

## **BAB I**

### **PENDAHULUAN**

#### **1.1. Latar Belakang Masalah**

Mewujudkan kesejahteraan kepada warga negara tidak hanya dengan menyokong dari sisi ekonomi, namun melingkup pula pada pembangunan yang merata. Sudah menjadi pengetahuan umum bahwa Indonesia merupakan negara kesejahteraan (*Welfare State*) sebagaimana tercermin dalam pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 (selanjutnya disebut UUD NRI 1945) alinea keempat yang ditegaskan bahwa:

“...untuk membentuk suatu pemerintah negara Indonesia yang melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial, maka disusunlah kemerdekaan kebangsaan Indonesia itu dalam suatu Undang-Undang Dasar negara Indonesia, ....”.

Pembangunan yang merata, terutama dalam hal penyediaan listrik ke penjuru nusantara bukan sebuah perkara yang mudah, mengingat dana yang diperlukan untuk membangun infrastruktur tersebut membutuhkan dana yang besar. Sehingga pemerintah perlu untuk menghadirkan solusi lain guna menutup kebutuhan dana tersebut, yang kemudian salah satu jalan yang bisa ditempuh adalah melakukan kerja sama dengan pihak asing dalam hal ini penanaman modal.

Penanaman modal atau investasi sendiri menurut *Black's Law Dictionary* yakni “*is an expenditure to acquire property or assets to produce revenue: a capital*

*outlay*".<sup>1</sup> Secara sederhana investasi dapat dimaknai sebagai sejumlah pengeluaran modal untuk dapat memperoleh aset yang dapat menghasilkan keuntungan bagi pihak yang mengeluarkan modal tersebut.

Penanaman modal dibedakan menjadi dua kategori, yakni penanaman modal secara tidak langsung (*indirect investment*) dan penanaman modal langsung (*direct investment*). Penanaman modal langsung, investor berperan dalam hal pengelolaan manajemen perusahaan secara langsung, yang artinya investor harus mengelola sistem operasional dari perusahaan yang bersangkutan dan menanggung secara langsung resiko yang mungkin terjadi. Didasarkan atas aspek modal sebuah perusahaan sebagaimana diatur dalam Pasal 1 angka 4 Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (selanjutnya disebut UU Penanaman Modal), penanaman modal secara langsung dibedakan menjadi Penanaman Modal Asing (selanjutnya disebut PMA) dan Penanaman Modal Dalam Negeri (selanjutnya disebut PMDN).<sup>2</sup>

Negara-negara saling bersaing dalam menarik minat para investor asing untuk menanamkan modal di negaranya masing-masing. Menurut Rahmi Jened, motivasi dari negara tujuan investasi (*host country*) dalam menarik investor asing untuk membiayai pembangunan karena dapat memberikan pemasukan dari sektor perpajakan (*tax*), tabungan masyarakat (*public saving*), keseimbangan neraca pembayaran (*balance of payment*) dan yang tidak kalah penting adalah

---

<sup>1</sup> Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary: Standart ninth edition*, West, Minnesota, 2009, h. 902.

<sup>2</sup> Lihat Pasal 1 angka 4 UU Penanaman Modal "Penanam modal adalah perseorangan atau badan usaha yang melakukan penanaman modal yang dapat berupa penanaman modal dalam negeri (PMDN) dan penanaman modal asing (PMA)".

mempercepat proses industrialisasi dengan jalur alih teknologi (*transfer of technology*).<sup>3</sup>

Negara-negara yang bersaing menarik minat investor asing tadi tidak lepas dari polemik kebimbangan yang dihadapinya, antara terpojok akan dana di satu sisi dan kepentingan rakyatnya di sisi lain. Oleh karenanya tidak jarang kebijakan pemerintah mendapat tanggapan pro dan kontra dari masyarakat. Karenanya melalui putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 111/PUU-XIII/2015 tentang Pengujian Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 30 Tahun 2009 tentang Ketenagalistrikan (selanjutnya disebut UU Ketenagalistrikan) terhadap Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945 (selanjutnya disebut putusan MK No. 111/PUU-XIII/2015), MK mengambulkan sebagian permohonan Pemohon dan kemudian menyatakan Pasal 10 ayat (2) dan Pasal 11 ayat (1) UU Ketenagalistrikan bertentangan dengan UUD NRI 1945 secara bersyarat dan tidak memiliki kekuatan hukum mengikat. MK melalui putusannya tersebut tidak mencabut kedua pasal tersebut, namun hanya membatasi penafsirannya. Sehingga diharapkan dari pembatasan dalam Pasal 10 ayat (2) UU Ketenagalistrikan menghilangkan praktik *unbundling* yang dilakukan dalam usaha penyediaan tenaga listrik untuk kepentingan umum, yang pada akhirnya akan menghilangkan kontrol negara dan tidak mencerminkan prinsip dikuasai oleh negara.

Berkaitan dengan itu MK bermaksud untuk menguatkan fungsi dari Perusahaan Listrik Negara (selanjutnya disebut PLN), namun tidak bermaksud

---

<sup>3</sup> Rahmi Jened, *Teori dan Kebijakan Hukum Investasi Langsung (Direct Investment)*, Kencana, Jakarta, 2016, h. 117.

mengganggu kegiatan usaha pelaku usaha lainnya.<sup>4</sup> Sama halnya pada Pasal 11 ayat (1) UU Ketenagalistrikan, ditakutkan dapat menyebabkan hilangnya prinsip penguasaan oleh negara dalam penyediaan tenaga listrik untuk kepentingan umum.<sup>5</sup>

Menanggapi putusan MK tersebut, dalam Pasal 4 ayat (3) Peraturan Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral Republik Indonesia Nomor 10 Tahun 2017 tentang Pokok-Pokok Dalam Perjanjian Jual Beli Tenaga Listrik (selanjutnya disebut Permen ESDM No. 10 Tahun 2017) yang kemudian dilakukan perubahan melalui Permen ESDM No. 49 Tahun 2017 tentang Perubahan atas Permen ESDM No. 10 Tahun 2017, dalam Permen tersebut disebutkan bahwa pola kerja sama dilakukan dengan “Membangun, Memiliki, Mengoperasikan, dan Mengalihkan” atau “*Build, Own, Operate and Transfer*”<sup>6</sup> (selanjutnya disebut BOOT) yang mana sebelumnya dapat dilakukan secara *Build, Own, Operate*<sup>7</sup> (selanjutnya disebut BOO).<sup>8</sup> Selain dari Permen ESDM No. 10 Tahun 2017, dalam Peraturan Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral Republik Indonesia Nomor 50 Tahun 2017 tentang Pemanfaatan Sumber Energi Terbarukan untuk Penyediaan Tenaga Listrik

---

<sup>4</sup> Lihat Pasal 10 ayat (2) UU Ketenagalistrikan “Usaha penyediaan tenaga listrik untuk kepentingan umum sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat dilakukan secara terintegrasi”.

<sup>5</sup> Lihat Pasal 11 ayat (1) UU Ketenagalistrikan “Usaha penyediaan tenaga listrik untuk kepentingan umum sebagaimana dimaksud dalam Pasal 10 ayat (1) dilaksanakan oleh badan usaha milik negara, badan usaha milik daerah, badan usaha swasta, koperasi, dan swadaya masyarakat yang berusaha di bidang penyediaan tenaga listrik”.

<sup>6</sup> *Build, Own, Operate and Transfer* (BOOT) merupakan skema bentuk kerja sama yang dilakukan oleh pihak swasta dengan pemerintah dalam bidang ketenagalistrikan dengan beberapa tahapan di dalamnya. Pihak swasta akan melakukan pembangunan, tanggung jawab atas resiko perencanaan, operasi dan pemeliharaan dalam tempo waktu tertentu. Pada akhir kesepakatan akan dilakukan peralihan kepemilikan kepada pemerintah.

<sup>7</sup> *Build, Own, Operate* memiliki skema yang sama dengan BOOT, namun terdapat perbedaan utama pada akhir kerjasama akan dilakukan negosiasi apakah kepemilikan akan dialihkan kepada Pemerintah atau tetap berada pada pengembang.

<sup>8</sup> Lihat Pasal 4 ayat (3) Permen ESDM No. 10 Tahun 2017 “PJBL sebagaimana dimaksud pada ayat (1) menggunakan pola kerja sama “Membangun, Memiliki, Mengoperasikan dan Mengalihkan” (*Build, Own, Operate and Transfer/BOOT*)”.

(selanjutnya disebut Permen ESDM No. 50 Tahun 2017) juga menyinggung soal pola kerja BOOT, selanjutnya di dalam Pasal 5 ayat (6), Pasal 6 ayat (6), Pasal 7 ayat (8), Pasal 8 ayat (6), Pasal 9 ayat (6), Pasal 11 ayat (6), dan Pasal 12 ayat (5) Permen ESDM No. 50 Tahun 2017 dijelaskan bahwa pola kerja yang dianut adalah BOOT.

Bentuk pola kerja BOOT akan menjadi bentuk kerja sama yang mengharuskan pengakhiran kerja sama dengan transfer ke PLN, yang artinya aset akan menjadi milik dari PLN. Hal yang demikian kiranya ditakutkan dapat merugikan pihak investor mengingat dari awal pihak yang membangun maupun menyediakan lahan adalah investor, yang tentu saja membutuhkan dana yang tidak sedikit. Kebijakan menggunakan pola kerja BOOT dimaksudkan untuk menyelaraskan dengan Putusan MK Nomor 111/PUU-XIII/2015, namun kemudian pada tanggal 24 Februari 2020, Kementerian ESDM melakukan penetapan atas Permen ESDM Nomor 4 Tahun 2020 tentang Perubahan Kedua Atas Peraturan Menteri Energi Dan Sumber Daya Mineral Nomor 50 Tahun 2017 Tentang Pemanfaatan Sumber Energi Terbarukan Untuk Penyediaan Tenaga Listrik (selanjutnya disebut Permen ESDM 4/2020).

Perubahan yang dilakukan Kementerian ESDM melalui Permen ESDM 4/2020 tersebut memiliki poin utama dalam hal bentuk pola kerja sama jual beli listrik, yang mana sebelumnya BOOT dikembalikan lagi menjadi BOO. Selain dalam hal pola kerja sama pembelian listrik, regulasi yang perlu diberi perhatian lebih adalah perihal skema penetapan tarif dalam energi terbarukan untuk tenaga listrik. Selain aturan mengenai pola kerja sama jual beli tenaga listrik, skema tarif

untuk energi terbarukan di Indonesia dapat dikatakan sering mengalami perubahan pula. Hal ini ditunjukkan dalam hal energi terbarukan panas bumi yang mana sebelumnya menggunakan skema Biaya Pokok Penyediaan (BPP) diatur dalam Peraturan Menteri ESDM Nomor 14 Tahun 2008 tentang Harga Patokan Penjualan Tenaga Listrik Dari Pembangkit Listrik Tenaga Panas Bumi (selanjutnya disebut Permen ESDM 14/2008). Kemudian menggunakan skema *Feed in Tariff* (FiT) melalui Peraturan Menteri ESDM 22 Tahun 2012 tentang Penugasan Kepada PT Perusahaan Listrik Negara (Persero) Untuk Melakukan Pembelian Tenaga Listrik Dari Pembangkit Listrik Tenaga Panas Bumi Dan Harga Patokan Pembelian Tenaga Listrik Oleh PT Perusahaan Listrik Negara (Persero) Dari Pembangkit Listrik Tenaga Panas Bumi (Selanjutnya disebut Permen ESDM 22/2012). Sedangkan untuk tenaga surya diatur dalam Peraturan Menteri ESDM 17 Tahun 2013 tentang Pembelian Tenaga Listrik Oleh PT Perusahaan Listrik Negara (Persero) dari Pembangkit Listrik Tenaga Surya Fotovoltaik (Selanjutnya disebut Permen ESDM 17/2013).

Pembangkit listrik tenaga terbarukan yang berasal dari panas bumi maupun tenaga surya saat ini menggunakan skema BPP pembangkitan yang didasarkan atas Permen ESDM 50/2017, namun meskipun telah dilakukan beberapa kali perubahan skema tarif yang diberlakukan, ternyata skema BPP Pembangkitan dianggap dapat menurunkan minat investasi. Hal demikian sejalan dengan pernyataan yang disampaikan oleh Ida Nuryatin Finahari Direktur Panas Bumi Kementerian ESDM, beliau menyampaikan bahwa “adanya skema BPP lelang sejumlah WKP sepi pendaftar, di antaranya WKP Gunung Wilis, Gunung Galunggung, dan WKP

Lainea. Menurutnya ketidakadaan pendaftaran karena kemungkinan investor menunggu adanya regulasi baru terbit”.<sup>9</sup>

Penurunan minat investasi di bidang energi terbarukan sebagaimana diuraikan sebelumnya, secara garis besar diakibatkan oleh skema kombinasi bentuk kerja sama jual beli listrik dengan skema tarif listrik. Perubahan aturan energi terbarukan di Indonesia yang cenderung sangat dinamis dapat memberikan dampak tersendiri pada iklim investasi. Senada dengan itu Aminuddin Ilmar menyatakan suatu rangkaian peraturan perundang-undangan yang mendukung jalannya stabilitas maupun politik dalam negeri pangsa pasar yang besar menjadi salah satu hal utama yang meningkatkan ketertarikan penanam modal, terutama investor asing.<sup>10</sup> Sebuah regulasi yang buruk dan tidak stabil pada akhirnya akan merugikan *host country* itu sendiri.

Isu lainnya yang muncul mengiringi kebijakan pemerintah dalam sektor energi terbarukan adalah isu *indirect expropriation*, isu tersebut sering menjadi *hotline* di media masa *online* saat ini. Hal ini bukan tanpa sebab, apabila sebuah aturan hukum yang dibuat oleh pemerintah cenderung merugikan pihak investor, yang mana konsekuensi akhirnya adalah pelepasan kerja sama tersebut ditakutkan hal ini menjadi salah satu bentuk *indirect expropriation*. Kondisi yang demikian pada akhirnya dilarang bukan hanya untuk melindungi investor, namun juga untuk

---

<sup>9</sup> Ida Nuryatin Finahari Direktur Panas Bumi Kementerian ESDM pada *Skema Penetapan Harga Listrik Panas Bumi Segera Berubah, BPP Akan Digantikan Feed In Tariff* dalam PABUM News, <https://www.panasbuminews.com/berita/skema-penetapan-harga-listrik-panasbumi-segera-berubah-bpp-akan-digantikan-feed-in-tariff/>, diakses pada 20 Juli 2020.

<sup>10</sup> Aminuddin Ilmar, *Hukum Penanaman Modal di Indonesia*, Kencana, Jakarta, 2007, h. 69.

menjaga kepercayaan investor terhadap *host country* agar tidak merugikan kedua pihak.

*Indirect expropriation* menjadi masalah yang hingga kini belum ada titik terang bagaimana perumusan yang dapat disepakati antar negara. Meski demikian sudah menjadi sesuatu yang disepakati dan sering dijumpai dalam perjanjian-perjanjian BIT maupun kesepakatan lainnya bahwasanya *indirect expropriation* merupakan hal yang tidak diperbolehkan. Tindakan Kementerian ESDM yang merubah bentuk kerja sama BOO/BOT menjadi BOOT kemudian dikembalikan lagi dengan skema BOO namun tidak diiringi dengan perbaikan pada skema tarif, dikhawatirkan dapat membuat investor berpikir bahwa Indonesia melakukan tindakan *indirect expropriation*. Oleh karenanya, berdasarkan isu hukum tersebut, Penulis bermaksud melakukan penelitian hukum berupa karya tulis ilmiah (tesis) dengan judul **“Dinamika Kebijakan Investasi Energi Terbarukan untuk Ketenagalistrikan di Indonesia dan Akibat Hukumnya”**.

## 1.2. Rumusan Masalah

Beranjak dari fakta hukum yang dikemukakan di atas, maka dapat dirumuskan permasalahan sebagai berikut:

1. Investasi asing di bidang energi terbarukan untuk ketenagalistrikan (panas bumi dan surya).
2. Akibat hukum perubahan bentuk kerja sama BOO/BOT, BOOT dan BOO di bidang ketenagalistrikan.



### **1.3. Tujuan Penelitian**

Berdasarkan pemaparan fakta hukum dan rumusan masalah di atas, maka yang menjadi tujuan dari penelitian hukum ini adalah sebagai berikut:

1. Menganalisis investasi asing di bidang energi terbarukan untuk ketenagalistrikan (panas bumi dan surya).
2. Menganalisis akibat hukum yang ditimbulkan akibat perubahan bentuk kerjasama BOO/BOT, BOOT dan BOO di bidang ketenagalistrikan.

### **1.4. Manfaat Penelitian**

#### **1. Manfaat Teoritis**

Penelitian ini diharapkan dapat memberikan manfaat dari segi teoritis untuk ilmu hukum secara umum dan secara khusus bermanfaat dalam Hukum Perdata. Kemudian memberikan sumbangsih pemikiran untuk memahami tindakan-tindakan pemerintah melalui kebijakan yang dikeluarkannya dalam sektor energi terbarukan untuk ketenagalistrikan, apakah sudah sesuai dengan prinsip maupun teori yang ada di dalam hukum investasi.

#### **2. Manfaat Praktis**

Penelitian ini diharapkan dapat memberikan manfaat untuk para praktisi yang berprofesi dalam kegiatan penanaman modal, khususnya di bidang energi terbarukan. Serta diharapkan dapat menjadi pertimbangan dalam penyusunan kebijakan penanaman modal sektor energi terbarukan di masa mendatang.

## 1.5. Tinjauan Pustaka

### 1.5.1. Kedaulatan Negara

Sebagai salah satu subyek hukum internasional, negara memiliki kelebihan karena memiliki kedaulatan atau *sovereignty*. Suatu negara yang berdaulat tetap tunduk pada hukum internasional dan tidak boleh melanggar atau merugikan kedaulatan negara lainnya. Manifestasi dari kedaulatan sebagai kekuasaan tertinggi mengandung dua sisi yaitu sisi intern dan sisi ekstern. Sisi intern berupa kekuasaan tertinggi yang dimiliki suatu negara untuk mengatur masalah intern atau masalah dalam negerinya. Sedangkan sisi ekstern, berupa kekuasaan tertinggi untuk mengadakan hubungan-hubungan dengan negara lain atau dengan subjek-subjek hukum internasional lainnya.<sup>11</sup>

Kedaulatan menurut Jean Bodin adalah kekuasaan tertinggi dari suatu negara yang tidak dibatasi oleh hukum. Ini tidak berarti kedaulatan negara tidak ada batasnya. Kedaulatan negara ini hanya berlaku terhadap orang, benda, dan peristiwa di dalam batas-batas teritorial negara yang bersangkutan. Kedaulatan negara berhenti sampai batas teritorial negara lain. Kedaulatan yang dimiliki oleh suatu negara menunjukkan bahwa negara itu merdeka dan tidak berada dibawah kekuasaan negara lain.<sup>12</sup>

Menurut teori *state government intervention* bahwa ada lima tugas fundamental sebagai misi utama dari pemerintahan negara.<sup>13</sup>

#### 1. *Establishing a foundation of law;*

---

<sup>11</sup> I Wayan Parthiana, *Pengantar Hukum Internasional*, Mandar Maju, Bandung, 2003, h. 92.

<sup>12</sup> Khaidir Anwar, *hukum Internasional II*, Penerbit Universitas Lampung, Bandar Lampung, 2011, h. 30.

<sup>13</sup> Muchammad Zaidun h. 25 dalam Rahmi Jened *Loc.cit* h. 107.

2. *Maintaining a non-distortionary policy environment, including macroeconomic stability;*
3. *Investing in basic, social services, and infrastructure;*
4. *Protecting the vulnerable; and*
5. *Protecting the environment.*

Friedmann menjelaskan bahwa dalam ekonomi modern terdapat empat fungsi utama dari negara, yakni yang pertama adalah menyediakan layanan sosial untuk menjamin standar hidup minimum masyarakatnya. Kedua, beroperasi sebagai pengusaha atau wiraswasta. Ketiga, ia bertindak sebagai regulator untuk melindungi kepentingan publik secara luas maupun individu tertentu yang ada ditengah masyarakat. Keempat, bertanggung jawab atas proses peradilan dalam artian negara sebagai pihak netral yang menengahi permasalahan yang terjadi antar masyarakatnya.<sup>14</sup>

Demikian pentingnya eksistensi kedaulatan suatu negara, tidak jarang mendapatkan ancaman-ancaman dari negara lain apabila membicarakan kegiatan dalam tataran internasional, utamanya dalam hal penanaman modal asing, dimana salah satu subyek yang turut menjadi pihak adalah investor asing. Sektor penanaman modal asing pada kenyataannya memiliki peranan yang penting untuk menggerakkan roda perekonomian suatu negara agar terus bergerak ke depan dan dapat meningkatkan perekonomian dalam suatu negara tersebut, meskipun kenyataannya tidak ada hal yang mudah untuk mencapai sebuah hasil yang besar. Tidak jarang kehadiran penanam modal asing tersebut selain memberikan dampak positif, juga membawa dampak negatif bersamaan dengan kedatangannya. Salah satu pendapat yang muncul akan kehadiran penanam modal asing adalah ancaman

---

<sup>14</sup> Nigel Savage, Robert Bradgate, *Business Law*, Butterworth, London, 1993, h. 8.

terhadap industri yang ada dalam *host state*, serta memberikan ancaman pada kedaulatan *host state* itu sendiri.<sup>15</sup>

Atas ancaman tersebut kemudian kedaulatan suatu negara baik dari aspek internal maupun aspek eksternal harus mampu dipertahankan, hal ini akan sejalan dengan makna “kedaulatan” itu sendiri, sebagai kekuasaan tertinggi. Mochtar Kusumaatmadja menyampaikan bahwa negara berada pada posisi utama dan pertama dalam hukum internasional, oleh karenanya tidak ada kedaulatan yang lebih tinggi dari negara itu sendiri, kecuali negara tersebut atas kemauannya, menyatakan tunduk pada hukum internasional.<sup>16</sup>

Negara dalam melakukan penyelenggaraan negara, termasuk di dalamnya penyusunan kebijakan merupakan aspek internal dari kedaulatan. Oleh karenanya dalam hal menetapkan kebijakan dalam hukum investasi dengan tujuan melindungi kepentingan nasional adalah bentuk pengejawantahan dari prinsip kedaulatan negara.<sup>17</sup>

#### **1.5.1.1. Sovereignty Over Natural Resources (SONR)**

Kelahiran dari Prinsip *sovereignty over natural resources* atau lebih dikenal dengan *permanent sovereignty over natural resources* (selanjutnya disebut SONR), SONR merupakan sebuah prinsip yang pada awalnya digunakan untuk melindungi negara-negara yang baru saja merdeka dan negara berkembang setelah perang dunia ke dua, yang tujuannya adalah untuk perlindungan terhadap sumber daya alam

---

<sup>15</sup> Widhayani Dian Pawestri, *Perlindungan Kepentingan Nasional Pada Kebijakan Divestasi Saham Penanaman Modal Asing Sektor Pertambangan Mineral dan Batubara*, Disertasi, Fakultas Hukum Universitas Airlangga, 2020, h. 186.

<sup>16</sup> *Ibid.*, h.187.

<sup>17</sup> Muchammad Zaidun, *Op.Cit.*, h. 30.

supaya tidak dieksploitasi oleh negara maju dan melepaskan diri dari dominasi ekonomi atas negara maju yang sebelumnya berkuasa. Prinsip ini mengalami banyak tantangan dan kontroversi karena berkaitan dengan investasi asing, seperti misalnya tindakan nasionalisasi atas aset milik investor asing, pemberian ganti kerugian, dan standar perlakuan yang diberikan *host state* terhadap investor asing.<sup>18</sup> SONR dimaksudkan agar negara-negara yang memiliki kekayaan sumber daya alam yang melimpah harus memiliki kendali atas sumber daya alamnya. Kendali-kendali yang harus dimiliki negara yakni sebagai berikut<sup>19</sup>:

1. *The right to freely dispose of natural resources;*
2. *The right to explore and exploit natural resources freely;*
3. *The right to use natural resources for development;*
4. *The right to regulate foreign investment; and*
5. *The right to settle disputes on the basis of national law.*

Tahun 1962, tepatnya pada tanggal 14 Desember, *United Nations General Assembly Resolution 1803 (XVII) on Permanent Sovereignty Over Natural Resources* (selanjutnya disebut UNGAR 1803 (XVII)) dideklarasikan. UNGAR 1803 (XVII) dalam butir pertamanya memberikan penekanan atas SONR, dimana kekayaan akan sumber daya alam negara tersebut harus dimanfaatkan untuk kepentingan pembangunan nasional dan memberikan kesejahteraan bagi rakyatnya.<sup>20</sup> Hal ini kemudian juga menjadi dasar legitimasi negara dalam menjalankan kedaulatannya untuk melindungi kekayaan sumber daya alam dan

---

<sup>18</sup> Lila Barrera-Hernandez, *Sovereignty over Natural Resources under Examination: The Inter-American System for Human Rights and Natural Resource Allocation, Annual Survey of International & Comparative Law*, Volume 12, Issue 1, 2006, h. 45.

<sup>19</sup> Chowdhury dalam Sangwani Patrick Ng'ambi, "Permanent Sovereignty Over Natural Resources and the Sanctity of Contracts", *From the Angle of Lucrum Cessans*, Loyola University Chicago International Law Review, Volume 12, Issue 2, 2015, h. 154.

<sup>20</sup> Butir (1) UNGAR 1803 (XVII) ditegaskan bahwa : "*The 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 State concerned.*"

kepentingan umum negara. Dimana tindakan pengambilalihan dapat dimungkinkan namun harus memiliki sebuah alasan yang didasari atas kepentingan publik (masyarakat) atau kepentingan nasional, namun atas tindakan ini perlu diperhatikan pula perihal kompensasi yang diberikan kepada pemilik obyek yang akan diambilalih.<sup>21</sup>

Pedoman yang kuat atas prinsip bahwa setiap negara memiliki kedaulatan yang sama dan tidak diperkenankan untuk ikut campur dalam urusan rumah tangga negara lain menjadi kunci utama kelancaran dari prinsip SONR<sup>22</sup>. Atas kedaulatan yang dimiliki suatu negara, maka negara juga memiliki yurisdiksi hukum terhadap orang asing yang ada dalam wilayah teritorialnya, yurisdiksi hukum ini kemudian dituangkan dalam bentuk kebijakan-kebijakan investasi yang berkaitan dengan investor asing, misalnya seberapa jauh investasi yang dapat dilakukan oleh penanam modal asing, bidang apa yang terbuka untuk penanam modal asing dan syarat-syarat yang harus dipenuhi oleh mereka apabila hendak melakukan investasi di negara tersebut.<sup>23</sup> Meskipun demikian, apabila didasarkan pada UNGAR 1803 (XVII) dapat diketahui bahwa hak masyarakat dan suatu negara terhadap *permanent SONR* juga memiliki batasan, hal ini ditunjukkan dalam hal kewajiban untuk memberikan ganti kerugian yang sesuai apabila suatu negara melakukan

---

<sup>21</sup> Periksa Butir (4) UNGAR 1803 (XVII) yang menegaskan bahwa : “*Nationalization, expropriation or requisitioning shall be based on grounds or reasons of public utility, security or the national interest which are recognized as overriding purely individual or private interests, both domestic and foreign. In such cases the owner shall be paid appropriate compensation, in accordance with the rules in force in the State taking such measures in the exercise of its sovereignty and in accordance with international law. In any case where the question of compensation gives rise to a controversy, the national jurisdiction of the State taking such measures shall be exhausted. However, upon agreement by sovereign States and other parties concerned, settlement of the dispute should be made through arbitration or international adjudication.*”

<sup>22</sup> Widhayani Dian Pawestri, Disertasi, *Op.Cit.*, h. 196.

<sup>23</sup> *Ibid.* h. 199.

pengambilalihan sebagai konsekuensi adanya kedaulatan negara tersebut. Pemberian syarat dalam hal tindakan nasionalisasi atau *expropriation* di sini diharapkan dapat menjadi pembatas tindakan sewenang-wenang yang dilakukan suatu negara terhadap investor asing.<sup>24</sup> Hal ini juga memberikan pemahaman bahwa kedaulatan negara yang satu harus tetap dihormati oleh negara yang lainnya, sehingga tidak akan menimbulkan konflik di antara keduanya.

### 1.5.2. Penanaman Modal Asing

Definisi PMA di Indonesia dapat dilihat dalam Pasal 1 angka 3 UU Penanaman Modal.<sup>25</sup> Berkaitan dengan itu Pasal 5 ayat (2) UU Penanaman Modal ditegaskan bahwa penanaman modal asing harus berbentuk perseroan terbatas (PT) yang didasarkan pada hukum Indonesia dan berkedudukan di Indonesia, dalam sebuah badan hukum berbentuk PT maka tanggung jawab pemegang saham terbatas pada saham saham yang dimilikinya. Investor menanggung secara langsung resiko, namun terbatas pada saham yang dimilikinya. Direksi dapat dimintai pertanggung jawaban secara pribadi apabila direksi tersebut melakukan kesalahan maupun lalai dalam menjalankan Anggaran Dasar atau ketentuan perundang-undangan sebagaimana diatur dalam Pasal 97 ayat (2) dan (3) Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas (selanjutnya cukup disebut UU PT).

Pihak investor turut berperan dalam manajemen perusahaan yang bersangkutan secara langsung. Suatu badan hukum dalam menjalankan kegiatannya

---

<sup>24</sup> Shotaro Hamamoto, *Permanent Sovereignty over Natural Resources*, Springer, London, 2015, h. 142.

<sup>25</sup> Lihat Pasal 1 angka 3 UU Penanaman Modal “Penanaman Modal Asing adalah kegiatan menanam 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”.

diwakilkan oleh pengurus, dalam hal ini pengurus perseroan adalah direksi, investor dalam hal ini berposisi sebagai direksi atau jajaran direksi. Sering dijumpai apabila perusahaan PMA patungan, maka investor asing akan berposisi pada direktur utama maupun direktur keuangan, sedangkan pihak Indonesia sering diberi posisi direktur sumber daya manusia, direktur pemasaran, maupun direktur pengembangan dan pemasaran yang mana ketiga posisi tersebut dapat dikategorikan sebagai posisi yang kurang strategis dalam sebuah perusahaan.<sup>26</sup> Unsur-unsur Penanaman Modal Asing yakni<sup>27</sup> :

1. Dilakukan secara langsung, artinya investor secara langsung menanggung semua resiko yang akan dialami dari penanaman modal tersebut.
2. Menurut Undang-Undang, artinya bahwa modal asing yang di investasikan di Indonesia oleh investor asing harus didasarkan pada substansi, prosedur, dan syarat-syarat yang telah ditentukan dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku dan ditetapkan oleh pemerintahan Indonesia.
3. Digunakan untuk menjalankan perusahaan di Indonesia, artinya modal yang ditanamkan oleh investor asing digunakan untuk menjalankan perusahaan di Indonesia harus berstatus sebagai Badan Hukum.

Manfaat penanaman modal asing bagi negara sedang berkembang, yakni<sup>28</sup>:

---

<sup>26</sup> Rahmi Jened, *Loc.Cit.*, h. 18.

<sup>27</sup> David Kairupan, *Aspek Hukum Penanaman Modal Asing di Indonesia*, Prenada Media, Jakarta, 2014, h. 21.

<sup>28</sup> Erman Rajagukguk, *Modul Hukum Investasi di Indonesia*, Universitas Indonesia, Jakarta, 2005, h. 50.



1. Untuk menciptakan lapangan kerja.
2. Proses alih teknologi dan keterampilan yang bermanfaat.
3. Sumber tabungan atau devisa

### **1.5.3. Theories on Foreign Investment**

Pandangan akan kedudukan, manfaat, maupun kerugian yang diterima oleh *host country* menjadi indikator terbentuknya teori-teori dalam investasi asing, yakni:

#### *1. The classical theory on foreign investment<sup>29</sup>:*

Teori *classical economic* merupakan sebuah teori yang menunjukkan bahwa keberadaan dari investor asing sangat bermanfaat bagi ekonomi *host country*. Investor asing biasanya membawa teknologi baru yang tidak ada dalam *host country*, sehingga hal ini sangat berdampak dalam pengembangan ekonomi *host country* itu sendiri. Banyak tercipta lapangan pekerjaan, pekerja-pekerja tersebut juga akan mendapatkan keahlian baru yang dipelajarinya dari teknologi yang dibawa investor asing dari negaranya. Keahlian lain yang dapat diperoleh dan dipelajari adalah kemampuan manajemen proyek dalam skala besar. Tidak hanya dari segi ekonomi, dengan adanya investor asing juga berdampak pada pembangunan infrastruktur dan fasilitas-fasilitas umum seperti transportasi, kesehatan hingga pendidikan. Pembangunan

---

<sup>29</sup> M. Sonarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, New York, 2010, h. 48.

terhadap infrastruktur pun pada akhirnya juga akan berpengaruh pada sisi ekonomi *host state*.

## 2. *The dependency theory*<sup>30</sup>

Teori *dependency* merupakan bentuk kebalikan dari teori *classical economic*. Teori ini memandang bahwa adanya investor asing tidak memberikan manfaat kepada *host state* dan justru memberikan dampak negative bagi perkembangan ekonomi *host state*. Teori *dependency* mengklaim bahwa penanaman modal yang dilakukan oleh investor asing dengan skala perusahaan multinasional yang memiliki kantor pusat di negara maju, sedangkan negara-negara berkembang digunakan sebagai tempat produksi saja. Hal ini menyebabkan negara asal dari investor asing menjadi pusat perekonomian dunia dan dapat berkembang dengan pesat, sedangkan negara berkembang berperan sebagai pelayan yang melayani kemauan dari investor asing. Hal ini tentu saja menjadikan pembangunan tidak mungkin bisa terjadi di *host country*, karena kedudukan *host country* yang terbatas sebagai tempat produksi.

## 3. *The middle path*<sup>31</sup>

Teori *middle path* menjadi teori yang menengahi kedua teori sebelumnya dan menjadi lebih bijak dalam menimbang manfaat dan kerugian adanya investor asing bagi suatu negara. Munculnya kepercayaan *host state* atas kemampuan mereka dalam mengelola ekonominya, menyebabkan

---

<sup>30</sup> *Ibid.*, h. 53.

<sup>31</sup> *Ibid.*, h. 54.

ketakutan *host state* atas ancaman investor asing terhadap kedaulatan negaranya menjadi berkurang secara perlahan. Selain itu perusahaan-perusahaan multinasional yang sebelumnya hanya menguntungkan kepentingan dari negara asalnya juga mulai merubah orientasinya, yang mana mereka tidak segan untuk membuat perjanjian kerja sama dengan negara berkembang meskipun terkadang dapat merugikan kepentingan negara asal investor asing demi meraup keuntungan mereka sendiri. Namun tidak hanya sisi positif saja, dalam teori ini *host state* menjadi lebih berhati-hati dalam mengambil suatu keputusan, tidak jarang *host state* membuat kebijakan-kebijakan sebagai upaya perlindungan untuk negaranya untuk menghadapi tindakan-tindakan berbahaya yang dilakukan investor asing.

#### 4. *State Government Intervention*

Intervensi negara memiliki peran yang sangat besar terhadap kemajuan ekonomi suatu negara. Terdapat alasan-alasan pentingnya intervensi negara dibutuhkan untuk transformasi ekonomi, yaitu untuk<sup>32</sup> :

1. Memperbaiki kegagalan pasar (*market failure*).
2. Meningkatkan pembangunan ekonomi atau pembangunan industri.
3. Mewujudkan efektivitas dan efisiensi proses industrialisasi khususnya di negara berkembang.

#### 5. *Rational Choice Theory*

Hukum investasi mengenal adanya teori *Rational Choice Theory* (selanjutnya disebut RCT), dimana hakikat dari teori RCT adalah

---

<sup>32</sup> Muchammad Zaidun dalam Rahmi Jened, h. 107.

keuntungan secara maksimal bagi *host country* maupun *home country* (dari sisi pihak investor).<sup>33</sup> Negara merupakan aktor utama dalam teori RCT, dalam artian tindakan negara berkaitan dengan penyusunan kebijakannya harus dilakukan dengan menimbang-nimbang secara rasional atas baik dan buruk atau untung dan rugi (*cost and benefit*) yang ditimbulkan atas kebijakannya.<sup>34</sup> Teori ini mengharapkan adanya sebuah kebijakan yang rasional sebagai bentuk upaya untuk menghindari irasionalitas dan inefisiensi dari sebuah kebijakan.

#### **1.5.4. Principles of Fair and Equitable Treatment**

Prinsip *Fair and Equitable Treatment* (FET) merupakan sebuah prinsip yang banyak digunakan dalam *International Investment Agreements* (IIAs). Penerapan dari prinsip ini merupakan sebuah bentuk perlindungan kepada investor asing atas tindakan-tindakan sewenang-wenang, diskriminatif yang dilakukan oleh *host state*. Namun tidak hanya terbatas berfungsi sebagai pelindung untuk investor asing, FET juga dapat menunjukkan ketidakpastian maupun resiko yang mungkin muncul pada saat kerja sama terjadi dengan *host country*.<sup>35</sup>

Penggunaan klausula FET pertama kali ditemukan dalam rancangan Konvensi Investasi Asing yang dibuat oleh Hermann Abs dan Lord Shawcross pada tahun 1959, dalam klausula konvensi tersebut disebutkan bahwa para pihak harus memberikan perlakuan yang sama atas suatu aset milik investor asing. Aset tersebut

---

<sup>33</sup> Widhayani Dian Pawestri, Disertasi, *Op.Cit.*, h. 182-183.

<sup>34</sup> *Ibid.*, h. 181.

<sup>35</sup> United Nations Conference on Trade and Development, *Fair and Equitable Treatment: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, United Nations, 2012, New York, h. xiii.

harus mendapat perlindungan dan keamanan dari *host state*, serta dalam hal penggunaan maupun pengambilan manfaat atas aset tersebut tidak diperkenankan atas alasan yang tidak masuk akal dan diskriminatif. Gagasan tersebut kemudian diikuti oleh *Organisation for Economic Cooperation and Development* (OECD) pada tahun 1967 dengan membentuk rancangan Konvensi tentang Perlindungan Aset milik Investor Asing.<sup>36</sup> Secara umum prinsip-prinsip yang terkandung dalam FET adalah sebagai berikut<sup>37</sup>:

### 1. *Sovereignty*

Hukum internasional modern, menyatakan bahwa kedaulatan diterima sebagai sebuah status yang sah, hal tersebut menunjukkan subyektivitas langsung terhadap hukum internasional dan untuk melindungi integritas teritorialnya, yurisdiksi teritorial, identitas budaya, dan kebebasan menentukan nasib sendiri atas politik dan kegiatan sosial ekonominya.

### 2. *Legitimate expectations*

*Legitimate expectations* merupakan salah satu prinsip yang penting dalam FET. Secara umum *legitimate expectations* dibagi berdasarkan kerangka hukum secara keseluruhan, pernyataan yang dibuat secara eksplisit maupun implisit oleh *host country*, dan komitmen yang dihasilkan dari hubungan kontraktual dengan *host country*.

### 3. *Non discrimination*

---

<sup>36</sup> *Ibid*, h. 5.

<sup>37</sup> Roland Klager, *Fair and Equitable Treatment in International Investment Law*, Cambridge University Press, New York, 2011, h. 154.

*Non discrimination* merupakan salah satu elemen yang tidak kalah penting dalam FET, dalam hal ini dimaksudkan adanya perlakuan yang sama dan adil bagi pihak investor.

#### 4. *Sustainable development*

FET tidak hanya mengatur perihal hukum investasi internasional, namun juga harus diintegrasikan secara sistematis ke dalam konsep FET yang berkontribusi dalam koherensi sistem hukum internasional secara keseluruhan, dengan demikian konsep *sustainable development* dapat memiliki relevansi dalam arti bahwa hal tersebut akan mendukung perkembangan dari prinsip FET.

Popularitas penggunaan FET dalam IIA ternyata tidak hanya memberikan dampak positif di dalamnya, namun juga memberikan beberapa tantangan baru yang harus dihadapi terutamanya menyangkut perihal kedaulatan suatu negara. Tantangan-tantangan yang harus dihadapi tersebut adalah sebagai berikut<sup>38</sup>:

1. Sulitnya memberikan interpretasi yang pasti atas makna FET yang sebenarnya dan kesulitan dalam memprediksi bentuk tindakan yang dapat dikategorikan melanggar ketentuan FET.
2. Ketidakpastian atas sejauh mana tanggung jawab yang dapat diberikan berdasarkan FET.
3. Keterbatasan dalam menyeimbangkan antara kepentingan pribadi dengan kepentingan publik.

---

<sup>38</sup> *Op.cit*, h. 10-11

### 1.5.5. *Expropriation*

Tindakan *expropriation* atau pengambilalihan dibagi menjadi dua, yakni pengambilalihan secara langsung dan pengambilalihan secara tidak langsung. Pengambilalihan secara langsung untuk kepentingan *host state* yang merupakan suatu perintah resmi atas peralihan kepemilikan suatu aset atau penyitaan secara langsung. Pengambilalihan secara langsung, bersifat terbuka sangat dipertimbangkan dengan hati-hati dan dengan niat yang tegas, hal ini dimaksudkan untuk mempertimbangkan pula dari segi investor asing, terutama dalam hal ganti kerugian.<sup>39</sup> P. Adriaanse, membagi nasionalisasi menjadi dua, yakni<sup>40</sup> :

1. Ekspropriasi (*expropriation*) merupakan bentuk nasionalisasi yang dilakukan dengan memberikan pembayaran atas ganti rugi atau kompensasi; dan
2. Konfiskasi (*confiscation*) merupakan bentuk nasionalisasi yang dilakukan tanpa adanya pemberian ganti kerugian atau kompensasi.

#### 1.5.5.1. *Reasons for Expropriation*

Terdapat alasan-alasan yang sering kali menyebabkan *expropriation* terjadi, yakni sebagai berikut<sup>41</sup> :

##### 1. *Ideology*

---

<sup>39</sup> United Nations Conference on Trade and Development, *Expropriation: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, United Nations, 2012, New York, h. 6-7.

<sup>40</sup> Widhayani Dian Pawestri, Disertasi, *Op.Cit.*, h. 137, dikutip dari P. Adriaanse, *Confiscation in Private International Law*, Martinus Nijhof, The Hague, 1956, h. 1-10.

<sup>41</sup> George M. Ingram, *Expropriation of U.S. Property in South America (Nationalization of Oil and Copper Companies in Peru, Bolivia, and Chile)*, Praeger Publishers, New York, 1975, h. 2-6.

Salah satu pemicu utama maraknya *expropriation* atas properti asing adalah ideologi. Ideologi seperti marxisme dan sosialisme menganjurkan pengambilalihan properti asing, yang tujuannya adalah properti tersebut dimiliki oleh negara secara mutlak demi pemerataan terhadap rakyat.

## 2. *Political situation*

Kondisi politik *host country* juga menjadi salah satu alasan terjadinya *expropriation*. Krisis dan ketidakstabilan politik dapat mengancam keamanan investor asing. Ketidakpastian tersebut dapat disebabkan kerusuhan buruh, penggulingan pemerintahan, fraksi politik yang sangat kompetitif dalam persaingannya. Tindakan pengambilalihan dapat membuktikan bahwa pemerintah memiliki kemampuan, berjasa dan dapat dijadikan tameng dalam mengalihkan perhatian publik dari kesulitan sebenarnya yang terjadi dalam negara. Pemerintah yang menjabat akan menunjukkan kemampuannya dalam melawan hegemoni asing demi kepentingan nasional, dan hal ini dapat memberikan prasangka bahwa pemerintah saat ini secara nyata lebih baik daripada pemerintahan sebelumnya.

## 3. *Economic situation*

Tidak ada bukti yang secara langsung menunjukkan bahwa ekonomi dari *host country* berpengaruh pada pengambilalihan. Namun hal ini sangat erat kaitannya dengan faktor politik, karena penggulingan pemerintahan sangat mungkin terjadi apabila kondisi ekonomi suatu



negara buruk. Pengambilalihan mungkin dilakukan karena pemerintah berusaha mengalihkan perhatian publik dari masalah ekonomi yang sebenarnya sedang dihadapi. Selain itu pengambilalihan mungkin terjadi apabila dihadapkan pada kondisi ekonomi yang stagnan dan tidak cukup untuk dilakukan pertukaran dengan pihak asing.

#### 4. *Host country/mother country*

Hubungan dari *host country* dengan *mother country* perusahaan asing juga memiliki peran dalam terjadinya pengambilalihan. Hubungan yang buruk di masa lalu dapat menjadi penyebab dilakukannya *expropriation*.

#### 5. *Bargaining power*

*Bargaining power* yang tidak seimbang dapat menimbulkan dilakukan pengambilalihan oleh pihak *host country*. Tidak jarang kemampuan-kemampuan yang dimiliki oleh investor asing jauh lebih mumpuni dibandingkan dengan pihak *host country*.

#### 6. *Industrial activity*

Kegiatan industri sering menjadi penentu utama dilakukannya pengambilalihan. Beberapa bidang yang sering menimbulkan permasalahan dengan *host country* adalah kepentingan umum (telepon, listrik, transportasi, komunikasi) dan kegiatan agricultural besar.

#### 7. *Size*

Ukuran dari suatu perusahaan juga memiliki peran untuk dilakukannya pengambilalihan, karena dianggap menghasilkan *income* yang besar

lebih dari pendapatan pemerintah dan sering kali perusahaan yang besar dalam negara berkembang dimiliki oleh investor asing.

#### 8. *Profit*

*Host Country* sering menyerang investasi langsung pihak asing karena mengambil untung yang terlalu tinggi. Investor asing dianggap memberikan modal yang tidak terlalu banyak dibanding dengan *host country*, namun keuntungan yang didapat sangat tinggi. Hal ini memberikan pengaruh pada pemikiran *host country* untuk dilakukan pengambilalihan.

Pada hakikatnya *host country* dilarang melakukan pengambilalihan baik secara langsung maupun tidak langsung atau melakukan nasionalisasi penanaman modal asing di wilayah teritorialnya, dengan pengecualian<sup>42</sup>:

1. Untuk kepentingan umum;
2. Sesuai dengan prosedur hukum yang berlaku;
3. Tanpa diskriminasi berdasarkan kewarganegaraan; dan
4. Dengan pembayaran ganti kerugian atau kompensasi yang layak.

#### **1.5.5.2. *Direct Expropriation and Indirect Expropriation***

Perbedaan antara pengambilalihan secara langsung (*direct expropriation*) dan tidak langsung (*indirect expropriation*) terdapat pada tindakan pengambilalihan kepemilikan, apakah tindakan itu merupakan tindakan yang dilakukan secara sah. Sangat jarang negara berani untuk melakukan perubahan secara drastis dalam

---

<sup>42</sup> Muchammad Zaidun, *Penerapan Prinsip-Prinsip Hukum Internasional Penanaman Modal Asing Di Indonesia*, Disertasi, Fakultas Hukum Universitas Airlangga, Surabaya, 2005, h. 123.

kegiatan investasinya. Negara harus mempertimbangkan banyak hal apabila melakukan pengambilalihan secara langsung, karena akan berpengaruh pada citra sebuah negara pada segi investasi asing, yang mana apabila dilakukan tanpa pertimbangan yang matang hal ini akan menyebabkan investor asing enggan untuk melakukan investasi di negara tersebut karena ketakutan mereka terhadap pengambilalihan itu sendiri.<sup>43</sup>

Sebagai gantinya bentuk pengambilalihan secara tidak langsung menjadi marak dilakukan, dalam hal ini pengambilalihan secara tidak langsung memiliki indikasi-indikasi tertentu.

*“indirect expropriation leaves the investor’s title untouched but deprives him of the possibility to utilize the investment in a meaningful way. A typical feature of an indirect expropriation is that the state will deny the existence of an expropriation action and will not contemplate the payment of compensation”.*<sup>44</sup>

Pengambilalihan secara tidak langsung merupakan tindakan diam-diam yang dilakukan oleh suatu negara dengan tujuan untuk kepentingan *host country* itu sendiri. Namun dalam hal ini negara melakukannya dengan cara yang curang, dengan melakukan pengelakan bahwa telah melakukan tindakan pengambilalihan dan menolak untuk membayar ganti kerugian yang diderita oleh investor asing atas dilakukannya tindakan pengambilalihan tersebut.

Pengambilalihan secara langsung untuk kepentingan *host state* yang merupakan suatu perintah resmi atas peralihan kepemilikan suatu aset atau penyitaan secara langsung. Tindakan pengambilalihan secara langsung, bersifat

---

<sup>43</sup> Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Principles of International Investment Law*, Oxford University Press, New York, 2008, h. 92.

<sup>44</sup> *Ibid.*,

terbuka sangat dipertimbangkan dengan hati-hati dan dengan niat yang tegas, hal ini dimaksudkan untuk mempertimbangkan pula dari segi investor asing, terutama dalam hal ganti kerugian.<sup>45</sup>

Bentuk pengambilalihan selanjutnya yakni dengan pengambilalihan secara tidak langsung. pengambilalihan secara tidak langsung mengakibatkan kerugian secara keseluruhan atau sebagian dari kegiatan investasi yang disebabkan pengambilalihan asset tanpa melalui mekanisme peralihan yang sah.<sup>46</sup> Istilah lain yang sering digunakan adalah *creeping expropriation*. *Creeping expropriation* didefinisikan sebagai pengambilan secara bertahap pada satu atau lebih hak kepemilikan dari investor asing yang pada akhirnya akan menyebabkan kerugian pada investasi mereka atau merampas kendali investor asing terhadap investasinya.<sup>47</sup>

### **1.5.5.3. *The Legality of the Expropriation***

Tindakan pengambilalihan bisa menjadi tindakan yang diperbolehkan dengan catatan bahwa tindakan tersebut sudah memenuhi syarat-syarat yang dapat melegitimasi tindakan pengambilalihan. Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) melakukan konferensi pada tanggal 3 sampai 14 Juni Tahun 1992 tentang *Environment and Development* menghasilkan sebuah deklarasi yang disebut dengan *Rio Declaration on Environment and Development*, yang mana dalam *Principle 2* ditegaskan bahwa sebuah negara memiliki sebuah kedaulatan atas negaranya untuk dapat mengeksploitasi sumber dayanya berdasarkan kebijakan

---

<sup>45</sup> United Nations Conference on Trade and Development, *Expropriation: UNCTAD Series on Issues in International Investment Agreements II*, United Nations, 2012, New York, h. 6-7.

<sup>46</sup> *Ibid.*

<sup>47</sup> *Ibid.*, h. 11.

lingkungan dan pembangunan yang ada di negaranya. Namun dengan catatan bahwa negara tersebut harus bertanggung jawab dan memperhatikan agar tindakannya tidak menyebabkan kerusakan pada lingkungan negara lain di luar teritorialnya.<sup>48</sup> Atas dasar itulah negara dapat dikatakan sebagai pemegang mutlak atas sumber daya alam yang ada di dalam teritorialnya dan memberikan legitimasi bahwa sudah sepatutnya penguasaan atas sumber daya alam berada pada negara pemilik. Namun terdapat syarat-syarat yang sering dijadikan acuan apabila negara bermaksud untuk melakukan pengambilalihan. Syarat-syarat yang diperlukan untuk melegitimasi pengambilalihan tersebut adalah sebagai berikut<sup>49</sup>:

1. Harus bertujuan sebagai bentuk pelayanan publik atau kepentingan umum. Kepentingan umum di sini tidak sering dipertanyakan oleh para investor karena memiliki makna yang luas.
2. Penilaian tidak boleh dilakukan sewenang-wenang dan diskriminatif dalam sebuah istilah yang diterima secara umum.
3. Beberapa perjanjian secara tegas mewajibkan bahwa tindakan pengambilalihan harus mengikuti prinsip-prinsip mekanisme hukum secara sah, yang mana prinsip tersebut merupakan standar minimal yang sudah menjadi hukum kebiasaan internasional. Serta diwajibkannya syarat atas perlakuan yang adil dan merata.

---

<sup>48</sup> Lihat Principle 2 Rio Declaration “*States have, in accordance with the Charter of the United Nations and the principles of international law, the sovereign right to exploit their own resources pursuant to their own environmental and developmental policies, and the responsibility to ensure that activities within their jurisdiction or control do not cause damage to the environment of other States or of areas beyond the limits of national jurisdiction*”.

<sup>49</sup> Rudolf Dolzer, Christoph Schreuer, *Op.Cit.*, h. 91.

4. Sebuah tindakan pengambilalihan harus dilakukan dengan memberikan ganti kerugian secara cepat, memadai dan efektif. Kompensasi dapat dikatakan memadai apabila nilai dari asset yang diambil alih setidaknya setara dengan harga pasar saat pengambilalihan tersebut dilakukan. Sehingga investor tidak merasa dirugikan atas tindakan pengambilalihan tersebut.

#### **1.5.6. Prinsip Perlindungan Keseimbangan Kepentingan (PPKK)**

Permasalahan-permasalahan sering muncul apabila terdapat dua atau lebih pihak yang saling berinteraksi, hal ini disebabkan para pihak tersebut sama-sama mengemban kepentingannya masing-masing. Hubungan penanaman modal asing-pun tidak dapat terelakkan dengan tragedi ini, baik pihak *host country* maupun investor asing saling bersaing untuk dapat memenuhi kepentingan masing-masing.

M. Zaidun berpendapat bahwa dalam hukum penanaman modal terdapat prinsip-prinsip dasar (*basic principles*) yang ada dalam hukum internasional, kemudian prinsip-prinsip dasar tersebut menjadi pedoman suatu negara dalam menentukan kebijakan, meskipun atas prinsip-prinsip tersebut masih dimungkinkan adanya pengelakan dengan *exception* asalkan demi kepentingan perlindungan nasional (*host country*). Prinsip utama yang menjadi inti adalah *non discriminatory*, *non discriminatory*, yang kemudian dikembangkan menjadi prinsip-prinsip lain yakni *national treatment principle* dan *most favoured nation (MFN) treatment principle* yang kemudian memunculkan prinsip *transparency principle*.

Adanya prinsip-prinsip yang sama-sama menghendaki kepentingan bagi *host country* maupun investor asing, menghadirkan pemikiran dalam tataran filosofis

mengenai dasar sebenarnya yang harus ada dalam penanaman modal asing. Berkaitan dengan hal tersebut M. Zaidun menyampaikan adanya sebuah Prinsip Perlindungan Keseimbangan Kepentingan (PPKK). Prinsip tersebut dimaksudkan untuk dapat memberikan perlindungan bagi kepentingan nasional dalam hal ini *host country*, kepentingan investor asing dan sekaligus merangkul kepentingan internasional. Prinsip ini maksudkan untuk menghadirkan sebuah kesetaraan bagi para pihak yang terlibat di dalamnya, namun ruang lingkup kesetaraan di sini tidaklah diartikan sebagai kesamaan. Namun memiliki makna yang lebih kompleks, kesetaraan di sini diharapkan dapat menyeimbangkan hak dan kewajiban secara proporsional berdasarkan proporsi beban tanggung jawab masing-masing pihak, sehingga hasil akhir yang didapatkanpun sesuai dengan proporsional masing-masing.<sup>50</sup>

## **1.6. Metode Penelitian**

### **1.6.1. Tipe Penelitian**

Tipe penelitian dalam ilmu hukum hanya dikenal satu penelitian yakni Penelitian Hukum (*legal research*) dan proposal ini merupakan penelitian hukum. Menurut Peter Mahmud Marzuki “Penelitian Hukum merupakan suatu proses untuk menemukan aturan hukum, prinsip-prinsip hukum, maupun doktrin-doktrin hukum guna menjawab isu hukum yang dihadapi”.<sup>51</sup>

### **1.6.2. Pendekatan Masalah**

---

<sup>50</sup> Muchammad Zaidun, Ringkasan Disertasi “*Penerapan Prinsip-Prinsip Hukum Internasional Penanaman Modal Asing di Indonesia*”, Universitas Airlangga, Surabaya, 2005, h. 30-31.

<sup>51</sup> Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Cetakan ke 6, Rencana Prenada Media Group, Jakarta, 2010, h. 35.

Pendekatan masalah merupakan proses pemecahan atau penyelesaian masalah melalui tahap-tahap yang telah ditentukan sehingga mencapai tujuan penelitian atau penulisan.<sup>52</sup> Metode Pendekatan yang digunakan Penulis dalam proposal ini yakni pendekatan perundang-undangan “*statute approach*”, pendekatan konsep “*conceptual approach*”, pendekatan perbandingan “*comparative approach*”, dan pendekatan historis “*historical approach*”. Pendekatan perundang-undangan merupakan suatu pendekatan yang dilakukan dengan cara mengkaji norma-norma yang terdapat dalam ketentuan peraturan perundang-undangan. Penelitian hukum ini mengkaji tentang peraturan perundang-undangan yang berkaitan tentang penanaman modal asing di bidang ketenagalistrikan.

Pendekatan konseptual dilakukan apabila masalah hukum belum diatur dalam aturan hukum yang ada. Peter Mahmud Marzuki berpendapat bahwa pendekatan konseptual dapat dilakukan apabila

“...yang ia temukan hanya makna yang bersifat umum yang tentunya tidak tepat untuk membangun argumentasi hukum. Jika ia berpaling kepada ketentuan-ketentuan lain juga tidak akan menemukan. Oleh karena itulah ia harus membangun suatu konsep untuk dijadikan acuan di dalam penelitiannya”.<sup>53</sup>

Penelitian ini membahas mengenai prinsip *Sovereignty Over Natural Resources* (SONR), prinsip *Fair and Equitable Treatment* (khususnya *legitimate expectation*), konsep pengambilalihan dan Prinsip Perlindungan Keseimbangan Kepentingan (PPKK) dalam kaitannya atas kebijakan pemanfaatan energi panas

---

<sup>52</sup> Abdulkadir Muhammad, *Hukum dan Penelitian Hukum*, Penerbit Citra Aditya Bakti, Bandung, 2004, h. 112.

<sup>53</sup> Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum, edisi Revisi*, Kencana, Jakarta, 2005, h. 177.



bumi dan energi surya untuk ketenagalistrikan. Oleh karenanya pendekatan konsep adalah hal yang wajib dilakukan dalam penelitian hukum ini.

Pendekatan perbandingan yang dilakukan peneliti dalam penelitian hukum ini, dilakukan peneliti dengan membandingkan skema penerapan tarif yang ada di Jerman dengan Indonesia, serta penggunaan skema kerja sama BOT yang ada di Filipina dengan Indonesia. Pemilihan kedua negara tersebut dilakukan dengan alasan bahwa Jerman dan Filipina merupakan negara yang berhasil mengelola energi terbarukan dengan skema yang dianutnya, yang kemudian alasan lebih mendalam mengenai pemilihan kedua negara tersebut akan dijabarkan dalam pembahasan penelitian ini.

Pendekatan historis digunakan untuk memahami landasan filosofi yang terkandung dalam suatu aturan hukum dari waktu ke waktu, sehingga dalam pendekatan historis dapat membantu penulis dalam memahami perubahan dan perkembangan filosofi yang melandasi suatu aturan hukum.<sup>54</sup> Pendekatan historis dalam penelitian ini dilakukan untuk mengetahui perkembangan dan perubahan aturan hukum mengenai bentuk kerja sama energi terbarukan untuk ketenagalistrikan di Indonesia, serta alasan-alasan yang melatarbelakangi perubahan tersebut.

### **1.6.3. Sumber Bahan Hukum**

#### **1.6.3.1. Bahan Hukum Primer**

Pada penelitian hukum ini penulis menggunakan sumber bahan hukum primer dan sekunder. Bahan Hukum Primer yaitu perundang-undangan yang relevan

---

<sup>54</sup> *Ibid.*, h. 166.

dengan pembahasan penelitian. Peraturan perundang-undangan yang utama adalah Undang - Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 67, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4724) (selanjutnya disebut UU Penanaman Modal), Undang - Undang Nomor 30 Tahun 2009 tentang Ketenagalistrikan (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2009 Nomor 133, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 5052) (selanjutnya disebut UU Ketenagalistrikan), Peraturan Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral Nomor 10 Tahun 2018 tentang Perubahan Kedua Atas Peraturan Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral Nomor 10 Tahun 2017 tentang Pokok-Pokok Dalam Perjanjian Jual Beli Tenaga Listrik (Berita Negara Republik Indonesia Tahun 2018 Nomor 256) (selanjutnya disebut Permen ESDM No. 10 Tahun 2018), Peraturan Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral Nomor 50 Tahun 2017 tentang Pemanfaatan Sumber Energi Terbarukan untuk Penyediaan Tenaga Listrik (Berita Negara Republik Indonesia Tahun 2017 Nomor 1107) (selanjutnya disebut Permen ESDM No. 50 Tahun 2017), Peraturan Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral Nomor 4 Tahun 2020 tentang Perubahan Kedua Atas Peraturan Menteri Energi Dan Sumber Daya Mineral Nomor 50 Tahun 2017 tentang Pemanfaatan Sumber Energi Terbarukan Untuk Penyediaan Tenaga Listrik (Berita Negara Republik Indonesia Tahun 2020 Nomor 171).

#### **1.6.3.2. Bahan Hukum Sekunder**

Bahan Hukum Sekunder adalah Semua publikasi tentang hukum yang bukan merupakan dokumen-dokumen resmi, yaitu: buku, kamus, jurnal, komentar-

komentar atas putusan pengadilan.<sup>55</sup> Bahan hukum sekunder yang dimaksudkan dalam penelitian hukum ini adalah bahan-bahan kepustakaan yang memiliki kaitan dengan penanaman modal asing, pengambilalihan, dan ketenagalistrikan yang merupakan pokok penelitian ini.

#### **1.6.4. Metode Pengumpulan Bahan Hukum**

Teknik pengumpulan bahan hukum menggunakan studi dokumen (*library research*), yaitu dilakukan dengan cara mengumpulkan bahan-bahan hukum baik primer maupun sekunder, kemudian men inventarisnya, dan menghubungkannya dengan permasalahan-permasalahan yang ada di penelitian ini, dalam hal ini penulis membaca bahan-bahan yang relevan kemudian dilakukan inventaris dengan dilakukan klasifikasi bahan hukum primer dan sekunder. Selanjutnya penulis menggunakan bahan hukum primer dan sekunder tersebut untuk menjawab isu hukum yang dibahas dalam penelitian ini.

#### **1.6.5. Analisis Bahan Hukum**

Metode analisis yang dilakukan peneliti dalam melakukan penelitian hukum adalah dengan menggunakan penalaran yang bersifat deduktif. Penalaran deduktif merupakan suatu penalaran untuk menarik kesimpulan dengan beranjak dari suatu hal yang umum menuju ke hal yang khusus. Kemudian mengaitkan korelasi antara norma-norma hukum sebagai suatu premis mayor dengan fakta-fakta yang relevan (*legal facts*) sebagai premis minor yang kemudian dicapai suatu kesimpulan.

#### **1.6.6. Sistematika Penulisan**

---

<sup>55</sup> Soedjono Dirdjosisworo, *Pengantar Ilmu Hukum*, Penerbit Raja Grafindo Persada, Jakarta, 1994, h. 82.

BAB I pendahuluan, menjelaskan terkait latar belakang dan isu hukum yang mendasari penelitian hukum ini. Tujuan dan manfaat yang didapat dalam penelitian hukum ini. Bab ini juga menjelaskan tinjauan pustaka yang relevan terkait permasalahan hukum yang diangkat dalam penelitian hukum ini, yang kemudian diakhir bab akan menjelaskan mengenai metode penelitian yang mana di dalamnya melingkupi pula tipe penelitian hukum, metode pendekatan, sumber bahan hukum, metode pengumpulan bahan hukum dan cara yang digunakan dalam menganalisis bahan hukum serta mengenai sistematika penulisan.

BAB II menjelaskan potensi yang dimiliki Indonesia atas kekayaan energi terbarukan panas bumi dan surya. Serta analisa terhadap penerapan skema tarif pada sektor pembangkit tenaga listrik yang berasal dari energi terbarukan panas bumi dan surya, kemudian dilakukan analisa atas kebijakan pemerintah terhadap tarif dengan Prinsip PPKK.

BAB III membahas pola kerja sama BOO/BOT, BOOT dan kemudian dikembalikan menjadi BOO dalam kerjasama ketenagalistrikan yang didasarkan pada Permen ESDM No. 10 Tahun 2017, Permen ESDM No. 50 Tahun 2017, dan Permen ESDM No. 4 Tahun 2020 yang dikaitkan dengan hakikat konsep dari SONR, *legitimate expectation*, *indirect expropriation* dan PPKK. Setelah dilakukan analisa atas isu hukum pada BAB III, pada akhir bab akan membahas mengenai akibat hukum yang ditimbulkannya.

BAB IV penutup, merupakan bagian terakhir yang di dalamnya terdapat kesimpulan dan saran untuk menjawab permasalahan hukum dalam rumusan masalah. Terdapat dua isu hukum dalam penelitian ini sehingga pada kesimpulan

akan dibagi menjadi dua, yakni kesimpulan pertama untuk menjawab isu hukum pertama dan kesimpulan kedua untuk menjawab isu hukum kedua. Berdasarkan kesimpulan tersebut penulis akan memberikan saran terkait permasalahan yang menjadi topik dari penelitian hukum ini.