

**PROSIDING** WORKSHOP

**FREEPORT:**  
**Quovadis?**



Pusat Perancangan Undang-Undang  
Badan Keahlian Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia

**PROSIDING WORKSHOP**

# **FREEPORT: QUO VADIS?**

**Pusat Perancangan Undang-Undang  
Badan Keahlian DPR RI  
Jl. Jenderal Gatot Subroto, Senayan,  
Jakarta Pusat 10270  
Tahun 2017**

**TIM PENYUSUN *WORKSHOP PROSIDING***  
**FREEPORT: QUO VADIS?**

Pengarah : K. Johnson Rajagukguk, S.H., M.Hum.  
Penanggung Jawab : DR. Inosentius Samsul, S.H., M.Hum.  
Ketua : Mardisontori, S.Ag., LL.M.  
Wakil Ketua : Kuntari, S.H.  
Akhmad Aulawi, S.H., M.H.  
Sekretaris : Yeni Handayani, S.H., M.H.  
Anggota : M. Najib Ibrahim, S.Ag., M.H.  
Zaqui Rahman, S.H., M.H.  
Rachmat Wahyudi Hidayat, S.H., M.H.  
R. Priharta Budiprasetya E. P. Y., S.H.,  
M.Kn.  
Achmadudin Rajab, S.H., M.H.  
Sutriyanti, S.H., M.H.  
Agus Priyono, S.H.  
Olsen Peranto, S.H.  
Nova Manda Sari, S.H., M.H.  
K. Zulfan Andriansyah, S.H.  
Lucky Setyo Arybowo, S.H.  
Sekretariat Pusat  
Perancangan Undang-Undang

Cetakan Pertama, Juni 2017  
ISBN: 978-602-61813-5-0

**Diterbitkan Oleh:**

Pusat Perancangan Undang-Undang  
Badan Keahlian DPR RI  
Jl. Jenderal Gatot Subroto, Senayan, Jakarta Pusat 10270  
Telp. (021) 5715679 Fax. (021)5715706  
email: pusat\_puu@dpr.go.id

## **KATA PENGANTAR**

### **KEPALA PUSAT PERANCANGAN UNDANG-UNDANG BADAN KEAHLIAN DEWAN PERWAKILAN RAKYAT REPUBLIK INDONESIA**

Puji syukur ke hadirat Tuhan Yang Maha Esa atas terselenggaranya Workshop “Freeport: *Quo Vadis?*”. Kegiatan ini diselenggarakan oleh Pusat Perancangan Undang-Undang Badan Keahlian DPR RI. Workshop ini dihadiri oleh Pejabat Struktural dan Pejabat Fungsional di lingkungan Sekretariat Jenderal dan Badan Keahlian DPR RI, tenaga ahli baik dari anggota, fraksi, maupun Alat Kelengkapan DPR RI.

Sebagaimana diketahui, persoalan PT. Freeport Indonesia (Freeport) dengan Pemerintah hingga saat ini belum menunjukkan titik terang arah penyelesaiannya. Pemerintah berpegang pada sikap dengan berdasarkan ketentuan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara (UU Minerba) dan Peraturan Pemerintah Nomor 1 tahun 2017 tentang Perubahan Keempat Atas Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara (PP Nomor 1 tahun 2017). Sementara itu, Freeport pun mengambil posisi yang tidak sejalan dengan yang dikehendaki Pemerintah dengan mendasarkan pada landasan hukum kerjasama sebelumnya. Freeport bahkan berencana membawa persoalan ini ke Badan Arbitrase Internasional terkait persoalan perubahan status Kontrak Karya (KK) menjadi Izin Usaha Pertambangan Khusus (IUPK).

Sebagaimana diketahui, UU Nomor 11 tahun 1967 telah diganti dengan UU Minerba yang di dalamnya merubah model KK menjadi model kerja sama dalam bentuk IUPK. Pergeseran paradigma hukum investasi pertambangan ini tentunya

bertujuan untuk mengoptimalkan pendapatan negara meskipun Pemerintah juga akan terus berupaya memberikan perlindungan bagi semua investasi di Indonesia baik investasi asing maupun investasi dalam negeri.

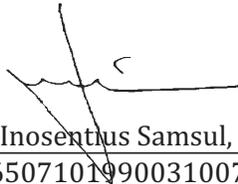
Berdasarkan UU Minerba dan PP Nomor 1 Tahun 2017, Freeport harus mengajukan rezim KK menjadi IUPK dan membangun fasilitas pengolahan dan pemurnian sebagai syarat untuk tetap dapat mengeksport konsentrat. Kewajiban tersebut seharusnya telah dipenuhi Freeport pada tahun 2009. Namun hingga saat ini Freeport belum memenuhi kewajiban tersebut, sehingga terjadi pelanggaran terhadap ketentuan UU Minerba.

Oleh karena itu Workshop “Freeport: *Quo Vadis?*” merupakan upaya mencari solusi penyelesaian permasalahan Freeport dan memberikan gambaran desain kebijakan legislatif yang seharusnya dirumuskan ke depan dalam rangka pengelolaan kegiatan usaha pertambangan di Indonesia untuk mengoptimalkan peran sumber daya alam bagi kesejahteraan rakyat berdasarkan mandat konstitusi.

Terima kasih atas disampaikan kepada berbagai pihak yang telah bekerja sama dalam menyusun dan menerbitkan prosiding ini serta menyukseskan pelaksanaan Workshop “Freeport: *Quo Vadis?*”. Semoga prosiding ini bermanfaat sebagai pengetahuan dan pemahaman secara komprehensif, serta sebagai bahan masukan berkenaan dengan penyusunan Rancangan Undang-Undang tentang Pertambangan Mineral dan Batubara.

Jakarta, 9 Maret 2017

Kepala Pusat Perancangan Undang-Undang  
Badan Keahlian DPR RI



Dr. Inosentius Samsul, S.H., M.Hum.  
196507101990031007

## DAFTAR ISI

1.	Kata Pengantar Kepala Pusat Perancangan Undang-Undang BK DPR RI.....	iii
2.	Daftar Isi.....	v
3.	Sambutan Workshop Kepala Badan Keahlian DPR RI.....	1
4.	Sambutan Pimpinan DPR RI.....	5
5.	Materi Workshop	
	a. Berdasarkan Ancaman Arbitrase Freeport? <b>Prof. Hikmahanto Juwana, S.H., LL.M.</b> .....	9
	Pemaparan .....	9
	Slide.....	16
	b. Suatu Peninjauan Terhadap Risiko Non-Negosiasi Yang Dihadapi Oleh Pemerintah Indonesia <b>Dr. Chandra Yusuf, S.H., LL.M., M.B.A.</b> .....	24
	Pemaparan .....	28
	Slide.....	36
	c. Regulasi <i>Simsalabim</i> Untuk PT Freeport <b>Dr. Ahmad Redi, S.H., M.H.</b> .....	41
	Pemaparan .....	49
	Slide.....	55
	Sesi Tanya Jawab.....	65



**SAMBUTAN  
KEPALA BADAN KEAHLIAN  
DEWAN PERWAKILAN RAKYAT REPUBLIK  
INDONESIA  
PADA PEMBUKAAN SEMINAR  
“FREEPORT: QUO VADIS?”**

*Yang saya hormati,*

- Para Narasumber:
  - a. Ir. Bambang Gatot Ariyono, M.M., DESS (Dirjen Minerba Kementerian ESDM)
  - b. Prof. Hikmahanto Juwana, S.H., LL.M., Ph.D
  - c. Dr. Chandra Yusuf, S.H., L.L.M., M.B.A.
  - d. Dr. Ahmad Redi, S.H., M.H.
- Anggota DPR RI (tentative),
- Para Kepala Pusat Di Lingkungan Badan Keahlian DPR RI,
- Para Pejabat di Lingkungan Sekeretariat Jenderal DPR RI,
- Para Pejabat Fungsional Di Lingkungan Sekretariat Jenderal dan Badan Keahlian DPR RI antara lain: Perancang Undang-Undang, Peneliti, Analis APBN, Analis Hukum, dan Analis Kebijakan,
- Hadirin yang saya hormati,

*Assalamu’alaikum Warrahmatullahi Wabarakatuh,  
Salam Sejahtera bagi kita sekalian,*

Pertama-tama perkenalkan saya mengucapkan puji syukur kepada Tuhan YME atas segala rahmat dan hidayah-Nya sehingga kita bisa bertemu dalam kesempatan yang mulia ini, selain itu kami juga mengucapkan selamat datang kepada para pembicara dan peserta seminar dengan tema “Freeport: Quo Vadis?”.

***Bapak, Ibu, dan Hadirin yang terhormat,***

Seminar ini diselenggarakan oleh Badan Keahlian DPR RI dalam rangka menemukan formulasi solutif atas permasalahan Freeport guna mendukung fungsi legislasi dan pengawasan DPR RI. Perlu saya sampaikan bahwa Badan Keahlian DPR RI merupakan sistem pendukung DPR RI yang mempunyai tugas dan fungsi dukungan keahlian dalam rangka pelaksanaan fungsi legislasi (pembentukan Undang-Undang), Penetapan Anggaran Pendapatan dan Belanja Negara, dan Fungsi Pengawasan DPR RI.

***Bapak, Ibu, dan Hadirin yang terhormat,***

Sebagaimana telah disebutkan sebelumnya bahwa Seminar “Freeport: Quo Vadis?” ini merupakan upaya menemukan pandangan solutif atas persoalan PT. Freeport Indonesia

(Freeport) dengan Pemerintah yang hingga saat ini belum menunjukkan titik terang arah penyelesaiannya. Seperti kita ketahui, Pemerintah berpegang pada sikap dengan berdasarkan ketentuan Undang-Undang Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara (UU Minerba) dan Peraturan Pemerintah Nomor 1 tahun 2017 tentang Perubahan Keempat Atas Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara (PP Nomor 1 tahun 2017). Sementara itu, Freeport pun mengambil posisi yang tidak sejalan dengan yang dikehendaki Pemerintah dengan mendasarkan pada landasan hukum kerjasama sebelumnya. Freeport bahkan berencana membawa persoalan ini ke Badan Arbitrase Internasional terkait persoalan perubahan status Kontrak Karya (KK) menjadi Izin Usaha Pertambangan Khusus (IUPK).

Dalam kerangka persoalan ini, perlu kiranya dalam rangka seminar ini kita menggali lebih dalam mengenai bagaimana sebaiknya persoalan ini dilihat dari perspektif hukum? Bagaimana untung rugi dari sudut pandang ekonomi/ bisnis atas permasalahan Freeport ini demi kelancaran iklim investasi di Indonesia? Bagaimana sebaiknya langkah yang harus diambil Pemerintah dalam penyelesaian kasus Freeport ini? Agar nantinya kita dapat menemukan solusi yang *win-win solution* dalam penyelesaian permasalahan ini.

***Bapak, Ibu, dan Hadirin yang terhormat,***

Akhirnya melalui kesempatan ini saya mengucapkan terima kasih kepada para pembicara yang sudah hadir pada hari ini, selamat berdiskusi dan berdialog kepada seluruh peserta dalam seminar ini, kiranya kegiatan ini dapat

bermanfaat dan menghasilkan sesuatu yang kita harapkan bersama.

*Wassalamualaikum Warahmatullahi Wabarakatuh,*

Jakarta, 9 Maret 2017  
Kepala Badan Keahlian DPR RI,



K. JOHNSON RAJAGUKGUK, S.H., M.HUM.  
NIP: 195811081983031006

**SAMBUTAN PIMPINAN DPR RI  
WORKSHOP “FREEPORT: QUO VADIS ?”  
YANG DISELENGGARAKAN OLEH  
BADAN KEAHLIAN DPR RI**

*Assalamu’alaikum Warrahmatullahi Wabarakatuh,*  
Salam sejahtera bagi kita semua.

Yang Terhormat,

- Saudara Kepala Badan Keahlian Dewan Perwakilan Rakyat Republik Indonesia;

Yang Saya Hormati,

- Para Narasumber/Pembicara:
  1. Ir. Bambang Gatot Ariyono, M.M., DESS atau yang mewakili;
  2. Prof. Hikmahanto Juwana, S.H., LL.M., Ph.D;
  3. Dr. Chandra Yusuf, S.H., L.L.M., M.B.A.;
  4. Dr. Ahmad Redi, S.H., M.H.;
- Para Kepala Pusat di Lingkungan Badan Keahlian DPR RI;
- Para Pejabat di Lingkungan Sekeretaryat Jenderal DPR RI;
- Para Pejabat Fungsional di Lingkungan Badan Keahlian dan Sekretariat Jenderal DPR RI, yang antara lain: Perancang Undang-Undang, Peneliti, Analis APBN, Analis Hukum, dan Analis Kebijakan;
- Hadirin yang saya hormati,

Puji syukur kehadiran Allah Subhanahu Wata’ala, Tuhan yang Maha Kuasa, yang atas karunia-Nya lah pada hari ini kita semua dapat berkumpul di tempat ini, untuk mendengarkan, menggali masukan dan informasi, serta berdiskusi dengan para narasumber/pembicara. Selain itu, saya juga mengucapkan

selamat datang kepada para nara sumber/pembicara dan peserta workshop dengan tema ***"Freeport: Quo Vadis?"***.



### **Hadirin yang berbahagia,**

Seminar ini diselenggarakan oleh Badan Keahlian DPR RI dalam rangka menemukan formulasi solutif atas permasalahan Freeport guna mendukung fungsi legislasi dan pengawasan DPR RI. Seperti kita ketahui bersama, bahwa permasalahan antara Pemerintah dan PT. Freeport Indonesia (Freeport) hingga saat ini belum menunjukkan titik terang. Adapun permasalahan pokoknya adalah belum adanya titik temu terkait penyelesaian permasalahan kewajiban melakukan pengolahan dan pemurnian hasil penambangan di dalam negeri dan ketentuan besaran divestasi.

Pemerintah berpegang pada sikapnya dengan berdasarkan kepada ketentuan Undang-Undang Nomor 4

Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara (UU Minerba) dan Peraturan Pemerintah Nomor 1 tahun 2017 tentang Perubahan Keempat Atas Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara (PP Nomor 1 tahun 2017). Sementara itu, Freeport pun mengambil posisi yang tidak sejalan dengan yang dikehendaki Pemerintah dengan mendasarkan pada Kontrak Karya yang telah disepakati pada tahun 1991 dan akan berakhir pada tahun 2021. Freeport bahkan berencana membawa persoalan ini ke Badan Arbitrase Internasional terkait persoalan perubahan status Kontrak Karya (KK) menjadi Izin Usaha Pertambangan Khusus (IUPK).

Merespon permasalahan tersebut, DPR menghimbau kepada Pemerintah untuk dapat menyelesaikan persoalan ini dengan sebaik-baiknya, serta tetap menempatkan kepentingan nasional serta bangsa dan Negara sebagai yang utama. Hal ini juga akan menjadi masukan yang berharga bagi DPR untuk menjalankan fungsi legislasi dan juga pengawasan, khususnya terkait pengelolaan kekayaan sumber daya alam Indonesia.

Dalam konteks ini, perlu kiranya dalam workshop ini untuk kita secara bersama-sama menggali lebih dalam mengenai bagaimana sebaiknya memandang dan memikirkan alternative penyelesaian persoalan ini dalam perspektif hukum dan perundang-undangan ? Bagaimana untung rugi dari sudut pandang ekonomi/bisnis atas permasalahan Freeport ini demi kelancaran iklim investasi di Indonesia? Serta bagaimana sebaiknya langkah yang harus diambil Pemerintah dalam penyelesaian kasus Freeport ? Agar nantinya kita dapat menemukan solusi yang dapat menguntungkan semua pihak dalam penyelesaian permasalahan ini.

***Hadirian yang berbahagia,***

Melalui workshop ***“Freeport: Quo Vadis?”*** ini, saya berharap rekan-rekan dari Badan Keahlian DPR RI khususnya dan para peserta lainnya mendapatkan gambaran dan pemahaman yang lebih mendalam mengenai bagaimana persoalan terkait Freeport dan solusi dalam perspektif hukum kedepan yang dapat kita peroleh bersama-sama dari para narasumber/pembicara dan sharing informasi antar sesama peserta workshop.

Akhirnya, saya mengucapkan selamat melaksanakan workshop, semoga acara ini dapat memberikan banyak manfaat bagi kita semua. Dengan mengucap ***“Bismillahirrahmanirrohim”*** seminar dengan tema ***“Freeport: Quo Vadis?”*** saya buka.

*Wassalamu’alaikum Warrahmatullahi Wabarakatuh.*

## **BERDASARKAH ANCAMAN ARBITRASE FREEPORT? (Prof. Hikmahanto Juwana, S.H., L.L.M.)**

Beberapa waktu yang lalu kita ketahui sedang terjadi permasalahan antara Freeport dan Pemerintah Republik Indonesia (RI). Freeport membuka genderang dengan melakukan ancaman kepada Pemerintah RI untuk membawa permasalahan tersebut ke forum arbitrase. Jika berbicara mengenai Kontrak Karya (KK) antara Pemerintah RI dan Freeport, sebenarnya terdapat 2 (dua) KK yaitu KK tahun 1967 untuk kontrak dengan jangka waktu 30 (tiga puluh) tahun dan pada saat itu Pemerintah RI dalam posisi yang sangat lemah, dikarenakan hanya mempunyai sumber daya alam saja, sementara itu tidak mempunyai teknologi, dana, dan tenaga ahli. Oleh karena itu posisi Freeport lebih unggul dan kepentingan Freeport lebih banyak termuat di dalam kontrak tersebut. Misalnya terkait dengan masalah pajak yaitu apa yang diatur dalam KK akan berlaku terus sampai 30 (tiga puluh) tahun, KK tersebut tidak memperhatikan ketentuan peraturan perundang-undangan di bidang perpajakan yang berlaku. Alasannya pada saat itu dikhawatirkan jika sudah ada eksplorasi dan eksploitasi, Pemerintah RI akan mengenakan pajak yang setinggi-tingginya.

Namun sebelum berlangsung 30 (tiga puluh) tahun KK Tahun 1967 diakhiri oleh para pihak lebih awal yaitu pada tahun 1991 (yang seharusnya pada tahun 1997), dengan membuat KK baru untuk jangka waktu untuk 30 (tiga puluh) tahun dan akan berakhir pada Tahun 2021. Hal ini harus dipahami karena pada saat itu Pemerintah RI belum mempunyai posisi seperti sekarang, dimana suara rakyat bahkan suara DPR patut didengar. Saat itu yang menandatangani KK atas nama Pemerintah RI adalah Kepala Badan Koordinasi Penanaman Modal (BKPM).



Jika melihat isi KK maka sesungguhnya Freeport dapat memperpanjang 2 (dua) kali 10 (sepuluh) tahun yaitu hingga Tahun 2041. Hal ini dapat dilihat pula dalam rancangan anggaran yang dibuat pada Tahun 2008 untuk pembangunan Freeport, sehingga ketika Pemerintah RI meminta Freeport untuk melakukan divestasi, harga saham tidak ditentukan berdasarkan berakhirnya pada Tahun 2021 namun pada Tahun 2041.

Di sisi lain, para pemegang KK harus memahami ketentuan Pasal 169 UU Minerba yang pada prinsipnya mengatur baik kontraktor asing maupun perusahaan lokal harus menggunakan izin. Pasal 169 huruf b UU Minerba menyatakan ketentuan yang tercantum dalam kontrak karya dan perjanjian karya perusahaan pertambangan batubara sebagaimana dimaksud pada huruf a disesuaikan selambat-lambatnya 1 (satu) tahun sejak Undang-Undang ini diundangkan kecuali mengenai penerimaan negara. Berkenaan

dengan hal tersebut, sebenarnya merupakan suatu kewajiban dalam membuat perjanjian, jika pada hari ini memenuhi persyaratan modal, namun pada 5 (lima) sampai 10 (sepuluh) tahun mendatang pemerintah mengubah ketentuannya. Yang menjadi pertanyaan adalah apakah perjanjian yang sudah ada sekarang masih berlaku atau mengikuti ketentuan dari Pemerintah.

Pasal 169 huruf b UU Minerba memunculkan istilah renegotiasi kontrak, dalam arti KK tersebut dimungkinkan untuk diubah, namun saat ini hanya ada *Memorandum of Understanding* (MOU) yang dibuat antara Pemerintah dalam hal ini Kementerian ESDM c.q Dirjen Minerba dan Freeport. Selain itu, ketentuan Pasal 169 huruf c UU Minerba mengenai pengecualian terhadap penerimaan negara sebagaimana dimaksud pada huruf b adalah upaya peningkatan penerimaan negara, tidak konsisten dengan Pasal 169 huruf a dan huruf b UU Minerba. Terkait penerimaan negara berlaku mana yang paling besar dan bukan mengikuti peraturan perundang-undangan maupun kontrak karya, karena pada pembahasan RUU Minerba Pemerintah RI mengatakan jika Pasal 169 yang berlaku berarti peraturan perundang-undangan di bidang perpajakan. Apabila pendapatan dari KK diperoleh sangat besar maka mengikuti KK, namun jika pendapatan lebih besar dari peraturan perundang-undangan maka tunduk pada peraturan perundang-undangan. Sementara itu Pasal 169 huruf a dan huruf b UU Minerba sudah jelas dan konsisten bahwa peraturan perundang-undangan tidak dapat diganggu gugat dengan perjanjian.

Permasalahan lain muncul terkait Pasal 170 UU Minerba mengenai kewajiban pemurnian. Dalam Pasal 170 UU Minerba dinyatakan bahwa pemegang kontrak karya sebagaimana dimaksud dalam Pasal 169 yang sudah berproduksi wajib melakukan pemurnian sebagaimana dimaksud dalam Pasal

103 ayat (1) selambat-lambatnya 5 (lima) tahun sejak Undang-Undang ini diundangkan. Dalam Pasal 170 tersebut tidak dicantumkan bagaimana pemurnian dilaksanakan. Merujuk Pasal 170 tersebut, UU Minerba dibentuk pada Tahun 2009 maka jatuh tempo pelaksanaan pemurnian yaitu Tahun 2014.

Menjelang Tahun 2013 - 2014 masih belum dibangun *smelter*. Oleh karena itu, Pemerintah RI menetapkan Peraturan Pemerintah Nomor 1 Tahun 2014 tentang Perubahan Kedua atas Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010 tentang Pelaksanaan Kegiatan Usaha Pertambangan Mineral dan Batubara yang menyatakan bahwa tetap dilakukan hilirisasi namun bagi yang belum membangun *smelter* diberikan perpanjangan waktu selama 3 (tiga) tahun, namun jika tetap ekspor maka akan dikenakan bea keluar. Idenya adalah dengan membangun *smelter* maka tarif bea keluar akan semakin kecil.

Disayangkan selama waktu 3 (tiga) tahun tersebut Pemerintah RI tidak melakukan verifikasi mengenai perkembangan pembangunan *smelter* tersebut sehingga yang terjadi Freeport tidak mau membangun *smelter* padahal Freeport sudah mempunyai dana. Freeport berkeinginan jika membangun *smelter* maka akan mendapatkan perpanjangan sampai dengan Tahun 2041. Apabila belum mendapat perpanjangan sampai tahun 2041 maka Freeport tidak akan membangun *smelter*, dikarenakan jika membangun *smelter* pada saat ini sampai Tahun 2021 maka secara ekonomi tidak efisien sehingga terjadi saling menyandera antara Pemerintah RI dan Freeport.

Dalam Pasal 103 ayat (1) UU Minerba dinyatakan bahwa pemegang IUP dan IUPK operasi produksi wajib melakukan pengolahan dan pemurnian hasil penambangan di dalam negeri. Sementara itu pada ayat (2) dinyatakan bahwa pemegang IUP dan IUPK sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat mengolah dan memurnikan hasil penambangan dari

pemegang IUP dan IUPK lainnya. Selanjutnya pada ayat (3) diatur bahwa ketentuan lebih lanjut mengenai peningkatan nilai tambah sebagaimana dimaksud dalam Pasal 102 serta pengolahan dan pemurnian sebagaimana dimaksud pada ayat (2) diatur dengan peraturan pemerintah. Adapun yang menjadi permasalahan yaitu Pasal 103 UU Minerba tidak mengatur mengenai tenggat waktu. Bagaimana jika dalam Peraturan Pemerintah diatur apabila pemegang KK masih mau tetap menggunakan KK maka mempunyai kewajiban untuk pemurnian di dalam negeri. Apabila pilihannya adalah ekspor maka merujuk Pasal 103 UU Minerba bahwa pemegang IUP dan IUPK bisa beroperasi produksi sehingga Freeport boleh jika akan tetap ekspor namun harus berubah menjadi IUPK. Hal tersebut menjadi tidak adil karena pada saat ini Freeport akan mengajukan ke arbitrase, karena Freeport beranggapan bahwa Pemerintah RI mengakhiri secara sepihak KK yang dibuat tersebut. Sementara itu pada kenyataannya Pemerintah RI sudah memberikan pilihan kepada Freeport jika mau menggunakan KK namun harus melakukan pemurnian, tetapi jika tidak mau maka boleh tetap ekspor namun harus berubah menjadi IUPK. Suara yang lantang diperdengarkan oleh Freeport adalah Pemerintah RI memaksa Freeport untuk mengakhiri KK.

Dalam Pasal 103 ayat (3) UU Minerba diatur ketentuan lebih lanjut mengenai peningkatan nilai tambah sebagaimana dimaksud dalam Pasal 102 serta pengolahan dan pemurnian sebagaimana dimaksud pada ayat (2) diatur dengan peraturan pemerintah. Terkait dengan Peraturan Pemerintah sudah berkali-kali diubah, adapun Peraturan Pemerintah yang pertama kali adalah tahun 2010 dan yang terakhir yaitu Peraturan Pemerintah Tahun 2017. Yang menjadi pertanyaan, mengapa Freeport selalu mengatakan kontrak tidak dapat diganggu gugat.

Harus dilihat bahwa kontrak yang dibuat antara Freeport dan Pemerintah RI, disini Pemerintah RI bertindak dalam 2 (dua) kapasitas yaitu kapasitas sebagai subyek hukum perdata dan subyek hukum publik. Dalam kapasitas subyek hukum perdata, jika Freeport membuat perjanjian dengan Pemerintah RI maka berlaku Pasal 1338 KUHPperdata. Namun Pasal 1338 KUHPperdata tidak boleh bertentangan dengan Pasal 1337KUHPperdata yaitu syarat kausa yang halal. Adapun kausa yang halal sebagaimana tercantum dalam Pasal 1337 KUHPperdata, suatu sebab adalah terlarang jika sebab itu dilarang oleh undang-undang atau bila sebab itu bertentangan dengan kesusilaan atau dengan ketertiban umum. Oleh karena itu dalam membuat perjanjian tidak boleh bertentangan dengan kaedah yang memaksa, yaitu Pemerintah RI sebagai subyek hukum publik.

Menurut Freeport, Freeport mengikat Pemerintah RI sebagai subyek hukum publik untuk tidak membuat aturan yang merugikan Freeport. Selain itu mispersepsi yang dikembangkan adalah kesucian kontrak dan *lex specialis derogate legi generali* (ketentuan yang khusus akan mengenyampingkan yang umum). Perlu dicermati bahwa *lex specialis* berlaku apabila produk hukum adalah serupa.

Pasal 1653 KUHPperdata menyatakan selain perseroan perdata sejati, perhimpunan orang-orang sebagai badan hukum juga diakui undang-undang, entah badan hukum itu diadakan oleh kekuasaan umum atau diakuinya sebagai demikian, entah pula badan hukum itu diterima sebagai yang diperkenankan atau telah didirikan untuk suatu maksud tertentu yang tidak bertentangan dengan undang-undang atau kesusilaan. Pemerintah sebagai badan hukum adalah badan hukum yang diadakan oleh kekuasaan umum. Sebagai badan hukum maka pemerintah sejajar kedudukannya dengan individu atau badan hukum lainnya.

Mengenai arbitrase, terdapat *International Center for Settlement of Investment Disputes* (ICSID) atau arbitrase yang didasarkan pada KK. Arbitrase yang berbentuk ICSID sama halnya dengan Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN) yaitu yang menjadi tergugat adalah negara. Akan tetapi karena PTUN merupakan pengadilan Indonesia dan yang diadili adalah Pemerintah RI maka untuk membuat kepercayaan investor maka *World Bank* membentuk ICSID. Sementara itu arbitrase yang berdasarkan KK yaitu ketika Pemerintah RI menjadi penggugat dan tergugatnya adalah Newmont dalam kaitannya dengan divestasi terhadap saham yang ada dalam KK dan Pemerintah RI menang di Arbitrase.



Berkenaan dengan akan diajukannya ke arbitrase, Freeport akan membawa Pemerintah RI ke arbitrase yang berdasarkan KK, bukan ICSID. Apabila berdasarkan KK maka yang menjadi pertanyaan apa tindakan Pemerintah RI yang merupakan wanprestasi berdasarkan KK. Pemerintah

pun seperti pada waktu dengan Newmont dapat menggugat Freeport atas tindakan wanprestasinya. Hingga saat ini belum ada surat yang dikirim oleh Freeport kepada Pemerintah RI terkait pengajuan ke arbitrase. Pemerintah saat ini dalam posisi menunggu kalau benar-benar akan membawa ke arbitrase dan pemerintah RI tidak perlu gentar untuk menghadapi arbitrase Freeport, karena posisi pemerintah sangat menguntungkan.

## Berdasarkan Ancaman Arbitrase Freeport?

**Hikmahanto Juwana**  
Guru Besar Hukum Internasional

Copyright © Hikmahanto Juwana, 2017

1

## Dua KK Freeport-Pemri

- \* Kontrak Karya 1967
  - \* Berlangsung untuk 30 tahun namun diakhiri oleh para pihak lebih awal pada tahun 1991 (yang seharusnya pada tahun 1997)
- \* Kontrak Karya 1991
  - \* Berlangsung untuk 30 tahun dan akan berakhir pada tahun 2021

Copyright by Hikmahanto Juvana 2017(c)

2

## Poin Penting dalam UU Minerba terkait Kontrak Karya

### \* Pasal 169:

Pada saat Undang-Undang ini mulai berlaku:

- a. Kontrak karya dan perjanjian karya perusahaan pertambangan batubara yang telah ada sebelum berlakunya Undang-Undang ini tetap diberlakukan sampai jangka waktu berakhirnya kontrak/perjanjian.
- b. Ketentuan yang tercantum dalam pasal kontrak karya dan perjanjian karya perusahaan pertambangan batubara sebagaimana dimaksud pada huruf a disesuaikan selambat-lambatnya 1 (satu) tahun sejak Undang-Undang ini diundangkan kecuali mengenai penerimaan negara.
- c. Pengecualian terhadap penerimaan negara sebagaimana dimaksud pada huruf b adalah upaya peningkatan penerimaan negara.

Copyright by Hikmahanto Juvana 2017(c)

3

\* **Pasal 170:**

Pemegang kontrak karya sebagaimana dimaksud dalam Pasal 169 yang sudah memproduksi wajib melakukan pemurnian sebagaimana dimaksud dalam Pasal 103 ayat (1) selambat-lambatnya 5 (lima) tahun sejak Undang-Undang ini diundangkan.

Copyright by Hikmahanto Juwana 2017(c)

4

\* **Pasal 103:**

- (1) Pemegang IUP dan IUPK Operasi Produksi wajib melakukan pengolahan dan pemurnian hasil penambangan di dalam negeri.
- (2) Pemegang IUP dan IUPK sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dapat mengolah dan memurnikan hasil penambangan dari pemegang IUP dan IUPK lainnya.
- (1) Ketentuan lebih lanjut mengenai peningkatan nilai tambah sebagaimana dimaksud dalam Pasal 102 serta pengolahan dan pemurnian sebagaimana dimaksud pada ayat (2) diatur dengan peraturan pemerintah.

Copyright by Hikmahanto Juwana 2017(c)

5

## Apakah KK membuat Freeport sejajar dengan Pemerintah?

- \* Jawabannya adalah TIDAK
- \* Untuk memahami maka perlu diketahui bahwa pemerintah memiliki dua dimensi kapasitas
- \* Bila mengabaikan dua dimensi kapasitas pemerintah menjadi pertanyaan apakah pemerintah dapat dibelenggu kedaulatannya (termasuk kedaulatan hukum) dengan sebuah kontrak oleh perusahaan?

Copyright by Hikmahanto Javana 2017(e)

8

## Dua Dimensi Kapasitas Pemerintah

- \* Sebagai subyek hukum publik
  - \* Sebagai subyek hukum publik maka pemerintah berperan sebagai regulator
  - \* Dapat membuat peraturan perundang-undangan yang berlaku dengan fiksi hukum "setiap orang mengetahui"
- \* Sebagai subyek hukum perdata
  - \* Didasarkan pada Pasal 1653 KUHPerdato

Copyright by Hikmahanto Javana 2017(e)

7

\* **Pasal 1653 KUHPerdata:**

Selain perseroan perdata sejati, perhimpunan orang-orang sebagai badan hukum juga diakui undang-undang, entah badan hukum itu diadakan oleh kekuasaan umum atau diakuiinya sebagai demikian, entah pula badan hukum itu diterima sebagai yang diperkenankan atau telah didirikan untuk suatu maksud tertentu yang tidak bertentangan dengan undang-undang atau kesusilaan

- \* Pemerintah sebagai badan hukum adalah badan hukum yang diadakan oleh kekuasaan umum
- \* Sebagai badan hukum maka pemerintah sejajar kedudukannya dengan individu atau badan hukum lainnya

Copyright by Hikmahanto Juvana 2017(e)

8

- Namun pemerintah sebagai badan hukum wajib untuk tunduk pada pemerintah sebagai subyek hukum publik ketika membuat peraturan perundang-undangan

\* **Pasal 1337 KUHPerdata:**

Suatu sebab adalah terlarang, jika sebab itu dilarang oleh undang-undang atau bila sebab itu bertentangan dengan kesusilaan atau dengan ketertiban umum.

Copyright by Hikmahanto Juvana 2017(e)

9

- ★ Tidak seharusnya Freeport McMoran mensejajarkan PT Freeport dengan Pemerintah Indonesia sehingga KK membelenggu kedaulatan pemerintah
- ★ Bila dulu terlihat pemerintah Indonesia ikut saja dengan KK karena:
  - ★ Pemerintah mempunyai posisi tawar yang rendah
  - ★ Pemerintah bisa melakukan tindakan tanpa perlu memperhatikan apa yang disuarakan rakyat
- ★ Mispersepsi yang dikembangkan adalah Kesucian Kontrak dan Lex Specialis Derogat Legi Generali
  - ★ Lex Specialis berlaku bila produk hukum adalah serupa

Copyright by Hikmahanto Juvana 2017(c)

10

## Tidak Ada Keharusan bagi Freeport untuk Mengubah KK menjadi IUPK

- ★ PP 1 Tahun 2017 tidak ada pemaksaan agar Freeport mengubah KK menjadi IUPK
- ★ PP 1 Tahun 2017 berikut peraturan menteri justru ingin memberi jalan keluar bagi pemegang KK karena ada ketentuan Pasal 170 dan PP 1 Tahun 2014 sudah habis masa berlakunya
- ★ Intinya:
  - ★ bila pemegang KK tetap mempertahankan KK maka mereka wajib memurnikan dan mengolah di Indonesia; atau
  - ★ Bila ingin tetap mengekspor konsentrat hal tersebut bisa dilakukan apabila mengubah KK menjadi IUPK dengan sejumlah persyaratan

Copyright by Hikmahanto Juvana 2017(c)

11

## Arbitrase

- \* Freeport akan membawa pemerintah ke arbitrase yang berdasarkan KK, bukan ICSID
- \* Bila berdasarkan KK maka yang menjadi pertanyaan apa tindakan pemerintah yang merupakan wanprestasi berdasarkan KK
- \* Pemerintah pun (seperti pada waktu dengan Newmont) dapat menggugat Freeport atas tindakan wanprestasinya

Copyright by Hikmahanto Juvana 2017(e)

12

- \* Pemerintah saat ini dalam posisi menunggu kalau benar-benar akan membawa ke arbitrase
- \* Pemerintah tidak perlu gentar untuk menghadapi arbitrase Freeport karena posisi saat ini berpihak pada pemerintah

Copyright by Hikmahanto Juvana 2017(e)

13

Terima Kasih

Copyright by Hikmaharta Jember 2017(c)

14

***FREEPORT: QUO VADIS?***  
**SUATU PENINJAUAN TERHADAP**  
**RISIKO NON-NEGOSIASI YANG DIHADAPI**  
**OLEH PEMERINTAH INDONESIA**

*Dr. Chandra Yusuf, S.H., L.L.M., M.B.A., M.Mgt.*

Pada pokoknya persoalan yang terjadi antara Perseroan Terbatas Freeport Indonesia (PT FI) dan Pemerintah RI adalah persoalan ekonomi. Sudut pandang baik PT FI maupun pihak pemerintah adalah serupa yakni demi memaksimalkan kemakmuran yang didapatkan. Bagi negara hal ini adalah penting guna mendapatkan tambahan untuk penerimaan negara dalam bentuk pajak dan bagi PT FI guna memaksimalkan hasil dari kontrak karya sebagaimana yang mereka dapatkan selama ini. Tentunya PT FI akan memaksimalkan kepentingan dirinya melalui apa yang telah disepakati dalam KK. Apabila KK mendatangkan keuntungan yang maksimal, maka PT FI akan mempertahankannya. Sehingga sejatinya persoalan yang mengemuka yang bahkan akan berujung pada gugatan ke arbitrase internasional adalah persoalan ekonomi semata.

Jikalau pada akhirnya berujung pada arbitrase, berdasarkan pengalaman sebagai *lawyer*, maka perlu kiranya pihak pemerintah untuk berfikir ulang akan hal tersebut. Pihak pemerintah perlu berfikir akan resiko dari arbitrase, berdasarkan pengalaman maka seperti kita ketahui bersama bahwa dalam arbitrase ada kemungkinan “menang” atau “kalah”. Jikalau menang maka tidak akan jadi masalah, namun pertanyaannya adalah apakah kita yakin bisa menang? Jikalau kalah tentu seperti pada umumnya kita akan terus menggugat dengan segala cara, sehingga dengan demikian pertanyaan

berikutnya adalah apakah posisi kita kuat? Di dalam negeri pun sebagaimana kita ketahui berkaca pada perkara-perkara lainnya dimana pemerintah digugat, pemerintah pun seringkali kalah.

Pemerintah Indonesia tidak dapat mengesampingkan KK, karena KK memiliki dasar hukum yang sah. Dalam Pasal 1313 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUHPer) menyebutkan perikatan: *suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih*. Perikatan antara PT FI dan pemerintah dalam KK memiliki dasar hukum pasal 1338 ayat (1) KUHPer yang menyebutkan: *Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya*. Namun ada syarat sahnya dalam pasal 1320 KUHPer, yakni: 1. Adanya kesepakatan kedua belah pihak; 2. Kecakapan untuk melakukan perbuatan; 3. Adanya objek; 4. Kausa yang halal. Dalam kausa yang halal, para pihak tidak dapat membuat perjanjian yang melanggar peraturan sah.



Perlu pahami pula terdapat 2 (dua) peraturan yang ada dan berlaku dalam konteks ini yakni pertama peraturan yang dibuat oleh DPR RI dan Pemerintah yakni dalam bentuk UU

dan KUHPer yang bersumber dari Pasal II Peraturan eralihan UUD 1945. Sebagaimana diketahui dalam konteks ini yakni perjanjian maka yang berlaku adalah KUHPer dan jika dipahami dari posisi konteks perjanjian ini dibuat dulu adalah UU pada saat itu. UU yang ada saat ini adalah peraturan yang dibuat oleh DPR dan Pemerintah, sedangkan KUHPer yang berlaku saat ini dari Belanda. Ketika membuat perjanjian maka saat itu yang berlaku adalah KUHPer dan UU, keduanya adalah dalam satu paket, sehingga Pemerintah perlu untuk memahami kondisi semacam itu.

Dengan demikian jika keinginan Pemerintah untuk mendasarkan pada UU yang terbaru yakni UU Minerba dengan sejumlah peraturan pelaksanaannya, maka kesepakatan yang ada pada tempo yang lalu antara pemerintah dan PT FI haruslah dihargai pula. Pemerintah sebaiknya dalam hal ini sepatutnya jangan “babat alas” pula, *Pacta Sunt Servanda* (*agreement must be kept*) atau asas hukum yang menyatakan bahwa “setiap perjanjian menjadi hukum yang mengikat bagi para pihak yang melakukan perjanjian”, haruslah dipegang oleh Pemerintah Indonesia. Sehingga Pemerintah Indonesia lebih baik mencari solusi dengan cara negosiasi. Penyelesaian dengan arbitrase memiliki risiko yang tinggi. Kemenangan di arbitrase sekalipun akan membuat investor tidak percaya menanamkan investasi dalam jangka waktu yang panjang. Perjanjian yang dibuat tidak konsisten karena ketentuannya dapat diubah berdasarkan peraturan baru sehingga perjanjiannya semula diabaikan. Dengan keadaan yang demikian investor tidak memiliki rasa nyaman untuk berinvestasi di Indonesia.



**MAKALAH**  
***FREEPORT: QUO VADIS?***  
**SUATU PENINJAUAN TERHADAP**  
**RISIKO NON-NEGOSIASI YANG DIHADAPI**  
**OLEH PEMERINTAH INDONESIA**

*Dr. Chandra Yusuf, S.H., L.L.M., M.B.A., M.Mgt.*

### **Pendahuluan**

Perseroan Terbatas Freeport Indonesia (PT FI) dan pemerintah Indonesia telah memiliki Kontrak Karya (KK). Berdasarkan KK yang dibuat pada tanggal 31 Desember 1991, masa pertambangannya akan berakhir pada tahun 2021. PT Freeport Indonesia telah melakukan negosiasi untuk memperpanjang pertambangannya. Dalam pengikatannya, PT FI mengharapkan perpanjangan KK yang telah digunakan sejak tahun 1967. Sampai dengan saat ini, KK telah diperpanjang dua kali 10 tahun, yang akan berakhir pada tahun 2021. PT FI mengharapkan perpanjangan KK generasi III dapat dinegosiasikan kembali agar pemerintah dapat memperpanjang pertambangannya sampai dengan tahun 2041.

Tentunya PT FI akan memaksimalkan kepentingan dirinya melalui apa yang telah disepakati dalam KK. Apabila KK mendatangkan keuntungan yang maksimal, maka PT FI akan mempertahankannya. Meskipun masa berlakunya KK telah berakhir, perpanjangan KK pastinya akan dinegosiasi ulang. Dalam keadaan demikian, PT FI pastinya akan mengikuti regulasi yang telah dibuat, yakni UU Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara (UU Minerba). Perubahan dari KK ke Izin Usaha Pertambangan Khusus akan diterima. Saat ini PT FI ingin mempertahankan KK karena KK

menguntungkan dan masa berlakunya belum berakhir.

UU Minerba dibuat setelah KK berjalan sejak UU No. 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing (UU PMA) diterbitkan. Untuk menghindari UU tersebut berlaku, pemerintah berinisiatif mengubah UU PMA dengan UU Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (UU Penanaman Modal). Berlakunya UU Minerba membuat perpindahan dari KK ke Izin Usaha Pertambangan Khusus (IUPK) dimungkinkan. Ketentuan pasal 170 UU Minerba berlaku, yang menyebutkan pembangunan fasilitas *smelter* harus dilakukan di dalam negeri dalam waktu 5 tahun sejak disahkannya UU Minerba pada tahun 2009. PT FI dapat mengeksplor konsentrat asalkan PT FI memiliki IUPK.

Dalam hal ini, UU Minerba akan menguntungkan pemerintah Indonesia karena persentase pajak mengikuti kebijakan yang diambil oleh pemerintah Indonesia. PT FI akan mengikuti Peraturan Pemerintah (PP) Nomor: 1 Tahun 2007 tentang Fasilitas Pajak Penghasilan Untuk Penanaman Modal di Bidang-Bidang Usaha Tertentu dan/atau di Daerah-Daerah Tertentu. Suatu ketika pemerintah Indonesia dapat menaikkan pajaknya. Untuk pemerintah Indonesia, penerapan regulasinya atas PT FI akan membantu pemerintah meningkatkan pemasukan pajak sehingga sumber anggaran belanja negara bertambah.

Namun PT FI menolak perpindahan dari KK ke IUPK. PT FI menganggap bahwa UU Minerba tidak berlaku untuk dirinya. PT FI akan menyelesaikannya melalui gugatan Arbitrase Internasional berdasarkan pilihan hukum di dalam KK. Hal tersebut tidak dapat dihindari oleh pemerintah Indonesia. Yang diperlukan oleh pemerintah adalah dasar kuat yang dapat menunjang pemerintah mengambil keputusan yang tepat, apakah nantinya pemerintah Indonesia harus menghadapi gugatan Arbitrase PT FI atau melakukan negosiasi.

Melihat preseden sebelumnya, apabila pemerintah Indonesia dikalahkan oleh PT FI, maka pemerintah Indonesia dapat menggunakan upaya hukum dengan menggugat PT FI di Pengadilan Negeri. Namun tindakan yang demikian adalah preseden yang buruk. Pemerintah Indonesia harus mampu menyelesaikannya melalui negosiasi. Dilihat dari ketentuan dalam hukum kontrak, pemerintah Indonesia dalam posisi yang lemah.

## **I. Pokok Permasalahan**

1. Apakah pengadilan dapat membatalkan KK antara PT FI dan pemerintah Indonesia karena pelanggaran UU Minerba?
2. Apakah ketentuan UU Minerba dapat menambah ketentuan yang terdapat dalam KK antara PT FI dan pemerintah Indonesia?

## **II. Perjanjian Tidak dapat Melanggar Hukum**

### **1. Subjek Hukum**

PT FI adalah badan hukum yang diakui oleh peraturan yang sah. Berdasarkan Pasal 7 ayat (4) UU Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas menyebutkan: Perseroan memperoleh status badan hukum pada tanggal diterbitkannya Keputusan Menteri mengenai pengesahan badan hukum Perseroan. Pengertian badan hukum diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Per). UU dan KUH Per adalah UU yang memiliki satu sumber hukum, yakni UUD 1945.

Pasal II, Peraturan Peralihan UUD 1945 menyebutkan bahwa peraturan yang digunakan pada jaman penjajahan Belanda tetap digunakan selama pemerintah belum membuat peraturan baru penggantinya. Peraturan Belanda yang tetap

berlaku adalah Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Per). Dalam KUH Per, Pasal 1338 KUH Per menjadi dasar dari perjanjian yang mengesahkan KK. Pasal tersebut menyebutkan bahwa perjanjian yang dibuat oleh paling sedikit dua orang menjadikannya sebagai undang-undang bagi orang yang membuatnya. Adapun subjek hukum telah diatur dalam KUH Per yang terdiri dari:

1. ***Natuurlijke Persoon*** (*natural person*) yaitu manusia pribadi (Pasal 1329 KUHPerdata).
2. ***Rechtspersoon*** (*legal entitle*) yaitu badan usaha yang berbadan hukum (Pasal 1654 KUHPerdata). PT FI termasuk kelompok yang terakhir, badan hukum.

## 2. Pemaksimalan Kepentingan Subjek Hukum

Dalam melakukan penambangannya, PT FI memiliki kepentingan untuk mendapatkan keuntungan sebesar-besarnya. Adam Smith telah mengatakannya, “*...and never talk to them of own necessities but of their advantage*”. Pengertian yang demikian dapat dimengerti dalam konteks ekonomi mikro. Adapun mikro ekonomi adalah cabang ilmu ekonomi yang mempelajari perilaku konsumen dan perusahaan serta penentuan harga-harga pasar dan kuantitas faktor input, barang, dan jasa yang diperjualbelikan. PT FI memiliki *self-interest* memaksimalkan keuntungannya dalam menambang mineral dengan menekan biaya seminimal mungkin.

Apabila pemerintah dianggap “*enterprise*” dalam KK, maka pemerintah menjadi individu yang memaksimalkan keuntungan (*wealth maximization*). Pemaksimalan keuntungannya dapat dilihat dari pertambahan pajak. Dalam pembelaan perubahan anggaran berimbang (*balance budget*) dalam tahun 1983 Milton Friedman sebagai penasehat presiden Ronald Reagan mengatakan: “*The key problem is not deficits but the size of government spending. [...] I have never supported an amendment*

*directed solely at a balanced budget. I have written repeatedly that while I would prefer that the budget be balanced, I would rather have government spend \$500 billion and run a deficit of \$100 billion than have it spend \$800 billion with a balanced budget. It matters greatly how the budget is balanced, whether by cutting spending or by raising taxes.*" Pemikiran ini sesuai dengan negara yang memiliki anggaran belanja terbatas. Tentunya, banyak hal yang harus dikorbankan untuk menutupi program pemerintah yang harus berjalan dengan anggaran belanja yang terbatas. Peningkatan pajak menjadi salah satu cara mengimbangi pengeluaran pemerintah.

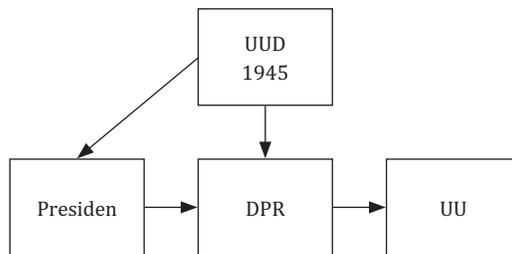
Friedman menekankan pemerintah lebih baik berhutang kepada organisasi atau negara lain daripada membelanjakan anggaran belanja yang berlebih. Ia mengatakan lebih baik menghabiskan \$ 500 juta dolar, dan defisit \$ 100 juta dolar dan sisanya ditutupi oleh pajak atau pengurangan anggaran belanja departemen daripada menghabiskan \$ 800 juta dolar. Pemerintah Indonesia memiliki kepentingan untuk meningkatkan nilai pajaknya. Penerapan UU Minerba dan penggantian KK menjadi IUPK dapat menambah keuntungan pemerintah Indonesia. Lalu pemerintah Indonesia harus mengesampingkan KK dan memberlakukan IUPK dengan cara memberlakukan UU Minerba.

### **3. Dasar Hukum Kontrak**

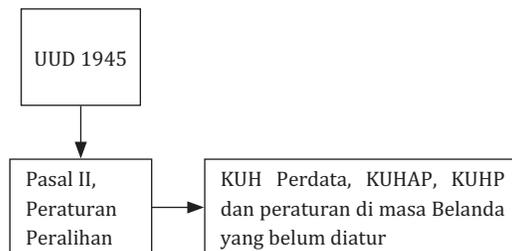
Pemerintah Indonesia tidak dapat mengesampingkan KK, karena KK memiliki dasar hukum yang sah. Dalam Pasal 1313 KUH Per menyebutkan perikatan: *suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih*. Perikatan antara PT FI dan pemerintah dalam KK memiliki dasar hukum Pasal 1338 ayat (1) KUH Per yang menyebutkan: *Semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang*

*membuatnya*. Namun ada syarat sahnya dalam Pasal 1320 KUH Per, yakni: 1. Adanya kesepakatan kedua belah pihak; 2. Kecakapan untuk melakukan perbuatan; 3. Adanya objek; 4. Kausa yang halal. Dalam kausa yang halal, para pihak tidak dapat membuat perjanjian yang melanggar peraturan sah.

Peraturan perundang-undangan yang sah berdasarkan Pasal 7 ayat (1) UU Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan yang menunjukkan hierarki perundang-undangan sekaligus produk hukumnya. Adapun KUHPer yang mengabsahkannya adalah UUD 1945. KUH Per tidak termasuk dalam peraturan perundang-undangan. KUH Per yang merupakan produk hukum jaman penjajahan Belanda dapat ditiadakan, bila ada UU penggantinya. Lalu apakah Pasal 1320 ayat (4) tentang kausa yang halal, yang menyatakan perjanjian tidak dapat melanggar UU, dapat merujuk kepada peraturan perundang-undangan yang dimaksud diatas?



**(Presiden dan DPR membuat UU)**



**(UUD 1945 memberlakukan peraturan jaman Belanda)**

Tugas wewenang Mahkamah Konstitusi (MK) dikuatkan dalam UUD 1945. MK diatur lebih lanjut dalam UU Nomor 24 Tahun 2003 tentang Mahkamah Konstitusi. Dalam tugas dan wewenangnya, MK dapat membatalkan isi UU karena bertentangan dengan UUD 1945. Artinya, isi UU tidak mendapatkan pengabsahan yang otomatis dari UUD 1945. Lain halnya dengan KUH Per yang mendapat pengabsahan langsung dari UUD 1945 melalui Peraturan Peralihan, karena materi hukumnya telah ada terlebih dahulu. KUH Per yang mengabsahkan adalah UUD 1945 secara langsung. Berbeda dengan UU yang mengabsahkan Presiden dan DPR, bukan UUD 1945. Dengan demikian UU yang dimaksud oleh Pasal 1320 ayat (4) KUH Per adalah peraturan yang termasuk dalam Peraturan Peralihan.

## **II. Perubahan Ketentuan Dalam Kontrak Melalui Peraturan Baru**

Pasal 1320 ayat (4) KUH Per tidak pernah menjelaskan tentang pengertian pelanggaran peraturan yang sah. Pelanggaran peraturan yang dimaksud dalam kausa yang halal dapat diartikan sebagai pelanggaran peraturan yang sah ketika perjanjian dibuat atau pelanggaran peraturan yang sah di masa depan. Nyatanya KK yang dibuat pada tahun 1967 telah berdasarkan peraturan sah yang berlaku pada tahun 1967. Sementara UU Minerba dibuat pada tahun 2009. UU Minerba dibuat setelah KK ditandatangani oleh kedua belah pihak 34 tahun yang lalu.

Untuk dapat memenuhi subjek hukum dalam perjanjian, pemerintah dalam KK dianggap sebagai subjek hukum yang sejajar dengan PT FI. Tentunya, pemerintah Indonesia sebagai subjek hukum dalam KK yang memiliki kedudukan sebagai presiden dan juga kepala negara yang dapat membuat UU

bersama DPR. Kewenangannya membuat UU bersama DPR akan menimbulkan konflik kepentingan (*conflict of interest*). Kesepakatan yang timbul akan berbeda, bila UU Minerba juga dimasukkan kedalam kriteria UU dalam KK, maka KK yang ditandatangani pada tahun 1967 menjadi berbeda ruang lingkupnya dari kesepakatan bersama sebelumnya.

Seharusnya pemerintah Indonesia dan PT FI membuat perjanjian satu paket termasuk UU yang ada pada saat perjanjian tersebut ditandatangani.

#### **IV. Penutup**

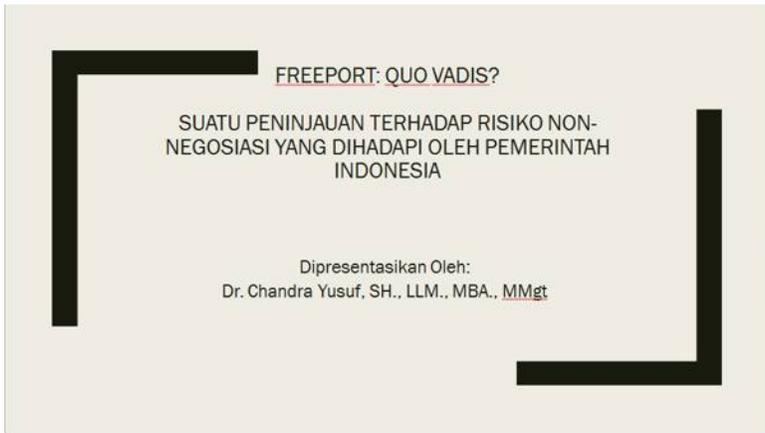
##### **1. Kesimpulan**

Pertama, KK yang dibuat berdasarkan Pasal 1338 KUH Per tidak dapat melanggar UU. Pasal 1320 ayat (4) KUH Per menuangkan sahnya perjanjian tidak dapat melanggar peraturan perundang-undangan yang sah. Peraturan perundang-undangan yang sah dapat merujuk ke Pasal 7 ayat (1) yang menunjukkan hierarki perundang-undangan sekaligus produk hukumnya. UU Minerba termasuk produk UU. Sementara KUH Per disahkan oleh pasal II, Peraturan Peralihan, UUD 1945 sehingga KK seharusnya tidak dapat melanggar peraturan yang termasuk dalam Peraturan Peralihan, bukan UU Minerba. KUH Per dan UU Minerba memiliki sumber hukumnya berbeda.

Kedua, Pasal 1320 ayat (4) KUH Per tidak merujuk kepada UU yang ada saat perjanjian dibuat. Pasal tersebut hanya menekankan UU saja. Namun dari pemikiran yang logis, UU tersebut adalah UU yang ada saat perjanjian dibuat. UU Minerba adalah UU yang dibuat setelah perjanjian. Perbuatan dalam perjanjian yang dibuat saat ini tidak dapat menjangkau keadaan di masa datang. Pemerintah Indonesia dengan memberlakukan UU Minerba terhadap KK yang ditandatangani sebelumnya akan membuat ketidakpastian hukum.

## 2. Saran

Pemerintah Indonesia lebih baik mencari solusi dengan cara negosiasi. Penyelesaian dengan Arbitrase memiliki risiko yang tinggi. Kemenangan di Arbitrase sekalipun akan membuat investor tidak percaya menanamkan investasi dalam jangka waktu yang panjang. Perjanjian yang dibuat tidak konsisten karena ketentuannya dapat diubah berdasarkan peraturan baru sehingga perjanjiannya semula diabaikan. Dengan keadaan yang demikian investor tidak memiliki rasa nyaman untuk berinvestasi di Indonesia



## Pendahuluan

- Kontrak Karya (KK) PT Freeport Indonesia (PT FI) dan Pemerintah Indonesia memiliki dasar hukum UU Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing
- UU Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing diubah menjadi UU Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal.
- Izin Usaha Pertambangan Khusus (IUPK) memiliki dasar hukum UU Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batubara (UU Minerba)
- UU Minerba mewajibkan PT FI membangun "Smelter" dalam jangka waktu 5 tahun setelah terbit UU Minerba.

## Pendahuluan...

- IUPK rejim "izin", karenanya PT FI derajatnya berada dibawah pemerintah Indonesia.
- PT FPI akan mengikuti PP Nomor 1 Tahun 2007 tentang Fasilitas Pajak Penghasilan Untuk Penanaman Modal Di Bidang-Bidang Usaha Tertentu Dan/Atau Daerah Tertentu.
- Tingkat persentase pajak dapat berubah setiap waktu.
- Pajak PT FI menjadi sumber Anggaran Pendapatan Belanja Negara.
- PT FI menolak IUPK dan tetap mempertahankan KK.
- PT FI akan membawa ke Arbitrase Internasional.

## Kepentingan Freeport dan Pemerintah Indonesia

- PT FI
  - *Pemaksimalan Self-Interest*
- Pemerintah Indonesia
  - *Peningkatan Pajak*

## Risiko yang Mungkin Terjadi dalam Arbitrase Internasional

- Pemerintah Indonesia menang dalam Arbitrase Internasional.
- Pemerintah Indonesia kalah dalam Arbitrase Internasional.
- Bila kalah, pemerintah Indonesia akan mengajukan gugatan di Pengadilan Negeri.
- Pemerintah harus memiliki argumentasi yang sangat kuat di Pengadilan Negeri.

## Dasar Hukum Kontrak

- Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Per)
  - Pasal 1313 KUH Per
  - Pasal 1338 KUH Per
  - Pasal 1320 KUH Per
- Pasal 1320 Ayat (4) KUH Per
  - Kausa yang Halal
    - Melanggar Peraturan yang sah
      - Apakah melanggar peraturan perundang-undangan?

## Dasar Hukum... 2

- UUD 1945
  - Presiden dan DPR membuat UU
    - UU
- UUD 1945
  - Pasal Peraturan Peralihan
    - KUH Per, KUH Pidana, KUHAP

## KK dan Pelanggaran UU Minerba

- KK dan peraturan yang sah pada saat ditandatangani adalah satu paket.
- UU Minerba dibuat kemudian setelah 34 tahun kemudian.
- UU Minerba mengubah ruang lingkup yang telah disepakati bersama.
- Perjanjian dapat diintervensi oleh pemerintah Indonesia sediri melalui peraturan yang dibuatnya sendiri.
- Perjanjian tidak dihargai dengan sendirinya.

## Penutup

- Kesimpulan
  - UU berbeda dengan KUH Perdata
  - UU yang terbit belakangan mengubah ruang lingkup Perjanjian sehingga Perjanjiannya tidak diindahkan.
- Saran
  - Pemerintah Indonesia untuk meningkatkan pajak lebih baik bernegosiasi dengan PT FI.

## **REGULASI *SIMSALABIM* UNTUK PT FREEPORT**

Oleh:

*Dr. Ahmad Redi, S.H, M.H*

*(Pengajar Fakultas Hukum Universitas Tarumanagara)*

Pemerintah masih mengalami kesulitan untuk mengatur PT. Freeport dibandingkan perusahaan tambang mineral dan batubara lainnya. Pemerintah sudah sangat akomodatif kepada Freeport, Pasal 103 dan Pasal 107 UU Nomor 4 Tahun 2009 tentang Pertambangan Mineral dan Batu Bara (UU tentang Minerba) yang ditindaklanjuti dengan Peraturan Pemerintah Nomor 23 Tahun 2010 memberi amanah kepada perusahaan tambang agar dalam jangka waktu 5 tahun (sejak tahun 2009) untuk membangun smelter serta melakukan pengolahan dan pemurnian terlebih dahulu terhadap hasil tambang yang hendak diekspor. Kemudian, setelah lewat jangka waktu 5 tahun tersebut diperpanjang lagi dengan Peraturan Pemerintah Nomor 1 Tahun 2014 selama 3 tahun yaitu paling lambat Januari 2017 batas pelaksanaan kewajiban pengolahan dan pemurnian bagi pemegang IUP/IUPK. Hingga saat ini di tahun 2017 kewajiban Pemerintah tersebut tidak juga dilaksanakan oleh Freeport.

Padahal dalam Kontrak Karya antara Pemerintah RI dengan Freeport terdapat beberapa klausul, diantaranya dalam Pasal 10 dengan alasan keekonomisan dimungkinkan ekspor biji (tidak lagi mineral mentah), Pasal 23 Kontrak Karya berisi kesepakatan bahwa dari waktu ke waktu kedua belah pihak akan mentaati peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia, dan Pasal 24 Kontrak Karya menyatakan Freeport dimungkinkan untuk melakukan divestasi saham sebesar 51%. Selain itu, perlu dipahami saat ini sudah ada

putusan Mahkamah Konstitusi mengenai Sumber Daya Air yang menyatakan negara tidak boleh lagi melakukan kontrak dan berada posisi yang setara sebagai pihak dalam kontrak dalam pengelolaan SDA, Negara atau Pemerintah hanya dapat memberikan izin pengelolaan.



Bulan Januari Tahun 2017 telah lewat, karena kewajiban baik dalam UU tentang Minerba berikut Peraturan Pemerintah pelaksanaannya belum kunjung dilakukan Freeport, akhirnya Pemerintah mengeluarkan Peraturan Pemerintah Nomor 1 Tahun 2017 tentang Perubahan Keempat atas PP No. 23 Tahun 2010. Terdapat dua problem hukum dalam PP ini, yaitu:

1. Ketentuan Pasal 112C angka 4 yang mengatur “Pemegang IUP Operasi Produksi sebagaimana dimaksud pada angka 2 yang melakukan kegiatan penambangan mineral logam dan telah melakukan kegiatan pengolahan, dapat melakukan penjualan ke luar negeri dalam jumlah tertentu”, sedangkan dalam Pasal 102 dan Pasal 103 ayat (1) menentukan Pemegang IUP

dan IUPK terlebih dahulu wajib meningkatkan nilai tambah dan wajib melakukan pengolahan dan pemurnian hasil tambang sebelum diekspor.

2. Ketentuan Pasal 112C angka 5 menyatakan “Ketentuan lebih lanjut mengenai pelaksanaan pengolahan dan pemurnian, batasan minimum pengolahan dan pemurnian serta penjualan ke luar negeri diatur dengan Peraturan Menteri”, sedangkan Pasal 103 ayat (3) UU tentang Minerba mengatur “Ketentuan lebih lanjut mengenai peningkatan nilai tambah sebagaimana dimaksud dalam Pasal 102 serta pengolahan dan pemurnian sebagaimana dimaksud pada ayat (2) diatur dengan peraturan pemerintah”. Hal ini bertentangan dengan Lampiran II butir 201 UU Pembentukan PUU yaitu “Jika materi muatan yang didelegasikan sebagian sudah diatur pokok-pokoknya di dalam Peraturan Perundang-undangan yang mendelegasikan tetapi materi muatan itu harus diatur hanya di dalam Peraturan Perundang-undangan yang didelegasikan dan tidak boleh didelegasikan lebih lanjut ke Peraturan Perundang-undangan yang lebih rendah (subdelegasi), gunakan kalimat Ketentuan lebih lanjut mengenai ... “diatur dengan”...”

Namun, selain PP Nomor 1 Tahun 2017 terbit pula Peraturan Menteri ESDM No. 5 Tahun 2017 tentang Peningkatan Nilai Tambah Mineral Melalui kegiatan Pengolahan dan Pemurnian dan Permen ESDM No. 6 Tahun 2017 tentang Tata Cara dan Persyaratan Pemberian Rekomendasi Ekspor. Keberadaan Permen ESDM Nomor 5 dan Nomor 6 Tahun 2017 ini menimbulkan lima problem hukum, yaitu:

1. Proses dan Tahapan Pembentukan Permen No. 5 Tahun 2017 dan Permen No. 6 Tahun 2017 bertentangan dengan UU Pembentukan PUU  
Peraturan Pemerintah Nomor 1 Tahun 2017 ditetapkan di tanggal yang sama dengan penetapan Permen ESDM

No. 5 Tahun 2017 tentang Peningkatan Nilai tambah Mineral Melalui Kegiatan Pengolahan dan Pemurnian (yang menentukan jangka waktu pembangunan *smelter* ditambah 5 tahun lagi) dan Permen ESDM No. 6 Tahun 2017 tentang Tata Cara dan Persyaratan Pemberian Rekomendasi Ekspor, yaitu pada tanggal 11 Januari 2017. Peraturan Menteri yang lahir bersamaan dengan Peraturan Pemerintah yang menjadi dasar pembentukannya, tentunya tidak sesuai dengan UU Nomor 12 Tahun 2011. Hal ini dapat dilihat penegasan dalam Permen No. 5 Tahun 2017 dan Permen No. 6 Tahun 2017 sebagai peraturan turunan atau delegasian dari PP No. 1 Tahun 2017 atau peraturan untuk melaksanakan PP No. 1 Tahun 2017 yang ditempatkan dalam konsideran “menimbang” dan dasar hukum pembentukan “mengingat” yang terdapat di awal naskah Permen tersebut. Peraturan Menteri, meskipun tidak ada dalam hierarki, diakui sebagai jenis peraturan perundang-undangan menurut UU Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, sehingga sejalan dengan Pasal 1 Angka 1 dan Pasal 5 huruf g pembentukan kedua Permen tersebut seharusnya melalui tahapan pembentukan peraturan perundang-undangan serta berasaskan keterbukaan dimana tahapan-tahapan yang dilakukan harus bersifat transparan dan terbuka.

2. Bentuk atau jenis subdelegasi pengaturan PNT kepada Peraturan Menteri bertentangan dengan UU Pembentukan PUU dan UU Minerba

Peraturan Menteri ESDM No. 5 Tahun 2017 dan Permen ESDM Nomor 6 Tahun 2017 jelas-jelas menjadikan PP Nomor 1 Tahun 2017 sebagai dasar pembentukannya, dalam arti Permen menjadi peraturan turunan/delegasi dari UU Minerba. Sedangkan Pasal 103 ayat (3) UU tentang Minerba berbunyi “Ketentuan lebih lanjut mengenai peningkatan nilai tambah

sebagaimana dimaksud dalam Pasal 102 serta pengolahan dan pemurnian sebagaimana dimaksud pada ayat (2) diatur dengan peraturan pemerintah.” Hal ini tentunya tidak sesuai dengan Pasal 5 huruf c UU Nomor 12 Tahun 2011 yang mengatur dalam membentuk Peraturan Perundang-undangan harus dilakukan berdasarkan pada asas Pembentukan Peraturan Perundang-undangan yang baik, yaitu asas “kesesuaian antara jenis, hierarki, dan materi muatan”, selain itu ketentuan Pasal 64 menyatakan Penyusunan Rancangan Peraturan Perundang-undangan dilakukan sesuai dengan teknik penyusunan Peraturan Perundang-undangan, dimana terdapat pemahaman bahwa frasa “diatur dengan” berarti materi muatan itu harus diatur hanya di dalam Peraturan Perundang-undangan yang didelegasikan dan tidak boleh didelegasikan lebih lanjut ke Peraturan Perundang-undangan yang lebih rendah (delegasi lebih lanjut/subdelegasi).

3. Pemberian izin Penjualan Ke Luar Negeri bertentangan dengan UU Minerba

Pasal 10 Permen ESDM Nomor 5 Tahun 2017 atau Pasal 2 Permen ESDM Nomor 6 Tahun 2017 menentukan Perusahaan dapat melakukan penjualan Ke Luar Negeri (Ekspor), dengan kondisi sebagai berikut:

- a. Setelah memenuhi kebutuhan domestik (min. 30% total kapasitas smelter) nikel dengan kadar  $< 1,7\%$  dapat di ekspor
- b. *Wash Bauxite*  $\geq 42\%$  dapat dieskpor dengan jumlah tertentu
- c. Wajib bangun smelter dan membayar bea keluar
- d. Untuk konservasi cadangan nikel dan mendorong pembangunan smelter bauksit dan nikel kadar rendah

Sedangkan Pasal 103 ayat (1) UU tentang Minerba dengan jelas menegaskan “Pemegang IUP dan IUPK Operasi

Produksi wajib melakukan pengolahan dan pemurnian hasil penambangan di dalam negeri”. Pewajiban ini juga diperkuat dengan Putusan MK Nomor 10/PUU-XII/2014. Pasal 10 Permen Nomor 5 Tahun 2017 sesungguhnya telah mengurangi kadar kemutlakan wajib melakukan pengolahan dan pemurnian yang ditentukan dalam UU tentang Minerba, makna “wajib” melakukan pemurnian di dalam negeri dalam rangka meningkatkan nilai tambah mineral dan batubara menjadi hilang.

Selain itu, ketentuan Pasal 11 Permen ESDM No. 5 Tahun 2017 dan Permen ESDM Nomor 6 Tahun 2017 yang mengatur “Pihak lain yang melakukan pengolahan dan/atau pemurnian mineral yang menjual produk pengolahan dan/atau pemurnian ke luar negeri wajib memenuhi batasan minimum pengolahan atau pemurnian sesuai dengan ketentuan dalam Peraturan Menteri ini”, tidak sesuai dengan UU tentang Minerba yang secara tegas menentukan Pasal 102 dan Pasal 103 secara akumulatif bukan alternatif, artinya, pemegang IUP/IUPK yang wajib meningkatkan nilai tambah, menentukan nilai kadar, berikut pengolahan dan pemurnian terhadap suatu mineral dan batubara.

Begitu pula pengaturan dalam Pasal 17 angka 3 dan angka 4 Permen ESDM yang berbunyi “Pemegang IUP Operasi Produksi Mineral Logam dapat melakukan penjualan hasil pengolahan ke luar negeri dalam jumlah tertentu paling lama 5 (lima) tahun sejak berlakunya Peraturan Menteri ini setelah membayar bea keluar sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan dan memenuhi batasan minimum pengolahan sebagaimana tercantum dalam Lampiran I yang merupakan bagian tidak terpisahkan dari Peraturan Menteri ini”, bertentangan dengan ketentuan Pasal 103 UU Minerba yang mengharuskan pengolahan dengan pemurnian sebagai kegiatan yang menjadi satu kesatuan, baik pengolahan dan

permunian harus dilaksanakan kedua-duanya dan tidak bisa hanya salah satu.

4. Perubahan Kontrak Karya menjadi Izin Usaha Pertambangan Khusus (IUPK) Operasi Produksi bertentangan dengan UU Minerba

Pasal 17 angka 2 Permen No. 5 Tahun 2017 menentukan “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 perusahaan pertambangannya menjadi IUPK Operasi Produksi dan membayar bea keluar sesuai dengan...”, perubahan Kontrak Karya menjadi IUPK merupakan norma baru yang diciptakan oleh Permen No. 5 Tahun 2017 dan tidak berdasar kepada UU Minerba serta bertentangan dengan Pasal 1 angka 13, Pasal 27 sampai dengan Pasal 32, Pasal 74 sampai dengan Pasal 83 UU Minerba.



Berdasarkan problematika hukum tersebut, jelas PP Nomor 1 Tahun 2017, Permen Nomor 5 Tahun 2017 dan Permen Nomor 6 Tahun 2017 telah mendegradasikan kehendak dan upaya strategis yang diamanatkan oleh UU Minerba untuk meningkatkan nilai tambah hasil pertambangan mineral dengan pengolahan dan pemurnian di dalam negeri sebagai upaya untuk memperbaiki kondisi pengelolaan sumber daya alam (mineral) yang telah berpuluh-puluh tahun hingga saat ini sebagian besar diekspor dalam bentuk bahan mentah, akibatnya penambangan minerba tidak menghasilkan nilai tambah maupun *multiplier effect* secara langsung kepada rakyat Indonesia. Ada empat skema untuk mengatasi permasalahan Freeport, pertama, perlu dibentuk BUMN baru seperti INALUM, Aneka Tambang, PT. Timah, dan lain-lain; kedua, dilakukan *holding* pertambangan; ketiga, kepemilikan saham Pemerintah sebesar 51% sebaiknya disimpan berupa cadangan sumber daya alam yang akan berguna bagi generasi akan datang; dan keempat, kepada BUMN baru diberikan tugas khusus.

## REGULASI *SIMSALABIM* UNTUK PT FREEPORT

Oleh:

*Dr. Ahmad Redi, S.H., M.H*

*(Pengajar Fakultas Hukum Universitas Tarumanagara)*

Terbitnya Peraturan Pemerintah Nomor 1 Tahun 2017, Peraturan Menteri ESDM No. 5 Tahun 2017, dan Peraturan Menteri ESDM No. 6 Tahun 2017 mengenai perusahaan mineral, menjadi persoalan hukum baru dalam karut marut penyelenggaraan sektor mineral Indonesia. Karut marut kebijakan perusahaan mineral ini disebabkan adanya ketidak-konsistenan Pemerintah dan pelaku usaha pertambangan atas implementasi UU Minerba. UU Minerba sengaja dibuat gagal bekerja oleh peraturan-peraturan pelaksanaannya. Khusus untuk PT Freeport Indonesia (PT FI), peraturan di bawah UU Minerba, dibuat slalu untuk mengamankan PT FI, perkara ada perusahaan lain yang menikmati, ini perkara durian runtuh akibat akrobat hukum Pemerintah untuk PT FI.

Substansi yang disimpangi dalam peraturan di bawah UU Minerba ini yaitu, antara lain: (1) diberikannya izin ekspor atas mineral yang belum diolah dan dimurnikan di dalam negeri selama lima tahun ke depan; dan (2) perubahan Kontrak Karya (KK) mejadi izin usaha pertambangan khusus (IUPK).

### **Relaksasi Terlarang**

Pasal 102, Pasal 103, dan Pasal 170 UU Minerba telah secara *lex scripta* (tertulis), *lex stricta* (tegas), dan *lex certa* (jelas) mengatur bahwa mineral (ore dan konsentrat) Indonesia tidak boleh lagi dibawah mentah-mentah ke luar negeri tanpa diolah dan dimurnikan di dalam negeri. Caranya dengan membangun *smelter*, baik sendiri maupun bekerja

sama dengan pihak lain. Kewajiban pengolahan dan pemurnian hasil tambang di Indonesia, merupakan perubahan paradigma perusahaan mineral dari mineral sebagai komoditas ekspor menjadi mineral sebagai modal dasar pembangunan. Perusahaan mineral bukanlah perusahaan jual beli tanah (dan air) sebagaimana praktik perdagangan sumber daya alam abad ke-17.

UU Minerba pun tidak *ujug-ujug* membebani kewajiban pengolahan dan pemurnian mineral di dalam negeri kepada perusahaan tambang. UU pun memberi waktu kepada pemegang KK selama lima tahun sejak UU Minerba diundangkan yaitu pada 2014 untuk melakukan kewajiban pengolahan dan pemurnian hasil tambangnya di dalam negeri (Pasal 170 UU Minerba) dan pemegang IUPK/IUPK (Pasal 103 UU Minerba) pada saat tahapan operasi produksi. Khusus pemegang IUP/IUPK, sebagaimana diatur dalam Pasal 39 ayat (2) huruf d dan Pasal 79 huruf d UU Minerba bahwa dalam IUP/IUPK Operasi Produksi harus dimuat lokasi pengelolaan dan pemurnian, sehingga bagi Pemegang IUP/IUPK Eksplorasi tidak dapat diberikan IUP Operasi Produksi apabila tidak memiliki lokasi pengelolaan dan pemurnian. Lokasi pengelolaan dan pemurnian tersebut harus berada di dalam negeri sebagaimana diatur dalam Pasal 103 UU Minerba baik dibangun sendiri, maupun bekerja sama dengan badan usaha, koperasi, atau perserorangan yang telah mendapatkan IUP/IUPK. Dengan demikian, IUP/IUPK yang terbit setelah 2009, harus melakukan pengolahan dan pemurnian di dalam negeri atas mineralnya seketika pemegang izin melakukan tahapan operasi produksi.

Kenyataannya, kewajiban pengolahan dan pemurnian yang sudah sangat baik demi peningkatan nilai tambah, penerimaan negara, mengembangkan industri hilir dalam negeri, penyerapan tenaga, dan *multiflyer effect* lainnya,

serta mengurangi laju kerusakan lingkungan, 'dimakar' oleh Peraturan Menteri ESDM No. 5 Tahun 2017. Padahal, waktu yang telah diberikan oleh Pemerintah dengan akrobat regulasi yang membentur UU Minerba, telah delapan tahun agar perusahaan pertambangan baik pemegang KK maupun IUP melakukan kewajiban mengolah dan memurnikan hasil tambangnya di dalam negeri, namun berkali-kali UU Minerba digalkakan berimplementasi oleh Peraturan Menteri ESDM.

### **IUPK dan Kontrak Karya**

Dalam Peraturan Menteri ESDM No. 5 Tahun 2017 dinyatakan bahwa pemegang KK dapat melakukan penjualan hasil pengolahan ke luar negeri dalam jumlah tertentu paling lama lima tahun sejak berlakunya Peraturan Menteri ini setelah melakukan perubahan bentuk perusahaan pertambangannya menjadi IUPK Operasi Produksi. Lalu bagaimana, bila pemegang KK tidak mau mengubah menjadi IUPK, maka perusahaan dilarang ekspor mineralnya. Perubahan KK menjadi IUPK ini juga diatur dalam Peraturan Menteri ESDM No. 15 Tahun 2017 yang menyatakan bahwa pemegang KK mineral logam dapat melakukan perubahan bentuk perusahaan pertambangan menjadi IUPK Operasi Produksi sebagai kelanjutan operasi. IUPK Operasi Produksi diberikan untuk jangka waktu sesuai dengan sisa jangka waktu KK mineral logam dan dapat diperpanjang sebanyak dua kali masing-masing selama sepuluh tahun.

Pengaturan dalam Peraturan Menteri ESDM ini pun berpotensi menyimpangi UU Minerba. Pertama, dalam UU Minerba diatur bahwa IUPK merupakan produk akhir dari skema kewilayahan pencadangan negara. Suatu wilayah yang ditetapkan menjadi wilayah pencadangan negara (WPN) harus mendapat persetujuan DPR RI. Setelah disetujui menjadi

WPN, apabila ingin diusahakan maka WPN bertransformasi menjadi wilayah usaha pertambangan khusus (WUPK). WUPK kemudian dipecah menjadi beberapa wilayah izin usaha pertambangan khusus (WIUPK). WIUPK ini ditawarkan ke BUMN untuk diusahakan, apabila BUMN tidak berminat maka ia dilelang kepada perusahaan tambang swasta. Lahirnya IUPK. Artinya tidak dapat KK berubah seketika menjadi IUPK.

Kedua, perubahan KK menjadi IUPK dengan kompensasi izin ekspor mineral pun berpotensi menyimpangi UU Minerba. Pasal 103 mengatur bahwa pemegang IUPK harus seketika melakukan pengolahan dan pemurnian di dalam negeri seketika sebagaimana diatur dalam Pasal 79 huruf d UU Minerba. Tidak ada pemberian batas waktu lagi untuk ekspor ore/konsentrat.

Ketiga, perubahan KK menjadi IUPK berpotensi menjadi pelanggaran hukum Pemerintah atas KK karena dianggap mamaksa PTFI untuk mengubah kontrak menjadi IUPK demi mendapat izin ekspor konsentrat. Walaupun, apabila membaca KK, maka dalam Pasal 10 KK terdapat kewajiban membangun *smelter* oleh PTFI dengan berbagai syarat, lebih keras dalam Pasal 23 ayat (2) KK disepakati bahwa PTFI setuju untuk merencanakan dan melaksanakan semua kegiatan sesuai KK dan akan senantiasa menaati semua undang-undang dan peraturan lain dari waktu ke waktu. Ini pasal pamungkas bagi Pemerintah bila akhirnya memang PT FI menggugat Pemerintah ke arbitrase. Sejatinya, PT FI dapat dianggap melanggar KK yang mereka buat bersama Pemerintah.

Upaya PT FI yang berencana menggugat Pemerintah dan memberikan waktu 120 hari untuk melakukan negosiasi, dapat dilatarbelakangi setidaknya oleh tiga tujuan, yaitu pertama, PT FI ingin menjadikan ancaman gugatan arbitrase ini sebagai upaya menaikan posisi tawar kepada Pemerintah sebagaimana yang dilakukan oleh PT Newmont Nusa Tenggara (PT NNT) pada tahun 2014. Ketika Pemerintah mengeluarkan

kebijakan larangan ekspor konsentrat pada tahun 2014, PT NNT mengancam menggugat karena kebijakan tersebut membuat pekerjaan-pekerjaan, hak-hak, serta kepentingan-kepentingan para pemangku kepentingan perusahaan tidak terlindungi. Akhirnya, Pemerintah pun luluh dengan memberikan izin ekspor konsentrat hingga detik ini.

Kedua, PT FI secara serius mengajukan gugatan arbitrase dalam rangka mendapatkan putusan sela dari majelis hakim arbitrase berupa pemberian izin kepada PT FI untuk tetap dapat melakukan ekspor konsentrat, selain bahwa dalam putusan akhir nantinya, majelis hakim arbitrase diharapkan memutus Pemerintah untuk melakukan pemulihan hak-hak PT FI sesuai KK dan pemenuhan ganti kerugian kerugian PT FI karena kebijakan Pemerintah.

Strategi gugatan ini, menjadi strategi iseng-iseng berhadiah bagi PT FI karena bilapun PT FI kalah maka kebijakan Pemerintah agar PT FI menjadi IUPK untuk mendapatkan izin ekspor, tetap berlaku selama belum dicabut oleh Pemerintah. Artinya, bilapun PT FI kalah, PT FI akan tetap mendapatkan kemewahan IUPK berupa izin ekspor selama lima tahun ke depan serta perpanjangan dua kali sepuluh tahun. Walaupun PT FI harus tunduk pada aturan perpajakan sesuai peraturan perpajakan di Indonesia (*prevailing law*) misalnya pembayaran bea keluar serta tambahan PNBPN sebesar sepuluh persen sebagaimana diatur dalam UU Minerba.

Walaupun demikian, ancaman arbitrase ini sesungguhnya memiliki dampak negatif tersendiri bagi PT FI, yaitu ancaman PT FI memunculkan simpati publik pada Pemerintah. Publik menganggap upaya PT FI yang akan menggugat Pemerintah merupakan upaya yang anti-kepentingan nasional dan bentuk arogansi perusahaan tersebut Pemerintah dan rakyat Indonesia. Publik secara awam memandang bahwa ada ancaman terdapat nasionalisme sehingga PT FI harus dilawan.

Kondisi ini mengakibatkan Pemerintah semakin kuat dan akan dalam posisi sulit apabila mundur atau takut atas ancaman PT FI karena ini akan melawan kehendak publik yang terlanjur terbakar semangat kebangsaannya.

Selain itu, dengan adanya gugatan ini maka operasi tambang PT FI dapat terhenti. Walaupun, PT FI telah mendapatkan IUPK berdasarkan Keputusan Menteri ESDM, namun selama PT FI dalam posisi tetap akan menggugat Pemerintah maka Menteri ESDM dapat saja mencabut pemberian IUPK ini dengan alasan terdapat cacat prosedural atau substansi sesuai UU No. 30 Tahun 2014 tentang Administrasi Pemerintahan, khususnya cacat substansi karena Pemerintah kembali ke pengaturan dalam UU Minerba bahwa ekspor konsentrat dilarang.

Selanjutnya, apabila akhirnya sengketa diselesaikan melalui forum arbitrase maka bilapun menang maka PT FI rentan berlanjut operasinya pasca 2021 ketika KK PT FI berakhir. Pemerintah tentu merasa terluka atas kekalahan ini, kecuali ketika pasca 2019 di saat rezim baru memimpin Pemerintahan, pro atas eksistensi PT FI di Indonesia.

Akhirnya, berbagai regulasi di bawah UU Minerba yang dibuat Pemerintah yang terlihat bodong dan berakrobat liar membentur UU Minerba, demi mengamankan PT FI agar tetap dapat ekspor konsentrat dan mendapat perpanjangan operasi tambang dua kali sepuluh tahun. Ditolak mentah-mentah oleh PT FI dengan ancaman arbitrase. Ini menjadi kemalangan bagi Pemerintah, ketika sudah bersusah payah membuat regulasi yang dianggap publik menyimpang bahkan harus dilaporkan ke lembaga Ombudsman atas dugaan maladministrasi, bahkan Peraturan Menteri-nya pun diuji materiil ke Mahkamah Agung, PT FI malah tidak peduli. PT FI tetap pada maunya sendiri. Ironisnya di Indonesia, sumber daya alamnya menjadi petaka bukanlah sebagai karunia.

**PROBLEM HUKUM  
PP 1 TAHUN 2017  
PERMEN ESDM 5 TAHUN 2017  
PERMEN ESDM 6 TAHUN 2017**

**Tim Hukum Koalisi Masyarakat Sipil Pengawal  
Konstitusi SDA**

**Konstitusi UUD Negara RI Tahun 1945**

**Pasal 33 ayat (3)**

*“Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya **dikuasai oleh negara** dan dipergunakan **untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat**”*

## Konstruksi Hukum Tata Kelola SDA



## KRONOLOGI PENGATURAN PNT



## Problem Hukum Peningkatan Nilai Tambah (PNT)



## PP 1 TAHUN 2017

PERUBAHAN KEEMPAT ATAS PERATURAN PEMERINTAH  
 NOMOR 23 TAHUN 2010 TENTANG PELAKSANAAN  
 KEGIATAN USAHA  
 PERTAMBANGAN MINERAL DAN BATUBARA

Pasal 112C ayat (4) PP 1/2017 bertentangan dengan Pasal 103 ayat (1) UU Minerba

PP 1/2017	UU MINERBA
<p><b>Pasal 112C angka 4</b></p> <p><i>“Pemegang IUP Operasi Produksi sebagaimana dimaksud pada angka 2 yang melakukan kegiatan penambangan mineral logam dan telah melakukan kegiatan <b>pengolahan</b>, dapat melakukan penjualan ke luar negeri dalam jumlah tertentu”.</i></p>	<p><b>Pasal 102</b></p> <p><i>“Pemegang IUP dan IUPK wajib meningkatkan nilai tambah sumber daya mineral dan/atau batubara dalam pelaksanaan penambangan, pengolahan dan pemurnian, serta pemanfaatan mineral dan batubara”</i></p> <p>103 ayat (1)</p> <p><i>“Pemegang IUP dan IUPK Operasi Produksi wajib melakukan pengolahan dan pemurnian hasil penambangan di dalam negeri”</i></p>

Pasal 112C angka 5 PP 1/2017 bertentangan dengan UU Pembentukan PUU

PP 1/2017	UU MINERBA
<p><b>112C angka 5</b></p> <p><i>“Ketentuan lebih lanjut mengenai pelaksanaan pengolahan dan pemurnian, batasan minimum pengolahan dan pemurnian serta penjualan ke luar negeri diatur dengan <b>Peraturan Menteri</b>”</i></p>	<p><b>Pasal 103 ayat (3)</b></p> <p><i>Ketentuan lebih lanjut mengenai peningkatan nilai tambah sebagaimana dimaksud dalam Pasal 102 serta pengolahan dan pemurnian sebagaimana dimaksud pada ayat (2) <b>diatur dengan peraturan pemerintah.</b></i></p>
<p><b>Lampiran II butir 201 UU Pembentukan PUU:</b></p> <p><i>“Jika materi muatan yang didelegasikan sebagian sudah diatur pokok-pokoknya di dalam Peraturan Perundang-undangan yang mendelegasikan tetapi materi muatan itu <u>harus diatur hanya di dalam Peraturan Perundang-undangan yang didelegasikan dan tidak boleh didelegasikan lebih lanjut ke Peraturan Perundang-undangan yang lebih rendah</u> (subdelegasi), gunakan kalimat Ketentuan lebih lanjut mengenai ... <b>“diatur dengan”</b>.....”</i></p>	

## Permen ESDM 5 Tahun 2017

## Permen ESDM 6 Tahun 2017

**1**

Proses dan Tahapan Pembentukan Permen 5/2017 dan Permen 6/2017 bertentangan dengan UU Pembentukan PUU

**PP 1 / 2017**  
(11 JANUARI 2017)



**PERMEN 5 / 2017**  
(11 JANUARI 2017)



**PERMEN 6 / 2017**  
(11 JANUARI 2017)

UU Pembentukan PUU Pasal 1 Angka 1 pembentukan peraturan perundang-undangan harus dilakukan melalui tahapan perencanaan, penyusunan, pembahasan, pengesahan atau penetapan, dan pengundangan

UU Pembentukan PUU Pasal 5 huruf g "Asas keterbukaan" adalah bahwa dalam Pembentukan Peraturan Perundang-undangan mulai dari perencanaan, penyusunan, pembahasan, pengesahan atau penetapan, dan pengundangan bersifat transparan dan terbuka

2

Bentuk/jenis Subdelegasi Pengaturan PNT kepada Peraturan Menteri bertentangan dengan UU Pembentukan PUU dan UU Minerba

PERMEN ESDM 5 & 6 Th 2017	UU MINERBA
Bahwa Permen 5/2017 dan Permen 6/2017 merupakan peraturan turunan/delegasi dari PP 1/2017 atau peraturan untuk melaksanakan PP 1/2017, hal ini dapat dibuktikan dengan melihat konsideran “menimbang” dan dasar hukum pembentukannya “mengingat” yang terdapat di awal naskah Permen 5/2017 dan Permen 6/2017	Pasal 103 ayat (3) <i>Ketentuan lebih lanjut mengenai peningkatan nilai tambah sebagaimana dimaksud dalam Pasal 102 serta pengolahan dan pemurnian sebagaimana dimaksud pada ayat (2) diatur dengan peraturan pemerintah.</i>
Bahwa PP 1/2017 yang menjadi dasar pembentukan Permen 5/2017 dan Permen 6/2017 merupakan peraturan turunan/delegasi dari UU Minerba, sehingga Permen 5/2017 dan Permen 6/2017 merupakan subdelegasi (turunan/delegasi lebih lanjut) dari UU Minerba	

## UU Pembentukan PUU (UU 12/2011)

- Pasal 5 huruf c : asas-asas Pembentukan PUU, diantaranya, bahwa dalam membentuk Peraturan Perundang-undangan harus dilakukan berdasarkan pada asas Pembentukan Peraturan Perundang-undangan yang baik, yaitu asas **“kesesuaian antara jenis, hierarki, dan materi muatan”**.
- Pasal 64:
  - (1) Penyusunan Rancangan Peraturan Perundang-undangan dilakukan sesuai dengan teknik penyusunan Peraturan Perundang-undangan.
  - (2) Ketentuan mengenai teknik penyusunan Peraturan Perundang-undangan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tercantum dalam Lampiran II yang merupakan bagian tidak terpisahkan dari Undang-Undang ini.
- frasa **“diatur dengan”** dalam Pasal 103 ayat (3) menunjukkan bahwa materi muatan itu **harus diatur hanya di dalam Peraturan Perundang-undangan yang didelegasikan dan tidak boleh didelegasikan lebih lanjut ke Peraturan Perundang-undangan yang lebih rendah (delegasi lebih lanjut/subdelegasi)**

# 3

## Pemberian izin Penjualan Ke Luar Negeri bertentangan dengan UU Minerba

PERMEN ESDM 5 & 6 Th 2017	UU MINERBA
<p><b>Pasal 10 (Pasal 2 Permen 6/2017)</b> setidaknya mengatur <i>Dapat melakukan penjualan Ke Luar Negeri (Ekspor), dg kondisi sbb:</i></p> <ul style="list-style-type: none"> <li>o Setelah <b>memenuhi kebutuhan domestik</b> (min. 30% total kapasitas smelter) <b>nikel dengan kadar &lt; 1,7% dapat di ekspor</b></li> <li>o <b>Wash Bauxite <math>\geq</math> 42% dapat dieskpor</b> dengan jumlah tertentu</li> <li>o Wajib <b>bangun smelter</b> dan <b>membayar bea keluar</b></li> <li>o Untuk konservasi cadangan nikel dan mendorong <b>pembangunan smelter bauksit dan nikel kadar rendah</b></li> </ul>	<p>Pasal 103 ayat (1) Pemegang IUP dan IUPK Operasi Produksi wajib melakukan pengolahan dan pemurnian hasil penambangan di dalam negeri (<b>diperkuat Putusan MK No 10/PUU-XII/2014</b>)</p> <p>Bahwa pengaturan dalam Pasal 10 Permen <i>a quo</i> sesungguhnya telah <b>mengurangi kadar kemutlakan wajib</b> melakukan pengolahan dan pemurnian.....</p> <p><b>makna “wajib” melakukan pemurnian di dalam negeri</b> dalam rangka meningkatkan nilai tambah mineral dan batubara menjadi hilang</p>

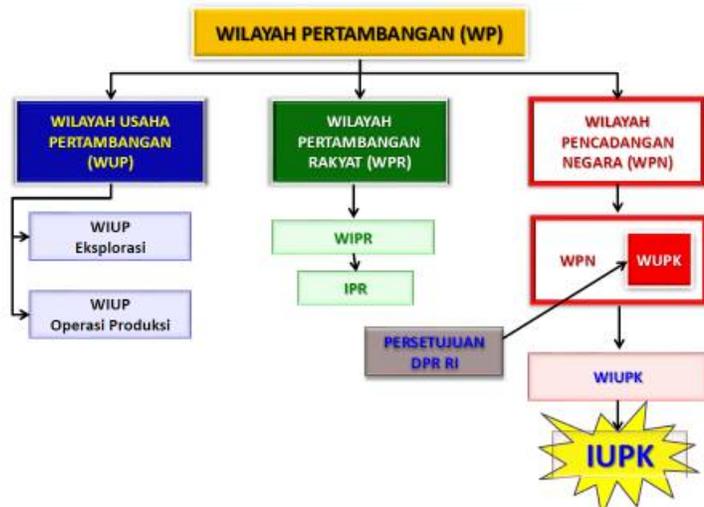
## Lanjutan...

PERMEN ESDM 5 & 6 Th 2017	UU MINERBA
<p><b>Pasal 11</b> Pihak lain yang melakukan pengolahan dan/atau pemurnian mineral yang menjual produk pengolahan <b>dan/atau</b> pemurnian ke luar negeri wajib memenuhi batasan minimum pengolahan <b>atau</b> pemurnian sesuai dengan ketentuan dalam Peraturan Menteri ini</p>	<p><b>Akumulatif</b> (bukan akumulatif atau alternatif)</p>
<p><b>Pasal 17 angka 3 dan angka 4</b> Pemegang IUP Operasi Produksi Mineral Logam dapat melakukan penjualan <b>hasil pengolahan</b> ke luar negeri dalam jumlah tertentu paling lama 5 (lima) tahun sejak berlakunya Peraturan Menteri ini setelah membayar bea keluar sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan dan memenuhi <b>batasan minimum pengolahan</b> sebagaimana tercantum dalam Lampiran I yang merupakan bagian tidak terpisahkan dari Peraturan Menteri ini</p>	<p>Pengolahan dan pemurnian (bukan pengolahan berdiri sendiri)</p>

4

### Perubahan Kontrak Karya menjadi Izin Usaha Pertambangan Khusus (IUPK) Operasi Produksi bertentangan dengan UU Minerba

PERMEN ESDM 5 & 6 Th 2017	UU MINERBA
<p><b>Pasal 17 angka 2 Permen 5/2017</b></p> <p><i>"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 <b>melakukan perubahan bentuk perusahaan pertambangannya menjadi IUPK Operasi Produksi</b> dan membayar bea keluar sesuai dengan...."</i></p>	<p>perubahan Kontrak Karya menjadi IUPK merupakan norma baru yang diciptakan oleh Permen 5/2017 dan tidak berdasar kepada dan bertentangan dengan UU Minerba</p> <p>bertentangan dengan Pasal 1 angka 13, Pasal 27 sampai dengan Pasal 32, Pasal 74 sampai dengan Pasal 83 UU Minerba</p>



## Kesimpulan

1. Proses dan tahapan pembentukan Permen 5/2017 tidak sesuai dengan asas pembentukan peraturan perundang-undangan yang baik dan bertentangan dengan UU Pembentukan PUU.
2. Delegasi lebih lanjut pengaturan peningkatan nilai tambah mineral dengan kewajiban pengolahan dan pemurnian di dalam negeri yang diatur dalam bentuk/jenis Peraturan Menteri merupakan pelanggaran terhadap Pasal 103 ayat (3) UU Minerba dan bertentangan dengan Pasal 5 huruf e dan Lampiran II butir 201 UU Pembentukan PUU.
3. Pemberian izin penjualan ke luar negeri dengan syarat dan kondisi tertentu terhadap hasil penambangan yang belum diolah dan dimurnikan merupakan pelanggaran Pasal 102 dan Pasal 103 UU Minerba.
4. Perubahan bentuk penguasaan Kontrak Karya menjadi IUPK Operasi Produksi merupakan pelanggaran terhadap Pasal 1 angka 13, Pasal 27 sampai dengan Pasal 32, Pasal 74 sampai dengan Pasal 83 UU Minerba.

## Kesimpulan Umum

Secara umum disimpulkan bahwa PP 1/2017, Permen 5/2017 dan Permen 6/2017 telah **mendegradasikan** kehendak dan upaya strategis yang diamanatkan oleh UU Minerba untuk meningkatkan nilai tambah hasil pertambangan mineral dengan pengolahan dan pemurnian di dalam negeri sebagai upaya untuk memperbaiki kondisi pengelolaan sumber daya alam (mineral) di Indonesia yang telah **berpuluh-puluh tahun** hingga saat ini sebagian besar diekspor dalam bentuk bahan mentah, sehingga tidak menghasilkan nilai tambah maupun *multiplier effect* secara langsung **kepada rakyat Indonesia**.

## PETITUM

- **Provisi (Permohonan Putusan Sela):** untuk menunda atau menghentikan pelaksanaan pelaksanaan PP & Permen *a quo* sebelum adanya putusan akhir.
- **Dalam Pokok Perkara :** menyatakan tidak sah dan batal demi hukum

*Terima Kasih*

**Bisman Bhaktiar, SH., MH. MM.**

✉ [bismanb@gmail.com](mailto:bismanb@gmail.com)

☎ 081315151123

## SESI TANYA JAWAB

### PERTANYAAN

#### 1. Nikolaus Simanjuntak, Tenaga Ahli Fraksi PDI-P, DPR RI

Pertama, bahwa yang belum banyak dibahas dalam kaitannya dengan *Pacta Sunt Servanda* ialah prinsip lain yaitu *Rebus Sic Stantibus* bahwa rezim perjanjian harus diubah ketika situasi berubah, itu nilainya universal, namun memang banyak Profesor hukum yang tidak setuju. Perubahan yang sangat signifikan dan tidak bisa dibantah adalah UUD 1945 yang sekarang telah menjadi UUD NRI 1945 yang beberapa isinya juga telah berubah. Pasal 1 ayat (3) UUD 1945 dulu isinya adalah pelaksanaan kedaulatan rakyat yang sepenuhnya dilaksanakan oleh MPR yang mana Presiden menjadi mandataris MPR. Sekarang makna Pasal 1 ayat (3) adalah bahwa kedaulatan rakyat dilaksanakan menurut UUD dan Pasal 28I diatur bahwa segala UU harus melaksanakan UUD dan itulah dasar UU Minerba. Jadi, UU Minerba yang berubah dalam kaitannya dengan Kontrak Karya (KK) menjadi IUPK itu adalah situasi yang nyata dalam perubahan konstitusi dan perubahan sistem kenegaraan. Kedua, ini sudah jelas bahwa syarat kontrak internasional adalah itikad baik, keseriusan, dan fokus solusi. Setelah itu barulah muncul kesepakatan sebagaimana diatur dalam Pasal 1320 dan Pasal 1338 KUHPerdata. Dari semua itu maka itikad baik, keseriusan, dan fokus solusi jelas tidak ada dari Freeport. Tidak adanya itikad baik itu bisa dipidana yang mana itikad baik itu sifatnya universal. Ketiga, kelompok arbitrase tetaplah penyelesaian sengketa alternatif di luar pengadilan sesuai rezim UU Nomor 30 Tahun 1999, jadi arbitrase hanya salah satu cara. Cara lain

yang terbaik adalah konsiliasi. Salah satu syarat konsiliasi diantaranya adalah *amenable* dan *pacified*. Jadi sebaiknya adalah melupakan kesalahan rezim sebelumnya dan melihat ke depan sehingga cara konsiliasi sebetulnya lebih tepat daripada menggunakan cara negosiasi. Keempat, arbitrase subjeknya adalah negara dengan negara. Apakah Freeport itu adalah negara? karena dalam ICSID juga mengadili antara *state to state* kecuali apabila Freeport didelegasikan oleh Amerika Serikat, jadi apabila mau dibawa ke ICSID maka kita bukan melawan Freeport tetapi Amerika Serikat.



## 2. Prayudi, Peneliti Badan Keahlian DPR RI

Kita harus melihat perkembangan ke depan selain masalah geopolitik dan status hukum. Persoalan Freeport memang tidak bisa lepas dari aturan UU PMA tahun 1967, ketika itu posisi subordinat pemerintah yang lekat dengan AS dan

saat itu memang kita butuh modal asing padahal kondisinya sekarang telah berubah. Ada hal penting lain sebenarnya yaitu ketentraman publik/masyarakat sebagaimana tadi disinggung oleh Prof. Hikmahanto. Dari segi keekonomian bahwa memang ada riset yang menyatakan bahwa dana Freeport ada yang berasal dari sumber tidak resmi dan juga dana resmi dalam rangka memperkuat posisinya. Jadi posisi mereka tidak hanya di permukaan tetapi juga di bawah permukaan. Di sisi lain kita juga pernah memenangkan perkara melawan Newmont. Jadi sebetulnya pertanyaannya adalah *quo vadis*-nya mau kemana? dan sebenarnya apakah Freeport serius atau tidak untuk mengajukan gugatan?



### 3. Dian, Peneliti, Badan Keahlian DPR RI

Pertama, seperti yang telah dikatakan oleh Bapak Ahmad Redi bahwa menurut UU Minerba itu dalam jangka waktu 5

tahun maka perusahaan wajib melakukan pemurnian namun sampai tahun 2014 Freeport belum mentaatinya. Lantas dimanakah pengawasan dan pengawalan pemerintah? mengapa setelah jangka waktu habis barulah pemerintah kelabakan? bagaimana pengawasan Pemerintah terhadap hal tersebut khususnya terkait pelaksanaan Pasal 170 UU Minerba? Kedua, Prof. Hikmahanto menyebutkan tentang IUPK dan Kontrak Karya, yang mana solusi apapun yang diberikan Pemerintah tetap saja ditolak oleh Freeport. Jadi sebetulnya untung ruginya apa bagi Freeport terkait hal tersebut? baik tetap dalam bentuk KK maupun apabila berubah menjadi IUPK, karena saya tidak melihat adanya klausul yang mewajibkan perusahaan untuk membangun *smelter* sebagaimana dalam Pasal 170 karena Pasal tersebut hanya diwajibkan melakukan pemurnian sehingga dapat saja perusahaan bekerjasama atau melakukan pemurnian di/kepada perusahaan lain yang memiliki smelter seperti yang diatur dalam Pasal 103 ayat (2) UU Minerba. Ketiga, sekitar 32 ribu orang Papua bekerja di Freeport dan sekitar 16 ribu yang telah dirumahkan. Suku Kamoro dan Suku Amungme juga adalah pihak yang terkena dampak yang mana mereka berjuang keras mendapatkan 2 (dua) persen dana CSR dari Freeport. Dana tersebut kemudian dipakai untuk menyekolahkan anak-anak Papua ke dalam negeri maupun luar negeri. Kemudian, sebagaimana pernah dikemukakan oleh Anggota DPR Komisi VII bahwa sebetulnya sudah ada rapat dengan pemerintah yang mana ada rekomendasi bahwa Freeport dilarang untuk melakukan PHK kepada pekerja Freeport selama negosiasi antara Freeport dengan pemerintah berlangsung, namun pada kenyataannya sudah banyak yang di PHK dan dirumahkan. Jadi sejauh mana kekuatan rekomendasi dari DPR tersebut bisa diterapkan pada perusahaan? apalagi dalam konteks hubungan perdata antara perusahaan dengan pekerja. Keempat, adanya

wacana bahwa seandainya KK berakhir dan diambil alih oleh BUMN khususnya tambang bawah tanah, apakah menurut Bapak BUMN saat ini sudah mumpuni untuk mengolahnya/ mengelolanya? karena pastilah membutuhkan SDM yang memiliki pengetahuan yang tinggi.



#### **4. Riadi Santoso, Analis Kebijakan Publik, Badan Keahlian DPR RI**

Sebenarnya bagaimana implikasi hukum di dalam proses hukum/negosiasi kasus Freeport nanti baik apabila Indonesia menang atau kalah, akan seperti apa status hukumnya? Apa saran bapak-bapak/pembicara bagi DPR terkait politik hukum dalam menyikapi kasus Freeport? Langkah hukum apa yang harus diambil?



## 5. Rastri, Analisis APBN, Badan Keahlian DPR RI

Saya mau menanyakan ke Pak Chandra yang tadi sempat menyinggung negosiasi untuk meningkatkan pajak. Pertama, bagaimana cara diplomasinya karena status Freeport sendiri belum jelas. Kedua, untuk ketiga panelis, apakah posisi tawar Indonesia masih lemah? dan apakah sudah ada perbaikan ataukah kita masih punya posisi tawar yang tinggi? Ketiga, andai kata Indonesia menang di arbitrase maka dampak yang terbesar akankah ke arah politik ataukah ekonomi?



## 6. Wiwin Sri Rahyani, Perancang Undang-Undang Badan Keahlian DPR RI

Pertama, Bapak Ahmad Redi sempat menyinggung soal Putusan MK Nomor 36 terkait *Judicial Review* UU Nomor 22 Tahun 2001 tentang Migas. Saya mau menganalogikannya dengan sistem kontrak. Saat ini kita mempraktikkan konsep *Government to Business*. Dalam konteks keperdataan maka konsep tadi akan mendegradasi kedaulatan negara sehingga sebetulnya konsep yang tepat adalah konsep konsesi/perizinan. Apakah sebaiknya sistem keperdataan/kontrak itu menjadi *B to B* seperti membentuk BUMN khusus untuk minerba. Apakah ada penyelesaian lain soal Freeport ini? apakah bisa ketika kontrak itu selesai dan kembali pada negara lalu kemudian diambil alih oleh BUMN, apakah bisa seperti itu?



## JAWABAN

### 1. Prof. Hikmahanto

Pak Redi sudah menyampaikan upaya koalisi dalam penyelesaian Freeport. Tolong bapak/ibu pahami suasana bahwa pemerintah sedang menghadapi permasalahan. Kadangkala dalam keadaan *Force Majeur* itu tahapan yang seharusnya dilalui dalam proses normal itu menjadi tidak terlalui. Pada tahun 2014 dan 2016 kita juga melihat adanya masalah geopolitik sehingga kita juga harus memperhatikan soal geopolitik tersebut yang mana kita wajib beri jalan keluar dan kita/pemerintah sudah memberikannya. Bahkan dalam IUP yang ada dalam UU dengan yang ada di Permen itu berbeda karena dalam Permen ada keistimewaan terhadap IUP yang tadinya berbentuk KK dan sebetulnya itu bertentangan dengan yang ada dalam UU Minerba. Dari sisi Freeport, mereka

menginginkan kepastian untuk mendapatkan perpanjangan KK, namun pemerintah juga harus hati-hati dalam konteks mentaati Pasal 170 UU Minerba yang mana UU tersebut adalah inisiasi DPR sehingga kental komoditas politiknya. Pemerintah juga sudah berkorban dengan berbagai solusi yang ditawarkan. Terkait KK Freeport dan Pasal 103 UU Minerba maka hal tersebut juga menimbulkan protes dari asosiasi bauksit karena merasa pemerintah menguntungkan perusahaan besar, apalagi pengolahan ada namun pemurnian tidak muncul/tidak dikerjakan. Jadi memang setiap aspek harus dilihat dan harus diputuskan oleh pemerintah. Kemudian mengenai *Pacta Sunt Servanda* itu dikenal juga dalam hukum privat selain hukum internasional publik. Jangan dilupakan bahwa pemerintah memiliki dua wajah. Jadi di satu sisi pemerintah sebagai pedagang dan pemerintah sebagai subjek hukum publik. Sebagai subjek hukum publik maka Peraturan Perundang-undangan yang dibuat di suatu negara tidak boleh diuji di negara lain. Misalnya ketika pemerintah membeli senjata dari Amerika Serikat maka kontraknya boleh saja dipermasalahkan. Kalau mau diberlakukan *Rebus Sic Stantibus* bisa saja diterapkan. Namun berdasarkan Pasal 1337 KUHPerdara bahwa apabila di kemudian hari nantinya ada peraturan perundang-undangan yang berubah maka apa yang nantinya disepakati dalam persoalan Freeport pun harus menyesuaikan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Itulah sebabnya dalam kontrak ada ketentuan 'keterpisahan'. Jadi ketentuan dalam kontrak apabila bertabrakan dengan ketentuan perundang-undangan yang ada maka akan dinegosiasikan untuk dicari jalan keluar yang terbaik. Dalam ICSID, itu bukan *state to state* tetapi antara negara dengan warga negara atau badan hukum. Misalnya dalam kasus *Mining Churcill* yang mengajukan gugatan ke pemerintah RI. Tetapi yang sekarang cara yang

hendak dipakai oleh Freeport adalah menggugat Pemerintah RI sebagai badan hukum perdata dan bukan badan hukum publik. Jadi dalam konteks tersebut Pemerintah RI harus kita pandang sebagai badan hukum privat/pelaku bisnis yang berkontrak dengan investor. Terkait dengan Pak Prayudi bahwa memang geopolitik itu penting sehingga Pemerintah membuat PP Nomor 1 Tahun 2017 dan Freeport sudah diajak dalam membahas PP tersebut. Terkait konsiliasi dan negosiasi sebetulnya cara itu sudah tidak relevan apabila memang Freeport sudah mengajak untuk berperkara di arbitrase. Freeport bahkan sudah mau ikut rezim IUPK namun Freeport menginginkan syarat bahwa harus ada perjanjian stabilisasi investasi yang mana bahwa ketentuan perundang-undangan untuk Freeport tidak boleh berubah. Hal tersebut jelas tidak mungkin dan tidak baik karena mengancam/mengikat kedaulatan negara Indonesia. Sebagai contoh Presiden Trump yang tidak mengikuti kebijakan Obama di periode kepresidenan sebelumnya. Terkait pengawalan/pengawasan, maka di PP Nomor 1 Tahun 2017 ada ketentuan mengenai pengawalan oleh tim independen terkait progres *smelter*. Terkait untung rugi, maka kalau rezim IUPK maka perusahaan bisa mengekspor. Sebetulnya semenjak rezim KK itu posisi Pemerintah tetap lebih tinggi dibanding perusahaan/Freeport. Terkait *smelter* memang dibolehkan untuk memurnikan di perusahaan/tempat lain namun kenyataannya Freeport juga tetap tidak mau melakukannya. Terkait kebijakan PHK oleh Freeport sebetulnya mudah saja asalkan Freeport mau mengubah KK menjadi IUPK maka persoalan tersebut bisa selesai. Terkait kesiapan BUMN maka sebetulnya 90 persen yang menjalankan Freeport itu orang Indonesia. Hanya memang jangan langsung mengubah pemegang saham ke pemerintah Indonesia atau BUMN karena akan sangat kental unsur nasionalisasinya. Mengubah KK ke IUPK adalah tetap

cara yang paling baik. Terkait implikasi hukum, misalnya saja kasus Newmont yang sudah diambil alih oleh pemerintah namun pada kenyataannya Newmont tetap bisa berjalan juga, memang geopolitik terkait Freeport lebih besar dari Newmont. Perpanjangan izin Freeport pastilah diberi namun sebaiknya memang Freeport terlebih dahulu sudah mendivestasikan 51 persen sahamnya ke Indonesia sehingga lebih aman sesuai amanat UUD 1945. Asalkan kita tahu pangkal persoalannya maka posisi Indonesia tidak lemah karena negara kita sudah memberikan banyak hal. Posisi Pemerintah berada di tengah-tengah karena sebagai regulator. Faktor ekonomi dan politik tentu bercampur dan pemerintah Indonesia sebetulnya lebih berat pada faktor politik.

## **2. DR. Chandra Yusuf**

Menurut saya Freeport juga tidak memusuhi Indonesia karena mereka juga tujuannya mencari keuntungan/uang. Sifat kapitalisme adalah keuntungan yang maksimal dan kita masuk dalam sistem seperti itu. Perdamaian/negosiasi sangat bisa dijalankan tanpa harus bertarung di arbitrase. Harus ada keadilan karena kita memiliki sistem hukum dan harus dijalankan. Pemerintah di satu sisi sebagai subyek hukum/pelaku dagang dan di sisi lain bertindak sebagai pengambil keputusan/aturan. Pada saat aturan kontrak karya yang ada dalam UU lama berbeda dengan UU Minerba yang saat ini berlaku berarti sudah tidak sama lagi aturannya/kesepakatannya. Terhadap hal tersebut seharusnya ada penghargaan terhadap investasi. Jadi saya lebih cenderung menggunakan cara negosiasi karena bagaimanapun dalam konteks perjanjian maka pihak dalam keadaan sejajar apalagi pemerintah juga bertindak sebagai regulator. Dari sisi negara, tentulah kita harus maksimalkan juga keuntungan sebab tidak

ada untungnya juga berperkara dengan Freeport. Terkait pajak, itu bisa dinegosiasi dan itu hanya UU yang di atas kertas yang masih bisa dirubah serta maksimalkan saja dalam negosiasi.

### 3. DR. Ahmad Redi

Dalam konteks geopolitik, memang agak kompleks karena tanda tangan KK pertama kali pada tahun 1967 padahal Irian Barat baru bergabung pada tahun 1969. Kemudian perjanjian tersebut sebetulnya baru berakhir pada 1997 namun sudah diperpanjang pada tahun 1991 karena tahun 1992 ada Pemilu sehingga sangat kental politisnya. Terkait pajak, maka pemerintah hanya mendapatkan royalti sebesar satu persen saja dan itu jelas tidak adil. Pada 2014 royalti baru naik menjadi 3,75 persen. Tim negosiasi sejak 2009 sudah bertahun-tahun bernegosiasi dengan Freeport dan selalu buntu. Betul bahwa nampaknya masih kurang pengawasan dari Pemerintah. Dalam level Permen EDSM juga sebenarnya sudah diatur pengawasan/evaluasi namun dalam implementasi dan kapasitas SDM masih gagal. Pasal 104 UU Minerba sudah diatur bahwa memang boleh membangun *smelter* sendiri maupun bekerja sama. Terkait PHK, maka harus dibedakan apakah hanya dirumahkan atau memang di PHK karena kalau dirumahkan bisa saja tetap digaji. Terkait BUMN maka BUMN sebetulnya mampu untuk melanjutkan tambang Freeport. Pemerintah tetap perlu biaya untuk melanjutkan tambang Freeport dan seharusnya pemerintah mampu untuk membiaya teknologi untuk nantinya mengolah sendiri. Apabila pemerintah kalah dalam konflik Freeport maka Pemerintah harus memulihkan hak-hak hukum Freeport dalam KK dan memberi ganti rugi. Hak-hak hukum Freeport diantaranya adalah mereka dapat mengeksplor tanpa

bea keluar dan mendapatkan perpanjangan KK. Walaupun Freeport kalah sebetulnya mereka tetap untung karena tetap bisa berproduksi/berjalan dengan menggunakan IUPK. Posisi tawar pemerintah sebetulnya lebih kuat dengan adanya BUMN dan kebijakan divestasi. Terkait Putusan MK, saya sependapat bahwa ketika pemerintah berkontrak maka harus tunduk pada hukum kontrak/perjanjian yakni Pasal 1338 KUHPerduta dan jangan lupa juga bahwa ada Pasal 1337 KUHPerduta yang mana pemerintah juga harus memperhatikan ketentuan peraturan perundang-undangan dan ketertiban umum ketika kontrak itu dibuat. Dalam UU Minerba juga diatur bahwa KK tidak dipaksa diubah menjadi IUPK dan KK tetap dihormati yang mana diambil jalan negosiasi apabila ada perubahan.

