

Jurist-Diction

Volume 2 No. 3, Mei 2019

Histori artikel: Submit 18 April 2019; Diterima 23 April 2019; Diterbitkan online 1 Mei 2019.

Prinsip *Reasonableness* Dalam Penilaian Tanggung Jawab Sosial Dan Lingkungan Investor Pertambangan Menurut Hukum Investasi Internasional

Dewi Santoso Yuniarti

dewisantoso97@gmail.com

Universitas Airlangga

Abstract

Throughout history, the mining industry has been a vital sector of the Indonesian economy. Even so, the limited ability of exploration and exploitation has made Indonesia up until now still dependent on foreign investment. In operating mining businesses, one of the core obligations of a company is the Corporate Social and Environmental Responsibility (CSER). CSER is the company's commitment to participate in sustainable economic development in order to improve the quality of life and the environment that is beneficial, both for the company, the local community, and society in general. Despite these obligations being evident in numerous domestic regulations and reflected in several international investment arbitration decisions; in fact, not many international investment agreements contain these obligations. As a result, law enforcement against CSER violations for foreign investors is still relatively weak. Even so, the principle of reasonableness in International Investment Law may become a threat to investors whom neglects their CSER obligations. This journal aims to discuss the concept of CSER, as contained in several international investment agreements and international investment arbitration decisions; the principle of reasonableness as a standard to assess mining investor's compliance with CSER; and, provides a constructive conclusion on regulating CSER terms in future international investment agreements.

Keywords: *Corporate Social and Environmental Responsibility; Principle of Reasonableness; International Investment Law.*

Abstrak

Sepanjang sejarah, industri pertambangan merupakan sektor vital bagi perekonomian suatu negara. Meskipun begitu, terbatasnya kemampuan eksplorasi dan eksploitasi membuat negara berkembang seperti Indonesia sampai saat ini masih bergantung pada penanaman modal asing (foreign investment). Di dalam menjalankan usaha sektor pertambangan, salah satu kewajiban inti perusahaan adalah tanggung jawab sosial dan lingkungan (CSER). CSER merupakan komitmen perusahaan untuk berperan serta dalam pembangunan ekonomi berkelanjutan guna meningkatkan kualitas kehidupan dan lingkungan yang bermanfaat, baik bagi perusahaan, komunitas setempat, maupun masyarakat pada umumnya. Kewajiban CSER telah dimuat dalam banyak pengaturan domestik dan tercermin dalam putusan-putusan arbitrase internasional terkait investasi sektor pertambangan, namun tidak banyak perjanjian investasi internasional yang memuat kewajiban tersebut. Alhasil, penegakan hukum terhadap pelanggaran CSER bagi investor asing masih terbilang lemah. Meskipun begitu, dalam Hukum Investasi Internasional dikenal prinsip *reasonableness* yang dapat menjadi ancaman bagi investor yang tidak melakukan kewajiban CSER. Jurnal ini membahas konsep CSER, kewajiban CSER yang termuat dalam beberapa perjanjian investasi dan putusan arbitrase investasi internasional, prinsip *reasonableness* sebagai standar pengujian ketaatan investor pertambangan terhadap CSER, serta simpulan konstruktif untuk mendorong penormaan CSER secara tepat dalam perjanjian investasi internasional.

Kata Kunci: Tanggung Jawab Sosial dan Lingkungan; Prinsip *Reasonableness*; Hukum Investasi Internasional.

Pendahuluan

Indonesia mempunyai kekayaan alam yang melimpah yang menjadi daya tarik bagi investor asing untuk melakukan investasi. Salah satu sektor usaha yang menjanjikan dan yang terbuka bagi investor asing adalah industri pertambangan. Menurut laporan Dewan Internasional Pertambangan dan Mineral, pada tahun 2018 Indonesia menempati urutan ke-7 dalam negara dengan nilai produksi pertambangan terbesar di dunia yang menguasai 88% produksi mineral dunia dengan nilai produksi mencapai \$47.5 miliar per tahun.¹

Meskipun begitu, Indonesia memiliki keterbatasan dana dalam kegiatan eksplorasi dan eksploitasi sektor pertambangan. Dalam melakukan pengelolaan sumber daya alam (selanjutnya disebut sebagai “SDA”) diperlukan modal yang sangat besar, peralatan yang canggih, tenaga ahli dan kesiapan menanggung resiko yang tinggi. Oleh karena itu, negara berkembang seperti Indonesia masih memerlukan kerjasama dengan pihak asing dalam pengelolaan SDA. Hal ini dilakukan dengan cara membuka peluang investasi asing di sektor pertambangan.²

Salah satu kewajiban utama investor sektor pertambangan adalah adanya tanggung jawab sosial dan lingkungan (Corporate Social and Environmental Responsibility, ‘CSER’). *The Business Action for Sustainable Development* dan *World Bank* mendefinisikan tanggung jawab sosial perusahaan sebagai berikut:

*“Corporate social responsibility is the commitment of business to contribute to sustainable economic development, working with employees, their families, the local community and society at large to improve their quality of life.”*³

European Union atau Uni Eropa merumuskan pengertian tanggung jawab sosial perusahaan dalam *EU Green Paper on CSR* sebagai berikut:

*“...is a concept whereby companies integrate social environmental concerns in their business operations and in their interaction with their stakeholders on a voluntary basis.”*⁴

¹ International Council on Mining and Metals, ‘Mining Contribution Index’, (ICMM, 2018) <<http://www.icmm.com/en-gb/society-and-the-economy/role-of-mining-in-national-economies/mining-contribution-index>>, accessed 26 July 2018.

² Salim, H.S., *Hukum Pertambangan di Indonesia*, (PT. Grafindo, 2014). [12].

³ Gunawan Widjaja dan Yeremia Ardi Pratama, *Risiko Hukum & Bisnis Perusahaan Tanpa CSR*, (Forum Sahabat, 2008). [8].

⁴ Busyra Azheri, *Corporate Social Responsibility: Dari Voluntary Menjadi Mandatory*, (Rajawali Pers 2012).[20].

Dari beberapa pengertian diatas dapat dipahami bahwa CSER dimaksudkan sebagai usaha perusahaan untuk mengintegrasikan aspek sosial dan lingkungan. Pengusaha menyadari bahwa perusahaan tidaklah sekedar entitas ekonomi semata, tetapi juga institusi sosial, yang berada dalam suatu lingkungan sosial, dan membawa serta tanggung jawab sosial yang tinggi. Dalam pandangan ini, perusahaan secara moral mempunyai tanggung jawab terhadap semua pihak, termasuk lingkungan sosial dan lingkungan alam.

Kewajiban CSER dalam Hukum Indonesia

Secara filosofis, kewajiban CSER di Indonesia lahir dari ketentuan Pasal 33 ayat (3) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945, yang mana menegaskan bahwa “*Bumi, air, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat.*” Dengan begitu, setiap tindakan eksplorasi dan eksploitasi sumber kekayaan alam, termasuk kegiatan investasi sektor pertambangan, wajib memperhatikan kepentingan sosial dan lingkungan.

Kewajiban ini kemudian tersirat dalam Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas (‘UUPT’) menyebutkan defenisi tanggung jawab sosial perusahaan sebagai berikut:

“Tanggung Jawab Sosial dan Lingkungan adalah komitmen Perseroan untuk berperan serta dalam pembangunan ekonomi berkelanjutan guna meningkatkan kualitas kehidupan dan lingkungan yang bermanfaat, baik bagi Perseroan sendiri, komunitas setempat, maupun masyarakat pada umumnya.”⁵

UUPT juga menekankan bahwa kegiatan usaha PT harus berlandaskan prinsip kebersamaan, efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional, perlu didukung oleh kelembagaan perekonomian yang kokoh dalam rangka mewujudkan kesejahteraan masyarakat.⁶

Berdasarkan landasan filosofis tersebut maka UUPT kemudian mengatur

⁵ Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas, Pasal 1 angka 3.

⁶ *ibid*, pada Konsideran.

pula kewajiban bagi Perseroan yang menjalankan kegiatan usahanya di bidang dan/atau berkaitan dengan sumber daya alam wajib melaksanakan CSER, yang merupakan kewajiban Perseroan yang dianggarkan dan diperhitungkan sebagai biaya Perseroan yang pelaksanaannya dilakukan dengan memperhatikan kepatutan dan kewajaran. ^[1]_{SEP} Perseroan yang tidak melaksanakan kewajiban tersebut akan dikenai sanksi sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.⁷ Hal ini juga dikuatkan oleh Mahkamah Konstitusi dalam Putusan Nomor 53/PUU-VI/2008, bahwasanya CSER merupakan kewajiban Perseroan yang dianggarkan dan diperhitungkan sebagai biaya Perseroan yang pelaksanaannya dilakukan dengan memperhatikan kepatutan dan kewajaran.⁸

Dalam Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal ('UUPM'), setiap penanam modal juga diwajibkan melaksanakan tanggung jawab sosial perusahaan.⁹ Pelaksanaan tanggung jawab sosial dan lingkungan perusahaan juga merupakan perwujudan komitmen perseroan terhadap pembangunan ekonomi berkelanjutan dalam upaya meningkatkan kualitas kehidupan dan lingkungan. UUPM juga menekankan bahwa tanggung jawab penanam modal, baik dalam negeri maupun asing, untuk menjaga kelestarian lingkungan hidup.¹⁰ Bagi penanam modal yang tidak dapat memenuhi kewajiban melaksanakan CSER dapat dikenai sanksi administratif, dan sanksi lain menurut pasal Pasal 34 UUPM.¹¹

Selanjutnya, dalam Peraturan Pemerintah Nomor 47 Tahun 2012 tentang Tanggung Jawab Sosial dan Lingkungan Perseroan Terbatas, yang merupakan ketentuan pelaksanaan Pasal 74 UUPT juga mewajibkan Perseroan untuk menjalankan tanggung jawab CSER, khususnya perseroan yang bergerak di bidang pemanfaatan sumber daya alam. Sekalipun demikian, terdapat sejumlah kelemahan dalam PP 47/2012. Pertama, PP tersebut tidak memuat tentang sanksi apa yang

⁷ *ibid*, Pasal 74.

⁸ Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 53/PUU-VI/2008 tentang Uji Materiil Pasal 74 Undang-Undang Perseroan Terbatas.

⁹ Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal, Pasal 15 huruf b.

¹⁰ *ibid*, Pasal 16.

¹¹ *ibid*.

diberikan pada perusahaan yang tidak bersedia menjalankan CSER. PP 47/ 2012 hanya disebutkan “*Perseroan... yang tidak melaksanakan tanggung jawab sosial dan lingkungan dikenai sanksi sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan*”¹² tanpa merinci sanksi apa yang akan diberikan.

Prinsip *Reasonableness* dalam Kewajiban CSER Investor Pertambangan

Dalam hukum investasi internasional, prinsip *reasonableness* merupakan tolok ukur dari peran dan tindakan 3 *stakeholders* yang relevan dalam ISDS, yakni: (1) negara tuan rumah (*‘host state’*); (2) investor asing; dan (3) para arbitrator, atau *adjudicator*.¹³

Pertama, prinsip *reasonableness* digunakan sebagai tolok ukur kebijakan *host state*. Prinsip ini membatasi kekuasaan yang dimiliki negara - bahwa kekuasaan Negara harus dilaksanakan secara wajar dan tidak sewenang-wenang. Dalam konteks ini, *reasonableness* berfungsi sebagai tolok ukur normatif untuk mengendalikan penggunaan wewenang diskresi pemerintah yang dapat berdampak negatif pada investasi.¹⁴

Kedua, prinsip *reasonableness* digunakan untuk menentukan ‘harapan atau ekspektasi yang wajar’ (*legitimate and reasonable expectation*) dari investor asing. Konsep ‘harapan yang wajar’ merupakan janji yang diberikan oleh pihak negara penerima yang kemudian diandalkan investor asing untuk melakukan investasi, sehingga kegagalan negara dalam menghormati atau memenuhi janji tersebut menyebabkan investor dan/atau investasinya dirugikan.¹⁵

Ketiga, kewajaran dapat menjadi batasan bagi subjektivitas para arbitrator atau *adjudicator* dalam menganalisa kasus-kasus ISDS dan dalam menjatuhkan putusan. Semua putusan arbitrase harus didukung oleh alasan-alasan yang wajar

¹² Peraturan Pemerintah Nomor 47 Tahun 2012 tentang Tanggung Jawab Sosial dan Lingkungan Perseroan Terbatas, Pasal 7

¹³ G. Verhoosel, ‘Foreign Direct Investment and Legal Constraints on Domestic Environmental Policies: Striking a “Reasonable” Balance between Stability and Change’, (1998) 29 *Law & Policy in International Business*. [451–478].

¹⁴ *Ibid.*[478].

¹⁵ *Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States*, NAFTA/ UNCITRAL, Award, 26 January 2006, paras 147–8.

dengan mempertimbangkan berbagai faktor. Kegagalan untuk menyatakan alasan-alasan yang wajar dapat berujung pada pembatalan putusan arbitrase tersebut.¹⁶

Dalam praktiknya, penerapan prinsip *reasonableness* sebagai standar atau tolok ukur pengambilan keputusan dalam arbitrase *Investor-State Dispute Settlement* ('**ISDS**') sering ditemukan dalam dalil-dalil yang umum, antara lain: *Fair and Equitable Treatment* ('**FET**') dan *Indirect Expropriation*.¹⁷ FET dapat diajukan oleh investor saat tindakan pemerintah *host state* melanggar janji yang diberikannya kepada investor saat hendak melakukan investasi yang karenanya menimbulkan harapan (*legitimate expectation*) dalam berinvestasi di negara tersebut.¹⁸

Expropriation didalilkan apabila akibat dari tindakan *host state* secara nyata menghilangkan nilai ekonomis dan/atau hak serta kenikmatan yang seharusnya diperoleh investor sebagai hasil dari kegiatan investasinya.¹⁹ *Expropriation* dapat menjadi dasar gugatan investor saat, antara lain, *host state* memberhentikan izin usaha investor, terjadi pemutusan perjanjian investasi secara sepihak, terjadi intervensi atau pengambilalihan manajemen perusahaan oleh negara, terjadi nasionalisasi atau privatisasi perusahaan investor oleh negara, dll.²⁰

Beberapa putusan arbitrase telah mengacu pada prinsip *reasonableness* dalam mengevaluasi apakah tindakan negara melanggar standar FET. Salah satu fungsi utama dari standar FET adalah untuk memastikan stabilitas lingkungan investasi di *host state*. Sebelum melakukan investasi, investor asing akan melakukan riset secara cermat terkait kondisi investasi di *host state*, termasuk pemeriksaan kerangka hukum dan perizinan di *host state*, yang kemudian menjadi harapan yang

¹⁶ Ronald Kläger, 'Fair and Equitable Treatment: A Look at the Theoretical Underpinnings of Legitimacy and Fairness', (2010), 11 *Journal of World Investment and Trade*. [435-42, 442].

¹⁷ Iman Prihandono, 'The Shift Of Indonesian Government Response To Investor-State Arbitration Claim In Public Interest-Related', (2014) 4 *International Journal of Public Law And Policy*. [365-380].

¹⁸ *Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexico*, ICSID Case No ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003, para 122.

¹⁹ *Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada*, UNCITRAL, Interim Award, 26 June 2000, paras 123-128.

²⁰ *ibid*, para 125.

wajar (*reasonable expectation*) dalam memutuskan untuk berinvestasi di *host state* tersebut.²¹

Stabilitas regulasi terkait investasi dan kewajiban investor yang dikeluarkan *host state* selalu masalah utama. Jika, setelah pembentukan investasi asing, *host state* mengubah hukumnya, misalnya dengan memberlakukan undang-undang baru atau mencabut izin operasi investor, atau melanggar representasi spesifik yang telah dibuat oleh pejabat pemerintah kepada investor asing, hal itu akan menciderai *reasonable expectation* dari investor, dan dapat dituntut atas dasar FET dalam Arbitrase Internasional.²²

Salah satu aplikasi prinsip *reasonableness* dalam klaim FET yang menyangkut investor pertambangan adalah dalam kasus ISDS *Glamis Gold v. United States*. Glamis yang adalah perusahaan tambang emas asal Kanada yang menambang emas di negara bagian California awalnya diberi izin menambang di daerah yang sensitif secara budaya di mana terdapat situs peninggalan bersejarah di daerah tersebut. Ditambah lagi dengan fakta bahwa rakyat disekitar wilayah tersebut memang menganggap situs tersebut sebagai identitas budaya yang sacral. Di tengah-tengah operasi penambangan berjalan, Pemerintah Amerika Serikat mulai menyadari kemungkinan rusaknya situs budaya tersebut, dan kemudian menarik kembali izin untuk proyek Glamis. Glamis kemudian mengklaim bahwa Pemerintah negara bagian California telah melanggar standar FET. Meskipun begitu, Tribunal kemudian menyatakan bahwa tindakan Pemerintah yang mementingkan kepentingan sosial budaya tersebut jauh dari ketidakwajaran (*unreasonableness*) atau kesewenang-wenangan (*manifest arbitrariness*), sehingga tindakan Pemerintah tersebut dibenarkan, dan dinyatakan tidak bertentangan dengan standar FET.²³

²¹ A. Newcombe dan L. Paradell, *Law and Practice of Investment Treaties*, (Kluwer Law International, 2009).[358].

²² Muthucumaraswamy Sornarajah, *The Settlement of Foreign Investment Disputes* (Kluwer Law International, 2000).[25-60].

²³ *Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America*, UNCITRAL, Award, 8 June 2009, para 759.

Arbitrase Internasional juga telah beberapa kali menggunakan prinsip kewajaran dalam kaitannya dengan klaim pengambilalihan (*expropriation*). Arbitrase telah memeriksa kewajaran terkait jangka waktu dan proses hukum tindakan negara, serta dampaknya terhadap para investor asing untuk memastikan keabsahan tindakan-tindakan eksploitatif atau menganalisa sahnyanya alasan *police-powers* negara dari pengambilalihan tidak langsung (*indirect expropriation*), dan untuk mengevaluasi jumlah kompensasi yang wajar.²⁴

Dalam kasus *Methanex v. United States* yang menyangkut larangan penggunaan atau penjualan aditif bensin berbahaya di California, investor asing berpendapat bahwa larangan tersebut telah mengambil alih sebagian dari investasinya. Pengadilan menolak klaim ini, menyatakan bahwa peraturan pemerintah bukan merupakan pengambilalihan tidak langsung jika: 1) untuk tujuan publik, 2) tidak diskriminatif, 3) diberlakukan dalam proses yang wajar dan, 4) tanpa komitmen sebaliknya yang diberikan oleh pemerintah kepada investor.²⁵

Pendekatan serupa juga digunakan dalam kasus *Chemtura v. Canada*. Dalam kasus ini, Pemerintah Kanada membatalkan pendaftaran produk investor AS yang melibatkan penggunaan lindane, semacam insektisida berbahaya. Investor AS mengklaim bahwa tindakan pemerintah Kanada merupakan *indirect expropriation* berdasarkan Pasal 1110 NAFTA. Namun, Tribunal menyatakan bahwa kebijakan yang diambil Pemerintah Kanada telah sesuai dengan langkah-langkah yang sewajarnya diambil negara, dengan cara yang tidak diskriminatif, dan dimotivasi oleh meningkatnya kesadaran akan bahaya yang ditimbulkan oleh insektisida berbahaya bagi kesehatan manusia dan lingkungan. Tribunal beranggapan bahwa kebijakan yang diambil dengan tujuan sosial dan lingkungan seperti itu adalah pelaksanaan yang sah dari *police powers*, atau tanggung jawab negara dalam upaya melindungi kepentingan negaranya, yang mana bukan merupakan pengambilalihan

²⁴ Harvard Law School, 'Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens', (1961) 55 American Journal of International Law. [548-584, Article 10 (5)].

²⁵ *Methanex v United States*, UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Merts, 3 August 2005, para 7.

yang tidak dibenarkan menurut hukum investasi internasional.²⁶

Salah satu kasus yang secara jelas menggunakan prinsip *reasonableness* sebagai standar dalam menentukan kewajiban CSER bagi investor pertambangan adalah *Bear Creek Mining Corporation ('Bear Creek') v. Republic of Peru*. Bear Creek adalah perusahaan pertambangan asal Kanada yang hendak berinvestasi di Peru untuk pengembangan tambang perak Santa Ana, yang terletak di Wilayah Puno, dekat perbatasan Peru dengan Bolivia. Menurut konstitusi Peru, pengelolaan tambang yang terletak di zona perbatasan dalam radius 50 km membutuhkan otorisasi secara eksplisit dari lembaga eksekutif Peru.

Pada bulan November 2007, melalui *Supreme Decree 083-2007* ('Dekrit 083'), Bear Creek memperoleh otorisasi untuk menambang dalam bentuk konsesi pertambangan.²⁷ Sejak tahun 2007, Bear Creek melakukan kegiatan eksplorasi dan menemukan cadangan perak yang sangat menjanjikan di tambang Santa Ana. Selanjutnya, Bear Creek melakukan penilaian dampak lingkungan dan sosial (ESIA). Otoritas Peru menyetujui ESIA tersebut pada tahun 2011, tetapi menginstruksikan investor untuk menerapkan mekanisme partisipasi masyarakat untuk mengevaluasi ESIA tersebut.²⁸

Meskipun begitu, komunitas lokal sangat menentang pengembangan tambang Santa Ana. Hal ini diwujudkan dalam protes keras warga.²⁹ Keprihatinan penduduk setempat adalah bahwa aktivitas penambangan Bear Creek akan berdampak negatif terhadap tanah mereka dan dengan demikian identitas budaya mereka. Pada Juni 2011, pemerintah yang baru terpilih, dalam upaya untuk menangani kerusuhan sosial di wilayah Puno, mengeluarkan *Supreme Decree 032-2011* ('Dekrit 032'), yang mencabut Dekrit 083. Dekrit 032 memiliki efek mematikan proyek penambangan Bear Creek.³⁰

²⁶ *Chemtura Corporation v. Government of Canada*, UNCITRAL, Award, 2 August 2010, para.138.

²⁷ *Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru*, ICSID Case No. ARB/14/2, Award of 20 November 2017 (selanjutnya disingkat 'Bear Creek'), para 149.

²⁸ *ibid*, para 168.

²⁹ *ibid*, para 190.

³⁰ *ibid*, para 202.

Pada bulan Agustus 2014, Bear Creek mengajukan klaim terhadap Peru berdasarkan Perjanjian Perdagangan Bebas Kanada – Peru (Canada-Peru FTA). Bear Creek selaku investor beranggapan bahwa Dekrit 032 melanggar persyaratan FTA, yaitu kewajiban negara untuk tidak mengganggu investasi dengan tindakan yang tidak wajar dan diskriminatif, dalam bentuk: 1) pengambilalihan investasi secara tidak sah (*indirect expropriation*), 2) tidak memberikan perlakuan yang adil dan setara (FET), 3) tidak memberikan perlindungan penuh dan keamanan (*full protection and securities*).³¹ Investor mengklaim kerugian sebesar USD 522 juta, yang merupakan keuntungan yang diharapkan dari proyek Santa Ana.³²

Dalam putusannya, Tribunal memenangkan investor dan menyatakan bahwa Dekrit 032 merupakan bentuk pengambilalihan tidak langsung yang tidak wajar atas investasi investor. Peru mengklaim bahwa alasan pencabutan hak penambangan Bear Creek adalah keresahan sosial di wilayah tersebut akibat pencemaran lingkungan yang disebabkan kegiatan tambang. Pengadilan membenarkan bahwa keresahan sosial dan pencemaran lingkungan dapat menjadi alasan yang wajar untuk mengambil suatu kebijakan menurut doktrin *police powers*.³³ Meskipun begitu, walaupun benar terjadi kerusuhan sosial di sekitar areal pertambangan investor, seperti yang didalilkan Pemerintah, namun fakta yang kemudian diperoleh Tribunal menyatakan hal tersebut tidak disebabkan oleh perilaku investor, tetapi sebaliknya merupakan hasil provokasi otoritas pemerintah setempat. Alhasil, berdasarkan semua elemen diatas, Tribunal menyatakan bahwa Dekrit 032 merupakan pengambilalihan tidak langsung yang tidak wajar, dan Pemerintah Peru harus bertanggung jawab atas tindakannya tersebut.³⁴

Studi Kasus Pencemaran Lingkungan PT Freeport Indonesia

Salah satu isu penerapan CSER yang menjadi perhatian di Indonesia adalah adanya penemuan Badan Pemeriksa Keuangan (BPK) terkait pencemaran

³¹ *ibid*, para 113.

³² *ibid*, para 191-195.

³³ *ibid*, para 408.

³⁴ *ibid*, para 410.

lingkungan PT Freeport Indonesia ('PTFI'). Hasil audit BPK pada tahun 2018 menyebutkan bahwa PTFI telah menimbulkan kerusakan lingkungan skala besar akibat pembuangan limbah (*tailing*) operasional penambangan di sungai, hutan, estuari, dan bahkan telah mencapai kawasan laut.³⁵ Hal ini tentunya merugikan masyarakat sekitar yang menggunakan sungai sebagai sumber air untuk memenuhi kebutuhan hidup, demikian pula dengan komponen alam lain yang esensial bagi kehidupan masyarakat di daerah tersebut.

Menurut BPK, nilai kerugian diperkirakan sebesar 185 triliun dari kerusakan yang terjadi karena pembuangan limbah. Total kerugian tersebut terbagi dalam tiga wilayah terdampak, yaitu: 1) Modified Ajkwa Deposition Area (ModADA) dengan nilai ekosistem yang dikorbankan mencapai Rp 10,7 triliun, 2) Kerusakan Estuari, dengan nilai kerugian mencapai Rp 8,2 triliun, dan 3) kesusakan ekosistem laut senilai Rp 166 triliun.³⁶

Pembuangan limbah *tailing* PTFI di Sungai Ajkwa terbukti dengan status mutu air yang tidak memenuhi baku mutu untuk semua jenis air, dan persentase pencemaran logam berat - terutama mangan dan sulfat - sebesar 86-99,9%.³⁷ Pencemaran aliran sungai mengakibatkan kerusakan sumber daya alam wilayah produktif berupa hutan *mangrove*, hutan hujan tropis serta sungai Ajkwa. Kerugian ekonomis dan sosial mencapai USD\$29,645,506.51 per tahun. Hal ini tentu mengancam keberlangsungan hidup organisme air tawar, masyarakat yang sehari-harinya mengonsumsi air, menggunakan sungai sebagai jalur transportasi, sebagai sumber mata pencaharian, bahan pangan dan kesehatan.³⁸

Di sisi lain, PTFI beranggapan bahwa hilangnya nilai jasa ekosistem sebesar Rp.185 triliun akibat limbah residu tidak dapat secara serta-merta dianggap sebagai

³⁵ Idris Rusadi Putra, 'BPK: Limbah Freeport merugikan negara Rp 185 triliun' (Merdeka, 2018) <<https://www.merdeka.com/uang/bpk-limbah-freeport-rugikan-negara-rp-185-triliun.html>>, accessed 24 Oktober 2018.

³⁶ *ibid.*

³⁷ Geinessa Irianty, Setyo Sarwanto, dan Nyoman Suwartha, 'Pengaruh Tailing PTFI terhadap Kualitas Air Sungai Ajkwa', (Repository Fakultas Teknik Universitas Indonesia, 2013).

³⁸ Suci Amaliah Assyakra M. Amin, 'Analisis Social Costs pada Pembuangan Limbah Tailing PT Freeport Indonesia di Sungai Ajkwa,' (2015) 13 Jurnal Ilmiah Universitas Bakrie.

kerugian negara. Perhitungan hilangnya jasa ekosistem tersebut berdasarkan analisis perubahan tutupan lahan oleh Institut Pertanian Bogor (IPB) 1998-1990 dan Lembaga Penerbangan dan Antariksa Nasional (LAPAN) pada 2015-2016. Analisis tersebut kemudian dikutip BPK dalam Laporan Hasil Pemeriksaan (LHP) atas Pemeriksaan dengan Tujuan Tertentu Penerapan Kontrak Karya Freeport Indonesia Tahun Anggaran 2013-2015.³⁹

Adanya kelalaian pemenuhan kewajiban sosial dan lingkungan ini menjadi permasalahan yang cukup vital terkait dengan proses divestasi PTFI yang sedang ramai dibicarakan pada tahun 2018. Hal ini menyimpulkan bahwa keberlanjutan kegiatan investasi tentu berkaitan dengan pemenuhan kewajiban CSER oleh investor asing.

Penormaan CSER dalam Perjanjian Investasi Internasional

Walaupun kerangka hukum di Indonesia telah mengedepankan kewajiban CSER secara umum, baik bagi perusahaan domestik maupun investor asing, namun hal ini tidak cukup mengingat ketentuan yang mengikat investor asing berasal dari perjanjian investasi internasional (*international investment agreement*, 'IIA').⁴⁰ Selama ini, sebagian besar perjanjian investasi tidak secara eksplisit mengakui hak dan kewajiban *host state* untuk mengatur kewajiban CSER dalam IIA, oleh sebab itu, penegakan hukum terhadap kewajiban CSER kepada investor asing masih cenderung lemah. Seiring dengan meningkatnya kesadaran *host state*, saat ini semakin banyak perjanjian investasi yang memasukkan ketentuan perlindungan sosial dan lingkungan dalam IIA untuk menyeimbangkan hak investor asing terhadap kepentingan publik *host state*.⁴¹

Salah satu contoh muatan kewajiban CSER dalam IIA adalah dalam 2012 United States Model BIT, yang mana dalam pembukaannya (*preamble*) dinyatakan

³⁹ CNN, 'BPK: Kerusakan Ekosistem Akibat Freeport Tak Rugikan Negara' (CNN, 2018) <<https://www.cnnindonesia.com/ekonomi/20181022145553-92-340416/bpk-kerusakan-ekosistem-akibat-freeport-tak-rugikan-negara>> accessed 24 Oktober 2018.

⁴⁰ Rahim Mooloo and Justin Jacinto, 'Environmental and Health Regulation: Assessing Liability under Investment Treaties', (2011) 29 Berkeley Journal of International Law, [63].

⁴¹ H. Nikiema, Suzy, 'Best Practices: Indirect Expropriation', International Institute for Sustainable Development, (IISD, 2012) <www.iisd.org/pdf/2012/best_practice_indirect_expropriation.pdf>, accessed 7 January 2019.

sebagai berikut:

*“The Parties desire to achieve the economic and investment objectives in a manner consistent with the protection of health, safety, and the environment, and the promotion of internationally recognized labor rights”.*⁴²

Perlunya klausula terkait kewajiban CSER perlu dinormakan secara eksplisit dalam IIA. Hal ini adalah untuk menyeimbangkan kepentingan investor dengan hak negara untuk mengatur (melalui klausula pengecualian) terkait masalah sosial atau lingkungan secara wajar.⁴³

Dalam hal Indonesia sendiri, sebenarnya dalam 2015 Indonesia Model BIT telah menyinggung kewajiban CSER. Hal ini termuat dalam Pasal 12 dan 13 Model BIT, sebagai berikut:

“Article 12: Minimum Standards for Environment and Labour”^[1]_{SEP}

The Investor and the Covered Investments shall not manage or operate Investments in a manner inconsistent with the domestic and international environmental and labour obligations binding on the Host State and/or the Home State, whichever obligations are higher.”

“Article 13: Good Corporate Governance and Corporate Social Responsibility”

*The Investor and/or the Covered Investments must comply with the social responsibility to act as a good corporate citizen, having regard to social responsibility for the betterment of the life of the community of the Host State”.*⁴⁴

Apabila diterjemahkan secara bebas adalah sebagai berikut:

Pasal 12: Standar Minimum untuk Lingkungan dan Tenaga Kerja

Investor dan Investasi yang Dilindungi tidak boleh mengelola atau mengoperasikan Investasi dengan cara yang tidak konsisten dengan kewajiban lingkungan dan tenaga kerja domestik dan internasional yang mengikat pada Negara Tuan Rumah dan / atau Negara Asal, yang mana kewajibannya lebih tinggi.

⁴² The 2012 US Model Bilateral Investment Treaty (United States Government Documents, 2018) <www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>, accessed 7 January 2019, Bagian Pembukaan.

⁴³ United Nations Environment Programme, ‘Corporate Social Responsibility and Regional Trade and Investment Agreements’ (United Nations Publications, 2011) <http://unep.ch/etb/publications/CSR%20publication/UNEP_Corporate%20Social%20Responsibility.pdf>, accessed 7 Januari 2019.

⁴⁴ Template P4M, *Agreement between The Republic of Indonesia and (Other State Party) For The Protection Of Investments*, (as of 11 March 2015).

Pasal 13: Tata Kelola Perusahaan yang Baik dan Tanggung Jawab Sosial Perusahaan

Investor dan / atau Investasi Tertutup harus mematuhi tanggung jawab sosial untuk bertindak sebagai korporasi yang baik, dengan memperhatikan tanggung jawab sosial untuk perbaikan kehidupan masyarakat di Negara Tuan Rumah.

Dalam Model BIT tersebut, kewajiban CSER telah disinggung. Meskipun begitu, penormaan dalam kerangka tersebut tidak memuat standar pemenuhan CSER tertentu, sehingga hanya merupakan kewajiban semu.

Kesimpulan

Belajar dari beberapa kasus ISDS diatas, kelalaian dalam pemenuhan kewajiban CSER dapat menjadi alasan yang wajar dalam memutus atau menghentikan investasi sektor pertambangan. Dalam kasus *Bear Creek Mining v. Republic of Peru*, Tribunal membenarkan bahwa keresahan sosial dan pencemaran lingkungan dapat menjadi alasan yang wajar untuk mengambil suatu kebijakan menurut doktrin *police powers*.⁴⁵ Dengan mengaplikasikan pandangan Tribunal dalam kasus tersebut, Pemerintah Indonesia dapat menentukan sikap dan kebijakan yang seturut kepentingan nasional dalam menghadapi kasus pencemaran PTFI yang disebabkan oleh kelalaian terhadap kewajiban CSER. Dalam hal ini, Pemerintah dapat memaksakan investor sektor pertambangan untuk mematuhi kewajiban CSER, serta memberikan sanksi tegas untuk setiap pelanggarannya.

Selanjutnya, melihat lemahnya penormaan klausula CSER dalam IIA, Pemerintah seharusnya dapat menormakan tanggung jawab CSER dengan standar yang lebih jelas. Dalam hal ini, Indonesia sudah memiliki kerangka hukum yang cukup jelas untuk memaksakan kewajiban CSER terhadap perusahaan. Oleh sebab itu, ada baiknya penormaan kewajiban CSER disertai dengan bahasa bahwasanya Perusahaan asing harus tunduk pada peraturan *host state* terkait dengan kewajiban CSER, dan dapat diberi sanksi sesuai dengan peraturan domestik tersebut. Selanjutnya, diperlukan pula jaminan bagi *host state* untuk mengecualikan kebijakan

⁴⁵ *ibid*, para 408.

CSER dari tuntutan pelanggaran FET dan Indirect Expropriation agar *host state* terbebas dari klaim-klaim tersebut saat hendak melakukan penegakan hukum (*law enforcement*)⁰ bidang sosial lingkungan bagi kepentingan publik negara tersebut.

Daftar Bacaan

Buku

Azheri, Busyra, *Corporate Social Responsibility: Dari Voluntary Menjadi Mandatory*, (Rajawali Pers, 2012).

H.S., Salim, *Hukum Pertambangan di Indonesia*, (PT. Grafindo, 2014).

Irianty, Geinessa, Sarwanto, Setyo, dan Suwartha, Nyoman, 'Pengaruh Tailing PTFI terhadap Kualitas Air Sungai Ajkwa', (Repository Fakultas Teknik Universitas Indonesia, 2013).

Newcombe, A., dan Paradell, L., *Law and Practice of Investment Treaties*, (Kluwer Law International, 2009).

Widjaja, Gunawan, dan Ardi Pratama, Yeremia, *Risiko Hukum & Bisnis Perusahaan Tanpa CSR*, (Forum Sahabat, 2008).

Jurnal

Harvard Law School, 'Draft Convention on the International Responsibility of States for Injuries to Aliens', (1961) 55 *American Journal of International Law*.

Kläger, Ronald, 'Fair and Equitable Treatment: A Look at the Theoretical Underpinnings of Legitimacy and Fairness', (2010) 11 *Journal of World Investment and Trade*.

M. Amin, Suci Amaliah Assyahra, 'Analisis Social Costs pada Pembuangan Limbah Tailing PT Freeport Indonesia di Sungai Ajkwa,' (2015) 13 *Jurnal Ilmiah Universitas Bakrie*.

Moloo, Rahim, dan Jacinto, Justin, 'Environmental and Health Regulation: Assessing Liability under Investment Treaties', (2011) 29 *Berkeley Journal of International Law*.

Prihandono, Iman, 'The Shift Of Indonesian Government Response To Investor-State Arbitration Claim In Public Interest-Related', (2014) 4 *International Journal of Public Law And Policy*.

Verhoosel, G., 'Foreign Direct Investment and Legal Constraints on Domestic Environmental Policies: Striking a "Reasonable" Balance between Stability and Change', (1998) 29 *Law & Policy in International Business*.

Regulasi

Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 67, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4724).

Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2007 Nomor 106, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4756).

Peraturan Pemerintah Nomor 47 Tahun 2012 tentang Tanggung Jawab Sosial dan Lingkungan Perseroan Terbatas (Lembaran Negara Republik Indonesia Tahun 2012 Nomor 89, Tambahan Lembaran Negara Nomor 5305).

Laman

International Council on Mining and Metals, 'Mining Contribution Index', (ICMM, 2018) <<http://www.icmm.com/en-gb/society-and-the-economy/role-of-mining-in-national-economies/mining-contribution-index>>, accessed 26 July 2018.

Idris Rusadi Putra, 'BPK: Limbah Freeport rugikan negara Rp 185 Triliun', (Merdeka, 2018) <<https://www.merdeka.com/uang/bpk-limbah-freeport-rugikan-negara-rp-185-triliun.html>>, accessed 24 October 2018.

CNN, 'BPK: Kerusakan Ekosistem Akibat Freeport Tak Rugikan Negara', (CNN Indonesia, 2018), <<https://www.cnnindonesia.com/ekonomi/20181022145553-92-340416/bpk-kerusakan-ekosistem-akibat-freeport-tak-rugikan-negara>>, accessed 25 October 2018.

H. Nikièma, Suzy, 'Best Practices: Indirect Expropriation', International Institute for Sustainable Development, (IISD, 2012) <www.iisd.org/pdf/2012/best_practice_indirect_expropriation.pdf>, accessed 7 January 2019.

United Nations Environment Programme, 'Corporate Social Responsibility and Regional Trade and Investment Agreements' (United Nations Publications, 2011) <http://unep.ch/etb/publications/CSR%20publication/UNEP_Corporate%20Social%20Responsibility.pdf>, accessed 7 January 2019.

Putusan Pengadilan dan Arbitrase Internasional

Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 53/PUU- VI/2008 tentang Uji Materiil Pasal

74 Undang-Undang Perseroan Terbatas

Thunderbird Gaming Corporation v. The United Mexican States, NAFTA/UNCITRAL, Award, 26 January 2006.

Técnicas Medioambientales Tecmed, S.A. v. Mexico, ICSID Case No ARB (AF)/00/2, Award, 29 May 2003.

Pope & Talbot Inc. v. The Government of Canada, UNCITRAL, Interim Award, 26 June 2000.

Glamis Gold, Ltd. v. The United States of America, UNCITRAL, Award, 8 June 2009.

Methanex v United States, UNCITRAL, Final Award of the Tribunal on Jurisdiction and Mertsis, 3 August 2005.

Chemtura Corporation v. Government of Canada, UNCITRAL, Award, 2 August 2010, para.138.

Bear Creek Mining Corporation v. Republic of Peru, ICSID Case No. ARB/14/2, Award of 20 November 2017.

Perjanjian Internasional

The 2012 US Model Bilateral Investment Treaty (United States Government Documents, 2018), <www.state.gov/documents/organization/188371.pdf>, accessed 7 January 2019.

Template P4M, *Agreement between The Republic of Indonesia and (Other State Party) For The Protection Of Investments* (as of 11 March 2015).

HOW TO CITE: Dewi Santoso Yuniarti, 'Prinsip *Reasonableness* Dalam Penilaian Tanggung Jawab Sosial Dan Lingkungan Investor Pertambangan Menurut Hukum Investasi Internasional' (2019) Vol. 2 No. 3 Jurist-Diction.

--halaman ini sengaja dibiarkan kosong--