

PENGATURAN ATAS HAK KEKAYAAN INTELEKTUAL SEBAGAI ASET PENANAMAN MODAL ASING DITINJAU DARI HUKUM INVESTASI INTERNASIONAL DAN NASIONAL

Vidya Khairina Utami, Prodi Magister Ilmu Hukum Universitas Indonesia,
E-mail: vidya.khairina@ui.ac.id

doi: <https://doi.org/10.24843/KS.2023.v11.i07.p06>

ABSTRAK

Capaian atas penelitian ini untuk mengetahui aset kekayaan intelektual sebagai aset penanaman modal asing dan perlindungannya disertai dengan penyelesaian sengketa yang digunakan apabila terjadi sengketa penanaman modal asing. Metode yang digunakan atas penelitian ini merupakan yuridis normatif dengan analisis data menggunakan metode analisis kualitatif. Kekayaan intelektual sebagai benda tidak berwujud muncul dalam perkembangan aset penanaman modal asing yang tercantum dalam perjanjian penanaman modal asing internasional. Perlindungan kekayaan intelektual sebagai aset penanaman modal asing tidak diatur secara konkrit dalam perjanjian penanaman modal asing. TRIPS Agreement, Konvensi Berne, Konvensi Paris, dan WIPO masih digunakan saat ini sebagai perlindungan kekayaan intelektual dalam investasi. Prinsip teritorial yang termaktub dalam konvensi hak kekayaan intelektual membuat negara diperbolehkan untuk membuat kebijakan hak kekayaan intelektual sesuai dengan teknologi dan ekonomi yang dimilikinya. Faktor ini menyebabkan atas terjadinya sengketa yang antara investor asing dengan host state karena bisa menimbulkan kerugian terhadap hak kekayaan intelektual investor asing. Penyelesaian sengketa atas investasi dengan hak kekayaan intelektual dilakukan dengan menggunakan mekanisme ISDS yang berfokus pada Kovensi Washington 1996. ISDS memiliki kelemahan dalam penyelesaian sengketa atas investasi hak kekayaan intelektual.

Kata Kunci : Kekayaan Intelektual, Penanaman Modal Asing, dan Penyelesaian Sengketa

ABSTRACT

The intention of this research is to determine intellectual property assets as foreign investment assets and their protection is accompanied by dispute resolution used in the event of foreign investment disputes. The methode that will be use is normative juridical methods with data analysis using qualitative analysis methods. Intellectual property as intangible objects appears in the development of foreign investment assets and listed in international foreign investment agreements. The protection of intellectual property as a foreign investment asset is not specifically regulated in foreign inoestment agreements. TRIPS Agreement, Berne Convention, Paris Convention and WIPO are still used today as intellectual property protection in investments. The territorial principle contained in the intellectual property rights convention makes the state allowed to make intellectual property rights policies in accordance with its technology and economy. This factor can cause disputes that occur between foreign investors and host states because they can cause losses to foreign inoestor's intellectual property rights. Settlement of disputes over investments with intellectual property rights is carried out using the ISDS mechanism focusing on the 1996 Washington Convention. ISDS has weaknesses in resoloving disputes over intellectual property rights investments.

Keywords: Foreign Investment, Intellectual Property, Dispute Settlement

1. PENDAHULUAN

1.1. Latar Belakang Masalah

Manusia dalam kehidupannya selalu membutuhkan manusia lainnya dalam bertahan hidup yaitu dalam bentuk kerjasama antar individu atau antar komunitas manusia tersebut. Perjanjian antar komunitas disini berkembang menjadi perjanjian yang dibuat antara satu negara dengan negara lainnya, terutama kerjasama di bidang ekonomi. Kerjasama yang dimaksud dalam bidang ekonomi di sini berisikan mengenai perdagangan, lisensi, sewa, dan penanaman modal asing yang dimana melibatkan di sini tidak hanya antar negara saja, tetapi juga melibatkan individu dengan negara atau perusahaan multi nasional dengan negara sebagai investor. Perjanjian kerjasama ini dinamakan sebagai perjanjian penanaman modal asing (*International Investment Agreement (IIA)*).

Pada mulanya, penanaman modal asing dilaksanakan oleh negara-negara di Eropa pada tahun 1760 yang dimana akhirnya berkembang di Amerika di tahun 1860, sebagai bentuk dari revolusi industri. Pihak swasta dan masyarakat diperbolehkan untuk ikut serta dalam penanaman modal dengan berbondong-bondong untuk menanam modal asing penemuan baru mereka untuk dapat digunakan masyarakat yang ada di suatu negara.¹ Revolusi industri ini lah yang membuat negara di Asia juga berani untuk membuka penanaman modal asing untuk pengembangan ekonomi dan melahirkan perusahaan-perusahaan besar yang sudah tidak hanya menempati satu negara, tetapi juga di beberapa negara lainnya.

Indonesia sebagai negara berkembang, mengalami kesulitan pada awal kemerdekaan untuk melaksanakan pembangunan terhadap ekonominya.² Indonesia tidak memiliki modal yang cukup baik untuk dapat mengembangkan pembangunan ekonomi. Penanaman modal asing akhirnya diperlukan Indonesia sebagai penunjang dalam melaksanakan pembangunan ekonomi disini, yang dimana juga terdapat faktor bahwa Indonesia juga memiliki penduduk yang cukup besar dan peluang pasar yang besar karena sumber daya alamnya melimpah.

Penanaman modal asing, menurut M. Sornarajah, mengalami perkembangan terhadap definisi selama bertahun-tahun. Kegiatan penanaman modal asing pada saat ini tidak hanya modal dalam bentuk aset berwujud, tetapi juga dalam bentuk aset tidak berwujud. Menurut M. Sornarajah, penanaman modal asing adalah kegiatan dengan mengalihkan aset berwujud atau tidak berwujud dari suatu negara ke negara lainnya dengan tujuan untuk meningkatkan keuntungan dari para pihak.³ Aset tak berwujud yang menjadi modal terjadi karena perkembangan dari teknologi yang cukup besar dan munculnya ide inovatif yang mempengaruhi industri, yang dimana berbentuk kekayaan intelektual.

Kekayaan intelektual yang biasanya digunakan sebagai aset tak berwujud terdiri dari data dan informasi dalam sistem informasi komputer, paten, lisensi, *know-how*, hak cipta, merek, dan desain industri. Kekayaan intelektual pada dasarnya mempunyai kelemahan sebagai aset, yang dimana mungkin mempunyai manfaat di masa mendatang, tetapi karena tidak berwujud seringkali membuat sulit diukur secara ekonomis. Namun, pada dasarnya penanaman modal asing dan kekayaan intelektual akan tetap bersinergi karena memang hak kekayaan intelektual mempunyai hak ekonomis didalamnya yang dapat bernilai sama dengan uang.

¹ Aminuddin Ilmar, *Hukum Penanaman Modal di Indonesia*, (Jakarta: Kencana, 2017), hlm. 4-5.

² *Ibid.*

³ M. Sornarajah, *The International Law...*, hlm.11.

IIA yang sudah menggunakan hak kekayaan intelektual sebagai modal dalam penanaman modal asing dan kekayaan intelektual yang digunakan menjadi sebuah aset hak kekayaan intelektual disesuaikan dengan pengaturan secara regional yang dimana sudah terlihat dalam *regional trade agreement* yang tercantum dalam ASEAN *Comprehensive Investment Agreement* yang tercantum di dalam Pasal 4 huruf c nomor (iii).⁴ Selain secara regional, ternyata pada perjanjian penanaman modal asing antar negara yaitu *Bilateral Investment Agreement* (BIT) beberapa sudah mencantumkan secara general atau detail mengenai hak kekayaan intelektual apa saja yang dapat dicantumkan menjadi modal. Indonesia juga sudah secara tersirat mencantumkan hak kekayaan intelektual sebagai bagian dari modal asing yang dimana tercantum di dalam Pasal 1 Angka 7 Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal mengenai definisi dari modal itu sendiri, yaitu "Modal adalah aset dalam bentuk uang atau bentuk lain yang bukan uang yang dimiliki oleh penanam modal yang mempunyai nilai ekonomis."⁵

Hak kekayaan intelektual pada dasarnya sebagai modal penanaman modal asing sudah dimulai pada tahun 1960-1970, yang dimana perlindungannya sendiri sudah terdapat mengalami konflik didalamnya. Banyak perusahaan multinasional yang memerlukan perlindungan atas hak kekayaan intelektualnya sebagai modal penanaman modal asingnya. Sengketa atas penanaman modal asing selalu menjadi isu yang perlu diperhatikan secara nasional dan internasional terutama di bidang hak kekayaan intelektual. Salah satu kasus, yang tercatat sebagai sengketa hak kekayaan intelektual di bidang penanaman modal asing yaitu Phillip Morris International v. Uruguay di tahun 2010 dan Eli Lilly v. Canada di tahun 2012.

Penyelesaian sengketa dalam penanaman modal asing pada dasarnya tercantum dalam klausul Investor State Dispute Settlement (ISDS). Hal ini dikarenakan tidak ada kebijakan hak kekayaan intelektual yang memang mengatur secara internasional mengenai penanaman modal asing yang memang menggunakan modal hak kekayaan intelektual dan penyelesaian sengketa didalamnya. Tetapi hal ini tetap perlu menjadi perhatian karena meskipun lebih banyak peraturan yang lebih mengatur tentang aset berwujud, karena aset tak berwujud disini juga perlu adanya pengaturan atas penyelesaian sengketa yang dimana ternyata terdapat sengketa di dalamnya.⁶ Berdasarkan hal tersebut, investor asing sering kali menggugat *host state* melalui mekanisme ISDS.

Mekanisme ISDS sendiri sudah digunakan dalam IIA sejak tahun 1960 yang dimana diatur pada Konvensi Washington 1965 atau Konvensi *Internasional Center for the Settlement of Investment Disputes* (ICSID). Konvensi ini lahir karena terdapat kebutuhan investor dan negara untuk penyelesaian sengketa atas penanaman modal mereka. Bentuk penyelesaian sengketa yang dimaksud adalah berbentuk arbitrase yang dimana juga harus adanya persetujuan antara para pihak. Berdasarkan dari kasus yang telah disebutkan sebelumnya, dapat ditentukan mengenai faktor apa saja yang dapat menyebabkan sengketa hak kekayaan intelektual di penanaman modal asing dan mekanisme dari ISDS atas penyelesaian sengketa. Meskipun Indonesia, belum adanya sengketa hak kekayaan intelektual di penanaman modal asing, tentu hal ini perlu adanya penelusuran untuk pencegahan terjadinya hal yang sama di Indonesia.

⁴ Article 4 (c) (iii), ASEAN Comprehensive Investment Agreement.

⁵ Pasal 1 Angka 7 Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal asing.

⁶ Henning Grosse Ruse-Khan, *Litigating Intellectual Property Rights in Investor-State Arbitration: From Plain Packaging to Patent Revocation*, (Oxford : St. Peter's College, 2016), hlm.3.

1.2. Rumusan Masalah

1. Bagaimana proses pengaturan hak kekayaan intelektual dapat diakui sebagai objek penanaman modal asing ditinjau dari hukum internasional?
2. Bagaimana proses pengaturan hak kekayaan intelektual dapat diakui sebagai objek penanaman modal asing ditinjau dari hukum nasional?
3. Bagaimana mekanisme penyelesaian sengketa penanaman modal asing dengan menggunakan ISDS dengan objek hak kekayaan intelektual ditinjau dari hukum internasional dan hukum nasional?

1.3. Tujuan Penelitian

1. Untuk menganalisis proses pengaturan hak kekayaan intelektual dapat diakui sebagai objek penanaman modal asing ditinjau dari hukum internasional;
2. Untuk menganalisis proses pengaturan hak kekayaan intelektual dapat diakui sebagai objek penanaman modal asing ditinjau dari hukum nasional; dan
3. Untuk mengidentifikasi mekanisme penyelesaian sengketa penanaman modal asing dengan menggunakan ISDS dengan objek hak kekayaan intelektual ditinjau dari hukum internasional dan hukum nasional.

2. METODE PENELITIAN

Metode penelitian yang akan digunakan dalam artikel ini adalah metode yuridis normatif, yang dimana sebagai metode secara khusus digunakan dalam penelitian hukum dengan melakukan penelusuran bahan pustaka atau penggunaan data sekunder sebagai dasar penelusuran atas kaidah hukum.⁷ Data sekunder yang digunakan adalah peraturan perlindungan atas hak kekayaan intelektual, konvensi perlindungan hak kekayaan intelektual, Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal, perjanjian penanaman modal asing (IIA) secara bilateral dan multilateral, peraturan penyelesaian sengketa penanaman modal asing untuk aset hak kekayaan intelektual, dan studi kepustakaan. Analisis data akan dilaksanakan dengan metode analisis kualitatif yaitu analisis terhadap bahan hukum yang ada dengan menggabungkan teori-teori yang mendukung dan dijawab atas analisis tersebut dalam bentuk kesimpulan.

3. HASIL DAN PEMBAHASAN

3.1. Proses Pengaturan Hak Kekayaan Intelektual dapat Diakui sebagai Objek Penanaman Modal Asing Ditinjau Dari Hukum Internasional

Berbicara mengenai hak kekayaan intelektual tidak terlepas dari perjanjian antara negara-negara sebagai bentuk perlindungan hukum secara global. Perlindungan hak kekayaan intelektual yang pertama secara global terjadi pada Konvensi Paris yang diselenggarakan di Vienna di Austria dan Paris di Prancis pada tahun 1873-1883. Konvensi Paris menjadi pelopor untuk adanya pengadopsian prinsip non diskriminasi dan pembentukan aturan bersama. Prinsip non diskriminasi di sini terdapat *national treatment* dan hak prioritas. *National treatment* di sini memberikan perlindungan hak

⁷ Soejono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif*, (Jakarta : Raja Grafindo Persada, 2006), hlm. 13.

kekayaan intelektual yang sama antar anggota Konvensi Paris.⁸ Sedangkan, untuk hak prioritas memberikan perlindungan atas hak kekayaan intelektual atas permohonan pendaftaran yang diterima berdasarkan tanggal masuk pendaftaran.⁹ Pada dasarnya Konvensi Paris merupakan sesuatu yang fleksibel, yaitu anggota dapat memilih sendiri untuk mengadopsi pengaturan yang mana digunakan.

Pada tahun 1886, muncul sebuah konvensi untuk perlindungan kekayaan intelektual di bidang literasi dan karya seni, yaitu Konvensi Berne. Konvensi Berne menjadi solusi penyelesaian atas hak cipta dengan meminta negara anggota untuk dapat mengabdikan permohonan hak cipta tanpa perlu adanya formalitas dalam pendaftaran yaitu secara otomatis.¹⁰ Konvensi Berne mengatur mengenai jangka waktu perlindungan atas hak kekayaan intelektual yaitu waktu berakhirnya perlindungan adalah seumur hidup pencipta dan 50 tahun setelah pencipta meninggal dunia.¹¹ Konvensi Berne juga memuat tiga prinsip dasar, yaitu *national treatment*, *automatic protection*, dan *independence protection*. Prinsip yang penting dari konvensi ini adalah *automatic protection* disini perlindungan atas hak cipta diberikan secara langsung tanpa harus adanya formalitas. Prinsip *independence protection* disini menyatakan bahwa Konvensi Berne terlepas dari peraturan yang serupa dari negara asal pencipta.¹²

Perlindungan atas hak kekayaan intelektual semakin bergeser yang semula hanya melindungi paten, merek, desain industri, *utility model*, *competition rules*, dan hak cipta yang tercantum di dalam Konvensi Paris dan Konvensi Berne menjadi lingkup yang lebih diatur oleh World Intellectual Property Rights Organization (WIPO). WIPO dibentuk berdasarkan atas *Convention Establishing the World Intellectual Property Organization* yang dibentuk pada tahun 1967.¹³ WIPO menjadi organisasi internasional yang berada di bawah Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) di tahun 1974. Tujuan dari WIPO sendiri adalah untuk pemasaran atas perlindungan dari hak kekayaan intelektual secara global dengan memfasilitasi negosiasi dari perjanjian atas kekayaan intelektual antar negara. Namun, WIPO dianggap hanya sebagai organisasi yang memang tidak memiliki ketentuan yang tidak mengikat secara global dan tidak memiliki mekanisme untuk penyelesaian sengketa dalam pelanggaran hak kekayaan intelektual.¹⁴

WIPO kemudian bergeser kembali ke *General Agreement on Tariffs and Trade* (GATT), perjanjian multilateral yang berisikan negosiasi atas perdagangan dalam hak kekayaan intelektual, yang di dalam lampirannya terdapat *Trade Related Aspect of*

⁸ Olugbenga A. Olatunji, "Historical Account of Dwindling National Flexibilities from The Paris Convention to post-TRIPS era : What implication for access to medicines in low-and-middle income-countries?", *The Journal of World Intellectual Property*, Vol.25, No.2 (2022), hlm.392.

⁹ Ida Ayi S. N. Manuaba dan I Wayan Parsa, "Perlindungan Hukum Terhadap Pendaftaran Merek Asing Dengan Hak Prioritas di Indonesia", *Jurnal Kertha Semaya*, Vol. 6, No.12 (2018), hlm. 6.

¹⁰ Ilayda Nemlioglu, "A Comparative Analysis of Intellectual Property Rights: A case of Developed versus Developing Countries", *Procedia Computer Science Journal*, Vol.158., (2019), hlm. 991.

¹¹ Article 7, *Berne Convention* 1971.

¹² Ilayda Nemlioglu, "A Comparative Analysis of.....", hlm. 991.

¹³ Yoyo Arifardhani, *Hukum Hak Atas Kekayaan Intelektual : Suatu Pengantar*, (Jakarta:Kencana, 2020), hlm.23.

¹⁴ Siti Munawaroh, "Peranan TRIPS (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights) Terhadap Hak Atas Kekayaan Intelektual di Bidang Teknologi Informasi", *Jurnal Teknologi Informasi DINAMIK*, Vol. XI, No.1 (2006), hlm. 24.

Intellectual Property Rights (TRIPS) Agreement yang dibuat oleh *World Trade Organization (WTO)*. Hal ini menyebabkan hanya negara anggota dari WTO yang dapat meratifikasi *TRIPS Agreement* itu sendiri. *TRIPS Agreement* merupakan perjanjian negara yang dimana mengatur mengenai paten, hak cipta, merek, desain industri, indikasi geografis, desain rangkaian elektronik terpadu dan rahasia dagang.¹⁵ *TRIPS Agreement* juga lebih memberikan level perlindungan yang lebih baik, dengan adanya prinsip *national treatment* dan *most favoured nation* yang tercantum di *Article 3* dan *Article 4* dari *TRIPS Agreement*. *TRIPS Agreement* di sini bukanlah sebagai konvensi yang sepenuhnya independen, melainkan sebagai instrumen regulasi yang memberikan perlindungan secara tambahan terhadap hak kekayaan intelektual.¹⁶ Selain itu, *TRIPS Agreement* juga memberikan keleluasan kepada negara anggota untuk menggabungkan standar dan prosedur mereka sendiri mengenai hak kekayaan intelektual dengan ketentuan *TRIPS* yang ada di dalam undang-undang negara anggota tersebut.

Standar perlindungan yang ada pada *TRIPS Agreement* disini berisikan hak dan mengenai penegakan atas hak tersebut. Dengan kata lain, suatu negara yang telah meratifikasi *TRIPS Agreement* tidak boleh melindungi dibawah level perlindungan yang telah ditetapkan dalam perjanjian dan negara anggota tidak boleh lebih memperluas apa yang telah ditetapkan dalam *TRIPS Agreement*. Perjanjian ini juga memasukkan secara spesifik mengenai administratif dan penyelesaian sengketa atas hak kekayaan intelektual, seperti *inter alia*, pengaturan atas bukti, *injunctions*, ganti rugi, tindakan, langkah atas pemalsuan, dan sanksi jika ada pelanggaran.¹⁷ Namun, tidak ada pengaturan atas lembaga penyelesaian sengketa yang diatur di dalam *TRIPS Agreement*.

Pada pembahasan sebelumnya, telah disebutkan bahwa negara anggota dari para konvensi memiliki fleksibilitas atau keleluasaan untuk memilih dan menggabungkan ketentuan dan prosedur yang ada di dalam konvensi ke dalam undang-undang yang ada di negara anggota. Alasan atas fleksibilitas tersebut adalah karena kekayaan intelektual pada dasarnya menganut prinsip teritorial. Prinsip teritorial di sini adalah pengaturan atas hak kekayaan intelektual terbatas pada wilayah negara tersebut dan mengizinkan negara tersebut menyesuaikan hukum kekayaan intelektual di negara mereka agar sesuai dengan kebutuhan tingkat perkembangan teknologi dan pertumbuhan ekonomi.¹⁸ Dengan kata lain, negara dapat merancang undang-undang kekayaan intelektualnya sendiri.

Prinsip teritorial yang terdapat di dalam konvensi di sini tercantum secara tersirat dalam prinsip *national treatment* yang diatur di dalam *Article 3* Konvensi Paris dan *Article 5* Konvensi Berne. Namun, berbeda dengan *TRIPS Agreement* yang dimana secara signifikan melanggar prinsip teritorial, karena mengandung standar minimum tertentu yang wajib mengikat negara anggota untuk diimplementasikan di undang-

¹⁵ Atsuko Kamiike, "The TRIPS Agreement and the Pharmaceutical Industry in India", *Journal of Interdisciplinary Economics*, Vol. 32, No.1 (2020), hlm.96.

¹⁶ Carlos M. Correa, *Intellectual Property Rights, the WTO, and Developing Countries : The TRIPS Agreement and Policy Options*, (Penang : Zed Books, 2000), hlm. 2.

¹⁷ *Ibid.*

¹⁸ Emmanuel Kolawole Oke, "Territoriality in Intellectual Property Law: Examining the Tension between Securing Societal Goals and Treating Intellectual Property as an Investment Asset", *Scripted*, Vol.15, No.2 (2018), hlm.315.

undang mereka.¹⁹ TRIPS *Agreement* tetapi dalam hal ini tetap mengakui prinsip teritorial, karena seperti pembahasan sebelumnya tetap memberi keleluasaan untuk menyesuaikan kembali dengan teknologi dan ekonomi dari negara anggota untuk diterapkan dalam undang-undang kekayaan intelektual dari negara anggota tetapi harus konsisten dengan TRIPS yang dimana diatur di dalam *Article 8.2 TRIPS Agreement*.

Hak kekayaan intelektual sebagai objek PMA dalam penanaman modal asing diatur dalam IIA, yaitu di dalam *Regional Trading Agreement (RTA)*, *Bilateral Investment Treaty (BIT)*, dan *Multilateral Investment Treaty (MIT)*. RTA mencakup mengenai masalah tarif dan kuota; seperti kebijakan persaingan, prosedur bea cukai, perdagangan jasa, perlindungan hak kekayaan intelektual, dan regulasi penanaman modal asing masuk.²⁰ Menurut M. Sornarajah, pengaturan atas pemindahan kekayaan intelektual atas negara tidak ada peraturan yang konkrit diatur di dalam hukum penanaman modal, karena peraturan ini lebih banyak mengatur mengenai perlindungan atas aset berwujud.²¹

North American Free Trade Agreement (NAFTA) dan European Union (EU) adalah RTA pertama yang secara eksplisit memasukan ketentuan mengenai hak kekayaan intelektual. Menurut Maskus, RTA lebih mudah untuk mencapai konsesus mengenai hak kekayaan intelektual karena berdasarkan dari kepentingan dari anggota perjanjian regional itu sendiri.²² Konsekuensi dari hal tersebut, sejak tahun 2000, RTA yang dibuat oleh Amerika Serikat, EU, dan Jepang telah memasukkan ketentuan mengenai hak kekayaan intelektual yang berdasarkan dari TRIPS. Ketentuan yang diadopsi dari TRIPS disini mengenai perlindungan yang lebih kuat mengenai paten, hak cipta, dan merek; pencegahan untuk adanya pencurian dari rahasia dagang; dan peraturan mengenai transparansi dan penegakan hukum atas merek.²³ Aturan hak kekayaan intelektual di dalam RTA biasanya tidak diskriminatif karena anggota dari RTA biasanya merupakan anggota WTO dan dengan demikian terikat dengan aturan perjanjian dari TRIPS.

RTA pada Amerika Serikat pada dasarnya memiliki substansi mengenai hak kekayaan intelektual yang melebihi standar dari TRIPS *Agreement*. Ketentuan RTA di Amerika Serikat tidak memberikan fleksibilitas terhadap lisensi dan revokasi atas paten, tetapi mengadopsi ketentuan dari TRIPS mengenai perpanjangan masa perlindungan hak cipta dan merek dagang, perpanjangan masa perlindungan paten, persetujuan pemasaran atas paten, eksklusivitas data dari paten, dan kewajiban untuk meratifikasi perjanjian internasional tentang perlindungan hak kekayaan intelektual.

RTA untuk EU sendiri bergantung kepada perjanjian yang diasosiasikan, yang dimana mengakibatkan ketentuan mengenai hak kekayaan intelektual hanya secara general saja. Namun, beberapa perjanjian asosiasi bilateral Eropa dengan negara-

¹⁹ Rochelle Dreyfuss and Susy Frankel, "From Incentive to Commodity to Asset: How International Law is Reconceptualizing Intellectual Property", *Michigan Journal of International Law*, Vol. 36, No.4 (2014), hlm. 565.

²⁰ Sucharita Ghosh dan Steven Yamarik, "Do the intellectual property rights of regional trading arrangements impact foreign direct investment? An empirical examination", *International Review of Economics and Finance*, Vol. 62 (2019), hlm. 182.

²¹ M. Sornarajah, *The International Law...*, hlm.56.

²² Maskus K.E., "The Role Of Intellectual Property Rights In Encouraging Foreign Direct Investment And Technology Transfer", *Duke Journal of Comparative and International Law*, Vol.9, No.1 (1998), hlm.115.

²³ Sucharita Ghosh dan Steven Yamarik, "Do the intellectual property, hlm.182.

negara Arab menerapkan ketentuan dari TRIPS. Misalnya, Perjanjian Bilateral antara EU dengan Yordania yang ditandatangani tahun 1997 yang menyesuaikan dengan apa yang diisyaratkan di dalam TRIPS atas perlindungan paten bahan kimia dan farmasi.²⁴ RTA antara Jepang dan Indonesia yaitu Japan-Indonesia Economic Partnership Agreement juga mengadopsi TRIPS dengan menerapkan *national treatment* dan *most favoured nation* ke dalam RTA tersebut.

BIT yang satu dengan BIT yang lainnya memberikan definisi mengenai penanaman modal dan aset PMA yang berbeda. Seperti contohnya, *Article 8* BIT Germany-Pakistan yang sudah memberikan klasifikasi kekayaan intelektual berupa paten dan pengetahuan teknologi sebagai objek penanaman modal asing sebagai berikut “(1) (a)foreign exchange, goods, property rights, **patents and technical knowledge**.....”.²⁵ Berbeda dengan BIT Japan-Korea pada tahun 2003 pada *Article 1.2* memberikan definisi mengenai penanaman modal asing dengan objek penanaman modal asingnya yaitu meliputi “*intellectual property rights, any other tangible and intangible property* [...]”.²⁶ BIT Japan-Korea di sini dapat dilihat hanya memberikan definisi atas aset atau objek penanaman modal asing mengenai hak kekayaan intelektual secara general dan tidak spesifik pada satu atau lebih kekayaan intelektual.

BIT Indonesia-Finland, pada *Article 1* (d) juga memuat mengenai aset penanaman modal asing dalam bentuk hak kekayaan intelektual yang lebih dijelaskan secara spesifik yaitu sebagai berikut “*patents, copyrights, trademarks, industrial designs, business names, geographical indications as well as technical processes, know-how and goodwill*;”²⁷ BIT Indonesia-Finland lebih menjelaskan mengenai modal PMA dalam hak kekayaan intelektual dari jenis, proses teknis, pengetahuan atas teknologi, dan pembagian hasil. Namun, pada dasarnya yang membedakan BIT Indonesia-Finland dengan BIT lainnya adalah menerapkan prinsip teritorial yang dimana dijelaskan bahwa pengaturan atas modal PMA, yang salah satunya hak kekayaan intelektual akan dilaksanakan berdasarkan sesuai dengan peraturan nasional dari negara anggota masing-masing.

BIT yang dibuat oleh dua negara sebagai perjanjian bilateral melihat modal PMA sebagai suatu objek yang didefinisikan secara luas.²⁸ BIT tidak memberikan ketentuan secara mendetail mengenai hak kekayaan intelektual yang dapat dikonsiderasi sebagai proses penanaman modal. BIT hanya mencantumkan mengenai itikad baik, proses teknis, dan *know-how* atas teknologi. Alasan atas hal tersebut karena memang BIT di sini bukanlah sebagai peraturan substansial yang dikhususkan mengatur mengenai standar hak kekayaan intelektual, tetapi sebagai bentuk perlindungan atas hak dari para investor yang menggunakan hak kekayaan intelektual sebagai modal PMA. Perlindungan di sini dapat berbentuk preventif dan represif dalam bentuk *Investor State Dispute Settlement* (ISDS).

MIT yang ada juga pada dasarnya mendefinisikan hak kekayaan intelektual sebagai aset objek penanaman modal asing secara general didalamnya. Seperti contohnya, pada *ASEAN Comprehensive Investment Agreement* (ACIA) yang dimana merupakan instrumen peraturan ekonomi utama di ASEAN, memberikan definisi

²⁴ *Ibid.*

²⁵ *Article 8*, Germany-Pakistan Bilateral Investment Agreement.

²⁶ *Article 1* (2), Japan-Korea Bilateral Investment Agreement.

²⁷ *Article 1* (d), Indonesia-Finland Bilateral Investment Agreement.

²⁸ Nikola Ilic, “Intellectual Property Rights As Foreign Direct Investments: Current State of Affairs in Serbia”, *Belgrade Law Review*, Vol.XV, No.4 (2017), hlm. 160.

mengenai penanaman modal asing yang tertuang di dalam Pasal 4 huruf c nomor (iii). MIT dalam bentuk ACIA tersebut pada intinya menyerahkan peraturan bilateral dan peraturan nasional masing-masing negara anggotanya untuk menjaga hak kekayaan intelektual dalam kegiatan penanaman modal. Maka berdasarkan atas hal tersebut MIT juga disini bukanlah sebagai peraturan yang substansinya mengatur secara standar mengenai hak kekayaan intelektual, tetapi memang menegaskan mengenai modal PMA yang salah satunya hak kekayaan intelektual dan perlindungan atas investor yang memang menggunakan hak kekayaan intelektual sebagai bentuk modal.

Kembali kepada pembahasan sebelumnya dalam prinsip *national treatment* dan prinsip *most favoured nation* yang berada di dalam perjanjian internasional mengenai hak kekayaan intelektual. Pada dasarnya IIA dapat menguatkan perlindungan hak kekayaan intelektual melalui klausul operasi kewajiban *most favoured nation* dan *national treatment*. Pada tindakan *most favoured nation* yang terdapat di dalam IIA, dapat memunculkan klausul yang disesuaikan dengan bahasa antar negara, yang paling tidak berisikan :²⁹

“para pihak dalam BIT harus memberikan perlakuan yang sama untuk seluruh penanam modal asing dan investasinya (termasuk Hak Kekayaan Intelektual) atau kepada pihak ketiga yang berada dibawah perjanjian bilateral dan multilateral.”

Pada klausul tersebut pada intinya menjelaskan bahwa suatu negara pihak dari BIT harus memberikan perlakuan yang sama kepada negara pihak yang satunya, apabila suatu negara memberikan perlakuan yang sama kepada negara ketiga.³⁰ Hal ini juga sesuai dengan *Article 4 TRIPS Agreement* yang mengatur mengenai perlindungan hak kekayaan intelektual yang diberikan oleh negara anggota TRIPS kepada warga negara dari negara anggota lainnya harus diberikan segera dan tanpa syarat yang membedakan satu dengan yang lainnya.³¹

Standar dari *national treatment* berdasarkan yang dikemukakan oleh OECD, disebutkan yaitu investor asing tidak boleh menerima perlakuan yang berbeda antara satu dan lainnya.³² Dengan kata lain, *national treatment* mensyaratkan bahwa semua investor asing harus mendapatkan perlindungan yang sama dan tidak mendapatkan perlakuan yang lebih baik dari yang dari investor dalam negeri. Pencantuman klausul *national treatment* dalam IIA juga dapat membantu untuk terjadinya penguatan perlindungan terhadap hak kekayaan intelektual, meskipun tidak secara mendetail atau khusus membicarakan tentang *national treatment* atas kekayaan intelektual. Hal ini juga mempunyai definisi yang sama pada *Article 3 (1) TRIPS Agreement* yang dimana para negara anggota dari TRIPS tidak boleh menerima perlakuan yang kurang dari seharusnya yang berkaitan dengan hak kekayaan intelektual.³³

Pada IIA di negara Amerika Serikat, Kanada, dan Jepang pada dasarnya memerlukan *national treatment* pada tahap sebelum penanaman modal asing dan setelah terjadinya penanaman modal asing. Menurut Lahra Liberti, hal ini dapat

²⁹ Lahra Liberti, “Intellectual Property Rights in International Investment Agreements: An Overview”, *OECD Working Papers on International Investment*, (2010), hlm.8.

³⁰ M. Sornarajah, *The International Law on Foreign Investment*, (Cambridge : Cambridge University Press, 2010), hlm.204.

³¹ *Article 4 TRIPS Agreement*.

³² Mas Rahmah, *Hukum Penanaman modal asing*, (Jakarta : Kencana, 2020), hlm.50 yang mengutip dari OECD, *Declaration on International Investment and Multinational Enterprises*, (2000).

³³ *Article 4 TRIPS Agreement*.

ditafsirkan bahwa *national treatment* dalam IIA dimungkinkan untuk hubungannya dengan hak kekayaan intelektual sebagai modal PMA.³⁴ Dengan kata lain, penerapan prinsip *most favoured nation* dan *national treatment* yang ada di dalam IIA, secara tersirat memberikan perlindungan hak kekayaan intelektual sebagai modal PMA bagi investor.

3.2. Proses Pengaturan Hak Kekayaan Intelektual dapat Diakui sebagai Objek Penanaman Modal Asing Ditinjau Dari Hukum Nasional

Seperti yang telah dibahas dalam subab sebelumnya, perlindungan atas hak kekayaan intelektual pada dasarnya menganut konsep prinsip teritorial. Negara menyesuaikan peraturan mengenai hak kekayaan intelektual sesuai dengan kebutuhan teknologi dan perkembangan dari ekonomi mereka. Indonesia sebagai negara yang menganut prinsip teritorial memulai perlindungan atas hak kekayaan intelektual pertama kali diatur di dalam undang-undang *Octrooi Wet No. 136 Staatsblad 1911 No. 313, Industrial Eigendom Kolonien 1912, dan Auteswet Staatsblad 1912 No. 600.*³⁵ Indonesia yang telah merdeka di tahun 1945, mulai pertama kali meratifikasi Konvensi Paris pada tahun 1979 yang tercantum ke dalam Keputusan Presiden Nomor 24 Tahun 1979 yang dimana terdapat pengecualian beberapa pasal di dalam Konvensi Paris.³⁶ Pada tahun 1994, Indonesia menjadi anggota WTO dan menandatangani *TRIPS Agreement*, yang diratifikasi melalui Undang-Undang nomor 7 Tahun 1997 Tentang Pengesahan *Agreement Establishing the World Trade Organization*, yang dimana sekaligus sebagai bentuk untuk menerapkan *TRIPS Agreement* ke dalam peraturan nasional Indonesia.³⁷

Indonesia juga meratifikasi konvensi internasional lainnya seperti Bern Convention for the Protection of Literary and Artistic Work dengan Keppres No. 18 Tahun 1997, dan WIPO Copyrights Treaty dengan Keppres No. 19 Tahun 1997. Namun, secara konkrit Indonesia telah membuat enam undang-undang yang memiliki keterkaitan dengan hak kekayaan intelektual, sebagai bentuk kebijakan yang dimilikinya untuk melindungi hak kekayaan intelektual berdasarkan prinsip teritorial, yang dimana beberapa telah mengalami perubahan dengan PERPU Nomor 2 Tahun 2022 tentang Cipta Kerja, yaitu pada bidang paten; merek dan indikasi geografis; hak cipta; desain industri; rahasia dagang; dan desain tata letak sirkuit terpadu.

Perlindungan hukum dalam bentuk undang-undang atas hak kekayaan intelektual di Indonesia menjadi fondasi untuk perlindungan aset hak kekayaan intelektual sebagai penanaman modal asing di Indonesia. Hal ini dikarenakan, seperti yang telah dibahas sebelumnya, definisi yang terdapat dalam BIT antara negara Indonesia dan negara lainnya tidak secara spesifik menjelaskan mengenai perlindungan atas hak kekayaan intelektual dalam penanaman modal asing. Pengaturan secara nasional atas hak kekayaan intelektual sebagai aset PMA juga tercantum secara tersirat di dalam Pasal 1 angka 7 Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (UU Penanaman Modal), yang dimana menyebutkan "Modal adalah aset dalam bentuk uang atau bentuk lain yang bukan uang yang dimiliki oleh penanam modal yang

³⁴ Lahra Liberti, "Intellectual Property Rights....", hlm.8.

³⁵ Hery Firmansyah, *Perlindungan Hukum Terhadap Merek*, (Yogyakarta: Medpress Digital, 2013), hlm.6

³⁶ Yoyo Arifardhani, *Hukum Hak Atas....*, hlm.6.

³⁷ Erika Vivin Setyoningsih, "Impelementasi Ratifikasi Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Right (Trips Agreemeent) terhadap Politik Hukum di Indonesia", *Jurnal Penegakan Hukum dan Keadilan*, Vol.2, No.2 (2021), hlm.124.

mempunyai nilai ekonomis.”³⁸ Secara tersirat disini, dikarenakan hak kekayaan intelektual sebagai aset yang tak berwujud, meskipun tidak berbentuk uang, tetapi memiliki nilai ekonomis di dalamnya.³⁹ Pada UU Penanaman Modal di Indonesia, pada dasarnya telah diterapkan beberapa prinsip, yaitu keterbukaan, kepastian hukum dan perlakuan yang setara, yang dimana merupakan bagian dari perlindungan hukum terhadap investor dan prinsip *fair and equitable*.⁴⁰

UU Penanaman modal juga menerapkan prinsip *national treatment* dan prinsip *most favoured nation* yang tercantum di dalam Pasal 4 ayat (2) UU Penanaman modal, yang pada intinya pemerintah Indonesia harus memberikan perlakuan yang sama bagi penanam modal dalam negeri dan penanam modal asing dengan memperhatikan kepentingan nasional.⁴¹ Namun, pada dasarnya tujuan *national treatment* antara UU Penanaman Modal dan hukum penanaman modal asing internasional adalah berbeda. Tujuan penanaman modal asing berdasarkan kebijakan penanaman modal di Indonesia merupakan memberikan pelayanan yang sama antara investor lokal dengan investor asing terkait perizinan, berbeda dengan hukum penanaman modal asing internasional yang bertujuan memberikan persaingan usaha yang sehat.⁴²

Pada *Article 1 (e)* BIT Indonesia-Singapore, modal PMA juga memuat mengenai hak kekayaan intelektual dapat dilihat sebagai berikut “*(e) intellectual property rights which are conferred pursuant to the laws and regulations of a party where the investment is located and good will;*”⁴³ Penjelasan atas maksud dari pasal tersebut adalah hak kekayaan intelektual dapat menjadi salah satu modal dari PMA yang diberikan sesuai dengan peraturan perundang-undangan dimana investor menanamkan modal tersebut. Hal ini juga dapat dilihat dari *Article 1 (d)* BIT Indonesia-Thailand Version 2002 yang menyatakan bahwa hak kekayaan intelektual juga menjadi bagian dari aset PMA.

Penjelasan dari pasal diatas juga mengalami kesamaan dengan BIT Indonesia-Singapore yang dimana hak kekayaan intelektual dan hak kekayaan industri dapat menjadi aset PMA yang dimana pengaturannya berdasarkan dari *host state* dari penanaman modal asing tersebut ditanamkan. BIT yang menerapkan prinsip teritorial dengan membicarakan bahwa pengaturannya berdasarkan dari *host state* untuk hak kekayaan intelektual pada dasarnya untuk saat ini dapat dikatakan cukup berhasil untuk bertahan, namun beberapa ahli tetap merasa bahwa penggabungan hak kekayaan intelektual dengan penanaman modal asing dapat menjadi ancaman terhadap prinsip teritorial itu sendiri.⁴⁴

Ancaman terhadap prinsip teritorial yang mungkin dihadapi terjadi dalam dua hal. **Pertama**, para pihak dalam BIT (yang dimana dimungkinkan terdapat negara maju dan negara berkembang sebagai para pihak) biasanya akan mencakup ketentuan yang

³⁸ Pasal 1 ayat 7, Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal.

³⁹ Maria Alfons, “Implementasi Hak Kekayaan Intelektual Dalam Perspektif Negara Hukum”, *Jurnal Legislasi Indonesia*, Vol.14, No.3 (2017), hlm. 306.

⁴⁰ Jessica Leonard, Prita Amalia, dan An An Chandrawulan, “Indonesian Perspective On The Investor State Dispute Settlement Mechanism For Foreign Investment Dispute Settlement In The Field Of Intellectual Property Rights”, *Indonesia Law Review*, Vol. 10, No.1 (2020), hlm. 25.

⁴¹ Pasal 4 ayat 2, Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal.

⁴² Desky Setiawan, “ Transplantasi Hukum Prinsip National Treatment Dalam UU Penanaman Modal Indonesia”, *Dharmasiswa*, Vol. 1, No.3 (2021), hlm. 1211.

⁴³ *Article 1 (e)* Indonesia-Singapore Bilateral Investment Agreement.

⁴⁴ Peter Yu, “The Investment-Related Aspects of Intellectual Property Rights”, *American University Law Review*, Vol.66, No.3 (2017), hlm. 837. (829-910)

dapat menerapkan standar yang melebihi dan di luar standar minimum dari TRIPS *Agreement* atau dapat menghilangkan fleksibilitas anggota dibawah WTO⁴⁵. Namun, hal ini dapat menjadi kelebihan bagi negara dalam melindungi hak kekayaan intelektual dengan syarat memang untuk mencapai tujuan dari masyarakat dalam negara tersebut. **Kedua**, BIT dapat menjadi sebuah perjanjian yang dapat memberikan investor untuk dapat menggugat kebijakan yang dibuat oleh suatu negara di hadapan tribunal arbitrase melalui sistem *Investor- State Dispute Settlement (ISDS)*.⁴⁶ Negara menjadi berpikir untuk menegakkan peraturannya dengan menimbang mengenai biaya dan proses yang cukup lama untuk penyelesaian didepan tribunal arbitrase.

Indonesia pada dasarnya sudah mengantisipasi ancaman yang kedua, yaitu dengan membuat Keputusan Presiden (Keppres) Nomor 31 Tahun 2012 tentang Perselisihan Yang Tidak Diserahkan Penyelesaiannya pada Yurisdiksi *International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID)*. Isi dari Keppres tersebut pada intinya mengecualikan sengketa yang timbul dari putusan tata usaha negara yang dibuat oleh pemerintah kabupaten di Indonesia sebagai perselisihan yang tidak dapat diserahkan yurisdiksinya di ICSID.⁴⁷ Hal ini untuk mencegah terjadinya kembali kasus tata usaha negara yang sama seperti pada kasus *Churchill Mining Plc v. Indonesia*.⁴⁸

3.3. Mekanisme Penyelesaian Sengketa Penanaman Modal Asing dengan menggunakan ISDS dengan Objek Hak Kekayaan Intelektual Ditinjau Dari Hukum Internasional dan Hukum Nasional

Penyelesaian sengketa dari objek hak kekayaan intelektual atas aset penanaman modal asing pada dasarnya di dasari dari Investor State Dispute Settlement (ISDS). ISDS pada dasarnya merupakan sebuah klausul yang ada di dalam IIA yang memperbolehkan investor asing untuk menuntut suatu *host state* dan pemerintahan dari *host state* tersebut di depan pengadilan arbitrase internasional.⁴⁹ Gugatan yang dilayangkan biasanya berhubungan dengan *host state* melanggar IIA atau *host state* telah membuat kebijakan yang mempersulit jalannya penanaman modal asing. Bentuk penyelesaian sengketa dengan ISDS adalah sebagai bagian dari *fair and equitable treatment* untuk mendapatkan proses peradilan dengan sistem yang efektif, jujur, dan efisien.⁵⁰ Konsekuensi dari ISDS pada dasarnya adalah terdapat keterlibatan isu publik terhadap sengketa penanaman modal asing disini karena melibatkan sebuah negara.

Lembaga yang sering digunakan dalam ISDS disini adalah dengan menggunakan arbitrase internasional, yaitu salah satunya adalah *International Centre for Settlement of Investment Dispute (ICSID)*. ICSID merupakan lembaga arbitrase internasional yang menyelesaikan sengketa internasional untuk menyelesaikan sengketa penanam modal

⁴⁵ Chester Brown dan Kate Miles, *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*, (Cambridge : Cambrige University Press, 2011), hlm.490.

⁴⁶ Cynthia Ho, "A Collision Course between TRIPS Flexibilities and Investor- State Proceedings", *UC Irvine Law Review*, Vol. 6, No.3 (2016), hlm. 127-128.

⁴⁷ Pasal 1, Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 31 Tahun 2012 tentang Perselisihan Yang Tidak Diserahkan Penyelesaiannya pada Yurisdiksi *International Centre for Settlement of Investment Disputes*.

⁴⁸ Prita Amalia dan Garry Gumelar P, "Indonesia dan ICSID: Pengecualian Yurisdiksi ICSID Oleh Keputusan Presiden", *Majalah Hukum Nasional*, Vol.48, No.1 (2018), hlm.9. (1-21).

⁴⁹ Vera Weghman dan David Hall, "The Unsustainable Political Economy Of Investor-State Dispute Settlement Mechanisms", *International Review of Administrative Science*, Vol. 87, No.37 (2021), hlm. 481.

⁵⁰ Mas Rahmah, *Hukum Penanaman modal....*, hlm. 58.

antara *host state* dengan investor asing.⁵¹ Pengaturan atas ICSID pada dasarnya diatur didalam *Washington Convention on the Settlement of Investment Disputes Between States and Nationals of Other State* 1996 (Konvensi Washington 1996). ICSID pada dasarnya menganut prinsip *delocalized system of dispute settlement*, yaitu apabila suatu negara sudah tunduk dengan meratifikasi Konvensi Washington 1996, bahwa negara tersebut ketika mengontrol sengketa penanaman modal asing tunduk kepada ketentuan Konvensi Washington 1996 dan fungsi lembaga peradilan setempat menjadi terbatas karena menundukkan diri pada penyelesaian di ICSID termasuk juga pada putusannya.⁵² Indonesia sebagai salah satu negara yang meratifikasi Konvensi Washington dengan mengeluarkan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1968, sehingga membuat Indonesia juga dapat dikatakan tunduk kepada mekanisme ICSID.

Mekanisme atas penyelesaian sengketa dengan menggunakan ICSID terdiri dari empat bagian, yaitu:⁵³

1. Permintaan untuk mengajukan penyelesaian sengketa oleh investor atau *host state* kepada Sekretaris Jenderal yang dimana diatur dalam *Article 36* Konvensi Washington 1996;
2. Pembentukan tribunal arbitrase yang terdiri dari arbitrator tunggal atau panel arbitrator yang berjumlah ganjil, dengan syarat para pihak sepakat atau apabila tidak sepakat dapat menunjuk tiga orang arbiter dan menunjuk ketua arbiter tersebut berdasarkan *Article 37(2)* Konvensi Washington 1996;
3. Fungsi dan kekuatan tribunal yang dimana di sini memuat mengenai ajudikasi dari tribunal itu sendiri berdasarkan *Article 41* Konvensi Washington 1996 dan tribunal juga harus memutus sengketa berdasarkan dari hukum yang telah ditentukan dari para pihak di dalam perjanjian berdasarkan *Article 42* Konvensi Washington 1996;
4. Prosedur pengumpulan bukti-bukti juga menjadi yang penting dalam mekanisme penyelesaian sengketa melalui ICSID yang biasa akan dipanggil para pihak untuk memberikan bukti-bukti yang relevansi dan melakukan pemeriksaan setempat atas tempat yang memiliki hubungan dengan penanaman modal asing yang dimana diatur dalam *Article 43(1)(2)* Konvensi Washington 1996; dan
5. Putusan arbitrase dikeluarkan berdasarkan dari hasil pemungutan suara terbanyak dari para arbitrator, yang dibuat secara tertulis dan ditandatangani oleh arbitrator, putusan juga harus berisikan mengenai permasalahan dan alasan-alasan atas hal tersebut, melampirkan pertimbangan para arbitrator, dan dipublikasi putusan tersebut atas persetujuan para pihak berdasarkan *Article 48(1)(2)(3)(4)* dan (5) Konvensi Washington 1996.

Sengketa penanaman modal asing atas aset hak kekayaan intelektual di Indonesia pada dasarnya belum terjadi. Namun, beberapa kasus pada dasarnya telah muncul secara praktik yang dimana investor sebagai pemegang hak kekayaan intelektual bergantung kepada perlindungan penanaman modal asing untuk menggugat *host state* yang melanggar hak kekayaan intelektual dari investor asing tersebut karena telah

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid*, hlm. 171.

⁵³ Nicolette Butler dan Surya Subedi, "The Future of International Investment Regulation: Towards a World Investment Organisation?", *Neth Int Law Review*, Vol. 64, No.43 (2017), hlm. 58-61.

mengakibatkan penurunan keuntungan bagi investor dalam melaksanakan kegiatan penanaman modal asing.⁵⁴ Contoh dari kasus-kasus sengketa penanaman modal asing yang fokus terhadap aset hak kekayaan intelektual, yaitu:

1. Phillips Moris International (PMI) v. Uruguay

Sengketa ini terjadi pada tahun 2010, yang latar belakang permasalahan yang terjadi karena Uruguay dianggap telah melanggar BIT Uruguay-Switzerland. Pelanggaran yang dilakukan karena Uruguay telah membuat kebijakan yang dimana termuat dalam Ketetapan Presiden Nomor 287/009 yang membuat PMI diwajibkan untuk membuat *graphic warnings* atas bagian depan bungkus rokok yang semula hanya 50% menjadi 80% dari seluruh bungkus rokok di bagian depan.⁵⁵ Hal ini tentu akan membuat bungkus rokok untuk merek, logo dan informasi hanya tersisa sejumlah 20%. Kebijakan ini membuat dampak kepada enam merek rokok milik PMI, yaitu dua merek diantaranya menjadi dihentikan dan terdapat pengisian hak merek dan kekuatan harga.⁵⁶ Sehingga, menurut PMI di sini terdapat tindakan *expropriation* atau pengambilalihan dari Uruguay karena adanya penghentian atau adanya gangguan terhadap varian merek yang menyebabkan tidak adanya pembayaran harga tinggi dari konsumen. Putusan akhir dari arbitrase adalah *expropriation* pada dasarnya ditolak oleh tribunal karena harus dinilai berdasarkan bisnis PMI di Uruguay secara keseluruhan, karena aset berupa merek pada dasarnya merupakan aset bisnis yang terpisah. Tribunal juga memberikan pendapat bahwa tidak adanya pelanggaran atas BIT yang dilakukan oleh Uruguay, tidak adanya ke sewenang-wenangan, dan merek juga bukan sebagai sebuah janji yang harus ditepati oleh *host state*.⁵⁷ Dengan kata lain, tribunal memenangkan Uruguay sebagai tergugat dan kebijakan yang dibuat dianggap sah.

2. Eli Lilly v. Canada

Sengketa ini terjadi pada tahun 2012 yang berkaitan dengan sengketa penanaman modal asing atas paten. Kasus bermula ketika Kanada membatalkan paten terhadap produk milik Eli Lilly yang dipasarkan. Alasan atas hal tersebut adalah karena obat-obatan tersebut sudah tidak sesuai dengan undang-undang paten yang dimiliki oleh Kanada dan tidak memenuhi standar paten.⁵⁸ Eli Lilly sebagai investor menganggap bahwa Kanada telah melanggar North American Free Trade Agreement (NAFTA), TRIPS, dan PCT karena tidak konsisten dengan perlindungan paten yang terdapat di Bab 17 NAFTA.⁵⁹ Hal ini dianggap telah terjadinya pengambilalihan secara tidak sah oleh penanaman modal asing Eli Lilly yang dilakukan oleh Kanada. Eli Lilly mengajukan sengketa ini melalui UNCITRAL dengan menggunakan klausul ISDS. Tribunal pada dasarnya menolak gugatan penggugat dengan pendapat bahwa Eli Lilly gagal untuk

⁵⁴ Jessica Leonard, Prita Amalia, dan An An Chandrawulan, "Indonesian Perspective On.....", hlm.22.

⁵⁵ ICSID, "ICSID Case No. ARB/10/7: Award", par.11.

⁵⁶ *Ibid.*

⁵⁷ Alejandro A. Escobar, "Introductory Note To Philip Morris V. Uruguay (ICSID)", *International Legal Materials*, Vo. 56, (2017), hlm. 2.

⁵⁸ ICSID, Case No. UNCT/14/2, 2017, Par.5.

⁵⁹ *Ibid.*, Par.95(i).

menetapkan premis faktual dari klaimnya.⁶⁰ Dengan kata lain, tribunal juga memenangkan Kanada dalam hal ini.

Kasus-kasus di atas menunjukkan bahwa kekayaan intelektual pada dasarnya bergantung terhadap pengaturan dari negara tersebut, yang disini terlihat adanya prinsip teritorial. Seperti kasus *Eli Lilly v. Canada* yang dimana terlihat bahwa suatu negara dengan mudahnya dapat melakukan modifikasi terhadap hukum hak kekayaan intelektual nasionalnya.⁶¹ Namun, pada dasarnya tribunal atas kasus *Eli Lilly v. Canada* tidak memutuskan atas tindakan *expropriation* dan *fair and equitable treatment*, yang dimana memungkinkan membuat terjadinya terbuka di kasus yang mungkin terjadi kembali bahwa adanya putusan yang mungkin membatasi fleksibilitas negara dalam melaksanakan IIA.⁶²

Pada kasus dari sengketa hak kekayaan intelektual dalam penanaman modal asing ini juga menunjukkan bahwa investor sebagai penggugat juga harus menunjukkan sebuah fakta atau bukti yang memang *host state* memang membuat komitmen kepada investor.⁶³ Komitmen disini yang dimaksud adalah sebuah stabilitas kepada investor bahwa memang akan ada stabilitas atas kepemilikan hak kekayaan intelektual dari *host state* kepada investor untuk tidak mengubah kebijakan atas kepemilikan hak kekayaan intelektual dari investor. Namun, tentu hal ini sulit dilakukan mengingat TRIPS sebagai pengaturan internasional atas hak kekayaan intelektual menganut prinsip teritorial yang dimana bergantung kembali dengan kemampuan suatu negara atas teknologi dan ekonomi untuk diterapkan dalam undang-undang kekayaan intelektual dari negara.

Pada tahun 2005, pada *European Communities – Protection Of Trademarks And Geographical Indications for Agricultural Products and Foodstuffs*, laporan panel WTO melihat, bahwa pada dasarnya memang hak kekayaan intelektual pada dasarnya bersifat hak negatif yang dimana membuat pihak lain selain pemilik hak tidak dapat melakukan suatu tindakan tertentu.⁶⁴ Namun, pada dasarnya negara disini adalah pengecualian terhadap hak negatif tersebut yang berkaitan dengan produksi, penjualan, atau penggunaan produk paten yang dilakukan. Dengan kata lain, hak kekayaan intelektual seperti paten, sulit untuk adanya komitmen khusus dari *host state* karena terjadi kemungkinan dimana produk yang diberikan paten dikembangkan tidak sesuai lagi dengan perkembangan teknologi yang membuat ketidakabsahan dari paten tersebut.⁶⁵

Kewajiban *host state* yang tidak sesuai dengan IIA sebagai sebuah pelanggaran atas standar *fair and equitable*, terjadi dengan klaim dari PMI terhadap kasusnya yaitu *“legitimate expectation that Canada [would] compl[y] with its international trade treaty*

⁶⁰ Lisa Diependaele, *et.al.*, “Eli Lilly v Canada: The Uncomfortable Liaison Between Intellectual Property And International Investment Law”, *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, Vol.7, (2017), hlm. 285-286.

⁶¹ Kathleen Liddell dan Michael Waibel, “Fair and Equitable Treatment and Judicial Patent Decisions”, *Journal of International Economic Law*, Vol.19, No.1 (2016), hlm.156.

⁶² *Ibid.*

⁶³ Mary Zhao, “Investor-State Dispute Settlement Reform: Reconsidering the Multilateral Investment Court in the Context of Disputes Involving Intellectual Property Law”, *Columbia Journal of Law & The Arts*, Vol. 44, No.4 (2021), hlm.565.

⁶⁴ Henning Grosse Ruse-Khan, “Challenging Compliance With International Intellectual Property Norms in Investor-State Dispute Settlement”, Vol.1, No.1 (2016), hlm.25.

⁶⁵ Kathleen Liddell dan Michael Waibel, “Fair and Equitable Treatment....”, hlm. 160-161.

obligations."⁶⁶ Pada faktanya, *host state* disini bukan berarti berhutang kewajiban terhadap investor asing dalam IIA, namun berhutang kewajiban kepada negara lainnya yang menandatangani perjanjian tersebut. Sehingga, BIT di sini bukan berarti memberikan *legal expectation* kepada investor dalam hal *host state* mengenai haknya yang tidak diatur secara khusus dalam hukum nasional *host state*. Maka, di sini juga melihat bahwa peran prinsip teritorial membuat terjadinya pengaruh terhadap penyelesaian sengketa itu sendiri.

Mekanisme dengan ISDS pada dasarnya bukan berarti sebagai sebuah penyelesaian sengketa penanaman modal asing yang sempurna. Bahkan Indonesia, disarankan untuk keluar dari Konvensi Washington 1996 oleh Prof. Hikmahanto Juwana, karena biaya yang dikeluarkan cukup tinggi apabila berperkara di ICSID dan keanggotaan dari ICSID pada dasarnya tidak berhubungan dengan ekonomi negara peserta.⁶⁷ Selain itu, dengan ISDS sengketa penanaman modal asing dalam hak kekayaan intelektual menyebabkan terjadinya sistem multilateral karena meningkatnya penggunaan hukum penanaman modal asing yang mengatur mengenai ketentuan kekayaan intelektual. Hal yang dimaksud dalam hal ini adalah banyak sekali pengaturan atas kekayaan intelektual yang merubah atas penanaman modal asing dan pengaturan atas penanaman modal asing juga seperti merubah esensi dari hak kekayaan intelektual itu sendiri.⁶⁸

Kelemahan lainnya dari ISDS adalah pada arbitrator yang sangat dimungkinkan tidak handal dalam menangani penanaman modal asing dan hak kekayaan intelektual secara sekaligus.⁶⁹ Alasan atas hal tersebut dimungkinkan bahwa para pihak disini dapat memilih arbitrator yang sesuai dengan pilihan dari para pihak masing-masing demi untuk menekan standar dari perlindungan hak kekayaan intelektual sebagai kepentingan mereka. Sehingga, dalam putusan arbitrase memungkinkan bahwa terjadinya disrupsi terhadap TRIPS *Agreement*.

4. KESIMPULAN

Penanaman modal asing atas aset yang dijadikan investasi tidak hanya berupa benda berwujud, tetapi juga benda tidak berwujud yang dapat berupa hak kekayaan intelektual. Pengaturan atas hak kekayaan intelektual sebagai aset penanaman modal asing tercantum dalam IIA antar negara yang salah satunya tercantum dalam BIT Indonesia-Thailand. Perwujudan hak kekayaan intelektual sebagai aset juga memerlukan perlindungan lainnya melalui perjanjian internasional dan hukum nasional yang mencakup prinsip teritorial, yang dikarenakan IIA tidak mengatur secara spesifik atas perlindungan hak kekayaan intelektual. Prinsip teritorial ini membuat negara leluasa untuk membuat kebijakan hak kekayaan intelektual yang sesuai dengan teknologi dan ekonomi yang dimilikinya, namun seringkali membuat terjadinya sengketa penanaman modal asing. Sengketa ini terjadi antara investor asing dengan *host state* atas kebijakan yang dibuat negara dan diselesaikan berdasarkan ISDS. ISDS adalah satu-satunya cara untuk menyelesaikan sengketa penanaman modal

⁶⁶ Henning Grosse Ruse-Khan, "Challenging Compliance With...", hlm.26.

⁶⁷ HRS, "Guru Besar Hukum Minta Indonesia Keluar dari ICSID", *Hukum Online*, 17 Maret 2023, tersedia pada <https://www.hukumonline.com/berita/a/guru-besar-hukum-minta-indonesia-keluar-dari-icsid-lt5145a99083b4d/>, diakses pada 14 April 2023.

⁶⁸ Jessica Leonard, Prita Amalia, dan An An Chandrawulan, "Indonesian Perspective On The.....", hlm.25.

⁶⁹ *Ibid*, hlm.26.

asing yang berhubungan dengan hak kekayaan intelektual yang berdasarkan dari ketentuan Konvensi Washington 1996. Kelemahan dari ISDS terjadi pada lembaga arbitrase internasional salah satunya ICSID, yang dimana dapat membuat negara mengeluarkan biaya yang besar, membuat sistem multilateral atas penanaman modal asing hak kekayaan intelektual, arbitrator yang tidak handal dalam menangani penanaman modal asing dan hak kekayaan intelektual sekaligus, dan mungkin terjadinya disrupsi TRIPS Agreement.

Daftar Pustaka

Buku

- Arifardhani, Yoyo. *Hukum Hak Atas Kekayaan Intelektual : Suatu Pengantar*. Jakarta:Kencana, 2020.
- Brown, Chester dan Kate Miles. *Evolution in Investment Treaty Law and Arbitration*. Cambridge : Cambridge University Press, 2011.
- Correa, Carlos M. *Intellectual Property Rights, the WTO, and Developing Countries : The TRIPS Agreement and Policy Options*. Penang : Zed Books, 2000.
- Firmansyah, Hery. *Perlindungan Hukum Terhadap Merek*. Yogyakarta: Medpress Digital, 2013.
- Ilmar, Aminuddin. *Hukum Penanaman Modal di Indonesia*. Jakarta: Kencana, 2017.
- Mayana, Ranti Fauza. *Perlindungan Desain Industri di Indonesia : Dalam Era Perdagangan Bebas*. Jakarta : Grasindo, 2004.
- Soekanto ,Soejono dan Sri Mamudji. *Penelitian Hukum Normatif*. Jakarta : Raja Grafindo Persada, 2006.
- Sornarajah, M. *The International Law on Foreign Investment*. Cambridge : Cambridge University Press, 2010.
- Rahmah, Mas. *Hukum Penanaman Modal Asing*. Jakarta : Kencana, 2020.
- Ruse-Khan, Henning Grosse. *Litigating Intellectual Property Rights in Investor-State Arbitration: From Plain Packaging to Patent Revocation*. Oxford : St. Peter's College, 2016.

Jurnal

- Alfons, Maria. "Implementasi hak kekayaan intelektual dalam perspektif negara hukum." *Jurnal Legislasi Indonesia* 14, no. 3 (2017): 301-311.
- Amalia, Prita, and Garry Gumelar Pratama. "Indonesia dan ICSID: Pengecualian Yurisdiksi ICSID oleh Keputusan Presiden." *Majalah Hukum Nasional* 48, no. 1 (2018): 1-21.
- Butler, Nicolette, and Surya Subedi. "The future of international investment regulation: towards a world investment organisation?." *Netherlands International Law Review* 64 (2017): 43-72.
- Diependaele, Lisa, Julian Cockbain, and Sigrid Sterckx. "Eli Lilly v Canada: the uncomfortable liaison between intellectual property and international investment law." *Queen Mary Journal of Intellectual Property* 7, no. 3 (2017): 283-305.
- Dreyfuss, Rochelle, and Susy Frankel. "From incentive to commodity to asset: how international law is reconceptualizing intellectual property." *Mich. J. Int'l L.* 36 (2014): 557.
- Escobar, Alejandro A. "INTRODUCTORY NOTE TO PHILIP MORRIS V. URUGUAY (ICSID)." *International Legal Materials* 56, no. 1 (2017): 1-146.

- Ghosh, Sucharita, and Steven Yamarik. "Do the intellectual property rights of regional trading arrangements impact foreign direct investment? An empirical examination." *International Review of Economics & Finance* 62 (2019): 180-195.
- Grosse Ruse-Khan, Henning. "Challenging Compliance with International Intellectual Property Norms in Investor-state Dispute Settlement." *Journal of International Economic Law* 19, no. 1 (2016): 241-277.
- Ho, Cynthia M. "A collision course between TRIPS flexibilities and investor-state proceedings." *UC Irvine L. Rev.* 6 (2016): 395.
- Ilić, Nikola. "Intellectual property rights as foreign direct investments: Current state of affairs in Serbia." *Анали Правног факултета у Београду* 65, no. 4 (2017): 153-169.
- Kamiike, Atsuko. "The TRIPS agreement and the pharmaceutical industry in India." *Journal of Interdisciplinary Economics* 32, no. 1 (2020): 95-113.
- Kolawole Oke, Emmanuel. "Territoriality in Intellectual Property Law: Examining the tension between securing societal goals and treating intellectual property as an investment asset." *SCRIPTed* 15 (2018): 313.
- Leonard, Jessica, Prita Amalia, and An An Chandrawulan. "Indonesian Perspective on the Investor-State Dispute Settlement Mechanism for Foreign Investment Dispute Settlement in the Field of Intellectual Property Rights." *Indon. L. Rev.* 10 (2020): 17.
- Liberti, Lahra. "Intellectual Property Rights in International Investment Agreements: An Overview". *OECD Working Papers on International Investment* (2010).
- Liddell, Kathleen, and Michael Waibel. "Fair and equitable treatment and judicial patent decisions." *Journal of International Economic Law* 19, no. 1 (2016): 145-174.
- Maskus, Keith E. "The role of intellectual property rights in encouraging foreign direct investment and technology transfer." *Duke J. Comp. & Int'l L.* 9 (1998): 109.
- Munawaroh, Siti. "Peranan Trips (Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights) terhadap Hak Atas Kekayaan Intelektual di Bidang Teknologi Informasi di Indonesia." *Dinamik* 11, no. 1 (2006).
- Nemlioglu, Ilayda. "A Comparative Analysis of Intellectual Property Rights: A case of Developed versus Developing Countries". *Procedia Computer Science Journal*. Vol.158 (2019). Hlm. 988-998.
- Olatunji, Olugbenga A. "Historical account of dwindling national flexibilities from the Paris Convention to post-TRIPS era: What implications for access-to-medicines in low-and-middle-income-countries?." *The Journal of World Intellectual Property* 25, no. 2 (2022): 391-411.
- Sasono, Dimas Abimanyu, and Imam Haryanto. "Perlindungan Hukum Terhadap Pendaftaran Merek International Dengan Hak Prioritas Di Indonesia." *JOURNAL TRANSFORMATION OF MANDALIKA (JTM) e-ISSN 2745-5882 p-ISSN 2962-2956* 2, no. 3 (2021): 209-217.
- Setiawan, Desky. "Transplantasi Hukum Prinsip National Treatment Dalam Uu Penanaman Modal Indonesia." " *Dharmasiswa" Jurnal Program Magister Hukum FHUI* 1, no. 3 (2021): 9.
- Setyoningsih, Erika Vivin. "Implementasi Ratifikasi Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Right (Trips Agreement) terhadap Politik Hukum di Indonesia." *Jurnal Penegakan Hukum Dan Keadilan* 2, no. 2 (2021): 117-129.
- Weghmann, Vera, and David Hall. "The unsustainable political economy of investor-state dispute settlement mechanisms1." *International Review of Administrative Sciences* 87, no. 3 (2021): 480-496.

Yu, Peter K. "The investment-related aspects of intellectual property rights." *Am. UL Rev.* 66 (2016): 829.

Zhao, Mary. "Investor-State Dispute Settlement Reform: Reconsidering the Multilateral Investment Court in the Context of Disputes Involving Intellectual Property Law." *Colum. JL & Arts* 44 (2020): 545.

Peraturan Perundang-Undangan

Undang-Undang Tentang Penanaman Modal, UU No. 25 Tahun 2007. LN Tahun 2007. No.67 TLN No.4724.

Keputusan Presiden Republik Indonesia Nomor 31 Tahun 2012 tentang Perselisihan Yang Tidak Diserahkan Penyelesaiannya pada Yurisdiksi *International Centre for Settlement of Investment Disputes*.

Dokumen Hukum

ASEAN Comprehensive Investment Agreement.

Berne Convention 1971.

Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS) Agreement.

Germany-Pakistan Bilateral Investment Agreement.

Indonesia-Finland Bilateral Investment Agreement.

Indonesia-Singapore Bilateral Investment Agreement.

Indonesia-Thailand Bilateral Investment Agreement

Japan-Korea Bilateral Investment Agreement.

ICSID. Philip Morris v Uruguay (ICSID Case No. ARB/10/7). (2010).

UNCTAD. Eli Lilly v. Canada (Case No. UNCT/14/2). (2011).

Website

HRS. "Guru Besar Hukum Minta Indonesia Keluar dari ICSID". *Hukum Online*. 17 Maret 2023. Tersedia pada <https://www.hukumonline.com/berita/a/guru-besar-hukum-minta-indonesia-keluar-dari-icsid-lt5145a99083b4d/>.