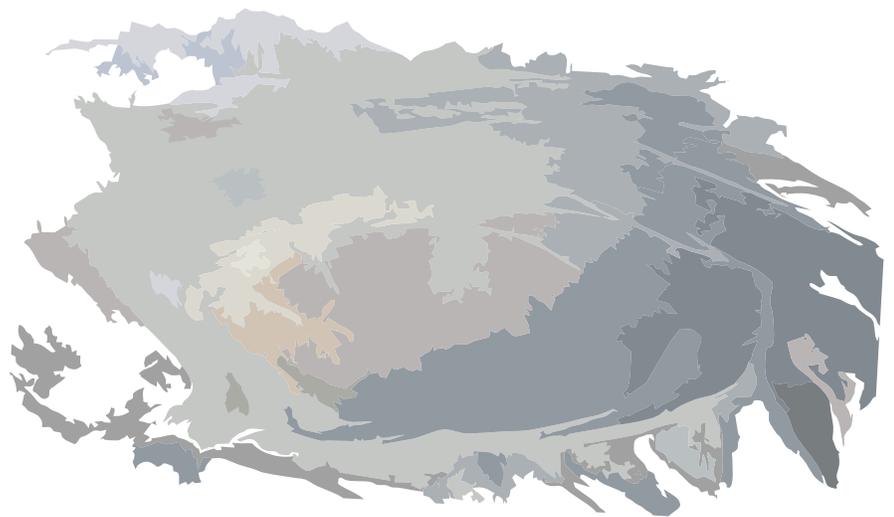


REPORT

MONITORING TERHADAP SENKETA PEMERINTAH INDONESIA DAN FREEPORT 2017



INDONESIA FOR GLOBAL JUSTICE



Disusun : Budi Afandi
Penyunting : Rachmi Hertanti
Diterbitkan : IGJ, 2017

Indonesia Vs Freeport : “Negosiasi Dalam Bayangan Pengadilan Arbitrase”

Mengapa IGJ Melakukan Monitoring?

Freeport McMoran Inc menegaskan penolakannya terhadap perubahan Kontrak Karya (KK) menjadi Izin Usaha Pertambangan Khusus (IUPK) Operasi Produksi yang ditawarkan Pemerintah Indonesia sejak 10 Februari 2017. Freeport menilai, perubahan tersebut bertentangan dengan kesepakatan yang tertuang dalam KK sehingga merupakan wanprestasi Pemerintah Indonesia terhadap KK. Karenanya Freeport “mengancam” akan membawa Pemerintah Indonesia ke Arbitrase Internasional jika tidak menyelesaikan persoalan tersebut. Melalui konpres pers yang dilaksanakan di Jakarta (20/2/2017) Freeport menegaskan penolakan tersebut dan memberikan waktu selama 120 hari sejak 18 Februari 2017 agar pemerintah mencari *win-win solution*.

KK antara Freeport dan Pemerintah Indonesia memang menyebutkan secara tegas mengenai mekanisme penyelesaian sengketa melalui arbitrase internasional (dalam hal ini adalah UNCITRAL).¹ Namun demikian, sudah menjadi diskursus menarik di tingkatan global bahwa mekanisme Investor-State Dispute Settlement (ISDS) dianggap terlalu berpihak kepada kepentingan investor (investasi) dan kerap menjadi kendala bagi Negara (state) dalam menegakkan kedaulatannya², khususnya negara berkembang.

Biasanya investor asing menggugat Negara dalam hal pembuatan atau penerapan regulasi tertentu yang dapat mengganggu bisnis mereka. Di Indonesia sendiri, sebanyak 70% dari gugatan ISDS terjadi di sektor tambang³ seperti yang dilakukan Churchill Mining, perusahaan tambang asal Inggris, yang menuntut Pemerintah Indonesia untuk membayarkan kerugian sebesar US\$1 Milyar akibat pencabutan izin wilayah tambang oleh Bupati Kutai Timur, pun demikian yang dilakukan Newmont di ICSID. Dampaknya jelas, ISDS menjadi mekanisme yang digunakan investor asing dalam menyandera, menekan (menghambat) kemampuan negara melaksanakan norma (hukum), bahkan hingga membuat negara harus mengeluarkan peraturan tertentu demi kepentingan investor.

Relasi ISDS dengan kuasa negara dan kedaulatan, perlu mendapat sorotan, terlebih di saat Indonesia sedang giat-giatnya mengundang investasi asing. Relasi itu memunculkan pertanyaan mengenai, bagaimana posisi upaya Pemerintah Indonesia menegakkan supremasi (kedaulatan) hukum dalam pusaran kepentingan “memanjakan/memudahkan” investasi dan ancaman gugatan arbitrase internasional?

Monitoring yang dilakukan Indonesia for Global Justice (IGJ) adalah satu dari beberapa aktivitas yang dilakukan IGJ dalam kerangka advokasi dan monitoring sengketa antara Pemerintah Indonesia dan PT Freeport Indonesia (Freeport McMoran Inc). Monitoring berbasis pada media report yang dapat diakses oleh publik dan dilakukan dalam periode 120 hari (mengikuti ketentuan yang disampaikan Freeport). Materi yang dianggap relevan dengan sengketa kedua pihak dipublikasi dalam kanal tersendiri dengan nama “**FOKUS FREEPORT**”. Publikasi dilakukan secara periode dalam (kisaran) waktu per dua pekan. Materi dipublikasi tanpa disertai analisis dan hanya berupa deskripsi peristiwa yang terjadi dalam periode monitoring yang ditetapkan (120 hari). Hasil yang diharapkan dari proses ini adalah, publik dapat memetakan peristiwa-peristiwa penting selama proses negosiasi berlangsung, serta adanya dokumen analisis mengenai peristiwa dalam masa sengketa tersebut.

Dari hasil monitoring, IGJ menyimpulkan bahwa mekanisma ISDS secara langsung berdampak pada kemampuan negara dalam menegakkan norma (hukum) dan mereduksi peran negara sebagai institusi publik menjadi institusi privat. Di sisi lain, ISDS secara tidak langsung telah membuka ruang terjadinya negosiasi atas substansi peraturan perundang-undangan di Indonesia, yang mana seharusnya hal itu menjadi otoritas negara.

Sengketa Dalam Ringkasan

Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara (UU Minerba) memandatkan dilakukannya peralihan rezim pengelolaan minerba dari rezim kontrak ke rezim perizinan. Selain itu UU Minerba memandatkan dilakukannya pemurnian dan pengolahan hasil tambang sebelum penjualan ke luar negeri (ekspor). Hingga kini kedua mandat tersebut belum

dapat dilaksanakan secara maksimal.

Pada 12 Januari 2017, Pemerintah Indonesia memberlakukan larangan ekspor konsentrat setelah sehari sebelumnya menerbitkan tiga peraturan sekaligus terkait aktivitas pertambangan minerba.⁴ Dalam peraturan yang baru tersebut, Pemerintah mengharuskan perusahaan pertambangan untuk mengubah status kontrak menjadi izin agar mereka dapat melakukan ekspor.

Kemudian pada 10 Februari Pemerintah menerbitkan Izin Usaha Pertambangan Khusus (IUPK) untuk Freeport dan AMMAN yang sekaligus mengubah Kontrak Karya (KK) kedua perusahaan menjadi IUPK.⁵ AMMAN disebut-sebut menerima tindakan pemerintah tersebut, namun tidak demikian dengan PTFI yang langsung bereaksi dan menyebut Pemerintah Indonesia telah melanggar kesepakatan dalam KK. Tersebab itu, pada 17 Februari, Freeport mengirimkan surat pemberitahuan tertulis (notifikasi) kepada Menteri ESDM mengenai tindakan wanprestasi dan pelanggaran KK oleh Pemerintah Indonesia. Tindakan yang diikuti dengan *Press Conference* (20 Februari) untuk menegaskan penolakannya terhadap perubahan KK menjadi IUPK dan memberi waktu 120 hari kepada Pemerintah RI untuk mencari *win-win solutions* (terhitung sejak pemerintah menerima surat tertulis Freeport). Jika tidak berhasil didapatkan kesepakatan, maka PTFI akan menggugat Pemerintah Indonesia ke Arbitrase Internasional.

Paska “ancaman” ke arbitrase internasional, kedua belah pihak (Pemerintah Indonesia dan Freeport) menyepakati proses negosiasi hingga Oktober 2017. Belakangan, tepatnya pada April, dikabarkan bahwa Freeport telah menyetujui perubahan status KK menjadi IUPK. Sehingga negosiasi tahap selanjutnya akan fokus kepada persoalan divestasi saham, smelter dan soal jaminan kepastian investasi. Namun, sebelum itu, pemerintah terlebih dahulu telah mengubah peraturan teknis yang dijadikan dasar dilakukan perubahan KK menjadi IUPK, yakni PermenESDM Nomor 5/2017 dengan PermenESDM Nomor 28/2017. Pemerintah Indonesia mengklaim, sudah tidak ada lagi peluang ke arbitrase internasional karena Freeport sudah menyetujui perubahan menjadi IUPK. Pada fase akhir (dalam periode 120 hari), Freeport dikabarkan telah bersepakat membangun smelter dan meminta diterbitkannya Peraturan Pemerintah (PP) untuk memberi jaminan investasi (khususnya terkait perubahan KK menjadi IUPK).

Ancaman ISDS: *Barrier Pelaksanaan Kehendak UU*

UU Minerba sudah dengan sangat jelas memandatkan upaya peningkatan nilai tambah hasil pertambangan mineral dan batubara dengan “pemurnian dan pengolahan” di dalam negeri sebelum dilakukan penjualan ke luar negeri.⁶ Selain itu, UU Minerba dengan jelas pula memandatkan dilakukannya pengakhiran rezim pengelolaan minerba berbasis kontrak kepada rezim perizinan.⁷ Sayangnya kedua hal ini masih sangat sulit dilaksanakan, terutama dalam kaitannya dengan perusahaan pertambangan asing di Indonesia. Salah satu kendala pelaksanaan kehendak UU Minerba adalah adanya peluang investor menggugat negara yang dikenal dengan Investor-State Dispute Settlement (ISDS). Di level Internasional, ISDS menuai kontroversi karena dinilai lebih berpihak kepada investor dan telah mereduksi kedaulatan negara.⁸ Tersebab itu, terdapat negara-negara yang berusaha untuk mengeluarkan pengaturan mengenai ISDS dalam perjanjian yang mereka miliki.⁹

Sebelum sengketa dengan Freeport, Indonesia pernah digugat Newmont Nusa Tenggara (NNT) lantaran akan menerapkan larangan ekspor bahan mentah tambang (*raw materials*). Gugatan tersebut kemudian dicabut dan kedua pihak menyepakati sejumlah hal melalui Memorandum of Understanding (MoU) yang memberikan NNT pengecualian terkait larangan ekspor *raw materials*.¹⁰

Berbeda dengan NNT yang sempat mendaftarkan gugatannya ke pengadilan arbitrase internasional. Freeport belumlah mendaftarkan gugatannya, namun terlebih dahulu mengirimkan notifikasi keberatan kepada Pemerintah Indonesia sebagaimana diatur dalam KK. Freeport juga sudah terang benderang menyampaikan keinginannya membawa permasalahan tersebut ke Arbitrase Internasional jika Pemerintah Indonesia tidak menemukan *win win solutions*. Belum terjadinya proses formal ISDS bukan berarti mekanisme itu belum berdampak pada Pemerintah Indonesia. Dalam bentuk ancaman saja, mekanisme ini sudah mampu menekan kuasa pemerintah dalam menjalankan otoritasnya.

Sebuah ulasan investigasi berjudul “The Billion Dollar Ultimatum”¹¹ juga menunjukkan bagaimana ISDS dijadikan “senjata” oleh investor untuk menekan negara (khususnya Indonesia) yang salah satu penyebabnya karena tidak adanya transparansi dalam proses tersebut. Itulah yang kiranya terlihat dalam perjalanan negosiasi antara Pemerintah Indonesia dan PTFI dalam periode

menuju 120 hari.

IGJ mencatat, dampak langsung dari kemampuan investor menggugat negara adalah hilangnya kemampuan negara menegakkan peraturan perundang-undangan, dalam konteks ini adalah UU Minerba, setidaknya mengenai dua hal utama yakni penyesuaian KK menjadi IUPK dan pembangunan fasilitas pengolahan dan pemurnian (smelter). Penyesuaian KK menjadi IUPK harusnya dilakukan paling telat satu tahun semenjak UU Minerba diundangkan pada 2009 (pada 2010).¹² Sedangkan pembangunan fasilitas pemurnian dan pengolahan seyogyanya harus dilakukan paling telat 5 tahun sejak UU Minerba diundangkan (pada 2014).¹³

Diterbitkan dua peraturan sekaligus pada awal 2017¹⁴ adalah upaya negara menegakkan kehendak UU Minerba, yang sayangnya dilakukan dengan cara yang melanggar dan melemahkan UU Minerba. Keharusan menyesuaikan KK menjadi IUPK serta pembangunan smelter sudah seharusnya memasuki fase penegakan hukum, mengingat terlampauinya batas waktu yang diberikan UU. Dalam konteks penyesuaian KK (renegosiasi), kedua belah pihak telah melakukan serangkaian pertemuan sejak 2012 yang, melahirkan Memorandum of Understanding (MoU),¹⁵ merujuk kepada Pasal 169 (b) dan Penjelasan Pasal 169 (b) UU Minerba. Kesepakatan dalam MoU itu di antaranya tentang kelanjutan operasi pertambangan dalam bentuk Izin Usaha Pertambangan Khusus (IUPK), pengolahan dan pemurnian akan dilaksanakan di dalam negeri dengan mewujudkan suatu fasilitas pemurnian tembaga tambahan di Indonesia dengan mengutamakan penggunaan tenaga kerja, barang, dan jasa dalam negeri.

Dengan demikian, perubahan KK menjadi IUPK maupun pembangunan smelter sudah tidak hanya menjadi kehendak UU Minerba melainkan kesepakatan kedua belah pihak. Karenanya agak “ganjil” ketika Freeport tiba-tiba menolak perubahan bentuk KK ke IUPK yang dikabarkan telah disepakati melalui MoU. Dan lebih ganjil lagi, ketika hal itu dijadikan alasan untuk menganggap Pemerintah Indonesia telah wanprestasi sehingga layak dibawa ke arbitrase internasional. Terlepas dari keganjilan-keganjilan itu, kondisi ini menunjukkan bagaimana investor mampu mengintersep kemampuan negara (Indonesia) yang sejatinya sudah berpihak pada semangat untuk memudahkan investasi. Dampak dari intersep itu terlihat nyata dari perubahan yang dilakukan pemerintah pada Permen ESDM Nomor 5 Tahun 2017 (PermenESDM5/2017) tentang Peningkatan Nilai Tambah Melalui Kegiatan Pengolahan dan Pemurnian Mineral di Dalam Negeri.

Dari perspektif pemerintah, aturan ini adalah peraturan teknis yang umumnya lahir karena mandate UU, untuk melaksanakan mandate UU. Melalui Permen ESDM Nomor 5 Tahun 2017 ini, Pemerintah berkehendak mengakhiri bentuk KK dengan tetap menekan investor untuk memenuhi kewajiban membangun smelter. Pasal 19 PermenESDM5/2017 menyebutkan:

“Perubahan bentuk perusahaan pertambangan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 17 angka 2 dilakukan dengan mengajukan permohonan perubahan bentuk perusahaan pertambangannya menjadi IUPK Operasi Produksi sekaligus pengakhiran kontrak karya kepada Menteri sebelum jangka waktu berakhir”

Namun, hanya dalam satu sekitar 40 hari setelah Freeport mengeluarkan ancaman akan ke arbitrase internasional, Pemerintah dengan segera mengubah ketentuan tersebut menjadi:

“Perubahan bentuk perusahaan pertambangan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 17 angka 2 dilakukan dengan mengajukan permohonan perubahan bentuk perusahaan pertambangannya menjadi IUPK Operasi Produksi kepada Menteri.”

Tidak ada lagi pengaturan mengenai “pengakhiran KK” yang justru menjadi inti dari semangat memperbaiki pengelolaan minerba. Malahan muncul klausul baru yang mengakui keberadaan KK¹⁶ dan membuka peluang pengelolaan tetap berbentuk KK jika tidak ada penyelesaian dalam penyesuaian pelaksanaan IUPK Operasi Produksi.¹⁷ Dalam konteks sengketa Pemerintah Indonesia dengan Freeport, frase “penyesuaian pelaksanaan IUPK Operasi Produksi” bisa jadi merujuk pada proses negosiasi yang akan berlangsung hingga Oktober mendatang. Perubahan klausul PermenESDM5/2017 ini jelas bentuk kekalahan kuasa pemerintah dalam menegakkan mandate UU di hadapan investor. Karena pada dasarnya model pengaturan yang baru sama sekali tidak berpihak kepada kepentingan Indonesia. Jika negosiasi batal dan pengelolaan kembali menggunakan model KK, maka Freeport sudah mendapatkan keuntungan dengan mendapat izin ekspor sampai Oktober 2017.¹⁸ Dan pertarungan selanjutnya tinggal mengenai perpanjangan KK (yang dapat diartikan juga sebagai persoalan mengenai jaminan kepastian investasi).

Dan pada fase akhir-akhir masa waktu 120 hari yang menjadi periode monitoring IGJ, Freeport meminta Pemerintah Indonesia

menerbitkan PP yang berkaitan dengan jaminan kepastian investasi. Permintaan ini tentu saja sangat konyol, terlebih jika nantinya PP akan diberlakukan kepada semua investasi di sektor pertambangan mineral. Peraturan Pemerintah (PP) menurut UU Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan adalah “Peraturan Pemerintah adalah Peraturan Perundang-undangan yang ditetapkan oleh Presiden untuk menjalankan Undang-Undang sebagaimana mestinya”¹⁹ Walaupun ada peluang membuat PP untuk kebutuhan tertentu di luar perencanaan yang dilakukan pemerintah selama setahun, maka harus melibatkan putusan Mahkamah Agung. Karenanya, jika Pemerintah memenuhi permintaan itu sama saja dengan menunjukkan tidak ada artinya usaha pemerintah, yang padahal sudah sangat berpihak kepada investasi. Dan di lain sisi, hal itu juga menunjukkan ISDS telah mereduksi secara nyata kuasa negara atas dirinya.

Rekomendasi

Dibawanya Pemerintah Indonesia ke Arbitrase Internasional bukanlah perkara baru, dan tidak melulu Pemerintah Indonesia mengalami kekalahan dalam proses tersebut. Namun terlepas dari itu, membiarkan investor menggugat negara adalah tindakan membenturkan kepentingan publik dan perdata pada satu lintasan, yang mana dalam konteks itu kepentingan publik acapkali dikalahkan.

Karenanya, mengingat hal itu, IGJ merekomendasikan kepada Pemerintah Indonesia untuk:

- 1) harus konsisten dalam melaksanakan mandat UU Minerba, khususnya terkait dengan penyesuaian KK;**
- 2) menolak perjanjian jaminan stabilitas investasi karena bertentangan dengan undang-undang, apalagi di dalamnya akan memuat kembali mekanisme sengketa ke arbitrase internasional, mekanisme yang harusnya menggunakan PTUN di bawah rezim IUPK**
- 3) membuka proses negosiasi kepada publik, terlebih khusus masyarakat Papua**

Jakarta Selatan, 25 Juni 2017

Catatan Kaki

1. Pasal 21 KK
2. <https://corporateeurope.org/international-trade/2014/04/still-not-loving-isds-10-reasons-oppose-investors-super-rights-eu-trade>
3. Lembar Fakta Ancaman Perjanjian TPP, Indonesia for Global Justice, 2013
4. Ketiga peraturan tersebut adalah PP1/2017, Peraturan Menteri ESDM No. 5 tahun 2017 dan No. 6 tahun 2017.
5. <https://igi.or.id/fokus-freeport/>
6. Lihat Pasal 170 UU Minerba
7. Lihat Pasal 35 UU Minerba yang menerangkan pengelolaan Minerba hanya dalam bentuk : IUP, IPR dan IUPK. Tidak ada lagi pengelolaan berbentuk kontrak, sehingga perpanjangan operasi Freeport dan pemegang KK lainnya harus dalam bentuk izin, meski demikian, UU Minerba masih mengakui keberadaan kontrak yang ada hingga masa berakhirnya kontrak
8. ISDS and Sovereignty, NZIER, September 2015
9. <https://lop.parl.ca/Content/LOP/ResearchPublications/2015-115-e.html?cat=economics>,
10. Hilde van der Pas & Riza Damanik, Netherlands – Indonesia Bilateral Investment Treaty rolls back implementation of new Indonesian mining law: The case of Newmont Mining vs Indonesia; IGJ, TNI, EU-ASEAN FTA Network, November 2014
11. https://www.buzzfeed.com/chrisshamby/the-billion-dollar-ultimatum?utm_term=.ss25A3l0Lp#.ug8yl651Qz,
12. Lihat Pasal 169 Ayat 2 UU Minerba
13. Lihat Pasal 170 UU Minerba
14. Koalisi Masyarakat Sipil menilai penerbitan kedua peraturan perundang-undangan ini dinilai bertentangan dengan UU Minerba, karenanya Koalisi Masyarakat Sipil Pengawal Konstitusi Sumber Daya Alam telah resmi mengajukan gugatan atas PP 1/2017 tentang Perubahan Keempat atas PP 23/2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral ke Mahkamah Agung pada Kamis (30/3).
15. <http://www.rappler.com/indonesia/109077-kronologi-negosiasi-perpanjangan-kontrak-freeport-indonesia>
16. Pasal 19 ayat 3
17. Pasal 19 ayat 7
18. IUPK Sementara PTFI berlaku sampai 10 Oktober 2017
19. Lihat Pasal 25 dan 28 UU Nomor 12 Tahun 2011