

KEMENTERIAN
PERDAGANGAN
REPUBLIK INDONESIA

MINISTRY OF TRADE

Edisi April 2012

Jendela Informasi Hukum

Bidang Perdagangan

Biro Hukum
Kementerian Perdagangan

Susunan Redaksi

PENANGGUNG JAWAB
Kepala Biro Hukum
Lasminingsih

REDAKTUR
Yuni Hadiati
Maryam Sumartini
Kartika Puspitasari
Sara Lingkan Mangindaan

PENYUNTING /EDITOR
Sosi Pola
Eko Prilianto Sudrajat
Simon Tumanggor

DESAIN GRAFIS
Udjiati

SEKRETARIAT
Aminah
Armiyati
Sumantri

ALAMAT
M.I. Ridwan Rais No. 5, Jakarta Pusat
Telp. (021) 23528444;
Fax. (021) 23528454

EMAIL
jendela_informasihukum@yahoo.com

Redaksi menerima artikel, berita yang terkait dengan "Informasi Hukum Bidang Perdagangan" dan disertai identitas penulis/pengirim. Kritik dan saran kami harapkan demi kelengkapan dan kesempurnaan majalah kami.

dari
redaksi



Pembaca yang budiman, di pertengahan tahun ini "Jurnal Jendela Informasi Hukum Bidang Perdagangan" hadir kembali menemani pembaca sekalian dengan beberapa bahasan yang tidak kalah menariknya dengan edisi sebelumnya, diantaranya mengenai Membangun Membangun *Secondary Meaning* Suatu Merek Yang Bersifat *Descriptive* Dalam Perdagangan Barang dan Jasa, selain itu dalam jurnal ini kami juga membahas topik yang sedang hangat saat ini, yaitu mengenai Persaingan Pasar Tradisional dan Pasar Modern. Ada juga pembahasan mengenai *Free Trade* (Perdagangan Bebas) dan *Fair Trade* (Perdagangan Berkeadilan) yang dilihat dalam Konsep Hukum.

Masih banyak bahasan-bahasan menarik lainnya yang kami sajikan pada edisi kali ini, semoga apa yang kami sajikan dapat bermanfaat dalam menambah wawasan pembaca sekalian.

Kritik dan saran yang konstruktif sangat kami harapkan agar kami selalu dapat memberikan yang terbaik.

.....Selamat Membaca

Daftar Isi

Membangun *Secondary Meaning* Suatu Merek Yang Bersifat *Descriptive* Dalam Perdagangan Barang dan Jasa | **3**
Penulis : Angga Handian Putra

QUO VADIS Persaingan Pasar Tradisional dan Pasar Modern | **8**
Penulis : Didit Achdiat Putro

Free Trade (Perdagangan Bebas) dan Fair Trade (Perdagangan Berkeadilan) Dalam Konsep Hukum | **11**
Penulis : Eko Prilianto Sudradjat

Teknik Penyusunan Perjanjian | **17**
Penulis : Hadiah Novi Setiani

Penyelesaian Sengketa Penanaman Modal | **24**
Penulis: Naufi Ahmad Naufal

REGULATORY IMPACT ASSESSMENT (RIA) | **28**
Penulis : Sara Lingkan M.



MEMBANGUN *SECONDARY MEANING* SUATU MEREK YANG BERSIFAT *DESCRIPTIVE* DALAM PERDAGANGAN BARANG DAN JASA

Oleh:
ANGGA HANDIAN PUTRA

I. PENDAHULUAN

“Semua prestasi, semua harta kekayaan, berawal dari sebuah ide!”^[1] Kekayaan Intelektual merupakan kreasi manusia. Kreasi manusia dapat berupa naskah (*literary*), hasil kerja yang memiliki seni (*artistic work*), dan teknologi. Semua kreasi manusia ini berasal dari sebuah ide. Sejalan dengan dasar teori dari rezim HKI, yaitu “*keaktifitas akan berkembang jika kepada orang-orang yang kreatif diberikan imbalan ekonomi*”.^[2] Hak atas Kekayaan Intelektual (HKI) di Indonesia terbagi kedalam empat kategori utama, yaitu paten, merek, hak cipta, dan rahasia dagang. Kategori lain yang tidak kalah penting dalam perlindungan hukum HKI adalah desain industri, perlindungan atas varietas tanaman, dan tata letak sirkuit terpadu. Masing-masing dari kategori memiliki karakteristiknya sendiri.^[3]

Rezim hak paten melindungi penemuan atau invensi dibidang teknologi, rezim hak cipta melindungi ciptaan yang merupakan hasil dari suatu *fixation* ide dari pencipta seperti rekaman suara, film, naskah dan hasil seni, dan program komputer. Tidak seperti paten, hak cipta tidak memberikan hak eksklusif pada ide, melainkan pada hasil perwujudan dari ide. Rahasia dagang melindungi informasi rahasia, seperti formula rahasia dan proses, metode menjalankan usaha, rahasia informasi bisnis, seperti daftar pelanggan, informasi harga. Rahasia formula Coca Cola adalah salah satu contoh dari rahasia dagang.

Selanjutnya rezim Merek melindungi mengenai simbol-simbol, kata, frase, dan nama yang menunjukkan identitas suatu barang dan/atau jasa yang berhubungan dengan barang dan/atau jasa ini. Kebijakan dasar suatu merek adalah untuk melindungi itikad baik dalam penggunaan dengan tanda yang digunakan oleh suatu badan untuk membedakan identitas barang dan/atau jasa. Dengan kata lain hukum merek memiliki tujuan bahwa setiap tanda yang digunakan sebagai merek memiliki kemampuan untuk membedakan



(*capable of distinguishing*) atau memiliki daya penentu (*individualisering*) barang atau jasa yang satu dengan yang lainnya.

“A trademark, in order to function, must be distinctive. A sign that is not distinctive cannot help the consumer to identify the goods of his choice.”^[4] Sesuai fungsinya, merek harus memiliki daya pembeda. Tanda yang memiliki daya pembeda tidak dapat membantu konsumen membedakan barang pilihannya.

Di Indonesia ketentuan tersebut diatur dalam Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2001 Tentang Merek (selanjutnya disebut UUM). Dalam Pasal 1 Angka 1 menentukan: “Merek adalah tanda yang berupa gambar, nama, kata, huruf-huruf, angka-angka, susunan warna, atau kombinasi dari unsur-unsur tersebut yang **memiliki daya pembeda dan digunakan dalam kegiatan perdagangan barang atau jasa**”. Jadi ada beberapa unsur dalam pengertian merek yaitu: tanda, memiliki daya pembeda dan digunakan untuk perdagangan barang atau jasa.

Tanda yang dikaitkan dengan daya pembeda untuk dapat dilindungi sebagai merek secara teoritis dapat dikategorikan:^[5]

a. *Inherently distinctiveness: eligible for immediate protection upon use;*

b. *Capable of becoming distinctive: eligible for protection only after development of consumer association (secondary meaning);*

c. *Incapable of becoming distinctive: not eligible for trademark protection regardless of length of use.*

Tanda yang secara inheren memiliki daya pembeda (*Inherently distinctiveness*) dan dapat segera memperoleh perlindungan yaitu tanda yang dibentuk dari kata temuan (*invented words*) yang bagus sekali didaftarkan sebagai merek mencakup tanda yang bersifat: *fanciful*, *arbitrary* dan *suggestive*. Merek yang dibentuk dari kata khayalan (*fanciful*), bahkan kata-kata yang tidak ada dalam kamus paling baik untuk dijadikan merek karena tidak saja baru, tetapi juga secara substansi jelas berbeda dengan kata yang digunakan pada umumnya. Contohnya, *Blackberry* untuk merek telepon seluler (*handphone*), *Google* untuk mesin pencarian di internet, *Dagadu* Yogyakarta. Merek yang berubah-ubah (*arbitrary*) menampilkan merek yang sama bekal tidak terkait dengan produk, contohnya, *Apple* untuk komputer, *Jaguar* untuk mobil. Merek yang bermaksud memberikan kesan (*suggestive*) dikaitkan dengan imajinasi konsumen untuk menerjemahkan informasi yang disampaikan melalui

merek dan kebutuhan pesaing untuk menggunakan kata yang sama, contohnya, *Facebook* untuk jejaring pertemanan di internet.

Tanda dianggap tidak memiliki daya pembeda apabila tanda tersebut terlalu sederhana seperti satu tanda garis atau satu tanda titik, ataupun terlalu rumit sehingga tidak jelas. Salah satu contoh Merek seperti ini adalah tanda tengkorak di atas dua tulang yang bersilang, yang secara umum telah diketahui sebagai tanda bahaya. Tanda seperti itu adalah tanda yang bersifat umum dan telah menjadi milik umum. Oleh karena itu, tanda itu tidak dapat digunakan sebagai Merek. Merek tersebut berkaitan atau hanya menyebutkan barang atau jasa yang dimohonkan pendaftarannya, contohnya Merek *Kopi* atau gambar kopi untuk jenis barang kopi atau untuk produk kopi [6]. Merek yang secara umum telah diketahui sebagai tanda yang bersifat umum dan telah menjadi milik umum (*public domain*) biasanya disebut *generic*, sehingga sama sekali tidak dapat memiliki daya pembeda (*incapable of becoming distinctive*), tidak dapat dilindungi meskipun telah digunakan dalam upayanya membangun *secondary meaning*. Sementara dalam contoh merek kopi yang merupakan deskripsi dari produknya yaitu kopi, hal ini disebut *descriptive*. Sering kali ada tumpang tindih antara tanda yang bersifat *descriptive* yang dapat didaftarkan sebagai merek dan tanda yang bersifat *generic* yang sama sekali tidak dapat didaftar sebagai merek. Oleh sebab itu, paper ini membahas mengenai bagaimana merek yang bersifat *descriptive* dapat didaftarkan.

II. PENDAFTARAN MEREK

Article 15 (3) dan (4) dan (5) TRIPs menentukan:

"Paragraph 1 shall not be understood to prevent a member from denying registration of trademark on other ground, provided that they do not derogate from the provision of the Paris Convention-1967; The nature of goods or services to which a trademark is to be applied shall in no case form an obstacle to registration of trademark."

Berdasarkan ketentuan tersebut, pemenuhan dan pendaftaran merek ditentukan di masing-masing Negara anggota. Negara anggota dapat menentukan alasan untuk tidak mengabulkan pendaftaran. Di Indonesia pendaftaran merek akan diuji dengan prinsip itikad baik (Pasal 4 UUM) dan alasan absolut tidak dapat diterimanya pendaftaran (Pasal 5) serta alasan relatif ditolakannya pelanggaran (Pasal 6). [7]

Pasal 4 UUM menyatakan bahwa: "Merek tidak dapat didaftar atas dasar Permohonan yang diajukan oleh Pemohon yang beriktikad tidak baik". Pemohon yang beriktikad baik adalah Pemohon yang mendaftarkan Mereknya secara layak dan jujur tanpa ada niat apa pun untuk membonceng, meniru, atau menjiplak ketenaran Merek pihak lain demi kepentingan usahanya yang berakibat kerugian pada pihak lain itu atau menimbulkan kondisi persaingan curang, mengecoh, atau menyesatkan konsumen. Contohnya, Merek Dagang A yang sudah dikenal masyarakat secara umum sejak bertahun-tahun, ditiru demikian rupa sehingga memiliki persamaan pada pokoknya atau keseluruhannya dengan Merek Dagang A tersebut. Dalam contoh itu sudah terjadi itikad tidak baik dari peniru karena setidaknya patut diketahui unsur kesengajaannya dalam meniru Merek Dagang yang sudah



dikenal tersebut.

Selanjutnya Pasal 5 UUM menyatakan bahwa: "Merek tidak dapat didaftar apabila Merek tersebut mengandung salah satu unsur di bawah ini:

- bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku, moralitas agama, kesusilaan, atau ketertiban umum;
- tidak memiliki daya pembeda;
- telah menjadi milik umum; atau
- merupakan keterangan atau berkaitan dengan barang atau jasa yang dimohonkan pendaftarannya".

Merek tidak dapat didaftarkan jika bertentangan dengan undang-undang yang berlaku, contohnya merek yang bergambar daun ganja. Merek yang bertentangan dengan moralitas agama, contoh merek menyerupai nama Allah dan Rasul-Nya. Merek yang bertentangan dengan kesusilaan, contohnya merek yang berupa kata-kata sumpah serapah. Merek yang bertentangan dengan ketertiban umum, contoh merek yang

mengandung unsur rasis. [8] Merek juga tidak dapat didaftarkan jika tidak memiliki daya pembeda (*capable of distinguishing*) atau daya pembeda yang seharusnya menjadi penentu sangat lemah, contohnya tanda yang berupa satu tanda garis atau satu titik saja, ataupun tanda yang terlalu rumit, sehingga tidak jelas. Juga memiliki kemampuan untuk digunakan sebagai tanda yang dapat *membedakan* hasil perusahaan yang satu dengan perusahaan yang lain. [9] Tidak dapat didaftarkan tanda yang telah menjadi milik umum (*generic*) dan merupakan keterangan atau berkaitan dengan barang atau jasa yang dimohonkan pendaftarannya (*descriptive*).

Pasal 6 UUM menetapkan alasan relatif penolakan pendaftaran merek, yaitu:

- (1) Permohonan harus ditolak oleh Direktorat Jenderal apabila Merek tersebut:

- mempunyai persamaan pada pokoknya atau keseluruhannya dengan Merek milik pihak lain yang sudah terdaftar lebih dahulu untuk barang dan/atau jasa yang sejenis. Yang dimaksud dengan *persamaan pada pokoknya* adalah kemiripan yang disebabkan oleh adanya unsur-unsur yang menonjol antara Merek yang satu dan Merek yang lain, yang dapat menimbulkan kesan adanya persamaan baik mengenai bentuk, cara penempatan, cara penulisan atau kombinasi antara unsur-unsur ataupun persamaan bunyi ucapan yang terdapat dalam merek-merek tersebut.
- mempunyai persamaan pada pokoknya atau keseluruhannya dengan Merek yang sudah terkenal milik pihak lain untuk barang dan/atau jasa sejenis. Penolakan Permohonan yang mempunyai persamaan pada pokoknya atau keseluruhan dengan Merek terkenal untuk barang dan/atau jasa yang sejenis dilakukan dengan memperhatikan pengetahuan umum

masyarakat mengenai Merek tersebut di bidang usaha yang bersangkutan. Di samping itu, diperhatikan pula reputasi Merek terkenal yang diperoleh karena promosi yang gencar dan besar-besaran, investasi di beberapa negara di dunia yang dilakukan oleh pemiliknya, dan disertai bukti pendaftaran Merek tersebut di beberapa negara. Apabila hal-hal di atas belum dianggap cukup, Pengadilan Niaga dapat memerintahkan lembaga yang bersifat mandiri untuk melakukan survei guna memperoleh kesimpulan mengenai terkenal atau tidaknya merek yang menjadi dasar penolakan.

- c. mempunyai persamaan pada pokoknya atau keseluruhannya dengan indikasi-geografis yang sudah dikenal.
- (3) Permohonan juga harus ditolak oleh Direktorat Jenderal apabila Merek tersebut:
- a. merupakan atau menyerupai nama orang terkenal, foto, atau nama badan hukum yang dimiliki orang lain, kecuali atas persetujuan tertulis dari yang berhak. Yang dimaksud dengan *nama badan hukum* adalah nama badan hukum yang digunakan sebagai Merek dan terdaftar dalam Daftar Umum Merek.
 - b. merupakan tiruan atau menyerupai nama atau singkatan nama, bendera, lambang atau simbol atau emblem negara atau lembaga nasional maupun internasional, kecuali atas persetujuan tertulis dari pihak yang berwenang. Yang dimaksud dengan *lembaga nasional* termasuk organisasi masyarakat ataupun organisasi sosial politik.
 - c. merupakan tiruan atau menyerupai tanda atau cap atau stempel resmi yang digunakan oleh negara atau lembaga Pemerintah, kecuali atas persetujuan tertulis dari pihak yang berwenang.

III. MEREK BERSIFAT DESCRIPTIVE DAN GENERIC

"Trademark is a word, phrase, logo or other graphic symbol used by manufacturer or seller to distinguish its product or products from of others". [10] Kemudian menurut UUM "Merek Dagang adalah Merek yang digunakan pada barang yang diperdagangkan oleh seseorang atau beberapa orang secara bersama-sama atau badan hukum untuk membedakan dengan barang-barang sejenis lainnya". Dari pengertian tersebut dapat dilihat beberapa fungsi merek, diantaranya: [11]

- a. Membedakan produk suatu perusahaan dari perusahaan lainnya;
- b. Membedakan kualitas produk;



- c. Identifikasi asal produk;
- d. Alat promosi dalam perdagangan.

Seperti penjelasan sebelumnya, merek dapat didaftarkan salah satunya jika ada daya pembeda. Biasanya apabila merek berupa kata yang bersifat *descriptive* atau *generic*, maka merek tersebut tidak dapat didaftar. Namun, dalam prakteknya seperti kita ketahui bersama, banyak merek bersifat *descriptive* yang menjadi sebuah merek dan pendaftarannya diterima atau dikabulkan. Contohnya, Merek *Aqua* untuk merek minuman air mineral dalam kemasan, *Singer* untuk mesin jahit, *Supermie* untuk merek mie.

Merek yang menggambarkan produknya (*descriptive*) sebenarnya masih dapat menjadi merek dengan membangun *secondary meaning* melalui penggunaan. Dengan demikian, secara teoritis, lebih bersifat deskriptif suatu terminologi yang digunakan sebagai merek, maka harus lebih tinggi upayanya untuk membangun *secondary meaning*. [12] *Secondary meaning* dilakukan oleh sebuah merek yang bersifat deskriptif atau merek yang memiliki daya pembeda yang lemah, namun dapat didaftarkan setelah membuktikan melalui penggunaan di pasar yang artinya membangun persepsi konsumen.

Penggunaan harus secara layak yang disertai bukti meliputi tempat, waktu, hakikat, dan luasnya penggunaan. Bukti dapat didukung dengan dokumen, dan hal-hal lain yang mendukung seperti pembungkus, label, daftar harga, catalog, foto, periklanan dan pendapat masyarakat dari hasil survei. Selain itu juga dapat ditampilkan bukti pendukung yang diperoleh dari pernyataan di bawah sumpah secara tertulis atau yang memiliki efek yang sama berdasarkan hukum Negara, atau bukti dari ahli perdagangan atau asosiasi. *Secondary meaning* di Amerika dapat dibuktikan melalui: [13]

- a. *Direct evidence*: kesaksian konsumen, survei konsumen atau;
- b. *Indirect evidence*: penggunaan (esklusivitas, lama, dan cara), jumlah dan cara pengiklanan, jumlah penjualan pada konsumen, pangsa pasar, bukti adanya kehendak pihak lain untuk meniru merek.

Pembuktian penggunaan untuk membangun *secondary meaning* ini harus dilakukan sebelum merek didaftarkan untuk menghindari penolakan karena merek tidak memiliki daya pembeda. Dasar acuannya dapat dilihat dari apa yang telah diatur dalam *Article 15 (2)* dan *16 TRIPs* berikut ini: "Article 15 (2): *Members may make registrability depend on use. However actual use of trademark shall not be a condition for filling of application of registration. An application shall not be refused solely on the ground that intended to use has not taken place before of the expiry of a period of three years from the date of application;*

Article 16: The owner of registered trademark shall have the exclusive right to prevent all third parties.... The rights described above shall not prejudice any existing prior right, nor shall they affect the possibility of members making rights available on the basis of use."

Merek utamanya berkembang melalui penggunaan (*use*) untuk melindungi itikad baik melawan produk lain dari produsen pesaingnya, dan tidak merupakan suatu kekayaan jika tidak terkait dengan aktivitas bisnis atau perdagangan. Perlindungan merek justru untuk memastikan bahwa pemegang merek harus menggunakan mereknya. Dalam Pasal 5 UUM diketengahkan contoh, merek *Kopi* atau gambar kopi untuk jenis barang kopi atau untuk produk kopi. Sayangnya tidak disebutkan apakah yang dimaksud

dengan “keterangan atau berkaitan dengan barang atau jasa” disini termasuk merek *descriptive* atau *generic*. Sebenarnya Pasal 5 UUM mengatur mengenai alasan absolut (*absolute ground*) tidak dapat didaftarkan suatu merek dengan melihat kemampuan daya pembeda tanda yang digunakan sebagai merek. Namun pengaturan terkesan agak rancu karena tidak dibedakan antara merek yang bersifat *descriptive* yang bisa didaftarkan sebagai merek dengan membangun *secondary meaning*, dan merek *generic* yang tidak dapat diterima pendaftarannya sebagai merek.

Persyaratan yang paling mendasar adalah tanda yang tersebut harus memiliki daya pembeda (*capable of distinguishing*) yang dalam perkembangannya kriteria ini diterapkan secara sangat luas yakni: “*Trademarks which are devoid of any distinctive character should not be registered*”. Dengan demikian sebelum masuk pada persyaratan absolut merek harus ditegaskan dahulu prinsip umum tersebut di atas dalam UUM. UUM juga tidak secara tegas menyatakan bahwa merek harus “*be visually perceptible*”, sebagaimana diatur dalam *Article 15 TRIPs*.^[14] Di Uni Eropa dalam *Community Trademark Regulation-CTMR* (Aturan Merek Masyarakat Uni Eropa mengatur pedoman pemeriksaan (*Examination Guidelines*) bahwa merek dengan desain sederhana, seperti garis, titik, bulatan, persegi, baik secara sendiri atau terkait dengan elemen deskriptif lainnya, secara umum dipertimbangkan sebagai tidak berisi (*devoid*) karakter pembeda, kecuali digunakan barang atau jasa khusus dan pemohon pendaftaran merek dapat membuktikan telah memperoleh daya pembeda melalui penggunaan di pasar yang artinya membangun persepsi konsumen (*secondary meaning*).

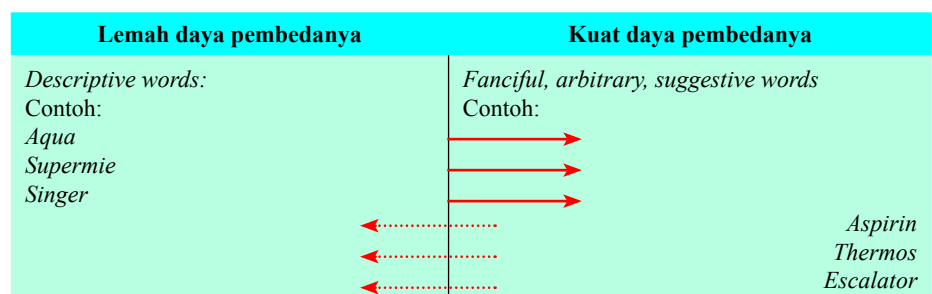
Terkait ketentuan ini elemen tiga dimensi bersifat perlambang, gambar, foto, warna, huruf tunggal, simbol dan bentuk dari produk atau bungkus dari produk dapat dinyatakan sebagai *figurative element* yang secara umum dipertimbangkan tidak memiliki karakter pembeda, kecuali membangun *secondary meaning*. Suatu merek yang rumit (*a complex trademark*) yakni yang terdiri atas kombinasi berbagai tipe yang berbeda dari merek yang lazimnya berupa kata dan elemen figuratif, masih mungkin didaftarkan sebagai merek walau secara umum tidak dapat didaftarkan karena:^[15] “*Where trademark consist of a combination of several elements which on their own would be devoid of distinctive character, the trademark taken as a whole may have distinctive characters*”. Maksudnya jika merek terdiri dari suatu kombinasi beberapa elemen yang jika elemen tersebut berdiri sendiri

mungkin tidak memiliki daya pembeda, namun merek secara keseluruhan mungkin memiliki ciri pembeda.

Di Indonesia sebenarnya ada yurisprudensi mengenai *secondary meaning*, Juris prudensi Mahkamah Agung No. 127 K/Sip/1972 Mengenai Merek Y.K.K. yang menyatakan bahwa: “Suatu merek meskipun hanya terdiri dari beberapa huruf-huruf dapat diterima sebagai merek karena sudah demikian dikenal luas oleh masyarakat, sehingga dianggap mempunyai daya pembeda.”^[16] Inilah sebenarnya yang dimaksud dengan membangun asosiasi konsumen atas daya pembeda yang disebut sebagai pengertian kedua (*secondary meaning*).

Berbeda dengan merek yang bersifat *generic*, yang terdiri dari tanda yang menunjukkan genus, termasuk tanda yang menunjukkan kelaziman atau kebiasaan terkait dengan bahasa yang digunakan dalam praktik perdagangan yang lazim. Tanda yang seperti ini adalah tanda yang bersifat umum dan telah menjadi milik umum, seperti contoh pada penjelasan Pasal 5 huruf c berupa gambar tengkorak tanda bahaya. Merek yang menggunakan tanda semacam ini harus tidak dapat diterima pendaftarannya, meskipun telah dicoba membangun *secondary meaning*. Hal ini mengingat tidak adil untuk memberikan monopoli sesuatu yang menjadi milik umum (*public domain*). Adapula merek yang menyesatkan (*deceptive*) dalam menggambarkan ciri, kualitas, fungsi, komposisi, atau penggunaan dari produk. Dengan penggambaran yang salah tersebut menyesatkan perspektif konsumen yang mempercayai bahwa produk sesuai dengan penggambarannya. Tanda juga bersifat menyesatkan jika hal tersebut menjadi sesuatu yang bersifat material bagi konsumen untuk memutuskan membelinya, contoh, *Glass Wax* untuk pembersih kaca yang tidak berisi lilin (*wax*), *Silkskin* untuk merek baju yang tidak terbuat dari sutra. Merek yang menyesatkan secara geografis, contohnya, *made in japan*. Merek seperti ini harus tidak diterima pendaftarannya, meski berupaya membangun *secondary meaning* karena dianggap menipu konsumen.

Dalam hal tanda tersebut bersifat deskriptif untuk menjelaskan produk, maka dengan membangun *secondary meaning* berangsur-angsur tanda tersebut dapat memiliki daya pembeda untuk menjadi merek. Hal ini harus memenuhi prinsip penggunaan merek dan memerlukan pembuktian. Sebaliknya seperti yang telah saya singgung mengenai tanda yang bersifat *suggestive* atau tanda yang secara inheren memiliki daya pembeda dan dibentuk dari kata temuan dapat menjadi *descriptive* bahkan *generic*, sehingga dapat dihapus perlindungan hukumnya karena tidak ada lagi ada daya pembeda. Hal tersebut dapat dijelaskan dengan skema berikut.



Gambar Skema daya pembeda pada merek.^[17]

Bila ada dua anak panah yang berlawanan arah, yang sisi kiri menunjukkan bahwa istilah atau benda yang menggambarkan produknya (*descriptive words*) yang pada dasarnya lemah daya pembeda dan tidak layak untuk dijadikan merek, contoh, *Aqua*, *Supermie*, dan *Singer*. Sementara anak panah yang ke kanan adalah menunjukkan kata fantasi (*fanciful*), berubah-ubah (*arbitrary*), memberi kesan (*suggestive*) yang sangat bagus dijadikan merek. Sedangkan garis putus-putus menunjukkan peralihan posisi. ^[18]

Adakalanya kata-kata sisi kiri yang seharusnya kurang memadai dipakai sebagai merek dapat dipakai sebagai merek, apabila membangun *secondary meaning* melalui penggunaan dan ditulis secara khas, sehingga secara faktual dikenali konsumen, sebagai contoh: *Aqua* arti utamanya (*primary meaning*) adalah benda cair yang tidak berasa, tidak berbau dan tidak berwarna, tetapi secara faktual konsumen memiliki asosiasi dan mengakui sebagai pengertian kedua (*secondary meaning*) *Aqua* sebagai merek untuk produk air mineral yang diproduksi oleh *Danone*. Hal yang sama dapat dilihat pada merek *Supermie* berarti mie dengan kualitas super (*primary meaning*), tetapi melalui penggunaan dikenal sebagai merek mie produksi *PT Indofood Sukses Makmur Tbk*. Begitu pula dengan merek *Singer* artinya alat yang berdesing (*primary meaning*), melalui penggunaan maka konsumen mengenal sebagai merek mesin jahit.

Sebaliknya, garis demarkasi juga menunjukkan bahwa kata-kata sisi kanan yang

awalnya bagus dijadikan merek, berangsur-angsur menjadi *descriptive* bahkan *generic words*, sehingga tidak layak dijadikan merek. Dalam kasus *Bayer v. United Drug Co. (1961)*, kata *Aspirin* yang awalnya *invented word* dan bagus sekali dijadikan merek produk perusahaan *Bayer* telah kehilangan daya pembeda. Hal yang sama terdapat pada merek *Escalator* dan merek *Thermos*.^[19]

IV. SECONDARY MEANING: DOKTRIN PENGGUNAAN (USE) DALAM SISTEM KONSTITUTIF UUM INDONESIA.

Bahwa menurut UUM perolehan hak terjadi karena pendaftaran sedangkan *secondary meaning* harus dibuktikan terlebih dahulu. Pertanyaannya sekarang adalah mana yang didahulukan: Pemakaian yang akan membuktikan adanya *secondary meaning*? Atau; Pendaftaran sesuai UUM?

"A trademark can be protected on the basis of either use or registration."^[20] Pada dasarnya merek dilindungi berdasarkan atas suatu penggunaan atau pendaftaran. Masing-masing memiliki sejarahnya, namun secara umum pada masa sekarang ini perlindungan merek merupakan gabungan atau kombinasi dari kedua sistem tersebut. Negara-negara yang terikat pada Konvensi Paris berkewajiban melaksanakan perlindungan berdasarkan pendaftaran. Lebih dari 150 negara menganut Konvensi Paris. Saat ini, hampir semua Negara-negara menganut sistem pendaftaran dan perlindungan penuh suatu merek dijamin oleh pendaftaran. Artinya pendaftaran menimbulkan hak, maka pendaftaran wajib dilakukan jika ingin mendapat perlindungan atas suatu merek. Sistem perlindungan berdasarkan prinsip pendaftaran, dikenal sebagai sistem konstitutif (*first to file*).

"Use does still play an important role, however: first of all, in countries that have traditionally based trademark protection on use, the registration of a trademark merely confirm the trademark right that has been acquired by use."^[21] Di Negara-negara yang menganut sistem tradisional, perlindungan merek berdasarkan prinsip penggunaan masih memegang peranan penting. Sebagai konsekuensi dari sistem penggunaan ini, maka pengguna pertama dari suatu merek memiliki prioritas dalam perselisihan suatu merek, bukan kepada pihak yang pendaftar merek pertama. Sistem ini disebut sistem deklaratif (*first to use*).

Pasal 3 UUM menyatakan bahwa: "Hak atas Merek adalah hak eksklusif yang diberikan oleh Negara kepada pemilik Merek yang terdaftar dalam Daftar Umum Merek untuk jangka waktu tertentu dengan menggunakan sendiri Merek tersebut atau memberikan izin kepada pihak lain untuk menggunakannya". Hal ini berarti UUM menganut sistem konstitutif, yang artinya bahwa hak eksklusif atas merek diperoleh dengan adanya pendaftaran (*first to file*). Maksudnya pemegang hak atas suatu merek merupakan pendaftar pertama dari merek yang bersangkutan. Maka menurut sistem ini pendaftaran adalah wajib jika ingin mendapat perlindungan merek oleh negara.

Lain halnya dengan prinsip yang dianut pada masa berlakunya UU No. 21 Tahun 1961 yang menentukan bahwa pendaftaran bukan merupakan syarat membuktikan kepemilikan hak merek, tetapi yang menentukan adalah pemakai yang terdahulu.^[22] Kasus TANCHO yang diputuskan berdasarkan Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia Nomor 677 K/Sip/1972 Tentang Perkara Merek TANCHO bahwa sekalipun tergugat telah mendaftarkan merek itu di Kantor Merek, tetapi pihak penggugat yakni Tancho Kabushiki Kaisa (Tancho Co. Ltd) dalam Tahun-tahun 1962, 1963, dan 1964 sudah memasukkan dan mengedarkan barang-barang dengan memakai merek-merek sengketa di wilayah Indonesia. Hal ini berarti penggugat merupakan pemakai pertama merek tersebut di Indonesia, dan penggugat sebagai pemilik asli merek tersebut yang juga telah mendaftarkannya di Filipina, Singapura, dan Hongkong. Walaupun penggugat tidak mendaftarkannya di Indonesia, ia tetap mendapat perlindungan berdasarkan prinsip pendaftaran deklaratif. Tetapi seandainya kasus tersebut didasarkan ketentuan UUM saat ini, maka yang akan dilindungi justru adalah pihak tergugat yang telah mendaftarkan TANCHO terlebih dahulu.^[23] Perubahan sistem deklaratif ke sistem konstitutif adalah untuk lebih menjamin kepastian hukum, karena sistem konstitutif lebih tegas dan formal.^[24]

"Article 15 (3) dan (4) dan (5) TRIPs menentukan:

Paragraph 1 shall not be understood to prevent a member from denying registration of trademark on other ground, provided that they do not derogate from the provision of the Paris Convention-1967.

The nature of goods or services to which a trademark is to be applied shall in no case form an obstacle to registration of trademark."

Berdasarkan ketentuan tersebut, Negara anggota dapat menentukan alasan untuk tidak mengabulkan pendaftaran. Di Indonesia pendaftaran merek akan diuji dengan prinsip itikad baik Pasal 4 UUM), dan alasan absolut tidak dapat diterimanya pendaftaran

(Pasal 5), serta alasan relatif ditolaknya pendaftaran (Pasal 6). Pasal 4 UUM menentukan bahwa: "Merek tidak dapat didaftar atas dasar Permohonan yang diajukan oleh pemohon yang beritikad tidak baik". Pemohon yang beritikad baik adalah pemohon yang mendaftarkan mereknya secara layak dan jujur tanpa ada niat apa pun untuk membonceng, meniru, atau menjiplak ketenaran merek pihak lain demi kepentingan usahanya yang berakibat kerugian pada pihak lain itu atau menimbulkan kondisi persaingan curang, mengecoh, atau menyesatkan konsumen. Dalam hal ini penerapan asas itikad baik dalam beberapa hal agak sulit untuk membuktikan.^[25]

Dalam Article 15 (2) dan 16 TRIPs, Negara anggota dimungkinkan menggunakan sistem pendaftaran berdasarkan doktrin penggunaan (*use*). Doktrin ini utamanya melindungi *goodwill* melawan produk lain dari produsen pesaingnya. Ada dua kategori untuk merek berdasarkan penggunaan.^[26] Penggunaan merek deskriptif tidak melanggar hukum ketika penggunaan merek oleh pemohon mendeskripsikan barang, jasa, atau bisnis, atau nama pribadi pemohon atau seseorang yang berhubungan dengan merek digunakan dengan itikad baik. Pengujian pendaftaran merek dengan prinsip itikad baik lebih cenderung sebagai cerminan dari perlindungan merek berdasarkan prinsip deklaratif (*first to use*), yang memprioritaskan pengguna pertama yang mendapat perlindungan.

Dengan demikian, UUM mengkombinasikan perlindungan merek berdasarkan doktrin penggunaan (*use*) dan pendaftaran (*registration*). Karena apabila dilihat merek yang didaftarkan perlu diuji dengan itikad baik pendaftar merek dalam mendaftarkan mereknya, yang berarti diperlukan pembuktian oleh pendaftar merek bahwa merek yang didaftarkan tidak disertai dengan itikad tidak baik. Merek deskriptif sejatinya tidak dapat didaftarkan, karena memiliki daya pembeda yang lemah atau bahkan tidak memiliki daya pembeda. Seperti yang diatur dalam Pasal 5 huruf (b) UUM, yang merupakan alasan absolut pendaftaran merek karena alasan daya pembeda. Hal ini untuk mendukung fungsi merek sebagai identitas barang yang mempermudah konsumen memilih barang karena memiliki daya pembeda.

V. PENUTUP

Ketentuan pada UUM sebaiknya direvisi dengan menambahkan penjelasan mengenai penegasan merek *descriptive* dan merek *generic* sebagai persyaratan absolute untuk melindungi merek barang dan jasa yang terdaftar.

QUO VADIS PERSAINGAN PASAR TRADISIONAL DAN PASAR MODERN

Oleh:
DIDIT ACHDIAT PUTRO



Tidak bisa dinafikan kebenaran berbagai opini masyarakat di media masa yang menyatakan bahwa tergerusnya pasar tradisional saat ini erat dikaitkan dengan menjamurnya pasar modern seperti Minimarket, Supermarket, Department Store, dan Hypermarket, atau dengan kata lain kedua jenis pasar tersebut dinilai tidak dapat tumbuh berdampingan. Meskipun demikian, argumen tersebut mungkin tidak seluruhnya benar, karena hampir seluruh pasar tradisional di Indonesia masih bergelut dengan masalah internal seperti buruknya manajemen dan buruknya infrastruktur pasar tradisional. Kondisi yang demikian, kemudian ditambah dengan permasalahan ekstern yaitu masih banyaknya pendirian pasar modern yang tidak dibarengi dengan zonasi dan tata ruang yang baik sehingga akhirnya menguntungkan Pasar modern.

Berikut ini beberapa alasan yang menjadikan konsumen lebih berminat melakukan transaksi di pasar modern. Pertama dari segi kebersihan, pasar modern merupakan suatu pasar yang memiliki manajemen yang baik, yaitu terkelola dengan sistem yang

telah dibuat dengan sedemikian rupa dan karyawan yang bekerja dengan bagian yang telah ditentukan. Salah satunya yaitu petugas kebersihan, hal tersebut dilakukan karena kebersihan merupakan suatu indikator penting bagi kepuasan pelayanan bagi konsumen. Hal tersebut jauh dari kesan masyarakat terhadap pasar tradisional yang kumuh, becek, penuh sampah, dan bau yang menyengat.

Perbedaan kedua yaitu keamanan. Dalam sebuah pasar, keamanan merupakan indikator penting dan sebagai salah satu penunjang sisi pelayanan. Di dalam pasar modern kita dapat melihat petugas keamanan yang berjaga-jaga, hal ini akan membuat konsumen merasa aman dalam berbelanja dan tertarik untuk berbelanja.

Namun demikian, berbeda dengan pasar modern, pasar tradisional sebetulnya memiliki keunggulan bersaing alamiah yang tidak dimiliki secara langsung oleh pasar modern. Pertama yaitu harga. Salah satu dan sampai saat ini menjadi daya tarik bagi pasar tradisional yaitu harga yang "sedikit lebih murah" dibandingkan dengan pasar modern. Sehingga pangsa pasar tradisional

terbanyak sampai saat ini yaitu masyarakat dari golongan menengah ke bawah. Masyarakat dari golongan inilah yang sampai saat ini masih bertahan untuk berbelanja di pasar tradisional. Meskipun kecenderungan yang ada saat ini bagi masyarakat golongan menengah mulai beralih untuk berbelanja di pasar modern.

Kedua yaitu adanya transaksi tawar-menawar. Dalam pasar tradisional, harga suatu produk tidak dicantumkan dalam kemasan produk atau barang sehingga antara penjual dan pembeli atau konsumen terjadi interaksi tawar-menawar dalam menjual dan membeli suatu produk untuk mencapai kesepakatan harga yang diinginkan kedua belah pihak. Atau antara lain antara pihak penjual dan pembeli sama-sama tidak dirugikan.

Meskipun menghadapi kondisi yang tidak menguntungkan, ternyata masih ditemukan ada beberapa pasar tradisional yang mampu bertahan karena dikelola dengan baik dan memperhatikan seluruh aspek seperti kebersihan, kenyamanan, dan keamanan dalam berbelanja. Kelebihan pasar tradisional adalah kekhasannya

yang tidak dimiliki oleh pasar modern, seperti jual-beli dengan tawar-menawar harga dan suasana yang memungkinkan penjual dan pembeli menjalin kedekatan. Contoh dari sebuah pasar tradisional yang mampu bertahan meski dikelilingi oleh sedikitnya lima peritel modern besar ditemukan di kawasan perumahan Bumi Serpong Damai (BSD), Tangerang. Sejak dibuka pada Juli 2004, pasar tersebut hingga kini tetap ramai dikunjungi para pelanggan setianya (*Kompas* 2006). Pasar ini juga telah mendapat penghargaan dari APPSI dan menjadi salah satu pasar percontohan untuk pasar-pasar tradisional lainnya.

Uraian tersebut di atas paling tidak memberikan gambaran bagaimana sulitnya pasar tradisional dalam menghadapi persaingan dengan pasar modern, baik karena faktor intern dari pasar tradisional itu sendiri maupun faktor ekstern. Jika dikaitkan dengan kewenangan Kementerian Perdagangan, untuk mengatasi permasalahan intern tersebut Kementerian Perdagangan telah melakukan langkah berupa revitalisasi pasar di berbagai daerah di Indonesia sebagaimana diketahui bahwa kurang lebih 10 ribu jumlah pasar di Indonesia, 80% diantaranya membutuhkan revitalisasi, karena rata-rata usianya diatas 20 tahun.

Dalam rangka mengatasi permasalahan ekstern berupa zonasi pendirian pasar, Kementerian Perdagangan telah melakukan langkah dengan mengeluarkan Peraturan Menteri Perdagangan Republik Indonesia Nomor : 53/M-Dag/Per/12/2008 Tentang Pedoman Penataan dan Pembinaan Pasar Tradisional, Pusat Perbelanjaan dan Toko Modern. Langkah tersebut dilakukan oleh Kementerian Perdagangan sebagaimana diamatkan oleh Perpres 112 Tahun 2007 tentang Penataan dan Pembinaan Pasar Tradisional, Pusat Perbelanjaan dan Toko Modern.

Sebagaimana diketahui bahwa ketentuan mengenai zonasi pendirian pasar tradisional dan pasar modern



bukan menjadi kewenangan Menteri Perdagangan namun menjadi kewenangan Pemerintah Daerah Kabupaten/Kota, hal tersebut berdasarkan Pasal 2 ayat (1) dan pasal 3 ayat (1) Perpres No 112 Tahun 2007.

Pasal 2 ayat (1) "*Lokasi pendirian Pasar Tradisional wajib mengacu pada Rencana Tata Ruang Wilayah Kabupaten/Kota, dan Rencana Detail Tata Ruang Kabupaten/Kota, termasuk Peraturan Zonasinya*".

pasal 3 ayat (1) *Lokasi pendirian Pusat Perbelanjaan dan Toko Modern wajib mengacu pada Rencana Tata Ruang Wilayah Kabupaten/Kota, dan Rencana*

Detail Tata Ruang Kabupaten/Kota, termasuk Peraturan Zonasinya.

Penulis mencoba menekankan permasalahan tentang merebaknya pembangunan pasar modern (Pusat perbelanjaan dan toko modern) khususnya terkait dengan zonasi, karena yang menjadi polemik saat ini adalah mulai berkurangnya pasar tradisional akibat keberadaan/pendirian pasar modern. Untuk membatasi adanya penyalahgunaan dalam penentuan zonasi pendirian Pasar modern oleh Kabupaten/Kota, maka Perpres 112 Pasal 4 ayat (1) menentukan rambu-rambunya, yaitu:



Selain tujuan pembatasan, penulis melihat bahwa pasal tersebut sebenarnya juga bermaksud mengakomodir beragamnya luas wilayah dan karakteristik ekonomi maupun sosial di setiap daerah di Indonesia, namun dalam pelaksanaannya sering menimbulkan polemik karena rentan terhadap interpersasi sehingga tiap daerah tanpa kajian yang valid bahkan tanpa kajian membuat peraturan atau menerapkan zonasi pendirian pasar yang keliru, bisa ditebak kemudian hasilnya adalah tergerusnya pasar tradisional yang pada akhirnya menimbulkan konflik sosial.

Adanya konflik terkait tergerusnya pasar tradisional akibat pembangunan pasar modern mungkin saja tidak dapat dihindari jika pasar tradisional dalam hal ini para *stakeholders* termasuk pemerintah tidak melakukan pembenahan diri atau dukungan. Jika permasalahan terkait dengan pembangunan pasar modern, kemudian timbul pertanyaan, kemanakah pihak yang dirugikan atas pembangunan pasar modern mengajukan gugatan atau penyelesaian secara hukum. Untuk menjawab pertanyaan tersebut, penulis melihat bahwa pihak yang dirugikan dapat menggugat melalui mekanisme Peradilan Tata Usaha Negara (TUN), jika hal tersebut terkait dengan diterbitkannya izin pendirian pasar modern yang tidak sesuai dengan peraturan daerah (mengenai zonasi). Jika ternyata izin yang diterbitkan untuk pasar modern telah sesuai dengan peraturan daerah, maka kemudian yang dipertanyakan adalah kebenaran peraturan daerah tersebut apakah telah sesuai dengan peraturan yang lebih tinggi, misalkan Perpres 112 Tahun 2007 atau Permendag Nomor : 53/M-Dag/Per/12/2008. Jika ternyata dinilai atau bahkan dapat dibuktikan bahwa peraturan daerah tersebut (mengatur zonasi pendirian pasar modern) tidak sesuai dengan Perpres atau permendag, maka dapat diajukan pembatalan melalui uji materiil di Mahkamah Agung.

(1) Pendirian Pusat perbelanjaan dan Toko Modern wajib:

- a. Memperhitungkan kondisi sosial ekonomi masyarakat, keberadaan Pasar Tradisional, Usaha Kecil dan Usaha Menengah yang ada di wilayah yang bersangkutan;
- b. Memperhatikan jarak antara Hypermarket dengan Pasar Tradisional yang telah ada sebelumnya;
- c. Menyediakan areal parkir paling sedikit seluas kebutuhan parkir 1 (satu) unit kendaraan roda empat untuk setiap 60 m² (enam puluh meter per segi) luas lantai penjualan Pusat Perbelanjaan dan/ atau Toko Modern; dan
- d. Menyediakan fasilitas yang menjamin Pusat Perbelanjaan dan Toko Modern yang bersih, sehat (hygienis), aman, tertib dan ruang publik yang nyaman.

FREE TRADE (PERDAGANGAN BEBAS) DAN FAIR TRADE (PERDAGANGAN BERKEADILAN) DALAM KONSEP HUKUM

Oleh :

EKO PRILIANTO SUDRADJAT

A. PENDAHULUAN

Dengan diterbitkannya Undang-Undang No. 7 Tahun 1994 tanggal 2 Nopember 1994 tentang pengesahan (ratifikasi) "Agreement Establishing the World Trade Organization", maka Indonesia secara resmi telah menjadi anggota WTO dan semua persetujuan yang ada didalamnya telah sah menjadi bagian dari legislasi nasional. Menjadi anggota WTO berarti terikat dengan hak dan kewajiban. Disamping itu pula, WTO bukan hanya menciptakan peluang (opportunity), tetapi juga ancaman (threat). Bagi negara yang siap dengan liberalisasi perdagangan, maka semua hasil perundingan dalam akses pasar akan menjadi peluang (opportunity) besar. Seperti diketahui, negara-negara maju telah menurunkan tarif untuk industri dari rata-rata 6,3% menjadi 3,8% (penurunan sebesar 40%) dari tarif "nol" telah meningkat dari 20% menjadi 40% dari seluruh produk industri yang masuk ke negara maju. Hal inilah yang menjadi peluang besar terhadap ekspor negara berkembang termasuk Indonesia.

Terdapat beberapa hal penting yang perlu mendapat catatan dibidang akses pasar ini, antara lain adalah hasil negosiasi akses pasar ini adalah "Most Favoured Nation" dimana semua negara anggota dapat menikmatinya tanpa terkecuali. Sebagai konsekuensinya adalah persaingan semakin tajam. Karena "standing position" nya sama, maka dalam pemanfaatan ini akan berlaku hukum alam, siapa yang lebih kuat, dia yang akan menang. Indonesia dengan ekonomi terbuka, dimana program ekspor non migas merupakan salah satu pendorong pertumbuhan ekonomi nasional dan penciptaan lapangan kerja dan dituntut untuk lebih siap untuk dapat mengambil manfaat sebesar-besarnya dari peluang yang dihasilkan oleh WTO. Peluang dan manfaat dari keanggotaan Indonesia di WTO hanya dapat diperoleh apabila kita menguasai semua persetujuan WTO dan menerapkannya sesuai dengan kepentingan nasional. Salah satu prinsip dasar yang diatur didalam WTO selain perdagangan bebas adalah adanya perdagangan yang berkeadilan. Dibawah ini akan dicoba ditelaah konsep hukum dari perdagangan bebas (Free Trade) dan Perdagangan yang berkeadilan

(Fair Trade). Pemahaman dari kedua prinsip dasar tersebut adalah dengan menelaah aturan - aturan dasar yang terdapat didalam General Agreement on Tariffs and Trade) 1994 serta membandingkannya dengan pendapat dari ahli - ahli hukum khususnya dalam perdagangan internasional.



B. FREE TRADE (PERDAGANGAN BEBAS)

Pembentukan World Trade Organization (WTO) telah memberikan konsep liberalisasi perdagangan kepada dunia khususnya kepada negara - negara anggota, dimana, konsep dasar dari liberalisasi perdagangan adalah penghilangan hambatan dalam perdagangan internasional[1]. konsep liberalisasi dalam perdagangan dalam pelaksanaannya membentuk globalisasi. Kata "globalisasi" diambil dari kata global, yang maknanya ialah universal. Globalisasi belum memiliki definisi yang mapan, kecuali sekadar definisi kerja (working definition), sehingga tergantung dari sisi mana orang melihatnya. Ada yang memandangnya sebagai suatu proses sosial, atau proses sejarah, atau proses alamiah yang akan membawa seluruh bangsa dan negara di dunia makin terikat satu sama lain, mewujudkan satu tatanan kehidupan baru atau kesatuan koeksistensi dengan menyingkirkan batas-batas geografis, ekonomi dan budaya masyarakat[2]. Dalam sejarah pada abad ke-15 bangsa-bangsa didunia khususnya di benua Eropa, telah mulai menerapkan kebijakan globalisasi perdagangan. Globalisasi perdagangan dapat diartikan sebagai suatu kegiatan lintas negara. Pemahaman sejarah ini terlihat dari kegiatan para saudagar atau pedagang dari Eropa yang melakukan pencarian

atas produk rempah-rempah dari dunia timur, yang pada saat itu menjadi suatu komoditi yang sangat diminati oleh konsumen dari benua Eropa. Istilah globalisasi perdagangan dapat disebutkan sebagai sebuah istilah yang memiliki hubungan dengan peningkatan keterkaitan dan ketergantungan antar bangsa dan antar manusia di seluruh dunia melalui perdagangan, investasi, yang mengakibatkan batas negara menjadi tidak terlihat[3].

Konsep perdagangan bebas (liberalisasi perdagangan) menurut Adam Smith, seorang ahli ekonomi klasik, merupakan suatu kegiatan perdagangan barang - barang yang dibiarkan bebas berdasarkan hukum pasar, atau yang disebutkan oleh Hugo Grotius, diistilahkan dengan Laissez Faire, yang dapat didefinisikan "bebas melakukan apa yang engkau inginkan" atau bebas dari campur tangan pemerintah untuk membantu orang miskin, pengontrolan upah buruh, bantuan atau subsidi pertanian[4]. Liberalisasi perdagangan ini, oleh WTO, terbentuk didalam aturan - aturan dasar yang diatur didalam General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) 1994. Aturan - aturan dasar dari kebijakan perdagangan bebas tersebut adalah[5]:

1. Non - Discrimination Terdapat 2 (dua) prinsip dasar dari aturan Non - Discrimination, yang diatur didalam GATT 1994, yaitu:

a. Most Favoured Nation (MFN)

Pada pokoknya yang dimaksudkan dengan MFN disini adalah kewajiban negara anggota WTO, untuk memperlakukan kepada seluruh negara anggota WTO, hal yang sama, atau dalam hal suatu negara anggota memberikan keistimewaan untuk satu negara anggota, maka perlakuan tersebut harus dilakukan sama kepada anggota yang lain.

b. National Treatment

Utamanya pelaksanaan dari prinsip ini adalah, perlakuan yang sama terhadap produk dari negara lain yang masuk kedalam wilayah suatu negara anggota dengan produk nasional dari negara anggota tersebut.

2. Market Access

Liberalisasi perdagangan didalam aturan WTO, diatur didalam GATT 1994, dengan aturan – aturan dasar yaitu:

a. Custom Duties

Dalam hal ini GATT 1994 mewajibkan tiap negara anggota untuk melakukan penurunan bea masuk, ke tingkat dimana dapat memberikan kemudahan untuk negara anggota lainnya masuk kedalam pasar domestik negara tersebut.

b. Quantitative Restriction

Pada intinya aturan Quantitative Restriction, melarang adanya pembatasan jumlah barang ekspor masuk kedalam wilayah nasional negara anggota.

c. Non Tariff Barriers

Adalah tindakan dari negara tertentu anggota WTO yang dengan maksud melindungi industri dalam negerinya, dengan melakukan tindakan – tindakan selain dengan hambatan bea masuk seperti, hambatan perdagangan dengan alasan perlindungan kesehatan (*Sanitary and Phytosanitary*) dan hambatan dalam standar teknis produk (*Technical Barriers*). Tindakan – tindakan tersebut berdasarkan GATT 1994 dilarang untuk dilakukan oleh negara anggota.

Berdasarkan atas penelaahan dari konsep dasar GATT 1994 tersebut di atas, dapat dipahami apa yang dimaksud dengan liberalisasi perdagangan yang diterapkan oleh WTO. Liberalisasi perdagangan yang diatur didalam WTO adalah suatu kegiatan perdagangan dimana tidak terdapat hambatan masuknya produk yang diperdagangkan oleh negara anggota kedalam wilayah nasional negara anggota yang lain, utamanya hambatan tersebut adalah dengan tingginya bea masuk dari suatu negara anggota, dan adanya batasan jumlah barang impor oleh pemerintah dari negara anggota. Hal tersebut juga diimbangi dengan perlakuan yang sama, atau dikenal dengan istilah *Non – Discrimination Rules*. Yang dimaksudkan dengan *Non – Discrimination Rules* didalam aturan GATT 1994 adalah perlakuan yang sama, dimana ketika terdapat beberapa negara anggota WTO melakukan perdagangan dengan satu negara anggota yang lain, ke semua negara tersebut wajib diperlakukan sama, contohnya adalah ketika satu negara diberikan kemudahan untuk melakukan perdagangan dari negara anggota lainnya maka negara –

negara anggota yang juga melakukan perdagangan dengan negara tersebut harus mendapat kemudahan yang sama. *Non – Discrimination Rules* juga mengutar perlakuan yang sama terhadap produk import dengan produk domestik.

The process of pursuing more free trade - often negotiated among countries in the context of reciprocal market access and non-discrimination - involves such activities as the harmonization of trading rules and the reduction of barriers to trade such as tariffs and quotas. In its simplest sense, the pursuit of free trade belongs to the blanket process of "leveling the playing field." If one takes this analogy to its logical conclusion, more free trade would result from the application of the same policies, rules, mechanisms, and institutions to each participant in the trade regime, regardless of origin or capacity[6].

Terjemahan bebas:

proses yang dilaksanakan untuk mencapai perdagangan bebas, sering kali dinegosiasikan oleh negara – negara kaitannya dengan prinsip reciprocal didalam untuk akses pasar dan prinsip *Non – Discrimination* – dihubungkan dengan kegiatan – kegiatan seperti peraturan didalam perdagangan dan penurunan hambatan perdagangan seperti tariff dan quota. Kegiatan pencapaian perdagangan bebas dilakukan didalam suatu proses "mensejajarkan keadaan pasar internasional", ketika satu negara melaksanakan analogi ini didalam kesimpulan logika perdagangan bebas hanya dapat tercapai dalam hal terdapat kebijakan, aturan – aturan hukum, mekanisme dan institusi yang sama, ditiap – tiap negara yang terlibat, dengan tanpa memperhitungkan kapasitas dan karakter asal dari negara tersebut.

C. FAIR TRADE (PERDAGANGAN BERKEADILAN)

Disebutkan oleh Ralph E. Gomory dan William Baumol, bahwa didalam perdagangan diperlukan adanya kesetaraan antara pihak – pihak (*leveling the playing field*). Kesetaraan yang dimaksudkan oleh Gomory dan Baumol adalah adanya perlakuan yang sama dengan tidak melakukan diskriminasi terhadap pihak – pihak lain yang juga melakukan perdagangan dengan pihak tersebut. Permasalahannya adalah Gomory dan Baumol mengatakan kesetaraan tersebut dilakukan dengan tanpa menilai karakter dasar dan kapasitas dari pihak – pihak yang melakukan perdagangan. Konsep kesetaraan disebutkan di atas adalah konsep keadilan dalam perdagangan atau Fair Trade yang ada didalam GATT 1994. Pemahaman atas Fair Trade disini selayaknya harus juga ditelaah dari

teori – teori hukum mengenai keadilan, sehingga tercipta konsep umum tentang perdagangan yang berkeadilan atau Fair Trade.

Dalam sejarah manusia, setidaknya ada tiga pola pandangan tentang kaitan hukum dengan keadilan. Pola keadilan dan hukum disebutkan di atas diuraikan dibawah ini[7]:

1. Pola pertama memandang hukum sebagai bahasa yuridis dari suatu konsep keadilan. Diandaikan adanya kaitan langsung antarkeduanya. Dalam pandangan ini, konsep keadilan dipandang tunggal. Konteks sosiologisnya adalah masyarakat yang masih homogen. Perdebatan dalam proses perumusan hukum hanya dipandang sebagai perdebatan tentang batas. Hal ini tercermin dalam pandangan para pemikir klasik, dari Aristoteles sampai Thomas Aquinas.
2. Pola kedua, melihat hukum sebagai hasil kompromi dari beragam konsep keadilan. Pola kedua ini melihat perdebatan dalam perumusan hukum adalah upaya mengkompromikan konsep-konsep keadilan yang beraneka sebagai isi hukum. Pola kedua ini tampak antara lain dalam pandangan Thomas Hobbes dan pemikir politik mulai abad ke-17. Selain itu, mereka mengandaikan adanya kebebasan yang cukup dan kesederajatan antara pihak-pihak yang berkompromi.
3. Pola ketiga, mengakui sifat kompromis hukum, tetapi lebih jauh lagi melihat kesetaraan dan kebebasan dalam berkompromi tidak bisa diandaikan begitu saja. Ini berkait perkembangan masyarakat secara sosio-ekonomis. Terlebih karena perkembangan kapitalisme, dan kini dalam warna neo-liberalisme, muncul gejala penumpukan dan penguasaan modal dalam sekelompok orang.

Dalam negara hukum, negara mengakui dan melindungi hak asasi manusia setiap individu tanpa membedakan latar belakangnya. Semua orang memiliki hak diperlakukan sama di hadapan hukum (*equality before the law*). Persamaan di hadapan hukum harus diartikan secara dinamis dan tidak diartikan statis. Artinya, kalau ada persamaan di hadapan hukum bagi semua orang harus diimbangi juga dengan persamaan perlakuan (*equal treatment*) bagi semua orang. Persamaan di hadapan hukum yang diartikan secara dinamis itu dipercayai akan memberikan jaminan adanya akses memperoleh keadilan bagi semua orang[8]. Menurut Aristoteles, keadilan harus dibagikan oleh negara kepada semua orang, dan hukum yang mempunyai tugas

menjaganya agar keadilan sampai kepada semua orang tanpa kecuali. Dalam Pasal 27 ayat (1) UUD 1945 dinyatakan Segala warga negara bersamaan kedudukannya di dalam hukum dan pemerintahan dan wajib menjunjung hukum dan pemerintahan itu dengan tidak ada kecualinya[9]. Kesetaraan didalam hukum disini dimaksudkan untuk memberikan kewajiban yang sama dari tiap – tiap anggota masyarakat. Didalam bidang ekonomi prinsip hukum keadilan di atur didalam Pasal 34 ayat 2 UUD 1945, yang menyebutkan

“negara ... memberdayakan masyarakat yang lemah dan tidak mampu sesuai dengan martabat kemanusiaan[10]”.

Dasar yang dipergunakan dalam pemahaman tentang keadilan di atas akan menjadi dasar untuk menelaah konsep hukum dari perdagangan yang berkeadilan atau Fair Trade. Pendapat tentang keadilan yang sangat dikenal adalah pendapat dari John Rawls, didalam bukunya *Theory of Justice*, yang mengembangkan konsep prinsip *distributive justice* yang merupakan prinsip normatif yang dibentuk sebagai pedoman untuk membagi keuntungan dan beban di dalam kegiatan ekonomi[11]. Konsep *distributive justice* yang dikembangkan oleh John Rawls pada intinya adalah pembagian atas kewajiban dan hak didalam ekonomi tidak selalu harus menerapkan kesetaraan yang umum (pembagian yang sama tanpa menilai karakter dari individu – individu yang ada didalamnya), menurutnya keadilan dapat terbentuk di dalam tindakan yang tidak sebanding dimana memberikan hak yang lebih besar dan kewajiban yang kecil bagi masyarakat dengan tingkat ekonomi rendah sehingga memberikan kesejahteraan yang lebih baik daripada ketika kesetaraan dilakukan secara tegad, dimana hak dan kewajiban diberikan dalam tingkat yang sama[12]. Konsep dasar dari keadilan ini dapat dijadikan dasar bagi memahami perdagangan yang berkeadilan atau Fair Trade. Konsep hukum dari John Rawls tentang keadilan pada intinya adalah keadilan terbentuk dari perlakuan yang tidak sama, dimana masyarakat dengan ekonomi rendah selayaknya diberikan hak yang lebih besar dan kewajiban yang lebih kecil, dari masyarakat dengan tingkat ekonomi yang lebih tinggi hal ini disebutkan oleh John Rawls adalah sebagai keadaan yang seimbang, dimana dengan perlakuan yang khusus bagi masyarakat yang dengan tingkat ekonomi yang lebih rendah pada akhirnya akan menimbulkan keadaan yang adil.

Konsep keadilan dimaksudkan oleh John Rawls disini, merupakan konsep dasar yang membentuk aturan – aturan



perdagangan didalam GATT. Didalam WTO keanggotaan dari negara – negara yang ikut serta, dibagi dalam tiga kelompok negara, yaitu *Developed Country* (negara maju), *Developing Country* (negara berkembang) dan *Less Developed Country* (negara miskin). Inti dari pembagian anggota WTO kedalam kelompok – kelompok negara inilah yang menjadi dasar perdagangan yang berkeadilan. Permasalahan yang ada didalam GATT 1994 adalah pengutamaan prinsip mengenai *Non – Discrimination*, dimana semua negara anggota diharuskan diperlakukan sama, tanpa menilai karakter dari negara anggota. Selayaknya prinsip hukum dari keadilan yang disebutkan oleh John Rawls, menjadi titik tolak dan dasar dalam pengaturan proses perdagangan internasional. Di dalam GATT 1994 memang di atur mengenai konsep *Special Differential Treatment* bagi negara berkembang dan miskin, dimana kepatuhan atas peraturan yang ada didalam GATT 1994 dapat dilaksanakan berbeda untuk negara berkembang dan miskin, akan tetapi *Special Differential Treatment* tersebut hanya dilaksanakan

dalam bentuk penundaan jangka waktu pelaksanaan aturan atau penerapan penurunan tarif yang lebih kecil, sehingga tidak menghapus kewajiban – kewajiban yang diberlakukan bagi negara maju untuk diterapkan oleh negara berkembang dan miskin. Hal ini tentunya berlawanan dengan prinsip hukum dari keadilan yang disebutkan oleh John Rawls dimana perlakuan “istimewa” bagi pihak dengan tingkat ekonomi rendah akan selalu dilaksanakan untuk menciptakan keadilan. Konsep Perdagangan yang berkeadilan (*fair trade*) yang dilaksanakan dengan mengembangkan konsep keadilan dari John Rawls timbul pada tahun 1940 sebagai gerakan sosial di beberapa negara Eropa seperti Inggris, Belanda, Austria. Gerakan ini bertujuan untuk menolong produsen kecil (petani, perajin dan buruh) di negara-negara miskin atau Dunia Ketiga supaya mereka dapat terlepas dari jeratan kemiskinan dan mempertahankan keberlanjutan kehidupan mereka melalui sebuah kemitraan perdagangan yang didasarkan pada dialog, transparansi dan respek (baik produsen maupun konsumen).



Fair trade bertujuan untuk perbaikan kehidupan produsen melalui hubungan dagang yang sejajar, mempromosikan peluang usaha dan kesempatan bagi produsen lemah atau termarjinalisir meningkatkan kesadaran konsumen melalui kampanye fair trade, mempromosikan model kemitraan dalam perdagangan yang adil, mengkampanyekan perubahan dalam perdagangan konvensional yang tidak adil, melindungi Hak Azasi Manusia, pendidikan konsumen dan melakukan advokasi bagi terciptanya kondisi yang lebih baik, khususnya yang berpihak kepada produsen kecil sehingga mereka dapat berpartisipasi di pasar.

Fair trade sebagai sebuah alternatif menawarkan kondisi perdagangan yang lebih baik bagi produsen kecil dan melindungi hak mereka yang selama ini terpinggirkan. Fair trade membantu produsen kecil untuk memperoleh kehidupan yang layak melalui peningkatan pendapatan, melindungi hak produsen kecil atas akses ke pasar, menyalurkan aspirasi dan pendapat mereka, tidak diskriminatif terhadap perempuan yang selama ini menjadi warga kelas dua dan korban langsung atas perdagangan yang tidak adil, juga melindungi lingkungan dari kerusakan karena minimnya penggunaan bahan-bahan kimiawi. Dengan mekanisme fair trade, konsumen bersedia menghargai jerih payah produsen yang selama ini tidak pernah diperhitungkan (pemeliharaan tanaman, mengusir burung, menjemur padi, didalam usaha pertanian padi) sebagai komponen biaya produksi dalam sistem perdagangan konvensional. Sebagai salah satu bentuk apresiasi konsumen atas jerih payah produsen, mereka tidak keberatan untuk membeli harga premium (yang meliputi biaya produksi ditambah biaya untuk reinvestasi) yang ditawarkan oleh produsen.

Sebaliknya, produsen juga menghargai kepedulian dan kepercayaan yang diberikan oleh konsumen dengan selalu memberikan informasi sebenarnya mengenai produk mereka (kondisi, waktu panen, varietas) dan menjaga kualitas/kuantitas produknya. Produsen juga melakukan pertemuan rutin untuk membahas dan mencari jalan keluar tentang masalah yang mereka hadapi, khususnya yang berkaitan dengan pola perdagangan yang adil. WTO diharapkan dapat membentuk suatu kemitraan perdagangan yang dilandaskan pada dialog, transparansi dan penghargaan yang bertujuan untuk mencapai kesetaraan yang seimbang (bagi Dunia Ketiga) didalam perdagangan internasional.

Prinsip John Rawls disini sering kali dikritik, yang mana menurut para ahli hukum terdapat dua kelemahan yaitu dari konsep empiris dimana *distributive justice* tidak dapat mencukupi sebagai kajian substansi doctrinal dan normative bagi hukum internasional modern, sebagaiia suatu kenyataan didalam lingkungan pergaulan internasional, hal ini dikarenakan pandangan *distributive of justice* selalu melihat keadilan internasional timbul diawali dengan adanya keadilan domestik didalam suatu negara. Hal kedua yang jadi kelemahan dari konsep keadilan John Rawls, adalah bila dipandang didalam perspektif normatif - empiris, John Rawls mendasarkan teorinya dari konsep keadilan Emanuel Kant yang menekankan bahwa keadilan antar negara harus diawali dengan adanya keadilan didalam negara.

Kelemahan - kelemahan tersebut menjadi titik utama dari pengembangan teori *distributive justice* oleh Frank J. Garcia. Frank J. Garcia pada intinya mencoba memaparkan keadilan didalam hukum perdagangan internasional,

dimana Garcia menyebutkan bahwa hukum perdagangan internasional, harus dirumuskan untuk melindungi kesetaraan moral seluruh individu yang terpengaruh olehnya. Konsep keadilan perdagangan Garcia, harus beroperasi sedemikian rupa untuk kepentingan negara yang paling tidak diuntungkan. Hal terakhir yang disebutkan oleh Garcia sebagai faktor yang harus ada didalam perdagangan internasional yang adil adalah perdagangan internasional harus tidak mengorbankan Hak Azasi Manusia atau perlindungan yang efektif terhadap Hak Azasi Manusia^[13]. Berdasarkan konsep ini maka Special Differential Treatment didalam WTO lebih cenderung dilakukan secara tidak setara dengan mengutamakan negara - negara yang paling tidak diuntungkan.

D. KESIMPULAN

Aturan-aturan WTO yang kita akui secara sah berdasarkan Undang - Undang No. 7 Tahun 1994 tentang pengesahan (ratifikasi) "Agreement Establishing the World Trade Organization", mengatur hampir seluruh bidang perdagangan, dari perdagangan barang, jasa dan juga aturan mengenai hak atas kekayaan intelektual (*intellectual property rights*). WTO sebagai organisasi yang mengatur perdagangan dunia, menghendaki sistem perdagangan dunia didasarkan pada prinsip-prinsip sebagai berikut : *without discrimination, freer, predictable, more competitive dan more beneficial for less developed countries*. Namun bukan berarti aturan-aturan WTO itu merupakan suatu aturan yang sempurna dan harus diterapkan tanpa dipikirkan ulang. Setidaknya, ada beberapa aspek yang perlu kita pikirkan ulang, yang pertama adalah mengenai prinsip *without discrimination* yang tersebut didalam aturan GATT 1994 tentang Most-favoured-nation yang menuntut dan menuntun kita untuk memperlakukan secara sama setiap partner dagang kita dengan tidak mempertimbangkan apakah partner kita itu negara miskin atau kaya, lemah atau kuat; dan aturan mengenai National treatment yang menuntut dan menuntun kita untuk memperlakukan secara sama dengan tidak mempertimbangkan apakah partner kita itu pengusaha lokal (dalam negeri) atau pengusaha asing. Dua aturan ini secara tegas menghendaki penghapusan sistem proteksionisme yang mengandaikan beberapa hak istimewa dalam perdagangan. Pada kenyataannya, dua aturan ini merupakan aturan yang tidak berbelas kasihan (*sans pitié*) khususnya terhadap yang lemah dan miskin. Dalam konteks ini, Indonesia yang termasuk sebagai negara berkembang dalam perdagangan dunia dianggap dan harus diperlakukan sama dengan



negara Amerika Serikat, Prancis, Inggris, Jepang dan negara-negara maju dan kaya yang lainnya. Kemudian, yang lebih mengkhawatirkan adalah aturan National treatment yang mengharuskan kita untuk memperlakukan sama pengusaha kecil dan menengah, lokal, dalam negeri yang memiliki modal terbatas dengan perusahaan-perusahaan asing dan atau multinasional. Tentunya dalam keadaan disebutkan di atas, pengusaha kecil dan menengah kita kalah bersaing dan tidak kompetitif, karena modal dan kapasitas yang mereka miliki berbeda dengan perusahaan-perusahaan asing dan multinasional, namun mereka diperlakukan sama. Hal tersebut dapat mengakibatkan perusahaan-perusahaan asing dan atau multinasional menguasai pasar di wilayah Indonesia, dari industri (perdagangan) hulu sampai hilir. Kita juga melihat betapa banyak pedagang-pedagang kecil di pasar-pasar tradisional harus menutup usahanya karena tidak mampu bersaing dengan pusat-pusat perbelanjaan modern dan atau perusahaan penjualan grosir (supermarket).

Hal tersebut mengakibatkan tertutupnya kesempatan bagi usaha kecil dan menengah atau pengusaha dalam negeri di bidang-bidang yang strategis dan berkaitan dengan eksploitasi sumber daya alam. Seolah-olah bidang-bidang tersebut adalah eksklusif milik investor asing dan atau perusahaan multinasional. Dalam kondisi seperti ini, maka tak jarang kita jumpai bagaimana investor-investor dalam negeri melarikan usahanya ke luar negeri, yang kemudian disusul oleh investor-investor asing. Dalam hal ini, kita melihat bagaimana free trade tidak selalu sama dengan fair trade, pada kondisi

ini hanya mereka yang memiliki daya survival tinggi yang mampu bertahan dan hidup. Hal kedua yang harus kembali ditelaah, adalah mengenai aturan-aturan tentang makanan (*food*) khususnya tentang produk pertanian (*Agreement on Agriculture*), perlindungan kesehatan manusia, hewan dan tanaman (*Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures*), produk-produk susu (*International Dairy Agreement*) dan tentang daging sapi dan kerbau (*Agreement Regarding Bovine Meat*). Berkaitan dengan makanan, Peter M. Rosset yang mengatakan bahwa makanan adalah sesuatu yang berbeda (*Food is different*). Makanan bukan hanya barang dagangan atau komoditi. Makanan berarti pertanian, dan pertanian berarti kehidupan, tradisi dan budaya masyarakat rural. Pertanian artinya masyarakat rural, sejarah agraris dalam beberapa kasus, kawasan rural merupakan tempat dimana budaya suatu bangsa dan rakyat suatu negara berasal^[14]. Kembali ke konteks Indonesia, sebenarnya negara kita memiliki karakter sebagai negara agraris (di samping negara maritim), namun tampaknya budaya ini tercerabut dari akarnya. Kualitas dan kuantitas pertanian kita yang semakin menurun, dengan ditandai berulangnya kasus impor beras tiap tahun sebelum masa panen tiba dan semakin banyaknya lahan pertanian di Indonesia yang berubah fungsi dengan alasan pembangunan. Bangsa kita yang dulunya swasembada beras, kemudian menjadi bangsa yang lapar.

Hal ketiga yang harus diperhatikan adalah mengenai aturan-aturan yang berkaitan dengan hak-hak atas kekayaan intelektual. Perlindungan hak-hak atas kekayaan intelektual pada mulanya bertujuan untuk mempromosikan inovasi dan sekaligus investasi terhadap pengembangan ilmu pengetahuan dan teknologi. Namun kemudian permasalahan ini menjadi rumit saat dikaitkan dengan isu perdagangan dan kekayaan intelektual tidak lagi menjadi domain publik. Hak-hak atas kekayaan intelektual, khususnya paten dan merk menjadi alat monopoli golongan tertentu (yang sering diwakili oleh perusahaan multinasional) terhadap golongan yang lain. Dalam konteks pertanian misalnya, kita akan menjumpai suatu keadaan yang dideskripsikan oleh Ralph Nader sebagai situasi dimana *the world doesn't have free trade, it has corporate-managed trade*^[15]. Article 27.3b perjanjian TRIPS yang bermuka dua, memperkecualikan tanaman dan hewan dari paten, namun di lain pihak tetap menuntut perlindungan HAKI atas varietas tanaman baru (varietas tanaman baru ini "ditemukan" perusahaan multinasional dari varietas yang ada sebelumnya, mereka hanya mengidentifikasi keunggulan varietas tersebut dan memberinya nama). Sebagai contoh konkret dalam masalah ini adalah kemenangan secara kontroversial Rice Tec Inc. (perusahaan kecil yang berada di Texas, Amerika Serikat dan hanya memiliki 120 orang pekerja) pada bulan

september 1997 memenangkan hak paten terhadap varietas beras Basmati asal India dan Pakistan. Kasus ini jelas merugikan banyak petani beras Basmati di India dan Pakistan, yang pada kenyataannya sudah membudidayakan varietas ini sejak jaman nenek moyang mereka. Kasus yang dilakukan oleh Rice Tec Inc., akhirnya memunculkan banyak reaksi, khususnya dari Pemerintah India, yang merasakan secara langsung dampak kerugian terhadap paten tersebut. Pemerintah India dan Pakistan menganggap paten terhadap beras Basmati yang dilakukan oleh Rice Tec adalah sesuatu yang keliru, tidak berdasar dan misrepresentasi, karena menurut mereka hanya beras yang tumbuh di wilayah utara India dan Pakistan yang dapat disebut Basmati. Dari kasus ini pula, pemerintah India menyusun Undang-Undang tentang Geographical Indication of Goods' Registration and Protection. Undang-undang ini tidak hanya memproteksi beras Basmati, tetapi juga barang-barang lain yang berasal dari India, seperti Darjeeling tea, Alphonso mangoes, Malabar pepper, atau Alappuzha cardamom. Kemudian usaha dan perjuangan pemerintah India ini pun berlanjut, mereka bersama Swiss, Uni Eropa, Republik Ceko-slovakia dan Maroko memperjuangkan dengan sungguh-sungguh penguatan serta perluasan perlindungan Indikasi Geografis dalam bidang pertanian yang diatur dalam article 23 perjanjian TRIPs. Kemudian dari perdebatan mengenai Indikasi Geografis ini, bangsa Indonesia pun sekali lagi harus menderita, karena kita menjumpai banyak barang-barang asli Indonesia, semisal Tahu yang Indikasi Geografisnya milik Jepang, Keris milik Singapura, Batik milik Malaysia, Toraja Coffee milik Jepang, Java Coffee milik Amerika Serikat, dan sebagainya. Sekali lagi kita menjumpai bagaimana gagapnya bangsa kita menghadapi liberalisasi perdagangan dunia. Sampai saat ini pun, kita belum pernah mendengar usaha pemerintah kita untuk melindungi kekayaan alam hayati kita seperti yang dilakukan oleh Pemerintah India.

Berkaitan dengan perjanjian TRIPs, kita dapat melihat bagaimana TRIPs sangat membebani negara-negara berkembang termasuk Indonesia [16]. Beban yang dirasakan langsung oleh negara-negara berkembang, adalah besarnya pembayaran royalti yang harus dibayarkan ke perusahaan-perusahaan di negara-negara maju, TRIPs juga telah meningkatkan kekuasaan perusahaan-perusahaan multinasional terhadap konsumen. Perusahaan-perusahaan ini berkat TRIPs tampak memiliki kekuasaan monopolistik, misalnya monopoli harga. Kasus yang paling menyeramkan adalah monopoli harga obat-obatan, yang menyebabkan harga obat menjadi mahal dan tak terjangkau, yang kemudian menimbulkan munculnya pemalsuan obat-obatan dan perdagangan obat-obat palsu dan atau kadaluarsa di negara-negara berkembang dan terbelakang, termasuk Indonesia. Rezim perlindungan HAKI yang sesuai TRIPs ini menuntut banyak biaya untuk diterapkan, semisal kebutuhan akan pengacara-pengacara dan konsultan-konsultan (yang berkaitan dengan hal teknis) dengan level (pengetahuan dan reputasi) internasional, terlebih lagi dalam kaitannya dengan sengketa HAKI di WTO, dan secara terus terang Indonesia belum siap menghadapi hal ini. TRIPs telah memberikan kesempatan yang besar bagi perusahaan-perusahaan di negara maju untuk mempatenkan proses dan kekayaan alam (*natural processes and resources*) yang belum dipatenkan di negara-negara berkembang. Kelima, TRIPs kemudian pada akhirnya menghambat kemajuan negara-negara berkembang untuk melakukan inovasi.

Berdasarkan atas hal tersebut selanjutnya WTO mengutamakan prinsip Fair Trade, yang dasar – dasar dari kata "Fair" di atas diartikan sesuai konsep dari John Rawls yaitu pada intinya adalah keadilan terbentuk dari perlakuan yang tidak sama, dimana masyarakat dengan ekonomi rendah selanjutnya diberikan hak yang

lebih besar dan kewajiban yang lebih kecil, dari masyarakat dengan tingkat ekonomi yang lebih tinggi hal ini disebutkan oleh John Rawls adalah sebagai keadaan yang seimbang, dimana dengan perlakuan yang khusus bagi masyarakat yang dengan tingkat ekonomi yang lebih rendah pada akhirnya akan menimbulkan keadaan yang adil. Dari konsep John Rawls di atas harus kita kaitkan dengan teori keadilan dalam perdagangan internasional menurut Frank J. Garcia, dimana ketidaksetaraan perlakuan dimaksudkan oleh John Rawls, dititik beratkan pada negara – negara yang tidak diuntungkan dengan adanya liberalisasi perdagangan. Dari kedua pendapat di atas maka, konsep hukum dari Fair Trade adalah perdagangan yang dilakukan dengan melihat keadaan dari pihak – pihak, serta melihat karakter yang dari pihak tersebut, sehingga perlakuan yang akan dilaksanakan dapat sesuai dengan karakter dari pihak tersebut, dan sesuai dengan keadaan ekonomi dari pihak tersebut. Hal ini juga merupakan konsep dasar dari hak dasar dalam ekonomi yang diatur didalam Pasal 34 ayat 2 UUD 1945, yang menyebutkan "negara ... memberdayakan masyarakat yang lemah dan tidak mampu sesuai dengan martabat kemanusiaan [17]."

DAFTAR PUSTAKA

- [1] Munir Fuady, Hukum Dagang Internasional (Aspek Hukum dari WTO), (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2004), hlm. 2.
- [2] Wikipedia-Ensiklopedia Bebas , . Di akses pada tanggal 11 Desember 2007.
- [3] Ibid
- [4] Munir Fuady, Op. Cit. hlm. 3.
- [5] United Nation, United Nation Conference on Trade and Development – Dispute Settlement - World Trade Organization, (New York and Geneva : 2003), hlm. 23 – 24.
- [6], Ralph E. Gomory and William Baumol, Global Trade and Conflicting National Interests. (Cambridge: Massachusetts Institute of Technology Press, 2000).
- [7] Al Andang L Binawan, Keadilan Hukum, <<http://kompas.com/kompas-cetak/0404/16/opini/972368.htm>>. Diakses pada tanggal 10 Desember 2007.
- [8] Frans Hendra Winarta, Bantuan Hukum Fakir-Miskin, http://www.komisihukum.go.id/konten.php?nama=Artikel&op=detail_artikel&id=165. Diakses pada tanggal 9 Desember 2007.
- [9] Indonesia, Perubahan Keempat Undang-Undang Dasar 1945, pasal 27 ayat (1)
- [10] Ibid. Pasal 34 ayat 2.
- [11] John Rawls , A Theory of Justice, (Harvard, MA: Harvard University Press, 1971)
- [12] Ibid.
- [13] Frank J. Garcia, Building A Just Trade Order for A New Millenium, George Washington International Law Review, Vol. 33, 2001., hal. 1016 -1062.
- [14] Peter. M. Rosset, (). Food is Different: Why We Must Get the WTO Out of Agriculture. (London and New York, Zed Books, 2006)
- [15] J. Madeley (). Hungry for Trade; How the Poor Pay for Free Trade. (London & New York, Zed Books, 2001)
- [16] Chang, H, J. and I. Grabel, Reclaiming development: An alternative economic policy manual. (London and New York, Zed Books, 2004)
- [17] UUD 1945, Op. Cit. Pasal 34 ayat 2.

TEKNIK PENYUSUNAN PERJANJIAN

Oleh:
HADIAN NOVI SETIANI



A. LATAR BELAKANG

Perjanjian, baik yang bersifat tertulis maupun tidak tertulis telah menguasai begitu banyak sendi kehidupan masyarakat seperti sosial, ekonomi, politik, dan budaya. Dalam suatu perjanjian, hubungan yang dibuat oleh dua pihak atau lebih memiliki potensi kepentingan yang saling bertentangan, sehingga persyaratan perjanjian biasanya dilengkapi dan dibatasi oleh hukum dengan tujuan untuk melindungi para pihak yang melakukan perjanjian dan untuk mendefinisikan hubungan khusus seandainya ketentuan yang dibuat tidak jelas, multi tafsir, atau bahkan tidak lengkap.

Mengingat adanya perkembangan globalisasi, suatu perjanjian tidak hanya dibuat oleh para pihak dalam suatu negara yang mempunyai sistem hukum yang sama tetapi juga dibuat antar negara, beberapa negara, atau banyak negara yang dapat mempunyai sistem hukum yang berbeda pula. Indonesia menerapkan *Civil Law Legal System*, namun karena adanya pengaruh globalisasi tersebut, penerapannya menjadi tidak kaku.

Dalam hal pembuat perjanjian tidak

paham dan tidak tahu terhadap hal-hal yang bersifat teknis maupun substantif dalam merumuskan maksud dan tujuannya ke dalam suatu perjanjian mengakibatkan suatu perjanjian dapat dibatalkan (*voidable*), batal demi hukum (*void*), atau tidak dapat dilaksanakan secara hukum (*unenforceable*).¹ Untuk mengurangi atau meminimalisir kesalahan dalam penyusunan perjanjian maka penting untuk mengetahui dan memahami teknik penyusunan perjanjian.

Dengan mengetahui dan memahami teknik penyusunan perjanjian maka diharapkan para pembuat perjanjian dapat menyusun suatu perjanjian yang berkualitas dan dapat berlaku secara efektif sehingga maksud dan tujuan disusunnya suatu perjanjian tersebut dapat tercapai.

B. PENGERTIAN PERJANJIAN

Sumber hukum utama dari suatu perjanjian diatur dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Perdata), khususnya buku ketiga. Menurut Pasal 1313 KUH Perdata yang dimaksud dengan perjanjian adalah perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih. Terhadap pengertian perjanjian tersebut, Setiawan menambahkan bahwa yang dimaksud dengan ‘perbuatan’ harus diartikan sebagai perbuatan hukum yaitu perbuatan yang bertujuan untuk menimbulkan akibat hukum dan menambahkan perkataan “atau saling mengikatkan dirinya” sehingga definisi perjanjian tidak hanya melingkupi perjanjian sepihak saja.²

Subekti mengartikan perjanjian adalah suatu peristiwa di mana seorang berjanji kepada seorang lain atau dimana dua orang itu saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal yang dilakukan secara tertulis.³ Dari perjanjian, timbullah suatu hubungan hukum antara dua orang tersebut yang dinamakan perikatan. Adapun yang dimaksudkan dengan “perikatan” oleh Buku III KUH Perdata adalah suatu hubungan hukum dalam lapangan harta kekayaan antara dua orang atau dua pihak, yang memberi hak pada

¹ I.G. Rai Widjaya, 2003, *Merancang Suatu Kontrak*, Megapoin, Jakarta, Hlm. 1.
² Setiawan, 1987, *Pokok-pokok Hukum Perikatan*, Bina Cipta, Bandung, hal. 1.
³ Prof. Subekti, 1990, *Hukum Perjanjian* Cet. XII, PT. Intermedia, Jakarta, Hlm.1.

pihak yang satu untuk menuntut sesuatu hal dari pihak yang lain, dan pihak yang lain berkewajiban untuk memenuhi tuntutan itu.

C. ASAS-ASAS PERJANJIAN

Asas hukum adalah pikiran dasar yang umum sifatnya dan merupakan petunjuk arah dalam pembentukan hukum positif. Oleh karena itu pada umumnya asas hukum tidak dituangkan dalam bentuk peraturan yang konkrit melainkan merupakan latar belakang pembentukan hukum positif.⁴ Dalam penyusunan suatu perjanjian perlu memperhatikan asas-asas umum hukum perjanjian.

Berikut akan dikemukakan asas-asas umum hukum perjanjian :

1. Asas Konsensualisme

Asas konsensualisme dapat dilihat dalam Pasal 1320 KUH Perdata ayat (1) KUH Perdata, dimana dalam pasal itu ditentukan bahwa salah satu syarat sahnya perjanjian yaitu adanya kesepakatan para pihak. Menurut asas konsensualisme, **suatu perjanjian dianggap lahir pada waktu tercapainya suatu kesepakatan antara kedua belah pihak.**

2. Asas Kebebasan Berkontrak

Asas Kebebasan Berkontrak dapat dilihat dalam Pasal 1338 ayat (1) KUH Perdata, dari kata “semua” tersimpul asas kebebasan berkontrak, suatu asas yang memberikan kebebasan kepada para pihak untuk:

- mengadakan atau tidak mengadakan suatu perjanjian;
- mengadakan perjanjian dengan siapapun;
- menentukan bentuk perjanjian;
- menentukan isi dan syarat-syarat perjanjian; dan
- menentukan hukum yang berlaku bagi perjanjian yang dibuatnya.

3. Asas *Pacta Sunt Servanda*

Pasal 1338 KUH Perdata, menetapkan bahwa **semua perjanjian yang dibuat secara sah “berlaku sebagai undang-undang” untuk mereka yang membuatnya.** Maksudnya bahwa suatu perjanjian yang dibuat secara sah (dalam artian memenuhi syarat sahnya perjanjian sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1320 KUH Perdata) mengikat kedua belah pihak.

4. Asas Itikad Baik

Asas itikad baik dapat disimpulkan dari Pasal 1338 ayat (3) KUH Perdata yang menetapkan bahwa semua perjanjian harus dilaksanakan dengan itikad baik. Dengan demikian dapat diartikan bahwa **para pihak dalam menjalankan suatu perjanjian tidak boleh bertentangan dengan kepatutan dan keadilan.**

5. Asas Kepribadian (*personalitas*)

Asas kepribadian merupakan **asas yang menentukan bahwa seseorang yang mengadakan perjanjian hanya untuk kepentingan dirinya sendiri.** Hal ini dapat dilihat dalam Pasal 1315 KUH Perdata, pada umumnya tiada seorang pun dapat mengikatkan diri atas nama sendiri atau meminta ditetapkannya suatu janji melainkan untuk dirinya sendiri. Suatu perjanjian hanya berlaku antara pihak-pihak yang membuatnya, tidak dapat merugikan pihak ketiga dan tidak pula pihak ketiga mengambil manfaat dari perjanjian itu, kecuali ditentukan lain dalam perjanjian tersebut.

6. Syarat-Syarat Sah Perjanjian

Menurut Pasal 1320 KUH Perdata, untuk sahnya suatu perjanjian diperlukan 4 (empat) syarat:

- sepakat mereka yang mengikatkan dirinya;
- kecakapan untuk membuat suatu perjanjian;
- mengenai suatu hal tertentu; dan
- suatu sebab yang halal.

Syarat pertama dan syarat kedua merupakan syarat subyektif, artinya dalam hal syarat pertama dan/atau syarat kedua tidak terpenuhi maka perjanjian tersebut dapat dimintakan pembatalannya oleh salah satu pihak (*voidable*). Sedangkan syarat ketiga dan syarat keempat merupakan syarat obyektif, artinya dalam hal syarat ketiga dan/atau keempat tidak terpenuhi maka perjanjian tersebut menjadi batal demi hukum (*void*).

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa sistem hukum perjanjian dalam KUH Perdata menganut sistem terbuka, artinya bahwa KUH Perdata memberikan kebebasan kepada para pihak untuk mengadakan perjanjian, menentukan isi, bentuk serta jenis perjanjian namun dengan batasan-batasan tertentu yaitu harus memenuhi syarat sahnya perjanjian dan tidak melanggar peraturan perundang-undangan, kesusilaan, serta ketertiban umum.

Selanjutnya para pembuat perjanjian diperbolehkan membuat ketentuan-ketentuan sendiri yang menyimpang dari peraturan-peraturan yang termuat dalam Buku III KUH Perdata. Sehingga dapat dikatakan ketentuan-ketentuan dalam Buku III KUH Perdata, pada umumnya merupakan “hukum pelengkap.”⁵

D. BENTUK DAN JENIS PERJANJIAN

Berdasarkan bentuknya, Perjanjian dibagi menjadi dua yaitu:

- Perjanjian Bernama (*Benoemd/Nominaat*) adalah perjanjian yang sudah mempunyai nama sendiri, maksudnya adalah bahwa perjanjian-perjanjian tersebut diatur dan diberi nama oleh pembentuk undang-undang. Jenis-jenis Perjanjian Bernama diatur dalam Bab V sampai dengan Bab XVIII KUH Perdata, yaitu antara lain perjanjian jual beli, perjanjian sewa menyewa dan perjanjian hibah; dan

⁴ Sudikno Mertokusumo, 1999, *Mengenal Hukum-Suatu Pengantar*, Liberty, Yogyakarta, hal.32-34.

⁵ Subekti, 1995, *Pokok-pokok Hukum Perdata*, PT Intermedia, Jakarta, hal. 128.

2. Perjanjian Tidak Bernama (*Onbenoemde Overeenkomst/ Innominaat*) adalah perjanjian-perjanjian yang tidak diatur di dalam KUH Perdata, tetapi terdapat di dalam masyarakat. Jumlah perjanjian ini tidak terbatas dengan nama yang disesuaikan dengan kebutuhan pihak-pihak yang mengadakannya. Dalam bentuk perjanjian ini, ketentuan yang diatur dalam Buku III KUH Perdata hanya merupakan "hukum pelengkap." Jenis-jenis Perjanjian Tidak Bernama antara lain perjanjian *leasing*, perjanjian beli sewa, perjanjian *franchise*, perjanjian *joint venture*.

E. TEKNIK PENYUSUNAN PERJANJIAN

Buku III KUH Perdata menganut asas kebebasan berkontrak yang memiliki arti bahwa setiap orang berhak dan bebas untuk membuat atau mengadakan perjanjian sesuai dengan maksud dan keinginannya sehingga terbuka kebebasan yang seluas-luasnya untuk mengatur dan menentukan isi suatu perjanjian, asalkan tidak melanggar ketertiban umum, kesusilaan dan undang-undang. Sejalan dengan asas kebebasan berkontrak tersebut, pada dasarnya perjanjian tidak memiliki suatu bentuk yang baku. Pembuat perjanjian sangat fleksibel pada bentuk-bentuk maupun isi yang diyakini oleh Para Pihak dapat secara maksimal melindungi hak hukumnya, dengan tetap memperhatikan ketentuan mengenai keabsahan perjanjian yang diatur dalam Pasal 1320 KUH Perdata. Namun untuk mencegah suatu perjanjian yang dibuat menjadi

d. memiliki akibat/sanksi hukum yang tegas karena berlaku asas *pacta sunt servanda*.

Selanjutnya format Perjanjian Kerjasama:

a. Judul (*Heading*)

Judul sangat diperlukan sebagai identitas Perjanjian Kerjasama. Sebagai identitas judul harus **menggambarkan maksud dan hal-hal yang akan disepakati Para Pihak** dan umumnya judul Perjanjian Kerjasama mencerminkan isi kesepakatan Perjanjian Kerjasama.

b. Pembukaan (*Opening*)

Pembukaan berisi **hari, tanggal dan tempat penandatanganan Perjanjian Kerjasama**. Tanggal penandatanganan Perjanjian Kerjasama menentukan kapan Perjanjian Kerjasama disepakati Para



mubazir, batal atau dapat dibatalkan sebelum pelaksanaannya dapat direalisasikan, maka perlu memperhatikan hal-hal yang wajib dimuat dalam penyusunan perjanjian sebagai berikut:

1. Perjanjian Kerjasama

Perjanjian dapat diartikan sebagai suatu kesepakatan antara dua orang atau lebih yang kemudian menciptakan hak dan kewajiban. Berikut ciri-ciri Perjanjian Kerjasama:

- memuat ketentuan-ketentuan yang diperjanjikan secara terperinci;
- mengatur hak dan kewajiban;
- jangka waktu ditentukan secara jelas; dan

Pihak serta kapan Perjanjian Kerjasama tersebut mengikat Para Pihak.

Perjanjian Kerjasama mengikat Para Pihak, apabila perjanjian telah dibuat secara sah sebagaimana diatur dalam Pasal 1338 Ayat (1) KUH Perdata. Namun dapat juga tanggal penandatanganan Perjanjian Kerjasama yang dicantumkan dalam pembukaan ini tidak digunakan sebagai ukuran tanggal berlaku efektif dan mengikat para pihak apabila terdapat ketentuan lain yang mengaturnya.

Tempat penandatanganan Perjanjian Kerjasama juga sangat penting dicantumkan dalam penyusunan Perjanjian Kerjasama, artinya pernyataan tentang tempat penandatanganan Perjanjian Kerjasama akan menunjukkan apakah pihak-pihak yang berkontrak memang hadir di tempat yang disebutkan ketika penandatanganan Perjanjian Kerjasama dilakukan.

c. Komparasi/ Para Pihak (*Parties*)

Komparasi merupakan bagian dari Perjanjian Kerjasama yang menyebutkan **nama-nama Para Pihak yang membuat perjanjian**, lengkap dengan menyebutkan identitas Para Pihak, tempat tinggal yang bersangkutan serta uraian yang dapat menunjukkan bahwa yang bersangkutan memiliki kecakapan, kewenangan untuk melakukan tindakan hukum serta dasar hukum dari kewenangan tersebut.

Pembuat akta adalah orang atau para pihak yang menyatakan/berjanji mengenai sesuatu di dalam Perjanjian Kerjasama. Pembuat akta dapat bertindak:

- (1) untuk **dirinya sendiri**;
- (2) sebagai **kuasa** atau penerima kuasa **berdasarkan surat kuasa**, sehingga dia **bertindak untuk dan atas nama** orang atau badan hukum; dan
- (3) sebagai **wakil** atau **mewakili**, yaitu **bertindak untuk dan atas nama** yang diwakili berdasarkan peraturan perundang-undangan, misal Menteri mewakili Negara RI (dalam keadaan khusus), Direktur mewakili PT atau diwakili komisaris;
- (4) dengan **bantuan atau persetujuan** karena memang memerlukan persyaratan khusus, misalnya Direktur PT yang dalam melakukan tindakan hukum tertentu memerlukan bantuan atau persetujuan seseorang atau dua orang Komisaris Perseroan dalam hal hal tersebut diatur dalam Anggaran Dasar Perseroan tersebut.

d. Premise (*Recitals*)/ Dasar Pertimbangan

Dalam menyusun suatu dokumen legal seperti Perjanjian Kerjasama, *premises* atau *recitals* biasa dipergunakan sebagai **pendahuluan** (*introduction*) atau pengantar suatu akta yang menunjukkan maksud utama Para Pihak dan menyatakan alasan mengapa kontak/perjanjian tersebut dibuat. Dengan demikian *premises* atau *recitals* berisi pernyataan dalam bentuk penyajian fakta-fakta (*statements of facts*) yang **menggambarkan dasar pertimbangan** (*konsiderans*) dan **latar belakang** mengapa sampai lahir suatu perikatan. Pada umumnya *premises* atau *recitals* diakhiri dengan pernyataan "kesepakatan antara Para Pihak" sebagaimana yang diisyaratkan dalam Pasal 1320 KUH Perdata mengenai syarat sahnya perjanjian.

e. Isi Perjanjian (*Term and Conditions*)

Sesuai dengan asas kebebasan berkontrak (*freedom of contract*), Para Pihak bebas mencantumkan segala hal atau pokok-pokok yang dianggap perlu sesuai dengan kehendak dan kesepakatan Para Pihak sebagai suatu pernyataan tertulis yang sah, asalkan tidak melanggar ketertiban umum, kesusilaan dan undang-undang. Segala hal yang dituangkan atau diatur dalam Perjanjian Kerjasama tersebut, akan memiliki kekuatan mengikat bagi Para Pihak yang membuatnya karena Perjanjian Kerjasama tersebut berlaku sebagai undang-undang baginya. Namun satu hal yang tidak boleh dilupakan dalam penyusunan isi pokok atau dalam menentukan judul tiap-tiap pasal dalam suatu Perjanjian Kerjasama adalah selalu mengacu pada jenis Perjanjian Kerjasama yang dibuat.

Berikut beberapa klausula yang minimal harus diatur dalam suatu Perjanjian Kerjasama, antara lain

(1) Ruang lingkup

Klausula ruang lingkup perjanjian berfungsi untuk membatasi bentuk atau macam kegiatan yang tercakup dalam suatu Perjanjian Kerjasama. Klausula ini diperlukan agar dikemudian hari tidak terjadi perluasan bentuk atau macam kegiatan yang kemudian dapat menimbulkan perselisihan atau sengketa. Dalam hal dikemudian hari para pihak menginginkan untuk menambah ruang lingkup Perjanjian Kerjasama maka para pihak

dapat menambahkannya ke dalam Addendum.

(2) Hak dan kewajiban

Kesepakatan dari para pihak merupakan syarat mutlak dalam suatu kontrak/perjanjian selain syarat sahnya perjanjian yang diatur dalam Pasal 1320 KUH Perdata. Adanya kesepakatan tersebut memiliki arti bahwa para pihak secara timbal balik saling mengikatkan diri untuk melaksanakan hal-hal yang telah disepakati dalam kontrak/perjanjian tersebut termasuk mengenai hak dan kewajiban. Perjanjian Kerjasama meletakkan hak dan kewajiban secara timbal-balik antara para pihak, dimana satu pihak berhak atas suatu prestasi sedangkan pihak lainnya berkewajiban untuk memenuhi prestasi tersebut.

(3) Jangka waktu

Titik awal masa berlaku suatu Perjanjian Kerjasama pada umumnya ditentukan berdasarkan tanggal penandatanganan Perjanjian Kerjasama, kecuali ditentukan lain dalam perjanjian. Sedangkan titik akhir masa berlakunya suatu Perjanjian Kerjasama pada umumnya disepakati berdasarkan anggapan bahwa pada saat tersebut tujuan Perjanjian Kerjasama telah tercapai (prestasi telah dipenuhi oleh para pihak).

(4) Pembiayaan dan cara pembayaran

Hal-hal yang berkaitan dengan pembiayaan dan cara pembayaran harus diatur secara rinci dalam Perjanjian Kerjasama, seperti pihak mana yang akan mengganggu pembiayaan tersebut, sumber pembiayaan, apakah jumlah uang yang akan dibayar sudah termasuk pajak serta cara pembayaran sesuai dengan kesepakatan para pihak. Hal ini dimaksudkan agar dikemudian hari tidak ada perselisihan atau sengketa diantara para pihak mengenai pembiayaan dan cara pembayaran.

(5) Pemutusan perjanjian

Pemutusan atau pengakhiran (*termination*) suatu Perjanjian Kerjasama dapat dilakukan sebelum berakhirnya masa berlaku Perjanjian Kerjasama tersebut. Pengakhiran suatu Perjanjian Kerjasama dapat disebabkan oleh :

- i. cedera janji (*default*) yang dilakukan oleh salah satu pihak yang kemudian

dijadikan sebagai dasar oleh pihak lainnya untuk mengakhiri atau membatalkan suatu Perjanjian Kerjasama (terjadi wanprestasi yang dilakukan oleh salah satu pihak);

ii. *Force majeure*; dan

iii. Ketentuan hukum yang kemudian melarang dibuatnya jenis kontrak/perjanjian tertentu.

Kemudian mengenai bagaimana prosedur pemutusan perjanjian dapat diatur sesuai dengan kesepakatan bersama dalam Perjanjian Kerjasama tersebut.

(6) *Force majeure*

Klausula *force majeure* merupakan klausula untuk mengantisipasi peristiwa yang mungkin timbul di kemudian hari dan berakibat langsung terhadap pelaksanaan perjanjian yaitu tidak terpenuhinya prestasi oleh salah satu pihak sebagaimana diperjanjikan. Klausula tersebut perlu dicantumkan guna melindungi para pihak apabila bagian dari Perjanjian Kerjasama atau kewajiban (disebut prestasi) tidak dapat dipenuhi akibat kejadian yang tidak dapat dihindarkan dan timbul diluar kekuasaan para pihak. Dalam keadaan memaksa ini debitur tidak dapat dipersalahkan, karena keadaan ini timbulnya di luar kemauan dan kemampuan pihak debitur. Pasal 1244 dan Pasal 1245 KUH Perdata menerangkan bahwa dengan adanya keadaan memaksa debitur dibebaskan dari kewajibannya untuk mengganti kerugian.

(7) Penyelesaian perselisihan

Klausula penyelesaian perselisihan merupakan langkah awal untuk mengantisipasi perselisihan atau sengketa yang mungkin timbul di kemudian hari dan berakibat langsung terhadap pelaksanaan perjanjian. Klausula tersebut perlu dicantumkan guna melindungi hak-hak para pihak dalam hal salah satu pihak tidak memenuhi kewajibannya (wanprestasi). Dalam klausula ini diatur pula mengenai lembaga mana yang akan dituju dalam hal penyelesaian perselisihan melalui cara musyawarah tidak mencapai mufakat (*choice of forum*) dan apabila diperlukan dapat pula diatur mengenai hukum yang dipilih para pihak (*choice of law*).

(8) Amandemen

Amandemen adalah perubahan yang dilakukan terhadap suatu perjanjian yang telah berlaku dan mengikat para pihak. Amandemen hanya berlaku apabila disepakati oleh para pihak, kesepakatan itu perlu ditegaskan secara tertulis dalam Perjanjian Kerjasama dengan bentuk:

- i. lampiran tambahan pada kontrak;
- ii. kontrak tambahan yang menjadi bagian dari kontrak utama (*addendum*); atau
- iii. mengganti seluruh naskah kontrak.

f. Penutup (*Closing*)

Setiap perjanjian tertulis selalu ditutup dengan kalimat yang menyatakan bahwa **kontrak/perjanjian tersebut dibuat dalam jumlah atau rangkap yang diperlukan** (d disesuaikan dengan jumlah Para Pihak) dan **bermaterai cukup**.

g. Tanda Tangan Para Pihak (*Attestation*)

Penandatanganan Perjanjian Kerjasama oleh pihak-pihak yang berkapasitas atau berwenang merupakan salah satu **bentuk pembuktian dari kesepakatan Para Pihak** terhadap perjanjian tersebut. Dalam hal Para Pihak adalah badan hukum (bukan perseorangan), maka perlu disebutkan badan hukum yang diwakilinya dan nama serta dilengkapi dengan cap perusahaan di sebelah tanda tangan.

h. Lampiran (apabila diperlukan)

Perjanjian Kerjasama dapat disertai dengan lampiran dalam hal terdapat hal-hal yang perlu disertakan atau dilekatkan dengan perjanjian induk. Lampiran dapat berisi surat kuasa, perincian harga, pelaksanaan pekerjaan atau jenis-jenisnya, bentuk laporan, gambar atau bagan dan sebagainya. Lampiran merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari perjanjian pokok atau induk.

2. Memorandum of Understanding (MoU)

Pada prakteknya *Memorandum of understanding (MoU)* banyak dipergunakan pada kontrak bisnis yang keberadaannya didasari pada ketentuan dalam Pasal 1320 dan Pasal 1338 KUH Perdata tentang "syarat sahnya perjanjian" dan "perjanjian yang dibuat secara sah mengikat para pihak".

Dalam Bahasa Indonesia, MoU diterjemahkan sebagai nota kesepahaman dan perjanjian pendahuluan. MoU sebagai *nota kesepahaman* dibuat antara subyek hukum satu dengan subyek hukum lain untuk melakukan kerjasama dalam berbagai aspek kehidupan dan jangka waktu tertentu. Sedangkan MoU sebagai *perjanjian pendahuluan* memiliki arti bahwa nantinya akan diikuti dan dijabarkan dalam perjanjian lain yang mengatur secara detail sehingga MoU hanya berisikan hal-hal yang pokok saja.





Mudir Fuadi mengatakan bahwa ada dua pandangan berbeda mengenai kedudukan MoU, sebagai berikut:

a. *Gentlement Agreement*

Kekuatan mengikat MoU tidak sama dengan kekuatan mengikat perjanjian walaupun MoU dibuat dalam bentuk yang paling kuat, seperti dengan akta notaris. MoU mengikat hanya sebatas pengikatan moral belaka dalam arti tidak *enforceable* secara hukum. Pihak yang wanprestasi tidak dapat digugat ke pengadilan namun hanya dianggap tidak bermoral di kalangan bisnis.

b. *Agreement is Agreement*

Berpendapat bahwa sekali suatu perjanjian dibuat, apa pun bentuknya, lisan atau tertulis, pendek atau panjang, lengkap atau detail atau pun hanya mengatur pokok-pokok saja, tetap saja merupakan perjanjian dan karenanya mempunyai kekuatan mengikat seperti layaknya suatu perjanjian, sehingga seluruh ketentuan pasal-pasal tentang hukum perjanjian dapat diterapkan kepadanya. Pelanggaran terhadap ketentuan ini sama artinya dengan telah melakukan wanprestasi sehingga dapat digugat ke pengadilan menurut hukum yang berlaku.⁶

Dengan demikian dalam menyusun MoU perlu diteliti lebih dahulu apakah

keberadaannya hanya semata-mata ikatan moral saja atau juga merupakan ikatan hukum. Dalam hal MoU hanya merupakan ikatan moral maka perlu ditegaskan bahwa MoU tersebut semata-mata merupakan bukti bahwa para pihak berniat untuk memasukan ke dalam perundingan untuk membentuk atau melahirkan kontrak. Demikian halnya apabila MoU tersebut menimbulkan ikatan hukum maka perlu dibuat pernyataan yang tegas bahwa para pihak saling mengikatkan diri untuk membuat kontrak secara lengkap untuk mengatur transaksi-transaksinya dikemudian hari.

Berikut ciri-ciri dari MoU:

- a. isi biasanya dibuat ringkas, bahkan sering kali hanya satu halaman;
- b. sifatnya berupa pokok-pokok dan pendahuluan saja yang kemudian akan diikuti oleh perjanjian lain yang lebih terperinci;
- c. tidak memiliki akibat atau sanksi hukum yang tegas karena hanya merupakan ikatan moral; dan
- d. jangka waktu ditentukan, apabila dalam jangka waktu tersebut tidak ditindaklanjuti dengan penandatanganan suatu perjanjian yang lebih terperinci maka MoU tersebut akan batal, kecuali diperpanjang oleh para pihak.

Guna mempermudah penyusunan MoU, perlu terlebih dahulu mengetahui format penyusunan MoU:

a. Judul (*Title*)

Judul hendaknya menggunakan kalimat yang singkat, padat, dan mencerminkan yang menjadi kehendak para pihak, antara siapa dengan siapa, sifat memorandum apakah nasional atau Internasional.

b. Pembukaan (*Opening*)

Setelah penulisan judul, di ikuti pembukaan yang merupakan bagian awal dari MoU. Pembukaan terdiri dari **hari, tanggal dan tempat penandatanganan MoU**. Pada dasarnya tanggal penandatanganan MoU menentukan kapan MoU disepakati Para Pihak atau kapan MoU tersebut mengikat Para Pihak, kecuali ditentukan lain dalam MoU tersebut. Tempat penandatanganan MoU perlu untuk dicantumkan karena dapat menunjukkan apakah para pihak memang hadir di tempat yang disebutkan ketika penandatanganan MoU dilakukan

c. Komparisi/ Para Pihak (*Parties*)

Komparisi merupakan bagian dari MoU yang menyebutkan **nama-nama Para Pihak yang membuat MoU**, lengkap dengan menyebutkan identitas Para Pihak, tempat tinggal yang bersangkutan serta uraian yang dapat menunjukkan bahwa yang bersangkutan memiliki kecakapan, kewenangan untuk melakukan tindakan hukum serta dasar hukum dari kewenangan tersebut. Para pihak dapat orang perorangan, dapat pula badan hukum publik.

d. Substansi

Substansi MoU menggambarkan apa yang dikehendaki oleh para pihak. Buku III KUH Perdata menganut asas kebebasan berkontrak sehingga para pihak dapat menentukan apa saja yang akan diatur dalam suatu MoU. Namun dalam menyusun MoU perlu diperhatikan terlebih dahulu apakah MoU yang akan dibuat hanya semata-mata ikatan moral saja atau juga merupakan ikatan hukum. Dalam hal MoU yang akan dibuat hanya merupakan ikatan moral saja maka hal tersebut perlu ditegaskan dalam substansi MoU tersebut. Demikian halnya apabila MoU yang akan dibuat juga merupakan ikatan hukum maka perlu dibuat pernyataan yang tegas bahwa para pihak saling mengikatkan diri untuk membuat kontrak secara lengkap untuk mengatur transaksi-transaksinya dikemudian hari.

Berikut beberapa klausula yang minimal harus diatur dalam substansi MoU, antara lain

⁶ Ricardo Simanjuntak, SH., LL.M., ANZIF, CIP 2006, *Teknik Perancangan Kontrak Bisnis*, Mingguan Ekonomi&Bisnis KONTAN, Jakarta, hal. 42

(1) Tujuan

Klausula mengenai tujuan diperlukan untuk menggantikan klausula *Premise (Recitals)* yang tidak ada dalam suatu MoU. Klausula tujuan mengatur mengenai tujuan disusunnya suatu MoU.

(2) Ruang Lingkup

Klausula ruang lingkup berfungsi untuk membatasi bentuk atau macam kegiatan dalam suatu MoU agar dikemudian hari tidak terjadi perluasan bentuk atau macam kegiatan yang kemudian dapat menimbulkan perselisihan atau sengketa.

(3) Pelaksanaan

Dalam klausula pelaksanaan ini pada umumnya mengatur pernyataan tegas dari para pihak mengenai kesepakatan untuk menentukan apakah MoU yang mereka buat hanya merupakan ikatan moral saja atau MoU yang mereka dibuat tersebut juga merupakan ikatan hukum bagi para pihak. Pada umumnya dalam klausula ini akan diatur mengenai pernyataan bahwa MoU ini akan ditindaklanjuti dengan dibuatnya Perjanjian Kerjasama dikemudian hari.

(4) Jangka Waktu

Klausula mengenai jangka waktu diperlukan guna membatasi waktu bagi pelaksanaan hal-hal yang telah disepakati oleh para pihak.

(5) Pembiayaan

Hal-hal yang berkaitan dengan pembiayaan dan cara pembayaran hendaknya diatur secara rinci dalam Perjanjian Kerjasama agar dikemudian hari tidak ada perselisihan atau sengketa diantara para pihak.

(6) Penyelesaian Sengketa (apabila diperlukan)

Klausula penyelesaian sengketa diperlukan dalam hal MoU dibuat dalam bentuk perjanjian karena MoU tersebut melahirkan ikatan hukum. Berbeda halnya dengan MoU yang dibuat hanya merupakan kesepakatan awal maka keberadaan klausula penyelesaian sengketa menjadi kurang diperlukan karena MoU tersebut hanya merupakan ikatan moral semata sehingga tidak memiliki akibat atau sanksi hukum yang tegas.

(7) Evaluasi (apabila diperlukan)

Klausula ini diperlukan guna menjaga komitmen yang telah disepakati oleh para pihak agar para pihak tidak menyalahgunakan komitmennya. Namun dalam hal MoU yang mereka buat hanya merupakan ikatan moral saja maka keberadaan klausula evaluasi menjadi kurang diperlukan karena apabila dikemudian hari salah satu pihak menyalahgunakan kewenangannya maka hal tersebut dapat menjadi dasar bagi pihak lainnya untuk tidak menindaklanjuti MoU tersebut dengan perjanjian kerjasama atau dengan kata lain MoU tersebut menjadi batal.

e. Penutup (*Closing*)

Bagian ini merupakan bagian akhir dari MoU, dan dirumuskan dengan kalimat sederhana.

Hal-hal yang dapat dimuat dalam penutup, sebagai berikut:

- i. pernyataan dibuat dalam rangkap berapa;
- ii. dibuat dalam bahasa Indonesia atau bahasa asing atau kedua-duanya (dalam hal diperlukan, biasanya apabila salah satu pihak menghendakinya); dan
- iii. bermaterai cukup.

f. Tanda Tangan Para Pihak

Bagian ini terletak di bawah bagian penutup, dan pada bagian tersebut para pihak membubuhkan tanda tangan dan nama terang.

F. PENUTUP

Perjanjian Dalam Negeri bersumber dari Buku III KUH Perdata yang antara lain diatur dalam Pasal 1313, Pasal 1315, Pasal 1320, dan Pasal 1338. Namun karena Buku III KUH Perdata menganut asas kebebasan berkontrak maka kedudukan Buku III KUH Perdata hanya merupakan "hukum pelengkap". Asas-asas yang berlaku dalam Perjanjian Dalam Negeri adalah asas konsensualisme, asas kebebasan berkontrak, asas *Pacta Sunt Servanda*, asas Itikad baik, dan asas Kepribadian (*personalitas*).

Sejalan dengan asas kebebasan berkontrak, pada dasarnya para pembentuk perjanjian diberikan kebebasan untuk menentukan bentuk maupun isi dari perjanjian, namun dengan tetap memperhatikan ketentuan dalam Pasal 1320 KUH Perdata.

Adapun format Perjanjian Kerjasama terdiri dari : (1) Judul (*Heading*), (2) Pembukaan (*Opening*), (3) Komparasi/ Para Pihak (*Parties*), (4) *Premise (Recitals)*/ Dasar Pertimbangan, (5) Isi Perjanjian (*Term and Conditions*), (6) Penutup (*Closing*), (7) Tanda Tangan Para Pihak (*Attestation*) dan Lampiran (jika diperlukan). Sedangkan format Memorandum of Understanding (MoU) terdiri dari : (1) Judul (*Title*), (2) Pembukaan (*Opening*), (3) Komparasi/ Para Pihak (*Parties*), (4) Substansi, (5) Penutup (*Closing*) dan (6) Tanda Tangan Para Pihak.

DAFTAR PUSTAKA

- Mertokusumo, Sudikno, *Mengenal Hukum-Suatu Pengantar*, Yogyakarta: Liberty, 1999
- Setiawan, *Pokok-pokok Hukum Perikatan*, Bandung: Bina Cipta, 1987
- Simanjuntak, Ricardo, *Teknik Perancangan Kontrak Bisnis*, Jakarta: Mingguan Ekonomi dan Bisnis KONTAN, 2006.
- Subekti, *Hukum Perjanjian*, cet. XII, Jakarta: PT. Intermasa, 1990
- Subekti, *Pokok-pokok Hukum Perdata*, Jakarta: PT Intermasa, 1995
- Widjaya, I.G. Rai, *Merancang Suatu Kontrak*, Jakarta: Megapoin, 2003

PENYELESAIAN SENGKETA PENANAMAN MODAL

Oleh :
NAUFI AHMAD NAUFAL



A. Arti Pentingnya Penanaman Modal

Penanaman modal memiliki peranan penting dalam meningkatkan perekonomian dan pertumbuhan lapangan kerja. Pemerintah di seluruh dunia, saat ini giat bersaing untuk menciptakan iklim usaha yang lebih baik guna mendukung kegiatan penanaman modal. Atas dasar tersebut, pembentukan Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal berusaha memasukkan semangat untuk menciptakan iklim penanaman modal yang kondusif sehingga Undang-Undang tersebut dapat meningkatkan daya tarik sehingga Indonesia menjadi negara tujuan investasi.

Untuk itu, dalam kaitannya untuk menarik investasi dilakukan beberapa perubahan mendasar yang bermuara pada peningkatan mobilitas. Non-diskriminasi dan perlakuan yang sama bagi modal dalam negeri dan modal asing dimasukkan sebagai salah satu asas penting dalam kebijakan investasi. Perampingan daftar negatif investasi hingga mencakup sejumlah kecil saja bisnis yang terkait dengan kesehatan, pertahanan dan keamanan, serta lingkungan hidup.

Kebijakan penanaman modal Indonesia telah diharmoniskan dengan perubahan-perubahan besar melalui deregulasi yang bersifat pragmatik. Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal telah mengatur hal-hal yang penting, yang mencakup semua kegiatan penanaman modal langsung di semua sektor yang meliputi kebijakan dasar penanaman modal, bentuk keterkaitan pembangunan ekonomi dengan pelaku ekonomi kerakyatan yang diwujudkan dengan pengaturan mengenai pengembangan penanaman modal dan tanggung jawab penanam modal serta fasilitas penanam modal, pengesahan dan perijinan, koordinasi dan pelaksanaan kebijakan penanaman modal yang di dalamnya mengatur mengenai kelembagaan urusan penanaman modal dan ketentuan yang mengatur tentang penyelesaian sengketa. Fasilitas penanaman modal diberikan dengan mempertimbangkan tingkat daya saing perekonomian dan kondisi keuangan negara dan berusaha dibuat lebih promotif dibandingkan dengan fasilitas yang diberikan oleh negara

lain.¹

Untuk mewujudkan sistem hukum yang mendukung iklim investasi diperlukan aturan yang jelas mulai dari perijinan untuk usaha sampai dengan biaya-biaya yang harus dikeluarkan untuk pengoperasian perusahaan. Kata kunci untuk mencapai kondisi ini adalah adanya penegakan supremasi hukum (*rule of law*). Pembahasan tentang hubungan hukum dengan investasi pada era reformasi berkisar bagaimana menciptakan hukum yang dapat memulihkan kepercayaan investor asing untuk kembali menanamkan modalnya di Indonesia.²

Sejalan dengan hal tersebut, setidaknya ada tiga pertimbangan utama perlunya Indonesia memiliki Undang-Undang Penanaman Modal yang baru. Pertama, untuk mempercepat pembangunan nasional, mengolah potensi ekonomi menjadi kekuatan ekonomi riil dengan menggunakan modal yang berasal, baik dari dalam negeri maupun luar negeri. Kedua, untuk menghadapi perubahan perekonomian global dan keikutsertaan Indonesia dalam berbagai kerjasama internasional, perlu diciptakan iklim penanaman modal yang kondusif, promotif, memberikan kepastian hukum, keadilan, dan efisien dengan tetap memperhatikan kepentingan ekonomi nasional. Ketiga, Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1967 tentang Penanaman Modal Asing dan Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1968 tentang Penanaman Modal Dalam Negeri dan perubahan-perubahannya perlu diganti karena tidak sesuai lagi dengan kebutuhan percepatan perkembangan perekonomian dan pembangunan hukum nasional, khususnya di bidang penanaman modal.³

¹ Keterangan Pemerintah Atas Permohonan Pengujian Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal Terhadap Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945, Jakarta, 6 Nopember 2007, Hal. 14.

² *Ibid*, Hal. 15

³ *Ibid*.

Oleh karena itu, Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal berusaha menjawab tantangan kebutuhan untuk mempercepat perkembangan perekonomian nasional melalui konstruksi pembangunan hukum nasional di bidang penanaman modal yang berdaya saing dan berpihak kepada kepentingan nasional. Dan berdasarkan Hukum Tata Negara, Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal dengan tujuan bersama Dewan Pertimbangan Rakyat Republik Indonesia dan Presiden Republik Indonesia telah sah berlaku sebagai Undang-Undang Republik Indonesia.



B. Latar Belakang Timbulnya Sengketa Penanaman Modal

Ketika investor hendak menanamkan modalnya di luar negeri, maka langkah awal yang dilakukan calon investor adalah mengadakan studi pendahuluan, apakah ada kepastian hukum jika ia menanamkan modalnya di negara tersebut. Kepastian hukum yang dimaksud ini, tidak semata-mata adanya peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan investasi, akan tetapi lebih luas dari itu yakni bagaimana pelaksanaannya, termasuk diantaranya kesiapan hakim dalam menyelesaikan sengketa investasi yang cukup kompleks.

Adanya kegalauan dari calon investor tersebut, karena investor dalam menanamkan modalnya selain mengharapkan ada hasil atau keuntungan dalam menjalankan bisnisnya, juga berharap modal yang ditanamkan tetap aman, dalam arti ada perlindungan hukum (*legal protection*). Dengan kata lain, bila investor mengalami kerugian dalam menjalankan perusahaannya, karena salah urus (*mismagement*) bagi investor tentunya hal ini merupakan resiko bisnis yang harus ditanggung. Untuk itu, tidaklah mengherankan jika calon investor sebelum memutuskan menanamkan modalnya, terlebih dahulu ia melakukan studi kelayakan (*feasibility study*) tentang prospek bisnis yang ia jalankan. Termasuk yang diteliti disini adalah peraturan perundang-undangan yang ada kaitannya dengan investasi yang akan dijalankan.⁴ Tataran implementasi yang perlu dibenahi adalah meyakinkan investor, bahwa investasi yang dilakukan akan diberikan jaminan hukum.

Investasi yang ada saat ini kebanyakan dalam suatu kontrak investasi antara para pihak. Bila diperhatikan kontrak-kontrak bisnis, baik yang berskala nasional maupun internasional, bila salah satu pihak lalai memenuhi kewajibannya, akan dikenakan sanksi baik berupa denda (*penalty*) dan atau bahkan pembatalan kontrak dengan segala konsekuensinya.

Munculnya ketidakpatuhan terhadap kontrak yang sudah ada, bisa terjadi karena beberapa sebab; *Pertama*, adanya perbedaan interpretasi terhadap isi kontrak yang telah disepakati oleh kedua belah pihak. *Kedua*, adanya perubahan terhadap kebijakan pemerintah atau ada perubahan peraturan perundang-undangan yang membawa dampak terhadap kontrak yang sudah disepakati oleh kedua belah pihak. *Ketiga*, adanya keadaan memaksa (*force majeure*) yang mengakibatkan salah satu pihak tidak dapat lagi memenuhi kewajibannya.⁵

Oleh karena itu perlu penyelesaian sengketa yang diatur secara ideal dan menegosiasikan kembali apa yang menjadi sengketa. Bila tidak ada titik temu, maka dikembalikan kepada isi kontrak apakah ada klausul penyelesaian sengketa bila mengalami suatu perselisihan atau sengketa.

Dalam kontrak bisnis untuk menjaga keamanan dan kepercayaan para pihak, maka akan lebih baik dicantumkan sejumlah klausul. Salah satu di antara klausul tersebut adalah masalah penyelesaian sengketa. Pada umumnya dalam kontrak tersebut dicantumkan klausul arbitrase. Maksud dari pencantuman klausul arbitrase dalam kontrak bisnis adalah, jika terjadi sengketa, maka sejak awal para pihak telah sepakat akan menyelesaikannya di luar lembaga peradilan, yaitu melalui lembaga arbitrase. Adapun alasan, mengapa para pelaku bisnis memilih mencantumkan klausul arbitrase dalam kontrak dengan pertimbangan :⁶

1. Para pihak memilih lembaga arbitrase dengan harapan akan memperoleh penyelesaian lebih baik. Selain itu, penyelesaian lewat lembaga arbitrase, publisitas dapat dihindari, sehingga hal-hal yang menyangkut rahasia perusahaan tetap dapat dijaga kerahasiaannya.
2. Penyelesaian sengketa lewat lembaga arbitrase akan diputuskan oleh ahli yang berkompeten untuk itu.
3. Pihak asing pada umumnya belum mengenal sistem hukum di mana akan melakukan kegiatan investasi.
4. Yang diinginkan oleh para pihak adalah bahwa putusan yang akan diberikan dapat diterima dan dijalankan secara sukarela oleh pihak yang dikalahkan agar berhubungan baik tetap dapat berjalan lancar di masa yang akan datang.
5. Sengketa yang dihadapi oleh para pihak cukup kompleks. Dalam hal ini, arbiter yang mempunyai keahlian dalam bidangnya, dianggap mampu untuk menafsirkan, menyempurnakan, menyesuaikan dengan atau mengubah satu kontrak karena timbul perubahan.

⁴ Sentosa Sembiring, *Hukum Investasi*, CV. Nuansa Aulia, Cetakan Pertama, Juli 2007, Bandung. Hal. 227.

⁵ *Ibid.* Hal. 235.

⁶ *Ibid.* Hal. 236

C. Penyelesaian Sengketa Penanaman Modal Berdasarkan UU No. 25 Tahun 2007

Suatu hal yang sering terjadi pertimbangan calon investor, jika ingin menanamkan modalnya di luar negeri adalah eksistensi lembaga penyelesaian sengketa antara investor dengan negara tuan rumah. Sebenarnya secara konvensional di negara manapun di dunia ini telah tersedia lembaga penyelesaian sengketa yakni lembaga peradilan, yang dalam teori hukum ketatanegaraan dikenal sebagai lembaga yudikatif. Hanya saja jika penyelesaian sengketa antara investor dengan negara tuan rumah diselesaikan lewat lembaga peradilan ada keraguan dikalangan calon investor.⁷ Oleh karena itu, hal tersebut telah diakomodasi dengan lahirnya UU No. 25 Tahun 2007.

Pasal 32 ayat (1) menyebutkan dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara Pemerintah dengan penanam modal, para pihak terlebih dahulu menyelesaikan sengketa tersebut melalui musyawarah dan mufakat. Ayat (2) dalam hal penyelesaian sengketa sebagaimana dimaksud pada ayat (1) tidak tercapai, penyelesaian sengketa tersebut dapat dilakukan melalui arbitrase atau alternatif penyelesaian sengketa atau pengadilan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan.

Selanjutnya ayat (3) dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara Pemerintah dengan penanam modal dalam negeri, para pihak dapat menyelesaikan sengketa tersebut melalui arbitrase berdasarkan kesepakatan para pihak, dan jika penyelesaian sengketa melalui arbitrase tidak disepakati, penyelesaian sengketa tersebut akan dilakukan di pengadilan. Ayat (4) mengatur dalam hal terjadi sengketa di bidang penanaman modal antara Pemerintah dengan penanam modal asing, para pihak akan menyelesaikan sengketa tersebut melalui arbitrase internasional yang harus disepakati oleh para pihak.

Dari ketentuan Pasal 32 tersebut, dapat disimpulkan penyelesaian sengketa antara pemerintah dengan penanam modal dilakukan melalui cara :

1. Musyawarah Mufakat
2. Arbitrase
3. Pengadilan
4. ADR
5. Khusus untuk sengketa antara Pemerintah dengan penanam modal dalam negeri, sengketa diselesaikan melalui arbitrase atau melalui pengadilan; dan
6. Khusus untuk sengketa antara Pemerintah dengan penanam modal asing, sengketa diselesaikan melalui arbitrase internasional yang telah disepakati.

Paparan berikutnya akan membahas keuntungan dan kelebihan penyelesaian sengketa penanaman modal melalui pengadilan dan arbitrase.

⁷ *Ibid*, Hal 238.

D. Penyelesaian Sengketa Melalui Pengadilan

Dalam kontrak yang dibuat oleh para pihak dalam kontrak patungan di bidang penanaman modal biasanya terdapat klausul cara penyelesaian sengketa melalui pengadilan setempat jika cara musyawarah untuk penyelesaian sengketa tidak tercapai. Namun cara penyelesaian melalui pengadilan kurang dirasakan fair dan kurang dipercaya oleh investor. Para investor cenderung menganggap cara penyelesaian sengketa melalui pengadilan tidak efektif dan tidak efisien sehingga menimbulkan ketidakpuasan.

Telah banyak kritik yang dilontarkan kepada lembaga pengadilan yang mengakibatkan ketidakpercayaan investor dalam penyelesaian sengketa penanaman modal. Atas dasar hal tersebut, para pelaku bisnis khususnya investor menganggap penyelesaian sengketa melalui lembaga pengadilan di Indonesia :⁸

1. Penyelesaian sengketa melalui pengadilan dengan cara litigasi sangat lambat, yaitu bahwa penyelesaian sengketa tidak cermat/ lambat dan formalistik.
2. Biaya perkara mahal.
3. Peradilan umumnya tidak responsive, yaitu :
 - a. Bahwa peradilan kurang atau tidak tanggap terhadap kepentingan umum dan sering mengabaikan kepentingan dan kebutuhan masyarakat banyak sehingga pengadilan dianggap tidak adil dan tidak fair.
 - b. Peradilan kurang tanggap melayani kepentingan rakyat miskin.
4. Putusan pengadilan tidak menyelesaikan masalah karena tidak ada putusan pengadilan yang mengatur pihak yang bersengketa kearah penyelesaian masalah. Putusan pengadilan :
 - a. Tidak bersifat *problem solving* di antara pihak yang bersengketa;
 - b. Menempatkan kedua belah pihak yang bersengketa pada dua sisi yang saling berhadapan; menempatkan salah satu pihak pada posisi pemenang (*the winner*) dan menyudutkan pihak yang lain sebagai pihak yang kalah (*the loser*)
 - c. Bersifat membingungkan atau *erratic*; terkadang tanpa dasar dan alasan yang masuk akal.
5. Kemampuan para hakim yang bersifat generalis

Atas kondisi pengadilan yang demikian, para pelaku bisnis khususnya investor cenderung memilih cara penyelesaian sengketa yang lain yang dirasakan lebih efektif, cepat dan dapat memberikan kepastian hukum bagi mereka.

⁸ Dhaniswara K. Harjono, *Hukum Penanaman Modal; Tinjauan Terhadap Undang-Undang No. 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal*, Raja Grafindo Persada, Edisi Pertama, Jakarta, Juni 2007, Hal. 265-266.

E. Penyelesaian Sengketa Melalui Arbitrase

Cara penyelesaian sengketa di bidang penanaman modal melalui arbitrase merupakan cara penyelesaian sengketa yang populer di bidang penanaman modal dan hampir di semua negara memilih cara penyelesaian sengketa melalui lembaga arbitrase. Hal ini karena penyelesaian melalui arbitrase dirasakan lebih praktis, cepat dan murah. Di samping itu, karena arbitrase memiliki kelebihan dan keunggulan yang tidak dimiliki dari peradilan umum, yaitu sebagai berikut : 9

- a. Kebebasan, kepercayaan dan keamanan, yaitu memberikan kebebasan otonomi yang sangat luas kepada para pelaku bisnis (para pihak yang bersengketa) dan memberikan rasa aman terhadap keadaan tidak menentu/kepastian berkenaan dengan sistem hukum yang berbeda serta terhadap kemungkinan putusan yang berta sebelah.
- b. Keahlian arbiter, yaitu para arbiter merupakan orang-orang yang mempunyai keahlian besar mengenai permasalahan yang disengketakan.
- c. Cepat dan hemat biaya.
- d. Bersifat *Confidential*, yaitu arbitrase bersifat rahasia dan tertutup.
- e. Bersifat *non preseden*, artinya putusan arbitrase tidak mempunyai preseden.
- f. *Independen*, artinya pemeriksaan arbitrase dilakukan oleh para arbiter yang dipilih oleh para pihak dan dalam memberikan putusan arbiter tidak dipengaruhi oleh pihak luar termasuk pemerintah.
- g. *Final and binding*, artinya putusan arbitrase merupakan putusan terakhir yang mengikat para pihak dan mempunyai kekuatan hukum tetap, dimana putusan tersebut tidak dapat disbanding.
- h. Kepekaan arbiter artinya arbiter menerapkan hukum yang berlaku dalam menyelesaikan perkara dan akan lebih memberikan perhatian privat terhadap keinginan, realitas, dan praktik dagang para pihak.

Keberadaan arbitrase di Indonesia diatur dalam UU No. 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Pasal 1 angka 1 UU No. 30 1999 memberikan pengertian arbitrase adalah cara penyelesaian sengketa perdata di luar peradilan umum yang didasarkan pada perjanjian Arbitrase yang dibuat secara tertulis oleh para pihak yang bersengketa. Ada tiga yang dapat dikemukakan dari definisi tersebut :10

1. Arbitrase merupakan salah satu bentuk perjanjian;
2. Perjanjian arbitrase harus dibuat dalam bentuk tertulis;
3. Perjanjian arbitrase tersebut merupakan perjanjian untuk menyelesaikan sengketa yang dilaksanakan di luar peradilan umum.

Dengan kata lain syarat pokok terjadinya arbitrase adalah adanya kontrak dari para pihak (yang bersengketa) untuk menyelesaikan setiap perbedaan pendapat, perselisihan maupun sengketa yang terjadi di antara mereka melalui lembaga arbitrase, di luar lembaga peradilan yang dituangkan atau dibuat secara tertulis dalam suatu klausula arbitrase dalam perjanjian pokok sebelum perselisihan atau sengketa lahir, maupun dalam bentuk suatu perjanjian arbitrase tersendiri setelah perbedaan pendapat, perselisihan atau sengketa timbul.¹¹

Cara penyelesaian melalui arbitrase dapat dilakukan melalui arbitrase nasional, yaitu Badan Arbitrase Nasional (BANI), arbitrase ad hoc maupun arbitrase asing. Arbitrase asing yang biasa dipilih dalam penyelesaian sengketa penanaman modal antara lain seperti;

1. ICC (*International Chamber of Commerce*), arbitrase ini diakui oleh Indonesia dengan adanya Keppres No. 34 Tahun 1981 Tentang Pengesahan *Convention on The Recognition Enforcment of Foreign Arbitral Award* yang lahir dari Konvensi New York 1958.
2. ICSID (*International Center for the Settlement of Investment Disputes*), arbitrase ini diakui berdasarkan UU No. 5 tahun 1968 merupakan persetujuan atas Konvensi tentang Penyelesaian Perselisihan Antara Negara dan Warga Negara Asing Mengenai Penanaman Modal (*Convention on the Settlement of Investment Disputes between States and Nationals of other States*).



9 *Ibid*, Hal. 268.

10 Gunawan Widjaja, & Ahmad Yani, *Hukum Arbitrase*, Raja Grafindo Persada, Edisi Pertama, Cetakan Ketiga., Jakarta, Oktober 2003, Hal. 44.

11 Widjaja, Gunawan, *Alternatif Penyelesaian Sengketa*, Raja Grafindo Persada, Edisi Pertama, Jakarta, 2005, Hal. 108.



REGULATORY IMPACT ASSESSMENT (RIA)

Oleh:
SARA LINGKAN. M.

Dengan semakin berkembangnya proses otonomi daerah di Indonesia saat ini telah mengalihkan sebagian besar kewenangan pemerintah nasional ke pemerintah kabupaten/kota. Sisi positif yang dapat diambil dari berkembangnya otonomi daerah sekarang ini adalah memberikan keleluasaan kepada pemerintah daerah (Pemda) untuk mengatur rumah tangganya sendiri, termasuk menetapkan Peraturan Daerah (Perda) sebagai alat pengatur. Reformasi saat ini sebenarnya menjadi gerbang baru sejarah kehidupan berbangsa dan bernegara dalam sistem ketatanegaraan Indonesia. Tidak hanya kebebasan yang didapat setiap elemen masyarakat, seperti kalangan pers saja, di level pemerintah daerah pun muncul kebebasan dalam otonomi pembuatan Perda. Tapi, kebebasan menyusun Perda itu ternyata kemudian melahirkan berbagai permasalahan.

Penyebab terjadinya permasalahan tersebut karena adanya ketidakpastian hukum. Ketidakpastian hukum tersebut terjadi, baik pada tingkat pemerintah pusat maupun pemerintah propinsi, maupun kabupaten/kota. Sejak reformasi berlangsung, tuntutan mengenai kepastian hukum terus bergulir, namun seolah semakin sulit terwujud karena berbagai alasan. Alasan-alasan yang teridentifikasi dari kondisi tersebut, dalam hal ini di lingkungan pemerintah daerah, antara lain :

1. Berkaitan dengan kualitas peraturan perundang-undangan.

Maksudnya adalah tidak adanya proses baku dalam penyusunan Perda sehingga mengakibatkan varian yang terlalu lebar pada model pembentukan Peraturan Daerah. Selain itu lemahnya analisis, belum adanya mekanisme review yang efektif, akses Pemerintah Daerah yang sangat terbatas untuk memperoleh informasi tentang peraturan perundang-undangan pusat juga menjadi penyebab munculnya peraturan-peraturan daerah yang bermasalah;

2. Terjadinya inkonsistensi di dalam penerapan dan penegakan hukum.

Ketidajelasan peran pemerintah pusat dalam menjaga keharmonisan peraturan perundang-undangan.

Untuk dapat mengurangi serta memperbaiki memperbaiki masalah-masalah diatas, maka diperlukan adanya penerapan metode RIA (*Regulatory Impact Assesment*) dalam proses pembentukan peraturan perundang-undangan. RIA (*Regulatory Impact Assesment*) adalah alat evaluasi peraturan perundang-undangan, sebuah metode yang bertujuan menilai secara sistematis pengaruh negatif

dan positif peraturan perundang-undangan yang sedang diusulkan ataupun yang sedang berjalan.¹ Selain itu RIA juga pada dasarnya digunakan untuk menilai regulasi dalam hal relevansi antara kebutuhan masyarakat dan sasaran kebijakan, kebutuhan terhadap intervensi pemerintah, efisiensi antara input dan output, efektifitas antara sasaran kebijakan dan hasil, keberlanjutan antara kebutuhan masyarakat dan hasil sebelum diterapkannya atau dirubahnya suatu regulasi.

Dengan diterapkannya metode RIA ini diharapkan dapat memperbaiki proses pembentukan peraturan perundang-undangan agar menjadi lebih baik, mendukung bagi iklim usaha khususnya bagi regulasi yang berkaitan dengan usaha dan menciptakan keserasian regulasi secara umum yang pada akhirnya memberikan dampak bagi peningkatan kesejahteraan masyarakat. Dengan adanya RIA juga membantu pemerintah untuk mengidentifikasi apakah suatu peraturan sungguh-sungguh diperlukan, apa saja untung rugi penerapan peraturan yang diusulkan untuk diterapkan, dan apakah ada solusi alternatif untuk peraturan tersebut. Prinsip umum dari RIA adalah:

1. Intervensi pemerintah harus memiliki alasan;
2. Kebijakan yang dipilih merupakan alternatif terbaik;
3. Memperhitungkan manfaat dan biaya;
4. Mendemonstrasikan bahwa konsultasi publik yang cukup telah dilakukan;
5. Tidak ada beban yang tidak perlu (dampak yang merugikan).

Prinsip-prinsip umum yang terdapat pada metode RIA ini terdapat kesesuaian dengan Pasal 5 UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan dengan Pasal 137 UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintah Daerah, yaitu meliputi kelelasan tujuan, kelembagaan atau organ pembentuk yang tepat, kesesuaian antara jenis dan materi muatan, dapat dilaksanakan, kedayagunaan

dan kehasilgunaan, kejelasan rumusan, dan keterbukaan.

Ruang lingkup dari metode RIA adalah Peraturan Daerah dibidang perijinan investasi. Namun demikian, berbagai peraturan perundang-undangan pusat yang terkait erat dengan kajian ini juga akan dianalisis karena dalam sebuah negara kesatuan, baik peraturan daerah maupun pusat harus terintegrasi dalam suatu sistem perundang-undangan nasional. Oleh karena itu pembentukan Peraturan Daerah tidak bisa dilepaskan sama sekali dari peraturan perundang-undangan tingkat pusat. Peraturan Daerah yang dijadikan obyek kajian dipilih dari beberapa pemerintah daerah kabupaten/kota tertentu yang dipandang dapat mewakili kondisi umum pemerintah daerah di Indonesia. Sebagian Perda diambil dari Pemerintah daerah yang telah menghasilkan perda yang telah berhasil memajukan daerahnya, sebagian lagi diambil dari pemerintah daerah yang masih harus bergulat dengan berbagai permasalahan sehingga belum mampu menghasilkan Perda yang baik dan mampu mendorong pembangunan daerahnya.

Langkah-langkah atau tahapan-tahapan dalam melakukan analisis RIA terdiri dari 7 (tujuh) langkah, yaitu:

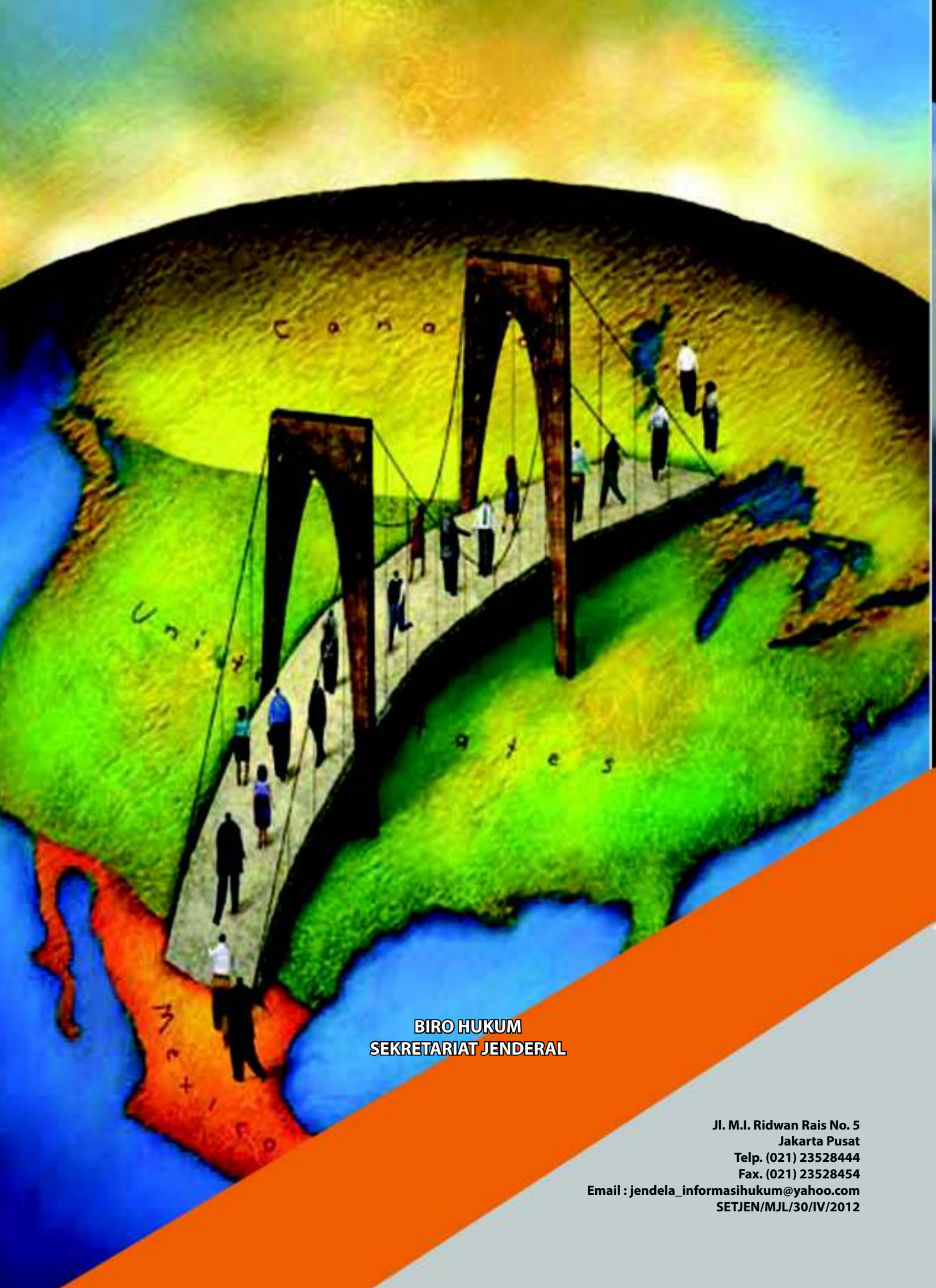


¹ Agus Ediawan et al, Arti Penting Analisis Dampak Peraturan Perundang-undangan "Regulatory Impact Assesment (RIA)", Jakarta: Kementerian Negara Perencanaan Pembangunan Nasional (BAPPENAS), 2009, hlm 4

1. Merumuskan masalah adalah merupakan identifikasi dan analisis masalah yang berkaitan dengan peraturan yang baru dan atau peraturan yang sedang berlaku. Dalam tahap ini dilakukan perumusan masalah atau isu yang menimbulkan kebutuhan untuk menerbitkan suatu kebijakan.
2. Mengidentifikasi Tujuan adalah merupakan proses menentukan sasaran/tujuan yang akan dicapai dengan mengidentifikasi tujuan, tentunya kesadaran yang terbangun setelah mempelajari rumusan masalah yang ada.
3. Menyusun Alternatif adalah merupakan pengembangan pilihan untuk memecahkan yang diidentifikasi, yaitu mengidentifikasi beberapa alternatif tindakan (opsi) dalam rangka mencapai tujuan dan sasaran yang telah dirumuskan sebelumnya.
4. Analisis Manfaat dan Biaya adalah merupakan penilaian pilihan dalam hal biaya dan manfaat serta legalitas, yaitu dengan melakukan analisis atas biaya dan manfaat (*cost and benefit analysis*) untuk tiap opsi.
5. Alternatif Tindakan adalah penentuan opsi dengan melakukan seleksi kebijakan yang paling efektif / efisien pilihan serta advokasinya.
6. Strategi Implementasi adalah melakukan rencana strategi implementasi kebijakan. Strategi implementasi mencakup penatausahaan (administrasi) kebijakan, sosialisasi kebijakan, dan monitoring pelaksanaan kebijakan.

Pada akhirnya hasil yang diharapkan dari kajian ini adalah terumuskannya suatu pola/model perda review yang dapat mengakomodir kepentingan para pemangku kepentingan (*stake holders*) secara objektif. Disamping itu, pola/model analisis ini akan bermanfaat karena sifatnya yang sederhana (*simple*), mudah diaplikasikan, lentur/fleksibel, akuntabel dan sesuai dengan kebutuhan dan karakteristik masing-masing daerah khususnya menyangkut bidang perijinan investasi. Dengan adanya keberadaan pola/model analisis ini diharapkan faktor-faktor yang selama ini menjadi hambatan dalam kegiatan investasi dapat di minimalisir dengan lebih mudah dan efisien.





**BIRO HUKUM
SEKRETARIAT JENDERAL**

Jl. M.I. Ridwan Rais No. 5
Jakarta Pusat
Telp. (021) 23528444
Fax. (021) 23528454
Email : jendela_informasihukum@yahoo.com
SETJEN/MJL/30/IV/2012