

Antisipasi Konflik Pada Investasi Asing

Berdasarkan laporan realisasi investasi periode Januari–Desember 2017 yang dikeluarkan oleh Badan Koordinasi Penanaman Modal, Top 5 Penanaman Modal Asing (PMA) di dominasi oleh provinsi di Pulau Jawa, sebanyak 4 provinsi. Jawa Barat berada di urutan pertama dengan nilai investasi sebesar 5.142 juta dolar AS. Lalu, diikuti oleh DKI Jakarta, Banten, dan Jawa Tengah dengan dengan nilai investasi masing-masing sebesar 4.595, 3.047, dan 2.372 juta dolar AS secara berurutan. Sedangkan Provinsi Papua hanya satu-satunya daerah di luar Jawa yang mengisi daftar Top 5 tersebut dengan nilai investasi sebesar 1.924 juta dolar AS.

Bagi provinsi lain, investasi asing juga merupakan sebuah primadona. Hal ini didukung oleh anggapan bahwa lambatnya laju investasi asing dapat mengakibatkan ketertinggalan percepatan pembangunan ekonomi di daerah. Dengan demikian, tidaklah mengherankan, daerah-daerah di Indonesia berlomba-lomba untuk memperbaiki iklim investasi mereka. Perampingan izin, kemudahan dan insentif, birokrasi yang profesional, dan infrastruktur yang mumpuni sangat penting untuk membuat para investor untuk tidak sekedar menyatakan tertarik, melihat-lihat, namun juga merealisasikan investasinya.

Namun, di atas semua itu ada satu faktor yang mesti lebih diperhatikan, yaitu kesiapan daerah sendiri dalam menghadapi investasi asing. Bukan barang baru lagi, investasi asing sejak dahulu selalu memantik pro dan kontra. Pro, karena akan mendukung dan mempercepat pembangunan suatu daerah dikarenakan keterbatasan anggaran yang ada. Kontra, karena menyimpan berbagai potensi yang mengakibatkan bahaya bagi suatu daerah dan negara. Bisa jadi karena kekhawatiran sektor-sektor ekonomi penting akan dikuasai oleh asing, atau bisa jadi juga karena takut hanya akan menjadi penonton di rumah sendiri.

Namun, ada satu potensi bahaya yang mesti dilihat lagi oleh pemerintah daerah, yaitu potensi konflik dan dampaknya.

Hukum Internasional

Sebuah investasi dikatakan asing bilamana ada aliran modal asing yang dimasukkan ke suatu usaha, sebarangapun besar-kecilnya. Artinya, ada subjek hukum yang berasal dari luar Indonesia. Dalam tatanan hukum, hukum mengenai investasi asing berada pada ruang hukum internasional, yaitu hukum publik internasional. Lebih spesifik lagi, hukum investasi internasional. Dengan demikian segala masalah hukum yang berkenaan dengan kerja sama investasi asing sudah menjadi domain hukum internasional, di mana hukum nasional tidak lagi menjadi hukum tertinggi.

Pasal 27 Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) menyebutkan, pemenuhan hukum domestik tidak dapat menjadi alasan bagi pelanggaran hukum internasional.

Dalam banyak kasus sengketa investasi asing, para arbitrator internasional menerapkan asas ini sehingga hukum domestik seperti tidak ada artinya di bawah hukum internasional, terlepas perspektif hukum apa yang diterapkan sebuah negara terhadap hukum internasional; *monist* atau *dualist*.

Sebagai contoh adalah kasus Tecmed (Kasus ICSID nomor ARB (AF)/00/2, putusan tahun 2003). Kasus ini melibatkan Pemerintah Meksiko dengan perusahaan multinasional asal Spanyol dengan investasi untuk pengolahan sampah. Ketika terjadi sengketa investasi, para arbitrator sepakat untuk mengensampingkan pemenuhan hukum domestik di Meksiko, dan memutus perkara untuk kemenangan pihak investor karena telah terjadi kerugian investasi diakibatkan kebijakan yang dikeluarkan oleh Pemerintah Meksiko. Hal ini dapat terlihat dalam salah satu konsideran di paragraf 120 putusan kasus tersebut, yang pada pokoknya arbitrase berpendapat:

"[the] tribunal refuses to examine and considers the motive behind the government policy or whether the resolution was legally issued. For the tribunal, the primary task is to find whether there has been a violation of the agreement and international law or not".

Pendekatan yang sama juga dipakai arbitrase internasional dalam kasus Azurix (kasus ICSID nomor ARB/01/12, putusan tahun 2006), yaitu antara Pemerintah Argentina dengan investor asal Amerika Serikat untuk pengelolaan sistem air minum.

Di dalam negeri juga ada contoh yang menggambarkan kejadian serupa, meski belum sampai menjadi sengketa investasi, yaitu masalah investasi pengelolaan air bersih di Provinsi DKI Jakarta. Dipicu oleh tidak bekerja optimalnya investor (Thames Water dan Lyonnaise Des Eaux) dalam menyediakan air bersih di DKI semenjak 1998, yang dibarengi pula dengan harga meteran air yang tinggi, privatisasi air kemudian digugat masyarakat melalui *citizen lawsuit* hingga ke Mahkamah Agung (MA) dalam upaya menghentikan konsesi investasi selama 25 tahun tersebut.

Selanjutnya, melalui Keputusan MA nomor 31 K/Pdt/2017, MA memerintahkan agar pengelolaan air bersih dikembalikan ke pemerintah daerah. Tapi, pada praktiknya, Pemerintah Provinsi DKI tidak berani melaksanakan keputusan MA ini, dan tetap mempertahankan kerja sama investasi dengan investor hingga berakhirnya perjanjian pada 2023. Hal ini didasari pada kekhawatiran Pemerintah Provinsi DKI akan potensi digugatnya mereka di arbitrase internasional karena tidak menghormati kerja sama investasi yang telah disepakati, walaupun sudah berdasarkan undang-undang dan diperintahkan oleh MA.

Dalam contoh di DKI ini, ada dua hal yang bisa dipetik. Pertama, saat awal-awal perumusan perjanjian dan pelaksanaan kerja sama investasi pada 1997, para *legal drafter* (perancang perjanjian, terutama di pihak pemerintah DKI) tidak mampu menciptakan perjanjian yang dapat melindungi mereka terhadap ketidakmampuan investor dalam mengelola investasi secara baik dan adil.

Kedua, sisi positifnya adalah, ketika ada potensi gugatan investasi asing bila kontrak

diputuskan setelah putusan MA pada 2017, para ahli hukum di pemerintah DKI sudah waspada akan potensi sengketa tersebut dan dapat mencegah gugatan di arbitrase internasional.

Dalam perkembangan hukum investasi internasional selama beberapa dekade terakhir, adalah hal umum sebuah perjanjian investasi baik bilateral maupun multilateral memberikan akses sebuah investor dapat secara langsung menyeret suatu negara ke arbitrase internasional melalui skema *investor-state dispute settlement*, atau lebih dikenal dengan ISDS.

Berdasarkan fakta-fakta di atas, dan seiring dengan terlihatnya semangat mengundang investasi asing dengan berbagai macam upaya yang telah dilakukan, termasuk menghabiskan anggaran dengan berbagai kegiatan promosi baik di dalam maupun luar negeri, tersisa beberapa pertanyaan penting. Apakah pemerintah daerah, baik provinsi maupun kabupaten/ kota sudah mempersiapkan sumber daya manusia yang memahami seluk beluk investasi internasional? Siapkah dalam menetapkan peraturan baru yang punya akibat langsung terhadap investasi asing? Dan, mampukah menghadapi dan mempertahankan gugatan bilamana terjadi sengketa investasi?

Seperti diuraikan sebelumnya, pokok permasalahan investasi tidak hanya mencakup hukum nasional, tapi ketika sudah melibatkan PMA, berada di lingkup hukum internasional. Di Indonesia sendiri, tidak terlalu banyak pakar hukum internasional, apalagi yang menspesialisasikan diri di bidang hukum investasi internasional. Alangkah baiknya, di masa mendatang, pemerintah daerah yang punya banyak potensi dan sudah ada realisasi investasi asing dapat mendorong dan membekali aparaturnya untuk mempelajari dan menguasai hukum investasi internasional untuk mencegah potensi dan menyelesaikan sengketa investasi dengan investor asing.

Hal ini sangat penting, mengingat hukum investasi internasional sendiri hingga saat ini masih berkembang dan terus-menerus mengalami perubahan yang signifikan. Sebagai contoh adalah perkembangan hukum investasi internasional dalam Trans Pacific Partnership (TPP) dan Regional Comprehensive Economic Partnership (RCEP) serta lahirnya Comprehensive Economic and Trade Agreement (CETA), dan munculnya model-model baru dalam Bilateral Investment Treaty (BIT) seperti yang dikeluarkan akhir-akhir ini oleh India.

Oleh karenanya, penting sekali pemerintah daerah dapat mempersiapkan aparatur yang kompeten di bidang ini agar meminimalkan sengketa investasi yang dapat terjadi di masa mendatang. Selain itu, institusi pendidikan tinggi yang ada di seluruh Indonesia juga punya peran vital dalam melahirkan para sarjana yang memahami hukum investasi internasional melalui pemanfaatan program kekhususan hukum internasional. Karena pada akhirnya, antusiasme menghadirkan investasi asing harus dapat diimbangi dengan regulasi yang baik dan aparatur yang cakap.

Surya Oktaviandra, SH, LLM *Master International Trade and Investment Law*,
Universiteit Maastricht (Belanda). Saat ini bekerja di *Bagian Hukum Pemerintah Kota*
Padang Panjang