

## Catatan Kritis Terhadap “Bab Investasi Teks Perjanjian TPP” IGJ, 20 November 2015

### Narasumber dalam diskusi mengkritisi Bab Investasi Teks TPP:

Lutfiyah Hanim (TWN)

Rachmi Hertanti (IGJ)

#### I. Penjelasan Umum

- Investasi diatur secara khusus dalam bab ke 9 Perjanjian TPP guna memastikan penerapan standar perlindungan investasi asing di negara-negara anggota TPP. TPP tidak hanya mengatur liberalisasi perdagangan barang, tetapi lebih luas dari itu dan sangat komprehensif. Bahkan, melebihi aturan umum WTO. Liberalisasi sektor jasa, investasi, dan tenaga kerja juga menjadi fokus perjanjian.
- Liberalisasi sektor jasa memiliki 2 fungsi, yakni membuka akses pasar investasi dan tenaga kerja. Karena dari 4 mode liberalisasi sektor jasa, hanya 2 mode liberalisasi yang lebih efektif digunakan, yakni Mode 3 terkait dengan masuknya perusahaan asing pemberi jasa di sebuah negara penerima jasa, dan Mode 4 terkait dengan masuknya tenaga kerja asing di sebuah negara.
- Terkait dengan Mode 3 dan Mode 4 ini, bab investasi menjadi sangat strategis bagi kepentingan investor asing ketika hendak menanamkan modalnya di luar negeri dan memastikan manajemen perusahaannya dipegang oleh orang-orang kepercayaannya secara langsung. Bab Investasi dalam teks TPP tidak hanya terkait dengan investasi di sektor jasa saja, melainkan berlaku untuk seluruh bentuk investasi. Hal ini akan dijelaskan lebih lanjut.
- Bab investasi dalam teks TPP terdiri dari 2 Section dan 9 annex (berisi tentang penjelasan khusus, spesifik komitmen dan reservasi dari masing-masing negara). Section A dari bab investasi mengatur mengenai pengertian umum dan aturan standar perlindungan investasi yang harus diterapkan oleh seluruh negara. Dalam teks TPP aturan penerapan standar perlindungan investasi ini diatur sangat terperinci, jauh bila dibandingkan dengan ASEAN Comprehensive Investment Agreement (ACIA) ataupun Traktat Perjanjian Perlindungan Investasi Asing Bilateral (Bilateral Investment Treaty/BIT) yang ditandatangani oleh 2 negara.
- Section B dari bab investasi TPP mengatur mengenai aturan dan mekanisme penyelesaian sengketa investasi. Mekanisme penyelesaian sengketa investasi ini diatur sangat detail dan lebih luas dampaknya. (Lebih detail lihat pada penjelasan bagian II)
- Teks TPP Bab Investasi memang sengaja dibuat hanya untuk memberikan jaminan perlindungan bagi investor asing yang diberikan oleh negara anggota TPP, khususnya Host State of Investment. Hal ini karena teks TPP hanya mengatur kewajiban perlindungan yang harus dilakukan oleh host state of investment sebagaimana yang diatur dalam section A. Bab investasi tersebut tidak mengatur kewajiban investor atau pun kewajiban home state of investor (Negara pengekspor investasi) untuk memastikan bahwa perjanjian investasi ini tidak merugikan kepentingan nasional dari host state of investment (negara pengimpor investasi).
- Bahkan, mekanisme penyelesaian sengketa yang diatur dalam Bab Investasi TPP hanya membolehkan Investor menggugat Negara (host state of investment) atas kerugian yang diderita akibat pelanggaran perjanjian investasi ini. Namun, bab ini tidak memungkinkan bagi negara (host state of investment) menggugat Investor ataupun Home State of Investor dalam meminta

pertanggungjawabannya atas aktivitas bisnis yang merugikan kepentingan nasional suatu negara.

- Ketidakseimbangan jaminan perlindungan yang diatur dalam bab investasi teks TPP akan memberikan banyak kerugian bagi Indonesia ketimbang manfaat yang diterima dari investasi asing yang masuk ke Indonesia. Hal ini karena bab investasi TPP mengharuskan Indonesia menerapkan kebijakan nasional yang menjamin kepentingan investor walaupun kecenderungannya akan bertentangan dengan Konstitusi.

## II. Catatan Kritis Teks Investasi TPP

Dalam diskusi, ada beberapa catatan kritis terkait dengan pasal-pasal kontroversial yang diatur dalam bab investasi teks TPP, yakni sebagai berikut:

### Definisi Investasi:

- Definisi investasi yang diatur dalam teks TPP sangat luas. Hampir seluruh bentuk investasi dimasukan. Hal ini bisa dilihat dari kata '*every asset*' seperti enterprise (perusahaan), saham (shares, stock, equity participation), bonds bahkan hingga instrument utang (debt and loans instruments), futures dan segala bentuk turunannya, konsesi dan hasil pendapatan (revenue sharing), turnkey termasuk konstruksi serta hasil produksi, hak kekayaan intelektual, bahkan hingga perizinan (licences, permits).
- Selain luasnya bentuk investasi, suatu komitmen kapital atau ekspektasi keuntungan dari investasi serta asumsi resiko dari investasi dapat dikategorikan sebagai sebuah karakter dari investasi. Hal ini mengandung makna, bahwa bentuk investasi semacam ini telah masuk menjadi obyek investasi walaupun secara fakta investasi tersebut belum masuk ke sebuah negara atau dengan kata lain baru rencana. Praktek ini disebut dengan ketentuan *pre-establishment*.
- Dampak dari luasnya definisi investasi dan ketentuan *pre-establishment provision* dalam definisi investasi tentunya memberikan konsekuensi hukum yang sangat merugikan khususnya jika dikaitkan dengan pemberlakuan mekanisme penyelesaian sengketa antara investor dan negara atau dikenal dengan Investor-State Dispute Settlement (ISDS).
- Contohnya, ketika investor asal Jepang baru berencana menanamkan investasi di Indonesia di sektor konstruksi, tetapi kemudian Pemerintah Indonesia mengeluarkan suatu kebijakan konstruksi nasional yang kemudian dianggap akan berpotensi mengurangi ekspektasi keuntungannya, maka Pemerintah Indonesia berpotensi untuk dapat digugat dan dituntut untuk membayarkan kerugian yang berpotensi dideritanya atas penerapan kebijakan nasional tersebut.
- Selain itu, unsur dalam definisi investasi yang menyebutkan '*every asset that an investors owns or controls, directly and indirectly*', sehingga memungkinkan bagi pemilik saham yang tidak melakukan kontrol ataupun memiliki secara langsung dapat menjadi pihak yang menggugat Negara ketika kepentingan atas investasinya terganggu.

### Investment Agreement:

- Pengertian 'Investment Agreement' ini mengacu pada bentuk 'Kontrak' antara Pemerintah Pusat dengan Investor. Bentuk-bentuk 'Kontrak' yang dimaksud dalam bab Investasi teks TPP ataupun yang menjadi ruang lingkupnya adalah kontrak-kontrak di sektor sumber daya alam (migas dan tambang), di sektor jasa seperti power generation atau water treatment dan atau telekomunikasi,

dan sektor infrastruktur seperti jalan, jembatan, kanal, bendungan, pemasangan pipa, atau proyek-proyek yang sejenis.

- Menariknya, 'Kontrak bisnis antara Pemerintah dengan Investor' dimasukkan menjadi salah satu obyek sengketa yang dapat dimintakan penyelesaiannya di lembaga arbitrase internasional, baik di ICSID maupun UNCITRAL, sepanjang diatur di dalam Kontrak tersebut. (**Lihat Pasal 9.18**).
- Dimasukkannya 'Kontrak Bisnis' dalam Bab investasi TPP dapat mengakibatkan kebingungan dalam membedakan sebuah treaty (Government to Government) dengan business agreement (G to B) yang juga memiliki dampak hukum yang berbeda diantara dua jenis perjanjian ini. Hal ini juga memaksa agar Kontrak Bisnis menerapkan standar perlindungan investor asing sebagaimana aturan TPP kedalamnya, sehingga tidak ada asas kebebasan berkontrak bagi para pihak yang mengikatkan diri (karena sifatnya lebih klausul perdata ketimbang publik).

### **Performance Requirements (Persyaratan Pelaksanaan)**

- Ketentuan persyaratan pelaksanaan atau performance requirements ini berpotensi besar terhadap kerugian perekonomian Indonesia dalam menerapkan aturan TPP. Performance Requirement diatur secara detail dalam Pasal 9.9. Selain itu, dalam ketentuan cakupan Perjanjian Investasi dalam Teks TPP, performance requirements menjadi ketentuan yang wajib diadopsi oleh seluruh anggota TPP.
- Ketentuan Performance Requirements tidak membolehkan suatu negara membuat suatu persyaratan khusus terhadap suatu kegiatan investasi ataupun kegiatan suplai jasa ataupun kegiatan perdagangan barang, yang pada akhirnya dianggap merugikan kepentingan investor. Beberapa persyaratan khusus yang dilarang tersebut seperti:
  - a. Membatasi kegiatan ekspor hingga level persentase tertentu
  - b. Menggunakan konten lokal hingga level persentase tertentu
  - c. Membeli ataupun menggunakan barang dari produksi barang di wilayahnya atau membeli barang dari orang tertentu.
  - d. Melakukan transfer teknologi tertentu
  - e. Memasok barang secara eksklusif dari wilayah dimana investasi tersebut berada ke suatu wilayah regional tertentu
  - f. Membeli atau menggunakan teknologi di wilayahnya dari satu negara anggota atau mencegah membeli atau menggunakan teknologi di wilayahnya dari satu negara anggota.
  - g. Mensyaratkan sebuah perusahaan harus mempekerjakan Senior Management dari suatu kebangsaan tertentu.
  - h. Dan lain sebagainya.
- Dampak dari ketentuan performance requirements ini tentunya akan memberikan kerugian bagi Indonesia, khususnya terkait dengan kepentingan nasional. Misalnya saja, dalam kegiatan pengadaan barang dan jasa, terdapat ketentuan bahwa 30% dari pengadaan harus mengakomodasi produk UMKM. Atau terkait dengan pengadaan barang dan jasa untuk pembangunan infrastruktur, Pemerintah mewajibkan untuk menggunakan konten lokal sebesar 30%. Atau misalkan terkait dengan transfer teknologi, bahwa selama ini peraturan tentang investasi asing mengharuskan investor melakukan transfer teknologi dalam rangka membangun industri nasional.

### **Standar Minimum Perlindungan Investasi, National Treatment, dan MFN**

- Ketentuan standar minimum perlindungan investasi ini biasanya dituliskan dalam bahasa 'fair and equitable treatment (FET)', dimana pengertian FET ini sendiri memiliki pengertian yang amat luas. Walaupun standar perlindungan di TPP ini mengacu pada hukum kebiasaan internasional, tetap saja terkadang interpretasi terkait hal ini teramat luas. Bahkan, klausul FET seringkali dijadikan dasar gugatan investor di lembaga arbitrase internasional terhadap Negara. Data South Centre 2014 menyebutkan bahwa hampir dari seluruh kasus ICSID di tahun 2013, 75% dilandasi alasan FET.
- Luasnya pengertian FET seringkali dibatasi dengan penambahan kata mengacu pada hukum kebiasaan internasional (International Customary law), sehingga penafsiran FET yang mengacu pada hukum kebiasaan internasional akan lebih memudahkan. Namun, walaupun terlihat cukup baik dengan mengacu pada hukum kebiasaan internasional, FET tetap saja menjadi ketentuan yang 'liar'. Teks FET di dalam TPP ternyata meminjam kalimat dalam NAFTA, yang sebenarnya juga tidak memberikan penjelasan secara pasti pengertian FET berdasarkan pada International Customary Law. Bahkan terus diinterpretasikan secara luas dan menjadi salah satu klausul yang digunakan untuk menggugat dalam sengketa ISDS.
- National Treatment dan Most-Favored Nation (MFN) dalam teks TPP mengacu pada konsep pre-establishment (sebelum pendirian atau pada saat pendirian investasi), sebagaimana telah dikuatkan dalam definisi investasi yang teramat luas dan menerapkan konsep pre-establishment didalamnya. Dalam prakteknya, konsep pre-establishment ini lebih cenderung merugikan ketimbang post-establishment atau setelah pendirian investasi.

### **Expropriation and Compensation (Pengambil-alihan dan Ganti rugi):**

#### Expropriation secara umum:

- Secara umum, ketentuan Expropriation ini melarang negara untuk melakukan nasionalisasi ataupun melakukan tindakan pengambil-alihan terhadap suatu kegiatan investasi ataupun kegiatan perusahaan baik secara langsung maupun tidak langsung kecuali dalam rangka untuk kepentingan publik. Walaupun Kepentingan Publik dikecualikan, namun tindakan nasionalisasi ataupun pengambilalihan untuk kepentingan publik harus melalui aturan yang berlaku, yakni harus melalui undang-undang dan membayarkan kompensasi sesuai dengan nilai pasar yang berlaku. Ketentuan ini telah diakui secara umum dalam hukum internasional, yang mensyaratkan tindakan nasionalisasi hanya boleh dilakukan dengan memenuhi kondisi sebagai berikut:
  - a. Untuk kepentingan publik;
  - b. Dilakukan tanpa adanya diskriminasi (in a non-discrimination manner)
  - c. Dilakukan harus berdasarkan undang-undang nasional yang berlaku, dan
  - d. Membayarkan kompensasi.
- Penseyaratan tindakan nasionalisasi juga diatur teks TPP bab Investasi, pasal 9.7.
- Ketentuan larangan expropriation atau nasionalisasi ataupun nasionalisasi dengan persyaratan, telah menjadi sebuah instrumen perlindungan investasi asing sejak era 1940-an. Hal ini karena terkait dengan situasi geopolitik global yang mengarah pada kemerdekaan negara-negara jajahan yang kemudian melakukan tindakan nasionalisasi aset-aset penjajah. Model perlindungan ini mulai diadopsi ketika dibuatnya perjanjian perlindungan investasi pertama kali tahun 1959 antara Jerman dan Pakistan atau dikenal dengan Bilateral Investment Treaty (BIT).
- Secara umum terdapat 2 bentuk expropriation yakni langsung (direct) dan tidak langsung (indirect). Nasionalisasi secara langsung berarti terjadinya pemindahan kepemilikan dan aset

fisik perusahaan ke tangan negara. Terkait dengan larangan melakukan nasionalisasi secara tidak langsung atau indirect expropriation, biasanya praktek ini dilakukan melalui tindakan divestasi saham.

Beberapa hal yang perlu dicermati terkait dengan Pasal Expropriation dalam teks TPP:

- Pengertian expropriation dalam teks TPP mengacu pada pemahaman yang disepakati oleh anggota TPP dalam Annex 9B, yang juga mengenal 2 bentuk tindakan nasionalisasi yaitu nasionalisasi secara langsung dan tidak langsung. Penjelasan mengenai expropriation ini sangat diatur secara rinci, diluar kebiasaan Perjanjian Investasi Internasional.
- Menariknya, dalam Annex 9B tersebut, ketentuan mengenai nasionalisasi tidak langsung dibuatkan persyaratan khusus. Ketentuan detail terkait dengan indirect expropriation jarang sekali dibuat. Ketentuan khusus ini adalah:
  - a. Untuk menentukan adanya suatu tindakan nasionalisasi tidak langsung, membutuhkan suatu tindakan penyelidikan kasus per kasus yang didasari oleh pertimbangan beberapa faktor, yakni: (1) Dampak ekonomi dari kebijakan Pemerintah; (2) Sejauh mana kebijakan Pemerintah dapat mengganggu ekspektasi investasi (*untuk faktor ini tergantung sejauh mana pemerintah memberikan jaminan tertulis dan mengikat kepada investor terkait dengan peraturan perundang-undangan yang mengaturnya*); dan (3) Karakter dari kebijakan pemerintah itu sendiri.
  - b. Suatu peraturan perundang-undangan yang dibuat tanpa diskriminasi dan dalam rangka melindungi kesejahteraan masyarakat, lingkungan, dan keamanan masyarakat bukanlah suatu bentuk nasionalisasi tidak langsung, kecuali dalam situasi yang langka.
- Selama ini indirect expropriation dilakukan dalam praktek divestasi saham. Namun, jika melihat dari ketentuan teks investasi TPP diatas nampaknya kewajiban divestasi saham akan menjadi sumber persoalan bagi Indonesia, dimana regulasi nasional kita baik dalam UU Penanaman Modal maupun UU Minerba mewajibkan investor asing melakukan divestasi saham kepada Pemerintah Indonesia dalam jangka waktu tertentu. Padahal disatu sisi, divestasi saham disektor Minerba bisa menjadi pintu bagi pengembalian sumber-sumber ekonomi strategis negara yang selama ini dikuasai oleh asing, seperti Freeport, Newmont, dll.
- Dalam teks TPP Bab Investasi juga mengatur tindakan pengambil-alihan lahan. Land Acquisition tetap dianggap menjadi salah satu obyek nasionalisasi langsung kecuali diatur dalam suatu UU nasional tertentu. Dalam hal tindakan nasionalisasi terkait dengan tanah (expropriation related to Land), Teks TPP mendetailkan pengaturannya dalam Annex 9C. Misalnya dalam Annex 9C disebutkan Vietnam melakukan tindakan pengambilalihan secara langsung atas tanah, maka harus dilakukan: (1) sesuai dengan peraturan perundang-undangan nasional yang berlaku; dan (2) dengan membayarkan kompensasi sesuai dengan harga pasar.
- Indonesia telah memiliki beberapa ketentuan mengenai UU Pengadaan tanah, yang semangatnya pada dasarnya bertentangan semangat reforma agraria yang telah diatur dalam UU Pokok Agraria 1960.
- Dalam Teks TPP Bab Investasi ketentuan expropriation diatur sangat rinci, bahkan hingga tata cara pembayaran ganti ruginya. Hal ini sangat jarang dilakukan dalam teks perjanjian perlindungan investasi asing yang telah ada sebelumnya. Dari ketentuan yang rinci ini mengandung pengertian dimana Investor asing mendapatkan perlindungan maksimal hingga ganti rugi yang penuh terhadap kerugian yang dideritanya akibat tindakan nasionalisasi negara walaupun dilakukan untuk kepentingan rakyat.

- Mekanisme pembayaran kompensasi diatur secara tegas, yakni dengan mewajibkan pembayaran kompensasi dilaksanakan dengan cara:
  - a. Membayar kompensasi tanpa ada keterlambatan (be paid without delay).
  - b. Nilai kompensasi yang dibayarkan harus sesuai dengan harga pasar sebelum tindakan nasionalisasi dilakukan.
  - c. Tidak mencerminkan perubahan nilai akibat tindakan nasionalisasi yang akan dilakukan.
  - d. Dapat ditransfer secara bebas
- Bahkan pembayaran kompensasi sesuai nilai pasar ditentukan berdasarkan 2 kondisi khusus, yakni berdasarkan nilai mata uang yang digunakan (yang ditetapkan oleh IMF), yakni:
  - a. Jika nilai pasar tidak ditentukan berdasarkan nilai mata uang tertentu (freely useable currency- yang ditetapkan oleh IMF), maka pembayaran kompensasi tidak boleh kurang dari nilai pasar yang wajar pada saat tindakan nasionalisasi dilakukan, ditambah dengan nilai bunga komersial sesuai dengan nilai pasar yang wajar untuk mata uang tersebut.
  - b. Jika nilai pasar ditentukan berdasarkan nilai mata uang tertentu (not freely useable currency), maka pembayaran kompensasi harus dikonversikan sesuai dengan nilai tukar mata uang yang berlaku pada saat pembayaran dilakukan, dan pembayaran tersebut tidak boleh kurang dari: (1) nilai pasar yang berlaku pada saat tindakan nasionalisasi dan harus dikonversikan terlebih dahulu sesuai dengan nilai tukar mata uang yang ditentukan secara bebas – *bisa saja digunakan mata uang yang lebih tinggi nilai tukarnya*- yang berlaku pada saat itu; (2) Nilai bunga pada level komersial dengan menggunakan nilai tukar mata uang yang ditentukan secara bebas, yang masih harus dibayarkan sejak tanggal tindakan nasionalisasi hingga waktu pembayaran kompensasi.

### **Mekanisme Penyelesaian Sengketa Investasi Investor VS Negara (Investor-State Dispute Settlement/ISDS)**

- Obyek sengketa di dalam TPP ISDS Mechanism semakin meluas, tidak hanya terkait dengan pelanggaran yang diatur dalam Perjanjian Section A (Pelanggaran terhadap standar perlindungan investasi), tetapi juga memasukan Kontrak Bisnis (Investment Agreement) dan Perizinan Investasi sebagai obyek sengketa. Hal ini diatur dalam Pasal 9.18.
- Selama ini penafsiran yang luas terkait dengan beberapa praktek standar perlindungan investasi khususnya terkait dengan ketentuan Fair and Equitable Treatment (FET) telah memberikan persoalan pelik dalam sengketa Investasi antara Investor dengan Negara. Apalagi, jika obyek sengketanya pun diperluas, sudah pasti beragam penafsiran dari obyek sengketa yang dimuat dalam TPP akan menjadi persoalan.
- Misalkan saja terkait dengan Investment Authorisation yang menjadi obyek sengketa dalam bab Investasi TPP. Definisi Investment Authorisation sangat multitafsir, yakni "*Kewenangan yang dimiliki oleh otoritas investasi asing negara anggota TPP untuk menjamin investasi yang tercakup ataupun investor yang berasal dari negara anggota TPP*". Terkait dengan definisi ini, bab Investasi TPP tidak menjelaskan secara detail pelanggaran macam apa yang bisa diajukan dalam mekanisme sengketa terkait dengan Investment Authorisation.
- Dalam penjelasan terkait dengan Investment Authorisation, catatan kaki nomer 10 bab Investasi TPP hanya menjelaskan mengenai beberapa bentuk yang tidak termasuk Investment Authorisation, yakni: (1) tindakan penegakan hukum yang berlaku secara umum seperti kompetisi, lingkungan, ataupun kesehatan; (2) Rezim perizinan yang tidak diskriminatif; dan (3)

Keputusan suatu negara untuk memberikan jaminan insentif tertentu terhadap investasi ataupun investor yang tidak diberikan oleh otoritas investasi asing di negaranya.

- Terkait dengan sengketa dalam Kontrak Bisnis, hanya boleh mengajukan klaim atas kerugian yang diderita berdasarkan pelanggaran ketentuan yang diatur dalam Kontrak Bisnis tersebut. Walaupun, dalam hal ini Teks Investasi TPP mencoba memisahkan Kontrak Bisnis dalam suatu obyek sengketa perjanjian tersendiri, namun masuknya Kontrak Bisnis di dalam Bab Investasi TPP membuat kebingungan tersendiri karena menggabungkan investment treaty dengan kontrak bisnis yang secara sifat dan dampak hukumnya sangat berbeda.
- Dalam bab Investasi TPP nampaknya seolah-olah hendak memberikan banyak pilihan mekanisme penyelesaian sengketa, tetapi sebenarnya pilihan sengketa tersebut tidak berbeda. Misalnya, Pasal 9.18 Paragraf 4, yang membolehkan investor memilih untuk mengajukan gugatan arbitrase ke 4 jenis mekanisme penyelesaian sengketa, baik di bawah ICSID, UNICTRAL, maupun lembaga arbitrase lainnya. Walaupun dalam Bab Investasi ini mengatur mengenai tata cara pengajuan Consent Letter (surat memberikan persetujuan untuk menyelesaikan sengketa investasi melalui sebuah lembaga arbitrase internasional), namun upaya ini tidak dapat menghindarkan tindakan sewenang-wenang Investor untuk menggugat Negara. Apalagi secara jelas dalam teks, bahwa yang dimaksud dengan 'Claimant' hanyalah investor, dan 'Respondent' adalah Negara. Sehingga dari segi definisi ini sangat tidak memungkinkan Negara menjadi Claimant.
- Menariknya, dalam Putusan arbitrase nantinya jika dimintakan salah satu pihak, maka Arbitrator dapat memasukan pembebanan honor dan ongkos pengacara dapat dibayarkan oleh pihak yang kalah. Artinya, seluruh ongkos pengacara yang nilainya dapat mencapai jutaan dollar berpotensi ditanggung oleh Negara sebagai pihak yang berpotensi kalah.

\*\*\*\*\*

Disusun oleh:

**Rachmi Hertanti**

Research & Monitoring Manager

Indonesia for Global Justice

Email: [rachmihertanti@gmail.com](mailto:rachmihertanti@gmail.com)

[www.igj.or.id](http://www.igj.or.id) / [igj@igj.or.id](mailto:igj@igj.or.id)