



ACTA DIURNAL

Jurnal Ilmu Hukum Kenotariatan Fakultas Hukum Unpad

ISSN: 2614-3542 EISSN: 2614-3550

Volume 4, Nomor 2, Juni 2021

Artikel diterbitkan 30 Juni 2021, DOI: <https://doi.org/10.23920/acta.v4i2.597>

Halaman Publikasi: <http://jurnal.fh.unpad.ac.id/index.php/acta/issue/archive>

**KONSISTENSI PENGATURAN NASIONALISASI (*EXPROPRIATION*)
ASEAN COMPREHENSIVE INVESTMENT AGREEMENT (ACIA)
DENGAN HUKUM PENANAMAN MODAL INDONESIA**

Marko Cahya Sutanto, Program Studi Magister Kenotariatan Universitas Padjadjaran, Bandung,
email: marko.sutanto@gmail.com

ABSTRAK

ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA) merupakan instrumen hukum internasional yang bersifat regional yang secara komprehensif mengatur bidang hukum investasi. Penanam modal asing cenderung memikirkan kepastian hukum ketika investasi yang ditempatkan di suatu negara dinasionalisasi atau diambil alih hak kepemilikannya (*expropriation*). Artikel ini membahas tentang konsistensi ketentuan-ketentuan tentang nasionalisasi antara ACIA dengan hukum positif yang mengatur investasi, khususnya Undang-Undang Penanaman Modal (UUPM), serta penyempurnaannya. Metode pendekatan yang digunakan ini adalah metode pendekatan yuridis normatif. Hasil penelitian menunjukkan bahwa ACIA dan UUPM adalah konsisten, namun, ketentuan-ketentuan yang tercantum dalam ACIA lebih komprehensif khususnya pengaturan tentang nasionalisasi atau pengambilalihan hak kepemilikan secara tidak langsung dan kompensasi mengenai waktu pembayaran, harga pasar, dan bunga yang dapat diterapkan apabila terdapat penundaan pembayaran.

Kata kunci: *asean comprehensive investment agreement (ACIA)*; hukum investasi; nasionalisasi; penanaman modal asing.

ABSTRACT

ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA) is a regionally international legal instrument, which govern investment law. Foreign direct investor tends to consider legal certainty especially if the investment made in a host country may be expropriated. This article discusses the consistence regarding expropriation under ACIA and Indonesia's current law, especially under the Investment Law, in addition its consummation. This research is conducted by using normative juridical approach. The paper shows that ACIA and Investment Law of Indonesia is already consistent, however, the provisions under ACIA is more comprehensive, particularly concerning indirect expropriation and prompt payment, market value, and applicable interest when there is delay on the payment for compensation.

Keywords: *asean comprehensive investment agreement (ACIA)*; expropriation; foreign direct investment; investment law.

PENDAHULUAN

ASEAN atau *Association of South East Asian Nations* didirikan pada tanggal 8 Agustus 1967 di Bangkok, Thailand dengan penandatanganan dokumen yang disebut dengan ASEAN Declaration.¹ Sekitar 10 tahun setelah negara anggota terakhir yaitu Kamboja menjadi bagian dari ASEAN, negara-negara anggota ASEAN menyusun norma-norma, peraturan-peraturan, nilai-nilai dan tujuan ASEAN yang dituangkan dalam *ASEAN Charter* yang ditandatangani di Singapura pada 20 November 2007 dan mulai berlaku sejak 15 Desember 2008.² *ASEAN Charter* merupakan dasar dibentuknya *ASEAN Economic Community* (AEC) berdasarkan Pasal 10 dari ASEAN Charter yang merujuk pada lampiran 1 dari *ASEAN Charter*.³ Komitmen untuk membentuk blok perdagangan di Asia Tenggara ini dimulai dengan penandatanganan Cetak Biru AEC 2015 (*AEC Blueprint 2015*) pada 20 November 2007 di Singapura dan mulai berlaku (implementasi) pada akhir tahun 2015.⁴ Kelanjutan komitmen dari Cetak Biru AEC 2015 adalah Cetak Biru AEC (*AEC Blueprint 2025*) yang ditandatangani pada 22 November 2015 di Kuala Lumpur, Malaysia yang mulai diimplementasikan pada tahun 2016 hingga 2025.⁵

Secara esensi, AEC adalah pembentukan kawasan satu pasar (*single market*) dan basis produksi (*production base*) dengan tujuan untuk mewujudkan wilayah yang kompetitif dan terintegrasi dengan pasar global.⁶ Dengan kata lain, AEC akan mengubah wilayah Asia Tenggara yang terdiri atas negara-negara anggota ASEAN menjadi kawasan yang membebaskan arus perdagangan barang (*free flow movement of goods*), jasa (*free movement of services*), investasi (*investment*), tenaga kerja terampil (*skilled labor*), dan *capital* (*free flow of capital*).⁷

Dalam kesempatan kali ini bidang hukum yang hendak disoroti adalah investasi. ASEAN telah berupaya untuk mendorong liberalisasi bidang investasi dan permodalan melalui penandatanganan instrumen hukum internasional yang berlaku secara regional. Instrumen hukum internasional yang dimaksud adalah *ASEAN Comprehensive Investment Agreement* (ACIA) yang ditandatangani di Cha-Am, Thailand pada 26 Februari 2009 dan mulai berlaku sejak 29 Maret 2012.⁸ ACIA ini menggantikan

¹ Lihat, ASEAN, "History: The Founding of ASEAN", <<https://asean.org/asean/about-asean/history/>> [diakses pada 27/07/2021].

² Lihat pada umumnya, ASEAN, "The ASEAN Charter", <<https://asean.org/storage/2012/05/13.-May-2016-The-ASEAN-Charter-19th-Reprint-Amended.pdf>> [diakses pada 27/07/2021].

³ *Ibid.*

⁴ Lihat pada umumnya, ASEAN, "ASEAN Economic Community Blueprint 2015", <<https://asean.org/wp-content/uploads/archive/5187-10.pdf>>, [diakses pada 27/07/2021].

⁵ Lihat pada umumnya, ASEAN, "ASEAN Economic Community Blueprint 2025", <https://www.asean.org/storage/2016/03/AECBP_2025r_FINAL.pdf>, [diakses pada 27/07/2021].

⁶ ASEAN, AEC Blueprint 2015, *Op.Cit.* (Note 4), butir 6.

⁷ Jacqueline Woo, "6 Things You Need To Know About ASEAN Economic Community", The Straits Times, <<https://www.straitstimes.com/business/6-things-you-need-to-know-about-asean-economic-community>>, [diakses pada 27/07/2021].

⁸ Lihat, pada umumnya, "ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA)", <<http://investasean.asean.org/files/upload/Doc%2005%20-%20ACIA.pdf>>, [diakses pada 27/07/2021].

2 (dua) instrumen hukum internasional yang sebelumnya diberlakukan secara regional yaitu *ASEAN Investment Area (AIA)* dan *ASEAN Investment Guarantee (AIG)*.⁹

Berdasarkan Pasal 1 dari ACIA, tujuan dari ACIA adalah untuk membentuk rezim investasi yang bebas dan terbuka sesuai dengan cetak biru AEC.¹⁰ Investasi yang dilakukan oleh Investor baik orang berdasarkan kewarganegaraan (*nationality*) atau penduduk (*citizen*) atau penduduk yang memiliki domisili permanen di suatu negara (*permanent resident*) maupun badan atau mereka yang telah berinvestasi di negara anggota ASEAN dapat berinvestasi di negara anggota ASEAN selama bidang investasi tersebut diperbolehkan berdasarkan hukum negara tersebut, sesuai dengan peraturan perundang-undangan (*laws*), ketentuan-ketentuan pelaksana (*regulations*), dan kebijakan-kebijakan pemerintah (*national policies*), serta apabila dapat diterapkan, khususnya diizinkan secara tertulis oleh pihak yang berwenang di negara anggota tersebut.¹¹ Bidang-bidang usaha yang khususnya diizinkan secara tertulis oleh pihak yang berwenang di negara anggota yang bersangkutan diistilahkan dengan *approval in writing*. Bidang-bidang usaha yang menggunakan *approval in writing* adalah bidang-bidang usaha yang dilindungi secara khusus oleh ACIA yang termasuk dalam *covered investment*. Berdasarkan Pasal 3 ayat (3) dari ACIA, bidang-bidang usaha yang dicakup oleh ACIA adalah manufaktur (*manufacturing*), (b) pertanian dan perkebunan (*agriculture*), (c) perikanan (*fishery*), (d) perhutanan (*forestry*), (e) pertambangan dan penggalian (*mining and quarrying*), (f) jasa-jasa yang melingkupi bidang-bidang usaha yang disebutkan sebelumnya, serta (g) bidang-bidang usaha lain yang disepakati oleh semua negara anggota.¹²

Bidang-bidang usaha yang menggunakan *approval in writing* adalah bidang-bidang usaha yang tercakup dalam ACIA yang ketentuan-ketentuan tentang penanaman modal asingnya sudah ditentukan sebelumnya berdasarkan lampiran 1 (satu) dari ACIA.¹³ Persyaratan *approval in writing* secara eksplisit dirumuskan sedemikian rupa agar negara-negara anggota tidak bersandar pada peraturan perundang-undangan (hukum nasional) satu negara anggota yang mengatur suatu penanaman modal bidang usaha tertentu, melainkan tunduk pada persyaratan-persyaratan dijabarkan dalam lampiran 1 (satu) dari ACIA.¹⁴ Dengan demikian cara semacam ini meningkatkan transparansi dan prediktabilitas tentang peraturan perundang-undangan, peraturan pelaksana, dan prosedur tentang suatu investasi di antara negara-negara anggota ASEAN.¹⁵

⁹ ASEAN, *ASEAN Comprehensive Investment Agreement - A Guidebook for Businesses and Investors*, ASEAN Secretariat: Jakarta, 2013, hlm. 3.

¹⁰ ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA), Pasal 1.

¹¹ ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA), Pasal 4 huruf (d) dan 6.

¹² ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA), Pasal 3 ayat (3).

¹³ Lihat pada umumnya, ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA), *Annex 1*.

¹⁴ Sungjoon Cho dan Jorgen Kurtz, "Legalizing the ASEAN Way: Adapting and Reimagining the ASEAN Investment Regime", *American Journal of Comparative Law*, Vol. 66, 2018, hlm. 243.

¹⁵ *Ibid.*

Setelah membahas tentang sejarah dan instrumen-instrumen hukum internasional di ASEAN, bidang hukum yang hendak disorot, dan ciri khas dari ACIA, aspek yang hendak ditelaah dalam artikel ini adalah tentang tindakan nasionalisasi atau pengambilalihan hak kepemilikan penanam modal atau umumnya dikenal sebagai *expropriation*. Nasionalisasi atau pengambilalihan hak kepemilikan penanam modal diatur baik dalam ACIA maupun sistem hukum nasional Indonesia. Pembahasan atas aspek yang disebutkan sebelumnya menjadi penting karena apabila investasi di dalam ASEAN sudah dimudahkan dengan *approval in writing*, dalam menjalankan usahanya penanam modal cenderung mengharapkan kepastian hukum apabila pemerintah suatu negara anggota, khususnya dalam konteks ini adalah pemerintah Indonesia, melakukan tindakan nasionalisasi atau pengambilalihan hak kepemilikan penanam modal.

Di satu sisi dalam konteks ACIA, Pasal 14 dari ACIA mengatur tentang *expropriation* dan kompensasinya. Pasal 14 dari ACIA memberikan ketentuan umum yang secara tegas menyatakan bahwa negara anggota ASEAN tidak diperbolehkan untuk mengambilalih (*expropriation*) atau menasionalisasi investasi yang secara eksplisit tergolong dalam bidang usaha yang dilindungi (*covered investment*). Pengecualian terhadap Pasal 14 dari ACIA adalah untuk kepentingan publik, tidak dilakukan secara diskriminasi, pembayaran kompensasi yang segera, memadai, dan efektif, serta sesuai dengan ketentuan-ketentuan hukum yang berlaku. Kompensasi yang dimaksud tersebut harus dibayar tanpa ditunda dan setara dengan harga pasar ketika pengambilalihan dilakukan baik sebelum atau pada saat pengambilalihan tersebut diumumkan kepada publik atau ketika pengambilalihan tersebut terjadi. Kompensasi yang dibayar tanpa ditunda tersebut harus memperhatikan proses hukum dan administrasi yang perlu ditempuh sebelum pembayaran dapat dilakukan.

Di sisi lain dalam perspektif hukum nasional Indonesia, Pasal 7 dari Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal sebagaimana diubah dengan Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 11 Tahun 2020 Tentang Cipta Kerja (UUPM) juga mengatur nasionalisasi dan kompensasi.¹⁶ Pasal 7 ayat (1) dari UUPM mengatur secara eksplisit bahwa pemerintah tidak akan melakukan tindakan nasionalisasi atau pengambilalihan hak kepemilikan penanam modal, kecuali dengan undang-undang. Pasal 7 ayat (2) dari UUPM mengatur tentang kompensasi apabila terjadi *expropriation* yang jumlahnya sesuai dengan harga pasar, apabila tidak tercapai kesepakatan tentang jumlah kompensasi Pasal 7 ayat (3) dari UUPM bekerja yang merujuk pada arbitrase untuk menentukan nilai kompensasi yang harus diberikan.

Berdasarkan kedua paragraf di atas secara ringkas tampak bahwa ketentuan yang tercantum dalam ACIA dan UUPM adalah konsisten, namun pengaturan yang tercantum dalam ACIA mengatur

¹⁶ Undang Undang Republik Indonesia Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal (UUPM), Pasal 7. Lihat pada umumnya, Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 Tentang Cipta Kerja, L.N.R.I. 2020 No. 245.

lebih detail. Elemen-elemen yang hendak dibahas dalam artikel ini tentang *expropriation* adalah syarat-syarat yang harus dipenuhi untuk dianggap sebagai nasionalisasi atau pengambilalihan hak dan pengaturan kompensasi. Berangkat dari pernyataan sebelumnya, artikel ini terbagi ke dalam beberapa sub-bab sebagai berikut:

1. Faktor-faktor yang memengaruhi daya mengikat suatu instrumen hukum internasional terhadap subjek hukumnya;
2. Tinjauan teoretis tentang nasionalisasi atau pengambilalihan hak kepemilikan penanam modal;
3. Konsistensi pengaturan *expropriation* dalam hukum penanaman modal nasional Indonesia dengan ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA); dan
4. Penutup.

METODE PENELITIAN

Metode penelitian yang digunakan adalah metode penelitian yuridis normatif dengan pendekatan hukum investasi yang memiliki titik berat pada penanaman modal asing. Metode penelitian yuridis normatif adalah suatu penelitian terhadap asas-asas hukum dan data sekunder melalui inventarisasi hukum positif.¹⁷ Penelitian hukum normatif dalam penelitian ini hanya terdiri dari bahan pustaka atau data sekunder berupa sumber hukum primer, sekunder, dan tersier yang mempunyai hubungan dengan nasionalisasi.¹⁸

Sumber hukum yang digunakan adalah primer, sekunder, dan tersier. Sumber hukum primer adalah sumber hukum yang berasal dari peraturan perundang-undangan dan instrumen hukum internasional. UUPM berupa peraturan perundang-undangan sebagai hukum positif Indonesia disandingkan dengan ACIA yang berupa instrumen hukum internasional yang bersifat regional merupakan sumber acuan utama dalam penelitian ini. Sumber hukum sekunder adalah sumber-sumber hukum yang berasal dari kepustakaan dan jurnal-jurnal yang telah dipublikasikan mengenai doktrin-doktrin ilmu hukum dalam hukum penanaman modal asing. Sumber hukum tersier adalah sumber hukum yang digunakan untuk membantu menginterpretasikan sesuatu agar menjadi terang seperti Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI) dan *Black's Law Dictionary*.

¹⁷ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta: 2003, hlm. 62

¹⁸ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Universitas Indonesia, Jakarta: 2012, hlm. 52.

PEMBAHASAN

Faktor-Faktor yang Memengaruhi Daya Mengikat Suatu Instrumen Hukum Internasional Terhadap Subjek Hukumnya

Ketika melihat suatu instrumen hukum internasional, khususnya ACIA, terdapat beberapa indikasi yang memengaruhi keterikatan suatu instrumen hukum internasional terhadap negara-negara anggotanya. Ketiga indikator tersebut yang memengaruhi keabsahan suatu instrumen hukum internasional (*legalization*) adalah kewajiban (*obligation*), presisi (*precision*), dan delegasi (*delegation*). Indikator-indikator atau faktor-faktor ini menjadi penting untuk melihat seberapa jauh kekuatan mengikat ACIA terhadap hukum nasional Indonesia sebagai pertimbangan untuk menyempurnakan sistem hukum nasional Indonesia.

Kewajiban (*obligation*) merujuk kepada subjek hukum internasional, khususnya negara-negara anggota, yang secara hukum terikat dengan peraturan-peraturan hukum dan proseduralnya, baik secara internasional maupun domestik.¹⁹ Indikator ini mencakup komitmen baik yang bersyarat maupun tidak bersyarat hingga pengesampingan yang dilakukan secara eksplisit, seperti reservasi dalam sebuah konvensi atau perjanjian internasional.²⁰ Pelanggaran terhadap kewajiban yang mengikat berakibat pada konsekuensi hukum dalam bidang hukum publik internasional, seperti “tanggung jawab negara”, dan persoalan-persoalan perbaikan hubungan seperti penghentian (*cessation*), restitusi (*restitution*), kompensasi (*compensation*), dan kepuasan/pernyataan maaf (*apology*) yang timbul atau berkaitan dengan kewajiban yang mengikat.²¹

Presisi (*precision*) berarti peraturan-peraturan dan prosedur-prosedurnya mendefinisikan kewajiban-kewajiban dan hak-hak dalam cara yang tidak ambigu.²² Pada umumnya, implementasi dan interpretasi atas ketentuan-ketentuan yang tercantum ditentukan oleh para pihak yang terikat dalam perjanjian internasional tersebut.²³ Artinya, ketentuan-ketentuan yang tercantum dapat dibuktikan dengan sendirinya (*self-evident*) sehingga meninggalkan sedikit ruang untuk diinterpretasi oleh ketentuan-ketentuan yang dinilai sendiri (*self-judging*) yang tunduk pada interpretasi yang berdaulat (*sovereign*).²⁴ Dengan kata lain untuk memenuhi indikator ini, ketentuan-ketentuan yang tercantum dapat ditentukan secara pasti.

Delegasi berhubungan dengan pemberian kewenangan kepada pihak ketiga, seperti pengadilan, arbitrase, atau badan-badan administrasi lainnya untuk menginterpretasi dan menerapkan ketentuan-

¹⁹ Michael Ewing-Chow, “ASEAN Integration, the Rule of Law, and Investment Agreements”, *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 107, 2013, hlm. 287.

²⁰ Sungjoon Cho dan Jurgen Kurtz, *Op.Cit.* (Note 14), hlm. 238.

²¹ *Ibid.*

²² Michael Ewing-Chow, *Op.Cit.* (Note 19), hlm. 287.

²³ Sungjoon Cho; Jurgen dan Kurtz *Op.Cit.* (Note 14), hlm 239.

²⁴ *Ibid.*

ketentuan dalam suatu penyelesaian sengketa, serta membuat pengaturan-pengaturan lebih lanjut.²⁵ Indikator dari delegasi bervariasi mulai dari non-delegasi (*pure diplomacy*) hingga kekuatan arbitrase yang mengikat (*arbitral panel*), atau bahkan badan peradilan khusus atau pengadilan internasional (*international court*).²⁶ Dengan demikian, delegasi menyangkut lembaga atau badan atau mekanisme yang berwenang untuk menyelesaikan suatu sengketa di antara para pihak, khususnya tentang interpretasi atau penerapan ketentuan-ketentuan hukum.

Ketiga indikator yang telah dipaparkan di atas dapat diterapkan dalam ACIA untuk menentukan daya mengikat instrumen hukum internasional yang bersifat regional ini. Dengan kata lain, menentukan kualitas terikatnya suatu perjanjian internasional terhadap suatu hukum nasional. Berkaitan dengan kewajiban, ACIA mengesampingkan negara-negara di luar anggota ASEAN (*extra-ASEAN*) yang artinya untuk negara-negara tersebut tunduk pada perjanjian investasi bilateral (*Bilateral Investment Treaty / BIT*) atau perjanjian-perjanjian internasional lainnya.²⁷ ACIA mengatur ketentuan-ketentuan tentang investasi dalam ruang lingkup regional sekaligus (secara bersamaan) mengakui dan menghormati eksistensi dan kedudukan hukum investasi nasional.²⁸

Meskipun demikian, bidang investasi telah memfasilitasi liberalisasi dalam penanaman modal yang dapat dibuktikan *approval in writing* dan daftar reservasi tunggal daripada reservasi melalui daftar bidang usaha sementara yang tidak diperbolehkan dan daftar bidang usaha yang sensitif. Indikator tentang presisi juga dapat ditemukan di ACIA yang meningkatkan kepastian hukum dan transparansi. Akan tetapi, pada umumnya perjanjian internasional yang mengatur penanaman modal mengkualifikasikan penanaman modal asing asalkan mengembangkan atau memajukan ekonomi dari negara penerima. ACIA menyempitkan kualifikasi tersebut, apabila tidak termasuk dalam definisi investasi yang tercantum dalam Pasal 4 ayat (c) dari ACIA, yang terbatas pada komitmen terhadap modal (*commitment of capital*), harapan untuk mendapatkan keuntungan atau laba (*the expectation of gain or profit*), atau asumsi terhadap risiko (*assumption of risk*). Indikator yang terakhir adalah delegasi. Delegasi dalam ACIA tidak mengedepankan penyelesaian sengketa melalui pihak ketiga yaitu arbitrase, melainkan banyaknya pilihan mekanisme lainnya seperti konsiliasi dan konsultasi beserta negosiasi. Berdasarkan pernyataan-pernyataan tersebut dapat disimpulkan bahwa daya mengikat ACIA dianggap rendah karena masih terdapat kewajiban-kewajiban yang dapat dikesampingkan, kebebasan negara-negara anggota untuk menyempitkan suatu makna, dan penyelesaian sengketa melalui metode-metode lain sebelum menuju kepada arbitrase.²⁹

²⁵ Michael Ewing-Chow *Loc.Cit.* (Note 19).

²⁶ Sungjoon Cho dan Jurgen Kurtz *Op.Cit.* (Note 14), hlm 239.

²⁷ *Ibid.*, hlm 242.

²⁸ Muhammad Rafi Darajati dan Muhammad Syafei, "Pengaturan Hukum di Indonesia Terkait ASEAN Comprehensive Investment Agreement Dalam Rangka Menghadapi ASEAN Economic Community", *Riau Law Journal*, No.1, Vol. 4, 2020, hlm. 14.

²⁹ Lihat, *Ibid.*, hlm. 245.

Nasionalisasi atau Pengambilalihan Hak Kepemilikan Penanam Modal

Berdasarkan perspektif teoretis, istilah nasionalisasi sebagai konsep terbagi menjadi dua makna yakni konfiskasi (*confiscation*) berupa tindakan pemerintah mengambilalih hak milik penanam modal yang tidak disertai ganti rugi atau kompensasi (*compensation*) dan ekspropriasi (*expropriation*) berupa tindakan pemerintah untuk mengambilalih hak milik penanam modal yang disertai ganti rugi atau kompensasi.³⁰ *Expropriation* adalah tindakan yang dilakukan secara sengaja oleh negara tempat penanaman modal (*host country*) untuk mengurangi atau menghilangkan seorang investor dari nilai atau kendali (*control*) investasi.³¹ Secara esensi *expropriation* adalah tindakan pengambilalihan (*taking*) oleh pemerintah asing.³²

Terdapat pendapat yang menyatakan bahwa nasionalisasi pada dasarnya merupakan *species* dari *genus* pencabutan hak (*onteigening*) yaitu suatu cara peralihan hak dai swasta kepada negara secara paksa.³³ Istilah nasionalisasi termasuk di dalamnya *confiscation* atau *expropriation*.³⁴ Nasionalisasi sebagai *expropriation* dibedakan menjadi ekspropriasi individual (*individual expropriation*) yaitu pengambilalihan hak kepemilikan penanam modal (perorangan) yang ditentukan secara khusus baik subjeknya maupun bentuk hak kepemilikan yang bersangkutan dan ekspropriasi umum (*general expropriation*) yakni pengambilalihan hak kepemilikan penanam modal (perorangan) yang ditentukan hanya bentuk hak kepemilikannya saja, sedangkan subjeknya tidak ditentukan.³⁵ Sederhananya *individual expropriation* hanya memengaruhi hak milik dan entitas-entitas tertentu sedangkan *general expropriation* memengaruhi seluruh lapisan masyarakat.³⁶ Penelitian ini hanya mencakup tindakan pemerintah berupa pengambilalihan hak kepemilikan yang disertai dengan kompensasi, sehingga istilah *expropriation* yang merupakan bagian dari nasionalisasi dapat digunakan secara bertukaran (*interchangeably*).

Terdapat dua macam *expropriation* yaitu *direct expropriation* dan *indirect expropriation*. *United Nations Conference on Trade and Development* (UNCTAD) mendefinisikan *direct expropriation* sebagai pengalihan hak kepemilikan suatu kekayaan atau aset penanam modal ke pemerintah atau pihak ketiga

³⁰ Muhammad Syaifuddin, "Nasionalisasi Perusahaan Modal Asing: Ide Normatif Pengaturan Hukumnya Dalam UU No. 25 Tahun 2007 Dan Relevansinya Dengan Konsep Negara Hukum Kesejahteraan Pancasila Dalam UUD NRI Tahun 1945", *Jurnal Hukum Pembangunan*, No. 4, Vol. 41, 2011, hlm. 666.

³¹ Lihat Robert B. Shanks, "Insuring Investment and Loans against Currency Inconvertibility, Expropriation, and Political Violence", *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol. 9, 1986, hlm. 420.

³² Lihat, *ibid.*

³³ Jonker Sihombing, *Hukum Penanaman Modal di Indonesia*, PT Alumni, Bandung: 2009, hlm. 119.

³⁴ I Gusti Ag.A.Mas Triwulandari dan I Nyoman Budiana, "Nasionalisasi Perusahaan Penanaman Modal Asing Di Indonesia", *Jurnal Analisis Hukum*, No. 1, Vol. 1, 2018, hlm. 4.

³⁵ Lihat, Muhammad Syaifuddin, *Loc.Cit.* (Note 30).

³⁶ Lihat, Leo T. KISSAM dan Edmond K. Leach, "Sovereign Expropriation of Property and Abrogation of Concession Contracts", *Fordham Law Review*, Vol. 28, 1959, hlm. 184.

yang bersifat memaksa oleh suatu negara atau sita fisik yang dilakukan secara terang benderang.³⁷ Ketika terjadi *direct expropriation* terdapat kesengajaan dan niat yang tegas (*deliberate and unequivocal intent*) yang dapat tercermin dari diterbitkannya peraturan perundang-undangan atau tindakan nyata yang dapat dilihat untuk memindahkan penguasaan atau hak kepemilikan penanam modal melalui pengalihan hak kepemilikan atau sita fisik.³⁸ Contoh dari tindakan *direct expropriation* adalah Undang-Undang Nomor 86 Tahun 1958 Tentang Nasionalisasi Perusahaan-Perusahaan Milik Belanda. Berbeda dengan *indirect expropriation* yang melingkupi pengurangan atau penghilangan suatu investasi tanpa pengalihan hak kepemilikan yang formal atau sita fisik, pada umumnya mengacu pada langkah-langkah atau tindakan-tindakan suatu negara yang dapat mengganggu hak kepemilikan sampai tingkat tertentu sehingga menyebabkan hak-hak tersebut menjadi tidak dapat digunakan dan dianggap sebagai nasionalisasi atau pengambilalihan hak.³⁹

Ada pun pendapat lain yang mendefinisikan kedua macam *expropriation* dalam paragraf sebelumnya. Di satu sisi, *direct expropriation* adalah tindakan suatu negara yang nyata yang menyebabkan penanam modal kehilangan penguasaan terhadap kekayaan atau aset (*property*) yang dimilikinya dan mengalihkan hak kepemilikan tersebut kepada pemerintah atau pihak ketiga.⁴⁰ Di sisi lain, *indirect expropriation* adalah penanam modal secara hukum tetap dianggap sebagai pemilik hak kepemilikan, akan tetapi, negara penerima melakukan langkah-langkah dan / atau tindakan-tindakan tertentu yang mengurangi bahkan menghilangkan kemungkinan penanam modal untuk memanfaatkan investasinya.⁴¹

Konsistensi Pengaturan *Expropriation* dalam Hukum Penanaman Modal Nasional Indonesia dengan ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA)

Sebelum kepada analisis diperlukan penjabaran tentang ketentuan-ketentuan yang mengatur *expropriation* sebagaimana tercantum dalam UUPM dan ACIA. Penjabaran tersebut menjadi penting dalam membahas konsistensi pengaturan, berikut penyempurnaannya dalam hukum positif Indonesia. Pasal 14 dari ACIA mengatur tentang *Expropriation and Compensation* menegaskan:⁴²

- (1) "A Member State shall not expropriate or nationalise a covered investment either directly or through measures equivalent to expropriation or nationalisation ("expropriation") except:
- (a). *for a public purpose;*

³⁷ Lihat, United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Expropriation: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, UNCTAD/DIAE/IA/2011/7, United Nations Publication, New York dan Geneva: 2012, hlm. 6.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ Lihat, UNCTAD, *Op.Cit.* (Note 37), hlm. 8.

⁴⁰ Junianto James Losari, "Comprehensive or BIT by BIT: The ACIA and Indonesia's BITs", *Asian Journal of International Law*, Vol. 6, 2016, hlm. 32.

⁴¹ *Ibid.*

⁴² ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA), Pasal 14.

- (b). in a non-discriminatory manner;*
 - (c). on payment of prompt, adequate, and effective compensation; and*
 - (d). in accordance with due process of law.*
- (2) The compensation referred to in sub-paragraph 1(c) shall:*
 - (a). be paid without delay;*
 - (b). be equivalent to the fair market value of the expropriated investment immediately before or at the time when the expropriation was publicly announced, or when the expropriation occurred, whichever is applicable;*
 - (c). not reflect any change in value because the intended expropriation had become known earlier; and*
 - (d). be fully realisable and freely transferable in accordance with Article 13 (Transfers) between the territories of the Member States.*
- (3) In the event of delay, the compensation shall include an appropriate interest in accordance with the laws and regulations of the Member State making the expropriation. The compensation, including any accrued interest, shall be payable either in the currency in which the investment was originally made or, if requested by the investor, in a freely usable currency.*
- (4) If an investor requests payment in a freely useable currency, the compensation referred to in sub-paragraph 1(c), including any accrued interest, shall be converted into the currency of payment at the market rate of exchange prevailing on the date of payment.*
- (5) This Article does not apply to the issuance of compulsory licenses granted in relation to intellectual property rights in accordance with the TRIPS Agreement.”*

Lampiran 2 (Annex 2) dari ACIA mengatur lebih lanjut tentang *Expropriation and Compensation* yang menegaskan: ⁴³

- (1) “An action or a series of related actions by a Member State cannot constitute an expropriation unless it interferes with a tangible or intangible property right or property interest in a covered investment.*
- (2) Article 14(1) addresses two situations:*
 - (a). the first situation is where an investment is nationalised or otherwise directly expropriated through formal transfer of title or outright seizure; and*
 - (b). the second situation is where an action or series of related actions by a Member State has an effect equivalent to direct expropriation without formal transfer of title or outright seizure.*

⁴³ ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA), Annex 2.

- (3) *The determination of whether an action or series of actions by a Member State, in a specific fact situation, constitutes an expropriation of the type referred to in subparagraph 2(b), requires a case-by-case, fact-based inquiry that considers, among other factors:*
- (a). *the economic impact of the government action, although the fact that an action or series of actions by a Member State has an adverse effect on the economic value of an investment, standing alone, does not establish that such an expropriation has occurred;*
 - (b). *whether the government action breaches the government's prior binding written commitment to the investor whether by contract, licence or other legal document; and*
 - (c). *the character of the government action, including, its objective and whether the action is disproportionate to the public purpose referred to in Article 14(1).*
- (4) *Non-discriminatory measures of a Member State that are designed and applied to protect legitimate public welfare objectives, such as public health, safety and the environment, do not constitute an expropriation of the type referred to in sub-paragraph 2(b)."*

Dari sudut pandang hukum positif, Pasal 7 dari UUPM mengatur tentang nasionalisasi atau pengambilalihan hak kepemilikan yang menegaskan: ⁴⁴

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

Berdasarkan kedua pemaparan tentang ketentuan-ketentuan yang tercantum baik dari perspektif ACIA maupun UUPM, dapat ditentukan secara jelas bahwa ACIA mengatur lebih rinci tentang nasionalisasi atau pengambilalihan hak kepemilikan. Pasal 14 dari ACIA memberikan ketentuan umum yang secara tegas menyatakan bahwa negara anggota ASEAN tidak diperbolehkan untuk mengambilalih (*expropriation*) atau menasionalisasi investasi yang secara eksplisit tergolong dalam bidang usaha yang dilindungi (*covered investment*). *Expropriation* pada umumnya tidak diperbolehkan karena merupakan pelanggaran hukum, namun dapat dianggap dibenarkan apabila memenuhi syarat-syarat tertentu.⁴⁵ Berdasarkan Pasal 7 dari UUPM, peraturan perundang-undangan ini tidak secara tegas mengatur syarat-syarat lain yang harus dipenuhi untuk membenarkan *expropriation*, selain kewajiban pemberlakuan undang-undang.

⁴⁴ Undang Undang Republik Indonesia Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal (UUPM), Pasal 7.

⁴⁵ Huala Adolf, *Aspek-Aspek Negara dalam Hukum Internasional*, CV. Keni Media, Bandung: 2015, hlm. 237.

Berbeda dengan ACIA, Pasal 14 dari ACIA dengan tegas menjabarkan syarat-syarat yang harus dipenuhi sebagai pengecualian terhadap tindakan *expropriation* yaitu:

1. Kepentingan publik (*for a public purpose*);
2. Tidak dilakukan secara diskriminasi (*in a non-discriminatory manner*);
3. Pembayaran kompensasi yang segera, memadai, dan efektif (*on payment of prompt, adequate, and effective compensation*); serta
4. Sesuai dengan ketentuan-ketentuan hukum yang berlaku (*in accordance with due process of law*).

Persyaratan kepentingan umum atau publik merupakan suatu konsep yang luas dan abstrak karena tidak dapat diukur secara objektif. Ada yang berpendapat bahwa kepentingan umum adalah refleksi dari asas akuntabilitas yang mengharuskan pengambilalihan atau nasionalisasi investasi yang dipertanggungjawabkan oleh pemerintah kepada masyarakat atau rakyat sebagai pemegang kedaulatan tertinggi negara sesuai dengan peraturan perundang-undangan, sehingga mengacu kepada kepentingan negara bukan kepentingan individu atau kelompok atau golongan semata.⁴⁶ Ada pun yang berpendapat bahwa tidak terdapat definisi kegunaan publik (*public use* atau kepentingan publik) yang pasti, sehingga negara yang melakukan *expropriation* harus menilai sendiri apa yang dianggap berguna untuk kesejahteraan masyarakatnya.⁴⁷

Berkaca dari hukum positif, terdapat kemungkinan bahwa pemenuhan persyaratan kepentingan publik akan tampak dalam konsiderans undang-undang yang diterbitkan dan diberlakukan oleh negara dalam rangka *expropriation*. Gambaran tidak terpenuhinya kepentingan publik adalah tujuan negara (pemerintah) mengambilalih atau menasionalisasi investasi untuk menghindari kewajiban-kewajiban kontraktual negara itu sendiri atau entitas yang berada di bawah kendali pemerintah.⁴⁸ Dengan demikian telahlah jelas bahwa pengambilalihan hak kepemilikan harus bertujuan untuk mencapai kesejahteraan daripada murni untuk kepentingan pribadi atau sekelompok orang atau berujung pada sesuatu yang dilarang secara hukum (*illicit end*).⁴⁹

Serupa dengan persyaratan kepentingan publik, persyaratan tidak dilakukan secara diskriminasi juga merupakan konsep yang abstrak. Persyaratan tidak dilakukan secara diskriminasi (*non-discrimination*) merupakan bentuk ekspresi negatif dari perlakuan yang sama (*equality of treatment*).⁵⁰ Ada yang berpendapat bahwa tindakan yang diskriminatif hanya mengarah kepada pengambilan hak kepemilikan seseorang atau kelompok tertentu tanpa adanya dasar (alasan) yang secara wajar

⁴⁶ Muhammad Syaifuddin, *Op.Cit.* (Note 30), hlm. 675-676.

⁴⁷ Leo T. Kissam dan Edmond K. Leach, *Op.Cit.* (Note 36), hlm. 190.

⁴⁸ August Reinisch, "Legality of Expropriations", dalam: August Reinisch (ed), *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, New York: 2008, hlm .182.

⁴⁹ Lihat, UNCTAD, *Op.Cit.* (Note 37), hlm. 19

⁵⁰ A. F. M. Maniruzzaman, "Expropriation of Alien Property and the Principle of Non-Discrimination in International Law of Foreign Investment: An Overview", *Journal of Transnational Law & Policy*, Vol. 8, 1998, hlm. 58.

(*reasonably*) dapat diterima.⁵¹ *Expropriation* terhadap penanaman modal asing tidak serta merta dianggap sebagai diskriminatif, pengambilalihan hak kepemilikan atau nasionalisasi yang bersifat diskriminatif harus berdasarkan, berkaitan dengan, atau diambil karena nasionalitas investor tersebut.⁵²

Secara teoretis, konsep diskriminasi memiliki unsur-unsur berupa tindakan pengambilalihan ditujukan kepada pihak tertentu berdasarkan alasan-alasan yang tidak memiliki hubungan dengan pokok permasalahannya, misalnya nasionalitas perusahaan dan orang, serta orang-orang yang berada dalam situasi yang sama diperlakukan secara berbeda.⁵³ Ilustrasi tidak terpenuhinya persyaratan *non-discriminatory manner* adalah pengambilalihan hak kepemilikan semua penanaman modal asing suatu negara tertentu di negara tempat investasi ditanam (*host country*) sebagai jawaban terhadap kebijakan penutupan perdagangan antara negara tertentu tersebut dengan negara asal, sedangkan penanaman modal asing dari negara lain tidak mendapatkan perlakuan yang sama. Berkaca dari ilustrasi sebelumnya, persyaratan *non-discrimination* terpenuhi ketika secara formal penanam modal asing diberikan persamaan perlakuan dengan nasionalitas-nasionalitas yang lain pada suatu negara berkaitan dengan perlindungan yang berada dalam situasi yang sama.⁵⁴ Berkaca dari hukum positif, ketika pemerintah menerbitkan dan memberlakukan undang-undang untuk mengambilalih alih atau menasionalisasi suatu investasi, terdapat kemungkinan bahwa pemenuhan persyaratan *non-diskriminasi* akan tampak dalam isi ketentuan-ketentuan peraturan perundang-undangan tersebut dengan memperhatikan apakah terdapat perbedaan perlakuan terhadap pihak-pihak dalam situasi yang sama. Dengan demikian telahlah jelas bahwa tindakan pengambilalihan hak kepemilikan atau nasionalisasi harus bersifat tidak diskriminatif yang artinya semata-mata tidak berlaku terhadap seseorang atau sekelompok atau nasionalitas tertentu, serta didasari oleh alasan yang secara wajar dapat diterima.

Pasal 14 ayat (1) dari ACIA menyatakan bahwa pembayaran kompensasi harus dilakukan sebagai berikut:

1. Tanpa ditunda atau segera (*prompt*);
2. Memadai (*adequate*); dan
3. Efektif (*effective*).

Kompensasi yang dimaksud dalam Pasal 14 dari ACIA harus dibayar tanpa ditunda dan setara dengan harga pasar ketika pengambilalihan dilakukan baik sebelum atau pada saat pengambilalihan tersebut diumumkan kepada publik atau ketika pengambilalihan tersebut terjadi. Kompensasi yang

⁵¹ August Reisch, *Op.Cit.* (Note 48), hlm. 186

⁵² UNCTAD, *Op.Cit.* (Note 37), hlm. 34.

⁵³ A. F. M. Maniruzzaman, *Op.Cit.* (Note 50), hlm. 59.

⁵⁴ *Ibid.*

dibayar tanpa ditunda tersebut harus memperhatikan proses hukum dan administrasi yang perlu ditempuh sebelum pembayaran dapat dilakukan. Ketika terdapat penundaan dalam pembayaran kompensasi, bunga dapat diterapkan yang sesuai dengan hukum dan ketentuan-ketentuan yang berlaku di negara anggota yang melakukan pengambilalihan. Kompensasi termasuk bunga dibayar dalam mata uang tempat investasi tersebut dilakukan atau apabila diminta oleh investor dalam bentuk mata uang yang secara leluasa dapat digunakan. Mata uang yang secara leluasa dapat digunakan dikonversikan sesuai dengan harga pasar nilai pertukaran pada tanggal pembayaran.

Pasal 7 ayat (2) dari UUPM menjelaskan bahwa apabila terjadi pengambilalihan atau nasionalisasi, pemerintah akan memberikan kompensasi yang jumlahnya ditetapkan berdasarkan harga pasar. Ketentuan ini sejalan dengan Pasal 14 ayat (1)(c) dan Pasal 14 ayat (2) dari ACIA. Ketentuan yang tercantum dalam ACIA memperluas ketentuan yang tercantum dalam Pasal 7 ayat (2) dari UUPM. Pasal 14 ayat (1)(c) dari ACIA dengan tegas mengatakan bahwa kompensasi harus dilakukan secara segera, memadai, dan efektif.

Seegera artinya tidak dapat ditunda. Standar dari kompensasi yang tidak ditunda ditafsirkan sebagai pembayaran yang dilakukan dalam jangka waktu tertentu.⁵⁵ Selain tidak ditunda (*prompt*), secara teoretis persyaratan ini terpenuhi apabila terdapat pembayaran bunga mulai dari pengambilalihan terjadi hingga tanggal pembayaran kompensasi asalkan tidak terdapat banyak sekali penundaan (*inordinate delay*).⁵⁶ Meskipun tidak dapat ditunda, namun ketentuan yang tercantum dalam Pasal 14 ayat (1)(c) ini mengakui bahwa terdapat proses administrasi dan hukum yang harus ditempuh untuk mengadakan pembayaran kompensasi. Ketentuan ini dianggap tidak memberikan kepastian hukum, terkecuali negara-negara anggota mempublikasikan ketentuan-ketentuan yang mengatur pembayaran kompensasi apabila terjadi pengambilalihan atau nasionalisasi. Berkaca dari sudut pandang UUPM, baik UUPM maupun peraturan pelaksanaannya tidak mengatur tentang tatacara pembayaran kompensasi.

Kata memadai dan efektif menyangkut arti bahwa investor tidak dapat dirugikan apabila investasinya diambil alih atau dinasionalisasi. Konsep memadai (*adequate*) pada umumnya merujuk kepada harga pasar apabila investasi dijual dalam kondisi yang biasa.⁵⁷ Memadai memiliki makna bahwa jumlah kompensasi pembayaran harus setara dengan harga pasar ketika pengambilalihan atau nasionalisasi diumumkan kepada publik atau ketika tindakan tersebut secara nyata terjadi, serta jumlah kompensasi tersebut dibayar ke dalam bentuk mata uang tempat investasi dilakukan atau dalam bentuk mata uang yang secara leluasa dapat digunakan. Secara teoretis, pembayaran bunga juga

⁵⁵ Roger C. Wesley, "Establishing Minimum Compensation Criteria for Use in Expropriation Disputes", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 25, 1972, hlm 942.

⁵⁶ Pamela B. Gann, "Compensation Standard for Expropriation", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vol. 23, 1985, hlm. 620.

⁵⁷ Roger C. Wesley, *Op.Cit.* (Note 55), hlm. 943.

bertujuan untuk menjaga atau mempertahankan kompensasi yang memadai melalui pemberian keyakinan bahwa nilai yang diperoleh kembali oleh investor pada saat investasi diambil alih tidak berkurang sebagai akibat dari penundaan pembayaran kompensasi.⁵⁸

Efektif (*effective*) artinya kompensasi yang diberikan dijamin terealisasi. Pada umumnya, kompensasi yang efektif menyangkut seputar trinitas yang terdiri dari bunga, nilai tukar, dan mata uang itu sendiri.⁵⁹ Secara teoretis, efektif berarti kompensasi yang diberikan harus dalam bentuk mata uang yang secara leluasa dapat dikonversikan tanpa adanya pembatasan-pembatasan dalam pengembaliannya.⁶⁰ Kompensasi ini perlu didukung dengan bunga yang harus diberikan apabila pembayaran kompensasi ditunda, jumlah bunga ini bervariasi tergantung dari negara anggotanya, misalnya suku bunga yang ditetapkan oleh bank sentral yaitu Bank Indonesia sebesar 9 persen *per annum*. Dengan demikian ketentuan yang tercantum dalam ACIA menjelaskan waktu pembayaran, harga pasar, dan bunga terhadap ketentuan yang tercantum dalam UUPM yaitu waktu pembayaran yang segera, harga pasar yang dimaksud adalah jumlah yang setara dengan harga pasar ketika pengambilalihan atau nasionalisasi diumumkan atau dilakukan, dan dibayar dalam bentuk mata uang negara penerima investasi atau mata uang yang secara leluasa dapat digunakan, serta penambahan pengaturan tentang bunga apabila terdapat penundaan dalam pembayaran kompensasi.

Ketentuan yang tercantum dalam Pasal 7 dari UUPM dianggap konsisten dan sejalan dengan Pasal 14 ayat (1) dari ACIA. Pasal 7 ayat (1) dari UUPM menjabarkan bahwa Pemerintah tidak akan melakukan pengambilalihan kepemilikan (*expropriation*) atau nasionalisasi tanpa dengan undang-undang. Apabila berdasarkan alasan-alasan tertentu pengambilalihan hak tersebut terpaksa harus dilakukan oleh negara, pemerintah akan meminta persetujuan parlemen terlebih dahulu melalui undang-undang yang dibuat khusus untuk itu.⁶¹ Ketentuan ini sejalan dengan Pasal 14 ayat (1)(d) dari ACIA yang menegaskan bahwa tindakan semacam itu harus sesuai dengan ketentuan-ketentuan hukum yang berlaku. Persyaratan sesuai dengan ketentuan-ketentuan hukum yang berlaku diperjelas oleh Pasal 7 ayat (1) dari UUPM yang mensyaratkan harus dengan pemberlakuan undang-undang sebagaimana mencerminkan kepastian hukum.

Berangkat dari pernyataan-pernyataan di atas, tampak bahwa ketentuan-ketentuan yang tercantum dalam ACIA dan UUPM adalah konsisten, serta melengkapi ketentuan-ketentuan UUPM tentang persyaratan *expropriation*. Meskipun konsisten, ketentuan yang tercantum dalam *Annex 2* dari ACIA lebih komprehensif yaitu tentang kualifikasi pengambilalihan atau nasionalisasi dan situasi-situasi yang dianggap sebagai pengambilalihan atau nasionalisasi. *Annex 2* dari ACIA dengan tegas

⁵⁸ Pamela B. Gann, *Loc.Cit.* (Note 56).

⁵⁹ Roger C Wesley, *Op.Cit.* (Note 55), hlm. 944.

⁶⁰ Pamela B. Gann, *Loc.Cit.* (Note 56).

⁶¹ Jonker Sihombing, *Op.Cit.* (Note 33) hlm. 68.

menjelaskan bahwa pengambilalihan atau nasionalisasi adalah tindakan atau serangkaian tindakan saling kait-mengkait oleh negara anggota tidak dapat dikualifikasikan sebagai pengambilalihan atau nasionalisasi kecuali tindakan-tindakan yang dimaksud menyangkut hak kepemilikan baik yang bersifat nyata (*tangible*) maupun tidak nyata (*intangible*) atau kepentingan hak yang terdapat di dalam investasi yang dilindungi. Dengan demikian, kualifikasi untuk dianggap sebagai pengambilalihan atau nasionalisasi adalah tindakan atau serangkaian tindakan yang saling kait mengait yang dilakukan oleh pemerintah suatu negara anggota menyebabkan terganggunya hak baik hak kepemilikan yang bersifat nyata, seperti *real property* maupun hak kepemilikan yang bersifat tidak nyata seperti kepemilikan saham yang dimiliki investor.

Pada khususnya untuk *real property* yang berbentuk tanah atau hak atas tanah merujuk pada peraturan perundang-undangan suatu negara anggota dan pembayaran kompensasinya sesuai dengan peraturan perundang-undangan tersebut. Ketentuan ini dirumuskan sedemikian rupa untuk mengakomodir kepentingan-kepentingan negara anggota yang menganggap tanah atau hak atas tanah adalah bidang hukum yang sensitif. Arti dari ketentuan ini adalah segala macam bentuk nasionalisasi atau pengambilalihan hak kepemilikan dalam bentuk tanah atau hak atas tanah secara eksklusif diatur oleh hukum substantif suatu negara anggota atau dengan kata lain merupakan kompetensi hukum nasional.

Selain kualifikasi tersebut, *Annex 2* dari ACIA mencakup 2 (dua) situasi yaitu situasi pertama ketika sebuah investasi dinasionalisasi atau secara langsung diambil alih melalui pengalihan titel (hak) yang secara formal dilakukan atau penyitaan secara tegas; dan situasi kedua yaitu ketika sebuah tindakan atau serangkaian tindakan yang saling kait mengait oleh negara anggota menghasilkan akibat yang sama dengan pengambilalihan secara langsung tanpa pengalihan titel (hak) yang secara formal dilakukan atau penyitaan secara tegas. Dengan demikian ketentuan yang tercantum dalam *Annex 2* dari ACIA meluaskan situasi pengambilalihan atau nasionalisasi yaitu tidak hanya pengambilalihan secara langsung melainkan mencakup juga segala tindakan atau serangkaian tindakan yang berakibat pada pengambilalihan atau nasionalisasi. Ketentuan inilah yang tidak dimiliki oleh UUPM yaitu ketentuan yang mengatur *indirect expropriation*. Pengaturan tersebut perlu diadopsi untuk menyempurnakan sistem hukum nasional.

Annex 2 dari ACIA juga mengakomodir pertanyaan yang menjadi tantangan seperti tindakan-tindakan untuk melindungi lingkungan yang menyebabkan tidak dapat beroperasinya suatu usaha yang telah diinvestasikan.⁶² Ketentuan yang tercantum dalam *Annex 2* dari ACIA secara eksplisit menjelaskan bahwa tindakan-tindakan pemerintah yang dirancang dan diterapkan untuk melindungi kepentingan

⁶² Lihat, Jun Xiao, "The ASEAN-China Investment Agreement: A Regionalization of China's BITs", *Frontiers Law China*, Vol. 6, 2011, hlm. 245.

publik yang sah, seperti lingkungan, tidak dapat dianggap sebagai *indirect expropriation*.⁶³ Kelebihan dari Annex 2 dari ACIA yang mengatur tentang *indirect expropriation* adalah sengketa yang diajukan atas dasar tindakan tersebut dilihat dari kasus per kasus (*case by case basis*), sehingga tidak semua tindakan suatu negara (pemerintah) yang menyebabkan tidak dapat beroperasinya suatu usaha yang diinvestasikan serta merta dapat dikualifikasikan sebagai nasionalisasi atau pengambilalihan hak kepemilikan secara tidak langsung.

Setelah pembahasan tentang konsistensi ketentuan tentang nasionalisasi atau pengambilalihan kepemilikan hak berdasarkan perspektif ACIA dan UUPM, terdapat kecenderungan dan kepentingan untuk memadukan standar yang ditentukan dalam ACIA dengan sistem hukum nasional, khususnya UUPM.⁶⁴ Meskipun dalam konteks ACIA, Indonesia telah mencantumkan peraturan-peraturan yang berkaitan dengan suatu bidang usaha tertentu sebagaimana tercantum dalam jadwal (*schedule*) Indonesia, isi dari jadwal ini hanya berupa daftar. Jadwal ini setidaknya telah memberikan kepastian hukum dan transparansi yang lebih daripada hanya bersandar pada hukum nasional suatu negara. Dengan demikian, penyempurnaan akan tampak ketika terdapat ketentuan yang mengatur *expropriation* secara lebih rinci. Pengaturan lebih detil ini dapat berupa peraturan pelaksana atau undang-undang baru.

PENUTUP

Ketentuan-ketentuan yang tercantum dalam baik UUPM maupun ACIA tentang nasionalisasi atau pengambilalihan hak kepemilikan (*expropriation*) adalah sejalan dan konsisten. Meskipun demikian, ketentuan-ketentuan yang tercantum dalam ACIA adalah lebih komprehensif karena instrumen hukum internasional ini memetakan syarat-syarat *expropriation*, memperluas cakupan keberlakuan dari *expropriation*, dan menjelaskan lebih rinci tentang kompensasi yang diberikan. Berkaitan dengan aspek nasionalisasi atau pengambilalihan hak kepemilikan, ACIA memperluas *expropriation* dengan mengatur *indirect expropriation*. Selanjutnya aspek kompensasi, ACIA menghekdaki agar pembayaran dilakukan dengan segera, dalam bentuk mata uang yang ditentukan, dan pengenaan bunga apabila terdapat penundaan dalam pembayaran kompensasi. Berdasarkan pernyataan-pernyataan tersebut tampak bahwa UUPM perlu disempurnakan agar dapat sesuai dengan kewajiban-kewajiban yang ditentukan dalam ACIA atau menerbitkan peraturan pelaksana yang mengatur secara khusus tentang nasionalisasi atau pengambilalihan hak kepemilikan

⁶³Zewei Zhong, "The ASEAN Comprehensive Investment Agreement: Realizing a Regional Community", *Asian Journal of Comparative Law*, Vol 6, 2011, hlm. 26.

⁶⁴Diane A. Desierto, "Regulatory Freedom and Control in the New ASEAN Regional Investment Treaties", *Journal World Investment & Trade*, Vol. 16, 2015, hlm. 1032.

demi memberikan kepastian hukum kepada penanam modal asing dalam melakukan investasi di Indonesia.

DAFTAR PUSTAKA

Buku

- ASEAN, *ASEAN Comprehensive Investment Agreement - A Guidebook for Businesses and Investors*, ASEAN Secretariat, Jakarta: 2013.
- August Reinisch, "Legality of Expropriations", dalam: August Reinisch (ed), *Standards of Investment Protection*, Oxford University Press, New York: 2008.
- Jonker Sihombing, *Hukum Penanaman Modal di Indonesia*, PT Alumni, Bandung: 2009.
- Huala Adolf, *Aspek-Aspek Negara dalam Hukum Internasional*, CV. Keni Media, Bandung: 2015.
- Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif*, PT Raja Grafindo Persada, Jakarta: 2003.
- Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, Universitas Indonesia, Jakarta: 2012.
- United Nations Conference on Trade and Development, *Expropriation: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, UNCTAD/DIAE/IA/2011/7, United Nations Publication, New York dan Geneva: 2012.

Jurnal

- A. F. M. Maniruzzaman, "Expropriation of Alien Property and the Principle of Non-Discrimination in International Law of Foreign Investment: An Overview", *Journal of Transnational Law & Policy*, Vol. 8, 1998.
- Diane A. Desierto, "Regulatory Freedom and Control in the New ASEAN Regional Investment Treaties", *Journal World Investment & Trade*, Vol. 16, 2015.
- I Gusti Ag.A.Mas Triwulandari dan I Nyoman Budiana, "Nasionalisasi Perusahaan Penanaman Modal Asing Di Indonesia", *Jurnal Analisis Hukum*, No. 1, Vol. 1, 2018.
- Jun Xiao, "The ASEAN-China Investment Agreement: A Regionalization of China's BITs", *Frontiers Law China*, Vol. 6, 2011.
- Junianto James Losari, "Comprehensive or BIT by BIT: The ACIA and Indonesia's BITs", *Asian Journal of International Law*, Vol. 6, 2016.
- Leo T. Kissam dan Edmond K. Leach, "Sovereign Expropriation of Property and Abrogation of Concession Contracts", *Fordham Law Review*, Vol. 28, 1959,
- Michael Ewing-Chow, "ASEAN Integration, the Rule of Law, and Investment Agreements", *American Society of International Law Proceedings*, Vol. 107, 2013.

Muhammad Rafi Darajati dan Muhammad Syafei, "Pengaturan Hukum di Indonesia Terkait ASEAN Comprehensive Investment Agreement Dalam Rangka Menghadapi ASEAN Economic Community", *Riau Law Journal*, No.1, Vol. 4, 2020.

Muhammad Syaifuddin, "Nasionalisasi Perusahaan Modal Asing: Ide Normatif Pengaturan Hukumnya Dalam UU No. 25 Tahun 2007 Dan Relevansinya Dengan Konsep Negara Hukum Kesejahteraan Pancasila Dalam UUD NRI Tahun 1945", *Jurnal Hukum Pembangunan*, No. 4, Vol. 41, 2011.

Pamela B. Gann, "Compensation Standard for Expropriation", *Columbia Journal of Transnational Law*, Vo. 23, 1985.

Robert B. Shanks, "Insuring Investment and Loans against Currency Inconvertibility, Expropriation, and Political Violence", *Hastings International and Comparative Law Review*, Vol, 9, 1986.

Roger C. Wesley, "Establishing Minimum Compensation Criteria for Use in Expropriation Disputes", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 25, 1972.

Sungjoon Cho dan Jurgen Kurtz, "Legalizing the ASEAN Way: Adapting and Reimagining the ASEAN Investment Regime" *American Journal of Comparative Law*, Vol. 66 2018.

Zewei Zhong, "The ASEAN Comprehensive Investment Agreement: Realizing a Regional Community", *Asian Journal of Comparative Law*, Vol.6, 2011.

Peraturan Perundang-undangan

ASEAN, "The ASEAN Charter", <https://asean.org/storage/2012/05/13.-May-2016-The-ASEAN-Charter-19th-Reprint-Amended.pdf>, [diakses pada 27/07/2021]

ASEAN, "ASEAN Economic Community Blueprint 2015, <<https://asean.org/wp-content/uploads/archive/5187-10.pdf>>, [diakses pada 27/07/2021].

ASEAN, "ASEAN Economic Community Blueprint 2025 (AEC Blueprint 2025)", <https://www.asean.org/storage/2016/03/AECBP_2025r_FINAL.pdf>, [diakses pada 27/07/2021].

ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA), <<http://investasean.asean.org/files/upload/Doc%2005%20-%20ACIA.pdf>>, [diakses pada 27/07/2021].

Undang Undang Republik Indonesia Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal (UUPM), L.N.R.I. 2007 No. 67.

Undang Undang Republik Indonesia Nomor 86 Tahun 1958 Tentang Nasionalisasi Perusahaan-Perusahaan Milik Belanda, L.N.R.I. 1958 No. 16.

Undang-Undang Nomor 11 Tahun 2020 Tentang Cipta Kerja, L.N.R.I. 2020 No. 245.

Peraturan Presiden Nomor 9 Tahun 2009 Tentang Lembaga Pembiayaan.

Peraturan Menteri Keuangan Nomor 18/PMK.010/2012 Tentang Perusahaan Modal Ventura.

Peraturan Otoritas Jasa Keuangan Nomor 34/POJK.05/2015 Tentang Perizinan Usaha dan Kelembagaan Perusahaan Modal Ventura.

Peraturan Otoritas Jasa Keuangan Nomor 35/POJK.05/2015 Tentang Penyelenggaraan Usaha Perusahaan Modal Ventura.

Sumber Lain

ASEAN, "History: The Founding of ASEAN", <<https://asean.org/asean/about-asean/history/>>,[diakses pada 27/07/2021].

Jacqueline Woo, "6 Things You Need To Know About ASEAN Economic Community", The Straits Times, <<https://www.straitstimes.com/business/6-things-you-need-to-know-about-asean-economic-community>>, [diakses pada 27/07/2021].