



GUGATAN ISDS: KETIKA KORPORASI MENGABAIKAN KEDAULATAN NEGARA

Kompilasi cerita kasus ISDS Di Indonesia



IGJ



INDONESIA FOR GLOBAL JUSTICE

Indonesia for Global Justice (IGJ), sebelumnya bernama Institute for Global Justice, terbentuk pada 7 Agustus 2001 yang fokus terhadap isu-isu liberalisasi perdagangan global. Visi IGJ adalah sistem ekonomi global yang adil melalui pemerintahan yang berdaulat dan demokratis untuk memastikan pemenuhan hak-hak ekonomi, politik, sosial dan budaya masyarakat. Misi IGJ adalah IGJ mengembangkan pengetahuan dan menghubungkan rakyat dan gerakan sosial untuk secara kolektif mengadvokasi keadilan ekonomi global dan nasional.

Design dan Layout
Muslim

Diterbitkan oleh:
Indonesia for Global Justice, 2019
Kolaborasi dengan Transnational Institute, BothEnds dan SOMO

Sekretariat:
Jl. Laboratorium No. 7, Komplek PLN Duren Tiga, Pancoran, Jakarta Selatan.

Website : www.igj.or.id

Email : igj@igj.or.id



GUGATAN ISDS:

KETIKA KORPORASI MENGABAIKAN KEDAULATAN NEGARA

Kompilasi cerita kasus ISDS Di Indonesia

Daftar isi	3
1. Prakata	4
2. Introduction: Gugatan Investor & Perampasan Hak rakyat <i>Rachmi Hertanti & Rahmat Maulana Sidik</i>	5
3. Kasus-kasus ISDS di Indonesia	
Kasus 1 Rafat Ali Rizvi <i>Ricky Pratomo</i>	17
Kasus 2 Churcill Mining-Planet Mining <i>Rika Febriani & Rachmi Hertanti</i>	25
Kasus 3 Newmont Nusa Tenggara <i>Hilde Van Der Pas, Riza Damanik</i>	29
Kasus 4 India Metal Ferro Alloys <i>Aryanto Nugroho</i>	35
4. Sengketa Investasi Bikin Negara Tekor <i>Rachmi Hertanti</i>	46

1 Pra Kata

Polemik mengenai sengketa investasi di lembaga arbitrase internasional masih menjadi perdebatan panas di level global. Tekanan kelompok masyarakat sipil terhadap negara untuk menghapuskan mekanisme Investor-State Dispute Settlement (ISDS) dalam berbagai perjanjian investasi dan perdagangan internasional terus meningkat. Bahkan, banyak negara yang semakin alergi terhadap mekanisme ISDS.

Dampak dari mekanisme ISDS memang tidak dirasakan secara langsung terhadap rakyat. Tetapi ketika kedaulatan negara disandera oleh kepentingan investor, maka saat itu juga dapat dipastikan bahwa perampasan hak rakyat akan semakin terlegitimasi. Efek "*regulatory chill*" dari mekanisme ISDS menjadi alat ampuh bagi investor asing untuk memaksa negara memfasilitasi kepentingannya.

Perjuangan kelompok masyarakat sipil dalam menghapuskan mekanisme ISDS dalam perjanjian perdagangan investasi dan perdagangan internasional kerap mengalami hambatan akibat tidak adanya keterlibatan publik dan transparansi teks perundingan. Tekanan harus terus diberikan kepada Pemerintah agar tidak membuat ketentuan mekanisme ISDS dalam perjanjian yang dirundingkannya. Termasuk memperluas pemahaman publik mengenai dampak buruk dari mekanisme ISDS harus dilakukan, sehingga tekanan dapat meluas.

Tulisan dalam buku ini bertujuan untuk memberikan pemahaman kepada publik mengenai mekanisme ISDS, dengan memberikan gambaran jelas mengenai dampak nyata yang ditimbulkan dari gugatan ISDS yang dihadapi oleh Pemerintah Indonesia. Isi dari buku ini sebenarnya adalah kumpulan artikel yang dituliskan oleh beberapa penulis, baik oleh peneliti IGJ maupun jaringan IGJ. Bahkan, ada beberapa diantaranya yang sudah pernah dipublikasikan, dan dalam buku ini dipublikasikan kembali dalam bentuk kodifikasi kasus-kasus ISDS Indonesia.

Harapan dari diterbitkannya buku ini adalah untuk mendorong adanya kritik yang lebih luas lagi terhadap mekanisme ISDS yang diatur dalam perjanjian perdagangan dan investasi internasional, baik yang sedang dirundingkan maupun akan diratifikasi oleh Indonesia. Pada akhirnya, Pemerintah Indonesia dapat secara konsisten dalam mengambil posisi menolak mekanisme ISDS.

September 2019

Rachmi Hertanti, SH., MH.
Direktur Eksekutif
Indonesia for Global Justice (IGJ)

2 Pengenalan GUGATAN INVESTOR & PERAMPASAN HAK RAKYAT

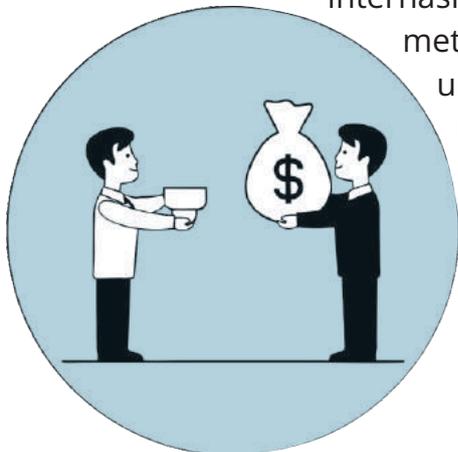
Oleh : Rachmi Hertanti & Rahmat Maulana Sidik

“KEBIJAKAN PRO-INVESTOR”

Demi memfasilitasi investasi asing, kebijakan pro-investor kerap diberlakukan oleh Pemerintah. Dari penerapan kebijakan upah murah, melegalkan perampasan lahan, eksploitasi sumber daya alam, hingga legalisasi izin investasi tanpa analisa dampak lingkungan. Segala infrastruktur sistem hukum tersedia untuk investor. Tapi tidak sebaliknya untuk rakyat. Tidak ada perlindungan hak rakyat atas pelanggaran hukum yang dilakukan investor. Termasuk hilangnya penegakan keadilan rakyat pada saat kebijakan negara merampas hak hidupnya.

Namun, ketika ada kebijakan yang dianggap menghambat investasi, investor secara mudah mempertahankan haknya yang dilanggar oleh pemerintah melalui sebuah mekanisme sengketa investasi antara investor dengan Negara. Dengan mengabaikan sistem hukum nasional yang berlaku, investor asing membawa langsung gugatannya ke lembaga penyelesaian sengketa pada level internasional. Menurut pendapat Peter Muchlinski¹ (1999) mekanisme penyelesaian sengketa

internasional dipilih sebagai metode yang paling efektif untuk melindungi kepentingan korporasi karena sistem hukum negara tuan rumah (host state) tidak akan melindungi kepentingannya.



SEBAGAI BUKTINYA, DATA UNCTAD MENYEBUTKAN DARI TOTAL PUTUSAN ICSID SEJAK 1987-2018, SEBANYAK 61% MENGABULKAN PERMOHONAN INVESTOR DAN 39% BERPIHAK PADA POSISI NEGARA².

Kekalahan yang diderita oleh Negara seringkali dikarenakan gagalnya pemerintah memberikan perlindungan yang adil dan wajar kepada investor, termasuk dalam hal menetapkan sebuah kebijakan yang dianggap menghambat kegiatan investasi.

Aturan perlindungan investasi semacam ini pada akhirnya menyerahkan kedaulatan negara ke tangan investor. Upaya perlindungan terhadap hak rakyat harus dikalahkan oleh putusan lembaga arbitrase internasional yang memenangkan investor. Dengan mekanisme gugatan ini hak investor diatas segalanya, termasuk hak asasi manusia.

Perjuangan dalam menghapuskan ketidakadilan masih berlangsung hingga saat ini, seperti perjuangan terhadap hak atas tanah yang dirampas, perjuangan buruh atas upah dan kondisi kerja yang layak, perjuangan terhadap hak atas lingkungan yang sehat dan berkelanjutan, serta hak atas kesehatan khususnya akses obat murah. Dengan adanya mekanisme gugatan investor terhadap Negara, perjuangan rakyat atas ketidakadilan yang muncul dari aktivitas bisnis korporasi multinasional harus mengalami kekalahan permanen.

¹ Peter Muchlinski, "Multinational Enterprises And The Law", 1999, Oxford & Cambridge University, pg. 537

² UNCTAD, "Review of ISDS Decisions in 2018", July, 2019. Link: https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/diaepcbinf2019d6_en.pdf

101 ISDS

INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT



“APA DAN BAGAIMANA ISDS?”

Mekanisme gugatan antara investor dan negara dikenal dengan istilah ISDS (Investor to State Dispute Settlement). Mekanisme ISDS hadir sebagai instrumen hukum dalam rangka menyelesaikan sengketa investasi internasional antara investor asing dan negara penerima investasi. Biasanya penyelesaian sengketa tersebut diselesaikan di lembaga arbitrase internasional. Lembaga arbitrase yang paling sering digunakan adalah ICSID (International Centre for Settlement of Investment Dispute) dan UNCITRAL (United Nation Commission International Trade Law).

Pada awalnya, mekanisme ISDS ini mulai diatur pasca perang dunia ke II ke dalam sebuah perjanjian investasi internasional atau dikenal dengan Bilateral Investment Treaty (BIT). Pertama kali yang memperkenalkan mekanisme ISDS di dalam BIT adalah BIT antara Jerman dan Pakistan pada tahun 1959.

Tujuan adanya perlindungan investasi dalam BIT adalah untuk memberikan jaminan perlindungan bagi keberadaan

investasi asing yang beroperasi di luar batas Negara asalnya. Ada 2 (dua) alasan yang mendasari kemunculan perjanjian investasi internasional pada saat itu, yaitu: *Pertama*, kemerdekaan Negara-negara terjajah dan; *Kedua*, tindakan pengambil-alihan aset atau nasionalisasi perusahaan asing masa kolonial, khususnya terkait penguasaan atas sumber-sumber daya alam yang selama periode kolonialisasi berada di bawah kekuasaannya³.

Lahirnya Konvensi ICSID pada tahun 1966 menjadiz instrumen yang semakin memperkuat mekanisme ISDS. Sebagai salah satu instrumen Bank Dunia, Lembaga ICSID sengaja dibuat untuk memberikan jaminan kepastian hukum kepada investor, khususnya investor yang bergabung di dalam International Finance Corporations (IFC) di bawah lembaga Bank Dunia. Dalam perkembangannya kemudian, mekanisme ISDS diterapkan di berbagai kontrak investasi antara investor dengan Negara tuan rumah (host country), seperti konsesi tambang dan migas. Selain itu, Energy Charter Treaty yang mulai berkembang di tahun 1994 juga

³ Rachmi Hertanti dan Rika Febriani, “Bilateral Investment Treaty: Investor VS Negara”, IGJ, 2014.

menerapkan mekanisme ISDS sebagai instrumen perlindungan investasi di sektor energi.

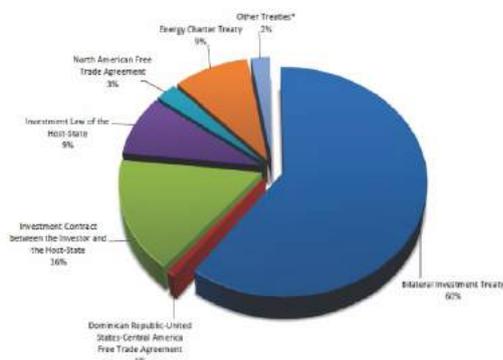
Seiring dengan perkembangan gerak modal yang terinfiltrasi dalam pasar bebas, BITs pun mengalami transformasi. Standar perlindungan BITs diadopsi oleh negara-negara di dunia ke dalam berbagai perjanjian perdagangan bebas (FTA/*free trade agreement*) seperti ASEAN Comprehensive Investment Agreement, Comprehensive Economic Partnership Agreement (CEPA), dan termasuk ke dalam regulasi nasional di negara tempat berinvestasi.

Zoe Phillips William⁴ (2016), dalam *Rethinking Bilateral Investment Treaties*, menjelaskan bahwa sengketa investor-negara yang berujung pada arbitrase dipicu oleh berbagai tindakan negara yang diambil oleh berbagai institusi domestik. Sebagian besar perselisihan berpusat pada masalah kebijakan domestik di Negara tuan rumah investasi. Tindakan legislatif adalah institusi tunggal yang paling sering terlibat dalam gugatan ISDS,

mayoritasnya adalah badan administratif atau birokrasi. Data UNCTAD 2014 yang dicuplik oleh Zoe Phillips memperlihatkan, 61% kasus dipicu terutama oleh langkah-langkah administrasi; 26% dipicu oleh langkah-langkah legislatif, dan 11% terkait dengan keputusan pengadilan. Sisanya berkaitan dengan kasus-kasus dimana negara gagal bertindak - misalnya, Negara mungkin gagal melindungi investasi dari bahaya fisik.

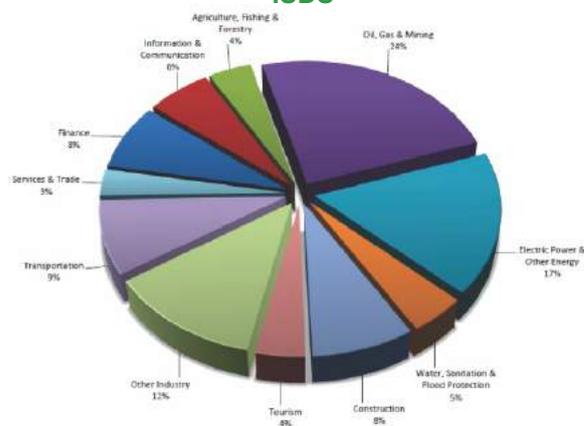
Biasanya jenis kebijakan negara yang sering digugat investor, seperti: perubahan skema insentif investasi, pembatalan atau dugaan pelanggaran kontrak oleh Negara, nasionalisasi atau pengambilalihan secara langsung, pencabutan izin, perubahan tarif, perubahan penetapan zonasi lahan, penetapan pajak, pembatalan paten, dan sebagainya. Lebih lanjut, laporan ICSID memperlihatkan bahwa gugatan ISDS sangat terkonsentrasi di industri pertambangan, minyak dan gas, serta ketenagalistrikan baik dalam proyek pembangkit maupun distribusi⁵ (*Lihat Gambar 2*).

Gambar 1 – Basis Perjanjian Dalam Gugatan ISDS di Bawah ICSID



* "Other Treaties" refers to the Canada-Colombia Free Trade Agreement (4), Central America-Panama Free Trade Agreement (2), U.S.-Panama Trade Promotion Agreement (2), Agreement on Transition, Protection and Guarantee of Investments among Member States of the Organisation of the States in America (1), Agreement on Transition and Reciprocal Protection of Investments in the Member States of the European Economic Community (1), ASEAN Agreement for the Promotion and Protection of Investments (1), Canada-Panama Free Trade Agreement (1), Chile-Colombia Free Trade Agreement (1), Colombia-Mexico Free Trade Agreement (1), Dominican Republic Free Trade Agreement (1), Treaty on the Russian Economic Union (1), U.S.-Colombia Trade Promotion Agreement (1), and U.S.-Morocco Free Trade Agreement (1).

Gambar 2 – Sektor Ekonomi Dalam Gugatan ISDS



* The sector classification is based on the World Bank's sector codes, available at <http://projects.worldbank.org/sector/>.

Source : ICSID Report

4 Zoe Phillips Wiliam, "What, When, Where, and Why?, Patterns in Investor-State Arbitration", dalam buku *Rethinking Bilateral Investment Treaties*, 2016, Pg.32-34.



perubahan penetapan zonasi lahan, penetapan pajak, pembatalan paten, dan sebagainya. Lebih lanjut, laporan ICSID memperlihatkan bahwa gugatan ISDS sangat terkonsentrasi di industri pertambangan, minyak dan gas, serta ketenagalistrikan baik dalam proyek pembangkit maupun distribusi⁵ (Lihat Gambar 2).

Akibat gugatan ISDS, negara tersandera dengan kepentingan investor. Hal ini mempersempit perjuangan rakyat terhadap dampak buruk yang ditimbulkan oleh aktivitas bisnis korporasi terhadap kehidupannya, baik terkait dengan isu pelanggaran HAM, kerugian ekonomi, maupun kerusakan lingkungan yang lebih luas. Beberapa fakta dapat dipelajari dari pengalaman kasus gugatan investor kepada negara di berbagai negara dunia (**Lihat Box 1**). Ini membuktikan bahwa sekali lagi hak rakyat yang dibungkam.

Kedaulatan Negara terancam dan tersandera oleh kepentingan investor. Diterapkannya mekanisme ISDS menunjukkan posisi investor lebih perkasa ketimbang negara, karena memberikan hak istimewa secara langsung terhadap investor untuk menggugat negara bila investasi dirugikan. Sebaliknya, negara tidak memiliki hak istimewa untuk menggugat investor apabila negara atau kepentingan rakyat dirugikan dari aktivitas bisnis investor. Hal ini diperkuat dengan Konvensi ICSID yang memang hanya menyebutkan bahwa sengketa investasi yang dapat dibawa hanyalah sengketa yang melibatkan antara individu atau perusahaan dengan negara, dan tidak sebaliknya.

⁵ ICSID Report 2019, Pg.12

BOX 1 DAMPAK GUGATAN ISDS TERHADAP KEHIDUPAN RAKYAT

AZURIX CORP (US) VS ARGENTINA: PRIVATISASIAIR

Kemenangan gugatan perusahaan air asal US, Azurix Corp (anak perusahaan Enron) terhadap Pemerintah Argentina, telah merugikan hak rakyat atas air bersih⁶. Bahkan, Pemerintah Argentina harus membayarkan kompensasi sebesar US\$ 165 Juta kepada Azurix Corp. Padahal kesalahan ada di pihak perusahaan yang mengakibatkan kontaminasi air oleh alga di waduknya sehingga air berbau busuk. Pemerintah Argentina telah meminta kepada masyarakat untuk melakukan aksi protes untuk tidak mengkonsumsi air termasuk tidak membayar tagihan air. Kasus ini terkait dengan kontrak privatisasi air sejak 1999 dengan konsesi selama 30 tahun di Buenos Aires.

ABENGOA (SPANYOL) VS MEKSIKO: MASYARAKAT ADAT & LINGKUNGAN

Kekalahan masyarakat adat di Meksiko dalam melawan kerusakan lingkungan sekali lagi menunjukkan kuasa investor terhadap Negara. Perusahaan teknologi asal Spanyol, Abengoa, memenangkan sengketa investasi di ICSID melawan Pemerintah Meksiko yang mencabut izin operasi fasilitas pengelolaan limbah. Pengadilan memerintahkan Meksiko untuk membayar Abengoa lebih dari \$40 juta, ditambah bunga, sebagai kompensasi atas keuntungan yang diharapkan di masa depan dari pengelolaan limbah tersebut. Padahal pencabutan izin operasi oleh Pemerintah Meksiko dilakukan dalam rangka melindungi kepentingan masyarakat adat dari kerusakan lingkungan yang akan ditimbulkan dari investasi Abengoa⁷.

Fasilitas pengelolaan limbah yang akan dibangun Abengoa ditentang oleh komunitas lokal Zimapan. Hal ini karena fasilitas itu akan dibangun di atas garis patahan geologi dan

cagar biosfer Sierra Gorda (situs Warisan Dunia UNESCO), dan rumah bagi masyarakat adat Nahu dan Otomi. Wilayah itu sudah terkontaminasi arsenik dari operasi penambangan sebelumnya. Masyarakat berpendapat bahwa membangun fasilitas limbah di jalur patahan, dengan membangun bendungan, di daerah yang terkontaminasi arsenik, dekat komunitas adat dan cagar lingkungan menimbulkan ancaman lingkungan yang signifikan.

NOVARTIS VS KOLOMBIA: AKSES OBAT KANKER MURAH

Novartis mengajukan pernyataan resmi mengenai sengketa di bawah BIT, setelah Kementerian Kesehatan Kolombia mendesak perusahaan Swiss untuk menyetujui potongan harga lebih dari 50% untuk obat kemoterapi kanker blockbuster, Imatinib. (Imatinib dipasarkan dengan merek Glivec di sebagian besar wilayah hukum, tetapi dengan merek Gleevec di AS).

Pernyataan Novartis mengenai sengketa datang hanya beberapa hari setelah menteri kesehatan Kolombia menulis surat kepada perusahaan pada bulan April 2016 dengan proposal harga baru, yang merujuk kepada prospek "lisensi wajib" obat secara langsung jika pengurangan harga yang terlalu tinggi tidak disetujui.

Obat yang menjadi pusat perselisihan antara Novartis dan Kolombia telah digunakan untuk mengobati sejumlah jenis kanker darah sejak diperkenalkan pada tahun 2001. (Pada 2015, penjualan obat secara global mencapai \$ 4,6 miliar, menjadikannya sebagai produk Novartis dengan penghasilan tertinggi.)

⁶ Public Citizen, "Case Studies: Investor-State Attacks on Public Interest Policies". Link: https://www.citizen.org/wp-content/uploads/egregious-investor-state-attacks-case-studies_4.pdf

⁷ Public Citizen, "Case Studies: Investor-State Attacks on Public Interest Policies". Link: https://www.citizen.org/wp-content/uploads/egregious-investor-state-attacks-case-studies_4.pdf

GUGATAN BERNILAI MILYARAN DOLLAR

Laporan Colombia Center on Sustainable Investment tahun 2018 yang berjudul *“Costs and Benefits on Investment Treaties”*, mengemukakan tentang potensi adanya biaya kerugian yang akan diderita jika perjanjian investasi dengan mekanisme ISDS diadopsi sebuah Negara. Setidaknya dari tujuh kerugian, ada empat kerugian yang paling penting. *Pertama*, biaya litigasi. *Kedua*, biaya pembayaran kompensasi. *Ketiga*, biaya politik akibat hilangnya ruang kebijakan Negara. *Keempat*, biaya reputasi⁸. Kerugian biaya litigasi dan pembayaran kompensasi inilah yang pada akhirnya menjadikan mekanisme ISDS sebagai isu kontroversial.

Untuk klaim kompensasi kerugian investor, nilainya bisa mencapai hingga milyaran dollar. Pada akhirnya negara dapat memaksa pembayaran kompensasi dengan uang publik. Dengan kata lain, Gugatan ISDS secara efektif memungkinkan investor asing untuk meneruskan risiko investasi mereka kepada warga negara dan anggaran publik di Negara tuan rumah⁹. Putusan sengketa investasi arbitrase internasional yang terburuk sepanjang sejarah di dunia adalah dalam kasus *Occidental v. Ecuador II* tahun 2012 di mana permohonan investor dikabulkan dengan nilai kompensasi sebesar US\$ 1,77 Miliar ditambah bunga ganda yakni sebelum dan sesudah putusan¹⁰.

Seperti yang dialami oleh Indonesia ketika berhadapan dengan Churchill Mining. Gugatan Churchill Mining (2012) terhadap Indonesia untuk meminta ganti rugi sebesar US\$ 1,2 Miliar atau setara dengan Rp.14,4

Triliyun. Nilai itu dalam APBN 2015 hampir setara dengan alokasi subsidi untuk pangan yakni senilai Rp 18,9 Triliyun dan lebih tinggi dari nilai subsidi benih untuk petani yang hanya sebesar Rp 0,9 Triliyun, subsidi bunga UMKM dan subsidi transportasi publik sebesar Rp 2,5 Triliyun dan Rp 8,7 Triliyun¹¹.

Karena tingginya biaya sengketa yang harus dibayarkan Negara, pilihan pragmatislah yang diambil. Pada akhirnya, negara menghentikan penerapan kebijakan yang digugat daripada harus berhadapan dengan investor di meja arbitrase dengan biaya yang amat mahal. Biasanya, efek ini dinamakan *“Regulatory Chill”*.

Penerapan mekanisme ISDS juga diikuti dengan itikad tidak baik dari korporasi multinasional yang secara sengaja mengajukan gugatan hanya untuk mendapatkan kompensasi. Terdapat indikasi meningkatnya gugatan yang sembrono (*frivolous litigation*) akibat menjamurnya penerapan mekanisme ISDS di dalam BIT. Lebih lanjut, Krzysztof J. Pelc, ahli perdagangan internasional, dalam tulisannya *“Does the International Investment Regime Induce Frivolous Litigation?”* (SSRN Journal, 2016), secara tegas menyatakan bahwa tuntutan hukum investor terhadap negara yang menggunakan perjanjian investasi lebih didorong oleh keinginan untuk mencari kompensasi moneter dari kebijakan hukum negara-negara yang memiliki sistem demokrasi yang stabil dan dengan peradilan independen.

Walaupun beberapa putusan pada akhirnya memenangkan Negara, tetapi Negara tetap

8 Rachmi Hertanti, *“Sengketa Investasi Bikin Negara Tekor”*, Opini, IGJ, 2019. <https://igj.or.id/sengketa-investasi-bikin-negara-tekor/>

9 Cecilia Olivet, Et.All, *“The Hidden Costs of RCEP And Corporate Trade Deals in Asia”*, Joint Publication of Friends of the Earth International, Transnational Institute, Indonesia for Global Justice, Focus on the Global South, and Paung Ku, December 2016.

10 Brook K. Baker & Katrina Geddes, *“ISDS, Intellectual Property rights, and Public Health”*, dalam buku *Rethinking Bilateral Investment Treaties*, 2016, Pg.191

11 Rachmi Hertanti dan Rika Febriani, *“Bilateral Investment Treaty: Investor VS Negara”*, IGJ, 2014. Pg.9

dirugikan dari penyelesaian sengketa semacam ini. Hal ini karena Negara harus tetap membayar biaya yang keluar dari proses penyelesaian sengketa di arbitrase internasional. Sengketa investasi di lembaga arbitrase memang sangat mahal. Baik negara dan investor harus membayar untuk administrasi suatu kasus. Mereka juga harus membayar arbiter, saksi dan ahli yang sering tersebar di seluruh dunia. Bahkan, membutuhkan layanan penerjemahan, perjalanan dan tunjangan hidup, serta harus membayar pengacara mereka. Menurut perkiraan Organisasi untuk Kerjasama Ekonomi dan Pembangunan (OECD), biaya untuk satu kasus ISDS dapat mencapai US\$ 8 juta hanya untuk membayar biaya pengacara dan arbitrase saja¹².

Bahkan, seiring dengan meningkatnya angka gugatan ISDS telah menjadikan sengketa investasi di arbitrase internasional sebagai mesin penghasil uang bagi para kantor hukum internasional. Pia Eberhardt & Cecilia Olivet (2012) berpendapat bahwa menjadikan arbitrase internasional menjadi bisnis yang menguntungkan telah memberikan insentif besar bagi pengacara yang cerdas untuk mempertahankan dan memperluas sistem ISDS untuk memaksimalkan keuntungan. Mereka juga mengestimasi bahwa 80% dari total biaya penanganan kasus masuk ke kantong pengacara, dengan perkiraan hitungan jasa US\$1000/jam.

“KRITIK TERHADAP ISDS: REFORMASI ISDS?”

Kritik terhadap mekanisme ISDS semakin menguat. Bahkan, kritik terhadap mekanisme tersebut juga datang dari negara utara. Hal ini tentu mendorong terjadinya berbagai

dinamika global terhadap perjanjian investasi internasional, dan secara khusus terhadap mekanisme sengketa investasi.

Sejumlah negara melakukan peninjauan terhadap BIT sejak awal tahun 2000-an yang berujung baik pada revisi aturan perjanjian maupun mengakhiri BIT yang dimiliki. Misalnya Amerika merevisi aturan BIT dan Perjanjian NAFTA, serta Kanada melakukan revisi BIT di tahun 2004 dan 2012. Australia menolak untuk memasukan mekanisme ISDS di dalam FTA dengan US yang berlaku pada 2005, walaupun kemudian pada 2014 kembali memasukan mekanisme ISDS dengan pendekatan *case by case*. Kritik terhadap mekanisme ISDS juga menjadi halangan bagi penyelesaian perundingan Trans-atlantic Trade and Investment Partnership (TTIP)¹³.

Di negara-negara selatan, revisi terhadap BIT juga massif dilakukan. Misalnya Bolivia menjadi negara pertama di Amerika Latin yang mengakhiri keanggotaannya di ICSID pada tahun 2007, dan kemudian diikuti oleh Ekuador dan Venezuela. Tindakan mereka diikuti dengan pengakhiran BIT yang dimiliki. Selain itu, Afrika Selatan juga melakukan penghentian BIT yang kemudian digantikan dengan kebijakan nasional baru yang bertujuan untuk melindungi hak-hak investor namun dengan aturan yang tetap menjaga ruang kebijakan domestiknya. Beberapa negara Asia juga memikirkan kembali manfaat BIT termasuk biaya yang hilang akibat mekanisme ISDS dengan mengambil berbagai langkah kebijakan untuk melindungi diri mereka sendiri dari arbitrase negara-investor yang mahal. India, Pakistan dan Indonesia melakukan peninjauan teks BIT Model lama dan mempersiapkan model aturan yang baru untuk perjanjian BIT di masa depan¹⁴.

¹² Pia Eberhardt & Cecilia Olivet, “Profiting from Injustice”, TNI, 2012.

¹³ Kavaljit Singh and Burghard Ilge, “Rethinking Bilateral Investment Treaties: Critical Issues and Policy Choices”, 2016, pg.4-5

¹⁴ Ibid.

Dalam merespon kritik terhadap mekanisme ISDS, Uni Eropa mencoba menghadirkan sebuah proposal baru untuk menggantikan mekanisme ISDS. Pada November 2015, Komisi Eropa mengajukan proposal bernama *Investment Court System* (ICS) yang akan ada dalam semua negosiasi investasi UE. Bagi Uni Eropa, tujuan besar dari ICS ini adalah untuk membentuk Pengadilan Investasi Internasional permanen. Namun, kehadiran ICS masih

dianggap bukan solusi yang tepat. Hal ini karena Proposal EU di dalam ICS hanya melakukan perubahan substansi dan tidak membahas kelemahan mendasar yang terkait dengan sistem penyelesaian sengketa ISDS. ICS masih membuka kemungkinan investor untuk menggugat negara secara sepihak¹⁵. (Lihat elemen ICS dalam Tabel 1)

Tabel 1 – Elemen dalam Investment Court System (ICS)¹³

Perubahan Prosedural	Perubahan Substansi
<ol style="list-style-type: none"> 1. Sistem lebih transparan dan memperlihatkan lebih banyak informasi mengenai kasus pertikaian. 2. Menyiapkan daftar arbitrator yang akan ditunjuk secara acak berdasarkan rotasi. 3. Membentuk mekanisme banding. 4. Sistem lebih akuntabel dan dapat diprediksi dibandingkan dengan praktik konflik kepentingan para arbiter saat ini. 5. Pengajuan bukti ahli dalam kasus-kasus investasi dan untuk intervensi pihak ketiga. 6. Memberikan batasan pada bagaimana dan kapan klaim dapat diajukan. Klaim paralel di pengadilan domestik dan ICS lainnya tidak diperbolehkan. 7. Mengenai kompensasi, proposal ICS mengatakan bahwa arbiter dapat memberikan ganti rugi moneter ditambah bunga, dan / atau pengembalian properti dengan jumlah yang tidak lebih besar dari kerugian yang diderita, dan ganti rugi tidak diperbolehkan. 	<ol style="list-style-type: none"> 1. Di dalam ICS, sebagaimana dalam ISDS, investor masih mempertahankan setiap kesempatan untuk menolak segala jenis tindakan pemerintah yang mempengaruhi laba mereka sebagai pengambil-alihan tidak langsung. 2. Model ICS sebagian besar membiarkan klausa FET tetap utuh. Klausa FET diperluas untuk memasukkan referensi 'harapan sah' investor mengenai investasi mereka. 3. Masih akan memungkinkan para investor asing untuk mengajukan klaim berdasarkan klausul perlindungan yang sama luas dan terbuka yang menyebabkan begitu banyak masalah dalam sistem ISDS yang ada. 4. Proposal ICS tidak menyebutkan tanggung jawab investor. 5. Hak Negara berdaulat untuk mengatur belum benar-benar dipertahankan.

Kritik meluas terhadap mekanisme ISDS terus mendorong terjadinya diskusi pada level global untuk melakukan pencarian solusi. Bahkan dorongan untuk memunculkan mekanisme alternatif dengan bentuk multilateral kerap terjadi. Misalnya saja Uni Eropa yang mengajukan proposal mengenai sebuah Multilateral Investment Court (MIC). Proposal EU ini telah dicoba untuk didiskusikan di WTO,

dan termasuk UNCITRAL. Tetapi belum direspon positif oleh negara-negara selatan. Namun, diskusi mengenai pentingnya sebuah solusi baru dari mekanisme ISDS telah dimulai di UNCITRAL mengenai Reformasi ISDS.

Pendiskusan reformasi ISDS di UNCITRAL dilakukan berdasarkan mandat yang dikeluarkan oleh Komisi UNCITRAL pada Juli

¹⁵ Roeline Knotnerrues, et.al, "The EU-Indonesia CEPA Negotiations - Responding the Calls For an Investment Policy Reset: Are The EU and Indonesia in the Same Page?", Joint publication by SOMO, TNI, and IGJ, 2018, Pg.16-19

2017 yang menugaskan *Working Group III UNCITRAL* untuk membahas hal tersebut dalam tiga fase. Tiga fase yang diberikan kepada WG III, yaitu: **pertama**, melakukan identifikasi persoalan terkait ISDS; **kedua**, mendiskusikan apakah Reformasi ISDS memang diinginkan; dan **ketiga**, jika reformasi ISDS diinginkan, maka diperlukan adanya solusi yang akan direkomendasikan kepada komisi UNCITRAL¹⁷.

Awalnya, terdapat perdebatan mengenai mandat UNCITRAL dalam mendiskusikan reformasi ISDS hanya merespon persoalan prosedural saja. Tetapi desakan membahas persoalan substansi juga kerap disampaikan oleh negara-negara anggota UNCITRAL. Hal ini karena tidak dapat dipisahkan antara isu substansi dan prosedural. Banyak negara beranggapan bahwa reformasi ISDS tidak mungkin tercapai jika isu substansi dan prosedural dipisahkan dalam pembahasan. Salah satunya adalah Indonesia yang menyampaikan bahwa akan sangat sulit mencapai perubahan yang mendasar jika

memisahkan antara substansi dan prosedural. Hal ini karena isi aturan dalam perjanjian investasi internasional tidak memisahkan antara prosedural dan substansi¹⁸.

Hingga April 2019, pembahasan di UNCITRAL telah sampai pada fase ketiga, yaitu mendiskusikan mengenai reformasi seperti apa yang diinginkan termasuk membuat solusi yang dibutuhkan untuk menjawab persoalan terkait ISDS. Diskusi terkait hal ini diarahkan pada 3 isu utama ISDS yang telah diidentifikasi di dalam Kertas Kerja WG III UNCITRAL¹⁹ (**Lihat Box 2**). Diskusi di UNCITRAL masih berjalan, dan keberhasilannya tentu akan sangat terkait dengan ide-ide atau proposal yang muncul di forum UNCITRAL itu sendiri. Namun, karena minimnya proposal sistem baru, diskusi UNCITRAL membuka peluang bagi pembahasan proposal Uni Eropa mengenai *Multilateral Investment Court* (MIC). Tentu proposal MIC ini harus disikapi secara hati-hati khususnya oleh negara selatan, karena MIC tidak jauh berbeda dengan model ICS yang telah ditawarkan oleh Uni Eropa sebelumnya.

BOX 2 Kekhawatiran Utama dari Reformasi ISDS

1. "interpretasi tak konsisten yang tidak dapat dibenarkan atas ketentuan perjanjian investasi dan prinsip-prinsip lain yang relevan dari hukum internasional"
2. "kurangnya kerangka kerja untuk berbagai proses yang dibawa sesuai dengan perjanjian investasi, undang-undang, instrumen dan perjanjian yang memberikan akses ke mekanisme ISDS"
3. "fakta bahwa banyak perjanjian yang ada saat ini memiliki mekanisme terbatas atau bahkan tidak ada sama sekali yang dapat digunakan untuk mengatasi ketidakkonsistenan dan kesalahan keputusan"
4. "kurangnya atau tidak adanya kemandirian dan ketidakberpihakan para pembuat keputusan"
5. "kecukupan, efektivitas dan transparansi mekanisme pengungkapan dan tantangan yang ada di bawah banyak perjanjian dan aturan arbitrase yang ada"
6. "kurangnya keragaman yang tepat di antara para pengambil keputusan"
7. "mekanisme untuk membentuk pengadilan ISDS dalam perjanjian dan aturan arbitrase yang ada"
8. "biaya dan durasi tindakan ISDS"
9. "alokasi biaya oleh pengadilan arbitrase"
10. "keamanan untuk biaya"

16 Ibid.

17 UNCTAD Report, "Reforming Investment Dispute Settlement: A Stocktaking", March 2019.

18 Kinda Mohamadieh, "The Future of ISDS Deliberated at UNCITRAL: Unveiling a Dichotomy Between Reforming and Consolidating the Current Regime", South Centre, March 2019, Pg.5

19 <https://www.iisd.org/itn/2018/12/21/multilateral-isds-reform-is-desirable-what-happened-at-the-uncitral-meeting-in-vienna-and-how-to-prepare-for-april-2019-in-new-york-martin-dietrich-brauch/>

“GUGATAN INVESTOR TERHADAP INDONESIA”

Dalam 9 tahun terakhir sejak 2011, terjadi peningkatan sebanyak 6 kasus gugatan investor yang dihadapi Indonesia, sejak dua kasus sebelumnya di tahun 1983 dan 2004. Dari total 8 kasus yang dihadapi Indonesia, sebanyak 50% berada di sektor tambang, diantaranya gugatan yang dilayangkan oleh Churchill Mining, Planet Mining, Newmont Mining, dan India Metal Ferro Alloys (IMFA). Dua kasus lainnya terkait dengan gugatan Rafat Ali Rizfi dan Hesham Al-waraq di sektor keuangan dan Oleovest Ltd di sektor pengolahan sawit.

Gugatan korporasi tambang asing terhadap Indonesia bertujuan untuk menentang upayanya dalam mengembalikan kontrol rakyat atas sumber daya alam, serta meningkatkan tata kelola pertambangan di Indonesia. Beberapa dasar gugatan empat korporasi tambang asing ini bermuara pada penerapan Undang-undang No.4 tahun 2009 tentang Minerba dan kebijakan penataan terhadap izin usaha pertambangan melalui PP No.23 Tahun 2010.

Misalnya, gugatan Churchill Mining, Planet Mining, dan IMFA dikarenakan aksi pencabutan izin tambang yang tumpang tindih oleh Pemerintah Daerah karena dianggap berstatus *non clear and clean*. Newmont Mining menggugat Indonesia karena kebijakan pemerintah yang melarang ekspor konsentrat sebagai amanat dari UU Minerba No.4 tahun 2009. Bahkan di tahun 2017, Freeport McMoran, perusahaan tambang asing asal Amerika Serikat, pernah mengancam akan menggugat Pemerintah Indonesia jika proses re-negosiasi kontrak tambang tidak mengakomodir kepentingan Freeport. Perlindungan investasi melalui mekanisme

gugatan investor terhadap negara tentu akan semakin melegalisasi pelanggaran hak asasi manusia oleh Investor. Hingga saat ini, pertumbuhan ekonomi Indonesia sangat bergantung pada sumber daya alamnya, khususnya di sektor tambang. Namun, dampak ekonomi yang diciptakan oleh investasi di sektor pertambangan tidak menghasilkan efek positif terhadap kesejahteraan rakyat, bahkan berdampak terhadap meningkatnya pelanggaran hak asasi manusia di sektor ini. Hal ini disebabkan oleh persoalan yang timbul dari aktivitas investasi di sektor ini, seperti kerusakan hutan, perampasan tanah masyarakat adat, konflik tanah, konflik sosial, termasuk korupsi, dan kejahatan pajak²⁰.

Kerugian yang ditimbulkan oleh penerapan mekanisme ISDS yang diatur di dalam BIT telah disadari oleh Pemerintah Indonesia. Pemerintah Indonesia percaya bahwa Perjanjian Investasi Bilateral (BIT) hanya akan memberikan sedikit keuntungan bagi Indonesia. Pada tahun 2013, kesadaran pemerintah Indonesia diikuti dengan melakukan tinjauan kritis tentang BIT sebagai dasar untuk penghentian seluruh BIT Indonesia dengan semua Negara. Dasar pemikiran untuk tinjauan yang dilakukan oleh Indonesia pada dasarnya mirip dengan alasan untuk tinjauan yang dilakukan oleh negara lain. **Pertama**, peninjauan telah dilakukan untuk mencapai keseimbangan antara perlindungan investor dan kedaulatan nasional; **Kedua**, sebagian besar ketentuan BIT memberikan perlindungan luas dan hak bagi investor asing, serta meninggalkan negara tuan rumah dengan sedikit atau tidak ada ruang kebijakan untuk mengimplementasikan tujuan pembangunannya sendiri. **Ketiga**, salah satu kekhawatiran terbesar Indonesia tentang BIT adalah penyediaan Penyelesaian Sengketa

²⁰ Paper of IGJ for The Human Rights Treaty on TNCS and Other Business, “The TNCS Crimes in Indonesia’s Mining Investment: The Needs of Binding Treaty”, IGJ, Jakarta, 2016.



Investor-Negara (ISDS), yang telah meningkatkan paparan Indonesia terhadap klaim investor dalam arbitrase internasional. **Keempat**, ketentuan dalam BIT berpotensi mengesampingkan legislasi nasional.²¹

Hingga saat ini, Pemerintah Indonesia belum mau mempublikasikan teks terbaru dari review BIT yang dilakukan. Namun, Indonesia telah kembali menyepakati Bilateral Investment Treaty (BIT) dengan Singapura. BIT tersebut ditandatangani oleh Indonesia dan Singapura pada tahun 2018. Tidak ada teks BIT Indonesia-Singapura yang dipublikasikan sejak penandatanganannya. Bahkan, info proses ratifikasi juga tidak pernah dibuka kepada publik. Padahal, sejak kelompok masyarakat sipil memenangkan gugatan di Mahkamah Konstitusi pada November 2018 atas perkara No.13/PUU-XVI/2018, sudah sepatutnya ratifikasi perjanjian Bilateral Investment Treaty (BIT) disampaikan kepada Parlemen untuk mendapatkan persetujuan. Hal ini karena, sebelum putusan MK, ratifikasi BIT Indonesia selalu dilakukan secara sepihak oleh Eksekutif dan tidak melibatkan Parlemen untuk mendapatkan persetujuan.

Posisi kritis Pemerintah Indonesia terhadap

Perjanjian Investasi Internasional dan mekanisme ISDS kerap ditunjukkan salah satunya dengan keaktifan Indonesia di dalam pembahasan reformasi ISDS di forum UNCITRAL. Walaupun di sisi yang lain, Pemerintah Indonesia belum pernah menyatakan secara tegas ingin sungguh-sungguh menghapuskan ISDS di dalam Perjanjian Investasi Internasional. Termasuk dalam berbagai perundingan perjanjian perdagangan bebas seperti: ASEAN RCEP, Indonesia-Australia CEPA, dan Indonesia-EU CEPA. Beberapa posisi kritis Pemerintah Indonesia terhadap mekanisme ISDS dan perjanjian investasi internasional dapat ditangkap dari kertas posisi Indonesia dalam Forum UNCITRAL terkait pendiskusian Reformasi ISDS (**Lihat Box 3**). Namun, posisi kritis Pemerintah Indonesia terhadap mekanisme ISDS harus terus dikawal oleh kelompok masyarakat sipil. Hal ini untuk memastikan agar tidak ada ketentuan ISDS yang kembali diatur dalam perjanjian perdagangan dan investasi internasional. Ketergantungan pembangunan Indonesia terhadap investasi asing tentu akan menjadi alasan bagi Pemerintah Indonesia untuk kembali membuka ruang bagi perlindungan maksimum terhadap investasi asing.

BOX 3 Proposal Indonesia Dalam Reformasi ISDS¹⁹

1. Memberikan perlindungan yang lebih, baik dalam substantif serta ketentuan ISDS sehingga hak dan kewajiban investor dapat diperlakukan secara adil. Elemen perlindungan seperti: *pembatasan definisi investasi berdasarkan definisi berbasis aset dengan pengecualian dan batasan tertentu; investasi tertutup; pasal mengenai hak untuk mengatur; langkah-langkah melawan korupsi; tanggung jawab sosial perusahaan (CSR); pengecualian klaim; pengecualian umum dan keamanan; neraca pembayaran (BoP); langkah-langkah kebijaksanaan dan hutang publik.*
2. Memperbolehkan investor untuk mengajukan klaim ke arbitrase internasional setelah kehabisan solusi lokal.
3. Memerlukan persetujuan tertulis terpisah sebagai persyaratan untuk investor dapat mengajukan klaim ISDS ke arbitrase internasional.
4. Mengkenalkan mediasi wajib sebagai alternatif penyelesaian sengketa sebelum ke ISDS.

²¹ Factsheet of Indonesia's BITs Review Experiences, IGJ, 2017 <http://igi.or.id/wp-content/uploads/2017/05/FACT-SHEET-Indonesia-BITS-Bahasa.pdf>
²² UNCITRAL Document <https://undocs.org/en/ACN.9/WG.III/WP.156> Submission from The Government of Indonesia, 37th Session 1-5 April 2019.

3 Kasus - kasus ISDS di Indonesia

FOREIGN INVESTOR LAWSUIT AGAINST INDONESIA



INDONESIA
FOR GLOBAL JUSTICE

CASES INVESTOR VS INDONESIA

INVESTMENT TREATY

DISPUTE MATTER

INVESTORS CLAIM FOR COMPESATION

Amco Asia (subsidiary of AMCO, USA)	Contract	License to Manage a Hotel	US\$ 2,69 Million
Cemex Asia (Singapore)	ASEAN Agreement	Shares and an option to purchase shares in a SOEs	Settled Between the Parties
Rafat Ali (UK)	Bilateral Investment Treaty (BIT) UK - Indonesia	Shares, Loans, and Financing Agreements in banking investment	The Tribunal Decline Jurisdiction
Churcill Mining (UK)	Bilateral Investment Treaty (BIT) UK - Indonesia	Exploration and Exploitation licenses over a coal project area	US\$ 1,05 Billion
Planet Mining (Australia)	Bilateral Investment Treaty (BIT) Australia - Indonesia	Exploration and Exploitation licenses over a coal project area	The Company Lost
Newmont NusaTenggara (USA)	Bilateral Investment Treaty (BIT) Netherland - Indonesia	Export Ban of Raw Minerals	Withdrawn on 25 August 2015
India Metals & Ferro Alloys (India)	Bilateral Investment Treaty (BIT) India - Indonesia	Overlapping of seven Mining Business License (IUP)	US\$ 580 Million (On Going)
Oleovest Ltd (Singapore)	Bilateral Investment Treaty (BIT) Singapore - Indonesia	Defaulting on the joint venture	US\$ 70 Million (On Going)

Sumber : IGJ



Ilustrasi Bank Century

Kasus 1

Tuntutan Jutaan Dolar Dalam Skandal Bank Century

Oleh : Ricky Pratomo

Antara tahun 2009 dan 2010, Indonesia diguncang oleh kasus mega-korupsi Bank Century yang melibatkan beberapa pejabat tinggi pemerintah. Jauh Dari hingar bingar itu dua orang asing yang mengaku sebagai pemilik Bank Century, yaitu Rafat Ali Rizvi dan Hesham al-Warraaq, mengajukan gugatan menyoal investasi internasional melalui ISDS atau forum penyelesaian perselisihan investor-negara (ISDS) dengan mempertaruhkan ratusan juta dolar.

Antara tahun 2009 dan 2010, Indonesia diguncang oleh kasus mega-korupsi Bank Century yang melibatkan beberapa pejabat tinggi pemerintah. Kasus ini sangat disoroti oleh media domestik dan asing sampai-sampai beberapa saluran televisi nasional menyiarkan secara langsung rapat anggota Dewan Perwakilan Rakyat mengenai skandal khusus ini, menyuguhkan sebuah parodi publik untuk membuka mata dan pikiran.

Di tengah kekacauan tersebut, jauh di bawah hingar bingar kasus korupsi Bank Century, dua orang asing yang mengaku sebagai pemilik Bank Century, yaitu Rafat Ali Rizvi dan Hesham al-Warraaq, mengajukan gugatan menyoal investasi internasional melalui ISDS atau forum penyelesaian perselisihan investor-negara (ISDS) dengan mempertaruhkan ratusan juta dolar. Argumen utama dari kedua gugatan itu sederhana, bahwa bailout Bank Century dianggap sebagai perampasan terhadap investasi sang penggugat di Bank Century, yang tentunya ini masih sangat bisa diperdebatkan.

Menanggapi tuntutan hukum tersebut, secara mengejutkan pemerintah Indonesia, atas permintaan Boediono, mantan Wakil Presiden Indonesia, meluncurkan tinjauan yang disebut dengan Bilateral Investment Treaty (BIT) Review yang akhirnya memicu pembatalan BIT Indonesia-Belanda pada tahun 2014 dan formulasi model modern BIT Indonesia.²³

Melihat langkah radikal seperti itu oleh pemerintah Indonesia, dapat dibayangkan

betapa mendalam dan kongkritnya ancaman gugatan investasi internasional. Meskipun Indonesia berhasil memenangkan kasus ini, perubahan besar ke arah sistem investasi internasional harus didorong untuk melindungi Indonesia dari tuntutan hukum sembrono, seperti yang diajukan oleh Bpk. Rizvi dan Bpk. Al-Warraaq.

KASUS KORUPSI

Semuanya berawal ketika Bank Century tiba-tiba mencapai tingkat nyaris runtuh yang menyebabkan serangan panik terhadap Boediono, Gubernur Bank Indonesia pada waktu itu dan mantan Wakil Presiden Indonesia, dan Sri Mulyani, yang kemudian menjabat Menteri Keuangan Indonesia. Setelah pertemuan yang ketat di antara para pejabat Komite Stabilitas Sistem Keuangan (KSSK) Komite Keuangan Indonesia, diputuskan pada tanggal 21 November 2008 bahwa dana talangan senilai Rp632 miliar harus dicairkan untuk menyelamatkan Bank Century.²⁴

Setahun kemudian, tepatnya pada tanggal 27 Agustus 2009, DPR memanggil Sri Mulyani dan pejabat lainnya dari Bank Indonesia dan Lembaga Penjamin Simpanan (LPS) untuk memberikan penjelasan tentang mengapa dana bailout untuk Bank Century secara eksponensial meningkat menjadi Rp 6,7 triliun.²⁵ Tidak puas dengan jawabannya, Dewan Perwakilan Rakyat memprakarsai Komite Khusus untuk menyelidiki bailout Bank Century dan seiring berjalannya waktu Dewan Perwakilan Rakyat yakin bailout Bank Century bermasalah dan proses hukum harus dimulai.

²³ David Price, "Indonesia's Bold Strategy on Bilateral Investment Treaties: Seeking an Equitable Climate for Investment?", *Asian Journal of International Law*, Vol. 7, 2017, pages 125-126. See also Katadata, "Hapus Trauma Century Lewat Model Baru Perjanjian Investasi Asing," as published on 4 April 2017, accessed on 10 January 2019.

²⁴ Kompas, "Centurygate: Mengurai Konspirasi Penguasa-Pengusaha," (Jakarta: PT Kompas Media Nusantara, 2010), page 330. Katadata, "Ke Mana Dana Bailout Bank Century Rp 6,76 Triliun Mengalir?" <https://databoks.katadata.co.id/datapublish/2018/11/28/ke-mana-dana-bailout-bank-century-rp-676-triliun-mengalir>, as published on 28 November 2018, as accessed on 20 January 2019.

²⁵ *Ibid.*, page 334.

Namun, meskipun kasus ini didukung oleh semua orang, sayangnya hanya satu orang yang dihukum karena melakukan korupsi pada tahun 2014, dan dia adalah Budi Mulya, mantan Wakil Gubernur Bank Indonesia²⁶. Hingga kondisi saat ini, tidak ada pihak lain yang telah diproses secara pidana atas korupsi Bank Century.

BANK CENTURY: MERGER DENGAN RATUSAN PERTANYAAN

Bank Century sama sekali tidak diklasifikasikan sebagai bank raksasa di Indonesia, dibandingkan dengan bank milik negara atau bank swasta yang bijaksana. Namun, Bank Century juga bukan kerikil di sektor perbankan. Dengan sekitar 65.000 konsumen dan 30 kantor cabang di seluruh Indonesia, keberadaan Bank Century tidak dapat diabaikan begitu saja.²⁷

Ternyata, Bank Century terbukti mencurigakan sejak lahirnya merger tiga bank yang bermasalah pada 28 Desember 2004 berdasarkan Surat Keputusan Gubernur Bank Indonesia No. 6/92/ KEP.GBI / 2004, yaitu Bank CIC, Bank Pikko dan Bank Danpac.²⁸

Bank Klan Tantular

Sudah diketahui secara luas bahwa hampir setiap konglomerat "Orde Baru" di Indonesia memiliki bank yang memiliki fungsi untuk mengoperasikan layanan keuangan sebagai sarana pendukung untuk lini bisnis utama mereka. Praktik bisnis semacam itu juga diterapkan oleh klan Tantular melalui kepemilikan Bank CIC.

Didirikan pada 30 May 1989,²⁹ Bank CIC pada awalnya dioperasikan oleh Hashim Tantular, tidak lain adalah ayah dari Robert Tantular. Namun kemudian, manajemennya diserahkan kepada Robert Tantular pada 1995 karena Hashim Tantular meninggal.³⁰

Kini, apakah itu bank yang layak? Tidak terbayangkan dengan cara apapun, itu adalah bisnis yang sangat kotor! Meskipun Bank CIC berhasil go public pada tanggal 25 Juni 1997, bank ini ditempatkan di bawah pengawasan khusus oleh Bank Indonesia masing-masing dua kali, yaitu pada 1999 dan 2001. Belum lagi penciptaan deposito fiktif untuk mengubur Rasio Kecukupan Modal (CAR) negatif, menempa Letter of Credit (L/C) untuk memanipulasi transaksi terkait pemanfaatan dana yang berasal dari Departemen Pertanian Amerika Serikat (USDA) dan berbagai skema keuangan untuk perusahaan tempurung.³¹

Dongeng Bank Pikko Yang Terlupakan

Apakah Anda tahu kisah Bank Pikko? Tidak ada yang benar-benar tahu atau mengingat peristiwa apa pun yang berkaitan dengan Bank Pikko karena banyaknya jumlah bank-bank Indonesia di tahun 90-an. Namun, ada kisah yang sangat menonjol di antara para pemain pasar modal profesional Indonesia hingga saat ini.

Cerita ini dimulai pada tahun 1997, ketika seorang guru pasar modal Indonesia, Benny Tjokrosaputro, terlibat dalam melakukan praktik "memojokkan pasar" terhadap saham Bank Pikko. Metode ini tidak baru, ia menciptakan 13 investor fiktif untuk membeli saham Bank Pikko dan dengan demikian

²⁶ BBC, "Bank Century: Budi Mulya divonis 10 tahun," https://www.bbc.com/indonesia/berita_indonesia/2014/07/140716_vonis_budimulya_published_on_16_July_2014, accessed on 15 January 2019.

²⁷ Metta Dharmasaputra, et al, *Mengejar Fajar: Cerita dan Fakta di Balik Penyelamatan Bank Century*, 1st print, (Jakarta: PT Katadata Indonesia, November 2018), page 6.

²⁸ PT Bank Century Tbk (a), *Annual Financial Statement 2008*, Balance per 31 December 2008 and 2007, page 8.

²⁹ *Ibid.*

³⁰ Dharmasaputra, *op. cit.*, page 36.

³¹ *Ibid.*, pages 36, 40 and 45.

memberinya kemampuan untuk mengendalikan harga saham.

Praktik penipuan seperti ini jelas menghasilkan sanksi Rp 1 miliar oleh Badan Pengawas Pasar Modal (BAPEPAM).

³² Dua dekade kemudian, penipuan pasar modal ini hanya berhasil menjadi sebuah titik kecil dalam sejarah kelam pasar modal Indonesia.

Sayangnya, tidak hanya menonjol karena dikutip dalam kasus penipuan pasar modal, Bank Pikko ternyata juga memiliki sejumlah kredit macet.³³ Lalu, atas dasar apa bank yang bermasalah tersebut tidak segera ditutup? Tidak ada yang benar-benar tahu jawabannya, tetapi orang dapat dengan bebas mempertimbangkan bahwa sesuatu yang terlarang itu terjadi dalam imajinasi seseorang.

Bank Danpac: Satu-Satunya Saldo Positif

Tidak banyak yang diketahui tentang Bank Danpac selain dari keterlibatannya dalam merger Bank Century tahun 2004. Namun, ada pernyataan yang mengutip artikel dari Heru Kristiyana, Wakil Direktur Direktorat Pengawasan Bank I pada tahun 2009, yang kini menjabat sebagai Dewan Komisaris Otoritas Jasa Keuangan (OJK), yang menjelaskan bahwa hanya Bank Danpac yang baik (dalam hal kinerja keuangannya) jika dibandingkan dengan Bank CIC dan Bank Pikko yang membawa sekuritas tidak bernilai dan pinjaman non-kinerja.³⁴

Dari uraian dan data-data yang diberikan di atas, tak heran jika Bank Century sering disebut sebagai bank yang diciptakan dengan berton-ton masalah yang berada di

dalam tubuhnya. Oleh karena itu, jika Bank Century bukan portofolio investasi yang sehat, lalu mengapa para investornya masih tertarik untuk menyuntikkan ekuitas ke bank ini?

BANK CENTURY: EMPAT PENUNGGANG KUDA

Mari kita gali lebih dalam ke "orang-orang di belakang layar" Bank Century, empat individu (tiga individu dan satu perusahaan tepatnya) yang dicap sebagai pembuat keputusan Bank Century melalui tangan tak kasat mata, karena semuanya praktis tidak terdaftar dalam dokumen hukum Bank Century.

Robert Tantular; Partner Domestik

Dimulai dengan gajah di dalam ruangan dan dia adalah Robert Tantular. Apa hubungan antara Robert Tantular dengan Bank Century yang gagal? Dari segi hukum, ia adalah pemilik dan pengendali Bank CIC yang menguntungkan, yang kemudian berubah menjadi Bank Century, walaupun namanya tidak ditemukan di dokumen pendirian Bank Century karena ia gagal lulus test fit-and-proper Dewan Direksi (BoD) dari Bank Indonesia pada tahun 1999 untuk Bank CIC.³⁵

Namun di balik layar teater, ia terkenal sebagai bankir yang terampil, tetapi licik, yang menggunakan banknya untuk transaksi pribadi, termasuk menciptakan berbagai transaksi fiktif tingkat AAA yang berhasil luput dari pengamatan otoritas perbankan Indonesia. "Seperti belut yang dibasahi minyak", sebuah pujian dari Susno Duadji, mantan Kepala Badan

³² CNBC Indonesia, "Tangan Dingin Benny Tjokro di Pasar Saham," <https://www.cnbcindonesia.com/market/20180124155209-17-2402/tangan-dingin-benny-tjokro-di-pasar-saham>, as published on 24 January 2018, as accessed on 3 December 2018.

³³ Detik.com, "Bank Century Warisi Aset Busuk Bank CIC dan Bank Pikko," <https://finance.detik.com/moneter/d-1213677/bank-century-warisi-aset-busuk-bank-cic-dan-bank-pikko>, as published on 2 October 2009, as accessed on 3 December 2018.²⁷ Metta Dharmasaputra, *et al*, *Mengejar Fajar: Cerita dan Fakta di Balik Penyelamatan Bank Century*, 1st print, (Jakarta: PT Katadata Indonesia, November 2018), page 6.

³⁴ *Ibid*.

³⁵ Dharmasaputra, *op. cit.*, page 38

Investigasi Kriminal Kepolisian Negara Republik Indonesia, bukanlah lelucon belaka dan bahkan sangat relevan karena Robert Tantular tidak pernah ditangkap secara pidana sebelum adanya kasus Bank Century mengingat penipuannya yang telah menumpuk sejak pengoperasian Bank CIC.³⁶

Bahkan hingga menit terakhir bailout Bank Century, Robert Tantular masih di belakang kemudi Bank Century.³⁷ Kekuasaannya tidak dapat dipungkiri oleh fakta bahwa ia harus bertanggung jawab atas hukuman penjara 20 tahun dan miliaran rupiah asetnya disita secara total dari empat kasus yang berkaitan dengan skandal Bank Century.³⁸

Chinkara: Perusahaan Tempurung

Selanjutnya, pihak kunci kedua yang berfungsi sebagai kendaraan investasi untuk dua orang asing yang menumpang naik ke kapal karam Bank Century, Chinkara Capital Limited yang kemudian berganti nama menjadi First Gulf Asia Holdings Limited (Chinkara), sebuah perusahaan Bahama. Chinkara diduga dimiliki berdua oleh Rafat Ali Rizvi dan Hesham al-Warraaq, yang mana digunakan sebagai Kendaraan Tujuan Khusus (SPV-Special Purpose Vehicle) sebagai pemegang saham di Bank Century melalui pertukaran saham.³⁹

Berbicara tentang Bahama, negara tersebut telah diketahui sebagai negara atau surga bebas pajak dan lebih jauh lagi, negara tersebut menegakkan Undang-Undang Perlindungan Data yang pada dasarnya menjaga informasi dari setiap perusahaan Bahama agar dilindungi di bawah prinsip-prinsip privasi dan kerahasiaan.⁴⁰ Cukup ironis,

bukan? Ketika bank yang terdaftar secara publik telah mengungkapkan pemegang sahamnya, tetapi pemegang saham itu adalah perusahaan tempurung yang tidak dapat dilacak sama sekali. Kondisi tersebut pada akhirnya menyebabkan pejabat Bank Indonesia, salah, keliru atau ceroboh dalam menentukan para pemegang saham utama di Bank Century.

Khusus untuk Rafat Ali Rizvi dan Hesham al-Warraaq, kisah mereka akan dibahas di bagian bawah.

RAFAT ALI RIZVI DAN HESHAM AL-WARRAQ: MASALAH GANDA

Siapa sebenarnya Rafat Ali Rizvi dan Hesham al-Warraaq? Yang kita tahu adalah bahwa mereka adalah pemilik bersama Bank Century melalui Chinkara dengan kepemilikan 9,55% dan selanjutnya, Pak al-Warraaq adalah Wakil Komisaris Utama Bank Century hingga 2007, tetapi pada 2008, ia menghilang dari manajemen Bank Century.⁴¹ Berdampingan dengan Robert Tantular, ketiganya diklaim sebagai pemegang saham pengendali Bank Century.⁴²

Pengambilalihan oleh LPS

Pada tanggal 21 November 2008, Sri Mulyani, Menteri Keuangan dan sekaligus sebagai Ketua KSSK pada periode itu, dihadapkan dengan dua keputusan hidup dan mati mengenai Bank Century, apakah harus ditebus untuk menjalankan industri neraka lain atau ditutup dan dihalau dibawah karpet.⁴³

Akhirnya, opsi bailout dipilih dan LPS secara

³⁶ Kontan.co.id, "Susno: Robert Tantular itu Belut yang Memakai Oli," <https://nasional.kontan.co.id/news/susno-robert-tantular-itu-belut-yang-memakai-oli->, published on 20 January 2010, as accessed on 6 December 2018.

³⁷ Dharmasaputra, *op. cit.*, pages 75-78.

³⁸ Indonesian Supreme Court Decision No. 631 K/Pid.Sus/2016, page 233.

³⁹ Indonesian Supreme Court Decision No. 631 K/Pid.Sus/2016, page 233.

⁴⁰ Rafat Ali Rizvi v. The Republic of Indonesia, ICSID Case No. ARB/11/13, Decision on Jurisdiction, paras. 37, 39 and 153. Offshore Company, "Bahamian Company Formation," <https://www.offshorecompany.com/company/bahamas/>, as accessed on 6 December 2018.

⁴¹ PT Bank Century Tbk (a), *op. cit.*, page 55. PT Bank Century Tbk (b), *Annual Report 2007*, page 31.

⁴² Dharmasaputra, *op. cit.*, page 25.

⁴³ *Ibid.*, pages 8-9.

resmi mengambil alih manajemen Bank Century dengan tujuan akhir untuk melindungi konsumen dan stabilitas keuangan Indonesia secara keseluruhan.⁴⁴ Meskipun keputusan itu terkait erat dengan kasus-kasus korupsi, tujuan pengambil-alihan tidak dapat ditemukan di mana pun, dan terlebih lagi, membeli bank yang tidak sehat untuk mendapatkan keuntungan tentu saja merupakan tuduhan yang keliru.

Para Buronan

Apa peluangnya? Sejak Bank Century diambil alih oleh LPS, pemerintah Indonesia tanpa henti memanggil Rafat Ali Rizvi dan Hesham al-Warraq, tetapi semua upaya itu tampak sia-sia. Bahkan pemerintah Indonesia meminta Interpol untuk mengeluarkan Red Notices untuk Rafat Ali Rizvi dan Hesham al-Warraq meskipun akhirnya dicabut.⁴⁵

Gugatan ISDS

Bersikap tidak kooperatif sebagai buronan, Rizvi dan Al-Warraq ternyata menafsirkan pengambilalihan damai dengan menggunakan argumen hukum yang tidak logis bahwa bailout Bank Century dianggap sebagai perampasan.

Berdasarkan premis yang salah, tepatnya pada 5 April 2011, Rizvi mengajukan Permohonan Arbitrase ke Pusat Internasional untuk Penyelesaian Perselisihan Investasi (ICSID / International Centre for Settlement of

Investment Disputes) dan memulai proses arbitrase berdasarkan BIT antara Inggris dan Indonesia (BIT UK-Indonesia) dengan total klaim USD 100 juta.⁴⁶

Bersamaan dengan itu, Al-Warraq memulai arbitrase berdasarkan Organisasi Perjanjian Konferensi Islam (Perjanjian OKI) menggunakan Aturan Arbitrase UNCITRAL (Aturan UNCITRAL) pada 1 Agustus 2011 dengan total klaim USD 19,8 juta.⁴⁷

TURUNNYA PERJANJIAN INVESTASI

Apakah benar perjanjian investasi benar-benar mendorong investor asing untuk berinvestasi di negara-negara berkembang? Pemerintah Indonesia memang selalu dikaburkan dengan tujuan ilusif seperti itu, padahal sebenarnya ada risiko yang lebih besar yang dituntut oleh investor yang beritikad buruk dibandingkan dengan mendapatkan investasi asing dari penandatanganan BIT baru.

Posisi Hukum yang Dipertanyakan

Pertanyaan pertama yang ada dalam pikiran, apakah Rizvi dan Al-Warraq memiliki kedudukan hukum melawan Republik Indonesia? Seseorang dapat memiliki kedudukan hukum untuk menuntut negara jika ia memang seorang investor. Seperti yang digambarkan sebelumnya, pemegang saham yang sah yang tercantum dalam laporan keuangan

44 Kompas.com, "Akhirnya, Bank Century Diambil Alih LPS," <https://nasional.kompas.com/read/2008/11/21/09481797/akhirnya.bank.century.diambil.alih.lps.as.published.on.21.November.2008.as.accessed.on.12.December.2018.>

45 Hesham Talaat M. al-Warraq v. The Republic of Indonesia, Final Award, paras. 261-266. Interpol, "INTERPOL cancels Red Notices in relation to Rafat Ali Rizvi and Hesham al-Warraq," <https://www.interpol.int/News-and-media/News/2015/N2015-115.as.published.on.20.August.2015.as.accessed.on.12.December.2018.>

46 Rafat Ali Rizvi, Decision on Jurisdiction, paras. 5-6. CNN Indonesia, "RI Menangi Gugatan Kasus Century di Arbitrase Internasional," <https://www.cnnindonesia.com/nasional/20141224124255-12-20272/ri-menangi-gugatan-kasus-century-di-arbitrase-internasional.as.published.24.December.2014.accessed.12.December.2018.>

47 Hesham Talaat M. al-Warraq v. The Republic of Indonesia, Award on Respondent's Preliminary Objection to Jurisdiction and Admissibility of the Claims dated 21 June 2012, paras. 9-10. Detik.com, "Pemerintah RI Menang, Majelis Arbitrase Internasional Tolak Gugatan Hesham Al Warraq," <https://news.detik.com/berita/d-2786304/pemerintah-ri-menang-majelis-arbitrase-internasional-tolak-gugatan-hesham-al-warraq.as.published.on.24.December.2014.as.accessed.on.12.December.2018.>

48 PT Bank Century Tbk (a), *loc. cit.*

Bank Century 2008 adalah Chinkara Capital Limited dengan nama First Gulf Asia Holdings Limited, dan bukan mereka.⁴⁸

Selain itu, tidak ada cara untuk mengetahui apakah kedua pria itu benar-benar mengendalikan Chinkara atau tidak karena Bahama memang benar-benar negara yang bebas pajak dan Chinkara sendiri hanyalah perusahaan tempurung

Terlepas dari perdebatan ini, sebenarnya karena Perjanjian BIT Inggris-Indonesia dan OKI menggunakan daftar investasi yang tidak lengkap dan lingkup investor yang luas, pada akhirnya, keduanya mungkin secara luas diklasifikasikan sebagai investor dengan investasi yang dipertanyakan. Oleh karena itu, satu-satunya cara untuk memperbaiki masalah ini adalah dengan mereformasi BIT Indonesia dan mengubah klausa standar tentang definisi investasi dan investor, sehingga klaim investasi internasional yang tidak loyal yang timbul dari perusahaan Cangkang dapat dengan mudah diberhentikan tanpa keraguan.

Kerugian berwujud dan tidak berwujud

Tuntutan ISDS secara alami tidak dapat diabaikan begitu saja oleh pemerintah Indonesia, meskipun kedua tuntutan hukum yang diajukan oleh Rafat Ali Rizvi dan Hesham al-Warraaq tidak berhasil. Seperti yang disebutkan sebelumnya, jumlah total tuntutan hukum mencapai hampir USD 120 juta, belum lagi bahwa pemerintah Indonesia harus menanggung biaya hukum yang

dikeluarkan (misalnya, biaya pengacara, panggilan saksi, dll.) karena biaya-biaya tersebut tidak bisa ditanggung oleh pihak yang kalah.⁴⁹

Selain itu, baik Rafat Ali Rizvi dan Hesham al-Warraaq juga dipidana secara *in absentia* berdasarkan Keputusan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat No. 339 / PID.B / 2010 / PN.JKT.PST karena terlibat dalam skema korupsi dan pencucian uang sehubungan dengan Bank Century, dan menyebabkan kerugian negara senilai Rp 3,1 triliun.⁵⁰ Angka tersebut tidak termasuk semua pengeluaran yang dilakukan oleh pemerintah Indonesia untuk meminta Red Notice dari Interpol untuk mengambil tawanan dari kedua terpidana tersebut. Namun, hingga saat ini, baik Rafat Ali Rizvi dan Hesham al-Warraaq belum ditangkap oleh pihak berwenang Indonesia, oleh karena itu, tidak ada satu sen pun yang dapat diperoleh dari mereka.

Selain itu, angka-angka yang disebutkan di atas belum mencakup jumlah kerugian yang tidak dihitung yang ditopang oleh pemerintah Indonesia dari penggunaan dana Bank Century untuk transaksi pribadi mereka dan potensi kerugian pajak dari penggunaan perusahaan tempurung di Bahama. Secara keseluruhan, meskipun kerugiannya tampak tidak berwujud, tetapi kerugian tersebut dapat memiliki efek domino terhadap ekonomi Indonesia secara keseluruhan.

Reformasi Perjanjian Investasi?

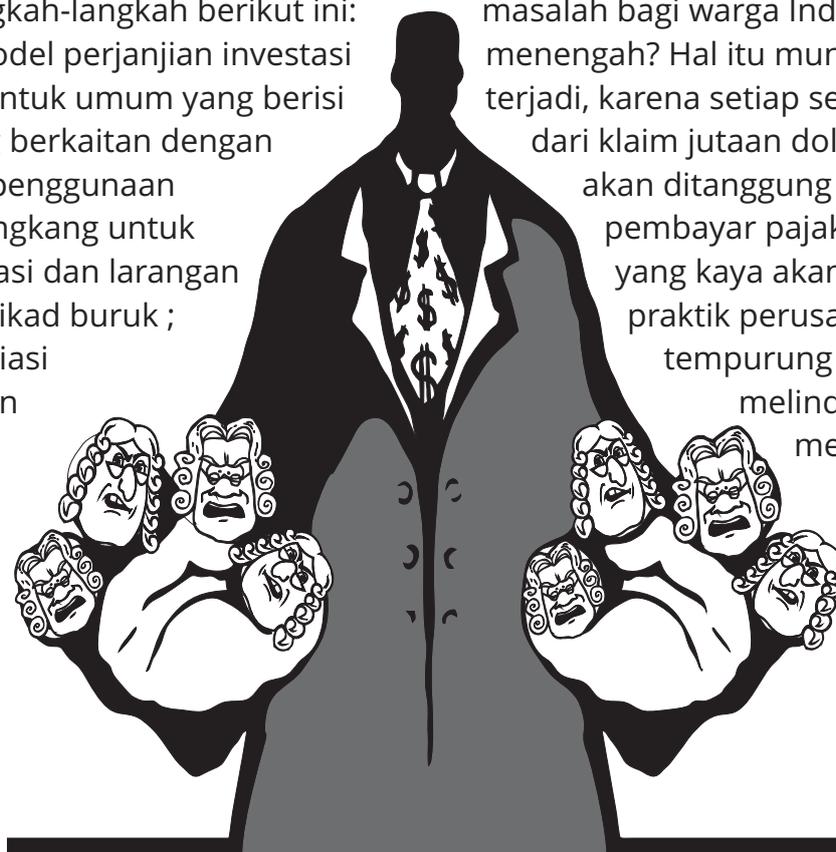
Sekarang, "bola" yang sebenarnya ada di pengadilan pemerintah Indonesia,

48 PT Bank Century Tbk (a), *loc. cit.*

49 Rafat Ali Rizvi, Decision on Jurisdiction, para. 4 of Tribunal's Decision. Hesham al-Warraaq, Final Award, para. 683.

50 Arfin Dedy Candra, "Kendala Pengembalian Aset Hasil Tindak Pidana Korupsi Transnasional," BPPK Journal, Vol. 11, No. 1, Year 2018, page 30.

apakah mereka ingin mereformasi rezim perjanjian investasi dan menghindari klaim miliaran dolar dari investasi internasional yang sembrono, atau duduk diam menunggu dewi fortuna untuk memberkati Indonesia sekali lagi. Jika pemerintah Indonesia memilih jalur sebelumnya, maka Indonesia harus secara mendasar mengubah perjanjian investasi internasional dengan melakukan langkah-langkah berikut ini: 1) Membuat model perjanjian investasi yang tersedia untuk umum yang berisi ketentuan yang berkaitan dengan penghindaran penggunaan perusahaan cangkang untuk kegiatan investasi dan larangan perjanjian beritikad buruk ; dan 2) Renegosiasi setiap perjanjian investasi internasional generasi pertama dengan mengacu pada tujuan pembangunan berkelanjutan.



Jika reformasi perjanjian investasi gagal mengubah generasi pertama dari perjanjian investasi, kondisi-kondisi ini mungkin akan terus ada: 1) Ribuan dolar klaim investasi internasional masih akan diajukan oleh investor yang beritikad buruk; dan 2) Perkembangan ekonomi dan iklim Indonesia pada akhirnya akan mandek karena praktik investasi ilegal. Namun, apakah itu akan menjadi masalah bagi warga Indonesia kelas menengah? Hal itu mungkin akan terjadi, karena setiap sen yang hilang dari klaim jutaan dolar tersebut akan ditanggung oleh uang pembayar pajak, sedangkan yang kaya akan melanjutkan praktik perusahaan tempurung untuk melindungi aset mereka.

Kesimpulannya, memang kita harus bersyukur bahwa Indonesia berhasil menghindari klaim investasi yang dibawa sehubungan dengan kasus Bank Century. Namun, reformasi perjanjian investasi tidak harus menunggu sampai kekalahan berikutnya atau perselisihan terjadi kembali. Seperti pepatah Indonesia kuno, "lebih baik mencegah daripada mengobati penyakitnya".

CHURCILL MINING VS INDONESIA

Rp. 14,4 Trillion



Equal with Food subsidies (2015)

US\$ 1 Billion



Claim for Compensation

@IGJ2015 -
rh-

around US\$ 11 Million



Fee Lawyer payed by the state budget

Kasus 2

Pencabutan Izin Tambang Berujung Pada Gugatan 1 Milyar Dollar

Oleh : Rika Febriani & Rachmi Hertanti

Pada tahun 2011, Churchill Mining dan mitranya di Indonesia, PT Ridlatama, mengajukan banding atas putusan Pengadilan Negeri Samarinda, Kalimantan Timur. Pengajuan gugatan tersebut didasarkan pada pencabutan 4 izin penambangan

Kisah ini dimulai pada tahun 2005 ketika Bupati Kutai, sebuah kabupaten di provinsi Kalimantan Timur, menyetujui lisensi untuk Grup Nusantara untuk mengeksplorasi batu bara di situs penambangan yang diperkirakan kaya akan batu bara terbesar kedua di Indonesia dan ketujuh terbesar di dunia. Namun, Grup Nusantara, yang dimiliki oleh kandidat presiden yang kalah dalam pemilihan 2014, Prabowo Subianto, tidak memulai eksplorasi. Beberapa tahun kemudian, Ridlatama, grup perusahaan Indonesia lainnya bersama dengan Planet, sebuah perusahaan pertambangan Australia, dan Churchill Mining, sebuah perusahaan pertambangan Inggris, juga tertarik pada situs penambangan.

Pada tahun 2010 konsorsium pertambangan batu bara tersebut mendapat lisensi untuk memulai operasi, yang kemudian diklaim oleh bupati Kutai sebagai lisensi palsu. Bupati Kutai mencabut lisensi untuk Ridlatama pada 2010 dan memutuskan untuk memperpanjang lisensi Nusantara. Yang terjadi selanjutnya adalah urusan rumit yang dipenuhi dengan dugaan korupsi, dokumen dan persidangan palsu hingga pengadilan tertinggi di Indonesia. Akhirnya Churchill dan Planet mengajukan kasus arbitrase di Pusat Internasional untuk Penyelesaian Perselisihan Investasi (the International Center for Settlement of Investment Disputes ICSID), dengan dasar hukum Perjanjian Investasi Bilateral Inggris-Indonesia dan Australia-Indonesia. Jika konsorsium tersebut memenangkan kasus ini, klaim \$ 1 miliar dolar harus dibayar oleh Indonesia.

Pada tahun 2011, Churchill Mining dan mitranya di Indonesia, PT Ridlatama, mengajukan banding atas putusan Pengadilan Negeri Samarinda, Kalimantan Timur. Pengajuan gugatan tersebut didasarkan pada pencabutan 4

izin penambangan yang termasuk dalam Proyek Batubara Kutai Timur (EKCP). Pencabutan izin ini kemudian diketahui diberikan kepada pihak lain yaitu Grup Nusantara, yang tidak lain adalah milik Prabowo Subianto. Perselisihan antara kedua perusahaan yang diduga memiliki kepentingan politik itu kemudian naik ke tingkat internasional dan menjadi perhatian publik hingga saat ini. Sebelumnya, gugatan ini diajukan oleh Churchill karena merasa dirugikan atas tindakan pencabutan izin pertambangan yang termasuk dalam Proyek Batubara Kutai Timur (EKCP) oleh Pemerintah Daerah Kutai Timur, Kalimantan Timur. Di daerah yang sama, ada juga izin penambangan yang dikeluarkan oleh Pemerintah Daerah Kutai Timur untuk PT. Grup Nusantara. Namun, baru-baru ini ditemukan bahwa ada dokumen izin Kuasa Pertambangan (KP) yang ditandatangani oleh Bupati Awang Faroek. Setelah melalui audit BPK, ada indikasi bahwa tanda tangan Bupati Awang telah dipalsukan. Namun pemalsuan itu tidak ditindaklanjuti ke ranah kriminal. Sementara itu, Gubernur Kalimantan Timur yang juga mantan Bupati Kutai Timur, Awang Faroek Ishak, membenarkan bahwa tanda tangannya memang dipalsukan oleh Grup Ridlatama.

East Kutai Coal Project (EKCP) sendiri merupakan proyek yang ditaksir memiliki nilai yang sangat besar yakni mencapai 2.73 miliar tons batubara. Sumber lain menyebutkan bahwa, penemuan di tahun 2008 memperlihatkan bahwa kawasan Kutai Timur merupakan dapat menjadi pertambangan batubara terbesar yang ketujuh yang belum tereksplorasi di dunia, dengan potensi sebesar \$700 juta sampai dengan \$1 milyar pertahun dan diperkirakan bertahan sampai dengan 20 tahun.

INDIKASI PEMALSUAN DAN KORUPSI DALAM PENERBITAN IZIN PENAMBANGAN

Setelah proses yang panjang sejak 22 Juni 2012, ICSID akhirnya mengeluarkan putusan atas gugatan Churchill Mining dan gugatan Planet Mining terhadap Pemerintah Indonesia pada 22 Desember 2016, meskipun Churchill Mining mengajukan Pembatalan Putusan. Gugatan Churchill dan Planet Mining diajukan berdasarkan Perjanjian Bilateral Investment Treaty (BIT) yang ditandatangani antara Indonesia dan Inggris pada tahun 1976. Dalam putusannya, ICSID menolak klaim Churchill dan menuntut Churchill Mining membayar biaya administrasi ICSID sebesar US \$ 800.000 dan menanggung 75% dari total biaya yang dikeluarkan oleh Pemerintah Indonesia sebesar US \$ 8.646.528.

Bagian yang menarik tentang Putusan Churchill adalah bahwa Pengadilan Arbitrase menolak klaim Churchill karena 34 dokumen izin penambangan yang digunakan sebagai dasar perselisihan oleh Churchill dianggap tidak otentik dan tidak valid. Ini karena 34 dokumen izin penambangan tersebut merupakan hasil pemalsuan dan penipuan oleh Ridlatama, sebagai mitra bisnis Churchill, dan Churchill dianggap mengetahui tindakan ini, sehingga tidak ada itikad baik dari Churchill dalam proses pengajuan klaim.

Dalam prosesnya, Pengadilan Arbitrase berfokus pada pemeriksaan 34 dokumen yang diduga dipalsukan dan hasil dari praktik penipuan yang dilakukan oleh Ridlatama. Pemerintah Indonesia berpendapat bahwa izin penambangan yang dikeluarkan oleh Bupati Kutai Timur pada waktu itu, Awang Faroek, telah dipalsukan oleh Ridlatama, sebagai mitra bisnis Churchill Mining. Dari bukti yang disajikan, ada indikasi bahwa tanda tangan dan stempel Garuda yang terkandung dalam dokumen izin penambangan yang

dimiliki oleh Churchill adalah hasil copy paste di proses alat pencetak tanda tangan, autopen. Meskipun praktik biasa dan tanda tangan resmi yang dikeluarkan oleh pejabat pemerintah daerah, dalam hal ini penerbitan izin pertambangan, dilakukan dengan tulisan tangan bukan melalui tanda tangan digital.

Konsesi Penambangan & Ancaman Terhadap Hak-Hak Masyarakat Adat

Ada sekitar 7 desa di Busang, Kutai Timur, yang akan terkena dampak konsesi pertambangan: Mekar Baru, Long Nyelong, Long Lees, Long Pejeng, Rantau Sentosa, Long Form, Long Seat. Namun, beberapa desa tempat endapan batu bara ditemukan dan dipersengketakan antara Churchill Mining dan Grup Nusantara, ada hutan desa yang dilindungi oleh pemerintah setempat. Pada tahun 2011, Bupati Kutai Timur mengeluarkan surat rekomendasi untuk hutan desa dengan luas 11.648,90 hektar. Pada bulan November 2012, Kementerian Kehutanan mengeluarkan keputusan untuk menetapkan hutan desa seluas 880 ha.

Pembentukan hutan desa dituntut oleh masyarakat adat yang mencari nafkah dari hutan. Selain itu, kawasan tersebut adalah wilayah turun temurun suku Dayak. Berdasarkan penjelasan dari Pasal 5 UU No. 41/1999 tentang Kehutanan, hutan desa didefinisikan sebagai hutan negara yang berada dalam wilayah desa, dimanfaatkan oleh desa, untuk kesejahteraan masyarakat.

Di hutan desa, ada halaman makam adat Dayak Modang yang ada sejak ratusan tahun yang lalu. Selain itu, ada juga sumber daya flora dan fauna di hutan lindung. Beberapa sumber daya flora diidentifikasi sebagai sumber bahan makanan dan obat-obatan alami dan masih digunakan sampai sekarang oleh masyarakat adat. Tanaman-tanaman tersebut adalah: jahe, kunyit,

lengkuas, mengkudu, kumis kucing, serai, temulawak, kayu Pasak bumi (Kejoe Paaiq), ginseng, akar atas (Long Dehoq), kayu upas (Kejopeiq), garu (Kejoleah), minyak Lawang (Jong Loeang), Kejo Paeq (Ketemang, Pelihiding), akar matahari (Wakahdea), Akar kunyit (Wekahsea), epifit (Seloeleang).

Potensi lain dari hutan desa adalah: kayu kapur, kayu ulin, kayu banggeris, mata air, batu bara, gas alam, dan fauna seperti orang utan (Helung Letean), uwaq-uwaq (Kenwaat), beruang (Wahgoeng), teringgiling (Ham), rusa (Pejiue), babi hutan (E'woa), kijang (E'oh), burung skiving (Jeet), ketwaih, senjin (burung petunjuk hidup), Pah'eat, burung enggang (Teguen), merak (Koong).

Komunitas Dayak Modang yang merupakan penduduk asli Long Bentuq mencari nafkah dengan bekerja di ladang dan bertani. Komoditas yang ditanami adalah kakao, kopi, dan karet. Penduduk desa juga mengumpulkan hasil hutan non-kayu, berburu dan memancing di sekitar sungai Kelinjau. Bagi penduduk desa Long Bentuq, kegiatan bertani tidak hanya untuk memenuhi kebutuhan sehari-hari, tetapi ada juga nilai-nilai budaya di dalamnya. Mereka menganggap bahwa bertani adalah bentuk pengabdian kepada Pencipta mereka. Pertanian juga diidentifikasi sebagai pekerjaan yang dilakukan oleh perempuan; itu menunjukkan rasa hormat yang besar kepada wanita.

Status tanah yang dimiliki oleh masyarakat Dayak adalah tanah adat atau tanah ulayat. Tanah adat kemudian digunakan sebagai alat untuk tawar-menawar dengan perusahaan. Tanah adat ini biasanya dikompensasi sangat murah, sekitar Rp. 100.000 / ha (USD 8 / ha).

KONFLIK HORIZONTAL KARENA KONSESI PENAMBANGAN

Baik Churchill Mining maupun Nusantara Group belum memulai eksplorasi penambangan. Kedua perusahaan masih dalam tahap pengambilan sampel dari beberapa titik di desa Long Bentuq dan Long Lees. Namun, kehadiran perusahaan-perusahaan tersebut telah menyebabkan konflik horizontal di antara masyarakat itu sendiri. Ada peningkatan konflik di antara etnis di Kutai, baik di antara etnis Dayak atau antara Dayak dan pendatang baru (terutama orang Banjar).

Konflik ini terjadi karena kompensasi yang diberikan oleh perusahaan untuk pengambilalihan lahan. Pengambilalihan lahan ditanggapi secara berbeda oleh masyarakat. Beberapa menerima dan beberapa menolak. Kecurigaan antara anggota masyarakat meningkat karena prasangka satu sama lain terhadap kepala adat dan keluarganya, yang dianggap menerima uang dari perusahaan dan tidak transparan kepada penduduk desa.

Desa Long Bentuq adalah salah satu desa yang secara aktif menolak masuknya perusahaan pertambangan atau perusahaan kelapa sawit. Kepala suku Dayak Kenyah pribumi menyadari bahaya ekspansi perusahaan ke daerah mereka. Pada tahun 2011, komunitas ini telah membuat surat penolakan terhadap investasi yang masuk ke desa mereka. Surat itu ditujukan kepada Menteri Kehutanan Republik Indonesia. Perlawanan juga ditunjukkan dengan menanam berbagai pohon seperti kakao, pisang, karet dan buah-buahan.

THE FACTS OF ISDS

*from the total
568 cases in
ICSID
dominated by
mining sectors*

70%

*Indonesia's
ISDS Cases are
in Mining*

50%

*Developing
Countries as
Respondent*

60%

Sumber: UNCTAD 2013
@IGJ2015

Kasus 3

BIT INDONESIA - BELANDA MEMBATALKAN IMPLEMENTASI HUKUM PERTAMBANGAN INDONESIA

Oleh : Riza Damanik, Hilde Van Der Pas

Pada bulan Juli 2014, perusahaan tambang Newmont membawa kasus melawan Indonesia menggunakan BIT Indonesia – Belanda di International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID).

Kasus Pertambangan Newmont vs Indonesia merupakan salah satu contoh kuat dari bagaimana sebuah perjanjian investasi digunakan oleh perusahaan-perusahaan untuk mendapatkan pengecualian dari peraturan dan perundang-undangan pemerintah, merusak demokrasi dan pembangunan. Hal ini juga menggambarkan bahaya jangka panjang dari penandatanganan perjanjian-perjanjian investasi oleh pemerintah, yang akan tetap berlanjut untuk ditegakkan bahkan ketika pemerintahan selanjutnya mencoba untuk membangun kembali kontrol kedaulatan atas investasi di negara mereka.

Pada bulan Juli 2014, perusahaan tambang Newmont membawa kasus melawan Indonesia menggunakan BIT Indonesia – Belanda di *International Centre for Settlement of Investment Disputes* (ICSID).⁵² Dalam pembuatan klaim hukumnya, perusahaan tambang raksasa tersebut menyatakan bahwa rencana Pemerintah Indonesia untuk menerapkan larangan ekspor mineral yang belum diolah akan melanggar perjanjian investasi antara Indonesia dan Belanda. Kasus di ICSID disampaikan empat bulan setelah Indonesia mengumumkan bahwa Indonesia tidak akan memperpanjang Kesepakatan Investasi Bilateral (BIT) dengan Belanda saat kesepakatan itu berakhir pada Juli 2015. Selang waktu sebulan, Newmont menarik kasusnya terhadap Indonesia namun sesaat setelah Newmont mencapai kesepakatan dengan Pemerintah Indonesia, melalui pemberian pengecualian khusus kepada perusahaan pertambangan tersebut dari hukum pertambangan yang baru.

PERTAMBANGAN NEWMONT & UNDANG-UNDANG NO.4/2009 TENTANG MINERAL DAN BATU BARA

Newmont merupakan salah satu perusahaan pertambangan terbesar dunia, dengan produksi utamanya yaitu emas. Berkantor pusat di Amerika Serikat,

Newmont aktif di Australia, Peru, Indonesia, Ghana, Selandia Baru dan Meksiko. Dengan entitas Indonesianya adalah Newmont Nusa Tenggara; pemegang saham utamanya berpusat di Belanda dengan nama Nusa Tenggara Partnership BV. Newmont menggugat Pemerintah Indonesia bersama dengan entitas Belanda, di bawah BIT Belanda dengan Indonesia. PT Newmont Nusa Tenggara merupakan perusahaan bersama yang dimiliki oleh Nusa Tenggara Partnership B.V, PT Multi Daerah Bersaing (PTMDB), PT Pukuafu Indah dan PT Indonesia Masbaga Investama.

Pada tahun 2009 Pemerintah Indonesia mengeluarkan Undang-Undang No.4/2009 tentang Mineral dan Batubara, yang mewajibkan perusahaan pertambangan untuk menghilirkan produksi, dengan kata lain menyaring dan mengolah mineral (misalnya dengan membangun smelter) di negara tersebut sebelum diekspor. Pasa 170 Undang-Undang Pertambangan menetapkan bahwa penghilirisasian harus dilakukan selambat-lambatnya 5 (lima) tahun sejak UU Minerba ini diberlakukan, yang berarti di tahun 2014. UU tersebut mengizinkan ekspor produk mineral setengah jadi, seperti konsentrat tembaga, hingga 2017, tapi hanya dengan pajak ekspor progresif mulai dari 20% hingga 60%. Nilai pajak progresif ini dimaksudkan untuk memaksa para penambang untuk membangun fasilitas pengolahan mineral di Indonesia dan merupakan bentuk strategi yang lebih luas dari Pemerintah Indonesia untuk mendapatkan saham yang lebih besar dari sumber daya mineralnya.

UU Pertambangan Baru (Pasal 112) juga bertujuan untuk membatasi kepemilikan asing atas perusahaan pertambangan: mewajibkan industri pertambangan milik asing melakukan divestasi secara progresif untuk menjadi pemegang saham minoritas dalam kurun waktu 10 tahun. Dengan kata lain: perusahaan wajib menjual bagian dari sahamnya kepada

⁵¹ Dipublikasikan pada 12 November 2014

⁵² ICSID CASE No. ARB/14/15 29 August 2014 <http://www.italaw.com/sites/www.tni.org/files/case-documents/italaw4005.pdf>

Pemerintah Indonesia, pemerintah kota atau industri lokal – hingga 51% dalam sepuluh tahun.

Undang-undang pertambangan baru Indonesia harus dilihat dalam konteks tren yang lebih luas di negara-negara *Global South*, yang tidak ingin terlalu bergantung pada ekspor bahan mentah, atau berupaya untuk mengendalikan sebagian besar sumber dayanya agar bermanfaat bagi pembangunan lokal dan nasional. Sejak tahun 1998, Indonesia telah mengalami pertumbuhan yang cepat dari sebuah gerakan kedaulatan: banyak orang-orang muda yang dipolitisasi merasa sangat kuat dengan kemandirian ekonomi Indonesia, khususnya yang terkait dengan industri ekstraktif. Pemerintahan Yudhoyono mengeluarkan Undang Undang Pertambangan No.4/2009, pada Januari 2009 dan kemudian terpilih kembali dalam waktu 3 bulan.

Tujuan dari kebijakan ini adalah untuk meningkatkan lapangan kerja domestik dan perekonomian lokal serta membantu mengurangi ketergantungan Indonesia terhadap ekspor bahan mentah. Namun, perusahaan-perusahaan yang aktif di industri ekstraktif sangat menentang kebijakan baru ini. Menurut Newmont, undang-undang baru tersebut telah membuat mereka menghentikan pekerjaan di tambang tembaga dan emas Batu Hijau di Pulau Sumbawa (Provinsi Nusa Tenggara Barat), yang berujung pada 'kesulitan' dan 'kerugian ekonomi'.⁵³ Newmont akhirnya menutup tambang tersebut, dan merumahkan 3200 pekerja.

Setelah lobi intensif dan tekanan dari

perusahaan-perusahaan tambang besar, Pemerintah Indonesia setuju untuk mengubah peraturan untuk Freeport dan Newmont serta menunda kewajiban untuk membangun pabrik kilang di Indonesia.⁵⁴

Pemerintah Indonesia juga mencapai kesepakatan dengan Freeport dalam beberapa hal lain: mereka sepakat hanya menjual 30% dari sahamnya kepada pemerintah dan membayar pajak ekspor sebesar 7.5% bukan 25%, yang nanti nilainya akan 0 saat smelter telah selesai.⁵⁵ ⁵⁶Freeport menyatakan bahwa Freeport akan membayar bea ekspor “yang berkurang secara signifikan” hingga 2016, namun dengan royalti lebih besar untuk penjualan tembaga dan emas. Sebagaimana yang diungkapkan oleh Kepala Eksekutif Freeport Richard Adkerson: "Ini adalah sebuah kompromi untuk menciptakan jembatan bagi kita agar kita bisa kembali ke operasi normal."⁵⁷ ⁵⁸ ⁵⁹ Namun, tidak seperti Freeport, Newmont secara tegas menolak untuk menerima ketentuan yang ditetapkan oleh Pemerintah Indonesia dan menggugatnya di ICSID.

MENGAPA INDONESIA MEMBATALKAN BIT INDONESIA DENGAN BELANDA

Pada bulan Maret 2014, Pemerintah Indonesia mengumumkan bahwa Pemerintah Indonesia tidak akan memperbaharui Perjanjian Investasi Bilateral dengan Belanda saat perjanjian itu berakhir pada bulan Juli 2015. Negara ini sedang menghadapi kasus investasi yang semakin meningkat, dengan

⁵³ Arbitration Filed Over Export Restrictions in Indonesia, Press Release PT Newmont Nusa Tenggara, 1 July 2014

http://newmont.g4web.com/files/2014/Press%20Releases/Press%20Release%201%20Juli%202014%20-%20Arbitration%20Filed%20Over%20Export%20Restrictions%20i%20%20%20_v001_e210p1.pdf

⁵⁴ Indonesian government continues to serve extractive companies, Bosman Batubara, Stiftung Asienhaus 13 March 2014

http://www.asienhaus.de/uploads/tx_news/asienhaus-hintergrundinformation4-2014.pdf and <http://www.koran-jakarta.com/?13377-pemerintah%20keluarkan%20dispensasi%20bk%20mineral>

⁵⁵ Freeport Akhirnya Setuju Melepas 30 Persen Saham, motionFM <http://www.motionradiofm.com/News/Detail/280/freeport-akhirnya-setuju-melepas-30-persen-saham.html>

⁵⁶ Newmont akhirnya sepakat revisi kontrak, Oleh Muhammad Yazid - Jumat, 3 October 2014 <http://industri.kontan.co.id/news/newmont-akhirnya-sepakat-revisi-kontrak/>

⁵⁷ Indonesia offers tax cut to miners, Freeport to soon resume exports, Reuters, 24 July 2014

<http://www.reuters.com/article/2014/07/24/indonesia-mining-copper-idUSL4N0PZ18220140724>

⁵⁸ Press Release, Freeport-McMoRan Announces Resumption of Exports from Indonesian Subsidiary, 25 July 2014

<http://www.fcx.com/news/2014/072514.pdf>

⁵⁹ Freeport, Indonesia make peace: copper exports to resume in August, Mining.com, 25 July 2014 <http://www.mining.com/freeport-indonesia-make-peace-copper-exports-to-resume-in-august-11290/>

perusahaan-perusahaan transnasional yang mengklaim ratusan juta dollar – bahkan hingga miliaran dalam satu kasus – sebagai kerugian. Kasus-kasus ini merupakan bagian dari tren di seluruh dunia dengan peningkatan sengketa investor-negara, dari 38 kasus di tahun 1996, hingga 514 kasus yang diketahui (terdaftar di ICSID) di tahun 2012. Setidaknya, satu dari tiga kasus di ICSID merupakan kasus yang berhubungan dengan minyak, pertambangan atau gas.⁶⁰

Sebagian besar Perjanjian Investasi Bilateral memberikan perlindungan yang luas kepada investor asing melalui mekanisme penyelesaian sengketa investor – negara (ISDS). Hal ini memungkinkan perusahaan-perusahaan untuk menggugat pemerintah atas tindakan dan kebijakan yang berdampak terhadap bisnis mereka – yaitu hal-hal yang mungkin akan merusak keuntungan masa depan mereka. Belanda merupakan salah satu pemimpin dunia dalam perlindungan investasi, dengan 96 perjanjian investasi bilateral yang ditandatangani pada saat penulisan⁶¹, yang membuat negara tersebut menjadi negara kedua di dunia sebagai sumber klaim dari investor terhadap negara. BIT Indonesia – Belanda ditandatangani pada tahun 1968 dan diperbaharui pada tahun 1995.

BIT Belanda dikenal sangat ekspansif dalam hak dan perlindungan yang diberikan kepada investor asing. Saat digabungkan dengan lingkungan fiskal yang ramah bisnis, hal ini menyebabkan fenomena 'treaty-shopping' di mana perusahaan-perusahaan mendirikan perusahaan mereka sendiri di Belanda

semata-mata agar memenuhi syarat untuk perlindungan yang luas yang ditawarkan oleh BIT Belanda yang mereka gunakan untuk menuntut negara, termasuk terkadang negara asal mereka sendiri. Nusa Tenggara Partnership BV memiliki kantornya di Amsterdam, memiliki 0 karyawan dan aset lebih dari miliaran euro. Hal ini biasanya mengindikasikan bahwa perusahaan tersebut yang biasa disebut dengan "mailbox company", berada di Belanda hanya dalam bentuk nama untuk mengambil keuntungan dari iklim pajak dan perjanjian investasi.⁶²

Presiden Indonesia yang baru terpilih, Presiden Joko Widodo berjanji dalam kampanye pemilihannya, sebagai presiden pertama tanpa latar belakang elit politik atau militer, untuk mengembalikan kekayaan dan sumber daya alam Indonesia kepada masyarakat Indonesia. Meskipun mantan Presiden Susilo Bambang Yudhoyono yang mengeluarkan Undang-Undang pertambangan baru, Widodo berencana untuk melanjutkan larangan ekspor dan berupaya untuk memperkuat ekspor mineral olahan bukan bahan mentah. Menurut mantan juru bicara Menteri Energi dan Sumber Daya Mineral, Bapak Saleh Abdurrahman: "Perusahaan pertambangan besar telah beroperasi di Indonesia sejak 1967, dan kita pada dasarnya mengeksplor negara kita."⁶³

Menurut dokumen kebijakan partainya, Joko Widodo juga berencana untuk memberikan insentif lebih kepada penambang lokal, membatasi ekspansi perkebunan dan mengurangi impor pangan (bertujuan untuk swasembada beras dan jagung).⁶⁴

⁶⁰ What is the "investor-state dispute settlement"? FOeEurope <http://www.foeeurope.org/isds>

⁶¹ Investment Policy Hub UNCTAD: <http://investmentpolicyhub.unctad.org/IIA/CountryBits/148#iialnnerMenu>

⁶² Bedrijfsprofiel - Nusa Tenggara Partnership B.V. (34349749) Kamer van Koophandel, 30 september 2014- 13:29 & Nusa Tenggara Partnership B.V. (34349749) Financial Statement 2013 Kamer van Koophandel.

⁶³ New Mining rules in Indonesia creating confusion and problems on the ground, Establishment Post, 19 February 2014 <http://www.establishmentpost.com/new-mining-rules-indonesia-creating-confusion-problems-ground/#ixzz3GsXHxOH>

⁶⁴ Sebagai langkah awal ketika disumpah pada bulan Oktober 2014, Widodo mengumumkan bahwa pemerintah akan mengurangi subsidi bahan bakar sebesar 20 miliar USD, yang akan meningkatkan harga sebesar 50%. Subsidi ini sebagian besar menguntungkan orang Indonesia yang lebih kaya dan industri (seperti tambang) yang mengandalkan transportasi kendaraan. Pemerintah baru berencana untuk menggunakan subsidi tersebut bukan untuk mobil tetapi untuk meningkatkan infrastruktur, pendidikan dan layanan kesehatan yang lebih baik. Widodo juga berencana untuk menyusun program nasional untuk layanan kesehatan gratis dan bantuan finansial untuk pendidikan dasar. Program ini sangat populer saat menjabat sebagai gubernur Jakarta. New at the Helm of Indonesia's Government: A Common Man, Joe Cochrane, NYT, 18 October 2014

<http://www.nytimes.com/2014/10/19/world/new-at-the-helm-of-indonesias-government-a-common-man.html>

GUGATAN ZOMBIE: KLAIM INVESTASI YANG TERUS MENGGIGIT

Pemerintah Indonesia telah mengumumkan bahwa pemerintah akan membatalkan lebih dari 60 perjanjian investasi lainnya yang memuat klausa ISDS. Namun demikian, pembatalan BIT dengan Belanda tidak melindungi Pemerintah Indonesia dari klaim investasi berbasis perjanjian yang datang dari Belanda ke depannya. BIT tersebut memuat sebuah klausa *survival*: investasi yang muncul sebelum tanggal pemutusan resmi perjanjian pada 1 Juli 2015 akan tetap memiliki perlindungan perjanjian penuh untuk 15 tahun ke depannya.

Indonesia juga menghadapi gugatan dari Pertambangan Churcill milik Inggris sebesar satu miliar dollar atas pencabutan izin penambangan batu bara di Pulau Kalimantan. Pertambangan Churchill telah aktif di Pulau Kalimantan hingga 2010, saat izinnya dicabut oleh pemerintah daerah. Indonesia mengklaim investasi Churchill tidak ditanggung oleh BIT Indonesia – Inggris, tetapi sebaliknya diputuskan oleh pengadilan arbitrase.⁶⁵

Tak lama setelah berita ini, pemerintah mengumumkan pembatalan BIT Belanda. Presiden Indonesia saat itu, Yudhoyono, memerintahkan menterinya untuk 'mempersiapkan kondisi terburuk' setelah Churchill mengajukan kasusnya: "Saya tidak ingin perusahaan multinasional tersebut melakukan apapun yang mereka inginkan dengan dukungan internasionalnya dan menekan negara-negara berkembang seperti Indonesia." Gatta Rasaja, Menteri urusan ekonomi untuk Indonesia, menyatakan bahwa kasus Churchill merupakan sebuah pelajaran yang bermanfaat bagi Indonesia.⁶⁶

Pemerintah sebelumnya telah dipaksa

untuk melemahkan kebijakan lingkungannya dalam menghadapi beberapa ancaman tuntutan hukum. Sebagai contoh, di tahun 2002, pemerintah harus menghentikan kebijakan barunya untuk melarang penambangan di hutan lindung setelah sekelompok perusahaan tambang mengancam untuk menuntut Indonesia sebanyak miliaran dollar: "Jika ditutup, investor akan mengajukan tuntutannya dan Indonesia tidak dapat membayar," ucap Menteri Negara Lingkungan Hidup Nabel Makarim.⁶⁷

NEWMONT MENARIK KASUS NAMUN MENGAMANKAN KEPENTINGANNYA

Pada akhirnya, Newmont menarik kasusnya dari ICSID, tapi tidak sebelum pemerintah memberikan pengecualian khusus bagi perusahaan tambang ini dari kebijakan nasional. Proses negosiasi jauh dari kata transparan dan kesepakatan tersebut tidak dapat dipantau oleh organisasi masyarakat sipil lokal. Meskipun perjanjian akhirnya benar benar merongrong implementasi hukum pertambangan baru, yang diberlakukan untuk kepentingan rakyat Indonesia. Newmont saat ini, sama halnya dengan Freeport, hanya diwajibkan membayar bea ekspor sebesar 7.5%. Setelah Newmont menarik kasusnya dari ICSID, sebuah Nota Kesepakatan (MoU) ditandatangani dengan pemerintah Indonesia, serupa dengan Freeport, yang memungkinkan perusahaan untuk melanjutkan ekspor dengan syarat bahwa perusahaan tersebut akan membangun pabrik pengolahan untuk memperkuat industri mineral negara. Pada saat penulisan, hal ini masih belum terjadi.^{68 69} Telah lama diperdebatkan bahwa dampak dari perjanjian investasi bilateral tidak hanya terlihat di berbagai kasus yang dibawa ke pengadilan yang mengatur hak-hak negara untuk mengatur dan

⁶⁵ Indonesia fails to knock out mining claim, Leo Szolnoki, 26 February 2014, Global Arbitration Review

<http://globalarbitrationreview.com/news/article/32454/indonesia-fails-knock-mining-claim/>

⁶⁶ SBY frets over int'l arbitration, Bagus BT Saragih, The Jakarta Post, 29 June 2012 <http://www.thejakartapost.com/news/2012/06/29/sby-frets-over-int-l-arbitration.html>

⁶⁷ Nabel Makarim Agrees with Mining in Protected Forests, MAC, 15 June 2002 <http://www.minesandcommunities.org/article.php?a=7737>

⁶⁸ Newmont Indonesia restarts copper exports; supply overhang looms, Reuters, 30 September 2014

<http://af.reuters.com/article/commoditiesNews/idAFL3N0RV1V120140930?pageNumber=1&virtualBrandChannel=0>

⁶⁹ Newmont gets export permit despite pending smelter fund, Jakarta Post, 20 September 2014

<http://www.thejakartapost.com/news/2014/09/20/newmont-gets-export-permit-despite-pending-smelter-fund.html>

melindungi rakyatnya, tapi juga di banyak kasus yang tidak berhasil mencapai ICSID dikarenakan negara mundur terhadap aturan karena takut akan tuntutan hukum. Hal ini disebut dengan '*chilling effect*' atau *regulatory chill* arbitrase investasi. Namun sangat sulit untuk menunjukkan bagaimana *chilling effect* ini bekerja, karena pemerintah yang mundur dikarenakan menghadapi ancaman sering melakukannya tanpa sepengetahuan publik dan karena perjanjian dengan korporasi dibuat secara tertutup. Tetapi kasus Newmont terhadap Indonesia menunjukkan konsekuensi yang muncul dari ancaman dengan klaim lebih dari miliaran dollar sebagai respon terhadap (usulan) kebijakan baru.

Keputusan Indonesia untuk membatalkan BIT nya dengan Belanda merupakan sebuah tindakan yang benar, namun tangan pemerintah saat ini juga terikat dalam upayanya untuk membatalkan perjanjian perlindungan

investasi yang tidak adil. Klausula *survival* memungkinkan perusahaan untuk menggugat pemerintah hingga sepuluh sampai dua puluh tahun setelah BIT tersebut selesai. Belanda sejauh ini tidak pernah menerima klaim semacam itu, namun dengan negosiasi TTIP Uni Eropa- AS yang sedang berlangsung dan konsensus yang sedang berkembang tentang bahaya yang ditimbulkan oleh klausul dalam perjanjian dagang, pengalaman Indonesia merupakan pelajaran yang bermanfaat bagi setiap pemerintah yang sedang mempertimbangkan untuk menandatangani perjanjian investasi. Ini adalah waktunya bagi negara-negara baik itu negara *Global South* dan *North* untuk mengkaji kembali kebijakan mereka dalam hal perdagangan dan investasi.

68 Newmont Indonesia restarts copper exports; supply overhang looms, Reuters, 30 September 2014

<http://af.reuters.com/article/commoditiesNews/idAFL3N0RV1V120140930?pageNumber=1&virtualBrandChannel=0>

69 Newmont gets export permit despite pending smelter fund, Jakarta Post, 20 September 2014

<http://www.thejakartapost.com/news/2014/09/20/newmont-gets-export-permit-despite-pending-smelter-fund.html>



Konfrensi Pers Soal Gugatan IMFA

Kasus 4

GUGATAN ISDS MENGHAMBAT PENERTIBAN KEBIJAKAN PERTAMBANGAN DI INDONESIA

Oleh : Aryanto Nugroho

“ tahun 2015, India Metals and Ferro Alloys Limited (IMFA) menggugat Pemerintah Indonesia melalui arbitrase internasional dan menuntut ganti rugi sebesar US\$ 581 juta atau sekitar Rp 7,7 ”

Bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat, demikian bunyi pasal 33 ayat (3) Undang-Undang dasar Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD RI Tahun 1945). Pasal ini menjadi dasar pemerintah untuk memberikan perizinan dalam pengelolaan Sumber Daya Alam (SDA), termasuk izin pertambangan didalamnya.

Tentu saja pemberian izin, apalagi menyangkut sektor strategis seperti SDA, harus melalui proses due diligence atau uji tuntas untuk memastikan pengelolaannya benar-benar transparan dan akuntabel. Perizinan di sektor SDA tidak semata-mata sekedar mengeksploitasi kekayaan alam, namun harus memperhatikan daya dukung lingkungan dan keberlanjutan untuk generasi mendatang. Selain itu, fungsi perizinan juga merupakan instrumen untuk mengendalikan pengelolaan sumber daya alam agar tidak over eksploitasi menjadi lahan basah pemburu rente.

Sayangnya, Indonesia memiliki serangkaian pengalaman buruk terkait pemberian izin pengelolaan SDA dalam 2 (dua) dekade terakhir. Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK) misalnya melalui Koordinasi dan Supervisi di sektor mineral dan batubara (Korsup Minerba) yang dimulai sejak tahun 2010 menemukan sejumlah persoalan akut di sektor minerba.

Pada tahun 2014, dari total 10.918 Izin

Usaha Pertambangan (IUP) yang diterbitkan oleh Pemerintah Pusat mau Pemerintah Daerah (Pemda), 4.877 IUP diantaranya berstatus Non Clean and Clear (CnC) dikarenakan permasalahan kewilayahan dan administratif; Terdapat IUP yang telah habis masa berlakunya sebanyak 5.986 IUP (Per 31 Desember 2016).⁷⁰

6,3 juta hektar kawasan hutan konservasi dan hutan lindung, dibebani oleh konsesi pertambangan (secara open pit) yang secara jelas melanggar ketentuan pemanfaatan hutan. Tumpang tindih antara konsesi kontrak dan perizinan tambang, jumlahnya mencapai 121 IUP yang tumpang tindih dengan KK, dan 50 IUP dengan PKP2B. Jutaan hektar lahan bekas tambang tidak direklamasi, serta 90% IUP tidak menempatkan jaminan reklamasi dan jaminan pascatambang.

KPK menemukan adanya tunggakan PNBP mencapai Rp. 25,5 Triliun, dikarenakan adanya dispute PPN untuk PKP2B generasi-1 sejumlah Rp. 21,8 Triliun, dan selebihnya tunggakan IUP yang sulit dilacak keberadaannya. Dari 10 ribuan lebih IUP, hanya 7.519 (70%) yang terdaftar di Ditjen Pajak, dan dari 7.519 tersebut hanya 84% yang memiliki NPWP, sisanya tidak teridentifikasi.

Menindaklanjuti hasil temuan tersebut, Korsup Mienerba sebagai bagian dari Gerakan Nasional Penyelamatan Sumber Daya Alam (GN-PSDA) dideklarasikan melalui penandatanganan piagam deklarasi "Penyelamatan Sumber Daya Alam" oleh Ketua KPK, Panglima TNI, Kapolri, dan Jaksa Agung pada 9 Juni

⁷⁰ Lihat link: https://www.minerba.esdm.go.id/show/show_halaman?halaman=4

2014 di Ternate, Maluku Utara. Deklarasi tersebut berisi pernyataan tekad untuk mendukung Tata Kelola SDA Indonesia yang bebas dari KKN, mendukung penyelamatan kekayaan SDA Indonesia dan melaksanakan penegakan hukum sektor SDA. Deklarasi tersebut diperbaharui kembali dengan penandatanganan GNPSDA pada 19 Maret 2015 di Istana Negara yang melibatkan 27 K/L di sektor Kehutanan, Perkebunan, Pertambangan, Kelautan dan Perikanan; Pemerintah Daerah (Pemda) dan Penegak Hukum terkait.

Sejumlah capaian positif telah dihasilkan dari pelaksanaan Korusup Minerba selama ini, di antaranya, berkurangnya jumlah IUP Non Clean And Clear (CNC) secara nasional, dari 4.877 IUP pada tahun 2014 menjadi tinggal 2.155 per Februari 2018, dengan penurunan sebanyak 2.722 IUP atau mencapai 56,8%; Naiknya jumlah penerimaan negara dari sektor Minerba, sejak pelaksanaan Korusup terhitung total, terdapat kenaikan lebih dari 30 (tiga puluh) triliun rupiah; Meningkatnya kepatuhan IUP dalam menempatkan jaminan reklamasi dari hanya 10% di tahun 2014, menjadi 60% di Juni, 2018.

Namun, pelaksanaan Korusup Minerba masih menyisakan berbagai persoalan yang menuntut segera tindak lanjutnya.

Diantaranya, penyelesaian 325 IUP seluas 793.523,07 Ha yang masuk hutan konservasi dan 1.349 IUP seluas 3.711.881,07 Ha yang masuk hutan lindung; penyelesaian piutang PNPB sebesar Rp 4,9 Triliun dimana Rp 19,8 Milyar dari KK, Rp 920 Milyar dari PKP2B dan Rp 3,98 Triliun dari IUP; sejumlah perusahaan KK & PKP2B serta ribuan IUP yang terindikasi belum/tidak membayar jaminan reklamasi dan pasca tambang. (ESDM, 22 Februari 2017).

AKSI GUGAT BALIK KORPORASI

Di satu sisi, upaya perbaikan tata kelola pertambangan yang diinisiasi oleh KPK bersama Kementerian terkait menghadapi sejumlah hambatan dan tantangan. Salah satunya adalah serangkaian gugatan balik dari perusahaan yang IUP-nya diakhirkan karena berakhir masa berlakunya atau dicabut karena berstatus Non CnC.

Tahun 2017, 10 (sepuluh) perusahaan pertambangan melakukan gugatan atas pencabutan IUP yang dilakukan oleh Pemprov Sumatera Selatan di Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN). Di Sulawesi Tengah, 6 (enam) perusahaan pertambangan melakukan gugatan terhadap Surat Keputusan (SK) Gubernur Sulawesi Tengah (Sulteng) terkait Penciptaan Wilayah Usaha Pertambangan yang tumpang tindih. Dalam putusannya, Majelis Hakim PTUN Palu menolak gugatan 2 (dua) dari 6 (enam) perusahaan dengan pertimbangan bahwa kebijakan yang dikeluarkan gubernur telah sesuai dengan amanat peraturan yang berlaku. Namun atas penerbitan SK tersebut pula, Kepala Dinas ESDM Sulteng ditetapkan sebagai tersangka atas pelanggaran Pasal 165 UU Minerba terkait penyalahgunaan kewenangan.

Sebelumnya, di tahun 2015, India Metals and Ferro Alloys Limited (IMFA) menggugat Pemerintah Indonesia melalui arbitrase internasional dan menuntut ganti rugi sebesar US\$ 581 juta atau sekitar Rp 7,7 triliun. Gugatan tersebut dilakukan karena IUP yang dimiliki PT. Sumber Rahayu Indah, yang sahamnya dimiliki oleh IMFA melalui anak perusahaannya, Indmet (Mauritius) Ltd, dan Indmet Mining Pte Ltd, dinyatakan berstatus Non CnC, sehingga tidak dapat

melakukan kegiatan operasi pertambangan.

Gugatan PT. IMFA yang dilayangkan pada tahun 2015 ini menjadi sorotan publik dan bahkan Wakil Presiden (Wapres) Jusuf Kalla pada Maret 2017 sampai harus mengumpulkan menteri-menteri terkait untuk membahas kasus ini secara khusus karena dampak buruk yang akan dihasilkan sangat besar apabila PT. IMFA sampai menang.

Tulisan ini, secara khusus akan menyoroti “serangan balik” IMFA di saat Pemerintah Indonesia berupaya untuk melakukan perbaikan tata kelola pertambangan, dan apa saja dampak negatif dari kasus PT. IMFA ini.

SENGKARUT IZIN TAMBANG DALAM KASUS IMFA

Pada tahun 2009, PT. Sumber Rahayu Indah mendapatkan IUP Operasi Produksi (OP) Surat Keputusan (SK) Bupati Barito Timur No. 569 Tahun 2009 seluas 3.674 hektar, berlokasi di Kecamatan Raren Batuah dan Dusun Tengah, Kabupaten Barito Timur, Kalimantan Tengah. Pada tahun 2010, PT. IMFA melalui 2 (dua) anak perusahaannya, yaitu: Indmet (Mauritius) Ltd, dan Indmet Mining Pte Ltd membeli kepemilikan PT. Sumber Rahayu Indah senilai US\$ 8,7 juta.

Namun, IUP yang dimiliki oleh PT. Sumber Rahayu Indah dikemudian hari dinyatakan berstatus Non CnC sehingga tidak dapat melakukan kegiatan operasi produksi. Status Non CnC tersebut diakibatkan adanya tumpang tindih dengan 7 (tujuh) perusahaan lain, yaitu

PT. Puspita Alam Kurnia dan PT. Tanjung Bartim Kurnia di Kabupaten Barito Timur, PT. Bintang Awai Bersinar dan PT. GEO Explo di Kabupaten Barito Selatan, serta PT. Putra Bara Utama, PT. Marangkayu Bara Makarti dan PT. Kodio Multicom di Kabupaten Tabalong, Provinsi Kalimantan Selatan.

Selain itu, IUP PT. Sumber Rahayu Indah diketahui berada di wilayah Kabupaten Barito Selatan, masih di provinsi yang sama yakni Provinsi Kalimantan Tengah. Sekaligus diketahui juga berada di wilayah Provinsi Kalimantan Tengah.

Banyak pihak menduga PT. IMFA tidak melakukan proses due diligence secara tuntas terlebih dahulu sekaligus diduga melakukan tindakan spekulatif berisiko tinggi pada saat melakukan pembelian PT. Sumber Rahayu Indah.

Di saat yang bersamaan, pada tahun 2014, keluar Undang-Undang Nomor 23 tentang Pemerintahan Daerah (UU Pemda) yang mencabut kewenangan penerbitan IUP oleh Kabupaten dan mengalihkan kewenangan tersebut kepada Pemerintah Provinsi dan Pemerintah Pusat, yang berkonsekuensi pula pada upaya penyelesaian permasalahan tumpang tindih kawasan IUP tersebut.

Pada akhirnya IMFA pada tahun 2015 melakukan gugatan ke Pengadilan Arbitase Internasional di Belanda, yang



didasarkan pada Pasal 3 dan Pasal 9 Bilateral Investment Treaty (BIT) antara Pemerintah Indonesia dengan Pemerintah India tahun 1999.

Pada saat tulisan ini disusun kasus gugatan PT. IMFA terhadap Indonesia masih belum selesai dan atau berstatus pending. Tuntutan dalam gugatan PT. IMFA menghitung potensial loss (potensi kerugian) dimulai dari 2010 sampai 2015 sehingga IMFA menuntut ganti kerugian kepada Indonesia senilai US\$ 581 juta atau setara Rp 7,7 triliun.

SIAPA DI BALIK IMFA

Indian Metals & Ferro Alloys merupakan perusahaan asal India yang didirikan tahun 1961 di Odisha yang terletak di bagian pesisir timur India, perusahaan ini bergerak di bidang tambang, paduan chrome dan listrik. PT. IMFA memiliki delapan anak perusahaan, antara lain: Indian Metals & Carbide Ltd, Utkal Power Ltd, Utkal Coal Ltd, IMFA Alloys Finlease Ltd, Utkal Green Energy Ltd, Indmet (Mauritius) Ltd, Indmet Mining (Pte) Ltd, Singapore, dan PT. Sumber Rahayu Indah, Indonesia.

IMFA yang di pimpin oleh Dr. Bansidhar Panda ini memiliki 33 rekanan/mitra dengan perusahaan lain, dan diantara 33 perusahaan mitra itu, lebih banyak perusahaan-perusahaan yang memang didirikan langsung oleh Dr. Bansidhar

Panda atau lingkungan keluarganya. Seperti, B Panda & Company Pvt Ltd, B Panda Trust, B.P.Solar Pvt Ltd, BP Developers Pvt Ltd, dan Panda Investment Pvt Ltd.

Bahkan, di dalam struktur organisasi IMFA sendiri banyak keterlibatan keluarga Dr. B. Panda dalam mengelola perusahaan tersebut, termasuk yang memegang jabatan Vice Chairman yakni Baijayant Panda dan Managing Director yakni Subhrakant Panda. Dan ternyata, IMFA merupakan perusahaan keluarga besar Dr. B. Panda termasuk beberapa perusahaan yang menjadi mitra dari IMFA yang dikelola langsung oleh Dr. B. Panda dan keluarganya.

DASAR GUGATAN IMFA: "KEBIJAKAN CLEAN AND CLEAR"

Salah satu penyebab adanya kasus gugatan PT. IMFA ini adalah kebijakan Pemerintah untuk melakukan penataan IUP melalui mekanisme CnC. Dilatarbelangi minimnya validitas data dan banyaknya permasalahan turunan akibat lonjakan perizinan di era desentralisasi, membuat Kementerian ESDM melalui Ditjen Minerba berinisiatif mengadakan rekonsiliasi nasional data IUP pada 3-6 Mei 2011. Rekonsiliasi itu yang bertujuan untuk mendapatkan data pasti dalam proses penataan IUP yang diterbitkan Pemda seluruh Indonesia. Untuk menyaring keberadaan tambang tersebut, maka dilakukan identifikasi melalui penetapan status CnC dan non-CnC yang diharapkan untuk mendapatkan data IUP nasional, sekaligus untuk mempercepat proses penyesuaian KP menjadi IUP sebagaimana diamanatkan oleh PP Nomor 23/2010

tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara.⁷¹

Sebelumnya, problematika tata kelola pertambangan minerba di Indonesia dipicu adanya booming perizinan tambang terjadi pasca diterapkannya desentralisasi di Indonesia pada tahun 2001, termasuk pemberian kewenangan kepada pemerintah daerah untuk menerbitkan izin pertambangan. Pada tahun 2001, izin tambang yang tercatat oleh pemerintah pusat diketahui hanya sebanyak 750-an izin, namun dengan peralihan kewenangan pemberian izin di era desentralisasi, angka izin minerba berkembang secara tidak terkontrol menjadi 8.000-an lebih di tahun 2008 (Tri Haryati, 2013). Angka tersebut melonjak lebih signifikan lagi menjadi 10.900-an lebih di tahun rentang 2010 hingga 2014. Dari angka tersebut 40% diantaranya adalah IUP batubara dengan total luasan mencapai 16,2 juta hektar (Ditjen Minerba, 2013). Sedangkan luasan untuk rezim izin PKP2B luasannya sekitar 1,95 juta hektar (Ditjen Planologi, 2014).

Selain itu, penataan IUP melalui mekanisme CnC didasarkan pada kondisi obyektif dimana kewajiban pelaporan penyelenggaraan usaha pertambangan di daerah oleh Pemda kepada Pusat tidak berjalan. Tumpang Tindih IUP yang dikeluarkan oleh Pemerintah Provinsi/Kabupaten/Kota. Ketidapatuhan di dalam Pembayaran PNPB oleh Pelaku Usaha Pertambangan (Pemegang IUP). Serta adanya PETI dan/atau IUP tidak patuh sebagai faktor penyebab penurunan kualitas lingkungan hidup (ESDM, 2017).

Rekonsiliasi dilakukan dengan mengundang pemerintah daerah (Bupati/Walikota/Gubernur) untuk menyamakan data (rekonsiliasi) dengan Kementerian ESDM dengan menyertakan kelengkapan administrasi yang meliputi: Surat Keputusan (SK) penerbitan IUP yang masih berlaku beserta lampiran peta dan koordinat, dokumen yang menunjukkan tidak terjadi tumpang tindih antar izin dan komoditas, dokumen terkait kewajiban keuangan, serta persetujuan Analisis Mengenai Dampak Lingkungan (AMDAL).

Berdasarkan hasil verifikasi tersebut, bagi IUP yang proses penerbitannya telah sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan dan tidak memiliki permasalahan administrasi dan tumpang tindih kewilayahan dan komoditas, dinyatakan berstatus CnC, dan dapat melanjutkan aktivitasnya baik eksplorasi maupun produksi. Sebaliknya, bagi pemegang IUP yang berstatus Non CnC otomatis tidak dapat melakukan kegiatan penambangan.

Pasca terbitnya UU Nomor 23/2014 (UU Pemda), sekaligus menindaklanjuti temuan Korsup Minerba KPK, Pemerintah menerbitkan Peraturan Menteri (Permen)ESDM Nomor 43 Tahun 2015 Tentang Tata Cara Evaluasi Penerbitan IUP yang memperkuat mekanisme evaluasi dan penertiban izin, dan khususnya melalui mekanisme audit CnC.

Mekanisme CnC yang diatur dalam Permen ESDM Nomor 43 Tahun 2015

⁷¹ Lihat PP Nomor 23/2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara.

adalah pemenuhan kewajiban IUP dalam aspek administrasi, kewilayahan, teknis, lingkungan dan finansial.

Aspek administrasi, meliputi:

- a) Pengajuan permohonan perpanjangan/peningkatan IUP/KP sebelum masa berlaku habis.
- b) Pencadangan dan permohonan KP ditetapkan sebelum UU 4/2009 terbit.
- c) KP eksploitasi merupakan peningkatan KP eksplorasi
- d) Tidak memiliki lebih dari 1 KP/IUP bagi badan usaha yang tidak terbuka.
- e) Jangka waktu berlakunya IUP eksplorasi/Operasi produksi tidak melebihi ketentuan UU No.4/2009.
- f) Pemohonan pencadangan wilayah tidak diajukan pada wilayah KK/PKP2B, KP dan IUP eksisting.
- g) KP yang masih berlaku setelah UU No.4 Tahun 2009.

Aspek Kewilayahan, meliputi :

- a) WIUP tidak tumpang tindih dengan WIUP lain yang sama komoditi.
- b) WIUP tidak tumpang tindih dengan WPN.
- c) Tidak tumpang tindih dengan wilayah administrasi kabupaten/kota atau provinsi lain.
- d) Koordinat IUP eksplorasi sesuai dengan koordinat pencadangan wilayah.
- e) Koordinat IUP OP berada di dalam koordinat IUP Eksplorasi.
- f) Koordinat IUP sejajar lintang bujur.

Aspek Teknis, meliputi :

- a) Laporan eksplorasi bagi pemegang IUP eksplorasi
- b) Laporan eksplorasi dan studi kelayakan bagi pemegang IUP

eksplorasi yang masuk tahap studi kelayakan dan IUP OP

Aspek lingkungan, meliputi :

- a) dokumen lingkungan hidup yang telah disahkan menurut ketentuan peraturan perundang-undangan.

Aspek Finansial, meliputi :

- a) Bukti pelunasan iuran tetap sampai tahun terakhir saat penyampaian bagi IUP eksplorasi.
- b) Bukti pelunasan iuran tetap dan iuran produksi sampai tahun terakhir saat penyampaian bagi IUP operasi produksi.

Bagi IUP yang berstatus Non CnC berdasarkan hasil evaluasi Permen ESDM 43/2015, Pemerintah Pusat dan Pemerintah Daerah diharuskan untuk melakukan penciptaan wilayah (yang tumpang tindih) dan/atau pencabutan IUP tersebut. Meskipun dalam prakteknya, belum semua IUP yang berstatus Non CnC dicituk dan/atau dicabut. Salah satu keengganan Pemerintah Daerah untuk melakukan penertiban IUP dikarenakan adanya upaya hukum melalui gugatan di PTUN maupun gugatan arbitrase sebagaimana yang dilakukan oleh IMFA.

Ada Indikasi Spekulatif, Gugatan IMFA Tidak Relevan

Berdasarkan dokumen "Statement of Defence" yang disusun oleh Pemerintah Indonesia dalam proses persidangan arbitrase, didapatkan sejumlah fakta, diantaranya:

Pemberian izin kepada PT. Sri Rahayu Indah sudah bermasalah bahkan pada saat fase eksplorasi. Kontrak

Pertambangan (KP) Eksplorasi yang didapatkan dari Bupati Barito Timur ternyata berada di luar wilayah Kabupaten Barito Timur; bertentangan dengan Perda RTRW Kalimantan Tengah; tidak sesuai dengan peta yang dikeluarkan oleh Kementerian ESDM dan Kementerian Kehutanan tahun 2006; tumpang tindih dengan KP eksplorasi PT. Bintang Awal Bersinar (terbit terlebih dahulu) dan PT. Geo Explo (terbit kemudian) yang diterbitkan oleh Bupati Barito Selatan; tumpang tindih dengan KP Eksplorasi PT. Kodio Multicom, PT. Marangkayu Bara Makarti, dan PT. Putra Bara Utama yang diterbitkan oleh Bupati Tabalong.

Menariknya, pada tanggal 1 Desember 2009, PT Sri Rahayu Indah mengajukan amandemen IUP Eksplorasi yang mensyaratkan sejumlah kewajiban yang harus dipenuhi. Namun, pada tanggal 5 Desember 2009 atau 4 hari setelah pengajuan amandemen IUP Eksplorasi, PT. Sri Rahayu Indah mengajukan peningkatan IUP Operasi Produksi (OP) tanpa terlebih dahulu memenuhi kewajiban-kewajiban yang ditentukan berdasarkan peraturan perundang-undangan.

Pun, dengan IUP OP yang diterbitkan oleh Bupati Barito Timur melalui SK No. 569 Tahun 2009 pada tanggal 8 Desember 2009 setelah ditinjau lebih lanjut, ternyata: berada di luar wilayah Kabupaten Barito Timur, bertentangan dengan Perda RTRW Kalimantan Tengah; tidak sesuai dengan peta yang dikeluarkan oleh Kementerian ESDM dan Kementerian Kehutanan tahun 2006; dan tumpang tindih dengan 7 (tujuh) perusahaan tambang lainnya.

Sepanjang 2010-2012, IUP OP PT. Sri Rahayu Indah juga diketahui tidak

melaksanakan sejumlah kewajibannya seperti menyampaikan RKAB, rencana investasi, rencana reklamasi dan pascatambang, laporan triwulan dan laporan tahunan.

Dengan fakta-fakta tersebut, berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku, baik UU Nomor 4 Tahun 2009 (UU Minerba) maupun turunannya, sudah tepat apabila keberadaan IUP OP (bahkan IUP Eksplorasi) dari PT. Sri Rahayu Indah dinyatakan sebagai IUP yang berstatus Non CnC, dan sudah selayaknya dicabut, terlepas dari adanya problem dalam pemberian izin oleh Bupati Barito Timur.

Dugaan PT. IMFA tidak melakukan proses due diligence secara tuntas terlebih dahulu sekaligus diduga melakukan tindakan spekulatif beresiko tinggi pada saat melakukan pembelian PT. Sumber Rahayu Indah, nampak nyata fakta di atas.

Di satu sisi, pembelian PT. Sri Rahayu Indah oleh PT. IMFA dengan skema indirect investment melalui 2 (dua) anak perusahaannya, yaitu PT. Indmet yang berbasis di Singapore dan PT. Sri Indo Capital Ltd. yang berbasis di Uni Emirates Arab diduga tidak cermat dan spekulatif. Selain tidak cermatnya anak perusahaan IMFA dalam melakukan due diligence khususnya terkait bisnis pertambangan PT. Sri Rahayu Indah, di Indonesia, yang terdaftar sebagai perusahaan PMA adalah PT. Indmet dan PT. Sri Indo Capital, bukan IMFA. BKPM sebagai pemberi izin PMA juga secara jelas menyebutkan tidak ada hubungannya antara IMFA dengan status PMA PT. Sri Rahayu Indah, terlebih lagi status IUP OP PT. Sri Rahayu Indah. Selain itu, ada dugaan penggunaan nominee dalam konteks proses pembelian PT. Sri

Rahayu Indah yang secara hukum di Indonesia, penggunaan nominee sangat dilarang.

Dengan demikian, secara hukum internasional pun, upaya IMFA melakukan gugatan arbitrase menjadi tidak relevan. Kalaupun ada upaya hukum terkait problem tumpang tindih IUP, tempatnya adalah di PTUN dalam yurisdiksi Indonesia. Itu pun, bukan PT. IMFA yang melakukan gugatan.

Namun demikian, Pemerintah Indonesia tidak boleh tinggal diam begitu saja. Apabila, pengadilan arbitrase internasional mengabulkan gugatan PT. IMFA tentu saja ini akan menjadi preseden yang buruk sekaligus langkah mundur dalam upaya Pemerintah melakukan perbaikan tata kelola pertambangan di Indonesia. Untuk itu, keterlibatan seluruh instansi terkait, termasuk Jaksa Agung sebagai pengacara hukum negara dalam kasus ini sangat dibutuhkan.

Apalagi forum arbitrase internasional memiliki banyak kelemahan yang dapat melemahkan posisi Indonesia sebagai sebuah negara hukum yang berdaulat. Proses beracara melalui arbitrase yang menurut teori dapat dilalui dengan cepat dan hasilnya memuaskan kedua belah pihak, dalam praktek bisa berbeda. Kasus sengketa antara Hotel Kartika Plaza Indonesia melawan PT. Amco Internasional yang membuat ICSID harus memutuskan hingga tiga kali, memakan waktu lebih kurang dua belas tahun, yaitu sejak pengajuan gugatan pertama kali pada tanggal 15 Januari 1981 sampai pada

putusan pembatalan kedua tanggal 3 Desember 1992.⁷²

Selain itu, isu negatif dari arbitrase internasional juga dapat dilihat dari indikasi adanya "*inner mafia*" pada profesi arbiter internasional. Data mencatat bahwa tiga top *law firms* menangani 130 kasus investasi pada tahun 2011, dan hanya 15 arbiter yang hampir semuanya dari eropa, US, atau Kanada telah memutuskan 55% kasus investasi yang terkemuka. Arbiter ini selain berprofesi sebagai arbiter, juga berprofesi sebagai konsultan, saksi, bahkan sebagai *member of the board of major multinational corporations*.⁷³

"EFEK LIAR" KASUS PT. IMFA

Sebagaimana yang disebutkan di awal tulisan ini, adanya gugatan balik dari perusahaan tambang baik melalui PTUN maupun arbitrase internasional menyebabkan keengganan sejumlah Pemda untuk mencabut IUP Non CnC. Sampai dengan Februari 2019 ini saja, Kementerian ESDM masih mencatat setidaknya 542 IUP Non CnC belum dicabut oleh Pemda.

Jangan sampai gugatan PT. IMFA ini menjadi pembenaran atas masih beroperasinya IUP Non CnC di seluruh Indonesia. Kasus ini menjadi pembelajaran penting bagi Pemerintah Pusat maupun Pemda untuk tidak begitu mudahnya mengeluarkan izin pertambangan. Pemberian IUP Eksplorasi maupun IUP OP PT. Sri Rahayu Indah di Kabupaten Barito Timur mengkonfirmasi

⁷² Sudargo Gautama, Arbitrase Bank Dunia Tentang Penanaman Modal Asing di Indonesia dan Jurisprudensi Indonesia Dalam Perkara Hukum Perdata (Bandung: Alumni, 1994) hlm. 1-15

⁷³ Lebih lanjut lihat Pia Eberhard & Cecilia Olivet, Profiting From Injustice (Brussels/Amsterdam: Corporate Europe Observatory and The Transnational Institute, 2012) hlm. 7-9

bahwa memang selama ini, proses due diligence yang dilakukan tidak berjalan sebagaimana yang diatur dalam peraturan perundangan.

Laporan OECD tahun 2016 berjudul Laporan mengenai Korupsi dalam Rantai Nilai Ekstraktif (*Report on Corruption in the Extractive Value Chain*) menekankan bahwa risiko korupsi dapat timbul pada berbagai titik di rantai pasokan: mulai dari fase pengambilan keputusan untuk melakukan ekstraksi hingga penggunaan penerimaan. Laporan tersebut mengungkapkan bahwa sebagian besar kasus korupsi dalam industri ekstraktif yang disurvei terdapat dalam “penerbitan izin pertambangan, minyak dan gas”, dan fase “operasi dan peraturan ekstraksi” (34 dari 59 kasus), sementara kasus-kasus lainnya terdapat dalam fase “pengumpulan penghasilan”. Jenis-jenis pelanggaran yang terjadi termasuk penyuapan pejabat pemerintah, penggelapan uang, penyalahgunaan dan pengalihan dana publik, penyalahgunaan jabatan, pertukaran pengaruh, favoritisme, pemerasan, penyuapan pejabat domestik, dan uang pelicin.

Kajian Transparency International Indonesia menunjukkan setidaknya 35 jenis risiko korupsi, dengan 86% dari risiko-risiko tersebut sangat mungkin terjadi dan/atau akan berdampak sangat parah. Risiko korupsi terbesar berasal dari kerentanan dalam proses pemberian izin (54%), kemudian risiko yang berkaitan dengan praktik-praktik dalam proses pemberian izin (20%).

Fakta bahwa IUP OP PT. Sri Rahayu Indah tidak menyampaikan jaminan reklamasi dan pascatambang juga mengkonfirmasi bahwa dalam prakteknya aktivitas

pertambangan di Indonesia mengabaikan kewajiban lingkungannya. Tercatat sebanyak 60% atau 1.569 dari 2.579 pemegang IUP PMDN, tidak menempatkan dana jaminan reklamasi (Ditjen Minerba, Juli 2018). Padahal telah nyata kerusakan yang ditimbulkan atas tidak dilakukannya reklamasi di bekas galian tambang. Sebagai contoh, aktivitas tambang telah mengakibatkan degradasi dan alih fungsi lahan sekitar 100.000 hektar (Mongabay, Juni 2018). Terlebih lagi, banyak lubang-lubang bekas tambang (baik pada fase pascatambang maupun masih fase produksi) dibiarkan begitu saja tanpa direklamasi. Bahkan hingga tulisan ini disusun, lubang tambang batubara di Kalimantan Timur tercatat telah menelan korban sebanyak 32 orang yang bermukim di sekitar area pertambangan.

Dugaan penggunaan *nominee* dalam proses bisnis PT. Sri Rahayu Indah apabila terus dibiarkan akan berdampak pada adanya upaya kejahatan perpajakan di Indonesia. Kajian PWYP Indonesia (2014) menyebutkan dari sekitar Rp 1.387 triliun uang beredar di sektor minyak bumi dan gas (migas) dan mineral dan batubara (minerba), ribuan pengusaha menikmati penghasilan dari mengeruk kekayaan di sektor pertambangan (BPS, 2014 & BI, 2014). Namun, hanya sekitar Rp 96,9 triliun yang dapat ditarik pajaknya (DJP, 2014).

Dokumen Panama Papers yang mengungkap kekayaan tersembunyi pemimpin dan politisi dunia, termasuk 1.038 wajib pajak Indonesia, makin memperkuat fenomena ini. Aliran uang haram (illicit financial flow outflow) di Indonesia dalam kurun waktu 2005-2014

mencapai USD 208 juta hingga USD 334 juta. Angka ini menempatkan Indonesia di urutan ke-8 negara dengan aliran uang haram terbesar di dunia (GFI, 2017). PWYP Indonesia mencatat aliran uang haram di sektor pertambangan pada 2014 diperkirakan mencapai Rp23,89 triliun, dan Rp21,33 triliun di antaranya berasal dari transaksi perdagangan ilegal serta Rp2,56 triliun berasal dari praktek penghindaran atau pengelabuan pajak (tax evasions).

Di satu sisi, paradigma pemerintah terkait perizinan masih berkuat pada upaya memberikan kemudahan berusaha. Sehingga, upaya yang dilakukan lebih banyak melakukan deregulasi maupun debirokratisasi untuk mempermudah izin. Namun, harus diingat bahwa harus ada pengecualian dalam konteks perizinan di sektor SDA, apalagi berkaitan dengan keberlanjutan dan nasib generasi selanjutnya.

Yang patut diingat, izin juga merupakan instrumen untuk melakukan pengawasan dan pengendalian. Sayangnya aspek pengawasan dan penegakan hukum sektor pertambangan di Indonesia masih sangat lemah. Saat ini Kementerian ESDM hanya punya 260 Inspektur Tambang dan 34 Pejabat Penyidik Pegawai Negeri Sipil (PPNS). Sangat ironis apabila dibandingkan dengan total 5.717 Izin Usaha Pertambangan (IUP) yang harus diawasi.

Penegakan hukum dalam hal ini juga sangat lemah. Sejauh ini, pemerintah hanya memberlakukan sanksi administratif yang nyatanya tidak

diindahkan oleh perusahaan. Pemerintah seharusnya menggunakan instrumen pidana, baik yang telah diatur dalam UU 4/2009 tentang Pertambangan Minerba maupun UU 32/2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup (PPPLH), maupun terhadap seluruh perusahaan yang terbukti tidak patuh terhadap kewajiban lingkungan yang menimbulkan dampak kerusakan lingkungan hidup yang signifikan dan menyebabkan hilangnya nyawa.

Penindakan melalui pendekatan multidoor mutlak dilakukan dalam penegakan hukum kejahatan di sektor SDA, termasuk di dalamnya menjerat korporasi pelaku tindak kejahatan SDA dengan tindak pidana korporasi (*corporate crime liabilitas*) dan penguatan sistem integritas dalam pemberian izin dan kontrak-kontrak pertambangan juga sangat penting. Pengembangan sistem anti-suap dan perlindungan *whistle blower*, serta reformasi sistem perizinan/kontrak dan pengawasan merupakan beberapa langkah perbaikan integritas dalam tata kelola sektor energi dan sumber daya alam.

4 SENGKETA INVESTASI BIKIN NEGARA

Oleh: Rachmi Hertanti, SH., MH

Berita kemenangan Pemerintah Indonesia atas perusahaan tambang asal India, India Metal & Ferro Alloys Ltd.(IMFA) pada 29 Maret 2019 lalu, terus menggema. Sebelumnya Pemerintah Indonesia juga menang atas Rafat Ali Rizvi dan Churchill Mining. Para investor asal Inggris itu menyeret Indonesia ke sengketa arbitrase berdasarkan Bilateral Investment Treaty (BIT) antara Indonesia dan Inggris tahun 1976.

Dalam 9 tahun terakhir, sejak 2011, Indonesia kerap menghadapi sengketa investasi ke lembaga arbitrase internasional. Sengketa itu diajukan oleh investor asing karena Indonesia dituduh telah melanggar isi dari *Bilateral Investment Treaty (BIT)*. Dari total kasus yang ada mayoritas tuntutan berasal dari perusahaan tambang asing, seperti Churchill Mining, Planet Mining, Newmont, dan IMFA. Dua kasus lainnya berasal dari tuntutan perusahaan di sektor pengolahan sawit dan keuangan, yaitu Oleovest dan Rafat Ali Rizvi.

Catatan atas kemenangan Indonesia boleh jadi semakin memberikan rasa percaya diri Pemerintah terhadap sengketa investasi. Tetapi Pemerintah harus tetap waspada dengan sengketa serupa dan dampaknya yang akan timbul dari perjanjian investasi internasional yang ditandatangani Pemerintah Indonesia, baik dalam Bilateral Investment Treaty (BIT) maupun dalam FTA atau CEPA. Pasalnya, perjanjian-perjanjian itu juga memuat bab perlindungan investasi. Singkatnya, mekanisme sengketa yang diatur akan tetap membuka peluang investor asing untuk menggugat Indonesia. Mekanisme ini dikenal dengan *Investor-State Dispute Settlement (ISDS)*.

Sebelumnya, di era Presiden Susilo Bambang Yudhoyono (SBY), pada 2013 Indonesia telah melakukan review dan mengambil langkah penghentian kerjasama sebanyak 63 BIT yang dimiliki Indonesia. Abdul Kadir Jailani, Duta Besar Indonesia untuk Kanada yang sebelumnya menjabat sebagai Direktur Perjanjian Ekonomi dan Sosbud Kemlu, dalam tulisannya "*Indonesia's Perspective on Review of Internasional Investment Agreement*" (Jurnal South Center, 2015), menyatakan secara tegas bahwa salah satu alasan Pemerintah Indonesia melakukan review terhadap BIT adalah karena mekanisme ISDS yang telah meningkatkan exposure Indonesia terhadap klaim investasi dalam arbitrase internasional.

Lebih lanjut, Krzysztof J. Pelc, ahli perdagangan internasional, dalam tulisannya "*Does the International Investment Regime Induce Frivolous Litigation?*" (SSRN Journal, 2016) menggambarkan bagaimana sengketa investasi yang muncul dari perjanjian investasi mengancam kedaulatan negara dan demokrasi. Secara tegas ia menyatakan bahwa tuntutan hukum investor terhadap negara yang menggunakan perjanjian investasi lebih didorong oleh keinginan untuk mencari kompensasi moneter dari kebijakan hukum negara-negara dengan demokrasi yang stabil dan dengan peradilan independen.

Bahkan laporan Colombia Center on Sustainable Investment tahun 2018 yang berjudul "*Costs and Benefits on Investment Treaties*", mengemukakan tentang potensi adanya biaya kerugian yang akan diderita jika perjanjian investasi dengan mekanisme

ISDS diadopsi sebuah Negara. Setidaknya dari tujuh kerugian, ada empat kerugian yang paling penting. Pertama, biaya litigasi. Kedua, biaya pembayaran kompensasi. Ketiga, biaya politik akibat hilangnya ruang kebijakan Negara. Keempat, biaya reputasi.

Intinya, meskipun Pemerintah Indonesia menang tetap saja akan menjadi pihak yang dikalahkan. Hal ini karena resiko ekonomi dan politik yang muncul dari sengketa investasi akan tetap ditanggung oleh Pemerintah. Bahkan, pernyataan Krzystof sudah terbukti ketika perusahaan multinasional kalah, maka mereka akan terus berupaya mencari celah hukum untuk menghindari kewajiban yang muncul dari putusan arbitrase. Praktek itu dilakukan oleh Churchill Mining ketika pada 2016 ICSID memenangkan Indonesia, yang hingga saat ini Churchill belum melaksanakan kewajibannya.

“TRIK LICIK” CHURCHILL HINDARI KEWAJIBAN

Dalam pernyataan Pemerintah di berbagai media massa disebutkan bahwa kemenangan atas IMFA dianggap telah menyelamatkan Indonesia dari ancaman pembayaran kompensasi atas kerugian yang diderita investor sebesar US\$469 Juta atau setara dengan Rp.6,6 Triliun. Bahkan, Sri Mulyani menganggap Jaksa Agung sebagai pahlawan karena telah dapat mengembalikan uang negara sebesar US\$ 2,9 juta plus 361.247 poundsterling atau setara Rp 50 miliar yang dikeluarkan untuk membayar ongkos perkara selama ini. Hal ini karena putusan arbitrase mengenai *award on cost* telah memerintahkan IMFA akibat kekalahannya untuk membayarkan ongkos perkara yang telah dikeluarkan oleh Indonesia.

Namun, kita perlu belajar dari pengalaman kasus Churchill. Proses yang tidak mudah harus ditempuh pemerintah untuk bisa mendapatkan haknya atas putusan ICSID. Selain itu, ditemukan indikasi bahwa ada niat buruk Churchill untuk menghilangkan hak Indonesia atas *Award on Cost* dalam putusan sebelumnya.

Pada kasus Churchill Mining Plc dan Planet Mining Pty Ltd yang telah diputus pada 22 Desember 2016, ICSID memerintahkan agar Churchill Mining, akibat kekalahannya, membayarkan biaya administrasi di ICSID yang timbul sebesar US\$800.000 dan menanggung 75% dari total biaya yang telah dikeluarkan oleh Pemerintah Indonesia yakni sebesar US\$8,6 Juta. Sengketa Churchill Mining terhadap Pemerintah Indonesia diajukan pada 22 Juni 2012 berdasarkan Bilateral Investment Treaty (BIT) antara Indonesia dengan Inggris tahun 1976.

Namun, pada 31 Maret 2017 Churchill Mining dan Planet Mining kembali mengajukan permohonan pembatalan (*Annulment Application*) kepada ICSID yang mengakibatkan penegakan atas putusan sebelumnya tidak dapat dilakukan. Artinya, uang penggantian biaya perkara menjadi tertunda untuk didapatkan. Ada indikasi bahwa *Annulment Application* menjadi salah satu strategi bagi Churchill dan Planet untuk menghindari kewajibannya membayarkan biaya penggantian perkara kepada Pemerintah Indonesia.

Mempelajari dari Putusan ICSID pada 18 Maret 2019 (*ICSID Case No. ARB/12/14 and 12/40*), atas permohonan *Annulment* yang diajukan oleh Churchill, Pemerintah Indonesia mendesak kepada Komite ICSID untuk memerintahkan Churchill Mining

memberikan biaya jaminan (*Security Cost*) sebesar US\$ 2 juta ke rekening penampungan yang disepakati dalam jangka waktu 14 hari sejak Putusan Komite ICSID. Bukan hanya itu, pemerintah Indonesia juga mendesak agar Churchill mengganti seluruh biaya yang dikeluarkan selama proses perkara *Annulment Application* tersebut berjalan.

Putusan sela Komite ICSID pada 27 Juni 2017 menyatakan proses permohonan pembatalan akan dilanjutkan dengan syarat agar Churchill dan Planet melakukan upaya terbaik mereka untuk membayarkan jaminan (*security cost*). Atas perintah tersebut, Churchill kemudian menjaminkan sebuah properti yang berlokasi di Provinsi Kalimantan Timur (Indonesia), yakni sebuah "Port Land" yang diklaim oleh Churchill dan Planet dimiliki atas nama PT. Techno Coal Utama Prima (TCUP).

Namun, dalam sangkalannya, Pemerintah Indonesia berpendapat bahwa PT.TCUP tidak dapat memiliki tanah atau lahan mengingat Undang-undang No.5 tentang UU Pokok Agraria menyatakan hanya 'orang' yang dapat memiliki hak kepemilikan (hak milik) atas tanah. Satu-satunya hak yang dapat dimiliki oleh badan hukum, seperti perusahaan, adalah Hak atas Guna Usaha (HGU) atau Hak atas Guna Bangunan (HGB).

Pemerintah Indonesia mencoba membuktikan bahwa sebenarnya PT.TCUP tidak pernah memperoleh sertifikat tanah untuk *Port Land* karena tidak pernah mengajukan permohonan, apalagi memperoleh, izin lokasi yang diperlukan dari Badan Pertanahan Nasional (BPN). Bahkan, pernyataan

Pemerintah membuka kenyataan bahwa PT.TCUP memberi kompensasi kepada penduduk desa yang mengolah tanah di Port Land padahal diketahui penduduk tidak memiliki hak kepemilikan atas lahan tersebut, mengingat tanah tersebut merupakan tanah negara.

Trik licik lain menurut Pemerintah yang coba dilakukan Churchill mining untuk menghindari dari kewajibannya adalah ditemukan fakta bahwa pada 22 November 2017, Churchill Mining mengalihkan seluruh asetnya kepada pihak ketiga, yakni Pala Investment Ltd, yang mengakibatkan hak Pemerintah Indonesia menjadi tidak prioritas atas aset yang dimiliki Churchill. Dalam perspektif hukum Inggris berarti menjadikan Indonesia sebagai "*unsecured creditor*", sehingga berdampak terhadap ketidakpastian atas jaminan penggantian biaya perkara yang harus dibayarkan kepada Indonesia. Pemerintah Indonesia menuduh Churchill telah melanggar kesepakatan yang dibuat sebelumnya.

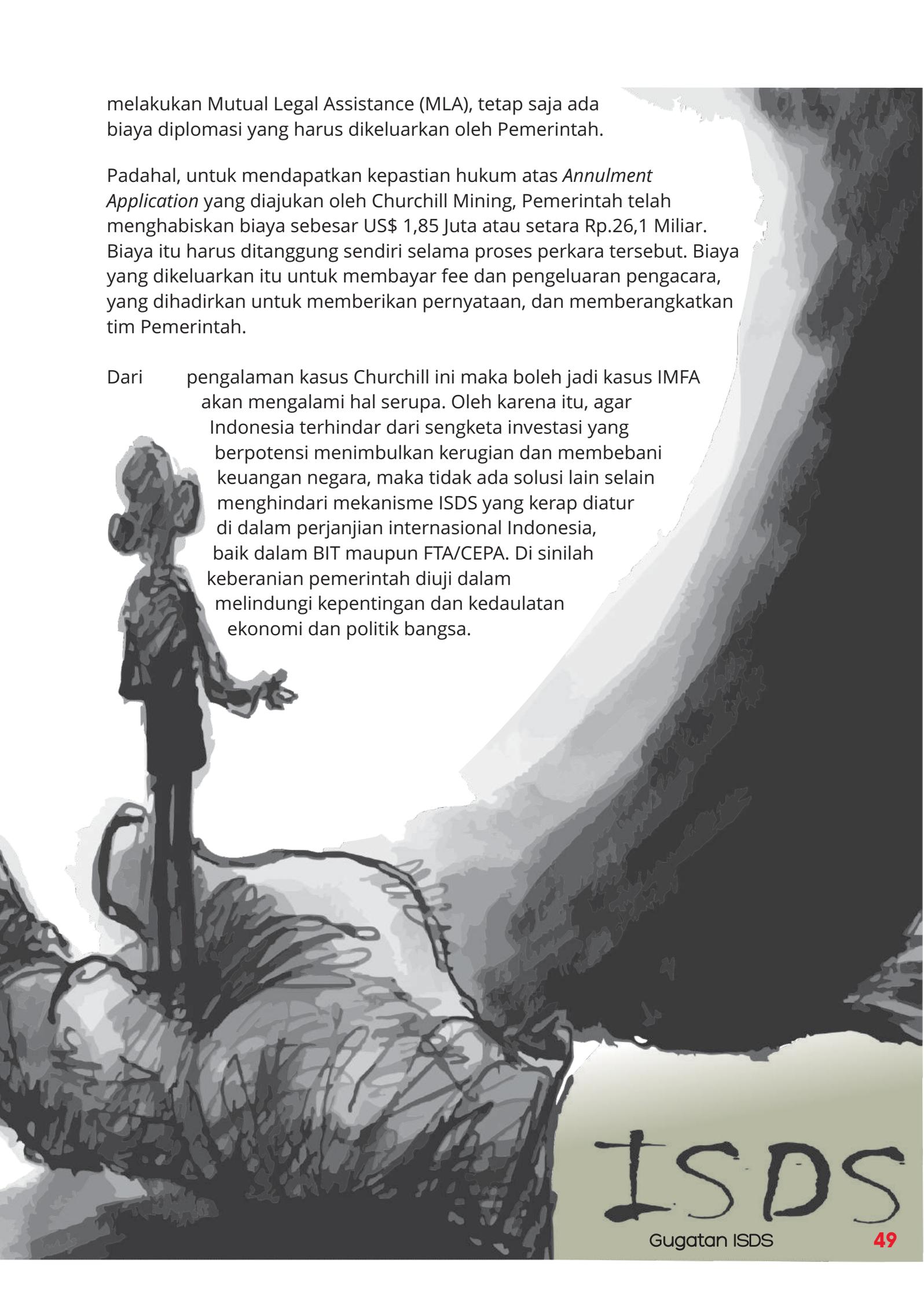
Sehingga, walaupun pada 18 Maret 2019 Pemerintah Indonesia kembali mendapatkan kemenangan atas Churchill Mining, ICSID telah menolak permohonan *Annulment of the Awards*, Pemerintah Indonesia juga tetap akan menghadapi persoalan yang sama. Hal itu disebabkan tidak adanya itikad baik dari perusahaan multinasional tersebut untuk menjalankan kewajibannya. Jika pun pada akhirnya pemerintah memaksa untuk menyita aset Churchill ataupun



melakukan Mutual Legal Assistance (MLA), tetap saja ada biaya diplomasi yang harus dikeluarkan oleh Pemerintah.

Padahal, untuk mendapatkan kepastian hukum atas *Annulment Application* yang diajukan oleh Churchill Mining, Pemerintah telah menghabiskan biaya sebesar US\$ 1,85 Juta atau setara Rp.26,1 Miliar. Biaya itu harus ditanggung sendiri selama proses perkara tersebut. Biaya yang dikeluarkan itu untuk membayar fee dan pengeluaran pengacara, yang dihadirkan untuk memberikan pernyataan, dan memberangkatkan tim Pemerintah.

Dari pengalaman kasus Churchill ini maka boleh jadi kasus IMFA akan mengalami hal serupa. Oleh karena itu, agar Indonesia terhindar dari sengketa investasi yang berpotensi menimbulkan kerugian dan membebani keuangan negara, maka tidak ada solusi lain selain menghindari mekanisme ISDS yang kerap diatur di dalam perjanjian internasional Indonesia, baik dalam BIT maupun FTA/CEPA. Di sinilah keberanian pemerintah diuji dalam melindungi kepentingan dan kedaulatan ekonomi dan politik bangsa.



ISDS

Gugatan ISDS

Antara tahun 2009 dan 2010, Indonesia diguncang oleh kasus mega-korupsi Bank Century yang melibatkan beberapa pejabat tinggi pemerintah. Jauh Dari hingar bingar itu dua orang asing yang mengaku sebagai pemilik Bank Century, yaitu Rafat Ali Rizvi dan Hesham al Warraq, mengajukan gugatan menyoal investasi internasional melalui ISDS atau forum penyelesaian perselisihan investor-negara (ISDS) dengan mempertaruhkan ratusan juta dolar.

Kasus Rafat Ali Rizvi

Pada tahun 2011, Churchill Mining dan mitranya di Indonesia, PT Ridlatama, mengajukan banding atas putusan Pengadilan Negeri Samarinda, Kalimantan Timur.

Pengajuan gugatan tersebut didasarkan pada pencabutan 4 izin penambangan

Kasus Churchill Mining - Planet Mining

Pada bulan Juli 2014, perusahaan tambang Newmont membawa kasus melawan Indonesia menggunakan BIT Indonesia – Belanda di International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID).

Kasus Newmont Nusa Tenggara

Pada tahun 2015, India Metals and Ferro Alloys Limited (IMFA) menggugat Pemerintah Indonesia melalui arbitrase internasional dan menuntut ganti rugi sebesar US\$ 581 juta atau sekitar Rp 7,7

Kasus India Metal Ferro Alloys

Diterbitkan oleh:
Indonesia for Global Justice, 2019

Sekretariat:
Jl. Laboratorium No. 7, Komplek PLN Duren Tiga, Pancoran, Jakarta Selatan.
Website : www.igj.or.id
Email : igj@igj.or.id

