

Laporan dan Ulasan

Seri Diskusi Keadilan Ekonomi

-Indonesia for Global Justice-

24 Februari 2017

“FREEPORT DAN ANCAMAN GUGATAN ISDS”

1. RIWAYAT DAN KONDISI TERKINI

Freeport-McMoran Inc melakukan penambangan di Indonesia sejak tahun 67-an, investasi Freeport adalah investasi asing pertama yang masuk Indonesia. Hubungan perdata Pemerintah Indonesia dan Freeport dibentuk dalam Kontak Karya (KK) – Contract of Work yang disepakati sebelum adanya Undang-Undang Pokok Pertambangan (UU 11/1967). Freeport kemudian mendapat perpanjangan KK pertama pada Desember 1991 dan masih berhak untuk mendapat satu kali perpanjangan KK dengan periode dua kali sepuluh tahun (20 tahun).

Namun perubahan bentuk rezim kerjasama terjadi setelah terbitnya UU Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara (UU Minerba). UU Minerba menghendaki pengelolaan pertambangan mineral dan batubara tidak lagi dalam bentuk kontrak, melainkan izin. Meski demikian UU Minerba masih mengakui keberadaan KK (yang sudah ada sebelum UU Minerba) hingga masa berakhirnya KK, dengan ketentuan harus dilakukan penyesuaian dan perubahan menjadi skema izin, tak terkecuali KK Freeport.

Pasal 112B ayat 2 Peraturan Pemerintah (PP) Nomor 24 Tahun 2012 tentang Perubahan PP Nomor 23 Tahun 2010 –turunan UU Minerba- menyebutkan “untuk menjadi Izin Usaha Pertambangan (IUP) pemegang KK mengajukan permohonan kepada Menteri paling cepat dua tahun dan paling lambat enam bulan sebelum masa berakhirnya KK.” Sehingga dalam konteks Freeport, pengajuan (sekaligus perubahan menjadi izin) dapat dilakukan pada 2019 mendatang (tahun Pilpres), mengingat KK Freeport berakhir pada 2021.

Berbagai perdebatan bergulir mengenai skema kerjasama dalam pengelolaan pertambangan mineral dan batubara di Indonesia. Salah satunya mengenai bagaimana

menafsirkan “kedaulatan” dalam sebagaimana diamanatkan dalam Pasal 33 UUD 1945. Terkait hal itu, Peneliti Publish What You Pay (PWYP) Indonesia, Aryanto Nugroho mengatakan Pasal 33 UUD 1945 dengan jelas menyebutkan, kekayaan alam Indonesia diperuntukkan bagi sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. “Pertanyaan selanjutnya adalah, apakah pemanfaatan kekayaan alam itu melalui harus ditafsirkan melalui kegiatan eksploitasi. Padahal, kegiatan eksploitasi (khususnya pertambangan mineral dan batubara) telah menunjukkan kemampuannya dalam merusak lingkungan hidup (baca: alam) di Indonesia.”¹

Ia juga mengatakan, konflik yang kini berkembang (antara Pemerintah Indonesia dan Freeport) tidak perlu terjadi jika Pemerintah berani tegas tidak memperpanjang KK paska 2021. Menanggapi hal tersebut, dua pemateri lainnya -dalam Seri Diskusi Keadilan Ekonomi- menilai soal tidak diperpanjangnya KK tidak dapat dilihat secara sederhana karena hal itu juga memiliki pengaturannya dalam KK.

Perdebatan seputar Freeport belakangan ini (awal 2017) juga masih berputar pada persoalan lama (termasuk soal kedaulatan atas sumber daya alam) dan hal lainnya seperti divestasi saham, smelter, pajak, royalty, tenaga kerja. Semua perdebatan itu dibungkus dalam bingkai bisnis (pendapatan negara), misalnya perbincangan mengenai divestasi 51% yang ditekankan Pemerintah Indonesia kepada Freeport, pun demikian dengan pembangunan fasilitas pengolahan dan pemurnian (smelter). Dan belum ada perdebatan yang lebih maju, khususnya bagaimana menyelesaikan persoalan Masyarakat Adat di Papua (khususnya Amungme dan Kamoro) serta persoalan pelanggaran HAM dan Lingkungan Hidup. Jika pun ada pembicaraan antara Pemerintah Pusat dan Pemerintah Daerah di Papua, hal itu masih pada konteks divestasi saham.

Mengenai pelibatan masyarakat Papua, ketiga pemateri cukup satu suara, bahwa pembicaraan persoalan Freeport hendaknya melibatkan masyarakat Papua. Dan dalam konteks arbitrase internasional hal itu dapat dilakukan melalui mekanisme “amicus curiae/friend of the court” untuk memberikan perspektif lain dalam melihat persoalan di samping perspektif para pihak. Sayangnya skema ini tidak menempatkan pihak ketiga sebagai para pihak sebagaimana pihak yang berkonflik.

Jika ada yang baru dalam pusingan konflik Pemerintah Indonesia dan Freeport, hal itu berkaitan dengan beberapa peraturan yang diterbitkan pada awal 2017, aturan yang justru menjadi akar konflik. Aturan tersebut adalah Peraturan Pemerintah Nomor 1 Tahun 2017 tentang Perubahan Keempat Atas Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara; Peraturan Menteri ESDM Nomor 5 Tahun 2017 tentang Peningkatan Nilai Tambah Mineral Melalui Kegiatan Pengolahan dan Pemurnian di Dalam Negeri; dan Peraturan

¹ Disampaikan pada Seri Diskusi Kedaulatan Ekonomi yang digelar IGI pada 24 Februari 2017

Menteri ESDM Nomor 6 Tahun 2017 tentang Tata Cara dan Pemberian Rekomendasi Pelaksanaan Penjualan Mineral ke Luar Negeri Hasil Pengolahan dan Pemurnian.

Aturan-aturan tersebut menegaskan kembali dilakukannya divestasi sebesar 51% (sudah ada dalam KK); relaksasi ekspor selama lima tahun ke depan; perubahan status KK menjadi IUPK.

Perubahan KK Freeport menjadi IUPK yang dilakukan 10 Februari lalu, dianggap Freeport sebagai tindakan sepihak Pemerintah Indonesia dan bentuk pengingkaran terhadap “asas kebebasan berkontrak”, karena IUPK diterbitkan tanpa memperhatikan syarat-syarat yang diinginkan Freeport. Dan yang paling mendasar adalah, IUPK mengubah kedudukan Pemerintah Indonesia menjadi lebih tinggi dari Freeport.

2. INDONESIA DALAM ISDS

Investasi diyakini menjadi salah satu instrumen mendorong pembangunan, khususnya dibanyak negara berkembang, sebab itu banyak negara melakukan berbagai cara untuk untuk menarik dan mempertahankan investor. Di era kepemimpinan Jokowi-JK hal itu terlihat jelas dengan dikeluarkannya berbagai paket ekonomi yang salah satunya bertujuan menderegulasi peraturan yang menyulitkan investor atau membuat investor “tidak betah” di Indonesia. Bentuk lainnya adalah dengan membuat berbagai komitmen (termasuk komitmen perlindungan investor asing) yang disepakati dalam Bilateral Investment Treaty (BIT) ataupun Free Trade Agreement (FTA) - RCEP, Indonesia EFTA, Indonesia EU. Komitmen perlindungan inilah yang sebagian besar dilengkapi mekanisme arbitrase internasional yang sangat kuat, di mana Negara mengizinkan Investor Asing menggugat secara langsung negara tuan rumah (*host state*) yang diduga melanggar ‘komitmen perlindungan’ berdasarkan hukum internasional. Beberapa ‘pelanggaran komitmen’ dari kontrak tertulis (kontrak karya, perjanjian investasi internasional) yang dapat digugat investro, misalnya: perubahan kebijakan, pelanggaran perjanjian investasi misalnya, definisi investasi, *fair and equitable treatment*. Kerugian yang ditimbulkan, termasuk potensi kerugian masa depan. Selain itu, negara pada posisi yang selalu kalah, karena meski menang tetap harus mengeluarkan biaya yang cukup besar.

Dua Lembaga arbitrase internasional yang cukup populer di antaranya United Nations Commission on International Trade Law (UNCITRAL), ICSID The International Centre for Settlement of Investment Disputes (ICSID).

Secara global, Investment-State Dispute Settlement (ISDS) menuai berbagai kritik karena prosesnya dianggap tidak transparan; legitimasi masih dipertanyakan; acapkali mengandung *conflict of interest* (arbiter seringkali terlibat dalam perusahaan yang berkonflik); tidak ada mekanisme *review*; nilai gugatan yang sangat besar; biaya hukum/*legal fee* yang besar dll. Selain proses, dampak ISDS juga tidak kecil karena menyebabkan terdegradasinya kedaulatan negara dalam perjanjian investasi, munculnya *chilling effect* – negara enggan/menunda menggunakan kebijakan – karena

ancaman gugatan, privilege kepada investor asing yang bahkan sampai menyebabkan perubahan aturan nasional; kemudian tuntutan kompensasi atas profit masa depan (*future profit*) yang jumlahnya sangat besar.

Menghadapi gugatan ISDS bukanlah hal baru bagi Indonesia, termasuk dari sector pertambangan, seperti yang akan dilakukan Freeport-McMoran. Bahkan, IGJ mencatat 60% gugatan ISDS terhadap Indonesia berasal dari sector pertambangan. Berikut beberapa catatan ISDS yang pernah dialami Indonesia:

Case Name	Disputed matter	Winning Party	Awarded Damages (if any)
<i>Amco Asia v. Indonesia</i>			
- First Award	Lease and Management Agreement and investor's license	Investor	US\$3,200,000
- Annulment		Government	-
- Second Award		Investor	US\$ 2,696,330
<i>Cemex Asia v. Indonesia</i>	Shares and an option to purchase shares in a state-owned company	Settled between the parties.	
<i>East Kalimantan v. PT Kaltim Prima Coal</i>	Divestment requirements in the concession contract.	The tribunal declined jurisdiction.	
<i>Rafat Ali v. Indonesia</i> (Jurisdiction)	Shares, loans and financing agreements in several banks	The tribunal declined jurisdiction.	The case is being submitted to the ICSID Annulment Committee. Claim by Rafat Ali was in the amount of US\$ 75 million.
<i>Churchill Mining v. Indonesia</i>	Exploration and exploitation licenses over a Coal Project Area	The tribunal found jurisdiction and the case is ongoing. Claim of Churchill Mining is in the amount of US\$ 1.05 billion.	
<i>Planet Mining v. Indonesia</i>			
<i>Nusa Tenggara Partnership BV and PT Newmont Nusa Tenggara v. Indonesia</i> (ongoing)	Regulation on export ban of raw minerals	Registered to the ICSID Secretariat on 15 July 2014. Withdrawn on 25 August 2014.	

3. INDONESIA vs FREEPORT MC-MORAN

Konflik antara Indonesia dan Freeport Mc-Moran bermula dari dikeluarkannya tiga kebijakan pertambangan baru yakni PP1/2017, PermenESDM 5 dan 6 Tahun 2017. Dengan argumentasi untuk menegakkan UU Minerba yang sudah lama tidak ditegakkan, pemerintah menjadikan ketiga peraturan tersebut untuk:

- Mengubah KK menjadi IUPK yang juga berarti pengakhiran KK
- memberi perpanjangan izin ekspor konsentrat selama lima tahun ke depan
- meminta divestasi saham Freeport sebesar 51%
- meminta Freeport untuk mengikuti model pembayaran pajak prevailing (berubah-ubah)

Atas kebijakan itu, Freeport mengambil langkah-langkah -sesuai dengan KK- yakni memberikan waktu 120 hari kepada Pemerintah Indonesia untuk meninjau kebijakannya (lihat Pasal 21 KK); Jika proses negosiasi tidak berbuah baik, maka Freeport akan membawa Pemerintah Indonesia ke UNCITRAL (jika merujuk kepada Pasal 21 KK).

Dari pemberitaan di berbagai media kita mengetahui, bahwa Freeport menganggap Pemerintah Indonesia melakukan wanprestasi karena melakukan pemutusan kontrak secara sepihak, bersamaan dengan diterbitkannya IUPK. Atas situasi tersebut Freeport meminta agar:

- klausul dalam KK dipindahkan kedalam IUPK

- b. model pembayaran pajak *nail down* (tetap) sesuai dengan KK
- c. mendapatkan jaminan fiscal dan stabilitas investasi

Pilihan model penyelesaian sengketa yang akan diambil Freeport tentu saja tidak bisa dianggap keliru, karena hal itu sudah tertuang dalam KK dan telah menjadi kesepakatan para pihak. Namun bagi pihak Indonesia sendiri, KK sudah berakhir bersamaan dengan saat pemerintah menerbitkan IUPK bagi Freeport (lihat PP1/2017; PermenESDM 5 dan 6 tahun 2017).

Sejatinya, inkonsistensi kedua belah pihak telah mengakibatkan berbagai persoalan tidak pernah benar-benar selesai. Misalnya persoalan divestasi saham yang juga sudah tertuang dalam Pasal 24 KK dan belum terlaksana. Karenanya dalam soal divestasi, sangat mungkin posisi Pemerintah Indonesia cukup kuat di hadapan Freeport, meski Pemerintah sendiri menunjukkan inkonsistensinya dalam hal divestasi.² Pun demikian mengenai pembangunan fasilitas pengolahan dan pemurnian yang sejatinya sudah diatur dalam Pasal 10 KK. Jika menilai persoalan-persoalan itu secara menyeluruh, bahwa pada dasarnya sedari awal bukan hanya Pemerintah Indonesia yang melakukan wanprestasi, sehingga peluang kedua di Arbitrase Internasional masih dapat dianggap seimbang (50:50).

Mengenai metode penyelesaian sengketa, setidaknya ada tiga model yang mungkin dilakukan; yakni :

- a. Konsultasi dan negosiasi
- b. Konsiliasi dan arbitrase internasional (pasal 21 kk) berdasarkan UNCITRAL RULES - berbasis kontrak
- c. Freeport juga dapat mengajukan penyelesaian sengketa melalui arbitrase internasional berdasarkan Pasal 32 ayat 4 UU Penanaman Modal -jika Pemerintah Indonesia memberikan persetujuan untuk dibawa ke arbitrase.

4. ULASAN SINGKAT

Bisa jadi tidak semua persoalan dalam konflik Pemerintah Indonesia dan Freeport akan berakhir di arbitrase internasional. Namun bukan hal yang tidak mungkin jika soal-soal itu memiliki keterkaitan sehingga dapat saling menguatkan atau sebaliknya.

Hingga kini, kita belum dapat membaca pasti pokok-pokok persoalan apa yang mungkin dibawa Freeport ke Arbitrase Internasional. Jika melihat gelagat yang berkembang, khususnya setelah Freeport mengeluarkan ancamannya, konsultasi dan negosiasi masih menjadi pilihan utama dalam menyelesaikan sengketa. Sayangnya negosiasi berlangsung tertutup, sehingga publik tidak mengetahui apa substansi yang diperundingkan kedua belah pihak.

² Lihat PP77/2014 dan penjelasannya tentang Perubahan Ketiga PP23/2010

Meski mengedepankan konsultasi dan negosiasi, Pemerintah Indonesia mengaku tidak gentar dengan ancaman Freeport ke Arbitrase Internasional dan tetap menyiapkan skema untuk melakukan pembelian saham 51% dengan dengan mengkonsolidasikan BUMN yang ada.

Sebagaimana dijelaskan pada bagian sebelumnya, yang baru dari persoalan ini adalah munculnya sejumlah peraturan baru yang justru mendorong lahirnya "moment konflik", moment yang dapat digunakan melakukan percepatan bagi Freeport dalam mendapatkan kepastian atas nasib operasinya ke depan.

Ketiga peraturan itu adalah PP Nomor 1 Tahun 2017 tentang Perubahan Keempat Atas PP Nomor 23 Tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara; PermenESDM Nomor 5 Tahun 2017 tentang Peningkatan Nilai Tambah Mineral Melalui Kegiatan Pengolahan dan Pemurnian di Dalam Negeri; dan PermenESDM Nomor 6 Tahun 2017 tentang Tata Cara dan Pemberian Rekomendasi Pelaksanaan Penjualan Mineral ke Luar Negeri Hasil Pengolahan dan Pemurnian.

Hal cukup krusial yang mengalami perubahan adalah skema perubahan KK menjadi IUPK. Hal ini diatur dalam PP yakni PP24/2012; PP77/2014; PP1/2017 dan PermenESDM Nomor 5/2017.

Pasal 112B (2)PP 24/2012	2. Untuk mendapatkan Izin Usaha Pertambangan, KK dan PKP2B mengajukan permohonan kepada Menteri <i>paling cepat dua tahun atau paling lambat enam bulan</i> sebelum masa berakhirnya KK atau PKP2B
Pasal 112B PP77/2014	1. Perpanjangan kontrak karya dan perjanjian karya perusahaan pertambangan batubara menjadi IUPK Operasi Produksi perpanjangan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 112 angka 2 diberikan oleh Menteri setelah wilayahnya ditetapkan menjadi WIUPK Operasi Produksi oleh Menteri. 2. Untuk memperoleh IUPK Operasi Produksi perpanjangan sebagaimana dimaksud pada angka 1, pemegang kontrak karya dan perjanjian karya perusahaan pertambangan batubara harus mengajukan permohonan kepada Menteri paling cepat dalam jangka waktu <i>2 (dua) tahun dan paling lambat dalam jangka waktu 6 (enam) bulan</i> sebelum kontrak karya atau perjanjian karya
Pasal 72 PP1/2017	1. Permohonan perpanjangan IUPK Operasi Produksi diajukan kepada Menteri paling cepat dalam jangka waktu <i>5 (lima) tahun dan paling lambat dalam jangka</i>

	waktu 1 (satu) tahun sebelum berakhirnya jangka waktu IUPK Operasi Produksi.
Pasal 17 PermenESDM 5/2017	2. Pemegang Kontrak Karya Mineral Logam dapat melakukan penjualan hasil pengolahan ke luar negeri dalam jumlah tertentu paling lama 5 (lima) tahun sejak berlakunya Peraturan Menteri ini setelah melakukan perubahan bentuk pengusahaan pertambangannya menjadi IUPK Operasi Produksi dan membayar bea keluar sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan serta memenuhi batasan minimum pengolahan sebagaimana dimaksud dalam Lampiran I yang merupakan bagian tidak terpisahkan dari Peraturan Menteri ini.
Pasal 19 PermenESDM 5/2017	1. Perubahan bentuk pengusahaan pertambangan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 17 angka 2 dilakukan dengan mengajukan permohonan perubahan bentuk pengusahaan pertambangannya menjadi IUPK Operasi Produksi sekaligus pengakhiran kontrak karya kepada Menteri sebelum jangka waktu berakhir 2. Dalam hal Menteri menyetujui permohonan sebagaimana dimaksud pada angka 1, kontrak karya dinyatakan berakhir bersamaan dengan diterbitkannya IUPK Operasi Produksi dengan jangka waktu IUPK Operasi Produksi sesuai dengan sisa jangka waktu kontrak karya.

Jika dilihat sepintas, salah satu perubahan paling mendasar adalah mengenai “waktu permohonan perpanjangan IUPK” hal yang bisa jadi sangat menentukan relasi Pemerintah dan Freeport. Mengapa, padahal Freeport berbentuk KK?

Pada dasarnya, kedua belah pihak memiliki kebutuhan-kebutuhan mendasar terkait perubahan rezim kerjasama. Pemerintah Indonesia memiliki kebutuhan mendasar mengambil posisi lebih tinggi (secara formal dan substansial) dalam hubungannya dengan Freeport, sekaligus menegakkan amanat UU Minerba. Sementara Freeport memiliki kebutuhan mendasar yakni **perpanjangan izin ekspor konsentrat** (agar perusahaan tetap beroperasi dan tidak rugi) dan **perpanjangan masa operasinya (jaminan kepastian investasi)**. Kebutuhan mendasar ini dapat diasumsikan sebagai hal pertama yang harus “dipaksa” untuk dikompromikan, dan hal itu terjawab melalui perubahan pengaturan dimaksud.

Dalam PermenESDM 5/2017, Pemerintah Indonesia secara tegas mengkoneksikan antara kebutuhan Freeport untuk mendapat **izin ekspor konsentrat** dengan **keharusan mengubah KK menjadi IUPK** (mendapatkan kembali posisi Indonesia yang lebih kuat). Tidak tanggung-tanggung, Pemerintah memberikan kelonggaran paling lama lima tahun sejak PermenESDM diundangkan, dengan catatan KK harus jadi IUPK. Sekilas perubahan ini nampak merugikan Freeport, namun jika dilihat lebih baik maka pengaturan ini adalah langkah awal menuju tahap selanjutnya, yakni menjawab bagaimana soal **kepastian investasi ke depan**.

Bagaimana caranya? Mengamini IUPK adalah sama dengan melakukan pengakhiran KK, dengan catatan IUPK berlaku sampai sisa masa waktu berakhirnya KK. IUPK Freeport tetap saja sampai 2021, sama ketika masih dalam bentuk KK. IUPK ini sendiri tidak dapat dikatakan dilakukan secara sepihak karena hanya dapat diberikan berdasarkan permohonan yang dilakukan oleh perusahaan (dalam hal ini adalah Freeport Indonesia sebagai anak perusahaan Freeport McMoran). Setelah mendapatkan IUPK ini kemudian pemerintah memberikan rekomendasi untuk perpanjangan izin ekspor konsentrat. Dengan demikian, satu kebutuhan mendasar Freeport sudah didapatkan, pun demikian dengan pemerintah.

Namun ada satu lagi dampak positif perubahan KK menjadi IUPK tersebut bagi Freeport, yakni Freeport tidak perlu menunggu sampai 2019 (PP23/2010 dan PP77/2010) untuk dapat mengajukan permohonan perpanjangan operasinya. PP1/2017 sudah memberi legitimasi bahwa "*Permohonan perpanjangan IUPK Operasi Produksi diajukan kepada Menteri paling cepat dalam jangka waktu 5 (lima) tahun dan paling lambat dalam jangka waktu 1 (satu) tahun sebelum berakhirnya jangka waktu IUPK Operasi Produksi*" yang artinya sudah dapat dilakukan pada 2017 (sekarang).

Dengan skema ini, Freeport sudah mendapat tiga keuntungan yakni mendapatkan sejumlah keuntungan yakni jaminan izin ekspor, operasi sesuai masa berakhir kontrak (2021), dan sudah dapat memulai mencari kepastian nasib operasinya paska 2021 dengan mengajukan permohonan perpanjangan IUPK (yang dapat juga ditafsirkan sebagai negosiasi untuk berbagai kebutuhan selanjutnya, sebab hal itu sudah halal dilakukan dari sekarang).

Dalam posisi yang sangat diuntungkan ini, apakah Freeport akan membawa Pemerintah Indonesia ke Arbitrase Internasional? Kemungkinan itu tetaplah kemungkinan, tapi rasanya kedua pihak mulai memilih untuk berbicara baik-baik (karena semua sudah halal dilakukan, tidak perlu mencemaskan 2019 yang mungkin diliputi situasi politik yang tidak stabil, seperti umumnya masa Pilpres). Terlebih, pada 8 Maret lalu Pemerintah Indonesia dan Freeport dikabarkan bersepakat untuk memperpanjang negosiasi menjadi enam bulan.

Seri Diskusi Keadilan Ekonomi: Freeport dan Ancaman Gugatan ISDS

Moderator/Penulis Laporan : Budi Afandi

Pemateri :

- 1. Aryanto Nugroho (PWYP Indonesia)**
- 2. Luthfyah Hanim (Third World Network)**
- 3. Direktorat Hukum dan Perjanjian Ekonomi Kemlu RI**