEDIA GROUP

Oleh karena itu, tolok ukur keberhasilan pelaksanaan PTSP harus menghasilkan mutu pelayanan prima yang diukur dengan indikator kecepatan, ketepatan, kesederhanaan, transparan, dan kepastian hukum, sebagaimana diatur oleh Pasal 5 ayat (1) Perpres 27/2009.

Untuk mencapai tujuan tersebut, PTSP di bidang penanaman modal harus diselenggarakan dengan berdasarkan pada prinsip:

1. Kepastian hukum;
2. Keterbukaan;
3. Akuntabilitas;
4. Perlakuan yang sama dan tidak membedakan asal negara; dan
5. Efisiensi berkeadilan.

Penyelenggaraan PTSP dilakukan oleh lembaga atau instansi yang berwenang di bidang penanaman modal yang mendapat pendelegasian atau pelimpahan wewenang dari lembaga atau instansi yang memiliki kewenangan perizinan dan non-perizinan di tingkat pusat atau lembaga atau instansi yang berwenang mengeluarkan perizinan dan non-perizinan di provinsi atau kabupaten kota (Pasal 26 ayat [2] UU 25/2007). Menurut Pasal 6 Perpres 27/2009, penyelenggaraan PTSP di bidang penanaman modal dilakukan oleh pemerintah dan pemerintah daerah. Adapun Pasal 4 ayat (1) Perka BKPM 5/2013 jo. Perka BKPM 12/2013 lebih memperinci tentang pemerintah daerah sebagai pemerintah provinsi dan pemerintah kabupaten/kota dengan mengatur bahwa penyelenggaraan PTSP di bidang penanaman modal dilakukan oleh pemerintah, pemerintah provinsi dan pemerintah kabupaten/kota.

B. JENIS PERIZINAN

1. Jenis Perizinan Menurut Perka BKPM 5/2013 jo. Perka BKPM 12/2013

Menurut Pasal 12 ayat (1) Perka BKPM 5/2013 jo. Perka BKPM 12/2013, jenis pelayanan perizinan penanaman modal meliputi:

a. Pendaftaran penanaman modal;
b. Izin prinsip penanaman modal;
c. Izin prinsip perluasan penanaman modal;
d. Izin prinsip perubahan penanaman modal;
e. Izin usaha, izin usaha perluasan, izin usaha *merger* (penggabungan perusahaan) penanaman modal dan izin usaha perubahan;
f. Izin lokasi;

g. Persetujuan pemanfaatan ruang;
h. Izin Mendirikan Bangunan (IMB);
i. Izin gangguan (UUG/HO);
j. Surat izin pengambilan air bawah tanah;
k. Tanda Daftar Perusahaan (TDP);
l. Hak atas tanah;
m. Izin-izin lainnya dalam rangka pelaksanaan penanaman modal.

Menurut Perka BKPM 5/2013 izin prinsip penanaman modal adalah izin dari pemerintah, pemerintah daerah provinsi, pemerintah daerah kabupaten/kota yang wajib dimiliki dalam rangka memulai usaha (Pasal 1 angka 17 Perka BKPM 5/2013 jo. Pasal 1 angka 18 Perka BKPM 12/2013). Memulai usaha adalah kegiatan pendirian perusahaan baru dalam rangka penanaman modal atau perubahan kepemilikan saham dari PMDN menjadi PMA dan sebaliknya atau perpindahan lokasi usaha untuk perusahaan PMDN di luar kewenangan pemerintah (Pasal 1 angka 9 Perka BKPM 5/2013 jo. Perka BKPM 12/2013). Adapun menurut Pasal 1 angka 9 Perka BKPM 12/2013, memulai usaha adalah pendirian perusahaan baru sebagai PMA atau PMDN, atau pelaksanaan kegiatan perusahaan dalam rangka PMDN atau PMA, sebagai akibat dari terjadinya perubahan kepemilikan saham pada perusahaan, atau pelaksanaan kegiatan perusahaan PMDN di lokasi usaha yang baru, khususnya bagi PMDN yang perizinan usahanya merupakan kewenangan pemerintah provinsi/kabupaten/kota.

Izin prinsip perluasan penanaman modal, yang selanjutnya disebut izin prinsip perluasan, adalah izin prinsip yang wajib dimiliki perusahaan untuk memulai kegiatan dalam rangka perluasan usaha (Pasal 1 angka 19 Perka BKPM 5/2013 jo. Pasal 1 angka 20 Perka BKPM 12/2013). Adapun izin prinsip perubahan penanaman modal, yang selanjutnya disebut izin prinsip perubahan adalah izin prinsip yang wajib dimiliki perusahaan, dalam rangka legalisasi perubahan rencana atau realisasi penanaman modal yang telah ditetapkan sebelumnya (Pasal 1 angka 21 Perka BKPM 5/2013 jo. Pasal 1 angka 22 Perka BKPM 12/2013).

Izin usaha adalah izin dari pemerintah, pemerintah daerah provinsi, pemerintah daerah kabupaten/kota yang wajib dimiliki perusahaan untuk memulai pelaksanaan kegiatan produksi atau operasi yang menghasilkan barang atau jasa, kecuali ditentukan lain oleh peraturan perundang-undangan sektoral (Pasal 1 angka 18 Perka BKPM 5/2013 jo. Pasal 1 angka 19 Perka BKPM 12/2013). Adapun izin usaha perluasan adalah

izin usaha yang wajib dimiliki perusahaan untuk memulai pelaksanaan kegiatan produksi/operasi yang menghasilkan barang atau jasa atas pelaksanaan perluasan usaha, kecuali ditentukan lain oleh peraturan perundang-undangan sektoral (Pasal 1 angka 20 Perka BKPM 5/2013 jo. Pasal 1 angka 21 Perka BKPM 12/2013). Izin usaha perubahan adalah izin usaha yang wajib dimiliki perusahaan, dalam rangka legalisasi terhadap perubahan realisasi penanaman modal yang telah ditetapkan sebelumnya (Pasal 1 angka 22 Perka BKPM 5/2013 jo. Pasal 1 angka 23 Perka BKPM 12/2013).

Adapun pelayanan non-perizinan adalah bentuk kemudahan pelayanan, fasilitas fiskal, dan informasi mengenai penanaman modal sesuai aturan yang berlaku. Jenis pelayanan non-perizinan meliputi:

1. Fasilitas bea masuk atas impor mesin;
2. Fasilitas bea masuk atas impor barang dan bahan;
3. Usulan untuk mendapatkan fasilitas Pajak Penghasilan (PPh) badan;
4. Angka Pengenal Importir Produsen (API-P); Rencana Penggunaan Tenaga Kerja Asing (RPTKA); Rekomendasi Visa untuk Bekerja (TA. 01);
5. Izin Mempekerjakan Tenaga Kerja Asing (IMTA);
6. Insentif daerah; dan
7. Layanan informasi dan layanan pengaduan.

PRENADA MEDIA GROUP

2. Jenis Perizinan Menurut Perka BKPM 7/2013

Pasal 4 ayat (1) Perka BKPM 7/2013 menentukan layanan jenis perizinan yang meliputi:

1. Izin prinsip penanaman modal;
2. Izin usaha untuk berbagai sektor usaha;
3. Izin prinsip perluasan penanaman modal;
4. Izin usaha perluasan untuk berbagai sektor usaha;
5. Izin prinsip perubahan penanaman modal;
6. Izin usaha perubahan untuk berbagai sektor usaha;
7. Izin prinsip penggabungan perusahaan penanaman modal;
8. Izin usaha penggabungan perusahaan penanaman modal untuk berbagai sektor usaha;
9. Izin pembukaan kantor cabang;
10. Izin Kantor Perwakilan Perusahaan Asing (KPPA); dan
11. Surat Izin Usaha Perwakilan Perusahaan Perdagangan Asing (SIUP3A).

Adapun layanan non-perizinan yang diatur di dalam Pasal 4 ayat (2) Perka BKPM 7/2013 meliputi:

1. Fasilitas bea masuk atas impor mesin;
2. Fasilitas bea masuk atas impor barang dan bahan;
3. Usulan fasilitas Pajak Penghasilan (PPh) Badan untuk Penanaman Modal di bidang-bidang usaha tertentu dan/atau di daerah-daerah tertentu;
4. Usulan fasilitas pembebasan atau pengurangan PPh Badan;
5. Angka Pengenal Importir Produsen (API-P);
6. Angka Pengenal Importir Umum (API-U);
7. Rencana Penggunaan Tenaga Kerja Asing (RPTKA);
8. Rekomendasi Visa untuk Bekerja (TA.01);
9. Izin Mempekerjakan Tenaga Asing (IMTA); dan
10. Pembatalan/pencabutan perizinan penanaman modal.

Untuk layanan informasi yang diatur Pasal 4 ayat (3) Perka BKPM 7/2013 terdiri atas: (a) kebijakan penanaman modal; (b) pedoman dan tata cara permohonan perizinan dan non-perizinan penanaman modal; (c) laporan kegiatan penanaman modal; dan (d) penerimaan pengaduan masyarakat.

PRENADAMEDIA GROUP

3. Non-Perizinan Berdasarkan Fasilitas Fiskal yang Diberikan

a. Perizinan untuk bidang usaha yang tidak mendapat fasilitas fiskal atau mendapat fasilitas nonfiskal. Fasilitas nonfiskal yang diberikan meliputi:
   1) Angka pengenal importir (API) merupakan tanda pengenal yang harus dimiliki oleh importir dalam melakukan kegiatan importasi barang.
   2) Rencana Penggunaan Tenaga kerja Asing (RPTKA) adalah pengesahan rencana jumlah, jabatan dan lama penggunaan tenaga kerja asing yang diperlukan sebagai dasar untuk persetujuan pemasukan tenaga kerja asing dan penerbitan izin mempekerjakan tenaga kerja asing (RPTKA).
   3) Rekomendasi visa untuk bekerja adalah rekomendasi yang diperlukan guna memperoleh visa untuk maksud kerja bagi tenaga kerja warga negara asing.
   4) Izin mempekerjakan tenaga kerja asing (IMTA) adalah izin bagi perusahaan untuk mempekerjakan tenaga kerja warga negara asing dalam jumlah, jabatan, dan periode tertentu.

Mekanisme pengajuan perizinan fasilitas nonfiskal dapat dilakukan di BKPM, di provinsi atau di kabupaten/kota.

1) Permohonan yang diajukan kepada PTSP BKPM adalah:
   a) Fasilitas nonfiskal bagi penanaman baru yang terdiri atas:
      (1) Angka Pengenal Importir Produsen (API-P).
      (2) Rencana Penggunaan Tenaga Kerja Asing (RPTKA).
      (3) Rekomendasi visa untuk bekerja.
      (4) Izin Mempekerjakan Tenaga Asing (IMTA).
   b) Perubahan/perpanjangan fasilitas nonfiskal:
      (1) Perubahan RPTKA.
      (2) Perpanjangan IMTA bagi tenaga kerja asing yang lokasi kerjanya lebih dari satu provinsi.
      (3) Perubahan/perpanjangan API-P.
2) Permohonan yang diajukan kepada PTSP Provinsi adalah:
   a) Perpanjangan RPTKA.
   b) Perpanjangan IMTA bagi tenaga kerja asing yang lokasi kerjanya lebih dari 1 (satu) kabupaten/kota.
   c) Insentif daerah dan/atau kemudahan penanaman modal di daerah sesuai kewenangan provinsi.
3) Permohonan yang diajukan kepada PTSP kabupaten/kota adalah:
   a) Perpanjangan IMTA bagi tenaga kerja asing yang lokasi kerjanya di satu kabupaten/kota.
   b) Insentif daerah dan/atau kemudahan penanaman modal di daerah sesuai kewenangan kabupaten/kota.

b. Perizinan untuk bidang usaha yang mendapat fasilitas fiskal, fasilitas fiskal yang perizinannya diselesaikan di BKPM terdiri dari: [334]
   1) Pajak penghasilan melalui pengurangan penghasilan netto sampai tingkat tertentu terhadap jumlah penanaman modal yang dilakukan dalam waktu tertentu.
   2) Pembebasan bea masuk atas impor barang modal, mesin, atau peralatan untuk keperluan produksi yang belum dapat diproduksi di dalam negeri.
   3) Pembebasan bea masuk bahan baku atau bahan penolong untuk keperluan produksi untuk jangka waktu tertentu dan persyaratan tertentu.

[334] Sri Retno Wahyuningsih dan Firdaus Abdullah, 2012, Fasilitas Fiskal Penanaman Modal, *Modul Diklat PTSP Bidang Penanaman Modal Tingkat Pertama*, h. 13.

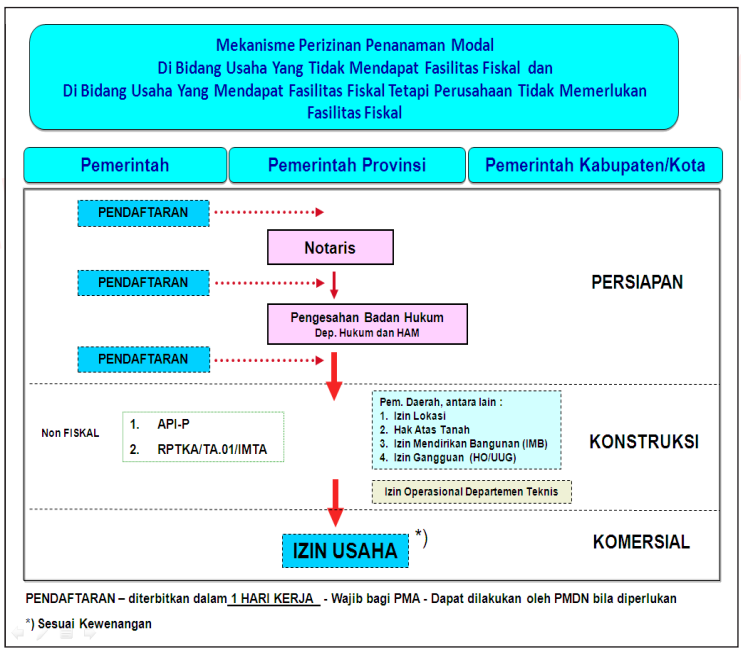
PRENADAMEDIA GROUP

4) Penangguhan pajak pertambahan nilai atas impor barang modal atau mesin atau peralatan untuk keperluan produksi yang belum dapat diproduksi di dalam negeri selama jangka waktu tertentu.
5) Penyusutan atau amortisasi yang dipercepat.
6) Keringanan pajak bumi dan bangunan, khususnya untuk bidang usaha tertentu, pada wilayah atau daerah atau kawasan tertentu.

Perka BKPM 7/2013 memberikan fasilitas fiskal antara lain: (a) fasilitas bea masuk atas impor mesin; (b) fasilitas bea masuk atas impor barang dan bahan; (c) usulan fasilitas Pajak Penghasilan (PPh) Badan untuk Penanaman Modal di bidang-bidang usaha tertentu dan/atau di daerah-daerah tertentu; dan (d) usulan fasilitas pembebasan atau pengurangan Pajak Penghasilan (PPh) Badan.

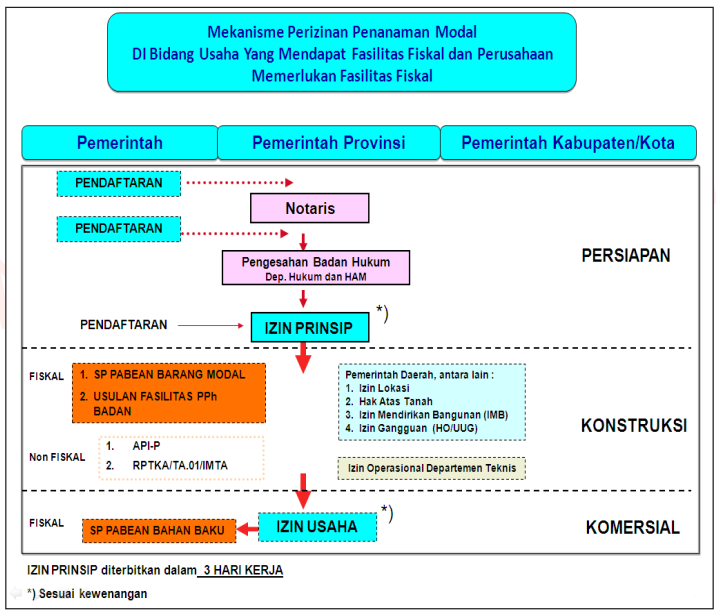
Mekanisme perizinan dibuat alurnya dalam gambar berikut ini:

MEKANISME PERIZINAN [335]



[335] Badan Pelayanan dan Perizinan Penanaman Modal Daerah (BP3PM) Pemerintah Kabupaten Tanah Bumbu, t.th., *Prosedur Perizinan Bidang Penanaman Modal,* Diakses dari http://bp3md.tanahbumbukab.go.id/index.php?option=com_content&view=article&id=144&Itemid=177.

Perizinan untuk bidang usaha yang mendapat fasilitas fiskal antara lain juga diatur di dalam Peraturan Menteri Keuangan No. 176 Tahun 2009 tentang Pembebasan Bea Masuk atas Impor Mesin Serta Barang dan Bahan untuk Pembangunan atau Pengembangan Industri dalam Rangka Penanaman Modal (selanjutnya disebut Permenkeu 176/2009). Permenkeu 176/2009 memberikan fasilitas pembebasan bea masuk impor mesin/peralatan dan pembebasan bea masuk bahan baku/penolong. Perizinan untuk badan usaha yang mendapatkan fasilitas fiskal juga diatur di dalam Peraturan Pemerintah No. 62 Tahun 2008 tentang Perubahan Atas Peraturan Pemerintah No. 1 Tahun 2007 tentang Fasilitas Pajak Penghasilan untuk Penanaman Modal di Bidang-bidang Usaha Tertentu dan/atau di Daerah-daerah Tertentu.



C. ONLINE SINGLE SUBMISSION (OSS)

Terkait dengan perizinan berusaha, pada 2018 pemerintah mengeluarkan Peraturan Pemerintah Nomor 24 Tahun 2018 tentang Pelayanan Perizinan Berusaha Terintegrasi Secara Elektronik (selanjutnya disebut PP 24/2018). PP 24/2018 ini mengatur mengenai:[336]

[336] Pasal 4 PP 24/2018.

1. Jenis, pemohon, dan penerbit Perizinan Berusaha;
2. Pelaksanaan Perizinan Berusaha;
3. Reformasi Perizinan Berusaha sektor;
4. Sistem OSS;
5. Lembaga OSS;
6. Pendanaan OSS;
7. Insentif atau disinsentif pelaksanaan Perizinan Berusaha melalui OSS;
8. Penyelesaian permasalahan dan hambatan Perizinan Berusaha melalui OSS; dan
9. Sanksi.

Perizinan Berusaha Terintegrasi Secara Elektronik atau *Online Single Submission* yang selanjutnya disingkat OSS adalah Perizinan Berusaha yang diterbitkan oleh lembaga OSS untuk dan atas nama menteri, pimpinan lembaga, gubernur, atau bupati/walikota kepada Pelaku Usaha melalui sistem elektronik yang terintegrasi (Pasal 1 angka 5 PP 24/2018). Lembaga Pengelola dan Penyelenggara OSS adalah Lembaga OSS yaitu lembaga pemerintah non-kementerian yang menyelenggarakan urusan pemerintahan di bidang koordinasi penanaman modal (Pasal 1 angka 11 PP 24/2018). Dengan demikian, Lembaga OSS sepertinya "memiliki" fungsi yang sama seperti Badan Koordinasi Penanaman Modal (BKPM).

Perizinan Berusaha adalah pendaftaran yang diberikan kepada Pelaku Usaha untuk memulai dan menjalankan usaha dan/atau kegiatan dan diberikan dalam bentuk persetujuan yang dituangkan dalam bentuk surat/keputusan atau pemenuhan persyaratan dan/atau Komitmen (Pasal 1 angka 4 PP 24/2018). Adapun Pelaku Usaha adalah perseorangan atau non-perseorangan yang melakukan usaha dan/atau kegiatan pada bidang tertentu (Pasal 1 angka 6 jo. Pasal 6 ayat (1) PP 24/2018).

Jenis Perizinan Berusaha terdiri atas Izin Usaha dan Izin Komersial atau Operasional (Pasal 5 PP 24/2018). Izin Usaha adalah izin yang diterbitkan oleh Lembaga OSS untuk dan atas nama menteri, pimpinan lembaga, gubernur, atau bupati/walikota setelah Pelaku Usaha melakukan Pendaftaran dan untuk memulai usaha dan/atau kegiatan sampai sebelum pelaksanaan komersial atau operasional dengan memenuhi persyaratan dan/atau komitmen (Pasal 1 angka 8 PP 24/2014). Izin Komersial atau Operasional adalah izin yang diterbitkan oleh Lembaga OSS untuk dan atas nama menteri, pimpinan lembaga, gubernur, atau bupati/walikota setelah Pelaku Usaha mendapatkan Izin Usaha dan untuk melakukan ke-

PRENADAMEDIA GROUP

giatan komersial atau operasional dengan memenuhi persyaratan dan/atau komitmen (Pasal 1 angka 9 PP 24/2014).

Perizinan Berusaha tersebut diterbitkan oleh menteri, pimpinan lembaga, gubernur, atau bupati/walikota sesuai kewenangannya (Pasal 18 ayat [1] PP 24/2018) atau dillimpahkan/didelegasikan kepada pejabat lain (Pasal 18 ayat [2] PP 24/2018). Pelaksanaan kewenangan penerbitan Perizinan Berusaha tersebut termasuk penerbitan dokumen lain yang berkaitan dengan Perizinan Berusaha wajib dilakukan melalui Lembaga OSS (Pasal 19 ayat [1] PP 24/2018). Lembaga OSS untuk dan atas nama menteri, pimpinan lembaga, gubernur, atau bupati/walikota menerbitkan Perizinan Berusaha tersebut (Pasal 19 ayat [2] PP 24/2018). Lembaga OSS menerbitkan Perizinan Berusaha (Izin Komersial atau Operasional) berdasarkan Komitmen untuk memenuhi: (a) standar, sertifikat, dan/atau lisensi; dan/atau (b) pendaftaran barang/jasa, sesuai dengan jenis produk dan/atau jasa yang dikomersialkan oleh Pelaku Usaha melalui sistem OSS (Pasal 39 PP 24/2018).

Penerbitan Perizinan Berusaha oleh Lembaga OSS dilakukan dalam bentuk Dokumen Elektronik sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan di bidang informasi dan transaksi elektronik (Pasal 19 ayat [3] PP 24/2018). Dokumen Elektronik tersebut disertai tanda tangan elektronik, berlaku sah dan mengikat berdasarkan hukum serta merupakan alat bukti yang sah sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan di bidang informasi dan transaksi elektronik (Pasal 19 ayat [3] dan [4] PP 24/2018).

Menurut Pasal 20 PP 24/2018, Pelaksanaan Perizinan Berusaha meliputi:

1. Pendaftaran;
2. Penerbitan Izin Usaha dan penerbitan Izin Komersial atau Operasional berdasarkan Komitmen;
3. Pemenuhan Komitmen lzin Usaha dan pemenuhan Komitmen Izin Komersial atau Operasional;
4. Pembayaran biaya;
5. Fasilitasi;
6. Masa berlaku; dan
7. Pengawasan.

Lembaga OSS menerbitkan Nomor Induk Berusaha (NIB) setelah Pelaku Usaha melakukan Pendaftaran melalui pengisian data secara lengkap dan memberikan NPWP bagi Pelaku Usaha yang belum memiliki

NPWP (Pasal 24 ayat [1] PP 24/2018). Lembaga OSS setelah menerbitkan NIB, sekaligus memberikan informasi mengenai fasilitas fiskal yang akan didapat oleh Pelaku Usaha sesuai bidang usaha dan besaran rencana penanaman modal sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan (Pasal 30 ayat [1] PP 24/2018).

NIB adalah identitas Pelaku Usaha yang diterbitkan oleh Lembaga OSS setelah Pelaku Usaha melakukan Pendaftaran (Pasal 1 angka 12 PP 24/2018). NIB merupakan identitas berusaha dan digunakan oleh Pelaku Usaha untuk mendapatkan Izin Usaha dan Izin Komersial atau Operasional termasuk untuk pemenuhan persyaratan Izin Usaha dan Izin Komersial atau Operasional (Pasal 25 ayat [1] PP 24/2018). NIB berlaku selama Pelaku Usaha menjalankan usaha dan/atau kegiatannya sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan (Pasal 25 ayat [2] PP 24/2018). Menurut Pasal 25 ayat (3) PP 24/2018, NIB dicabut dan dinyatakan tidak berlaku oleh Lembaga OSS dalam hal:

1. Pelaku Usaha melakukan usaha dan/atau kegiatan yang tidak sesuai dengan NIB; dan/atau
2. Dinyatakan batal atau tidak sah berdasarkan putusan pengadilan yang berkekuatan hukum tetap.

Menurut Pasal 26 PP 24/2018, NIB berlaku juga sebagai:

1. Tanda Daftar Perusahaan (TDP)[337] sebagaimana dimaksud dalam peraturan perundang-undangan di bidang tanda daftar perusahaan.
2. Angka Pengenal Importir (API)[338] sebagaimana dimaksud dalam peraturan perundangundangan di bidang perdagangan.
3. Hak akses kepabeanan sebagaimana dimaksud dalam peraturan perundang-undangan di bidang kepabeanan.

Dalam hal Pelaku Usaha akan mempekerjakan tenaga kerja asing, Pelaku Usaha mengajukan pengesahan Rencana Penggunaan Tenaga Kerja Asing (RPTKA) sebagaimana diatur di dalam Pasal 29 ayat (1) PP 24/2018. RPTKA adalah rencana penggunaan tenaga kerja asing pada jabatan tertentu yang dibuat oleh pemberi kerja tenaga kerja asing untuk jangka waktu tertentu yang disahkan oleh menteri yang menyelenggarakan urusan pemerintahan di bidang ketenagakerjaan atau pejabat yang ditunjuk (Pasal 1 angka 14 PP 24/2018). Menurut Pasal 29 ayat (2)

[337] TDP adalah surat tanda pengesahan yang diberikan oleh Lembaga OSS kepada pelaku usaha yang telah melakukan Pendaftaran (Pasal 1 angka 14 PP 24/2018).

[338] API adalah tanda pengenal sebagai importer (Pasal 1 angka 15 PP 24/2018).

PRENADAMEDIA GROUP

PP 24/2018, Pelaku Usaha dalam rangka pengajuan pengesahan RPTKA mengisi data pada laman OSS berupa:

1. Alasan penggunaan tenaga kerja asing;
2. Jabatan dan/atau kedudukan tenaga kerja asing dalam struktur organisasi perusahaan yang bersangkutan;
3. Jangka waktu penggunaan tenaga kerja asing;
4. Penunjukan tenaga kerja Indonesia sebagai pendamping tenaga kerja asing yang dipekerjakan; dan
5. Jumlah tenaga kerja asing.

Berdasarkan data pengajuan RPTKA, sistem OSS memproses pengesahan RPTKA sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan (Pasal 29 ayat [3] PP 24/2018). Pengesahan RPTKA sebagaimana merupakan izin mempekerjakan tenaga kerja asing (Pasal 29 ayat [4] PP 24/2018).

Izin Usaha wajib dimiliki oleh Pelaku Usaha yang telah mendapatkan NIB (Pasal 31 ayat [1] PP 24/2018). Izin Usaha adalah izin yang diterbitkan oleh Lembaga OSS untuk dan atas nama menteri, pimpinan lembaga, gubernur, atau bupati/walikota setelah Pelaku Usaha melakukan Pendaftaran dan untuk memulai usaha dan/atau kegiatan sampai sebelum pelaksanaan komersial atau operasional dengan memenuhi persyaratan dan/atau Komitmen (Pasal 1 angka 8 PP 24/2018). Komitmen adalah pernyataan Pelaku Usaha untuk memenuhi persyaratan lzin Usaha dan/atau lzin Komersial atau Operasional (Pasal 1 angka 10 PP 24/2018).

Menurut Pasal 32 ayat (1) PP 24/2018, Lembaga OSS menerbitkan Izin Usaha berdasarkan Komitmen kepada:

1. Pelaku Usaha yang tidak memerlukan prasarana untuk menjalankan usaha dan/atau kegiatan; dan
2. Pelaku Usaha yang memerlukan prasarana untuk menjalankan usaha dan/atau kegiatan dan telah memiliki atau menguasai prasarana.

Lembaga OSS menerbitkan Izin Usaha berdasarkan Komitmen kepada Pelaku Usaha yang memerlukan prasarana untuk menjalankan usaha dan/atau kegiatan tapi belum memiliki atau menguasai prasarana, setelah Lembaga OSS menerbitkan:[339]

1. lzin lokasi;
2. lzin Lokasi Perairan;

[339] Pasal 32 ayat (2) PP 24/2018.

3. Izin Lingkungan; dan/atau
4. IMB.

Menurut Pasal 37 PP 24/2018, Izin Usaha berlaku untuk seluruh wilayah Indonesia. Selain itu, Pelaku Usaha yang telah mendapatkan Izin Usaha dan akan mengembangkan usaha dan/atau kegiatan di wilayah lain, harus tetap memenuhi persyaratan lzin Lokasi, Izin Lokasi Perairan, Izin Lingkungan, dan IMB di masing-masing wilayah tersebut. Pelaku Usaha wajib memperbarui informasi pengembangan usaha dan/atau kegiatan pada sistem OSS.

Pelaku Usaha yang telah mendapatkan Izin Usaha dapat melakukan kegiatan:[340]

1. Pengadaan tanah;
2. Perubahan luas lahan;
3. Pembangunan bangunan gedung dan pengoperasiannya;
4. Pengadaan peralatan atau sarana;
5. Pengadaan sumber daya manusia;
6. Penyelesaian sertihkasi atau kelaikan;
7. Pelaksanaan uji coba produksi (*commisioning*); dan/atau
8. Pelaksanaan produksi.

Pelaku Usaha yang telah mendapatkan Izin Usaha namun belum menyelesaikan: (a) Amdal; dan/atau (b) rencana teknis bangunan gedung, belum dapat melakukan kegiatan pembangunan bangunan gedung (Pasal 38 ayat [2] PP 24/2018).

Menurut Pasal 40 PP 24/2018, Lembaga OSS membatalkan lzin Usaha yang sudah diterbitkan dalam hal Pelaku Usaha tidak menyelesaikan pemenuhan Komitmen sebagaimana dimaksud dalam Pasal 32 dan/atau lzin Komersial atau Operasional sebagaimana dimaksud dalam Pasal 39. Izin Usaha dan/atau Izin Komersial atau Operasional berlaku efektif setelah Pelaku Usaha menyelesaikan Komitmen dan melakukan pembayaran biaya Perizinan Berusaha sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan (Pasal 41 PP 24/2018).

Lembaga OSS, kementerian, Iembaga, dan Pemerintah Daerah memberikan fasilitasi Perizinan Berusaha kepada Pelaku Usaha terutama usaha mikro, kecil, dan menengah (Pasal 78 ayat [1] PP 24/2018). Fasilitasi sebagaimana dimaksud berupa: pelayanan informasi yang berkaitan dengan Perizinan Berusaha; dan bantuan untuk mengakses laman OSS

[340] Pasal 38 ayat (1) PP 24/2018.

PRENADAMEDIA GROUP

datam rangka mendapatkan Perizinan Berusaha (Pasal 78 ayat [2] PP 24/2018).

Izin Usaha berlaku selama Pelaku Usaha menjalankan usaha dan/atau kegiatannya, kecuali diatur lain dalam undang-undang (Pasal 79 ayat [1] PP 24/2018). Izin Komersial atau Operasional berlaku sesuai dengan jangka waktu yang ditetapkan dalam peraturan perundang-undangan yang mengatur masing-masing izin (Pasal 79 ayat [2] PP 24/2018).

Pelaku Usaha yang telah memiliki Perizinan Berusaha, dapat mengembalikannya kepada menteri, pimpinan lembaga, gubernur, atau bupati/walikota sebelum jangka waktu Perizinan Berusaha berakhir (Pasal 80 ayat [1] PP 24/2018). Pengembalian Perizinan Berusaha tersebut tidak menghilangkan kewajiban Pelaku Usaha yang melekat dalam Perizinan Berusaha tersebut (Pasal 80 ayat [2] PP 24/2018).

Menurut Pasal 81 ayat (1) PP 24/2018 Kementerian, lembaga, dan/atau Pemerintah Daerah wajib melakukan pengawasan atas:

1. Pemenuhan Komitmen;
2. Pemenuhan standar, sertifikasi, lisensi dan/atau pendaftaran; dan/atau
3. Usaha dan/atau kegiatan, sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

PRENADAMEDIA GROUP

Dalam hal hasil pengawasan ditemukan ketidaksesuaian atau penyimpangan, kementerian, lembaga, dan/atau Pemerintah Daerah mengambil tindakan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan (Pasal 81 ayat [2] PP 24/2018). Tindakan dimaksud dapat berupa: (a) peringatan; (b) penghentian sementara kegiatan berusaha; (c) pengenaan denda administratif; dan/atau (d) pencabutan Perizinan Berusaha, sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan (Pasal 81 ayat [3] PP 24/2018). Tindakan dimaksud disampaikan melalui sistem OSS oleh kementerian, lembaga, dan/atau Pemerintah Daerah kepada Lembaga OSS (Pasal 81 ayat [4] PP 24/2018). Lembaga OSS berdasarkan penyampaian kementerian, lembaga, dan/atau Pemerintah Daerah melakukan penghentian sementara atau pencabutan Perizinan Berusaha (Pasal 81 ayat [5] PP 24/2018).

Dalam rangka percepatan pelayanan berusaha melalui sistem OSS dilakukan reformasi peraturan Perizinan Berusaha (Pasal 84 ayat [1] PP 24/2018). Menurut Pasal 84 ayat (2) PP 24/2018, Reformasi peraturan Perizinan Berusaha meliputi: (a) pengaturan kembali jenis perizinan, pendaftaran, rekomendasi, persetujuan, penetapan, standar, sertifikasi,

atau lisensi; (b) penahapan untuk memperoleh perizinan; dan (c) pemberlakuan Komitmen pemenuhan persyaratan.

Pengaturan kembali jenis perizinan, pendaftaran, rekomendasi, persetujuan, penetapan, standar, sertifikasi, atau lisensi dilakukan melalui:

1. Pengklasifikasian;
2. Penghapusan;
3. Penggabungan;
4. Perubahan nomenklatur; atau
5. Penyesuaian persyaratan.[341]

Adapun tahapan untuk memperoleh perizinan terdiri atas:[342]

1. Pendaftaran;
2. Pemberian Izin Usaha; dan
3. Pemberian lzin Komersial atau Operasional.

Pemberlakuan Komitmen pemenuhan persyaratan sebagaimana dimaksud pada ayat (2) huruf c dilakukan untuk melakukan usaha dan/atau kegiatan sesuai dengan Izin Usaha atau lzin Komersial atau Operasional yang telah diterbitkan (Pasal 84 ayat [5] PP 24/2018).

Menurut Pasal 85 PP 24/2018, Pelaksanaan reformasi peraturan Perizinan Berusaha terdiri atas Perizinan Berusaha pada: sektor ketenagalistrikan; sektor pertanian; sektor lingkungan hidup dan kehutanan; sektor pekerjaan umum dan perumahan ralqrat; sektor kelautan dan perikanan; sektor kesehatan; sektor obat dan makanan; sektor perindustrian; sektor perdagangan; sektor perhubungan; sektor komunikasi dan informatika; sektor keuangan; sektor pariwisata; sektor pendidikan dan kebudayaan; sektor pendidikan tinggi; sektor agama dan keagamaan; sektor ketenagakerjaan; sektor kepolisian; sektor perkoperasian dan usaha mikro, kecil, menengah; dan sektor ketenaganukliran. Pelaksanaan Perizinan Berusaha yang tidak termasuk dalam Pasal 85 dilaksanakan berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan sektor bersangkutan (Pasal 86 ayat [1] PP 24/2018).

Standar Perizinan Berusaha harus ditetapkan standarnya sebagaimana diatur di dalam Pasal 88 bahwa:

1. Menteri dan pimpinan di sektornya masing-masing sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

[341] Pasal 84 ayat (3) PP 24/2018.
[342] Pasal 84 ayat (4) PP 24/2018.

PRENADAMEDIA GROUP

2. Standar Perizinan Berusaha mencakup norma, standar, prosedur, dan kriteria Perizinan Berusaha.
3. Menteri dan pimpinan lembaga dalam menyusun standar Perizinan Berusaha, berkoordinasi dengan menteri dan pimpinan lembaga lain difasilitasi oleh menteri koordinator yang menyelenggarakan urusan pemerintahan di bidang perekonomian.

Dalam rangka pelaksanaan standar Perizinan Berusaha, pasal, menteri, pimpinan lembaga, gubernur, dan bupati/walikota mencabut dan menyatakan tidak berlaku seluruh peraturan dan/atau keputusan yang mengatur mengenai norma, standar, prosedur, dan kriteria Perizinan Berusaha yang menjadi kewenangannya, yang tidak sesuai dengan PP 24/2018 (Pasal 89 ayat [1] PP 24/2018). Pencabutan peraturan dan/atau keputusan ditetapkan paling lama 15 hari sejak diundangkannya PP 24/2018 (Pasal 89 ayat [2] PP 24/2018).

Selanjutnya berkaitan dengan Sistem OSS, Pasal 90 PP 24/2018 mengatur bahwa:

1. Pemerintah Pusat membangun, mengembangkan, dan mengoperasionalkan sistem OSS.
2. Sistem OSS terintegrasi dan menjadi gerbang (*gateway*) dari sistem pelayanan pemerintahan yang telah ada pada kementerian/lembaga dan Pemerintah Daerah.
3. Sistem OSS menjadi acuan utama (*single reference*) dalam pelaksanaan Peizinan Berusaha.
4. Dalam hal kementerian, lembaga, Pemerintah Daerah provinsi, atau Pemerintah Daerah kabupaten/kota memiliki lebih dari satu sistem perizinan elektronik, maka sistem OSS melakukan integrasi pada satu pintu sistem perizinan elektronik yang ditentukan oleh kementerian, lembaga, Pemerintah Daerah provinsi, atau Pemerintah Daerah kabupaten/kota.

Selanjutnya Pasal 91 PP 24/2018 mengatur penggunaan sistem OSS bahwa:

1. Kementerian/lembaga, Pemerintah Daerah provinsi, dan Pemerintah Daerah kabupaten/kota menggunakan sistem OSS dalam rangka pemberian Perizinan Berusaha yang menjadi kewenangannya masing-masing.
2. Penggunaan sistem OSS mengikuti standar integrasi sistem OSS yang mencakup paling sedikit:

PRENADAMEDIA GROUP

a. Standar autentikasi dan pengaturan hak akses dari dan ke sistem OSS;
b. Standar elemen data perizinan antarsistem Perizinan Berusaha dengan sistem OSS;
c. Standar model integrasi antarsistem Perizinan Berusaha dengan sistem OSS;
d. Standar keamanan bersama dan tanda tangan digital antarsistem Perizinan Berusaha dengan sistem OSS; dan
e. Standar *service level agreement* antarsistem Perizitan Berusaha dengan sistem OSS.

3. Penetapan kelayakan standardisasi integrasi sistem OSS dilakukan melalui proses uji kelayakan integrasi, yang meliputi proses penelaahan teknis dan operasi atas aspek yang mencakup: (a) kelayakan spesifikasi standar teknis aplikasi dan data; (b) kelayakan standar prosedur operasi dan bisnis proses; kelayakan standar infrastruktur sistem perizinan; dan (c) kelayakan standar dukungan layanan.
4. Kelayakan standardisasi integrasi sistem OSS dituangkan dalam bentuk sertifikasi uji laik integrasi yang ditetapkan oleh kementerian yang menyelenggarakan urusan pemerintahan di bidang komunikasi dan informatika.

Berkaitan dengan kelembagaan yang menangani sistem OSS, Pasal 93 PP 24/2018 mengatur bahwa Sistem OSS dikelola oleh Lembaga OSS. Selanjutnya Pasal 94 PP 24/2018 mengatur mengenai kewenangan dari Lembaga OSS bahwa:

1. Lembaga OSS berwenang untuk:
   a. Menerbitkan Perizinan Berusaha melalui sistem OSS;
   b. Menetapkan kebijakan pelaksanaan Perizinan Berusaha melalui sistem OSS;
   c. Menetapkan petunjuk pelaksanaan penerbitan Perizinan Berusaha pada sistem OSS;
   d. Mengelola dan mengembangkan sistem OSS; dan
   e. Bekerja sama dengan pihak lain dalam pelaksanaan, pengelolaan, dan pengembangan sistem OSS.
2. Pelaksanaan kewenangan lembaga OSS dilakukan dengan berkoordinasi dengan menteri, pimpinan lembaga, gubernur, dan/atau bupati/walikota.
3. Koordinasi tersebut difasilitasi oleh menteri koordinator yang menyelenggarakan urusan pemerintahan di bidang perekonomian.

PRENADAMEDIA GROUP

Dalam hal Lembaga OSS belum dapat melaksanakan pelayanan Perizinan Berusaha dan pengelolaan sistem OSS, pelayanan Perizinan Berusaha dan pengelolaan sistem OSS dilaksanakan oleh kementerian koordinator yang menyelenggarakan urusan pemerintahan di bidang perekonomian (Pasal 105 ayat [1] PP 24/2018). Pelayanan Perizinan Berusaha dan pengelolaan sistem OSS dilaksanakan sampai dengan ditetapkannya pengalihan pengelolaan sistem OSS kepada lembaga pemerintah non-kementerian yang menyelenggarakan urusan pemerintahan di bidang koordinasi penanaman modal berdasarkan keputusan menteri koordinator yang menyelenggarakan urusan pemerintahan di bidang perekonomian (Pasal 105 ayat [1] PP 24/2018).

Dengan berlakunya PP 24/2018, maka:

1. Semua ketentuan peraturan perundang-undangan yang mengatur mengenai pelayanan Perizinan Berusaha dinyatakan masih tetap berlaku sepanjang tidak bertentangan atau tidak diatur secara khusus dalam PP tersebut (Pasal 106).
2. Perizinan Berusaha yang telah diajukan oleh Pelaku Usaha sebelum berlakunya PP 24/2018 dan belum diterbitkan Perizinan Berusahanya, diproses melalui sistem OSS sesuai dengan ketentuan PP24/2018 (Pasal 103).
3. Pelaku usaha yang telah memperoleh Izin Komersial atau Operasional sebelum PP 24/2018 mulai berlaku dan memerlukan lzin Usaha dan/atau Izin Komersial atau Operasional yang baru untuk pengembangan usaha, Pasal 104 PP 24/2018 mengatur sebagai berikut:
    a. Pengajuan dan penerbitan Perizinan Berusaha untuk pengembangan usaha dan/atau kegiatan atau komersial atau operasional dilakukan melalui sistem OSS dengan melengkapi data, Komitmen, dan/atau pemenuhan Komitmen sesuai dengan ketentuan PP 24/2018.
    b. Izin Usaha dan/atau izin Komersial atau Operasional yang telah diperoleh dan masih berlaku sesuai bidang usaha dan/atau kegiatan tetap berlaku dan didaftarkan ke sistem OSS;
    c. Pelaku Usaha diberikan NIB sesuai dengan ketentuan PP ini.

PRENADAMEDIA GROUP

PRENADAMEDIA GROUP

10

PENYELESAIAN SENGKETA PENANAMAN MODAL

A. PENYELESAIAN SENGKETA INVESTASI INTERNASIONAL

1. Penyelesaian Sengketa Secara Klasik/tradisional

Berdasarkan Teori Klasik dari hukum publik internasional, hanya negara yang mempunyai kapasitas untuk dianggap sebagai subjek hukum,[343] sehingga pihak privat seperti perorangan dan badan hukum tidak memiliki personalitas hukum untuk mengajukan gugatan atas pelanggaran hak yang dimiliki. Dengan demikian, investor asing (baik perorangan maupun perusahaan multinasional) tidak dapat dianggap sebagai subjek hukum dan tidak memiliki personalitas hukum.[344] Namun, pihak privat dapat diakui sebagai subjek hukum ketika melakukan kontrak dengan negara/pemerintah mengingat kontrak investasi yang dibuat antara investor dengan negara dianggap sebagai subjek hukum internasional.[345] Meskipun dianggap sebagai subjek hukum internasional ketika membuat kontrak investasi, investor sebagai pihak privat tidak dapat bertindak sebagai subjek hukum internasional secara penuh karena harus tunduk pada pilihan hukum yang ada pada kontrak investasinya.

Salah satu cara yang mungkin dapat ditempuh agar investor dapat mengajukan gugatan atau klaim haknya adalah melalui intervensi negara dengan cara melakukan perlindungan diplomatik (*diplomatic protection*)

---

[343] D.P.O'Connel, 1970, *International Law*, London: Steven, h. 106–107.

[344] *Ibid.*, h. 107–108. Lihat juga: Ian Brownlie, 2003, *Principles of Public International Law,* Oxford: Oxford University Press, h. 65.

[345] Peter T. Muchlinski, *Op. cit.*, h. 704.

PRENADAMEDIA GROUP

untuk kepentingan investor tersebut. Intervensi oleh negara ini dapat dilakukan karena investor merupakan warga negara yang harus dilindungi. Namun, ada kesulitan untuk membangun argumen mengenai kebangsaan dari investor (khususnya perusahaan multinasional) bahwa investor merupakan warga negaranya yang harus dilindungi. Dalam kasus *Barcelona Traction* yang diputus oleh ICJ, perlindungan diplomatik dapat dilakukan ketika kebangsaan investor didasarkan pada tempat di mana investor itu melakukan kegiatan investasinya dan bukan berdasarkan pada kebangsaan dari pemegang saham (yang umumnya adalah warga negara dari *home state*).[346] Efek dari kasus *Barcelona Traction* adalah penolakan eksistensi aturan dasar dari hukum internasional atau hukum ekuitas tentang perlindungan diplomatik terhadap pemegang saham pada perusahaan asing yang haknya dilanggar oleh negara lain.

Intervensi negara melalui perlindungan diplomatik juga akan sulit dilakukan untuk menyelesaikan sengketa investasi di *host state* mengingat adanya pembatasan melakukan intervensi tersebut seperti penerapan doktrin Calvo untuk tidak mempolitisasi sengketa investasi (*depolitising investment disputes)* dengan melarang adanya intervensi negara dalam bentuk perlindungan diplomatik, bahkan doktrin ini mengharuskan sengketa investasi diselesaikan berdasarkan hukum setempat.[347] Dengan kata lain, perlindungan diplomatik hanya dapat dilakukan ketika investor telah menyelesaikan sengketa investasinya berdasarkan hukum setempat, tetapi hasilnya dianggap tidak efektif.[348] *Article* 27 (1) dari ICSID *Convention* juga mengatur hal yang sama dengan melarang negara memberikan perlindungan diplomatik.

> *No contracting state shall give diplomatic protection or bring an international claim in respect of a dispute which one of its nationals and another contracting state shall be consented to submit or shall have submitted to arbitration under this convention, unless such other contracting state shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such disputes.*

[346] The Barcelona Traction (Belgium v Spain), 1970, *International Court of Justice Report*, h. 3.

[347] Surya P. Subedi, *Op. cit.*, h. 95.

[348] Peter T. Muchlinski, *Op. cit.*, h. 705.

PREMIER PUBLISHING GROUP

2. Penyelesaian Sengketa Melalui Arbitrase atau Konsiliasi Internasional

Sengketa investasi khususnya antara pemerintah setempat dan investor asing umumnya timbul akibat pelanggaran klausul-klausul yang terdapat pada kontrak investasi internasional misalnya kontrak kerja sama manajemen atau kontrak lisensi. Pada beberapa kasus, investor akan lebih memilih hukum lokal untuk menyelesaikan sengketa, tetapi pada kasus-kasus yang lain, investor asing merasa bahwa hukum setempat tidak memberikan perlindungan yang memadai dan tidak dianggap sebagai mekanisme penyelesaian yang tepat. Oleh karena itu, banyak investor yang kemudian melakukan delokalisasi penyelesaian sengketa (*delocalized dispute settlement*)[349] dengan tidak mengandalkan penyelesaian sengketa di lokasi investasi berada, tetapi lebih memilih penyelesaian berdasarkan hukum internasional.

Penyelesaian melalui jalur internasional mungkin tidak terlalu diminati *host state* karena kesulitan untuk mengontrol kasus tersebut jika diselesaikan menggunakan metode penyelesaian sengketa internasional. Namun, *host state* umumnya terpaksa untuk menggunakan metode penyelesaian secara internasional untuk menciptakan iklim investasi yang baik guna menarik masuknya investasi asing di *host state.*

Apabila memilih penyelesaian berdasarkan metode penyelesaian sengketa internasional, ada banyak pilihan yang tersedia, seperti negosiasi, konsiliasi, atau arbitrase. Penyelesaian sengketa melalui negosiasi merupakan metode yang sangat *basic* sehingga diperlukan penyelesaian melalui konsiliasi atau arbitrase untuk kasus-kasus yang lebih kompleks dan rumit. Konsiliasi atau arbitrase bisa berupa sebagai berikut:

a. Ad Hoc Arbitration and Conciliation

Ad hoc arbitration/conciliation merupakan metode penyelesaian sengketa yang didasarkan pada inisiatif para pihak, di mana para pihak yang menentukan prosedur, pemilihan arbitrator, pilihan kasus dan dukungan administratif lainnya.[350] Keuntungan utama dari penyelesaian sengketa melalui *ad hoc arbitration/conciliation* adalah bahwa prosedurnya dibentuk sesuai dengan keinginan para pihak. Namun, terdapat beberapa

[349] *Ibid.,* h. 707

[350] Markham Ball, 1986, Structuring the Arbitration in Advance – the Arbitration Clause in an International Development Agreement, dalam: J. Lew (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitratin,* London: Queen Mary College for Commercial Law Studies, h. 300.

kendala dari *ad hoc arbitration/conciliation,* yaitu: (a) mengingat proses penyelesaiannya dibentuk sesuai keinginan para pihak, *bargaining power* para pihak akan memengaruhi konten penyelesaian sengketa, bahwa semakin kuat *bargaining power* yang dimiliki salah satu pihak, semakin besar keuntungan yang diperoleh pihak tersebut sesuai dengan kepentingannya; (b) akan sulit untuk mencapai kesepakatan mengenai sifat sengketa atau hukum yang diterapkan; (c) akan sulit memilih arbitrator yang dapat diterima oleh kedua belah pihak dan yang tidak memihak salah satu pihak; (d) proses menjadi tidak cepat selesai karena banyaknya penundaan dan ketidakhadiran salah satu pihak; dan (e) kesulitan menegakkan atau melaksanakan putusan arbitrase/konsiliasi di pengadilan setempat atau kesulitan penegakan akibat kekebalan hukum yang dimiliki oleh negara sebagai salah satu pihak.

The United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL) *Arbitration Rules 1976,* the UNCITRAL *Conciliation Rules 1980,* dan the UNCITRAL *Model Law on International Commercial Arbitration 1985* memberikan kontribusi besar bagi perkembangan *ad hoc arbitration/conciliation* dan pembentukan aturan tunggal mengenai konsiliasi dan arbitrase. Bahkan *the* UNCITRAL *Model Law on International Commercial Arbitration 1985* mempunyai tujuan untuk mempromosikan harmonisasi ketentuan nasional mengenai prosedur arbitrase dengan standar internasional mengenai arbitrase.

b. Institutional S*ystem for Arbitration/Conciliation*

Sistem kelembagaan untuk arbitrase/konsiliasi dianggap lebih dapat diandalkan daripada *ad hoc arbitration/conciliation*. Begitu para pihak setuju untuk menggunakan lembaga formal arbitrase/konsiliasi, mereka terikat pada sistem dan prosedurnya. Sistem kelembagaan pada arbitrase/konsiliasi dianggap lebih konsisten dengan prinsip keadilan prosedural, sehingga dapat ditegakkan di pengadilan setempat. Pada awalnya, adab lembaga arbitrase seperti ICSID dan *International Chamber of Commerce Court of Arbitration.*

1) International Chamber of Commerce Court of Arbitration (ICC)

ICC umumnya digunakan untuk menyelesaikan sengketa dagang antara pihak privat. ICC ini kurang berpengalaman dalam menyelesaikan sengketa kontrak investasi jangka panjang yang sifatnya sangat kompleks serta yang melibatkan pihak publik atau negara sebagai salah satu pihak yang bersengketa.

2) ICSID

ICSID dibentuk berdasarkan konvensi *Washington on the Settlement of Investment Dispute between States and nationals of other states* pada 18 Maret 19645 dan efektif berlaku sejak 14 Oktober 1966. Tujuan dibentuknya ICSD adalah tidak hanya sebagai mekanisme penyelesaian sengketa semata, melainkan juga sebagai instrumen kebijakan internasional untuk meningkatkan pembangunan ekonomi.[351]

ICSID tidak mengharuskan untuk menyelesaikan sengketa investasi berdasarkan hukum setempat kecuali para pihak setuju untuk menyelesaikan dengan menggunakan cara ini. Oleh karena itu, salah satu karakter penting dari ICSID adalah prinsip delokalisasi penyelesaian sengketa dari sistem hukum setempat (*delocalized system of dispute settlement*), sehingga fungsi lembaga peradilan setempat menjadi terbatas ketika ada para pihak menundukkan diri pada penyelesaian di ICSID, termasuk pada putusan yang dikeluarkan. Prinsip ini terdapat pada *Article* 26 dan *Article* 27 (1) dari ICSID *Convention. Article* 26 menjadikan sengketa dikeluarkan dari *national remedies.*

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

Adapun *Article* 27 (1) menyebabkan sengketa dikeluarkan dari *international remedies.*

> *No Contracting State shall give diplomatic protection, or bring an international claim, in respect of a dispute which one of its nationals and another Contracting State shall have consented to submit or shall have submitted to arbitration under this Convention, unless such other Contracting State shall have failed to abide by and comply with the award rendered in such dispute.*

Berdasarkan prinsip *delocalized system of dispute settlement*, negara tersebut menerima bahwa hak negara untuk mengatur termasuk mengontrol sengketa investasi asing harus diselaraskan dengan prosedur internasional yang diatur oleh konvensi ICSID, begitu suatu negara menyatakan ikut serta/meratifikasi konvensi ICSID.

[351] Georges Delaume, 1986, ICSID Arbitration. Dalam JDM Lew (ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration,* London: Queen Marry College, Centre For Commercial Law Studies, h. 23.

PRENADAMEDIA GROUP

Salah satu prosedur dasar dari ICSID adalah sebagaimana diatur di dalam *Article* 25 (1) ICSID *Convention:*

> *(1) The jurisdiction of the Centre shall extend to any legal dispute arising directly out of an investment, between a Contracting State (or any constituent subdivision or agency of a Contracting State designated to the Centre by that State) and a national of another Contracting State, which the parties to the dispute consent in writing to submit to the Centre. When the parties have given their consent, no party may withdraw its consent unilaterally.*

Article 25 (1) ICSID *Convention* pada prinsipnya mengatur yurisdiksi dari ICSID untuk menyelesaikan sengketa yang didasarkan kesepakatan tertulis para pihak. *Article* 25 (1) ini mengharuskan adanya kesepakatan tertulis dari para pihak untuk menyelesaikan sengketa di ICSID dan begitu kesepakatan tersebut dibuat, tidak ada satu pun pihak yang dapat menarik kesepakatan tersebut secara sepihak. Kesepakatan tersebut dapat disimpulkan dari serangkaian perjanjian yang menunjuk ICSID sebagai mekanisme penyelesaian sengketa.[352] Kesepakatan tersebut juga dianggap ada ketika *host state* menerima aplikasi investasi yang berisi klausul yang mengharuskan *host state* dan investor menyelesaikan sengketa di ICSID.[353] Kesepakatan juga dianggap dibuat secara bersyarat untuk kondisi di masa datang, seperti penerimaan konvensi ICSID oleh negara tuan rumah atau registrasi perusahaan untuk melakukan investasi di masa datang.

Persetujuan untuk menyelesaikan sengketa lewat ICSID dapat dituangkan dalam kontrak investasi, pada ketentuan hukum investasi nasional yang berlaku secara unilateral, klausul penyelesaian sengketa di BIT, FTA, atau IIA. Dalam hal ini terdapat konsep *arbitration without privity* yaitu *host state* menawarkan kepada seluruh investor penyelesaian sengketa melalui ICSID, baik melalui hukum investasi nasionalnya maupun melalui traktat perlindungan investasi. Apabila dituangkan dalam hukum investasi nasional, dapat diatur mengenai kemungkinan penyelesaian sengketa melalui ICSID sebagai salah satu pilihan penyelesaian sengketa dari beberapa pilihan penyelesaian sengketa lainnya yang ditawarkan. Hal ini bisa juga diatur dalam hukum investasi tersebut yang menawarkan penyelesaian sengketa melalui ICSID secara unilateral diiringi dengan penerimaan dari investor untuk menyelesaikan sengketanya di ICSID me-

[352] Peter T. Muchlinski, *Op. cit.,* h. 719.
[353] *Ibid.,* h. 720.

PRENADAMEDIA GROUP

lalui kontrak investasi, pernyataan di aplikasi investasi, pernyataan persetujuan investor untuk menyelesaikan di ICSID, atau permohonan untuk menyelesaikan sengketa setelah sengketa muncul.[354]

Namun, persetujuan untuk menyelesaikan sengketa investasi melalui ICSID dapat tidak diberlakukan baik dalam kontrak investasi, BIT, FTA atau IIA apabila ada klausul "*Fork in the Road*" yaitu klausul yang memungkinkan investor asing untuk memilih jalur dan prosedur penyelesaian sengketa setempat. Klausul "*Fork in the Road*" merupakan pengecualian dari hak investor untuk menyelesaikan sengketa investasinya di arbitrase internasional.

Mengenai *subject matter* yang dapat diselesaikan di ICSID diatur di dalam *Article* 25 (1) yang menentukan ruang lingkup sengketa yang dapat diselesaikan di ICSID sebagai berikut:

(a) Sengketa Investasi

Menurut George Delaume, ICSID *Convention* tidak cukup mendefinisikan apa yang di maksud dengan investasi, apakah mencakup investasi yang sifatnya tradisional (berupa kontribusi modal) atau mencakup pula jenis investasi baru seperti kontrak jasa dan kontrak alih teknologi.[355] Masuk dalam kategori investasi: (i) ketika para pihak melakukan perjanjian untuk melakukan penanaman modal jangka panjang di mana satu pihak memasukkan modalnya menjadi bagian dari ke pihak lain (*arrangement between parties involved a long term outlay of capital on the part of at least one party*);[356] (ii) proyek investasi internasional yang berbasis aset (*asset based international investment project*); (iii) perjanjian kontraktual (*contractual arrangement*); (iv) kegiatan yang sifatnya mendatangkan keuntungan/hasil secara reguler, dilakukan pada periode tertentu, ada risiko, serta ada komitmen untuk memberikan kontribusi penting bagi pembangunan *host state.* Tidak termasuk dalam kategori investasi: garansi dari bank, transaksi penjualan, atau pengeluaran sebelum dilakukan kegiatan investasi.[357]

(b) Sengketa Tersebut Merupakan Sengketa Hukum (*Legal Dispute*)

Merupakan sengketa hukum apabila berkaitan dengan hak dan kewajiban hukum (*legal right or obligation*), reparasi yang dibuat untuk me-

[354] *Ibid.,* h. 721.

[355] George Delaume, 1983, ICSID Arbitration and the Court, *AJIL*, 77:795.

[356] Maffezini v Spain, ICSID Case No Arb/97/7, 25 Januari 200, 40 ILM 1129, 2001, paragraph 67-70.

[357] Peter T. Muchlinski, *Op. cit.,* h. 733.

langgar kewajiban hukum. Dianggap sebagai sengketa hukum jika ada konflik antara klaim hukum dan fakta (*conflicting legal and factual claims*) berkaitan dengan hak atau kewajiban atau ada konflik klaim masing-masing pihak yang saling bertentangan (*the claim of one party is positively opposed by the other*).[358] Juga dianggap sebagai sengketa hukum apabila ada ketidaksepahaman mengenai interpretasi dari kontrak investasi atau kewenangan investasi (*investment authorization*)[359] atau ketidaksepahaman mengenai kebijakan ekonomi umum *host state* yang melanggar hak investor atau adanya ketentuan nasional yang merugikan hak investor.[360]

Mengenai pihak yang dapat mengajukan penyelesaian sengketa di ICSID diatur di dalam Pasal 25 (1) konvensi ICSID, yaitu:

(1) Negara penandatanganan konvensi, sub divisi dan agen dari negara penandatanganan (*a Contracting State or any constituent subdivision or agency of a Contracting State)*
Contracting state adalah negara yang telah mengonfirmasi untuk menandatangani konvensi paling lambat 30 hari sebelum kasus diajukan, baik dalam bentuk ratifikasi, aksesi atau persetujuan (*Article* 68, 70 dan 73 ICSID *Convention*). Adapun yang dimaksud dengan *constituent subdivision* adalah sub divisi yang meliputi negara bagian, negara jajahan yang semi otonom, atau pemerintah daerah.[361] Agen dari *contracting state (agency of a contracting state)* meliputi: (a) agen atau institusi negara; (b) badan yang menjalankan fungsi kenegaraan; (c) BUMN atau perusahaan yang dikontrol oleh negara; dan (d) badan dengan fungsi komersial di mana pemerintah memiliki saham di dalamnya.[362]

(2) Warga negara (*a national of another Contracting State*)
Warga negara ini meliputi individu/perorangan maupun badan hukum (*natural or judicial person*).[363] Untuk individu/perorangan, kewarganegaraannya harus dimiliki pada saat mengajukan permohonan penyelesaian sengketa di ICSID. Adapun untuk badan hukum, kewarganegaraan tidak terlalu ketat diberlakukan.

[358] South West Africa Case, 1962, *ICJ Reports,* h. 328.

[359] PSEG Global Inc v Turkey, ICSID Case No. Arb/02/5, 4 Juni 2004, 44 ILM 465, 2005, paragraph 124.

[360] CMS Gas Transmission Co v Argentine, ICSID Case No. Arb/97/6, 8 Desember 1998, 40 ILM 457, 2001, paragraph 27-29 dan 35.

[361] Amerasinghe, 1974, Jurisdiction Rationee Personae under the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States, *British Yearbook of International Law,* 48: 233.

[362] Peter T. Muchlinski, *Op. cit.,* h. 725.

[363] Peter Sutherland, 1979, The World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes, *International and Comparative Law Quarterly,* 29: 383.

Untuk pilihan hukum yang diterapkan (*choice of applicable law*) ketika memutus sengketa, Pasal 42 (1) Konvensi ICSID mengatur bahwa:

> *The Tribunal shall decide a dispute in accordance with such rules of law as may be agreed by the parties. In the absence of such agreement, the Tribunal shall apply the law of the Contracting State party to the dispute (including its rules on the conflict of laws) and such rules of international law as may be applicable.*

Berdasarkan *Article* 42 (1) Konvensi ICSID, ada hierarki dari hukum yang diterapkan, yaitu: (i) hukum yang dipilih para pihak; (ii) hukum dari negara masing-masing; dan (iii) ketentuan hukum internasional.

Adapun mengenai pelaksanaan putusan ICSID, Pasal 54 mengatur bahwa:

> *(1) Each Contracting State shall recognize an award rendered pursuant to this Convention as binding and enforce the pecuniary obligations imposed by that award within its territories as if it were a final judgment of a court in that State. A Contracting State with a federal constitution may enforce such an award in or through its federal courts and may provide that such courts shall treat the award as if it were a final judgment of the courts of a constituent state.*
>
> *(2) A party seeking recognition or enforcement in the territories of a Contracting State shall furnish to a competent court or other authority which such State shall have designated for this purpose a copy of the award certified by the Secretary-General. Each Contracting State shall notify the Secretary-General of the designation of the competent court or other authority for this purpose and of any subsequent change in such designation.*
>
> *(3) Execution of the award shall be governed by the laws concerning the execution of judgments in force in the State in whose territories such execution is sought.*

Berdasarkan Pasal 54 (1) Konvensi ICSID, putusan ICSID bersifat mengikat dan harus dilaksanakan sebagai putusan yang sifatnya final. Berdasarkan Pasal 54 (2) Konvensi ICSID, para pihak dapat menunjukkan salinan dari putusan yang disahkan oleh sekretaris jenderal ICSID untuk pelaksanaan putusan. Selain itu, menurut Pasal 54 (3) pelaksanaan putusan ICSID dilakukan berdasarkan aturan hukum yang mengatur eksekusi putusan di mana putusan ICSID tersebut akan dilaksanakan. Pelaksanaan putusan ICSID akan mengabaikan prinsip perlindungan kekayaan berdasarkan kedaulatan negara lain atau kekebalan negara lain dari pelaksanaan eksekusi putusan pengadilan.

Namun, terhadap putusan ICSID juga dapat dibatalkan apabila tribunal tidak dibentuk secara benar, tribunal bertindak melebihi kewenang-

PRENADAMEDIA GROUP

an, ada anggota dari tribunal yang melakukan korupsi, ada aturan dasar dari prosedur yang ditinggalkan, atau apabila tribunal gagal memberikan dasar alasan penetapan putusan, sebagaimana diatur di dalam *Article* 52 ICSID *Convention*:

> *Either party may request annulment of the award by an application in writing addressed to the Secretary-General on one or more of the following grounds:*
>
> *(a) that the Tribunal was not properly constituted;*
>
> *(b) that the Tribunal has manifestly exceeded its powers;*
>
> *(c) that there was corruption on the part of a member of the Tribunal;*
>
> *(d) that there has been a serious departure from a fundamental rule of procedure; or*
>
> *(e) that the award has failed to state the reasons on which it is based.*

3. Penyelesaian Sengketa di WTO Dispute Settlement Board (WTO DSB)

WTO DSB tidak hanya ditujukan untuk menyelesaikan sengketa akibat penerapan dan interpretasi dari WTO *agreement* termasuk TRIMS, melainkan juga bisa diperluas untuk penyelesaian sengketa dagang dan investasi yang muncul akibat penerapan dan interpretasi dari ketentuan di BIT, *Free Trade Agreement* (FTA), dan IIA. Penyelesaian sengketa investasi melalui WTO DSB diharapkan dapat mengintegrasikan penyelesaian sengketa investasi internasional untuk menjamin kebijakan investasi yang lebih koheren. Apabila dibandingkan dengan BIT, FTA, dan IIA yang lingkupnya lebih sempit dan sangat *rigid*, WTO DSB merupakan gabungan yang sempurna dari proses konsiliasi, mediasi, arbitrase, dan lembaga banding dalam satu sistem.

Namun, infrastruktur yang ada saat ini baik legal, institusional, dan fisik dari WTO DSB tidak memungkinkan untuk menyelesaikan sengketa untuk investor privat karena WTO DSB merupakan mekanisme yang dibentuk untuk menyelesaikan sengketa antara negara dan negara.[364] Investor privat sebagai korban riil dari BIT, FTA, IIA, atau TRIMS frustasi dengan mekanisme penyelesaian sengketa dan merasa bahwa sistem di WTO tidak adil bagi mereka karena tidak dapat mengakses WTO DSB. Selain itu, sebagai organisasi besar, biaya untuk menyelesaikan sengketa di WTO DSB akan lebih besar sehingga kebanyakan negara berkembang

[364] Surya P. Subedi, *Op. cit.*, h. 203.

lebih memilih menyelesaikan sengketa di ICSID.

4. Penyelesaian Sengketa Berdasarkan Klausul BIT

Kebanyakan BIT mengatur mengenai penyelesaian sengketa investasi melalui konsultasi maupun konsiliasi melalui arbitrase internasional. Beberapa BIT tidak mengharuskan investor untuk menyelesaikan investasi berdasarkan hukum setempat, tetapi kebanyakan memilih untuk menyelesaikan melalui arbitrase. Salah satu kontribusi positif dari BIT adalah *depolitization of investment disputes*[365] yang tidak menghendaki adanya politisasi kasus investasi dan melarang adanya intervensi pemerintah

B. PENYELESAIAN SENGKETA MENURUT UU 25/2007

Menurut Pasal 32 ayat (1) UU 25/2007, dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara pemerintah dan penanam modal, para pihak terlebih dahulu menyelesaikan sengketa tersebut melalui musyawarah dan mufakat. Apabila penyelesaian sengketa secara musyawarah dan mufakat tidak tercapai, penyelesaian sengketa tersebut dapat dilakukan melalui arbitrase atau alternatif penyelesaian sengketa atau pengadilan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan (Pasal 32 ayat [2] UU 25/2007).

Penyelesaian sengketa di bidang penanaman modal dapat dibedakan menjadi dua, yaitu:

1. Sengketa antara pemerintah dan penanam modal dalam negeri
   Dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara pemerintah dan penanam modal dalam negeri, para pihak dapat menyelesaikan sengketa tersebut melalui arbitrase berdasarkan kesepakatan para pihak, dan jika penyelesaian sengketa melalui arbitrase tidak disepakati, penyelesaian sengketa tersebut akan dilakukan di pengadilan (Pasal 32 ayat [3] UU 25/2007).
2. Sengketa antara pemerintah dan penanam modal asing
   Dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara pemerintah dan penanam modal asing, para pihak akan menyelesaikan sengketa tersebut melalui arbitrase internasional yang harus disepakati oleh para pihak (Pasal 32 ayat [4] UU 25/2007). Selain itu menurut Pasal 7 ayat (3) apabila di antara tidak tercapai kesepakatan tentang kompensasi atau ganti rugi akibat nasionalisasi yang

[365] *Ibid.,* h. 95.

dilakukan oleh pemerintah atas perusahaan modal asing, penyelesaiannya dilakukan melalui arbitrase.

Berdasarkan ketentuan Pasal 32 UU 25/2007, pola penyelesaian sengketa bidang penanaman modal dapat dibedakan menjadi dua, yaitu: (a) penyelesaian di luar jalur litigasi melalui arbitrase; dan (b) penyelesaian melalui jalur litigasi di pengadilan.

Untuk penanam modal asing, penyelesaiannya sengketa dilakukan di arbitrase internasional, antara lain melalui ICSID yang didirikan atas dasar ICSID *Convention*. Konvensi ini telah diratifikasi oleh Pemerintah Indonesia melalui Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1968 tentang Persetujuan atas Konvensi tentang Penyelesaian Perselisihan antara Negara dan Warga Negara Asing mengenai Penanam Modal (selanjutnya disebut UU 5/1968) yang ditujukan untuk menjamin penyelesaian sengketa secara khusus antara penanaman modal asing dan pihak Indonesia, baik oleh pemerintah sendiri maupun swasta**.** Penyelesaian sengketa di ICSID merupakan penyelesaian sengketa di luar peradilan yang didasarkan pada kesepakatan atau perjanjian yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa. Arbitrase menjadi pilihan para pihak yang bersengketa karena memiliki keunggulan mengingat prosedurnya yang mudah, putusannya mengikat, tidak ada proses banding ke peradilan yang lebih tinggi, dan sengketa umumnya sangat teknis operasional sehingga dapat ditunjuk arbiter yang kompeten di bidangnya.

Pola penyelesaian sengketa investasi sebagaimana diatur di dalam UU 25/2007 perlu diselaraskan dengan ketentuan internasional yang sudah diratifikasi Indonesia, salah satunya ASEAN *Comprehensive Investment Agreement* (selanjutnya disebut ACIA). Hal ini dikarenakan sebagai anggota ASEAN, Indonesia telah meratifikasi ACIA pada tanggal 8 Agustus 2011 melalui Peraturan Presiden Nomor 49 Tahun 2011 tentang Pengesahan ASEAN *Comprehensive Investment Agreement* (Persetujuan Penanaman Modal Menyeluruh ASEAN). Dengan ratifikasi tersebut Indonesia memiliki kewajiban untuk menerapkan ketentuan ACIA dalam hukum nasional karena dengan ratifikasi suatu negara menjadi terikat untuk melaksanakan perjanjian/traktat/persetujuan internasional yang telah diratifikasi tersebut, bahkan melaksanakan perjanjian/traktat/persetujuan internasional dengan penuh iktikad baik.[366] Menurut Oona A. Hathaway,

[366] Melaksanakan dengan iktikad baik ketentuan internasional diatur di dalam *Article* 26 *of Vienna Convention on Law of Treaties*: *every treaty in force is binding upon the parties to it and must be performed by them in good faith.*

the ratification implies that states consent and thus transforms an international agreement form a piece of paper devoid of any legal force into law that binds.[367] Ratifikasi tidak hanya menjadikan suatu negara menjadi terikat untuk melaksanakan apa yang telah diratifikasinya tersebut, melainkan juga merevisi ketentuan hukum nasionalnya. Menurut *International Labour Organization* (ILO): *when states ratify the agreement or convention, they agree to implement the agreement and make harmonization of their national laws to comply the agreement, thus, national legislation must be reviewed vis-à-vis the provisions of the agreement.*[368]

Oleh karena itu, dengan telah meratifikasi ACIA, Indonesia tidak hanya terikat untuk melaksanakan ketentuan ACIA melainkan juga perlu merevisi ketentuan hukum investasi domestiknya agar selaras dengan prinsip dan standar dasar ACIA, termasuk ketentuan mengenai penyelesaian sengketa investasi. ACIA mengatur bahwa penyelesaian sengketa investasi dikonstruksikan untuk mencegah penyelesaian lewat jalur hukum, baik yang sifatnya administratif maupun melalui proses pengadilan yang ada di negara pihak yang bersengketa, hal ini diatur di dalam Pasal 29 ayat 4 ACIA: *the dispute resolution shall be construed so as to prevent a disputing investor from seeking administrative or judicial settlement available within the country of a disputing Member State*. Bahkan ACIA mengamanatkan agar setiap saat penyelesaian dapat diselesaikan melalui proses rekonsiliasi (perdamaian) tanpa merugikan hak para pihak yang bersengketa, sebagaimana diatur di dalam Pasal 30 ayat 1 dan 3 ACIA:

1. *The disputing parties may at any time agree to conciliation, which may begin at any time and be terminated at the request of the disputing investor at any time.....*
2. *Proceedings involving conciliation and positions taken by the disputing parties during these proceedings shall be without prejudice to the rights of either disputing parties in any further proceedings.*

Ketentuan mengenai proses rekonsiliasi memang tidak secara tegas diatur di dalam UU 25/2007. Hanya saja, semangat agar sengketa diselesaikan secara musyawarah mufakat terlebih dahulu sudah diatur di dalam Pasal 34 ayat (1) UU 25/2007: "dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara pemerintah dan penanam modal, para pihak terlebih dahulu menyelesaikan sengketa tersebut melalui musyawarah

[367] Oona A. Hathaway, 2008, "*Treaties' End: The Past, Present and Future of International Lawmaking in the United States*", *The Yale Law Journal*, 7: 103.

[368] International Labour Organization, 2008, "*ILO and the Ratification Process*", *MPC Kit*, h. 2.

dan mufakat". Apabila penyelesaian sengketa secara musyawarah mufakat tidak tercapai, barulah kemudian penyelesaian sengketa tersebut dapat dilakukan melalui arbitrase atau alternatif penyelesaian sengketa atau pengadilan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan (Pasal 32 ayat [2] UU 25/2007). Jika tidak tercapai musyawarah mufakat untuk menyelesaikan sengketa investasi, UU 25/2007 memberikan pilihan forum penyelesaian sengketa melalui dua skema dengan tiga cara: arbitrase atau penyelesaian sengketa alternatif (nonlitigasi) atau jalur pengadilan (litigasi). Untuk PMDN dapat memilih dua skema tersebut berdasarkan Pasal 32 ayat (3) UU 25/2007, sementara untuk PMA forum penyelesaian sengketa dilakukan hanya melalui satu skema saja, yaitu melalui arbitrase internasional (Pasal 32 ayat [4] UU 25/2007).

Penyelesaian sengketa yang diatur oleh ACIA lebih beragam karena tidak hanya menyediakan dua skema penyelesaian sengketa dengan tiga cara saja seperti yang diatur di dalam Pasal 32 UU 25/2007. ACIA mengatur beberapa alternatif penyelesaian sengketa melalui pengadilan, arbitrase di ICSID, *Regional Centre for Arbitration* di Kuala Lumpur, arbitrase regional lainnya di negara ASEAN lainnya, atau arbitrase lainnya, sebagaimana diatur di dalam Pasal 33 ayat (1) ACIA:

> *A disputing investor may submit a claim referred to in Article 32 (Claim by an Investor of a Member State) at the choice of the disputing investor:*
>
> *(a) to the courts or administrative tribunals of the disputing Member State, provided that such courts or tribunals have jurisdiction over such claims; or*
>
> *(b) under the ICSID Convention and the ICSID Rules of Procedure for Arbitration Proceedings, provided that both the disputing Member State and the non-disputing Member State are parties to the ICSID Convention; or*
>
> *(c) under the ICSID Additional Facility Rules, provided that either of the disputing Member State or the non-disputing Member State is a party to the ICSID Convention; or*
>
> *(d) under the UNCITRAL Arbitration Rules; or*
>
> *(e) to the Regional Centre for Arbitration at Kuala Lumpur or any other regional centre for arbitration in ASEAN; or*
>
> *(f) if the disputing parties agree, to any other arbitration institution, provided that resort to any arbitration rules or fora under sub-paragraphs (a) to (f) shall exclude resort to the other.*

Namun, sebelum memilih beberapa forum penyelesaian sengketa tersebut, pihak yang bersengketa terlebih dahulu menyelesaikan sengketa

PRENADAMEDIA GROUP

melalui konsultasi dan negosiasi yang sifatnya tidak mengikat.[369] Konsultasi terlebih dahulu harus disertai dengan permintaan tertulis dari pihak yang bersengketa ke negara yang bersengketa.[370] Dengan tujuan menyelesaikan sengketa investasi melalui konsultasi, investor yang bersengketa dapat menempuh langkah untuk memberikan informasi terkait dengan dasar hukum dan fakta yang menjadi sengketa. Jika tidak dapat diselesaikan melalui konsultasi, maka pihak yang bersengketa dapat mengajukan klaim/tuntutan ke lembaga arbitrase dengan ketentuan:

1. Negara yang bersengketa telah melanggar kewajiban yang ada di dalam Pasal 5 (Perlakuan Nasional/*National Treatment*), 6 (Perlakuan yang Sama/*Most-Favoured-Nation Treatment*), 8 (Manajemen Senior dan Dewan Direksi/*Senior Management and Board of Directors*), 11 (Perlakuan terhadap Penanaman Modal/*Treatment of Investment*), 12 (Kompensasi dalam Kasus Kerusuhan/*Compensation in Cases of Strife*), 13 (*Transfers*) and 14 (Pengambilalihan dan Kompensasi/*Expropriation and Compensation*) terkait dengan pengelolaan, tindakan dan pelaksanaan atau penjualan dan pengalihan hak lainnya terhadap penanaman modal.[371]
2. Investor yang bersengketa telah menderita kerugian atau kerusakan akibat pelanggaran tersebut.[372]
3. Suatu klaim wajib dianggap telah disampaikan untuk proses arbitrase pada saat penyampaian pemberitahuan dari pihak yang bersengketa atau permohonan untuk proses arbitrase (pemberitahuan tentang arbitrase) diterima berdasarkan aturan-aturan arbitrase yang berlaku.[373]
4. Investor yang bersengketa wajib memberikan pemberitahuan tentang arbitrase:
   a. Nama arbitrator yang ditunjuk oleh investor yang bersengketa; atau
   b. Kesepakatan tertulis dari investor yang bersengketa untuk lembaga berwenang yang menunjuk arbitrator tersebut.[374]
5. Untuk sengketa investasi yang spesifik atau kelas sengketa tertentu, aturan-aturan arbitrase yang berlaku dapat diabaikan, diubah atau

[369] Pasal 31 ayat (1) ACIA.
[370] *Ibid.*
[371] Pasal 32 ACIA.
[372] *Ibid.*
[373] Pasal 33 ayat (2) ACIA.
[374] Pasal 33 ayat (5) ACIA.

PRENADAMEDIA GROUP

dimodifikasi berdasarkan kesepakatan tertulis antara para pihak yang bersengketa. Aturan-aturan tersebut bersifat mengikat bagi mahkamah atau arbiter yang dibentuk kemudian.[375]

6. Lebih lanjut, secara lebih perinci ACIA mengatur mengenai ketentuan dan pembatasan penyampaian klaim (Pasal 34), pemilihan para arbiter (Pasal 35), pelaksanaan arbitrase (Pasal 36), laporan ahli (Pasal 38), transparansi proses arbitrase (Pasal 39), hukum yang berlaku (Pasal 40), dan putusan akhir (Pasal 41).

Sebagaimana diuraikan sebelumnya bahwa UU 25/2007 tidak mengatur secara perinci tentang penyelesaian sengketa melalui jalur arbitrase. Undang-Undang Nomor 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa hanya mengatur mengenai arbitrase nasional yang dapat dipakai sebagai landasan hukum bagi investor dalam negeri yang menggunakan forum ini untuk penyelesaian sengketa investasinya. Untuk arbitrase internasional, Indonesia telah meratifikasi konvensi ICSID melalui UU 5/1968. Hanya saja UU 5/1968 menegaskan bahwa pemerintah menyetujui ketentuan yang ada di dalam konvensi ICSID yang salinan ketentuannya dilampirkan pada UU 5/1968.[376] Sehingga penyelesaian sengketa investasi melalui arbitrase internasional harus merujuk pada ketentuan Konvensi ICSID. Poin penting yang lain yang terdapat di dalam UU 5/1968 bahwa walaupun konvensi ICSID telah berlaku, tetapi tidak ada kewajiban bahwa setiap perselisihan harus diselesaikan menurut Konvensi karena syarat mutlak untuk penyelesaian perselisihan menurut Konvensi adalah persetujuan dari kedua belah pihak yang berselisih.[377] Persetujuan para pihak yang berselisih disyaratkan oleh Pasal 25 ayat (1) dan 36 ayat (2) Konvensi ICSID yang mewajibkan bahwa setiap perselisihan harus terlebih dahulu mendapat persetujuan dari kedua belah pihak yang berselisih, sebelum dapat diajukan di depan Mahkamah Arbitrase. Berkaitan dengan persetujuan tersebut, Pasal 2 UU 5/1968 mengatur bahwa pemerintah mempunyai wewenang untuk memberikan persetujuan bahwa sesuatu perselisihan tentang penanaman modal antara Republik Indonesia dan Warga Negara Asing diputuskan menurut Konvensi ICSID dan untuk mewakili Republik Indonesia dalam perselisihan tersebut dengan hak substitusi. Penjelasan Pasal 2 UU 5/1968 lebih lanjut menegaskan bahwa pemerintah mempunyai wewenang untuk mem-

[375] Pasal 33 ayat (4) ACIA.
[376] Lihat Pasal 2 UU 5/1968.
[377] Penjelasan Umum UU 5/1968.

berikan persetujuan yang dimaksud itu serta untuk mewakili Indonesia dalam perselisihan tersebut dengan hak substitusi.

UU 5/1968 dianggap tidak efisien terutama terkait dengan eksekusi atau pelaksanaan putusan arbitrase internasional. Menurut Pasal 54 ayat (1) dan ayat (3) Konvensi ICSID bahwa putusan Mahkamah Arbitrase dipersamakan dengan putusan terakhir dan pengadilan negara yang bersangkutan dan harus dapat dilaksanakan menurut hukum negara itu. Namun, UU 5/1968 mengatur bahwa pelaksanaan putusan arbitrase internasional memerlukan surat pernyataan Mahkamah Agung bahwa putusan tersebut dapat dilaksanakan di Indonesia, untuk selanjutnya Mahkamah Agung mengirimkan surat pernyataan Pengadilan Negeri melalui Pengadilan Tinggi dalam daerah hukum mana putusan itu harus dijalankan dan memerintahkan untuk melaksanakannya. Hal ini sebagaimana diatur di dalam Pasal 3 UU 5/1968:

> *(1) Untuk melaksanakan putusan Mahkamah Arbitrase sebagaimana dimaksud dalam Konvensi mengenai perselisihan antara Republik Indonesia dan Warga negara Asing di wilayah Indonesia, diperlukan surat pernyataan Mahkamah Agung bahwa putusan tersebut dapat dilaksanakan.*
>
> *(2) Mahkamah Agung mengirimkan surat pernyataan termaksud dalam ayat (1) pasal ini kepada Pengadilan Negeri dalam daerah hukum mana putusan itu harus dijalankan dan memerintahkan untuk melaksanakannya.*
>
> *(3) Surat pernyataan dan perintah yang dimaksud dalam ayat (2) pasal ini disampaikan kepada Pengadilan Negeri yang bersangkutan melalui Pengadilan Tinggi yang daerah hukumnya meliputi daerah hukum Pengadilan Negeri tersebut.*

PRENADAMEDIA GROUP

PRENADAMEDIA GROUP

DAFTAR BACAAN

Akitoby, B., Hemming, R. & Schwartz, G. 2007. *Public Investment and Public-Private Partnership.* Washington DC: International Monetary Fund.

Alfaro, L, dan Charlton, A. 2007. "Intra-Industry Foreign Direct Investment", *NBER Working Paper No. 13447*, National Bureau of Economic Research, Cambridge, September.

Everson, S. (Ed.). 1988. Aristotle. *The Politics*. Cambridge: Cambridge University Press.

Badan Pelayanan dan Perizinan Penanaman Modal Daerah (BP3PM) Pemerintah Kabupaten Tanah Bumbu. t.th.. *Prosedur Perizinan Bidang Penanaman Modal.* Diakses dari http://bp3md.tanahbumbukab.go.id/index.php?option=com_content&view=article&id=144&Itemid=177.

Ball, M. 1986. Structuring the Arbitration in Advance – the Arbitration Clause in an International Development Agreement. Dalam J. Lew (Ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration*. London: Queen Mary College for Commercial Law Studies.

Battat, J. 2010. *Investment Law Reform: A Handbook For Development Practitioners*. USA: The World Bank Group.

Brownlie, I. 2003. *Principles of Public International Law.* Oxford: Oxford University Press.

Cunningham. 1986. Multinationals and Restructuring in Latin America. Dalam C. J. Dixon, D. Drakakis-Smith, dan H. Watts. (Eds.), *Multinational Corporations and the Third World*. London dan New York: Routledge Taylor & Francis Group.

PRENADAMEDIA GROUP

David, P.A. 1999. Comment on "The Role of Geography in Development". Dalam B. Pleskovic & J.E. Stiglitz (Eds.), *Annual World Bank Conference on Development Economics 1998*. Washington: World Bank.

Doha WTO Ministerial. 2001. *Ministerial Declaration 2001*. WT/MIN(01)/DEC/1, 20 November 2001.

Dolzer, R. & C. Schreuer. 2008. *Principles of International Investment Law*. Oxford: Oxford University Press.

Dunning, J.H. & Gugler, P. 2008. *Foreign Direct Investment, Location and Competitiveness*. London: Elsevier.

Efird, N. 2010. *The State-Owned Enterprise As a Vehicle For Stability*. USA: Strategic Studies Institute.

Garner, B.A. (Ed.). 2009. *Black Law Dictionary*. USA: West Publishing Co, Thomson Reuters.

Delaume, G. 1986. ICSID Arbitration. Dalam Julian DM Lew (Ed.), *Contemporary Problems in International Arbitration.* London: Queen Marry College, Centre For Commercial Law Studies.

Graham, E.M. & Krugman, P. 1991. *Foreign Direct Investment in United States*. Institute for International Economics

Guisinger, S. 1985. *Investment Incentives and Performance Requirements*. New York: Praeger.

Hossain, K. (Ed.). 1980. *Legal Aspects of a New International Economic Order*. London: Frances Pinter.

Kenneth, P.T. 2011. *Investment Incentives and the Global Competition for Capital*. London: Palgrave Macmillan.

Khairandy, R. 2003. *Itikad Baik dalam Kebebasan Berkontrak*. Jakarta: Universitas Indonesia.

Lowenfeld, A.F. 2002. *International Economic Law*. Oxford: Oxford University Press,

Marzuki, P.M. 2008. *Pengantar Ilmu Hukum*. Jakarta: Kencana-Prenada-Media Group.

Miles, K. 2013. *The Origins of International Investment Law: Empire, Environment and the Safeguarding of Capital.* Cambridge: Cambridge University Press.

Mitchell, A.D. 2008. *Legal Principles in WTO Disputes*. Cambridge: Cambridge University Press.

Moosa, I.A. 2002. *Foreign Direct Investment: Theory, Evidence and Practice*. New York: Palgrave.

Muchlinski, P.T. 2010. *Multinational Enterprises & the Law*. Oxford: Oxford International Law Library.

PRENADAMEDIA GROUP

O'Connel, D.P. 1970. *International Law*. London: Steven.

OECD. 1967. *Draft Convention on the Protection of Foreign Property*. Paris: OECD.

OECD. 2001. *Corporate Tax Incentives for Foreign Direct Investment*. Paris: OECD Tax Policy Studies.

OECD. 2000. *Declaration on International Investment and Multinational Enterprises*, 27 Juni. Paris: OECD.

OECD. 2006. *The Policy Framework for Investment*. Paris: OECD.

Concise Oxford Dictionary. 1990. Oxford: Clarendon Press.

Pellet, A. 2006. Article 38. Dalam Zimmerman. (Ed. *et. al.*), *The Statute of the International Court of Justice*. Oxford: Oxford University Press.

Perée, E. & Välilä, T. A Primer on Public Investment in Europe. 2008. Dalam Schwartz,G., Corbacho, A. & Funke, K. (Eds.), *Public Investment And Public-Private Partnerships: Addressing Infrastructure Challenges And Managing Fiscal Risks*. New York: Palgrave McMillan.

Purwosutjipto, H.M.N. 1982. *Pengertian Pokok Hukum Dagang Indonesia*. Jakarta: Djambatan.

Salacuse, J.W. 2013. *The Three Laws of International Investment: National, Contractual, and International Frameworks for Foreign Capital*. Oxford: Oxford University Press.

Scrijver, N. 1997. *Sovereignty over Natural Resources: Balancing Rights and Duties*. Cambridge: Cambridge University Press.

Shubber, S. 2009. *The Law Of Investment in Iraq*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.

Soemitro, R. 1993. *Hukum Perseroan Terbatas, Yayasan dan Wakaf*. Bandung: Eresco.

Sornarajah, M. 2004. *The International Law on Foreign Investment.* Second Edition. Cambridge: Cambridge University Press.

Subedi, S.P. 2012. *International Investment Law*. UK: Hart Publishing.

The IMF. 1980. *Balance of Payment Manual*. Washington DC: IMF.

The British Embassy. 2006. *Case Law And The Doctrine Of Precedent: A Manual For Practitioners*. Yerevan: The British East-West Centre.

The World Bank. t.th.. *World Bank's Guidelines on the Treatment of Foreign Direct Investment*. Diakses dari http://italaw.com/documents/WorldBank.pdf.

The World Bank. 2010. *Investment Law Reform: A Handbook For Development Practitioners*. Washington, DC: The World Bank Group.

Tim Penyusun Kamus Pusat Bahasa. 2008. *Kamus Bahasa Indonesia*. Jakarta: Pusat Bahasa Departemen Pendidikan Nasional.

PRENADAMEDIA GROUP

Troper, M. & Grzegorczyk, C. 1997. Precedent in France. Dalam D. MacCormick & R. Summers (Eds.), *Interpreting precedents: A Comparative Study*. Dartmouth: Dartmouth Publishing Co.

UNCTAD. 1999. *National Treatment.* UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements. New York: United Nations.

UNCTAD. 1998. *Bilateral Investment Treaties in the Mid-1990s*. New York: United Nations.

UNCTAD. 2012. *Fair and Equitable Treatment.* UNCTAD Series on International Investment Agreements II. New York & Geneva: United Nations.

UNCTAD. 1999. *Most Favoured Nation Treatment.* UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreement. New York: United Nations.

Wahyuningsih, S.R. & Firdaus, A. 2012. Fasilitas Fiskal Penanaman Modal. Modul Diklat PTSP Bidang Penanaman Modal Tingkat Pertama. Badan Koordinasi Penanaman Modal.

Westen, P. 1990. *Speaking Of Equality: an Analysis of The Rhetorical Force of "Equality' in Moral and Legal Discourse*. New Jersey: Princeton University Press.

PRENADAMEDIA GROUP

JURNAL/MAKALAH

Alvik, I. 2005. *"The Fair and Equitable Treatment Standard In International Investment Treaties"*. Thesis.

Alfaro, L. dan Charlton., A.. 2007. "*Intra-Industry Foreign Direct Investment*", *NBER Working Paper No. 13447*, National Bureau of Economic Research, Cambridge, September.

Amerasinghe. 1974. *"Jurisdiction Rationee Personae Under the Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other States". British Yearbook of International Law*, 48(1): 227-267.

Appellate Body Report. 2004. *European Communities–Conditions for the Granting of Tariff Preferences to Developing Countries*. (Report No. WT/DS246/AB/R 20 April).

Bayraktar, B. 2003. *"The Role of Private Sector Investments in the Economic Performance of OIC Member Countries". Journal of Economic Cooperation*, 24 (1): 63-110.

Dolzer, R. 2013. *"Fair and Equitable Treatment: Today's Contours". Santa Clara Journal Of International Law*, 12(1): 6-33.

Dresen, F.J. t.th.. *The Role of State Corporations in the Russian Economy*

Wilson Centre. Diakses dari http://www.wilsoncenter.org/publication/the-role-state-corporations-the-russian-economy.

Elia, S., Maggi, E, Mariotti I, 2011. "Horizontal, Vertical and Conglomerate Investments in the Italian Logistics Industry: Drivers and Strategies", *Makalah*, h. 2 dan h. 8. www.researchgate.net/publication/254457338_Horizontal_vertical_and_conglomerate_investments_in_the_Italian_logistics_industry_drivers_and_strategies.

Energy Charter Secretariat. 2004. *Energy Charter Agreement*. Energy Charter Secretariat.

Erden, L. & Holcomb, R.G. 2006. *"The Linkage Between Public and Private Investment: a Co-Integration Analysis of a Panel of Developing Countries". Eastern Economic Journal*, 32(3).

Escarcena, S.L. 2010. *"The Elements of Fair and Equitable Treatment in International Investment Law". Policy Brief,* 14.

Foster, G.K. 2012. *"Recovering Protection and Security: The Treaty Standard's Obscure Origins, Forgotten Meaning, and Key Current Significance". Vanderbilt Journal Of Transnational Law*, 45(4): 1095-1156.

Pfeffermann, G.P., Kisunko, G.V. & Sumlinski, M.A. 2000. *"Trends in Private Investment in Developing Countries and perceived Obstacles to Doing Business". IFC Working Paper,* 37.

Hirsch, M. 2011. *"Source of International Investment Law".* Research Paper No. 05–11. Jerusalem: Hebrew University of Jerusalem.

Horn, H. & Mavroidis, P.C. 2001. *"Economic and Legal Aspects of the Most-Favored-Nation Clause". European Journal of Political Economy*, 17 (2): 233-279.

Interim Commission for the International Trade Organization. *Final Act and Related Document of the United Nations Conference on Trade and Employment,* Havana, Cuba, E Conf 2/78 of April 1948.

Lad-Ojomo, O. 2009. *"What is the Distinction Between the Fair and Equitable Treatment Standard and the Minimum Standard of Treatment Under Customary International Law". CAR (CEPMLP Annual Review)*, 13(1): 1-24

Malik, M. 2011. *"The Full Protection and Security Standard Comes of Age: Yet Another Challenge for States in Investment Treaty Arbitration?". Best Practices Series*, Montreal: International Institute for Sustainable Development.

Maniruzzaman, A.F.M. 1998. *"Expropriation of Alien Property and the Principle of Non Discrimination in International Law of Foreign Investment: An Overview". J. Transnational L. & Policy*, 8: 1.

PRENADAMEDIA GROUP

Mayeda, G. 2007. *"Playing Fair: The Meaning of Fair and Equitable Treatment in Bilateral Investment Treaties". Journal of World Trade*, 41 (2): 273-291

Njiru, E. 2008. *"The Role of State Corporations in a Developmental State: The Kenya Experience". Makalah* seminar *The 30 AAPAM Annual Roundtable Conference di Ghana*.

OECD. t.th.. *"Fair and Equitable Treatment Standard in International Investment Law". Working Papers on International Investment.* Diakses dari http://www.oecd.org/dataoecd/22/53/33776498.pdf.

Oneal, J.R. & F.H. Oneal. 1988. *"Hegemony, Imperialism and Profitability of Foreign Investment". Int Org,* 42 (2): 347-373.

Parisi, V.F.F. 2004. *"Judicial Precedents in Civil Law Systems: A Dynamic Analysis", International Review of Law and Economics*, 26 (4): 519-535.

Perrez, F.X. 1996. *"The Relationship Between Permanent Sovereignty and The Obligation Not To Cause Transboundary Environmental Damage". Environmental Law*, 26 (4): 1187-1212.

Perry, A. 2000. *"An Ideal Legal System for Attracting Foreign Direct Investment? Some Theory and Reality". American University International Law Review*, 15 (6): 1627-1657.

Qin, J.Y. 2005. *"Defining Nondiscrimination Under the Law of The World Trade Organization". Boston University International Law Journal*, 23(2):215–297.

R. Higgins. 1982. *"The Taking of Property by State: Recent Developments in International Law". Rescueil des Courts Collected Courses,* 176: 259-392.

Schill, S.W. 2006. *"Fair and Equitable Treatment under Investment Treaties as an Embodiment of the Rule of Law". IILJ Working Paper 2006/6*. New York: NYU Law School

Sherwood, R. *et. al.* 1994. *"Judicial Systems and Economic Performance". Q. REV. ECON. & FIN*, 34(1): 101-116.

Shihata, I.F.I. 2010. "*Regulation of Foreign Investment*". Vol. II. Montreal: International Sustainable Development Law

Sutherland, P. 1979. *"The World Bank Convention on the Settlement of Investment Disputes". International and Comparative Law Quarterly,* 28(3): 367-400.

Sutton, S.D. 2005. *"Emilio Augustion Maffezini v Kingdom of Spain and the ICSID Secretary General's Screening Power". Arbitration International*, 21 (1): 113-126.

The World Bank. 1997. "*The Role Of The State In A Changing World*".

PRESS MEDIA GROUP

Washington, DC: The World Bank Group.

Trebilcock, J. 1997. *"What Makes Poor Countries So Poor? The Role of Institutional Capital in Economic Development",* dalam Eduardo Buscaglia *et. al.* (eds), *The Law And Economics of Development.*

UNCTAD. 2009. *"Public Investment: Vital for Growth and Renewal, but Should it be a Countercyclical Weapon?" Makalah,* Seminar on the Role of Public Investment in Social and Economic Development, Rio de Jenairo, 2009.

Ustor, E. 2003. Most Favoured Nation Clause. Dalam Rudolf Bernhardt (Ed.), *Encyclopaedia of Public International Law*. North Holland.

Vandevelde, K.J. 2010. *"A Unified Theory of Fair and Equitable Treatment". New York University Journal of International Law & Politics*, 43 (1): 43-106.

Veyalgero, M.G. 2005. *"The Sources of Law and the Value of Precedent: a Comparative and Empirical Study of a Civil Law State in a Common Law Nation". Louisiana Law Review*, 65 (2): 775-822.

Walde, T.W. 2004. *"Energy Charter Treaty-based Investment Arbitration". J World Invest Trade*, 5(3): 373-412.

Zimmer, D. 2005. *"Legal Personality"*. Dalam Elle Gepken-Jager (Ed.), *VOC 1602-2002 400 Years of Company Law.* Nijmegen: Kluwer Legal Publishing.

Laura Alfaro dan Andrew Charlton. 2007. *"Intra-Industry Foreign Direct Investment", NBER Working Paper No. 13447*, National Bureau of Economic Research, Cambridge, September,

KASUS

AES v. Argentina, Decision on Jurisdiction of 26 April 2005, paragraf 23, http://ita.law.uvic.ca/documents/AES-Argentina-Jurisdiction_001.pdf.

Amco v. Indonesia (1984) 23 ILM 135.

Barcelona Traction (Belgium v. Spain), International Court of Justice Report, 1970.

Biwater Gauff (Tanz.) Ltd. v. United Republic of Tanz., ICSID Case No. ARB/05/22, Award, July 24, 2008.

CMS Gas Transmission Co v. Argentine, ICSID Case No Arb/97/6, 8 Desember 1998, 40 ILM 457, 2001.

Delaume, "ICSID Arbitration and the Cort", *AJIL,* Vol. 77, 1983.

ELSI Electrica Sicula SpA Case, United States of America vs Italy, *ICJ*

PRENADAMEDIA GROUP

Report¸1989, RLA 56.
Emilio Augustin Maffezini v. Kingdom of Sapin, ICSID Case No. ARB/97/7 tanggal 25 Januari 2000.
Enron and Ponderosa v. Argentina, Award of 22 May 2007, ICSID Case No ARB/01/3, paragraph 334, http://ita.law.uvic.ca/documents/Enron-Award.pdf.
Maffezini v. Spain, ICSID Case No. Arb/97/7, 25 Januari 200, 40 ILM 1129, 2001.
Metalclad Corporation v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/97/1, Award of Aug. 30, 2000.
PSEG Global Inc v. Turkey, ICSID Case No. Arb/02/5, 4 Juni 2004, 44 ILM 465, 2005.
South West Africa Case, *ICJ Reports,* 1962.
Tecnicas Medioambientales Tecmed S.A. v. The United Mexican States, ICSID Case No. ARB(AF)/00/2, Award of May 29, 2003.
Wena Hotels v. Egypt ICSID, www.worldbank.org.icsid, 41 ILM 896, 2000.

PRENADAMEDIA GROUP

TENTANG PENULIS

Dr. Mas Rahmah, S.H., M.H., LL.M., kelahiran Surabaya, 12 September 1971, menikah dengan Ir. Zainul Arifin dan memiliki dua putri (Adinda Balqis T.G. dan Adhisty Radhita Vasya). Setelah menyelesaikan studi S-1 di Fakultas Hukum Universitas Airlanggga, Surabaya (1994), penulis melanjutkan studi S-2 di Magister Ilmu Hukum Program Pascasarjana Universitas Airlangga (1995) dengan mendapat beasiswa Urge (Bank Dunia-DIKTI) dan lulus hingga tahun 1998. Sejak tahun 2008, penulis menjadi dosen tetap di Fakultas Hukum Universitas Airlangga. Pada tahun 2007- 2008 menempuh pendidikan studi S-2 di **Monash University-Melbourne-Victoria**, Australia dengan beasiswa dari Australian Partnership Scholarship (APS) dari pemerintah Australia hingga meraih gelar LL.M. (2008). Tahun 2009, penulis melanjutkan studi S-3 di Program Doktor Ilmu Hukum Fakultas Hukum dan lulus pada Mei 2012 sebagai lulusan terbaik. Selain menyelesaikan pendidikan formal, penulis juga telah mengikuti beberapa pelatihan di dalam dan di luar negeri di antaranya *Training on Technology Licensing for ASEAN Countries* di Taipeh-Taiwan yang dibiayai oleh the Association for Overseas Technical Scholarship (AOTS)-Japan (2006), *Japan Patent Office/Intellectual Property Rights* (IPR) *Training for Trainers* di Tokyo yang dibiayai oleh HIDAJPO (Jepang) pada Juni 2012 dan Juli 2015. Tahun 2016 mendapat beasiswa untuk mengikuti Colloquium for IP Teachers (tingkat dunia) yang diselenggarakan oleh WIPO/WTO di Genewa, Swiss. Tahun 2017 kembali mendapat beasiswa yang sama untuk Colloquium for IP Teachers (untuk

PRENADAMEDIA GROUP

tingkat Asia) di Singapura. Pada tahun 2011, penulis juga melakukan riset selama tiga bulan di *Utrecht University* di Belanda dengan beasiswa *sandwich-like* program dari DIKTI. Saat ini penulis masih aktif berprofesi sebagai staf pengajar di Fakultas Hukum Universitas Airlangga, baik di Program Sarjana dan Magister (Magister Ilmu Hukum, Magister Kenotariatan) dan Program Doktor dengan spesialisasi Hukum Pasar Modal, Hukum Investasi dan Hak Kekayaan Intelektual. Di bidang pasar modal, penulis telah menekuni bidang ini sejak S-1 dengan mengambil skripsi tentang *Legal Opinion (1994)* oleh Konsultan Hukum Pasar Modal dan Tesis mengenai Perlindungan Investor Terhadap Praktik *Insider Trading* (1997). Bahkan untuk penelitian disertasi S-3, penulis juga menfokuskan kajian yang merupakan gabungan antara bidang pasar modal dan hak kekayaan intelektual (HKI) dengan menulis mengenai sekuritasasi *Hak Kekayaan Intelektual* yaitu kajian tentang hak kekayaan intelektual yang ditransformasi menjadi sekuritas (efek). Penulis telah menulis beberapa kajian tentang hukum pasar modal di jurnal nasional. Penulis telah menulis beberapa buku, yaitu: *Sekuritisasi Hak Kekayaan Intelektual* (2012), *Divestasi Saham untuk Investor Bidang Pertambangan* (2013), *Perlindungan Indikasi Geografis untuk Kerajinan Batik* (2014), *Hukum Pasar Modal* (PrenadaMedia Group, 2019), *Disclosure of Origin dalam Sistem Paten* (2019), *Perlindungan Tanaman Lokal Rumput Laut* (2019), dan *Public Private Partnership di Bidang Infrastruktur Kemaritiman* (2019). Penulis menulis artikel di jurnal internasional yang terindeks scopus (2017, 2019, dan 2020) dan Journal WTO-WIPO (2016 dan 2017). Penulis menjadi visiting scholar/ honorary staff di University of Newcastle, Sydney (2019) dan ANCORs University of Wollongong (2019). Penulis juga menjadi narasumber di beberapa seminar dan pemakalah di konferensi internasional seperti di Singapore, Malaysia, Genewa, Portugal, dan Madrid. Penulis aktif juga dalam organisasi profesi seperti Asosiasi Pengajar Hak Kekayaan Intelektual dan Hukum Perdata.

PRENADAMEDIA GROUP