

# Problematika Menciptakan Iklim Usaha Yang Kondusif

*by* Taufiqurrahman Taufiqurrahman

---

**Submission date:** 24-Nov-2023 04:08PM (UTC+0700)

**Submission ID:** 2237312231

**File name:** Buku\_problematika\_iklim\_usaha\_yg\_kondusif\_-\_fifin\_dwi.pdf (1.45M)

**Word count:** 113266

**Character count:** 737059

**KHN**

Kontrol Mutu Nasional  
Republik Indonesia



**PROBLEMATIKA**  
**MENCIPTAKAN**  
**IKLIM USAHA**  
**YANG KONDUSIF**

# **PROBLEMATIKA MENCIPTAKAN IKLIM USAHA YANG KONDUSIF**

Jakarta : Komisi Hukum Nasional RI,

Cetakan Pertama : Desember 2011

Jl. Diponegoro 64, Jakarta Pusat 10310

Website : <http://www.komisihukm.go.id>

**ISBN : 978-979-3452-34-0**

**Penanggung Jawab/Komisioner:**

1. Prof. Dr. J.E. Sahetapy, S.H., MA (Ketua)
2. Prof. Mardjono Reksodiputro, S.H., MA (Sekretaris)
3. Dr. Frans Hendra Winarta, S.H., M.H. (Anggota)
4. Mohammad Fajrul Falaakh, S.H., MA., M.Sc. (Anggota)

**Peneliti:**

1. Mujahid A. Latief
2. T. Rifqy Thantawi
3. Hardian Aprianto
4. M. Jody Santoso
5. Ikhwan Fahroji
6. Jamil Burhan
7. Totok Suryawan Wibisino
8. Sulaiman
9. Aryanti Hoed
10. Diani Rahmitasari
11. Yuniarti Widyaningsih
12. Ghina

**Tim Penerbitan/Editor:**

1. Mohammad Saihu
2. Agus Surono
3. Farakh Harahap

**Keterangan :**

1. Diterbitkan dalam rangka program penerbitan buku Diseminasi KHN
2. Materi buku ini bersumber dari makalah peserta SPHN 2011 yang telah diedit. Materi lengkap dan daftar pustaka dapat diperoleh langsung di Perpustakaan Komisi Hukum Nasional.

© Hak Cipta dilindungi undang-undang

Diterbitkan oleh Komisi Hukum Nasional RI

"Pengutipan, pengalibahasaan dan penggandaan (copy) isi buku ini demi pembaruan hukum diperkenankan dengan menyebutkan sumbernya"

\*tidak untuk dijual\*

# KATA PENGANTAR

Program yang dilakukan oleh Komisi Hukum Nasional Republik Indonesia (KHN) selama tahun 2011 ini seperti program penelitian, program pemantauan dan pengkajian legislasi (mengkaji RUU yang termasuk dalam daftar prioritas program legislasi nasional tahun 2011), dan program pembuatan opini mengenai permasalahan aktual selama tahun 2011 menjadi landasan perumusan tema utama dalam Seminar Pengkajian Hukum Nasional tahun 2011 ini. Dalam SPHN Tahun 2011 (SPHN 2011) ini, KHN memilih tema “Reformasi Hukum dalam Rangka Menciptakan Iklim Usaha yang Kondusif”.

SPHN pertama kali diadakan KHN pada bulan Desember 2003, dengan tema “Membangun Indonesia Baru Yang Demokratis; Transparan, Partisipatif dan Akuntabel”. Selanjutnya diadakan pada tahun 2004 dengan tema “Membangun Paradigma Baru Pembangunan Hukum Nasional”. SPHN berlanjut diselenggarakan setiap tahun sampai dengan tahun 2011 ini. SPHN yang diselenggarakan setiap tahunnya selalu mempunyai tema yang khas, yang bermaksud untuk menyelaraskan dinamika hukum yang berkembang di masyarakat dengan kegiatan yang dilakukan KHN<sup>4</sup> sebelum penyelenggaraan SPHN. Bahkan SPHN juga merupakan sarana untuk melakukan analisis terhadap kegiatan reformasi hukum yang telah dilakukan oleh pemerintah dan masyarakat, dan sebagai evaluasi pelaksanaan pembangunan hukum yang direncanakan Pemerintah.

Dalam setiap penyelenggaraan SPHN, KHN mengimplementasikan “call for papers”. Dengan “call for papers”, keselarasan dinamika hukum yang berkembang di masyarakat dengan kegiatan yang dilakukan KHN menjadi lebih terwujud. Dengan “call for papers” juga, KHN membahas tema yang direpresentasikan dengan tulisan yang berbasis penelitian hukum maupun sosial. Berkaitan dengan hal itu, KHN selalu mengundang perguruan tinggi negeri, perguruan tinggi swasta, lembaga pemerintah, lembaga swasta dan perorangan tertentu di 33 propinsi, untuk mengirimkan tulisan-tulisan terbaiknya yang berbasiskan penelitian hukum maupun sosial yang telah dilakukan dalam kurun waktu tertentu.

Dalam sisi yang lainnya, “call for papers” juga merupakan realisasi pola *bottom up* yang senantiasa digaungkan dan dipraktikan secara konsisten oleh KHN sejak awal pembentukannya di tahun 2000 sampai dengan saat ini. Pola *bottom up* dimaksudkan agar nilai-nilai demokrasi benar-benar bersifat

mendasar, struktural dan tidak terpinggirkan oleh pembentukan hukum yang lebih mengarah pada kepentingan politik. Pola *bottom up* menjadi penting karena pendekatan *top down* seperti yang dipraktikkan pada masa orde baru dan mungkin masih tersisa pendekatannya sampai dengan saat ini, hanya akan mendistorsi aspirasi masyarakat.

Isi dari buku ini merupakan hasil dari seleksi "call for papers" yang dilakukan KHN dalam rangka penyelenggaraan SPHN 2011. Isi dari buku ini menggambarkan problematika menciptakan iklim usaha yang kondusif yang telah dipikirkan oleh masyarakat serta diserap oleh para akademisi. Pemikiran dan penyerapan tersebut kemudian diwujudkan dalam suatu tulisan yang selaras dengan tema yang terumuskan dalam SPHN 2011 sebagaimana tersebut di atas, yaitu "Reformasi Hukum dalam Rangka Menciptakan Iklim Usaha yang Kondusif". Berdasarkan pertimbangan yang telah dipikirkan KHN, dan juga keterbatasan yang dimiliki oleh KHN, bahwa peran hukum yang dapat dikedepankan dalam permasalahan ekonomi sehubungan dengan hal tersebut ialah:

1. Harmonisasi Politik Hukum Ekonomi dan Politik Hukum Pidana dalam Mewujudkan Kepastian Usaha.
2. Upaya Menjamin Pelaksanaan Persaingan Usaha yang Sehat.
3. Perlindungan Hak Kekayaan Intelektual dalam Mendorong Kreativitas Pelaku Usaha Dalam Negeri.

Ketiga hal tersebut merupakan pengembangan lebih lanjut, terutama atas tiga dari empat penelitian yang dilakukan KHN di tahun 2011, yaitu:

1. Sistem Pidana dalam Tindak Pidana Ekonomi.
2. Penegakan Hukum Persaingan Usaha: Kajian terhadap Hukum Acara dan Pelaksanaan Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU).
3. Perlindungan Hak Kekayaan Intelektual.

Pengembangan tersebut menjadi sangat wajar karena agar dapat lebih banyak menampung ragam pemikiran masyarakat yang menggambarkan problematika menciptakan iklim usaha yang kondusif. Dalam ketiga hal tersebut di atas (yang menjadi sub tema SPHN 2011), ragam pemikiran masyarakat yang terdapat dalam buku ini, menunjukkan bahwa tetap terjadi permasalahan peran hukum dalam mengatasi permasalahan ekonomi di Indonesia saat ini. Perbedaan persepsi dan terjadinya ketidaksinkronan dan ketidakharmonisan pelaksanaan reformasi peran hukum dalam mengatasi permasalahan ekonomi dapat menghambat agenda reformasi hukum itu sendiri. Reformasi hukum yang berjalan lebih dari 13 tahun sejak reformasi 1998 perlu terus dilaksanakan dan diefektifkan meskipun tujuannya tidak dapat dicapai dalam waktu yang singkat.

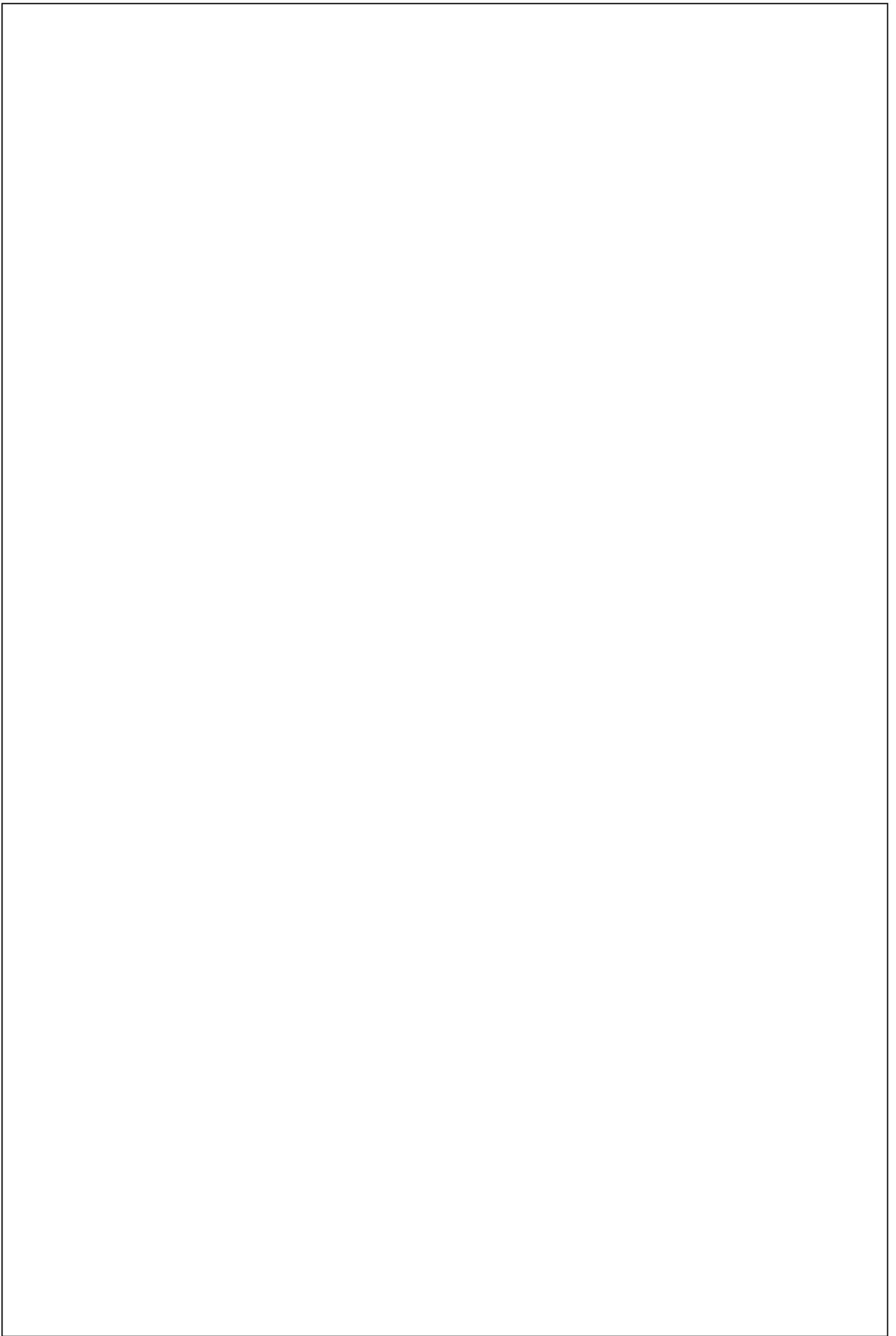
Yang perlu ditekankan dengan berdasarkan ragam pemikiran masyarakat ialah bahwa dalam memerankan hukum, Indonesia perlu tidak mengandalkan hal-hal yang bersifat formalis dan parsial. Politik yang mengedepankan peran

hukum dalam pembangunan ekonomi perlu dibuat secara sistematis dan komprehensif. Dengan begitu kita meyakini bahwa efektivitas peran hukum akan selaras dengan pertumbuhan ekonomi. Permasalahan aspek keadilan, perlu diupayakan menjadi prioritas dalam politik yang mengedepankan peran hukum dalam pembangunan ekonomi. Indonesia sudah meratifikasi Kovenan Internasional tentang Hak-hak Ekonomi, Sosial dan Budaya, yang dengan itu, maka Indonesia mengakui hak asasi setiap orang di bidang ekonomi, sosial, dan budaya, yakni hak atas pekerjaan, hak untuk menikmati kondisi kerja yang adil dan menyenangkan, hak untuk membentuk dan ikut serikat buruh, hak atas jaminan sosial, termasuk asuransi sosial, hak atas perlindungan dan bantuan yang seluas mungkin bagi keluarga, ibu, anak, dan orang muda, hak atas standar kehidupan yang memadai, hak untuk menikmati standar kesehatan fisik dan mental yang tertinggi yang dapat dicapai, hak atas pendidikan, dan hak untuk ikut serta dalam kehidupan budaya. Dalam kerangka ini, maka pengakuan hak warga negara asing, dapat ditentukan oleh Indonesia dengan mempertimbangkan hak asasi manusia dan perekonomian nasionalnya.

Berkaitan dengan hal tersebut di atas, politik yang mengedepankan peran hukum dalam pembangunan ekonomi, perlu diharmonisasikan dengan politik yang mengedepankan peran hukum dalam pembedaan di bidang ekonomi. Dalam kerangka menciptakan iklim usaha yang sehat yang berhubungan dengan persaingan usaha, maka penyempurnaan perlu dilakukan baik itu terhadap bagian-bagian tertentu dari hukum acara persaingan usaha, maupun terhadap kedudukan dan kewenangan KPPU sendiri. Hal tersebut agar dapat lebih efektif dalam menegakkan hukum persaingan usaha yang sehat di Indonesia. Dalam hal yang berhubungan dengan **perlindungan hak kekayaan intelektual**, maka **hak intelektual** di Indonesia perlu dioptimalkan perlingkungannya karena memiliki hak alami perlindungan hak, dan hal ini dapat dikatakan sama halnya dengan perlindungan hak yang paling hakiki yaitu hak asasi manusia. Dalam hal tersebut, kepentingan nasional Indonesia dalam perlindungan hak kekayaan intelektual perlu tetap menjadi pedoman penting.

Jakarta, Desember 2011.

**Komisi Hukum Nasional Republik Indonesia.**



# DAFTAR ISI

KATA PENGANTAR.....	iii
DAFTAR ISI.....	vii

## Bagian Pertama :

### HARMONISASI POLITIK HUKUM EKONOMI

### DAN POLITIK HUKUM PIDANA DALAM MEWUJUDKAN

KEPASTIAN USAHA.....	1
----------------------	---

1. POLITIK HUKUM PIDANA <b>PERTANGGUNGJAWABAN PIDANA KORPORASI TERHADAP KORBAN KEJAHATAN DI BIDANG PERBANKAN</b> .....	3
--	---

*Penulis: M. Arief Amrullah (Ketua Peneliti, Dosen Fakultas Hukum Universitas Jember)*

2. KEKUASAAN DISKRESI PEMERINTAH DAN PENCIPTAAN IKLIM USAHA YANG KONDUSIF.....	17
---	----

*Penulis: Krishna D. Darumurti, S.H., M.H. (Dosen, Fakultas Hukum, Universitas Kristen Satya Wacana)*

3. POLITIK PENEGAKAN HUKUM PIDANA TERHADAP CORPORATE CRIME YANG BERBASIS EGALITARIANISME.....	31
--	----

*Penulis: Abdul Wahid (Pengajar Program Strata-1 dan Pascasarjana Ilmu Hukum Universitas Islam Malang)*

4. STRATEGI PEMBANGUNAN HUKUM RESPONSIF DALAM REFORMASI HUKUM TERHADAP PERUBAHAN SOSIAL.....	41
---	----

*Penulis: Antory Royan Adyan (Fakultas Hukum Universitas Bengkulu)*

5. PERAMPASAN ASET HASIL TINDAK PIDANA KORUPSI SEBAGAI SALAH SATU CARA MEWUJUDKAN KEPASTIAN USAHA DI INDONESIA.....	51
---	----

*Penulis: Anugerah Rizki Akbari, S.H. (Asisten Bidang Studi Hukum Pidana Fakultas Hukum Universitas Indonesia)*

6. PRINSIP MENGENAL NASABAH DAN TINDAK PIDANA  
PENCUCIAN UANG DALAM PASAR MODAL ..... 61  
*Penulis: Daniel Hendrawan SH., Mhum (Dosen Fakultas Hukum  
Universitas Kristen Maranatha)*
7. KEBIJAKAN SINGLE PRESENCE POLICY DALAM REFORMASI  
PERBANKAN MENUJU TERCIPTANYA IKLIM USAHA  
YANG KONDUSIF  
(*Single Presence Policy in Banking Reform Policy Towards  
the Creation of A Conducive Business Climate*) ..... 75  
*Penulis: Johannes Ibrahim (Dosen Fakultas Hukum,  
Universitas Kristen Maranatha, Bandung)*
8. ASPEK PERTANGGUNGJAWABAN PIDANA KORPORASI  
DI INDONESIA ..... 85  
*Penulis: Muntaha (Dosen pada Fakultas Hukum Universitas Haluoleo)*
9. MENUJU UNDANG-UNDANG ARBITRASE YANG DAPAT  
MENCiptAKAN IKLIM USAHA YANG KONDUSIF ..... 95  
*Penulis: Dr. Mutiara Hikmah, SH.,MH (Staf Pengajar Fakultas Hukum  
dan Fakultas Ekonomi UI dan staf peneliti Sentra HAM FHUI)*
10. PENGIKATAN INDONESIA PADA THE UNITED NATIONS  
CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL  
SALE OF GOODS 1980 SEBAGAI UPAYA PEMBARUAN HUKUM  
NASIONAL DI BIDANG KONTRAK JUAL-BELI BARANG  
INTERNASIONAL ..... 107  
*Penulis: Dr. Taufiqurrahman, S.H., M.Hum (Dosen Fakultas Hukum  
Universitas Wijaya Putra)*
11. **CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY (CSR)**  
DALAM HAK ASASI MANUSIA  
(Studi Terhadap Pemenuhan Hak Ekonomi Sosial Masyarakat Lokal  
Oleh Perusahaan Perkebunan Kelapa Sawit) ..... 121  
*Penulis: Firdaus, SH. MH (Dosen Fakultas Hukum Universitas Riau,  
kandidat doktor Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia Yogyakarta)*
12. PEMBAHARUAN CRIMINAL POLICY TENTANG SISTEM  
PERTANGGUNGJAWABAN PIDANA KORPORASI GUNA  
PENANGGULANGAN TINDAK PIDANA EKONOMI  
(Upaya Harmonisasi Politik Hukum Pidana  
dan Politik Hukum Ekonomi) ..... 129  
*Penulis: Zulkarnain, SH. MH (Dosen dan Ketua Bagian Pidana pada Fakultas  
Hukum Universitas Widyagama Malang)*

**Bagian Kedua :****UPAYA MENJAMIN PELAKSANAAN****PERSAINGAN USAHA YANG SEHAT ..... 149**

1. PERAN DAN FUNGSI KPPU DALAM PENEGAKAN HUKUM PERSAINGAN USAHA ..... 151  
*Penulis: Mochamad Arifinal (Dosen Bidang Hukum Perdata Fakultas Hukum Universitas Sultan Ageng Tirtayasa)*
2. KEBIJAKAN PENGATURAN MERGER & AKUISISI LINTAS NEGARA DALAM SISTEM HUKUM PERSAINGAN USAHA..... 163  
*Penulis: Rhido Jusmadi (Dosen Fakultas Hukum Universitas Trunojoyo Madura)*
3. REFLEKSI YURIDIS PERSAINGAN USAHA SEHAT DI INDONESIA. SUATU KENISCAAYAAN !..... 175  
*Penulis: Dr. Elita Rahmi, SH.,MH (Dosen Fakultas Hukum Univ. Jambi)*
4. HUKUM PERSAINGAN USAHA DI INDONESIA: PERMASALAHANNYA KINI DAN SUMBANGAN PEMIKIRAN KE DEPAN..... 185  
*Penulis: Siti Anisah Dosen Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta.*
5. UPAYA MENCIPTAKAN IKLIM USAHA YANG KONDUSIF..... 199  
*Penulis: Dr. jur. M. Udin Silalahi, SH., LL.M (Dosen FH Universitas Pelita Harapan dan Chief Editor Law Review FH UPH, Karawaci)*
6. PEMBATASAN WEWENANG KPPU DALAM RANGKA MENJAMIN PENGAWASAN PELAKSANAAN PERSAINGAN USAHA YANG SEHAT..... 211  
*Penulis: Ocktavianus Hartono S.H (Fakultas Hukum, Universitas Kristen Maranatha, Bandung)*
7. PERAN KPPU DALAM MELAKUKAN PENILAIAN TERHADAP TINDAKAN PERSEKONGKOLAN TENDER OLEH PELAKU USAHA ..... 219  
*Penulis: Suryadi, S.H., M.hum (Dosen Fakultas Hukum Universitas Ahmad Dahlan Yogyakarta)*

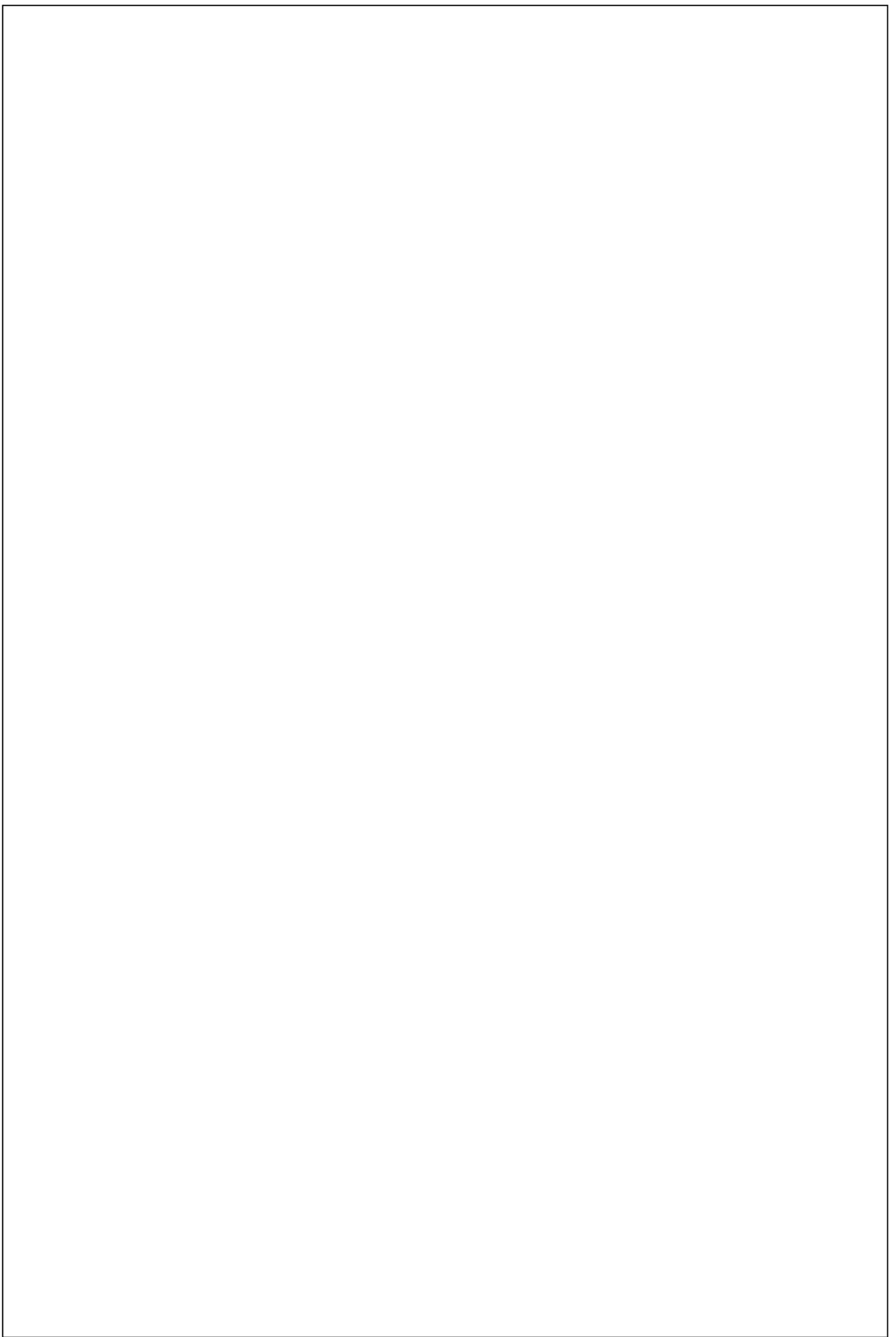
**Bagian Ketiga :****PERLINDUNGAN HAK KEKAYAAN INTELEKTUAL****DALAM MENDORONG KREATIVITAS PELAKU USAHA****DALAM NEGERI ..... 235**

1. POLITIK HUKUM DAN HARMONISASI PRINSIP-PRINSIP TRIPS AGREEMENT KE DALAM UNDANG-UNDANG KEKAYAAN

1	<b>INTELEKTUAL DEMI KEPENTINGAN NASIONAL</b> .....	237
	<i>Penulis: Candra Irawan (Pengajar Hak Kekayaan Intelektual pada Fakultas Hukum Universitas Bengkulu)</i>	
2.	<b>PASSING OFF MELINDUNGI KREATIVITAS PELAKU USAHA DALAM NEGERI</b> .....	251
	<i>Penulis: Jeferson Kameo SH LLM PhD (Dosen Senior (Senior Lecturer in Law) di Fakultas Hukum Universitas Kristen Satya Wacana Salatiga)</i>	
3.	<b>PERLINDUNGAN INTERNASIONAL TERHADAP MEREK TERKENAL DI INDONESIA: PEMBENTUKAN KAIDAH OLEH MAHKAMAH AGUNG REPUBLIK INDONESIA (MARI)</b> .....	265
	<i>Penulis: Titon Slamet Kurnia, S.H., M.H. (Dosen, Fakultas Hukum, Universitas Kristen Satya Wacana)</i>	
4.	<b>ASAS FUNGSI SOSIAL PATEN BAGI PENGEMBANGAN HUKUM PATEN DI INDONESIA</b> .....	279
	<i>Penulis: Catharina Ria Budiningsih (Fakultas Hukum Universitas Parahyangan - Bandung)</i>	
5.	<b>REFORMASI HUKUM HAK KEKAYAAN INTELEKTUAL TERHADAP PERKEMBANGAN PEMANFAATAN PROGRAM KOMPUTER DI INDONESIA</b> .....	291
	<i>Penulis: Dr. Lindawaty S Sewu, S.H., M.Hum &amp; Christian Andersen, S.H., M.Kn (Fakultas Hukum, Universitas Kristen Maranatha, Bandung)</i>	
6.	<b>HARMONISASI HUKUM DALAM KERANGKA PEMBANGUNAN HUKUM HAK KEKAYAAN INTELEKTUAL YANG BERBASIS PADA HAK ASASI MANUSIA</b> .....	299
	<i>(Studi Mengenai Pengembangan Model Pengelolaan Hak Kekayaan Intelektual (HKI) Tradisional Pemerintah Daerah)</i> .....	
	<i>Penulis: Lukman Hakim (Dosen Fakultas Hukum Universitas Widyagama Malang)</i>	
7.	<b>PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP TRADITIONAL KNOWLEDGE BIDANG OBAT TRDISIONAL MELALUI SISTEM PATEN</b>	
	<i>(Studi Perlindungan Ramuan Asli Madura)</i> .....	309
	<i>Penulis: Moh. Saleh, SH., MH. (Universitas Narotama Surabaya)</i>	

**BAGIAN PERTAMA**

**HARMONISASI  
POLITIK HUKUM  
EKONOMI  
DENGAN  
POLITIK HUKUM  
PIDANA**



## 5 POLITIK HUKUM PIDANA PERTANGGUNGJAWABAN PIDANA KORPORASI TERHADAP KORBAN KEJAHATAN DI BIDANG PERBANKAN<sup>1</sup>

**M. Arief Amrullah**

*Ketua Peneliti, Dosen Fakultas Hukum Universitas Jember*

5

### A. Pendahuluan

Perkembangan ekonomi dan perbankan begitu cepat. Sementara kebijakan yang diambil oleh pemerintah tidak selalu sesuai dengan tujuan yang hendak dicapai. Sebagai contoh, kebijakan deregulasi di bidang perbankan yang diawali dengan paket Juni 1983 sampai dengan paket 27 Oktober 1988,<sup>2</sup> telah memunculkan sejumlah persoalan di bidang perbankan. Belum lagi kebijakan-kebijakan susulan lainnya, seperti petunjuk Presiden Soeharto kepada Menteri Keuangan dan Gubernur Bank Indonesia dalam Sidang Kabinet Terbatas Bidang Ekuwasbang dan Prodis tanggal 3 September 1997, serta Keputusan Presiden Nomor 26 Tahun 1998, tanggal 26 Januari Tahun 1998 tentang Jaminan terhadap Kewajiban Pembayaran Bank Umum.

Deregulasi di bidang perbankan tersebut bertujuan untuk membangun kembali kelesuan yang dialami oleh industri perbankan serta untuk memudahkan pendirian<sup>5</sup> bank dan pembukaan bank, sehingga dapat menjangkau ke seluruh wilayah Indonesia. Namun, hal itu belum menjamin ke arah pertumbuhan ekonomi yang tangguh, akan tetapi yang terjadi malah sebaliknya, yaitu seperti dalam kasus kredit macet yang menimpa 16 Bank Umum Swasta Nasional, yang berakibat dilikuidasinya ke 16 bank tersebut pada tanggal 1 November 1997.

Untuk menjamin dana nasabah yang disimpan dalam bank yang terkena likuidasi, pemerintah berkeinginan membantu dengan alasan untuk menjaga stabilitas moneter dan menjaga agar kepercayaan masyarakat terhadap bank tidak berkurang. Untuk itu, pemerintah mengeluarkan Keputusan Presiden Nomor 26 Tahun 1998. Akan tetapi, dalam pelaksanaannya justru membuka peluang terjadinya praktek-praktek yang menyalahi aturan. Bahkan hasil temuan Badan Pemeriksa Keuangan (BPK) menyebutkan, ada pemilik bank yang me-*rush* dana yang ada di banknya sendiri, sehingga Bantuan Likuiditas Bank Indonesia (BLBI) yang dikucurkan pun bertambah besar.<sup>3</sup> Padahal pengucuran BLBI tersebut, adalah untuk menanggulangi bank-bank yang mengalami kesulitan likuiditas akibat di-*rush* oleh nasabahnya.<sup>4</sup>

Berdasarkan paparan di atas menunjukkan, bahwa berbagai kebijakan tersebut telah mendorong bagi timbulnya kejahatan di bidang perbankan yang dilakukan oleh bank (korporasi) dan sekaligus juga telah memunculkan adanya korban. Di samping itu, dengan adanya kejahatan yang dilakukan oleh korporasi (bank sebagai pelaku kejahatan), menunjukkan telah terjadi perkembangan mengenai pelaku kejahatan di bidang perbankan dan korbannya. Jika semula hanya bank yang dianggap sebagai "sasaran" atau target pelaku kejahatan, Dalam perkembangannya, bank pun dapat melakukan kejahatan atau sebagai "pelaku" kejahatan ekonomi di bidang perbankan.

Mengingat korban akibat kejahatan yang dilakukan oleh bank (korporasi) cukup besar, maka sudah seharusnya mendapatkan perlindungan dalam hukum pidana (Undang-undang Perbankan). Dan, Secara konseptual, orientasi perlindungan korban kejahatan ekonomi di bidang perbankan, baik terhadap *POTENTIAL VICTIM* maupun *ACTUAL VICTIM*. Karena itu, seperti yang ditulis oleh Barda Nawawi Arief<sup>5</sup> bahwa konsep pemidaan harus bertolak dari keseimbangan antara dua sasaran pokok, yaitu *PERLINDUNGAN MASYARAKAT* dan *PERLINDUNGAN INDIVIDU*. Perlindungan individu ini menurut saya harus pula diperluas dan diarahkan pada perlindungan terhadap *actual victim*.

Berdasarkan konsep tersebut, maka hukum pidana seyogyanya mengimplementasikan perlindungan yang seimbang antara perlindungan masyarakat, pelaku, dan korban (korban langsung), merupakan konsep yang ideal dalam rangka membangun hukum pidana yang lebih bijak karena memperhatikan berbagai kepentingan tersebut. Oleh karena itu, untuk memberikan perlindungan terhadap korban sejak awal dalam menentukan kebijakan ekonomi di bidang perbankan para pengambil kebijakan sudah seharusnya memperhatikan bidang hukum (pidana). Sudarto<sup>6</sup> menegaskan bahwa jika hendak melibatkan pendekatan politik hukum pidana (dalam rangka melindungi korban kejahatan di bidang perbankan, pen.) harus dilihat dalam hubungan keseluruhan politik kriminal. Ini pun harus merupakan bagian integral dari rencana pembangunan nasional.

Dengan kata lain, harus ada saling menyapa antara politik hukum pidana dan politik ekonomi, tanpa adanya kolaborasi, maka yang terjadi adalah kebijakan-kebijakan parsial. Akibatnya, produk hukum yang dihasilkan menjadi tidak komprehensif. Sebagai contoh, dalam Undang-undang No. 7 Tahun 1992 sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang No. 10 Tahun 1998, korporasi bukan merupakan subjek hukum pidana, sehingga jika terjadi tindak pidana di bidang perbankan, maka korporasi tidak dapat dipertanggungjawabkan secara pidana dalam Undang-undang tersebut.

## **B. Politik Hukum Pidana Dan Kejahatan Ekonomi Di Bidang Perbankan**

### **1. Ruang Lingkup Politik Hukum Pidana**

Politik hukum pidana (dalam tataran mikro), merupakan bagian dari politik hukum (dalam tataran makro), karena itu dalam bidang hukum pidana melaksanakan politik hukum pidana, berarti usaha mewujudkan peraturan perundang-undangan pidana yang sesuai dengan keadaan dan situasi pada suatu waktu dan untuk masa-masa yang akan datang.<sup>7</sup> Dalam kaitan ini yang menjadi pertanyaan, bagaimanakah implementasi politik hukum pidana (kebijakan penal) dalam rangka perlindungan korban kejahatan ekonomi di bidang perbankan. Apabila hukum pidana hendak dilibatkan, maka harus dilihat dalam hubungan keseluruhan politik kriminal.

Dengan demikian, jika politik kriminal dengan menggunakan politik hukum pidana, maka harus merupakan langkah-langkah yang dibuat dengan sengaja dan sadar. Memilih dan menetapkan hukum pidana sebagai sarana untuk menanggulangi kejahatan harus benar-benar telah memperhitungkan semua faktor yang dapat mendukung berfungsinya atau bekerjanya hukum pidana dalam kenyataannya.<sup>8</sup> Oleh karena itu, maka proses kriminalisasi yang terus berlangsung harus dilakukan evaluasi.

Dengan mengevaluasi berbagai kebijakan yang telah dituangkan dalam proses kriminalisasi, maka pemikiran-pemikiran yang hendak mengedepankan hukum pidana sebagai salah satu instrumen bagi perlindungan korban kejahatan ekonomi di bidang perbankan dapat dipertimbangkan, karena mengingat kelihaihan pelaku yang terkadang sulit terdeteksi oleh aparat penegak hukum, bahkan sarana perdata atau tindakan administrasi belum mampu membendung para pelaku kejahatan krah putih (*white-collar criminal*) itu beraksi. Akibatnya, perlindungan terhadap korban dirasakan masih belum memadai.

Mengkaji perlindungan korban kejahatan di bidang perbankan dengan menggunakan sarana hukum pidana, perlu terlebih dahulu disinkronkan dengan isu sentral dalam hukum pidana. Mengenai hal ini, Barda Nawawi Arief menulis<sup>9</sup> bahwa masalah pokok dalam hukum pidana meliputi: masalah tindak pidana; masalah kesalahan atau pertanggungjawaban pidana; dan masalah pidana dan ppidanaan.<sup>5</sup> Di samping itu, Packer menulis<sup>10</sup> bahwa dasar rasional dari hukum pidana bersandar pada tiga konsep, yaitu: tindak pidana, kesalahan, dan ppidanaan.

Ketiga pilar tersebut, merupakan dasar atau titik-tolak untuk mengkaji tentang politik (kebijakan) hukum pidana dalam rangka perlindungan korban kejahatan di bidang perbankan, yaitu korban akibat dari kejahatan yang dilakukan oleh korporasi, dalam hal ini bank sebagai korporasi. Dengan demikian, ruang lingkup kebijakan perlindungan korban yang akan dikaji meliputi: perbuatan pidana; sistem pertanggungjawaban pidana korporasi; dan pidana dan ppidanaan.

## 2. Korban Kejahatan Korporasi di bidang Perbankan

Kejahatan di bidang perbankan, sebagai salah satu bentuk kejahatan ekonomi dengan tanpa menggunakan kekerasan, namun dampaknya jauh lebih besar dibandingkan dengan kejahatan konvensional. Pelakunnya pun berkembang, semula yang dapat melakukan kejahatan hanyalah manusia, namun dengan adanya temuan dari ilmu hukum (normatif), korporasi diakui sebagai subjek hukum pidana (kecuali dalam Undang-undang tentang Perbankan).

Pengertian kejahatan korporasi, sebenarnya merupakan bagian dari *white-collar crime*, Clinard dan Yeager menulis,<sup>11</sup> *white-collar crime* terdiri dari dua bagian, yaitu *occupational crime* dan *corporate crime*. Mengenai *occupational crime* tidak diuraikan lebih lanjut dalam tulisan ini, karena yang dipokuskan adalah pada *corporate crime*. Menurut Shapiro kejahatan korporasi adalah kejahatan yang dilakukan oleh kolektif atau kumpulan individu dengan bidang (pekerjaan) yang berbeda. Pada intinya, untuk dapat disebut sebagai kejahatan korporasi, jika pejabat atau pengurus korporasi melakukan pelanggaran hukum untuk kepentingan korporasi.<sup>12</sup>

Berbagai bentuk kejahatan korporasi lainnya yang melibatkan bank sebagai pelaku kejahatan di bidang perbankan, adalah kasus Bank Summa. Dana yang dihimpun dari masyarakat seharusnya disalurkan sesuai ketentuan yang berlaku, yaitu kembali kepada masyarakat lagi. Akan tetapi, dana tersebut lebih banyak disalurkan kepada perusahaan yang satu group dengannya. Karena itu, ketentuan mengenai kelayakan jaminan sebagai syarat untuk memperoleh kredit, tidak dilakukan sebagaimana mestinya.<sup>13</sup>

### C. Pengaturan Korporasi sebagai Subjek Hukum Pidana dalam Undang-undang Perbankan dalam Upaya Perlindungan Korban Kejahatan di bidang Perbankan

#### 1. Korporasi sebagai Subjek Hukum dalam Hukum Pidana Positif

Undang-undang Perbankan dapat digolongkan dalam peraturan perundang-undangan di bidang hukum administratif yang memuat sanksi pidana. Menurut Reksodiputro<sup>14</sup> peraturan semacam ini harus dibedakan dengan UUTPE dan Undang-undang tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi, Undang-undang No. 31 Tahun 1999 sebagaimana dirubah dengan Undang-undang No. 20 Tahun 2001. Jika kedua undang-undang ini dapat dikatakan adanya tindak pidana ekonomi dan tindak pidana korupsi, maka untuk Undang-undang tentang Perbankan, Reksodiputro mempertanyakan: dapatkah dikatakan adanya kejahatan perbankan? Untuk menjawab pertanyaan ini, Reksodiputro mengutip tulisan Anwar yang mencoba mengintrodusir istilah tindak pidana di bidang perbankan sebagai upaya untuk menampung segala jenis perbuatan melanggar hukum yang berhubungan dengan kegiatan-

kegiatan dalam menjalankan usaha bank. Maksud mengintrodusir pengertian ini, karena belum ada peraturan-peraturan hukum pidana yang secara khusus dibuat untuk mengancam dan menghukum perbuatan-perbuatan yang berkaitan dengan pelanggaran terhadap ketentuan dalam menjalankan usaha bank.

Berdasarkan uraian di atas, meskipun berbagai kejahatan tersebut dapat dilakukan oleh korporasi (bank). Akan tetapi, karena dalam KUHP korporasi bukan merupakan subjek hukum pidana, maka sudah barang tentu korporasi tidak dapat dipertanggungjawabkan secara pidana. Apalagi jika bank dijadikan sebagai sasaran kejahatan, maka bukan lagi berbicara tentang kejahatan korporasi, melainkan lebih mengarah pada kejahatan *white-collar*. Dengan konstruksi demikian, berarti secara normatif tidak ada korban kejahatan ekonomi di bidang perbankan, dalam arti bank sebagai korporasi melakukan kejahatan yang dapat menimbulkan korban.

Berikutnya, bagaimana dengan produk hukum di era kemerdekaan. Apakah perlindungan korban, termasuk korban kejahatan di bidang perbankan sudah diatur dalam undang-undang tersebut. Undang-undang No. 31 Tahun 1999 sebagaimana dirubah dengan Undang-undang No. 20 Tahun 2001, mengatur korporasi sebagai subjek hukum pidana, sehingga tidak diragukan lagi korporasi dianggap dapat melakukan tindak pidana korupsi.

Kaitannya dengan Undang-undang No. 7 Tahun 1992 sebagaimana dirubah dengan Undang-undang No. 10 Tahun 1998, apakah dalam Undang-undang ini ada ketentuan yang menyebutkan bahwa korporasi dapat dipidana berdasarkan Undang-undang No. 31 Tahun 1999 sebagaimana dirubah dengan Undang-undang No. 20 Tahun 2001? Pertanyaan ini mengemuka, karena adanya ketentuan Pasal 14 dalam Undang-undang ini yang menyatakan: *setiap orang yang melanggar ketentuan Undang-undang yang secara tegas menyatakan bahwa pelanggaran terhadap ketentuan Undang-undang tersebut sebagai tindak pidana korupsi berlaku ketentuan yang diatur dalam Undang-undang ini*. Dalam Undang-undang No. 7 Tahun 1992 sebagaimana dirubah dengan Undang-undang No. 10 Tahun 1998, tidak ada ketentuan yang menyatakan bahwa korporasi dapat dituntut berdasarkan Undang-undang No. 31 Tahun 1999 sebagaimana dirubah dengan Undang-undang No. 20 Tahun 2001, terlebih dalam Undang-undang No. 7 Tahun 1992 sebagaimana telah dirubah dengan Undang-undang No. 10 Tahun 1998 tidak mengatur korporasi sebagai subjek hukum pidana.

## **2. Pertanggungjawaban Pidana Korporasi terhadap Korban dalam Undang-undang Perbankan, Pidana dan Pemidanaannya**

### **5 Pertanggungjawaban Pidana Korporasi**

Ruang lingkup perlindungan korban dalam tulisan ini bertumpu pada: perbuatan pidana; pertanggungjawaban pidana korporasi; pidana dan

pemidanaan. Mendiskusikan perbuatan pidana sebagai salah satu pilar dalam hukum pidana, maka yang perlu ditelusuri: perbuatan-perbuatan apa sajakah yang belum diatur dalam Undang-undang No. 7 Tahun 1992 sebagaimana dirubah dengan Undang-undang No. 10 Tahun 1998.

Terdapat beberapa kejahatan yang belum diatur dalam Undang-undang No. 7 Tahun 1992 sebagaimana dirubah dengan Undang-undang No. 10 Tahun 1998, yaitu: 1) Kejahatan yang menyangkut pemberian informasi tidak benar kepada masyarakat atau calon nasabah. 2) Kejahatan yang menyangkut praktek bank dalam bank. 3) perbuatan-perbuatan yang mengandung unsur tindak pidana korupsi.

Oleh karena itu, baik yang menyangkut kejahatan *fraudulent misrepresentation* maupun bentuk kejahatan lainnya, maka peninjauan kembali Undang-undang No. 7 Tahun 1992 sebagaimana dirubah dengan Undang-undang No. 10 Tahun 1998 adalah relevan guna perbaikan hukum pidana, sehingga kepentingan korban dapat dilindungi. Demikian juga yang menyangkut pertanggungjawaban pidana korporasi, serta pidana yang akan dikenakan kepada korporasi.

Untuk mempertanggungjawabkan pidana korporasi (*corporate criminal responsibility*), terlebih dahulu perlu mengacu kepada doktrin dasar dalam hukum pidana. Menurut Barda Nawawi Arief<sup>15</sup> dalam hukum pidana pada umumnya yang dapat dipertanggungjawabkan adalah pelaku, yaitu orang yang telah melakukan tindak pidana tertentu, akan tetapi tidak selalu demikian, karena masih bergantung pada perumusan yang dilakukan oleh pembuat undang-undang. Di samping itu, Moeljatno menulis<sup>16</sup> bahwa meskipun orang telah melakukan tindak pidana, tapi si pelaku belum tentu dapat dipidana sebagaimana yang diancamkan dalam hukum pidana, karena masih bergantung: apakah dalam melakukan tindak pidana itu dia mempunyai kesalahan.

Persoalannya, apakah dalam hal pertanggungjawaban pidana korporasi, masih relevan mengkaitkan dengan doktrin tentang pandangan dualistik dalam hukum pidana, yang memisahkan antara *perbuatan* dan *kesalahan*. Di negara-negara Anglo Saxon, perkecualian untuk tidak mencantumkan unsur kesalahan dalam mempertanggungjawabkan pelaku kejahatan, termasuk korporasi adalah menggunakan doktrin *strict liability* dan *vicarious liability*. Menurut Gillies<sup>17</sup> pertanggungjawaban pidana dikatakan menjadi strict apabila perbuatan yang telah dilakukan tidak lagi memperhatikan adanya kesalahan seseorang. Karena itu, seseorang dapat dipertanggungjawabkan, meskipun yang bersangkutan tidak melakukan kesalahan, yaitu seperti adanya unsur kesengajaan (*consisting in intention*). Lebih lanjut Gillies menulis bahwa konsep *strict liability* tersebut disusun sebagai perkecualian terhadap asas *common law*. Karena, berdasarkan doktrin *common law* suatu kejahatan mensyaratkan adanya *mens rea* di hampir semua kasus sebagai dasar untuk menjatuhkan pidana (*criminal liability*).

Selanjutnya, mengenai *vicarious liability*, Gillies menulis<sup>18</sup> bahwa *vicarious liability* dalam hukum pidana dapat digambarkan sebagai pengenaan pertanggungjawaban pidana kepada seseorang dalam kapasitas pelaku utama, berdasarkan atas perbuatan pelanggaran atau sekurang-kurangnya ada unsur pelanggaran yang dilakukan oleh orang lain. Contoh dari bentuk pertanggungjawaban ini, adalah hubungan antara karyawan dan pimpinan (*employer-employee situation*). Atau dengan kata lain, *vicarious liability* berarti pertanggungjawaban atas perbuatan yang dilakukan oleh orang lain (*liability for the acts of another person*).<sup>19</sup>

Berdasarkan kedua doktrin pertanggungjawaban pidana tersebut, maka bagaimana dengan hukum pidana kita yang akan datang? Apakah sudah berorientasi pada bentuk pertanggungjawaban pidana seperti ini? Dalam RUU tentang KUHP tahun 2008, Pasal 38 ayat (2) ditentukan: Dalam hal ditentukan oleh Undang-Undang, setiap orang dapat dipertanggungjawabkan atas tindak pidana yang dilakukan oleh orang lain. Ketentuan yang tercantum dalam Pasal 38 ayat (2) tersebut, merupakan perwujudan atau implementasi dari diadopsinya asas *vicarious liability* sebagaimana yang dianut oleh negara-negara yang berdasarkan pada *common law*.

Dengan diadopsinya kedua doktrin pertanggungjawaban pidana tersebut, maka apabila dikaitkan dengan pertanggungjawaban pidana korporasi, dalam hal ini adalah bank, akan besar sekali pengaruhnya dalam upaya penanggulangan kejahatan di bidang perbankan dengan menggunakan sarana hukum pidana (penal). Karena, dengan demikian sekaligus akan menciptakan adanya perlindungan korban kejahatan di bidang perbankan. Namun masalahnya sekarang, Undang-undang tentang Perbankan yang diatur dalam Undang-undang No. 7 Tahun 1992 sebagaimana dirubah dengan Undang-undang No. 10 Tahun 1998, ketentuan pidananya masih belum berorientasi kepada kedua doktrin pertanggungjawaban pidana yang telah diadopsi oleh RUU tentang KUHP tersebut. Apabila nantinya RUU tentang KUHP sudah diundangkan sebagai hukum pidana positif, maka ketentuan pidana di luar KUHP perlu disesuaikan dengan ketentuan KUHP, sehingga akan terjadi kesesuaian dengan Pasal 38 ayat (2) RUU tentang KUHP Tahun 2008.

Berdasarkan uraian di atas, berarti, permasalahan korporasi sebagai subjek hukum pidana sudah tidak dipersoalkan lagi, demikian juga dengan pertanggungjawaban pidananya, terlebih lagi dengan diadopsinya doktrin *strict liability* dan *vicarious liability* yang selama ini hanya dianut oleh negara-negara Anglo Saxon.

## 5 Pidana dan Pemidanaan

Namun, berikutnya yang menjadi permasalahan, pidana apakah yang paling tepat dikenakan terhadap korporasi. Dalam arti, pidana yang akan dikenakan itu harus diorientasikan kepada perlindungan korban, baik

terhadap calon korban maupun terhadap korban secara langsung. Jadi, bank sebagai korporasi yang telah melakukan kejahatan ekonomi tersebut, harus bertanggung jawab secara pidana atas perbuatan yang telah berakibat pada timbulnya korban.

Dikaitkan dengan Undang-undang No. 7 Tahun 1992 sebagaimana dirubah dengan Undang-undang No. 10 Tahun 1998, yang merupakan perundang-undangan administrasi yang bersanksi pidana, maka kedudukan hukum pidana menurut Muladi<sup>20</sup> adalah sebagai penunjang penegakan norma yang berada dalam hukum administrasi tersebut. Kendati kedudukannya sebagai penunjang, akan tetapi dalam hal-hal tertentu lanjut Muladi, hukum pidana dapat juga lebih fungsional daripada sekedar hanya berfungsi subsidiar. Alasannya, karena mengingat kepentingan hukum yang dilindungi sangat besar, yakni *sistem ekonomi suatu bangsa* (miring tebal, pen.). Meskipun begitu, Muladi mengingatkan bahwa penggunaan hukum pidana sebagai *primum remedium* harus dilakukan dengan hati-hati dan selektif, yaitu dengan mempertimbangkan, baik kondisi objektif (yang berkaitan dengan perbuatan) maupun hal-hal subjektif (yang berkaitan dengan pelaku), kerugian yang ditimbulkan, kesan masyarakat terhadap tindak pidana yang bersangkutan, serta tujuan pemidanaan yang hendak dicapai.

Sesuai dengan konteks pembahasan mengenai politik hukum pidana terhadap perlindungan korban kejahatan di bidang perbankan, maka penggunaan hukum pidana sebagai salah satu sarana untuk melindungi berbagai kepentingan yang telah dirugikan akibat kejahatan yang dilakukan oleh korporasi, pada prinsipnya tetap berpijak pada asas *ultimum remedium*, akan tetapi dalam hal-hal tertentu sudah saatnya dipertimbangkan penggunaan hukum pidana sebagai *primum remedium*.

Dalam pada itu, Harry V. Ball dan Lawrence M. Friedman menulis<sup>21</sup> bahwa apabila berbicara mengenai penggunaan sanksi pidana, pikiran kita akan tertuju pada lebih dari satu arti istilah yang digunakan, yaitu seperti perbedaan antara: (a) penetapan sanksi pidana oleh pembentuk undang-undang; dan (b) penerapannya oleh aparat penegak hukum. Pada pengertian yang pertama, hukum dapat dikatakan menggunakan sanksi apabila pembentuk undang-undang yang menggunakannya. Sedangkan pada pengertian yang kedua, sanksi digunakan apabila secara nyata diterapkan. Selanjutnya, apa yang kita maksudkan dengan istilah sanksi pidana itu? Undang-undang yang ditujukan pada peraturan ekonomi sering menyediakan berbagai alternatif sanksi, yaitu seperti ganti kerugian, denda yang bernilai uang, perampasan barang-barang, pencabutan izin usaha, pidana penjara, pidana bersyarat dengan ancaman denda atau penjara jika pidana bersyarat itu dilanggar. Kesemua sanksi tersebut, umumnya dianggap sebagai sanksi pidana.

Sehubungan dengan bermacam jenis sanksi tersebut, bagaimanapun juga sanksi denda atau penebusan dengan uang, sudah digunakan secara luas

sebagai sanksi. Karena itu menurut Harry V. Ball dan Lawrence M. Friedman,<sup>22</sup> mempertanyakan apakah sanksi yang bernilai uang atau denda itu merupakan sanksi yang tepat dikenakan terhadap organisasi bisnis (*business organization*), merupakan pertanyaan yang tidak relevan lagi untuk diperdebatkan, apalagi dengan menanyakan apakah sanksi pidana denda termasuk dalam lingkup hukum perdata atautkah hukum pidana.

Kaitannya dengan pidana denda tersebut, para ahli kriminologi sebagaimana ditulis oleh Harry V. Ball dan Lawrence M. Friedman<sup>23</sup> bahwa pada umumnya menyetujui menggunakan denda sebagai sanksi atas pelanggaran hukum pidana, sebab dengan denda, berarti keuntungan yang telah diperoleh oleh si pelaku (*business organization*) akan menjadi hilang (karena didenda). Pidana yang demikian ini (denda) akan dapat mencegah perolehan keuntungan melalui kejahatan.

5

Mencari alternatif sanksi yang tepat untuk dikenakan terhadap korporasi, Kadish<sup>24</sup> mengajukan alternatif berupa memberikan "cap" jahat kepada korporasi. Menurut Kadish, memberikan cap jahat itu dapat dilakukan seperti merusak nama baik korporasi dalam kegiatan bisnisnya, sehingga akan mempengaruhi keadaan ekonominya. Dengan sanksi yang berupa stigma atau cap 5, akan dapat mencegah korporasi melakukan kejahatan.

Konsep perlindungan korban dengan menggunakan sarana hukum pidana yang telah diuraikan di atastadi, sasarannya adalah pada perlindungan terhadap calon korban agar tidak menjadi korban kejahatan di bidang perbankan. Namun, karena dalam tulisan ini konsep perlindungan korban tidak saja ditujukan terhadap calon korban, tetapi juga perlindungan terhadap korban langsung sebagai akibat dari kejahatan yang dilakukan oleh bank (korporasi). Dengan konsep yang demikian, dimaksudkan agar ada keseimbangan perlindungan antara korban potensial dan korban langsung.

Dalam hubungan ini, Barda Nawawi Arief menulis<sup>25</sup> bahwa konsep perlindungan korban dapat dilihat dari dua aspek. Pertama, dapat diartikan sebagai perlindungan hukum untuk tidak menjadi korban tindak pidana. Kedua, dapat diartikan sebagai perlindungan untuk memperoleh jaminan/santunan hukum atas kerugian orang yang telah menjadi korban tindak pidana. Menurut Barda Nawawi Arief, bentuk santunan itu dapat berupa pemulihan nama baik (rehabilitasi), pemulihan keseimbangan batin (seperti permintaan maaf), pemberian ganti rugi (restitusi, kompensasi) dan santunan kesejahteraan sosial.

Di antara beberapa bentuk santunan tersebut, penulis menggarisbawahi bentuk pemberian ganti rugi yang meliputi restitusi atau kompensasi. Menurut Stephen Schafer<sup>26</sup> istilah restitusi dan kompensasi, dalam penggunaannya sering dipertukarkan. Namun, di antara kedua bentuk ganti kerugian itu, Schafer lebih condong menggunakan restitusi terhadap korban. Menurut Schafer, ganti rugi kepada korban kejahatan seharusnya menjadi tanggung jawab pribadi pelaku (*offender*), tanggung jawab ini pada dasarnya juga merupakan bagian dari

proses pemasyarakatan (*correctional process*). Berdasarkan sudut pandang ini, restitusi tidak semata ditujukan kepada orang yang telah dirugikan itu, akan tetapi pada saat yang sama juga membantu memasyarakatkan kembali dan rehabilitasi si pelaku, dan itu merupakan bagian dari pemidanaan.

Sejalan dengan pandangan Schafer, J.J.M. van Dijk, dkk. menulis<sup>27</sup> bahwa tanggung jawab pelaku kepada korban, pada dasarnya merupakan upaya untuk menyelesaikan konflik antara pelaku dan korban dengan menggunakan sarana hukum pidana, karena pidana itu dapat dipandang sebagai pemuasan bagi korban. Namun demikian, upaya penyelesaian konflik itu masih tergantung sampai sejauh mana kerugian itu pada akhirnya diganti.

Menurut Muladi<sup>28</sup> penyelesaian masalah korban dalam kasus-kasus pidana, selain menimbulkan gerakan untuk lebih memperhatikan korban dalam *access to justice*, juga muncul gerakan untuk menumbuhkan apa yang dinamakan dengan *restorative justice* yang menempatkan peradilan pada posisi mediator.

Konsep *restorative Justice* tersebut di dalam *United Nations Office for Drug Control and Crime Prevention*<sup>29</sup> dinyatakan, *restorative justice* merupakan sebuah istilah baru terhadap konsep lama. Seluruh sejarah umat manusia, pendekatan *restorative justice* telah digunakan dalam memecahkan konflik antara para pihak dan memulihkan perdamaian di masyarakat. Pendekatan-pendekatan retributive atau rehabilitative terhadap kejahatan dalam tahun-tahun terakhir ini dianggap sudah tidak memuaskan lagi. Karena itu, telah memberikan dorongan untuk beralih kepada pendekatan *restorative justice*. Adapun kerangka dari *restorative justice* itu melibatkan pelaku, korban dan masyarakat dalam upaya untuk menciptakan keseimbangan, yaitu antara pelaku dan korban.

Sesuai dengan pandangan di atas, Adam Graycar, Director of Australian Institute of Criminology menulis<sup>30</sup> bahwa dalam praktek *restorative justice*, teori reintegrative shaming sangat mendukung dalam penyelesaian konflik melalui pendekatan *restorative justice* tersebut. Graycar, yang mengutip pendapat John Braithwaite mengenai teori *reintegrative shaming*, lebih lanjut menulis bahwa ada dua segi utama yang melekat pada proses *restorative* tersebut. Pertama, untuk mencapai keberhasilan reintegrasi itu, maka proses yang dilakukan harus melibatkan kehadiran dan peranserta masyarakat bagi dukungan terhadap pelaku dan korban. Kedua, adalah proses yang memerlukan adanya perasaan malu (*shaming*) sebagai suatu pencelaan (*confrontation*) atas perbuatan salah antara pelaku dan korban. Proses melalui pendekatan *restorative* ini bertujuan: a) menjelaskan kepada pelaku bahwa perbuatan tersebut merupakan perbuatan yang tercela di masyarakat; b) dukungan dan menghargai seseorang walaupun perbuatannya tersebut merupakan perbuatan yang tercela. Dengan demikian, tujuan dari program *restorative* tersebut, adalah mengembalikan pelaku ke dalam masyarakat, agar dapat menjadi anggota masyarakat yang bertanggung jawab, mematuhi hukum dan menjunjung tinggi nilai-nilai dalam masyarakat.

Untuk pembaharuan Undang-undang tentang Perbankan, relevan jika mempertimbangkan mencantumkan penyelesaian perkara dengan prinsip *Win-Win Solution* ini dalam rumusan ketentuan pidananya. Karena, di satu sisi korban tetap mendapatkan perlindungan hukum berupa ganti kerugian (restitusi) dari pelaku, yang merupakan tanggung jawab pelaku (korporasi) kepada korbannya, dan di sisi lain, pelaku (korporasi) wajib memenuhi tanggung jawabnya tersebut sesuai dengan hasil kesepakatan atau negosiasi antara pelaku dan korban dengan melibatkan pengadilan, karenanya apabila kewajiban sebagaimana telah disepakati itu tidak dijalankan atau tidak dipenuhi oleh pelaku (korporasi), maka pengadilan dapat memaksa pelaku untuk memenuhi kewajibannya itu, di samping juga pidana yang lebih berat akan dikenakan kepada pelaku.

Dalam konteks ini, relevan apabila merujuk kepada tulisan John C. Coffee. Menurut Coffee<sup>31</sup> ketelitian dalam menjatuhkan pidana dengan pertimbangan akan lebih bermanfaat bagi korporasi mempunyai akibat-akibat lain yang diinginkan seperti antara lain, memastikan bahwa pelanggaran yang dilakukan oleh *agent* akan berakibat dengan penjatuhan pidana terhadap korporasi, dan pengadilan berwenang memerintahkan pemberian pidana ganti rugi kepada korban. Untuk itu, maka pengadilan dapat pula mempertimbangkan pengawasan yang dapat diimplementasikan melalui pidana berupa *corporate probation*. Dengan demikian, pengawasan terhadap korporasi melalui pidana *corporate probation* tersebut, adalah sebagai sarana untuk menjamin agar pidana yang telah dijatuhkan terhadap korporasi benar-benar dapat dilaksanakan dengan baik.

#### D. Kesimpulan

Berdasarkan uraian di atas, maka berikut ini dapat diambil kesimpulan dan rekomendasi sebagai berikut :

1. a. Politik hukum pidana dalam hukum pidana positif masih berorientasi pada kepentingan pelaku, sehingga perlindungan terhadap korban (khususnya korban langsung) menjadi sangat lemah. Adanya politik hukum pidana yang demikian, karena dianutnya pertanggungjawaban pidana yang bersifat individual.
- b. Subjek tindak pidana dalam Undang-undang tentang Perbankan terfokus pada manusia, bukan pada bank (korporasi) sebagai pelaku, sehingga tidak ada pertanggungjawaban pidana korporasi (bank) terhadap korban kejahatan di bidang perbankan.
2. Konsep perlindungan korban kejahatan di bidang perbankan dengan menggunakan hukum pidana harus bertumpu pada tiga pilar dalam hukum pidana:

*Pilar pertama:* mengkriminalisasikan perbuatan yang berpotensi bagi timbulnya korban, merupakan langkah preventif. Perbuatan-perbuatan tersebut meliputi: *fraudulent misrepresentation*; dan menyalahgunakan kewenangan baik untuk kepentingan pribadi maupun orang lain sebagai tindak pidana korupsi. Demikian juga dengan pengaturan korporasi sebagai subjek hukum pidana.

*Pilar kedua:* doktrin pertanggungjawaban pidana berdasarkan asas culpabilitas, jika pelakunya korporasi, dapat dikesampingkan atau diterobos dengan doktrin *strict liability* atau *vicarious liability*.

*Pilar ketiga:* perlindungan korban kejahatan di bidang perbankan, tidak hanya perlindungan terhadap *potential victim* atau calon korban, melainkan juga perlindungan terhadap *actual victim*, sehingga akan menciptakan keseimbangan dalam hukum pidana antara pelaku dan korban, dan antara calon korban dan korban langsung.

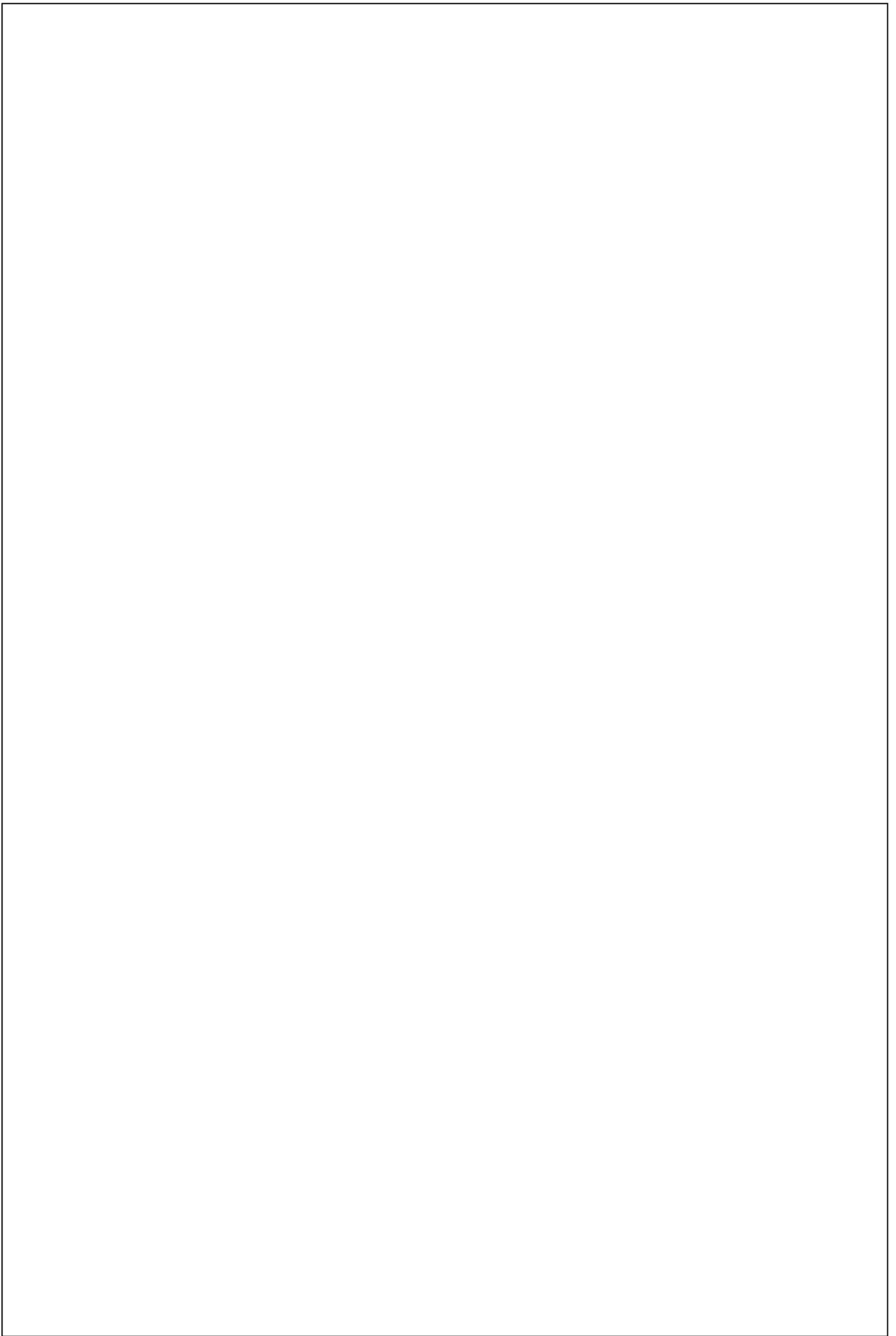
Memformulasikan ancaman pidana denda yang tinggi tidak akan dapat mencegah korporasi (bank) melakukan kejahatan di bidang perbankan tanpa dikombinasikan dengan alternatif sanksi pidana lainnya seperti misalnya *publicity sanction*.

#### E. Rekomendasi

- a. Untuk hukum pidana yang akan datang, perlu memformulasikan konsep yang seimbang antara perlindungan terhadap *potential victim* dan terhadap *actual victim*, sehingga tidak ada diskriminasi dalam memberikan perlindungan antara pelaku dan korban, dan antara calon korban dan korban langsung.
- b. Undang-undang tentang Perbankan yang akan datang perlu merumuskan korporasi sebagai subjek hukum pidana, karena dengan tidak adanya ketentuan demikian, akibatnya secara normatif seolah tidak ada kejahatan di bidang perbankan yang dilakukan oleh bank sebagai pelaku. Demikian juga korbannya, seolah tidak ada korban kejahatan korporasi.
- c. Untuk memberikan perlindungan yang berorientasi kepada korban potensial, maka selain perlu mengkriminalisasikan *fraudulent misrepresentation*, praktek bank dalam bank, dan penyalahgunaan kewenangan di bidang ekonomi (korupsi), juga perlu merumuskan sanksi pidana yang berat sebagai salah satu sarana untuk mempengaruhi korporasi agar tidak melakukan kejahatan, sehingga dapat mencegah terjadinya korban. Di samping untuk memberikan perlindungan yang berorientasi kepada perlindungan korban langsung, maka perlu pula mengimplementasikan konsep *restorative justice* melalui pendekatan *Sama-Sama Untung* ke dalam hukum pidana yang akan datang,

serta merumuskan ketentuan yang mewajibkan korporasi (bank) memberikan restitusi kepada korban sebagai wujud dari tanggung jawabnya atas kejahatan yang telah dilakukan.

- d. Untuk menciptakan sinkronisasi dan penyederhanaan dalam pembaharuan hukum (di bidang perbankan), maka Undang-undang tentang Perbankan ke depan tidak perlu merumuskan sendiri ketentuan pidananya seperti yang ada saat ini, misalnya yang terkait dengan tindak pidana korupsi, maka cukup menunjuk pada Pasal 14 Undang-undang No. 31 Tahun 1999 sebagaimana dirubah dengan Undang-undang No. 20 Tahun 2001.



# KEKUASAAN DISKRESI PEMERINTAH DAN PENCIPTAAN IKLIM USAHA YANG KONDUSIF

**Krishna D. Darumurti, S.H., M.H.**

*Dosen, Fakultas Hukum, Universitas Kristen Satya Wacana*

## **Executive Summary**

Tulisan ini hendak memikirkan ulang hakikat dari kekuasaan diskresi pemerintah dan sekaligus menolak pandangan yang lebih bernuansa fobia, sumber korupsi dan tidak kondusif bagi kepentingan dunia usaha, ketimbang objektif dalam memandang status kekuasaan diskresi pemerintah pada negara yang dibimbing oleh asas *the Rule of Law*. Pokok argumen penulis adalah kekuasaan diskresi merupakan sebuah *necessity* bagi pemerintah dalam rangka merealisasi tujuan negara. Kekuasaan diskresi dibutuhkan bagi kontinuitas pemerintahan yang senantiasa terancam oleh bahaya kemandegan karena legislasi tidak antisipatif terhadap perubahan keadaan (perkembangan kemasyarakatan).

Dalam pengertian demikian maka nampak bahwa kekuasaan diskresi justru adalah kekuasaan pemerintahan terpenting dan sekaligus alat uji yang sahih bagi kualitas kepemimpinan, yaitu apakah pejabat yang melakukan tindakan diskresi tersebut bertindak demi *salus populi* atau sebaliknya, bertindak demi kepentingan sempit diri pribadi atau golongan. Kekuasaan diskresi pemerintah kompatibel dengan kebijakan penciptaan iklim usaha yang kondusif sepanjang tindakan diskresi pemerintah mengacu pada persyaratan yang berlaku *a priori* baik *right-based* maupun *goal-based*.

## **A. PENDAHULUAN**

Korupsi adalah hambatan terbesar bagi penciptaan iklim usaha yang kondusif. Akar permasalahan korupsi bukan semata-mata karena ini merupakan tindak pidana kejahatan, tetapi korupsi adalah masalah serius bersumber dari tata kelola pemerintah (*governance*) yang minim pertanggungjawaban dalam segala pengertiannya (liabilitas, responsibilitas dan akuntabilitas). Sehingga mengatasi akar permasalahan korupsi tidak cukup dengan kebijakan hukum pidana (melakukan kriminalisasi terhadap perbuatan korupsi), tetapi juga harus menukik lebih dalam lewat kebijakan hukum tata negara dan administrasi.

Dalam kaitan dengan isu di atas, tulisan ini hendak membahas secara spesifik mengenai kekuasaan diskresi pemerintah dan dimensi pertanggungjawabannya sebagai bagian dari kebijakan di bidang hukum tata negara dan administrasi dalam rangka memberikan solusi langsung ke akar permasalahan korupsi tersebut. Tulisan ini hendak berargumen mengenai dua hal. Pertama, pada

satu sisi, kekuasaan diskresi pemerintah adalah sebuah *necessity* yang niscaya, tidak untuk ditakuti dan kemudian diberangus dalam rangka memberantas praktik korupsi dan untuk menciptakan iklim usaha yang kondusif. Kedua, karena itu, batas-batas pelayanannya harus mendapat perhatian sehingga ketika batas-batas tersebut dilampaui maka implikasinya sangat besar: korupsi dan iklim usaha menjadi tidak kondusif.

## B. KONSEP KEKUASAAN DISKRESI PEMERINTAH

Tesis penulis adalah bahwa kekuasaan diskresi pemerintah merupakan *legal concept* yang eksis di dalam legal system yang mengkaidahi suatu *political system* (baca: asas *the Rule of Law*) – dalam hal ini penyelenggaraan negara dan pemerintahan. Dengan demikian konsep kekuasaan diskresi berhimpitan dan tarik-menarik dengan konsep legalitas. Oleh karena itu, isu kekuasaan diskresi pemerintah tidak dapat dilepaskan dari isu *power relations* antara pemerintah (*bestuur*) dengan legislator (pembentuk undang-undang). Sedasar dengan itu, konsepsi penulis tentang kekuasaan diskresi adalah bentuk delegasi dari pembentuk undang-undang kepada pemerintah untuk melakukan suatu tindakan baik berupa tindakan nyata maupun tindakan yudis (membentuk keputusan atau peraturan). Diskresi pada pemerintah adalah residu dari kekuasaan pembentuk undang-undang yang tidak seluruhnya tercakup di dalam legislasi.

### 1. Justifikasi terhadap Kekuasaan Diskresi Pemerintah

Kekuasaan diskresi layak diperjuangkan sebagai keharusan karena di dalam kekuasaan tersebut terkandung kebenaran nilai yang fundamental, *virtue* (kebajikan), yang tak lain adalah HUKUM itu sendiri. Dalam menjawab isu justifikasi terhadap kekuasaan diskresi pemerintah penulis mengacu pada doktrin filsafat hukum Lockean.<sup>32</sup> Jatuhnya pilihan pada pemikiran John Locke didasari oleh pertimbangan objektif yaitu persetujuan atas *opinio doctorum* yang dikemukakan Fatovic: “*Lockean constitutionalism can perhaps best be understood as an attempt to respond to the necessities and exigencies of political life that the strictest legal formalism cannot accommodate.*”<sup>33</sup>

Setelah mengkaji pemikiran Locke, Fatovic merumuskan sejumlah tesis penting dalam pemikiran Locke untuk memudahkan memahami teori dan kerangka berpikirnya. **Pertama**, *prerogative is not supposed to be used to undermine the law even when it contradicts the law. But the law that is most relevant for Lockean constitutionalism is contained in the substantive principles of natural law, not the formal rules of human law.*<sup>34</sup> **Kedua**, *In Locke’s political universe, the higher purposes of law are never subordinated to formal rules or juridical formulas. It is a constitutional vision in which legal rules serve ends higher than themselves.*<sup>35</sup> **Ketiga**, *it was possible to pursue legitimate ends through unauthorized means without making a sacrifice of*

*morality on the altar of necessity as long as the governor presiding over the delicate process was virtuous.*<sup>36</sup>

Sebagai kaidah, Locke adalah penganut sejati asas *the Rule of Law*, i.e. asas legalitas. Pernyataan ini dapat dibuktikan lewat pernyataan langsung dari Locke:

*For all the power the government has, being only for the good of society, as it ought not to be arbitrary and at pleasure, so it ought to be exercised by established and promulgated laws: that both the people may know their duty, and be safe and secure within the limits of the law, and the rulers too kept within their bounds, and not to be tempted, by the power they have in their hands, to imploy it to such purposes, and by such measures, and they would not have known, and own not willingly (II, § 137).*<sup>37</sup>

Tetapi dalam pernyataannya yang kemudian Locke mengatakan pendirian yang sebaliknya:

*For since in some Governments the Law-making Power is not always in being, and is usually too numerous, and too slow, for the dispatch requisite to Execution: and because also it is impossible to foresee, and so by laws to provide for, all Accidents and Necessities, that may concern the publick; or to make such Laws, as will do no harm, if they are executed with an inflexible rigour, on all occasions, and upon all Persons, that may come in their way, therefore there is a latitude left to the Executive power, to do many things of choice, which the Laws do not prescribe (II, § 160).*<sup>38</sup>

2 Hubungan antara dua pernyataan yang saling bertentangan tentang satu isu ini tidak seyogianya ditundukkan pada asas derogasi, *lex posterior derogat lex priori*. Pernyataan pertama tetap valid, sementara pernyataan kedua bersifat pengecualian atas pernyataan pertama, dan sifat pengecualian itu sementara. Terhadap pernyataan kedua Fatovic memberi anotasi:

*This passage is remarkable not just for its blunt pessimism about the inadequacies of legislative action but even more so for its evident aversion to uniformly rigorous execution of the law. Locke suggested that even where an applicable law exists, strict enforcement of that law might be harmful to a particular individual or even to the community as a whole.*<sup>39</sup>

2 Analisis dari perspektif Lockean atas isu justifikasi terhadap kekuasaan diskresi pemerintah akan bertolak dari dua pernyataan Locke sebagaimana dikutip di atas.

Dalam kerangka berpikir teori Locke, tujuan negara adalah isu sentral. Pemahaman mengenai tujuan negara akan memberikan pemahaman mengenai hakikat sebuah pemerintahan. Tujuan negara oleh Locke diletakkan pada pertimbangan mengapa manusia memilih mendirikan sebuah negara ketimbang sebaliknya, yaitu dalam rangka: "*for the mutual Preservation of their Lives, Liberties and Estates*" (2 § 123).<sup>40</sup> Supaya preservasi terhadap '*lives, liberties and estates*' dapat terjadi maka *the Rule of Law* merupakan keniscayaan. Di

dalam koridor *the Rule of Law*, Locke menjelaskan: “*all private judgment of every particular Member [is] excluded, [and] the Community comes to be Umpire, by settled standing Rules, indifferent, and the same to all Parties*” (II, § 87).<sup>41</sup>

Untuk mendukung terselenggaranya *the Rule of Law*, maka kaidah fundamental bagi negara adalah “*the establishing of the Legislative Power*” (II, § 134).<sup>42</sup> Locke memposisikan kekuasaan legislatif dengan eksekutif terpisah secara fungsional untuk menegakkan asas bahwa seseorang tidak boleh menjadi hakim bagi dirinya sendiri (*nemo iudex in causa sua*).<sup>43</sup> Dalam hubungan dengan kekuasaan legislatif inilah, kekuasaan eksekutif (pemerintah) Lockean memiliki kekuasaan prerogatif. 2

Menyimak penjelasan di atas, kekuasaan prerogatif Lockean bukan kekuasaan buta. Dalam kekuasaan prerogatif Lockean terkandung aspek tanggung jawab moral yang kuat pada pemegangnya; bukan asas legalitas yang harus menjadi panglima, tetapi HUKUM itu sendiri. HUKUM di sini, *the spirit of the law*, bukan legalitas, adalah *salus populi suprema lex*. Pemerintah, dalam rangka penyelenggaraan negara terikat dan didikte oleh asas fundamental dari *natural law* yang sifatnya *supreme, incontrovertible, universal, and unexceptionable* yaitu *the preservation of society*. Dalam kalimat Locke sendiri: “*the first and fundamental natural Law, which is to govern even the Legislative it self, is the preservation of the Society, and (as far as will consist with the publick good) of every person in it*” (II, § 134).<sup>44</sup>

Berdasarkan penjelasan Locke di atas, tindakan dalam kerangka kekuasaan prerogatif bertentangan dengan asas legalitas, tetapi tidak bertentangan dengan HUKUM sepanjang tindakan itu melayani tujuan *the preservation of society*. Lebih tegas lagi Locke mengatakan: “*Salus Populi Suprema Lex, is certainly so just and fundamental, a Rule, that he, who sincerely follows it, cannot dangerously err*” (II, § 158).<sup>45</sup> Hal ini konsisten dengan pendapat Arnhart di atas, bahwa kekuasaan prerogatif “*is not ‘a substitute for law’ but ‘a supplement to law’.*”

Oleh karena itu penulis sampai pada satu kesimpulan bahwa justifikasi (2) (alasan halal) bagi kekuasaan diskresi pemerintah adalah tuntutan keterpenuhan keadilan dan kemanfaatan. Pertimbangan kemanfaatan adalah mengacu pada ketercapaian atas apa yang menjadi tujuan dari negara, yaitu inheren berkenaan dengan kedayagunaan dan kehasilgunaan kekuasaan diskresi itu sendiri. Sementara pertimbangan keadilan adalah mengacu pada *the spirit of the law*, yaitu perlindungan kepentingan fundamental manusia, yaitu pemenuhan *legitimate expectations* hidup bernegara secara sama bagi semua. Hukum ‘*salus populi*’ mendikte “*the best interests of the community as a whole and not simply for the benefit of the executive or one segment of that community*” yang harus dipreservasi oleh kekuasaan prerogatif. Sebagaimana dinyatakan sendiri oleh Locke: “*’tis fit that the Laws themselves should in some Cases give way to the Executive Power, or rather to this Fundamental Law of Nature and Government, viz. That as much as may be, all the Members of the Society are to be preserved*” (kursif – penulis) (II, § 159).<sup>46</sup>

## 2. Delegasi dari Pembentuk Undang-undang

Kekuasaan legislatif dibutuhkan dalam rangka rule-making untuk menghasilkan legislasi. Kebutuhan akan hadirnya legislasi dalam negara modern dipertegas dengan asas *the Rule of Law* yaitu asas legalitas. Dalam kaitan dengan itu pengertian minimal tentang *the Rule of Law* yang disepakati secara universal ialah: "*law is the means by which the State conducts its affairs, that whatever a government does, it should do through laws.*"<sup>47</sup>

Suatu masyarakat selalu berubah adalah keniscayaan. Tetapi, sebuah pemerintahan tidak bisa berhenti menunggu penyesuaian peraturan tersebut dengan perubahan kemasyarakatan yang terjadi. Legislasi yang tidak mengantisipasi isu ini akan menimbulkan kemandegan dalam pemerintahan yang secara sifat harus selalu kontinyu. Oleh karena itu, diskresi adalah tindakan antisipatif yang secara yuridis sifatnya adalah keniscayaan.

Salah satu justifikasi bagi argumen ini adalah pernyataan Thomas Jefferson, salah seorang *the Founding Fathers AS*: "*to lose our country by a scrupulous adherence to written law, would be to lose the law itself, with life, liberty, property and all those who are enjoying them with us; thus absurdly sacrificing the end to the means.*"<sup>48</sup> Pernyataan Jefferson di atas menegaskan satu pengertian yang fundamental yaitu tidak segala hal mampu ditampung di dalam peraturan perundang-undangan sebagai preskripsi bagi perilaku pemerintah (asas legalitas). Yang tidak mampu tercakup di dalam peraturan perundang-undangan itulah ranah dari kekuasaan diskresi pemerintah untuk bertindak manakala syarat objektif mengharuskannya demikian.

Oleh karena itu penulis berpendirian bahwa basis kekuasaan diskresi adalah delegasi dari pembentuk undang-undang kepada pemerintah. Untuk menjustifikasi argumen tersebut penulis melakukan *comparative approach* dengan mengacu pada teori yang berkembang tentang praktik ketatanegaraan mengenai isu *emergency power* di AS dalam kaitan dengan hubungan kekuasaan antara legislatif dengan eksekutif. Menurut teori ini:

*Legislators themselves know that Congress is not well suited for emergency action. Rather than trying to legislate for emergencies during emergencies, legislators act beforehand, authorizing the president and executive agencies to act if an emergency arises and generally granting them massive discretion. Legislative action during emergencies consists predominantly of ratifications of what the executive has done, authorizations of whatever it says needs to be done, and appropriations so that it may continue to do what it thinks is right. Aware of their many institutional disadvantages – lack of information about what is happening, lack of control over the police and military, inability to act quickly and with one voice – legislators confine themselves to expressions of support or concern.*"<sup>49</sup>

Berdasarkan pengertian di atas, peletakan kekuasaan diskresi pada pemerintah berdasarkan kaidah delegasi dari pembentuk undang-undang menunjukkan kekhasan dari karakteristik kekuasaan pemerintah dibanding

dengan kekuasaan pembentuk undang-undang atau bahkan cabang kekuasaan negara yang lain untuk menanggapi situasi keabnormalan.

Sehingga pemerintah tidak hanya sekedar melaksanakan undang-undang (legisme), melainkan demi terselenggaranya *the Rule of Law* diperlukan adanya kekuasaan diskresi. Ini berarti bahwa sebagian kekuasaan yang dipegang oleh badan legislatif, diserahkan kepada pemerintah dengan satu syarat bahwa keberadaan kekuasaan diskresi ini tetap harus dalam koridor *the Rule of Law*, tidak dalam pengertian legalitas semata.

### 3. Perlindungan Hukum bagi Pembuat Tindakan Diskresi

Dengan menggunakan teori delegasi sebagai basis dari kekuasaan diskresi pemerintah maka isu yang akan dibahas selanjutnya ialah tentang pertanggungjawaban. Dalam delegasi, kekuasaan delegant hilang dengan peralihannya kepada delegataris. Delegataris dapat melakukan tindakan secara mandiri berkenaan dengan kekuasaan yang telah didelegasikan kepadanya oleh delegant. Karena dapat melakukan tindakan secara mandiri maka implikasi yuridisnya, delegataris bertanggung jawab secara mandiri.<sup>50</sup>

Berdasarkan pembahasan di atas, kekuasaan diskresi merupakan suatu produk yuridis. Oleh karena itu implikasinya adalah manakala kekuasaan ini digunakan dalam tindakan, maka berlaku perlindungan hukum kepada pembuat tindakan. Asas umum perlindungan hukum bagi badan/pejabat pemerintah yang melakukan tindakan diskresi adalah jaminan imunitas dari tindakan *judicial review* oleh hakim. Hal ini terkenal dengan *adagium* 'kebijakan tidak dapat diadili'<sup>51</sup> atau dalam Hukum Tata Negara/Hukum Administrasi AS isu ini akan masuk ke dalam katagori '*political question*' atau '*non-justiciable issue*' di mana pengadilan akan menahan diri untuk tidak melakukan intervensi (*self-straint*) atas kekuasaan pemerintah yang sifatnya sangat teknikal ini.

Secara umum, sebagai pedoman, isu non-yustisiabilitas tindakan diskresi adalah karena yang menjadi pokok sengketa bukan isu *rechtmatigheid* tetapi *doelmatigheid*. Lingkup dari kekuasaan yudisial hanyalah menentukan apakah suatu tindakan sesuai hukum atau melanggar hukum, bukan apakah suatu tindakan bermanfaat/tepat guna ataukah tidak. Selain itu, lingkup dari pengujian oleh hakim hanyalah sebatas hal-hal yang terkait dengan situasi pada saat tindakan itu dilakukan (*ex tunc*), bukan situasi kemudian terkait dengan tindakan itu (*ex nunc*).<sup>52</sup>

Namun demikian, asas umum ini tidak seyogiannya diabsolutkan. Dalam perkaitan isu *responsibilitas* atau *akuntabilitas* yang disalurkan melalui lembaga peradilan, asas ini dapat direlativisir. Yang menjadi isu adalah apakah terjadi penyalahgunaan kewenangan atau apakah terjadi tindakan sewenang-wenang. Dalam situasi demikian, tindakan diskresi pemerintah akan luruh menjadi tindakan individual pejabat yang melakukan tindakan tersebut, dan hal ini dapat dipertanggungjawabkan secara yudisial sebagai tindak pidana.

### C. PENSYARATAN BAGI TINDAKAN DISKRESI PEMERINTAH

Dengan berbagai segi positifnya, kekuasaan diskresi bukan cek kosong yang dapat diisi sesukanya oleh badan atau pejabat pemerintah. Manakala tindakan diskresi badan atau pejabat pemerintah unchecked atau unreviewable maka tirani yang akan terjadi. Situasi demikian sama artinya dengan mendudukan pemerintah sebagai pihak dan hakim sekaligus, dan konsekuensi membahayakan yang paling mungkin terjadi adalah bias dalam mempertimbangkan diambilnya tindakan diskresi itu sendiri.

Secara bernuansa pengertian tersebut nampak dari pendapat bijak James Madison dalam the Federalist No. 10: “No man is allowed to be a judge in his own cause because his interest would certainly bias his judgment, and, not improbably, corrupt his integrity. With equal, nay with greater reason, a body of men are unfit to be both judges and parties, at the same time.”<sup>53</sup> Artinya, yang tidak disepakati di sini bukan validitas kekuasaan diskresi per se dari sudut pandang *the Rule of Law*, tetapi pemerintah, pembuat tindakan diskresi, sebagai pemberi kata final tentang segala apa yang dipandang sebagai kepentingan terbaik bagi bangsa, bukan institusi lain yang netral, yang tidak bertindak sebagai pihak maupun hakim sekaligus.

#### 1. Konsep tentang Dasar-dasar Pengujian Tindakan Diskresi Pemerintah

Isu sentral dalam mendiskusikan isu tentang dasar pengujian tindakan diskresi pemerintah adalah konsepsi tentang HUKUM. Bentuk-bentuk pengujian *ratione materiae* yang dikenal yaitu *wetmatigheidstoetsing*, *rechtmatigheidstoetsing* dan *doelmatigheids-toetsing* pada analisis akhir merupakan representasi perkembangan konsepsi tentang HUKUM sebagai dasar pengujian. Pada pengujian dengan bentuk *wetmatigheidstoetsing*, yang merupakan dasar pengujian adalah undang-undang (legislasi) dan peraturan-peraturan pelaksanaannya (regulasi) (*wet; lex*). Sehingga metode yang demikian dikenal dengan istilah pengujian dengan pendekatan *rule-based*. Pendekatan *rule-based* hanya adekuat pada kasus tindakan pemerintah dalam koridor kekuasaan/kewenangan terikat.

Dasar pengujian pada *rechtmatigheidstoetsing* adalah Hukum (*recht; ius*), yaitu *a body of ideals, principles, and precepts for the adjustment of the relations of human beings and the ordering of their conduct in society*.<sup>54</sup> Hal ini lazim dikenal dengan istilah pengujian dengan pendekatan *right-based*. Konsep *Right* di sini dalam bahasa filosofis mengandung konsepsi: *good or just law, which is binding on us because it is good or just*.<sup>55</sup>

Perbedaan antara *rule-based* dengan *right-based* ini hanya terjadi dalam diskursus hukum di negara-negara yang menggunakan bahasa Inggris karena di dalam kosakata bahasa Inggris tidak diketemukan perbedaan antara *ius* dan *lex* secara spesifik. Kedua konsep berbeda ini hanya terwakili dalam satu kata

yaitu *law*. Untuk mengatasi kesulitan membedakan *law* dalam pengertian *lex* dengan *law* dalam pengertian *ius* digunakan istilah *Right* (dengan pengertian *good or just law*). Sehingga oleh karena itu, pengujian berdasarkan Hukum atau *ius* lebih dikenal dengan istilah pengujian *right-based*. *Ratione temporis*, pengujian hukum (dalam arti sempit maupun luas) hanya dapat dilakukan secara *ex tunc*, yaitu memperhitungkan semua fakta atau keadaan pada saat tindakan itu dilakukan.<sup>56</sup>

Dasar pengujian pada *doelmatigheidstoetsing* adalah *doel* atau tujuan dari tindakan. Sehingga pengujian yang demikian lebih dikenal dengan penamaan pendekatan *goal-based*. Yang menjadi isu dalam *doelmatigheidstoetsing* ialah segi hasil guna (pertimbangan efisiensi) dan daya guna (pertimbangan efektivitas) dari tindakan dikaitkan dengan tujuan (*goal; doel*) yang hendak dicapai melalui tindakan itu. *Ratione temporis*, pengujian kedayagunaan dan kehasilgunaan dapat dilakukan baik *ex tunc* maupun *ex nunc*. Yang dimaksud dengan *ex nunc* yaitu perubahan fakta dan keadaan termasuk dalam penilaian suatu tindakan.<sup>57</sup> Pengujian berdasarkan pertimbangan *rechtmatigheid* (*right-based*) dan pertimbangan *doelmatigheid* (*goal-based*) adalah yang paling adekuat untuk ditujukan sebagai dasar pengujian tindakan diskresi pemerintah.

## 2. Dasar Pengujian *Right-Based: Principles of Good Governance*<sup>58</sup>

Hubungan antara *Principles of Good Governance* dengan tindakan diskresi pemerintah dapat dijelaskan melalui dua teori. *Pertama*, teori kompensasi. *Kedua*, teori tentang fungsi dalam hukum dan masyarakat. Teori kompensasi menjelaskan bahwa *Principles of Good Governance* merupakan kompensasi atas hilangnya jaminan dalam peraturan perundang-undangan sebagai dasar pengujian absahan tindak pemerintahan karena legislator mendelegasikan kekuasaan diskresi kepada pemerintah. Penjelasan demikian masih kurang memadai. Menurut teori fungsi dalam hukum, *Principles of Good Governance* adalah argumen bagi aktor utama dalam Hukum Administrasi ketika mereka harus mengambil keputusan/tindakan. Asas-asas tersebut membantu memberikan kemungkinan interpretasi terbaik dalam rangka argumen. Sementara menurut teori fungsi dalam masyarakat, *Principles of Good Governance* membantu dalam menjaga/mengawasi suatu kebijakan supaya terlegitimasi di dalam masyarakat yang pada saat bersamaan memiliki tuntutan akan *fairness and justice*.<sup>59</sup>

Dalam pembahasan tentang *Principles of Good Governance* ini penulis hanya akan fokus pada Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik (*General Principles of Proper Administration*) dan Asas-asas Pemerintahan Berdasarkan HAM (*Principles of Human Rights Administration*). Dasar pertimbangannya karena *Principles of Transparent Administration* dan *Principles of Public Participation Administration* tidak dapat menjadi dasar pengujian secara langsung berkenaan dengan *rechtmatigheidstoetsing*. *Principles of Transparent Administration* merupakan instrumen dalam rangka prosedur pengambilan keputusan atau tindakan yang mengikutsertakan masyarakat dengan maksud supaya pihak-

pihak yang kepentingannya terkait mengetahui akan adanya keputusan atau tindakan tersebut sehingga yang bersangkutan dapat berpartisipasi guna melindungi kepentingannya.

2

**a. Asas-asas Umum Pemerintahan yang Baik (*General Principles of Proper Administration*)**

Hukum Administrasi menempati posisi yang amat strategis bahkan memegang kendali sepenuhnya bagi pengaturan penyelenggaraan negara dan pemerintahan. Oleh karena itu dalam penyelenggaraan pemerintahan dikenal beberapa asas yang dijadikan batu-uji (tolok ukur) terhadap baik atau tidak baiknya pemerintahan suatu negara.

Ada dua rumpun atau kelompok asas-asas dalam rangka penyelenggaraan pemerintahan di Indonesia. Rumpun pertama adalah yang tercantum dalam UU No. 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas Korupsi, Kolusi dan Nepotisme dengan sebutan Asas-Asas Umum Penyelenggaraan Negara. Sedangkan rumpun yang kedua terdapat dalam doktrin Hukum Administrasi, yang dikenal dengan sebutan Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik. Dengan demikian kedua asas umum itu, dapat dikelompokkan ke dalam satu nama dengan sebutan Asas Pemerintahan yang Baik (disingkat dengan APB), yang terdiri dari: (1) Asas-Asas Umum Penyelenggaraan Negara (disingkat AAUPN); dan (2) Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik (disingkat AAUPB).

Berdasarkan Pasal 3 UU No. 28 Tahun 1999, Asas-Asas Umum Penyelenggaraan Negara terdiri dari tujuh asas:

1. Asas kepastian hukum. Prinsip dalam negara hukum yang mengutamakan landasan peraturan perundang-undangan, kepatutan, dan keadilan dalam setiap kebijakan penyelenggara negara;
2. Asas tertib penyelenggaraan negara. Prinsip yang menjadi landasan keteraturan, keserasian, dan keseimbangan dalam pengendalian penyelenggaraan negara;
3. Asas kepentingan umum. Prinsip untuk mendahulukan kesejahteraan umum dengan cara yang aspiratif, akomodatif dan selektif;
4. Asas keterbukaan. Prinsip yang membuka diri terhadap hak masyarakat untuk memperoleh informasi yang benar, jujur dan tidak diskriminatif tentang penyelenggaraan negara dengan tetap memperhatikan perlindungan atas hak asasi pribadi, golongan dan rahasia negara;
5. Asas proporsionalitas. Prinsip yang mengutamakan keseimbangan antara hak dan kewajiban penyelenggara negara;
6. Asas profesionalitas. Prinsip yang mengutamakan keahlian yang berlandaskan kode etik dan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku;
7. Asas akuntabilitas. Prinsip yang menentukan bahwa setiap kegiatan dan hasil akhir dari kegiatan penyelenggara negara harus dapat

dipertanggungjawabkan kepada masyarakat atau rakyat sebagai pemegang kedaulatan tertinggi negara sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Kelompok asas yang kedua dari Asas Pemerintahan yang Baik, yaitu Asas-Asas Umum Pemerintahan yang Baik (AAUPB) untuk pertama kalinya dikenal melalui hasil laporan komisi de Monchy dengan penamaan *Algemene Beginselen van Behoorlijk Bestuur*.<sup>60</sup> Crinice Le Roy mengemukakan mengenai asas-asas sebagai kriteria pemerintahan yang baik:

1. Asas kepastian hukum (*rechtzekerheids beginsel; principle of legal security*);
2. Asas keseimbangan (*evenredigheids beginsel; principle of proportionality*);
3. Asas kesamaan dalam pengambilan keputusan (*gelijkheids beginsel; principle of equality*);
4. Asas bertindak cermat (*zorgvuldigheids beginsel; principle of carefulness*);
5. Asas motivasi untuk setiap keputusan (*motiverings beginsel; principle of motivation*);
6. Asas tidak mencampuradukkan wewenang (*verbod van detournement de pouvoir; principle of non-misuse of competence*);
7. Asas permainan yang layak (*fair play beginsel; principle of fair play*);
8. Asas pemenuhan pengharapan yang ditimbulkan atau menanggapi pengharapan yang wajar (*beginsel van opgewekte verwachtingen; principle of meeting raised expectation*);
9. Asas keadilan atau kewajaran (*redelijkeheids beginsel; principle of reasonableness or prohibition of arbitrariness*);
10. Asas meniadakan akibat dari keputusan yang batal (*herstel beginsel; principle of undoing the consequences of an annulled decision*);
11. Asas perlindungan atas pandangan atau cara hidup pribadi (*beginsel van bescherming van de persoonlijke levenssfeer; principle of protecting the personal way of life*).<sup>61</sup>

#### **b. Asas-asas Pemerintahan Berdasarkan HAM (Principles of Human Rights Administration)**

Dalam sistem Hukum Ketatanegaraan Indonesia, Asas-asas Pemerintahan Berdasarkan HAM ini perlu ditonjolkan dalam kaitan dengan positivisasi HAM ke dalam UUD 1945 dan UU No. 39 Tahun 1999. Dengan positivisasi tersebut maka pengujian tindakan diskresi pemerintah berdasarkan kaidah-kaidah HAM secara spesifik telah menjadi pendekatan *rule-based*. Pendekatan *rule-based* HAM ini sendiri sangat adekuat sebagai dasar pengujian terhadap tindakan diskresi pemerintah meskipun di depan penulis selalu beropini bahwa pendekatan *rule-based* tidak adekuat sebagai dasar pengujian tindakan diskresi pemerintah.

Dasar pertimbangan penulis adalah karena bobot relatif dari HAM dalam situasi competing interests yang harus lebih didahulukan dari pertimbangan

kepentingan yang lain karena hakikat HAM sendiri menyangkut nilai manusia yang sangat fundamental yaitu *human dignity*.<sup>62</sup> Satu-satunya pengecualian dalam kasus ini ialah *klausul limitations of rights* (Pasal 28J Ayat (2) UUD 1945):

Dalam menjalankan hak dan kebebasannya, setiap orang wajib tunduk kepada pembatasan yang ditetapkan dengan undang-undang dengan maksud semata-mata untuk menjamin pengakuannya serta penghormatan atas dan kebebasan orang lain dan untuk memenuhi tuntutan yang adil sesuai dengan pertimbangan moral, nilai-nilai agama, keamanan dan ketertiban umum dalam suatu masyarakat demokratis.<sup>63</sup>

2 Asas-asas Pemerintahan Berdasarkan HAM harus mendapatkan tempat yang layak di dalam sistem Hukum Ketatanegaraan Indonesia karena UUD 1945 tidak secara spesifik memberikan preskripsi mengenai status positivisasi HAM yang di dalam UUD 1945. Dengan formulasi berbeda, asas ini sangat fundamental dalam fungsinya sebagai *gap filler* ketentuan HAM dalam UUD dan legislasi (undang-undang).

Asas-asas Pemerintahan Berdasarkan HAM dapat diperlakukan sebagai klausul unenumerated rights dalam kasus Indonesia. Dalam hubungan dengan positivisasi HAM di dalam UUD 1945 dan UU No. 39 Tahun 1999, asas ini akan memberikan efek kepada positivisasi HAM di Indonesia yang bersifat '*open-ended*'. Hal ini sesuai dengan asas hukum HAM sendiri yaitu asas natural dan inherent, di mana asas-asas tersebut mengandung pengertian bahwa HAM bukan pemberian negara melalui produk hukum positifnya, tetapi kodrati dan melekat dalam diri setiap manusia semata-mata karena sifatnya sebagai manusia.<sup>64</sup> Sehingga, *mutatis mutandis*, interpretasi *The United States Constitution Amend. IX* yaitu "*there are certain rights of so fundamental a character that no free government may trespass upon them whether they are enumerated in the Constitution or not*" juga berlaku bagi Indonesia, untuk mengisi gap yang mungkin terjadi dalam positivisasi HAM di dalam UUD 1945 dan UU No. 39 Tahun 1999.<sup>65</sup>

### c. Dasar Pengujian Goal-Based: Asas-asas Efisiensi dan Efektivitas

Pengertian asas-asas efisiensi dan efektivitas di sini sejajar dengan pengertian yang diberikan oleh Pasal 5 UU No. 10 Tahun 2004 tentang asas kedayagunaan dan kehasilgunaan sebagai Asas-asas Pembentukan Peraturan Perundang-undangan yang Baik, yaitu setiap peraturan perundang-undangan dibuat karena memang benar-benar dibutuhkan dan bermanfaat dalam mengatur kehidupan bermasyarakat, berbangsa dan bernegara. Pengertian ini berlaku *mutatis mutandis* untuk pengujian efisiensi dan efektivitas yang penulis gunakan dalam konteks pengujian tindakan diskresi pemerintah, yaitu pada aspek kebutuhan dan kemanfaatannya.

Asas-asas efisiensi dan efektivitas sebagai dasar pengujian bagi tindakan diskresi pemerintah dimaksudkan untuk menjawab isu apakah tindakan diskresi tersebut mencapai tujuan/sasarannya atau tidak; apakah hasil yang

diperoleh sepadan dengan biaya yang ditanggung; apakah tindakan tersebut tidak terhindarkan ataukah masih ada alternatif tindakan lainnya dengan hasil yang lebih baik. Sehingga yang ditekankan di sini adalah aspek 'impact' dari tindakan, yang tidak hanya berlaku pada waktu tindakan terjadi, tetapi juga untuk jangka waktu tertentu, yaitu pendek, menengah dan panjang. Pengujian yang demikian *ratione temporis* disebut pengujian *ex nunc*.

Praktik di Swiss berkenaan dengan *regulatory impact assessment* dapat menjadi bahan pertimbangan dalam pengujian efisiensi dan efektivitas tindakan diskresi pemerintah secara *mutatis mutandis*. Mengacu pada regulasi yang dibuat oleh the Swiss Federal Council 15 September 1999, ada lima tolok ukur dalam rangka melakukan *regulatory impact assessment*: (1) *Necessity and possibility of State action*; (2) *Impacts on individual social groups*; (3) *Impacts on the whole economy*; (4) *Alternative regulations*; (5) *Expediency in enforcement*.<sup>66</sup> Kelima parameter di atas dapat dijadikan sebagai definisi operasional pengujian berdasarkan asas-asas efisiensi dan efektivitas.

Asas-asas efisiensi dan efektivitas sebagai dasar pengujian tindakan diskresi pemerintah sangat relevan karena tindakan diskresi sangat berorientasi pada tujuan (*goal-oriented*). Sehingga apakah pada akhirnya tindakan diskresi tersebut mencapai tujuannya atau tidak menjadi relevan jika diuji dengan asas-asas efisiensi dan efektivitas. Asas-asas efisiensi dan efektivitas ini merupakan dasar pengujian bagi tindakan pengujian dengan pendekatan *goal-based*. Rasio dari pengujian demikian ialah tujuan tidak boleh dicapai dengan menghalalkan segala cara meskipun tujuan memiliki kedudukan yang superior.

Namun demikian, pengujian dengan pendekatan *goal-based* yang mengacu pada asas-asas efisiensi dan efektivitas harus diimbangi dengan satu kaidah bahwa tujuan yang hendak dicapai harus tujuan yang benar, atau dapat dibenarkan, secara objektif sebagai dasar bagi tindakan yang dilakukan yang diuji secara *ex ante*. Temuan dari pengujian yang demikian ialah apakah pejabat pemerintah bertindak menyalahgunakan kekuasaan (*abuse of power*) ataukah bertindak sewenang-wenang (*arbitrariness*).

Bagaimana mengukur kebenaran objektif dari suatu tujuan bagi tindakan? Hart & Sachs menetapkan dua standar yang berlaku bagi legislasi, yaitu:

*First, the interpreter should assume that the legislature is composed of reasonable people seeking to achieve reasonable goals in a reasonable manner; and second, the interpreter should accept the non-rebuttable presumption that members of the legislative body sought to fulfill their constitutional duties in good faith.*<sup>67</sup>

Pengertian tersebut berlaku *mutatis mutandis* untuk mengukur kebenaran dan kesahihan tujuan dari tindakan diskresi pemerintah sebelum dilakukan pengujian apakah tindakan diskresi pemerintah tersebut sesuai asas-asas efisiensi dan efektivitas atau tidak. *Pertama*, penguji harus meletakkan asumsi dasar bahwa pemerintah *reasonable*, berusaha mencapai tujuan yang *reasonable*,

dan dilakukan dengan cara-cara yang *reasonable* pula. Sehingga bagaimana seharusnya yang *reasonable* itu ditentukan oleh perhitungan orang yang *reasonable* pula dalam menyikapi suatu situasi-kondisi bagi sebuah tindakan. Kedua, penguji harus mempertimbangkan apakah dalam melakukan tindakan tersebut pemerintah bertindak *good faith* atau tidak.

#### D. PENUTUP

##### **Kekuasaan Diskresi Pemerintah dan Penciptaan Iklim Usaha yang Kondusif**

Pada bagian penutup tulisan ini penulis hendak menjelaskan dan sekaligus melakukan refleksi keterhubungan antara kekuasaan diskresi pemerintah dengan penciptaan iklim usaha yang kondusif. Argumen penulis di sini adalah hukum merupakan prasyarat utama penciptaan iklim usaha yang kondusif. Isu utama yang menghambat penciptaan iklim usaha yang kondusif adalah praktik kekuasaan pemerintah yang cenderung birokratis, bahkan koruptif. Yang seringkali dianggap bertanggung jawab atas praktik negatif kekuasaan pemerintah tersebut adalah tindakan diskresi pemerintah.

Tulisan ini hendak berargumen bahwa, dalam kaitan dengan kekuasaan diskresi pemerintah, manakala dijalankan sesuai dengan persyaratan yang berlaku *a priori*, maka tindakan diskresi pemerintah justru tidak akan menjadi lahan subur bagi tumbuhnya praktik korupsi, malah sekaligus dapat mendorong penciptaan iklim usaha yang kondusif. Dalam kaitan dengan itu maka tulisan ini hendak secara tegas mengatakan bahwa kekuasaan diskresi sangat dibutuhkan bagi kontinuitas pemerintahan dan sekaligus sangat dibutuhkan dalam rangka pencapaian tujuan negara yang lebih besar untuk menjawab situasi abnormalitas yang ditimbulkan oleh perubahan keadaan tetapi hal itu tidak mampu diantisipasi oleh legislator dan legislasinya.

Dalam konteks argumen yang demikian maka kekuasaan diskresi pemerintah sangat kompatibel dengan kebijakan penciptaan iklim usaha yang kondusif, terutama diperhadapkan situasi *over regulation* seperti yang berlangsung sekarang ini yang sangat tidak bersahabat dengan tuntutan kepentingan bisnis. Kuncinya adalah, sejalan dengan caveat yang dikemukakan Locke: "*Salus Populi Suprema Lex, is certainly so just and fundamental, a Rule, that he, who sincerely follows it, cannot dangerously err*". Tegasnya, kekuasaan diskresi pemerintah kompatibel dengan kebijakan penciptaan iklim usaha yang kondusif sepanjang tindakan diskresi pemerintah mengacu pada persyaratan yang berlaku *a priori* baik *right-based* maupun *goal-based*. Manakala tindakan diskresi dilakukan dalam koridor *salus populi* (bersesuaian secara *right-based* dan *goal-based*) maka apa yang dilakukan pemerintah tidak mungkin salah, dan hasil akhirnya pun pasti sesuai dengan tujuan yang dicanangkan sebelumnya (antara lain adalah terciptanya iklim usaha yang kondusif). Jika tindakan

diskresi dilakukan dengan motif yang sebaliknya, kepentingan sempit dari diri pribadi atau golongan, maka yang terjadi adalah segala hal yang negatif, yang sama sekali tidak bersahabat bagi dunia bisnis.

# **POLITIK PENEGAKAN HUKUM PIDANA TERHADAP CORPORATE CRIME YANG BERBASIS EGALITARIANISME**

**Abdul Wahid**

*Pengajar Program Strata-1 dan Pascasarjana Ilmu Hukum Universitas Islam Malang*

## **Abstrak**

Temuan di masyarakat yang peneliti peroleh bersama kawan-kawan tentang penegakan hukum pidana terhadap corporate crime menunjukkan, bahwa masyarakat jauh dari mempercayai aparat penegak hukum mampu menjadikan criminal justice system sebagai tahapan fundamental untuk mempertanggungkan pemilik modal atau pilar-pilar korporasi. Hukum pidana yang berisi sanksi menakutkan, seharusnya dapat menjadi instrumen yuridis yang "menakutkan" bagi korporasi "nakal", namun kenyataannya, akibat tidak seriusnya aparat penegak hukum dalam menegakkan hukum, akibatnya hukum pidana tidak menjadi ultimum remedium yang menakutkan bagi pemilik dan pilar-pilar korporasi.

Plato mengingatkan bahwa manusia itu identik dengan negara. Negara adalah perwujudan sifat-sifat manusia. Negara adalah apa yang menjadi perilaku manusianya. Karena itu, masyarakat tidak dapat mengharapkan keadaan negara menjadi lebih baik, jika manusianya tidak lebih baik juga perilakunya. Masyarakat tidak akan bisa mengharapkan citranya sebagai organisasi yang beradab, kalau manusianya suka memilih perilaku tidak bermoral.<sup>68</sup>

Apa yang disampaikan oleh Plato menunjukkan, bahwa apa yang dilakukan oleh negara menjadi tidak ada gunanya atau berjalan sia-sia, bilamana yang diselenggarakan oleh penyelenggara negara keluar dari pondasi moral, hukum, dan agama. Saat masyarakat ramai-ramai meninggalkan tatanan atau memilih sikap dan perilaku tidak bermoral, maka yang dihasilkan oleh masyarakat dan negara demikian hanyalah berbagai bentuk peristiwa memalukan dan keprihatinan. Buruknya wajah negara Indonesia tidak lepas dari perilaku manusia-manusia dari kelompok elit yang telah demikian jauh, sistemik, dan berani dalam melawan norma-norma yuridis. Keberaniannya dalam melawan dan menunjukkan praktik-praktik pembusukan hukum (*legal decay*) dilakukan dengan menggunakan segala macam cara dan melibatkan berbagai elemen strategis negara. Keterlibatan demikian tidak terlepas dari ambisi besar atau keserakahan, diataranya terhadap kedudukan dan keuntungan ekonomi (kekayaan). Misalnya tidak sedikit ditemukan korporasi yang terjerumus alam praktik kriminaliasi atau berkategori *corporate crime* akibat tendensi mendapatkan keuntungan ekonomi berlipat ganda.

### Negara Hukum dan *Corporate Crime*

Istilah "*rechtsstaat*" (negara hukum) merupakan suatu istilah muncul abad ke-19. Lebih muda dari dari istilah-istilah ketatanegaraan lainnya seperti: demokrasi, konstitusi, kedaulatan, dan lain sebagainya. Menurut Soediman Kartohadiprodo, istilah "*rechtsstaat*" pertama kali di gunakan oleh Rudolf von Gneist seorang guru besar Berlin. Tetapi konsep negara hukum itu sendiri sudah dicetuskan sejak abad ke-17, bersama-sama dengan timbulnya perlawanan terhadap sistem pemerintahan (kekuasaan) yang absolut, otoriter, bahkan sewenang-wenang. Secara teoritikal konsep negara hukum lahir sebagai reaksi terhadap konsep kedaulatan negara tradisional yang di gagas oleh: Augustinus, Thomas Aquinas (teori kedaulatan tuhan), Machiavelli, Paul Laband, Georg Jellinek (teori negara kekuasaan), Jean Bodin (teori kedaulatan raja), Thomas Hobbes (teori konstruk, *Home homini lupus*), Rouseau, Montesquieu, John Locke (teori kedaulatan rakyat), Hugo de Groot, Krabbe, Leon Duguit (teori kedaulatan hukum atau *supremacy of law*).<sup>69</sup>

Untuk menjamin kekuasaan yang dimiliki oleh setiap penyelenggara negara akan dilaksanakan sesuai dengan alasan pemberian kekuasaan itu sendiri serta mencegah tidak terjadinya penyalahgunaan kekuasaan, maka pemberian dan penyelenggaraan kekuasaan itu harus berdasarkan hukum. Inilah makna prinsip negara hukum baik dalam konteks *rechtsstaats* maupun *rule of law*. Hukum menjadi piranti lunak (*soft ware*) yang mengarahkan, membatasi, serta mengontrol penyelenggaraan negara.<sup>70</sup> Bentuk penyalahgunaan kekuasaan bisa berupa pengkhianatan prinsip kesederajatan hukum atau pengimplementasian sistem peradilan yang bersifat diskriminatif.

Dalam sebuah negara hukum, sesungguhnya yang memerintah adalah hukum (pidana), bukan manusia. Hukum dimaknai sebagai kesatuan hirarkis tatanan norma hukum yang berpuncak pada konstitusi. Hal ini berarti bahwa dalam sebuah negara hukum menghendaki adanya supremasi konstitusi. Supremasi konstitusi disamping merupakan konsekuensi dari konsep negara hukum, sekaligus merupakan pelaksanaan demokrasi karena konstitusi adalah wujud perjanjian sosial tertinggi.<sup>71</sup>

*Corporate crime* yang banyak terjadi di negara ini, menjadi alasan pembelar bagi sejumlah pihak yang menstigmatisasi Indonesia sebagai negara hukum yang gagal, karena selain *corporate crime* tidak jarang sulit dipertanggungjawabkan secara tuntas dan maksimal di jalur yuridis, juga pemilik atau pilar-pilarnya tidak gentar untuk mengulanginya lagi. Negara hukum akhirnya seperti boneka atau obyek yang dipermainkan oleh komunitas pemilik modal besar yang merasa lebih superior dibandingkan idealisme supremasi hukum.

### **Corporate Crime "Memutilasi" Ekologi**

J.E. Sahetapy yang dikutip oleh Abdul Syani (1987) sudah mengingatkan, bahwa membahas mengenai kejahatan dan penjahat, mengandung konotasi

tertentu yang relatif mengandung variabilitas dan dinamik serta bertalian dengan perbuatan atau tingkah laku (baik aktif maupun pasip) yang dinilai oleh sebagian mayoritas atau minoritas masyarakat sebagai suatu perbuatan anti sosial, suatu perkosaan terhadap nilai sosial dan atau perasaan hukum yang hidup dalam masyarakat sesuai dengan ruang dan waktu.<sup>72</sup>

Di tengah masyarakat, berbagai bentuk tindak pidana sudah atau sedang terjadi. Ada tindak pidana dengan kerugian kecil, namun tidak sedikit pula tindak pidana yang mengakibatkan kerugian yang tidak sedikit. Seseorang atau sekelompok orang yang menjadi pelakunya jarang berfikir atau membutuhkan nalar cerdasnya kalau tindak pidana yang diperbuatnya telah mengakibatkan kerugian yang sangat besar dan bersifat meluas dan jangka panjang. Mereka terkadang hanya diburu dan dihegemoni oleh kepentingan memuaskan diri dan kelompoknya tanpa memikirkan kalau yang dilakukannya menjadi petaka yang membahayakan kelangsungan hidup bangsa, masyarakat, dan negaranya. Mereka yang tergolong demikian diantaranya yang tergabung dalam *corporate crime*.

Begitu pun kalau masyarakat abad global ini ditanya, siapakah salah satu musuh yang membahayakan kehidupan manusia dan masa depan peradaban? Jawabannya tentulah pencemar atau perusak ekologi, yang perusak ini bernama "korporasi". *Corporate crime* ini memang sepatutnya ditempatkan sebagai "musuh publik" (*public enemy*), akan tetapi kehebatan sepak terjang korporasi dalam kriminalisasi ekologi, telah membuatnya tidak gampang disentuh, padahal, perilaku kriminalitasnya telah mengakibatkan semakin "termutilasinya" sumberdaya ekologi.<sup>73</sup>

Berbagai bentuk *corporate crime* yang terjadi di masyarakat yang mengakibatkan terdestruksinya sumberdaya ekologis, merupakan bukti konkrit, bahwa meredam atau mengendalikan keinginan, terutama keinginan mendapatkan keuntungan berlipat ganda di kalangan pemilik atau pilar-pilar korporasi, tidaklah gampang. Sumberdaya ekologis "termutilasi" oleh pemilik modal besar yang menjalankan korporasinya secara liberal dan dehumanistik.

Kondisi sekarang sudah terbaca dengan mudah mengenai terdestruksinya sumberdaya ekologis di belahan bumi Indonesia.<sup>74</sup> Indra Ismawan<sup>75</sup> menyebut, bahwa industrialisasi yang diawali oleh penemuan mesin uap di Inggris, telah begitu jauh mengubah dunia. Pola produksi yang tadinya menyerupai seni kriya (*craft*), langsung berubah drastis menjadi pola produksi massal. Skala produksi massal memang menjanjikan peningkatan kesejahteraan bagi lebih banyak umat manusia, karena banyaknya satuan keluaran (*output*) yang diproduksi akan menjadi stimulan penting dalam perkembangan menuju era *mass consumption*. Namun sebaliknya, ada bahaya besar yang mengancam kehidupan umat manusia dimasa depan. Skala produksi massal tentu membutuhkan masukan (*input*) yang tidak sedikit. Pengambilan masukan berupa sumber-sumber alam, tanpa suatu selektifitas dan kepedulian terhadap masa depan planet bumi, akan menjelma menjadi sebuah eksploitasi lingkungan. Target produksi terpenuhi,

manusia masa kini mendapatkan keuntungan dan manusia masa depan (berarti anak dan cucu kita) yang menerima konsekuensi rusaknya lingkungan global serta sumber-sumber alam sebagai bekal kehidupan untuk bertahan hidup.

Kerusakan lingkungan hidup juga ditempatkan sebagai resiko yang tidak terhindarkan dari obsesi masyarakat dan negara yang lebih dominan mengejar pertumbuhan ekonomi. Obsesi ini harus dibayar mahal bukan hanya oleh masyarakat yang menerima atau bahkan dijadikan “keranjang sampah” oleh perilaku-perilaku kriminal (tindak pidana) pihak-pihak yang melakukan pencemaran atau perusakan lingkungan hidup, tetapi juga negara, artinya negara ini akhirnya dikenal sebagai negara yang kurang atau tidak peduli terhadap urgensinya kepentingan pelestarian lingkungan hidup. Negara dianggap tidak menempatkan lingkungan hidup sebagai kebutuhan fundamental, tetapi sebatas sebagai obyek yang terbuka untuk dikorbankan. Lingkungan hidup hanya dianggapnya sebagai kebutuhan sekunder dan bahkan bersifat sumier. Negara masih kuat terseret dalam arus pembenaran dan bahkan perlindungan *corporate crime*.

Dalam riset dengan kawan-kawan tentang sikap masyarakat terhadap dampak pabrik, mereka menilai (berkesimpulan) kalau perusahaan itu mempunyai kekebalan yuridis akibat dimanjakan oleh pemerintah (negara). Seharusnya, tanpamenunggu pengaduan dari masyarakat, negara berkewajiban menyidik dan mempertanggungjawabkan secara hukum, bilamana kondisi ekologis di sekitar perusahaan itu mengalami kerusakan atau minimal atmosfir udara yang terhirup berbau busuk.<sup>76</sup>

Kasus lain membenarkan, bahwa selama lima tahun terakhir di Sumatera Selatan tercatat 23 kasus kerusakan lingkungan hidup akibat aktifitas penambangan minyak dan gas. Banyaknya kasus yang merugikan masyarakat dan lingkungan ini menunjukkan masih lemahnya langkah pencegahan kerusakan lingkungan dalam proses penambangan. Kasus bencana lingkungan akibat aktifitas penambangn minyak dan gas di Sumsel sangat sering terjadi dalam kurun 1950-2005.<sup>77</sup> Kasus-kasus demikian ini mudah ditemukan di tengah masyarakat. Dengan mudahnya ditemukan kasus ini, maka hal ini mengindikasikan kalau *corporate crime* punya andil paling besar terhadap kerusakan dan kehancuran ekologi.

Korporasi yang diharapkan mampu memberikan kontribusi besar terhadap pembangunan perekonomian rakyat, ternyata justru menjadi penghancur keberlanjutan hidup bangsa dan negara, ketika korporasi ini menjerumuskan dirinya menjadi penjahat. Mereka berani menjatuhkan pilihan untuk memperluas jaringan kejahatan korporasinya kalau dalam kalkulasinya bisa mendatangkan keuntungan besar. Mereka berani menghadapi apa dan siapa saja demi menyukkseskan aktifitas kejahatan korporasinya.

### Politik Penegakan Hukum Pidana

Menurut CST Kansil<sup>78</sup>, hukum pidana itu mengandung substansi tentang tatanan yang mengatur pelanggaran-pelanggaran, dan kejahatan-kejahatan terhadap kepentingan umum, perbuatan mana diancam dengan hukuman yang merupakan suatu penderitaan atau siksaan. Sedangkan yang dimaksud dengan kepentingan umum ini diantaranya adalah kepentingan hukum tiap manusia, yaitu jiwa, raga/tubuh, kemerdekaan, kehormatan, dan hak milik/harta benda.

Diantara substansi hukum pidana adalah mengatur masalah tindak pidana, yang sebagian pakar menyebutnya sebagai "*strafbaarfeit*".<sup>79</sup> Barda Nawawi Arief<sup>80</sup> menyebutnya sebagai perbuatan melakukan atau tidak melakukan sesuatu yang oleh peraturan perundang-undangan dinyatakan sebagai perbuatan yang dilarang dan diancam dengan pidana. Kata kunci dari tindak pidana ini adalah suatu perbuatan yang dilarang oleh hukum. Salah satu jenis perbuatan yang dilarang oleh hukum adalah aktifitas korporasi yang merugikan dan menghancurkan sumberdaya ekologis.

Hukum pidana, meskipun sebagai norma yuridis yang oleh masyarakat dinilai menakutkan, karena ada salah satu jenis sanksi hukumnya yang menentukan hukuman penjara atau hukuman mati, tetapi kekuatan menakutkannya ini ditentukan oleh politik penegakan hukumnya. Masyarakat atau sekelompok orang bisa tidak takut terhadap rumusan sanksi hukum seberat apapun, bilamana penegakan hukumnya lemah.

Hikmahanto Juwana mengingatkan, bagi masyarakat Indonesia, lemah atau kuatnya penegakan hukum pidana oleh aparat akan menentukan persepsi ada tidaknya hukum. Bila penegakan hukum pidana oleh aparat lemah, masyarakat akan mempersepsikan hukum sebagai tidak ada dan seolah mereka berada dalam hutan rimba. Sebaliknya, bila penegakan hukum oleh aparat kuat dan dilakukan secara konsisten, barulah masyarakat mempersepsikan hukum ada dan akan tunduk. Masyarakat Indonesia masih dalam taraf masyarakat yang 'takut' pada hukum (aparat penegak hukum) dan belum dapat dikategorikan sebagai masyarakat yang 'taat' pada hukum. Pada masyarakat yang takut pada hukum, masyarakat tidak akan tunduk pada hukum bila penegakan hukum pidana lemah, inkonsisten dan tidak dapat dipercaya. Realitas saat ini, penegakan hukum pidana berfungsi dan difungsikan sebagai instrumen untuk membuat masyarakat takut pada hukum yang pada gilirannya diharapkan masyarakat menjadi taat pada hukum tanpa kecuali.<sup>81</sup>

Menurut Jimly Asshiddiqie<sup>82</sup>, penegakan hukum dapat dipahami sebagai proses dilakukannya upaya untuk tegaknya atau berfungsinya norma-norma hukum secara nyata sebagai pedoman perilaku dalam lalulintas atau hubungan-hubungan hukum dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara. Dalam pemahaman lain penegakan hukum merupakan upaya yang dilakukan untuk menjadikan hukum, baik dalam artian formil yang sempit

maupun dalam arti materil yang luas, sebagai pedoman perilaku dalam setiap perbuatan hukum, baik oleh para subyek hukum yang bersangkutan maupun oleh *aparatur penegakan hukum* yang resmi diberi tugas dan kewenangan oleh Undang-undang untuk menjamin berfungsinya norma-norma hukum yang berlaku dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara. Berlakunya hukum ini menjadi jaminan adanya kepastian hukum, yang digunakan oleh masyarakat untuk tempat berpijak.

Hukum dan peraturan perundang-undangan yang berlaku tidak boleh ditetapkan dan diterapkan secara sepihak oleh dan atau hanya untuk kepentingan penguasa. Hal ini bertentangan dengan prinsip demokrasi. Hukum tidak dimaksudkan untuk hanya menjamin kepentingan beberapa orang yang berkuasa, melainkan menjamin kepentingan keadilan bagi semua orang. Dengan demikian negara hukum yang dikembangkan bukan *absolute rechtsstaat*, melainkan *demokratische rechtsstaat*.<sup>83</sup>

Realita sistem hukum dan peradilan di negeri ini, terdeskripsikan dalam penelitian yang dilakukan oleh The Asia Foundation & AC Nielsen yang antara lain menyatakan: 49% sistem hukum tidak melindungi mereka (*the legal system does not protect them*), 38% tidak ada persamaan dimuka hukum (*there is no such thing as equality before the law*), 57% sistem hukum masih tetap korup (*the legal system is just as corrupt as it has always been*).<sup>84</sup>

Hal itu menunjukkan, realitas di negara ini masih jauh dari mengembirakan dalam hubungannya dengan masalah penegakan hukum. Budaya hukum atau kultur masyarakat yang berorientasi menegakkan hukum masih belum terbentuk. Bahkan di kelompok strategis seperti aparat penegak hukum, yang seharusnya tampil di garis depan dalam membangun budaya hukum, juga belum menunjukkan kesungguhan dalam membudayakan penegakan hukum. Maish lemahnya budaya penegakan hukum ini dapat terbaca dalam hubungannya dengan penanganan kasus *corporate crime*.

Sebagai pemegang peran strategis negara di bidang peradilan, "kekuasaan" aparat peradilan seringkali dikalahkan oleh kekuatan besar dari kalangan pemilik modal yang tergabung dalam jaringan korporasi. Jaringan ini menata diri secara maksimal untuk menunjukkan kalau dirinya lebih berkuasa atau superior dibandingkan dengan "pemegang kekuasaan" lainnya.

Jimly Assiddiqy mengingatkan, bahwa dalam kehidupan sosial terdapat tiga wilayah kekuasaan, yaitu negara (*state*), masyarakat sipil (*civil society*), dan pasar (*market*). Ketiga wilayah kekuasaan tersebut idealnya saling berhubungan secara seimbang tanpa adanya dominasi dari salah satu pihak.<sup>85</sup> Apa yang disebut Jimly ini menunjukkan kalau berbagai bentuk kekuatan strategis di masyarakat wajib menjalin kerjasama dengan serasi atau adil. Jika ada satu kelompok yang tampil dominan atau menempatkan dirinya sebagai "gurita" atau "raksasa", sementara yang lainnya sebatas jadi kelompok yang mengikuti keinginan kelompok dominan, maka praktik kriminalisasi secara terorganisir

atau berkelompok sulit dicegah atau ditanggulangi. Kelompok dominan atau setidaknya-tidaknya menjadi pemain utama yang banyak berpenaruh ialah kelompok dalam *corporate crime*.

Kinerja korporasi tidak sedikit yang digerakkan oleh pemiliknya secara melawan hukum. Meskipun dalam norma yuridis sudah diatur tentang sanksi pidana bagi siapapun yang melakukan kejahatan korporasi, namun rupanya besarnya kekuatan korporasi telah membuatnya mampu memperoleh "hak pamanjaan" diri dari aparat penegak hukum. Idealitasnya substansi hukum yang sudah dirumuskan dalam produk legislatif, ternyata dikalahkan oleh kekuatan *corporate crime* yang berhasil membangun kolaborasi dan sindikasi strukturalistik.

Dalam kasus tersebut, Taverne menempatkan posisi struktur hukum dan budaya hukum lebih penting dari pada substansi hukum, dengan menyatakan bahwa "*Geef me goede rechter, goede rechter commissarissen, goede officieren van justitie en goede politie ambtenaren, en ik zal met een slecht wetboek van strafproceesrecht het goede beruiken* (Beri aku hakim yang baik, jaksa yang baik, serta polisi yang baik, maka dengan hukum yang buruk sekalipun akan memperoleh hasil yang lebih baik)."<sup>86</sup>

#### **Quo Vadis Penegakan Egalitarianisme?**

Dinamika yang terjadi dalam proses pencarian keadilan pada pranata hukum di negara ini telah berkembang menjadi begitu kompleks. Keadilan menjadi sesuatu yang langka dan sulit ditemukan. Kalaulah ada, harus dibeli dengan harga yang cukup mahal, sehingga tidak perlu heran kalau yang dapat menikmati keadilan di negara hukum ini hanyalah segelintir orang, yaitu orang-orang yang mempunyai cukup uang untuk membelinya.<sup>87</sup> Kekuatan besar yang mampu melakukan cara demikian adalah pemilik atau pilar-pilar korporasi. Dengan cara yang dilakukannya ini, korporasi mampu mengalahkan aparat penegak hukum.

Hal itu menunjukkan, bahwa negara yang didasarkan atas hukum mengandung tuntutan adanya penegakan prinsip egaliter. Jika prinsip egalitarianisme tidak ditegakkan oleh aparat penegak hukum saat mengimplementasikan *criminal justice system* untuk menangani *corporate crime*, maka kondisi ini menjadi bukti kekalahan aparat oleh pemilik atau pilar-pilar korporasi. Kalau aparat penegak hukum masih seperti ini, mengharapkan perekonomian bangsa berkembang pesat menjadi mustahil, karena perlakuan khusus misalnya pada "konglomerat hitam" atau korporasi yang melakukan tindak pidana akan menjadikan mereka ini semakin liberalisme dalam "mengeksplorasikan" atau mengagregasikan keserakahannya.

Ketika seseorang atau sekelompok orang yang sedang berperkara atau menuntut keadilan lewat negara atas perlakuan korporasi, dalam hal ini dipercayakan pada dunia peradilan atau institusi negara, maka sebenarnya apa

yang dituntutnya ini adalah kepastian dan perlakuan yang adil dan sederajat di depan hukum. Dirinya ingin diperlakukan layaknya orang lain yang berperkara, yang ketika perkaranya dimenangkan atau berpihak kepadanya, maka kemenangan ini bisa dirasakannya sebagai ruh dari keadilan.

Pakar hukum kenamaan Von Savigny<sup>88</sup> menyebut, bahwa hukum yang adil hanya ada dan bisa ditegakkan di negara yang demokratis. Dalam negara yang demokrasi, hukum diangkat, dan merupakan respon dari aspirasi rakyat, atau hukum merupakan wajah lain dari kepentingan masyarakat. Oleh sebab itu hukum dari rakyat oleh rakyat dan untuk rakyat.

Pernyataan tersebut menggambarkan, bahwa hukum yang memang sejatinya berasal dari rakyat, membutuhkan penegakan guna membuktikan kalau hukum memihak atau mengapresiasi keadilan masyarakat. Upaya negara yang bermaksud menjembatani kepentingan makro masyarakat melalui aparat penegak hukum, akan mudah terbaca melalui kewenangan yang bisa ditunjukkannya. Ketika perannya terbatas "di atas kertas", maka gugatan dan bahkan "hujatan" terhadap aparat penegak hukum sulit terhindarkan. Kekalahan aparat penegak hukum oleh kekuatan *corporate crime* idealnya menyadarkan kalau dirinya berada dalam cengkeraman atau kekuasaan pemodal besar yang berasal dari "plat hitam".

Norma yuridis yang semestinya menjadi sistem yang mengawal berbagai bentuk perbuatan melanggar hukum atau mempertanggungjawabkan tindak pidana korporasi, lebih sering diabaikan atau tidak dihiraukan penerapannya oleh penyelenggara hukum, padahal Rudolf Von Jhering menyebut, bahwa hukum merupakan keseluruhan peraturan yang memaksa (*compulsory rules*) yang berlaku egaliter dalam suatu negara. Untuk bisa menunjukkan diri sebagai kekuatan memaksa dan egaliter ini, hanya negara melalui elemen strategis yang didaulatnya seperti penegak hukum, yang berkompeten dan mampu mewujudkannya.<sup>89</sup> Bagaimana hukum bisa menunjukkan dirinya sebagai kekuatan memaksa kalau lebih sering dikalahkan oleh budaya kejahatan atau pelanggaran hukum yang dibudayakan?

Logis saja jika banyak gugatan masyarakat, seperti bagaimana mungkin negeri ini bisa menjadi negara yang benar-benar demokrasi, kalau yang dikedepankan adalah praktik-praktik pembangkangan atau pembusukan hukum (*legal decay*). Negara ini tidak akan mungkin terkonstruksi sebagai "negeranya rakyat" atau payung berkepastian hukum bagi pencari keadilan ketika cengkeraman para bandit, para pembengkok, atau para penjagal hukum masih menjadi "hukum itu sendiri", atau sibuk membangun dan mengokohkan kartel pembusukannya.<sup>90</sup> Negara hukum ini tidak akan bisa disembuhkan dari penyakit yang menyerang dirinya, jika tidak secepatnya melakukan reformasi dan bahkan revolusi terhadap model perlakuan yang terus menerus menodainya.

### Politik Enstein

Alberth Enstein<sup>91</sup> pernah menyusun rumus “kimiawi sosial”, bahwa dunia ini akan semakin berbahaya untuk dihuni bukan akibat ulah penjahat, tetapi akibat sikap kita yang membiarkan kejahatan terjadi dan berjaya di tengah masyarakat”. Dalam kehidupan keseharian kita pun pun demikian, *corporate crime* bisa membahayakan kesakralan dan ketahanan hidup berbangsa, bilamana praktik-praktik *corporate crime* dibiarkan mencapai tahap pengembangan dan apalagi pengabsolutannya. Kedaulatan hukum bisa digeser oleh praktik bernama kedaulatan *corporate crime* bilamana praktik politik perlawanan terhadap *corporate crime* yang seharusnya mengedepankan kedaulatan hukum secara bermoral dikalahkan oleh praktik-praktik tidak terpuji, mengkhianati kode etik, dan bercorak melanggar norma yuridis yang dimenangkan. Politik tebang pilih dalam penanganan perkara *corporate crime* dapat mengakibatkan tereduksi dan tereliminasi kepastian hukum dan keadilan.

Pemilik modal besar atau pengusaha yang didiamkan saja ketika melakukan praktik-praktik *corporate crime* akan mengakibatkan problem makro bagi masyarakat dan bangsa. Kasus semburan Lumpur Lapindo di Porong Sidoarjo, yang hingga kini masih terus menjadi ancaman bagi ketahanan sosial-ekologis, merupakan wujud konkrit dari *corporate crime* yang mengindikasikan kemenangan pemilik modal besar. Dari beberapa warga yang berhasil penulis temui,<sup>92</sup> mereka menyatakan bahwa semburan Lumpur Lapindo merupakan bukti kemenangan pemilik modal besar atas rakyat dan penegak hukum.

Apa yang disebut Enstein merupakan bangunan politik penanggulangan tindak pidana atau perlawanan terhadap kejahatan istimewa (*exstra ordinary crime*) semacam *corporate crime*. Enstein mengajarkan kepada segmen sosial, khususnya aparat penegak hukum untuk tidak membiarkan, apalagi meliberalisasikan pemilik modal atau pilar-pilar korporasi menjadi penjahat atau pelaku tindak pidana. Mereka tidak boleh diberi kemudahan, diberi ruang menyusun strategi, dan ditoleransi untuk menciptakan masyarakat atau lingkungan hidup sebagai lahan subur agregasi kejahatannya.

Enstein mencoba menggugah kesadaran dan alam rasionalitas masyarakat, khususnya aparat penegak hukum, bahwa *corporate crime* itu tidak akan menjadi ancaman berbahaya dan superior bilamana setiap unsur atau warga di tengah masyarakat, dengan dukungan peran strategisnya sebagai aparat, punya kebulatan tekad untuk melawan atau menjadikannya (*corporate crime*) sebagai program kepejuangannya. Kebulatan tekad ini bermaknakan keinginan yang sangat kuat untuk menolak, menghindari, dan mengajak siapapun dari unsur bangsa yang bernaksud menjerumuskan dalam *corporate crime*.

Dalam berbagai kasus *corporate crime*, apa yang disampaikan oleh Enstein itu benar, bahwa dunia atau masyarakat ini menjadi terdestruksi hak ekologisnya, menjalani kehidupan kesehariannya dengan banyak ancaman bencana atau konstruksi negara ini ternoda cukup parah akibat kesalahan

pelaku bangsa aparat penegak hukum yang tidak maksimal melawan melawan *corporate crime* dan membiarkan pelaku tindak pidana korporasi ini hanya sebagai dosa-dosa individual dan biasa dalam kehidupan sehari-hari. Mereka bahkan menjadikan kejahatan korporasi ini sebagai obyek yang dijadikan jembatan untuk mendapatkan sesuatu yang bermanfaat (menguntungkan) secara pribadi dan kolektif.

Kasus memprihatinkan tersebut tidak lepas dari konteks penempatan sikap dan perilaku buruk yang sering ditoleransi atau dianggap sebagai hal yang lazim oleh komunitas penegak hukum. *Corporate crime* tidak akan sampai menjadi kekuatan superior seperti sekarang ini, jika sejak awal aparat penegak hukum tidak memperlakukannya sebagai "anak emas" yang dibela dengan mengerahkan segala kemampuannya. Komunitas penegak hukum masih menempatkan *corporate crime* sebagai persoalan sepele, dan bukan sebagai problem kriminalistik yang bisa menghancurkan negara ini. Persepsi publik menyebut, bahwa 50,43% masyarakat tidak percaya ketika aparat menangani korporasi yang melanggar hukum, yang korporasi ini milik konglomerat.<sup>93</sup>

Ada suatu pepatah berbunyi: "*the danger of small mistakes is that those mistakes are not always small*" atau bahayanya kesalahan-kesalahan kecil adalah kesalahan-kesalahan itu tidak selalu kecil.<sup>94</sup> Pepatah ini mengingatkan masyarakat, khususnya aparat penegak hukum, bahwa kesalahan kecil bisa mengakibatkan kesalahan yang lebih besar. Bersamaan dengan kesalahan itu, persoalannya bisa menjadi lebih besar dan melebar, sehingga kesalahan kecil pun harus segera dibetulkan, jika tidak ingin menjadi petaka dalam kehidupan bermasyarakat dan bernegara. Kalau sudah menjadi kesalahan besar seperti maraknya *corporate crime* masih juga kejahatan kecil oleh aparat, jangan berharap ke depan Indonesia ini akan semakin membaik. bukan tidak mungkin berbagai problem besar bangsa akan terus terjadi dan bermunculan dari "perut" negeri akibat superioritasnya *corporate crime*.

Terbukti, di tengah masyarakat, seringnya terjadi bencana besar atau mengental dan mengumpalnya penyakit yang menimpa masyarakat tidaklah lepas dari kesalahan kecil yang nyaris selalu dianggapnya sebagai penyakit kecil. Akibat toleransi dan pemaafnya pada masalah kecil, lambat laun menjadi penyakit yang menggunung dan mengompilasi. Wajah Indonesiasebagai negara hukum inipun terbaca carut marutnya juga menjadi segmentasi dari kebiasaan membiarkan kesalahan kecil lebih sering ditoleransi atau ulah segelintir orang yang jumlahnya kecil, yang memproduksi (melakukan) kesalahan seperti yang tergabung dalam *corporate crime*, namun kesalahan ini dianggapnya bukan sebagai kesalahan serius atau tidak diperlakukan sebagai kejahatan istimewa (*extra ordinary crime*) yang dijadikan sebagai obyek "perang bubat" oleh aparat penegak hukum. Hukum pidana yang semestinya menjadi ultimum remdium akhirnya kehilangan keberdayaannya akibat lemahnya aparat (mulai dari kepolisian, kejaksaan hingga kehakiman) dalam menjadikan hukum pidana sebagai senjata hebat.

# **STRATEGI PEMBANGUNAN HUKUM RESPONSIF DALAM REFORMASI HUKUM TERHADAP PERUBAHAN SOSIAL**

**Antory Royan Adyan**

*Fakultas Hukum Universitas Bengkulu*

## **Abstract**

*Strategy development law responsive at reformation in social change consist of reformation foundation make by law system as tools working institution law enforcement consist of judge foundation, Police, prosecutors foundation, civilisation foundation, advocate, consultant law and foundation non litigation. Reformation regulate and law substance must be include with criminal law. KUHP as concordance as Nederland, that must reformace. KUHP is substance must be reformace as resource substance regulate will primer goal system national law. Law respensif is reflects at reformace throught culture system use componens culture is value and acted dominace is law system at together. Model uses law in social culture is important role law enforcement. Law enforcement must improve as according social culture throught participate civilation for accept anh obeys to law.*

## **A. PENDAHULUAN**

Pembangunan hukum responsif mencirikan adanya peranan dari lembaga-lembaga peradilan dan partisipasi yang luas dari kelompok sosial atau individu dalam menentukan arah perkembangan hukum. Ini berarti peranan lembaga negara (pemerintah dan parlemen) dalam menentukan arah perkembangan hukum menjadi relatif. Adanya tekanan yang timbul oleh partisipasi luas dari masyarakat dan kedudukan yang relatif bebas memungkinkan lembaga peradilan melihat dari perspektif perubahan sosial, khususnya menghadapi konflik yang timbul diajukan kehadapannya.

Dalam pengertian tradisi hukum adat bisa dikatakan sebagai penganut model strategi pembangunan hukum responsif. Dalam tradisi hukum adat kita menyaksikan peranan substansi dari lembaga peradilan dan partisipasi dari berbagai kelompok dalam menentukan arah perkembangan hukum di dalam masyarakat. Strategi pembangunan hukum tersebut merupakan hasil dari suatu proses politik, yang mana strategi pembangunan itu akan diikuti dan diterapkan dalam suatu masyarakat sangat tergantung diantara kelompok sosial yang ada dalam masyarakat. Tujuannya agar hukum lebih tanggap terhadap kebutuhan terbuka pada pengaruh dan lebih efektif dalam menangani masalah sosial, diantaranya: (1) dinamika perkembangan hukum meningkatkan otoritas tujuan, (2) mengendalikan tuntutan pada ketaatan serta mengurangi kekakuan hukum, (3) bantuan hukum menampilkan sesuatu dimensi politik, (4) terdapat perencanaan pranata hukum yang lebih kompeten.

Hukum responsif mencoba mengatasi prokialisme (kepicikan) dalam moralitas masyarakat dan mendorong pendekatan yang berorientasi pada masalah sosial secara terintegrasi. Keadaan tersebut terdapat pada hukum yang responsif, kesempatan untuk berpartisipasi dalam pembentukan hukum lebih terbuka. Dalam pengertian ini hukum arena hukum menjadi semacam forum politik dan partisipasi hukum mengandung dimensi politik. Dengan perkataan lain, aksi hukum merupakan wahana bagi kelompok atau organisasi untuk berperan serta dalam menentukan kebijaksanaan umum.

### **1. Strategi Pembangunan Hukum Responsif Dalam Mereformasi Hukum Pada Masa Orde Baru**

Penerapan strategi pembangunan hukum responsif tersebut tidak selalu melalui proses yang terencana. Bahkan sejarah menunjukkan untuk sebagian besar penerapan pembangunan hukum responsif merupakan hasil dari suatu proses politik, dimana strategi pembangunan hukum akan diikuti dan diterapkan dalam suatu masyarakat sangat tergantung dari hasil interaksi politik diantara kelompok sosial yang ada didalamnya. Hasil interaksi politik merupakan ruang reformasi hukum, yang diperlihatkan kepada kelompok-kelompok sosial, misalnya pada zaman orde baru.

Apabila kita perhatikan dengan seksama garis besar kebijakan mengenai tujuan pembangunan hukum nasional sebagai tertuang dalam GBHN produk orde baru, pada intinya untuk mewujudkan keadilan, mengendalikan perkembangan masyarakat dan untuk menunjang kontinuitas roda pembangunan. Ternyata realitasnya roda pembangunan hukum lebih diarahkan pada pencapaian tujuan, yakni social control dan pem-back up-an pembangunan. Singkatnya pembangunan hukum lebih melayani kebutuhan penguasa untuk menjamin sistem politik dan pemerintahan dalam melaksanakan pembangunan selama ini. Hal ini terjadi karena ;

- (1) Kekuasaan orde baru lebih memmetingkan sentralisasi. Model kekuasaan sentralisasi pada awalnya penguasa berdalih bahwa sentralisasi adalah satu-satunya pilihan yang tersedia untuk menyokong proyek stabilisasi ekonomi dan politik secara cepat. Ternyata fase sentralisasi masih tetap dilanjutkan terus, sekalipun fase stabilisasi telah jauh terlampaui. Akibatnya, ketika orde baru baru berjalan selama 3 dasawarsa, setralisasi telah menjadi cara-cara penguasa yang priomitif dan darurat yang telah terlembagakan,
- (2) Kekuasaan orde baru lebih mengedepankan prinsip otonomisasi, yang sejak awal berupaya meminggirkan masyarakat dari proses pengambilan kebijakan publik dan proses pemerintahan secara umum. Berbagai regulasi dilahirkan selama 3 dasa warsa menempatkan peran serta kritisme masyarakat sebagai gangguan.

Akibat monopoli dan sentralitas kekuasaan pada pemerintah pusat, maka negara menjadi kapitalis dan otoriter dalam melaksanakan kewewangannya.

Oleh karena itu diperlukan upaya dekontruksi sebagai upaya untuk mengembalikan format dan praksis pembangunan hukum. Pentingnya dilakukan dekontruksi hukum dalam bentuk memangkas praktik hukum yang kurang menguntungkan serta dilanjutkan dengan melakukan rekontruksi, didasarkan alasan yang logis antara lain :

- (1) Negara telah mendominasi dan menegasikan hak-hak rakyat yang seharusnya difasilitasi oleh negara dalam mencapai kiamakmuran rakyat.
- (2) Negara seharusnya tampil memberikan perlindungan bagi rakyat dalam memperoleh akses atas sumber daya alam, kenyataan kerap kali negara menjadi lawan bagi rakyat dan menjadi sumber ketidakadilan.
- (3) Hukum nasional didasarkan pada faham hukum modern yang positivisme telah mendominasi rakyat yang seharusnya difasilitasi agar tumbuh dan berkembang menjadi sumber hukum.
- (4) Terjadi penghisapan kekuasaan oleh pemerintah terhadap daerah maupun kesatuan masyarakat tradisionil dan otonom.

Ironisnya ilmu hukum tidak bisa berbuat apa-apa dengan kenyataan yang menyimpang. Bahkan ilmu kurang mampu memberikan kontribusi terhadap pembangunan tantangan di dalam negeri sendiri dan tidak mampu mewartakan kenyataan yang muncul sejak reformasi. Menurut pendapat Satjipto (2008 :247-248), sejak berakhirnya pemerintahan, bangsa Indonesia melihat dengan jelas, apa dan bagaimana hakekat hukum yang sebenarnya. Proses turunnya Suharto dari kursi kepresidenan bukanlah karena ketetapan MPR yang mengangkatnya dicabut, tetapi gelombang desakan masyarakat yang dipelopori oleh mahasiswa. Ilmu hukum harus bisa memberikan penjelasan, sebab dalam tantangan sosial, pada saat itu mahasiswa bukan semata-mata berdemonstrasi, tetapi justru menulis ketetapan untuk menurunkan Suharto. Itulah penjelasan ilmiah yang berkualitas genuine, jujur, utuh dan memang ilmu dituntut untuk dapat memberikan penjelasan.

## **2. Hukum responsif dalam mereformasi sistem hukum**

Suatu sistem hukum itu terdiri dari proses formal yang membentuk lembaga formal, bersama-sama dengan proses informal yang mengelilinginya. Pengorganisasian, tradisi dan gaya sistem polituik yang terdapat pada bangsa sangat menentukan seberapa jauh proses-proses hukum itu akan atau dapat digunakan dalam rangka managen sosial serta usaha-usaha mencapai tujuan bersama.

Dalam mereformasi sistem hukum tercakup penataan kembali institusi hukum, meliputi reformasi kelembagaan, reformasi perundang-undangan dan refomasi budaya hukum. Reformasi dalam bidang hukum perlu segera dilakukan terutama ditujukan kepada lingkup area sistem perdilan pidana. Selama ini publik opinion awal reformasi praktek penyelenggaraan peradilan pidana telah banyak sekali pengebirian wibawa hukum. Tragisnya justru dilakukan oleh aparat penegak hukum. Praktek peradilan terhadap kasus

Marsinah, dan banyak kasus lainnya yang menjadi korban kebrutalan hukum pidana. Kasus-kasus tersebut merupakan sebagian kecil dari praktek hukum yang cenderung konservatif-legalistik, didalamnya tertuang kekuasaan dan kekerasan.

Reformasi hukum dan keadilan merupakan keperluan hukum yang dirasakan sangat mendesak karena banyak yang harus dibenahi melalui pendekatan rasional yang melekat setiap langkah mengambil kebijakan. Dilihat dari segi historisnya reformasi hukum, yaitu :

- (1) Reformasi hukum secara parsial, yakni reformasi hukum dilakukan sejak era kemerdekaan.
- (2) Reformasi hukum secara gradual, yakni reformasi pergantian orde baru ke orde reformasi, namun yang menjadi titik temu kedua bentuk reformasi tersebut adalah substansi hukum, struktur hukum dan kultur hukum

Sistem hukum yang harus direformasi merupakan momentum yang sangat tepat untuk melakukan berbagai ide pemikiran dan tindakan sebagai latihan dalam pemngkajian laboratorium segala disiplin pengetahuan demi ter wujudnya ilmu hukum yang berkarakter ke-Indonesiaan. Reformasi dalam berbagai aspek dimulai dari berbagai issue sentral, seperti transparansi, HAM, moral. Issue sentral mengisyaratkan masyarakat sakit. Dalam bidang hukum masyarakat sedang sakit dan menjadi indikator lemahnya penegakan hukum, bahkan implementasinya berada pada titik nadir, hukum sering dilecehkan, bahkan tidak jarang hukum diperjual belikan bagaikan barang dan jasa.

Indonesia mengalami apa yang disebut kekacuan norma disebabkan kejahatan dapat terjadi dari kebutuhan umum masyarakat, sehingga semangat reformasi menyebabkan munculnya kesadaran masyarakat tentang adanya ketidakadilan dan kesengajangan sosial. Berpijak dari kondisi kekacuan norma yang merupakan issue sentral, tuntutan reformasi hukum tidak bisa terbendung lagi, dengan sendirinya masyarakat melancarkan reformasi hukum.

Berbagai kritik diarahkan pada sistem hukum yang berkaitan dengan kualitas hukum baik ketidakjelasan berbagai produk hukum yang berkenaan dengan proses drafting maupun lemahnya berbagai peraturan. Kritik ditujukan terutama yang berkaitan dengan penegakkan hukum. Ada pandangan dalam masyarakat bahwa hukum dapat dibeli. Oleh karena itu, aparat penegak hukum tidak dapat diharapkan melakukan penegakkan hukum secara menyeluruh dan adil. Bukti ini menunjukkan bahwa kebanyakan orang memiliki padangan yang sama dan mereka menginginkan terjadinya perubahan.

### **3. Hukum responsif dalam mereformasi Struktur hukum**

Hukum responsif merefleksikan dirinya kedalam reformasi struktur hukum diartikan sebagai suatu bentuk pengorganisasian proses bagaimana ia menentukan hubungan lembaga-lembaga, bagaimana menyusun kaidah-kaidah dan komponennya bersifat struktural. Hubungan struktural mempunyai nilai

penting untuk memenuhi kebutuhan yang praktis dalam rangka pembuatan dan pelaksanaan hukum yang efektif serta keperluan diagnostik, untuk menjelaskan ketidakcocokan antara struktur sosial dan hukum yang dipakai.

Struktural adalah lembaga yang diciptakan oleh sistem hukum itu dengan berbagai macam fungsi dalam rangka mendukung bekerjanya sistem tersebut. Salah satu dari lembaga-lembaga semacam itu adalah sistem peradilan pidana. Dengan mengemukakan peraturan ada-tidak yang melandasi bekerja lembaga hukum tersebut., dimungkinkan untuk melihat bagaimana sistem hukum itu memberikan pelayanan terhadap penggarapan bahan-bahan hukum secara teratur.

Bahan-bahan hukum secara teratur, termasuk sistem struktur hukum didalamnya mereformasi melalui hukum responsif yang direfleksikan terhadap institusi penegak hukum (Kepolisian, Kejaksaan, Pengadilan). Secara keseluruhan kelembagaan dalam sistem yang berlaku di Indonesia, struktur hukum meliputi Badan Peradilan, Kepolisian, Badan Penuntutan, Lembaga masyarakat, Penasehat hukum, Konsultan hukum serta badan - badan penyelesaian sengketa hukum diluar pengadilan.

Tuntutan reformasi dalam sistem peradilan pidana harus dilakukan, mengingat pada tahun 1997 ada seorang ibu melempar sepatu kemuka hakim di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, ada penonton sidang yang mengibaspngibaskan uang dalam perkara retribusi pajak di Pengadilan Negeri Surabaya, ada juga pengacara yang menuding kemuka hakim dan tindakan walk out selama persidangan. Akar sebuah negara hukum adalah pengadilan yang berfungsi sebagai penopang bagi tegaknya hukum dan sburnya sebuah negara hukum. Bisa dibayangkan jika tanpa akar (pengadilan) ini, bagaimana jadinya sebuah negara, ia akan hancur luluh lantah, banyak kejahatan yang tidak diadili.

Lembaga peradilan dalam hal ini yang diberi mandat untuk mengelola segala permasalahan hukum dari setiap warga negara dalam mencari keadilan. Dan menjadi andalan masyarakat serta menjadi tumpuan harapan terakhir bagi mereka yang mencari keadilan melalui hukum agar mampu melihat dan menilai dan memutuskan apakah institusi peradilan berlaku untuk semua orang atau hanya untuk golongan orang tertentu.

Tekanan dan kritikan terhadap lembaga peradilan, dapat dimaklumi karena masyarakat sangat menginginkan agar lembaga peradilan itu dapat memberikan keadilan kepada masyarakat. Namun keinginan masyarakat tersebut bertolak belakang dengan apa yang diberikan oleh pengadilan. Putusan pengadilan dan perilaku personil penegak hukum demikian itu tidak hanya sekedar menimbulkan tekanan dan kritikan, tapi telah menimbulkan reaksi keras berupa tindakan kerusuhan, kekerasan, pelecehan dari masyarakat dalam ruang sidang.

Hal ini terlihat dengan jelas bahwa pengadilan tidak mampu untuk memperdayakan diri. Ketidak berdayaan pengadilan dapat dilihatnya

mulai dari membengkaknya perkara dengan jumlah yang cukup banyak, penyelesaiannya tersendat sampai buruknya pelayan pengadilan. Pada posisi inilah keadilan menjadi sangat mahal dan mereka ingin membeli pastilah mereka yang mampu.

Untuk mengubah kondisi pengadilan yang demikian itu adalah reformasi terhadap revitalisasi lembaga peradilan. Dengan harapan mendapatkan hasil yang baik. Disadari atau tidak, lembaga peradilan pidana dalam melaksanakan pemeriksaan yang sesuai dengan nilai-nilai yang adil dan layak berpusat kepada masalah pokok yang banyak mendapat perdebatan, yaitu :

- (1) Lembaga peradilan ini dihadapkan kepada sistemnya yang harus dirubah.
- (2) Orang-orang harus diganti, artinya sumber daya manusianya yang harus ditingkatkan.

Hal ini didasarkan oleh asumsi bahwa jika sumber daya manusianya baik, hasilnya akan baik. Sebaliknya jika orang-orangnya korup, bagaimanapun baiknya sistem, hasilnya akan jelek atau tidak sesuai dengan harapan. Anggapan lain lebih memperlmasalahkan pada sistemnya. Anggapan ini didasarkan kepada pandangan orang tidak akan mendapatkan hasil yang maksimal apabila sistemnya tidak mendukung. Cukup logis apabila sistemnya terlebih dahulu yang harus diperbaharui. Karena lembaga peradilan ini adalah konsep hukum modern. Hukum modern tidak bisa menjawab realitas yang ada, sangat cocok apabila sistem yang harus diperbaharui dahulu.

Benar apa yang dikatakan Satjipto Rahadjo, dengan hanya menggunakan teori formal positivisitik, akan sulit untuk memberikan penjelasan. Teori positivisitik hanya mampu untuk menjelaskan keadaan serta proses normal. Pengadilan yang bersih sulit didapatkan, sebab mereka hanya bekerja sesuai dengan bentuk formal sementara substansi yang ada diajukan. Memamang sulit untuk mencapai kepada hukum yang responsif, karena kondisi pengadilan saat ini yang berada dalam hukum modern. Hukum modern mewujudkan keadilan selalu berurusan dengan formal justice, sementara substansial justice banyak dikesampingkan. Memamng hukum dalam bentuk formal adalah ciri hukum sesungguhnya. Formalisme mementingkan bentuk dan eksistensi sementara substansi hanya berurusan dengan isi dan konsekuensinya tanpa memperdulikan unsur kultur dari hukum

#### **4. Hukum responsif dalam mereformasi substansi hukum**

Hukum responsif merefleksikan dirinya dalam mereformasi substansi hukum melalui perundang-undangan sebagai mekanisme bagi penyelesaian konflik. Sebagai mekanisme yang bertindak untuk menyelesaikan konflik sedemikian, maka undang-undang mempunyai fungsi sebagai lambang. Sebagai lambang monumen perdamaian bagi kepentingan yang terlibat dalam masalah yang diatur dalam undang-undang. Sebab dikeluarkannya undang-undang, maka para pihak yang terlibat sedikit-banyak konflik telah diselesaikan.

Undang-undang itu dikeluarkan hanya untuk memenuhi kepentingan secara semu, akan berusaha untuk membuka kembali konflik yang lama.

Agar undang-undang tidak memenuhi kepentingan semu, diperlukan untuk meracik bahan dasar yang tersedia agar proses pembangunan hukum dapat berjalan selaras dan serasi dalam merefleksikan dirinya terhadap masalah substansi, perlu ada mekanisme pengintegrasian, bahwa mereformasi pembangunan hukum harus mencakup tiga aspek yang secara simultan berjalan melalui langkah-langkah strategis mulai dari perencanaan pembuatan aturan, proses pembuatannya sampai kepada penegakan hukumnya yang dibangun melalui kesadaran hukum masyarakat.

Sistem hukum dapat berfungsi dengan baik ada 4 hal yang harus diselesaikan terlebih dahulu (Otte Salman dan Anton F. Susanto, 2005 : 155) :

- (1) Masalah legitimasi (yang menjadi landasan bagi penataan kepada aturan-aturan)
- (2) Masalah interpretasi (yang menyangkut soal penetapan hak dan kewajiban subyek, melalui prose peraturan tertentu)
- (3) Masalah sanksi (menegaskan sanksi apa, bagaimana penerapannya dan siapa yang menerapkannya)
- (4) Masalah yuridiksi (menetapkan garis kewenangan yang kuasa menegakkan norma hukum dan golongan apa yang hendak diatur oleh perangkat norma itu)

Harus dipahami sistem hukum<sup>1</sup> mempunyai substansi. Yang dimaksud dengan substansi hukum adalah aturan, norma dan pola perilaku manusia yang nyata dalam sistem hukum. Substansi hukum dapat berupa produk yang dihasilkan oleh orang yang berada dalam sistem tersebut, mencakup keputusan yang mereka keluarkan, aturan baru yang mereka susun. Substansi hukum juga mencakup *living law* dan bukan hanya aturan yang ada dalam kitab undang-undang (*law in the books*). Ada 2 langkah reformasi yang harus ditekankan dalam substansi hukum, yaitu :

- (1) Mengadakan inventarisasi secara menyeluruh terhadap peraturan perundang-undangan yang berlaku secara hirarkis yang merupakan peraturan yang tertinggi sampai ke peraturan yang terendah
- (2) Dengan kriteria tertentu dilakukan identifikasi dan kemudian diklasifikasi untuk menentukan dan memilah mana peraturan perundang-undangan yang substansial termasuk sifatnya menindas atau refresif atau bersifat responsif. Setelah diidentifikasi dan diklasifikasi peraturan yang digolongkan sebagai penindas atau refresif harus segera dialkuakn pergantian dengan peraturan yang substansinya lebih bersifat responsif.

Substansi hukum harus direformasi, khususnya yang terkait dengan pembaharuan hukum pidana, KUHP yang katanya warisan penjajah Belanda, hingga kini hanya dalam wacana pembaharuan. Dengan demikian KUHP secara substansinya harus diperbaharui. Kebutuhan substansi hukum perundang-

undangan akan menjadi sumber dan tumpuan utama sistem substansi hukum nasional kini dan yang akan datang. Setidak-tidaknya ada 4 sasaran pokok dari reformasi substansi hukum, yaitu :

- (1) Melanjutkan pembaharuan peraturan perundang-undangan dari masa kolonial.
- (2) Memperharui peraturan perundang-undangan yang dibetuk setelah merdeka yang telah ketinggalan atau tidak mencerminkan dasar dan arah politik hukum menuju kehidupan sayarakat, berbangsa, bernegara dan berdemokratis berdasarkan atas hukum dan pemerintahan yang bersih.
- (3) Menciptakan peraturan perundang-undangan yang baru dalam rangka mengisi kekosongan hukum akibat perkembangan perubahan sosial
- (4) Mengadakan atau memasukkan berbagai persetujuan internasional dalam rangka ikut memperkokoh tatanan internasioan maupun kepentingan hukum nasional.

#### **B. HUKUM RESPONSIF DAPAT MEREFLERSIKAN DIRINYA KE ALAM REFORMASI HUKUM MELALUI SISTEM BUDAYA**

Konsepsi kultur hukum untuk menganalisa pola-pola perubahan sistem hukum Indonesia semenjak revolusi. Untuk mencari kejelasan mengapa dan bagaimana fungsi-fungsi hukum di wilayah jajahan itu dilayani oleh lembaga yang berbeda dengan hukum di negara yang merdeka. Dengan merinci kultur hukum itu kedalam nilai-nilai hukum prosedural dan nilai-nilai hukum substansif dari diketahui tempat sistem hukum yang diberikan lembaga-lembaga hukum sepanjang waktu dalam sejarah bangsa yang bersangkutan. Nilai prosedural mempersoalkan tentang cara-cara pengaturan masyarakat dan menegemen konflik. Sebagai basis kultur sistem hukum, seperti yang dikatakan Friedman, yaitu seperangkat nilai-nilai dan sikap-sikap yang berkaitan dengan hukum, yang akan menentukan kapan dan mengapa dan dimana rakyat itu datang kepada hukum atau pergi menghindar keduanya.

Pembaharuan peraturan perundang-undangan pada dasarnya meliputi pembaharuan sistem, teori, asas, fungsi dan tujuan hukum. Sebagaimana diketahui sistem hukum lama yang digunakan dalam pemerintahan Hindia Belanda adalah sistem hukum Eropa Kontinental seperti dipakai oleh neraga Belanda. Dengan perubahan dan perkembangan masyarakat pada era globalisasi, maka termasuk pula sistem hukum lain seperti sistem Anglo Saxon, Hukum Timur (China, Jepang, Korea) Hukum Islam, Hukum adat yang memang telah ada dan berlaku di bumi nusantara ini.

Adanya pelbagai sistem hukum tersebut sampai saat ini dirasakan bahwa hukum yang ada belum merupakan satu-kesatuan sistem yang terpadu, melainkan terdiri-dari beberapa tantangan hukum yang terpecah-pecahkan dan saling bertentangan antara satu dengan yang lainnya. Oleh karena itu kebijakan pembangunan hukum melalui refomasi hukum meskipun tetap memperhatikan kemajemukan tantangan hukum yang berlaku, tetapi pembangunan hukum

harus tumbuh dan berkembang atas kekuatan sendiri sebagai suatu sistem hukum nasional yang bersumber pada Pancasila.

Hukum responsif dalam merefleksikan dirinya melalui pemikiran mereformasi tentang hukum yang berasal dari kultur Eropa tidak bisa begitu saja dapat diterapkan di Indonesia. Penerapan hukum modern yang diarahkan pada hukum negara berkembang, termasuk Indonesia, sesungguhnya bukanlah suatu bangunan yang netral, tetapi bertitik tolak dari pilihan-pilihan tertentu dan pilihan nilai-nilai rasional yang diandalkan dalam hukum.

Aspek yang paling penting adalah reformasi terhadap budaya hukum, moral atau etika hukum. Budaya hukum yang tumbuh adalah budaya hukum yang lahir dari kandungan ekspresi bangsa, yang merupakan wujud dari nilai-nilai sebagai dasar pijakan dalam berbangsa dan bernegara. Salah satu unsur budaya hukum adalah budaya lau yang merupakan bagian dari adat ketimuran. Reformasi yang dilakukan dalam budaya hukum adalah menggantikan dengan budaya malu, sebab budaya malu seseorang akan menghadirkan dalam situasi (Yesmil Anwar, 2007 : 6) :

- (1) Rasa malu yang menimbulkan stigmatisasi
- (2) Rasa malu menghasilkan stigmatisasi kekuatan

Rasa malu yang menghasilkan stigmatisasi cenderung terjadi dalam kehidupan masyarakat menjunjung tinggi peranan hukum sebagai alat peredam kejahatan, sedangkan rasa malu yang menimbulkan kekuatan cenderung terjadi dalam kehidupan masyarakat yang menjunjung tinggi etika moral dalam kaitannya pencegahan tindak pidana. Mengapa kita mengedepankan budaya malu dalam mereformasi budaya hukum ?

Etika moral lebih banyak menilai tentang baik dan buruknya seseorang. Apabila cara memperoleh dan menggunakan kekuasaan dengan baik, maka orang tersebut dapat dikatakan bermoral, sebaliknya jika dilakukan dengan buruk, maka ia dikatakan tidak bermoral, sehingga dapat dikatakan tidak ada moral dalam kekuasaan. Dengan moralitas penyelenggaraan hukum menjadi patokan tentang bagaimana manusia harus bertindak yang baik. Oleh karena itu ajaran moral hukum mengatur tentang suruhan, larangan dan kebolehan untuk berbuat atau tidak berbuat bahwa perbuatan itu ditentukan oleh hukum

Apabila kita melihat kedepan, budaya hukum sedang mengalami pergerakan dari masa transisi transformasi budaya tradisional menuju budaya modern. Budaya rasa malu di dalam masyarakat adalah norma yang tertinggi atau dasar yang paling kuat bekerja atas diri anggota-anggota masyarakat. Dengan norma, maka nilai itu diartikan sebagai suatu pernyataan tentang hal yang diinginkan oleh seseorang. Norma dan nilai itu menunjukkan pada hal yang sama tapi dari sudut pandang yang berbeda. Norma itu mewakili suatu perspektif sosial, sedangkan nilai melihatnya dari sudut perspektif individual. Ini berarti norma merupakan nilai-nilai yang bagi terkuat.

Konsepsi kultur hukum yang diperkenalkan oleh Friedman sebagai bagian dari sistem hukum. Kultur hukum di Indonesia memperhatikan masalah

penyelesaian konflik, karena mempunyai karakteristik sendiri yang disukung nilai-nilai tertentu sekalipun terdapat perbedaan intensitas disana-sini, namun umumnya kompromi dan perdamaian merupakan nilai-nilai yang mendapat dukungan kuat masyarakat. Nilai-nilai tersebut cenderung untuk memberikan tekanan kepada hubungan personal, solidaritas, komunal serta penghindaran terhadap sengketa-sengketa. Konsep yang terpenting disini adalah kultur hukum, karena ia merupakan kunci untuk memahami perbedaan yang terdapat dalam sistem hukum yang satu dengan yang lain.

Sistem hukum berkenaan dengan komponen kultur adalah nilai dan sikap yang mengikat sistem hukum secara bersama-sama dan menghasilkan suatu bentuk penyelenggaraan hukum dalam budaya masyarakat secara keseluruhan. Kultur memegang peranan penting dalam penegakan hukum. Adakalanya tingkat penegakan hukum sangat tinggi, karena didukung oleh kultur masyarakat. Melalui partisipasi masyarakat yang sangat tinggi pula untuk menerima dan patuh kepada hukum

### **C. PENUTUP**

1. Strategi pembangunan hukum responsif dalam mereformasi hukum terhadap perubahan sosial mencakup :
  - (a) Mereformasi lembaga yang diciptakan oleh sistem hukum itu dengan berbagai macam fungsi dalam rangka mendukung bekerjanya institusi penegak hukum meliputi Badan Peradilan, Kepolisian, Badan Penuntutan, Lembaga pemasyarakatan, Penasehat hukum, Konsultan hukum serta badan - badan penyelesaian sengketa hukum diluar pengadilan. Reformasi perundang-undangan
  - (b) Substansi hukum harus direformasi, khususnya yang terkait dengan pembaharuan hukum pidana, KUHP yang katanya warisan penjajah Belanda, hingga kini hanya dalam wacana pembaharuan. Dengan demikian KUHP secara substansinya harus diperbaharui. Kebutuhan substansi hukum perundang-undangan akan menjadi sumber dan tumpuan utama sistem substansi hukum nasional kini dan yang akan datang.
2. Hukum responsif merefleksikan dirinya ke dalam reformasi hukum melalui sistem budaya dilakukan merinci komponen kultur yang merupakan nilai dan sikap yang mengikat sistem hukum secara bersama-sama dan menghasilkan suatu bentuk penyelenggaraan hukum dalam budaya masyarakat secara keseluruhan, dimana kultur memegang peranan penting dalam penegakan hukum. Adakalanya tingkat penegakan hukum sangat tinggi, karena didukung oleh kultur masyarakat. Melalui partisipasi masyarakat yang sangat tinggi pula untuk menerima dan patuh kepada hukum

# PERAMPASAN ASET HASIL TINDAK PIDANA KORUPSI SEBAGAI SALAH SATU CARA MEWUJUDKAN KEPASTIAN USAHA DI INDONESIA

**Anugerah Rizki Akbari, S.H.**

*Asisten Bidang Studi Hukum Pidana Fakultas Hukum Universitas Indonesia.*

## Abstract

*“Poverty is the evidence that development in Indonesia is far from success. One of the factors affecting the failure of this development is the high rate of corruption and as the element of development, business must bear the consequence of it, like paying additional costs to public officer, etc. This condition will make uncertainty in business activities and this should be immediately eliminated. Asset recovery can be used as a way to eradicate corruption and ensure business certainty in Indonesia.”*

*Keyword: asset recovery, corruption, business certainty*

## A. DUNIA USAHA DAN PEMBERANTASAN TINDAK PIDANA KORUPSI

Dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945, khususnya dalam Alinea 2, yang berbunyi:

*“Dan perjuangan pergerakan kemerdekaan Indonesia telah sampailah kepada saat yang berbahagia dengan selamat sentausa mengantarkan rakyat Indonesia ke depan pintu gerbang kemerdekaan Negara Indonesia yang merdeka, bersatu, berdaulat, adil dan makmur.”<sup>95</sup>*

Tercantum suatu harapan bagi seluruh bangsa Indonesia dalam melihat kemerdekaan yang mereka impi-impikan, yakni Negara Indonesia yang merdeka, bersatu, berdaulat, adil dan makmur. Cita-cita luhur ini kemudian diturunkan ke dalam empat tujuan bernegara pada Alinea keempat, yaitu melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial. Pertanyaannya, apakah bangsa ini telah berhasil mengisi kemerdekaan tersebut dengan sebaik-baiknya? Apakah Negara Indonesia yang merdeka, bersatu, berdaulat, adil dan makmur telah berhasil diwujudkan?

Akan tetapi kenyataan yang terjadi di lapangan berbeda dengan cita-cita ideal yang dirumuskan di atas. Pelaku usaha tidak jarang melakukan suap kepada pejabat publik demi melancarkan kegiatan usahanya, korupsi pun

dilakukan demi mendapatkan keuntungan yang sebesar-besarnya, dan hal ini tampak sebagai suatu hal yang lumrah di dunia usaha. Ridwan Zahrie, Ketua Komite Tetap Bidang Governance & Etika Bisnis, Kamar Dagang dan Industri Indonesia (KADIN), menyatakan suap terjadi dalam bisnis sebesar apa pun, di semua sektor dan negara, dalam perjanjian-perjanjian di sektor publik dan dalam transaksi bisnis di sektor swasta.

Di luar suap, korupsi juga sering muncul dalam perusahaan dalam bentuk penipuan korporasi dan perjanjian memanfaatkan info orang dalam.<sup>96</sup> Global Corruption Report (GCR) 2009 melaporkan banyak kondisi yang memungkinkan terjadinya krisis sebagai akibat korupsi/suap oleh dunia usaha. Dunia usaha memainkan peran penting sebagai sumber utama suap dalam berhubungan dengan pejabat publik dan anggota partai politik dan bahkan 60% eksekutif bisnis di Mesir, India, Indonesia, Maroko, Nigeria dan Pakistan mengaku harus melakukan suap ketika berhubungan dengan pejabat publik.<sup>97</sup>

Di sisi lain, sebagai akibat dari 'budaya' suap dan korupsi tersebut, dunia usaha harus menanggung beberapa akibat, yaitu:<sup>98</sup> Pertama, korupsi memperbesar biaya perusahaan karena perusahaan harus membayar biaya-biaya tidak resmi dan biaya tambahan karena tindakan korupsi. Penelitian Mudrajad Kuncoro (2004) pada industri berorientasi ekspor yang padat karya di 10 Kabupaten/Kota di Indonesia menemukan bahwa biaya tambahan karena korupsi mencapai 7,3 persen dari biaya perusahaan. Sedangkan penelitian Ari Kuncoro (2001) pada 1.736 perusahaan di 285 kabupaten dan kota di Indonesia menemukan besarnya biaya tambahan sebagai akibat tindakan korupsi mencapai 10 persen dari biaya total perusahaan.

Meski telah banyak studi yang menunjukkan bahwa suap dan korupsi merugikan dunia usaha, akan tetapi praktik-praktik suap dan korupsi masih tetap dilakukan dan pihak yang melakukan hal tersebut tidak hanya terfokus pada individu semata, melainkan korporasi pun terlibat di dalamnya. Menurut Is Susanto, jangkauan kejahatan korporasi adalah begitu luas dengan berbagai bentuk perbuatan dalam rangka mencapai tujuan-tujuan korporasi, nampaknya masalah suap atau pemberian "uang pelicin" merupakan salah satu perilaku yang sangat menonjol dalam kejahatan korporasi.

## **B. KONSEP PERAMPASAN ASET HASIL TINDAK PIDANA KORUPSI**

Istilah korupsi pertama kali dikenal dalam istilah latin yaitu *corruptio* atau *corruptus* artinya suatu perbuatan yang busuk, buruk, bejat, tidak jujur, dapat disuap, tidak bermoral, menyimpang dari kesucian, kata-kata atau ucapan yang menghina atau memfitnah.<sup>99</sup> Dalam konteks peraturan perundang-undangan Indonesia, pengaturan mengenai tindak pidana korupsi ditemukan di dalam berbagai peraturan perundang-undangan yang terbagi atas:

1. Kitab Undang-Undang Hukum Pidana, melalui Buku II Bab XXVIII tentang Kejahatan Jabatan yaitu Pasal 415-425 KUHP;

2. Peraturan Penguasa Perang Pusat Kepala Staf Angkatan Darat 16 April 1958 No. Prt/Peperpu/013/1958 (Berita Negara Nomor 40 Tahun 1958);
3. Peperpu Nomor 24 Tahun 1960 tentang Pengusutan, Penuntutan, dan Pemeriksaan Tindak Pidana Korupsi, yang kemudian menjadi Undang-Undang Nomor 24/Prp/1960;
4. Undang-Undang Nomor 3 Tahun 1971 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi;
5. Undang-Undang Nomor 28 Tahun 1999 tentang Penyelenggaraan Negara yang Bersih dan Bebas dari Korupsi, Kolusi, dan Nepotisme;
6. Undang-Undang Nomor 31 Tahun 1999 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi sebagaimana diubah dengan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2001 tentang Perubahan atas Undang-Undang Nomor 31 tahun 1999 Tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi;
7. Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi;
8. Undang-Undang Nomor 7 Tahun 2006 tentang Pengesahan United Nations Convention Against Corruption;
9. Undang-Undang Nomor 46 Tahun 2009 tentang Pengadilan Tindak Pidana Korupsi.

Dalam Laporan Tahunan KPK Tahun 2010<sup>100</sup>, jumlah perkara yang ditangani KPK mengalami peningkatan signifikan yaitu dari tahun 2004 yang berjumlah 2 perkara bertambah hingga mencapai jumlah 196 perkara pada akhir tahun 2010. Kondisi yang demikian menimbulkan pertanyaan yang terus mengemuka di berbagai lapisan masyarakat: strategi apa yang harus dilakukan untuk dapat memberantas tindak pidana korupsi dengan semaksimal mungkin? Langkah apa yang harus dilakukan agar tindak pidana korupsi tidak lagi terjadi di Indonesia, atau minimal terjadi pengurangan secara signifikan?

Banyak wacana yang kemudian dilemparkan untuk menjawab permasalahan tersebut. Mulai dari dilaksanakannya Sekolah Anti Korupsi, Kantin Kejujuran di berbagai sekolah, kemungkinan penerapan pidana kerja sosial, hingga yang terakhir muncul adalah mendesak diberlakukannya perampasan aset hasil tindak pidana korupsi. Berbagai penelitian telah dilakukan untuk menggagas perampasan aset hasil tindak pidana korupsi tersebut. *Paramadina Public Policy Institute* melalui penelitiannya yang berjudul "Lembaga Pengelola Aset Tindak Pidana" menyatakan dengan semakin berkembangnya jenis dan modus kejahatan, tindakan menghukum pelaku tindak pidana secara konvensional, yaitu dengan cara menerapkan pidana penjara bagi pelaku, tidak selalu berhasil mengurangi tingkat kejahatan itu.

Selain memberi efek jera bagi para pelaku, bentuk hukuman harus dapat melucuti pelaku dari potensi ekonomi yang dapat menggerakkan atau menghidupkan kembali tindak kejahatan. Untuk itu, diperlukan upaya yang sistematis untuk membasmi kejahatan-kejahatan tersebut. Salah satu upaya

tersebut adalah dengan membatasi penggunaan aset atau manfaat ekonomi yang terkait dengan kejahatan tersebut. Oleh karena itu, menjadi hal yang cukup penting dalam konteks memupus motivasi seseorang melakukan tindak pidana melalui pendekatan pelacakan, pembekuan, penyitaan dan perampasan aset hasil tindak pidana. Seseorang ataupun kejahatan terorganisir dengan sendirinya akan menjadi enggan atau tidak memiliki motivasi untuk melakukan suatu perbuatan pidana apabila hasil perbuatan pidana tersebut dikejar dan dirampas untuk negara.<sup>101</sup>

Dalam perkembangannya, beberapa konsep perampasan aset kemudian dikembangkan oleh berbagai pihak, di antaranya:

### **1. Sistem Hukum Pidana**

Sistem perampasan aset dalam sistem hukum pidana yang berlaku secara internasional adalah ketentuan-ketentuan tentang mekanisme perampasan aset yang terdapat dalam UNCAC PBB 2003. Umumnya ketentuan-ketentuan mengenai proses perampasan aset melalui empat tahap yaitu pertama, pelacakan aset, kedua, tindakan pencegahan untuk menghentikan perpindahan melalui mekanisme pembekuan, dan ketiga, penyitaan. Hanya setelah melalui dan memenuhi tahapan-tahapan tersebut baru dapat dilaksanakan tahap keempat, yaitu penyerahan aset dari negara penerima kepada negara korban tempat aset diperoleh secara tidak sah.<sup>102</sup>

*Tahap Pertama*, pelacakan aset. Tahapan ini sangat penting dan menentukan tahapan selanjutnya. Tujuan investigasi atau pelacakan aset ini adalah untuk mengidentifikasi aset, lokasi penyimpanan aset, bukti kepemilikan aset, dan hubungan dengan tindak pidana yang dilakukan. Tahapan ini sekaligus merupakan pengumpulan alat-alat bukti.<sup>103</sup> Bersamaan dengan proses investigasi, juga dilakukan pengembangan sumber-sumber intelejen relevan yang diharapkan dapat menambah pengetahuan dan meyakinkan target mengenai sumber-sumber yang tepat, baik untuk kepentingan investigasi maupun hukum. Pada akhir investigasi semua elemen-elemen data dan informasi akan diuji kelayakannya sebagai alat bukti menurut hukum.<sup>104</sup>

*Tahap kedua*, pembekuan atau perampasan aset. Kesuksesan investigasi dalam melacak aset-aset yang diperoleh secara tidak sah memungkinkan pelaksanaan tahapan pengembalian aset berikutnya, yaitu pembekuan atau perampasan aset. Menurut KAK 2003, pembekuan atau perampasan aset berarti larangan sementara untuk mentransfer, mengonversi, mengadisposisi atau memindahkan kekayaan atau untuk sementara dianggap sebagai disimpan dibawah perwalian atau dibawah pengawasan berdasarkan perintah pengadilan atau badan lain yang berwenang. Pembekuan aset dilakukan oleh pejabat yang berwenang melakukan pembekuan aset.<sup>105</sup> Dalam proses pembekuan aset khususnya yang berada di negara lain haruslah memenuhi syarat-syarat yaitu harus adanya perintah pembekuan yang mengandung alasan-alasan yang jelas mengenai sebab dilakukannya

pembekuan aset dimaksud. Hal ini dilakukan dalam rangka memberikan keyakinan kepada negara penerima aset bahwa aset tersebut merupakan aset yang tidak sah. Syarat lainnya adalah permintaan mengenai pembekuan aset tersebut harus dikeluarkan oleh pejabat yang berwenang.<sup>106</sup>

*Tahap ketiga*, penyitaan aset-aset. UNCAC PBB 2003 memberikan pengertian penyitaan, termasuk penyerahan manakala diperlukan, adalah pencabutan kekayaan secara permanen berdasarkan perintah ketua pengadilan.<sup>107</sup> Menurut Konvensi tentang Pencucian Uang, Pelacakan, Perampasan, dan Perampasan Hasil-Hasil Kejahatan dari Dewan Eropa (Convention On Laundering, Search, Seizure And Confiscation Of The Proceeds From Crime (CLPSCPC)) dari Council of Eropa, menyatakan bahwa penyitaan sebagai sebuah hukuman atau tindakan, yang diperintahkan oleh pengadilan sebagai kelanjutan dari proses yang berhubungan dengan pelanggaran pidana atau pelanggaran-pelanggaran pidana sebagai akibat pencabutan yang permanen atas kekayaan.<sup>108</sup>

*Tahap keempat*, setelah melalui tahap penyitaan barulah dapat dilakukan tahap keempat yaitu pengembalian dan penyerahan aset-aset kepada negara korba. Agar dapat melakukan pengembalian aset, baik negara penerima maupun negara korban perlu melakukan tindakan legislatif dan tindakan lainnya menurut prinsip hukum nasional masing-masing negara sehingga badan yang berwenang dapat melakukan pengembalian aset-aset tersebut.<sup>109</sup>

## **2. Sistem Hukum Administrasi**

Pendekatan lain dalam perampasan aset negara hasil tindak pidana korupsi, yaitu melalui jalur politik atau administrasi melalui upaya diplomatik dan diskusi/negosiasi bilateral. Pendekatan ini lamban, tidak praktis, sangat bergantung kepada itikad baik setiap negara dan tidak menjamin kemandirian pihak bank.<sup>110</sup> Masalah pengembalian aset sebenarnya merupakan persoalan lintas negara. Berbicara mengenai lintas negara biasanya menyangkut masalah kedaulatan negara, sehingga persoalan pengembalian aset selalu menjadi polemik dan selalu menimbulkan pro kontra. Di satu sisi berdasarkan pendekatan-pendekatan social justice principles negara-negara Grup 77, Afrika, Cina berpendapat bahwa karena pemahaman adalah social justice bahwa harta itu milik rakyat jadi harus dikembalikan kepada rakyat. Karena itu, persoalan penempatan aturan mengenai pengembalian aset menjadi esensial sekali, jadi harus ada kewajiban. Tetapi, di sisi lain, negara-negara maju, karena ada pola pemikiran pragmatis, mereka justru menyatakan soal perampasan aset bukan persoalan yang esensial.

## **3. Sistem Hukum Perdata**

Pengembalian atau perampasan menurut hukum perdata (civil forfeiture) sering pula dinamakan "*in rem forfeiture*", sedangkan pengembalian atau perampasan aset menurut hukum pidana yang dikenal dalam KUHP, criminal forfeiture disebut sebagai "*in personam forfeiture*". Berbicara mengenai

*civil forfeiture* atau *civil recovery*, ada beberapa hal yang harus diperhatikan dalam menjerat seorang koruptor dengan menggunakan *civil forfeiture*. *Civil forfeiture* digunakan apabila *proceeding* pidana yang kemudian diikuti dengan pengambilan aset tidak dapat dilakukan karena:<sup>111</sup>

1. Pemilik aset meninggal dunia;
2. Proses pidana berakhir karena terdakwa bebas;
3. Penuntutan pidana terjadi dan berhasil namun pengambilan aset tidak berhasil;
4. Terdakwa berada diluar yurisdiksi
5. Nama pemilik aset tidak diketahui;
6. Tidak ada bukti yang cukup untuk mengajukan gugatan pidana.

Konsep *civil forfeiture* ini dimaksudkan untuk hal-hal sebagai berikut:<sup>112</sup>

1. Untuk mengidentifikasi setiap harta kekayaan yang berasal baik secara langsung maupun tidak langsung dari tindak pidana, dengan tujuan agar harta kekayaan tersebut dirampas untuk negara;
2. Untuk menyita setiap harta kekayaan hasil tindak pidana atau yang diperoleh dari hasil tindak pidana, termasuk di dalamnya harta kekayaan yang digunakan sebagai alat untuk melakukan tindak pidana, harta kekayaan yang digunakan untuk membiayai tindak pidana, atau sebagai sarana atau prasarana pendukung tindak pidana;
3. Untuk menjamin agar harta kekayaan yang disita dapat digunakan untuk memulihkan kerugian yang diakibatkan oleh tindak pidana, termasuk di dalamnya untuk menjamin bahwa harta kekayaan milik pelaku tindak pidana tidak dialihkan atau dipindahtangankan kepada orang lain sehingga menjamin terlaksananya ketentuan-ketentuan yang diatur dalam undang-undang ini;
4. Mencegah harta kekayaan hasil tindak pidana tersebut digunakan untuk melanjutkan tindak pidana tersebut atau melakukan tindak pidana yang lain;
5. Untuk mengambil alih keuntungan pelaku tindak pidana menjadi milik negara, sekaligus sebagai salah satu elemen "*general deterrence*" yang ampuh.

Berdasarkan penjelasan konsep *civil forfeiture* di atas, nampak bahwa banyak kelebihan yang akan didapatkan apabila suatu negara menerapkan undang-undang tersebut untuk mengembalikan aset hasil tindak pidana korupsi. Dalam undang-undang tersebut penyitaan dan perampasan aset tindak pidana korupsi tidak hanya aset yang dihasilkan dari sebuah tindak pidana korupsi, melainkan juga kekayaan yang digunakan sebagai alat untuk melakukan tindak pidana, harta kekayaan yang digunakan untuk membiayai tindak pidana, atau sebagai sarana atau prasarana pendukung tindak pidana korupsi. Hal ini sangat dibutuhkan bagi setiap negara berkembang dalam rangka pengembalian aset hasil tindak pidana korupsi. Selain itu, penyitaan dan perampasan kekayaan baik secara langsung atau tidak langsung berasal dari tindak pidana korupsi

memang perlu dilakukan karena negara telah mengalami kerugian yang besar akibat adanya korupsi sehingga negara mempunyai kewenangan untuk menyita seluruh aset baik itu yang berhubungan langsung atau tidak dalam rangka mengembalikan kerugian yang diakibatkan.

Penerapan konsep perampasan aset melalui *civil forfeiture* di beberapa negara berbeda-beda. Amerika Serikat memiliki *Asset Forfeiture Program* yang bertujuan melucuti para kriminal dari keuntungan mereka, memperbaiki koordinasi penegakan hukum dan penegakan hukum melalui pembagian pendapatan hasil rampasan/*equitable revenue sharing*. *Program Asset Forfeiture* ini merupakan salah satu kisah sukses penegakan hukum di Amerika, dan US Marshals memainkan peran penting di dalamnya. Program ini bermula pada tahun 1984 saat Kongres meloloskan perundang-undangan yang dapat mengontrol segala jenis kejahatan secara menyeluruh berupa *Comprehensive Crime Control Act*. Aturan ini memberikan kewenangan baru kepada jaksa federal untuk melakukan perampasan. Aturan ini juga menciptakan *Asset Forfeiture Fund (AFF)* pada departemen kehakiman Amerika. Hasil dari penjualan aset yang dirampas seperti properti, kendaraan, bisnis, instrumen finansial, kapal, pesawat terbang, dan perhiasan disimpan di AFF. Selanjutnya dana tersebut digunakan untuk upaya penegakan hukum.<sup>113</sup>

Lebih lanjut program *Asset Forfeiture* juga mengatur pendistribusian hasil rampasan dalam *Equitable Sharing Program*. Hasil penjualan kerap digunakan bersama oleh institusi penegakan hukum tingkat nasional maupun lokal dalam investigasi untuk menunjang proses perampasan aset. *Asset Forfeiture* di Amerika telah menjadi kebijakan besar negara melalui *Department of Justice* (departemen kehakiman). Kebijakan ini merupakan usaha negara untuk meminimalisir kejahatan *money laundering* para pelaku tindak pidana. *Asset Forfeiture Policy* di Amerika merupakan program bersama dari seluruh agency pemerintah dan merupakan program penting yang melibatkan lembaga pada tingkat state, lokal, dan federal. *Program Asset Forfeiture* terdiri dari *Department Of Justice (DOJ)*, *US Marshals Service (USMS)*, *US Attorneys Offices (USAO)*, *Federal Bureau of Investigation (FBI)*, *Drug Enforcement Administration (DEA)*, *Bureau of Alcohol, Tobacco, Firearms and Explosives (ATF)*, *Justice Management Division (JMD)*, *Asset Forfeiture Management Staff, Criminal Division, Asset Forfeiture and Money Laundering Section (AFMLS)*, *US Department of Agriculture, (USDA)*, *Office of Inspector General (OIG)*, *Department of Defense (DOD)*, *Criminal Investigative Service, US Department of State, Bureau of Diplomatic Security (DS)*, *US Food and Drug Administration (USFDA)*, *Office of Criminal Investigations (OCI)*; dan *Postal Inspection Service*.<sup>114</sup>

Dalam pelaksanaannya USMS yang berada di bawah DOJ bersama jaksa federal menjadi garda terdepan dalam melakukan koordinasi dan eksekusi penyitaan/perampasan aset pidana. USMS turut serta dengan seluruh institusi investigasi dalam perencanaan pra-penyitaan yang merupakan langkah yang sangat penting dalam memastikan keputusan perampasan yang berjalan

baik. Masing-masing agency memiliki spesifikasi kompetensi yang dapat menentukan detail seluruh tahapan dan persoalan dalam perampasan aset. Koordinasi dan diskusi yang dilakukan antar agency untuk memutuskan perlu tidaknya dilakukan penyitaan, tidak harus dilakukan secara langsung dapat dilakukan hanya melalui telepon atau dengan menggunakan teknologi elektronik lainnya. Dalam proses investigasi pada banyak kasus US Marshals juga sering menggunakan bantuan profesional untuk menghimpun informasi berkaitan inventarisasi, transportasi, dan penyimpanan barang rampasan. Keterlibatan pihak lain dalam proses investigasi tidak serta merta membuat informasi penting lainnya boleh diketahui oleh pihak profesional/kontraktor yang dilibatkan. US Marshals tetap harus menjaga kerahasiaan informasi penyidikan dan tidak ada informasi yang boleh disebarakan kepada pihak lain tanpa izin dari jaksa (USAO).<sup>115</sup>

Pentingnya US Marshals melibatkan banyak pihak dalam setiap tahapan kegiatan adalah agar tindakan penyitaan/perampasan telah melalui analisa dari segala aspek termasuk untung-ruginya suatu properti hak milik pribadi disita oleh negara. Sebagai contoh, US Attorney's Office (USAO) dalam menentukan keputusan untuk menyita sebuah usaha harus terlebih dahulu mendapatkan hasil review dari USMS dan agency yang tergabung dalam AFO (Asset Forfeiture Office). Review tersebut dilakukan terhadap dokumen dan literatur aset serta situasi keuangan perusahaan yang ditargetkan untuk disita. Dalam hal ini beberapa analisa akan dilakukan untuk mengantisipasi dan membuat keputusan tentang siapa dan apa yang ditangkap/ditahan dan disita, bagaimana cara dan kapan hal itu akan dilakukan, dan yang paling penting adalah apakah hal itu harus dilakukan.<sup>116</sup>

Di Inggris, ketentuan yang mengatur penyitaan hasil tindak pidana diatur dalam Proceeds of Crime Act 2002 (POCA) yang mulai berlaku pada 24 Maret 2003. Sebelum berlakunya Proceeds of Crime Act 2002 (POCA), penyitaan dilakukan berdasarkan Criminal Justice Act 1988 (CJA) sebagaimana telah diubah dengan Proceeds of Crime Act 1995 yang memberikan kewenangan kepada Crown Court dan hakim pengadilan untuk membuat perintah penyitaan. Pada bulan Oktober 1998, perdana menteri melalui Performance & Innovation Unit (PIU) memeriksa pengaturan pemulihan aset dengan tujuan untuk meningkatkan efisiensi proses pemulihan dan meningkatkan jumlah pengembalian aset yang diperoleh secara ilegal. Laporan PIU diterbitkan oleh pemerintah pada bulan Juni 2000 dengan sejumlah proposal legislatif yang meliputi konsolidasi undang-undang yang berkaitan dengan penyitaan dan pencucian uang ke dalam sebuah kesatuan undang-undang (POCA). Pada 31 juli 2002 POCA mendapat persetujuan kerajaan dan dapat diimplementasikan.<sup>117</sup>

Penyitaan pidana adalah metode utama untuk memperoleh kembali hasil tindak kejahatan bila dari penyelidikan awal ditetapkan kasus akan dilanjutkan. Penyelidikan untuk penyitaan akan berjalan paralel dengan penyelidikan kriminal. Di bawah POCA 2002, tindakan kriminal tertentu dapat dijadikan

indikasi pola/gaya hidup kriminal. Tindakan kriminal tersebut antara lain: penggunaan obat bius, pemalsuan, pelecehan seksual, dan pemerasan. Bila seseorang dianggap memiliki gaya hidup kriminal, segala macam transfer properti selama enam tahun ke belakang atau yang dimiliki pada saat dakwaan dan semua pengeluaran yang terjadi berasal dari tindak pidana kecuali dapat dibuktikan lain. Bila kemudian seluruh hasil investigasi memperkuat dugaan, pengadilan akan memutuskan menerbitkan perintah penyitaan diikuti dengan perintah membayar pada jadwal dan jumlah tertentu. Perintah penyitaan tersebut juga diikuti dengan penetapan hukuman pidana bila perintah membayar tidak dipenuhi.<sup>118</sup>

Bila penyitaan pidana tidak dapat dilakukan maka pengembalian perdata (*civil recovery*) dapat dilakukan. *Civil recovery* fokus pada aset yang diperoleh dari hasil kejahatan daripada individunya. Dengan demikian, sangat memungkinkan memperoleh aset dari seseorang tanpa keterlibatannya dalam kejahatan bila asetnya diperoleh dari hasil kejahatan. Bila pengembalian secara perdata tidak dapat dilakukan, Agency dapat mempertimbangkan penggunaan aspek perpajakan. Agency akan fokus pada kemungkinan penghasilan seseorang, keuntungan, atau laba berasal dari sumber-sumber kriminal. The Serious Crime Act 2007, Chapter 27, Part 3, Chapter 2, Proceeds of Crime, merevisi ketentuan dalam POCA 2002 berkaitan dengan ARA dihapuskan dan fungsi ARA didistribusikan kepada lembaga-lembaga yang lain. Penyitaan dan Revenue function yang selama ini melekat pada ARA dialihkan ke lembaga *Serious Organised Crime Agency* (SOCA). Sedangkan fungsi akreditasi dan fungsi pelatihan dialihkan ke *National Policing Improvement Agency* (NPIA).<sup>119</sup>

Protokol pelaksanaan penyitaan diatur berdasarkan *Service Level Agreement* (SLA) antara DPP dengan *Association of Chief Police Officers of England and Wales* (ACPO) sebagai panduan umum untuk kerjasama antara pihak-pihak tentang isu-isu yang timbul dari POCA. Perjanjian tersebut harus digunakan sebagai dasar untuk protokol lokal antara Jaksa Kepala Crown dan Chief polisi. Ini akan memperjelas peran dan tanggung jawab mereka yang terlibat di area/tingkat kekuatan dan menetapkan pengaturan kerja yang efektif untuk tujuan undang-undang tersebut. *The Code for Crown Prosecutors* memberi masukan kepada *prosecutors/ jaksa penyita* untuk:

1. Mempertimbangkan biaya yang ditimbulkan dan keseriusan kesalahan pelaku sehingga pengadilan dapat memberikan putusan yang memadai serta memungkinkan kasus disajikan secara jelas dan sederhana.
2. *Asset recovery strategy* membutuhkan agen untuk mengumpulkan data, menginformasikan target untuk meningkatkan penggunaan investigasi keuangan dan nilai pesanan.<sup>120</sup>

Section 48 (2) POCA memberikan Crown Court kewenangan menunjuk suatu management receiver terkait properti yang terkena perintah blokir POCA. Pengelolaan management receiver termasuk menjual properti atau bagiannya

atau kepentingan di dalamnya, membawa atau mengatur pihak lain untuk membawa aset dalam perdagangan atau usaha dan terjadi capital expenditure pada properti tersebut. Penggunaan mangement receiver terutama dilakukan untuk aset yang membutuhkan pengelolaan aktif. Di mana pada saat terdakwa dalam tahanan tidak dapat mengelola sendiri aset tersebut. Management Receiver adalah orang yang ditunjuk pengadilan dalam berkas penuntutan.<sup>121</sup>

Secara umum *civil forfeiture* bisa lebih efektif dalam mengambil aset yang dicuri oleh para koruptor daripada pidana dan administrasi. Hal ini dikarenakan *civil forfeiture* mempunyai kelebihan yang mempermudah pengembalian aset dalam proses pembuktian di persidangan. Seperti diketahui, *civil forfeiture* menggunakan sistem hukum perdata yang menggunakan standar pembuktian lebih mudah dari pada standar pembuktian yang dipakai dalam proses hukum pidana. Selain itu dalam implementasinya *civil forfeiture* menggunakan sistem pembuktian terbalik dimana pemerintah cukup mempunyai bukti awal bahwa aset yang akan diambil adalah hasil, berhubungan, atau digunakan untuk kejahatan. Pemerintah cukup hanya menghitung beberapa pendapatan si koruptor dan membandingkannya dengan aset yang dimilikinya. Jika aset melebihi pendapatan, maka tugas si koruptorlah untuk membuktikan bahwa aset tersebut ia dapat dari jalur yang sah. Inilah yang menyebabkan *civil forfeiture* menjadi alternatif yang baik apabila jalur pidana tidak berhasil. Bahkan dalam praktiknya di negara Amerika dan Inggris ditemukan bahwa prosedur *civil forfeiture* dinilai lebih efektif dalam mengambil kembali aset yang dicuri, meskipun memiliki kelemahan seperti proses yang lama dan biaya tinggi. Namun, proses pengembalian aset negara hasil tindak pidana korupsi pun dapat dilakukan dengan berhasil.<sup>122</sup>

Dengan mendorong dibakukannya konsep perampasan aset ke dalam suatu peraturan perundang-undangan Indonesia, besar harapan bahwa tindak pidana korupsi dapat diberantas dengan semaksimal mungkin. Pelaku tindak pidana korupsi akan berpikir berkali-kali untuk melakukan tindakan-tindakan yang dapat merugikan keuangan negara atau perekonomian negara karena dirinya (nantinya) diwajibkan untuk membuktikan bahwa harta yang dimilikinya bukan merupakan hasil dari suatu perbuatan yang melawan hukum. Mekanisme yang demikian diharapkan dapat memberantas tindak pidana korupsi hingga dunia usaha pun mendapatkan kepastian akan jaminan berusaha di Indonesia dan tidak ada lagi biaya-biaya tambahan yang harus diberikan kepada pejabat publik sebagai "imbalan" atas terselenggaranya usaha yang diusung pelaku usaha di Indonesia.

# **PRINSIP MENGENAL NASABAH DAN TINDAK PIDANA PENCUCIAN UANG DALAM PASAR MODAL**

**Daniel Hendrawan SH., Mhum.**

*Dosen Fakultas Hukum Universitas Kristen Maranatha*

## **ABSTRAK**

Pasar Modal adalah salah satu lembaga keuangan yang berpengaruh pada saat sekarang. Dengan kehadiran pasar modal, masyarakat sudah dapat memiliki modal untuk mengembangkan usahanya. Perkembangan pasar modal juga tidak lepas dari perkembangan teknologi dan globalisasi. Di mana dengan teknologi yang berkembang pesat menyebabkan pasar modal mengglobal. Global dalam arti transaksi saham dapat dilakukan di mana saja, kapan saja, dan siapa saja tidak terbatas tempat termasuk batas negara. Saat ini pasar modal sudah menjadi salah satu tempat atau media yang paling efektif untuk melakukan tindak pidana pencucian uang. Hal ini disebabkan karena kemudahan nasabah yang melakukan transaksi yang menyebabkan nasabah yang beritikad tidak baik dengan mudah menyembunyikan dana hasil dari tindak kejahatan. Perangkat untuk pencegahan dari tindak pidana pencucian uang dalam transaksi di pasar modal adalah dengan menerapkan prinsip mengenal nasabah. Dasar hukum dari penerapan prinsip mengenal nasabah ini adalah Undang-Undang No. 15 tahun 2002 tentang Tindak Pidana Pencucian Uang jo. Undang-Undang No.23 Tahun 2003 tentang Perubahan Atas Undang-Undang No. 15 tahun 2002 tentang Tindak Pidana Pencucian Uang jo. Keputusan Ketua Badan Pengawas Pasar Modal dan Lembaga Keuangan Nomor KEP-476/BL/2009 tentang Prinsip Mengenal Nasabah oleh Penyedia Jasa Keuangan di Bidang Pasar Modal Penerapan Prinsip Mengenal Nasabah Dalam Pasar Modal.

Kata Kunci : Prinsip Mengenal Nasabah, Tindak Pidana Pencucian, Uang Pasar Modal

## **A. LATAR BELAKANG PENELITIAN**

Jasa penyedia keuangan perlu diperhatikan sebagai salah satu bagian dari pembangunan ekonomi. Lembaga penyedia jasa keuangan dapat diartikan sebagai lembaga yang berfungsi sebagai penyedia jasa di bidang keuangan adalah termasuk namun tidak terbatas hanya pada bank, pasar modal, lembaga pembiayaan, perusahaan efek, pengelola reksa dana, kustodian, wali amanat, lembaga penyimpanan dan penyelesaian, pedagang valuta asing, dana pensiun, dan perusahaan asuransi.

Fungsi dan peranan yang diharapkan dari lembaga penyedia keuangan mengarah kepada pasar modal sebagai agen pembangunan (*agent of*

*development*), yaitu sebagai lembaga yang bertujuan untuk mendukung pelaksanaan pembangunan nasional. Peranan ini membawa konsekuensi bahwa pasar modal dituntut untuk selalu dapat memberikan kemanfaatan yang sebesar-besarnya guna meningkatkan pertumbuhan ekonomi dan melakukan pemerataan atas hasil-hasilnya, sehingga tercipta stabilitas nasional yang mengarah pada peningkatan kesejahteraan masyarakat banyak.

Pasar modal atau *capital market* merupakan pasar yang diisi dengan berbagai instrumen untuk penambahan modal di mana berfungsi sebagai tempat untuk memperjualbelikan instrumen, baik surat utang atau yang dikenal dengan nama obligasi, ekuiti atau yang lebih sering disebut sebagai saham, reksadana, instrumen derivatif maupun instrumen lainnya. Pasar modal merupakan pendanaan bagi perusahaan-perusahaan swasta maupun institusi lain misalnya pemerintah dan sebagai sarana untuk melakukan investasi.

Sebagian orang menganggap bahwa berkembangnya pasar modal dari suatu Negara merupakan indikator positif dari perbaikan perekonomian nasional, baik makro ekonomi maupun mikro ekonomi. Pasar modal memiliki peran penting bagi perekonomian suatu Negara karena pasar modal menjalankan 2 (dua) fungsi, yaitu :

*Pertama*, sebagai sarana bagi pendanaan usaha. Dana yang diperoleh dari pasar modal dapat digunakan untuk pengembangan usaha, ekspansi, penambahan modal kerja dan lain-lain;

*Kedua*, pasar modal sebagai sarana bagi masyarakat untuk berinvestasi pada instrumen keuangan seperti saham, reksadana, obligasi, dan lain-lain. Pasar modal bermanfaat sebagai sarana untuk penanaman modal atau sarana berinvestasi dan mobilisasi dana, yaitu masyarakat pemodal yang memiliki kelebihan modal (*capital surplus*) disalurkan kepada masyarakat yang membutuhkan dana dan juga bagi masyarakat yang ingin melakukan kegiatan penanaman modal atau berinvestasi. Dengan demikian, masyarakat dapat menempatkan dana yang dimilikinya sesuai dengan karakteristik keuntungan dan risiko masing-masing instrumen.

Penegakan hukum dalam kegiatan pasar modal merupakan hal yang sangat penting dan tidak dapat dihindari, tetapi hal ini juga bukan merupakan hal yang dapat dengan mudah dilakukan karena pengawasannya terkait pada seluruh pihak yang berada dalam pasar modal dan membutuhkan pengawasan agar tidak terjadi pelanggaran<sup>123</sup>.

Berbagai macam kejahatan atau tindak pidana di dalam pasar modal terus menerus terjadi dan berlangsung dengan berbagai macam modus operandi. Intensitas tindak pidana dan pelaku kejahatan pasar modal yang semakin canggih dan profesional akan menyulitkan untuk mendeteksi, sehingga pihak investor, penegak hukum dan juga pengawas keuangan akan mudah tertipu.<sup>124</sup> Kejahatan dewasa ini menunjukkan bahwa kemajuan ekonomi berpengaruh terhadap berbagai tindak pidana baru yang spektakuler, misalnya kriminalitas

kontemporer yang cukup mengancam seperti halnya lingkungan hidup, sumber energi. Kejahatan di bidang ekonomi, seperti halnya kejahatan bank, komputer, penipuan konsumen dan juga kejahatan pasar modal yang dikemas indah lewat penyamaran.<sup>125</sup>

Tindak pidana yang sering terjadi di pasar modal umumnya dilakukan oleh orang-orang yang memang ahli di bidangnya sehingga dinamakan kejahatan kerah putih (*white collar crime*)<sup>126</sup> dan salah satu kejahatan di bidang pasar modal yaitu *money laundering* yaitu menggunakan uang hasil kegiatan yang ilegal menjadi legal dengan dimasukkan ke dalam pasar modal.

Terdapat beberapa kasus yang merupakan perbuatan pencucian uang di bursa efek. Kasus pencucian uang terakhir yang cukup menghebohkan di Indonesia adalah kasus pencucian uang pada Bank Century. Kasus bermula dari L/C fiktif yang diterbitkan oleh bank tersebut di mana dana yang diperoleh digunakan untuk pembelian kembali saham-saham yang telah diperjualbelikan di bursa efek. Hal ini dapat terjadi sehubungan status bank tersebut sebagai perusahaan terbuka. Terdapat berbagai strategi dari transaksi di atas, diantaranya uang dari hasil *money laundering*, dimanipulasi kembali oleh Robert Tantular, Direksi dari Bank Century dimasukkan juga pada pasar modal melalui perusahaan reksadana antaboga miliknya. Hingga saat ini kasus tersebut masih berada dalam tahapan penyidikan.

Selain itu terdapat pula kasus *money laundering* di Bank Nasional Indonesia (BNI) yang diduga merupakan tindak pidana dari manipulasi kredit ekspor. Menurut informasi dari Pusat Pelaporan dan Analisa Transaksi Keuangan (PPATK), Herwidayatmo, Dana dari kredit ekspor tersebut, dialokasikan dari berbagai transaksi yaitu sebagian ke reksadana, saham, dan sisanya dibelikan obligasi korporasi.<sup>127</sup> Dengan demikian, menurut pendapat penulis, pasar modal sebagai jasa penyedia keuangan juga rentan akan tindak kejahatan. Oleh karenanya diwajibkan untuk menerapkan prinsip mengenal nasabah mengenai kebijakan dan prosedur penerimaan, identifikasi transaksi dan juga resiko yang dapat terjadi dari kegiatan di pasar modal.

Sri Mulyani menyatakan bahwa untuk mengantisipasi pencucian uang dan terorisme, calon nasabah asuransi, dana pensiun dan lembaga pembiayaan yang mengandung resiko wajib melalui proses uji tuntas (*due diligence*). Langkah ini dilakukan karena semakin terbukanya resiko pemanfaatan Lembaga Keuangan Non Bank (LKNB) sebagai sarana pencucian uang dan terorisme."<sup>128</sup>

Hal ini sangat rentan terhadap tindakan kejahatan, salah satunya adalah tindak pidana pencucian uang. Dalam tindak pidana ini, terdapat upaya memasukan uang hasil kejahatan secara mudah dikarenakan tidak adanya daftar yang pasti mengenai pihak-pihak yang bertransaksi di pasar modal. Prinsip mengenal nasabah sebagai salah satu upaya mencegah tindak pidana pencucian uang di pasar modal. Bapepam-LK (Badan Pengawas Pasar Modal dan Lembaga Keuangan) menyatakan bahwa maksud dari penyempurnaan

Peraturan dengan lampiran Keputusan Ketua Bapepam dan LK Nomor: Kep-476/BL/2009 tanggal 23 Desember 2009 itu merupakan penyempurnaan atas Peraturan Nomor V.D.10, Lampiran Keputusan Ketua Bapepam dan LK Nomor: Kep-313/BL/2007 tanggal 28 Agustus 2007 tentang Prinsip Mengenal Nasabah oleh Penyedia Jasa Keuangan di Bidang Pasar Modal adalah untuk menciptakan industri pasar modal yang sehat serta terlindung dari praktik-praktik tindak pidana pencucian uang dan/atau dijadikan sarana pendanaan kegiatan terorisme. Selanjutnya Ketua Bapepam-LK Fuad Rahmany menyatakan bahwa kebijakan di atas, diharapkan dapat meningkatkan pencegahan dan pemberantasan tindak pidana pencucian uang dan pendanaan kegiatan terorisme oleh penyedia jasa keuangan di bidang pasar modal melalui penerapan prinsip mengenal nasabah dan meningkatkan posisi Indonesia dalam kelompok negara-negara yang telah memenuhi FATF *Recommendation on Anti Money Laundering and Counter Financing Terrorism*.<sup>129</sup>

#### **B. PRINSIP MENGENAL NASABAH (KNOW YOUR CCUSTOMER PRINCIPLE)**

Berdasarkan Keputusan Ketua Badan Pengawas Pasar Modal dan Lembaga Keuangan Nomor KEP- 476/BL/2009 tentang Prinsip Mengenal Nasabah oleh Penyedia Jasa Keuangan di Bidang Pasar Modal Pasal 1 Huruf (k) :

“Prinsip Mengenal Nasabah adalah prinsip yang diterapkan Penyedia Jasa Keuangan di bidang Pasar Modal, untuk mengetahui latar belakang dan identitas Nasabah, memantau rekening Efek dan transaksi Nasabah, serta melaporkan transaksi keuangan mencurigakan, dan transaksi keuangan yang dilakukan secara tunai sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang terkait dengan tindak pidana pencucian uang, termasuk transaksi keuangan yang terkait dengan Pendanaan Kegiatan Terorisme.”

Berdasarkan pengertian prinsip mengenal nasabah pada Keputusan Ketua Badan Pengawas Pasar Modal dan Lembaga Keuangan, terdapat unsur-unsur yaitu:

- a. Mengetahui latar belakang dan identitas nasabah, mengetahui latar belakang dan identitas nasabah ini dilakukan dengan cara *legal due diligence*. Dalam *due diligence* ini diperiksa mengenai latar belakang nasabah secara keseluruhan. *Legal due diligence* ini dilakukan oleh konsultan hukum.
- b. Memantau rekening efek dan transaksi nasabah, pemantauan rekening efek dan transaksi nasabah ini harus dilakukan kerjasama antara konsultan keuangan (akuntan) dan juga konsultan hukum. Peran dari konsultan keuangan adalah memeriksa rekening efek dan transaksi keuangan. Transaksi keuangan dari para nasabah dipantau arus masuk dan keluarnya (*in and out flow*). Apakah transaksi di atas terdapat hal-hal mencurigakan. Mencurigakan bila terdapat transaksi yang terindikasi melakukan kecurangan atau kejahatan. Kejahatan yang dimaksud dapat

berupa kejahatan *money laundering*, *insider trading*, atau juga *terorisme*. Dalam hal ini konsultan hukum bertugas memeriksa transaksi-transaksi yang mencurigakan tersebut apakah memenuhi unsur-unsur pidana atau tidak. Apakah transaksi-transaksi tersebut akan atau dapat menjadi sebuah tindak kejahatan baik secara langsung atau tidak langsung.

Dalam menerapkan prinsip mengenal nasabah maka terdapat hal-hal atau data-data yang dibutuhkan untuk diperiksa oleh Bappepam, data informatif tersebut adalah:<sup>130</sup>

- a. "Identitas calon nasabah
- b. Maksud dan tujuan hubungan usaha yang akan dilakukan calon nasabah
- c. Informasi lain yang memungkinkan bank untuk mengetahui profil calon nasabah
- d. Identitas pihak lain dalam hal calon nasabah bertindak untuk dan atas nama pihak lain."

Bank dalam pengertian poin C di atas adalah Bapepam. Di sini Bapepam sebagai lembaga pengawas dalam pasar modal berhak dan memiliki kewenangan untuk mengetahui setiap pihak yang melakukan transaksi dan juga pihak-pihak yang berhubungan dengan pasar modal.

Sementara yang dimaksud dengan dokumen pendukung adalah:<sup>131</sup>

- a. "Bagi nasabah perorangan: 1) Nama; 2) Alamat tinggal tetap; 3) Tempat dan tanggal lahir; 4) Kewarganegaraan; 5) Pekerjaan; 6) Specimen tanda tangan; 7) Sumber dana; Tujuan penggunaan dana
- b. Bagi nasabah perusahaan: 1) Akta pendirian/anggaran dasar; 2) Akta perubahan; 3) Izin usaha dan izin-izin lainnya; 4) Nama, kuasa dan specimen tanda tangan pihak-pihak yang ditunjuk untuk bertindak untuk dan atas nama perusahaan; 5) Sumber dana; 6) Nomor Pokok Wajib Pajak (NPWP); 7) Laporan keuangan; 8) Deskripsi kegiatan usaha; 9) Struktur manajemen usaha 10) Dokumen pengurus yang berwenang mewakili perusahaan"

Dalam rangka melaksanakan program kenal nasabah ini, bank (Bapepam) harus mempunyai sistem yang baik terhadap pemantauan rekening nasabah. Dalam hal ini bank wajib melakukan hal-hal sebagai berikut:

- a. Melakukan *up grade* data sehingga sesuai dengan keadaan saat terakhir
- b. Menatausahakan dokumen nasabah selama lima tahun sejak nasabah menutuh rekeningnya
- c. Memiliki sistem informasi mengenai karakteristik transaksi nasabah
- d. Memelihara profil nasabah, yang sekurang-kurangnya meliputi: 1) Bidang usaha atau pekerjaan; 2) Penghasilan; 3) Rekening lain yang dimiliki; 4) Aktivitas transaksi yang normal; 5) Tujuan pembukaan rekening

Untuk Prinsip mengenal nasabah pada pasar modal telah diatur di dalam Keputusan Ketua Badan Pengawas Pasar Modal dan Lembaga Keuangan Nomor KEP- 476/BL/2009 tentang Prinsip Mengenal Nasabah oleh Penyedia Jasa Keuangan di Bidang Pasar Modal.

### C. TINDAK PIDANA PENCUCIAN UANG (*MONEY LAUNDERING*)

Dalam bahasa Indonesia, tindak pidana pencucian uang seringkali diterjemahkan menjadi “pemutihan uang” atau “pencucian uang”. Terminologi ini diterjemahkan dari kata asalnya yang berupa *launder* yang berarti “mencuci”. Uang yang dicuci tersebut merupakan uang dari hasil kejahatan. Contoh dari kegiatan pencucian uang ini adalah uang dari hasil jual beli narkoba atau juga korupsi, lalu dibersihkan dengan cara diputihkan atau dicuci dengan tujuan utamanya adalah agar uang tersebut tidak lagi terdeteksi oleh aparat penegak hukum bahwa uang tersebut adalah uang dari hasil kejahatan sehingga uang tersebut menjadi sama seperti uang yang lainnya menjadi uang yang legal. Dalam pencucian uang, hal yang utama adalah menghilangkan jejak bahwa uang tersebut merupakan hasil kejahatan. Dengan proses kegiatan *money laundering*, uang yang semula merupakan uang haram (*dirty money*) diproses sehingga menghasilkan uang bersih (*clean money/legitimate money*). Dalam proses ini uang disalurkan dalam proses “penyesatan” (*imaze*).

Kegiatan pencucian uang saat ini secara global telah digolongkan sebagai suatu tindak pidana dan bersifat lintas negara (*cross border*), sehingga tindak pidana pencucian ini juga dikategorikan sebagai tindak pidana internasional (*international crime*) dimana kegiatan ini dapat berlangsung di beberapa Negara yang berbeda dengan pelaku yang sama. Oleh karenanya kegiatan ini dimasukkan juga ke dalam *United Nations Conventionb Against Illicit Traffic in Narcotic Drugs and Psychotropic Substance* (konvensi PBB) pada Pasal 3 ayat (1) yang disahkan sejak 19 Desember 1988 dan mulai berlaku sejak November 1990. Indonesia telah meratifikasi konvensi ini sejak 31 Januari 1997 dengan Undang-Undang Nomor 8 Tahun 1996.<sup>132</sup>

Menurut Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2002 tentang Tindak Pidana Pencucian Uang sebagaimana telah diubah dengan Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2003, yang tergolong ke dalam tindak pidana pencucian uang adalah setiap harta kekayaan hasil tindakan pidana yang disebutkan khusus dalam undang-undang tersebut, yakni tindakan sebagai berikut:

- a. “menempatkan kekayaan hasil tindakan pidana;
- b. mentrasfer kekayaan hasil tindakan pidana;
- c. membayarkan atau membelanjakan uang hasil tindak pidana;
- d. menghibahkan atau menyumbangkan kekayaan hasil tindak pidana ;
- e. menitipkan kekayaan hasil tindak pidana;
- f. membawa ke luar negeri kekayaan hasil tindak pidana;
- g. menukarkan atau perbuatan lainnya atas kekayaan hasil tindak pidana

- h. menerima, atau menguasai penempatan, pentransferan, pembayaran, penghibahan, sumbangan, penitipan, atau penukaran kekayaan hasil tindak pidana; dan
- i. melakukan percobaan, pembantuan, atau pemufakatan jahat untuk melakukan tindak pidana pencucian uang."

Dengan begitu banyaknya tindakan yang dapat dijerat dengan tindak pidana pencucian uang, Munir Fuady mengelompokkannya menjadi 3(tiga) bagian yaitu :

- a. "Uang yang berasal dari kegiatan kriminal. Misalnya : pencurian, perampokan, penipuan, perdagangan narkoba, korupsi, atau penyogokan.
- b. Uang yang berasal dari kegiatan penghindaran pajak. Misalnya: uang penghindaran/penggelapan pajak yang dilakukan di *Cayman Islands* dan lain-lain *Tax Heaven Countries*.
- c. Uang yang berasal dari penyimpangan berbagai aturan lain. Misalnya: uang hasil dari kegiatan penyimpangan di bidang ekspor impor (seperti pemalsuan dokumen, pemalsuan volume barang, penyelundupan, dan penggelapan bea masuk atau pajak ekspor) atau uang dari kegiatan penyimpangan di bidang perdagangan umum, semisal pemalsuan perhitungan harga, mutu, jaminan, atau berat barang, dan sebagainya."

Dalam pelaksanaan tindak pencucian uang, menurut Munir Fuady terdapat tiga tahapan yaitu:<sup>133</sup>

- a. Tahap penempatan (*placement*)  
Pada tahap penempatan dana ini (*placement*), uang hasil kejahatan ditempatkan pada bank tertentu yang dianggap aman. Penempatan uang tersebut dimasukan hanya untuk sementara waktu saja. Dalam Tahap penempatan dana ini juga dilakukan proses membenam uang (*immersion*).
- b. Tahap pelapisan (*layering*)  
Dalam tahap pelapisan ini, dilakukan kegiatan-kegiatan yang bertujuan untuk menghilangkan jejak atau indikasi asal usul uang tersebut. Dalam tahap membenamkan uang ini, uang tersebut benar-benar diputihkan/ dicuci untuk menghilangkan jejak uang tersebut. Ada banyak sekali cara yang dilakukan dalam tahap ini.
- c. Tahap menggunakan harta kekayaan atau uang (*intergration*)  
Dalam tahap intergrasi dan repartasi ini uang hasil kejahatan yang telah dicuci pada tahap pembenaman tersebut dikumpulkan kembali ke dalam suatu proses keuangan yang sah.

Karena itu, pada tahap ini uang tersebut sudah benar-benar bersih dan sulit dilacak asal muasalnya. Dengan demikian, jika dlam proses-proses sebelumnya uang tersebut dibenamkan dan dicuci, maka pada tahap integrasi

ini dapat dikatakan bahwa uang yang telah dicuci tersebut dikeringkan kembali sehingga menjadi uang yang kering dan bersih seperti halnya uang-uang yang lainnya.

#### **D. PASAR MODAL**

Pasar modal Indonesia sebagai salah satu lembaga yang memobilisasi dana masyarakat dengan menyediakan sarana atau tempat mempertemukan penjual dan pembeli dana jangka panjang yang disebut efek, dewasa ini telah merupakan salah satu pasar modal Negara berkembang yang berkembang secara fantastis atau dinamis.<sup>134</sup>

Menurut Asril Sitompul, pasar modal atau bursa efek secara sederhana adalah tempat di mana bertemunya pembeli dan penjual efek yang terdaftar di bursa itu (*listed stock*), pembeli dan penjual datang untuk mengadakan transaksi jual beli efek. Oleh karena itu transaksi dilakukan di satu tempat yang tertentu maka diharapkan transaksi bisnis yang terjadi antara penjual dan pembeli menciptakan harga yang wajar berdasarkan permintaan dan penawaran.<sup>135</sup>

Kegiatan pasar modal merupakan objek hukum, artinya para ahli hukum perlu lebih banyak ikut andil. Komoditas sekuritas dalam bentuk saham, obligasi, ataupun sertifikat adalah suatu kertas yang nilai intrinsiknya tidak ada, namun harganya sangat besar. Di dalam pasar modal sebenarnya yang diperdagangkan adalah kepercayaan. Kepercayaan masyarakat pada nilai saham, benarnya laporan-laporan perusahaan, prospek keuntungan masa depan, kebijakan pemerintah yang mendukung pasar modal, sampai pada proses jaminan bahwa hukum dipatuhi oleh para pihak.<sup>136</sup>

Jadi dapat disimpulkan bahwa hukum pasar modal adalah mengenai peraturan yang mengatur mengenai kegiatan di pasar modal. Ketentuan ini mencakup baik kegiatan pembelian dan penjualan dalam pasar modal. Juga dalam hal ini termasuk para pihak dan objek yang diperdagangkan dalam pasar modal. Pengaturan ini mengatur beberapa aspek dalam pasar modal. Hukum pasar modal mengatur seluruh aspek pasar modal.

#### **E. SCRIPLESS TRADING**

Istilah scripless berasal dari kata *scrip* dan *less*. *Scrip* mempunyai makna sebagai surat saham sementara, sedangkan *less* mempunyai makna tanpa.<sup>137</sup> Sementara itu yang dimaksud dengan *trading* adalah perdagangan.<sup>138</sup>

Jika kata-kata tersebut digabung menjadi satu dalam kalimat *scripless trading*, akan bermakna sebagai perdagangan tanpa surat saham, atau menurut istilah Peter Mahmud, sebagai perdagangan tanpa warkat.<sup>139</sup> Munir Fuady dalam bukunya Pasar Modal Modern meengartikannya sebagai perdagangan saham tanpa warkat.<sup>140</sup>

Menurut Indra Safitri, *scripless trading* atau perdagangan tanpa warkat adalah sistem perdagangan yang memiliki mekanisme penyelesaian dan penyimpanan saham secara elektronik. Salah satu tujuan mengapa *scripless trading* menjadi sangat penting untuk segera diterapkan di pasar modal, karena menyangkut sebuah mekanisme yang dapat menciptakan efisiensi dan keamanan dalam melakukan transaksi.

Perdagangan tanpa warkat adalah sistem perdagangan secara elektronik yang merubah sertifikat saham ke dalam bentuk elektronik. Oleh sebab itu, terwujudnya sistem perdagangan ini akan dapat menghilangkan berbagai kendala yang selama ini sering menimbulkan hambatan dan berbagai *dispute* yang terjadi di dalam pasar modal.

Keberadaan *scripless trading* di bidang pasar modal merupakan produk teknologi bisnis atau setidaknya merupakan suatu produk dari sistem baru dan modern, sehingga sepatutnyalah jika menempatkan fenomena keterkaitan hukum dengan teknologi tersebut terhadap eksistensi *scripless trading* di bidang pasar modal ini. Maksudnya adalah realita menunjukkan bahwa bagaimana sistem perdagangan efek yang canggih secara *scripless* tersebut dapat didayagunakan oleh hukum, khususnya hukum di bidang pasar modal, sehingga akan dapat membawa manfaat yang maksimal untuk bidang hukum, produk hukum atau pranata hukum berupa efek-efek yang diperdagangkan di pasar modal.<sup>141</sup>

Dengan sistem perdagangan seperti ini (dikenal juga dengan istilah *scripless trading*), saham-saham yang tadinya berbentuk fisik berupa kertas, akan dikonversikan menjadi catatan elektronik, dan untuk penyelesaian transaksinya dilakukan kliring dengan sistem pemindahbukuan (*book of entry settlement*) antar satu rekening ke rekening lainnya. Dengan kata lain, *scripless trading* adalah perdagangan efek yang penyelesaiannya tidak lagi menggunakan fisik berupa sertifikat efek, tetapi dengan pemindahbukuan antarrekening efek.

Untuk memungkinkan pelaksanaan *scripless trading*, efek yang diperdagangkan terlebih dahulu harus disimpan dalam pusat penyimpanan yang disebut dengan *custodian sentral* atau lembaga penyimpanan dan penyelesaian, yaitu suatu lembaga yang dibentuk berdasarkan UUPM untuk melaksanakan jasa kustodian sentral. Pada saat ini, perusahaan yang menyelenggarakan kegiatan sebagai lembaga penyimpan dan penyelesaian adalah PT Kustodian Sentral Efek Indonesia (KSEI) yang didirikan pada tanggal 23 Desember 1998, dan mulai mengoperasikan jasa Kustodian Sentral pada bulan Juli 2000, bersamaan dengan implementasi perdagangan efek tanpa warkat (*scripless trading*).

Landasan hukum penerapan *scripless trading* adalah penitipan kolektif sebagaimana diatur di dalam Pasal 55 UUPM beserta penjelasannya, maupun peraturan-peraturan Badan Pengawas Pasar Modal (Bapepam). Penitipan kolektif merupakan penitipan atas efek yang dimiliki bersama oleh lebih dari

satu pihak yang kepentingannya diwakili oleh Kustodian. Kepentingan yang diwakili oleh Kustodian dalam hal ini adalah berkenaan dengan pencatatan kepemilikan efek serta penerimaan hak-hak yang melekat pada efek tersebut, yang dibagikan oleh emiten kepada investor melalui Lembaga Penyimpanan dan Penyelesaian (LPP), dalam hal ini PT Kustodian Sentral Efek Indonesia (KSEI).

Dalam penitipan kolektif, emiten tidak dapat membagikan dividen maupun hak-hak lainnya yang terkait dengan efek langsung kepada investor, melainkan harus melalui lembaga penyimpanan dan penyelesaian (KSEI), yang selanjutnya hak-hak tersebut didistribusikan kepada masing-masing investor melalui perusahaan efek atau bank Kustodian, tempat investor membuka rekening.

Keuntungan lain yang diperoleh pelaku pasar modal selain praktis melalui *scripless trading*, adanya jaminan penyelesaian transaksi bursa dari Lembaga Kliring dan Penjaminan (LKP) yang saat ini dijalankan oleh PT Kliring Penjaminan Efek Indonesia (KPEI). KPEI memberikan jaminan penyelesaian transaksi bursa tanpa warkat (*scripless trading*) kepada anggota kliring. Adanya jaminan penyelesaian transaksi ini, tentu akan memberikan perlindungan bagi anggota kliring dari resiko kerugian, akibat kegagalan penyelesaian oleh pihak lawan transaksi.

Tindakan pelanggaran yang mungkin terjadi dalam *scripless trading* adalah tindak pidana pencucian uang. Di mana di sini, dalam transaksi dimungkinkan untuk tidak perlunya para pelaku dari transaksi efek ini untuk saling bertemu dan melakukan *legal audit* terhadap masing-masing pihak, sehingga sulit untuk mengetahui identitas dan asal-usul dari uang yang diterima. Dapat terjadi proses dalam melakukan *money laundering* menjadi lebih besar persentasenya.

Dalam rekening efek inilah prinsip mengenal nasabah dibutuhkan. Pada pembuatan rekening efek, seluruh data nasabah diidentifikasi, dilakukan *legal due diligence*. Di sinilah letak dari pentingnya prinsip mengenal nasabah sebagai upaya untuk mencegah tindak pidana pencucian uang. Di mana dalam prinsip mengenal nasabah pada pembukaan rekening efek, akan diketahui mengenai nasabah yang akan melakukan transaksi di dalam pasar modal, sehingga apabila terdapat dana yang tidak memiliki kejelasan asal usul dapat diketahui pada saat pembukaan rekening efek.

#### **F. UPAYA UNTUK MENCEGAH TINDAK PIDANA PENCUCIAN UANG**

Pencucian uang melalui transaksi elektronik atau yang dinamakan dengan *scripless trading* dapat dihindarkan dengan cara mendeteksi lebih dini akan adanya tindak pidana pencucian uang. Salah satu cara untuk mendeteksi lebih dini melalui prinsip mengenal nasabah adalah:

1. *Melakukan tatap muka*

Dalam membuka rekening efek untuk pertama kalinya, pihak-pihak yang akan melakukan transaksi di dalam pasar modal, wajib untuk melakukan tatap muka dengan pedagang atau perantara pedagang efek.

2. *Meminta informasi nasabah*

Dalam hal telah dilakukannya tatap muka dengan calon nasabah, selanjutnya yang dilakukan adalah meminta informasi tentang nasabah. Setelah informasi yang dibutuhkan didapat sesuai dengan ketentuan dalam Keputusan Ketua Badan Pengawas Pasar Modal dan Lembaga Keuangan Nomor KEP- 476/BL/2009 tentang Prinsip Mengenal Nasabah oleh Penyedia Jasa Keuangan di Bidang Pasar Modal. Selain data diri yang wajib untuk diperiksa, alasan mengenai kegiatan transaksi yang dilakukan harus dijelaskan secara terperinci.

3. *Identifikasi transaksi nasabah*

Setiap transaksi yang dilakukan nasabah harus selalu dipantau. Pengawasan seperti ini harus dilakukan untuk menjamin bahwa tidak terjadinya tindak pidana *money laundering* dalam transaksi yang berlangsung di dalam pasar modal.

4. *Melaporkan transaksi nasabah*

Seluruh transaksi dilaporkan kepada Bapepam, terutama untuk transaksi-transaksi yang mencurigakan. Siapapun pihaknya memiliki kemungkinan untuk melakukan tindak pidana pencucian uang.

5. *Prosedur penerapan prinsip mengenal nasabah selalu mengikuti perkembangan.*

Prinsip mengenal nasabah atau *know your customer principle* ini diterapkan selalu mengikuti perkembangan jaman dari waktu ke waktu. Peraturan mengenai prinsip mengenal nasabah yang dibuat sekarang juga diharapkan memiliki masa berlaku yang cukup lama sehingga tidak terlalu sering terjadi bergantinya peraturan yang ada, apabila terjadi terlalu sering penggantian peraturan maka akan sulit untuk menerapkannya.

6. *Memiliki standar dan prosedur tersendiri*

Setiap pedagang dan perantara pedagang efek diperbolehkan memiliki standar dan prosedur sendiri. Dalam Keputusan Ketua Badan Pengawas Pasar Modal dan Lembaga Keuangan Nomor KEP- 476/BL/2009 tentang Prinsip Mengenal Nasabah oleh Penyedia Jasa Keuangan di Bidang Pasar Modal adalah ketentuan dasar dari pemberlakuan prinsip mengenal nasabah dan pedagang dan perantara pedagang efek boleh untuk mengembangkan atau menambahkan ketentuan selkama tidak bertentangan dengan Keputusan Ketua Badan Pengawas Pasar Modal dan Lembaga Keuangan Nomor KEP- 476/BL/2009 tentang Prinsip Mengenal Nasabah oleh Penyedia Jasa Keuangan di Bidang Pasar Modal dan diharapkan dapat lebih memperketat dari pengawasan terhadap nasabah sehingga tindak pidana pencucian uang

dapat diminimalisir dan berakibat kerugian-kerugian yang akan timbul dari tindak pidana *money laundering* ini pula dapat diperkecil.

7. *Teknologi*

Pihak-pihak yang melakukan pengawasan mengenai pelaksanaan prinsip mengenal nasabah harus juga memiliki kemampuan dalam menggunakan teknologi, teknologi informasi mengenai komputer merupakan hal yang penting dan perlu mendapat perhatian. Media utama yang digunakan dalam transaksi *Scriptless trading* adalah komputer sehingga tindak pidana yang dilakukan juga mungkin dapat terjadi melalui komputer.

8. *Pengawasan dan pengendalian internal independen*

9. *Pelatihan yang cukup*

**G. KESIMPULAN**

1. Prinsip mengenal nasabah adalah prinsip yang diterapkan oleh lembaga keuangan dalam rangka mencegah kejahatan, khususnya berkaitan dengan transaksi keuangan. Untuk melaksanakan prinsip tersebut harus ditekankan agar dalam pelaksanaannya tidak mengganggu kinerja dari lembaga keuangan dan juga tidak merugikan nasabah. Pemberlakuan prinsip ini tidak hanya terbatas pada informasi mengenai data diri nasabah, tetapi juga mengenai transaksi yang dilakukan oleh nasabah dan juga bila ada transaksi-transaksi yang mencurigakan wajib untuk dilakukan pelaporan. Prinsip mengenal nasabah di pasar modal merupakan salah satu upaya untuk mengenal profil nasabah yang melakukan transaksi di pasar modal. Hal ini diperuntukkan dalam upaya mencegah pasar modal digunakan sebagai modus berbagai tindak kejahatan. Salah satunya berupa tindak pidana pencucian uang, baik dilakukan secara langsung ataupun tidak atau dilakukan sendiri oleh pelaku tindak pidana atau dengan menyuruh pihak lain untuk melakukan, seluruh dari hal tersebut dapat dikenakan tindak pidana pencucian uang. Prinsip mengenal nasabah diharapkan dapat diterapkan dalam transaksi di pasar modal dengan harapan untuk mencegah tindak pidana pencucian uang dan juga mencegah resiko yang mungkin terjadi dalam pasar modal, pedagang dan juga perantara pedagang efek yaitu resiko reputasi, resiko operasional dan juga resiko keamanan.

Prosedur penerapan prinsip mengenal nasabah dilakukan dengan cara sebagai berikut :

- a. Nasabah harus menyerahkan identitas. Identitas diperlukan untuk mengetahui profil nasabah yang akan melakukan transaksi di dalam pasar modal.
- b. Alasan dari kegiatan transaksi yang akan dilakukan oleh nasabah di pasar modal.

- c. Sumber dana yang diperoleh oleh nasabah. Dana yang diperoleh oleh nasabah dapat saja berupa cek atau giro ataupun dapat transfer antar rekening bank.
  - d. Apabila terdapat surat kuasa dari pihak lain untuk melakukan transaksi di dalam pasar modal, maka yang perlu diperiksa bukan hanya nasabah yang secara langsung datang kepada pedagang atau perantara pedagang efek tetapi juga pihak yang memberikan kuasa memperoleh audit yang sama dengan pihak yang melakukan transaksi secara langsung di dalam pasar modal.
2. Prinsip mengenal nasabah di pasar modal dalam penerapannya sesuai dengan ketentuan yang ditetapkan oleh Bapepam yaitu Keputusan Ketua Badan Pengawas Pasar Modal dan Lembaga Keuangan Nomor KEP- 476/BL/2009 tentang Prinsip Mengenal Nasabah oleh Penyedia Jasa Keuangan di Bidang Pasar Modal. Di dalam penerapannya prinsip ini tidak terlepas dengan ketentuan perundangan lainnya yaitu Undang-Undang No. 15 tahun 2002 tentang Tindak Pidana Pencucian Uang jo. Undang-Undang No.23 Tahun 2003 tentang Perubahan Atas Undang-Undang No. 15 tahun 2002 tentang Tindak Pidana Pencucian Uang. Transaksi di pasar modal pada umumnya merupakan transaksi scripless trading yang menggunakan teknologi informasi dan internet yang bertujuan untuk memberikan kemudahan bagi para pembeli dan juga penjual efek di mana lebih cepatnya atau efisiensi waktu yang digunakan untuk melakukan transaksi dan juga transaksi efek yang dapat dilakukan di mana saja tidak perlu datang ke pasar modal atau bursa efek. *Scripless trading* adalah sebuah teknologi dalam pasar modal untuk meningkatkan efisiensi dan efektifitas transaksi di dalam pasar modal. Transaksi *scripless trading* ini patut untuk diakomodasikan di dalam Keputusan Ketua Badan Pengawas Pasar Modal dan Lembaga Keuangan Nomor KEP- 476/BL/2009 tentang Prinsip Mengenal Nasabah oleh Penyedia Jasa Keuangan di Bidang Pasar Modal, di mana selama ini dalam ketentuan yang mengatur prinsip mengenal nasabah tidak terdapat upaya yang memberikan ketentuan khusus dibandingkan transaksi pada umumnya yang dilakukan secara *face to face*.
  3. Prinsip mengenal nasabah sebagai perangkat dalam mengantisipasi tindak pidana pencucian uang belum diterapkan secara maksimal. Hal ini disebabkan belum terdapatnya sanksi yang diterapkan oleh Bapepam terhadap pedagang atau perantara pedagang efek yang tidak melengkapi data nasabah sebagai persyaratan yang diminta pada saat bertransaksi di pasar modal. Selain itu masih kurangnya sosialisasi yang dilakukan oleh Bapepam, Prinsip mengenal nasabah sangat dibutuhkan dalam suatu transaksi *scripless trading* sehubungan bila terjadi tindak pidana pencucian uang, akan mudah untuk melacak para pelakunya. Dalam *scripless trading*, mobilitas transaksi sangat cepat dan juga tempat yang

digunakan bisa di mana saja bahkan sampai ke manca negara. Hal ini akan sangat menyulitkan peran dari bapepam untuk memeriksa transaksi yang mencurigakan terutama bila prinsip mengenal nasabah tidak dilaksanakan secara maksimal.

# **KEBIJAKAN *SINGLE PRESENCE POLICY* DALAM REFORMASI PERBANKAN MENUJU TERCIPTANYA IKLIM USAHA YANG KONDISIF**

***(Single Presence Policy in Banking Reform Policy Towards the Creation of A Conducive Business Climate)***

**Johannes Ibrahim**

*Dosen Fakultas Hukum, Universitas Kristen Maranatha, Bandung*

## **Abstract**

The Banking reformation in Indonesia is significantly starting from the issuance of banking deregulation in 1988. Deregulation of banking that is fundamentally changing the structure is known with "Paket Oktober 1988" (Pakto 88) which stated on October 27 1988. Pakto 88 is the biggest banking policy that has been done by the government and Bank of Indonesia as the monetary authority.

The implication from Pakto 88 is giving a huge transformation in banking arrangements and since it has published in Indonesia the development in banking activity is growing very rapidly into the liberalization of banking.

In other side, Indonesia need to harmonize the regulation in banking area as the consequences of the ratification of "Agreement Establishing The World Trade Organization) through Act Number 7/1994.

Pakto 88 and the law harmonization in Indonesia bring consequences in the monetary and financial crisis in 1998. Indonesia having difficulties in liquidity till asking help from International Monetary Fund the recovery from crisis.

Both indicator are the determining factor for Bank of Indonesia and government to issued the "Single Presence Policy" in banking reformation. The application of this policy is need a normative judicial review against the consistency of legislation and a conducive climate for business.

Keywords : Single Presence Policy, Pakto 88

Tulisan ini merupakan hasil penyempurnaan dan pengembangan dari penelitian penulis tentang *Single Presence Policy* yang telah dipublikasikan dalam Jurnal Hukum Bisnis, dan berbagai masukan dari penelitian lainnya dari perspektif disiplin ekonomi yang dilakukan oleh rekan penulis. Penelitian ini merupakan harmonisasi dari 2 (dua) disiplin ilmu dengan pendekatan hukum (yuridis normatif dan yuridis sosiologis) dan ekonomi (manajemen).

**Reformasi Perbankan Nasional Dalam Harmonisasi World Trade Organization (WTO)**

Reformasi perbankan melalui paket deregulasi tanggal 27 Oktober 1988 berikut penyempurnaannya ternyata mampu memacu persaingan perbankan menjadi semakin ketat. Implikasi dari persaingan yang sangat ketat sepatutnya diimbangi dengan pembenahan dalam operasional bank, struktur permodalan yang kuat dan sehat, kualitas aktiva produktif dan Batas Maksimum Pemberian Kredit (BMPK). Tampaknya perbankan nasional tidak melakukan upaya-upaya sebagaimana digariskan dalam kebijakan dimaksud sehingga berimbas menjadi krisis keuangan dan perbankan di tahun 1998.

Menyadari kondisi demikian setelah Indonesia melaksanakan pembenahan dan pemulihan atas krisis, Bank Indonesia melakukan reformasi perbankan dalam upaya menciptakan persaingan usaha yang kondusif dengan menerbitkan Cetak Biru Arsitektur Perbankan Indonesia (API) dan serangkaian kebijakan lainnya.

Upaya harmonisasi *World Trade Organization* (WTO) dan dalam rangka menciptakan industri perbankan yang lebih baik, sehat dan stabil maka pada tanggal 9 Januari 2004, Bank Indonesia mengeluarkan dan mengumumkan secara resmi cetak biru tentang Arsitektur Perbankan Indonesia yang selanjutnya ditulis API. API merupakan suatu kerangka dasar sistem perbankan Indonesia yang bersifat menyeluruh dan memberikan arah, bentuk dan tatanan industri perbankan untuk rentang waktu 5 (lima) sampai dengan 10 (sepuluh) tahun ke depan<sup>142</sup>.

Untuk mewujudkan sasaran tersebut akan dilaksanakan program penguatan struktur perbankan nasional<sup>143</sup>, peningkatan kualitas pengaturan perbankan<sup>144</sup>, peningkatan fungsi pengawasan<sup>145</sup>, peningkatan kualitas manajemen dan operasional perbankan<sup>146</sup>, pengembangan infrastruktur perbankan<sup>147</sup>, peningkatan perlindungan nasabah<sup>148</sup>.

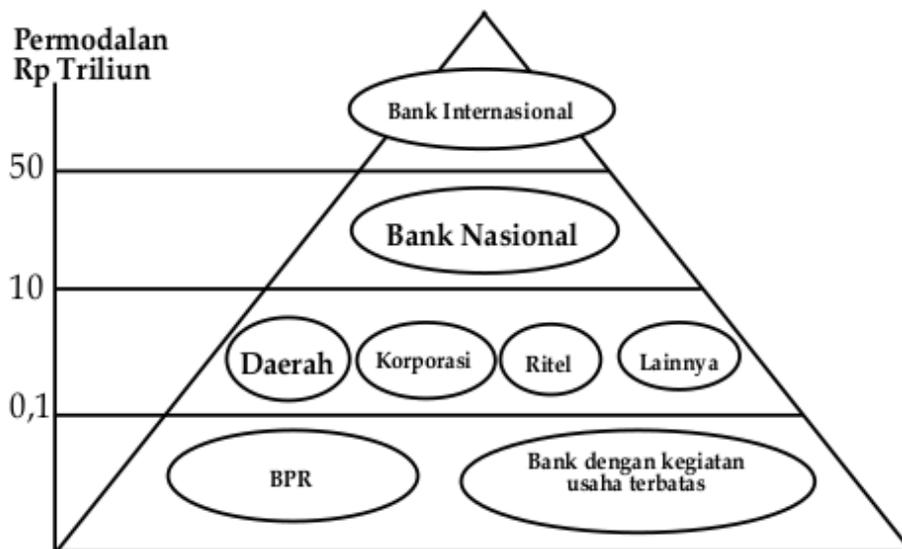
Program untuk struktur perbankan nasional ditempuh dengan cara memperkuat atau meningkatkan modal bank, atau yang dikenal dengan meningkatkan *Capital Adequate Ratio* (CAR). Peningkatan modal dapat dilakukan dengan cara : penambahan modal baru baik dari shareholder lama maupun investor baru, merger dengan bank (atau beberapa bank) lain untuk mencapai persyaratan modal minimum baru, penerbitan saham baru atau *secondary offering* di pasar modal dan penerbitan *subordinated loan*. Kegiatan peningkatan modal perbankan tersebut dilaksanakan dalam kurun waktu 10 sampai dengan 15 tahun, terhitung mulai tahun 2004, dengan tahapan pelaksanaan sebagai mana yang ditampilkan pada tabel 1. di bawah ini:

Tabel 1:

Kegiatan Memperkuat Permodalan Bank	Periode Pelaksanaan
a. Meningkatkan persyaratan modal inti minimum bagi bank umum konvensional maupun syariah (termasuk BPD) menjadi Rp 80 miliar	2007
b. Meningkatkan persyaratan modal inti minimum bagi bank umum konvensional maupun syariah (termasuk BPD) menjadi Rp 100 miliar	2010
c. Mempertahankan persyaratan modal disetor minimum Rp3 triliun untuk pendirian bank umum konvensional sampai dengan 1 Januari 2011	2004 - 2010
d. Menetapkan persyaratan modal disetor minimum Rp1 triliun untuk pendirian bank umum syariah	2005
e. Menetapkan persyaratan modal sebesar Rp500 miliar bagi bank umum syariah yang berasal dari <i>spin off</i> Unit Usaha Syariah	2006
f. Mempercepat batas waktu pemenuhan persyaratan minimum modal disetor BPR yang semula tahun 2010 menjadi tahun 2008	2008

Sumber : Bank Indonesia, 2008

Tahapan-tahapan tersebut dibuat untuk menentukan struktur permodalan perbankan di Indonesia diharapkan akan terbentuk menjadi empat kategori modal bank, yaitu kategori Bank Internasional dengan modal minimum Rp 50 Triliun, Bank Nasional dengan Modal antara Rp 10 Triliun hingga 50 Triliun, Bank Fokus dengan Modal antara Rp 100 Miliar hingga Rp10 Triliun, Bank BPR dibawah Rp 100 Miliar, sebagaimana gambar 1. di bawah ini:



Gambar 1: Struktur Permodalan Perbankan Nasional sesuai API  
Sumber : Bank Indonesia 2008

### **Kebijakan *Single Presence Policy* Implementasi dari Cetak Biru Arsitektur Perbankan Indonesia (API)**

Salah satu implementasi dari program API khususnya Pilar 1 mengenai Penguatan Struktur Perbankan Nasional dan Pilar 3 mengenai Peningkatan Fungsi Pengawasan adalah *Single Presence Policy* (SPP) atau Kepemilikan Tunggal Perbankan yang dituangkan dan diatur dalam Peraturan BI Nomor 8/16/PBI/2006 tanggal 5 Oktober 2006 tentang Kepemilikan Tunggal Perbankan Indonesia.

*Single Presence Policy* (SPP) dalam PBI di atas dikenal dengan istilah "Kepemilikan Tunggal" yaitu suatu kondisi di mana suatu pihak hanya menjadi Pemegang Saham Pengendali<sup>149</sup> pada 1 (satu) Bank. Bank yang dimaksud dalam ruang lingkup kebijakan ini adalah Bank Umum<sup>150</sup> dan tidak termasuk Bank Perkreditan Syariah, Kantor Cabang Bank Asing, Bank Campuran, *Bank Holding Company* dan Bank Umum Syariah. Bagi bank-bank yang telah memiliki dan mengendalikan lebih dari 1 (satu) bank, berdasarkan peraturan *Single Presence Policy* (SPP), wajib melakukan penyesuaian struktur kepemilikannya hingga tahun 2010. Dalam rangka penyesuaian struktur kepemilikan ini, BI memberikan 3 (tiga) buah pilihan yaitu:

- a. mengalihkan sebagian atau seluruh kepemilikan sahamnya pada salah satu atau lebih Bank yang dikendalikannya kepada pihak lain sehingga yang bersangkutan hanya menjadi Pemegang Saham Pengendali pada 1 (satu) Bank; atau
- b. melakukan merger atau konsolidasi atas Bank-bank yang dikendalikannya; atau
- c. membentuk Perusahaan Induk di Bidang Perbankan (*Bank Holding Company*), dengan cara:
  - 1). mendirikan badan hukum baru sebagai *Bank Holding Company*; atau
  - 2). menunjuk salah satu bank yang dikendalikannya sebagai *Bank Holding Company*.

#### **A. REFORMASI PERBANKAN NASIONAL DALAM MENCIPTAKAN IKLIM USAHA YANG KONDUSIF**

Kebijakan *Single Presence Policy* (SPP) tidak luput dari kajian atau penelitian hukum untuk menentukan arah kebijakan yang telah ditempuh melalui politik hukum (*das sein*) dan perubahan dalam reformasi perbankan (*das sollen*) di masa mendatang. penelitian hukum dimaksud untuk menentukan sejauh mana peraturan perundang-undangan yang terkait dengan kebijakan *Single Presence Policy* (SPP) tersebut konsisten atau tidaknya dan perubahan yang akan ditindak-lanjuti melalui reformasi perbankan oleh Bank Indonesia. Penulis memaparkan su bab ini menjadi 3 (tiga) bagian.

### 1. Kajian Yuridis Normatif Terhadap Konsistensi Perundang-undangan

Penelitian hukum memiliki kekhususan sebagai disiplin keilmuan, di mana syarat penting yang harus dipenuhi berupa keharusan adanya kerangka konseptual dan landasan atau kerangka teoritis. Dalam kerangka konseptual diungkapkan berbagai konsepsi atau pengertian yang akan digunakan sebagai dasar penelitian hukum, dan di dalam landasan atau kerangka teoritis diuraikan segala sesuatu yang terdapat dalam teori sebagai suatu sistem.<sup>151</sup> Penelitian hukum normatif<sup>152</sup> yaitu mengkaji suatu penelitian yang objeknya adalah norma, kaidah dan aturan hukum untuk dikaji kualitasnya. Dengan menggunakan pendekatan:

- a. Asas- asas hukum/ ajaran/ doktrin hukum yang mengacu pada para ahli dan asas- asas hukum atau doktrin yang telah ada.
- b. Pendekatan sinkronisasi vertikal dan horizontal, yaitu mengacu pada peraturan perundang- undangan lain yang lebih tinggi atau peraturan sejenis mengenai Kebijakan Kepemilikan Tunggal Perbankan.
- c. Perbandingan hukum, yaitu membandingkan hukum yang ada di Indonesia dengan hukum sejenis di negara lain.

Penelitian yuridis normatif dikaitkan dengan konsistensi dalam Undang-Undang Anti Monopoli dan Undang-Undang Perseroan Terbatas dan dicermati dengan Sustansi Peraturan BI Nomor 8/16/PBI/2006 tanggal 5 Oktober 2006 tentang Kepemilikan Tunggal Perbankan Indonesia untuk mengkaji konsistensinya.

Pasal 1 ayat (3):

“Pemegang Saham Pengendali adalah badan hukum dan/atau perorangan dan/atau kelompok usaha yang:

- a. Memiliki saham Bank sebesar 25% (dua puluh lima perseratus) atau lebih dari jumlah saham yang dikeluarkan Bank dan mempunyai hak suara;
- b. Memiliki saham Bank kurang dari 25% (dua puluh lima perseratus) dari jumlah saham yang dikeluarkan Bank dan mempunyai hak suara namun dapat dibuktikan telah melakukan pengendalian Bank baik secara langsung maupun tidak langsung.”

Pasal 3:

(1) “Sejak mulai berlakunya Peraturan Bank Indonesia ini, pihak-pihak yang telah menjadi Pemegang Saham Pengendali pada lebih dari 1 (satu) Bank wajib melakukan penyesuaian struktur kepemilikan sebagai berikut:

- a. mengalihkan sebagian atau seluruh kepemilikan sahamnya pada salah satu atau lebih Bank yang dikendalikannya kepada pihak lain sehingga yang bersangkutan hanya menjadi Pemegang Saham Pengendali pada 1 (satu) Bank; atau
- b. melakukan merger atau konsolidasi atas Bank-Bank yang dikendalikannya; atau

- c. membentuk Perusahaan Induk di Bidang Perbankan (*Bank Holding Company*), dengan cara:
- 1). mendirikan badan hukum baru sebagai *Bank Holding Company*; atau
  - 2). menunjuk salah satu bank yang dikendalikannya sebagai *Bank Holding Company*.

(2) Dalam hal setelah berlakunya Peraturan Bank Indonesia ini pihak-pihak sebagaimana dimaksud pada ayat (1) melakukan pembelian saham Bank lain dan mengakibatkan yang bersangkutan memenuhi kriteria sebagai Pemegang Saham Pengendali Bank yang dibeli, maka yang bersangkutan wajib melakukan merger atau konsolidasi atas Bank dimaksud dengan Bank yang dimiliki sebelumnya”.

Beberapa catatan yang patut untuk dicermati lebih lanjut dalam pelaksanaan *Single Presence Policy* (SPP) dikaitkan dengan Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 Tentang Perseroan Terbatas (UUPT) dan Undang Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

## **2. Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 Tentang Perseroan Terbatas (UUPT)**

Peraturan Bank Indonesia Nomor Nomor: 8/16/PBI/2006 Tentang Kepemilikan Tunggal Perbankan Indonesia dalam Pasal 5 ayat (1) mengatakan bahwa *Bank Holding Company* sebagaimana dimaksud dalam Pasal 3 ayat (1) huruf c angka (1) harus merupakan badan hukum Perseroan Terbatas yang didirikan di Indonesia dan sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia.

Dengan demikian jelas bahwa salah satu opsi dari kebijakan tunggal perbankan Indonesia ketentuan pelaksanaannya mengacu pada Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007 Tentang Perseroan Terbatas (UUPT). Namun yang menjadi persoalan adalah tidak adanya ketentuan yang mengatur salah satu opsi akan menjadikan opsi yang diberikan Bank Indonesia menjadi tidak jelas arah tujuannya.

Untuk opsi yang pertama dan kedua yaitu mengenai pengalihan saham sehingga menjadi satu pemegang saham pengendali dan opsi yang kedua mengenai merger telah diatur dalam Undang-Undang Perseroan Terbatas Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007, walaupun dalam proses pelaksanaan yaitu peraturan pemerintah belum ada dan masih mengacu kepada Peraturan Pemerintah Nomor 27 Tahun 1998 Tentang penggabungan, Peleburan dan Pengambilalihan Perseroan Terbatas.

Hal yang perlu dicermati adalah bahwa dalam permasalahan penggabungan, Peleburan dan Pengambilalihan saham bank telah diatur secara tersendiri dalam Peraturan Pemerintah Nomor 28 Tahun 1999 Tentang Merger, Konsolidasi dan Akuisisi bank dengan demikian maka opsi merger dan konsolidasi telah konsisten dengan peraturan perundang-undangan yang

berlaku di Indonesia baik dari Undang- Undang Perseroan Terbatas maupun Peraturan Pemerintah yang berkaitan dengan hal tersebut.

Inkonsistensi terjadi pada opsi yang ketiga dari Kebijakan Kepemilikan Tunggal Perbankan mengenai opsi *Bank Holding Company*<sup>153</sup>, sebab dalam opsi ini masalah Perusahaan yang akan menjalankan *holding* itu sendiri belum diatur secara tegas dalam Undang- Undang Perseroan Terbatas Nomor 40 Tahun 2007. Walaupun penulis dalam artikelnya yang dimuat dalam Jurnal Hukum Bisnis mengatakan bahwa:

"Pengertian  *Holding Company* dalam Khazanah hukum Indonesia Tidak diatur secara tegas, akan tetapi di dalam praktik bisnis para konglomerasi telah mengenalnya."<sup>154</sup>

Dengan demikian dapat ditarik benang merah bahwa praktik *holding* yang telah terjadi di kalangan konglomerasi bukan berarti dapat dilegalkan jika peraturan yang ada mengenai Perseroan Terbatas belum mengakomodirnya<sup>155</sup>. Hal ini perlu diperhatikan sebab akan berkaitan dengan masalah akuisisi, sebab yang dapat mengakuisisi saham bank bukan hanya bank saja namun perusahaan yang bukan bank atau bank yang merupakan anak perusahaan dan berada dibawah *holding* suatu perusahaan besar yang bukan bergerak di bidang perbankan. Hal ini akan menjadi rumit dan menarik karena akan menimbulkan polemik seputar siapa sebenarnya pemilik bank tersebut dikaitkan dengan kewajiban bahwa *Bank Holding Company*<sup>156</sup> harus menentukan arah dan kebijakan.

### **3. Undang Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat**

Amanat yang terkandung dalam Pasal 33 Undang-Undang Dasar 1945 dan peraturan pelaksanaannya merupakan ketentuan normatif yang memberikan kesempatan kepada warga negara untuk dapat melakukan kegiatan usaha secara sehat dan benar, sehingga tercipta iklim persaingan usaha yang sehat dan terhindarnya pemusatan kekuatan ekonomi pada perorangan atau kelompok tertentu.

Persaingan usaha yang sehat merupakan pemikiran sejak dahulu, Adam Smith menyatakan bahwa sistem monopoli tidak baik dalam perekonomian karena dengan sistem monopoli ini para konsumen dipaksa harus membayar harga yang lebih tinggi dari yang sebenarnya, oleh karena itu sistem monopoli merupakan sistem yang tidak adil.<sup>157</sup>

Pendapat Adam Smith sejalan dengan filosofi dari hukum persaingan usaha tidak sehat atau kompetisi yang menekankan terhadap penghormatan kebebasan individu dan hak-hak asasi ekonominya, penghormatan dan mempertahankan prinsip kebebasan bersaing, mensejahterakan konsumen, perlindungan terhadap pelaku ekonomi yang berada pada posisi lemah, dan menciptakan perekonomian yang efisien untuk kesejahteraan bersama.

Pelaksanaan *Single Presence Policy* (SPP) membatasi hak dari pelaku usaha melalui kepemilikan saham (*market structure*) yang ditetapkan di dalam Undang-Undang Anti Monopoli, khususnya Pasal 27 yang berlaku juga terhadap industri perbankan.

Pasal 27 membatasi kepemilikan saham mayoritas seseorang atau suatu pelaku usaha pada beberapa perusahaan yang bergerak di bidang usaha yang sama, bukan melalui pemilikan saham mayoritas, tetapi dengan suatu batasan presentasi pangsa pasar yang dikuasainya, untuk satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha tidak menguasai lebih dari 50% (lima puluh perseratus) pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu, dan untuk dua atau tiga pelaku usaha atau kelompok pelaku usaha tidak menguasai lebih dari 75% (tujuh puluh lima perseratus) pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu.

Ketentuan dalam Pasal 1 Ayat (3), Pasal 3 Ayat (1) dan (2) inkonsistensi dan membatasi hak otonom (kebebasan) dari pelaku usaha sebagaimana diatur dalam Pasal 27 Undang-Undang Anti Monopoli. Pembatasan hak pelaku usaha dilakukan melalui kepemilikan saham (*market structure*) dan dikenakan sanksi bila tidak mematuhi akan dibatasi kepemilikannya dengan hak suara sebesar 10% (sepuluh perseratus) dan harus segera mengalihkan kelebihan kepemilikan dari sahamnya selambat-lambatnya dalam jangka waktu 1 (satu) tahun setelah berakhirnya jangka waktu penyesuaian struktur kepemilikan (Pasal 9 dan 10). Pelanggaran yang dilakukan dalam struktur kepemilikan ini dikenakan denda sebesar Rp.500.000.000,- (lima ratus juta rupiah) dan sanksi administratif berupa larangan menjadi Pemegang Saham Pengendali untuk jangka waktu 20 (dua puluh) tahun.

Kepemilikan saham seseorang atau suatu pelaku usaha pada beberapa bank tidak dilarang. Yang dilarang adalah kepemilikan saham mayoritas suatu pelaku usaha (baca: bank) yang mengakibatkan penguasaan pangsa pasar lebih dari 50% untuk satu pelaku usaha dan untuk dua atau tiga pelaku usaha mengakibatkan menguasai pangsa pasar lebih dari 50%. Larangan kepemilikan saham mayoritas di dua bank yang melakukan kegiatan usaha yang sama baru dilarang apabila kepemilikan saham mayoritas tersebut mengakibatkan penguasaan pangsa pasar lebih dari 50% pada pasar yang bersangkutan.<sup>158</sup>

Kebijakan kepemilikan tunggal perbankan tidak selaras dan inkonsisten dengan ketentuan hukum larangan monopoli dan persaingan usaha tidak sehat karena satu sisi kebijakan tersebut meningkatkan efisiensi perbankan namun disisi lain dapat mengakibatkan peningkatan konsentrasi perbankan (*dominant position*) oleh satu pelaku.

Roscoe Pound mengatakan bahwa *law as a tool for social engineering* pun berlaku dalam bidang perbankan yaitu pada saat hukum yang dibuat oleh pembuat kebijakan yang sah dibuat dan diberlakukan maka semua yang berada dibawah kendali kebijakan tersebut pun harus melaksanakan walau

dengan motivasi yang berbeda-beda. Dalam bidang perbankan hukum yang dikeluarkan oleh Bank Indonesia sebagai produk yang dinamakan Peraturan Bank Indonesia yang mewajibkan dua bank berbeda dengan *Ultimate Shareholder* yang sama diwajibkan melakukan satu dari tiga opsi yang ditawarkan oleh Bank Indonesia. Dengan demikian maka terlepas apakah bank tersebut sehat atau tidak sehat namun bila dua bank berbeda dengan pemegang saham pengendali yang sama diharuskan oleh produk hukum yang dikeluarkan Bank Indonesia untuk memilih dan melaksanakan peraturan sebagai akibat dari produk hukum yang dikeluarkan Bank Indonesia sebagai pemegang Kekuasaan yang sah untuk mengatur perbankan di Indonesia<sup>159</sup>.

## B. PENUTUP

*Single Presence Policy* merupakan kebijakan yang diterapkan oleh Bank Indonesia dalam rangka mendorong reformasi perbankan agar dapat mewujudkan struktur perbankan Indonesia yang sehat dan kuat.

Struktur perbankan Indonesia tidak terlepas dari berbagai kebijakan yang hingga saat ini masih merupakan polemik yang tiada henti dan tidak pernah terselesaikan dengan baik. Kasus-kasus yang merupakan benang merah perbankan nasional dimulai dengan liberalisasi perbankan melalui Pakto 1988, kasus penyalahgunaan Bantuan Likuiditas Bank Indonesia (BLBI), dan sejumlah kebijakan lainnya turut mewarnai carut marutnya hukum dan kepentingan dalam bisnis perbankan nasional.

Sasaran Bank Indonesia dengan kebijakan *Single Presence Policy* untuk mereduksi jumlah bank yang beroperasi dan membentuk bank yang kokoh dari sudut permodalan, hanya satu sisi positif ketimbang dampak negatif yang jauh lebih banyak.

Berdasarkan penelitian dari pendekatan yuridis (penelitian yuridis normatif) dapat ditarik beberapa kesimpulan:

1. Berbagai pembenahan perlu dilakukan oleh Bank Indonesia dalam menata perbankan nasional berkaitan dengan penelitian manajemen strategik karena ditemukan berbagai bank, baik yang mengalami pertumbuhan yang berkelanjutan dari usahanya, di samping itu terdapat beberapa bank yang terindikasi akan terjadi kepailitan di masa mendatang;
2. Sehubungan dengan butir (1) di atas 3 (tiga) opsi yang ditawarkan oleh Bank Indonesia dalam kebijakan *Single Presence Policy*, berdasarkan pertimbangan ekonomi opsi membentuk *Bank Holding Company* dirasakan paling tepat. Pembentukan *Bank Holding Company* harus disertai dengan kesiapan pranata hukum perusahaan (dalam hal ini Perseroan Terbatas) yang tidak mengakomodir kebutuhan pelaksanaan kebijakan *Single Presence Policy*.
3. Ketentuan tentang Peraturan Bank Indonesia Nomor 7/15/PBI/2005 tanggal 1 Juli 2005 tentang Jumlah Modal Inti Minimum Bank Umum *juncto*

Peraturan Bank Indonesia (PBI) Nomor 8/17/PBI/2006 tentang Insentif dalam Rangka Konsolidasi Perbankan sebagaimana telah diubah dalam Peraturan Bank Indonesia (PBI) Nomor 9/12/PBI/2007, memberikan dampak negatif bagi bank-bank yang tidak dapat memenuhi persyaratan modal inti akan diakuisisi oleh bank-bank besar, khusus pelaku bisnis asing yang saat ini mulai mendominasi dan menguasai perbankan nasional.

4. Berdasarkan pendekatan yuridis normatif terdapat inkonsistensi dalam perundang-undangan yang mengatur Perseroan Terbatas di mana Undang-undang ini belum mengakomodir, bagaimana implementasi dari Peraturan BI Nomor 8/16/PBI/2006 tanggal 5 Oktober 2006 tentang Kepemilikan Tunggal Perbankan Indonesia ?. Sustansi dari Peraturan BI di atas tidak mencakup manfaat pembentungan holding bagi kelembagaan *Bank Holding Company*. Pembentukan *Bank Holding Company* yang dijadikan opsi dari sudut substansi tidak jelas arahnya dan dari undang-undang yang memayunginya (*umbrella act*) tidak diatur, sehingga menimbulkan kesulitan dalam implementasinya.
5. Kebijakan *Single Prsence Policy* bertentangan dengan isi dan jiwa dari Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat yang memberikan hak otonom (kebebasan) dalam berusaha di Indonesia. Kebijakan ini dirasakan membatasi dari sudut kepemilikan saham (*market structure*) dan akan menghambat pertumbuhan industri perbankan serta investor masuk ke sektor perbankan, karena membatasi ruang gerak seseorang atau pelaku usaha melakukan ekspansi dan diversifikasi usaha sektor perbankan.

Kebijakan merupakan suatu bagian dasar dari tujuan, perencanaan dan kegiatan yang dijalankan oleh pemerintah untuk mencapai tujuan-tujuannya. Kebijakan acap kali tidak sejalan dengan tujuan hukum (kepastian hukum, keadilan dan kemanfaatan). Hukum tidak selalu dapat dilihat sebagai penjamin kepastian hukum, penegak hak-hak masyarakat, atau penjamin keadilan. Banyak sekali peraturan hukum yang tumpul, tidak mampu memotong kesewenang-wenangan, tidak mampu menegakkan keadilan dan tidak dapat menampilkan dirinya sebagai pedoman yang harus diikuti dalam menyelesaikan berbagai kasus yang seharusnya dapat dijawab oleh hukum. Bahkan produk hukum lebih banyak diwarnai oleh kepentingan -kepentingan yang memiliki kekuasaan dominan.

Bagaimana dengan *Single Prsence Policy*, siapkah menghadapi apa yang akan terjadi dengan peta perbankan nasional yang baru atau tergilas oleh globalisasi perdagangan dan keuangan. Pertanyaan ini menggulirkan perlunya reformasi perbankan dan tidak mencari legitimasinya terhadap Globalisasi.

# ASPEK PERTANGGUNGJAWABAN PIDANA KORPORASI DI INDONESIA<sup>160</sup>

**Muntaha**

*Dosen pada Fakultas Hukum Universitas Haluoleo*

## **A. LATAR BELAKANG PEMIKIRAN**

Dalam dunia usaha bisnis, tidak terkecuali usaha bisnis perbankan bila ditinjau dari sudut pandang keilmuan akan banyak ditemukan problema akademik yang menarik perhatian untuk dilakukan penelitian untuk dilakukan pengkajian melalui penelitian ataupun seminar-seminar yang menyangkut nilai norma perilaku usaha dan resiko kerugian dalam hubungannya dengan praktek-praktek bisnis yang menyimpang yang menjurus tindakan pidana; seperti tindakan spekulasi, kolusi, dan manipulasi yang dampaknya tidak saja membahayakan para pihak yang terlibat pada kegiatan usaha bisnis tersebut, melainkan juga pada masyarakat dan lalu lintas monoter suatu negara.

Melihat perkembangan dan dampak yang ditimbulkan dari globalisasi, terutama dalam bidang perekonomian menuntut suatu kebijakan di bidang hukum yang berlaku di Indonesia, dalam hal ini hukum pidana karena adanya potensi negatif dari perkembangan globalisasi. Kondisi ini merupakan tantangan hukum pidana Indonesia untuk menentukan model kebijakan dalam menghadapi perubahan mainset berpikir dari pelaku bisnis dewasa ini, sebab perubahan dinamika masyarakat tidak selalu diikuti dengan perubahan aturan main atau *rule of game* dari suatu aturan hukum; seperti halnya dengan hukum pidana yang masih merupakan warisan penjajahan Belanda yang dianggap sudah ketinggalan zaman.

Keadaan ini diperparah lagi dengan situasi politik dan pengaruh globalisasi yang semata-mata sebagai prose atau sebagai suatu sistem yang harus dijalankan melainkan telah dikukuhkan sebagai idiologi, menjadi kurang menguntungkan dalam penegakan hukum di Indonesia sejak zaman orde baru hingga zaman reformasi. Dimasa transisi seperti ini, di mana sistem otoriter menuju pada sistem demokrasi; sistem hukum yang berpola pada *patron-client* menjadi sistem yang terbebas dari intervensi kekuasaan dan kepentingan kelompok; dari sistem sosial ekonomi yang mementingkan kolusi dan nepotisme kepada sistem yang mementingkan ekonomi pasar yang lebih berpihak kepentingan rakyat, juga masih menyisahkan masalah yang belum kunjung selesai dan tuntas.

Diskursus pilihan mengenai kebijakan sistem ekonomi yang tepat dan sesuai untuk diterapkan di Indonesia hingga kini masih terus berlangsung. Apakah Indonesia akan tetap memperlakuan sistem pasar bebas murni yang

liberalis-kapitalisme atau akan menerapkan sistem pasar yang dikontrol negara yang dipengaruhi oleh paham sosialis-nasionalistik, atau sistem ekonomi yang mengacu pada nilai-nilai agama. Ketidakjelasan kebijakan ekonomi yang demikian tidak dapat dibiarkan begitu saja berjalan berlarut-larut terlalu lama dalam menghadapi ketidakpastian, karena dampak yang ditimbulkan tidak hanya pada penyikapan krisis finansial global, tetapi yang lebih penting dan sangat berpengaruh pada kepastian hukum dalam sistem penegakan hukum. Meskipun pilihan dalam kebijakan ekonomi masih terjadi diskursus, tetapi dalam realitanya pemerintah Indonesia lebih cenderung pada pilihan kebijakan ekonomi yang lebih berpusat pada campur tangannya pemerintah. Akibatnya kedaulatan ekonomi tidak berada di tangan rakyat dan mekanisme pasar tidak berfungsi secara efektif. Hal ini melahirkan kesenjangan, baik secara kewilayahan dalam arti pusat- daerah, antar golongan maupun antar pelaku ekonomi.

Adanya kesenjangan yang demikian, dibutuhkan suatu kerangka norma untuk menjaga tertib sosial di dalam masyarakat. Oleh sebab itu, diperlukan penyelenggaraan hukum yang bertujuan untuk memfasilitasi kehidupan perekonomian tersebut. Kehadiran hukum dalam kehidupan perekonomian untuk memberikan fasilitas kepada masyarakat maupun pemerintah dalam melakukan kegiatan ekonomi, menurut Sri Rejeki Hartono<sup>161</sup> setidaknya-tidaknya dapat dilihat pada dua sisi : *pertama*, hukum dilihat dari sisi pelaku ekonomi. Berangkat dari tujuan ekonomi sesungguhnya untuk memperoleh keuntungan yang sebesar-besarnya, sehingga hukum semata-mata dipandang sebagai faktor eksternal yang bermanfaat dalam rangka pengamanan kegiatan dan tujuan ekonomi yang akan dicapai. Jadi kedudukan hukum dimanfaatkan dalam rangka melindungi kepentingan perorangan atau kelompok. *Kedua*, hukum dipandang dari sisi negara/pemerintah. Hukum dapat dimanfaatkan untuk menjaga keseimbangan, kepentingan di dalam masyarakat. Hukum dipakai sebagai alat untuk mengawasi seberapa jauh terjadi penyimpangan terhadap perilaku para pelaku ekonomi bagi kepentingan lain yang lebih luas.

Dalam memberikan pengawasan terhadap perilaku menyimpang pelaku usaha dalam berbisnis, pemerintah dapat saja memperbesar pengaruhnya di dalam masyarakat yang salah satunya melalui penerapan hukum pidana. Penerapan hukum pidana tidak dimaksudkan untuk diperlakukan pada kepentingan individu, melainkan melaksanakan suatu kebijakan yang bersifat umum, sehingga fungsi hukum pidana akan merupakan sebagai *instrumentalisasi*.

## **B. KEBIJAKSANAAN HUKUM PIDANA DALAM PEMBANGUNAN DI BIDANG EKONOMI**

Pembangunan yang sedang dilaksanakan, baik semasa orde baru maupun pada saat ini yang dikenal dengan masa reformasi sasaran utamanya adalah

terciptanya landasan yang kuat bagi bangsa Indonesia untuk tumbuh dan berkembang atas kekuatan sendiri menuju masyarakat adil dan makmur, sehingga titik berat dari tujuan pembangunan Indonesia, tidak lain adalah pembangunan di bidang ekonomi.

Bangunan kebijakan ekonomi di masa reformasi diupayakan sejalan dengan pembangunan demokrasi Indonesia yang bersaran pada ekonomi pasar yang pada intinya memberi kebebasan kepada pelaku bisnis untuk melakukan kegiatan ekonomi, sehingga segala tindakan dan perilaku dalam berbisnis sering terlupakan dari pengawasan pemerintah. Keterlibatan pemerintah tidak berarti suatu intervensi secara absolut, melainkan sebagai filter (pengawasan) yang bersifat preventif sebagai bagian tugas pemerintah di bidang pelayanan. Untuk memberi kekuatan, dan memang dimungkinkan pemerintah memperbesar pengaruhnya di dalam masyarakat untuk melakukan pengawasan, diperlukan suatu perangkat aturan, yaitu hukum pidana sebab harus disadari bahwa dasar bangunan ekonomi pasar adalah *rule of law*, sehingga dengan tersedianya hukum dan perangkat pelaksana hukum yang profesional, mempunyai integritas yang tinggi, serta bermoral yang baik akan menjamin pelaksanaan unsur utama mekanisme ekonomi pasar yang pada akhirnya perekonomian Indonesia akan tumbuh dan berkembang secara berkelanjutan.

Memang harus disadari, bahwa dalam perkembangan kegiatan ekonomi di Indonesia berbagai perilaku timbul, dan hal ini tidak dihindari adanya prose kriminalisasi dan dekriminalisasi. Penentuan terhadap suatu perbuatan yang tercela sangat sulit untuk mengukurnya, karena para pihak pelaku bisnis menganggap bahwa perbuatan tersebut masih termasuk pada ruang lingkup kegiatan bisnis bukan termasuk ranah yang dapat dikategorikan sebagai perbuatan yang bertentangan aturan main, dengan kata lain bertentangan hukum, sehingga perbuatan pelaku bisnis yang demikian sangat sulit untuk dimintai pertanggungjawaban pidana. Penentuan perbuatan tercela atau melawan hukum dalam kegiatan bisnis, terutama dalam kaitannya dengan kebijakan pembangunan ekonomi yang berorientasi pada pasar bebas; seperti yang dikehendaki Indonesia akan sangat sulit dalam menentukan ukuran proses kriminalisasi dan dekriminalisasi, sebab masalah ini akan melibatkan berbagai komponen yang muaranya tidak lain adalah perlindungan kepentingan-kepentingan.

Dalam kaitan antara perilaku kegiatan pelaku bisnis (korporasi) dengan keterlibatan hukum pidana yang berfungsi sebagai pengatur, setidaknya-tidaknya terdapat tiga hal yang menurut pandangan saya merupakan masalah pokok; yaitu :

- 1). perbuatan apa yang seharusnya ditentukan sebagai perbuatan pidana dalam tindak pidana di bidang ekonomi;
- 2). apa penentuan perbuatan pidana yang harus dibuat sebelum seseorang/badan hukum dapat ditemukan telah melakukan tindak pidana yang berhubungan dengan perekonomian;

- 3). apa seharusnya yang dilakukan badan hukum yang terindikasi telah melakukan tindak pidana dan bagaimana pertanggungjawaban pidananya.

### **C. PERBUATAN PIDANA DAN PERTANGGUNGJAWABAN PIDANA PELAKU BISNIS (KORPORASI)**

#### **1. Perbuatan Pidana orang/Badan Hukum**

Berbagai literatur hukum, khususnya hukum pidana dalam menentukan perbuatan mana yang dapat dikategorikan sebagai perbuatan pidana maupun bukan perbuatan pidana sangat tergantung pada aspek mana orang menilai perbuatan tersebut, sehingga sangat sulit untuk memberi batasan secara pasti, apalagi dalam kegiatan bisnis yang dilakukan oleh badan hukum (korporasi), di mana perilaku kriminal (*criminal behavior*) sulit untuk mengukurnya secara rinci, karena proses sosial yang dinamis selalu diikuti dengan pertumbuhan kuantitas dan kualitas kejahatan. Bambang Poernomo<sup>162</sup> mengatakan bahwa baik jenis kejahatan *non legal crime* maupun *legal crime* dari sudut pandang kriminalisasi merupakan bentuk *criminal behavior* yang harus dikontrol atau dicegah. Pandangan ini meniti beratkan pada perilaku menyimpang sebagai suatu perbuatan kriminal, dilihat dari aspek kriminologi. Teori klasik yang dianut oleh Simons dan van Hamel<sup>163</sup> menyatakan bahwa kelakuan atau perbuatan positif adalah gerakan otot yang dikehendaki yang dilakukan untuk menimbulkan akibat. Perkembangan ilmu dan teknologi tidak sejalan dengan perubahan hukum untuk menata dinamika masyarakat; seperti di dalam perkembangan perekonomian dewasa ini. Teori klasik di atas tidak dapat mengimbangi kegiatan-kegiatan bisnis begitu pesat dan berlaku tidak hanya pada skala nasional saja, tetapi telah merambah pada skala internasional, sehingga peran dan fungsi jasmani bukan merupakan satu-satunya yang dapat menimbulkan akibat dalam mekanisme kegiatan perekonomian.

Perbuatan yang dapat dikategorikan sebagai perbuatan pidana menurut KUHP hanyalah perbuatan yang dilakukan oleh orang secara personal, padahal di dalam lalu lintas bisnis, di samping orang juga badan hukum dapat melakukan perbuatan hukum. Perkembangan global dinamika masyarakat dewasa telah membawa perubahan ketentuan-ketentuan di luar KUHP untuk keperluan pelaku tindak pidana yang hanya terbatas pada orang perorang, melainkan juga korporasi termasuk didalamnya. Beberapa peraturan perundang-undangan yang berlaku di Indonesia telah memperluas pandangan perbuatan pidana yang hanya dapat dilakukan oleh personal (*natural person*) saja, melainkan badan hukum termasuk didalamnya.

Hal ini dapat dilihat dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1997 tentang Psikotropika, di mana istilah "barang siapa" pelaku tindak pidana tidak hanya *natural person* saja, melainkan juga korporasi.

Begitu pula di dalam Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1997, istilah barang siapa di samping orang perorang juga termasuk korporasi. Pada Undang-Undang Pasar Modal meskipun tidak menggunakan istilah barang siapa, tetapi menggunakan istilah pihak terkandung makna di samping orang-perorang, juga didalamnya termasuk perusahaan. Rancangan KUHP 2004 telah mengadopsi pendirian untuk mengadopsi

Pada awalnya kegiatan usaha bisnis yang dilakukan oleh badan usaha (korporasi) dan penyimpangannya masih dalam lingkup untuk *survival and profit oriented*, tetapi kemudian berkembang menjadi kegiatan yang berdampak pada pelanggaran aturan main, dalam arti telah menimbulkan kerawanan untuk terjadinya pelanggaran norma-norma hukum (tindakan kriminogen). Awalnya tindakan kriminogen tidak dirasakan sebagai suatu yang bersifat penyimpangan dalam kegiatan bisnis dalam batas perilaku spekulasi, manipulasi, kolusi dan nepotisme kemudian berlanjut menjadi suatu perbuatan yang berunsur kriminal.

Pencarian tolok ukur perbuatan jahat atau tercelah dalam hukum pidana, tidak hanya dilihat apakah perbuatan tersebut dilarang di dalam peraturan perundang-undangan, melainkan juga harus dilihat dari segi immoral, seperti yang dikemukakan oleh Herbert L. Packer<sup>164</sup> :

“Only conduct generally considered *immoral* should be treated as criminal, di samping itu, *harm to others* to include *risk of damage* to interest of others, and it is usually possible to make a more or less plausible argument that any given form conduct involves that risk in some way”

Konsep perbuatan *immoral* bukan dalam arti daya pembeda benar atau salah, adil atau tidak adil dalam diri seseorang, melainkan keseluruhan orang-orang dalam masyarakat yang selalu berkembang dan berubah.

Tolok ukur yang dapat dikategorikan sebagai perbuatan pidana bukan saja dapat merugikan orang perorang, tetapi masyarakat terikut didalamnya. Kegiatan bisnis yang dilakukan oleh badan usaha tidak terbatas pada hubungan secara personal, melainkan juga pada masyarakat, sehingga konsepsi ini dapat dijadikan barometer dalam menentukan ruang lingkup dari perbuatan pidana.

Kejahatan yang dilakukan oleh badan usaha (Korporasi) terkadang mendapat dukungan unsur pejabat negara, karena itu sering dikategorikan sebagai *white collar crime* yang melibatkan tidak hanya para eksekutif birokrat, melainkan juga para politisi demi kepentingan dan keuntungan perusahaan yang berakibat pada kerugian negara dan masyarakat. Dalam kaitan itu, Sutherland<sup>165</sup> memberi batasan *white collar crime* sebagai kejahatan yang dilakukan oleh orang yang mempunyai status sosial ekonomi yang tinggi dan terhormat dan melakukan kejahatan tersebut dalam kaitannya dengan pekerjaannya. Pandangan Sutherland ini bertujuan ingin merombak teori

klasik tentang perilaku kriminal yang mengatakan bahwa perilaku jahat bukan monopoli dilakukan oleh orang-orang yang mempunyai status sosial yang rendah, dalam arti orang miskin secara individual saja, namun perilaku jahat juga dilakukan oleh kaum birokrat, elite-elite politik, dan konglomerat (pelaku bisnis).

## **2. Pertanggungjawaban Pidana Badan Usaha (Korporasi)**

### **a. Pengertian Korporasi**

Sebelum menguraikan pertanggungjawaban pidana didalam korporasi, maka terlebih dahulu dikemukakan pengertian korporasi yang bertujuan untuk memberi gambaran apakah korporasi itu dalam melakukan perbuatan hukum masuk lingkup hukum publik atau hukum privat.

Di dalam Black's law Dictionary<sup>166</sup> dikatakan bahwa korporasi :

*Corporation. An artificial person legal entity created by or under the authority of the laws of state or nation, composed, in some rare instances, of a single person and his successor, being the incumbents of a particular office, but ordinary consisting of an association of numerous individuals.*

Menurut Sutan Remy Sjahdeni<sup>167</sup> bahwa korporasi dapat dilihat dalam dua bentuk arti hukumnya; yaitu dalam arti sempit dan dalam arti luas, di mana dalam arti luas korporasi dapat berbentuk badan hukum maupun bukan badan hukum. Sedangkan dalam arti sempit, yaitu sebagai badan hukum, korporasi merupakan figur hukum yang eksistensi dan kewenangannya untuk dapat berwenang perbuatan hukum diakui oleh hukum perdata.

Konsep rancangan KUHP tahun 1987/1988 pada buku I Pasal 120 dikatakan bahwa korporasi adalah kumpulan terorganisasi dari orang atau kekayaan baik merupakan badan hukum atau pun bukan.

Para pemikir konsep ini, terutama para pakar hukum pidana telah berpikiran maju melihat perkembangan ke depan, di mana korporasi tidak hanya sebagai figur hukum perdata, melainkan juga di luar hukum perdata. Perkembangan selanjutnya, rancangan KUHP 2004, Pasal 166 dan UU No. 5 tahun 1997, serta UU No. 31 tahun 1999 telah diubah dengan UU No. 20 tahun 2000 pada pokoknya mengakui korporasi baik sebagai badan hukum perdata maupun di luar badan hukum perdata. Konsep pemikiran diilhami dengan suatu asas dalam hukum bahwa yang dapat bertanggungjawab dalam hukum hanyalah subyek.

### **b. Pertanggungjawab Pidana Korporasi**

Di dalam hukum yang berlaku di Indonesia, dikenal suatu asas bahwa yang menjadi subyek hukum adalah orang dan badan hukum sebagai pendukung hak dan kewajiban. Norma ini mempunyai makna bahwa yang dapat dimintai

pertanggungjawaban secara hukum hanyalah orang secara personal dan badan hukum. Menjadi persoalan sekarang adalah menyangkut pertanggungjawaban pidana badan hukum yang berorientasi pada perusahaan (korporasi) dalam melakukan usaha bisnis tersangkut pidana. Keberadaan hukum pidana dalam percaturan pelaku bisnis pada perusahaan (korporasi) tidak terlepas dari keberadaan hukum pidana dalam masyarakat secara umum.

Ruslan Saleh<sup>168</sup> menyatakan “banyak orang mengenal bahwa hukum pidana sebagai suatu bagian dari hukum yang hebat. Bahkan bagi mereka yang sehari-hari menggunakan hukum pidana, secara tidak disadari merasa bahwa padanya ada sesuatu yang hebat”. Lebih lanjut Ruslan Saleh<sup>169</sup> mengatakan bahwa hukum pidana diperlukan dengan alasan :

- 1). hukum pidana diperlukan tidak terletak pada persoalan tujuan-tujuan yang hendak dicapai, tetapi terletak pada persoalan seberapa jauh untuk mencapai tujuan itu boleh menggunakan paksaan;
- 2). Ada usaha-usaha perbaikan dan perawatan yang tidak mempunyai arti sama sekali bagi si terhukum, dan di samping itu harus tetap ada suatu reaksi atas pelanggaran-pelanggaran norma yang telah dilakukannya itu dan tidaklah dapat dibiarkan begitu saja;
- 3). Pengaruh hukum pidana atau pidana bukan semata-mata ditujukan pada penjahat, tetapi juga untuk mempengaruhi orang yang tidak jahat yaitu warga masyarakat yang mentaati norma-norma masyarakat.

Pandangan di atas mengindikasikan bahwa kehebatan hukum pidana tidak saja dapat memberikan sanksi (menghukum) bagi individu atau orang secara personal, akan tetapi juga terhadap badan hukum atau pelaku usaha (korporasi) yang terindikasi melakukan tindak pidana. Adanya perkembangan pemikiran baru yang menganggap bahwa korporasi dapat bertanggungjawab secara pidana terhadap tindakan yang dilakukan. Hal ini menimbulkan problema hukum, karena korporasi merupakan suatu badan hukum yang di dalamnya dikelola berbagai elemen, baik orang secara personal maupun secara bersama sebagai suatu badan hukum. Melihat kenyataan ini, dengan menggunakan konsep *functional daderschap*, bahwa keberadaan korporasi tidaklah dibentuk tanpa suatu tujuan, di mana dalam mencapai tujuan yang dikehendaki tersebut selalu diwujudkan melalui perbuatan manusia alamiah, dengan demikian kemampuan bertanggungjawab orang-orang yang berbuat untuk dan atas nama korporasi dialihkan menjadi kemampuan bertanggungjawab korporasi subyek tindak pidana.

Doktrin *universalitas delinquere non potest* bahwa korporasi tidak mungkin melakukan tindak pidana, karena keberadaan korporasi hanya merupakan fiksi hukum, menurut pandangan saya, pada dewasa ini tidak dapat dipertahankan keberadaan doktrin tersebut, sebab meskipun korporasi bukan merupakan orang secara natural person, tetapi dalam tindakannya merupakan tindakan yang sama layaknya sebagai orang, dalam arti alamiah. Menurut Mardjono

Reksodiputro<sup>170</sup> bahwa ada dua hal yang diperhatikan dalam menentukan tindak pidana korporasi; yaitu pertama, tentang perbuatan pengurus (atau orang lain) yang harus dikonstruksikan sebagai perbuatan korporasi, kedua, tentang kesalahan pada korporasi.

Kedua hal tersebut menurut Mardjono Reksodiputro<sup>171</sup> dapat diatasi dengan menggunakan konstruksi asas identifikasi yang menganggap bahwa perbuatan pengurus atau pegawai dipersamakan dengan perbuatan korporasi itu sendiri, dan yang kedua menggunakan konstruksi pelaku fungsional (*functional dader*).

Konstruksi teori identifikasi ini akan merupakan jaring pengaman yang tidak hanya bagi perlindungan masyarakat, pandangan teori menhendaki bahwa tindakan orang-orang tertentu adalah sungguh-sungguh merupakan tindakan korporasi. Hal ini digambarkan pula oleh Andrew<sup>172</sup> bahwa "*these people are seen not as agents of the company but as its very person, and their guilty of company*". Karena itu tanggungjawab korporasi bersifat langsung, tidak seolah-olah mewakili. Meskipun demikian, tidak semua tindakan korporasi dapat dimintai pertanggungjawaban pidana, akan tetapi ada pengecualiannya, di mana hanya tindakan yang ancaman pidananya hanya bisa dikenakan pada orang, dan hanya bisa dilakukan orang biasa. Sehubungan itu, Barda Nawawi Arief<sup>173</sup> mengatakan bahwa meski pada dasarnya korporasi bisa dipertanggungjawabkan sama dengan orang pribadi, namun ada beberapa pengecualian, yaitu : a) dalam perkara-perkara yang menurut kodratnya tidak dapat dilakukan oleh korporasi, b) dalam perkara yang satu-satunya pidana yang dapat dikenakan tidak mungkin dikenakan kepada korporasi.

Tolok ukur ini mengindikasikan bahwa pertanggungjawaban pidana terhadap korporasi tidak saja doktrin *strict liability*, tetapi juga *doktrin vicarious liability*. Hal senada diungkapkan oleh Sutan Remy Sjahdeini<sup>174</sup> bahwa ada dua hal pokok pembenaran dibebankannya pertanggungjawaban pidana kepada korporasi; yaitu *doctrine of strict liability* dan *doctrine vicarious liability*.

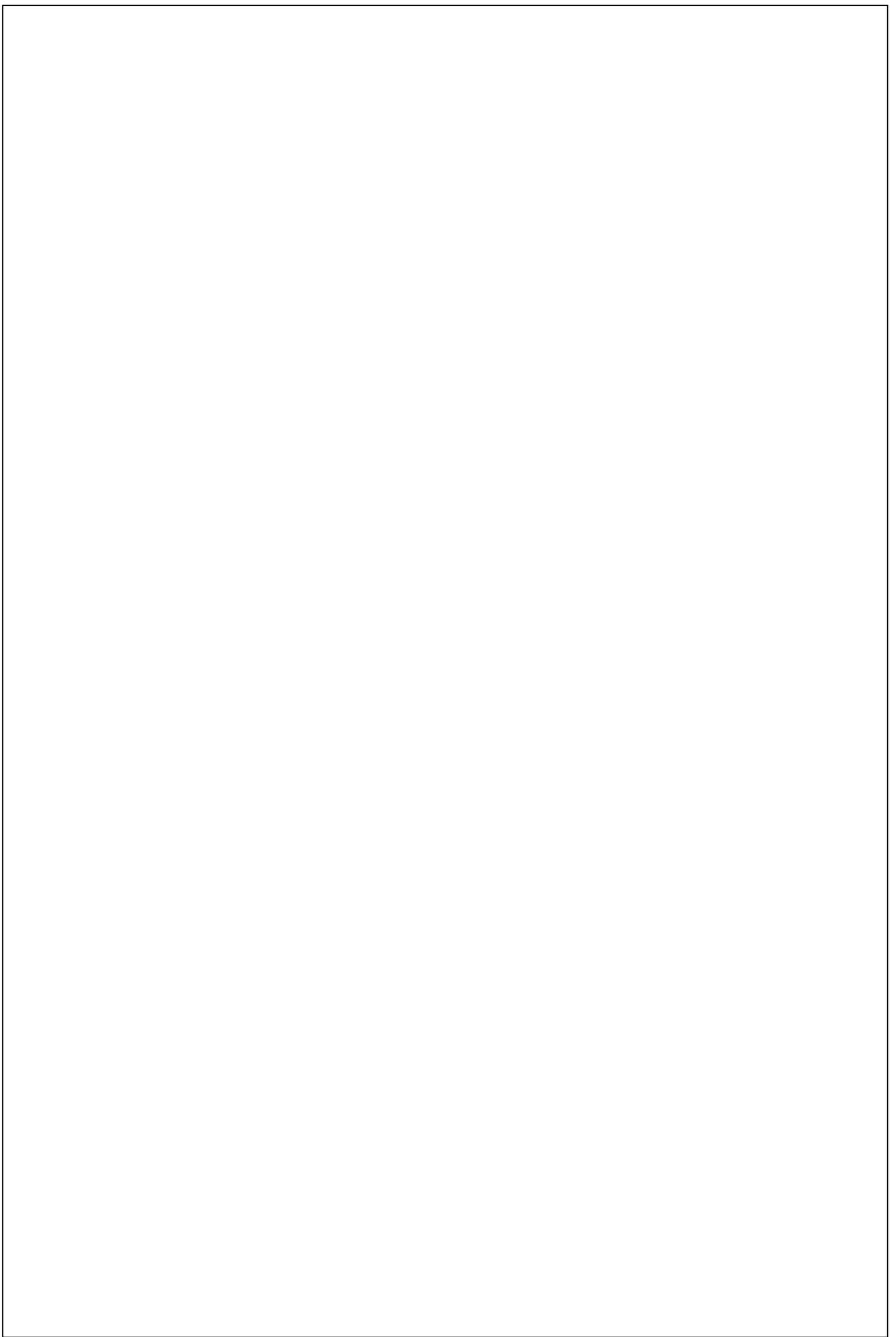
Ke dua doktrin di atas telah menimbulkan pertentangan pendapat mengenai apakah korporasi dapat dibebankan pertanggungjawaban secara pidana terhadap tindakan yang dilakukan. Mengenai hal ini ada dua pandangan yang menurut saya relevan dalam menentukan sistem pertanggungjawaban pidana bagi korporasi pada realitasnya; yakni :

1. pandangan Mardjono Reksodiputro,<sup>175</sup> bahwa ada tiga hal untuk melihat beban pertanggungjawaban pidana korporasi, yaitu : a) pengurus korporasi sebagai pembuat dan pengurus yang bertanggungjawab; b) korporasi sebagai pembuat dan pengurus bertanggung jawab; c) korporasi sebagai pembuat dan juga sebagai yang bertanggungjawab.
2. pandangan Sutan Remy Sjahdeini,<sup>176</sup> bahwa ada empat kemungkinan sistem pembebanan pertanggungjawaban pidana kepada korporasi: a) pengurus korporasi sebagai pelaku tindak pidana, sehingga oleh

karenanya penguruslah yang harus memikul pertanggungjawaban pidana; b) korporasi sebagai pelaku tindak pidana, tetapi pengurus yang harus memikul pertanggungjawaban pidana; c) korporasi sebagai pelaku tindak pidana dan korporasi itu sendiri yang harus memikul pertanggungjawaban pidana; d) pengurus dan korporasi keduanya sebagai pelaku tindak pidana, dan keduanya pula yang harus memikul pertanggungjawaban pidana.

Melihat perkembangan yang terjadi dewasa ini kebijakan hukum pidana di bidang ekonomi, terutama yang menyangkut pertanggungjawaban korporasi kedepan harus terintegrasi antar berbagai sistem dalam penjatuhan pidana terhadap korporasi, karena dampak yang timbul dari penjatuhan sanksi tidak hanya tertuju pada aspek finansial semata, melainkan juga non finansial, sehingga sanksi yang dapat dilakukan tidak dalam bentuk fisik, dalam arti penjara, tetapi dalam bentuk non fisik; seperti pidana denda, pidana tambahan dan tindakan administratif. Kontruksi ini sesuai dengan sistem yang dianut KUHP bahwa karena korporasi tidak dapat melakukan sendiri suatu perbuatan yang merupakan tindak pidana dan tidak dapat memiliki kalbu yang salah, tetapi yang melakukan perbuatan tersebut adalah pengurus korporasi yang di dalam melakukan tindakan itu dilandasi sikap kalbu tertentu baik yang berupa kealpaan maupun yang berupa kesengajaan, maka pengurus dari korporasi itulah yang harus memikul pertanggungjawaban pidana atas perbuatan yang dilakukannya sekalipun perbuatan itu dilakukan untuk dan atas nama korporasi yang dipimpinya.

Keberlakuan pertanggungjawaban pidana bagi suatu korporasi, baik dalam kebijakan pembangunan ekonomi maupun dalam kebijakan hukum pidana, maka model hukum integratif yang merupakan perpaduan antara pemikiran hukum pembangunan dan model hukum progresif akan menjadi salah satu solusi untuk menjaga keharmonisan politik hukum ekonomi dan politik hukum pidana dalam mewujudkan kepastian usaha. Karena dengan model hukum integratif; seperti yang dikatakan Rolmi Atmasasmita<sup>177</sup> model hukum ini memandang hukum dalam pengertian yang dinamis, tidak bersifat *status quo*, dan pasif melainkan hukum memiliki mobilitas fungsi dan peranannya sesuai dengan perkembangan masyarakat dalam kurun waktu tertentu, Selain itu pula model hukum integratif selalu mengembangkan analisa komprehensif dan holistik di dalam menghadapi dan mengantisipasi perkembangan nasional dan internasional dalam berbagai bidang, tidak terkecuali bidang hukum dan ekonomi.



# **MENUJU UNDANG-UNDANG ARBITRASE YANG DAPAT MENCIPTAKAN IKLIM USAHA YANG KONDUSIF**

**Dr. Mutiara Hikmah, SH.,MH**

*Staf Pengajar Fakultas Hukum dan Fakultas Ekonomi UI dan staf peneliti Sentra HAM FHUI.*

## **A. PENDAHULUAN**

Indonesia telah menjadi anggota Konvensi New York 1958 (*Convention on The Recognition and Enforcement of Foreign Arbitral Awards 1958*) melalui Keputusan Presiden RI (Keppres) No. 34 Tahun 1981 dan diterbitkan dalam Lembaran Negara RI tahun 1981 No. 40<sup>178</sup>. Dengan ikut sertanya negara Indonesia dalam Konvensi New York 1958, maka Indonesia terikat pada ketentuan-ketentuan yang terdapat di dalam konvensi tersebut mengenai pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase internasional<sup>179</sup>.

Pada awalnya, sikap Pemerintah Indonesia (dalam hal ini Mahkamah Agung RI), tidak mengakui pelaksanaan putusan arbitrase internasional. Akan tetapi, kesadaran bahwa negara Indonesia akan terus tumbuh menjadi bagian dari aktivitas bisnis dunia, maka Pemerintah Indonesia harus memikirkan langkah ke depan untuk dapat mengakui dan melaksanakan putusan-putusan arbitrase internasional.

Apalagi jika melihat tendensi yang terjadi pada akhir-akhir ini, dalam kontrak-kontrak yang ditanda tangani oleh Badan Usaha Milik Negara (BUMN) atau Perusahaan Negara di satu pihak dengan pihak asing, baik dalam bentuk Kerja Sama Operasi (KSO) / *Joint Operation Contract (JOC)* atau lain-lain usaha bersama dan perjanjian yang bersifat "internasional", dipakai klausul mengenai penyelesaian sengketa melalui arbitrase dan umumnya arbitrase ditentukan akan dilangsungkan di luar negeri<sup>180</sup>.

Mengenai pelaksanaan putusan arbitrase internasional, sangat terkait dengan pemahaman dan kemampuan hakim serta sikap pengadilan<sup>181</sup>. Pengadilan-pengadilan mempunyai peranan penting dalam menyelesaikan sengketa-sengketa di bidang perdagangan, walaupun para pihak telah sepakat untuk menyelesaikan sengketa yang bersangkutan melalui lembaga arbitrase. Pengadilan diminta campur tangan manakala proses arbitrase telah selesai dan salah satu pihak tidak bersedia melaksanakan putusan arbitrase tersebut<sup>182</sup>. Dalam proses pelaksanaan putusan arbitrase, lembaga arbitrase tidak dapat memaksakan pelaksanaan putusannya<sup>183</sup>, melainkan lembaga pengadilan yang harus memaksa pihak yang kalah untuk melaksanakan putusan arbitrase tersebut<sup>184</sup>. Dalam prakteknya, pengadilan dapat sewaktu-waktu campur tangan dalam hal pemeriksaan proses arbitrase sedang berjalan.

Sejak Indonesia menjadi anggota Konvensi New York 1958 pada tahun 1981, pada kurun waktu sebelum berlakunya Peraturan Mahkamah Agung RI No. 1 Tahun 1990 tentang Tata Cara Pelaksanaan Putusan Arbitrase Asing di Indonesia (untuk selanjutnya disingkat dengan Perma), masih terdapat hambatan-hambatan bagi pelaku usaha asing dalam hal pelaksanaan putusan arbitrase internasional di Indonesia. Mahkamah Agung RI sebagai lembaga peradilan tertinggi di Indonesia berpendirian bahwa putusan arbitrase internasional tidak dapat dilaksanakan di Indonesia.

Setelah Mahkamah Agung RI mengeluarkan Perma, pelaksanaan putusan arbitrase internasional di Indonesia mulai mendapat kepastian, karena hukum acara yang mengatur tentang tata cara pelaksanaan putusan arbitrase internasional sudah jelas. Untuk mengatur pelaksanaan putusan arbitrase internasional dalam hierarki perundang-undangan di Indonesia, pada 12 Agustus 1999 diundangkanlah Undang-Undang No. 30 Tahun 1999 Tentang Arbitrase Dan Alternatif Penyelesaian Sengketa (untuk selanjutnya disingkat dengan UU Arbitrase) terdiri dari XI Bab dan 82 Pasal. Pada Bab VI UU Arbitrase tersebut mengatur tentang Pelaksanaan Putusan Arbitrase Internasional.

Setelah berlakunya UU Arbitrase, satu-satunya putusan arbitrase internasional yang dibatalkan oleh Pengadilan Negeri Jakarta Pusat adalah putusan arbitrase asal Jenewa, Swiss (tanggal 18 Desember 2000), yaitu pada perkara *Karaha Bodas Company (selanjutnya disingkat dengan KBC) vs. PT Pertamina dan PLN*<sup>185</sup>. Kasus tersebut mengundang perhatian berbagai pihak dari dalam dan luar negeri, karena selain melibatkan beberapa saksi ahli dari berbagai negara, juga putusan arbitrase tersebut dimohonkan pelaksanaannya oleh pihak KBC di beberapa negara, sehubungan dengan aset pihak PT Pertamina yang terdapat di beberapa negara<sup>186</sup>. Pembatalan putusan arbitrase Swiss oleh Pengadilan Negeri Jakarta Pusat tersebut kemudian dibatalkan oleh Mahkamah Agung RI dengan Putusan No. 01/BANDING/WASIT-INT/2002, tanggal 8 Maret 2004.

Salah satu kasus yang juga menjadi perdebatan para pihak mengenai putusan arbitrase tersebut apakah putusan arbitrase nasional atau internasional, terlihat pada kasus *PT Pertamina dan PT Pertamina EP vs. PT Lirik Petroleum* (Putusan No.01/Pembatalan Arbitrase/2009/PN.JKT.PST tanggal 31 Agustus 2009). Dalam perjanjian dengan klausul arbitrasenya, para pihak memilih tempat arbitrase di Jakarta dengan rulesnya dari ICC Paris. Dalam kasus tersebut, pada bagian eksepsinya pihak Pertamina sebagai pemohon mengajukan pembatalan putusan arbitrase sehubungan bahwa putusan arbitrase tersebut masuk dalam ruang lingkup arbitrase nasional, bukan putusan arbitrase internasional<sup>187</sup>.

Pada tahun 2010, terdapat putusan arbitrase internasional asal *Singapore International Arbitration Center/SIAC* yang ditolak pelaksanaannya oleh Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, serta penolakan tersebut dikuatkan oleh Mahkamah Agung RI, yaitu pada perkara *Astro Nusantara Internasional B.V.*

vs. PT Ayunda Prima Mitra<sup>188</sup>. Berawal dari adanya kasus-kasus pembatalan dan penolakan putusan arbitrase internasional tersebut di atas, menggugah penulis untuk membuat tulisan ini.

## **B. PEMBAHASAN**

### **1. Penyelesaian Sengketa Melalui Forum Arbitrase**

Jika mempelajari perkembangan di Indonesia, situasi hukum di Indonesia adalah subur bagi perkembangan arbitrase (internasional). *Pertama*, karena kehendak para pihak dan perselisihan hukum yang menjadi unsur dasar bagi arbitrase merupakan suatu hal yang tidak asing dalam hukum nasional Indonesia; *kedua*, Hukum Positif di Indonesia baik dalam bidang nasional maupun dalam bidang internasional memberikan kesempatan untuk mengadakan arbitrase dalam penyelesaian sengketa; *ketiga*, hukum nasional Indonesia menganut azas persamaan stelsel-stelsel hukum negara lain; *keempat*, politik pembangunan Pemerintah yang akan memanfaatkan semaksimal mungkin penggunaan modal asing dalam bidang dan sektor yang dalam waktu singkat belum atau tidak dapat dilaksanakan oleh modal Indonesia sendiri, memberikan harapan akan meningkatnya frekuensi penggunaan lembaga arbitrase<sup>189</sup>.

Banyak pelaku usaha, terutama pengusaha asing lebih memilih jalur arbitrase dibandingkan jalur litigasi (proses beracara di Pengadilan). Sebagian besar pelaku usaha lebih suka menyelesaikan sengketa yang timbul diantara mereka melalui jalur arbitrase daripada jalur pengadilan karena beberapa alasan.

*Pertama*, pengusaha asing menganggap sistem hukum dan forum pengadilan setempat merupakan hal yang asing bagi mereka<sup>190</sup>. *Kedua*, pengusaha-pengusaha negara maju beranggapan hakim-hakim negara berkembang tidak menguasai sengketa-sengketa dagang yang melibatkan hubungan dagang dan keuangan internasional yang cukup rumit<sup>191</sup>. *Ketiga*, pengusaha-pengusaha negara maju beranggapan penyelesaian sengketa melalui jalur pengadilan akan memakan waktu yang lama dan biaya yang besar, karena proses pengadilan yang panjang dari tingkat pertama sampai dengan tingkat Mahkamah Agung<sup>192</sup>. *Keempat*, pengusaha-pengusaha asing beranggapan bahwa pengadilan setempat akan bersikap subjektif kepada mereka, karena sengketa diperiksa dan diadili berdasarkan hukum dan hakim negara lain, bukan dari negara mereka<sup>193</sup>. *Kelima*, penyelesaian sengketa melalui arbitrase dianggap dapat melahirkan keputusan yang kompromistis, yang dapat diterima oleh kedua pihak yang bersengketa<sup>194</sup>. *Keenam*, penyelesaian sengketa melalui arbitrase tertutup sifatnya, sehingga tidak ada publikasi mengenai sengketa yang timbul. Publikasi mengenai sengketa dagang, merupakan sesuatu yang tidak disukai oleh para pengusaha<sup>195</sup>.

Selain itu, di dalam Bagian Umum dari Penjelasan UU Arbitrase menguraikan mengenai kelebihan lembaga arbitrase, antara lain<sup>196</sup> :

- a. Dijamin kerahasiaan sengketa para pihak;
- b. Dapat dihindari keterlambatan yang diakibatkan karena procedural dan administratif;
- c. Para pihak dapat memilih arbitrator yang menurut keyakinannya mempunyai pengetahuan, pengalaman serta latar belakang yang cukup mengenai masalah yang disengketakan, jujur dan adil;
- d. Para pihak dapat menentukan pilihan hukum untuk menyelesaikan masalahnya serta proses dan tempat penyelenggaraan arbitrase, dan
- e. Putusan arbitrator merupakan putusan yang mengikat para pihak dan dengan melalui tata cara (prosedur) sederhana saja ataupun langsung dapat dilaksanakan.

Menurut Asikin Kusumaatmadja, penyelesaian sengketa melalui pengadilan akan memakan banyak waktu, sehubungan dengan adanya sifat formalistis yang kaku yang melekat pada dan merupakan tradisi bagi hukum acara yang dipergunakan di Pengadilan Negeri. Sebaliknya suatu cara penyelesaian sengketa yang dapat menghindarkan formalisme yang kaku ialah arbitrase, karena unsur utama dalam lembaga ini ialah kehendak para pihak untuk menyelesaikan sengketa diluar pengadilan dan otonomi para pihak untuk menentukan hukum mana yang berlaku dalam sengketa. Unsur-unsur ini justru diciptakan untuk menghindari timbulnya hambatan karena perbedaan sistem hukum dari masing-masing pihak yang berasal dari negara yang berlainan<sup>197</sup>.

Tegasnya arbitrase merupakan suatu prosedur diluar pengadilan yang ditentukan berdasarkan suatu perjanjian, dimana para pihak, dalam hal timbulnya sengketa mengenai pelaksanaan perjanjian tersebut, telah menyetujui untuk menyerahkan penyelesaian sengketa tersebut pada arbitrator yang telah dipilih oleh para pihak itu sendiri<sup>198</sup>.

Disamping beberapa kelebihan yang dimiliki oleh lembaga arbitrase, ada pula beberapa kelemahan-kelemahan dari lembaga arbitrase, antara lain<sup>199</sup> :

1. Untuk mempertemukan kehendak para pihak yang bersengketa dan membawanya ke badan arbitrase tidaklah mudah. Kedua pihak yang merupakan perusahaan-perusahaan yang bonafit harus sepakat. Seringkali untuk dapat mencapai kesepakatan atau persetujuan itu kadang-kadang sulit. Forum arbitrase mana yang akan dipilih: *Arbitrase International Chamber of Commerce* di Perancis; *American Arbitration Association* di Amerika Serikat; *Arbitrase ICSID*; *London Court of Arbitration*; atau Badan Arbitrase Nasional Indonesia.
2. Pengakuan dan pelaksanaan keputusan arbitrase internasional. Dewasa ini di banyak negara, masalah pengakuan dan pelaksanaan keputusan arbitrase internasional masih menjadi soal yang sulit;
3. Telah dimaklumi dalam arbitrase tidak selalu ada keterikatan kepada putusan-putusan arbitrase sebelumnya. Jadi keputusan setiap sengketa

yang telah diambil sepertinya dibuang begitu saja, meskipun didalam putusan tersebut mengandung argumentasi-argumentasi para ahli-ahli hukum kenamaan/terkemuka. Karena tidak berlakunya preseden ini, maka logis kemungkinan timbulnya keputusan-keputusan yang saling berlawanan. Artinya fleksibilitas di dalam mengeluarkan keputusan sulit dicapai.

4. Arbitrase ternyata tidak mampu memberikan jawaban yang definitif terhadap semua sengketa hukum. Hal ini berkaitan erat dengan adanya konsep dan sistem hukum yang berbeda dengan yang ada di setiap negara. Konsep arbitrase di negara-negara Anglo Saxon berbeda dengan konsep yang ada di negara-negara sosialis. Lagi pula sistem arbitrase di tiap negara berbeda yang masing-masing dipengaruhi oleh hukum dan struktur hukum masing-masing.
5. Hasil putusan arbitrase selalu tergantung kepada kemampuan teknis arbitrator untuk memberikan putusan yang memuaskan dan sesuai dengan rasa keadilan para pihak.
6. Putusan arbitrase tidak mempunyai daya paksa.

Menurut pendapat penulis, selain kelemahan-kelemahan diatas mengenai lembaga arbitrase adalah, bahwa pelaksanaan putusan dari lembaga arbitrase sangat tergantung dengan sikap pengadilan di suatu negara. Disamping itu, pelaksanaan putusan dari lembaga arbitrase juga tergantung pada sikap dan pemahaman hakim yang menangani perkara arbitrase yang bersangkutan. Dengan kata lain, sewaktu para pihak membuat suatu perjanjian dagang/ usaha bisnis dengan partner usahanya, para pihak dalam membuat perjanjian yang memuat klausul arbitrase, seharusnya sama-sama memahami bahwa putusan arbitrase itu bersifat *final and binding*<sup>200</sup>. Suatu klausul arbitrase tersebut, harus dinyatakan secara tegas dalam suatu bentuk perjanjian secara tertulis, baik sebelum terjadi sengketa maupun sesudah terjadinya sengketa.

Sudargo Gautama berpendapat, bahwa forum arbitrase hanya akan bermanfaat dalam praktek jika berlangsung antara pelaku-pelaku usaha yang mempunyai itikad baik, dan juga bonafid. Arbitrase hanya akan lebih menguntungkan daripada berperkara di muka pengadilan, apabila dapat dipastikan bahwa orang yang akan dikalahkan, memang secara sukarela akan taat dalam pelaksanaan putusan arbitrase itu. Jika tidak demikian halnya, apabila pihak yang dikalahkan mencari-cari jalan untuk mengelakkan pelaksanaan dari putusan arbitrase itu, maka perkara melalui arbitrase justru membawa lebih banyak pengeluaran biaya dan sama sekali tidak akan lebih cepat dari pada langsung berperkara di pengadilan<sup>201</sup>.

Sangat disayangkan bahwa dalam pelaksanaannya, banyak pihak berpendapat bahwa sikap pengadilan di Indonesia tidak konsisten terhadap pilihan forum arbitrase yang telah dilakukan oleh para pihak yang membuat perjanjian<sup>202</sup>, terutama pada kontrak perjanjian yang bersifat internasional<sup>203</sup>.

Mengingat situasi hukum di Indonesia seperti yang diuraikan diatas baik dalam bidang hukum materiil maupun dalam bidang formil, maka penggunaan hukum asing merupakan hal yang wajar bagi perasaan hukum bangsa dan negara RI, bahkan nampak jelas bahwa berdasarkan azas persamaan, hukum asing dianggap sama nilainya sehingga asal saja dibutuhkan dan tidak bertentangan dengan ketertiban umum maka hukum asing tersebut dapat dipergunakan dalam wilayah hukum RI.

Demikian pula dengan hukum yang mengatur tentang Arbitrase. Sejak tahun 1999, Indonesia telah memiliki UU No. 30 Tahun 1999 tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Namun keberadaan Undang-Undang tersebut masih belum menyelesaikan permasalahan di bidang arbitrase internasional. Hal ini dapat dibuktikan dengan adanya contoh-contoh kasus pembatalan dan penolakan putusan arbitrase internasional di Indonesia. Disamping itu, UU Arbitrase dinilai oleh praktisi dan akademisi masih memiliki beberapa kelemahan.

## **2. Undang-Undang Arbitrase Masih Memiliki Beberapa Kelemahan**

Jika melihat dari segi substansi UU Arbitrase secara umum, maka dapat dikatakan bahwa UU ini masih mengandung beberapa kelemahan-kelemahan, antara lain<sup>204</sup> :

- 1) M. Husseyn Umar mengutip pendapat Retnowulan Sutantio mengkritisi tentang komposisi pengaturan Arbitrase dan Alternatif Penyelesaian Sengketa. Dari jumlah 82 pasal, hanya 3 pasal saja yang mengatur tentang Alternatif Penyelesaian Sengketa, dan yang 79 pasal mengatur tentang Arbitrase.
- 2) Dari segi judul, disebutkan Undang Undang tentang Arbitrase dan Alternatif Penyelesain Sengketa, tetapi dari segi pengaturannya didahulukan tentang Alternatif Penyelesaian Sengketa, baru kemudian pengaturan tentang Arbitrase.
- 3) Ada pasal-pasal yang sulit dilaksanakan dalam praktek, seperti Pasal 71 yang menyebutkan jangka waktu untuk mengajukan permohonan pembatalan arbitrase adalah 30 hari. Dalam praktek, hal tersebut sulit terpenuhi.
- 4) Winita E.Kusnandar (Prakstisi hukum di bidang arbitrase) berpendapat, bahwa dalam UU Arbitrase banyak klausul-klausul terselubung. Disamping itu, ada ketentuan yang masih sumir, karena ada beberapa penafsiran, yaitu tentang pembatalan putusan arbitrase yang diatur didalam Bab VII. Ada beberapa pakar yang berpendapat bahwa ketentuan tersebut hanya berlaku untuk arbitrase nasional, tetapi di pihak lain ada juga yang berpendapat bahwa ketentuan tersebut berlaku baik untuk putusan arbitrase nasional maupun internasional.

Selain itu, hasil wawancara penulis dengan seorang narasumber<sup>205</sup> mengenai UU Arbitrase, masih terdapat beberapa kelemahan antara lain:

1. UU Arbitrase belum efektif dalam menjamin pelaksanaan putusan arbitrase internasional di Indonesia, karena UU Arbitrase masih mengandung beberapa kelemahan. Apalagi, ada kemungkinan bahwa implementasi UU ini buruk, misalnya penafsiran konsep ketertiban umum yang sangat sempit.
2. UU Arbitrase belum mengatur permasalahan arbitrase internasional secara komprehensif, oleh karena UU ini masih memiliki beberapa kekurangan. Sedikitnya jumlah permohonan pelaksanaan putusan arbitrase asing di Indonesia bisa jadi merupakan refleksi dari tingkat kepercayaan yang rendah dari pelaku bisnis asing terhadap pengadilan Indonesia. Sehingga pihak asing lebih memilih untuk melaksanakan putusan arbitrase asing di luar negeri.
3. Ada ketentuan-ketentuan tentang arbitrase internasional yang belum terakomodasi di dalam UU Arbitrase, antara lain:
  - a. Dasar penolakan pelaksanaan putusan arbitrase asing menurut UU Arbitrase lebih sedikit daripada apa yang ditentukan dalam New York Convention. Sehingga beberapa hal seperti masalah *due process* dan *invalid arbitration agreement* tidak terakomodasi dalam UU Arbitrase.<sup>206</sup>
  - b. Tidak diatur definisi dari 'arbitrase internasional'. Padahal banyak terjadi para pihak yang memilih arbitrase BANI dan tempat arbitrase Jakarta adalah pihak asing atau dengan kata lain terdapat unsur asing dalam arbitrase tersebut. Namun karena tidak adanya pengaturan mengenai arbitrase internasional, maka arbitrase yang seperti itu tetap dianggap sebagai arbitrase domestik karena putusannya dikeluarkan di Indonesia.
  - c. UU Arbitrase mengatur bahwa hubungan arbitrator dengan pihak yang memilihnya adalah hubungan perdata sehingga banyak pihak yang kemudian menggugat arbitratornya karena mereka berpandangan bahwa arbitrator yang telah mereka pilih harus memenangkan mereka.
  - d. UU Arbitrase bahkan mengatur hal yang menurutnya tidak perlu diatur, seperti misalnya mengenai syarat menjadi arbitrator.

Menurut narasumber lain, masih terdapat kekurangan dengan adanya Pasal 70, 71, dan 72 di dalam UU Arbitrase. Karena, keberadaan ketiga pasal tersebut kurang menjamin pelaksanaan putusan arbitrase internasional di Indonesia<sup>207</sup>.

Menurut penulis, selain kelemahan-kelemahan diatas, ada beberapa kelemahan lain yang berhubungan dengan pengaturan pelaksanaan putusan arbitrase internasional, diantaranya:

1. Pasal 1 mengenai Ketentuan Umum, tidak semua pengertian yang terdapat di dalam UU Arbitrase didefinisikan secara tegas, misalnya tentang putusan arbitrase internasional, ketertiban umum, upaya perlawanan berupa penolakan dan pembatalan putusan.
2. Pasal 67 ayat (1) UU Arbitrase tentang pendaftaran dan penyerahan putusan arbitrase oleh arbitrator atau kuasanya. Pelaksanaan pasal ini mempunyai kendala secara ekonomi, karena arbitrator atau kuasanya dari negara lain harus mendaftarkan putusannya di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Disamping itu, arbitrator atau kuasanya tidak mempunyai kepentingan baik dari segi ekonomi maupun dari segi hukum. Pada prakteknya, pemenuhan pasal ini sifatnya tidak mengikat.
3. Tidak diaturnya berapa lama proses pemeriksaan putusan arbitrase internasional untuk mendapatkan penetapan eksekusi dalam UU Arbitrase. Hal ini mengakibatkan, banyaknya putusan arbitrase internasional yang telah didaftarkan, tetapi statusnya tanpa keterangan serta tidak jelas.

Dari pembahasan mengenai kelemahan-kelemahan UU Arbitrase di atas, maka perlu diupayakan oleh Pemerintah RI untuk merevisi UU Arbitrase yang berlaku saat ini. UU Arbitrase yang dimaksud adalah yang materinya mengatur permasalahan putusan arbitrase internasional secara tegas dan komprehensif. Hal ini diperlukan untuk menjamin keadilan dan kepastian hukum bagi pengusaha asing yang mengadakan kontrak dengan pihak pengusaha atau Badan Hukum Indonesia. Disamping itu, yang tidak kalah pentingnya juga adalah mempersiapkan Sumber Daya Manusia yang menguasai permasalahan putusan arbitrase internasional.

### **3. Kesiapan SDM Yang Menguasai Permasalahan Putusan Arbitrase Internasional**

Jika mempelajari peraturan yang ada di Indonesia, kewenangan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dalam hal pelaksanaan putusan arbitrase internasional, telah disebutkan di dalam Peraturan Mahkamah Agung RI No. 1 Tahun 1990. Pada Perma tersebut di dalam Pasal 1 menyatakan bahwa badan yang diberi wewenang menangani masalah pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase asing adalah Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Dalam UU Arbitrase, hal tersebut dapat dilihat pada Pasal 65 yang menyatakan : "Yang berwenang menangani masalah pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase internasional adalah **Pengadilan Negeri Jakarta Pusat**" (cetak tebal dari penulis).

Menurut Sudargo Gautama, alasan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat sebagai pengadilan yang menangani putusan arbitrase internasional, karena pengadilan tersebut merupakan pengadilan negeri yang secara langsung dapat dikatakan "biasa" menghadapi persoalan-persoalan yang mempunyai hubungan dengan luar negeri atau bersifat "internasional" (ada unsur-unsur asingnya / *foreign elements*)<sup>208</sup>.

Menurut Asikin Kusumaatdja, yang dianggap perlu untuk menyelesaikan permasalahan putusan arbitrase internasional adalah Pengadilan Negeri Jakarta Pusat. Sesungguhnya pengadilan negeri lainnya di Indonesia masih belum cakap untuk melaksanakan putusan arbitrase internasional<sup>209</sup>.

M. Yahya Harahap berpendapat: "merupakan hal yang rasional dan realistis, Pengadilan Negeri Jakarta Pusat sebagai pengadilan yang diberi kewenangan dalam masalah pengakuan dan pelaksanaan putusan arbitrase internasional. Hal ini dikarenakan memberi kemudahan dan kepastian bagi dunia luar". Ditinjau dari segi transportasi dan komunikasi, Jakarta Pusat merupakan posisi yang paling strategis dan representatif dibandingkan dengan wilayah pengadilan yang lain. Sehingga layak untuk memberikan kewenangan pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat menjadi sentral penanganan putusan arbitrase internasional<sup>210</sup>.

Pada saat berlakunya Perma, kewenangan pemberian eksekutor berada di tangan Mahkamah Agung, pemberian tugas urusan penyelesaian pengakuan dan eksekusi putusan arbitrase internasional hanya pada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, hal demikian sangatlah praktis. Jarak kedua instansi tersebut dari segi geografis relatif dekat, sehingga segala urusan administratif yustisial dapat terlaksana terutama dalam waktu singkat. Apabila semua urusan dilaksanakan dan dilayani dengan profesional dan sesuai dengan asas sederhana, cepat dan biaya ringan<sup>211</sup>, penugasan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat sebagai sentral penanganan putusan arbitrase internasional akan sangat efektif<sup>212</sup>.

Hasil wawancara penulis dengan Ketua dan Wakil Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, dijelaskan bahwa Pengadilan Negeri Jakarta Pusat merupakan pengadilan yang bersifat barometer dari seluruh pengadilan yang ada di Indonesia, sehingga Pengadilan Negeri Jakarta Pusat merupakan pengadilan yang diberi kewenangan terhadap perkara-perkara yang bersifat internasional<sup>213</sup>. Selain itu, alasan lain adalah untuk kepentingan praktis, mengingat permasalahan putusan arbitrase internasional akan berhubungan dengan Mahkamah Agung RI. Dari segi lokasi, pengadilan yang posisinya paling dekat dengan Mahkamah Agung RI adalah Pengadilan Negeri Jakarta Pusat.

Dari segi kesiapan Sumber Daya Manusia, Pengadilan Negeri Jakarta Pusat merupakan pengadilan pertama yang memiliki *Automatic Management* yang sejak Februari 2008 sistem administrasinya disponsori oleh USAID<sup>214</sup>. Mengenai sumber daya manusia di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, terdapat komposisi hakim sampai dengan 10 Desember 2010, sebanyak 47 orang dengan golongan/pangkat yang berbeda-beda<sup>215</sup>.

Yang berwenang untuk mempelajari serta menetapkan permohonan pelaksanaan putusan arbitrase internasional, adalah Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, kecuali jika terdapat upaya hukum pembatalan putusan arbitrase internasional, maka Ketua Pengadilan membentuk majelis hakim yang diketuai

oleh hakim yang dinilainya memahami dan mengerti permasalahan arbitrase internasional<sup>216</sup>.

Tugas utama Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat adalah memeriksa berkas permohonan putusan arbitrase internasional untuk dapat dinyatakan ditolak atau dapat dilaksanakan di Indonesia. Pertimbangan Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dalam memutuskan apakah suatu putusan arbitrase internasional dapat diterima pelaksanaannya atau tidak, sangatlah menentukan bagi pelaksanaan putusan arbitrase internasional di Indonesia. Proses pemeriksaan oleh Ketua Pengadilan ini tidak melalui persidangan atau majelis hakim, berbeda halnya jika putusan arbitrase internasional tersebut bila dimohonkan untuk dibatalkan. Apabila putusan arbitrase internasional dimohon untuk dibatalkan, maka Ketua Pengadilan akan membentuk tim yang diketuai oleh Ketua Majelis Hakim untuk memeriksa dan memproses melalui persidangan mengenai gugatan pembatalan.

Hasil wawancara penulis dengan hakim-hakim umum di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, mencatat bahwa masih belum meratanya pemahaman hakim-hakim di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat terhadap substansi Konvensi New York 1958 maupun terhadap substansi UU Arbitrase. Ada beberapa alasan yang menyebabkan hakim-hakim umum di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat kurang memahami dan menguasai permasalahan arbitrase internasional, antara lain<sup>217</sup> :

- (a) Hakim-hakim yang ada pada saat ini sebagian besar berasal dari pengadilan negeri di daerah dan belum lama bertugas di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat,
- (b) Hakim-hakim tersebut tidak memiliki pengalaman dalam menangani kasus-kasus yang berhubungan dengan masalah arbitrase internasional;
- (c) Hakim-hakim kebanyakan berpendirian bahwa kewenangan memberikan penetapan atas pelaksanaan putusan arbitrase internasional ada pada Ketua Pengadilan, sehingga mereka beranggapan tidak ada keharusan untuk menguasai permasalahan arbitrase internasional.

Kondisi ini merupakan situasi yang seharusnya tidak demikian. Menurut pendapat penulis, ada beberapa faktor yang menyebabkan kondisi seperti diatas, antara lain hakim-hakim di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat berasal dari berbagai latar belakang pendidikan hukum yang berbeda kekhususannya, berasal dari berbagai wilayah pengadilan di seluruh Indonesia.

Faktor lain, karena untuk memenuhi kebutuhan jenjang karir hakim, maka tingkat mutasi hakim-hakim di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat pun sangat tinggi<sup>218</sup>. Dengan tingginya tingkat mutasi, maka hakim-hakim di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat (terutama yang berasal dari daerah) tidak mempunyai waktu yang cukup untuk mempelajari permasalahan putusan arbitrase internasional sehubungan dengan banyaknya perkara yang harus diselesaikan di pengadilan. Selain itu, adapula beberapa hakim yang beranggapan, bahwa

kewenangan dalam hal memutus perkara-perkara yang berhubungan dengan putusan arbitrase internasional ada pada Ketua Pengadilan. Sehingga beberapa hakim tidak merasa berkewajiban memahami segala permasalahan yang berhubungan dengan permasalahan putusan arbitrase internasional.

Hal ini seperti yang dikatakan oleh M.Yahya Harahap, bahwa masalah ruang lingkup arbitrase di kalangan praktisi hukum di Indonesia masih dianggap belum merupakan kebutuhan praktek. Sehingga masih jarang yang ingin mengetahui dan mendalami. Rata-rata penguasaan hakim pada umumnya baru menyentuh seputar arbitrase versi Rv atau BANI. Masih jarang yang mampu bicara tentang arbitrase versi internasional yang bersumber dari berbagai konvensi internasional<sup>219</sup>. Padahal, pada umumnya saat ini perjanjian-perjanjian yang dibuat antara pengusaha Indonesia dengan pihak asing, memilih forum arbitrase sebagai lembaga untuk menyelesaikan sengketa. Dan pada umumnya, lembaga arbitrase yang dipilih oleh para pihak pun lembaga arbitrase di luar negeri. Dengan demikian besar kemungkinan permohonan pelaksanaannya diajukan di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, bila pihak yang kalah dalam putusan arbitrase adalah pihak pengusaha Indonesia. Sudah sewajarnya bila Pengadilan Negeri Jakarta Pusat telah mempersiapkan hakim-hakimnya yang menguasai dan memahami permasalahan putusan arbitrase internasional.

### **C. PENUTUP**

Dari pembahasan tulisan ini, ada beberapa saran-saran yang dapat disampaikan sehubungan masih adanya kelemahan-kelemahan yang terdapat dalam UU Arbitrase dalam hal mengatur permasalahan putusan arbitrase internasional. Beberapa saran yang dapat diajukan untuk Pemerintah RI, antara lain: pertama, melakukan revisi terhadap UU Arbitrase, agar menjadi peraturan yang mengatur permasalahan putusan arbitrase internasional secara tegas dan komprehensif. Terutama mengenai perumusan Pasal 1 butir (9), tentang definisi putusan arbitrase internasional, agar dirumuskan dengan jelas dan tegas mengenai kriteria putusan arbitrase yang termasuk ke dalam ruang lingkup putusan arbitrase internasional.

Selain itu, perumusan Pasal 67 ayat (1), yang menyatakan bahwa putusan arbitrase harus diserahkan dan didaftarkan oleh arbiter atau kuasanya, lebih baik diubah perumusan pasalnya. Dalam hal ini, penulis menyarankan bahwa pendaftaran putusan arbitrase dilakukan oleh salah satu pihak yang berperkara atau tim kuasa hukumnya. Hal ini perlu dilakukan untuk meningkatkan kepercayaan bagi pengusaha luar negeri atas jaminan keadilan dan kepastian hukum dalam hal pelaksanaan putusan arbitrase internasional di Indonesia.

Perlunya memasukan ketentuan-ketentuan yang terdapat di dalam Konvensi New York 1958 ke dalam ketentuan-ketentuan Undang-Undang

Arbitrase, terutama mengenai dasar-dasar penolakan pelaksanaan putusan arbitrase internasional yang diatur di dalam Pasal V ayat (1) butir (a) sampai (e). selain itu, Undang-Undang Arbitrase mendatang juga perlu mengatur tentang pengakuan, pengesampingan/pembatalan dan juga penundaan atas pelaksanaan putusan arbitrase internasional. Kedua, Melakukan Pengembangan dan Peningkatan kualitas Sumber Daya Manusia. Hal ini ditujukan kepada hakim-hakim di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dan Hakim-Hakim agung di Mahkamah Agung RI, agar lembaga peradilan tersebut memiliki Sumber Daya Manusia yang memiliki pemahaman dan penguasaan permasalahan putusan arbitrase internasional. Hal ini diperlukan, agar Mahkamah Agung dapat memaksimalkan perannya sebagai *Guardian of The Award*. Saran dari penelitian ini, supaya diselenggarakan lokakarya atau workshop bagi hakim-hakim umum Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dan Hakim-hakim agung di Mahkamah Agung RI mengenai Hukum Perdata Internasional yang merupakan dasar-dasar pengetahuan atas pelaksanaan putusan arbitrase internasional.

Sebagai tambahan informasi, Indonesia telah memiliki Rancangan Undang-Undang Hukum Perdata Internasional sejak tahun 1983. Akademik Draft terakhir disempurnakan pada tahun 1997 oleh Direktorat Hukum Dan Perundang-undangan, Departemen Kehakiman RI. Agar hakim-hakim di Indonesia mempunyai pedoman yang jelas dalam menangani perkara-perkara HPI, alangkah tepatnya jika RUU HPI tersebut dimasukkan ke dalam PROLEGNAS DPR RI, agar bisa diprogramkan menjadi UU HPI. Selain sebagai pedoman bagi hakim, Undang-Undang di bidang HPI akan memberikan kepastian hukum dan keadilan bagi orang-orang asing yang berada di Indonesia dan pelaku usaha asing. Hal ini dikarenakan Indonesia masih perlu meningkatkan hubungan dagang dan investasi dari negara lain. Selain itu, usaha-usaha yang dilakukan di atas jug dapat menciptakan iklim usaha yang kondusif baik bagi pengusaha Indonesia maupun bagi pengusaha asing.

# **PENGIKATAN INDONESIA PADA *THE UNITED NATIONS CONVENTION ON CONTRACTS FOR THE INTERNATIONAL SALE OF GOODS 1980* SEBAGAI UPAYA PEMBARUAN HUKUM NASIONAL DI BIDANG KONTRAK JUAL-BELI BARANG INTERNASIONAL**

**Dr. Taufiqurrahman, S.H., M.Hum.**

*Dosen Fakultas Hukum Universitas Wijaya Putra*

## **ABSTRACT**

*United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods 1980 (CISG)* is one of monumental product to respond the need practically of the business actors in international trade traffic. CISG is not only containing substantive rules, but also containing procedures in determining the law applicable to disputes faced.

The analytical result indicates that legal concept that can be developed for future governing choice of law in international business transaction is by establishment of the consent to be bound by the CISG. In that establishment, it is recommended that Indonesia puts aside the application of Article 1 (1) (b) of the CISG valued does not reflect the appreciation of state sovereignty.

Keywords : *Governing Choice of Law, International Charracter, Law Applicable*

## **A. PENDAHULUAN**

Merespon terhadap kebutuhan para pelaku bisnis internasional dalam upaya terwujudnya harmonisasi hukum perdagangan internasional, *United Nations Commission on International Trade Law (selanjutnya disingkat UNCITRAL)*<sup>220</sup> mengeluarkan "*The United Nations Convention on Contracts for the International Sales of Good*" (CISG) pada tahun 1980. Konvensi ini mengatur secara komprehensif mengenai transaksi jual-beli barang yang bersifat internasional.<sup>221</sup>

Kehadiran CSIG dalam lalu lintas perdagangan internasional melahirkan dua pandangan yang kontradiktif. Mereka yang menerima kehadiran CISG berpandangan bahwa Konvensi akan memberikan kemudahan dan kelancaran bagi para pelaku usaha untuk melakukan transaksi jual-beli barang internasional. Hal ini karena CISG di samping mengandung kesatuan aturan pilihan hukum prosedural, juga mengandung kesatuan pilihan hukum substantif yang mengatur tentang transaksi jual-beli barang internasional.

Berbeda dengan pandangan di atas, mereka yang peduli terhadap persoalan kedaulatan suatu negara mengemukakan keras upaya-upaya globalisasi hukum perdagangan internasional. Mereka memandang bahwa upaya globalisasi dan unifikasi hukum perdagangan internasional merupakan lonceng kematian bagi eksistensi hukum nasional atau hukum domestik (*municipal law*).<sup>222</sup>

Berdasarkan fenomena tersebut, pengkajian kembali terhadap hukum positif Indonesia yang mengatur tentang transaksi perdagangan internasional merupakan suatu keharusan yang tidak bisa ditunda-tunda. Hal ini bisa dipahami oleh karena hukum positif Indonesia khususnya yang berkaitan dengan transaksi perdagangan, baik domestik maupun internasional, sebagian besar merupakan warisan pemerintah Hindia Belanda yang sudah berusia sekitar 163 tahun. Keberadaannya dinilai sudah tidak sesuai dengan perkembangan dan kemajuan di bidang Teknologi Informasi. Terlebih dengan berlakunya CISG yang mengandung kesatuan aturan pilihan hukum di bidang KJBB, keberadaan hukum positif Indonesia di bidang KJBB akan semakin terpinggirkan dalam lalu lintas perdagangan internasional.

Berdasarkan kondisi obyektif tersebut, isu hukum difokuskan pada masalah perlu tidaknya Indonesia mengikatkan diri pada CISG sebagai upaya pembaruan hukum nasional di bidang Kontrak Jual Beli Barang Internasional (KJBB).

## **B. PEMBAHASAN**

### **1. Pilihan Hukum dalam CISG**

Sebelum berlakunya CISG, metode yang dipergunakan untuk menentukan hukum yang berlaku terhadap kontrak (*applicable law to the contract*) didasarkan pada kaidah-kaidah Hukum Perdata Internasional (HPI) dengan pendekatan subyektif, pendekatan obyektif dan pendekatan hubungan.

Pada abad ke-19, para hakim Inggris mengembangkan suatu pendekatan yang disebut "*the proper law of the contract*". Pendekatan ini adalah sistem hukum dengan menunjuk pada **hukum yang dipilih oleh para pihak dalam kontrak yang dibuat atau yang memiliki hubungan yang paling dekat dan paling nyata dengan transaksi yang dibuat.**

Doktrin yang serupa dengan "*the Proper Law of the Contract*" adalah "*the Center of Gravity*". Berdasarkan pendekatan ini, maka hukum yang berlaku adalah **hukum dari tempat atau sistem hukum yang memiliki keterkaitan paling nyata dengan kontrak** (*law of the place / legal system having the closest and the most real connection to the contract*). Upaya dilakukan dengan menemukan faktor-faktor di dalam suatu kontrak yang menunjukkan adanya keterkaitan yang paling nyata dengan suatu sistem hukum tertentu.

Pendekatan yang cukup rasional dalam pilihan hukum dengan pendekatan keterkaitan, yaitu dengan memperhatikan hubungan yang paling karakteristik dengan kontrak, yaitu "*the Most Characteristic Connection to the Contract*".

Berdasarkan pendekatan ini, penentuan hukum yang mengatur kontrak dilandaskan pada kekhasan (karakter) kontrak yang dibuat. Hukum yang dipilih adalah **hukum dari negara atau tempat yang memiliki hubungan yang paling khas dengan kontrak.**

Doktrin ini menganjurkan agar semua unsur di dalam kontrak diperhatikan dan diseleksi dalam rangka menentukan unsur mana yang memberikan kekhasan (karakter) pada kontrak yang dibuat. Kelemahan dari doktrin ini adalah sulitnya untuk menentukan pelaksanaan perbuatan yang khas (*characteristic performance*) dalam suatu transaksi yang bersifat internasional. Rabel sebagai penggagas pendekatan ini menyatakan bahwa: "*But it should always be possible to discover the most characteristic connection of an individual contract and, certainly that of the usual types of business contracts*".<sup>23</sup>

Pendekatan lainnya adalah Pendekatan Hak-hak yang telah diperoleh (*vested rights*). Berdasarkan pendekatan ini, pengadilan tidak memberlakukan hukum asing, melainkan hak-hak yang diperoleh berdasarkan hukum asing (*the courts never in strictness enforce foreign law; when they are said to do so, they enforce not foreign laws, but rights acquired under foreign laws*).

Terakhir adalah pendekatan yang dikembangkan oleh Branned Currie mendasarkan pada analisis kepentingan pemerintah (*governmental interest analysis*). Berdasarkan pendekatan ini, penentuan hukum yang dipilih adalah **hukum dari negara yang kepentingannya yang mengandung kebijakan umum memiliki kaitan erat dengan kaidah-kaidah hukum dari pokok persoalan yang dihadapi.**

Keberagaman hukum yang mengatur sebagaimana dipaparkan di atas kurang memberikan manfaat yang optimal dalam penyelesaian sengketa internasional. Prosedur yang dilakukan oleh hakim/arbiter untuk menentukan hukum yang berlaku berbelit-belit dan butuh waktu relatif lebih lama. Para pihak tidak dapat memastikan hukum apa yang akan berlaku terhadap kontrak mereka. Selain itu, para pihak tidak dapat memperkirakan sebelumnya (*unpredictable*) mengenai hak dan kewajiban yang seharusnya dipikul menurut hukum yang akan mengatur transaksi mereka.

Fenomena-fenomena seperti ini pada gilirannya mendorong para pelaku usaha, para lawyer dan para praktisi hukum lainnya di bidang perdagangan internasional memikirkan suatu metode dan substansi pilihan hukum yang bisa memenuhi tuntutan dan kebutuhan dunia usaha. Kemanapun arus pergerakan barang diharapkan tidak menimbulkan persoalan yang serius bagi para pihak. Hambatan-hambatan hukum (*legal barriers*) yang selama ini sering dialami oleh para pelaku usaha dalam perdagangan internasional karena beragamnya hukum lokal/nasional yang berlaku setidaknya bisa diminimalisir.

Harapan tersebut pada akhirnya terwujud dengan diterimanya *The United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods* (CISG) dalam suatu konferensi diplomatik yang diselenggarakan oleh Sekretaris Umum

Perserikatan Bangsa-bangsa (PBB) bertempat di Vienna pada tanggal 10-11 April 1980 berdasarkan atas resolusi Majelis Umum PBB tanggal 16 Desember 1978. Konvensi ini bertujuan untuk memberikan kemudahan kepada para pihak yang akan mengadakan kesepakatan tentang jual-beli barang internasional.

CISG mengandung pilihan hukum substansial dan pilihan hukum prosedural di bidang kontrak jual-beli barang internasional. Para perancang CISG sengaja menggabungkan kedua pilihan hukum tersebut (substansial dan prosedural) dalam satu perangkat hukum KJBBI dimaksudkan agar unifikasi dan harmonisasi di bidang hukum perdagangan internasional, khususnya KJBBI, bisa terwujud. Mereka menyadari bahwa upaya mewujudkan harmonisasi di bidang hukum perdagangan internasional tidak akan bisa dicapai kalau hanya melalui unifikasi hukum substantifnya saja tanpa diikuti oleh pengaturan pilihan hukum prosedural yang mengarah pada pemberlakuan hukum substantif yang seragam tersebut.

CISG sebagai pilihan hukum substansial menunjukkan bahwa substansi konvensi dapat dirujuk oleh para pihak, hakim atau arbiter sebagai hukum yang menguasai atau mengatur kontrak jual-beli barang internasional (*proper law of the contract for the international sale of goods*). Hal ini berarti bahwa CISG mengatur tentang ketentuan-ketentuan substantif tentang jual-beli.

Eksistensi pilihan hukum prosedural dalam CISG ini secara tegas diatur dalam Pasal 1 CISG tentang "*sphere of application and general provision*". Berdasarkan ketentuan di atas, yang menentukan berlakunya konvensi ini bukanlah warganegara para pihak yang mengadakan transaksi ataupun sifat perdata atau perdagangan dari para pihak, tetapi tempat usahanya. Tempat usaha tersebut harus berada di negara yang berlainan, di mana negara-negara tersebut adalah negara-negara peserta atau jika peraturan hukum perdata internasional menyebabkan berlakunya hukum dari suatu Negara peserta.

Rumusan sebagaimana yang tertuang dalam pasal 1 ayat (1) Konvensi ini menunjukkan bahwa CISG memberlakukan dirinya sendiri untuk mengatur kontrak jual-beli barang internasional. Dalam konteks pilihan hukum, ketentuan ini mengandung 2 aspek yang berkaitan erat satu dengan lainnya, yaitu aspek prosedural pilihan hukum dan aspek substansial pilihan hukum.

Aspek prosedural pilihan hukum dikaitkan dengan ketentuan dalam ayat berikutnya yang membatasi karakter internasional hanya berkaitan dengan tempat usaha para pihak. Sedangkan aspek substansial pilihan hukum dikaitkan dengan keberlakuan instrumen ini terhadap kontrak jual-beli barang internasional bagi para pihak yang berasal dari negara peserta konvensi. Dengan kata lain, instrumen hukum ini dapat berlaku sebagai hukum substansial yang mengatur kontrak dagang internasional yang dibuat.

Mendasarkan ketentuan pada Pasal 1 ayat (1) (a) CISG, Konvensi secara otomatis berlaku terhadap kontrak jual-beli barang yang dilakukan oleh dan antara para pihak yang memiliki tempat usaha di Negara yang berlainan, yaitu

bilamana Negara-negara tersebut adalah Negara-negara Peserta. Berbeda dengan prosedur pilihan hukum yang berlaku secara konvensional selama ini, pilihan hukum yang diintrodusir oleh CISG ini menunjuk pada berlakunya aturan-aturan substantif yang terkandung dalam CISG itu sendiri.

CISG selain mengikat secara otomatis kepada para pihak yang bertempat usaha di negara peserta (*contracting states*) yang berlainan, juga mengikat secara otomatis kepada para pihak yang bertempat usaha di negara bukan peserta (*non-contracting states*). Sebagaimana rumusan yang tertuang dalam Pasal 1 ayat (1) (b) CISG, situasi kedua ini bisa terjadi bilamana peraturan hukum perdata internasional menyebabkan berlakunya hukum dari suatu Negara Peserta (...when the rules of private international law lead to the application of the law of a Contracting State).

Ketentuan Pasal 1 ayat (1) (b) di atas jelas memperluas spektrum berlakunya CISG. CISG secara otomatis berlaku terhadap KJBBI yang tidak hanya dibuat oleh dan antara para pihak yang bertempat usaha di negara peserta (*contracting states*), tetapi juga oleh para pihak yang salah satu atau keduanya bertempat usaha di negara bukan peserta (*non-contracting state*) sepanjang kaidah-kaidah HPI menunjuk pemberlakuan hukum dari negara peserta (*contracting state*).

Sebagaimana telah diuraikan sebelumnya bahwa penerapan Pasal 1 (1) CISG yang mendasarkan pada penggabungan syarat otonomi (*autonomus*) dengan aturan-aturan HPI forum tidak mengurangi berlakunya prinsip *party autonomy* (otonomi pihak). Peter Schlechtriem secara tegas menyatakan: "*The Convention combines applicability on the basis of "autonomous" requirements with the lex fori's rules of private international law ... This Convention, however, does not eliminate party autonomy...*"<sup>224</sup>

*Party autonomy* yang diakui sebagai prinsip universal oleh hampir semua sistem hukum di dunia ini secara implisit terkandung dalam Pasal 6 CISG yang berbunyi: "*The Parties may exclude the application of this Convention or, subject to article 12, derogate from or vary the effect of any of provisions*". Berdasarkan prinsip ini, para pihak dapat mengesampingkan berlakunya CISG terhadap kontrak yang mereka buat, baik sebagian atau seluruh ketentuan-ketentuan yang terlandung dalam Konvensi. Hal ini menunjukkan bahwa para pihak sebenarnya memiliki peluang yang sangat besar untuk tidak terikat pada CISG. Kondisi idealis ini sepertinya bertolak-belakang dengan ketentuan yang terkandung dalam Pasal 1 (1) CISG yang begitu kuat mengikat para pihak untuk tunduk pada Konvensi.

Penerapan Pasal 6 CISG sebagai pijakan hukum untuk menafsirkan ketiadaan pilihan hukum secara tegas oleh para pihak ini bisa terjadi karena pendekatan yang dipergunakan dalam penerapan prinsip *party autonomy* tersebut adalah pendekatan *opting-out*. Dalam pendekatan *opting-out* ini, CISG secara otomatis berlaku terhadap KJBBI yang dibuat oleh para pihak manakala para pihak dalam kontraknya tidak secara tegas menolak pemberlakuan CISG sebagai hukum yang mengatur kontrak.

Pendekatan *opting-out* yang dipergunakan dalam penerapan prinsip *party autonomy* sebagaimana terkandung dalam Pasal 6 CISG pada faktanya tidak memperlemah peluang berlakunya Konvensi dalam kontrak, justru sebaliknya memperteguh eksistensi CISG sebagai perangkat hukum KJBBi yang benar-benar berkarakter internasional (*international character*). Meskipun para pihak berkehendak dan bersepakat untuk tidak memberlakukan CISG, namun hal itu tidak dituangkan secara tegas dalam klausula pilihan hukumnya dan mereka sepakat memilih hukum dari Negara pihak III yang kebetulan merupakan Negara Peserta, maka secara otomatis yang berlaku adalah CISG.

Jaminan kepastian hukum yang lebih luas yang diberikan oleh CISG baik bagi para pelaku usaha dalam lalu lintas perdagangan internasional maupun bagi maupun hakim/arbiter dalam penyelesaian sengketa perdagangan internasional yang berimplikasi pada mekanisme pemeriksaan yang lebih sederhana menunjukkan bahwa CISG tetap mengakomodir nilai-nilai kepastian hukum. Selain itu, Konvensi juga mengakomodir nilai keadilan. Nilai keadilan dalam CISG ini tercermin dalam penataan hak dan kewajiban yang berimbang antara penjual dengan pembeli. Para pihak sudah mengetahui apa yang akan menjadi hak dan kewajibannya berdasarkan aturan-aturan substantive dalam CISG.

## 2. Upaya Pembaruan Hukum Nasional

Berkaitan dengan pembaruan hukum nasional tersebut, satu konsep pemikiran hukum yang relevan dan menarik untuk dikaji adalah **Teori Hukum Pembangunan**. Teori ini merupakan konsep pemikiran hukum yang dikembangkan oleh Mochtar Kusumaatmadja dalam merespon pembangunan hukum di Indonesia.

Konsep pemikiran hukum yang dikembangkan oleh Mochtar Kusumaatmadja ini sebenarnya dilatarbelakangi oleh suatu kondisi obyektif di mana Positivisme Hukum memiliki pengaruh yang dominan dalam pola pikir pengemban hukum di Indonesia. Oleh karenanya, peran pembentukan hukum (perundang-undangan) menjadi tumpuan utama.

Mochtar Kusumaatmadja yang sangat dipengaruhi oleh pemikiran Roscoe Pound dan Eugen Ehrlich memasukkan tujuan pragmatis demi pembangunan. Menurutnya, hukum bukan hanya sekedar sebagai alat (*tool*) sebagaimana yang dikemukakan oleh Roscoe Pound, tetapi sebagai sarana (*instrument*) untuk membangun masyarakat.<sup>25</sup> Mochtar Kusumaatmadja berpandangan bahwa ketertiban dan keteraturan dalam usaha pembangunan dan pembaruan hukum memang diperlukan.

Mochtar Kusumaatmadja, pengertian hukum sebagai sarana lebih luas daripada pengertian hukum sebagai alat. Hal ini karena: (1) di Indonesia peranan perundang-undangan dalam proses pembaruan hukum lebih menonjol dibandingkan dengan Amerika Serikat yang menempatkan yurisprudensi pada

tempat yang lebih tinggi; (2) konsep hukum sebagai “alat” akan mengakibatkan hasil yang tidak jauh berbeda dengan penerapan “legisme” sebagaimana pernah diadakan pada zaman Hindia Belanda. Di Indonesia, terdapat sikap yang menunjukkan kepekaan masyarakat untuk menolak penerapan konsep tersebut; (3) apabila “hukum” di sini termasuk juga hukum internasional, maka konsep hukum sebagai sarana pembaruan masyarakat sudah diterapkan jauh sebelum konsep ini diterima secara resmi sebagai landasan kebijakan hukum nasional.<sup>226</sup>

Mochtar Kusumaatmadja berpandangan bahwa jalan keluar yang terbaik bagi Indonesia dalam membangun hukum nasionalnya adalah mengutamakan asas-asas hukum asli atau hukum adat yang masih berlaku dan relevan dengan kehidupan modern.<sup>227</sup> Kebijakan ala kolonial yang melestarikan hukum asli tersebut menurutnya dinilai sebagai kebijakan yang tidak mendatangkan kemajuan apa-apa. Demikian halnya pengenalan hukum Barat dengan tujuan-tujuan terbatas kenyataannya hanya berdampak kecil untuk proses modernisasi. Berdasarkan hal tersebut, Mochtar Kusumaatmadja mengusulkan agar pembangunan hukum nasional di Indonesia hendaklah tidak tergesa-gesa membuat keputusan antara meneruskan saja tradisi hukum kolonial berdasarkan pola-pola pemikiran Barat atau untuk secara apriori mengembangkan hukum adat sebagai hukum nasional.<sup>228</sup>

Suatu realita bahwa peraturan perundang-undangan nasional yang berkaitan dengan transaksi perdagangan internasional, yaitu Hukum Kontrak yang sebagian besar bersumber pada Buku III *Burgerlijk Wetboek* (BW) dan Hukum Perdata Internasional (HPI) yang sebagian besar bersumber pada Pasal 18 *Algemeene Bepalingen Van Wetgeving voor Indonesie* (Ketentuan Umum tentang Perundang-undangan untuk Indonesia/*Afgekondigd bij Publicatie van 30 April 1847, S. No.23*) sudah ketinggalan jaman dan kurang mampu merespon perkembangan yang ada. Tidak semua para pelaku bisnis internasional merasa “comfortable” kontraknya diatur dan ditafsir menurut hukum Indonesia.<sup>229</sup> Karenanya, pengaturan hukum kontrak perdagangan internasional melalui pembaruan Hukum Kontrak dan HPI Indonesia merupakan suatu keharusan yang tidak boleh ditunda-tunda.

Namun sayang sekali, daftar Program Legislasi Nasional (Prolegnas) Tahun 2010-2014 sebagaimana tertuang dalam Keputusan DPR RI No. 02G/DPR RI/II/2010-2011 tentang Perubahan Atas Keputusan DPR RI No.41A/DPR RI/I/2009-2010 tentang Perubahan Penetapan Program Legislasi Nasional Tahun 2010-2014 tidak memasukkan materi Hukum Kontrak dan atau HPI sebagai RUU Prolegnas. Ini menunjukkan bahwa keberadaan hukum kontrak di bidang perdagangan internasional kurang mendapatkan perhatian dalam kerangka pembaruan hukum nasional.

Dengan tidak dimasukkannya Hukum Kontrak dan HPI dalam daftar RUU Prolegnas tidak berarti bahwa upaya pembaruan hukum nasional di

bidang KJBBI sama sekali tertutup. Peluang terbuka melalui mekanisme RUU Kumulatif Terbuka, khususnya pada poin kesatu yaitu RUU Kumulatif Terbuka tentang Pengesahan Perjanjian Internasional. Adanya RUU Kumulatif ini menunjukkan bahwa keberadaan hukum yang berkarakter internasional perlu dipertimbangkan dalam membuat perundang-undangan nasional.

Penyempurnaan hukum kontrak dan HPI yang berkaitan dengan kontrak dalam perdagangan internasional mempunyai fungsi yang sangat penting oleh karena hukum kontrak dan aspek-aspek HPI yang berkaitan dengan kontrak menjadi fondasi untuk setiap jenis transaksi perdagangan internasional. Hukum kontrak pada dasarnya merupakan payung bagi kontraktan dalam penutupan jenis kontrak. Sebagaimana yang terdapat dalam Bab 1 sampai dengan Bab 4 Buku III BW, hukum kontrak hanya mengatur hal-hal yang bersifat umum (ketentuan umum). Ini berarti yang tertuang di dalamnya adalah prinsip-prinsip dasar yang terkait dengan kontrak.

Dalam kaitan dengan pengaturan pilihan hukum substantif dan prosedural di bidang KJBBI melalui penyelarasan terhadap perdagangan global maka pendekatan perlu dilakukan dengan pemahaman tidak hanya terhadap hukum nasional/domestik yang ada, melainkan juga terhadap prinsip-prinsip hukum yang mengatur kontrak perdagangan internasional sebagaimana tertuang dalam pranata hukum transnasional.

Sebagaimana yang telah diuraikan sebelumnya bahwa Indonesia sampai saat ini belum melakukan akses terhadap CISG ke dalam peraturan perundang-undangan nasionalnya.<sup>230</sup> Padahal sesuai dengan prinsip-prinsip yang terkandung dalam GATT/WTO di mana Indonesia merupakan salah satu negara anggota, penyelarasan hukum nasional terhadap konvensi-konvensi internasional merupakan suatu keharusan.<sup>231</sup>

Pranata Hukum Transnasional atau yang dalam kepustakaan lebih dikenal sebagai *The New Lex Mercatoria* (NLM) merupakan suatu sistem hukum yang mandiri (*autonomous*) terlepas dari sistem hukum nasional manapun.<sup>232</sup> Pranata hukum ini lahir melalui putusan-putusan yang dikeluarkan oleh badan-badan organisasi internasional, antara lain : *United Nations Commission on International Trade and Law* (UNCITRAL), *International Institute for the Unification of International Private Law* (UNIDROIT), *International Chamber of Commerce* (ICC) dan *Federation Internationale Des Ingenieurs Councels* (FIDIC). Tujuan utama dari karya-karya badan organisasi internasional ini adalah untuk mengembangkan hukum yang seragam/harmonis dalam bidang perdagangan internasional yang berlaku bagi setiap negara.

Indonesia sebagai salah satu dari negara anggota WTO yang secara yuridis terikat untuk menyelaraskan hukum nasionalnya sesuai dengan kebutuhan dan kepentingan perdagangan global, maka penunjukan NLM sebagai alternatif rujukan pengaturan hukum terhadap pilihan hukum di bidang KJBBI di Indonesia adalah langkah yang strategis, logis dan rasional.

Kaidah-kaidah yang terkandung dalam NLM itu sendiri merupakan hasil penyelarasan dari berbagai sistem hukum yang ada mengenai perdagangan internasional. NLM secara substantif tidak hanya menguntungkan salah satu pihak, tetapi menguntungkan bagi kedua belah pihak. NLM bukanlah suatu sistem hukum yang sama sekali asing bagi mereka yang berkontrak. Dengan demikian, perujukan terhadap NLM dalam pengaturan hukum terhadap pilihan hukum berkaitan dengan transaksi jual-beli barang internasional di Indonesia merupakan langkah yang logis.

Perujukan terhadap NLM bagi Indonesia dalam upaya pembaruan hukum nasional di bidang KJBBI merupakan langkah yang rasional didasarkan pada tujuan dibentuknya pranata hukum itu sendiri. Sebagai salah satu contoh yaitu ketentuan dalam *The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts* (UPPICs). Tujuan UPPICs sebagaimana tertuang dalam pembukaannya di antaranya adalah “membantu sebagai model bagi para pembuat perundang-undangan nasional dan internasional” (*They may serve as a model for national and international legislators*).<sup>233</sup> Beberapa karya organisasi internasional yang merupakan NLM yang dapat dijadikan sebagai rujukan dalam melakukan pembaruan hukum nasional di bidang KJBBI adalah: (1) UPPICs; (2) UNCITRAL Model Law on Electronic Commerce with Guide to Enactment 1996; dan (3) CISG.

Dalam ranah **1** a pembaruan hukum kontrak nasional khususnya menyangkut bidang KJBBI sebagai bagian dari upaya pembaruan hukum perdata nasional secara parsial, sebelum menyentuh pada aspek-aspek substansial, yang harus mendapat perhatian utama adalah kemauan politik (*political will*). Eksekutif dan Legislatif harus memiliki kemauan politik untuk melakukan pembaruan hukum perdata nasional secara parsial melalui pembaruan hukum kontrak nasional khususnya menyangkut KJBBI.

Khusus pembaruan hukum di bidang KJBBI, tanpa bermaksud menafikkan upaya-upaya pembaruan yang telah dilakukan baik oleh orang perseorangan (antara lain Wirjono Prodjodikoro, R. Setiawan dan R. Soebekti) maupun institusi seperti BPHN dalam menghasilkan peraturan perundang-undangan nasional, kiranya perlu mempertimbangkan keberadaan CISG yang telah berlaku selama 20 tahun lebih dalam lalu lintas perdagangan internasional. Pertimbangan-pertimbangan dilakukan menyangkut aspek filosofis-ideologis, yuridis, politis, ekonomis dan sosiologis.

#### **a. Pertimbangan Filosofis**

Nilai filosofis yang melandasi pembentukan CISG adalah “kesetaraan” (*equality*) dan “keuntungan timbal-balik” (*mutual benefit*). Para perancang CISG menganggap “kesetaraan” dan “keuntungan timbal-balik” sebagai unsur yang penting dalam rangka meningkatkan hubungan-hubungan persahabatan di antara negara-negara. Nilai filosofis yang melandasi pembentukan CISG ini

dapat dicermati dalam dalam pertimbangan hukumnya yang menyatakan :<sup>234</sup>

*Considering of the opinion that the adoption of uniform rules which govern contract for the international trade on the basis of equality and mutual benefit is an important element in promoting friendly relations among States;*

*Being of the opinion that the adoption of uniform rules govern contracts for the international sale of goods and take into account the different social, economic and legal system would contribute to the removal of legal barriers in international trade and promote the development of international trade.*

Nilai “kesetaraan” yang diakomodir dalam CISG direfleksikan dengan memberlakukan hukum yang seragam kepada negara-negara tanpa mempersoalkan latar-belakang sosial, ekonomi dan sistem hukum negara yang bersangkutan. Prinsip “keseragaman” (*uniformity*) sebagaimana terkandung dalam Pasal 1 CISG merupakan pengejawantahan dari nilai “kesetaraan” yang merupakan landasan filosofis dari pembentukan CISG.

Sekalipun CISG mengandung nilai kesetaraan yang diimplementasikan ke dalam prinsip keseragaman, penerapan prinsip keseragaman tersebut seharusnya tetap memberikan ruang gerak bagi berlakunya sistem hukum nasional Indonesia. Sebagai negara berdaulat, logis sekali kalau Indonesia dapat memberlakukan sistem hukum nasionalnya di wilayah yurisdiksinya. Dalam aktifitas perdagangan internasional, berlakunya hukum domestik tidak begitu saja diabaikan untuk tidak diberlakukan. Sepanjang para pihak menghendaki berlakunya hukum nasional dan mengesampaingkan berlakunya CISG maka hal itu harus dihormati sebagai pilihan hukumnya. Hal ini selaras dengan prinsip Otonomi Pihak (*party autonomy*) yang diakomodir oleh hampir semua sistem hukum di dunia dan CISG itu sendiri.

Demikian halnya dengan ketiadaan pilihan hukum dalam KJIBI yang dibuat oleh para pelaku usaha yang tidak memenuhi persyaratan sebagaimana diatur Pasal 1 ayat (1) (a) CISG, maka seharusnya yang berlaku adalah hukum nasional yang ditunjuk berdasarkan kaidah-kaidah HPI tanpa mempersoalkan apakah negara yang bersangkutan merupakan negara peserta (*contracting states*) atau bukan negara peserta (*non-contracting states*). Hal ini juga selaras dengan pandangan yang berkembang dalam Pilihan Hukum Multilateral yang menempatkan pada posisi yang diametral terhadap ekistensi kedaulatan suatu negara. Hukum nasional dari negara yang berdaulat harus dipertimbangkan dalam penyelesaian sengketa-sengketa internasional yang terjadi. Ini berarti bahwa Pasal 1 ayat (1) (b) CISG yang memberlakukan CISG secara otomatis terhadap KJIBI yang dibuat oleh para pihak yang tidak memenuhi persyaratan sebagaimana diatur dalam Pasal 1 ayat (1) (a) dan kaidah-kaidah HPI menunjuk berlakunya hukum dari negara Peserta. Norma tersebut jelas bertentangan dengan kedaulatan yang dimiliki oleh setiap negara yang merdeka.

Alinea II Pembukaan UUD 1945 mengandung nilai dasar Pancasila yang abadi tentang cita-cita nasional/kemerdekaan, yaitu suatu negara yang

merdeka, bersatu, berdaulat, adil dan makmur. Penistaan terhadap kedaulatan suatu negara sebagaimana tercermin dalam Pasal 1 ayat (1) (b) CISG yang memberlakukan Konvensi secara otomatis sekalipun salah satu pihak tidak memenuhi persyaratan Pasal 1 ayat (1) (a) yang memiliki tempat usaha di Negara Peserta yang berdasarkan kaidah-kaidah HPI menunjuk berlakunya Negara Peserta tidak sejawa dan bertentangan dengan nilai dasar Pancasila yang abadi sebagaimana terkandung dalam Alinea II Pembukaan UUD 1945.

Dalam perspektif ini, norma yang mengabaikan keberadaan kedaulatan negara sebagaimana tercantum dalam Pasal 1 ayat (1) (b) CISG yang bertentangan dengan nilai dasar Pancasila yang terkandung dalam Alinea II Pembukaan UUD 1945 harus dikesampingkan eksistensinya dalam peraturan perundang-undangan nasional. Pengecualian ini tidak berarti bahwa kesetaraan dan keseragaman tidak selaras dengan nilai filosofis bangsa Indonesia, tetapi semata-mata memberikan suatu penghargaan dan penghormatan terhadap eksistensi kedaulatan suatu negara. Berlakunya CISG dalam lalu lintas perdagangan internasional seharusnya tidak mematikan keberadaan hukum nasional secara membabi buta, tetapi tetap memberikan ruang gerak bagi hidupnya hukum nasional.

Sebenarnya CISG itu sendiri tidak mematikan ruang gerak berlakunya hukum nasional dalam KJBI. Namun demikian, ruang gerak berlakunya hukum nasional dalam KJBI sangat terbatas hanya pada persoalan keabsahan kontrak yang dibuat dan beberapa klausula pengecualian. Ketentuan Pasal 4 CISG secara tegas menyatakan bahwa Konvensi hanya mengatur formasi kontrak jual-beli dan hak serta kewajiban penjual dan pembeli yang timbul dari kontrak. Hal ini berarti bahwa penilaian tentang sah tidaknya kontrak jual-beli yang dibuat dikembalikan kepada masing-masing hukum nasional.

Pengecualian terhadap Pasal 1 ayat (1) (b) CISG oleh suatu negara yang ingin mengikatkan dirinya pada Konvensi telah diakomodir dalam Pasal 95 CISG yang selengkapnya berbunyi: *"Any State may declare at the time of the deposit of its instrument of ratification, acceptance, approval or accession that it will not be bound by subparagraph (1) (b) of article 1 of this Convention"*. Ini berarti bahwa bila Indonesia berkehendak untuk melakukan aksesi terhadap CISG, maka berdasarkan Pasal 95 CISG, Indonesia harus melakukan deklarasi yang menegaskan ketidakterikatannya pada Pasal 1 ayat (1) (b) Konvensi karena bertentangan dengan Alinea II Pembukaan UUD 1945.

#### **b. Pertimbangan Yuridis**

Sebagaimana telah diuraikan pada subbab sebelumnya, perangkat hukum nasional yang berkaitan dengan KJBI tertuang dalam Buku III BW dan Pasal 16 AB. Perangkat hukum yang sudah berusia sekitar 1,5 abad ini dinilai sudah tidak sesuai dengan perkembangan dan kemajuan yang ada dalam lalu perdagangan internasional saat ini. Salah satu alasan mendasar

pentingnya melakukan pembaruan hukum nasional, khususnya di bidang KJBBI, adalah ketertinggalan dan ketidaksesuaian perangkat hukum nasional yang ada dan berlaku saat ini terhadap perkembangan kekinian dalam lalu lintas perdagangan internasional yang berkarakter internasional.

Keberadaan perangkat hukum yang berkarakter internasional sebagaimana yang terkandung dalam CISG baik menyangkut aspek pilihan hukum substansial maupun pilihan hukum procedural merupakan suatu kebutuhan yang tidak bisa dihindari bagi Indonesia dalam lalu lintas perdagangan internasional. Perangkat hukum nasional yang ada dan berlaku saat ini dengan karakter nasionalnya semakin kurang diminati oleh para pelaku bisnis internasional sebagai hukum yang mengatur KJBBI. Ketiadaan perangkat hukum nasional yang berkarakter internasional di bidang KJBBI pada gilirannya akan menjadikan posisi perangkat hukum nasional semakin terpinggirkan dalam lalu lintas perdagangan internasional. Para pelaku bisnis internasional tidak akan memilih hukum Indonesia sebagai hukum yang mengatur KJBBI yang dibuat dan lebih memilih hukum asing yang berkarakter internasional.

Akresi Indonesia terhadap CISG pada gilirannya akan menjadikan kualitas hukum nasional di bidang KJBBI sama dengan kualitas hukum dari negara-negara besar lainnya yang telah mengikat diri pada CISG. Keraguan kualitas hukum nasional yang dirasakan oleh para pelaku usaha asing akhir-akhir ini bisa diminimalisir.

### c. Pertimbangan Politis

Nilai dasar Pancasila yang terkandung dalam Alinea I<sup>1</sup> Pembukaan UUD 1945 mengamanatkan bahwa negara Indonesia harus ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan, perdamaian abadi dan keadilan sosial. Sebagai negara yang besar, Indonesia memiliki potensi yang besar untuk mempengaruhi dan membentuk opini internasional dalam rangka memperjuangkan kepentingan nasional. Konstelasi politik internasional yang terus mengalami perubahan-perubahan yang sangat cepat menuntut Indonesia berperan dalam politik luar negeri dan kerja-sama baik bilateral, regional maupun multilateral. Dalam perspektif ini, peningkatan hubungan persahabatan di antara negara-negara di dunia merupakan satu peran penting yang harus dimainkan oleh Indonesia dalam percaturan politik internasional.

Di bidang perdagangan internasional, keseragaman aturan pilihan di bidang KJBBI merupakan suatu kebutuhan mendasar dalam rangka meningkatkan hubungan persahabatan di antara negara-negara. Ini berarti bahwa akses terhadap CISG yang mengandung aturan pilihan hukum yang seragam di bidang KJBBI merupakan langkah strategis bagi Indonesia dalam rangka meningkatkan hubungan persahabatan negara-negara di dunia.

#### **d. Pertimbangan Ekonomis**

Krisis ekonomi yang melanda Amerika Serikat dan Eropa saat ini perlu mendapatkan kewaspadaan dan sekaligus langkah strategis dalam rangka menangkalnya agar tidak melanda Indonesia. Salah satu di antara langkah strategis tersebut adalah peningkatan daya saing ekspor dan efisiensi sistem perdagangan. Selanjutnya, langkah strategis ini dijabarkan dalam beberapa program, satu di antaranya adalah program peningkatan dan pengembangan ekspor. Ini berarti bahwa pembaruan hukum nasional, khususnya di bidang KJBB, harus diorientasikan untuk mendukung peningkatan dan pengembangan ekspor barang dan jasa dalam memacu pertumbuhan ekonomi nasional.

Sebagaimana telah diuraikan sebelumnya bahwa kecenderungan para pelaku bisnis internasional akhir-akhir ini adalah lebih memilih perangkat hukum bisnis yang berkarakter internasional. Dalam perspektif ini, akses terhadap CISG sebagai upaya pembaruan hukum nasional di bidang KJBB merupakan langkah strategis dalam rangka mendorong pertumbuhan ekonomi nasional. Hal ini didasarkan pada satu argumentasi bahwa CISG yang mengandung pilihan hukum substansial dan pilihan hukum prosedural berkarakter internasional merupakan rejim hukum yang berpotensi besar sebagai hukum yang berlaku dalam transaksi perdagangan internasional.

Meningkatnya hubungan-hubungan perdagangan internasional yang dilakukan oleh pelaku bisnis dari Indonesia ke depan tidak bisa hanya dibatasi dengan mitra bisnis dari negara yang menggunakan sistem hukum yang sama dengan Indonesia (dalam hal ini civil law system), tetapi sangat dimungkinkan bertransaksi dengan mitra bisnis yang berasal dari negara dengan sistem hukum yang berbeda.

#### **C. KESIMPULAN**

Indonesia perlu mengikat diri terhadap CISG sebagai upaya pembaruan hukum nasional di bidang KJBB yang merupakan bidang "netral".

Perlunya pengikatan Indonesia pada CISG didasarkan pada kemanfaatan praktis dalam lalu lintas perdagangan internasional, di antaranya adalah jaminan kepastian hukum, prediktabilitas hasil dan kesederhanaan dalam penentuan hukum yang berlaku. Selain itu, perlunya pengikatan juga didasarkan pada hal-hal yang bersifat strategis, yaitu pertimbangan filosofis-ideologis, yuridis, ekonomis dan politis.

#### **D. SARAN**

Pemerintah Indonesia untuk mengambil langkah ke arah pengikatan diri terhadap CISG melalui akses ke dalam peraturan perundang-undangan nasional dengan membuat deklarasi yang melepaskan penerapan Pasal 1

ayat (1) (b) CISG yang kurang menghormati prinsip kedaulatan suatu negara sebagaimana diamanatkan pada Alinea II Pembukaan UUD 1945.

Perlu segera dilakukan pembaruan Hukum Kontrak Nasional sebagai upaya pembaruan hukum perdata secara parsial melalui harmonisasi terhadap *UNIDROIT Principles on International Commercial Contracts* (UPICCs) dan karya lainnya dari badan-badan organisasi internasional di bidang Hukum Perdagangan Internasional yang merupakan *the New Lex Mercatoria*.

## **CORPORATE SOCIAL RESPONSIBILITY (CSR) DALAM HAK ASASI MANUSIA**

**(STUDI TERHADAP PEMENUHAN HAK EKONOMI SOSIAL MASYARAKAT  
LOKAL OLEH PERUSAHAAN PERKEBUNAN KELAPA SAWIT)**

**6** rdaus, SH. MH

Dosen Fakultas Hukum Universitas Riau, kandidat doktor Ilmu Hukum Universitas Islam Indonesia Yogyakarta

### **A. LATAR BELAKANG PERMASALAHAN**

Pengelolaan sumber daya alam (SDA) tanpa memperhatikan Hak Asasi Manusia (HAM) dapat merugikan hak ekonomi dan sosial (ekosos) masyarakat lokal.<sup>235</sup> Penerapan tanggung jawab perusahaan atau *Corporate Social Responsibility* (selanjutnya disebut CSR) dalam pengelolaan SDA menjadi sangat penting untuk menjamin aktivitas perusahaan tidak merugikan HAM masyarakat yang berada dekat wilayah operasi perusahaan.<sup>236</sup>

Banyak bukti tentang pelanggaran HAM masyarakat lokal oleh perusahaan pengelola SDA, misalnya yang terjadi pada PT. Newmont Minahasa Raya (MNR) di Minahasa Selatan,<sup>237</sup> PT. Lapindo Brantas Inc, Di Siduarjo,<sup>238</sup> PT. Freeport Indonesia di Mimika Papua dan PT. Aneka Tambang di Pulau Gede, Halmahera Tengah.<sup>239</sup> Seiring dengan perkembangan jaman, dengan meningkatnya kekuatan dan kekuasaan korporasi (juga perilaku jahatnya), rejim HAM mulai diarahkan ke institusi bisnis besar (*non state actor*).<sup>240</sup>

Praktik-praktik di atas, juga terjadi dalam pengelolaan SDA oleh perusahaan perkebunan (PPKS). Secara umum, pemanfaatan SDA oleh perusahaan, khususnya pengelolaan untuk perkebunan dilakukan dengan cara mengubah struktur SDA. Awalnya SDA yang beragam (hayati, dan nonhayati) atau multikultur diganti dengan tumbuhan sejenis atau monokultur (seperti jati, tebu, sawit dan lain-lain).<sup>241</sup> Dalam konteks HAM, perubahan struktur SDA sejatinya menghilangkan hak ekosos masyarakat lokal. Bagi masyarakat lokal yang hidup dengan b<sup>6</sup>aya subsistensi, perubahan struktur SDA menutup akses mereka untuk memperoleh dan menikmati kekayaan SDA, seperti berburu, bertani, menikmati hasil-hasil alam; ikan, damar, madu, rotan, dan buah-buahan.<sup>242</sup>

Secara yuridis konflik sejatinya disebabkan oleh lemahnya perhatian negara sebagai pemegang amanah konstitusi untuk mewujudkan kemakmuran dalam mengelola SDA. Hukum (melalui CSR dalam HAM) akan menjadi alternatif bagi penyelesaian konflik PPKS dan masyarakat lokal. Prinsip CSR adalah keseimbangan antara kepentingan kapital (perusahaan) dan sosial (masyarakat lokal).

CSR dalam memenuhi HAM sangat penting dilakukan, agar pengelolaan SDA tidak keluar dari prinsip dasarnya, yaitu mewujudkan kemakmuran bagi masyarakat sebagaimana diamanatkan Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia (UUD 1995).<sup>243</sup> Pada tataran empiris pengelolaan SDA<sup>244</sup> belum mampu merealisasikan amanat konstitusi. Masyarakat lokal sebagai stakeholder dalam pengelolaan SDA cenderung dimarginalkan, hak ekosos mereka kurang menjadi pertimbangan dan perhatian dalam praktik korupsi.

Kebijakan pemerintah yang berkaitan CSR kepada masyarakat lokal telah diakomodasikan dalam Undang-Undang Nomor 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal<sup>245</sup> dan Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas.<sup>246</sup> Kedua peraturan ini, telah mengubah paradigma CSR dari sukarela (*voluntary*)<sup>247</sup> yang berdasarkan moral menjadi kewajiban (*mandatory*).<sup>248</sup>

Meskipun UUPT dan UUPM telah mewajibkan CSR kepada masyarakat, namun belum menjabarkan perdebatan tentang CSR dalam konteks HAM. Menarik perusahaan untuk masuk ke dalam rejim HAM tentu akan memunculkan persoalan akademis, yakni menggeser perusahaan dari wilayah hukum privat masuk ke wilayah hukum publik.<sup>249</sup>

## **B. DASAR-DASAR CSR DALAM MEMENUHI HAK EKOSOS MASYARAKAT LOKAL**

### **1. SDA Domain Publik : CSR Bersifat *Mandatory***

Perusahaan pengelola SDA, khususnya PPKS berbeda dengan perusahaan lainnya, karena ia berada dalam wilayah publik, oleh karena itu, perusahaan wajib partisipasi atau bekerjasama dengan pemerintah. Sejatinya hak yang diberikan oleh pemerintah berasal dari hak 'mengusai negara terhadap SDA'. Sebagai pihak yang diberikan hak untuk mengelola SDA, maka PPKS bertanggung jawab bersama pemerintah dalam mewujudkan kemakmuran. CSR merupakan kebijakan negara yang mengkontruksikan tanggung jawab bersama untuk bekerjasama (*to cooperate*) antara negara, pelaku bisnis, perusahaan, dan masyarakat. Bukan sebaliknya untuk mencari lubang-lubang (*loopholes*) kelemahan terhadap ketentuan hukum yang kemudian dieksploitasi untuk menghindari (*to evade*) tanggung jawab tersebut. CSR merupakan *affirmative regulation* yang menurut argumentasi aliran hukum alam bukan saja menuntut untuk ditaati, tetapi menuntut kerja sama antara pemangku kepentingan.<sup>250</sup>

Sebagai pihak yang diberikan amanah untuk menguasai SDA, pemerintah memiliki otoritas untuk mengatur pengelolaan SDA agar terpenuhinya hak ekosos masyarakat lokal oleh perusahaan.<sup>251</sup> Negara terikat untuk memberikan perlindungan HAM warga negaranya dan untuk itu dipagari dengan aturan-aturan hukum yang dilaksanakan dengan ketat.<sup>252</sup> Sarah Josep mengatakan,

state must respect, protect, and fulfill human rights. "Protect" includes the obligation to protect people from human rights abuse by third parties, including corporation.<sup>253</sup> Pengaturan CSR dalam HAM bertujuan untuk menyeimbangkan antara kegiatan usaha sebagai hak dan kewajiban untuk memenuhi hak ekosos masyarakat lokal sebagai tanggung jawab.<sup>254</sup>

Melalui regulasi diharapkan pengelolaan SDA sebagai bagian dari pembangunan dapat menyatu (*integrated*) dengan HAM.<sup>255</sup> Negara adalah alat bagi masyarakat dalam mencapai tujuan bersama, oleh karena itu, pemerintah perlu turut campur dalam berbagai ranah kehidupan warganya termasuk juga bidang ekonomi. Peran serta pemerintah tidak hanya melakukan intervensi terhadap pasar, tetapi juga memimpin kegiatan ekonomi nasional dalam konteks interaksinya pasar global dan memelihara dinamika kekuatan pasar dengan memastikan dipenuhinya CSR.<sup>256</sup>

Pernyataan Pasal 2 Kovenan Hak Ekonomi, Sosial dan Budaya (ICESC), mensyaratkan setiap negara peserta untuk mengambil langkah-langkah, baik secara individual maupun melalui bantuan dan kerjasama internasional, untuk "memaksimalkan penggunaan sumber daya yang tersedia" untuk "mencapai perwujudan hak secara progresif."<sup>257</sup> Dalam konteks ini, SDA merupakan salah satu sumber daya yang potensial bagi negara dalam mewujudkan hak ekosos masyarakat. Penerapan CSR dalam memenuhi hak ekosos dapat menjadi alat bagi pemenuhan kewajiban negara untuk melaksanakan kewajibannya.

Masyarakat lokal mutlak mendapat prioritas dari pengelolaan SDA, karena mereka kelompok pertama yang merasakan dampak negatif dari pengelolaan SDA.<sup>258</sup> Mengutamakan keberadaan masyarakat lokal sejalan apa yang dikatakan oleh Abdurahman; membicarakan siapa yang lebih diutamakan dalam pengelolaan SDA tentu saja masyarakat yang berada di sekitar SDA itu harus lebih diutamakan daripada mereka yang bertempat tinggal jauh dari SDA.<sup>259</sup>

CSR yang bersifat mandatory telah melahirkan perdebatan yang pro dan kontra. Perspektif perusahaan, CSR merupakan kesukarelaan (*voluntary*) dari perusahaan dan bukan merupakan kewajiban. Tidak perlu ada intervensi peraturan, sejak lahir pasar itu sendiri yang bertanggung jawab mengarahkan perilaku terhadap perusahaan.<sup>260</sup> Bentuk dari keberatan perusahaan atas CSR yang bersifat mandatory terlihat dari permohonan uji materi pasal 74 UUP yang diajukan ke Mahkamah Konstitusi oleh beberapa asosiasi dan pelaku usaha.<sup>261</sup>

CSR dalam HAM, menjadi topik yang penting bagi praktik bisnis kontemporer, dan kebutuhan terhadap aturan (regulasi) yang dapat menjangkau aktor-aktor non-negara sangat meningkat.<sup>262</sup> Telah banyak perusahaan merespon CSR dalam kerangka HAM, dengan berpedoman pada kebijakan dari *global compact*, seperti yang dilakukan oleh Shell.<sup>263</sup> Jan Wouters dan Leen Chanet mengatakan:<sup>264</sup> CSR dalam HAM tidak dapat diserahkan ke pasar sendirian, Tindakan negara yang efektif diperlukan untuk menjamin bahwa pelanggaran HAM serius oleh bisnis tidak dibenarkan, apakah terjadi di negara

perusahaan itu sendiri atau di negara wilayah perusahaan itu beroperasi. Ada kebutuhan untuk prosedur perdata dan pidana untuk mengatasi pelanggaran serius HAM.

Rejim HAM menyadari dampak aktivitas dunia usaha telah menuntun dunia mengembangkan dan memperluas paradigma HAM. Perkembangan keempat dan kelima HAM, didasari oleh pemikiran bahwa persoalan HAM tidak cukup hanya dipahami dalam konteks hubungan kekuasaan yang bersifat vertikal, tetapi mencakup pula hubungan-hubungan kekuasaan yang bersifat horizontal.<sup>265</sup> Kekuasaan dan kekuatan, diluar negara berpotensi untuk menghambat pemajuan dan melanggar HAM, sebagaimana gagasan Jimly Assiddiqie tentang perkembangan konsepsi HAM generasi kelima.<sup>266</sup> Ciri pokok dari generasi kelima terletak dalam pemahaman mengenai struktur hubungan kekuasaan yang bersifat horizontal, atau antara kekautan sosial dengan komponen sosial lainnya, seperti antara perusahaan dengan pekerja, produsen dengan konsumen, antara perusahaan dan masyarakat lokal.

CSR dalam memenuhi hak ekosos masyarakat lokal, sesungguhnya sejalan dengan nilai-nilai bangsa Indonesia, yang menjunjung keadilan sosial. Jimly menguraikan, jika dikaitkan dengan kekayaan perusahaan, fungsi sosial itu juga tidak terpisahkan dari hakikat perusahaan itu sebagai hak milik badan hukum (*rechtspersoon*). Karena itu baik perusahaan perorangan (BUMS), perusahaan koperasi, maupun perusahaan negara (BUMN) tidak melepaskan diri dari tanggung jawab untuk melaksanakan fungsi sosial setiap kekayaan yang dimilikinya.<sup>267</sup>

Prinsip kepemilikan yang berfungsi sosial ini merupakan landasan yang penting bagi pemahaman yang utuh mengenai sistem kesejahteraan sosial dalam UUD 1945. Orientasi pembangunan nasional dilihat dari sistem kesejahteraan dan sosial Indonesia yang berdasarkan pasal 33 dan 34 UUD 1945 – haruslah diarahkan untuk mengangkat harkat dan martabat golongan atau lapisan penduduk yang paling kurang mampu.<sup>268</sup>

Berangkat dari paparan Jimly, kewajiban untuk melaksanakan CSR dalam memenuhi hak ekosos masyarakat lokal bagi PPKS merupakan bagian dari orientasi pembangunan nasional yang berpihak kepada mereka yang kurang diuntungkan dalam pembangunan. CSR menjadi alat bagi perwujudan keadilan dalam rangka memakmurkan masyarakat.

Kewajiban untuk melaksanakan CSR sebagaimana diamanakan Pasal 74 UUPT, merupakan penjabaran lebih lanjut dari UUD 1945, karena secara faktual, masyarakat lokal adalah kelompok yang relatif tidak diuntungkan dalam pengelolaan SDA. Perubahan struktur SDA menjadi monokultur memberi implikasi pada hak ekosos masyarakat lokal. Sejak diberikan hak pengelolaan kepada perusahaan oleh negara mereka (masyarakat lokal) tidak memiliki akses untuk mendapat hasil-hasil dari kekayaan alam, karena SDA telah berubah menjadi perkebunan.

## 2. Perusahaan Berkemampuan Memenuhi dan Melanggar HAM

Dalam menjalankan bisnis utamanya, perusahaan dapat mempengaruhi perkembangan ekosos masyarakat dengan berbagai cara. Perusahaan dapat memberikan sumbangan untuk menyukseskan aspirasi negara, dan sebaliknya tindakan perusahaan dapat pula menghambat tujuan negara.<sup>269</sup> Perkembangan kekuatan dan didukung perilaku perusahaan yang cenderung mengabaikan HAM telah mendorong terjadinya evolusi dalam HAM. Rezim HAM berupaya menarik perusahaan sebagai entitas privat<sup>270</sup> untuk masuk ke dalam entitas publik. Kekuatan dan luasnya jangkuan perusahaan menempatkannya sebagai salah satu entitas sosial yang berpengaruh dalam perkembangan HAM. Evolusi CSR sebagai reaksi kekhawatiran atas liberalisasi perdagangan dan meningkatkan kekuatan MNC.<sup>271</sup>

Majalah Bisnis dan CSR edisi Oktober 2007 menurunkan laporan utama mengenai paradoks kejayaan dunia bisnis dan fenomena kemiskinan, sedangkan David C. Korten, dalam bukunya *'When Corporations Rule the World'*, dan Anderson Cavangh dalam karyanya menguraikan *'The Top 200: The Rise of Corporate Global'*, disimpulkan bahwa dunia bisnis kini menjelma menjadi institusi yang paling berkuasa di muka bumi selama setengah abad.<sup>272</sup>

Ketergantungan negara terhadap tabungan investasi salah satu titik kelemahan, dan sekaligus menjadi alat atau daya tawar yang kuat bagi perusahaan. Memindahkan wiyalah investasi ke negara lain, taktik yang efektif dan sering dilakukan perusahaan untuk menekan pemerintah di negara berkembang. Negara asal perusahaan kadangkala memberi dukungan kepada perusahaan dan berpartisipasi dalam menekan pemerintah di mana perusahaan beroperasi.

Perusahaan sangat berkemampuan dalam menentukan dirinya apakah menjadi bagian dari kejahatan HAM, atau memenuhi HAM, dan keduanya dapat dilakukan oleh perusahaan. Saat HIV/ AIDS menjadi beban bagi dunia, Sekretaris Jenderal PBB mengajak kalangan bisnis untuk berpartisipasi, Coca-Cola merespon dan bermitra dengan UNAIDS untuk menawarkan distribusi yang tangguh dan jaringan logistik, keterampilan, dan gudang untuk menyimpan dan mendistribusikan kondom dan obat-obatan antiretroviral, iklan, dan kemampuan desain untuk billboard pendidikan dan pamflet AIDS, partisipasi ini juga dilakukan oleh Exxonmobil. Selain itu, di beberapa negara dan wilayah Afrika, Eurasia, Uni Eropa, Amerika Latin, Amerika Utara dan Asia Pasifik Coca Cola melakukan program *Water Stewardship Coca Cola*, dengan biaya sangat besar, misalnya di Kroasia, Kazakstan, Rumania dan Turki bekerjasama dengan UNDP mengalokasikan biaya US\$7 juta.<sup>273</sup>

Keunggulan kompetitif dan sumber daya yang dimiliki oleh perusahaan kadangkala melebihi pemerintah, dan khususnya dalam hal keterampilan, kompetensi, teknologi, pemikiran strategis berorientasi pada hasil dan prospek untuk mengembangkan dan menerapkan solusi praktis. Microsoft, IBM, dan

perusahaan teknologi tinggi lainnya telah membantu lembaga seperti Komisi Tinggi PBB Untuk Pengungsi dengan mengelola pendaftaran pengungsi, dan baru-baru ini, *Google* telah bekerja sama dengan Badan-Badan PBB, menggunakan teknologi seperti pemetaan satelit *Google Earth* menunjukkan desa-desa dibakar saat genosida terjadi di Darfur.<sup>274</sup>

Setelah satu abad (1911-2011), luas perkebunan kebun sawit di Indonesia sudah mencapai 9,3 Juta Ha, yang dikuasai oleh 33 group perusahaan sawit skala besar. Hutan yang dihancurkan dan lahan yang dipergunakan untuk pembukaan lahan sawit tercatat mencapai 400,100 ha per tahun.<sup>275</sup> Martua T. Sirait dari hasil penelitiannya tahun 2009 menemukan hamparan perkebunan seluas lebih dari tujuh juta hektar dan dikelola oleh lebih dari 600 perusahaan dan satu juta petani kecil. Tambahan seluas sebelas juta hektar lahan hutan dialokasikan untuk industri kelapa sawit tetapi tidak pernah ditanami; setelah menebang dan menjual kayunya, perusahaan mengabaikan lahan tersebut.<sup>276</sup>

Konstitusi dan hukum Indonesia mengakui hak menguasai negara dan memanfaatkan sumber daya alam untuk kemakmuran rakyat Indonesia. Berbagai kebijakan pemerintah lebih cenderung berpihak kepada kepentingan korporasi. Pembangunan perkebunan kelapa sawit menjadi senyawa dengan kapitalisme, pemerintah membutuhkan investasi (modal), sementara perusahaan mencari keuntungan. Berbagai kebijakan dikeluarkan negara dalam rangka mendukung program pembangunan perkebunan kelapa sawit, tradisi dan tatanan nilai (kearifan) yang menjadi norma masyarakat asli menjadi lenyap.

Fenomena ini yang oleh Soetandyo Wignjosoebroto, menyebabkan tradisi lokal dan hukum adat yang berakar ada keyakinan etnik-etnik terpinggirkan. Hukum nasional yang difungsikan sebagai sarana rekaya sosial demi tercapainya pembangunan seringkali sulit dimengerti dan diterima oleh masyarakat. Masyarakat awam merasa bahwa alam kehidupan mereka tidak lagi bersuasana alam kehidupan kedaerahan setempat yang otonom.<sup>277</sup> Kearifan tradisional merupakan pengetahuan kebudayaan yang dimiliki kelompok masyarakat tertentu, mencakup model-model pengelolaan SDA secara lestari termasuk bagaimana menjaga hubungan alam melalui pemanfaatan yang bijaksana dan bertanggung jawab. Dengan demikian kearifan tradisional adalah sebuah sistem yang mengintegrasikan pengetahuan, budaya dan kelembagaan serta praktik pengelolaa SDA.<sup>278</sup>

Walhasil, penguasaan perkebunan kelapa sawit oleh asing dan oleh segelintir pengusaha kaya dalam negeri, dan semua hak-hak yang ada pada masyarakat dengan mudah diabaikan untuk perluasan sektor swasta.<sup>279</sup> Pemerintah perlu menyadari bahwa penguasaan PPKS oleh asing dan segelintir orang menjadikan PPKS sebagai intitusi sosial yang kuat yang mampu merugikan kepentingan hak ekosos masyarakat lokal.

Elsam dalam hasil risetnya pada PT. PP Lonsum Tbk di Sumatera Utara menemukan bentuk-bentuk pelanggaran HAM, pola dan variasinya, baik terhadap masyarakat lokal maupun tenaga kerja perusahaan.<sup>280</sup> Demikian yang terjadi di Kalimantan Barat sebagaimana hasil riset yang dilakukan oleh Tim Sawit Wacht bekerja sama dengan Fakultas Hukum Universitas Amsterdam dan **6**ordaid.<sup>281</sup>

Y. Hadiana Departemen Kampanye dan Pendidikan Publik *SawitWatch* mengatakan berdasarkan data *Sawit Watch* menunjukkan sekitar 50% dari luas areal perusahaan perkebunan sawit atau sekitar 9,2 juta ha di Indonesia adalah milik asing antara lain pengusaha asal Malaysia, Singapura, AS, Inggris, Belgia. Sedangkan 3 juta Ha dari 9,2 juta Ha tersebut dikuasai oleh 6 perusahaan tunggal yakni Raja Garuda Mas, Wilmar Group, Sinar Mas, Bakrie Group, Guthrie dan Astra Argo Lestari.<sup>282</sup>

Data dari Sawit Wacht membuktikan, bahwa penguasaan perkebunan kelapa sawit berorientasi pada penguatan kapitalisme dan tidak memperhatikan kepentingan ekosos masyarakat lokal. Efek dari ketidakpedulian pemerintah, dan mendukung kapitalisasi perusahaan, muncul berbagai konflik antara masyarakat dengan perusahaan. Hasil catatan Sawit Wacht, penyebaran konflik terjadi diseluruh propinsi yang terdapat PPKS, dan total sebanyak 500 konflik.<sup>283</sup>

Perkebunan kelapa sawit di Indonesia, sejak masa penjajahan hingga sekarang, tidak berbeda dengan model perkebunan yang lainnya. Corak monokulturisasi hutan untuk kelapa sawit lebih berorientasi pada penambahan devisa negara dan memperkuat kapital bagi perusahaan-perusahaan baik MNC maupun domestik. Pembangunan ekonomi dengan cara eksploitasi besar-besaran hutan rakyat, tanah adat dan lahan pertanian untuk mengembangkan perkebunan raksasa milik negara dan swasta.<sup>284</sup>

Sebagai bagian dari korporasi, PPKS berpotensi dalam mempengaruhi HAM, khususnya hak ekosos masyarakat lokal. Apabila PPKS memiliki keinsyafan bahwa secara eksistensi sosial perusahaan adalah bagian dari masyarakat lokal, dan menyadari juga bahwa tumbuh kembangnya dipengaruhi oleh masyarakat, maka ia akan menjadi bagian yang berpartisipasi dalam memenuhi hak ekososi masyarakat lokal. Sebaliknya bila tidak melaksanakan CSRnya, PPKS dapat menjadi bagian yang melanggar HAM.

## **6**

### **C. KESIMPULAN**

1. Perusahaan perkebunan kelapa sawit merupakan perusahaan pengelola SDA. Hak pengelolaan yang diberikan bersumber dari hak menguasai negara atas SDA, oleh karena itu kewajiban untuk melaksanakan CSR dalam memenuhi hak ekosos masyarakat lokal melekat kepada perusahaan, karena prinsip utama pengelolaan SDA sebesar-besarnya kemakmuran

rakyat. CSR merupakan konstruksi hukum negara untuk memberi jaminan agar pengelolaan SDA oleh PPKS memberi kemakmuran bagi masyarakat lokal.

2. Peusahaan merupakan salah satu kekuatan sosial yang sangat berpotensi mempengaruhi HAM di muka bumi ini, baik sebagai pihak yang melanggar atau sebaliknya pihak yang memenuhi HAM.

# **PEMBAHARUAN *CRIMINAL POLICY* TENTANG SISTEM PERTANGGUNGJAWABAN PIDANA KORPORASI GUNA PENANGGULANGAN TINDAK PIDANA EKONOMI**

**(Upaya Harmonisasi Politik Hukum Pidana  
dan Politik Hukum Ekonomi)**

**Zulkarnain, SH. MH.**

*Dosen dan Ketua Bagian Pidana pada Fakultas Hukum  
Universitas Widyagama Malang*

## **A. PENDAHULUAN**

Diakuinya korporasi sebagai subyek hukum pidana, berarti korporasi dapat dipertanggungjawabkan. Hal ini juga berarti bahwa baik di kalangan akademisi maupun praktisi, kejahatan khusus yang disebut *corporate crime* tersebut dianggap sebagai kejahatan yang pelakunya (korporasi) bisa dipertanggung-jawabkan dalam hukum pidana (Fuady, 2004: 27).

Namun, ternyata KUHP sebagai induk hukum pidana materiil tidak mengatur korporasi sebagai subyek hukum pidana. Sehingga penegakan hukum terhadap keahatan korporasi masih jauh dari yang diharapkan. Melihat kelemahan yuridis dari KUHP tersebut, di Indonesia dewasa ini sedang berlangsung usaha untuk memperbaharui KUHP, termasuk usaha untuk memformulasikan kebijakan hukum pidana tentang penanggulangan kejahatan korporasi.

Meskipun beberapa peraturan hukum pidana di luar KUHP mengatur kejahatan korporasi (mengakui korporasi sebagai subyek tindak pidana), namun sistem pertanggaungjawabannya tidak diatur secara tegas. Dengan demikian, maka secara hukum harus dikembalikan pada ketentuan KUHP yang secara jelas tidak mengakui korporasi sebagai subyek tindak pidana.

Penelitian yang dilakukan penulis ini berawal dari keprihatinan penulis atas lemahnya kebijakan hukum pidana tentang *corporate crime* di Indonesia. Berbagai permasalahan yang kemudian menjadi fokus dari penelitian ini terumuskan dalam beberapa hal, yaitu: Bagaimana pengaturan sistem pertanggungjawaban pidana korporasi dalam hukum pidana positif dan bagaimana fakta empirik yang mempengaruhi efektivitas penegakan hukumnya? Apa saja faktor-faktor kriminogen dari kejahatan korporasi? Bagaimana pula perumusan *criminal policy* yang berbasis pada alasan kriminologis? Ketiga permasalahan tersebut dikaji dengan mengkomparasikan antara kebijakan hukum pidana (*penal policy*) yang berlaku sekarang (*ius constitutum*) dengan konsep kebijakan

hukum pidana di masa mendatang (*ius constituendum*) dalam bingkai kajian hukum normatif.

## **B. KORPORASI DAN KEJAHATAN KORPORASI**

Korporasi merupakan istilah yang biasa digunakan oleh para ahli hukum pidana dan kriminologi untuk menyebut apa yang dalam bidang hukum lain (khususnya dalam bidang hukum perdata) disebut badan hukum (*recht persoon*). Satjipto Rahardjo (1986:110) memberikan definisi bahwa korporasi adalah suatu badan hasil ciptaan hukum. Badan yang diciptakannya tersebut terdiri dari "*corpus*", yaitu struktur fisiknya dan ke dalamnya hukum memasukkan unsur "*animus*" yang membuat badan itu mempunyai kepribadian. Oleh karena badan hukum itu merupakan ciptaan hukum, maka kecuali penciptaannya, kematiannya pun juga ditentukan oleh hukum.

Sedangkan kejahatan korporasi, Simpson menyatakan "*corporate crime is a type of white-collar crime*". Simpson, kemudian mengutip pendapat John Braithwaite, yang mendefinisikan kejahatan korporasi sebagai "*conduct of a corporation, or employees acting on behalf of a corporation, which is proscribed and punishable by law*" (Anonymous, 2004:2). Clinard dan Yeager (dalam Weda, 1993:3), memberikan pengertian bahwa "*a corporate crime is any act committed by corporation that is punished by the state, regardless of whether it is punished under administrative, civil, or criminal law*".

Pada mulanya, subyek hukum pidana hanya *natuurlijke persoon*, sedangkan korporasi/*recht persoon* tidak diakui sebagai subyek hukum pidana. Hal ini karena diberlakukannya asas *universitas delinquere non potest* (Prodjodikoro, 1986:55; Simons, 1989:193). Namun, Senoaji berpendapat bahwa kemungkinan adanya pemidanaan terhadap korporasi didasarkan tidak saja atas pertimbangan utilitas, melainkan pula atas dasar teoritis juga dibenarkan (Setiyono, 2003:11).

Dijadikannya korporasi sebagai subyek hukum pidana bukanlah hal baru, sebab sejak dahulu menurut Maine, korporasi sudah menjadi subyek hukum pidana. Bahkan di Indonesia dahulu desa sebagai korporasi juga dikenai pidana denda (Kartenegro, tt: 102). Sahetapy (1994: 32) menilai bahwa mereka yang menolak korporasi sebagai subyek hukum pidana, karena berpendirian bahwa korporasi adalah "*persona ficta*", dapat dibenarkan. Namun, apabila diperhatikan dalam kehidupan sosial ekonomi, maka gerak-gerik korporasi tersebut harus dikendalikan oleh hukum, dan apabila menyimpang, maka korporasi dapat dipertanggungjawabkan.

## **C. SISTEM PERTANGGUNGJAWABAN PIDANA KORPORASI**

Pertanggungjawaban pidana lahir dengan diteruskannya celaan (*verwijbaarheid*) yang obyektif terhadap perbuatan yang dinyatakan sebagai

tindak pidana berdasarkan hukum pidana yang berlaku, dan secara subyektif kepada pelaku yang memenuhi persyaratan untuk dapat dikenakan pidana karena perbuatannya itu (Priyatno, 2004:30).

Hal itu didasarkan pada asas "*actus non facit reum nisi mens sit rea*", orang tersebut akan dipidana apabila dia mempunyai kesalahan (Ramelan: 2004:6). Sudarto (1988:85) menyatakan bahwa:

"Dipidananya seseorang tidaklah cukup apabila orang itu telah melakukan perbuatan yang bertentangan dengan hukum atau bersifat melawan hukum. Jadi meskipun perbuatan tersebut memenuhi rumusan delik dalam undang-undang, namun untuk ppidanaan masih perlu adanya syarat untuk menjatuhkan pidana, bahwa orang yang melakukan perbuatan itu mempunyai kesalahan atau bersalah (*subjective guilt*)."

Jadi pertanggungjawaban pidana berbicara kesalahan dalam hukum pidana. Adanya kesalahan menjadi yang pertama untuk dicari. Saleh (1983:77-78) sependapat dengan Moeljatno<sup>285</sup> bahwa mampu bertanggungjawab, kesengajaan, kealpaan, serta tidak adanya alasan pemaaf, merupakan unsur-unsur kesalahan.

Reid (1985:7) juga menulis bahwa "*the law requires criminal intent, or mens rea, the element required to establish culpability. This element is extremely important, for in many cases it will be the critical factor in determining whether and act was or was not a crime.*"

Sebagaimana hal di atas, pertanggungjawaban pidana sangat bergantung pada kesalahan (*liability based on fault*). Namun, pertanggungjawaban pidana bagi korporasi sedikit ada penyimpangan dari teori pertanggungjawaban pidana pada umumnya. Unsur "kesalahan" dalam kejahatan korporasi tidak lah mutlak diberlakukan, meskipun adanya kesalahan harus tetap diperhatikan.

Dalam hal ini, dikenal doktrin *strict liability*, di mana apabila seseorang (korporasi) menjalankan jenis kegiatan yang dapat digolongkan sebagai *extrahazardous* atau *abnormally dangerous*, maka ia wajib bertanggungjawab walaupun ia sudah bertindak hati-hati (Santosa, 1998:3).

Hatrik (1996:110) juga menilai bahwa dalam pertanggungjawaban korporasi, si pembuat sudah dapat dipidana jika ia telah melakukan perbuatan yang dilarang sebagaimana telah dirumuskan dalam undang-undang tanpa melihat lebih jauh sikap batin dari si pelaku (korporasi) tersebut. Oleh karena sangat sulit dalam mencari kesalahan pada korporasi, maka pemberlakuan pertanggungjawaban pidana tanpa kesalahan (*liability without fault*) sangat diperlukan dalam pertanggungjawaban pidana korporasi.

Dalam teori pertanggungjawaban pidana korporasi, awalnya dikenal ada dua macam doktrin yaitu doktrin *strict liability* dan doktrin *vicarious liability*. Namun karena tetap harus mempertimbangkan unsur kesalahan, maka sebagaimana dijelaskan oleh Muladi (2004:6), muncul teori baru yang diperkenalkan oleh Haldane yaitu "*Theory of primary corporate criminal liability*"

yang terkenal dengan "*Identification Theory*".

1. *Doktrin Identification Theory*

Doktrin ini memandang bahwa perbuatan/delik dan kesalahan/sikap batin pejabat senior dipandang sebagai perbuatan dan sikap batin perusahaan. Unsur-unsur tindak pidana dapat dikumpulkan dari perbuatan dan sikap batin pejabat senior (Priyatno, 2004:90, Gillies 1990:133).

2. *Doktrin Vicarious Liability*

*Vicarious liability* dapat diartikan bahwa seseorang yang tidak memiliki kesalahan pribadi, bertanggungjawab atas tindakan orang lain (pertanggungjawaban pengganti). Pertanggungjawaban seperti ini hampir semuanya ditujukan pada delik dalam undang-undang (*statutory offences*). Menurut Arief (2005:236), *vicarious liability* adalah pertanggungjawaban hukum seseorang atas perbuatan salah yang dilakukan oleh orang lain (*the legal responsibility of one person for the wrongful acts of another*).

3. *Doktrin Strict Liability*

Dalam doktrin *strict liability*, pertanggungjawaban tidak harus memperimbangan adanya kesalahan. Karena dalam pertanggungjawaban korporasi, kesalahan tidaklah mutlak berlaku.

Model pertanggungjawaban jawaban pidana korporasi tidak lepas dari dua subyek hukum pidana dalam kejahatan korporasi, yaitu orang sebagai pengurus dan korporasi itu sendiri. Sehingga terkait dengan kedudukan korporasi dan sifat pertanggungjawaban pidana korporasi dalam kejahatan korporasi, terdapat tiga model pertanggungjawaban pidana korporasi, yaitu:

1. Pengurus sebagai pembuat dan penguruslah yang bertanggungjawab;
2. Korporasi sebagai pembuat, dan penguruslah yang bertanggungjawab;
3. Korporasi sebagai pembuat dan juga sebagai yang bertanggungjawab (Reksodiputro, 1994:72, Muladi dan Priyatno, 1991:67-68).

Pada model pertama, korporasi tidak bisa dipersalahkan atas perbuatan tercela dari pengurus atau karyawannya. Bahwa suatu perbuatan pidana hanya dapat dilakukan oleh perorangan. Pemikiran fiksi tidak berlaku pada lapangan hukum pidana, sesuai Pasal 392 KUHP (Schaffmeister dkk, 1995:272-273).

Sementara pada model kedua, menurut Priyatno (2004:55) Sifat perbuatan yang menjadikan tindak pidana itu adalah "*onpersoonlijk*". Orang yang memimpin korporasi bertanggungjawab pidana, terlepas apakah ia tahu atau tidak tentang dilakukannya perbuatan itu. Model ini sudah tidak mempertimbangkan adanya asas *mens rea*.

Sedangkan model ketiga, memandang bahwa ditetapkannya pengurus saja sebagai yang dapat dipidana dalam pertanggungjawaban korporasi ternyata tidak cukup. Oleh karena itu, dimungkinkan pula untuk memidana korporasi dan pengurus sekaligus. Hal itu selaras dengan Pasal 15 UU Nomor 7 Drt. Tahun 1955. Model ini membenarkan bahwa korporasi sebagai pelaku tindak

pidana dan dapat dipertanggungjawabkan. Menurut Muladi (dalam Hatrik, 1996:36) hal itu didasarkan atas dasar falsafah integralistik, (keseimbangan, keselarasan dan keserasian antara kepentingan individu dan kepentingan sosial); atas dasar asas kekeluargaan; untuk memberantas *anomie of succes*; untuk perlindungan konsumen; dan untuk kemajuan teknologi.

#### **D. PENGATURAN KORPORASI DALAM HUKUM PIDANA POSITIF INDONESIA**

Prinsip dasar atau prinsip umum yang harus diperhatikan dalam pengaturan pidana dan pemidanaan adalah bahwa setiap perumusan ketentuan pidana harus tetap berada dalam sistem hukum pidana materiel (sistem pemidanaan substantif) yang berlaku saat ini. Sebagaimana dimaklumi, sistem hukum pidana substantif yang berlaku saat ini adalah sebagai berikut (Arief, tt: 2):

1. Sistem hukum pidana materiel terdiri dari keseluruhan sistem peraturan perundang-undangan ("*statutory rules*") yang ada di dalam KUHP (sebagai induk aturan umum) dan UU khusus di luar KUHP.
2. Keseluruhan peraturan perundang-undangan ("*statutory rules*") di bidang hukum pidana substantif itu, terdiri dari "aturan umum" ("*general rules*") dan "aturan khusus" ("*special rules*").
3. Aturan umum terdapat di dalam KUHP (Buku I), dan aturan khusus terdapat di dalam KUHP (Buku II dan III) maupun dalam UU Khusus di luar KUHP. Aturan khusus ini pada umumnya memuat perumusan tindak pidana tertentu, namun dapat pula memuat aturan khusus yang menyimpang dari aturan umum.

Dengan demikian, sistem hukum pidana substantif yang berlaku saat ini dapat digambarkan bahwa ketentuan pidana dalam UU khusus di luar KUHP merupakan sub-sistem dari keseluruhan sistem hukum pidana.

Sebagai sub-sistem, UU khusus terikat pada ketentuan umum yang ada di dalam KUHP (Buku I). Namun patut dicatat, bahwa ketentuan umum KUHP "yang mengikat (yang berlaku)" untuk UU khusus, hanyalah Bab I s/d VIII (Pasal 1 s/d 85) Buku I KUHP, sepanjang UU khusus tidak membuat ketentuan lain yang menyimpang (Lihat Pasal 103 KUHP). Ketentuan umum dalam Bab IX Buku I KUHP (Pasal 86 s/d 102) hanya berlaku untuk KUHP, tidak untuk UU khusus di luar KUHP. Agar ada harmonisasi dan kesatuan sistem yang demikian, maka bagi setiap perancang UU khusus harus memahami dan menguasai keseluruhan sistem aturan umum dalam Buku I KUHP. Apabila tidak, maka akan timbul masalah juridis.

Dari hasil penelitian secara normatif terhadap sistem dan subsistem hukum pidana, ditemukan fakta hukum bahwa KUHP yang menjadi induk dari setiap perundang-undangan pidana ternyata memang tidak mengatur tentang korporasi sebagai subyek hukum pidana. Rumusan pasal-pasal yang banyak

menggunakan frasa “Barang siapa...”, “Setiap orang...”, “Seorang ibu ....” dan lain-lain menunjukkan bahwa KUHP hanya mengakui *naturlijke persoon* atau orang alamiah (manusia) sebagai subyek hukum pidana. Sementara korporasi atau badan hukum sama sekali tidak diakui sebagai subyek hukum pidana dalam KUHP. Meskipun terdapat ketentuan sebagaimana diatur dalam Pasal 59 yang menyatakan bahwa “*Dalam hal menentukan hukuman karena pelanggaran, maka terhadap pengurus, anggota salah satu pengurus atau komisaris, maka hukuman tidak dijatuhkan atas pengurus atau komisaris, jika nyata bahwa pelanggaran tersebut telah terjadi di luar tanggungannya.*” Walaupun ketentuan ini hanya berlaku untuk tindak pidana pelanggaran, tetapi jelas hal itu dapat disimpulkan bahwa KUHP tidak mengakui korporasi sebagai subyek yang bisa dikenai sanksi pidana.

Namun apabila dilihat pada ketentuan undang-undang di luar KUHP, maka ditemukan beberapa ketentuan yang mengatur tentang korporasi. Dari sekian banyak ketentuan yang ada, dapat dikelompokkan dalam tiga model pengaturan:

1. menentukan korporasi sebagai subyek hukum pidana tetapi tanggungjawab pidananya tetap dibebankan kepada orang sebagai subyek hukum pidana;
2. menentukan korporasi sebagai subyek hukum pidana dan membebankan tanggungjawab pidana kepada korporasi;
3. menentukan korporasi sebagai subyek hukum pidana dan membebankan tanggungjawab pidana kepada korporasi, sekaligus mengancam korporasi dengan pidana perampasan kemerdekaan.

Pada kelompok pertama, terdapat beberapa peraturan perundang-undangan pidana yang mengatur demikian, diantaranya adalah Undang-undang Nomor 22 Tahun 1957 tentang Penyelesaian Perselisihan Perburuhan. Undang-undang ini menentukan dalam Pasal 27 ayat (1) bahwa “Jika sesuatu hal yang diancam dengan hukuman dalam undang-undang ini dilakukan oleh suatu badan hukum atau perserikatan, maka tuntutan ditujukan serta hukuman dijatuhkan terhadap pengurus atau pimpinan badan hukum atau perserikatan itu.” Ketentuan senada juga terdapat dalam beberapa undang-undang lain seperti UU Nomor 83 tahun 1959 tentang Penerbangan; UU Nomor 23 tahun 1959 tentang Keadaan Bahaya; UU Telekomunikasi; UU Nomor 41 tahun 1999 tentang Kehutanan; UU Perbankan, dan lain-lain.

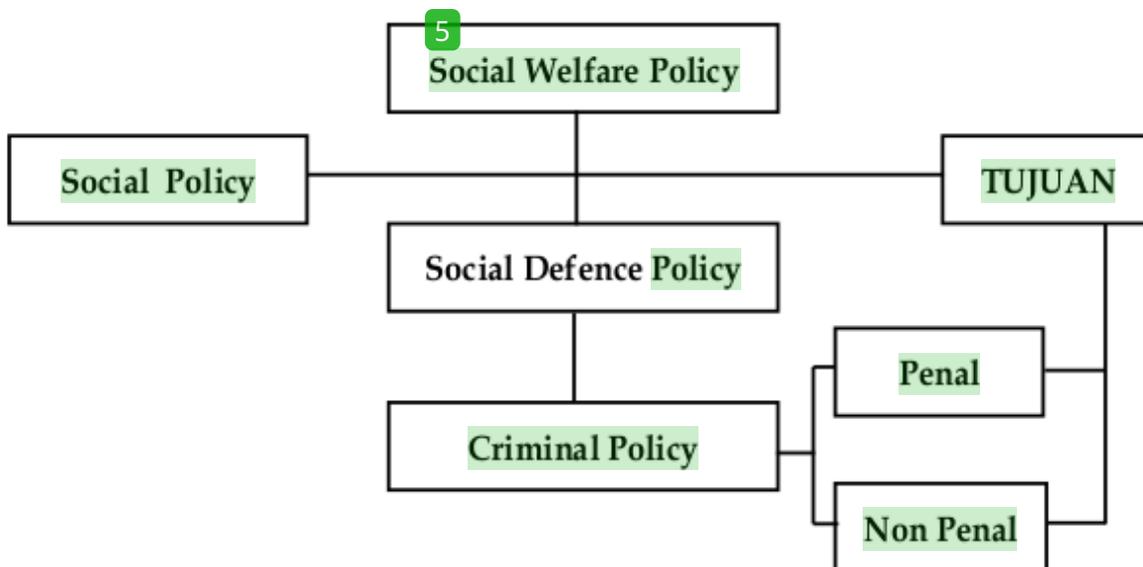
Pada kelompok kedua, terdapat beberapa undang-undang yang menentukan korporasi sebagai subyek hukum pidana dan membebankan tanggungjawab pidana kepada korporasi pula, yaitu diantaranya UU Darurat Nomor 7 tahun 1955 tentang Penghapusan Tindak Pidana Ekonomi; UU 11/pnps tahun 1963 tentang Pemberantasan Kegiatan Subversi; UU tentang Narkotika, UU Nomor 8 tahun 1995 tentang Pasar Modal, UU Nomor 23 tahun 1997 tentang Lingkungan Hidup yang kemudian diganti dengan UU Nomor

32 tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup; UU Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat; UU Nomor 20 Tahun 2001 tentang Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi; UU Terorisme, dan beberapa peraturan lainnya.

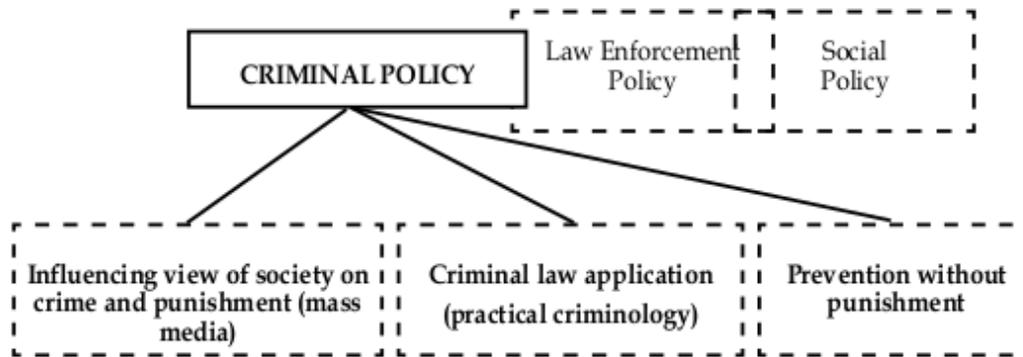
Sementara dari beberapa undang-undang yang menentukan korporasi sebagai subyek hukum pidana yang bisa dipertanggungjawabkan tersebut, ada beberapa undang-undang yang mengancam korporasi dengan pidana perampasan kemerdekaan, seperti UU Pemberantasa Tindak Pidana Ekonomi, UU Perlindungan Konsumen, UU Pemberantas Korupsi, UU Lingkungan Hidup.

Melihat fakta hukum di atas, menunjukkan bahwa betapa kacaunya sistem hukum pidana Indonesia. Terlebih KUHP sebagai *main system* justru tidak mengakui korporasi sebagai subyek hukum pidana, sehingga otomatis pula tidak membebankan pertanggung jawaban pidana kepada korporasi. Kekacauan sistem itu menurut sumber penelitian di Kejaksaan<sup>286</sup> jelas mempengaruhi sistem penegakan hukum pula. Karena seluruh peraturan perundang-undangan di luar KUHP berinduk pada KUHP. Meskipun berdasarkan asas *lex specialis derogat lex generalis* dapat saja KUHP disimpangi oleh ketentuan khusus yang diatur berdasarkan undang-undang di KUHP, namun tetap saja tidak akan maksimal, karena adanya hal-hal tertentu yang tetap merujuk pada KUHP. Misalnya, ketentuan pelaksanaan pidana denda yang tetap mengacu pada KUHP, dimana disebutkan bahwa apabila denda tidak dibayar, maka akan diganti dengan pidana kurungan. Dan tentu saja, pidana kurungan tidak akan bisa dikenakan kepada korporasi.

Pendapat pejabat di Kejaksaan di atas jika dikaitkan dengan teori Marc Ancel yang diskematiskan oleh Barda Nawawi Arief (1996:3) dan dipertegas oleh Peter Hofnagels (1969: 57), bahwa jelas suatu sistem hukum akan mempengaruhi penegakan hukum dalam mencapai tujuan hukum itu sendiri. Teori tersebut dapat digambarkan sebagai berikut:



Dari skema di atas terlihat jelas bahwa kebijakan penanggulangan kejahatan (*criminal policy*) merupakan sub-sistem dari kebijakan sosial yang bisa dilakukan melalui dua model pendekatan yaitu pendekatan hukum pidana (penal) dan non-penal. Sementara itu, sehubungan dengan skema di atas, Hofnagels juga memberikan skema terkait sebagai berikut:



*Criminal policy* atau kebijakan penanggulangan kejahatan menurut dua gambaran skema diatas jelas sangat menentukan dan ditentukan oleh *law enforcement policy*. Sehingga penegakan hukum terhadap pelaku kejahatan korporasi tidak akan efektif apabila kebijakan penanggulangan kejahatannya tidak progresif. Pertanyaan mendasar dalam hal ini adalah, bagaimana mungkin mengadili dan memberantas kejahatan korporasi apabila pelaku kejahatan korporasi tidak diakui sebagai subyek hukum pidana oleh hukum pidana itu sendiri?

Berbeda dengan Abdul Mu'id, salah satu anggota Satuan Reserse dan Kriminal Polresta Malang menyatakan bahwa KUHP sudah bagus mengatur tentang korporasi, dan sudah benar apabila KUHP tidak mengakui korporasi sebagai subyek hukum pidana yang harus dipertanggungjawabkan secara pidana. Menurutnya, hanya manusialah (pengurus korporasi atau pelaku aktual) saja yang ditindak. Hal itu akan lebih mudah dalam penegakan hukumnya.

Menurut Zulkarnain (2006:37), hukum pidana positif yang berlaku di Indonesia memang masih kacau. Hal itu terkait dengan tidak adanya konsistensi pengaturan antara yang diatur dalam KUHP dengan pengaturan di luar KUHP. Dimana pengaturan korporasi di luar KUHP ada beberapa yang telah mengakui korporasi sebagai subyek hukum. Tetapi pengaturannya masih cenderung ragu-ragu, karena pengakuan undang-undang tersebut terhadap korporasi sebagai subyek hukum masih menafikan pertanggungjawaban korporasi dalam penegakan hukumnya.

Apa yang disampaikan oleh Zulkarnain tersebut dibenarkan oleh Sunardi, (informan yang pernah melakukan penelitian tentang pemidanaan korporasi dari segi normatif) bahwa pengaturan pertanggung jawaban dan pemidanaan korporasi dalam sistem hukum pidana Indonesia masih mengacu pada paradigma yang menempatkan orang sebagai pelaku kejahatan. Sehingga

meskipun jelas pelaku kejahatan adalah korporasi, tetapi yang dipertanggung jawabkan adalah orang alamiah.

#### **E. KRIMINALISASI KEJAHATAN EKONOMI DAN SISTEM PERTANGGUNGJAWABAN KORPORASI DALAM HUKUM PIDANA INDONESIA**

Dalam penelitian Disertasi Sahuri (2004) disebutkan bahwa untuk dapat mempertanggungjawabkan korporasi secara pidana ada empat persoalan pokok yang perlu diperhatikan, yaitu (1), masalah rumusan perbuatan yang dilarang; (2), masalah penentuan kesalahan korporasi; (3) masalah penetapan sanksi terhadap korporasi; dan (4) sifat pertanggungjawaban korporasi. Untuk perumusan perbuatan yang dilarang dan pertanggungjawaban korporasi masih kurang jelas dalam menentukan siapa-siapa yang dapat melakukan tindak pidana dan korporasi yang bertanggungjawab. Dalam penentuan kesalahan korporasi, yang merupakan urat nadinya hukum pidana, sangat sulit karena kesalahan yang dilimpahkan kepada korporasi bukanlah korporasi secara pribadi, karena yang melakukan tindak pidana adalah orang/pengurus.

Begitu juga dengan sanksi pidana yang berhubungan dengan pertanggungjawaban korporasi, belum tertata secara jelas. Sedangkan sifat pertanggungjawaban korporasi dalam berbagai peraturan perundang-undangan tersebut bersifat mutlak jika orang yang melakukan tindak pidana tersebut mempunyai hubungan dengan korporasi atau mempunyai kedudukan fungsional. Sedangkan bagaimana dengan alasan penghapusan pidana terhadap korporasi tidak ditemukan.

Dari hasil penelitian diatas, kemudian merekomendasikan bahwa sampai saat ini belum ada yurisprudensi tentang korporasi baik itu sebagai terdakwa maupun (apalagi) sebagai terpidana, sehingga perlu adanya penelitian terhadap perundang-undangan tersebut, hal apa saja yang menyebabkan undang-undang itu menjadi mandul. Selain itu, perlu diadakan penelitian terhadap kebijakan pemidanaan dan pertanggungjawaban korporasi dalam perspektif kebijakan hukum pidana Indonesia dengan harapan dapat mengungkap persoalan-persoalan hukum yang terkait dengan pertanggungjawaban korporasi.

Sunardi (2002:139-140) juga menyimpulkan bahwa pengaturan terhadap korporasi sebagai subyek tindak pidana harus jelas dan tegas dengan mencantumkan secara autentik dalam ketentuan umum KUHP yang sekarang sedang diperbaharui. Sehingga ketentuan di luar KUHP harus mengikutinya. Namun, Zulkarnain (2006: 38) menilai bahwa pengaturan tentang sistem pertanggungjawaban korporasi baik dalam undang-undang khusus di luar KUHP maupun dalam Rancangan KUHP terbaru pun, tidak jelas dan komprehensif. Aspek empirik dan yuridis serta kepentingan publik terkait dengan pemidanaan korporasi dalam hal *social welfare policy* belum diperhatikan.

Dari hasil penelitian ditemukan fakta bahwa sistem hukum pidana Indonesia masih belum mengakui sepenuhnya bahwa korporasi adalah subyek hukum yang bisa dipertanggungjawabkan. Meskipun ada beberapa produk kebijakan hukum pidana di luar KUHP yang mengatur pertanggungjawaban korporasi, namun sistem pertanggungjawaban korporasi yang dianut masih menggunakan doktrin *vicarious liability*. Hal tersebut sama halnya belum mengakui korporasi sebagai subyek hukum pidana. Namun kesimpulan akhir dari penelitian Zulkarnain di atas merekomendasikan adanya reformulasi kebijakan tentang sistem pertanggungjawaban pidana korporasi dan memasukkan rumusan tersebut dalam Kitab Undang-undang Hukum Pidana.

Pemidanaan merupakan salah satu sarana untuk menanggulangi masalah kejahatan korporasi (*penal policy*). Oleh karena itu, penggunaan sanksi yang berupa pidana terhadap kejahatan korporasi harus dipertimbangkan urgensi dan efektivitasnya. Karena pemidanaan bisa berfungsi sebaliknya dari yang diharapkan. Menurut Sudarto (dalam Setiyono, 177), suatu sanksi pidana akan menemui kegagalan dan mendatangkan kecemasan belaka. Apabila terlalu banyak menggunakan ancaman pidana dapat mengakibatkan devaluasi dari undang-undang pidana.

Jeremy Bentham juga menyarankan bahwa pidana hendaknya jangan digunakan apabila *groundless* (tanpa dasar), *needless* (tidak sesuai kebutuhan), *unprofitable* (tidak menguntungkan), dan *ineffective* (tidak efektif). Demikian juga dengan Parker, ia menyatakan bahwa pidana itu menjadi penjamin yang utama (*prime guarantor*) apabila digunakan secara cermat, hati-hati (*providently*) dan secara manusiawi (*humanly*). Akan tetapi sebaliknya pidana bisa menjadi pengancam yang membahayakan (*prime threatener*) apabila digunakan secara *indiscriminately* dan *coercively*.

Pidana pokok yang bisa dijatuhkan kepada korporasi hanyalah pidana denda (*fine*), tetapi apabila dijatuhkan sanksi berupa penutupan seluruh korporasi, maka pada dasarnya merupakan "*corporate death penalty*" (pidana mati bagi korporasi). Sedangkan sanksi berupa segala bentuk pembatasan terhadap aktivitas korproasi, maka sebenarnya mempunyai hakikat yang sama dengan pidana penjara atau kurungan, sehingga ada istilah "*corporate imprisonment*". Pidana tambahan dalam hal ini tetap bisa dijatuhkan. Bahkan pidana tambahan berupa pengumuman keputusan hakim, merupakan sanksi yang sangat ditakuti oleh korporasi (Brickey, 202: 163). Setiyono kemudian menjelaskan bahwa sesuai dengan motif-motif kejahatan korporasi, maka sanksi-sanksi yang bersifat ekonomis dan administratif lebih sesuai diterapkan dalam pertanggungjawaban korporasi.

Namun, mengingat peranan korporasi sebagai pemberi kerja, maka penerapan sanksi (khususnya penutupan perusahaan) terhadap korporasi harus dipertimbangkan dengan cermat dan hati-hati. Hal ini sesuai dengan pendapat Muladi (1990: 7) bahwa dampak pemberian sanksi terhadap korporasi dapat

menimpa pada orang-orang yang tidak berdosa, seperti buruh, konsumen, pemegang saham dan sebagainya. Sebaliknya, apabila tindak pidana yang dilakukan sangat berat, maka di berbagai negara dipertimbangkan untuk menerapkan pengumuman keputusan hakim (*adverse publicity*) sebagai sanksi atas korporasi, sebab dampak yang ingin dicapai tidak hanya mempunyai *financial impact*, tetapi juga mempunyai non financial impact.

Atas beberapa pertimbangan di atas, maka pidana penjara dan pidana mati sebagaimana diancamkan kepada subyek hukum pidana orang alamiah, tidak dapat dijatuhkan kepada korporasi. Sanksi yang bisa dijatuhkan kepada korporasi adalah: pidana denda, pidana tambahan, tindakan tata tertib, tindakan administratif, dan ganti rugi.

Kemudian mengenai pola pemidanaan dan pedoman pemidanaan dapat dipilih dari beberapa pola formulasi sanksi pidana, yaitu: formula tunggal, alternatif, kumulatif, dan kumulatif alternatif. Khusus terhadap kejahatan korporasi nampaknya lebih tepat apabila menggunakan formula kumulatif, karena selain korporasinya, pengurusnya juga patut dipersalahkan. Dan mengenai lamanya pemidanaan, mengingat besar dan luasnya kerugian akibat kejahatan korporasi, maka untuk pelaku tindak pidana korporasi dapat diterapkan formula minimum khusus (Arief, 1996: 167-219).

Pembaharuan hukum pidana pada hakikatnya dapat ditempuh dengan pendekatan yang berorientasi pada nilai (*Value Oriented approach*) dan pendekatan yang berorientasi pada kebijakan (*Policy Oriented approach*). Hal tersebut senada dengan apa yang dikemukakan oleh Bassiouni bahwa dalam melakukan pembaharuan hukum pidana diperlukan dua pendekatan yang terkait yaitu pendekatan yang berorientasi pada kebijakan yang lebih bersifat pragmatis dan rasional serta pendekatan yang berorientasi pada nilai (Hamdan, 1997: 29).

Terkait dengan pembaharuan hukum pidana tentang penanggulangan kejahatan korporasi, perlu dicatat bahwa dalam Rancangan KUHP Baru (KUHP Konsep) dalam penjelasan umum Buku I menyatakan bahwa:

“Mengingat kemajuan yang terjadi dalam bidang ekonomi dan perdagangan, subyek hukum pidana tidak dapat dibatasi lagi hanya pada manusia alamiah (*natural person*) tetapi mencakup pula manusia hukum (*juridical person*) yang lazim disebut korporasi. Dengan dianutnya paham bahwa korporasi adalah subyek hukum, berarti korporasi sebagai bentuk badan usaha harus masih dimungkinkan pula pertanggungjawaban dipikul bersama oleh korporasi dan pengurus atau pengurus saja.”<sup>287</sup>

Dengan demikian, maka mengingat hal tersebut perlu pembaharuan kebijakan hukum pidana khususnya yang terkait dengan penanggulangan kejahatan korporasi dengan menjadikan korporasi sebagai subyek hukum pidana yang dapat dimintakan pertanggungjawaban.

Selain mengkaji terhadap peraturan hukum pidana positif yang berlaku, peneliti juga mengkaji konsep KUHP baru (RUU-KUHP) yang merupakan *ius constituendum*. Dimana RUU KUHP ini telah dirancang (dengan berbagai perubahan-perubahannya) sejak tahun 1964 dan terakhir telah tersusun konsep KUHP tahun 2005. Pada konsep KUHP tahun 2004/2005 disebutkan pada Pasal 47 bahwa “Korporasi merupakan subyek tindak pidana.” dan Pasal 48 menentukan bahwa “Tindak pidana dilakukan oleh korporasi apabila dilakukan oleh orang-orang yang bertindak untuk dan atas nama korporasi atau demi kepentingan korporasi, berdasarkan hubungan kerja atau berdasar hubungan lain, dalam lingkup usaha korporasi tersebut, baik sendiri-sendiri atau bersama-sama.”

Menilik ketentuan dalam hukum pidana positif Indonesia dan rancangann KUHP yang sudah diuraikan di atas, nampaklah bahwa korporasi sudah diakui sebagai subyek hukum pidana menurut sistem peradilan pidana Indonesia meskipun KUHP masih tidak mengaturnya. Adapun sistem pertanggungjawaban korporasi yang dianut menurut sistem hukum pidana adalah menentukan korporasi sebagai pembuat dan korporasi pula yang bertanggungjawab, dengan tetap memperhatikan pelaku fungsional yang didasarkan pada doktrin *identivication theory*.

Doktrin ini memandang bahwa perbuatan/delik dan kesalahan/sikap batin pejabat senior dipandang sebagai perbuatan dan sikap batin perusahaan. Unsur-unsur tindak pidana dapat dikumpulkandari perbuatan dari sikap batin dari beberapa pejabat senior.

Pada konteks ini, Sutan Remy Sjahdeiny (2006: 97) mengemukakan *doctrine of delegation* yang bisa dijadikan dasar pembenar untuk dapat membebaskan pertanggungjawaban pidana yang dilakukan oleh pegawai kepada korporasi. Menurut doktrin ini, alasan untuk dapat membebaskan pertanggungjawaban pidana kepada korporasi adalah adanya pendelegasian wewenang dari seseorang kepada orang lain untuk melaksanakan kewenangan yang dimilikinya. Nampaknya konsep KUHP juga menjadikan doktrin ini sebagai rujukan dalam menerapkan pertanggungjawaban pidana bagi korporasi.

#### **F. KONSEPSI PENAL POLICY DALAM PENANGGULANGAN KEJAHATAN KORPORASI**

Secara umum dan teoritik penyebab kejahatan korporasi bisa dilihat dari berbagai aspek sistem hukum,<sup>288</sup> yaitu:

- a. Jika dikaji dari *legal substancy* maka kejahatan korporasi sangat berkorelasi signifikan dengan tidak adanya kebijakan legislasi (sistem hukum pidana) Indonesia yang mengatur kejahatan korporasi secara tegas. Sistem pemidanaan dan pertanggungjawaban pidana yang dianut dalam hukum pidana positif Indonesia masih menitikberatkan pada orang secara lamiah (*naturlijke person*). Sehingga kejahatan korporasi masih belum dianggap sebagai ‘kejahatan yang serius’.

- b. Dari konteks legal structure nampaknya memperlihatkan ketidakpahaman para penegak hukum terhadap aspek-aspek kejahatan korporasi dan pertanggungjawaban pidana bagi korporasi.
- c. Dilihat dari aspek *legal culture* menunjukkan bahwa masalah *corporate social responsibility* (CSR) masih belum menjadi bagian integral dari korporasi yang ada di Indonesia.

Senada dengan itu, maka terkait dengan faktor kriminogen dari kejahatan korporasi dapat penulis sajikan beberapa hasil *focus group discussion* sebagai berikut:

1. Kejahatan korporasi adalah *extra ordinary crime* yang penanggulangannya harus pula dilakukan secara *extra ordinary*;
2. Memberantas kejahatan korporasi tidak akan efektif apabila tidak didasarkan pada akar kriminogennya. Oleh karena itu, faktor kriminogen harus ditelusuri secara sermat dan komprehensif;
3. Dilihat dari segi hukumnya, maka persoalan kejahatan korporasi tidak lepas dari berbagai masalah yang menghinggapi sistem hukum (substansi, struktur, dan budaya);
4. Dari aspek substansi, jelas akar permasalahannya adalah terletak pada masih kacaunya tatan hukum pidana positif Indonesia yang masih tidak mengakui korporasi sebagai subyek hukum pidana yang dapat dipertanggungjawabkan secara pidana. Pengaturan di luar KUHP juga tidak efektif karena dalam penegakkannya juga masih menggunakan asas umum dalam KUHP dan prinsip-prinsip prosedural sesuai KUHAP, yang dengan tegas tidak mencantumkan korporasi sebagai subyek hukum yang bisa dihadapkan diperadilan pidana tanpa menggantikannya kepada persona alamiah sebagai pengurus korporasi sebagaimana doktrin *vicarius liability*.
5. *Coprporate Social Responsibility* (CSR) dari korporasi masih lemah bahkan tidak ada.
6. Dari aspek struktur, ternyata penegak hukum di Indonesia masih banyak yang belum paham tentang konsep sistm pertanggungjawaban pidana korporasi. Sehingga, meskipun sudah ada ketentuan di luar KUHP yang mengatur tentang dapat dipertanggungjawabkannya korporasi, tetap saja tidak mampu mengeliminir potensi kejahatan korporasi.

Dengan demikian, maka dilihat dari sudut pandang politik kriminal, maka masalah strategis yang justru harus segera diselesaikan adalah masalah-masalah kebijakan legislasi (*criminal policy*). Hal ini menunjukkan bahwa penanganan terhadap pemberantasan kondisi-kondisi yang kriminogen menjadi titik kunci dalam penanggulangan tindak pidana dari sudut politik kriminal. Hal ini senada dengan resolusi PBB mengenai *crime trends and crime prevention strategies* bahwa strategi pencegahan kejahatan harus didasarkan pada penghapusan sebab-sebab dan kondisi-kondisi yang menimbulkan kejahatan (*crime prevention strategies should be based upon the elimination of causes*

*and conditions giving rise to crime*), yaitu masalah tidak adanya kebijakan legislasi yang integratif dengan kebijakan sosial dan kebijakan penegakan hukumnya.

Hal terpenting dalam masalah kebijakan kriminal ini adalah bagaimana mengintegrasikan strategi penanggulangan kejahatan (*penal* dan *non-penal*) ini dengan kebijakan sosial lainnya. Karena tanpa kebijakan yang integratif, akan melahirkan *kriminogen* baru dari kejahatan korporasi. Bahkan kebijakan penanggulangannya kejahatanpun menjadi *kriminogen*.

#### G. PENUTUP

Kejahatan korporasi (meskipun banyak pertentangan pendapat), menurut penulis dapat dikategorikan sebagai *extra ordinary crime* yang harus diberantas dengan upaya yang luar biasa pula. Namun upaya tersebut tidak berbanding lurus dengan kebijakan hukum pidana yang menjadi dasar penegakan hukumnya. KUHP yang menjadi dasar hukum induk ternyata hanya mengakui orang alamiah sebagai subyek hukum pidana yang bisa dipertanggungjawabkan secara pidana, dan tidak mengakui korporasi sebagai subyek hukum pidana. Semenra pengaturan korporasi di luar KUHP ada beberapa yang telah mengakui korporasi sebagai subyek hukum. Tetapi pengaturannya masih cenderung ragu-ragu, karena pengakuan undang-undang tersebut terhadap korporasi sebagai subyek hukum masih menafikan pertanggungjawaban korporasi dalam penegakan hukumnya. Pengaturan pertanggung jawaban dan ppidanaan korporasi dalam sistem hukum pidana Indonesia masih mengacu pada paradigma yang menempatkan orang sebagai pelaku kejahatan. Sehingga meskipun jelas pelaku kejahatan adalah korporasi, tetapi yang dipertanggung jawabkan adalah orang alamiah

Maraknya kejahatan korporasi bukanlah suatu fakta hukum yang muncul begitu saja tanpa ada faktor *kriminogen*nya. Namun faktor *kriminogen* dari kejahatan korporasi ternyata berbeda dari kejahatan pada umumnya yang lebih menekankan pada fektor empirik. Sementara kejahatan korporasi banyak dipengaruhi oleh lemahnya legal substancy dalam mengatur kejahatan korporasi.

Beberapa faktor tersebut sangat berkorelasi signifikan dengan kebijakan legislasi tentang sistem pertanggungjawaban korporasi di Indonesia. Oleh karena itu, menanggulangi kejahatan korporasi harus menitikberatkan pada pembaharuan hukum pidana tentang kriminalisasi dan ppidanaan pelaku kejahatan korporasi. Akan tetapi tidak cukup demikian. Seluruh kebijakan legislasi yang akan dibuat harus integratif dan tidak saling berpotensi *kriminogen*.

## Endnote

- 1 Makalah ini merupakan hasil penelitian untuk penulisan disertasi tahun 2002 dengan judul: Model Perlindungan Hukum Pidana terhadap Korban Kejahatan Ekonomi dalam Undang-undang Perbankan, DIPA Universitas Jember Nomor: 380/5.3.1/PL.6/2010
- 2 Dalam Bachtiar Abdullah, Dalam Prospek, No. 34 Tahun 1, 1 Juni 1991, hal. 1; Widjanarto, Hukum dan Ketentuan Perbankan Indonesia, Grafiti, Jakarta, 1997, hal. 22.
- 3 Listyorini, Menyoal Fungsi BI sebagai Lender of the Last Resort, Suara Pembaruan, Dalam Bank Indonesia, Bantuan Likuiditas Bank Indonesia (BLBI), [http://www.bi.go.id/bank\\_indonesia2/spesial/blbi/](http://www.bi.go.id/bank_indonesia2/spesial/blbi/)
- 4 Siaran Pers BPK tentang Hasil Audit Investigasi atas Penyaluran dan Penggunaan BLBI, Dalam Bank Indonesia, Bantuan Likuiditas Bank Indonesia (BLBI), [http://www.bi.go.id/bank\\_indonesia2/spesial/blbi/](http://www.bi.go.id/bank_indonesia2/spesial/blbi/)
- 5 Barna Nawawi Arief, Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996, hal. 98.
- 6 Sudarto, Hukum dan Hukum Pidana, Alumni, Bandung, 1983, hal. 104.
- 7 Sudarto. Hukum Pidana dan Perkembangan Masyarakat: kajian terhadap pembaharuan hukum pidana, Sinar Baru, Bandung, 1983, hal. 93-94.
- 8 Barda Nawawi Arief, Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, op.cit., hal. 37.
- 9 Barda Nawawi Arief, Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana, op.cit., hal. 87.
- 10 Herbert L. Packer, *The Limits of the Criminal Sanction*, Stanford University Press, California, 1968, hal. 17. The rationale of the criminal law rests on three concepts: offense; guilt; and punishment.
- 11 Marshall B. Clinard and Peter C. Yeager, *Corporate Crime*, The Free Press, New York, 1980, hal. 18.
- 12 Ibid.
- 13 Forum Keadilan, No. 19, Januari 1993, hal. 85.
- 14 Mardjono Reksodiputro, *Hukum Positif mengenai Kejahatan Ekonomi dan Perkembangannya di Indonesia*, Makalah Seminar Kejahatan Ekonomi di bidang Perbankan, Diselenggarakan oleh Bank Indonesia Jakarta, 1993.
- 15 Barda Nawawi Arief, *Masalah Pemidanaan Sehubungan dengan Perkembangan Delik Khusus dalam Masyarakat Modern*, Dalam Muladi dan Barda Nawawi Arief, *Teori-teori dan Kebijakan Pidana*, Alumni, Bandung, 1984, hal. 136.
- 16 Moeljatno, *Azas-azas Hukum Pidana*, 1980, hal. 104.
- 17 Peter Gillies, *Criminal Law*, Second Edition, The Law Book Company Limited, Sydney, 1990, hal. 78.
- 18 Peter Gillies, *Ibid.*, hal 107.
- 19 Russel Heaton, *Criminal Law, Cases & Naterials*, Second Edition, Blackstone Press Limited, London, 1998, hal. 404.
- 20 *Ibid.* hal. 7-8.
- 21 Harry V. Ball and Lawrence M. Friedman (1970).
- 22 *Ibid.* hal. 319.
- 23 Harry V. Ball and Lawrence M. Friedman (1977)
- 24 Sanford H. Kadish (1977),.
- 25 Barda Nawawi Arief, *Masalah Penegakan Hukum dan Kebijakan Penanggulangan Kejahatan*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, hal. 60.
- 26 Stephen Schafer, *The Victim and His Criminal: A Study in Fungsional Responsibility*, Random House, New York, 1968, hal. 112-113.
- 27 H.M. van Dijk, H.I. Sagel-Grande, L.G. Toornvliet, *Ibid.*
- 28 Muladi, *Hak Asasi Manusia, Politik dan Sistem Peradilan Pidana*, Badan Penerbit Universitas Diponegoro, Semarang, 1997, hal. 67.
- 29 United Nations Office for Drug Control and Crime Prevention, *Handbook on Justice for Victims*, Centre for International Crime Prevention, New York, 1999, hal. 42-43.
- 30 Adam Graycar, *Dalam Australian Institute of Criminology, trends and issues in crime and criminal justice, Bullying and Victimisation in School: A Restorative Justice Approach*, No. 219, Februari 2002, hal 2-3. <http://www.aic.gov.au>
- 31 John C. Coffee, *Corporate Criminal Responsibility*, Dalam Sanford H. Kadish, (ED), *Encyclopedia of Crime and Justice*, Volome 1, The Free Press, New York, 1983, hal. 262.
- 32 Jeferson Kameo yang menelusuri segi etimologis istilah prerogatif mengatakan: "konsep prerogatif berasal dari perkataan prae dan rogo.
- 33 Clement Fatovic, *Ibid.*, h. 81.
- 34 *Ibid.*
- 35 *Ibid.*, h. 82.
- 36 *Ibid.*
- 37 *Ibid.*, h. 39.
- 38 *Ibid.*, h. 50-51.
- 39 *Ibid.*
- 40 *Ibid.*, h. 46.
- 41 *Ibid.*
- 42 *Ibid.*, h. 47.
- 43 *Ibid.*
- 44 *Ibid.*, h. 40.
- 45 *Ibid.*, h. 61. Fatovic memberi catatan epistemologis tentang teori Locke sebagai berikut: "Locke consistently maintained a distinction between two systems of law, the human law and the natural law. While human laws are historically contingent, changing, fallible, and potentially breakable, the laws of nature are permanent, unvarying, inerrant, and inviolable ... Natural law provides the ultimate standard of legitimacy even after a full-fledged system of positive law has been established. The first commandment of natural law is the welfare of the people."
- 46 *Ibid.*
- 47 Brian Z. Tamanaha, *On the Rule of Law*, Cambridge: Cambridge University Press, 2004, h. 92.
- 48 Clement Fatovic, *Op.cit.*, h. 253.
- 49 Eric A. Posner & Adrian Vermeule, *Terror in Balance: Security, Liberty and the Courts*, Oxford: Oxford University Press, 2007, h. 47.
- 50 Suwoto Mulyosudarmo, *Peralihan Kekuasaan: Kajian Teoretis dan Yuridis terhadap Pidato Nawaksara*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2007, h. 42-44.
- 51 Periksa: Surat Edaran Mahkamah Agung No. : M.A./Pemb./0159/77 (25 Februari 1977); Rumusan Kesimpulan-KesimpulanLokakarya "Pembangunan Hukum Melalui Peradilan", Lembang 31 Mei 1977.
- 52 Philipus M. Hadjon, *Perlindungan Hukum bagi Rakyat di Indonesia*, Surabaya: Bina Ilmu, 1987, h.

- 192-194.
- 53 Dalam Thomas M. Franck, Op.cit., h. 156. Pernyataan Madison di atas adalah asas umum hukum yang universal bahwa seseorang tidak boleh bertindak sebagai hakim bagi kasusnya (nemo iudex in causa sua).
- 54 Roscoe Pound, *Law Finding Through Experience and Reason*, Athens: University of Georgia Press, 1960, h. 1-2.
- 55 George P. Fletcher, *Basic Concepts of Legal Thought*, New York-Oxford: Oxford University Press, 1996, h. 11-12.
- 56 Philipus M. Hadjon, Op.cit., h. 193-194.
- 57 Philipus M. Hadjon, Op.cit., h. 194.
- 58 G.M.A. van der Heijden dalam Titon Slamet Kurnia (2007)
- 59 Dalam Pasal 5 UU No. 10 Tahun 2004, terdapat varian dari asas ini dengan penamaan Asas-asas Pembentukan Peraturan Perundang-undangan yang Baik (Principles of Good Legislation).
- 60 Lihat dalam Ridwan H.R., *Administrasi Negara*, Jakarta: Rajawali Pers, 2008, h. 245.
- 61 Koentjoro Purbopranoto, *Beberapa Catatan Hukum Tata Pemerintahan dan Peradilan Administrasi Negara*, Bandung: Alumni, 1978, h. 29-30.
- 62 James W. Nickel, *Hak Asasi Manusia: Refleksi Filosofis atas Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 1996, h. 2-5.
- 63 Nihal Jayawickrama, *The Judicial Application of Human Rights Law: National, Regional and International Jurisprudence*, Cambridge: Cambridge University Press, 2002, h. 184.
- 64 Paul Sieghart, *The International Law of Human Rights*, Oxford: Clarendon Press, 1983, h. 17; Louis Henkin, *The Rights of Man Today*, New York: Columbia University Press, 1988, h. 2-3.
- 65 Di AS, kasus landmark berkenaan dengan klausul unenumerated rights dalam fungsinya sebagai gap filler dari Bill of Rights misalnya: *Roe v. Wade*, 410 U.S. 113 (1965)
- 66 Klaus Mathis, *Efficiency Instead of Justice? Searching for the Philosophical Foundations of the Economic Analysis of Law*, Dordrecht: Springer, 2009, h. 205.
- 67 Aharon Barak, *Purposive Interpretation in Law*, New Jersey: Princeton University Press, 2005, h. 87.
- 68 Idham Chalid, *Negara dan Neoliberalisme*, Catatan Pinggir Anak Muda Jalanan, (Pijar Peradaban, Jakarta, 2009), hal. 13.
- 69 C.S.T. Kansil & Christine S.T. Kansil, *Ilmu Negara*, (Pradnya Paramita, Jakarta, 2001), hal. 138-140.
- 70 Mahfud MD, *Penegakan Hukum dan Tata Kelola Pemerintahan yang Baik*, Mahkamah Konstitusi RI, Jakarta 2009, hal. 2.
- 71 Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi & Konstitusionalisme Indonesia*, Edisi Revisi, Jakarta: Konstitusi Press, 2005, hal. 152-162.
- 72 Abdul Wahid, *Kriminologi dan Kejahatan Kontemporer*, Visipress, Surabaya, 2003, hal. 15
- 73 Ada yang menyebut istilah ekologi sebagai ilmu tentang lingkungan hidup, sumberdaya lingkungan hidup, atau kekuatan lingkungan hidup, dan lain sebagainya.
- 74 Syamsul Hadi, *Korporasi Bermental Teroris*, Makalah disampaikan dalam rangka Memperingati Hari Lingkungan Hidup, Permata Hati, Malang, 2009, hlm.5.
- 75 Ahmad Mubarak, Op.Cit, hal. 3-4
- 76 Abdul Wahid, dkk, *Sikap Masyarakat terhadap Dampak Corporate Crime*, Fakultas Hukum Universitas Islam Malang, 2009, hlm. 3.
- 77 Ahmad Mubarak, Op.Cit, hal. 5.
- 78 CST Kansil, *Pengantar Tata Hukum Indonesia dan Ilmu Hukum*, (Balai Pustaka, Jakarta, 2000), hal. 57.
- 79 Istilah pidana sering diartikan sama dengan istilah hukuman, padahal istilah hukuman yang berasal dari kata "straf" dan istilah dihukum yang berasal dari perkataan "wordt gestraft" merupakan istilah-istilah yang konvensional.
- 80 Barda Nawawi Arif, *Bunga Rampai Kebijakan Hukum Pidana*, (Citra Aditya Bakti, Bandung, 1996), hal. 51.
- 81 Abdul Munir, *Ranjau-ranjau Penegakan Hukum*, Nirmana Media, Jakarta, hal. 17-18
- 82 Ibid.
- 83 Jimly Asshiddiqie, *Konstitusi & Konstitusionalisme Indonesia*, Edisi Revisi, (Jakarta: Konstitusi Press, 2005), hal. 152-162.
- 84 <http://esqmagazine.com/2009/06/16/174/menegakkan-hukum-dan-keadilan.html>, diakses tanggal 6 Agustus 2011.
- 85 Jimly Asshiddiqie, Op.Cit. hal. 81.
- 86 Ali Aspandi, *Menggugat Sistem Hukum Peradilan Indonesia yang Penuh Ketidakpastian*, LEKSHI (Lembaga Kajian Strategis Hukum Indonesia) dan Lutfansah Mediatama, Surabaya, 2002. hal. 22-23.
- 87 Ibid.
- 88 Moh. Adnan, *Hukum di tengah Rimba Homo Homini Lupus*, makalah disampaikan dalam diskusi bertema "Hukum Kian Tak Berdaya", Yayasan Permata Hati, Malang, 2010, hal. 2.
- 89 Abdul Wahid, dkk, *Hukum Harus Populis*, Visipress, Surabaya, 2009, hal. 3.
- 90 AE. Machmud, *Negara Hukum dan HAM*, Pustaka Mitra, Surabaya, 2008, hal. 3.
- 91 Maulana, KT, *Kimiawi Sosial Kejahatan*, As-Zahra, Yogyakarta, 2009, hal. 2.
- 92 Abdul Wahid, Sunardi, dan Anang Sulistyono, *Pertanggungjawaban Hukum Pidana terhadap Kasus Semburan Lumpur Lapindo*, Litbang Pusat Studi Konstitusi dan Hak Asasi Manusia, Fakultas Hukum Universitas Islam Malang, 2009, hlm. 21-22.
- 93 Abdul Wahid, dkk, Op.Cit.
- 94 Hamdan Fuad, *Belajar Membaca Penjahat Berdasi*, Visipres, Surabaya, 2008, hal. 9.
- 95 Indonesia, *Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945*, UUD NRI Tahun 1945, Pembukaan Alinea 2.
- 96 Ridwan Zachrie, *Menciptakan Iklim Dunia Usaha yang Sehat & Bersih dengan Budaya Anti Suap*, diakses melalui situs <http://www.ukalumni.or.id/2010-06-03/menciptakan-iklim-dunia-usaha-yang-sehat-bersih-dengan-budaya-anti-suap-ridwan-zachrie>, 12 September 2011.
- 97 Ibid.
- 98 Nugroho SBM, *Korupsi Menghambat Investasi*, diakses melalui situs <http://ccs-indonesia.com/index.php?pilih=news&mod=yes&aksi=lihat&id=8>, 12 September 2011.
- 99 Rudy Satriyo Mukantardjo, *Undang-Undang Tindak Pidana Korupsi dan Sejarah Perkembangannya*, diakses melalui situs [http://www.unodec.org/documents/eastasiaandpacific/2011/02/1st-talk-series/presentation\\_Corruption\\_Prof\\_Rudi\\_Satrio.pdf](http://www.unodec.org/documents/eastasiaandpacific/2011/02/1st-talk-series/presentation_Corruption_Prof_Rudi_Satrio.pdf), 26 September 2011.
- 100 Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi,

- Laporan Tahunan KPK 2010, diakses melalui situs [http://www.kpk.go.id/uploads/PDdownloads/kpk\\_laptah\\_2010.pdf](http://www.kpk.go.id/uploads/PDdownloads/kpk_laptah_2010.pdf), 26 September 2011, hal. 61.
- 101 Bima Priya Santosa et. al., Lembaga Pengelola Aset Tindak Pidana, diakses melalui situs <http://www.nlrp.org/download/nlrp4d95975a84583>, 26 September 2011, hal. 1-2.
  - 102 Yanuar, op.cit., hal. 206-207.
  - 103 Ibid, hal. 207.
  - 104 Ibid.
  - 105 Ibid, hal. 211
  - 106 Ibid hal. 215.
  - 107 Ibid.
  - 108 Convention On Laundering, Search, Seizure And Confiscation Of The Proceeds From Crime, European Treaty Series, No. 141, Strasbourg, 8.XI.1990, Ps. 1 huruf (d).
  - 109 Yanuar, op.cit., hal. 232.
  - 110 Ibid, hal. 249.
  - 111 Eka Martina Wulansari sebagaimana dikutip Heri Herdiansyah, Mekanisme dan Tata Kelola Pengembalian Aset Negara Hasil Tindak Pidana Korupsi, hal. 74.
  - 112 Adnan Topo Husodo, "Catatan Kritis Atas Usaha Pengembalian Aset Hasil Tindak Pidana Korupsi". dalam Jurnal Legislasi Indonesia: Perampasan Aset Hasil Tindak Pidana. (vol. 7 N0.4- Desember 2010), hal. 597-598.
  - 113 Bima Priya Santosa et. al., op.cit., hal. 53.
  - 114 Ibid., hal. 54.
  - 115 Ibid., hal. 54-55.
  - 116 Ibid., hal. 55-56.
  - 117 Ibid., hal. 58.
  - 118 Ibid., hal. 59.
  - 119 Ibid., hal. 60.
  - 120 Ibid., hal. 60-61.
  - 121 Ibid., hal. 61.
  - 122 Jeane Neltje Saly, (2003)
  - 123 Lihat lebih lanjut Soerjono Soekanto. Faktor-Faktor yang Mempengaruhi Penegakan Hukum. Jakarta: Raja Grafindo Persada. 2002.
  - 124 Lihat Munir Fuady (1). Bisnis Kotor Anatomy Kejahatan Keras Putih. Bandung : Citra Aditya Bakti. 2004. Hlm 116.
  - 125 Lihat Soedjono Dirdjosisworo. Hukum Pidana Indonesia dan Gelagat Kriminalitas Masyarakat Pasca Industri. Pidato pengukuhan jabatan guru besar pada Fakultas Hukum Universitas Katolik Parahyangan. Bandung. 1991. Hlm 10.
  - 126 Kriminolog Edwin H Sutherland (1939)
  - 127 <http://www.tempointeraktif.com/hg/ekbis/2004/02/19/brk,20040219-28,id.html>.
  - 128 Kompas tanggal 19 Februari 2010. Nasabah Diwajibkan Uji Tuntas. Hlm. 19.
  - 129 [http://bisnis.vivanews.com/news/read/116519-bapepam\\_terbitkan\\_aturan\\_anti\\_pencucian\\_uang](http://bisnis.vivanews.com/news/read/116519-bapepam_terbitkan_aturan_anti_pencucian_uang)
  - 130 Munir Fuady. Hukum Perbankan Modern Buku Kedua. Bandung. Citra Aditya Bakti, 2004, hlm. 210.
  - 131 ibid
  - 132 Munir Fuady. HUKUM Perbankan Modern Buku Kedua. Bandung: Citra Aditya, 2004, hlm 147-148.
  - 133 Munir Fuady. Blsnis Kotor Anatomi Kejahatan Keras Putih. Bandung: Citra Aditya Bakti, 2004, hlm. 87.
  - 134 Syahrir. Tinjauan Pasar Modal. Jakarta: Gramedia Pustaka Umum, 1995, hlm. 25.
  - 135 Asril Sitompul. Due Dilligence dan Tanggung Jawab Lembaga-Lembaga Penunjang pada Proses Penawaran Umum. Bandung: Citra Aditya Bakti
  - 136 Sumantoro. Problema dan Pengembangan Hukum Pasar Modal di Indonesia. Makalah seminar Masalah-Masalah Hukum di Pasar Modal Indonesia. Senat Mahasiswa Fakultas Hukum UII. Yogyakarta. 1-2 Maret 1992, hlm. 5.
  - 137 S. Wojowasito. Kamus Umum Lengkap Inggris-Indonesia dan Indonesia-Inggris. Bandung: Pengarang, 1976, hlm. 213 dan 354.
  - 138 Rudi Hartono dan Mahmud Mahyong. Kamus Lengkap Inggris-Indonesia. Surabaya: Usaha Nasional, hlm. 258.
  - 139 Peter Mahmud MARzuki. Telaah Kritis Eksistensi Hukum Pasar Modal, Jurnal Ilmiah Dinamika. Th. V No. 9 edisi Januari-April 1999, hlm 10.
  - 140 Munir Fuady. Op. cit., hlm. 29.
  - 141 Ana Rokhmatussa'dyah dan Suratman. Hukum Investasi dan Pasar Modal. Jakarta: Sinar Grafika, 2010. hlm. 204-205.
  - 142 Direktorat Penelitian dan Pengaturan Perbankan Bank Indonesia, Arsitektur Perbankan Indonesia, (Jakarta: Bank Indonesia, 2006), hlm. 3.
  - 143 Program ini bertujuan untuk memperkuat permodalan bank umum (konvensional dan syariah)
  - 144 Program ini bertujuan untuk meningkatkan efektifitas pengaturan serta memenuhi standar pengaturan yang mengacu pada international best practices.
  - 145 Program ini bertujuan untuk meningkatkan independensi dan efektifitas pengawasan perbankan yang dilakukan oleh Bank Indonesia.
  - 146 Program ini bertujuan untuk meningkatkan good corporate governance (GCG), kualitas manajemen resiko dan kemampuan operasional manajemen.
  - 147 Program ini bertujuan untuk mengembangkan sarana pendukung operasional perbankan yang efektif seperti credit bureau dan pengembangan skim penjaminan kredit.
  - 148 Program ini bertujuan untuk memberdayakan nasabah melalui penetapan standar penyusunan mekanisme pengaduan nasabah, pendirian lembaga-lembagamediasi independen, peningkatan transparansi informasi produk perbankan dan edukasi bagi masyarakat.
  - 149 Pasal 1 Ayat (3) Peraturan Bank Indonesia Nomor 8/16/PBI/2006 tanggal 5 Oktober 2006 Memiliki saham Bank sebesar 25% (dua puluh lima perseratus) atau lebih dari jumlah saham yang dikeluarkan Bank dan mempunyai hak suara
  - 150 Peraturan Bank Indonesia Nomor 8/16/PBI/2006 tanggal 5 Oktober 2006
  - 151 Lihat lebih lanjut Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji. Penelitian Hukum Normatif. Jakarta: Raja Grafindo Persada, hlm. 7.
  - 152 Metode penelitian yuridis normatif sangat tampak dari ajaran Hans Kelsen yang disebut sebagai Ajaran Hukum Murni (die Reine Rechtslehre) atau yang disebut Mazhab Wina.
  - 153 Henry Campbell Black's. Black's Law Dictionary (6th edition). St. Paul Minn: West Publishing, 1990, hlm.731.
  - 154 Johannes Ibrahim. Penerapan Single Presence Policy dan Dampaknya Bagi Perbankan Nasional. (Jurnal Hukum Bisnis Vol. 27 No. 2 Tahun 2008). hlm. 13.

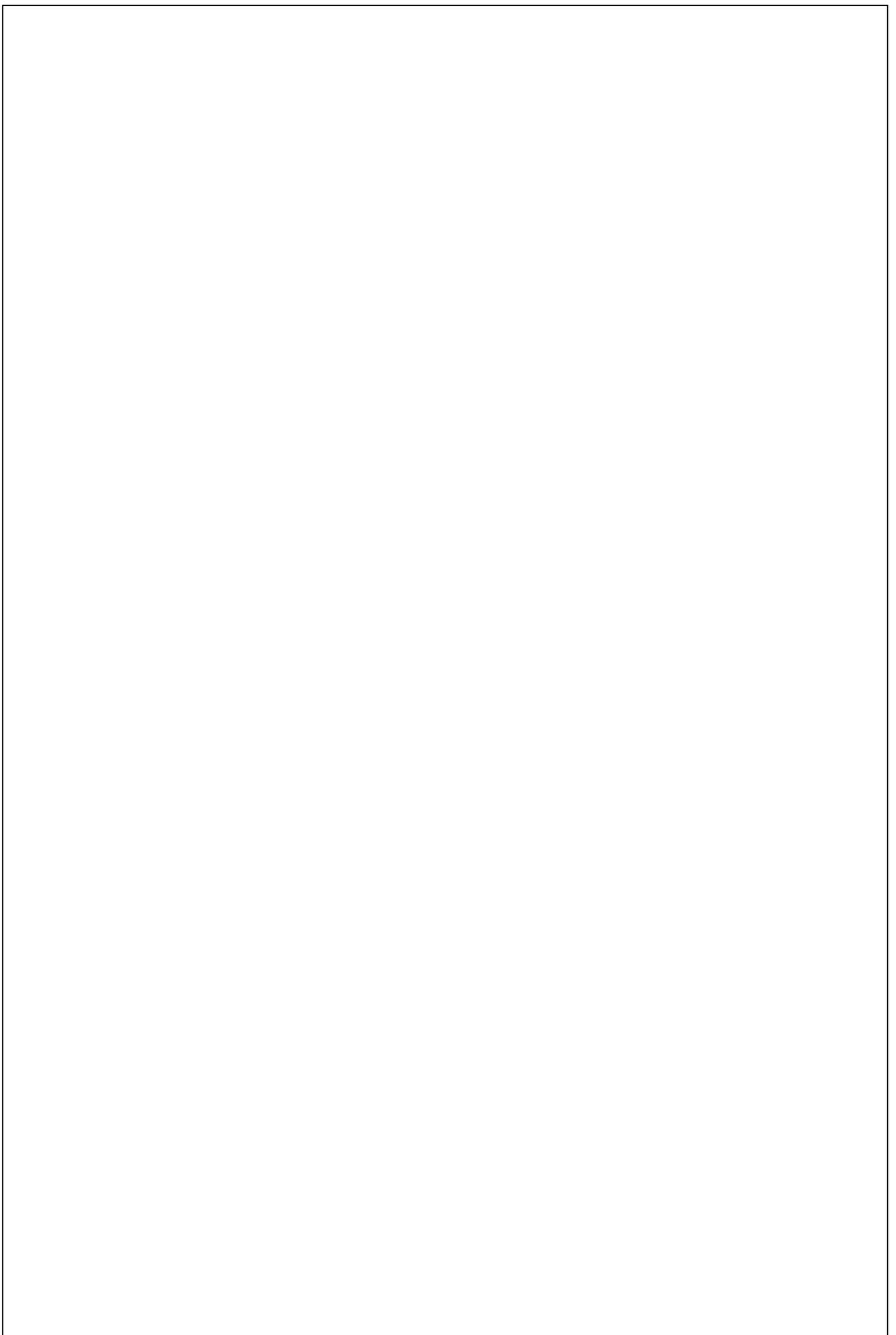
- 155 Lihat lebih lanjut Frans Hendra Winarta. Aspek Hukum Pembentukan Holding dan Implementasinya bagi Perseroan. Bandung: Pro Justitia Tahun XIV, Nomor 4, hlm.79.
- 156 Pengertian Perusahaan Induk di Bidang Perbankan (Bank Holding Company) adalah: "badan hukum yang dibentuk dan/ atau dimiliki oleh Pemegang Saham Pengendali untuk mengkonsolidasikan dan mengendalikan secara langsung seluruh aktivitas Bank-Bank yang merupakan anak perusahaannya".
- 157 Modern History Sourcebook: Adam Smith: The Wealth of Nations, 1776. <<http://www.fordham.edu/halsall/mod/adamsmith-summary.html>>.
- 158 Indonesia, Undang- Undang Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. No. 5 Tahun 1999, LN No. 33 Tahun 1999, TLN No, 3817, Pasal 27.
- 159 Udin M. Silalahi,. Single Presence Policy Ditinjau Dari Perspektif Hukum Persaingan Usaha. (Jurnal Hukum Bisnis Vol. 27 No. 2 Tahun 2008). hlm 40.
- 160 Lihat lebih lanjut Kornelis Dehotman. Kebijakan Kepemilikan Tunggal Perbankan Menuju Tata Perbankan yang Sehat dan Kompetitif. Tesis Universitas Indonesia, 2009, hlm. 61-62.
- 161 Tulisan ini bukan hasil penelitian, melainkan kajian pengamatan
- 162 Supanto, Kejahatan Ekonomi Global dan Kebijakan hukum pidana, Alumni, Bandung, 2010, hal 5.
- 163 Bambang Poernomo (2003)
- 164 Andi Zainal Abidin Farid, Hukum Pidana I, Sinar Grafika, Jakarta, 2003, hal.236
- 165 Log.Cit, hal.190.
- 166 Edi Setiadi dan Rena Yulia, Hukum Pidana Ekonomi, Graha Ilmu, Yogyakarta, 2010, hal. 57.
- 167 Sutan RemySjahdeini, Pertanggungjawaban Pidana Korporasi, Grafiti Publishing, Jakarta, 2007, hal. 42.
- 168 Ibid. hal. 43.
- 169 Edi Setiadi dan Rena Yulia, Hukum Pidana Ekonomi, Ghalia Ilmu, Yogyakarta, 2010, hal. 10.
- 170 Ibid. Hal. 11.
- 171 Mardjono Reksodiputro, Kerangka Acuan (Term of Rference), "Seminar Pengkajian Hukum Nasional Tahun 2011 (SPHN 2011) : Reformasi Hukum Dalam Rangka Menciptakan Iklim Usaha yang Kondusif", Jakarta, hal. 4.
- 172 Op. Cit
- 173 Setiyono, Kejahatan Korporasi Analisa Viktimologi dan Pertanggungjawaban Korporasi Dalam Hukum Pidana Indonesia, Bayumedia Publishing, Malang, 2005, hal. 118.
- 174 Ibid. Hal. 119.
- 175 Kerangka Acuan (Term Of Reference) "Seminar Pengkajian Hukum Nasional 2011 (SPHN 2011) : Reformasi Hukum dalam Rangka Menciptakan Iklim Usaha yang Kondusif", Jakarta, 2011, hal. 4.
- 176 Sutan RemySjahdeini, Pertanggungjawaban Pidana Korporasi, Grafiti Pers, Jakarta, 2007, hal. 58.
- 177 Ibid. hal. 59.
- 178 Romli Atmasasmita, Globalisasi Kejahatan Bisnis, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2010, hal. 22.
- 179 Keanggotaan Indonesia secara resmi pada konvensi terhiting sejak 7 Oktober 1981.
- 180 Istilah "arbitrase internasional" digunakan oleh penulis, karena mengacu pada Undang-Undang No. 30 Tahun 1999
- 181 Sudargo Gautama (b), op.cit., hal.1.
- 182 Wirjono Prodjodikoro, Asas-asas Hukum Perdata Internasional, cetakan kedua, (Jakarta : N.V. Van Dorp & Co, 1954), hal. 74.
- 183 Erman Rajagukguk, op.cit., hal. 4.
- 184 Lembaga arbitrase tidak memiliki wewenang untuk mengeksekusi putusannya sendiri.
- 185 Di dalam Konvensi New York 1958, diatur mengenai peran pengadilan dalam hal pelaksanaan putusan arbitrase internasional.
- 186 Putusan No. 86/PDT-G/2002, tanggal 19 Agustus 2002, dengan Ketua Majelis Hakim H. Herri Swantoro, SH.
- 187 Antara lain di Hongkong, Singapura, Texas dan Kanada.
- 188 Dalam kasus diatas, pihak PT Pertamina EP dan PT Pertamina (Persero) mengajukan Kasasi Ke Mahkamah Agung RI Putusan Mahkamah Agung No. 904 K/PDT.SUS/2009, tanggal 9 Juni 2010, telah menguatkan Penetapan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat.
- 189 Putusan Arbitrase SIAC No. 62 of 2008, tanggal 07 Mei 2009. Pendaftaran di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat No. 5/PNJP/2009, tanggal 1 September 2009. Penolakan oleh Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, tertanggal 28 Oktober 2009 dan diperkuat dengan Putusan Mahkamah Agung No. 01/K/Pdt. Sus/2010, tanggal 26 April 2010.
- 190 Ibid., hal. 59.
- 191 Jahan P. Raisi, " Arbitrating in Thailand", Hastings International & Comparative Law Review, Vol.16 (1992): 101-102, dalam Erman Rajagukguk, op.cit., hal. 1.
- 192 William F.Fox, JR, International Commercial Agreements, (Den Haag, Kluwer Law International, 1992), hal. 238, dalam Erman Rajagukguk, ibid.
- 193 Heather R. Evans, "The Non Arbitrability of Subject Matter Defense to Enforcement at Foreign Arbitral Awards in United States Federal Court", International Law and Politics, Vol. 21 (1989): 330, dalam Erman Rajagukguk, ibid.
- 194 Alan Redfern and Martin Hunter, Law and Practice of International Commercial Arbitration, (London: Sweet & Maxwell, 1996), hal.20.
- 195 M.C.W.Pinto, "Structure, Process, Outcome: Thoughts on the "Essence" of International Arbitration", Leiden Journal of International Law, Vol. 6, No.2 (August, 1993): hal.243, dalam Erman Rajagukguk, ibid.
- 196 Stephen R. Bond, "How to draft an ICC Arbitration Clause (Revisited)", ICSID Review Foreign Investment Law Journal, (1992) : 155. Micheal Collins Q.C. "Privacy and Confidentiality in Arbitration Proceedings", Texas International Law Journal, Vol. 30 (1995): 126, dalam Erman Rajagukguk, ibid., hal. 3.
- 197 Peraturan & Prosedur Peradilan BANI, cetakan pertama, (Jakarta: Indonesia Legal Center Publishing, 2004), hal. 72.
- 198 Z. Asikin Kusumah Atmadja, loc.cit., hal. 55.
- 199 Ibid.
- 200 Priyatna Abdurrasyid, " Pengusaha Indonesia Perlu Meningkatkan Minatnya terhadap Arbitrasedan Alternatif Penyelesaian Sengketa", dalam Jurnal Hukum Bisnis, Vol. 21 Oktober-November 2002, hal. 51.
- 201 Putusan arbitrase bersifat final, (tidak ada upaya hukum banding atau kasasi) dan mengikat. Hal tersebut ditegaskan di dalam Pasal 3 Konvensi New

- York 1958 dan Pasal 68 UU Arbitrase.
- 202 Sudargo Gautama (b), op.cit., hal. 3.
- 203 Yansen Dermanto Latip, Pilihan Hukum Dan Pilihan Forum Dalam Kontrak Internasional, (Jakarta: Penerbit Program Pascasarjana FHUI, 2002), hal. 160.
- 204 Lihat : Erman Rajagukguk, op.cit., hal.55.
- 205 Lokakarya yang diselenggarakan di Jakarta atas kerjasama Pusat Pengkajian Hukum dan Mahkamah Agung RI, pada 8 & 9 Oktober 2002.
- 206 Wawancara dengan M. Husseyn Umar di Jakarta pada 14 April 2008.
- 207 Dalam hal penolakan putusan arbitrase internasional, Konvensi New York 1958.
- 208 Wawancara dengan Iswahjudi Karim, SH., LL.M. dari Karimsyah Law Firm di Jakarta 18 Juni 2008.
- 209 Sudargo Gautama (c), Hukum Dagang Dan Arbitrase Internasional, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 1991), hal. 4.
- 210 Sudargo Gautama (d), Undang-Undang Arbitrase Baru 1999, cetakan pertama, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1999), hal. 132.
- 211 M. Yahya Harahap, ARBITRASE, edisi kedua, (Jakarta: Penerbit Sinar Grafika, 2004), hal. 339.
- 212 Hal ini seperti yang digariskan di dalam Pasal 4 ayat (2) Undang-undang No. 14 Tahun 1970 tentang Pokok-pokok Kekuasaan Kehakiman, jo Pasal 2 ayat (4) Undang-undang No. 48 Tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman.
- 213 M.Yahya Harahap, op.cit., hal. 132.
- 214 Berdasarkan wawancara penulis dengan Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, Hj.Andriani Nurdin SH., MH. pada 10 September 2008.
- 215 Berdasarkan wawancara penulis dengan Wakil Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, Drs.H. Panusunan Harahap, SH., MH. pada 8 April 2009.
- 216 Dari jumlah 47 orang hakim, terbagi ke dalam 7 penggolongan
- 217 Hal ini seperti terjadi pada waktu pihak Pertamina mendaftarkan Putusan Arbitrase Internasional Swiss Jenewa (dalam sengketa dengan Karaha Bodas Company) untuk diajukan pembatalan, Ketua Pengadilan Negeri Jakarta Pusat membentuk Majelis Hakim yang diketuai oleh H.Herri Swantoro, SH, dengan hakim anggota Saparuddin Hasibuan, SH., dan Silvester Djuma, SH.
- 218 Hasil wawancara penulis dengan 6 orang dari 12 hakim umum yang ada di Pengadilan Negeri Jakarta Pusat pada 13-15 April 2009.
- 219 Sebagai gambaran, beberapa hakim asal PNJP saat ini sudah dimutasi ke beberapa wilayah seperti Sleman (Jawa Tengah), Lubuk Pakam (Sumatera Utara), Denpasar (Bali), ke Manado dan ke Serang.
- 220 M.Yahya Harahap,op.cit., hal. 350.
- 221 UNCITRAL adalah badan khusus Perserikatan Bangsa Bangsa dalam bidang hukum perdagangan internasional yang dibentuk pada tahun 1966.
- 222 CISG sebenarnya merupakan revisi dan sekaligus integrasi dari 2 (dua) konvensi sebelumnya yang pernah dihasilkan oleh The International Institute for Unification of Private Law (UNIDROIT) pada tahun 1964.
- 223 Baca Franco Ferrari, "Uniform Application And Interest Rates Under The 1980 Vienna Sales Convention" dalam Cornell International Law Journal (ed.). 1995.
- 224 Sudargo Gautama II, op. cit., h.32 dikutip dari Rabel II, h.445
- 225 Peter Schlechtriem, 1986, Uniform sales law - The UN - Convention on Contracts for the International Sale of Goods, Pace Law School Institute of International Commercial Law, <http://www.cisg.law.pace.edu>, h.16
- 226 Roscoe Pound yang dikenal sebagai pelopor aliran hukum American Sociological Jurisprudence mengetengahkan konsep "law as a tool of social engineering".
- 227 Mochtar Kusumaatmadja. 1976.
- 228 Ibid., h.4-7
- 229 Wignjosoebroto, Soetandyo. 1994.
- 230 Erman Radjagukguk, "Hukum Kontrak Internasional dan Perdagangan Bebas", Jurnal Hukum Bisnis, Vol. 2, 1997, hal.27.
- 231 Akses adalah pernyataan resmi dari suatu negara bukan peserta konvensi untuk mengikatkan/menundukkan diri pada konvensi.
- 232 Perjanjian WTO dan seluruh paket persetujuan ini serta aspek-aspek terkait perdagangan internasional lainnya
- 233 Ietje K. Andries,(1998)
- 234 Michael Joachim Bonell, An International Restatement of Contract Law, The UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts, Transnational Juris Publications, Inc., Irvington, New York, 1994, h.157
- 235 United Nations, United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980), [down load http://uncitral.org/english/texts/6s/CISG.htm](http://uncitral.org/english/texts/6s/CISG.htm), h.2
- 236 Masyarakat Lokal adalah masyarakat adat dan atau tempatan yang berada dekat wilayah operasional perusahaan.
- 237 Selanjutnya perusahaan juga disebut dengan istilah korporasi
- 238 Amin Widjaja Tunggal, Corporate Social Responsibility, Harvindo, Jakarta, 2007, hlm. 105 - 106
- 239 Jackie Ambadar, Corporate Social Responsibility Dalam Praktik Di Indonesia, PT. Elex Media Komputindo, Jakarta, 2008, hlm. xi
- 240 Ibid. hlm 17
- 241 Tarek F. Maassarani, Margo Tatgenhorst Drakos dan Joanna Pajkowaska, "Extracting Corporate Responsibility: Towards A Human Rights Impact Assessment", Cornell International Law Journal 40 (Winter 2007):140-141, dalam Mukti Fajar ND, Tanggung Jawab Sosial Perusahaan Di Indonesia Mandatory vs Voluntary (Studi Tentang penerapan Kententuan Corporate Social Responsibility Pada Perusahaan Multi Nasional, Swasta Nasional dan Badan Usaha Milik Negara, Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2009, hlm.267
- 242 Nancy Lee Peluso, Rich Forest, Poor People: Resource Control and Resistance in Java, The Regents of the University of California, 1992
- 243 Lihat Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 53/PUU-VI/2008.
- 244 Pasal 33 ayat (3) "Bumi air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat".
- 245 Fokus Penelitian ini adalah pada pengelolaan SDA untuk perkebunan kepala sawit
- 246 Selanjutnya disebut UUPM
- 247 Selanjutnya UUPT
- 248 Mukti Fajar, Tanggung Jawab Sosial Perusahaan

- op. cit, hlm. 16; Uni Eropa dalam bingkai kerja (framework) mengenai CSR yang dirangkum dalam EU's Green Paper sebagai code of conduct yang bersifat sukarela, dan bukan dalam kewajiban
- 249 Ridwan Khairandy, Tanggung Jawab Sosial Perusahaan : Dari Shareholder Ke Stakeholder, dan Dari Etika Bisnis Ke Norma Hukum, Jurnal Hukum *6* publica, Vol. 7, No. 2 Tahun 2008, hlm. 144.
- 250 Benjamin C. Fishmen, "Binding Corporations To Human Rights Norms Through Public Law Sattlement", *New York University Law Review* 81 (October 2006)
- 251 Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 53/PUU-VI/2008.
- 252 *6*kti Fajar N. op. cit., hlm. 273.
- 253 Moh Mahfud MD, Pergulatan Politik dan Hukum Di Indonesia, Gama Media Yogyakarta, 1999, hlm.158 *6*
- 254 Sarah Josep, Corporation, Human Rights..op.cit., hlm. 2
- 255 Lihat konsep dasar lahirnya Universal Declaration of Human Responsibility dalam Satya Arinanto, (Kata Pengantar) dalam Majda El Muhtaj, Dimensi-Dimensi HAM mengurai Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2008, hlm. vii
- 256 *6*inO'Manique, "Human Righths and Development", *Human Rights Quarterley*, Jhon Hopkins University Press, 1992, hlm. 1
- 257 *6*bisono Hardjopranoto (2008).
- 258 Asbjorn Eide, Hak-Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya Sebagai Hak Asasi Manusia, dalam Ifdhal Kasim dan Johannes da Masenus Arus (ed.), Hak Ekonomi, Sosial, dan Budaya, Esai-Esai Pilihan, Buku 2, Elsam, Jakarta, 2001, hlm. 39
- 259 Maria S.W. Sumardjono, Tanah Dalam Perspektif Hak Ekonomi Sosial dan Budaya, PT. Kompas *6* dia Nusantara, Jakarta, 2008, hlm. 89
- 260 Abdurahman, Pembangunan Berkelanjutan Dalam Pengelolaan Sumber Daya Alam Indonesia, BPHN Depkumham, Dalam Seminar Pembangunan *6* kum Nasional VIII, Bali 14 - 18 Juli 2003.
- 261 Jan Wouters dan Leen Chanet, "Corporate Human Rights Responsibility: A European Perspective", *Northwestern University Journal of International Human Rights*, 6 Nw. U. J. Int'l Hum. Rts. 262, Spring, 2008, hlm. 8
- 262 Lihat permohonan yang diajukan Pengurus Kamar Dagang dan Industri (KADIN), Pengurus Himpunan Pengusaha Muda Indonesia (HIPMI), Ikatan Wanita Pengusaha Indonesia (IWAPI), PT. LILI PANMA, PT. APAC CENTRA CENTERTEX, Tbk, PT. KREASI TIGA PILAR, Putusan Mahkamah Konsitus *6* nomor 53/PUU-VI/2008.
- 263 Caroline Kaeb, "Emerging Issues of Human Rights Responsibility In the Extrctive and Manufacturing Industries: Patterns and Liability Risks", *Northwestern University Journal of International Human Rights*, 6 Nw. U. J. Int'l Hum. Rts. 327, (Spring 2008), hlm. 1
- 264 *Ibid.* hlm. 36
- 265 Jan Wouters dan Leen Chanet, op. cit. hlm. 23
- 266 Baca Pemikiran Weston dalam Claude dan Weston dalam Jimly Assiddiqie, dalam Satya Arinanto, Hak Asasi Manusia Dalam Transisi Politik Di Indonesia, Pusat Studi Hukum Tata Negara Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 2005, hlm. 83
- 267 Jimly Assiddiqie, Demokrasi Dan Hak Asasi Manusia, Materi yang disampaikan dalam studium general pada acara The 1st National Convergence Corporate Forum for Community Development, Jakarta, 19 Desember 2005, hlm. 18 :
- 268 *Ibid.* *6* 269 - 270
- 269 *Ibid.*, hlm. 270
- 270 Tom Cannon, *Corporate Social Responsibility*, Longman Group UK, Ltd, London , 1992, yang diterjemahkan oleh Felicia Gerda Najoan, Tanggung Jawab Perusahaan, PT. Elex Media Komputindo, Jakarta, 1995, hlm. 94
- 271 Norm Keith, *Evolution of Corporate Accountability: From Moral Panic to Corporate Social Responsibility*, 11. NO. 3 *Business Law International*, September *6* 0.
- 272 Jeffrey Goodman at.al, *Corporate Social Responsibility: A Commitment in Good Times and in Bad?* 18 NO. 2 *Emp. & Indus. Rel. L.* 8, September, 2008, hlm. 8
- 273 Edi Suharto, *Corporate Social Responsibility: Konsep dan Perkembangan Pemikiran*, Makalah Workshop "Tanggung Jawab Sosial Perusahaan, Yang Diselenggarakan Oleh PUSHAM-UII Bekerjasama Dengan Norsk Senter for Menneskerrettigheter Norwegian Center for Human Right, Yogyakarta, 6 - 8 Mei 2008, hal. 3
- 274 Ismail Solihin, op. cit., hlm. 19 - 20
- 275 *Ibid.*, hlm. 369 *6*
- 276 Data Sawit Wacht yang dikutip oleh Saurlin, Dampak Eko-Sosial Perkebunan Sawit Skala Besar <http://telegraphdays.com/kolom/perspektif/746-dampak-eko-sosial-perkebunan-sawit-skala-besar.html> dikunjungi tanggal 17 Desember 2010, hlm. 1
- 277 Martua T. Sirait, *Masyarakat Adat dan Ekspansi Perkebunan Kelapa Sawit Di Kalimantan Barat, Indonesia*, *6*id, Den Haag, 2009, hlm. 6
- 278 Soetandyo Wingjosoebroto, *Hukum Dalam Masyarakat: Perkembangan dan Masalah*, Bayumedia, Malang, 2008, hlm. 120
- 279 Hariadi Kartodiharjo dan Hira Jhamtani, op.cit., hlm.175
- 280 Marcus Colchester, dkk, *Tanah Yang Dijanjikan: Minyak Sawit dan Pembebasan Tanah di Indonesia: Implikasi terhadap Masyarakat Lokal dan Masyarakat Adat*, Forest Peoples Programme, Perkumpulan Sawit Wacht, HuMA dan the World Agroforestry Centre, Jakarta, 2006, hlm. 14
- 281 Edi Sius Riyadi, *Pelanggaran Hak Asasi Manusia di Kawasan Perkebunan Kelapa Sawit PT. PP Lonsum* *6* k. Sumatera Utara, Elsam, Jalarta, 2010
- 282 *6*rtua T. Sirait, op. cit., hlm. VIII - IX : 1)
- 283 *Ibid.*, hlm. 1
- 284 Martua T. Sirait., op. cit., hlm. 7
- 285 Basrowi, *Menggulingkan Penguasa: Bentuk Baru Partisipasi Masyarakat Dalam Mengontrol Kekuasaan Kepala Desa Yang Adigang, Adigung dan Adiguna*, dalam Fera dkk. (ed.), *Konflik dan Kekerasan Pada Aras Lokal*, Penerbit Pustaka Percik Bekerjasama dengan Pustaka Pelajar, Yogyakarta, 2004, hlm, 120 - 121
- 286 Lihat kembali Ramelan (2004:6)
- 287 Abdul Mu'id (Kasi Pidsus Kejari Kota Malang), wawancara 12 Juni 2007
- 288 Lihat Penjelasan Umum RUU KUHP 1999/2000 Buku Kesatu angka 2
- 289 Friedman menyimpulkan bahwa hokum sebagai system terdiri dari tiga subsistem yaitu, legal substancy; legal structure dan legal culture yang ketiganya saling terkait dan menentukan.

**BAGIAN KEDUA**

**UPAYA  
MENJAMIN  
PELAKSANAAN  
PERSAINGAN  
USAHA  
YANG SEHAT**



# PERAN DAN FUNGSI KPPU DALAM PENEGAKAN HUKUM PERSAINGAN USAHA

**Mochamad Arifinal**<sup>289</sup>

*Dosen Bidang Hukum Perdata Fakultas Hukum Universitas Sultan Ageng Tirtayasa*

## **A. Pendahuluan**

Persaingan usaha akan berdampak positif apabila persaingan usaha tersebut dilakukan sesuai dengan mekanisme pasar, yaitu melalui Pasar Persaingan Sempurna (*perfect competition market*), atau dengan kata lain jenis pasar seperti ini dapat mendorong persaingan usaha secara sehat. Pasar dikatakan bersifat persaingan sempurna jika memiliki beberapa ciri sebagai berikut :<sup>290</sup>

1. Barang yang diperjual-belikan homogen;
2. Jumlah penjual dan pembeli sangat banyak ;
3. Tidak adanya hambatan (*barrier to entry*) bagi setiap penjual yang masuk ke dalam pasar; dan
4. Setiap orang, baik penjual maupun pembeli mengetahui seluruh informasi pasar secara sempurna.

Akan tetapi sebaliknya, terdapat pasar yang bertolak belakang dengan pasar persaingan sempurna yang dapat menimbulkan persaingan usaha tidak sehat dan dapat merugikan kepentingan umum, misalnya pasar monopoli. Ciri dari pasar monopoli adalah bahwa penjual selalu mempunyai kekuatan mutlak untuk menentukan harga dengan jalan menentukan jumlah barang yang akan dipasok kepada pembeli (*Price Setter*). Akibat kondisi ini, harga yang ditentukan di dalam pasar yang bersifat monopoli akan selalu lebih tinggi dibandingkan dengan pasar yang bersifat persaingan sempurna.

Hukum persaingan merupakan salah satu bagian dari hukum ekonomi, pasti tidak akan terlepas dari pembahasan mengenai pasal 33 UUD 1945 yang berfungsi sebagai panduan normatif dalam menyusun kebijakan perekonomian nasional. Melalui pasal 33 UUD 1945 tersirat bahwa tujuan pembangunan ekonomi yang hendak dicapai haruslah berdasarkan kepada demokrasi yang bersifat kerakyatan, yaitu *adanya keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia*. UUD 1945 melindungi kepentingan rakyat melalui pendekatan kesejahteraan dengan membiarkan mekanisme pasar berjalan dengan bebas. Pasal 33 UUD 1945 juga memberikan petunjuk bahwa jalannya perekonomian nasional tidak diserahkan begitu saja kepada pasar, tetapi memerlukan peraturan perundang-undangan untuk mengaturnya.

Berkaitan dengan hal ini Sri Edi Swasono,<sup>291</sup> menafsirkan kalimat dari **Pasal 33 ayat 1** UUD 1945 "*perekonomian disusun....*" sebagai : "*Perkataan **disusun** dalam*

ayat 1 pasal 33 UUD 1945 adalah imperatif, jadi perekonomian tidaklah dibiarkan tersusun sendiri, atau membentuk dirinya sendiri berdasarkan kekuatan-kekuatan ekonomi yang ada atau kekuatan pasar bebas, perkataan disusun mengisyaratkan adanya upaya membangun secara struktural melalui tindakan nyata. Menyusun demikian adalah tugas negara."

Berkaitan dengan pembahasan hukum persaingan, negara mempunyai peranan yang penting dalam menjaga iklim usaha yang sehat serta menjaga agar tidak terjadi praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.

Hikmahanto Juwana,<sup>292</sup> berpendapat bahwa : "Negara memiliki tujuan untuk melindungi kepentingan umum (*public interests*). Oleh sebab itu, negara mempunyai peranan penting dalam mentransformasikan pemahaman akan kompetisi yang sehat di antara pelaku usaha. Negara berperan dalam menciptakan '*the right tool*' untuk lebih mempromosikan kebijakan kompetisi secara lebih efektif. Peran negara dalam mengatur persaingan sehat dapat diidentifikasi dimana negara adalah suatu institusi yang berhak membuat peraturan perundang-undangan untuk mengatur persaingan."

Fungsi negara disamping memberikan *the right tool* juga berperan dalam yurisdiksi untuk mengadili perkara yang berhubungan dengan persaingan usaha. Pemerintah melalui Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) diharapkan mampu menunjukkan kredibilitas serta integritas yang tinggi. Dengan jaminan bahwa setiap perkara yang menyangkut tentang persaingan usaha atau tindakan yang mengakibatkan distorsi pasar diproses oleh KPPU demi hukum dengan sanksi yang tegas dalam rangka melindungi kepentingan konsumen.

Negara memiliki wewenang dan yurisdiksi mutlak dalam penerapan sanksi, dimana sanksi merupakan materi yang substansial dalam suatu undang-undang. Salah satu sanksi yang dapat digunakan dalam UU Persaingan Usaha adalah sanksi administratif, baik dalam bentuk peringatan tertulis, pengumuman di media massa sampai pada pencabutan ijin berusaha. Sanksi administratif ini dapat dijatuhkan apabila :

1. Pihak pengusaha tidak menunjukkan kerjasama dengan KPPU;
2. Pelaku usaha yang tidak tunduk pada peraturan yang berlaku; dan atau
3. Pelaku usaha terbukti melakukan pelanggaran.

Sanksi lain yang dapat digunakan adalah sanksi pidana dan perdata. Bentuk sanksi ini diharapkan lebih efektif karena dapat memberikan efek pen-jera. Angka hukuman berupa kurungan penjara dan denda merupakan *Ultimum Remedium* bagi pelaku usaha. Hukuman penjara dapat menggunakan acuan kepada tindak pidana yang diatur dalam KUH Pidana dan Perdata mengenai pasal bisnis persaingan curang dan perbuatan melawan hukum. Selain itu juga dapat menggunakan denda sebagai instrumen lain dalam menghukum pelaku usaha. Hal ini disebabkan denda cukup substansial dan dapat mengganggu kelangsungan kinerja perusahaan sehingga diharapkan mampu menjadi

peringatan bagi pelaku usaha agar bertindak jujur daripada berlaku curang.

Kini seiring dengan berkembangnya kesadaran masyarakat dalam menyikapi praktik monopoli dan persaingan usaha, menarik untuk dikaji salah satu aspek dalam Undang-Undang Persaingan Usaha, khususnya mengenai Komisi Pengawas Persaingan Usaha hubungannya dengan penegakan persaingan usaha. Tegasnya judul makalah ini adalah : *Peran dan Fungsi KPPU dalam Penegakan Hukum Persaingan Usaha*. Untuk memudahkan pemahaman pada makalah ini, diidentifikasi permasalahan sebagai berikut : 1) Apa tugas, dan wewenang KPPU dalam Penegakan Hukum Persaingan Usaha; dan 2) Bagaimana fungsi KPPU dalam Penegakan Hukum Persaingan Usaha?

## **B. Komisi Pengawas Persaingan Usaha**

### **a. Dasar Hukum Pembentukan KPPU**

Sebelum diuraikan mengenai dasar hukum pembentukan KPPU, terlebih dahulu akan diuraikan mengenai alasan-alasan yang mendasari dibentuknya KPPU. Ada beberapa alasan yang menjadi dasar dibentuknya Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU), antara lain alasan filosofis, alasan sosiologis, dan alasan praktis. Alasan-alasan tersebut dapat dikemukakan sebagai berikut: *Alasan filosofis* : dalam mengawasi pelaksanaan suatu aturan hukum diperlukan suatu lembaga yang mendapat kewenangan dari negara (pemerintah dan rakyat). Dengan kewenangan ini diharapkan lembaga pengawas ini dapat menjalankan tugas dan fungsinya dengan sebaik-baiknya, dengan tetap menjaga prinsip kemandirian, kemampuan untuk bertindak secara independen. *Alasan sosiologis*: menurunnya citra pengadilan dalam memeriksa dan mengadili suatu perkara. Terlebih lagi terdapat beban perkara pengadilan yang sudah menumpuk. *Alasan Praktis*: dunia usaha membutuhkan penyelesaian yang cepat dan proses pemeriksaan yang bersifat rahasia. Oleh karena itu, diperlukan suatu lembaga khusus yang terdiri dari orang-orang yang ahli dalam bidang ekonomi dan hukum sehingga penyelesaian yang cepat dapat terwujud.

Dasar hukum pembentukan Komisi adalah Pasal 30 ayat (1) UU Persaingan Usaha menyatakan "*Untuk mengawasi pelaksanaan undang-undang ini dibentuk Komisi Pengawas Persaingan Usaha yang selanjutnya disebut Komisi.*" Pemberian kewenangan khusus kepada suatu Komisi untuk melaksanakan penegakan peraturan di bidang persaingan adalah hal yang lazim dilakukan oleh kebanyakan negara. Misalnya, di Amerika Serikat dengan *Federal Trade Commission*; Uni-Eropa dengan *European Community Commission*;<sup>293</sup> Jepang, Korea Selatan, dan Taiwan dengan *Fair Trade Commission*; dan lain-lain.

Praktik di beberapa negara ada yang mengatur keberadaan Komisi dengan undang-undang tersendiri, ada juga yang menggabungkan pengaturannya dalam undang-undang persaingan usahanya. Amerika Serikat adalah contoh negara yang mengatur keberadaan Komisi dalam undang-undang tersendiri.

Sedangkan contoh negara yang menyatukan pengaturan keberadaan Komisi dalam undang-undang persaingan usahanya adalah Jepang, demikian juga Indonesia.

#### **b. Status, Keanggotaan dan Susunan Organisasi Komisi**

Sebagaimana halnya dengan Komisi-Komisi yang ada di negara lain, KPPU adalah lembaga yang independen, yang terlepas dari pengaruh dan kekuasaan Pemerintah serta pihak lain. Status Komisi diatur dalam Pasal 30 ayat (2) dan (3) UU Persaingan Usaha, secara lengkap bunyi pasal tersebut berbunyi :

- 1) Komisi adalah suatu lembaga independen yang terlepas dari pengaruh dan kekuasaan Pemerintah serta pihak lain;
- 2) Komisi bertanggung jawab kepada Presiden.

Mengamati bunyi ayat (2) dan (3) di atas, mungkin akan menimbulkan pertanyaan bagi kita, apakah mungkin lembaga ini dapat bertindak independen jika harus bertanggung jawab kepada Presiden? Hal ini tidak dapat dijawab dengan begitu saja, tetapi harus dibuktikan terlebih dahulu dalam praktiknya. Sebagai perbandingan, misalnya Komisi Nasional Hak Asasi Manusia (KOMNAS HAM) yang dibentuk dengan Keppres dan bertanggung jawab kepada Presiden, yang semula diragukan independensinya, ternyata dapat melaksanakan tugasnya dengan baik dan independen.

Namun usaha untuk menjaga independensi dari pihak-pihak lain, setidaknya dapat terlihat dari persyaratan keanggotaan yang diatur dalam Pasal 32, yaitu bahwa anggota Komisi tidak terafiliasi dengan suatu badan usaha. Penegasan independensi anggota Komisi ini juga dapat dilihat pada Pasal 6 ayat (1) Keppres No. 75 Tahun 1999 tentang KPPU, yang menyatakan bahwa "*anggota Komisi dalam menangani perkara bebas dari pengaruh dan kekuasaan Pemerintah serta pihak lain.*" Lebih jauh Pasal 6 ayat (2) Keppres tersebut mengatur bahwa "*anggota Komisi yang menangani perkara dilarang mempunyai hubungan sedarah atau semenda sampai derajat ketiga dengan salah satu pihak yang berperkara, atau mempunyai perbenturan kepentingan dengan perkara yang bersangkutan.*"

Praktik di negara-negara lain yang lebih dahulu mempunyai undang-undang di bidang persaingan usaha, juga memperlihatkan bahwa Komisinya bertanggung jawab kepada kepala pemerintahan (Presiden atau Perdana Menteri). Di Amerika Serikat misalnya, dalam *Federal Trade Commission Act* Section 1 dinyatakan bahwa "*....Any Commissioners may be removed by the President for inefficiency, neglect of duty, or malfeasance in office.*" Hal ini juga dapat kita lihat pada Section 27 (2) dari Anti Monopoly Act Jepang, yang menyatakan bahwa "*The Fair Trade Commission shall be administratively attached to the Prime Minister.*" Di India juga misalnya, *Monopolies and Restrictive Trade Commission-nya (MRTP Commission)* dibentuk oleh pemerintah.<sup>294</sup>

Selanjutnya berkaitan dengan organisasi keanggotaan Komisi dapat dilihat pada Pasal 31 ayat (1) UU Persaingan Usaha menyatakan bahwa, "*Komisi*

*terdiri atas seorang Ketua merangkap anggota, seorang Wakil Ketua, dan sekurang-kurangnya 7 (tujuh) orang anggota.*" Melihat jumlah minimum, 9 anggota Komisi ini termasuk jumlah yang cukup besar. Kata-kata sekurang-kurangnya di sini dapat berarti lebih dari 7 (tujuh) orang anggota. Jumlah ini cukup besar jika dibandingkan dengan jumlah anggota Komisi pada *Federal Trade Commission* di Amerika Serikat dan *Fair Trade Commission* di Jepang yang hanya berjumlah 5 (lima) orang.<sup>295</sup> Tetapi hal ini tidak berarti bahwa jumlah ini tidak wajar atau berlebihan, mungkin pembuat undang-undang mempunyai pertimbangan tersendiri dengan melihat kondisi yang ada di Indonesia.

Selanjutnya dalam ayat (2) dikatakan "*Anggota Komisi diangkat dan diberhentikan oleh Presiden atas persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat.*" Ayat ini sangat menarik, karena melibatkan dan memerlukan persetujuan DPR. Dengan adanya persetujuan dari DPR ini diharapkan anggota Komisi adalah orang-orang yang mempunyai integritas kepribadian dan keilmuan yang tinggi. Dengan persetujuan dari rakyat ini diharapkan Komisi benar-benar dapat menjalankan tugasnya demi kepentingan rakyat secara keseluruhan, yaitu dengan menjaga independensinya.

Persetujuan dari rakyat ini sangat penting, karena dapat menaikkan kredibilitas Komisi itu sendiri. Hal ini juga dilakukan oleh negara-negara besar, seperti Amerika Serikat dan Jepang.<sup>296</sup> Oleh karena itu, DPR sebelum memberikan persetujuannya harus memperhatikan syarat-syarat keanggotaan yang ditetapkan oleh Pasal 32 UU Persaingan Usaha, antara lain: integritas pribadi yang tinggi, tidak berafiliasi dengan suatu badan usaha, dan yang terpenting adalah berpengalaman dalam bidang usaha atau mempunyai pengetahuan dan keahlian di bidang hukum dan atau ekonomi.

Syarat-syarat keanggotaan Komisi ini perlu diperhatikan dengan baik, karena berkaitan dengan Ketua Komisi yang akan memimpin Komisi tersebut, yang tentunya akan menentukan kinerja dari Komisi. Merupakan hal yang lazim jika Ketua Komisi dipilih dari anggota Komisi yang ada. Di Amerika Serikat misalnya, dapat kita lihat pada Section 1 *Federal Trade Commission Act*. Dalam UU No. 5 Tahun 1999 hal ini tidak diatur secara tegas tetapi hanya secara tersirat, yaitu dalam Pasal 31. Mengenai hal ini secara jelas diatur dalam Keppres No. 75 Tahun 1999 tentang KPPU. Dalam Bab III Pasal 14 ayat (3) dikatakan "*Ketua dan Wakil Ketua Komisi dipilih dari, dan oleh Anggota Komisi*".

Mengenai susunan organisasi Komisi diatur dalam Pasal 34 UU No.5 tahun 1999, yang menyatakan "*Pembentukan Komisi serta, susunan organisasi, tugas, dan fungsinya ditetapkan dengan Keputusan Presiden.*" Berdasarkan Keppres No. 75 Tahun 1999 tentang KPPU, susunan organisasi Komisi terdiri dari Anggota Komisi dan Sekretariat (Pasal 8).

Untuk jangka panjang, jika Komisi ini sudah bekerja mungkin memerlukan kantor-kantor cabang Komisi. Hal ini telah diakomodasi dalam Keppres No. 75 Tahun 1999 tersebut, yaitu dalam Pasal 3 ayat (2) yang menyatakan bahwa

*"Apabila diperlukan Komisi dapat membuka kantor perwakilan di kota propinsi."* Ketentuan ini akan lebih berarti lagi, jika pelaksanaan otonomi daerah yang seluas-luasnya nanti telah terlaksana sebagaimana mestinya.

Jika dilihat susunan organisasi Komisi berdasarkan Rancangan Keppres Draft III bulan Mei 1999 ini relatif cukup memadai, yaitu meliputi bidang-bidang yang erat kaitannya dengan persaingan usaha. Biro-biro tersebut mempunyai tugas dan fungsinya masing-masing, antara lain :

- a. Biro administrasi mempunyai tugas melaksanakan pelayanan administrasi, kepegawaian, keuangan, penyusunan statistik, dan urusan rumah tangga Komisi;
- b. Biro Hukum mempunyai tugas melaksanakan penyusunan peraturan mengenai monopoli dan persaingan usaha, pengkajian, penelitian, bantuan dan penyuluhan hukum;
- c. Biro Ekonomi dan Bisnis mempunyai tugas melaksanakan penelitian, pemeriksaan, dan pengkajian bidang ekonomi dan bisnis;
- d. Biro Investigasi mempunyai tugas melaksanakan pemeriksaan dan penyelidikan perkara; dan
- e. Biro Hubungan Kerja Sama mempunyai tugas melaksanakan publikasi dan dokumentasi, hubungan kerja sama antar lembaga nasional dan internasional.

Garis besar susunan organisasi Komisi ini tidak jauh berbeda dari susunan organisasi Komisi Perdagangan Sehat di Jepang. Komisi Perdagangan Sehat Jepang terdiri dari Komisi, Sekretariat Jenderal, Hearing Examiners, Sekretariat, Biro Hubungan Ekonomi, Biro Persaingan Usaha, dan Biro Penyelidikan.<sup>297</sup> Jika jumlah biro yang ada, susunan organisasi Komisi Indonesia hampir sama Komisi Korea. Hanya saja Komisi Korea terdiri dari Biro Kebijakan Perdagangan Sehat, Biro Peraturan Monopoli, Biro Persaingan Usaha, Biro Penyelidikan, dan Biro Perlindungan Konsumen.<sup>298</sup>

Jika kita melihat gambaran umum dari susunan organisasi Komisi, terdapat dalam Rancangan Keppres draft III ini, ada satu biro atau divisi yang cukup penting (yang lazim dimasukkan dalam susunan organisasi Komisi negara lain) tetapi tidak dimasukkan yaitu Penasihat Umum. Penasihat Umum ini dikenal dalam susunan organisasi Komisi Korea dan Komisi Amerika. Tetapi jika memang setiap biro dapat menjalankan tugasnya dengan baik, ada atau tidak adanya Penasihat Umum tidak merupakan persoalan.

### **C. Pembahasan**

#### **1. Tugas, dan wewenang KPPU dalam Penegakan Hukum Persaingan Usaha**

Dalam perkembangan hukum persaingan, ternyata penegakan hukum persaingan tidak semata-mata merupakan sengketa perdata. Pelanggaran

terhadap hukum persaingan mempunyai unsur-unsur pidana bahkan administrasi. Hal ini disebabkan pelanggaran terhadap hukum persaingan pada akhirnya akan merugikan masyarakat dan merugikan perekonomian negara. Oleh karenanya disamping penegakan hukum secara perdata, penegakan hukum persaingan dilakukan juga secara pidana.

Di Indonesia berdasarkan Undang-undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Tidak Sehat (selanjutnya disebut "UU No. 5 tahun 1999") institusi yang memiliki kewenangan untuk menegakan hukum persaingan adalah Komisi Pengawas Persaingan Usaha (selanjutnya disingkat "KPPU").<sup>299</sup>

Menurut Pasal 37 UU No. 5 tahun 1999, lembaga yang akan mengawasi pelaksanaan Undang-undang No 5 tahun 1999 tersebut adalah KPPU. Di samping lembaga tersebut, berdasarkan Pasal 44 dari undang-undang itu ada lembaga lain yang dapat menjadi penegak pelaksanaan undang-undang itu, yaitu penyidik dan pengadilan. Selanjutnya untuk mengetahui peran dan fungsi KPPU dalam penegakan hukum persaingan dapat dilihat dari tugas, wewenang dan fungsi Komisi.

Mengenai tugas Komisi diatur dengan jelas dalam Pasal 35 UU No. 5 tahun 1999. antara lain :

- a. Melakukan penilaian terhadap perjanjian yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat, seperti: oligopoli, diskriminasi harga (*price discrimination*), penetapan harga (*price fixing/price predatory*), pembagian wilayah (*market allocation*), pemboikotan, kartel, trust, oligopsoni, integrasi vertikal, perjanjian tertutup, dan perjanjian dengan pihak luar negeri.
- b. Melakukan penilaian terhadap kegiatan usaha dan atau tindakan pelaku usaha tidak sehat, seperti monopoli, monopsoni, penguasaan pasar, dan persekongkolan.
- c. Melakukan penilaian terhadap ada atau tidak adanya penyalahgunaan posisi dominan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha yang tidak sehat, yang dapat timbul melalui posisi dominan, jabatan rangkap, pemilikan saham, penggabungan, peleburan, serta pengambilalihan.
- d. Mengambil tindakan sesuai dengan wewenang Komisi, komisi dapat menggunakan wewenangnya untuk memerintahkan penghentian perjanjian-perjanjian dan kegiatan-kegiatan usaha yang dilarang tersebut.
- e. Memberikan saran dan pertimbangan terhadap kebijakan Pemerintah yang berkaitan dengan praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat, serta
- f. Menyusun pedoman dan atau publikasi yang berkaitan dengan persaingan usaha tidak sehat.

- g. Memberikan laporan secara berkala atas hasil kerja Komisi kepada Presiden dan Dewan Perwakilan Rakyat.

Pengaturan mengenai tugas komisi ditegaskan kembali dalam Pasal 4 Keppres No. 75 Tahun 1999 tentang Komisi Pengawas Persaingan Usaha. Sangat diharapkan bahwa Komisi nantinya dapat benar-benar bertindak aktif untuk mempengaruhi kebijakan Pemerintah dalam pembuatan peraturan yang berkaitan dengan praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat. Misalnya saja, jika Komisi melihat pasal-pasal yang ada dalam UU No.5 tahun 1999 tidak memadai untuk menunjang tugas dan wewenangnya, Komisi dapat mengajukan saran dan pertimbangan kepada Pemerintah untuk mengeluarkan peraturan yang mendukung tugas dan wewenang Komisi. Sebagai perbandingan, Komisi Uni-Eropa yang mengusulkan kepada Dewan Menteri untuk mengeluarkan peraturan yang memberikan kewenangan-kewenangan tertentu kepada Komisi.<sup>300</sup> Hal ini dilakukan Komisi karena melihat kewenangan yang diberikan atau diperoleh dari Article 85 dan 86 Perjanjian Roma kurang memadai bagi Komisi untuk melaksanakan Hukum Persaingan Uni-Eropa.

Komisi juga harus membuat pedoman (*guideline*) atau aturan main yang jelas, baik bagi Komisi sendiri maupun bagi pelaku usaha. Misalnya, bagaimana prosedur dan proses beracara di Komisi, apakah ketentuan-ketentuan yang diatur dalam UU No. 5 tahun 1999 cukup memadai. Kalau tidak, Komisi harus membuat sendiri pedoman beracara tersebut. Sebagai perbandingan, hal ini juga dilakukan oleh *Federal Trade Commission* yang mengeluarkan *Trade Regulation Rules*, yang menetapkan cakupan Section 5 FTC Act untuk praktik-praktik industri tertentu.<sup>301</sup> Bersama-sama dengan *Justice Department*, FTC mengeluarkan *the Justice Department, FTC 1992 Horizontal Merger Guidelines*.<sup>302</sup> Dalam hal ini Pasal 35 ayat (f) ini masih membutuhkan penjelasan lebih lanjut, apakah pedoman yang dimaksud dalam arti luas, yaitu pedoman atau aturan bagi Komisi sendiri dan juga bagi pelaku usaha, atau pedoman hanya bagi Komisi atau pelaku usaha. Sayangnya penjelasan dari pasal ini hanya menyatakan cukup jelas.

Oleh karena itu, integritas dan independensi dari Komisi sangat menentukan untuk mengisi kekosongan-kekosongan peraturan maupun pedoman dalam persaingan usaha. Diharapkan Komisi dapat mengantisipasi semaksimal mungkin intervensi politik atau pengaruh dari pihak-pihak lain.

Kewenangan yang diberikan oleh UU Persaingan Usaha ini cukup luas dan terinci dan tidak jauh berbeda dengan kewenangan-kewenangan yang dimiliki oleh Komisi-Komisi di negara lain. Namun demikian, ada kewenangan yang dimiliki oleh Komisi negara lain tetapi tidak dimiliki oleh Komisi Indonesia, yaitu kewenangan untuk mengajukan suatu perkara yang berkaitan dengan praktik monopoli dan persaingan usaha yang tidak sehat ke pengadilan. Kewenangan seperti ini dimiliki oleh FTC, di mana FTC dapat memasukkan

gugatan perdata pada pengadilan distrik/federal untuk mempertahankan prosedur/putusan administrasi yang telah ditempuhnya dalam menangani suatu perkara persaingan usaha. Hal yang sama juga dimiliki oleh Komisi Jepang, yang mempunyai hak untuk mengajukan gugatan ke pengadilan dalam hal yang berhubungan dengan *holding company, filing of merger, dan waiting period of merger*.

Ketiadaan wewenang Komisi Indonesia untuk menegakkan putusannya pada pelaku usaha yang melakukan praktik monopoli atau persaingan usaha tidak sehat patut dipertanyakan. Bagaimana jika pihak yang terkena putusan menolak untuk melaksanakan putusan Komisi, tetapi tidak melakukan upaya hukum dengan banding ke Pengadilan Negeri sebagaimana yang dimungkinkan oleh Pasal 44 ayat (2) UU Persaingan Usaha? Apakah upaya yang dapat dilakukan oleh Komisi? Ternyata UU Persaingan Usaha pada Pasal 44 ayat (3) hanya memberikan kewenangan pada Komisi untuk menyerahkan putusan tersebut kepada penyidik untuk dilakukan penyidikan sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Jika penyidik yang dimaksud disini adalah penyidik Polri atau Jaksa atau penyidik PNS, maka patut dipertanyakan kredibilitas dari ketiga penyidik (khususnya Polri dan Jaksa) itu untuk menyidik perkara-perkara yang memerlukan penguasaan yang tinggi terhadap bidang hukum dan ekonomi. Untuk apa membentuk Komisi dan stafnya yang tidak lain adalah para pakar yang mempunyai integritas kepribadian dan keilmuan yang memadai, jika kemudian putusan mereka yang telah melalui proses yang rumit harus disidik ulang oleh penyidik Polri atau Jaksa. Kalaupun yang dimaksud adalah penyidik PNS, tetap dipertanyakan kredibilitas dari penyidik tersebut karena ketentuan pasal ini mengandung ketidakjelasan dan ambiguitas.

Sewajarnya apabila Komisi diberikan kewenangan untuk mempertahankan putusannya dengan mengajukan ke Pengadilan, jika putusan tersebut sangat berkaitan erat dengan kepentingan publik (*public interest*). Biarkanlah Pengadilan, yang menguji putusan Komisi tersebut. Sama halnya jika suatu pihak keberatan terhadap putusan Komisi diberikan hak untuk mengajukan keberatan kepada Pengadilan.

Walaupun Komisi tidak mempunyai kewenangan untuk mempertahankan putusannya seperti halnya negara-negara yang disebutkan di atas, Komisi Indonesia juga mempunyai kewenangan yang tidak dimiliki oleh Komisi-Komisi di negara-negara lain, yaitu kewenangan Komisi untuk mengenakan hukuman pidana.<sup>303</sup> Hal ini patut dipertanyakan, karena sampai saat ini lembaga yang berwenang untuk menjatuhkan hukuman pidana adalah pengadilan. Oleh karena itu, pasal inipun perlu mendapat penjelasan lebih lanjut. Sayangnya dalam penjelasan pasal tersebut hanya dikatakan cukup jelas.

Dari uraian di atas, dapat di tarik suatu pandangan bahwa Undang-undang No. 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha

Tidak Sehat, memberikan tugas dan wewenang yang sangat luas, sehingga KPPU mempunyai peranan yang penting dalam penegakan hukum persaingan usaha.

## 2. Fungsi KPPU dalam Penegakan Hukum Persaingan Usaha

Di dalam UU No. 5 Tahun 1999 tidak ada satu pasalpun yang mengatur fungsi KPPU. Pengaturan mengenai fungsi KPPU terdapat dalam Keppres No. 75 Tahun 1999 tentang KPPU. Pasal 5 Keppres tersebut menguraikan bahwa fungsi Komisi sesuai tugasnya, meliputi :

- a. melakukan penilaian terhadap perjanjian, kegiatan usaha, dan penyalahgunaan posisi dominan;
- b. pengambilan tindakan sebagai pelaksanaan kewenangan;
- c. dan pelaksanaan administratif.

Ketiga fungsi KPPU di atas harus dijalankan dalam kerangka fungsi hukum sebagai *tool of social control and a tool of social engineering*<sup>304</sup> dan fungsi KPPU tersebut pun harus dijalankan dalam kerangka Indonesia sebagai negara berkembang yang sedang membangun. Pound menggaris bawahi bahwa dalam memfungsikan hukum sebagai alat rekayasa sosial, harus mampu melindungi tiga kepentingan dasar yakni kepentingan umum, kepentingan sosial dan kepentingan perorangan.<sup>305</sup> Kerangka berpikir pound ini harus digunakan untuk menilai prospek fungsi KPPU dalam menjalankan tugasnya. Dilihat dari tujuan, UU Persaingan Indonesia dapat dianggap memenuhi harapan Pound.

Sebagai "*alat kontrol sosial*" Undang-undang Persaingan ini berusaha menjaga kepentingan umum dan mencegah praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat. Selanjutnya sebagai "*alat rekayasa sosial*", UU ini berusaha untuk meningkatkan efisiensi ekonomi nasional, mewujudkan iklim usaha yang kondusif melalui pengaturan persaingan usaha yang sehat, dan berusaha menciptakan efektifitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha.

Sejalan dengan kedua fungsi hukum di atas, C.F.G. Sunaryati Hartono,<sup>306</sup> lebih jauh menguraikan :

"Tujuan dan fungsi hukum Indonesia itu bukanlah sekedar memelihara ketertiban, keamanan dan stabilitas masyarakat dalam arti: *to keep the peace at all events and at any price*, akan tetapi lebih diarahkan pada cita-cita untuk mencapai kesejahteraan masyarakat Indonesia, baik dalam arti masyarakat sebagai satu kesatuan, maupun untuk mencapai kesejahteraan bagi setiap warga Indonesia, sebagaimana didalilkan oleh Pasal 27 ayat 2 UUD 1945".

Berhubungan dengan fungsi hukum di atas, Mochtar Kusumaatmadja<sup>307</sup>, memperkuat pendapat di atas, Ia berpendapat bahwa dalam masyarakat yang sedang *membangun*, hukum tidak cukup memiliki fungsi demikian saja. Ia juga harus dapat membantu proses perubahan masyarakat itu, dalam pengertian

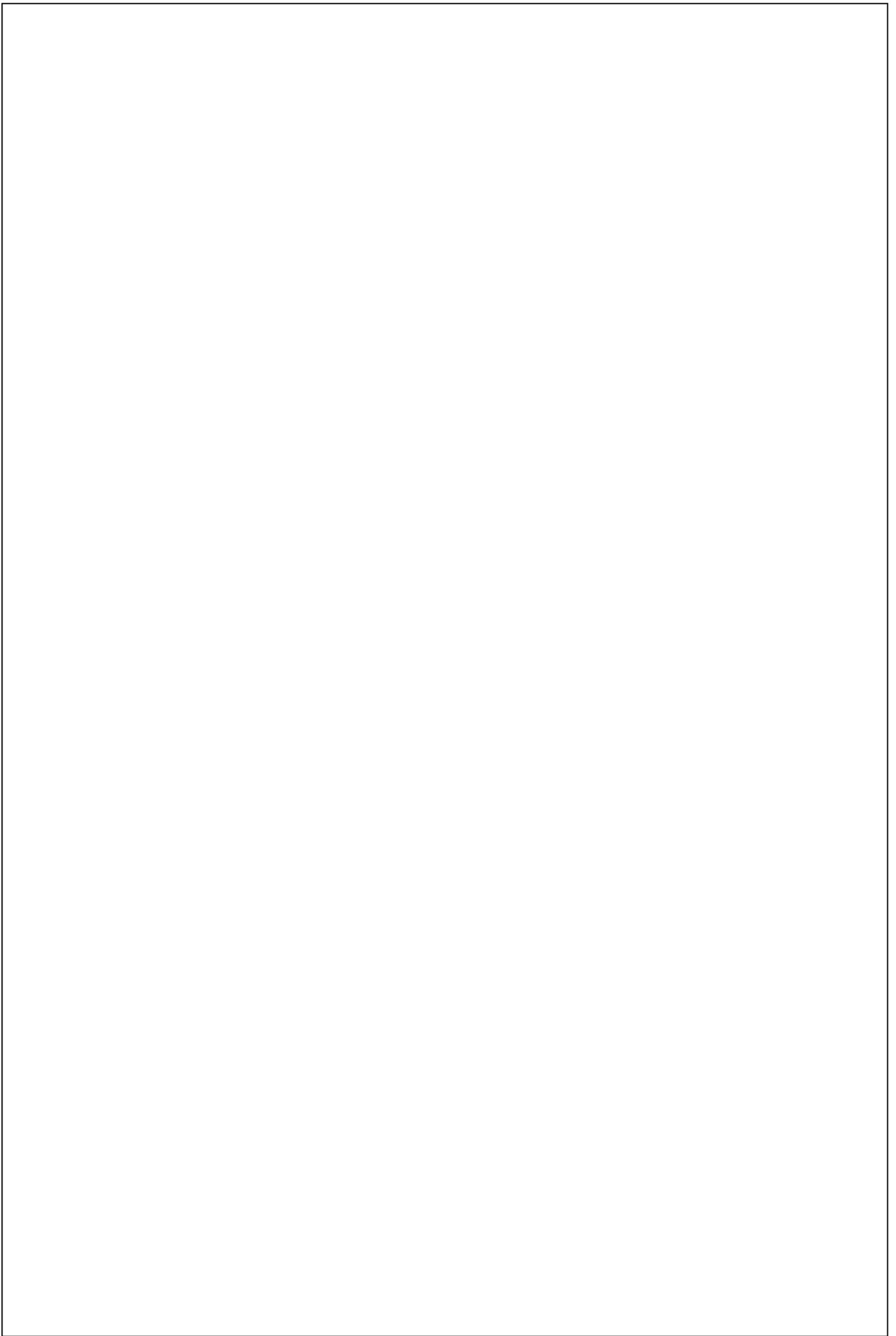
inilah hukum berfungsi sebagai alat pembaharuan masyarakat.

Oleh sebab itu, tujuan dan fungsi dibentuknya KPPU tersebut harus dijalankan dalam kerangka fungsi hukum sebagai alat kontrol sosial dan alat rekayasa sosial. Selain itu harus dijalankan dalam kerangka fungsi hukum dalam pembangunan untuk menjamin bahwa persaingan usaha secara sehat dapat berjalan secara teratur.

### **Kesimpulan**

Simpulan yang dapat diambil antara lain : 1) Undang-undang No. 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, memberikan tugas dan wewenang yang sangat luas, sehingga KPPU mempunyai peranan yang penting dalam penegakan hukum persaingan usaha; dan 2) Tujuan dan fungsi dibentuknya KPPU tersebut harus dijalankan dalam kerangka fungsi hukum sebagai alat kontrol sosial dan alat rekayasa sosial. Selain itu harus dijalankan dalam kerangka fungsi hukum dalam pembangunan untuk menjamin bahwa persaingan usaha secara sehat dapat berjalan secara teratur.

Berdasarkan simpulan di atas, diberikan saran : 1) Diharapkan dalam pelaksanaan tugas dan wewenangnya KPPU mampu berperan secara maksimal dalam pengawasan persaingan usaha yang sehat dan sesuai dengan fungsi hukum sebagai alat kontrol sosial dan alat rekayasa sosial, KPPU dapat berfungsi dengan baik, yaitu untuk menjamin bahwa persaingan usaha secara sehat dapat berjalan secara teratur.



# 3 KEBIJAKAN PENGATURAN MERGER & AKUISISI LINTAS NEGARA DALAM SISTEM HUKUM PERSAINGAN USAHA

**Rhido Jusmadi**

*Dosen Fakultas Hukum Universitas Trunojoyo Madura*

## ABSTRAK

3  
Artikel ini membahas mengenai fenomena merger & akuisisi lintas negara sebagai sebuah dampak dari proses globalisasi ekonomi. Perhatian yang mendasar dari adanya praktek merger & akuisisi lintas negara adalah adanya peningkatan konsentrasi pasar yang berdampak pada persaingan usaha. Kondisi ini melahirkan upaya untuk mempersiapkan kebijakan hukum persaingan usaha nasional suatu negara agar mampu merespon hal tersebut dan Indonesia sebagai salah satu negara yang sudah memiliki rezim hukum persaingan serta sudah dilengkapi dengan rezim pengaturan merger & akuisisi, maka Indonesia merasa perlu untuk segera merumuskan kebijakan hukum tentang pengaturan merger & akuisisi yang memfokuskan secara khusus pada aspek lintas negaranya. Analisis yang digunakan dalam artikel ini adalah analisis secara yuridis normatif dengan teknik analisis deskriptif analitis. Adapun bahan-bahan hukum yang diperoleh dalam penelitian ini diperoleh melalui tinjauan kepustakaan dan tinjauan peraturan perundang-undangan.

3  
Kata Kunci: Kebijakan, Merger & Akuisisi Lintas Negara, Hukum Persaingan Usaha

## A. PENDAHULUAN 3

Globalisasi ekonomi telah menurunkan biaya-biaya transaksi perdagangan yang telah diiringi dengan meningkatnya investasi. Rendahnya biaya-biaya perdagangan akan membuat hal tersebut mendatangkan keuntungan bagi perusahaan-perusahaan untuk melayani pasar luar negeri melalui ekspor. Namun, satu fakta yang penting untuk dicermati bahwa jumlah yang besar dari investasi tersebut ternyata tidak terjadi melalui *greenfields investment*<sup>308</sup> tetapi malahan berasal dari praktek-praktek yang dilakukan melalui instrumen merger & akuisisi lintas negara (*cross border mergers & acquisitions*).<sup>309</sup>

Keberadaan praktek merger & akuisisi lintas negara juga membawa pengaruh terhadap negara-negara yang menjadi target tujuan bagi praktek merger & akuisisi lintas negara tersebut, di mana mayoritas negara-negara yang menjadi target praktek merger & akuisisi lintas negara tersebut adalah negara berkembang. Hal ini mendesak bagi negara-negara berkembang untuk memahami "serangan" merger & akuisisi lintas negara dan dampaknya bagi

pembangunan mereka. Hal ini diungkapkan oleh Perdana Menteri Malaysia Dr. Mahathir Muhammad dalam pertemuan di *United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) ke-X* pada Februari tahun 2000, yaitu:

“.....merger & akuisisi lintas negara.....membuat perusahaan menjadi lebih besar.Sekarang banyak dari perusahaan-perusahaan tersebut secara finansial lebih kuat dari pada negara-negara berkembang.Ketika kita mengizinkan mereka untuk berkolaborasi dengan perusahaan-perusahaan lokal kita, kita takut jika mereka datang dan kondisi kita tidak siap, maka mereka akan mengambilalih seluruh sektor bisnis kita”.<sup>310</sup>

3 Perhatian yang mendasar dari adanya praktek merger & akuisisi lintas negara adalah adanya perubahan kepemilikan dari lokal ke tangan asing. Ini membawa pada kekhawatiran-kekhawatiran di mana merger & akuisisi lintas negara tersebut akan membawa seluruh sumber daya yang dibutuhkan bagi pembangunan dari negara-negara tujuan merger & akuisisi lintas negara, denasionalisasi perusahaan-perusahaan domestik, pengurangan lapangan pekerjaan, hilangnya aset-aset berbasis teknologi dan meningkatnya konsentrasi pasar yang berdampak pada persaingan usaha.<sup>311</sup> 3

Fenomena merger & akuisisi lintas negara tersebut,melahirkan upaya untuk mempersiapkan kebijakan hukum persaingan usaha nasional suatu negara agar mampu merespon praktek merger & akuisisi lintas negara yang saat ini sedang marak terjadi, dan Indonesia sebagai salah satu anggota komunitas internasional yang sudah memiliki rezim hukum persaingan sejak tahun 1999 serta sudah dilengkapi dengan rezim pengaturan merger & akuisisi sejak tahun 2010,<sup>312</sup> maka Indonesia merasa perlu untuk segera merumuskan kebijakan hukum tentang pengaturan merger & akuisisi yang memfokuskan secara khusus pada aspek lintas negaranya.

Hal ini disebabkan karena adanya kekhawatiran bahwa kebijakan hukum persaingan usaha nasional di suatu negara tidak dapat mengatasi persoalan persaingan usaha di pasar internasional yang diakibatkan oleh proses merger & akuisisi yang dilakukan secara lintas negara tersebut.<sup>313</sup> Di samping itu juga, munculnya usulan untuk membentuk sistem kebijakan secara internasional untuk mengatur praktek merger & akuisisi lintas negara apabila kebijakan persaingan usaha nasional tersebut tidak mampu untuk menyelesaikan permasalahan-permasalahan yang muncul sebagai eksese dari praktek merger & akuisisi lintas negara.<sup>314</sup>

## B. Pembahasan 3

Dalam menentukan pengaturan mengenai merger & akuisisi lintas negara, khususnya dalam kerangka sistem hukum persaingan usaha yang berlaku secara universal, terdapat beberapa ketentuan yang dapat dijadikan acuan dasar bagi Indonesia untuk menentukan kebijakan dalam menghadapi merger & akuisisi lintas negara, yaitu:

3

1. Pendekatan yang akan digunakan sebagai landasan dasar kebijakan pengaturan merger & akuisisi lintas negara;
2. Kriteria yang harus diperhatikan dalam menentukan kebijakan pengaturan merger & akuisisi lintas negara; dan
3. Model kerjasama internasional sebagai upaya strategis untuk mengefektifkan penerapan kebijakan pengaturan merger & akuisisi lintas negara.

3

### **Pendekatan Yang Dapat Digunakan Sebagai Landasan Dasar Kebijakan Pengaturan Merger & Akuisisi Lintas Negara**

Pada umumnya di beberapa negara-negara di dunia, khususnya negara-negara yang tergabung dalam OECD, Uni Eropa dan Indonesia sendiri<sup>3</sup> telah memiliki rezim pengaturan merger & akuisisi, telah menentukan tujuan yang hendak dicapai dengan dibuatnya peraturan tentang merger & akuisisi. Jika dilihat dari masing-masing peraturan tentang merger & akuisisi dari beberapa negara yang telah disebutkan di atas maka dapat disimpulkan bahwa terdapat dua tujuan besar yang hendak dicapai, yaitu tujuan untuk mencapai terciptanya efisiensi<sup>315</sup> kegiatan usaha atau juga dikenal dengan istilah *economic efficiencies*, dan tujuan untuk menjaga atau melindungi kepentingan umum atau kepentingan konsumen yang juga dikenal dengan istilah *public interest*.<sup>316</sup>

Pendekatan efisiensi ekonomi sangat luas dikenal sebagai sebuah kebijakan yang sangat penting dalam mengevaluasi suatu praktek merger & akuisisi lintas negara. Bagi pihak-pihak yang mendukung penerapan pendekatan efisiensi dalam menganalisis merger & akuisisi lintas negara berargumentasi bahwa satu-satunya tujuan dari kebijakan pengaturan merger & akuisisi lintas negara adalah mempromosikan efisiensi ekonomi.<sup>317</sup> Pendekatan efisiensi inilah oleh Robert H. Bork dikenal sebagai "*traditional consumer welfare*".<sup>318</sup>

Para pendukung dari pendekatan ini berargumentasi bahwa tujuan tunggal tersebut jauh lebih baik dari tujuan kebijakan persaingan yang memiliki banyak tujuan yang mungkin memerlukan "*unreal economic distinctions*" (ciri-ciri atau perbedaan-perbedaan ekonomi yang tidak nyata), menempatkan persoalan-persoalan politik di tangan pengadilan dari pada di tangan para pembuat undang-undang dan tidak memberikan para pelaku usaha "tanda atau peringatan yang adil" yang seharusnya pantas mereka dapatkan.<sup>319</sup> Sebagai konsekuensinya, tujuan-tujuan sosial atau kepentingan umum seperti kekayaan dan kekuatan distribusi akan ditolak sebagai tujuan-tujuan yang tidak sesuai dengan kebijakan persaingan.<sup>320</sup>

Berbeda dengan tujuan efisiensi, para pendukung pendekatan public interest berpendapat bahwa hukum persaingan usaha dapat memberikan akibat-akibat keadilan sosial dan dapat disesuaikan penggunaannya untuk mencapai tujuan tersebut. Tujuan-tujuan yang lebih luas lagi terkadang lebih sesuai bagi kebijakan merger & akuisisi lintas negara, termasuk diantaranya adalah *consumer choice* (pilihan konsumen), *curtailing market power* (membatasi market

*power*), *maintenance of medium size and small firms* (menjaga keberlangsungan dari perusahaan kecil dan menengah), *regional development* (pembangunan regional), *export promotion* (promosi ekspor), *maintaining economic decentralization* (menjaga keberlangsungan desentralisasi ekonomi), *job protection* (melindungi lapangan pekerjaan) dan *promoting national interest* (mempromosikan kepentingan nasional).<sup>321</sup>

Dengan diadopsinya tujuan untuk mencapai efisiensi ekonomi (*economic efficiency*) dan tujuan untuk menjaga atau melindungi kepentingan umum (*public interest*) di dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, maka konsekuensinya kebijakan hukum persaingan usaha Indonesia dalam mengatur praktek merger & akuisisi, baik di lingkup domestik pada umumnya dan lintas negara pada khususnya, harus dapat menselaraskan kedua kepentingan tersebut secara baik dan benar.

Pilihan untuk mampu menselaraskan kedua tujuan tersebut dilakukan karena berdasarkan Pasal 2 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 disebutkan bahwa pelaku usaha di Indonesia dalam menjalankan kegiatan usahanya harus mampu memperhatikan keseimbangan antara kepentingan pelaku usaha dan kepentingan umum. Di samping itu juga, mengingat bahwa pilihan untuk mencapai tujuan efisiensi merupakan sebuah keniscayaan di dalam fenomena globalisasi ekonomi serta pelaksanaan ekonomi pasar bebas seperti yang sekarang ini terjadi, namun juga disisi lain penerapan prinsip ekonomi pasar bebas di Indonesia tidak dapat serta-merta mengesampingkan prinsip-prinsip kepentingan umum yang sudah diamanatkan secara tegas di dalam Pancasila dan Pasal 33 Undang-Undang Dasar 1945.<sup>322</sup>

Bagi Indonesia sebagaimana tercermin pada tujuan dari UU No. 5 Tahun 1999, maka tujuan tidak sekedar memberikan kesejahteraan kepada konsumen namun juga memberikan manfaat bagi publik. Dengan adanya kesejahteraan konsumen maka berarti akan berdampak pada terciptanya kesejahteraan rakyat. Pasal 3 itulah yang membedakan dengan Undang-Undang Persaingan Usaha di negara lain yang tidak sekedar menjamin adanya kesejahteraan konsumen tetapi juga menjaga kepentingan umum dan meningkatkan efisiensi ekonomi nasional sebagai salah satu upaya untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat.<sup>323</sup>

### 3

#### **Beberapa Kriteria Yang Harus Diperhatikan Dalam Menentukan Kebijakan Pengaturan Merger & Akuisisi Lintas Negara**

Pengaturan-pengaturan mengenai merger & akuisisi lintas negara harus dengan baik menyediakan sebuah mekanisme untuk mencegah tercapainya tujuan-tujuan merger & akuisisi lintas negara yang bertentangan dengan ketentuan-ketentuan substantif atau memfasilitasi penyelesaian bagi pelanggaran terhadap ketentuan-ketentuan substantif yang memiliki kemampuan untuk memulihkan kembali pasar pada posisi sebelum terjadinya

pelanggaran, atau kombinasi dari keduanya. Secara praktis, pencegahan tindakan melawan hukum lebih diinginkan dari pada upaya-upaya yang baru muncul kemudian untuk memperbaiki kerugian yang telah ditimbulkan.<sup>324</sup>

Penerapan sistem *pre-mergers & acquisitions notifications* dalam konteks merger & akuisisi (baik domestik maupun lintas negara) seperti ini di dalam rezim hukum persaingan usaha memiliki beberapa karakter yang khas, yaitu:<sup>325</sup>

1. Penerapan sistem *pre-mergers & acquisitions notifications* ini hanya berlaku bagi merger & akuisisi baik domestik maupun lintas negara) saja, di mana beberapa pengaturan-pengaturan klasik mengenai perilaku anti persaingan usaha seperti kartel, oligopoli dan sebagainya tidak memerlukan adanya proses-proses *pre-notification*.
2. Sistem *pre-mergers & acquisitions notifications* memberikan sebuah mekanisme di mana para pihak dapat dievaluasi terlebih dahulu sehingga dapat memiliki nilai bagi kedua belah pihak, baik perusahaan yang diperiksa maupun pihak regulator (pemerintah atau otoritas pengawas persaingan), yaitu pihak regulator memperoleh sebuah mekanisme bagi pendeteksian dan pencegahan praktek-praktek merger & akuisisi lintas negara yang anti persaingan dalam tingkat permulaan dan pihak perusahaan yang diperiksa akan memperoleh kepastian yang kuat tentang posisi hukum mereka pada praktek merger & akuisisi lintas negara yang mereka lakukan.<sup>326</sup>
3. Merger & akuisisi lintas negara membawa perubahan struktural yang rumit. Perubahan-perubahan struktural yang disebabkan oleh merger & akuisisi lintas negara menyebabkan kerugian-kerugian persaingan, dan sering sekali sulit, atau bisa dikatakan tidak mungkin, untuk merubah kerugian-kerugian tersebut meskipun melalui ketentuan-ketentuan *post-conduct*.

Di Indonesia ketentuan mengenai pra-notifikasi diatur dalam Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2009.<sup>327</sup> Adapun ketentuan-ketentuan yang diatur dalam Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2009 tersebut adalah sebagai berikut:

1. Ketentuan tentang batasan nilai yang diatur dalam Pasal 3 ayat (1) dan ayat (2) Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2009
2. Ketentuan tentang penilaian awal yang diatur dalam Pasal 5 ayat (1) sampai dengan ayat (5) Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2009
3. Ketentuan tentang penilaian menyeluruh yang diatur dalam Pasal 6 ayat (1) sampai dengan ayat (4) Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2009

Ketentuan normatif yang diatur dalam Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2009 tersebut tentunya tidak cukup dalam melakukan analisis terhadap praktek merger & akuisisi lintas negara, sehingga untuk mencapai tujuan-tujuan dari pendeteksian dan pencegahan terhadap praktek-praktek merger & akuisisi lintas negara yang anti persaingan, terdapat kriteria-kriteria yang

bisa diterapkan untuk merger & akuisisi lintas negara. Penerapan dari kriteria-kriteria tersebut dapat dilakukan meskipun terdapat ketentuan resmi *pre-merger notifications* yang berlaku, dan apabila ada, kriteria-kriteria tersebut dapat diterapkan meskipun *pre-merger notifications* yang berlaku tersebut mensyaratkan kewajiban maupun kesukarelaan.

3

### **Kebijakan Kerjasama Internasional Sebagai Upaya Strategis Untuk Menerapkan Pengaturan Merger & Akuisisi Lintas Negara**

Satu hal lagi usulan kebijakan yang dirasakan cukup penting bagi Indonesia dalam merumuskan kebijakan pengaturan merger & akuisisi lintas negara adalah melalui strategi kerjasama internasional dalam menerapkan pengaturan merger & akuisisi lintas negara, karena sebagai hasil dari globalisasi pasar, keberadaan aset-aset dan pengaruh-pengaruh dari para pihak yang melakukan merger & akuisisi lintas negara saat ini sering meluas melebihi jangkauan teritorial dari satu negara.<sup>328</sup>

Terdapat beberapa langkah strategi yang dapat digunakan untuk mengefektifkan ditegakannya pengaturan tentang merger & akuisisi lintas negara, yaitu melalui penerapan prinsip *comity*, kerjasama bilateral, dan kerjasama multilateral.

#### **a. Penerapan Prinsip *Comity***

Prinsip *comity* diartikan secara luas sebagai sebuah pertimbangan yang diberikan oleh regulator dan lembaga peradilan terhadap hukum-hukum dan kepentingan-kepentingan dari negara-negara lain ketika menerapkan peraturan perundang-undangan domestiknya. Prinsip ini menjadi sangat relevan ketika perusahaan yang melakukan merger & akuisisi berdomisili di wilayah yurisdiksi asing atau ketika merger & akuisisi yang dilakukan di wilayah domestik memiliki konsekwensi-konsekwensi sosial atau ekonomi di luar yurisdiksi negara yang mengaturnya.<sup>329</sup>

Tujuan dari penerapan prinsip *comity* dalam melakukan pemeriksaan merger & akuisisi lintas negara bukanlah untuk mengurangi biaya, meningkatkan efisiensi atau pengharmonisasian peraturan per se, namun sebaliknya adalah untuk menghindari konflik yang mungkin akan muncul ketika lebih dari satu negara memiliki kepentingan dalam mengusulkan merger & akuisisi yang terjadi secara lintas negara. Sebagai hasil dari mempertimbangkan diterapkannya prinsip *comity* mungkin saja akan memiliki manfaat tambahan jika suatu negara dapat menahan diri untuk menerapkan peraturan hukumnya atau menunda pelaksanaan transaksi-transaksi yang dilakukan di negara lain.<sup>330</sup>

Prinsip *comity* dibagi dalam dua bentuk, yaitu *negative comity* dan *positive comity*. *Negative comity* adalah suatu prinsip tradisional yang didasarkan pada

kepentingan-kepentingan asing dan peraturan perundang-undangan harus mempertimbangkan negara yang menerapkan hukum persaingannya.<sup>331</sup> Prinsip ini mencakup tindakan untuk menolak melakukan sesuatu secara sukarela dari pada melakukan kerjasama yang dilakukan secara langsung atau proaktif.<sup>332</sup>

Dalam konteks hukum persaingan usaha, prinsip *negative comity* terbagi menjadi dua, yaitu:

1. Memberikan peringatan kepada negara lain ketika tindakan penegakan hukum persaingan usaha yang dilakukannya akan berdampak pada kepentingan negara tersebut;
2. Memberikan sikap yang penuh tenggang rasa dan simpatik pada upaya-upaya yang memungkinkan untuk dilaksanakannya penegakan hukum persaingan usaha tersebut tanpa harus merugikan kepentingan-kepentingan dari negara tersebut.<sup>333</sup>

Sementara itu *positive comity* adalah suatu prinsip yang merujuk pada pendekatan yang lebih proaktif di mana sebuah negara yang diminta untuk mempertimbangkan permintaan yang dibuat oleh pihak lain untuk menginvestigasi tindakan yang muncul di dalam yurisdiksinya yang memberikan dampak merugikan pada pihak lain.<sup>334</sup> Dalam konteks hukum persaingan usaha, prinsip ini meliputi:

1. Memberikan sikap yang penuh tenggang rasa dan simpatik terhadap permintaan-permintaan dari negara lain bahwa suatu negara membuka atau meluaskan tindakan penegakan hukumnya yang bertujuan untuk memperbaiki tindakan yang secara substansi berdampak pada kepentingan-kepentingan negara lain;
2. Melakukan tindakan perbaikan apa saja yang dianggap sesuai secara sukarela dan mempertimbangkan kepentingan-kepentingannya yang sah.<sup>335</sup>

### **b. Kerjasama Bilateral Dalam Pengaturan Merger & Akuisisi Lintas Negara**

Kerjasama diantara lembaga-lembaga yang berkaitan dengan pemeriksaan terhadap proses merger & akuisisi lintas negara dan hukum persaingan usaha telah dilakukan dalam berbagai variasi bentuk dan lingkupnya mencakupi perjanjian-perjanjian yang dilakukan secara formal maupun melalui proses-proses diskusi informal.<sup>336</sup> Berdasarkan statistik, kebanyakan dari perjanjian kerjasama yang dilakukan secara formal berbentuk kerjasama bilateral yang biasanya terjadi diantara negara-negara yang memiliki kedekatan secara geografis maupun yang memiliki kedekatan atau ikatan secara politik, atau juga negara-negara yang memiliki kemiripan dalam upaya membangun sistem hukum persaingan usaha.<sup>337</sup>

Perjanjian-perjanjian kerjasama bilateral tersebut dapat berbentuk *“hard law binding treaties”* yang dilakukan antar negara atau juga yang sering kali dilakukan adalah dalam bentuk *“soft law non-binding agreements”* atau bentuk-bentuk *best practices* yang dilakukan antar lembaga-lembaga pengawas persaingan.<sup>338</sup> Beberapa contoh dari kerjasama bilateral yang sudah dilakukan diantaranya adalah antara Uni Eropa dan Amerika Serikat; Kanada dan Amerika Serikat; Kanada dan Uni Eropa; serta Australia dan Selandia Baru. Kerjasama-kerjasama tersebut secara khusus telah terbukti sangat ampuh untuk mempromosikan kerjasama dan keterpaduan dalam proses pemeriksaan merger & akuisisi lintas negara.<sup>339</sup>

### 3 c. Kerjasama Multilateral Dalam Pengaturan Merger & Akuisisi Lintas Negara

Disamping upaya-upaya keras yang dilakukan melalui mekanisme kerjasama bilateral, sejumlah perjanjian kerjasama yang dilakukan secara multilateral telah muncul sebagai upaya untuk meningkatkan kerjasama dan keterpaduan secara umum dalam prinsip-prinsip persaingan usaha dan juga secara khusus berhubungan dengan pemeriksaan terhadap merger & akuisisi lintas negara yang melibatkan banyak yurisdiksi.<sup>340</sup> Dalam dua dekade belakangan ini berbagai macam usulan-usulan telah diajukan baik mengenai prosedur maupun mengenai pengaturan substansi harmonisasi dari pemeriksaan merger & akuisisi lintas negara.<sup>341</sup>

Sebelumnya terdapat beberapa forum kerjasama yang tidak berhasil menghasilkan peningkatan kerjasama dan keterpaduan dalam hukum persaingan usaha pada umumnya dan prosedur tentang merger & akuisisi lintas negara pada khususnya. Diantaranya adalah kegagalan untuk menambahkan isu-isu yang terkait dengan persaingan usaha internasional pada agenda-agenda WTO (khususnya yang terkait dengan hubungan antara kebijakan persaingan usaha dan kebijakan perdagangan bebas). Kemudian *United Nations* (Perserikatan Bangsa-Bangsa/PBB) melalui UNCTAD mengadopsi *Model Law of Competition in 2004*, yang diarahkan ke negara-negara berkembang dan menyediakan lingkup yang terbatas hanya pada keterpaduan dari hukum-hukum merger & akuisisi yang sudah ada atau upaya-upaya untuk mengurangi biaya-biaya transaksi dan pemeriksaan.<sup>342</sup>

Dari beberapa kegagalan-kegagalan tersebut terdapat diantaranya beberapa perjanjian-perjanjian multilateral yang sukses (terlepas dari keberhasilan Uni Eropa dalam melakukan harmonisasi pengaturan merger & akuisisi lintas negara), yaitu adalah perjanjian kerjasama yang dilakukan oleh negara-negara anggota OECD dan perjanjian kerjasama yang dilakukan dalam forum *International Competition Network* (ICN). OECD dan *International Competition Network* (ICN) telah memperoleh kesuksesan yang cukup signifikan dalam pembentukan prinsip-prinsip inti, rekomendasi-rekomendasi dan *best practices*

dalam mengatur pemeriksaan terhadap merger & akuisisi lintas negara. Pembentukan-pembentukan tersebut telah memiliki efek pembuktian melalui meningkatnya keterpaduan dari prinsip-prinsip inti diantara peraturan-peraturan merger & akuisisi yang berbeda-beda yurisdiksi.<sup>343</sup>

Meski demikian, tidak diragukan lagi bahwa OECD memainkan peranan yang cukup penting dalam memfasilitasi diskusi-diskusi pada isu-isu persaingan dan meningkatkan kerjasama antar lembaga-lembaga pengawas persaingan usaha.<sup>344</sup> Secara khusus lagi, OECD telah menjadi sebuah instrumen yang mampu meningkatkan kerjasama yang salah satu bentuknya adalah kerjasama-kerjasama bilateral yang dilakukan oleh sesama anggota OECD, sebagai upaya untuk menangani berbagai macam isu disepertar persaingan usaha.<sup>345</sup> OECD telah berpuluh-puluh tahun berpengalaman dalam upaya-upaya penyebarluasan pengetahuan dan ide-ide di bidang hukum persaingan usaha serta dalam membuat rekomendasi-rekomendasi bagi tindakan kerjasama yang telah memberikan pengaruh bagi negara-negara anggota OECD. Dalam hal ini OECD secara signifikan telah mempengaruhi penciptaan serta isi dari kebanyakan perjanjian-perjanjian bilateral yang dilakukan diantara negara-negara anggota OECD.<sup>346</sup>

Adapun hasil-hasil rekomendasi yang telah dilahirkan oleh OECD terkait dengan pengaturan tentang merger & akuisisi lintas negara adalah sebagai berikut:

1. Pada tahun 1991 *OECD Competition Law and Policy Committee* mempelajari "the cost of transnational merger review resulting from the proliferation of merger control regimes". Hasil studi ini kemudian mengasilkan the 1994 *Wish/Wood Report*;<sup>347</sup>
2. Pada tahun 1999 *OECD Competition Law and Policy Committee* mengadopsi *Report on Notification of Transnational Merger*<sup>348</sup> yang sebelumnya sudah direkomendasikan dalam the 1994 *Wish/Wood Report*;
3. Pada tahun 2001 *OECD Competition Law and Policy Working Party No. 3* menghasilkan draf "code of best practices" untuk prosedur pengendalian merger internasional. Di saat yang sama *Business and Industry Advisory Committee to the OECD (BIAC)* dan *International Chamber of Commerce (ICC)* bersama-sama mengajukan "a Recommendation Framework for Best Practices in International Merger Control Procedures";<sup>349</sup>
4. Pada tahun 2005 *OECD Council* mengeluarkan "2005 Recommendation on Merger Review";<sup>350</sup>
5. Selain menghasilkan beberapa rekomendasi seperti diatas, OECD juga melaksanakan beberapa putaran pertemuan yang dilakukan secara reguler yang diberi judul *OECD Roundtables*. Dalam *OECD Roundtables* ini mendiskusikan isu-isu, diantaranya adalah: *Merger Remedies*,<sup>351</sup> *Vertical Mergers*,<sup>352</sup> *Media Mergers*,<sup>353</sup> *Substantive Criteria Used for the Assessment of Mergers*,<sup>354</sup> *Dynamic Efficiencies in Merger Analysis*,<sup>355</sup> *Portofolio Effects in*

*Conglomerate Mergers*,<sup>356</sup> *Mergers in Financial Services*,<sup>357</sup> *Merger Review in Emerging High Innovations Market*,<sup>358</sup> *Failing Firm Defence*,<sup>359</sup> dan *Efficiency Claims in Mergers on Other Horizontal Agreements*.<sup>360</sup>

3 Tidak sepertihalnya OECD yang terdiri dari jaringan antar negara atau pemerintahan, *International Competition Network* (ICN) merupakan jaringan yang terdiri dari lembaga-lembaga persaingan usaha yang tidak hanya terbatas keanggotaannya pada negara-negara tertentu saja. Saat ini *International Competition Network* (ICN) diarahkan untuk memfokuskan secara eksklusif pada upaya untuk mengeksplorasi mekanisme-mekanisme bagi upaya kerjasama dan keterpaduan dalam persoalan-persoalan hukum persaingan usaha.<sup>361</sup>

*International Competition Network* (ICN) dibentuk pada tahun 2001 berdasarkan *the US International Competition Policy Advisory Committee's* yang rekomendasinya diarahkan untuk membangun "*global competition initiative*" yang dirancang untuk "*address differences in national approaches to competition law that have international consequences*".<sup>362</sup> Keanggotaannya pertama kali berjumlah 16 lembaga persaingan usaha dan saat ini telah berkembang dengan pesat sebanyak 107 lembaga persaingan usaha yang berada pada 96 yurisdiksi di seluruh dunia.<sup>363</sup>

Beberapa rekomendasi yang dihasilkan *International Competition Network* (ICN) telah membantu untuk memotivasi dan memfasilitasi kerjasama dalam tataran prosedural dan keterpaduan. Adapun rekomendasi yang telah dihasilkan adalah sebagai berikut:

1. Pada September 2002 telah menghasilkan "*Eight Guiding Principles for Merger Notification and Review*",<sup>364</sup>
2. Pada tahun 2002 (kemudian direvisi pada tahun: 2003, 2004, 2005, 2006) telah menghasilkan "*Recommended Practices for Merger Notification Procedures*",<sup>365</sup>
3. Pada tahun 2008 (kemudian diamandemen pada tahun 2009) telah menghasilkan "*Recommended Practices for Merger Analysis*".<sup>366</sup>

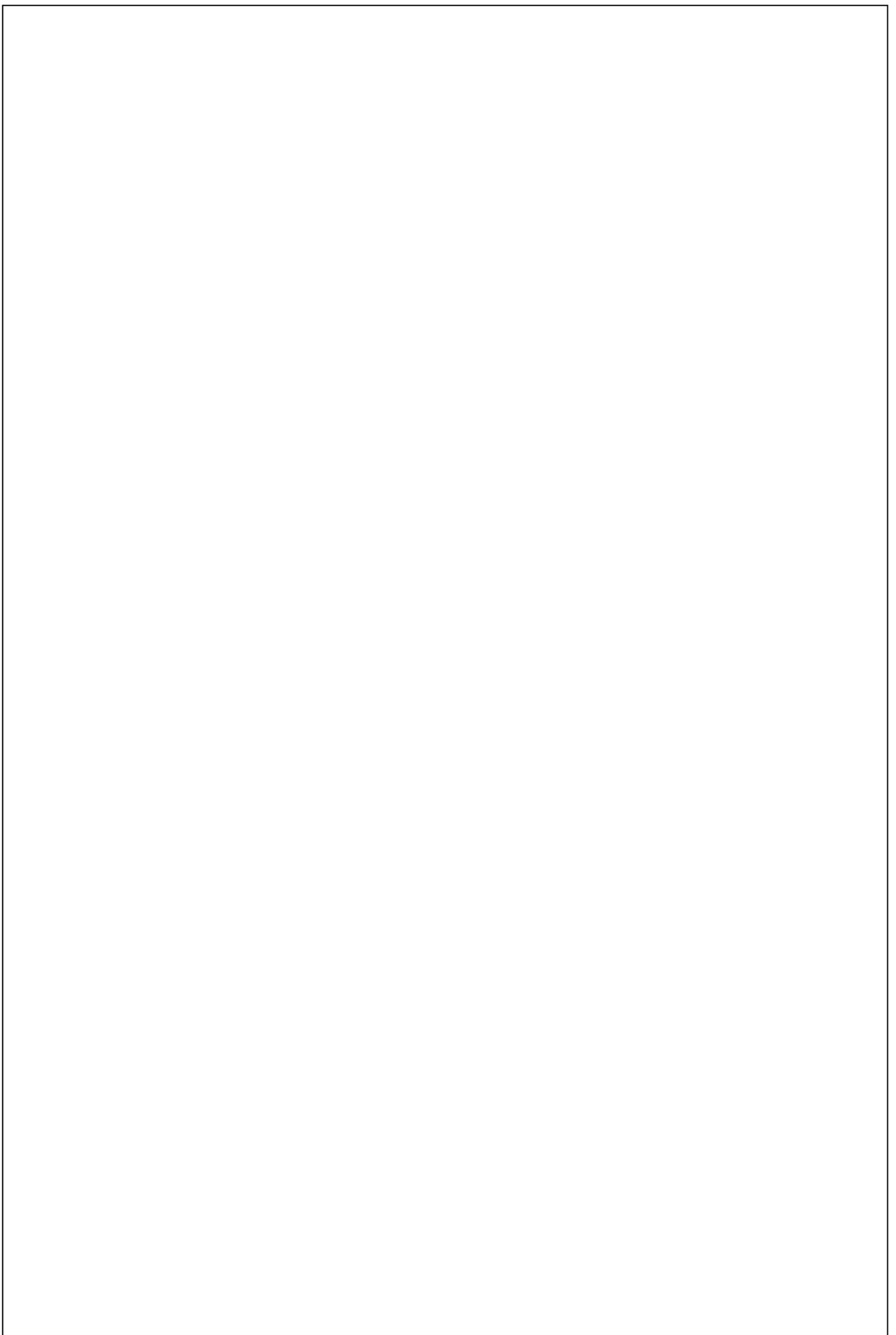
3 Kesuksesan-kesuksesan ICN dan OECD dalam meningkatkan keterpaduan secara prosedural melalui mekanisme *best practices* telah mengurangi biaya-biaya bagi lembaga-lembaga pengawas persaingan usaha dan juga bagi para pihak yang akan melakukan merger & akuisisi. Meskipun tidak menghilangkan beberapa persyaratan mengenai pengajuan dan biaya-biaya pembentukan merger & akuisisi, kerjasama yang telah dilakukan tersebut setidaknya dalam beberapa kasus telah membantu untuk mengurangi hal tersebut melalui peningkatan transparansi dan penggunaan batasan-batasan notifikasi yang objektif yang sesuai dengan pengaturan yurisdiksi yang terdapat diberbagai negara.<sup>367</sup>

Ini juga menguntungkan para pihak dalam mengurangi hal-hal yang tidak berguna yang dihasilkan karena begitu banyaknya proses notifikasi yang harus dilalui di tiap-tiap negara,<sup>368</sup> menghindari dari terjadinya duplikasi

informasi, menyediakan jadwal yang lebih realistis secara komersial bagi proses pemeriksaan dan meningkatkan koordinasi dalam investigasi serta upaya-upaya hukum yang hendak dicapai. Rekomendasi-rekomendasi secara institusional dan beberapa perjanjian-perjanjian bilateral yang telah dilakukan oleh ICN dan OECD juga telah memainkan peranan yang sangat penting dalam tercapainya keterpaduan diantara lembaga-lembaga persaingan usaha,<sup>369</sup> baik dalam tataran proseduralnya maupun hukum substantifnya.<sup>370</sup>

### C. Kesimpulan

Mayoritas dari total nilai transaksi investasi yang terjadi belakangan ini telah menunjukkan bahwa praktek merger & akuisisi lintas negara telah menjadi primadona di era globalisasi ekonomi saat ini. Ini disebabkan karena merger & akuisisi lintas negara menjanjikan akses ke pasar internasional yang lebih cepat, pengorbanan akan biaya-biaya transaksi yang lebih rendah, serta janji-janji efisiensi. Namun dalam pelaksanaannya merger & akuisisi lintas negara dapat menimbulkan dampak praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat, sehingga dibutuhkan sebuah kebijakan untuk melakukan pengaturan dari praktek merger & akuisisi lintas negara tersebut. Beberapa pertimbangan kebijakan yang dapat diambil oleh Indonesia dalam menentukan kebijakan pengaturan merger & akuisisi lintas negaranya adalah menentukan formulasi pendekatan yang tidak hanya pada kepentingan efisiensi saja namun juga kepentingan terhadap nilai-nilai kepentingan umum seperti distribusi kesejahteraan dan perlindungan terhadap pelaku usaha kecil. Kemudian, diperlukannya beberapa kriteria yang harus diperhatikan dalam menentukan kebijakan pengaturan merger & akuisisi lintas negara, serta sebagai upaya untuk mengefektifkan pengaturan merger & akuisisi lintas negara tersebut Indonesia perlu menjalin kerjasama internasional, baik melalui kerangka bilateral maupun multilateral, yang dilakukan baik antar negara maupun antar lembaga pengawas persaingan usaha.



# **REFLEKSI YURIDIS PERSAINGAN USAHA SEHAT DI INDONESIA. SUATU KENISCAYAAN !**

**Dr. Elita Rahmi, SH.,MH**

*Dosen Fakultas Hukum Univ. Jambi*

## **Abstraksi (Ringkasan Eksekutif)**

Kepastian hukum akan Subjek, objek status hubungan antara subjek dengan objek dunia usaha yang jujur dan beretika via UU Nomor 5 tahun 1995 tentang larangan monopoli dan usaha tidak sehat, menjadi demikian penting dievaluasi dalam rangka menumbuhkan nilai kepastian hukum, keadilan dan kemanfaatan yang dihadirkan dalam rangka suatu rekayasa hukum (social engineering) kehidupan dunia usaha yang sehat di Indonesia. Ketaatan akan asas dan prinsip-prinsip hukum yang menjunjung tinggi hukum sebagai suatu sistem hukum terpadu di Indonesia, dalam rangka penerapan hukum menuju kemakmuran dan kesejahteraan rakyat. Eksistensi lembaga KPPU dan kompetensinya serta peran dan fungsinya sebagai lembaga independen yang berada pada dua kaki, eksekutif dan legislative serta outokritik terhadap fungsinya sebagai lembaga suberboddy, mempertanyakan apakah tumpang tindih aturan akan menyebabkan usaha di Indonesia justru sakit keras dan jauh dari etika ?. Korban dapat dipastikan adalah konsumen dan usaha lokal kecil dan menengah. Tanggung jawab siapa semua ini? Membangun dunia usaha yang sehat tidak cukup dengan menunjukkan semangat yang tinggi tetapi harus mensinergikan aturan hukum yang harmonis baik secara vertical maupun horizontal dan membangun sebuah lembaga hukum yang berwibawa sehingga dapat mengayomi masyarakat dari derasnya tekanan ketidakberdayaan negara di sektor ekonomi. Pertumbuhan dunia usaha tidak seiring dengan percepatan norma hukum yang ditetapkan negara dan pemerintah serta kesadaran hukum masyarakat. Dapatkah cita-cita mewujudkan persaingan yang sehat dan jujur terwujud melalui rekayasa social UU 5 tahun 1999. Semoga.

## **A. Pendahuluan**

Setelah sebelas tahun, usia UU Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat<sup>371</sup>, Suatu Undang-undang yang memberi warna baru dalam penegakan hukum ekonomi di Indonesia, sekalipun terdengar suara sumbang bahwa undang-undang ini dibuat karena adanya desakan IMF terhadap Indonesia yang termasuk sebagai salah satu dari *Supplementary Memorandum IMF* dalam *Letter of Intens*<sup>372</sup>. Namun hal yang positif tetap harus mendapat reward, sedangkan hal yang negative, harus menjadi bahan koreksi, karena sekalipun maksud suatu undang-undang bertujuan sehatnya ekonomi, namun tetap tunduk pada cara-cara, dan prosedur

yang benar dan sesuai dengan sistem hukum yang dibangun, sebagaimana diingatkan Friedman, yang mempertanyakan pengaruh struktur, substansi dan budaya hukum<sup>373</sup>. Sunaryati Hartono dalam suatu Diskusi akademik tentang Rekonstruksi Pemikiran Hukum di Indonesia, dalam rangka Purnabakti Prof. Bagir Manan di Unpad Bandung 23 Juni 2011 menyatakan bahwa *sistem hukum itu bagaikan, mobil Mercedes, yaitu mobil yang dibuat dengan komponen yang sangat baik, sehingga harganya mahal, tetapi mobil tidak akan dapat berfungsi apabila satu komponennya tidak sesuai. Umpamanya mobil diisi dengan minyak tanah untuk menjalankannya. Bukan hanya mobil yang tidak jalan tetapi komponen lainnya juga akan mengalami kerusakan.*

Gambaran di atas, memberi makna, bahwa cita-cita mulia UU Nomor 5 tahun 1999 Tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, yang menginginkan usaha yang jujur menjadi "*contidio sine qua non*", dalam menumbuhkan dunia usaha di Indonesia, karena naluri dunia bisnis mencari keuntungan sebesar-besarnya, sehingga apabila hukumnya tidur, maka satu dunia usaha akan menjadi serigala bagi usaha lainnya. Bahkan perkembangan dunia ekonomi menunjukkan bahwa suatu negara bahkan dunia internasional cenderung diatur oleh usaha-usaha multiraksasa yang membangun multi usaha di berbagai dunia alias monopoli<sup>374</sup>. Sudahkah UU Nomor 5 Tahun 1999 menjadi tameng dari sikap monopoli yang kian hari kian hidup subur di bumi pertiwi Indonesia? Matinya usaha pedagang kecil melahirkan kemiskinan baru dan jayanya usaha monopoli tentu berbanding sejajar dengan korupsi, kolusi dan nepotisme, alias "*sedikit orang menguasai ekonomi Indonesia dan banyak orang yang tidak mendapat ruang untuk mengakses ekonomi diri dan keluarganya untuk bertahan hidup, bukankah kemiskinan dan kemelaratan, kebodohan merupakan indikasi monopoli usaha yang hidup subur di negeri ini*"

Kasus pencurian pulsa yang sekarang lagi menghebohkan di Indonesia, kasus matinya usaha-usaha kecil dan menengah akibat menjamurnya pasar-pasar modern, menunjukkan bahwa liberalisasi ekonomi Indonesia jauh dari cita-cita dan semangat Pasal 33 UUD 1945.

Melalui Semangat percepatan penegakan hukum ekonomi di Indonesia via jalur multi kompetensi. Kontradiktif antar pasal perlu mendapat rekonstruksi pemikiran ulang akan posisi KPPU sebagai lembaga eksekutif atau yudikatif yang menjaga kinerja norma persaingan usaha di Indonesia.

Memahami pelaksanaan persaingan usaha yang Sehat, tidak dapat lepas dengan kewenangan, substansi dan prosedur beracara yang diatur dalam UU Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli Dan Persaingan Usaha Yang Sehat serta Komisi Persaingan Usaha Yang Sehat, karena UU tersebut yang merekomendasi mengawasi usaha dalam label yang sehat.

Diundangkannya Undang-undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Harus diakui bahwa

Undang Undang tersebut berasakan kepada demokrasi ekonomi dengan memerhatikan keseimbangan antara kepentingan prilaku usaha dan kepentingan umum dengan tujuan untuk menjaga kepentingan umum dan melindungi konsumen, menumbuhkan iklim usaha yang kondusif melalui terciptanya persaingan usaha yang sehat dan menjamin kepastian kesempatan berusaha yang sama bagi setiap orang, mencegah praktik-praktik monopoli serta menciptakan efektifitas dan efisiensi dalam rangka meningkatkan ekonomi nasional.

## **B. Hukum Acara Usaha Persaingan Seha**

Undang-undang No. 5 tahun 1999 juga memiliki persoalan hukum yakni dalam hal pengaturan hukum acaranya ,sehingga apabila kita ingin mengetahui bagaimana proses pemeriksaan oleh KPPU, proses pemeriksaan upaya hukum keberatan di Pengadilan dan proses pemeriksaan upaya hukum Kasasi di Mahkamah Agung belum diatur dalam Undang-undang tersebut.

Pada tahun 2003 dikeluarkan Peraturan Mahkamah Agung (Perma) No. 1 tahun 2003 Tentang Tata Cara Pengajuan Upaya Hukum Keberatan Terhadap Putusan KPPU, akan tetapi seiring dengan perkembangan yang terjadi di Indonesia, Perma tersebut telah diubah dengan diganti dengan Peraturan Mahkamah Agung (Perma) No. 3 tahun 2005.

Pasal 35 dan Pasal 36 Undang-undang No. 5 tahun 1999, memberikan kewenangan kepada KPPU untuk melakukan penyidikan, penuntutan dan sekaligus sebagai pengadilan yang dapat memutuskan dan menetapkan ada atau tidaknya kerugian baik itu di pihak pelaku usaha lain atau masyarakat. Kewenangan yang sangat luas/luar biasa, sering juga disebut (*superbodi*) menjadi masalah pokok dalam penegakan persaingan usaha yang sehat.

Pada waktu awal-awal KPPU mengeluarkan putusan, mulai muncul masalah mengenai bagaimana cara pengadilan memeriksa upaya hukum keberatan atas Putusan KPPU tersebut karena di dalam Undang-undang No. 5 tahun 1999 hanya disebutkan bahwa keberatan diajukan ke Pengadilan Negeri, sedangkan bagaimana cara pemeriksaannya tidak dijelaskan. Jadi Perma No. 3 tahun 2005 tersebut dikeluarkan untuk mengisi kekosongan hukum acara dalam Undang-Undang tersebut. Adapun yang menjadi pertanyaan adalah sebagai berikut : Apakah kewenangan yang dimiliki KPPU untuk memutus suatu perkara tidak bertentangan dengan Kekuasaan Kehakiman ? Mengapa banyak putusan KPPU yang tidak dapat dilaksanakan sebagaimana mestinya?

Dinamika perkara dalam dunia peradilan di Indonesia semakin berkembang peranannya. Kalau dahulu biasanya perkara yang masuk di pengadilan berkisar antara perkara Pidana dan Perdata, bahkan perkara Tata Usaha Negara (TUN) baru ada sejak tahun 1990. Perkembangan tersebut terus berlanjut hingga sekarang terdapat peradilan niaga, kini hadir peradilan

lingkungan sampai akhirnya ada juga masalah persaingan usaha tidak sehat yang dikaitkan dengan hukum bisnis. Dan ternyata di dalam permasalahan persaingan usaha terdapat juga kewenangan yurisdiksi dari pengadilan. Memang inti dari UU No. 5 Tahun 1999 banyak menyangkut masalah teknis mengenai persaingan, bidang usaha mana yang harus diberi perlindungan sebab dalam menghadapi globalisasi yang cepat berkembang kalau tidak ada suatu perlindungan dalam berusaha maka monopoli akan menjadi suatu keniscayaan yang akan menghilangkan arti sesungguhnya dari suatu perkembangan usaha. Karena itu perlu adanya suatu perlindungan dalam bentuk undang-undang agar tidak terjadi pemusatan ekonomi pada suatu pihak tertentu yang dapat mematikan usaha yang lainnya.

Keberadaan Perma No. 3 Tahun 2005 melakukan penyempitan makna bahwa status KPPU sebagai "pihak" tidak sama dengan makna hukum "pihak" dalam perkara lain di luar hukum persaingan usaha. Terhadap upaya konsolidasi sebagaimana diatur dalam Pasal 4 Ayat (2) Perma No. 3 Tahun 2005 dinyatakan bahwa dalam hal keberatan diajukan lebih dari satu pelaku usaha seperti dalam kasus tender dan obligasi Indomobil, untuk putusan yang sama tetapi berbeda tempat kedudukan hukumnya, KPPU dapat mengajukan permohonan tertulis kepada Mahkamah Agung untuk menunjuk salah satu Pengadilan Negeri agar memeriksa keberatan tersebut. Dengan demikian pertanyaan yang muncul adalah apakah keberatan tersebut tetap ditangani oleh Majelis Hakim yang sama atau Majelis Hakim yang berbeda, atau apakah berkas perkara digabung dalam satu nomor perkara saja atau apakah nomor perkaranya berbeda? Dengan majelis hakim yang berbeda, bukan tidak mungkin putusannya juga berbeda. Pada nomor perkara yang berbeda akan memiliki konsekuensi kepastian yang berbeda pula. Selain itu, pertimbangan memasukkan irah-irah dalam putusan KPPU adalah pertimbangan dari aspek keadilan. Kalau murni hukum persaingan adalah aspek ekonomi, yaitu aspek efisiensi. Pertimbangan KPPU mengenai irah-irah ini ada dua yaitu, pertimbangan teknis dan substansi. Pertimbangan teknis adalah agar putusan KPPU ketika diajukan ke Pengadilan untuk dieksekusi, putusan tersebut sudah tidak ada persoalan karena sudah ada irah-irah jadi hakim tinggal mengesahkan saja. Pertimbangan substansinya adalah mengenai persoalan keadilan. Kalau murni hukum persaingan itu adalah aspek ekonomi. Dengan memasukkan irah-irah, maka filosofi keadilan masuk dalam rumusan. Namun kemudian Mahkamah Agung mengatakan hal tersebut tidak bisa karena KPPU bukan Pengadilan. Hal ini perlu diklarifikasi bahwa apabila KPPU bukan Pengadilan, apakah KPPU mengabaikan aspek Pengadilan? Namun KPPU tetap ingin memasukkan aspek pengadilan. Apabila kita melihat Pasal 44 dan Pasal 45 Undang-undang No. 5 Tahun 1999, pasal-pasal tersebut banyak berbicara kaitannya dengan peradilan. Masalah yang dihadapi adalah Undang-undang No. 5 Tahun 1999 memberikan kewenangan yang besar kepada KPPU, dimana dalam undang-undang tersebut terdapat aspek pidana dan

aspek administrasi sehingga di dalam pelaksanaannya pun harus ditetapkan suatu batasan apakah KPPU merupakan suatu badan peradilan dalam arti kekuasaan kehakiman yang dimaksud Pasal 24 dan seterusnya dari Undang-Undang No. 4 Tahun 2004 tentang Kekuasaan Kehakiman. KPPU bukan suatu peradilan seperti peradilan pajak yang jelas pegangannya ke Pengadilan Tata Usaha (TUN) atau Peradilan Hak Asasi Manusia (HAM) yang jelas pegangannya ke Pengadilan Negeri. KPPU benar-benar merupakan lembaga yang mempunyai kewenangan yang sangat luas sekali tetapi di dalam kewenangan yang luas itu ada upaya-upaya yang disediakan terkait dengan badan peradilan. Ini merupakan kecenderungan dari perundang-undangan kita akhir-akhir ini. Misalnya dalam undang-undang Perburuhan, disebutkan mengenai Peradilan Perburuhan yang terdiri dari hakim karir ditambah dengan hakim ad-hoc. Jadi banyak badan-badan pemutus sengketa yang bukan badan peradilan, yang secara formal organisatoris sebetulnya bukan merupakan badan peradilan. Adapun yang disebut badan peradilan adalah badan yang termasuk di dalam kekuasaan kehakiman sesuai dengan Undang-Undang Dasar 1945, antara lain Peradilan Pajak, Peradilan Niaga, Peradilan HAM dan kesemuanya itu mempunyai tempat dan pegangan pada Pasal 24 Undang-Undang Dasar 1945. Itulah yang disebut badan peradilan, tetapi di samping itu banyak juga badan-badan yang secara formal organisatoris bukan kekuasaan kehakiman tetapi badan tersebut mempunyai kewenangan untuk menjatuhkan sanksi dan hukuman. Salah satunya adalah Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU).

Pada Pasal 44 ayat (4) Undang-undang No. 5 Tahun 1999 dikatakan bahwa apabila ketentuan sebagaimana ayat (1) dan ayat (2) tidak dijalankan oleh pelaku usaha, Komisi menyerahkan putusan tersebut kepada penyidik sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Ayat ini terkait dengan aspek pidana dan dari sini terlihat bahwa Komisi bertindak juga bukan sebagai suatu badan peradilan, karena pada akhirnya hasil putusan KPPU diserahkan lagi kepada penyidik. Bahkan dalam ayat (5) pada pasal yang sama dikatakan bahwa putusan KPPU hanya merupakan bukti permulaan yang cukup bagi penyidik untuk melakukan penyidikan, jadi penyidik masih harus melakukan langkah-langkah berikutnya apabila bukti permulaan tersebut dirasa tidak cukup. Selain daripada itu. Dikaitkan dengan kewenangan luar biasa yang diberikan KPPU berdasarkan Pasal 36 Huruf j yang mengatakan bahwa KPPU dapat memutuskan dan menetapkan ada atau tidak adanya kerugian di pihak pelaku usaha lain atau masyarakat, sepertinya Pasal tersebut menjadi kontra produktif dengan arti dari kata "Putusan" sebagaimana diartikan dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia serta peraturan perundang-undangan yang lain seperti dalam Undang-undang Nomor 5 Tahun 2004 Tentang Kekuasaan Kehakiman dimana secara garis besar dapat dikatakan bahwa yang berwenang untuk melaksanakan kekuasaan kehakiman hanyalah sebuah lembaga Pengadilan. Hal tersebut di atas tentunya

akan menimbulkan kerancuan dan ketidakpastian hukum dalam proses penegakkan hukum persaingan usaha, bahkan dikhawatirkan akan terjadi keadaan yang lebih buruk lagi yakni terhambatnya pertumbuhan ekonomi nasional akibat dari adanya ketidakpastian hukum tersebut.

Pengaturan dalam Pasal 5 Ayat (2) Perma No. 3 Tahun 2005 juga menegaskan bahwa dalam hal pelaku usaha mengajukan keberatan, KPPU wajib menyerahkan putusan dan berkas perkaranya kepada Pengadilan Negeri yang memeriksa perkara keberatan, sementara pemeriksaan keberatan oleh Pengadilan Negeri hanya pada putusan dan berkas perkara. Di sini potensi penyimpangan terjadi karena tidak lagi dilakukan pemeriksaan ulang atas seluruh berkas perkara sebagaimana yang diatur dalam hukum acara perdata dan hukum acara pidana. Jika hanya memeriksa keberatan pelaku usaha dan tidak ada lagi pemeriksaan para pihak termasuk saksi- saksi dan saksi ahli, dikhawatirkan terjadi penyimpangan terhadap asas penting dalam hukum acara *audi et alteram partem*, yaitu suatu asas yang mengharuskan pemberian kesempatan yang seimbang kepada para pihak untuk membela diri secara pantas. Pasal 6 Ayat (1) Perma No. 3 Tahun 2005 hanya menyebutkan bahwa dalam hal majelis hakim berpendapat perlu pemeriksaan tambahan, melalui putusan sela perkara dikembalikan kepada KPPU untuk dilakukan pemeriksaan tambahan. Dari uraian sebelumnya dapat ditarik suatu kesimpulan bahwa Peraturan Mahkamah Agung No. 3 Tahun 2005 dalam beberapa hal mampu melengkapi kekurangan dalam hukum acara bagi pembuktian pidana, namun dalam pelaksanaan persidangan terhadap keberatan para Terlapor, ternyata harus berubah menjadi perkara perdata, di Pengadilan Negeri. Dengan demikian, upaya KPPU menegakkan UU No. 5 Tahun 1999 awalnya menempuh prosedur pembuktian pidana, namun dalam pelaksanaan persidangan terhadap keberatan para Terlapor, ternyata harus berubah menjadi perkara perdata di Pengadilan Negeri. Dengan demikian, upaya KPPU menegakkan UU No. 5 Tahun 1999 menyebabkan lemahnya perlindungan hukum yang seimbang terhadap terlapor dalam berperkara. Kedua, jika memang terlapor keberatan diproses menurut hukum acara perdata berarti harus menggunakan aturan dalam HIR. Sesuai aturan Pasal 393 (1) HIR ditentukan bahwa "Waktu mengadili perkara di hadapan pengadilan negeri maka tidak dapat diperhatikan acara yang lebih atau lain dari pada yang ditentukan dalam reglemen ini". Oleh karena Peraturan Mahkamah Agung kedudukannya lebih rendah dari HIR maka hukum acara yang diatur HIR yang harus dipatuhi, bukan Peraturan Mahkamah Agung. Ketiga, dalam menangani perkara keberatan terlapor, jika terlapor mengajukan bukti tambahan bukan dilakukan terhadap keberatannya, pemeriksaan tambahan bukan dilakukan oleh hakim tetapi dilakukan oleh KPPU.

Penegakkan hukum persaingan usaha dapat saja dilakukan oleh kepolisian, kejaksaan dan pengadilan. Pengadilan merupakan tempat penyelesaian perkara yang resmi dibentuk negara. Namun, untuk hukum

persaingan hukum persaingan usaha, pada tingkat pertama penyelesaian sengketa antar pelaku usaha tidak dilakukan oleh pengadilan. Alasan yang dapat dikemukakan adalah karena hukum persaingan usaha membutuhkan orang-orang spesialis yang memiliki latarbelakang dan/atau mengerti betul seluk beluk bisnis dalam rangka menjaga mekanisme pasar. Institusi yang melakukan penegakkan hukum persaingan usaha beranggotakan orang-orang yang tidak saja berlatarbelakang hukum, tetapi juga ekonomis dan bisnis. Hal ini sangat diperlukan, mengingat masalah persaingan usaha sangat terkait erat dengan ekonomi dan bisnis.

### C. Problematika Putusan KPPU

Disadari bahwa kewenangan KPPU untuk menegakkan hokum persaingan usaha sangat luas, diawali dari menerima laporan dari masyarakat maupun pihak yang dirugikan sampai hal penjatuhan sanksi tindakan administrative kepada pelaku usaha yang terbukti melanggar UU Nomor 5 tahun 1999. Serta KPPU yang cukup krusial adalah berwenang melakukan pemeriksaan terhadap pelaku usaha, apabila ada dugaan terjadi pelanggaran terhadap undang-undang 5 tahun 1999<sup>375</sup>.

Kewenangan yang demikian luas bila dilihat secara mendalam, terdapat persamaan antara Undang-undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat dengan Undang-undang Antitrust di Amerika Serikat. Secara umum Undang-undang No. 5 Tahun 1999 mengandung 6 (enam) bagian pengaturan yang terdiri dari : Perjanjian yang dilarang, kegiatan yang dilarang, posisi dominan, Komisi Pengawas Persaingan Usaha, penegakkan hukum dan ketentuan lain-lain. Pada dasarnya tujuan yang hendak dicapai dengan dibuatnya undang-undang mengenai larangan praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat, sebagaimana dilakukan oleh negara-negara maju yang telah sangat berkembang masyarakat korporasinya, seperti Amerika Serikat sebagaimana telah dikemukakan di atas, adalah untuk menjaga kelangsungan persaingan (*competition*).

Selain hal tersebut di atas, ada beberapa hal menarik yang menjadi perhatian terhadap lingkungan eksternal pada saat atau sebelum UU No. 5 Tahun 1999 itu diundangkan, yaitu bahwa telah terjadi konsentrasi ekonomi di antara para pelaku usaha. Bentuk piramida bisnis pada saat itu sangat kecil di bagian atas, bentuk mana sangat tidak diharapkan oleh masyarakat Indonesia. Jumlah pengusaha yang tidak termasuk pengusaha kecil berjumlah tidak lebih dari 2%. Sehingga sebenarnya yang menjadi daerah "operasi" UU No. 5 Tahun 1999 adalah kurang dari 2% dari seluruh pelaku usaha di Indonesia. Hal yang kedua, pada waktu penyusunan Undang-undang No. 5 Tahun 1999, dalam masyarakat nasional, regional, maupun global, tuntutan efisiensi itu begitu keras seiring dengan berjalannya proses globalisasi. Arti sesungguhnya dari globalisasi itu adalah efisiensi, dimana proses efisiensi akan menentukan eksistensi perusahaan dan eksistensi pemerintahan, berhadapan dengan

hal tersebut, semakin kuat juga tuntutan pemerataan, kemudian pemicunya adalah krisis ekonomi. Pada waktu krisis ekonomi, sebenarnya kita bertanya, apa yang terjadi dan bagaimana mengatasinya? Dari hal tersebut terlihat bahwa undang-undang ini sangat diperlukan.

Menurut instrumen Undang-undang No. 5 Tahun 1999 memerlukan persyaratan kerjasama dengan institusi lain, seperti dengan pihak Kepolisian, Hakim, Jaksa dan masyarakat pada umumnya. Tanpa kerjasama tersebut akan sulit untuk menunjukkan eksistensi Undang-undang tersebut. Dengan pihak Kepolisian, yakni bagaimana KPPU mendatangkan saksi. Dalam hal ini KPPU masih beruntung karena saksi bersedia datang walaupun ada hukumannya. Namun KPPU bisa saja menghadapi saksi yang tidak mau datang memenuhi panggilan KPPU. Untuk itu KPPU meminta bantuan pihak Kepolisian untuk mendatangkan saksi, walaupun polisi juga kadangkala tidak mau mendatangkan saksi, sehingga KPPU bekerjasama dengan Polisi dengan pembuatan MoU. Kerjasama ini nampaknya mulai berjalan. Banyaknya butir-butir rule of reason pada Undang-undang No. 5 Tahun 1999 sehingga membutuhkan persyaratan dan pemahaman dari pelaksananya, sedangkan KPPU sendiri belum mempunyai tenaga ahli.

Undang-undang No. 5 Tahun 1999 sering dipersoalkan dimana-mana, tetapi KPPU sudah melihat dimana kelemahannya. Atas dasar tersebut, KPPU sudah berpikiran bagaimana Undang-undang ini disempurnakan. Tetapi hal yang penting adalah bahwa undang-undang ini sebenarnya bermanfaat untuk Indonesia. Namun terdapat sifat yang bertentangan dengan undang-undang ini, khususnya falsafah yang dianut dari Menperindag pada waktu itu yang disebut ekonomi komando. Pasar tidak dapat dikomando, pasar dapat diintervensi melalui hal-hal dalam pasar-pasar itu sendiri. Misalnya masalah gula, tender tersebut menurut hukum ekonomi tidak boleh dilakukan ekonomi komando. Masalah lain adalah tidak ada koordinasi dan harmonisasi antara Undang-undang No. 5 Tahun 1999 dengan Undang-undang lain. Misalnya di bidang perhubungan, dalam hal kasus Pelindo sebagai penguasa pelabuhan, apakah penguasa pelabuhan itu sebagai entity business atau sebagai regulator? dalam hal ini KPPU telah berkonsultasi dengan Departemen terkait, belum jelas sejauhmana ia bertindak sebagai regulator atau sebagai pelaku usaha, padahal di Undang-undang No. 19 Tahun 2003 Tentang BUMN sudah jelas. Paradigma yang ada bahwa BUMN dimiliki oleh negara, oleh karena itu harus dikecualikan. Padahal tidak ada bunyi dalam undang-undang yang mengatakan demikian. Pada dimensi yang berbeda tidak dapat dipungkiri pula akan adanya korelasi yang kuat antara persaingan usaha tidak sehat dengan potensi korupsi, maka untuk mengikis potensi tersebut diperlukan sebuah kerjasama yang erat antara KPPU dengan penegak hukum korupsi untuk melakukan sinergi peran keduanya. Beberapa waktu yang lalu, KPPU dan KPK telah melakukan MoU untuk kebutuhan sinergi tersebut. Keberadaan MoU tersebut menjadi sinyal yang sempit bagi pelaku usaha untuk tidak mencoba berperilaku yang

bertentangan dengan prinsip persaingan usaha yang sehat dan berpotensi korupsi dalam aktivitas bisnisnya di negeri ini. Mengenai perlu atau tidaknya revisi terhadap Undang-undang No. 5 Tahun 1999, memang sejak semula sudah dipikirkan bahwa membentuk suatu komisi dengan kewenangan yang cukup luas seperti KPPU diperlukan ketentuan-ketentuan hukum acara yang sangat lengkap. Pada waktu penyusunan saat itu, undang-undang ini memang bisa dikatakan tidak banyak praktisi maupun penegak hukum yang terlibat, dimana tidak ada Pengacara, tidak ada Jaksa, tidak ada Hakim, walaupun ada aparat penegak hukum yang terlibat adalah mantan polisi.

Keberadaan KPPU memiliki kewenangan yang luas dimana kewenangan-kewenangan yang luas tersebut tetap ada batasnya, yaitu dari segi eksekusi putusan, walaupun KPPU bisa memeriksa, menyidik, memanggil para pihak bahkan membuat suatu putusan terhadap perkara yang diperiksanya tetap saja KPPU tidak bisa melaksanakan eksekusi terhadap putusan yang telah dibuatnya karena untuk melaksanakan eksekusi diperlukan fiat eksekusi pengadilan. Dari segi pidana, walaupun KPPU memiliki kewenangan yang luas untuk melakukan pemeriksaan, tetapi hasil pemeriksaan KPPU tersebut hanya menjadi bukti permulaan yang cukup bagi penyidik.

Selanjutnya mengenai apakah Hakim Pengadilan Negeri dapat memeriksa substansi perkara merupakan pertanyaan yang esensial untuk ditanyakan. Dengan adanya ketentuan yang mengatur bahwa apabila terhadap perkara Pengadilan Negeri memutuskan perlu dilakukan pemeriksaan tambahan dan pemeriksaan tambahan tersebut dilakukan oleh KPPU, maka ini menunjukkan bahwa sebenarnya semua masalah substansi diserahkan kepada KPPU.

Pada KPPU banyak berhubungan dengan sendi-sendi ekonomi maka para ekonom inilah yang lebih ditonjolkan dibanding para ahli hukumnya. Oleh karenanya ketika pembuatan undang-undang ini lebih diutamakan substansinya ketimbang prosedur acaranya. Padahal dalam prakteknya, implementasi dari undang-undang ini memerlukan prosedur hukum acara yang jelas. Putusan Mahkamah Agung dalam perkara persaingan usaha yang cukup signifikan adalah dalam kasus "Indofood", tetapi di sana Mahkamah Agung hanya memeriksa prosedur acaranya saja. Pada kasus "Indofood" tersebut putusan KPPU mencantumkan irah-irah, padahal KPPU bukanlah merupakan suatu badan peradilan sehingga tidak berhak mencantumkan irah-irah dalam putusannya. Oleh karena itu, Mahkamah Agung mengembalikan putusan tersebut ke KPPU.

Perbaikan UU Nomor 5 tahun 1999 sangat menentukan kewibawaan, karena terdapat kesalahan mendasar. Bagaimana mungkin keadilan dapat ditegakkan apabila pihak yang memeriksa, menyidik dan memutus hanya pihak yang itu-itu saja, dalam hal ini KPPU.

Persoalan pengajuan upaya hukum keberatan yang lewat waktu, walaupun dikatakan hakim tidak boleh menolak perkara, tetapi kalau memang terjadi

pengajuan upaya hukum keberatan tersebut telah lewat dari batas waktu yang diberikan oleh undang-undang yaitu 14 (empat belas) hari sejak menerima putusan, maka pengajuan tersebut harus ditolak karena bagaimanapun undang-undang ada untuk kepastian hukum.

### Kesimpulan

1. Setelah sebelas tahun UU Nomor 5 Tahun 1999 diundangkan, monopoli usaha terus berlangsung, bahkan terkesan tidak terkendali, menjamurnya pasar modern, Mall yang melancarkan diskon besar-besaran tanpa batas waktu dan kurang membina, merangkul retail-retail kecil, semakin memperlebar jurang pemisah si kaya dan si miskin. Hal ini membuktikan bahwa kehadiran UU Nomor 5 Tahun 1999 perlu di refleksi ulang, apakah lembaga pengawasnya yang belum maksimal, atau kinerjanya yang belum seiring dengan tingkat pertumbuhan ekonomi yang sangat bersahabat dengan Korupsi, Kolusi dan nepotisme.
2. Kedudukan lembaga KPPU, perlu direkonstruksi ulang agar tidak terkesan lembaga adhoc yang melampaui batas, yang akibatnya mengaburkan kinerja maksimal yang dihadapkan oleh UU nomor 5 tahun 1999.
3. Materi muatan UU Nomor 5 tahun 1999 perlu disempurnakan, agar kekosongan hukum, diminimalisir, sehingga memberi pengayoman dan perlindungan yang maksimal dalam menumbuhkan usaha yang sehat. Kehadiran UU Persaingan yang sehat menjadi *tool of social control and a tool of social engineering*, dapat menjadi alat dalam merekayasa social yang mampu melindungi tiga kepentingan dasar yakni kepentingan umum, kepentingan social dan kepentingan perorangan.

### Saran

1. Kepada Negara, diharapkan dapat menyempurnakan UU Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan praktik Monopoli dan Usaha tidak sehat.
2. Kepada Pemerintah, Menjamin hubungan antara KPPU bertanggung jawab kepada presiden, benar-benar independent,
3. Kepada KPPU. Membenahi lembaga KPPU dengan bentuk kelembagaan yang lebih jelas, dan bermitra dengan pihak penegak hukum lainnya, seperti kepolisian, kejaksaan, dsb, serta membangun kesadaran masyarakat, bahwa monopoli tidak sesuai dengan ideologi dan prinsip Indonesia sebagai Negara hukum
4. Kepada pelaku usaha yang dirugikan, adalah pihak yang turtu menentukan agar UU nomor 5 tahun 1999 benar-benar dapat menjadi *a tool social engineering*, untuk itu segera melaporkan hal-hal yang dianggap merugikan usaha bahkan ekonomi Negara.
5. Kepada masyarakat. Agar mempelajari UU Nomor 5 tahun 1999, sehingga tumbuh enterprener-enterprener yang mandiri dan bermitra dengan pasar modren

# **HUKUM PERSAINGAN USAHA DI INDONESIA: PERMASALAHANNYA KINI DAN SUMBANGAN PEMIKIRAN KE DEPAN<sup>376</sup>**

**Siti Anisah**

*Dosen Fakultas Hukum Universitas Islam Indonesia, Yogyakarta.*

## **A. Pengantar**

Hukum persaingan usaha merupakan syarat mutlak (*conditio sine qua non*) bagi ekonomi pasar. Keberadaannya menjadi lebih diperlukan ketika globalisasi merambah dunia saat ini. Hal ini terkait dengan semakin meningkatnya lalu lintas barang dan atau jasa antar negara dan antar kawasan. Dalam kondisi ini, semakin tinggi tingkat volatilitas perekonomian dunia, semakin besar pula ancaman dan peluang yang dihadapi. Ancaman di antara sesama pelaku usaha maupun dampak dari perilaku pelaku usaha yang dapat merugikan kepentingan umum membutuhkan pengaturan memadai. Tawarannya adalah hukum persaingan usaha seharusnya memberikan peluang dan ruang yang selebar-lebarnya agar di antara pelaku usaha bersaing secara fair, dalam saat yang bersamaan juga memberikan perlindungan terhadap kepentingan umum (konsumen).

Hal itu nampaknya telah ternormakan dalam tujuan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.<sup>377</sup> Namun, sejak saat lahirnya undang-undang itu kontroversi terus bergulir, baik berkaitan dengan masalah substansi pengaturannya, eksistensi Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KKPU) dengan kewenangannya sebagai lembaga "*superbody*", maupun penegakan hukumnya.

Untuk itu, tulisan ini mencoba untuk mengungkapkan apa arti pentingnya hukum persaingan usaha sehingga kita memerlukan kehadirannya? Apa saja masalah-masalah yang ada dan potensial timbul dalam substansi dan penegakan hukumnya? Bagaimana seharusnya hukum persaingan Indonesia ke depan?

## **B. Arti Pentingnya Hukum Persaingan Usaha**

Hukum persaingan usaha dapat diartikan sebagai segala macam ketentuan (hukum) yang mengatur bagaimana agar persaingan di antara para pelaku usaha berjalan dengan baik. Karena, persaingan itu akan mendorong peningkatan kinerja. Ukuran kinerja pada pelaku usaha adalah produk yang dihasilkan, jasa pelayanan, dan harga.<sup>378</sup> Jika hanya ada satu penjual dalam suatu pasar produk tertentu, maka penjual tersebut akan dapat menentukan berapa banyak barang yang akan dijual dengan harga berapa pun. Berbeda halnya jika pada suatu

pasar terdapat banyak penjual dan di antara penjual tersebut saling bersaing. Pada keadaan seperti ini pembeli akan dapat memperoleh harga yang relatif rendah dibandingkan dengan apabila hanya ada satu penjual pada suatu pasar.

Indikator yang dapat digunakan untuk mengukur kinerja persaingan dari sisi produk adalah jumlah produk dan kualitas produk. Persaingan tidak hanya menurunkan harga di pasar akan tetapi juga meningkatkan jumlah barang yang tersedia di pasar. Pada dasarnya jumlah barang yang tersedia dan tingkat harga saling berhubungan. Semakin sedikit jumlah barang yang tersedia maka harga akan cenderung meningkat.

Ukuran selanjutnya untuk menunjukkan kinerja persaingan usaha adalah tingkat jasa pelayanan. Jika harga tidak mungkin diturunkan pada suatu pasar produk tertentu dengan banyak penjual, maka upaya yang dapat dilakukan para penjual adalah dengan meningkatkan jasa pelayanan yang diberikan terhadap para pembeli. Jasa pelayanan dapat berupa kemasan penampilan yang lebih menarik, jasa antar barang sampai ke tempat pembeli, maupun jaminan pengembalian barang jika ternyata barang yang diterima pembeli tidak sesuai dengan harapan pembeli.

Persaingan mengakibatkan modal dan sumber daya lainnya digunakan di tempat-tempat yang paling produktif. Persaingan memaksa produsen bersikap fleksibel dalam menerapkan teknologi baru dan terus menerus memperhatikan kebutuhan konsumen. Dengan sistem persaingan dan dalam rangka tersedianya pilihan konsumsi yang bebas, pembeli yang menentukan komoditas mana yang harus diproduksi dengan harga berapa, bukan produsen atau pemasok.<sup>379</sup>

Bahkan, pada pasar persaingan sempurna harga yang terjadi relatif rendah, penjual dan pembeli tidak mempunyai kekuatan untuk mempengaruhi harga. Salah satu cara yang tersedia untuk meningkatkan keuntungan adalah dengan menurunkan biaya produksi.<sup>380</sup> Penurunan biaya produksi berarti efisiensi dalam produksi yang dapat berarti memproduksi barang dengan biaya seminimal mungkin atau dengan biaya yang sama dapat memproduksi barang sebanyak mungkin. Efisiensi ini dalam ilmu ekonomi disebut dengan efisiensi teknis (*technical efficiency*).

Ukuran yang dapat digunakan dalam efisiensi teknis adalah biaya rata-rata untuk memproduksi suatu jenis barang. Makin efisien cara produksi ditunjukkan dengan makin rendahnya biaya rata-rata dalam memproduksi barang. Dengan perkataan lain, efisiensi produktif terjadi apabila perusahaan memproduksi pada titik minimum dari biaya rata-rata jangka panjang, sehingga harga pasar sama dengan biaya total rata-rata minimum. Pasar persaingan sempurna mengalami efisiensi produktif karena *output* diproduksi dengan menggunakan kombinasi sumber daya yang tersedia secara paling efisien.<sup>381</sup>

Efisiensi alokatif adalah efisiensi dalam penggunaan sumber daya,<sup>382</sup> maksudnya efisiensi yang berkaitan dengan kombinasi paling efektif dari faktor-faktor produksi tenaga kerja, modal dasar dan modal nyata pada suatu saat tertentu.<sup>383</sup> Efisiensi alokatif terjadi apabila perusahaan memproduksi *output* yang paling disukai oleh konsumen; biaya marginal masing-masing barang tepat sama dengan manfaat marginal yang didapatkan konsumen dari barang tersebut. Efisiensi alokatif menggambarkan hal yang terbaik bagi masyarakat secara keseluruhan, baik penjual maupun pembeli, dalam menggunakan sumber daya yang ada di dalam masyarakat. Pasar persaingan sempurna mengalami efisiensi alokatif karena barang yang diproduksi adalah barang yang paling bernilai bagi konsumen.

Dengan demikian, persaingan dalam dunia usaha merupakan suatu hal yang positif. Dengan adanya persaingan usaha akan banyak diperoleh keuntungan, baik bagi pelaku usaha maupun bagi konsumen.<sup>384</sup> Keuntungan yang diperoleh pelaku pasar dengan adanya persaingan usaha antara lain: dituntut untuk terus memperbaiki barang atau jasa yang dihasilkan; dituntut untuk terus melakukan inovasi; berupaya keras memberi barang atau jasa yang terbaik bagi konsumen; semakin efisiennya menghasilkan barang atau jasa. Sebaliknya, keuntungan yang dapat diperoleh konsumen adalah adanya lebih dari satu pilihan dalam membeli barang dan atau jasa tertentu, dengan harga yang relatif rendah, kualitas barang yang tinggi, dan memperoleh pelayanan yang baik.

Lebih lanjut, persaingan dapat membawa aspek positif apabila dilihat dari dua perspektif.<sup>385</sup> *Pertama*, Perspektif non ekonomi yaitu dilihat dari sisi politik. Dalam perspektif ini, dapat dilihat bahwa; pertama, Kondisi penjual dan pembeli terstruktur secara atomistik (masing-masing berdiri sendiri sebagai unit-unit terkecil dan independen) yang ada dalam persaingan., kekuasaan ekonomi atau yang didukung faktor ekonomi menjadi tersebar dan terdesentralisasikan. Dengan demikian pembagian sumber daya alam dan pemerataan pendapatan akan terjadi secara mekanik, terlepas sama sekali dari campur tangan kekuasaan pemerintah maupun pihak swasta yang memegang kekuasaan. Gagasan melepaskan aktifitas sipil (termasuk aktivitas ekonomi) dari campur tangan penguasa (khususnya pemerintah) sejalan dengan ideologi liberal yang mewarnai sistem pemerintahan negara-negara barat. Kedua, sistem ekonomi pasar yang kompetitif akan menyelesaikan persoalan ekonomi secara impersonal, bukan melalui personal pengusaha maupun birokrat sehingga kekecewaan politis masyarakat yang usahanya terganjal keputusan pengusaha maupun penguasa tidak akan terjadi. Dalam kondisi persaingan, jika seorang warga masyarakat terpuruk dalam bidang usahanya, ia tidak akan terlalu merasa sakit karena ia jatuh bukan karena kekuasaan person tertentu melainkan karena suatu proses yang mekanistik (permintaan-penawaran). Proses impersonal dan mekanistik dari persaingan ini menentikan stabilitas politik suatu komunitas. Ketiga, Dalam kondisi persaingan, setiap orang akan

punya kesempatan yang sama untuk berusaha sehingga hak setiap manusia untuk mengembangkan diri menjadi terjamin.

*Kedua*, perspektif ekonomi. Pertama, Kondisi persaingan menyebabkan kekuatan ekonomi pelaku ekonomi tidak terpusat pada satu tangan tertentu. Kedua, Persaingan mendorong alokasi dan realokasi sumber-sumber daya ekonomi sesuai dengan keinginan konsumen. *Ketiga*, Persaingan dapat menjadi kekuatan untuk mendorong penggunaan sumber daya ekonomi dan metode pemanfaatannya secara efisien. Dalam hal perusahaan bersaing secara bebas, maka mereka akan cenderung menggunakan sumber daya yang ada secara efisien. Jika tidak demikian, risiko yang akan dihadapi oleh perusahaan adalah munculnya biaya berlebih (*excessive cost*) yang pada gilirannya akan menyingkirkan dia dari pasar. *Keempat*, Persaingan dapat merangsang peningkatan mutu produk, pelayanan, proses produksi, dan teknologi. Dalam kondisi persaingan, setiap pesaing akan berusaha mengurangi biaya produksi serta memperbesar pangsa pasar (*market share*). Metode yang dapat ditempuh untuk mencapai itu diantaranya adalah dengan meningkatkan mutu, pelayanan, proses produksi, serta inovasi teknologi. Dari sisi konsumen, keadaan ini memberi keuntungan dalam hal persaingan akan membuat produsen memperlakukan konsumen secara baik.

Namun demikian, persaingan dapat membawa aspek negatif.<sup>386</sup> *Pertama*, Sistem persaingan memerlukan biaya dan kesulitan-kesulitan tertentu yang tidak didapati dalam sistem monopoli. Dalam keadaan persaingan, pihak penjual dan pembeli secara relatif akan memiliki kebebasan untuk mendapatkan keuntungan ekonomi. Mereka masing-masing akan memiliki posisi tawar-menawar yang tidak terlalu jauh berbeda, sehingga konsekuensi logisnya adalah akan ada waktu yang lebih lama dan upaya yang lebih keras dari masing-masing pihak untuk mencapai kesepakatan. Biaya yang harus dibayar untuk hal ini adalah biaya kontraktual yang tidak perlu ada seandainya para pihak tidak bebas bernegosiasi. *Kedua*, persaingan dapat mencegah koordinasi yang diperlukan dalam industri tertentu. Salah satu sisi negatif dari persaingan adalah bahwa persaingan dapat mencegah koordinasi fasilitas teknis dalam bidang usaha tertentu yang dalam lingkup luas sebenarnya diperlukan demi efisiensi. *Ketiga*, Persaingan apabila dilakukan oleh pelaku ekonomi yang tidak jujur, dapat bertentangan dengan kepentingan publik. Risiko eksterm dari persaingan yang sangat relevan adalah kemungkinan ditempuhnya praktek-praktek curang karena persaingan dianggap sebagai kesempatan untuk menyingkirkan pesaing dengan cara apa pun.

Di sisi lain, apabila tidak ada persaingan maka akan terjadi monopoli. Kerugian yang dapat timbul akibat monopoli antara lain:<sup>387</sup> *Pertama*, Pelaku usaha menjadi inefisien dalam menghasilkan produk atau jasa karena tidak adanya pesaing, inovasi produk barang atau jasa tidak terjadi, mengingat tidak ada insentif untuk itu. *Kedua*, Dapat membahayakan masyarakat, terutama

3

konsumen sangat dirugikan karena tidak memiliki alternatif pada saat akan membeli barang atau jasa tertentu dengan kualitas baik dan harga wajar. *Ketiga*, Menimbulkan derajat inefisiensi ekonomi yang tinggi, sehingga mengakibatkan terjadinya pemborosan sumber daya, terutama sumber daya alam.

Kerugian lain yang timbul akibat praktik bisnis berdasarkan monopoli adalah tingginya harga barang maupun jasa yang akan dikonsumsi masyarakat, keuntungan yang berlebihan (*excess process*) bagi pelaku usaha, eksploitasi terhadap sumber daya maupun konsumen oleh pelaku usaha, pemborosan, adanya hambatan untuk masuk (*entry barrier*) bagi pelaku usaha lain pada pasar yang sama, dan ketidakmerataan pendapatan.<sup>388</sup> Monopolistik di bidang ekonomi menjadi sangat berbahaya dan merugikan kepentingan umum secara keseluruhan apabila diciptakan dan didukung oleh pemerintah (elit politik yang berkuasa), mematikan jalannya mekanisme pasar yang sehat dan kompetitif, dan pada akhirnya dapat melumpuhkan sistem politik yang demokratis.

### **C. Masalah-Masalah yang Ada dan Potensial Timbul dalam Hukum Persaingan Usaha**

Keberadaan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 sejak awal diundangkannya menimbulkan banyak kontroversi. Kontroversi tersebut baik berkaitan dengan kewenangan yang dimiliki oleh KPPU maupun substansi penormaan berbagai macam jenis larangan (perjanjian, perbuatan dan posisi dominan) yang diatur dalam Undang-Undang itu. Berikut ini dikemukakan beberapa poin masalah-masalah yang ada yang menjadi kontroversi itu. Dipaparkan pula Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010, sebagai bagian dari hukum persaingan usaha.

#### **1. Substansi hukum persaingan usaha, berkaitan dengan pasal-pasal yang implementasinya dirasa kurang optimal bagi KPPU dalam menjalankan tugas dan fungsinya.**

##### **a. Asas, Tujuan dan Substansi Pelarangan**

- 1) Asas dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 seharusnya ternormakan dalam berbagai macam perjanjian, perbuatan dan posisi dominan yang dilarang.
- 2) Reformulasi tujuan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 perlu lebih difokuskan pada suatu tujuan yang lebih spesifik: apakah akan menuju kepada perlindungan kepentingan umum atau efisiensi?
- 3) Pengertian yang ada dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 ada yang terlalu luas. Misalnya, pengertian monopoli dinilai terlalu luas dibandingkan negara lain.
- 4) Perlu ada tambahan pengertian dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999. Misalnya apa pengertian persaingan usaha yang sehat? Apa pengertian kepentingan umum?

- 5) Bunyi Pasal 1 angka 6 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 menyatakan: "...menghambat persaingan dengan cara tidak jujur." Padahal "persaingan dengan cara tidak jujur" tersebut tidak diatur dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999. Oleh karena itu, pengertian persaingan tidak sehat juga perlu direvisi.
- 6) Pengaturan struktur pasar seperti monopoli, monopsoni, oligopoli, dan oligopsoni dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 diatur secara terpisah di berbagai pasal. Sebaiknya pasal mengenai struktur pasar ini dijadikan dalam satu pasal saja atau dalam satu sub bab.
- 7) Penerapan Pasal 25 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 harus diselaraskan dengan ketentuan Pasal 4, Pasal 13, Pasal 17 dan Pasal 18 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 yang bersifat *rule of reason*. Jika tidak, maka dapat menghambat pertumbuhan pelaku usaha di Indonesia.
- 8) Pasal 25 dan Pasal 19 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dapat dijadikan satu karena penyalahgunaan posisi dominan yang diatur dalam Pasal 25 ayat (1) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 sudah diatur sebagian di Pasal 19 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang penguasaan pasar.
- 9) Pada 2008, dari 230 laporan yang masuk ke KPPU, 79% atau sekitar 189 laporan terkait dengan pengadaan barang dan jasa. Hingga November 2009, dari 205 laporan, 85% adalah perkara pengadaan barang dan jasa. Persekongkolan tender sebaiknya diubah menjadi *per se illegal*. Selanjutnya perlu pengaturan yang jelas dan tegas tentang pemberian sanksi, bentuk sanksi dan tata cara pengenaan sanksi kepada pihak lain (pegawai pemerintah?) yang terlibat dalam persekongkolan tender.

#### **b. KPPU**

- 1) Perlu penegasan bahwa KPPU sebagai *state auxiliary body* dalam Undang-Undang, sebagaimana telah diatur dalam Peraturan Mahkamah Agung Nomor 3 Tahun 2005.
- 2) Amandemen Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 harus tegas mengatur bahwa Anggota KPPU tidak terafiliasi dengan partai politik atau setidaknya tidak mempunyai kedudukan dalam partai politik.
- 3) KPPU sebagai lembaga pengawas persaingan usaha apa tidak sebaiknya memiliki kewenangan untuk melakukan penyadapan dan penggeledahan dalam rangka pemeriksaan kasus dugaan pelanggaran Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.
- 4) Pembaruan Kelembagaan: Eksistensi Sekretariat Komisi sebagai Pegawai berkaitan dengan status, tugas, peran, fungsi dan tanggung jawab dalam kerangka penegakan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

**c. Tata Cara Penegakan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999**

- 1) Batas waktu penanganan dugaan pelanggaran dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 akan menyulitkan anggota KPPU dalam melakukan analisis ekonomi dalam menginvestigasi suatu kasus yang kompleks. Waktu yang sempit akan menyulitkan untuk mengumpulkan data dan informasi yang diperlukan.  
Misalnya, cukupkah jangka waktu sebagaimana diatur dalam Pasal 39 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dinyatakan: "...dalam waktu selambat-lambatnya 30 hari setelah menerima laporan, Komisi WAJIB menetapkan perlu atau tidaknya dilakukan pemeriksaan lanjutan." Prakteknya, pasal ini, baik dalam Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2006 maupun Nomor 1 Tahun 2010 tidak ditepati.
- 2) Pasal 44 ayat (4) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 menentukan, jika putusan KPPU tidak dijalankan maka KPPU akan melimpahkan kasus itu ke penyidik. Dengan kata lain, pelaku usaha yang dihukum akan berurusan dengan polisi. Putusan KPPU sendiri akan menjadi bukti permulaan yang cukup sebagai dasar penyelidikan. Dalam praktek Pasal ini tidak efektif. Untuk itu perlu penegasan bagaimana tata cara (hukum acara) pelimpahan kasus itu ke penyidik.
- 3) Pasal 48 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 untuk menjerat pelaku usaha yang membandel. Pasal itu menentukan sanksi pidana bagi pelanggar Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999. Perlu diatur secara jelas dan rinci bagaimana tata cara penegakan termasuk lembaga yang mempunyai kewenangan untuk menegakkan Pasal 48 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 ini.
- 4) Perlu diatur kekuatan eksekutorial Putusan KPPU yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap, sehingga tidak diperlukan permohonan penetapan eksekusi ke instansi penegak hukum lain (Pengadilan).
- 5) Perlu diatur secara tegas mekanisme pembayaran denda, karena berdasarkan data saat ini, kurang dari 0,3% sanksi denda dibayarkan secara sukarela, sedangkan sanksi denda yang dieksekusi pengadilan juga masih rendah hanya 1,4 %.
- 6) Pengaturan tentang kerjasama yang jelas dan tegas dengan instansi penegak hukum lainnya (misalnya Kepolisian Republik Indonesia) untuk menegakan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.
- 7) Perlu ditambahkan pengaturan tentang mekanisme beracara dan substansi pemeriksaan untuk proses pengajuan keberatan terhadap putusan KPPU, sebagaimana diatur dalam Peraturan Mahkamah Agung Nomor 3 Tahun 2005 dalam amandemen Undang-Undang Nomor 5 ke depan.
- 8) Penyampaian keberatan terhadap putusan majelis KPPU diubah. Sekarang keberatan terhadap putusan majelis KPPU disampaikan melalui Pengadilan Negeri. Meskipun di beberapa negara, keberatan terhadap putusan KPPU ada yang disampaikan melalui jalur pengadilan negeri,

tapi, ada juga langsung ke pengadilan tinggi.

Di Jepang misalnya pelaku usaha yang tidak puas atas keputusan Japan Federal Trade Commission (JFTC) dapat mengajukan gugatan ke pengadilan dalam waktu 30 hari sejak putusan JFTC berlaku efektif. Pengajuannya ke Pengadilan Tinggi, yaitu hanya ke Tokyo High Court. Jika masih belum menerima, pelaku usaha dapat membawanya ke Mahkamah Agung. Pemeriksaan yang dilakukan oleh Pengadilan, tidak bersifat *de novo trial* (sidang ulangan yang dianggap berkas perkaranya belum pernah diperiksa). Melainkan peradilan untuk menguji apakah putusan JFTC benar-benar didasarkan pada bukti-bukti substansial. Ada tiga dasar bagi pengadilan untuk membatalkan putusan JFTC, yaitu kurangnya bukti-bukti substansial, bertentangan dengan konstitusi, atau bertentangan dengan peraturan perundang-undangan lain.

- 9) Diperlukan pengaturan mekanisme kasasi dan peninjauan kembali ke Mahkamah Agung, sebagaimana misalnya diatur dalam Undang-Undang Nomor 37 Tahun 2004. Bila perlu, diatur pula materi dan atau prosedur yang harus diperiksa dan dipertimbangkan oleh Majelis Hakim Agung.
- 10) Tidak ada salahnya, dalam beberapa pasal yang membutuhkan pengaturan lebih lanjut, mengamanatkan adanya pelaksana lebih lanjut yang kedudukannya di bawah Undang-Undang, meskipun Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 memberikan kewenangan kepada KPPU untuk membuat pedoman dalam kerangka penegakkan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999. Mengingat, hirarki peraturan perundang-undangan, dan secara substantif tidak semua pasal dapat dibuat pengaturannya dalam suatu Pedoman KPPU.

#### **d. Pasca Putusan**

- 1) Perlu diatur secara jelas dan detail, jika pelaku usaha melakukan pengulangan perilaku yang sama dengan perilaku yang telah diberikan sanksi oleh KPPU.
- 2) Berapa lama dan siapa yang seharusnya monitoring pelaku usaha setelah putusan KPPU berkekuatan hukum tetap.

#### **e. Mekanisme untuk meningkatkan efektifitas saran atau pertimbangan kepada pemerintah, sehingga setiap sektor dapat menerapkan prinsip-prinsip persaingan usaha**

- 1) Berkaitan dengan kewenangan KPPU ini, sebaiknya setiap departemen yang akan mengeluarkan kebijakan di bidang ekonomi harus dikonsultasikan terlebih dulu dengan KPPU.
- 2) KPPU diberi kewenangan, seperti lembaga pengawas persaingan usaha di Korea Selatan yang memiliki kewenangan menyatakan apabila kebijakan pemerintah bertentangan dengan UU Antimonopoli, maka kebijakan itu tidak berlaku.

- 3) KPPU aktif memantau kebijakan pemerintah melalui media massa dan informasi yang disampaikan publik kepada lembaga ini. Dengan demikian, ada perluasan pengaturan, yaitu pelaku usaha atau masyarakat dapat menyampaikan laporan tidak hanya karena adanya dugaan pelanggaran Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, tetapi juga karena adanya kebijakan pemerintah yang bertentangan dengan prinsip-prinsip persaingan yang fair.

## **2. Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010 tentang Tata Cara Penanganan Perkara**

- a. Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010 kurang jelas menentukan prinsip bentuk larangan apa yang akan dibangun melalui peraturan ini? Saya melihat ada perubahan pandangan antara KPPU periode sekarang (pembentuk Perkom ini) dengan sebelumnya. Pada periode sebelumnya, penekanannya lebih kepada "larangan terhadap perilaku pelaku usaha" (*restrictive business practice*), sehingga ada beberapa ketentuan yang mengatur penghentian proses pemeriksaan, jika pelaku usaha berjanji akan menghentikan perilakunya yang diduga atau pada pemeriksaan awal terbukti melanggar Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, dengan tetap membayar ganti kerugian atas perilakunya itu. Namun hal itu tidak dapat ditemukan dalam Peraturan Nomor 1 Tahun 2010, misalnya Pasal 11 ayat (7) dan Pasal 22 ayat (3) Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010.
- b. Sistematika peraturan ini sangat membingungkan, misalnya:
- 1) Nomor 3 berikut ini menunjukkan hal ini.
  - 2) Pengaturan tentang Ahli Bahasa diatur di dalam Pasal 55 dan Pasal 74 Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010.
- c. Ada beberapa istilah yang tidak ada pengertiannya didalam Pasal 1 Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010, misalnya dalam BAB III Sidang Majelis Komisi, Bagian Kedua Pemeriksaan Pendahuluan, Paragraf 1 tentang Pemeriksaan Biasa. Didalam Pasal 1 Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010 tidak ditemukan pengertian Pemeriksaan Biasa.
- d. Tepatkah penggunaan istilah "Penyelidikan" misalnya sebagaimana diatur dalam Pasal 1 angka 6 dan Pasal 12 ayat (5) Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010 dalam tata cara penanganan perkara oleh KPPU ini, mengingat bahwa Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 juga membuka peluang penyelesaian dugaan pelanggaran Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 melalui sistem peradilan pidana (Pasal 41 ayat (3), Pasal 44 ayat (4), dan Pasal 48 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999).
- e. Ada istilah yang tidak konsisten, misalnya di dalam Pasal 2 ayat (3) Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010 digunakan istilah "Putusan Majelis Komisi," sedangkan di dalam Pasal 2 ayat (2) dan (4) Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010 digunakan istilah "Putusan Komisi." Apabila merujuk kepada Pasal 1 angka 10 digunakan istilah "Putusan Komisi."

Adakah perbedaan di antara kedua istilah itu?

- f. Apakah penyusunan peraturan ini telah menimbang dan menggunakan analisis ekonomi dalam hukum? Hal ini mengingat, adanya beberapa ketentuan yang secara finansial, waktu dan tenaga dapat dikatakan kurang efisien. Misalnya:
  - 1) Apakah telah dipertimbangkan berapa biaya, waktu, dan tenaga yang harus dikeluarkan oleh Pelapor berkaitan dengan kewajibannya untuk menghadiri sendiri setiap panggilan sebagaimana diatur dalam Pasal 7 ayat (1) huruf a Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010? Bagaimana jika pelapor adalah konsumen atau masyarakat biasa... padahal laporan tidak dapat dicabut (Pasal 11 ayat (7) Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010)? Apakah mereka harus mengeluarkan ongkos sendiri? Berapa besar Pelapor harus mengeluarkan biaya, waktu, dan tenaga?
  - 2) Tahapan-tahapan yang dilakukan pada setiap tahap menjelang dan saat pemeriksaan, apakah telah diperhitungkan hasil dari setiap tahapan itu dengan biaya, waktu dan tenaga yang telah dikeluarkan. Misalnya tahap kajian, penelitian, pengawasan, dst... Berapa besar biaya, waktu, dan tenaga harus dikeluarkan?
  - 3) Pasal 51 ayat (4) Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010: "Dalam hal Saksi yang didengar tidak dapat hadir...Majelis Komisi dapat datang ke domisili saksi..." Berapa besar biaya, waktu, dan tenaga harus dikeluarkan?
- h. Sejauhmana peran Advokat dalam penanganan perkara oleh KPPU, misalnya sebagaimana diatur dalam Pasal 8 ayat (2) huruf j Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010: "Terlapor berhak "didampingi oleh Advokat..." Bukankah selama ini pertanyaan-pertanyaan dan pemeriksaan lebih bersifat searah, yaitu langsung ditujukan ke pelaku usaha, dan apabila pelaku usaha akan berkonsultasi dengan Advokatnya harus meminta izin?
- i. Buku Kelima tentang Perkara Inisiatif, Bab I Sumber Data atau Informasi, Pasal 15 ayat (2) Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010, menentukan "sumber data atau informasi paling sedikit..." dapat diartikan 7 macam data atau informasi itu harus ada?
- j. Pasal 28 ayat (2) Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010 tidak sinkron dengan Pasal sebelumnya... Siapa yang diberi "penghargaan," dan siapa yang diawasi?
- k. Pasal 28 ayat (3) Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010, dapatkah Peraturan Komisi mengamanatkan pembentukan Peraturan Komisi yang lain?
- l. Pasal 38 ayat (2) Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010, apa alasan "menghentikan" Penyelidikan dan "memperpanjang" waktu Penyelidikan?
- m. Pasal 47 Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010, kesannya seperti Pelapor berhadapan dengan Terlapor? Sebagaimana *Penggugat v. Tergugat* dalam perkara perdata?

- n. Dapatkah Peraturan Komisi memperluas ketentuan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999? Misalnya Pasal 67 dan Pasal 68 Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010? Dua pasal ini membuka peluang dilakukan *judicial review* oleh Mahkamah Agung.
- o. Apakah proses pengajuan keberatan terhadap putusan KPPU dapat diatur didalam Peraturan Komisi sebagaimana diatur dalam Pasal 69 sampai Pasal 71 Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010?
- p. Pasal 75 Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2010, dapatkah penentuan lama pengalaman sesuai dengan keyakinan Majelis Komisi?

#### **D. Bagaimana seharusnya hukum persaingan Indonesia ke depan?**

Mencermati berbagai kekurangsempurnaan substansi dan tata cara penegakan hukum persaingan usaha sebagaimana dipaparkan di atas, pertanyaannya adalah efektifkan hukum persaingan usaha di Indonesia? Jika jawabannya belum, apa tawaran solusinya?

Clarence J. Dias menyatakan, bahwa efektif tidaknya suatu sistem hukum ditentukan oleh lima syarat. *Pertama*, mudah tidaknya makna atau isi aturan hukum itu dimengerti atau dipahami. *Kedua*, luas tidaknya kalangan masyarakat yang mengetahui isi aturan-aturan hukum itu. *Ketiga*, efisien atau efektif tidaknya mobilisasi aturan-aturan hukum yang dicapai dengan bantuan aparat yang menyadari kewajibannya dan warga masyarakat yang merasa harus berpartisipasi. *Keempat*, adanya mekanisme penyelesaian sengketa yang tidak hanya mudah diakses oleh warga masyarakat, namun juga harus efektif untuk menyelesaikan sengketa itu. *Kelima*, adanya anggapan dan pengakuan yang merata di kalangan masyarakat bahwa aturan-aturan hukum itu memang sesungguhnya berdaya kemampuan efektif.<sup>389</sup>

Persyaratan tersebut, bila dilihat secara sistematis sebagaimana dikemukakan oleh Lawrence M Friedman, dapat diklasifikasikan ke dalam tiga sus sistem, yaitu substansi, struktur dan budaya hukum.<sup>390</sup>

*Pertama*, secara substantif, perjanjian, perbuatan dan posisi dominan yang dilarang dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 belum tersistematisasi dengan baik sebagaimana dapat dikemukakan pada pembahasan sebelumnya. Dengan demikian, tidak mudah untuk menangkap dan memahami makna atau substansi dari Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999. Lebih lanjut, sebagian besar masyarakat kurang dapat mengetahui, apalagi memahaminya, karena disamping undang-undang ini relatif masih baru, istilah-istilah yang digunakan kurang familiar juga substansinya yang masih tumpang tindih. Dalam keadaan demikian, kepastian hukum (*predictability*) sulit untuk dicapai, dan kontrol sosial sangat sulit diharapkan.

Selain belum tersistematisasi, substansi aturan-aturan yang ada pun belum menjamin terciptanya keadilan (*fairness*). Begitu besarnya tugas kewenangan yang diberikan kepada KPPU, sementara di sisi lain pelaku usaha

belum diberikan hak-hak yang memadai ketika KPPU menjalankan tugas dan kewenangannya. Dengan demikian, seringkali terdengar complain dari pelaku usaha, ketika ia dipanggil atas dugaan pelanggaran suatu atau beberapa pasal, namun setelah pemeriksaan dilakukan oleh KPPU, ternyata pasal lain yang digunakan untuk “menjerat” dugaan pelanggaran itu. Demikian pula, hak untuk didampingi oleh penasehat hukum dan melakukan pembelaan terhadap dugaan pelanggaran terhadap pelaku usaha tidak diatur dengan jelas. Selanjutnya, dalam kerangka menjalankan tugasnya, KPPU dapat membuat pedoman yang berkaitan dengan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999. Implementasi dari tugas itu, kadangkala menunjukkan “KPPU heavy” sehingga mendapatkan “penolakan” dari kalangan akademik maupun pelaku bisnis. Misalnya, Pedoman tentang Waralaba yang mendapatkan sambutan kurang positif dari kalangan pelaku usaha khususnya di Jakarta. Padahal, hukum dikatakan efektif, jika hukum itu ditaati dan pelanggaran-pelanggarannya dikenakan sanksi. Oleh karena itu, sebaiknya KPPU melakukan tindakan-tindakan yang akan mempromosikan ketaatan atau kepatuhan hukum para pelaku usaha.

*Kedua*, betapa pun baiknya substansi hukum, jika tidak didukung oleh aparat hukum yang rasional, profesional dan bersih dalam penegakkannya, maka upaya efektifitas hukum akan sia-sia. Di satu sisi, hingga saat ini anggota KPPU memiliki kemampuan itu. Namun pada sisi lainnya, sebagaimana telah diuraikan di atas, ternyata pengaturan tentang tata cara penegakan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 yang notabene menyangkut pelaksanaan kewenangan KPPU, masih belum jelas dan tegas pengaturannya. Demikian pula pedoman tentang tata cara penanganan perkara yang dibuat oleh KPPU pun masih banyak memerlukan pembaruan. Untuk itu pengaturan tentang tata cara penegakan hukum persaingan usaha sekaligus meneguhkan konsepsi birokrasi modern dalam sistem manajemen penanganan dugaan pelanggaran hukum persaingan usaha (Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999) yang mempunyai karakteristik tanggap terhadap perubahan, rasional, objektif dan profesional merupakan agenda bagi pembaruan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 ke depan.

Ketiga, bagaimanapun baiknya norma hukum suatu undang-undang tanpa didukung oleh aparat penegak hukum yang handal dan dipercaya, hukum tidak dapat efektif dalam mencapai tujuannya. Hukum dengan norma yang baik dan didukung dengan aparat penegak hukum yang handal dan dipercaya juga akan kurang efektif tanpa didukung budaya hukum masyarakat yang bersangkutan. Tanpa budaya hukum, sistem hukum tidak berdaya --seperti ikan mati yang tergeletak dalam keranjang-- tidak seperti ikan yang berenang-renang dalam habitatnya di laut.<sup>391</sup>

Friedman menyebutkan sejumlah fenomena untuk menjelaskan apa yang dimaksud dengan budaya hukum. Hal itu mengacu kepada pengetahuan publik (*public knowledge*) dan sikap serta pola perilaku terhadap sistem hukum. Apa

yang dirasakan dan dilakukan jika pengadilan *fair*? Apa yang mereka inginkan terhadap pengadilan? Dasar hukum apa yang dianggap memiliki legitimasi? Apa yang diketahui mengenai hukum secara umum?<sup>392</sup> Budaya hukum adalah persepsi masyarakat terhadap hukum, bagaimana peranan hukum dalam masyarakat, apakah hukum itu hanya sebagai alat untuk menjaga harmoni, ketertiban dan stabilitas, atau hukum itu juga berisi perlindungan terhadap hak-hak individu.<sup>393</sup> Budaya hukum juga berkaitan dengan sikap orang-orang terhadap hukum, kepercayaan, ide, dan harapan mereka terhadap hukum. Dengan perkataan lain, budaya hukum ini merupakan bagian dari budaya pada umumnya yang berkaitan dengan sistem hukum atau sistem hukum dalam perspektif budaya.<sup>394</sup>

Friedman menyatakan bahwa tegaknya peraturan-peraturan hukum tergantung kepada budaya hukum masyarakatnya. Budaya hukum masyarakat tergantung kepada budaya hukum anggota-anggotanya yang dipengaruhi oleh latar belakang pendidikan, lingkungan, budaya, posisi atau kedudukan, bahkan kepentingan-kepentingan. Menurut Friedman, tanpa dukungan budaya hukum, hukum itu tidak jalan.<sup>395</sup>

Bila pihak yang diperiksa selanjutnya dikenakan sanksi merupakan pelaku usaha yang besar, kebanyakan Putusan KPPU diajukan keberatan ke Pengadilan tempat pelaku usaha berkedudukan hukum. Bila dicermati, sebagian besar diantara keberatan itu diterima oleh Pengadilan Negeri, artinya putusan KPPU dibatalkan. Hal yang menarik bila dilihat dari pandangan dan sikap hakim pada Pengadilan Negeri di mana putusan KPPU diajukan, yang menunjukkan bahwa hal itu dipengaruhi oleh dipengaruhi oleh latar belakang pendidikan, lingkungan, budaya, posisi atau kedudukan mereka sebagaimana dikemukakan Friedman di atas. Jika putusan KPPU telah menerjemahkan substansi suatu pasal yang dilanggar dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dengan menggunakan berbagai macam doktrin sampai dengan filosofi suatu pelanggaran pasar tertentu, di sisi lain hakim Pengadilan Negeri masih berpedoman pada bunyi pasal yang dilanggar semata. Artinya, dalam hal ini masih terlihat bahwa hakim sebagai "corong undang-undang." Namun demikian, terdapat pula sikap KPPU yang tidak konsisten. Misalnya, KPPU inkonsisten dalam menguraikan unsur pelanggaran kartel dan alat-alat bukti yang digunakan (Pasal 11 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999), khususnya dalam 4 putusan kasus kartel terakhir. Ke depan, seharusnya sikap dan pola perilaku terhadap sistem hukum persaingan usaha sebagai sesuatu yang mutlak harus ada atau eksis di Indonesia, terutama mengingat dalam era globalisasi seperti saat ini, semakin tinggi tingkat volatilitas perekonomian dunia, semakin tinggi pula peluang dan ancaman bagi pelaku usaha Indonesia maupun masyarakat (konsumen). Dengan sikap dan pola perilaku demikian, diharapkan akan mengarah kepada pentaatan hukum secara sukarela.

**E. Simpulan**

Eksistensi hukum persaingan usaha sangat penting, baik dari sisi pelaku usaha maupun konsumen. Dengan adanya persaingan, pelaku usaha dapat efisien dalam menjalankan kegiatan usahanya, sementara itu masyarakat (konsumen) akan dapat memenuhi kebutuhannya dengan “pengorbanan” yang semestinya, sehingga kesejahteraannya dapat terwujud. Kehadiran Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 yang mengatur masalah persaingan usaha dirasa masih belum sempurna. Masih terdapat masalah penormannya, baik dari substansi berbagai hal yang dilarang (perjanjian, perbuatan dan posisi dominan) maupu tata cara penegakan hukumnya, termasuk upaya hukum terhadap putusan KPPU. Untuk itu, pembaruan sistematis, terhadap substansi, struktur dan kultur hukum persaingan usaha perlu dilaksanakan.

# **UPAYA MENCIPTAKAN IKLIM USAHA YANG KONDUSIF**

**Dr. jur. M. Udin Silalahi, SH., LL.M**

*Dosen FH Universitas Pelita Harapan dan Chief Editor Law Review FH UPH, Karawaci*

## **Abstrak**

Sejak UU No. 5/1999 tentang larangan praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat diundangkan sebelas tahun yang lalu, perkembangan hukum persaingan mengalami kemajuan yang signifikan, baik dari substansi maupun dari aspek tata cara beracara di KPPU. Perkembangan tersebut diupayakan untuk menciptakan iklim usaha yang kondusif. Bagaimana iklim persaingan usaha yang kondusif? Persaingan usaha yang kondusif adalah apabila pasar tersebut dapat dimasuki oleh setiap pelaku usaha. Artinya, tidak ada hambatan masuk pasar, barang atau jasa dapat ditemukan dipasar secara mudah dan harganya terjangkau oleh konsumen, karena terjadi persaingan harga secara kompetitif. Siapa yang akan menjaga dan menciptakan iklim usaha yang kondusif tersebut? Dan bagaimana mengupayakan supaya iklim usaha yang sehat dan kondusif tetap terselenggara, hal inilah yang akan dielaborasi dalam makalah ini.

Kata kunci: iklim usaha yang kondusif, hukum persaingan usaha

## **Pendahuluan**

Iklim usaha yang kondusif adalah merupakan salah satu keadaan yang diidamkan oleh baik pelaku usaha maupun pemerintah. Pelaku usaha terlebih mempunyai kepentingan untuk menginginkan adanya iklim usaha yang kondusif. Dengan demikian pelaku usaha dapat menjalankan kegiatannya dengan leluasa secara sehat dan transparan. Dipihak lain Pemerintah sebagai regulator mempunyai tugas menciptakan iklim usaha yang kondusif tersebut melalui pembentukan peraturan perundang-undangan yang dibutuhkan untuk itu dan menegakan penerapan peraturan perundang-undangan tersebut secara konsisten dan benar yang pada akhirnya memberi kepastian hukum.

Salah satu upaya untuk menciptakan iklim usaha yang kondusif adalah Pemerintah telah mengundang UU No. 5/1999 tentang Larangan Praktek Monopoli Persaingan Usaha (UU No. 5/1999) tgl. 5 Maret 1999. Akan tetapi dengan diundangkannya UU No. 5/1999 tidak otomatis iklim usaha yang kondusif teripta, karena apa yang menjadi tujuan UU No. 5/1999 harus diupayakan oleh pemerintah dan lembaga pengawas persaingan usaha melalui putusan-putusannya yang memberikan kepastian hukum kepada pelaku usaha. Yang menjadi pokok bahasan dalam makalah ini adalah upaya apa yang harus dilakukan oleh pemerintah agar iklim usaha yang kondusif dapat

tercipta, sehingga pelaku usaha dapat melakukan kegiatan usahanya dengan bebas tanpa adanya hambatan pada pasar yang bersangkutan?

### **Tujuan Persaingan**

Di dalam Pasal 3 UU No. 5/1999 ditetapkan empat tujuan UU No. 5/1999 yaitu: a. menjaga kepentingan umum dan meningkatkan efisiensi ekonomi nasional sebagai salah satu upaya untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat; b. mewujudkan iklim usaha yang kondusif melalui pengaturan persaingan usaha yang sehat sehingga menjamin adanya kepastian kesempatan berusaha yang sama bagi pelaku usaha besar, pelaku usaha menengah dan pelaku usaha kecil; c. mencegah praktek monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat yang ditimbulkan oleh pelaku usaha; dan d. terciptanya efektivitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha. 4 (empat) tujuan UU No. 5/1999 tersebut dapat dirumuskan menjadi dua tujuan, yaitu tujuan ekonomi dan tujuan di luar ekonomi atau meta ekonomi yaitu kesejahteraan masyarakat (*consumer welfare*). Artinya, yang akan hendak dicapai oleh UU No. 5/1999 adalah untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat, mewujudkan iklim usaha yang kondusif melalui pengaturan persaingan usaha yang sehat untuk menjamin adanya kepastian berusaha yang sama bagi setiap pelaku usaha, mencegah praktek monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat dan terciptanya efektifitas dan efisiensi dalam kegiatan berusaha. Untuk mencapai tujuan tersebut, maka diaturlah ketentuan-ketentuan normatif persaingan usaha yang tidak boleh dilakukan pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan usahanya.

Hal yang kedua yang harus dipahami adalah siapa yang harus mengetahui dan memahami tujuan UU No. 5/1999? Yang harus mengetahui tujuan UU No. 5/1999 adalah stakeholder UU No. 5/1999, yaitu pelaku usaha, pemerintah dan lembaga pengawas persaingan usaha serta masyarakat. Karena jika stakeholder UU No. 5/1999 mengerti dan memahami tujuan UU No. 5/1999, maka para stakeholder tersebut dapat bersama-sama mencapai tujuan tersebut. Jika stakeholder UU No. 5/1999 tidak mengerti tujuan UU No. 5/1999, maka para pihak tersebut tidak dapat mencapai tujuan tersebut secara bersama-sama.

Akan tetapi di dalam kenyataannya walaupun para pihak telah mengerti dan memahami tujuan UU No. 5/1999 tidak otomatis persaingan usaha yang kondusif tersebut dapat tercipta. Oleh karena itu perlu upaya-upaya untuk menciptakan iklim usaha yang kondusif. Oleh karena itu siapa yang bertanggungjawab untuk menciptakan iklim usaha yang kondusif tersebut? Jawaban singkatnya adalah pemerintah.

### **Tindakan Pencegahan**

Sebagaimana ditetapkan di dalam Pasal 1 angka 18, bahwa KPPU adalah lembaga yang dibentuk untuk mengawasi pelaku usaha dalam menjalankan

usahanya agar tidak melakukan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat. Ternyata KPPU mempunyai tugas untuk melakukan pencegahan supaya pelaku usaha tidak melakukan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat. Pertanyaannya adalah apa yang telah dilakukan KPPU untuk mencegah pelaku usaha agar tidak melakukan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat?

Salah satu yang dilakukan oleh KPPU untuk mencegah praktek monopoli dan atau persaingan usaha adalah sosialisasi dan advokasi tentang pemahaman ketentuan UU No. 5/1999 tersebut kepada stakeholder UU No. 5/1999. Artinya, tidak hanya kepada pelaku usaha, tetapi juga kepada pemerintah, hakim, parlemen, jurnalis dan masyarakat umum. Tujuan dari sosialisasi tersebut adalah untuk memberikan kesadaran kepada stakeholder UU No. 5/1999 bahwa budaya bersaing akan memberikan manfaat kepada pelaku usaha, yaitu akan mendorong pelaku usaha untuk memproduksi barang yang berkualitas atau memberikan pelayanan yang terbaik serta memberikan harga yang kompetitif.

Pada tahun 2010, KPPU telah menyelenggarakan 51 kegiatan sosialisasi yang meliputi: pengembangan jaringan media massa (forum jurnalis), sosialisasi bersama dengan lembaga publik, sosialisasi intensif di media, sosialisasi bersama dengan parlemen dan pemerintah, pengembangan forum persaingan tingkat nasional, seminar di wilayah KPD, training persaingan usaha bersama Mahkamah Agung untuk para hakim di wilayah Jawa Timur dan Sumatera Utara, dan masyarakat umum.<sup>396</sup> Total peserta yang mengikuti serangkaian sosialisasi pada tahun 2010 berjumlah 2.428 peserta yang berasal dari kalangan jurnalis, akademisi, pelaku usaha, pemerintah, parlemen, hakim (di wilayah Jawa Timur dan Sumatera Utara) dan masyarakat umum.<sup>397</sup> Upaya sosialisasi ini telah dilakukan oleh pemerintah sebelum KPPU dibentuk dengan bantuan Pemerintah Jerman melalui seminar-seminar dengan menghadirkan ahli hukum kartel dari Jerman. Dukungan pemerintah Jerman tersebut berlangsung sampai pada akhir tahun 2009<sup>398</sup>, termasuk memberikan pelatihan kepada Komsioner periode tahun 2000-2005, dan periode 2006-2011 di Jerman.

Sejak UU No. 5/1999 diberlakukan pada tgl. 5 Maret 2000 yang lalu hingga sekarang, sebelas tahun lebih, apakah pelaku usaha sudah pernah mendapat sosialisasi pemahaman UU No. 5/1999 tersebut? Apakah pelaku usaha sudah mengetahui substansi UU No. 5/1999? Untuk menjawab ini, Pusat Studi Hukum dan Kebijakan Indonesia pada tahun 2009 melakukan penelitian terhadap pelaku usaha di Indonesia dengan mewawancarai 300 responden. Dari 300 responden ternyata 83% menyatakan bahwa dirinya tahu atau sedikit tahu isi UU No. 5/1999, 16% lainnya mengaku sama sekali tidak mengetahui sama sekali isi UU No. 5/1999 dan 1% responden tidak menjawab.<sup>399</sup> 83% dari 300 responden menjawab bahwa mengetahui isi UU No. 5/1999 adalah suatu angka yang signifikan. Akan tetapi jika dibandingkan dengan jumlah

pelaku usaha di seluruh Indonesia 300 responden belumlah dapat dikatakan mewakili semua pelaku usaha. Namun demikian jumlah responden tersebut dapat memberikan gambaran umum tentang pemahaman pelaku usaha akan UU No. 5/1999, yaitu sudah mengetahui isi UU No. 5/1999 tersebut.

Dari hasil penelitian tersebut dapat menjadi pendorong bagi KPPU untuk tetap secara konsisten melakukan sosialisasi kepada pelaku usaha dan stakeholdernya guna membangun budaya persaingan usaha yang sehat di Indonesia. Berdasarkan hasil penelitian tersebut bahwa 83% pelaku usaha telah mengetahui isi UU No. 5/1999, pertanyaannya berikutnya adalah apakah jumlah pelanggaran UU No. 5/1999 semakin menurun atau semakin meningkat? Ternyata hanya mengetahui isi UU No. 5/1999 tidak cukup untuk tidak melakukan pelanggaran terhadap UU No. 5/1999 tersebut. Oleh karena itu, sosialisasi secara mendalam akan substansi UU No. 5/1999 tetap harus dilakukan supaya pelaku usaha dan stakeholder lainnya sungguh memahami manfaatnya dan melakukan persaingan usaha yang sehat dalam menjalankan kegiatan usahanya.

Pejabat pemerintah juga salah satu pihak yang harus diberikan sosialisasi isi UU No. 5/1999. Karena di dalam kenyataannya justru pihak pemerintah yang mengeluarkan kebijakan-kebijakan yang tidak sejalan dengan ketentuan UU No. 5/1999, dan bahkan banyak pejabat pemerintah yang terlibat kasus persaingan usaha khususnya dalam kasus persekongkolan tender, yang mengakibatkan kerugian besar bagi negara, karena adanya persekongkolan antara pejabat pemerintah atau panitia tender dengan peserta tender, maka harga yang termurah tidak didapat, karena pemenang tendernya sudah ditentukan, pemenangnya tidak lagi ditentukan melalui persaingan usaha yang sehat.

Oleh karena itu, upaya sosialisasi isi UU No. 5/1999 kepada pemerintah harus digalakkan, supaya pejabat pemerintah sadar akan budaya persaingan dan tahu tanggungjawabnya sebagai pejabat yang harus ikut menciptakan iklim usaha yang sehat dan kondusif. Jadi, salah satu upaya menciptakan iklim usaha yang kondusif adalah kerjasama antara pihak pemerintah dengan KPPU harus tercipta. Pemerintah dalam arti luas harus mendukung budaya persaingan di Indonesia, yaitu pejabat pemerintah dan kebijakan-kebijakannya harus seirama dengan ketentuan-ketentuan UU No. 5/1999, kecuali dalam hal tertentu dapat mengeluarkan kebijakan yang mengecualikan dari ketentuan UU No. 5/1999 yaitu yang menyangkut kepentingan masyarakat umum.

### **Penegakan UU No. 5/1999**

Sementara KPPU melakukan sosialisasi UU No. 5/1999 untuk mencegah pelaku usaha tidak melakukan praktek monopoli dan atau persaingan usaha, tugas KPPU juga menerapkan ketentuan UU No. 5/1999 kepada pelaku usaha yang melanggarnya. KPPU sebagai pengawas persaingan usaha di Indonesia

harus menegakan UU No. 5/1999 bagi pelaku usaha yang melakukan pelanggaran terhadap UU No. 5/1999 tersebut. Artinya, jika terjadi persaingan usaha yang tidak sehat harus dikoreksi melalui penegakan UU No. 5/1999 supaya pasar yang terdistorsi tersebut dikoreksi menjadi sehat dan kondusif kembali. Sebagaimana disebutkan oleh Ketua Komisi VI DPR RI, Airlangga Hartarto, KPPU dibentuk untuk mengoreksi pasar.<sup>400</sup> Artinya, kalau pasar terganggu, terjadi praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat pada pasar yang bersangkutan, KPPU mempunyai kewajiban untuk memulihkan pasar tersebut menjadi sehat dan kondusif bagi setiap pelaku usaha.

Hampir 11 tahun UU No. 5/1999 diberlakukan dan diterapkan terhadap pelaku usaha yang melanggarnya. Dilihat dari jumlah perkara yang ditangani oleh KPPU dari tahun ke tahun mengalami peningkatan (lihat Tabel 1).

**Tabel 1**



Sumber: bagian Majelis Persidangan, Biro Penindakan

Selama periode Juni 2000 – Januari 2011, KPPU telah menangani 249 perkara dan dari perkara tersebut telah dihasilkan 198 Putusan dan 51 Penetapan. Putusan yang menyatakan bersalah berjumlah 165 Putusan, dan yang menyatakan tidak bersalah 25 Putusan, serta sisanya berupa saran dan pertimbangan berupa saran dan pertimbangan sebanyak 5 Putusan.<sup>401</sup> Terdapat 51 Penetapan yang dihasilkan KPPU, dari penetapan tersebut, terdapat 41 Penetapan yang tidak terindikasi pelanggaran UU No. 5/1999 dan 10 Penetapan yang mengindikasikan perubahan perilaku.<sup>402</sup>

Dari 198 Putusan KPPU, sebanyak 78 Putusan diajukan keberatan oleh para pihak ke Pengadilan Negeri (PN), 59 Putusan kasasi ke Mahkamah Agung (MA). Di tingkat PN, 43,6% atau 34 Putusan dari 78 Putusan KPPU diperkuat dan 37% atau 29 Perkara dibatalkan oleh PN, serta 15 Putusan atau 19,4% sisanya masih dalam proses keberatan di PN. Di tingkat MA, terdapat 59 Kasasi atas Putusan PN, dan hasilnya 53% atau 31 Putusan KPPU diperkuat MA, 20% atau 12 Putusan KPPU dibatalkan oleh MA dan sisanya 16 Putusan

atau 27% masih dalam proses di MA.<sup>403</sup>

Selama 11 tahun KPPU menegakan UU No. 5/1999 telah mengalami banyak proses. Dari segi jumlah perkara yang telah ditangani dan diputuskan, KPPU adalah lembaga persaingan usaha yang paling produktif di Asia. Banyak hal yang dialami dalam menegakan ketentuan-ketentuan UU No. 5/1999. Banyak masukan dan kritik terhadap KPPU dari para praktisi dan akademisi guna menemukan persepsi yang sama dalam memahami baik mengenai substansi UU No. 5/1999 maupun proses penanganan perkaranya (hukum acaranya). Hal ini terjadi, karena hukum persaingan usaha adalah merupakan bidang hukum yang baru di Indonesia. Semua stakeholder UU No. 5/1999 masih sama-sama belajar untuk memahami UU No. 5/1999, seperti KPPU sendiri, hakim, pelaku usaha, akademisi, dan masyarakat umum. Namun demikian dalam perjalanan selama 11 tahun KPPU dapat diberi apresiasi dalam usahanya menegakan UU No. 5/1999, walaupun disana sini mempunyai kekurangan, terutama pada awal penegakan UU No. 5/1999 tersebut dan pada beberapa putusannya mendapat kritik yang tajam dari pelaku usaha dan pemerhati hukum persaingan usaha di Indonesia.

### **Perkembangan penegakan hukum persaingan usaha di Indonesia**

Dalam penegakan UU No. 5/1999 selama hampir 11 (sebelas) tahun, ada beberapa kasus yang menarik perhatian para praktisi hukum dan akademisi, antara lain pada tahun 2000 adalah pada Perkara No. 03/KPPU/KPPU-L-I/2000 tentang Retail Indomaret. Didalam putusan KPPU, KPPU menetapkan bahwa PT Indomarco Primatama dalam menjalankan usahanya berupa pendirian minimarket Indomaret telah mengakibatkan tersingkirnya warung tradisional disekitar Indomaret tersebut. Untuk itu, KPPU menetapkan bahwa PT Indomarco Primatama telah mengabaikan ketentuan Pasal 2 dan Pasal 3 UU No. 5/1999 dalam menjalankan kegiatan usahanya. Beberapa praktisi hukum mempertanyakan penerapan ketentuan asas dan tujuan UU No. 5/1999 sebagai bentuk pelanggaran yang dilakukan oleh PT Indomarco Primatama, apakah ketentuan asas dan tujuan dapat diterapkan oleh KPPU? Di beberapa negara, misalnya di Jerman, hal ini dapat dilakukan dengan menggunakan pendekatan *teleologisch*, yaitu suatu pendekatan penerapan ketentuan Undang-undang guna mencapai tujuan dari Undang-undang tersebut. Sayangnya putusan KPPU tersebut tidak diajukan ke Pengadilan Negeri untuk menguji bagaimana pendapat Hakim atas penerapan ketentuan asas dan tujuan UU No. 5/1999 tersebut.

Pada tahun 2002 putusan KPPU dalam Perkara No. 03/KPPU-I/2002 tentang Tender Penjualan Saham Indomobil mengundang banyak perhatian dan kritik dari kalangan praktisi hukum. Selain substansi putusan KPPU dikritisi juga hukum acara persaingan usaha di KPPU menjadi bahan perdebatan di kalangan praktisi hukum. Secara substansi ada pihak yang mempermasalahkan

penerapan Pasal 22 UU No. 5/1999 hanya terhadap tender pengadaan barang atau jasa yang dibiayai oleh negara saja bukan terhadap tender yang dilakukan oleh swasta. Namun demikian sebagaimana diketahui, bahwa UU No. 5/1999 berlaku kepada setiap pelaku usaha yang melakukan kegiatan usaha di wilayah Republik Indonesia, pelaku usaha swasta, BUMN, usaha kecil, menengah dan besar.<sup>404</sup> Artinya, setiap pelaku usaha yang melakukan kegiatan usahanya yang melanggar ketentuan UU No. 5/1999 menjadi subjek dari UU No. 5/1999. Dalam putusannya KPPU menetapkan bahwa Terlapor I (PT Holdi Perkasa), Terlapor II (PT Trimegah Securitas), Terlapor III (PT Cipta Sarana Duta Perkasa), Terlapor IV (Pranata Hajadi), Terlapor V (Jimmy Masrin), Terlapor VIII (PT Bhakti Asset Management), Terlapor IX (PT Alpha Sekuritas Indonesia) dan Terlapor X (PT Deloitte & Touche FASS) terbukti melanggar Pasal 22 UU No. 5/1999. Sedangkan Terlapor VI (PT Multi Megah Internasional) dan Terlapor VII (Parallax Capital Management) dinyatakan tidak terbukti melanggar Pasal 22 UU No. 5/1999. Para terlapor diberi sanksi masing-masing, Terlapor I membayar denda Rp. 5 Miliar, Terlapor II membayar denda Rp. 10.500.000.000, Terlapor III membayar denda Rp. 5 miliar dan membayar ganti rugi kepada negara sebesar Rp. 228.000.000.000,-, Terlapor IV dan Terlapor V membayar denda masing-masing Rp. 10.500.000.000,-, Terlapor VIII membayar denda Rp. 1 miliar, Terlapor IX membayar denda sebesar Rp. 1,5 miliar dan Terlapor X membayar denda sebesar Rp. 10.500.000.000,- yang dibayarkan ke kas negara. Para Terlapor mengajukan keberatan ke Pengadilan Negeri sesuai dengan domisili Para Terlapor. Putusan KPPU tersebut dibatalkan oleh semua Pengadilan Negeri.

Oleh karena itu, Perkara No. 03/KPPU-I/2002 tentang Tender Penjualan Saham Indomobil menjadi penting dalam perkembangan hukum persaingan usaha, terutama untuk proses pengajuan keberatan di Pengadilan Negeri. KPPU mengajukan kasasi ke Mahkamah Agung atas putusan Pengadilan Negeri tersebut, tetapi Mahkamah Agung membatalkan baik putusan KPPU maupun putusan Pengadilan Negeri. Dari substansi hukum persaingan tidak ada yang dapat dipelajari dari putusan Mahkamah Agung tersebut. Dari aspek hukum acara, Mahkamah Agung menerbitkan Peraturan Mahkamah Agung No. 1/2003 tentang Tata Cara Upaya Hukum Pengajuan Keberatan Terhadap Putusan KPPU. Berdasarkan Perma No. 1/2003, KPPU ditetapkan sebagai pihak dalam perkara keberatan, dan apabila dalam satu perkara terdapat beberapa pelaku usaha yang berdomisili di wilayah yang berbeda, maka upaya hukum keberatan dapat diajukan di salah satu tempat Pengadilan Negeri dimana pelaku usaha berdomisili. Selain itu, para praktisi hukum juga mengkritik KPPU dalam penggunaan kata irah-irah "Demi Ketuhanan Yang Maha Esa" dalam putusannya dengan alasan, undang-undang tidak memerintahkan KPPU untuk menggunakan kata irah-irah tersebut. Sejak itu, putusan-putusan KPPU tidak lagi menggunakan kata irah-irah dalam putusannya.

Pada tahun 2004, KPPU dalam Putusan Perkara No. 07/KPPU-L/2004 tentang Tender Penjualan Dua Unit Tanker Pertamina. Didalam Putusannya, KPPU menetapkan bahwa Terlapor I (PT Pertamina), Terlapor II (Goldman Sachs, Singapore), Terlapor III (Frontline Ltd) terbukti melanggar Pasal 19 UU No. 5/1999 dan Terlapor I (PT Pertamina), Terlapor II (Goldman Sachs, Singapore), Terlapor III (Frontline Ltd) dan Terlapor V (PT Perusahaan Pelayaran Equinox terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 22 UU No. 5/1999. Akibat pelanggaran tersebut Terlapor II dikenakan denda sebesar Rp. 19.710.000.000,-, Terlapor III dikenakan denda sebesar Rp. 25.000.000.000,- yang harus disetor ke kas negara dan masing-masing Terlapor harus membayar ganti rugi, yaitu Terlapor II sebesar Rp. 60.000.000.000,-, dan Terlapor III membayar ganti rugi sebesar Rp. 120.000.000.000,- yang harus disetor ke kas negara.

Yang menarik dari putusan KPPU tersebut tidak hanya proses tender yang dinyatakan melanggar UU No. 5/1999, tetapi juga pengenaan sanksi kepada Terlapor I yang terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 19 dan Pasal 22 UU No. 5/1999. Terlapor I tidak dikenakan sanksi oleh KPPU, sementara di dalam putusannya ditetapkan bahwa Pertamina terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 19 dan Pasal 22 UU No. 5/1999. Akan tetapi Pertamina hanya diperintahkan: a. untuk melaporkan secara tertulis kepada Rapat Umum Pemegang Saham atas kesalahan yang dilakukan oleh Komisaris Utama dan masing-masing anggota serta Direktur Utama dan masing-masing anggota Direksi yang telah menyetujui penjualan VLCC tanpa seijin Menteri Keuangan RI; b. untuk meminta secara tertulis kepada RUPS mengambil tindakan hukum sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku terhadap Komisaris dan Direksi sebagaimana disebut dalam butir a; dan c. Untuk mengumumkan laporan dan permintaan tertulis sesuai dengan huruf a dan huruf b tersebut, pada 5 surat kabar berskala nasional dengan ukuran minimal 1/8 halaman. Dari putusan tersebut dapat dilihat ketidak konsistenan KPPU dalam menegakkan UU No. 5/1999 tersebut. Karena Pertamina sebagai badan hukum yang direpresentasikan oleh Direksi dan Komisarisnya yang ditetapkan secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 19 dan Pasal 22 UU No. 5/1999 tidak dikenakan sanksi apapun. Disini terlihat terdapat diskriminasi penerapan ketentuan UU No. 5/1999 terhadap Badan Usaha Milik Negara, dalam hal ini PT Pertamina. Sementara UU No. 5/1999 berlaku kepada setiap pelaku usaha yang melakukan pelanggaran terhadapnya, baik BUMN, perusahaan swasta, usaha kecil, menengah atau besar.<sup>405</sup>

Pada tahun 2007, KPPU dalam Putusan Perkara No. 07/KPPU-L/2007 tentang Kepemilikan Silang Kelompok Usaha Temasek dan Praktek Monopoli Telkomsel, akibat putusan KPPU ini mengundang banyak pendapat dari berbagai praktisi hukum di Indonesia. Karena dalam putusan KPPU banyak teori-teori baru yang dimasukkan sebagai landasan putusan KPPU. Dalam putusannya, KPPU menetapkan: 1. bahwa Temasek Holding Ptd, bersama-sama Singapore Technologies Telemidia Pte. Ltd, STT Communication Ltd.,

Asia Mobile Holding Company, Pte. Ltd, Indonesia Communication Limited, Indonesia Communication Ptd. Ltd., Singapore Telecommunication Ltd, dan Singapore Telecom Mobile Pte. Ltd. terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 27 huruf a UU No. 5/1999. 2. bahwa PT Telekomunikasi Seluler terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 17 ayat 1 UU No. 5/1999. 3. Memerintahkan Temasek Holdings bersama-sama anak perusahaannya untuk memutuskan perusahaan yang akan dilepaskan kepemilikan sahamnya serta melepaskan hak suara dan hak untuk mengangkat Direksi dan Komisaris pada salah satu perusahaan yang akan dilepaskan, PT Telekomunikasi Seluler, atau PT Indosat, Tbk.

Pelepasan kepemilikan saham tersebut dibatasi maksimum 5% kepada satu pembeli yang tidak terafiliasi dengan Temasek Holdings. KPPU mengenakan denda kepada Temasek Holdings Group sebesar Rp. 25.000.000.000,- dan kepada PT Telkom Seluler sebesar Rp. 25.000.000.000,- Di dalam putusan perkara No. 07/KPPU-L/2007 tentang Kepemilikan Silang Kelompok Usaha Temasek dan Praktek Monopoli Telkomsel banyak teori baru yang diperkenalkan yang menjadi perhatian para stakeholder UU No. 5/1999, yaitu antara lain pengertian saham mayoritas, *single economic entity*, *excessive price*, *effect doctrine*. Hal ini menunjukkan suatu kemajuan dalam perkembangan hukum persaingan usaha di Indonesia. Walaupun pada awalnya teori-teori tersebut dipertanyakan oleh para praktisi hukum dalam penerapannya di Indonesia, apakah sesuai dengan ketentuan UU No. 5/1999 atau tidak. Penerapan teori-teori tersebut dalam kasus persaingan usaha di Indonesia adalah sah-sah saja, asalkan penerapan teori tersebut sesuai dengan apa yang ditetapkan oleh teori-teori tersebut. Misalnya pendekatan *single economic entity*, syarat perusahaan menjadi satu entitas ekonomi adalah jika suatu pelaku usaha tertentu tidak bebas menentukan sendiri kebijakannya pada pasar yang bersangkutan, walaupun badan hukumnya terpisah dari perusahaan induknya (lainnya), sehingga perilakunya dengan perilaku perusahaan induknya dianggap sebagai perilaku bersama (*unilateral conduct*).<sup>406</sup> Jadi, perusahaan induk mengontrol perusahaan lain sehingga anak perusahaan tersebut tidak dapat menentukan sendiri perilaku pasarnya di pasar yang bersangkutan.

Hal lain yang menjadi bahan diskusi dalam putusan KPPU tersebut adalah bahwa Telkomsel dinyatakan tidak terbukti melanggar Pasal 25 ayat 1 huruf b, tetapi dinyatakan melakukan praktek monopoli yang melanggar ketentuan Pasal 17 ayat 1 UU No. 5/1999. Penetapan ini sesuatu yang saling bertentangan, karena didalam praktek pelaku usaha yang tidak mempunyai posisi dominan sulit untuk melakukan praktek monopoi di pasar yang bersangkutan. Dalam putusannya Telkomsel dinyatakan menetapkan harga yang eksessif, padahal hanya pelaku usaha yang mempunyai kontrol akan pangsa pasar tertentu yang dapat mengatur harga hingga menetapkan harga yang eksessif. Yang dimaksud dengan harga yang eksessif menurut European Court of Justice adalah jika

harga tidak mempunyai hubungan yang layak dengan nilai ekonomi produk yang disuplai,<sup>407</sup> sehingga konsumen merasa dirugikan.

Demikian juga pada Putusan Perkara No. 17/KPPU-I/2010 tentang Dugaan Pelanggaran Dalam Industri Farmasi menggunakan kembali pendekatan *excessive price* dalam membuktikan pelanggaran oleh Terlapor I (PT Pfizer Indonesia), Terlapor II (PT Dexa Medica), Terlapor III (Pfizer Inc.), Terlapor IV (Pfizer Overseas LLC), Terlapor V (Pfizer Global Trading) dan Terlapor VI (Pfizer Corporation Panama). Selain itu dalam pembuktiannya KPPU memperkenalkan analisis apa yang disebut dengan *circumstantial evidence* atau bukti tidak langsung. Penerapan *circumstantial evidence* adalah dapat digunakan untuk mendukung *direct evidence*. Jadi *circumstantial evidence* tidak dapat berdiri sendiri sebagai alat bukti. Oleh karena itu *circumstantial evidence* disebut sebagai *plus factors* dalam pembuktian kartel.<sup>408</sup> Putusan KPPU tersebut ditingkat Pengadilan Negeri dibatalkan. Sekarang KPPU mengajukan kasasi di Mahkamah Agung, harapan kita adalah apapun putusannya, semoga MA memberikan argumentasi atas putusannya kelak, tidak hanya mengamini salah satu putusan, putusan KPPU atau Pengadilan Negeri, supaya menjadi satu jurisprudensi yang dapat menjadi dasar hukum untuk perkara-perkara yang sama.

Dari beberapa contoh kasus di atas, dapat dilihat perkembangan hukum persaingan usaha di Indonesia. KPPU telah banyak belajar dan berusaha untuk memberikan kepastian hukum bagi pelaku usaha dan untuk menciptakan iklim usaha yang kondusif. KPPU telah berusaha mengadopsi teori-teori yang berkembang di negara-negara maju dalam putusan-putusannya, akan tetapi penerapan teori tersebut memerlukan penjelasan yang lebih detail yang dapat diterima pelaku usaha dan stakeholder UU No. 5/1999. Selain itu, analisis hukum persaingan usaha harus memaparkan dan membuktikan akibat pelanggaran yang dilakukan oleh pelaku usaha, yaitu kerugian akibat pelanggaran tersebut harus dapat dirasakan oleh pasar dalam hal ini baik pesaingnya maupun konsumennya, kalau tidak, itu berarti bahwa pasar yang bersangkutan sedang dalam keadaan kondusif.

### **Proses beracara di KPPU**

Pada awal diperkenalkannya KPPU, yang menjadi permasalahan dalam proses beracara di KPPU adalah apakah KPPU dapat independen dalam memutuskan suatu perkara persaingan usaha. KPPU mempunyai tiga fungsi besar sekaligus, yaitu KPPU sebagai sebagai pemeriksa, *penuntut* dan sebagai *pemutus*. Kedudukan KPPU yang demikian menjadi perdebatan sampai saat ini diantara para praktisi hukum persaingan usaha dengan pihak KPPU. Akan tetapi, hal ini tidak bisa dibantah saat ini, karena wewenang itu UU No. 5/1999 yang memberikan kepada KPPU. Kecuali UU No. 5/1999 nanti diamandemen dan merubah fungsi KPPU misalnya hanya sebagai lembaga pemeriksa dan

yang menetapkan putusan pengadilan misalnya. Jadi, hukum acara yang dipergunakan di KPPU adalah hukum acara khusus yang diatur tersendiri oleh KPPU sebagaimana diamanatkan oleh UU No. 5/1999.<sup>409</sup>

Menyadari akan hal ini, KPPU berusaha melakukan perbaikan-perbaikan dalam proses beracara, yaitu pertama-tama KPPU mengeluarkan Surat Keputusan KPPU No.05/KPPU/KEP/IX/2000 yang diperbaharui dengan Peraturan Komisi No. 1/2006 tentang Tata Cara Penanganan Perkara di KPPU dan Perkom ini diperbaharui lagi melalui Perkom No. 1/2010 tentang Tata Cara Penanganan Perkara.

Sebelum Surat Keputusan KPPU No. 05/KPPU/Kep/IX/2000 dirubah, proses beracara di KPPU tampak hanya satu arah. Pihak Terlapor hampir tidak mempunyai kesempatan untuk membela diri, bahkan pada awalnya Pengacarapun tidak dapat mendampingi Terlapor dalam memberikan laporannya dalam persidangan. Selain itu, Tim Investigator dengan Majelis Komisi menjadi satu tim dalam pemeriksaan perkara, sehingga wajar, jika pelaku usaha kadang meragukan independensi Majelis Komisi dalam menetapkan putusannya. Akan tetapi seiring dengan berjalannya waktu, dan Bernat masukan-masukan dari berbagai pihak, KPPU merevisi SK KPPU No. 05/KPPU/Kep/IX/2000 menjadi Peraturan Komisi No. 1/2006 tentang Tatacara Penanganan Perkara di KPPU. Melalui Perkom No. 1/2006 terdapat perubahan yang signifikan, yaitu dipisahkannya Tim Pemeriksa Pendahuluan, Tim Pemeriksa Lanjutan dan Majelis Komisi yang akan memutuskan perkara dalam sidang majelis komisi. Demikian juga di dalam Peraturan Komisi No. 1/2010. Hal ini akan menunjukkan adanya independensi antara pemeriksa pendahuluan, pemeriksa lanjutan dengan Majelis Komisi. Dengan demikian Majelis Komisi menetapkan putusannya berdasarkan pertimbangan dari pemeriksaan lanjutan dan pembelaan para Terlapor. Di dalam Perkom No. 1/2010 diatur mengenai Monitoring, penelitian dan klarifikasi sebelum masuk ke dalam pemeriksaan pendahuluan. Waktu persiapan KPPU untuk mengumpulkan data dugaan pelanggaran yang dilakukan pelaku usaha lebih banyak.

Jadi, dari aspek proses beracara di KPPU sudah terdapat banyak perbaikan, walaupun masih perlu perbaikan, khususnya dalam mengajukan keberatan di Pengadilan Negeri. Karena proses beracara sebagaimana yang diatur hukum acara perdata di Pengadilan negeri tidak sepenuhnya diterapkan, karena Hakim hanya memeriksa berdasarkan putusan KPPU, dan jika Hakim memutuskan putusan sela, maka dalam putusan sela tersebut, hakim menyatakan apa kurang, misalnya pemeriksaan saksi ahli. Dan pemeriksaan saksi ahli tersebut diserahkan kembali ke KPPU. Oleh karena itu, hasil pemeriksaan saksi ahli ditentukan oleh KPPU dan disampaikan kembali ke Pengadilan Negeri. Kemudian, berdasarkan pemeriksaan KPPU tersebut, hakim memutuskan perkara tersebut, apakah menguatkan putusan KPPU atau membatalkannya. Oleh karena itu, perlu perbaikan hukum acara di tingkat pengadilan negeri

dalam mengajukan keberatan, supaya dilaksanakan sesuai dengan hukum acara perdata.

**Penutup**

Dari penjelasan di atas, KPPU sebagai pengawas persaingan usaha telah banyak melakukan perbaikan-perbaikan dalam penegakan UU No. 5/1999, baik secara substansi maupun dalam hal tata cara penanganan perkaranya. KPPU sebagai lembaga pengawas persaingan usaha mempunyai tugas untuk menciptakan iklim usaha yang kondusif, yaitu melalui pencegahan dengan melakukan sosialisasi UU No. 5/1999 kepada stakeholdernya, terutama kepada pelaku usaha dan pejabat pemerintah. Dari aspek penegakan hukumnya, KPPU harus memberikan putusan yang konsisten sehingga pelaku usaha mendapatkan kepastian hukum dalam menjalankan kegiatan usahanya di Indonesia.

Untuk menciptakan iklim usaha yang kondusif tersebut, Pemerintah dalam arti luas, harus mendukung pelaksanaan UU No. 5/1999 tersebut, yaitu dengan mengeluarkan kebijakan-kebijakannya yang inline dengan UU No. 5/1999 tersebut.

# **PEMBATASAN WEWENANG KPPU DALAM RANGKA MENJAMIN PENGAWASAN PELAKSANAAN PERSAINGAN USAHA YANG SEHAT**

**Ocktavianus Hartono S.H**

*Fakultas Hukum, Universitas Kristen Maranatha, Bandung*

## **Pendahuluan**

Perjalanan bangsa Indonesia dalam mensejahterakan masyarakat sesuai dengan tujuan negara yang tertuang dalam Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945 dapat dikatakan cukup berhasil, dimana salah satunya adalah dalam bidang Pembangunan ekonomi. Namun perkembangan pembangunan ekonomi di Indonesia bukanlah tanpa masalah, karena kesuksesan pembangunan di bidang ekonomi telah menghasilkan pelaku usaha yang mampu menguasai pasar, keadaan inilah yang perlu dikhawatirkan karena keadaan seperti ini dapat memicu terjadinya monopoli pasar. Seperti yang kita ketahui bahwa bukan rahasia umum lagi pelaku usaha dalam melakukan persaingan atau kompetisi dengan pelaku usaha lain untuk memenangkan konsumen atau tender seringkali dilakukan secara tidak sehat yang menjurus pada praktik monopoli yang melahirkan perbuatan curang, persengkokolan/konspirasi dalam tender, kartel, oligopoli, pemboikotan dan sebagainya antar pelaku usaha maupun dengan para birokrat pemerintahan. Dalam rangka menghindari persaingan usaha yang tidak sehat inilah dan juga konsekuensi bagi Indonesia sebagai keikutsertaannya menjadi anggota dalam *World Trade Organization* (WTO) maka Indonesia harus mematuhi segala ketentuan yang berlaku bagi semua negara anggota WTO, oleh karena itu Indonesia memberlakukan Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

Konsekuensi dari lahirnya Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat adalah diperlukannya lembaga yang mengawasi dan melaksanakan pelaksanaan Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Pembentukan ini didasarkan pada Pasal 34 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat yang menginstruksikan bahwa pembentukan susunan organisasi, tugas dan fungsi komisi ditetapkan melalui Keputusan Presiden. Berdasarkan Keppres No 75 tahun 1999 maka lahirlah komisi yang dinamakan Komisi Pengawas Persaingan Usaha atau KPPU.

Komisi Pengawas Persaingan Usaha dalam melaksanakan tugasnya menciptakan ketertiban dan memelihara iklim persaingan usaha yang kondusif memiliki kewenangan untuk melakukan penelitian, penyidikan dan penjatuhan sanksi bagi pelaku usaha yang melanggar ketentuan-ketentuan dalam Undang-

Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek seringkali mengalami kendala seperti:

1. KPPU memiliki kewenangan untuk melakukan penelitian dan penyelidikan, namun KPPU tidak mempunyai wewenang untuk melakukan penggeledahan terhadap pelaku usaha yang diindikasikan melakukan pelanggaran terhadap Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.
2. KPPU memiliki kewenangan untuk melakukan dan penyelidikan, namun KPPU juga sering terkendala dengan sifat kerahasiaan perusahaan sehingga KPPU tidak bisa mendapatkan data perusahaan yang diperlukan.
3. KPPU memiliki kewenangan untuk meminta keterangan dari instansi pemerintah, namun sampai sekarang belum terjalin kerjasama yang baik antara KPPU dengan instansi pemerintah dalam hal penyelidikan terhadap dugaan persaingan usaha tidak sehat. Hal ini menyebabkan KPPU sering mengalami kesulitan dalam melakukan tugasnya karena kurang data pendukung.
4. KPPU memiliki kewenangan untuk memanggil pelaku usaha atau saksi, tetapi permasalahan yang ada adalah KPPU tidak bisa melakukan pemaksaan untuk menghadirkan mereka.

Kendala yang ada saat ini seringkali mengakibatkan KPPU tidak dapat melakukan tugasnya secara optimal. Penelitian ini dimaksudkan untuk memberikan sumbangan pemikiran bagi pemerintah dalam rangka menyelesaikan permasalahan yang KPPU alami dalam melaksanakan tugasnya.

#### **Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat Sebagai Jawaban Atas Kebutuhan Masyarakat**

Perekonomian Indonesia telah berkembang sangat pesat, namun perekonomian yang berkembang dengan pesat ini perlu dikawal karena perkembangan perekonomian tanpa pengawalan hanya akan menyebabkan kehancuran perekonomian. Pemerintah sebagai pelaksana negaralah yang mempunyai kewajiban untuk mengawal perekonomian agar tetap berada di jalur yang benar. Perekonomian di Indonesia adalah perekonomian yang diarahkan kepada ekonomi pasar karena sampai saat ini sistem ekonomi pasar dianggap sistem yang lebih baik dibandingkan dengan sistem ekonomi yang lainnya. Ini sesuai dengan pendapat Suyud Margono yang mengatakan bahwa "kebijaksanaan pemerintah dalam memandu laju perekonomian adalah melalui mekanisme ekonomi pasar"<sup>410</sup>. Dalam ekonomi pasar, pelaku usaha mempunyai peran yang sangat besar dalam melakukan kegiatannya oleh karena itu, untuk mencapai perekonomian pasar yang baik, maka harus dilandasi oleh hukum yang mendorong bekerjanya mekanisme ekonomi pasar

dengan baik dan wajar. Mekanisme ekonomi pasar dapat berjalan dengan baik dan wajar apabila terdapat persaingan yang sehat dan wajar diantara para pelaku usaha.

Untuk menyelesaikan permasalahan yang ada diatas, maka ditetapkanlah Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Dengan adanya Undang-Undang ini, diharapkan dapat memberikan aturan main kepada para pelaku usaha dalam melaksanakan kegiatan bisnisnya. Sebelum ditetapkan Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, pengaturan mengenai persaingan usaha tidak sehat telah ada, namun diatur tersebar di beberapa peraturan perundang-undangan seperti yang dikatakan oleh Suyud Margono, "tiadanya undang-undang persaingan tidak berarti persaingan tidak wajar tidak dilarang di Indonesia. pasal 328 bis KUP Pidana melarang terjadinya persaingan curang. Ketentuan itu berbunyi: barangsiapa untuk mendapatkan, melangsungkan atau memperluas hasil perdagangan atau perusahaan milik sendiri atau orang lain, melakukan perbuatan curang atau menyesatkan khlayak umum atau seorang tertentu, diancam karena persaingan curang dengan pidana penjara paling lama satu tahun empat bulan atau pidana denda paling banyak tiga belas ribu lima ratus rupiah, bila perbuatan tersebut dapat menimbulkan kerugian-kerugian bagi konkuren-konkurenyanya atau konkuren-konkuren orang lain.

Persaingan curang juga digugat secara perdata berdasarkan Pasal 1365 Kitab Undang-Undang Hkum Perdata. Ketentuan ini mengenai perbuatan melawan hukum (*on rechte matigedaad*). Menurut ketentuan tersebut, setiap perbuatan melawan hukum dan yang menyebabkan kerugian orang lain karena kesalahannya, mewajibkan orang yang karena salahnya atau menimbulkan kerugian tersebut untuk mengganti kerugian."<sup>411</sup>

Namun pengaturan yang ada sebelum lahirnya Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat sangatlah tidak detail, sehingga dengan lahirnya Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat kita perlu bersyukur karena undang-undang ini merupakan jawaban atas kebutuhan masyarakat untuk menjamin pelaksanaan perekonomian dengan persaingan yang sehat.

Suyud Margono menyatakan beberapa aspek positif dari keberadaan Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat:

#### 1. "Aspek ekonomi

Dari sudut pandang ekonomi, pengaturan persaingan usaha diharapkan dapat mewujudkan:

- a. Peningkatan daya saing produk lokal sehingga mampu bersaing dengan produk impor dan mendorong pangsa pasar internasional.

- b. Efisiensi manfaat sumber daya yang dimiliki suatu bangsa.
- c. Peningkatan produktivitas.
- d. Peningkatan kesejahteraan masyarakat.
- e. Pendorong inovasi.

## 2. Aspek hukum

Dari sudut pandang hukum, pengaturan persaingan usaha diharapkan dapat mewujudkan keadilan, bukan hanya bagi pelaku usaha, tetapi juga bagi konsumen produk yang dihasilkan para pelaku usaha tersebut. Jadi ada dua faktor yang perlu diperhatikan secara integral dalam prinsip keadilan, yaitu sebagai berikut:

- a. Praktisi usaha/pelaku  
Dilihat dari sudut pelaku usaha, prinsip ini berarti pelaku usaha memiliki kesempatan yang sama (tidak ada diskriminasi) dan adil dalam mengembangkan potensi-potensinya.
- b. Kepentingan konsumen  
Berarti konsumen memiliki kebebasan untuk menentukan pilihan terhadap produk yang sesuai dengan kebutuhannya berdasarkan kualitas yang baik, harga wajar, dan layanan yang prima.

## 3. Aspek internasional

Salah satu aspek lain adalah aspek internasional, karena bukan hanya masalah pertimbangan globalisasi tetapi juga aspek yuridis formalnya, yaitu Undang-Undang No.7 tahun 1995 tentang Ratifikasi Persetujuan Pembentukan Organisasi Perdagangan Dunia. Dengan demikian Indonesia telah turut meratifikasi hasil *Final Act Uruguay Round*. Atas dasar pranata hukum internasional seperti tercantum dalam konvensi Wina tahun 1969, ratifikasi tersebut memiliki akibat hukum eksternal dan internal bagi negara yang melakukannya."<sup>412</sup>

### **Pengaturan yang Terdapat Dalam Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat**

Hal-hal yang diatur dalam Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat adalah:

#### 1. Perjanjian yang dilarang

Definisi perjanjian yang dilarang sesuai dengan Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat adalah suatu perbuatan satu atau lebih pelaku usaha untuk mengikatkan diri terhadap satu atau lebih pelaku usaha lain dengan nama apapun, baik tertulis maupun tidak tertulis. Definisi perjanjian yang dilarang berdasarkan Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat merumuskan bahwa perjanjian dapat

dalam bentuk tertulis maupun tidak tertulis, keduanya dapat digunakan sebagai alat bukti dalam kasus persaingan usaha. Hal ini cukup menarik karena pada dasarnya bukti tidak tertulis kurang kuat karena Kitab Undang-Undang Hukum Perdata lebih menekankan dan menganggap bukti tertulis dan otentik sebagai alat bukti yang kuat, namun perumusan bahwa alat bukti tidak tertulis sebagai alat bukti adalah hal yang positif karena pelaku usaha bukanlah orang bodoh yang akan membuat perjanjian tertulis untuk sama-sama sepakat melakukan persaingan usaha tidak sehat.

Beberapa hal yang diatur dalam perjanjian yang dilarang dilakukan oleh pelaku usaha adalah: a) Oligopoli; b) Penetapan harga; c) Pembagian wilayah; d) Pemboikotan; e) Kartel; f) Trust; g) Oligopsoni; h) Integrasi vertikal; i) Perjanjian tertutup; j) Perjanjian dengan pihak luar negeri

## 2. Kegiatan yang dilarang

Kegiatan yang dilarang adalah kegiatan-kegiatan yang tidak boleh dilakukan oleh pelaku usaha dalam melakukan usahanya. Beberapa kegiatan yang dilarang yaitu: a) monopoli; b) monopsoni; c) penguasaan pasar; d) kegiatan menjual rugi; e) kecurangan dalam menetapkan biaya produksi; f) persekongkolan

## 3. Posisi dominan

Definisi posisi dominan berdasarkan Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat adalah suatu keadaan dimana pelaku usaha tidak mempunyai pesaing yang berarti atau suatu pelaku usaha mempunyai posisi lebih tinggi daripada pesaingnya pada pasar yang bersangkutan dalam kaitan pangsa pasarnya, kemampuan keuangan, akses pada pasokan atau penjualan serta kemampuan menyesuaikan pasokan atau permintaan barang atau jasa tertentu. Hal-hal yang diatur dalam posisi dominan adalah: a) Jabatan rangkap; b) Pemilikan saham; c) Penggabungan; d) Peleburan; e) Pengambilalihan

### **Peranan Penerapan Prinsip *Good Corporate Governance* Dalam Rangka Menciptakan Persaingan Usaha yang Sehat**

Seperti yang telah dijelaskan diatas, dalam rangka meningkatkan kesejahteraan masyarakat Indonesia maka perekonomian haruslah ditingkatkan karena perekonomian merupakan salah satu faktor yang berperan cukup besar dalam meningkatkan kesejahteraan masyarakat. Pemerintah sebagai pelaksana tujuan negara telah cukup berhasil meningkatkan perekonomian masyarakat Indonesia, namun perkembangan perekonomian haruslah ditopang oleh peraturan agar tercipta persaingan yang sehat diantara para pelaku usaha. Saat ini sudah ada Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat yang berusaha mengatur mengenai persaingan antar pelaku usaha. Namun keberadaan undang-undang ini saja belum cukup karena tanpa kesadaran dari berbagai pihak untuk melaksanakan Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek

Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, persaingan yang tidak sehat akan tetap terjadi. Beranjak dari uraian diatas, jelas bahwa terciptanya iklim usaha yang sehat, kondusif dan kompetitif sangat tergantung kepada komitmen berbagai pihak. Dimana para pihak disini adalah pemerintah sebagai regulator atau pengawas, penegak hukum, pelaku usaha dan masyarakat. Namun yang terpenting adalah pelaku usaha, karena merekalah yang menjalankan kegiatan usaha tersebut.

Pada saat ini masih cukup sering terjadi praktik-praktik usaha persaingan yang tidak sehat seperti conspiracy untuk memenangkan sebuah tender. oleh sebab itu prinsip-prinsip *Good Corporate Governance* haruslah diterapkan, prinsip-prinsip *Good Corporate Governance* menurut Hermansyah adalah:

1. "Kewajaran (*Fairness*)
2. Keterbukaan (*transparency*)
3. Akuntabilitas (*accountability*)
4. Responsibilitas (*responsibility*)"<sup>413</sup>

Perusahaan-perusahaan yang menerapkan prinsip-prinsip *Good Corporate Governance* dengan baik dan konsisten akan mampu memiliki tingkat sensitivitas yang tinggi terhadap semua kegiatan usaha yang dijalankannya dalam menghadapi persaingan usaha. Dengan demikian maka mereka akan menempatkan para pelaku usaha lainnya sebagai mitra sehingga persaingan tidak sehat dapat dihindarkan.

KPPU sebagai suatu komisi yang ada karena konsekuensi dari keberadaan Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat memiliki peranan yang sangat luas karena KPPU memiliki kewenangan sebagai eksekutif, yudikatif, legislatif dan konsultatif. Man S Satrawidjaja mengatakan bahwa pembentukan KPPU adalah baik karena " upaya pembangunan nasional antara lain diarahkan peada terwujudnya sistem hukum nasional yang dilakukan dengan pembentukan hukum baru, khususnya produk hukum yang dibutuhkan untuk mendukung pembangunan perekonomian nasional. Dengan demikian dibuatnya atau lahirnya Undang-Undang No.37 tahun 2004 (UU KPKPU), salah satu tujuan dari pembangunan hukum nasional dapat direalisasikan."<sup>414</sup> Berdasarkan pendapat diatas, memang pembentukan KPPU adalah baik karena dengan adanya KPPU penyelesaian sengketa dalam persaingan usaha relatif dapat diselesaikan dengan lebih cepat karena berada dalam satu atap yang dilakukan oleh KPPU, namun pembentukan KPPU sebagai komisi yang memiliki wewenang luar biasa juga perlu dicermati karena, dengan kewenangan yang luar biasa, dikhawatirkan terjadi penyalahgunaan wewenang seperti yang dikatakan oleh Lord Acton "*power tends to corrupt and absolute powers corrupts absolutely*". Jadi kewenangan KPPU haruslah dibatasi, selain itu, memang KPPU memiliki wewenang yang luas, namun pada kenyataannya KPPU sering menghadapi kendala juga seperti :

1. KPPU memiliki kewenangan untuk melakukan penelitian dan penyelidikan, namun KPPU tidak mempunyai wewenang untuk melakukan pengeledahan terhadap pelaku usaha yang diindikasikan melakukan pelanggaran terhadap Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.
2. KPPU memiliki kewenangan untuk melakukan dan penyelidikan, namun KPPU juga sering terkendala dengan sifat kerahasiaan perusahaan sehingga KPPU tidak bisa mendapatkan data perusahaan yang diperlukan.
3. KPPU memiliki kewenangan untuk meminta keterangan dari instansi pemerintah, namun sampai sekarang belum terjalin kerjasama yang baik antara KPPU dengan instansi pemerintah dalam hal penyelidikan terhadap dugaan persaingan usaha tidak sehat. Hal ini menyebabkan KPPU sering mengalami kesulitan dalam melakukan tugasnya karena kurang data pendukung.
4. KPPU memiliki kewenangan untuk memanggil pelaku usaha atau saksi, tetapi permasalahan yang ada adalah KPPU tidak bisa melakukan pemaksaan untuk menghadirkan mereka.

Oleh karena KPPU memiliki kewenangan yang luas, namun pada pelaksanaannya sulit untuk dilakukan, adalah lebih baik apabila kewenangan KPPU dipersempit untuk menghindari terjadinya penyalahgunaan wewenang. sesuai dengan konsep negara hukum, dimana pemerintah dalam melaksanakan tugasnya harus sesuai dengan hukum, namun apabila hukum yang mengaturnya tidak jelas, maka terbukalah kemungkinan untuk memanfaatkan celah-celah yang ada untuk dipergunakan demi kepentingan pribadi, kelompok atau golongan tertentu.

#### **Penyelesaian Permasalahan**

Berdasarkan konsep negara hukum yang mengatakan bahwa segala tindakan pemerintah haruslah berdasarkan UUD atau UU, dimana pengaturan yang mengatur kewenangan pemerintah haruslah jelas agar tidak adanya pelanggaran terhadap Hak-hak asasi manusia (dalam hal ini adalah hak-hak pelaku usaha yang mungkin terlanggar akibat kurang jelasnya pengaturan KPPU dalam melaksanakan tugasnya sebagai pengawas kegiatan usaha) dan sesuai juga dengan konsep negara hukum yang mengharuskan adanya pemisahan kekuasaan, maka kewenangan yang luas yang dimiliki oleh KPPU haruslah dipersempit. KPPU memiliki peran sebagai pengawas adalah baik karena dalam dunia usaha memang diperlukan pengawas yang akan mengawasi segala kegiatan yang dilakukan oleh pelaku usaha, namun untuk menjatuhkan hukuman bagi pelaku usaha yang bersalah sebaiknya diserahkan kepada sistem peradilan pada umumnya yaitu melalui Pengadilan Negeri. Sebagaimana telah diatur oleh Undang-Undang Nomor 48 tahun 2009 tentang Kekuasaan Kehakiman dimana kita mengenal bahwa peradilan dibedakan menjadi peradilan umum dan peradilan khusus, dan terbukannya

kemungkinan adanya spesialisasi dalam masing-masing peradilan. Seperti halnya pembentukan pengadilan niaga yang dibentuk untuk menyelesaikan permasalahan dalam bidang kepailitan dan bidang perniagaan lainnya, maka untuk penyelesaian sengketa usaha adalah baik apabila dibentuk pengadilan sengketa usaha yang memiliki kedudukan yang sama dengan pengadilan niaga yaitu berada di bawah lingkungan peradilan umum. Beberapa alasan Pengadilan sengketa usaha perlu dibentuk karena:

1. Menghindari penyalahgunaan wewenang yang dimiliki oleh KPPU, karena seperti yang kita ketahui, KPPU memiliki wewenang untuk mengawasi, menyidik dan menjatuhkan sanksi maka sangatlah terbuka lebar bagi KPPU untuk menyalahgunakan wewenangnya.
2. Pengadilan sengketa usaha perlu dibentuk agar proses penyelesaian sengketa usaha menjadi lebih efektif, efisien dan memenuhi tuntutan dunia bisnis yang menginginkan proses penyelesaian sengketa secara cepat. Agar dapat melaksanakan tugasnya secara efektif, efisien dan memenuhi tuntutan dunia bisnis, maka Pengadilan sengketa usaha haruslah pengadilan yang khusus menangani sengketa usaha, hakim yang menyelesaikan sengketa usaha juga haruslah hakim yang memiliki kompetensi dalam bidang penyelesaian sengketa usaha.
3. Pengadilan sengketa usaha perlu dibentuk untuk efisiensi waktu dan menghindari lamanya proses penyelesaian sengketa apabila dilakukan di Pengadilan Negeri.

### **Kesimpulan**

Perkembangan perekonomian dalam rangka meningkatkan kesejahteraan masyarakat Indonesia telah cukup tercapai, ini terlihat dari perkembangan perekonomian yang cukup pesat. Namun perkembangan ini bukan tanpa permasalahan, karena perkembangan <sup>1</sup> perekonomian ternyata menimbulkan permasalahan baru yaitu timbulnya persaingan yang tidak sehat diantara para pelaku usaha. Untuk menyelesaikan permasalahan tersebut, pemerintah menetapkan Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, yang mengatur kegiatan pelaku usaha dalam melakukan usahanya, sebagai konsekuensinya lahirnya KPPU sebagai komisi yang memiliki peran sebagai pengawas kegiatan pelaku usaha. Namun kembali permasalahan menghadang, karena KPPU dianggap memiliki wewenang yang begitu luas. Oleh karena itu, atas dasar negara hukum yang mencirikan adanya pemisahan kekuasaan untuk mencegah terjadinya penyalahgunaan wewenang, maka kewenangan KPPU haruslah diminimalkan dan kewenangan yudikatif yang dimiliki KPPU harus kembali diserahkan kepada Pengadilan Negeri, dimana Pengadilan Negeri harus segera membentuk pengadilan spesial yang akan menyelesaikan sengketa usaha yang memiliki kedudukan seperti Pengadilan Niaga.

# **PERAN KPPU DALAM MELAKUKAN PENILAIAN TERHADAP TINDAKAN PERSEKONGKOLAN TENDER OLEH PELAKU USAHA\***

**Suryadi, S.H., M.hum**

*Dosen Fakultas Hukum Universitas Ahmad Dahlan Yogyakarta*

## **A . Pendahuluan**

Salah satu bentuk tindakan pelaku usaha yang dapat menimbulkan persaingan tidak sehat di antara para pelaku usaha adalah tindakan persekongkolan dalam tender, Pasal 22 Undang-undang No. 5 Tahun 1999 secara tegas menyatakan bahwa "Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat". Persekongkolan tender merupakan tindakan yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pelaku usaha maupun bersama-sama dengan pemilik pekerjaan, persekongkolan tender dapat terjadi melalui perjanjian-perjanjian tertulis maupun kesepakatan-kesepakatan secara lisan yang bersifat melawan hukum dan bertujuan untuk menghalang-halangi para pesaingnya masuk dalam pasar yang bersangkutan.

Persekongkolan tender merupakan tindakan yang dilarang dalam hukum persaingan, oleh karena persekongkolan tender akan menyebabkan terjadinya persaingan tidak sehat, yaitu tertutupnya peluang dan kesempatan bagi pelaku usaha lainnya untuk dapat masuk dalam pasar yang bersangkutan, persekongkolan tender juga bertentangan dengan filosofi diadakannya tender dalam pengadaan barang maupun jasa oleh pemilik pekerjaan, yaitu bahwa tender dimaksudkan untuk memberi kesempatan secara terbuka bagi semua pelaku usaha yang memenuhi kualifikasi untuk sama-sama masuk dalam pasar yang bersangkutan secara kompetitif sehingga diperoleh harga barang yang kompetitif dan kualitas barang yang baik.

Adanya persekongkolan tender juga akan menyebabkan terjadinya inefisiensi bagi pelaku usaha maupun pemilik pekerjaan dalam produksi maupun distribusi barang maupun jasa, persekongkolan juga akan berpengaruh terhadap efisiensi ekonomi nasional. Persekongkolan dalam tender pengadaan barang dan jasa, khususnya tender pengadaan barang dan jasa yang dilakukan oleh pemerintah juga telah mendorong terjadinya tingkat korupsi yang semakin tinggi pada keuangan negara. Ilustrasi sepanjang berdirinya KPK tidak kurang 50 perkara yang terkait penyimpangan pengadaan barang dan jasa pemerintah di mana menyebabkan kerugian Negara 35 persen dari total nilai proyeknya, perbandingan proyeksi Anggaran Pendapatan dan Belanja

Negara 2010 senilai Rp 327 triliun yang di dalamnya terdapat belanja modal Rp 76,8 triliun dan belanja barang Rp 99,7 triliun, tentu bisa bayangkan apa yang terjadi jika pengadaan barang dan jasa tidak dicermati dan dikawal oleh sistem yang baik (<http://www.Tempointerkti.com>).

Sejak Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) berdiri 12 tahun lalu, hingga kini lembaga itu telah menerima laporan adanya persekongkolan tender sebanyak 4.000 kasus. Laporan tersebut datang dari berbagai elemen, baik pelaku usaha maupun masyarakat umum, dari 4.000 laporan yang masuk, 130 di antaranya telah diproses oleh KPPU, bahkan sebagian besar telah ditindak dan diberi sanksi administrasi dan denda (<http://www.antaranews.com>).

Tindakan persekongkolan tender oleh pelaku usaha sebagai bentuk persaingan usaha tidak sehat tidak saja merugikan pelaku usaha pesaingnya, akan tetapi secara umum juga akan mengganggu keseimbangan kegiatan pelaku usaha dan ekonomi nasional yang pada akhirnya akan mengganggu kepentingan umum dengan menurunnya tingkat kesejahteraan rakyat. Bertolak dari latar belakang tersebut, penegakan hukum yang efektif dalam bidang hukum persaingan usaha mutlak diperlukan, khususnya yang terkait dengan larangan persekongkolan tender sebagaimana diatur dalam Pasal 22 Undang-undang No.5 tahun 1999. KPPU sebagai lembaga independen yang memegang otoritas dalam melakukan pengawasan terhadap pelaksanaan hukum persaingan usaha, salah satunya memiliki tugas untuk melakukan penilaian terhadap tindakan persekongkolan tender yang dapat menimbulkan persaingan tidak sehat.

#### **B. Hukum Persaingan dan Persaingan Usaha Tidak Sehat**

Pembangunan dalam bidang ekonomi, khususnya dalam perdagangan atas barang dan jasa berdasarkan demokrasi ekonomi yang dilandasi nilai-nilai Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945 harus dikembangkan secara terus menerus untuk mencapai kesejahteraan rakyat secara berkeadilan. Demokrasi dalam bidang ekonomi menghendaki adanya kesempatan yang berkeadilan bagi setiap warga Negara untuk berpartisipasi dalam proses produksi dan distribusi atas barang dan jasa, dalam iklim usaha yang sehat dan kondusif, efektif, dan efisien yang mampu mendorong tingkat pertumbuhan ekonomi secara dinamis dan bekerjanya ekonomi pasar yang wajar.

Setiap pelaku usaha harus mendapatkan jaminan untuk menjalankan usahanya secara berkeadilan dalam situasi persaingan yang sehat dan wajar. Jaminan terhadap pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan usahanya secara berkeadilan dalam persaingan yang sehat dan wajar, akan mendorong setiap pelaku usaha untuk menjalankan kegiatan produksi dan distribusi barang dan atau jasa secara jujur dalam koridor hukum yang berlaku. Praktek monopoli sebagai bentuk pemusatan kekuatan ekonomi oleh satu atau lebih pelaku usaha akan mengakibatkan dikuasainya produksi dan atau pemasaran barang

dan atau jasa tertentu akan menyebabkan terjadinya persaingan yang tidak sehat dan menimbulkan kerugian umum, khususnya konsumen.

Pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan dalam bidang produksi maupun distribusi atas barang dan atau jasa harus memperhatikan prinsip-prinsip demokrasi ekonomi dengan tetap menjaga keseimbangan antara kepentingan pelaku usaha dan kepentingan umum. Dalam konteks ini intervensi Negara sangat diperlukan, khususnya dalam bentuk regulasi dan perizinan yang sangat berpengaruh terhadap proses pembangunan ekonomi, khususnya dalam bidang produksi dan distribusi atas barang dan atau jasa. Regulasi dan perizinan dalam bidang produksi dan distribusi atas barang dan atau jasa sangat diperlukan untuk memberikan jaminan rujukan bersama antara pemangku kepentingan (*stake-holders*) dalam dinamika ekonomi pasar. Campur tangan atau intervensi Negara dalam bentuk regulasi dan perizinan akan memberikan jaminan keseimbangan antara kepentingan sesama pelaku usaha dan kepentingan umum secara berkeadilan dan memberikan kepastian hukum. Dengan kepastian yang adil, keadilan yang pasti dan nilai manfaat itulah hukum dapat menjamin kebebasan yang teratur dalam dinamika perekonomian, sehingga pada gilirannya akan membawa kesejahteraan bersama dalam kehidupan masyarakat (Asshiddiqie, 2010 : 13). Tanpa kepastian hukum (*certainty*), perekonomian tidak dapat berkembang dengan teratur; tanpa keadilan (*justice*), perekonomian tidak akan tumbuh secara sehat dan berkeadilan; dan tanpa kegunaan atau kemanfaatan (*utility*), perekonomian tidak akan membawa kesejahteraan dan kemanfaatan bagi masyarakatnya, hukum harus mampu membawa perubahan masyarakat yang dimanis menuju masyarakat yang sejahtera dan damai dalam keteraturan hidup (Assiddiqie, 2010: 13).

Persaingan dalam menjalankan kegiatan usaha di antara para pelaku usaha merupakan hal wajar, bahkan merupakan suatu keharusan bagi setiap pelaku usaha untuk selalu meningkatkan daya saingnya terhadap para kompetitor-kompetitornya. Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 lebih memfokuskan pada persolan pengaturan tentang persaingan usaha yang sehat dan berkeadilan bagi setiap pelaku usaha.

Persaingan usaha yang dilakukan antar pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa secara tidak jujur atau melawan hukum atau yang bersifat menghambat terbukanya perasingan usaha, tentu akan merugikan bagi para pelaku usaha, khususnya pelaku usaha kompetitor dan menyebabkan terjadinya inefisien dalam bidang usaha dan ekonomi yang pada akhirnya akan merugikan kepentingan umum dengan menurunnya tingkat kesejahteraan rakyat.

Praktek monopoli dan persaingan tidak sehat dapat terjadi karena adanya perjanjian, kegiatan, atau karena adanya posisi dominan. Praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat yang timbul karena perjanjian antara lain,

oligopoly, penetapan harga, pemboikotan, kartel, trust, oligopsoni, integrasi vertical, dan perjanjian tertutup. Praktek monopoli dan persaingan usaha yang disebabkan karena adanya kegiatan tertentu antara lain, monopoli, monopsoni, penguasaan pasar, dan persekongkolan, sedangkan yang terjadi sebagai akibat posisi dominan dapat timbul karena jabatan rangkap, kepemilikan saham, atau karena penggabungan, peleburan dan pengambilalihan.

Praktek monopoli dan persaingan usaha yang timbul sebagai akibat adanya persekongkolan, dapat dibedakan dalam tiga klasifikasi, yang pertama adalah persekongkolan dalam tender, kedua adalah Persekongkolan untuk membuka rahasia perusahaan kompetitornya, dan yang ketiga adalah persekongkolan yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pihak lain dengan tujuan untuk menghambat produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa pelaku usaha kompetitornya.

Tentang persekongkolan tender dalam Pasal 22 Undang-undang No.5 Tahun 1999 disebutkan bahwa "Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat". Pada ketentuan umum dari Undang-undang No.5 Tahun 1999 dijelaskan bahwa persekongkolan atau konspirasi usaha adalah bentuk kerjasama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pelaku usaha lain dengan maksud untuk menguasai pasar bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol. Sementara dalam penjelasan Pasal 22 dijelaskan bahwa tender adalah tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, untuk mengadakan barang-barang, atau untuk menyediakan jasa. Berdasarkan pengertian tender pada penjelasan Pasal 22 maka luasan cakupan tawaran pengajuan harga dapat berupa memborong atau melaksanakan suatu pekerjaan, mengadakan barang dan atau jasa, membeli suatu barang dan atau jasa, menjual barang dan atau jasa, baik melalui tender terbuka, tender terbatas, pelelangan umum, maupun melalui pelelangan terbatas.

Berdasarkan kamus hukum, persekongkolan adalah suatu hubungan kerjasama antara dua orang atau lebih yang secara bersama-sama melakukan tindakan yang bersifat melanggar hukum. Persekongkolan tender dapat dilakukan secara lisan, tertulis, baik secara terbuka maupun secara diam-diam melalui tindakan penyesuaian, penawaran sebelum dimasukkan, atau menciptakan persaingan semu, atau menyetujui dan atau fasilitas, atau pemberian kesempatan eksklusif, atau tidak menolak melakukan suatu tindakan meskipun mengetahui bahwa tindakan tersebut dilakukan untuk mengatur dalam rangka memenangkan peserta tender tertentu (KPPU, 2005:10).

Secara umum persekongkolan tender dalam praktek kegiatan pelaku usaha dapat terjadi dalam tiga bentuk persekongkolan, yaitu persekongkolan horisontal, persekongkolan vertikal, dan persekongkolan yang bersifat gabungan antara keduanya. Persekongkolan tender diantara para pelaku

usaha maupun dengan pihak pemilik pekerjaan dapat terjadi pada semua tahapan kegiatan tender, baik pada tahap perencanaan, saat pembentukan panitia pengadaan, pada tahap prakualifikasi perusahaan atau pra lelang, pada tahap penyusunan syarat peserta tender dan penyusunan dokumen, maupu pada tahap pengumuman calon pemenang (KPPU,2005:15).

Dalam persekongkolan tender dapat ditemukan adanya lima unsur utama, yaitu adanya unsur pelaku usaha, unsur bersekongkol, unsur pihak lain, unsur mengatur dan menentukan, serta unsur tender yang satu sama lain saling berhubungan dan mampu menciptakan adanya tindakan yang menimbulkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.

Persekongkolan membuka rahasia perusahaan competitor, dalam Pasal 23 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 disebutkan bahwa "Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mendapatkan informasi kegiatan usaha pesaingnya yang diklasifikasikan sebagai rahasia perusahaan sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat".

Bentuk persekongkolan yang ketiga adalah persekongkolan dengan tujuan untuk menghambat produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa pelaku usaha kompetitornya, dalam Pasal 24 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 disebutkan bahwa "Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk menghambat produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa pelaku usaha pesaingnya dengan maksud agar barang dan atau jasa yang ditawarkan atau dipasok di pasar bersangkutan menjadi berkurang baik dari jumlah, kualitas, maupun ketepatan waktu yang dipersyaratkan".

Untuk menjamin dapat dilaksanakannya Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dibentuklah sebuah komisi independen, yaitu Komisi Pengawas Persaingan Usaha, tugas utama Komisi adalah untuk melakukan penilaian terhadap perjanjian, kegiatan usaha atau tindakan pelaku usaha, dan terhadap ada atau tidak adanya penyalahgunaan posisi dominan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.

Dalam hukum persaingan usaha yang dikenal dari beberapa negara pada saat ini, ada dua pendekatan yang dapat digunakan dalam melakukan penilaian terhadap pelaku usaha apakah telah melakukan pelanggaran hukum persaingan usaha atau tidak, yaitu pendekatan *per se illegal* dan atau *rule of reason*.

Pendekatan *per se illegal* digunakan dalam hal hukum persaingan usaha secara tegas melarang segala perjanjian atau kegiatan yang dilakukan oleh pelaku usaha sebagai bentuk pelanggaran atau *illegal* tanpa harus dibuktikan lebih lanjut apakah perjanjian atau kegiatan tersebut menimbulkan kerugian pada pihak lain atau tidak. Sementara pendekatan *rule of reason* adalah pendekatan penilaian atas suatu perjanjian atau tindakan pelaku usaha, dengan melakukan penilaian apakah perjanjian atau tindakan tersebut menyebabkan

terjadinya praktek monopoli atau persaingan usaha yang tidak sehat atau tidak, serta apakah ada akibat hukum yang bersifat merugikan pihak ketiga atau tidak.

### **C. Hasil Penelitian Peran KPPU dalam Penilaian Persekongkolan Tender**

Berdasarkan hasil pembahasan data-data yang bersifat data sekunder khususnya bahan hukum primer maupun bahan hukum sekunder dapat di lihat bahwa KPPU merupakan lembaga non struktural yang dalam menjalankan tugas dan kewenangannya bersifat independen yang terlepas dari pengaruh dan kekuasaan pemerintah maupun pihak lain. KPPU merupakan lembaga Negara yang tugas dan kewenangannya bersifat komplementer melengkapi lembaga-lembaga Negara yang sudah ada, khususnya dalam penegakan hukum antimonopoli dan persaingan. KPPU bukan merupakan bagian dari kekuasaan kehakiman, akan tetapi merupakan bagian dari eksekutif dan lembaga non departemen.

Dalam tugas dan kewenagannya menegakkan hukum antimonopoli dan persaingan sebagaimana diatur dalam undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 kewenangan KPPU lebih pada ranah hukum administrasi, KPPU hanya dapat menjatuhkan sanksi yang bersifat tindakan administratif. Pelanggaran atas hukum antimonopoli dan persainan yang bersifat pedata dan pidana tetap menjadi yurisdiksi dan kompetensi dari lembaga peradilan yang sudah ada.

Dilihat dari tugas dan kewenangan KPPU yang diberikan oleh undang-undang, KPPU bukan merupakan bagian dari lembaga kekuasaan kehakiman, akan tetapi sebagai lembaga administratif. Putusan KPPU atas kasus dugaan pelanggaran larangan praktek monopoli dan persaingan tidak sehat juga merupakan putusan administrasi Negara dan tidak memiliki title eksekutorial seperti halnya putusan-putusan badan peradilan. KPPU tidak memiliki kewenangan mencantumkan title eksekutorial “ Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa” dalam putusannya.

Ketentuan Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 dalam Pasal 46 ayat (2) dinyatakan bahwa “Putusan Komisi yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap dimintakan penetapan eksekusi kepada Pengadilan Negeri” dengan merujuk ketentuan ini, putusan KPPU yang bersifat administratif disetarakan dengan putusan-putusan lembaga peradilan, putusan administratif karena tidak memiliki title eksekutorial seharusnya tidak dapat serta merta dapat dimintakan fiat eksekutorial pada lembaga pengadilan, **ketentuan Pasal 46 ayat (2) merupakan ketentuan yang dipaksakan berlakunya.**

Terhadap putusan administrasi yang dikeluarkan oleh KPPU, pengusaha dapat mengajukan keberatan kepada Pengadilan Negeri selambat-lambatnya 14 (empat belas) hari setelah menerima pemberitahuan putusan tersebut {Pasal 44 ayat (2) Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999}. Penunjukan Pengadilan

Negeri sebagai tempat pengajuan keberatan atas Putusan KPPU adalah tidak tepat, karena KPPU bukan sebagai lembaga peradilan, kewenangan memeriksa keberatan atas putusan KPPU dalam Undang-undang Kekuasaan Kehakiman maupun Undang-undang Tentang Peradilan Umum tidak termasuk lingkup kompetensi Pengadilan Negeri, ketentuan ini merupakan bentuk penyimpangan atas kompetensi absolut dari Pengadilan Negeri. Putusan KPPU yang bersifat administratif termasuk lingkup hukum administrasi Negara dan bentuknya bukan upaya hukum “ keberatan “ akan tetapi pelaku usaha yang dirugikan atas putusan KPPU mengajukan gugatan atas putusan administrasi negara melalui prosedur hukum acara Peradilan Tata Usaha Negara.

KPPU menurut Pasal 36 huruf J Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 juga memiliki kewenangan untuk memutuskan dan menetapkan ada atau tidak adanya kerugian di pihak pelaku usaha lain atau masyarakat, berdasarkan kewenangan ini KPPU hanya mempunyai kewenangan memutus dan menetapkan ada atau tidak adanya kerugian, KPPU tidak memiliki kewenangan untuk menjatuhkan saksi ganti rugi untuk pelaku usaha yang dirugikan. Ketentuan ini menunjukkan secara jelas bahwa KPPU bukan merupakan bagian dari kekuasaan kehakiman.

Pelaku usaha yang dirugikan secara material sebagai akibat adanya pelanggaran atas Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 yang sudah diputuskan KPPU dapat menuntut haknya melalui prosedur hukum acara perdata biasa dengan gugatan perdata ke Pengadilan Negeri. Putusan KPPU menjadi alat bukti permulaan adanya perbuatan yang bersifat melawan hukum yang merugikan pelaku usaha lainnya atau masyarakat.

Pelaksanaan putusan administrasi tidak dapat dipaksakan, karena tidak memiliki title eksekutorial, putusan administrasi hanya dapat dilaksanakan dengan etiked baik. Dalam Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 secara tegas dinyatakan dalam ketentuan Pasal 44 ayat (4) bahwa dalam hal pelaku usaha tidak menyampaikan keberatan dan tidak melaksanakan putusan KPPU, maka Komisi menyerahkan putusan tersebut kepada penyidik untuk dilakukan penyidikan dan putusan KPPU hanya merupakan bukti permulaan untuk dilakukan penyidikan (Pasal 44 ayat 5). Ketentuan Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) menunjukkan juga bahwa KPPU tidak dapat melakukan upaya paksa pelaksanaan atas putusan administratifnya.

Dalam hal putusan KPPU tidak dilaksanakan dengan etiked baik oleh pelaku usaha yang dinyatakan melanggar Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999, seharusnya KPPU menempuh prosedur gugatan administrasi Negara, KPPU sebagai pihak yang mewakili kepentingan Negara atau masyarakat. Dalam kontek ini karena putusan KPPU merupakan putusan administrasi maka pelaksanaannya hanya dapat dilaksanakan berdasarkan putusan pengadilan menurut prosedur hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara.

KPPU dalam menjalankan fungsi penegakan hukum atas hukum antimonopoli dan persaingan usaha memiliki tugas sebagaimana diatur dalam Pasal 35 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999. Dilihat dari tugas-tugas yang diberikan oleh undang-undang, khususnya dalam penegakan hukum antimonopoli dan persaingan usaha, KPPU memiliki tugas utama untuk melakukan penilaian apakah suatu perijinan, kegiatan dan atau tindakan pelaku usaha, atau posisi dominan mengakibatkan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat atau tidak.

Dalam menjalankan tugas penilaian atas dugaan adanya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat, KPPU oleh Undang-undang juga diberikan wewenang sebagaimana diatur dalam Pasal 36 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999. KPPU dapat melakukan pemeriksaan terhadap pelaku usaha apabila ada dugaan terjadi pelanggaran Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 baik karena adanya laporan dari pelaku usaha atau masyarakat maupun karena inisiatif dari KPPU sendiri, KPPU dapat bersifat pasif maupun aktif dalam memeriksa pelanggaran atas undang-undang antimonopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat. Kewenangan KPPU terkait dengan tugas pokoknya dalam melakukan penilaian ada tidaknya pelanggaran atas Undang-undang Nomor 5 tahun 1999, yang terpenting adalah kewenangan untuk melakukan penelitian, penyelidikan dan atau pemeriksaan, menyimpulkan hasil penyelidikan dan atau pemeriksaan, memutus dan menetapkan ada atau tidaknya kerugian dipihak pelaku usaha lain atau masyarakat, dan menjatuhkan sanksi administratif.

#### **D. Hasil Penelitian Parameter dan Pendekatan KPPU dalam Melakukan Penilaian Persekongkolan Tender.**

Berdasarkan hasil identifikasi, klasifikasi, dan pembahasan data-data sekunder yang berupa bahan hukum primer maupun sekunder dapat dilihat bahwa KPPU dalam melakukan penilaian atas dugaan adanya persekongkolan tender menggunakan parameter dan indikator yang sudah ditetapkan sebagai ukuran dan pengarah apakah suatu tindakan atau perbuatan termasuk katagori persekongkolan tender atau tidak, apakah menimbulkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat atau tidak.

Masing-masing unsur dari Pasal 22 dirumuskan parameter-parameter dengan mendasarkan pada indikator-indikator pada setiap tahapan proses tender yang sudah dirumuskan dalam Peraturan KPPU Nomor 2 Tahun 2010 Tentang Pedoman Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Persekongkolan Dalam Tender. Unsur utama dari Pasal 22 adalah adanya unsur pelaku usaha, unsur bersekongkol, unsur pihak lain, unsur mengatur dan atau menentukan pemenang tender, dan unsur persaingan usaha tidak sehat. Lima unsur yang ada pada Pasal 22 merupakan unsur kumulatif yang harus semuanya dapat dibuktikan dan dipenuhi dalam setiap

pembuktian adanya dugaan atas pelanggaran pasal tersebut. Dalam Peraturan KPPU Nomor 2 Tahun 2010 ditentukan kurang lebih 65 indikator adanya persekongkolan tender, sebagai pengarah bagi KPPU dalam melakukan penilaian atas adanya dugaan persekongkolan tender sebagaimana yang diatur dalam ketentuan Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999.

KPPU dalam melakukan penilaian atas dugaan terjadinya persekongkolan tender sesuai dengan sifat Pasal 22 yang membutuhkan proses pembuktian hubungan kausalitas sebab akibat antara persekongkolan dan persaingan usaha tidak sehat, dua unsur inilah yang harus dibuktikan dengan menggunakan pendekatan "rule of reason" sebagai dasar penentuan salah tidaknya para pihak yang terlibat dalam tender.

Dilihat dari tugas dan kewenangan KPPU yang diberikan oleh undang-undang, KPPU bukan merupakan bagian dari lembaga kekuasaan kehakiman, akan tetapi sebagai lembaga administratif. Putusan KPPU atas kasus dugaan pelanggaran larangan praktek monopoli dan persaingan tidak sehat juga merupakan putusan administrasi Negara dan tidak memiliki title eksekutorial seperti halnya putusan-putusan badan peradilan. KPPU tidak memiliki kewenangan mencantumkan title eksekutorial " Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa" dalam putusannya.

Ketentuan Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 dalam Pasal 46 ayat (2) dinyatakan bahwa " Putusan Komisi yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap dimintakan penetapan eksekusi kepada Pengadilan Negeri" dengan merujuk ketentuan ini, putusan KPPU yang bersifat administratif disetarakan dengan putusan-putusan lembaga peradilan, putusan administratif karena tidak memiliki title eksekutorial seharusnya tidak dapat serta merta dapat dimintakan fiat eksekutorial pada lembaga pengadilan, ketentuan Pasal 46 ayat (2) merupakan ketentuan yang dipaksakan berlakunya.

Terhadap putusan administrasi yang dikeluarkan oleh KPPU, pengusaha dapat mengajukan keberatan kepada pengadilan Negeri selambat-lambatnya 14 (empat belas ) hari setelah menerima pemberitahuan putusan tersebut {asal 44 ayat (2) Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999}. Penunjukan Pengadilan Negeri sebagai tempat pengajuan keberatan atas Putusan KPPU adalah tidak tepat, karena KPPU bukan sebagai lembaga peradilan, kewenangan memeriksa keberatan atas putusan KPPU dalam Undang-undang Kekuasaan Kehakiman maupun Undang-undang Tentang Peradilan Umum tidak termasuk lingkup kompetensi Pengadilan Negeri, ketentuan ini merupakan bentuk penyimpangan atas kompetensi absolut dari Pengadilan Negeri. Putusan KPPU yang bersifat administratif termasuk lingkup hukum administrasi Negara dan bentuknya bukan upaya hukum " keberatan " akan tetapi pelaku usaha yang dirugikan atas putusan KPPU mengajukan gugatan atas putusan administrasi negara melalui prosedur hukum acara Peradilan Tata Usaha Negara.

KPPU menurut Pasal 36 huruf J Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 juga memiliki kewenangan untuk memutuskan dan menetapkan ada atau tidak adanya kerugian di pihak pelaku usaha lain atau masyarakat, berdasarkan kewenangan ini KPPU hanya mempunyai kewenangan memutus dan menetapkan ada atau tidak adanya kerugian, KPPU tidak memiliki kewenangan untuk menjatuhkan saksi ganti rugi untuk pelaku usaha yang dirugikan. Ketentuan ini menunjukkan secara jelas bahwa KPPU bukan merupakan bagian dari kekuasaan kehakiman.

Pelaku usaha yang dirugikan secara material sebagai akibat adanya pelanggaran atas Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 yang sudah diputuskan KPPU dapat menuntut haknya melalui prosedur hukum acara perdata biasa dengan gugatan perdata ke Pengadilan Negeri. Putusan KPPU menjadi alat bukti permulaan adanya perbuatan yang bersifat melawan hukum yang merugikan pelaku usaha lainnya atau masyarakat.

Pelaksanaan putusan administrasi tidak dapat dipaksakan, karena tidak memiliki title eksekutorial, putusan administrasi hanya dapat dilaksanakan dengan etiked baik. Dalam Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 secara tegas dinyatakan dalam ketentuan Pasal 44 ayat (4) bahwa dalam hal pelaku usaha tidak menyampaikan keberatan dan tidak melaksanakan putusan KPPU, maka Komisi menyerahkan putusan tersebut kepada penyidik untuk dilakukan penyidikan dan putusan KPPU hanya merupakan bukti permulaan untuk dilakukan penyidikan ( Pasal 44 ayat 5 ). Ketentuan Pasal 44 ayat (4) dan ayat (5) menunjukkan juga bawa KPPU tidak dapat melakukan upaya paksa pelaksanaan atas putusan administratifnya.

Dalam hal putusan KPPU tidak dilaksanakan dengan etiked baik oleh pelaku usaha yang dinyatakan melanggar Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999, seharusnya KPPU menempuh prosedur gugatan administrasi Negara, KPPU sebagai pihak yang mewakili kepentingan Negara atau masyarakat. Dalam kontek ini karena putusan KPPU merupakan putusan administrasi maka pelaksanaannya hanya dapat dilaksanakan berdasarkan putusan pengadilan menurut prosedur hukum Acara Peradilan Tata Usaha Negara

### **Kesimpulan**

1. KPPU merupakan lembaga non sruktural. KPPU merupakan lembaga Negara yang tugas dan kewenangannya bersifat komplementer melengkapi lembaga-lembaga Negara yang sudah ada, khususnya dalam penegakan hukum antimonopoli dan persaingan. KPPU bukan merupakan bagian dari kekuasaan kehakiman, akan tetapi merupakan bagian dari eksekutif dan lembaga non departemen. Dalam tugas dan kewenangannya menegakkan hukum antimonopoli dan persaingan sebagaimana diatur dalam undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 kewenangan KPPU lebih pada ranah hukum administrasi, KPPU hanya dapat menjatuhkan sanksi yang bersifat tindakan

administratif. Pelanggaran atas hukum antimonopoli dan persaingan yang bersifat pidana dan pidana tetap menjadi yurisdiksi dan kompetensi dari lembaga peradilan yang sudah ada.

2. KPPU dalam melakukan penilaian atas dugaan adanya persekongkolan tender menggunakan parameter dan indicator yang sudah ditetapkan sebagai ukuran dan pengarah apakah suatu tindakan atau perbuatan termasuk katagori persekongkolan tender atau tidak, apakah menimbulkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat atau tidak.
3. Masing-masing unsur dari Pasal 22 dirumuskan parameter-parameter dengan mendasarkan pada indicator-indikator pada setiap tahapan proses tender yang sudah dirumuskan dalam Peraturan KPPU Nomor 2 Tahun 2010 Tentang Pedoman Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Persekongkolan Dalam Tender. Unsur utama dari Pasal 22 adalah adanya unsur pelaku usaha, unsur bersekongkol, unsur pihak lain, unsur mengatur dan atau menentukan pemenang tender, dan unsur persaingan usaha tidak sehat. Lima unsur yang ada pada Pasal 22 merupakan unsur kumulatif yang harus semuanya dapat dibuktikan dan dipenuhi dalam setiap pembuktian adanya dugaan atas pelanggaran pasal tersebut. Dalam Peraturan KPPU Nomor 2 Tahun 2010 ditentukan kurang lebih 65 indikator adanya persekongkolan tender, sebagai pengarah bagi KPPU dalam melakukan penilaian atas adanya dugaan persekongkolan tender sebagaimana yang diatur dalam ketentuan Pasal 22 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999.
4. KPPU dalam melakukan penilaian atas dugaan terjadinya persekongkolan tender sesuai dengan sifat Pasal 22 yang membutuhkan proses pembuktian hubungan kausalitas sebab akibat antara persekongkolan dan persaingan usaha tidak sehat, dua unsur inilah yang harus dibuktikan dengan menggunakan pendekatan "rule of reason" sebagai dasar penentuan salah tidaknya para pihak yang terlibat dalam tender.

#### **Saran-saran**

1. Berdasarkan kasus yang dikaji KPPU dalam putusannya terlihat tidak menunjukkan secara faktual unsur kerugian materiil yang dialami oleh pihak-pihak yang berkepentingan, khususnya bagi pelaku usaha pesaing yang disebabkan adanya persaingan usaha yang tidak sehat dari adanya persekongkolan tender, oleh karena itu putusan KPPU seharusnya menunjukkan juga tingkat kerugian tersebut, baik kerugian material maupun inmaterial yang dialami oleh pesaing maupun masyarakat.
2. Salah satu kelemahan dari Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah yang berkaitan dengan sanksi, khususnya yang berkaitan dengan adanya persekongkolan tender, sanksi bagi panitia lelang yang melakukan persekongkolan secara vertikal dalam undang-undang tidak diatur,

sehingga panitia lelang terbebas dari sanksi tindakan administratif. Sementara sanksi pidana baru dapat dikenakan kalau terbukti dari adanya persekongkolan tender menimbulkan kerugian pada Negara, sehingga panitia lelang dapat dijerat dengan dengan Undang-undang tindak pidana korupsi, oleh karena itu Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 perlu untuk direvisi dan menempatkan sanksi yang jelas dan tegas bagi panitia lelang tender yang terbukti bersekongkol, baik secara individual maupun secara institusional.

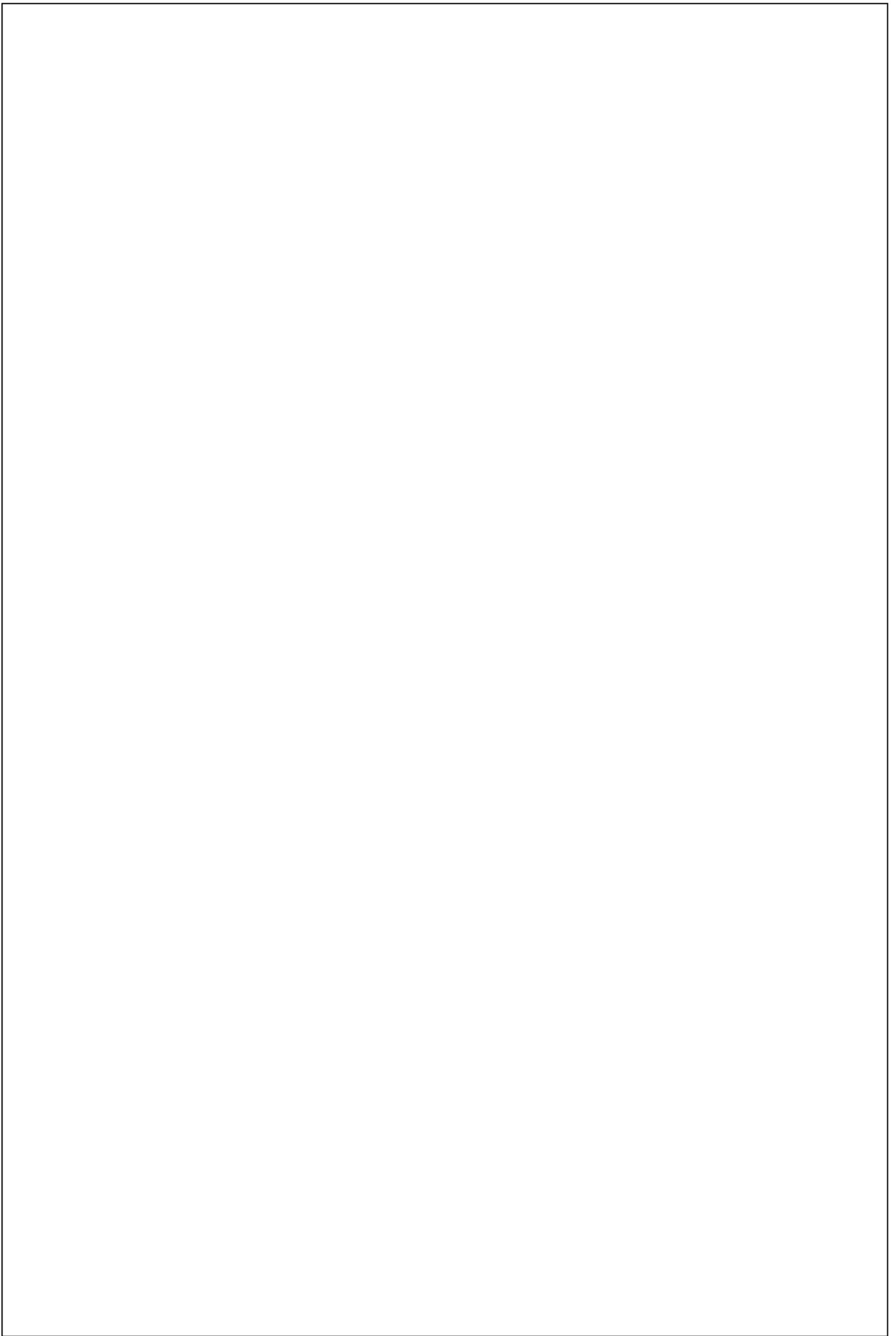
\* Hasil Penelitian Tahun 2011 atas biaya Universitas Ahmad Dahlan

## Endnote

- 290 Penulis merupakan salah satu peserta Workshop on Competition Law, Kerjasama antara Fakultas Hukum Universitas Islam Bandung dengan KPPU, diselenggarakan di Bandung, 29-31 Maret 2001.
- 291 Aditya Danantara, dkk (editor). *Ibid.*, hlm. 13-14.
- 292 Sri Edi Swasono, *Demokrasi Ekonomi; Keterkaitan Usaha Partisipatif vs. Konsentrasi Ekonomi*, Makalah Seminar "Pancasila Sebagai Ideologi Dalam Berbagai Bidang Kehidupan Bermasyarakat, Berbangsa dan Bernegara", BP-7 Jakarta, 24 Oktober 1989, hlm. 17.
- 293 Hikmahanto Juwana, *Sekilas tentang Hukum Persaingan dan UU No. 5 Tahun 1999*, Jurnal Magister Hukum (September 1999), hlm. 32.
- 294 Lihat Carolyn Hotchkiss, *International Law for Business*, (Singapore: McGraw-hill, 1994), hal. 104-108 dan Ralph H. Folsom dan Michael W. Gordon, *International Business Transactions*, (St. Paul: West Publishing Co., 1995), hal. 876-898.
- 295 Anonim, *Country Report for the Group Training Course in Antimonopoly Act and Competition Policy-Competition Law. And Enforcement*, August 31, 1998 - September 27, 1998, hal.5. dalam Aditya Danantara, dkk (editor). *Persaingan ...*, Op. cit., hlm. 144.
- 296 Lihat Section 1 Federal Trade Commission Act Amerika Serikat, dan Section 29 Antimonopoly Act Jepang.
- 297 *Ibid.*
- 298 Paul Brietzke, hlm. 8. dalam Aditya Danantara, dkk (editor), op.cit., hlm. 147.
- 299 *Ibid.*
- 300 Keberadaan KPPU secara khusus diatur dalam Bab VI UU No. 5 tahun 1999.
- 301 Lihat Ralph H. Folsom et. al, op.cit., hal 878-879. Untuk gambaran yang lengkap mengenai Hukum Persaingan di Eropah, Lihat D.G. Goyder, *EC Competition Law*, Second Edition, (Oxford: Calendron Press, 1993).
- 302 Areeda dan Kaplow, dalam Aditya Danantara, dkk (editor). op.cit., hlm. 149.
- 303 Gellhorn dan Kovacic, dalam Aditya Danantara, dkk (editor). *Ibid.*
- 304 Lihat Pasal 48 ayat (3) UU No. 5 Tahun 1999.
- 305 Roscoe Pound, dalam W. Friedmann, *Legal Theori (Terjemahan: Teori dan Filsafat Hukum Idealisme Filosofis & Problematika Keadilan)*, Radja Gafindo Persada, Jakarta, 1994, hlm. 140-147.
- 306 Lihat Satjipto Rahadjo, *Ilmu Hukum*, Alumni, Bandung, 1986, hlm. 20-21.
- 307 C.F.G. Sunaryati Hartono, *Upaya Menyusun Hukum Ekonomi Indonesia Pasca Tahun 2003*, Makalah Lokakarya Pembangunan Hukum Nasional VIII, Departemen Hukum dan HAM, BPHN, Denpasar-Bali, 14-18 Juli 2003, hlm. 17.
- 308 Mochtar Kusumaatmadja, *Fungsi dan Perkembangan Hukum dalam Pembangunan Nasional*, Fakultas Hukum UNPAD, Binacipta, Bandung, 1970, hlm. 11.
- 309 Greenfields investment atau greenfields FDI adalah: a form of foreign direct investment where a parent company starts a new venture in a foreign country by constructing new operational facilities from the ground up. In addition to building new facilities, most parent companies also create new long term jobs in the foreign country by hiring new employees. Greenfield investments occur when multinational corporations enter into developing countries to build new factories and/or stores. <http://www.investopedia.com/terms/g/greenfield.asp>. Diakses pada tanggal 19 Januari 2011.
- 310 S. Brakman, H. Garretsen & C. van Marrewijk, *Crossborder Mergers & Acquisitions: on Revealed Comparative Advantage and Merger Waves*, Sifo Working Paper No. 1602, 2005
- 311 Mahathir bin Mohamed, *UNCTAD X: Statement by Malaysia*. Speech delivered at the plenary session of UNCTAD X in Bangkok, Thailand, 12 February 2000, (Geneva: UNCTAD, 2000).
- 312 *UNCTAD, World Investment Report 2000: Cross-border Mergers and Acquisitions and Development*, (UN: New York and Geneva, 2000), h. 14.
- 313 Bahwa untuk melaksanakan ketentuan Pasal 28 ayat (3) dan Pasal 29 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999
- 314 Hadi Soesastro, *Kebijakan Persaingan, Daya Saing, Liberalisasi, Globalisasi, Regionalisasi, dan Semua Itu*, The CSIS Working Paper Series, WPE 082, Maret 2004, h. 1-2.
- 315 Lihat dalam Julie N. Clarke, *The International Regulation of Transnational Mergers, Desertasi, Law & Justice Research Center, Faculty of Law Queensland University of Technology*, 2010, h. 18.
- 316 Efisiensi adalah sebagai kadar atau ukuran tingkat pemborosan dari sumber daya yang dimiliki masyarakat.
- 317 Ningrum Natasya Sirait, *Asosiasi & Persaingan Usaha Tidak Sehat*, (Medan: Pustaka Bangsa Press, 2003), h. 6-9.
- 318 K. J. Cseres, *The Controversies of the Consumer Welfare Standard*, *Competition Law Review*, Vol. 3, 2007, 124-125.
- 319 Richard H. Bork, *The Antitrust Paradox: A Policy at War with Itself*, (New York: Basic Books, 1978), h. 91.
- 320 *Ibid.*, h. 81.
- 321 Herbert Hovenkamp, *The Reckoning of Post-Chicago Antitrust*, dalam Antonio Cucinotta, Roberta Pardolesi & Roger van Den Bergh (eds), *Post-Chicago Developments in Antitrust Law*, Cheltenham: Edward Elgar, 2002), h. 4.
- 322 Michael A. Utton, *The Economics of Regulating Industry*, (Oxford: Basil Blackwell, 1986), h. 92.
- 323 Syamsul Ma'arif, *Op.Cit.*
- 324 Adi Fahmi Lubis (2009)
- 325 European Commission, *Mergers Overview*, Op.Cit. Lihat juga dalam Choe Chongwoo & Chander Shekhar, *Compulsary or Voluntary Pre-Merger Notification? Theory and Some Evidence*, Working Paper No. 13450, MPRA Paper, 2009, h. 1.
- 326 Kutip dalam Julie N. Clarke, *Op.Cit.*, h. 64.
- 327 Stephen G. Corones, *The Treatment of Global Mergers: An Australian Perspective*, *Northwestern Journal of International Law and Business*, Vol. 20, 2000, h. 257.
- 328 Berdasarkan ketentuan Pasal 1 angka 6 Peraturan KPPU Nomor 1 Tahun 2009

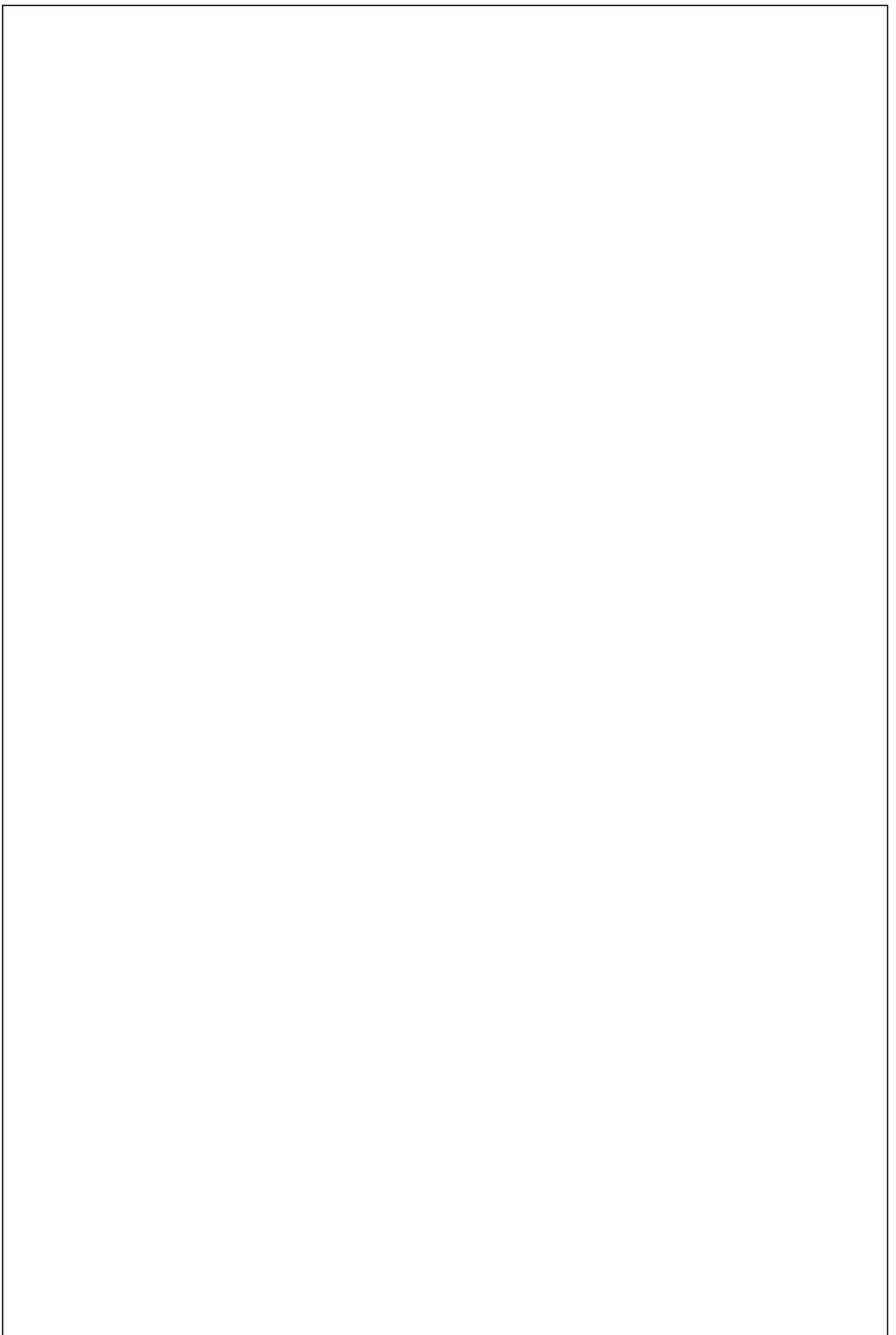
- 329 Brendan J. Sweeney, Combating Foreign Anti-Competitive Conduct: What Role for Extraterritorialism, *Melbourne Journal of International Law*, Vol. 8, 2007, h. 36.
- 330 Julie N. Clarke, *Op.Cit.*, h. 20.
- 331 *Id.*, h. 284.
- 332 Bruno Zanettin, *Cooperation Between Antitrust Agencies at the International Level*, (Oxford: Hart Publishing, 2002), h. 54.
- 333 OECD, *Competition Law and Policy (CLP) Report on Positive Comity*, Report No. DAF/COMP(99)/19, May 1999, h. 4.
- 334 OECD, *Trade and Competition Policies: Options for a Greater Coherence*, (OECD, 2001), h. 37-38.
- 335 OECD, *Competition Law and Policy (CLP) Report on Positive Comity*, *Op.Cit.*, h. 2.
- 336 OECD, *Trade and Competition Policies: Options for a Greater Coherence*, *Op.Cit.*, h. 38. Lihat juga dalam OECD, *Competition Law and Policy (CLP) Report on Positive Comity*, *Op.Cit.*, h. 2 & 5.
- 337 Lihat juga dalam ABA Section of Antitrust Law, *International Antitrust Cooperation Handbook*, (Chicago: ABA Publishing, 2004), h. 4.
- 338 Julie N. Clarke, *Op.Cit.*, h. 301.
- 339 Bruno Zanettin, *Cooperation Between Antitrust Agencies at the International Level*, (Oxford: Hart Publishing, 2002).
- 340 Lihat Julie N. Clarke, *Op.Cit.*, h. 301.
- 341 *Id.* at Julie N. Clarke, *Op.Cit.*, h. 302.
- 342 Richard Wish & Diane Wood, *Merger Cases in the Real World - A Study of Merger Control Procedures*, OECD, 1994, h. 12.
- 343 UNCTAD, *Model Law on Competition: Substantive Elements for a Competition Law Including Commentaries and Alternative Approaches*, (TD/RBP/CONF.5/7/Rev.3, UNCTAD, 2007).
- 344 Julie N. Clarke, *Op.Cit.*, h. 321.
- 345 Maher M. Dabbah, *The Internationalisation of Antitrust Policy*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), h. 253.
- 346 Bruno Zanettin, *Cooperation Between Antitrust Agencies at the International Level*, (Oxford: Hart Publishing, 2002), h. 33.
- 347 Eleanor M. Fox, *Evidence to Antitrust Modernization Commission, Hearing on International Issue*, Washington DC, 15 February 2006.
- 348 Richard Wish & Diane Wood, *Merger Cases in the Real World - A Study of Merger Control Procedures*, OECD, 1994.
- 349 OECD, *Report on Notification of Transnational Merger*, Committee on Competition Law and Policy, DAF/COMP(99)2/FINAL, February, 1999.
- 350 Business and Industry Advisory Committee to the OECD (BIAC) & International Chamber of Commerce (ICC), *Recommended Framework for Best Practices in International Merger Control Procedures*, 4 Oktober 2001.
- 351 OECD Council, *Recommendation of the Council Concerning Merger Review*, *Op.Cit.*
- 352 OECD, *Merger Remedies*, Best Practices Roundtable on Competition Policy, DAF/COMP(2004)21, 23 December 2004.
- 353 OECD, *Vertical Mergers*, Best Practices Roundtable on Competition Policy, DAF/COMP(2007)21, 12 November 2007.
- 354 OECD, *Media Mergers*, Best Practices Roundtable on Competition Policy, DAF/COMP(2003)16, 19 September 2003.
- 355 OECD, *Substantive Criteria Used for the Assessment of Mergers*, Best Practices Roundtable on Competition Policy, DAF/COMP(2003)5, 11 Februari 2003.
- 356 OECD, *Dynamic Efficiencies in Merger Analysis*, *Op.Cit.*
- 357 OECD, *Portfolio Effects in Conglomerate Mergers*, Best Practices Roundtable on Competition Policy, DAF/COMP(2004)5, 24 January 2004.
- 358 OECD, *Mergers in Financial Services*, Best Practices Roundtable on Competition Policy, DAF/COMP(2000)17, 15 September 2000.
- 359 OECD, *Merger Review in Emerging High Innovations Market*, Best Practices Roundtable on Competition Policy, DAF/COMP(2003)20, 24 January 2003.
- 360 OECD, *Failing Firm Defence*, Best Practices Roundtable on Competition Policy, OCDE/GD(96)23, 1996.
- 361 OECD, *Efficiency Claims in Mergers on Other Horizontal Agreements*, Best Practices Roundtable on Competition Policy, OCDE/GD(96)65, 1996.
- 362 Eleanor M. Fox, *Evidence to Antitrust Modernization Commission*, *Op.Cit.*, h. 3.
- 363 ICPAC Final Report, *Op.Cit.*, h. 28.
- 364 John Fingleton, Introduction to the ICN, dalam John Davies (eds), *Merger Control 2010, The International Regulation of Mergers and Joint Ventures in 64 Jurisdiction Worldwide, Getting in Deal Through*, (London: Law Business Research Ltd., 2009), h. 401.
- 365 International Competition Network, *Guiding Principles for Merger Notification and Review*, Merger Working Group, 2002.
- 366 International Competition Network, *Recommended Practices for Merger Notification Procedures*, Merger Working Group, 2002. (Diamandemen pada tahun 2003, 2004, 2005, 2006).
- 367 International Competition Network, *Recommended Practices for Merger Analysis*, Merger Working Group, 2008. (Diamandemen pada tahun 2009).
- 368 *Ibid.*, h. 374.
- 369 ABA Section of Antitrust Law, *International Antitrust Cooperation Handbook*, *Op.Cit.*, h. 5-8.
- 370 Christine A. Varney, *Our Progress Towards International Convergence*, makalah dalam the 36th Annual Fordham Competition Law Institute Conference on International Antitrust and Policy, New York, 24 September 2009, h. 5.
- 371 A. Neil Campbell & J. William Rowley, *The Internationalization of International Conduct Laws - Conflict, Comity, Cooperation and/or Convergence?* *Antitrust Law Journal*, Vol. 75, 2008-2009, h. 273.
- 372 UU Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, berlaku Maret 1999 terdiri dari 11 Bab 53 Pasal, berlaku efektif Maret 2000.
- 373 Ayudha D. Prayogo, dkk ( Editor) *Proyek ELIPS, Persaingan Usaha Dan Hukum Yang Mengaturnya*

- Di Indonesia, ELIPS bekerja sama dengan Partnership For Business Competition, Jakarta 1999, hlm. 24.
- 374 Lihat, Roem Topatimasang, Advokasi Kebijakan Publik Ke arah Suatu Kerangka Kerja Terpadu, pada Pelatihan Penguatan DPRD, Jambi 2001
- 375 dikutip Frank Fishwick, Strategi Persaingan". Terjemahan Mohd kurdi Djunaedi 1995, hlm 21
- 376 Lihat Pasal 40 ayat 2 UU Nomor 5 tahun 1999.
- 377 Disusun dalam rangka Call for Papers , "Seminar Pengkajian Hukum Nasional 2011 (SPHN 2011): Reformasi Hukum dalam Rangka Menciptakan Iklim Usaha yang Kondusif," (Jakarta: Komisi Hukum Nasional, 2011).
- 378 Selanjutnya disebut Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.
- 379 Position Paper, "Pengantar menuju Pelaksanaan Persaingan Usaha", Seminar Sehari Partnership for Business Competition (Jakarta: 25 Juli 2000), hlm 1 - 3.
- 380 Knud Hansen, et al., Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (Jakarta: Katalis, 2001), hlm 1.
- 381 Position Paper, op. cit., hlm 5.
- 382 Lihat Andi Fahmi, et al., Hukum Persaingan Usaha, antara Teks & Konteks (Jakarta: Kerjasama KPPU dengan GTZ, 2009), hlm. 17.
- 383 Position Paper, op. cit., hlm 6.
- 384 Knud Hansen, op. cit., hlm 7.
- 385 Abdul Hakim Garuda Nusantara & Beni K. Harman, Analisa dan Perbandingan Undang-Undang Antimonopoli Undang-Undang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (Jakarta: Gramedia, 1999), hlm 4.
- 386 Arie Siswanto, Hukum Persaingan Usaha (Jakarta: Ghalia Indonesia, 2003), hlm 14-17.
- 387 Arie Siswanto, op. cit., hlm. 17-18.
- 388 Ibid.
- 389 MunirFuady, Hukum Anti Monopoli Menyongsong Era Persaingan Sehat (Bandung: Citra Aditya Bakti, 1999), hlm. 140.
- 390 **1** tandyo Wignjosoebroto(2000).
- 391 Lawrence M. Friedman, *The Legal System: A Social Science Perspective* (New York: Russel Sage Foundation, 1975), hlm. 15.
- 392 Ibid., hlm. 7.
- 393 Ibid., hlm. 193 - 194.
- 394 Cita Citrawinda Priapantja, Budaya Hukum Indonesia Menghadapi Globalisasi: Perlindungan Rahasia Dagang di Bidang Farmasi (Jakarta: Chandra Pratama, 1999), hlm. 195
- 395 John Henry Merryman, *The Civil Law Tradition: An Introduction to the Legal System of Western Europe and Latin America* (Stanford: Stanford University Press, 1990), hlm. 2.
- 396 Lawrence M. Friedman, op. cit., hlm. 8.
- 397 Laporan KPPU Tahun 2010, hal. 2010
- 398 Ibid.
- 399 Dukungan diberikan oleh Pemerintah Jerman melalui Deutsche Gesellschaft fuer Technische Zusammenarbeit (GTZ), GmbH, Implementation of Competition Law Project.
- 400 Laporan Penelitian 10 Tahun Implementasi UU No. 5/1999
- 401 Wawancara Reporter Majalah Kompetisi dengan Airlangga Hartato tgl. 14 Sep.2011, www.kppu.go.id
- 402 Ibid, hal. 4
- 403 Ibid.
- 404 Ibid.
- 405 Pasal 1 angka 5 UU No. 5/1999
- 406 Baca Pasal 1 angka 5 UU No. 5/1999
- 407 Untuk lebih diteil baca: M. Udin Silalahi, Pengawasan Kepemilikan Silang Menurut UU No. 5/1999 di dalam Prosiding Seminar Eksaminasi Putusan No. 07/KPPU-L/2007, Kasus Posisi Dominan dan Kepemilikan Silang, (Jakarta: CSIS, 2008), hal. 140
- 408 Ibid., hal. 141
- 409 M. Udin Silalahi and Dian Parluhutan , Circumstantial Evidence in the Substantiation Mechanism Against Cartel Infringements in Indonesia, Jurnal Hukum Bisnis, Vol. 30 - No. 2 Tahun 2011, hal. 47
- 410 Pasal 38 ayat (4) UU No. 5/1999 menetapkan bahwa tata cara penyampaian laporan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dan ayat (2) diatur lebih lanjut oleh Komisi.
- 411 Suyud Margono, Hukum Anti Monopoli, Sinar Grafika, Jakarta, 2009, hlm. 19.
- 412 Ibid, hlm.20.
- 413 Ibid, hlm.24-25.
- 414 Hermansyah, Pokok-Pokok Hukum Persaingan Usaha di Indonesia, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2009, hlm.60.
- 415 Man S Satrawidjaja, Hukum Kepailitan dan Penundaan Kewajiban Pembayaran Utang, Alumnii, Bandung, 2006, hlm.69.



**BAGIAN KETIGA**

**PERLINDUNGAN  
HAK KEKAYAAN  
INTELEKTUAL  
DALAM  
MENDORONG  
KREATIVITAS  
PELAKU USAHA  
DALAM NEGERI**



# POLITIK HUKUM DAN HARMONISASI PRINSIP-PRINSIP *TRIPS AGREEMENT* KE DALAM UNDANG-UNDANG KEKAYAAN INTELEKTUAL DEMI KEPENTINGAN NASIONAL<sup>415</sup>

**Candra Irawan**

*Pengajar Hak Kekayaan Intelektual pada Fakultas Hukum Universitas Bengkulu.*

## A. Pendahuluan

Globalisasi semakin terformalisasi setelah ditandatanganinya pembentukan (*World Trade Organization/WTO*) oleh negara-negara di dunia pada tanggal 15 April 1994 di Marakesh, Maroko. Indonesia merupakan salah satu negara yang turut serta menandatangani persetujuan pembentukan organisasi perdagangan dunia (*World Trade Organization/WTO*) dan termasuk didalamnya perjanjian mengenai aspek-aspek perdagangan yang terkait dengan Hak Kekayaan Intelektual, Indonesia telah meratifikasinya dengan Undang-undang Nomor 7 Tahun 1994 tentang Pengesahan *Agreement Establishing The World Trade Organization termasuk Annex 1C (Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights)*.

Beberapa bidang HKI yang telah diatur dalam peraturan perundang-undangan pasca *TRIPs Agreement*, adalah: Hak Cipta diatur dengan Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2002 dan mulai diberlakukan tahun 2003, Paten diatur dengan Undang-Undang Nomor 14 Tahun 2001, Merek diatur dengan Undang-Undang Nomor 15 Tahun 2001, Indikasi geografis dan indikasi asal termasuk juga diatur dalam undang-undang ini, Rahasia Dagang diatur dengan Undang-Undang Nomor 30 Tahun 2000, Perlindungan Varietas Tanaman dengan Undang-Undang Nomor 29 Tahun 2000, Desain Industri diatur dengan Undang-Undang Nomor 31 Tahun 2000, dan Desain Tata Letak Sirkuit Terpadu diatur dengan Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2000.

Persoalannya adalah apakah perubahan Undang-Undang HKI yang disesuaikan dengan *TRIPs Agreement* tersebut tidak bertentangan atau justru dapat merugikan kepentingan nasional Indonesia. Pertanyaan ini relevan diajukan karena dua alasan. Pertama, pembangunan hukum HKI sebagai bagian dari hukum nasional seyogyanya secara filosofis bertumpu pada Pancasila sebagai dasar negara, secara yuridis berdasarkan Undang-Undang Dasar 1945 dan secara sosiologis bersandar pada tata kehidupan dan budaya masyarakat Indonesia. Kedua, masuknya pengaturan HKI ke dalam *General Agreement on Tariff and Trade (GATT)*, sebenarnya merupakan keinginan dari negara-negara industri (negara-negara maju) yang diusulkan pertama kali

oleh Amerika Serikat dan Uni Eropa, agar HKI yang dimilikinya dapat lebih terjamin perhitungannya dalam globalisasi perdagangan.

Secara normatif tujuan TRIPS Agreement sangat baik, yaitu untuk memberi perlindungan HKI dan prosedur penegakan hukum dengan menerapkan tindakan-tindakan yang menciptakan perdagangan yang sehat, untuk memacu invensi baru di bidang teknologi dan memperlancar alih teknologi serta penyebaran teknologi dengan tetap memperhatikan kepentingan produsen dan pengguna pengetahuan yang dilakukan untuk menunjang kesejahteraan sosial dan ekonomi, keseimbangan antara hak dan kewajiban (*Article 7*).<sup>416</sup> Namun dalam implementasinya negara maju lebih banyak mendapatkan keuntungan baik secara ekonomi maupun dalam memelihara dominasi ilmu pengetahuan dan teknologi, serta menjadi semacam barikade untuk memproteksi kepentingan negara-negara maju. Beberapa contoh kasus yang dapat diangkat, antara lain:

*Pertama*, dalam bidang paten. Jika dilihat dari data Ditjen HKI, hanya 7% - 8% paten yang terdaftar berasal dari WNI, selebihnya (92% - 93%) berasal dari WNA khususnya negara-negara maju seperti Amerika Serikat, Jepang, Jerman, dan Inggris. *Kedua*, penerapan *Section 301* oleh Amerika Serikat dengan membuat peringkat negara-negara yang melakukan pelanggaran terhadap HKI yang dimiliki oleh warga negaranya dan melakukan tekanan agar negara yang termasuk dalam *priority watch list*, *black list* dan *monitoring status* menindak para pelaku pelanggaran HKI. Jika negara yang bersangkutan tidak mengambil tindakan untuk mencegahnya, Amerika Serikat dapat memberikan sanksi ekonomi sebagai tindakan pembalasan.<sup>417</sup>

*Ketiga*, tekanan negara-negara maju yang dimotori oleh Amerika Serikat kepada negara-negara berkembang demi kepentingan perusahaan-perusahaan di negara tersebut, misalnya dalam industri obat-obatan (farmasi). Persoalan lain yang muncul adalah banyak paten-paten yang terdaftar di negara-negara maju sumber awalnya adalah pengetahuan tradisional (*traditional knowledge*) dan sumber daya genetik (*genetic resources*) yang dimiliki oleh Indonesia. Misalnya paten yang dimiliki Amerika Serikat dan Jepang bersumber dari makanan tradisional tempe, dipatenkannya beberapa tanaman tradisional Indonesia oleh Shiesido di Jepang meskipun akhirnya dibatalkan setelah dipersoalkan oleh LSM Indonesia. Contoh lainnya adalah kasus flu burung. Ternyata perusahaan-perusahaan besar dari negara maju yang tidak mengalami wabah flu burung yang membuat vaksin tersebut dan menjualnya ke seluruh dunia tanpa izin dan tanpa benefit sharing kepada negara asal virus flu burung (Vietnam, Indonesia).<sup>418</sup>

Realitas dari implementasi *TRIPs Agreement* dan tekanan-tekanan dari negara maju kepada negara berkembang itu sesungguhnya adalah wujud dari penyimpangan tujuan dan norma-norma *TRIPs Agreement* itu sendiri. *TRIPs Agreement* dijadikan sarana bagi negara maju untuk menciptakan sistem perdagangan dunia dengan cara merugikan negara-negara berkembang.<sup>419</sup>

1 Berangkat dari realitas demikian, Indonesia seharusnya lebih berhati-hati mengadopsi *TRIPs Agreement* ke dalam Undang-Undang HKI. Jika diamati dari tujuh Undang-Undang HKI yang dimiliki Indonesia, politik hukum yang dominan adalah keinginan untuk selalu menyesuaikan pembentukan peraturan perundang-undangan dengan ketentuan konvensi WTO khususnya *TRIPs Agreement*, sedangkan aspek kepentingan nasional meskipun dimasukkan dalam konsideran justru tidak menjadi jiwa dari undang-undang tersebut.

1 Politik hukum yang berkembang dalam hukum HKI berupa adanya tarik menarik antara kepentingan nasional dan kepentingan asing (negara-negara maju).<sup>420</sup> Pembentukan hukum HKI diupayakan agar tetap memiliki orientasi pada kepentingan HKI nasional, walaupun ketentuan *TRIPs Agreement* tidak dapat diabaikan. Kecenderungan rezim kapitalistik dalam berbagai undang-undang HKI perlu diwaspadai.<sup>421</sup>

Jika berdasarkan Undang-Undang Nomor 7 tahun 1994, maka dapat dikatakan Indonesia menerima *TRIPs Agreement* secara totalitas. Hal inilah yang harus dikaji lagi, karena tidak semua ketentuan *TRIPs Agreement* sesuai dengan Pancasila, UUD 1945 dan kebutuhan Indonesia, sebab Indonesiapun tidak dapat menolak secara totalitas karena merupakan salah satu negara penandatanganan *WTO/TRIPs Agreement* dan meratifikasinya. Proses harmonisasi hukum memungkinkan bagi Indonesia untuk memperbandingkan secara filosofis, yuridis dan sosiologis *TRIPs Agreement* dengan hukum nasional, untuk kemudian memilih pengaturannya dalam Undang-Undang HKI yang sesuai dengan prinsip-prinsip hukum nasional dan kepentingan nasional. Harmonisasi hukum dimaknai sebagai upaya atau proses untuk merealisasikan keselarasan, keserasian asas dan sistem hukum sehingga menghasilkan sistem hukum yang harmonis.<sup>422</sup>

Maka pertanyaan mendasar yang layak diajukan adalah:

1. Bagaimana konsep politik hukum HKI yang dapat menjadi pedoman dalam pembangunan hukum HKI Indonesia di masa depan?
2. Bagaimana konsep harmonisasi hukum prinsip-prinsip *Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs Agreement)* ke dalam Undang-Undang HKI dalam menjamin perlindungan hukum terhadap kepentingan nasional Indonesia?

#### 1 B. Prinsip-Prinsip Hukum HKI yang Bersumber Dari Pancasila, UUD 1945 dan Realitas Sosial Bangsa Indonesia

Belajar dari kelemahan politik hukum HKI yang dilaksanakan selama (kelemahan filosofis, yuridis dan sosiologis),<sup>423</sup> maka konseptualisasi politik hukum HKI (*ius constituendum*) harus mampu mengatasi kelemahan tersebut melalui penggalian nilai-nilai atau prinsip-prinsip filosofis, yuridis dan sosiologis yang hidup dan berkembang di Indonesia, serta memperhatikan

perkembangan internasional (konvensi-konvensi internasional, kebiasaan internasional), untuk kemudian dikonseptualisasikan sebagai politik hukum HKI (*ius constituendum*). Prinsip-prinsip filosofis digali dari Pancasila yang telah ditetapkan sebagai sumber dari segala sumber hukum negara (Pasal 2 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004), UUD 1945 sebagai konstitusi negara merupakan sumber prinsip-prinsip yuridis normatif, dan prinsip-prinsip sosiologis digali dari realitas sosial bangsa Indonesia dan perkembangan internasional.

#### a. Cita Hukum Pancasila Sebagai Landasan Filosofis Politik Hukum HKI

Cita hukum (*rechtsidee*) merupakan gabungan dua kata, cita (*idée*) yang berarti ide, gagasan, rasa cipta, pikiran dan hukum (*rechts*) yang secara umum diartikan sebagai suatu aturan yang wajib ditaati oleh masyarakat. Cita hukum dengan demikian dapat dimaknai sebagai suatu cita mulia yang ingin dicapai oleh suatu masyarakat atau bangsa yang menjadi pedoman dalam pembangunan hukum. Rudolf Stammler mengartikan cita hukum adalah konstruksi pikir yang merupakan keharusan untuk mengarahkan hukum kepada cita-cita yang diinginkan oleh masyarakat. Cita hukum berfungsi sebagai bintang pemandu (*leitstern*) terhadap tercapainya cita-cita masyarakat. Meskipun merupakan titik akhir yang tidak mungkin dicapai, namun cita hukum memberi manfaat karena cita hukum memiliki dua fungsi yaitu cita hukum bangsa Indonesia dapat menguji hukum positif yang berlaku dan mengarahkan hukum positif melalui sanksi pemaksa agar menuju kepada suatu keadilan (*zwangversuch zum richtigen*).

#### b. Undang-Undang Dasar 1945 Sebagai Landasan Yuridis Politik Hukum HKI

UUD 1945 telah memberikan landasan hukum bagi pengaturan HKI di Indonesia, meskipun secara tegas memang tidak pernah menyebut istilah HKI. Landasan substantif pengaturan HKI dapat dikelompokkan menjadi enam, yaitu:

- 1) Kebebasan mengeluarkan pikiran baik lisan maupun tulisan (Pasal 28, Pasal 28F). Ketentuan pasal-pasal ini melahirkan prinsip kebebasan berkarya dan prinsip perlindungan hukum terhadap HKI.
- 2) Pengembangan dan pemanfaatan ilmu pengetahuan dan teknologi, seni dan budaya (Pasal 28C Ayat (1)). Pasal ini melahirkan prinsip pemanfaatan HKI, prinsip hak ekonomi HKI, dan prinsip HKI untuk kesejahteraan manusia.
- 3) Perlindungan dan pengembangan seni dan budaya Indonesia (Pasal 28I Ayat (3), Pasal 32 ayat (1) dan (2)). Pasal-pasal ini melahirkan prinsip perlindungan kebudayaan nasional.

- 4) Kewajiban pemerintah dalam memajukan ilmu pengetahuan dan teknologi (Pasal 31 Ayat (5)). Pasal ini melahirkan prinsip kewenangan negara melaksanakan HKI demi kepentingan nasional dan prinsip perlindungan HKI berdimensi moralitas dan agama.
- 5) Penghormatan dan perlindungan terhadap hak milik, kebebasan dan pembatasannya (Pasal 28H Ayat (4), Pasal 28J Ayat (1), Pasal 28J Ayat (2)). Pasal ini melahirkan prinsip hak eksklusif terbatas, prinsip keadilan dan prinsip HKI berfungsi sosial.
- 6) Pembangunan perekonomian Indonesia berdasarkan atas kekeluargaan (Pasal 33 Ayat (1) dan (4)). Menurut Jimly Asshiddiqie, pasal ini menghendaki adanya keseimbangan dalam semua aspek kehidupan bernegara, termasuk keseimbangan antara kepentingan individual dan kolektivitas dalam kehidupan bermasyarakat yang menjamin adanya keadilan.<sup>424</sup> Pasal ini melahirkan prinsip kolektivisme dalam pengaturan HKI dalam mendukung pembangunan perekonomian nasional.

### 1 c. Landasan Sosiologis Politik Hukum Hak Kekayaan Intelektual

Keberlakuan kaidah hukum dapat ditinjau dari aspek empiris, normatif dan evaluatif. Keberlakuan empiris kaidah hukum atau disebut juga keberlakuan faktual apabila kaedah hukum tersebut berlaku secara nyata (efektif) dan ditaati oleh masyarakat. Masyarakat secara umum berperilaku mengacu kepada keseluruhan kaidah hukum. Keberlakuan normatif kaidah hukum apabila kaidah hukum khusus dalam undang-undang itu bertumpu pada kaedah hukum umum, di mana kaidah hukum khusus yang lebih rendah diderivasi dari kaidah hukum yang lebih tinggi sebagai mana teori Hans Kelsen bahwa suatu kaidah hukum baru memiliki keberlakuannya jika kaidah itu berlandaskan kaidah yang lebih tinggi (hierarki kaidah hukum yang berpusat pada *grund norm*). Keberlakuan evaluatif merupakan penilaian terhadap keberlakuan empiris dan normatif melalui pendekatan filsafat. Jika masyarakat mematuhi kaidah hukum berdasarkan kesadaran akan pentingnya nilai dari kaidah hukum tersebut dan setiap orang merasa berkewajiban untuk mematuhi dan dibutuhkan bagi pengaturan perilaku sosial. Inilah yang disebut kekuatan mengikat hukum (*verbindende kracht*) dan hukum memiliki karakter mewajibkan (*verplichtend* karakter).<sup>425</sup> Muara dari pendapat Bruggink itu adalah keberlakuan empiris dari suatu undang-undang. Tidak ada artinya suatu undang-undang dibuat kalau dalam kenyataannya tidak dipatuhi atau bahkan ditolak oleh masyarakat. Hukum yang asing kemungkinan besar akan mendapat penolakan dari masyarakat. Oleh karena itu proses pembuatan suatu undang-undang tidak bisa dilepaskan dari aspek sosiologis.

Landasan sosiologis politik hukum HKI Indonesia dengan demikian harus benar-benar digali dari realitas sosiologis masyarakat Indonesia. Realitas sosiologis yang dimaksud berkaitan dengan hal-hal sebagai berikut:

### 1) Tata kehidupan sosial komunalistik.

Kehidupan sosial yang komunalistik dapat diamati dalam hukum adat yang berlaku di Indonesia. Masing-masing suku bangsa memiliki hukum adat sendiri-sendiri, tetapi memiliki kesamaan sifat yang komunalistik sebagai pedoman bertingkah laku dalam masyarakat.<sup>426</sup>

### 2) Konsep hak milik berfungsi sosial.

Konsekuensi dari masyarakat yang bersifat komunalistik, konsep hak milik pun bercirikan hak milik yang mengabdikan pada kepentingan masyarakat. Sifat komunalistik tidak menganggap suatu karya seseorang merupakan hak miliknya semata (mutlak), tetapi untuk semua anggota masyarakat.

### 3) Kondisi sosial ekonomi masyarakat.

Menurut laporan United Nations Development Programme (UNDP), Indeks Pembangunan Manusia (IPM) Indonesia pada tahun 2009 naik menjadi 0,734 dari 0,728 pada tahun 2007. Indonesia berada pada ranking ke 111 dari 182 negara. Peringkat IPM Indonesia masih berada di bawah negara-negara tetangga seperti Malaysia (66), Singapura (23), Filipina (9105), Thailand (87) dan bahkan Sri Lanka (102).<sup>427</sup> Pendapatan per kapita Indonesia pada 2008 mengalami peningkatan dibanding 2007 lalu. Badan Pusat Statistik mencatat sebesar Rp. 21,7 juta atau setara dengan US\$ 2.271,2 per orang per tahun dan berada pada level middle income countries. Menurut the economist, di Asia Indonesia berada pada peringkat ke-9 dari 13 negara.<sup>428</sup> Laporan UNDP tersebut menunjukkan bahwa kondisi sosial ekonomi masyarakat Indonesia masih rendah, sehingga harus ditingkatkan kesejahteraannya. Salah satunya dengan memanfaatkan ilmu pengetahuan dan teknologi dalam mempercepat pembangunan nasional di segala bidang kehidupan.

### 4) Kendala penguasaan IPTEK nasional.

Kontribusi IPTEK dalam pembangunan ekonomi setelah satu abad kebangkitan nasional berlalu agaknya masih jauh dari yang diharapkan. Keadaan ini jauh berbeda dengan beberapa negara di Asia, terutama negara yang kurang memiliki sumber daya alam besar seperti Jepang, Korea Selatan, Taiwan dan Singapura.

## 1) Konsep Politik Hukum HKI Indonesia Di Masa Depan (*Ius Constituendum*)

Setelah menelaah landasan filosofis, yuridis dan sosiologis politik hukum HKI, maka dapat dirumuskan suatu konsep Politik Hukum HKI Indonesia, sebagai berikut:

1. Sistem hukum HKI yang ingin dibangun harus berdasarkan prinsip-prinsip hukum yang bersumber dari Pancasila (filosofis), UUD 1945 (yuridis) dan realitas sosial masyarakat Indonesia (sosiologis).
2. Mengutamakan kepentingan nasional dalam setiap pembentukan Undang-Undang HKI dengan tetap memperhatikan ketentuan TRIPs Agreement dan konvensi internasional HKI lainnya.

3. Indonesia harus mampu menunjukkan ketinggian harkat dan martabatnya sebagai suatu negara yang berdaulat dan sejajar dengan negara-negara lain di dunia, memiliki hak dan kewajiban yang sama pada forum internasional. Indonesia wajib merespon perkembangan internasional menyangkut pengaturan HKI secara proporsional sesuai dengan kebutuhan Indonesia, tujuan Negara Indonesia dan tidak bertentangan dengan prinsip-prinsip hukum yang dianut Indonesia. Indonesia juga tidak perlu takut terhadap tekanan-tekanan pihak asing (*imperial*) dan dengan tegas menolaknya apabila diyakini dapat menimbulkan kerugian bagi kepentingan nasional.
4. Harmonisasi hukum ketentuan *TRIPs Agreement* dan konvensi internasional HKI lainnya ke dalam Undang-Undang HKI berlandaskan pada prinsip-prinsip hukum HKI Indonesia yang secara filosofis bersumber pada Pancasila, secara yuridis bersumber dari UUD 1945, dan secara sosiologis bersumber dari realitas sosial dan kebutuhan HKI masyarakat Indonesia.
5. Mempercepat penguasaan IPTEK untuk mengejar ketertinggalan IPTEK dengan negara-negara maju melalui pengaturannya secara tegas dan konsisten di dalam Undang-Undang HKI yang memudahkan terjadinya penyebaran ilmu pengetahuan (*transfer of knowledge*) dan alih teknologi dari luar negeri dan perusahaan-perusahaan asing (PMA) kepada perusahaan lokal atau masyarakat lokal.
6. Mendorong lahirnya ciptaan, invensi dan karya intelektual lainnya oleh bangsa Indonesia yang berguna bagi pembangunan nasional, memperkuat daya saing bangsa secara internasional dan meningkatkan kesejahteraan masyarakat melalui kebijakan IPTEK yang dapat merangsang masyarakat Indonesia menghasilkan karya-karya intelektual (peningkatan anggaran, insentif yang baik dan penyediaan infrastruktur IPTEK seperti yang telah dilakukan oleh India dan Malaysia).
7. Melindungi kepentingan nasional Indonesia melalui pengaturan secara cermat, tepat dan tegas di dalam Undang-Undang HKI di masa depan, meliputi pengaturan tentang kewenangan negara melaksanakan HKI untuk kepentingan nasional (dalam bidang ekonomi, pertahanan dan keamanan, IPTEK, kesehatan masyarakat, sosial dan budaya serta hal-hal yang berhubungan dengan kesejahteraan rakyat), keseimbangan hak individu dan kepentingan umum, dan HKI untuk kesejahteraan rakyat.

**1**  
**C. Konsep Harmonisasi Prinsip-Prinsip Hukum *TRIPs Agreement* Ke Dalam Undang-Undang Hak Kekayaan Intelektual Indonesia Dalam Rangka Melindungi Kepentingan Nasional**

**a. Konstruksi Teoritis Konsep Harmonisasi Prinsip-Prinsip Hukum *TRIPs Agreement* Ke Dalam Undang-Undang HKI Indonesia**

**1**  
 Jika selama ini paradigma yang dianut adalah keinginan menyesuaikan Undang-Undang HKI dengan *TRIPs Agreement* dan konvensi internasional lainnya, karena adanya tekanan dari negara lain dan sudah merasa siap dengan

ketentuan internasional, maka saat ini harus diubah ke arah penyesuaian Undang-Undang HKI adalah demi kepentingan nasional. TRIPs Agreement dan konvensi internasional harus dipandang sebagai hukum asing yang apabila ingin diadopsi dan dilaksanakan di Indonesia harus disesuaikan dengan kepentingan nasional.

Konstruksi teoritis untuk menyempurnakan konsep metode harmonisasi hukum diawali dari teori negara hukum (aspek ontologis) yang melahirkan konsep politik hukum HKI (aspek epistemologis) dan menjadi dasar teori dari konsep harmonisasi hukum (aspek aksiologis). Konstruksi tersebut relevan dengan model penalaran (teoritis) hukum yang ideal bagi Indonesia yang dikemukakan oleh Shidarta. *Pertama*, aspek ontologisnya: tetap mengartikan hukum sebagai norma-norma positif dalam sistem perundang-undangan. *Kedua*, aspek epistemologis: memfokuskan tidak saja pada penerapan norma-norma positif terhadap kasus konkret, melainkan juga pada proses pembentukannya yang mengaktualisasikan cita hukum Pancasila. Disinilah terjadi proses seleksi terhadap norma-norma yang diformulasikan menjadi norma positif dalam sistem perundang-undangan. *Ketiga*, aspek aksiologis: mengarah pada pencapaian nilai-nilai keadilan dan kemanfaatan secara simultan yang diikuti dengan kepastian hukum.<sup>429</sup>

Penerapan konstruksi teoritis tersebut dalam harmonisasi prinsip-prinsip hukum *TRIPs Agreement* ke dalam Undang-Undang Hak Kekayaan Intelektual Indonesia, adalah:

Pertama, dari aspek ontologis sebagai negara hukum, Indonesia berdasarkan Pancasila sebagai landasan filosofis dan konstitusi (UUD 1945) sebagai landasan konstitusional (yuridis) dalam mengatur kehidupan berbangsa dan bernegara serta realitas sosiologis bangsa Indonesia. Pancasila dan UUD 1945 kemudian menjadi sumber norma hukum positif dalam pembentukan peraturan perundang-undangan Indonesia termasuk Undang-Undang HKI. Tentu saja tidak selalu norma Pancasila dan UUD 1945 diterjemahkan secara tepat ke dalam peraturan perundang-undangan. Hal ini dipengaruhi perkembangan hukum internasional (*TRIPs Agreement*), tekanan internasional dan ketidakkonsistenan pembentukan undang-undang kepada Pancasila dan UUD 1945.

Kedua, dari aspek epistemologis proses pembentukan norma hukum HKI berangkat dari dimensi filosofis, yuridis dan empiris yang bergerak secara simultan yang mengaktualisasikan Pancasila, UUD 1945 dan kenyataan sosiologis yang menghasilkan norma hukum positif dalam bentuk politik hukum HKI dan selanjutnya menjadi prinsip-prinsip hukum HKI Indonesia yang kemudian menjadi pasal-pasal dalam Undang-Undang HKI. Secara normatif Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 telah mewajibkan setiap pembentukan perundang-undangan berdasarkan pada delapan belas asas, yaitu kejelasan tujuan, kelembagaan atau organ pembentuk yang tepat, kesesuaian antara jenis dan materi muatan, dapat dilaksanakan, kedayagunaan

dan kehasilgunaan, kejelasan rumusan, keterbukaan (Pasal 5), dan dalam perumusan materi peraturan perundang-undangan berasaskan: pengayoman, kemanusiaan, kebangsaan, kekeluargaan, kesusantaraan, Bhinneka Tunggal Ika, keadilan, kesamaan kedudukan dalam hukum dan pemerintahan, ketertiban dan kepastian hukum, dan/atau keseimbangan, keserasian, dan keselarasan (Pasal 6). Ketiga, aspek aksiologisnya adalah mengarahkan Undang-Undang HKI Indonesia untuk mencapai nilai-nilai keadilan, kemanfaatan dan kepastian hukum yang bermuara pada kesejahteraan rakyat Indonesia.

**1**

**b. Harmonisasi Hukum Prinsip-Prinsip *TRIPs Agreement* Ke Dalam Undang-Undang Hak Kekayaan Intelektual Indonesia Melalui Penerapan Metode Modifikasi Harmonisasi Total**

**1**

Indonesia perlu belajar pada model yang diterapkan oleh negara-negara lain yang melakukan perbedaan (diferensiasi) perlindungan di dalam negeri dan di luar negeri. Graham Dutfield dan Uma suthersanen setelah melakukan studi terhadap Amerika Serikat, Jerman, Swiss dan negara Asia Timur (Jepang, India), diketahui bahwa pemerintah lebih lemah melindungi HKI di dalam negeri karena alasan melindungi kepentingan perusahaan-perusahaan lokal melakukan inovasi dan memperkuat perlindungan HKI di luar negeri untuk mengontrol pasar luar negeri (mencegah pelanggaran HKI, menguasai pasar luar negeri dan keuntungan). Hal ini membuktikan bahwa setiap negara memiliki strategi tertentu dalam perlindungan HKI sesuai dengan kepentingannya masing-masing.<sup>430</sup>

Menurut pendapat penulis, metode modifikasi harmonisasi total merupakan pilihan yang cukup rasional untuk diterapkan oleh Indonesia. Melalui metode ini, Indonesia tetap konsisten dengan prinsip-prinsip *TRIPs Agreement* sehingga akan aman dari tuduhan bahwa Indonesia tidak mematuhi *TRIPs Agreement*. Prinsip teritorial (*territoriality*) HKI dapat digunakan, di mana perlindungan hukum hanya diberikan di negara di mana pendaftaran HKI dilakukan.<sup>431</sup> Prinsip teritorial (*patents is territorial*),<sup>432</sup> dan teritorialitas suatu negara membatasi pemberlakuan HKI,<sup>433</sup> terdapat dalam *Paris Convention Article 4bis* (penerapan Paten pada negara-negara Union dilakukan secara mandiri atau independent) dan *Article 1 Point 1 TRIPs Agreement* (negara anggota tidak diwajibkan menerapkan ketentuan sistem perlindungan lebih luas daripada yang diwajibkan ke dalam hukum nasionalnya masing-masing, dan negara anggota juga bebas menentukan metode yang paling sesuai dengan sistem hukum dan praktik hukumnya masing-masing).<sup>434</sup>

Metode modifikasi harmonisasi total dimaksudkan agar Indonesia tidak sekedar memasukkan prinsip-prinsip *TRIPs Agreement* ke dalam Undang-Undang HKI karena tuntutan konvensi tersebut, namun menyadari sepenuhnya bahwa prinsip-prinsip hukum HKI nasional harus juga dimasukkan untuk melindungi masyarakat dan kepentingan nasional.

Hal-hal substansial yang penting ditegaskan dalam penerapan metode modifikasi harmonisasi total tersebut, adalah:

**1) Keseimbangan kepentingan individu dan masyarakat.**

Penegasan bahwa bahwa HKI merupakan hak eksklusif yang tidak berlaku mutlak. Pembatasan terhadap hak eksklusif berdasarkan peraturan perundang-undangan.

**2) Kewenangan pemerintah melaksanakan HKI untuk kepentingan nasional (*government use*).**

Indonesia hanya mengatur hal ini di dalam Undang-Undang Paten Pasal 199 - 103 dan Peraturan Pemerintah (PP) Nomor 27 Tahun 2004 tentang Tata Cara Pelaksanaan Paten Oleh Pemerintah. Seharusnya ruang lingkupnya lebih luas lagi meliputi kepentingan Indonesia mempercepat penguasaan IPTEK, Ketentuan mengenai hal ini harusnya ada di setiap Undang-Undang HKI (Paten, Hak Cipta, Desain Industri, DTLST, PVT, Rahasia Dagang, kecuali Merek) dan Undang-Undang Perlindungan Pengetahuan Tradisional dan Ekpresi Budaya jika disahkan.

**3) Pengaturan alih teknologi.**

Penelitian dari Lee Branstetter, Raymond Fisman, C. Fritz Foley, Kamal Saggi Fritz Foley, dan Kamal Saggi berkesimpulan, bahwa perusahaan multinasional (berbasis di negara utara/negara-negara maju) memperluas skala kegiatan usahanya di negara selatan (negara berkembang) setelah suatu negara mereformasi hukum HKI dan terjadi peningkatan jumlah ekspor.<sup>435</sup> Meskipun demikian alih teknologi dari investor asing kepada investor lokal atau kepada tenaga kerja lokal dari negara penerima investasi (NPI) tidak terjadi. Indonesia yang sangat konsisten dengan TRIPs Agreement sampai saat ini masih tertinggal teknologinya dan tetap menjadi pasar dari produk teknologi asing. Hal ini sesuai dengan dengan hasil studi Edwin Mansfield terhadap 94 perusahaan di Amerika Serikat di mana perusahaan tersebut lebih memilih melakukan investasi melalui perusahaan yang dikendalikan sendiri, bukan *joint venture*, dimaksudkan untuk mengamankan HKI yang dimilikinya.<sup>436</sup>

**4) Paralel impor.**

Paralel impor juga disebut pasar abu-abu (*grey market*), yaitu produk yang diproduksi di bawah perlindungan HKI yang berada dalam suatu negara (pasar kesatu), dan kemudian diimpor ke negara lain (pasar kedua) tanpa otorisasi dari pemilik HKI.<sup>437</sup> *Article 8 TRIPs Agreement* memungkinkan terjadinya impor paralel apabila dilakukan dalam rangka perlindungan kesehatan, gizi masyarakat dan sektor-sektor tertentu yang sangat penting bagi perkembangan sosial ekonomi dan teknologi. *Article 6* juga membuka kemungkinan tersebut dengan konsep *exhaustion of IPR*. Konsep *exhaustion of IPR* berkaitan dengan pemilik atau pemegang HKI yang dapat mengontrol pendistribusian produk yang dilindungi HKI. Apabila pemilik atau pemegang

HKI telah menjual produknya, maka ketika itu tidak ada lagi hak kontrol atas produk tersebut, sehingga tidak dapat melarang pihak lain untuk menjual kembali produk tersebut ke wilayah yang sama atau wilayah berbeda. Menurut Ulas Demir, terdapat tiga tipe exhaustion, yaitu national exhaustion, regional exhaustion dan *international exhaustion*.<sup>438</sup> Di Indonesia, paralel impor dilarang oleh Undang-Undang Paten (Pasal 16 Ayat (1) dan (2)), tetapi pada Pasal 135 huruf (a) Undang-Undang Paten dinyatakan bahwa dikecualikan dari tindak pidana kegiatan mengimpor suatu produk farmasi yang dilindungi paten di Indonesia dan produk tersebut telah dimasukkan ke pasar di suatu negara oleh pemegang paten sesuai dengan syarat yang sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Kedua pasal tersebut kontradiktif isinya. Jadi, sangat tepat dan penting bagi Indonesia memasukkan ketentuan paralel impor di dalam Undang-Undang HKI khususnya Paten, Hak Cipta, Desain Industri, DTLST, dan Rahasia Dagang. Maka konsep paralel impor perlu diperluas tidak semata-mata menyangkut produk farmasi, tetapi juga berlaku terhadap produk HKI lainnya yang dibutuhkan bangsa Indonesia.

5) ***Pengaturan Acces and Benefit Sharing (ABS)*<sup>439</sup> dan *Disclosure of Origin (DO)*,<sup>440</sup> dan *Prior Informed Consent (PIC)*<sup>441</sup> sebagai persyaratan pengajuan pendaftaran HKI jika terkait dengan Pengetahuan Tradisional, SDG, dan Ekspresi Budaya Indonesia.**

1 Konsep tersebut menjadi penting ketika banyaknya HKI (khususnya paten) yang diajukan di negara-negara maju sumber awalnya berasal dari pengetahuan tradisional<sup>442</sup> dan SDG yang berasal dari negara berkembang. Tindakan demikian dapat dikategorikan sebagai pencurian (*biopiracy*) dan pemanfaatan secara curang (*misappropriation*) atas pengetahuan tradisional dan SDG, termasuk yang berasal dari Indonesia. Salah satu penyebabnya adalah belum diakuinya secara internasional maupun nasional PT, SDG dan Ekspresi Budaya sebagai *prior art* atau *state the art* (sebagai literatur HKI/non literatur HKI) dalam sistem hukum HKI, kecuali pada Undang-Undang Hak Cipta. Indonesia bisa mempelopornya dengan menyatakan di dalam Undang-Undang HKI bahwa PT, SDG, Ekspresi Budaya adalah merupakan literatur HKI/non literatur HKI untuk digunakan sebagai dokumen pembandingan dalam pemeriksaan substantif sebelum diberikan HKI-nya. Kelemahan dari Indonesia sendiri adalah belum lengkapnya pendataan (dokumentasi) terhadap pengetahuan tradisional, ekspresi budaya dan SDG, sehingga menjadi alasan bagi negara-negara maju untuk belum mengakuinya secara multilateral (forum TRIPs atau WIPO) karena beranggapan bagaimana negara lain diminta untuk mengakui pengetahuan tradisional, ekspresi budaya dan SDG sementara negara yang memilikinya belum melindunginya melalui dokumentasi yang lengkap dan dapat diakses secara internasional. Maka, persoalan dokumentasi ini harus diatasi, dengan mencontoh Brasil dan India.<sup>443</sup>

6) Menghapus ketentuan pengecualian HKI dari Undang-Undang Larangan Anti Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (UU Nomor 5 Tahun 1999).

Ada ketegangan alamiah antara pelaksanaan kepemilikan HKI dan hukum persaingan. Pelaksanaan HKI dapat berdampak pada perilaku anti persaingan, karena memiliki hak eksklusif (monopoli dalam jangka waktu tertentu) sehingga dapat memiliki posisi dominan dalam pasar yang mungkin disalahgunakan. Oleh karena itu HKI perlu dikaitkan dengan hukum persaingan.<sup>444</sup> HKI terkait dengan hukum persaingan usaha hanya apabila merugikan kepentingan ekonomi dan kepentingan lainnya, misalnya mengancam kepentingan publik yang lebih besar.<sup>445</sup>

Selain hal-hal tersebut, aspek non hukum juga harus mengiringi dan mendukung implementasi politik hukum HKI, misalnya dokumentasi PT, SDG dan Ekspresi Budaya Indonesia dengan lengkap dan mudah diakses baik dari dalam negeri maupun dari luar negeri, melalui peningkatan anggaran IPTEK dalam APBN, pembangunan infrastruktur IPTEK, pemberian insentif yang layak kepada inventor/pencipta/pendesain, kerjasama riset dan pengembangan dengan dunia industri termasuk aplikasi IPTEK yang dihasilkan.

#### D. Kesimpulan

Berdasarkan hasil penelitian dan analisis yang telah diuraikan pada bab-bab terdahulu dan untuk menjawab identifikasi masalah, maka dapat dikemukakan beberapa kesimpulan sebagai berikut:

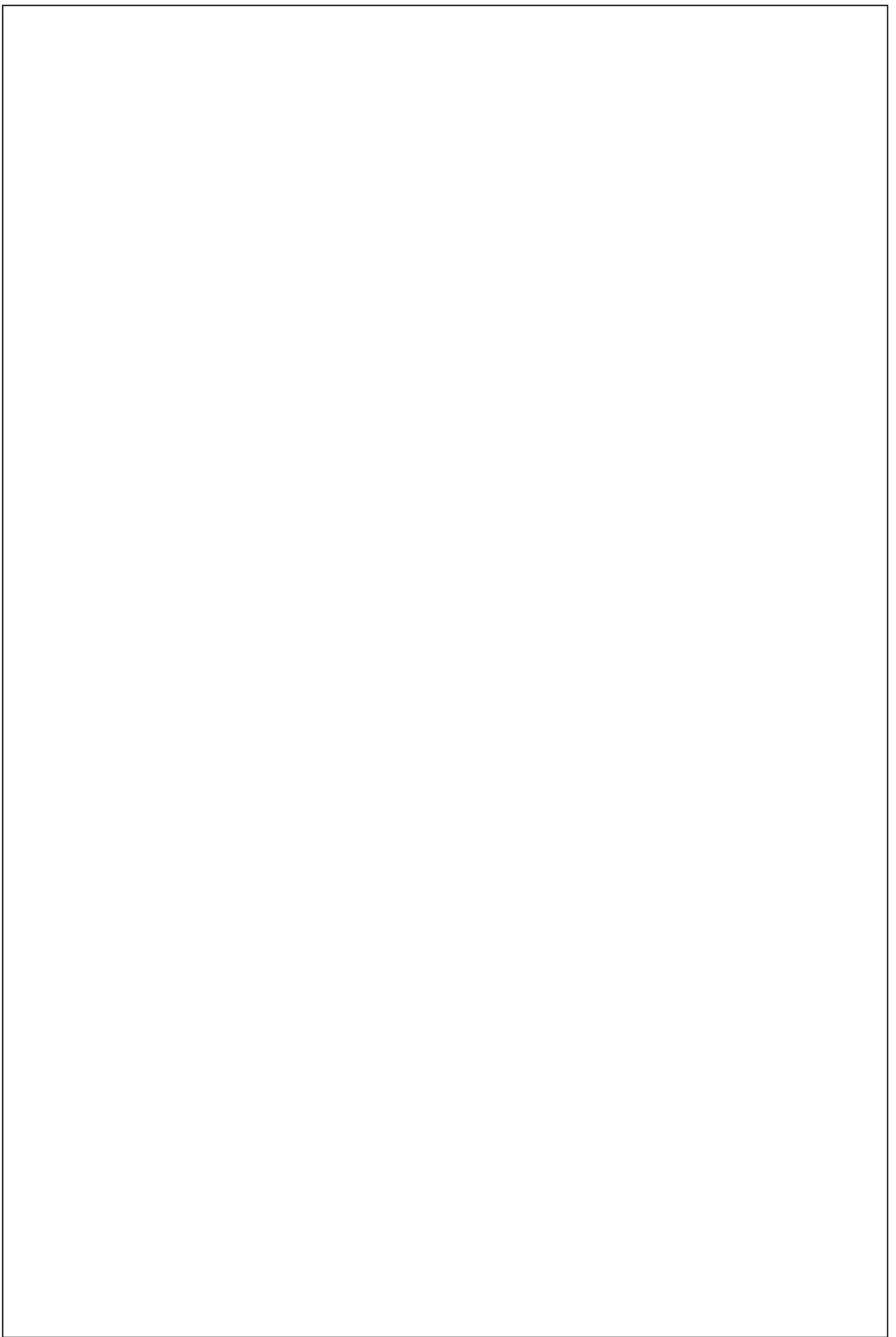
- a. Prinsip-prinsip hukum HKI Indonesia bersumber pada Pancasila, UUD 1945 realitas sosial bangsa Indonesia. Prinsip-prinsip hukum HKI tersebut adalah: prinsip kebebasan berkarya, prinsip perlindungan hukum terhadap HKI, prinsip kemanfaatan HKI, prinsip hak ekonomi HKI, prinsip HKI untuk kesejahteraan manusia, prinsip kebudayaan HKI, prinsip perlindungan kebudayaan nasional, prinsip kewenangan negara melaksanakan HKI demi kepentingan nasional, prinsip perlindungan HKI berdimensi moralitas dan agama, prinsip hak eksklusif terbatas, prinsip keadilan, prinsip HKI berfungsi sosial dan prinsip kolektivisme.
- b. Politik hukum HKI Indonesia harus berlandaskan Pancasila sebagai landasan filosofis, UUD 1945 sebagai landasan yuridis dan realitas sosial bangsa Indonesia sebagai landasan sosiologis. Setiap hukum asing (hukum yang berasal dari luar Indonesia) yang ingin diberlakukan di Indonesia harus melewati saringan (filterisasi) apakah hukum asing tersebut berkesesuaian dengan prinsip-prinsip hukum Pancasila, UUD 1945 dan realitas sosial bangsa Indonesia.
- c. Hasil penelitian menunjukkan bahwa pengadopsian ketentuan TRIPs Agreement ke dalam Undang-Undang HKI Indonesia selama ini tidak

melalui proses harmonisasi hukum yang baik, sehingga kepentingan nasional belum terlindungi. Di masa depan, metode harmonisasi hukum selayaknya diubah menggunakan metode modifikasi harmonisasi total. Ketentuan *TRIPs Agreement* tetap diadopsi tetapi dengan memaksimalkan peluang-peluang yang diatur dalam *TRIPs Agreement* untuk melindungi kepentingan nasional dan jika kepentingan nasional memang membutuhkan, maka harus dilakukan modifikasi (penyimpangan) dengan mengungkapkan alasan-alasannya secara *factual*, *argumentatif* dan *yuridis*.

#### E. Saran

Demi melindungi kepentingan nasional di dalam Undang-Undang HKI, maka penting melakukan hal-hal sebagai berikut:

- a. Pemerintah dan DPR wajib berkomitmen tinggi, memiliki kemauan (*political will*), keberanian dan berjiwa nasionalis. Politik hukum HKI menjadi pemandu sekaligus penyaring prinsip-prinsip hukum *TRIPs Agreement* dan konvensi internasional lainnya sebelum diharmonisasikan ke dalam Undang-Undang HKI Indonesia. Kepentingan nasional harus didahulukan daripada memenuhi standar *TRIPs Agreement* atau tekanan dari pihak asing.
- b. Kepada pembentuk Undang-Undang (Pemerintah dan DPR) dalam melakukan harmonisasi prinsip-prinsip *TRIPs Agreement* ke dalam Undang-Undang HKI di masa depan hendaknya jangan menggunakan metode harmonisasi total, tetapi gunakanlah metode yang memungkinkan terlindunginya kepentingan nasional, yaitu dengan menerapkan metode modifikasi harmonisasi total.
- c. Indonesia harus lebih fokus pada perlindungan hukum dan pemanfaatan potensi HKI nasional seperti Pengetahuan Tradisional, Sumber Daya Genetik dan Ekspresi Budaya melalui pengaturannya baik secara *sui generis* maupun melalui Undang-Undang HKI yang bertujuan mencegah terjadinya penyalahgunaan oleh pihak-pihak dari dalam negeri maupun luar negeri secara tanpa hak melanggar kepatutan yang dapat merugikan kepentingan nasional. Berkaitan dengan hal ini, penulis menyarankan kepada peneliti lain agar melakukan penelitian yang bertemakan pengaturan HKI dan manfaatnya bagi kemajuan dan kesejahteraan bangsa Indonesia. Tema penelitian yang dimaksud, antara lain tentang pengaturan alih teknologi dalam penanaman modal asing (*direct investment*) terkait dengan HKI, fungsi intermediasi Perguruan Tinggi dalam penelitian/pengembangan IPTEK dan aplikasinya dalam dunia industri, dan implementasi ketentuan Undang-Undang HKI terkait kepentingan umum seperti lisensi wajib, paralel impor, konsep Bolar, dan pelaksanaan HKI oleh pemerintah.



## **PASSING OFF MELINDUNGI KREATIVITAS PELAKU USAHA DALAM NEGERI**

**Jeferson Kameo SH LLM PhD**

*Dosen Senior (Senior Lecturer in Law) di Fakultas Hukum Universitas Kristen Satya Wacana Salatiga.*

“TAMPARAN” yang pernah diberikan secara bertubi-tubi kepada sistem hukum Indonesia seolah-olah masih membekas. Tanda-tanda bekas “tamparan” itu masih dapat ditemukan, antara lain, dalam suatu laporan penelitian berjudul *Law Reform in Indonesia*, suatu *Diagnostic Assessment of Legal Development in Indonesia* yang didanai oleh IDF Grant No. 28557, disiapkan dan dipublikasikan oleh Ali Budiardjo Nugroho, Reksodiputro (*in cooperation with Mochtar, Karuwin & Komar*) and CYBERconsult.

“Pukulan keras” terhadap sistem hukum Indonesia itu kiranya penting dikemukakan lagi di sini, agar selalu diingat, atau mungkin bisa menjadi satu hal menarik untuk dijadikan bahan refleksi ilmu hukum. Kaitan dengan kertas kerja ini, ingatan itu telah menjadi gagasan (idea) yang memiliki nilai keilmuan yang melatarbelakangi penelitian yang mendasari Makalah ini. Dikatakan dalam laporan itu bahwa:

“Kurangnya keahlian sarjana hukum dalam melaksanakan penelitian hukum melalui bahan hukum tertulis (peraturan, yurisprudensi, literatur, dokumen) disertai dengan konsepsi yang keliru...menyebabkan praktisi hukum kita tidak dapat bekerja sebagaimana layaknya praktisi hukum yang profesional..., seorang hakim tidak dapat menghasilkan putusan sesuai peraturan, yurisprudensi, pendapat ahli hukum dan rasa keadilan haruslah diubah (untuk selanjutnya, supaya tetap kontekstual dengan Tema “*Call for Paper*” yang diberikan oleh KHN-RI ini, maka Penulis mengganti kata ‘diubah’ dengan istilah *di-reform*).

Hal yang kiranya patut digarisbawahi sebagai temuan adalah bahwa kutipan itu mengandung suatu kritik atau lebih tepatnya otokritik terhadap sistem hukum kita. Otokritik tersebut dapat dilihat dalam penggalan kata-kata dari kutipan di atas, yaitu: “Kurangnya keahlian sarjana hukum...disertai dengan konsepsi yang keliru...haruslah *di-reform*”.

Untuk melakukan penelitian, menguji kekeliruan konsepsi-konsepsi yang begitu luar biasa banyaknya dalam suatu sistem hukum secara sekaligus, sudah barang tentu, tidak mungkin. Sehingga, pertanyaan selanjutnya yang berkaitan dengan penulisan makalah “*Call for Paper*” ini adalah: konsepsi apa sajakah yang telah dimengerti secara keliru oleh kita, para ahli hukum (*jurists*) atau

sarjana hukum Indonesia, sehingga seandainya kita dapat mengetahui bentuk kekeliruannya, kita akan menggunakan pengetahuan itu untuk menemukan pemahaman yang benar, dan dengan pemahaman yang benar itu, kita dapat mereformasi konsepsi yang telah kita pahami secara keliru itu, sekaligus, otomatis berarti perbaikan atau reformasi tanpa henti akan terus terjadi dalam sistem hukum kita.

Perlu ditegaskan di sini bahwa tudingan akan adanya kekeliruan konsepsi sebagaimana dikemukakan di atas, sebetulnya bukanlah merupakan hal yang sama sekali baru dan hanya layak ditimpakan kepada ahli atau sarjana hukum di Tanah Air saja. Di waktu yang lampau, dan hingga penelitian yang menjadi referensi penulisan Makalah ini dilaksanakan, di negara yang juga sudah relatif maju dalam bidang hukum, yaitu di Belanda dan di Inggris saja, kekeliruan konsepsi juga pernah terjadi di kalangan ahli dan sarjana hukum mereka. Terbukti pula bahwa kekeliruan konsepsi di Belanda misalnya, telah menyebabkan praktisi hukum, bahkan dalam kasus di bawah ini, telah menyebabkan para hakim agung di negara itu melakukan kesalahan (ketidakadilan).

Terlihat dan terasa dari gambaran kasus di bawah ini, bahwa kekeliruan konsepsi mengenai apa yang dimaksud dengan hukum dalam konsep perbuatan melawan hukum (*onrechtmatige daad*) yang hanya berarti undang-undang saja, telah menyebabkan terjadinya ketidakadilan bagi pencari keadilan (*justitiabelen*). Terkait erat dengan subyek kajian Makalah ini (yaitu *passing off*), berikut di bawah ini contoh keputusan di negeri Belanda yang diungkapkan oleh Hofmann,<sup>446</sup> satu bukti kesalahan konsepsi yang telah menyebabkan terjadinya ketidakadilan bagi pencari keadilan itu:

Keputusan H. R. (Hoge Raad) atau Mahkamah Agung Belanda pada tanggal 6 Januari 1905. Kasusnya adalah demikian: Maatschappij Singer telah mengalami saingan yang berat dari sebuah maatschappij lainnya yang menjual mesin-mesin jahit dari lain-lain pabrik, akan tetapi telah berdagang dengan menggunakan nama *Singer-Maatschappij* yang tidak terdaftar di Kantor Pendaftaran Merek, dan karenanya, khalayak ramai (publik) telah tertipu karena mereka yakin bahwa *maatschappij* yang tersebut belakangan itu benar-benar menjual mesin-mesin jahit dari *Singer Manufacturing Co.* yang sudah sangat terkenal itu. Merasa dirugikan oleh perbuatan itu, *Singer Maatschappij* yang asli menuntut ganti kerugian berdasarkan pasal 1401 B. W. Belanda pada waktu itu (kurang lebih rumusan Pasal 1401 B.W. Belanda pada waktu itu, mengandung makna yang sama persis dengan Pasal 1365 K. U. H. Perdata Republik Indonesia Pen.). Akan tetapi, Mahkamah Agung Belanda tersebut menolak tuntutan Singer Maatschappij. Pertimbangan hakim Mahkamah Agung pada waktu itu adalah bahwa tidak terdapat ketentuan Undang-Undang yang memberi perlindungan atas hak nama dagang yang mereknya tidak terdaftar di Kantor Pendaftaran Merek.

Dalam kaitan dengan apa yang baru saja dicontohkan di atas, tulisan ini hendak melihat satu kekeliruan konsepsi dan konsepsi yang benar mengenai *passing off*. Dengan mengetahui kekeliruan konsepsi dan sekaligus mengetahui konsepsi yang benar tentang *passing off* yang diperoleh melalui suatu penelitian ilmiah, maka harapan yang secara tersirat disisipkan oleh Panitia dalam Tema “*Call for Papers*” yang ditentukan oleh Komisi Hukum Nasional (KHN) Republik Indonesia (RI) yaitu “Reformasi Hukum dalam Rangka Menciptakan Iklim Usaha yang Kondusif” dan Sub Tema yang dipilih oleh penulis dalam rangka pembatasan, arahan atau tuntunan dalam rangka “mempertajam” kertas kerja ini akan benar-benar menjadi nyata, yaitu: “Perlindungan Hak Kekayaan Intelektual dalam Mendorong Kreativitas Pelaku Usaha dalam Negeri”.

Penelitian perorangan Penulis yang menjadi dasar penulisan Makalah ini, merupakan suatu usaha untuk membuktikan dan menunjukkan kekeliruan pemahaman atas konsepsi *passing off*, yang juga menimpa para ahli hukum di Tanah Air. Oleh sebab itu, logislah kiranya, apabila di samping menunjukkan kekeliruan konsepsi terhadap *passing off* dimaksud, dalam Makalah ini wajib pula ditunjukkan “potret” pemahaman yang benar atau setidaknya gambaran pemahaman yang mendekati kebenaran tentang *passing off*, yang sudah barang tentu diperoleh dari penelitian perorangan yang telah dilakukan penulis.

Mengulang kembali apa yang telah dinyatakan di atas, diharapkan, dengan pemahaman konsepsi yang benar tentang *passing off* atau setidaknya pengertian konsep yang mendekati kebenaran tentang *passing off*,<sup>447</sup> hal itu juga akan dapat dipakai sebagai satu bentuk sumbangan atau kontribusi dari Penulis yang mungkin saja sederhana sekali, namun, kiranya signifikan untuk terus-menerus melanjutkan reformasi hukum, dan secara khusus dalam konteks “*Call for Paper*” ini, pemahaman tentang konsepsi *passing off* yang tidak lagi keliru atau mendekati kebenaran itu, kiranya bermanfaat untuk menjadi pelindung bagi hak kekayaan intelektual (HKI) atau *intellectual property rights*<sup>448</sup> dalam mendorong kreativitas pelaku usaha dalam negeri.

#### **Alasan Pemilihan Judul**

Judul makalah seperti telah dikemukakan di atas dipilih oleh Penulis, mengingat berdasarkan hasil penelitian Penulis, keberadaan atau eksistensi konsep mengenai larangan *passing off* telah dipahami secara keliru.

Kekeliruan konsepsi itu terjadi tidak hanya karena dalam kenyataannya, setelah diteliti dengan saksama, yang namanya *passing off* itu, perumusannya secara huruf per huruf (*to the letter*) sama sekali tidak dapat ditemukan dalam Undang-undang Merek di Indonesia, demikian pula tidak dapat ditemukan dalam UU Merek di Inggris, juga tidak ada pula dalam ketentuan-ketentuan hukum Internasional yang berkaitan dengan *intellectual property rights* yang

telah diratifikasi oleh Indonesia, dan juga tidak dapat ditemukan dalam putusan-putusan hakim di Indonesia dalam perkara sejenis.

Namun, yang lebih “berbahaya” adalah bahwa kekeliruan dalam memahami konsep *passing off* itu terjadi karena ada sementara pihak menganggap bahwa konsep *passing off* itu dapat dipersamakan dengan konsep pemboncengan. Inilah kekeliruan fundamental itu.

Berikut ini bukti kekeliruan konsepsi *passing off* yang, sebagaimana dikemukakan di atas, telah disamaartikan dengan konsep pemboncengan tersebut<sup>49</sup> :

“Seseorang yang melakukan pendaftaran suatu merek yang memiliki persamaan dengan merek terkenal tiada lain telah memiliki iktikad buruk untuk membongceng (*passing off*) ketenaran merek terkenal tersebut. Tentang isu ini MA dalam kasus yang sama menyatakan: “Bahwa sukar dapat dibayangkan maksud lain dari termohon peninjauan kembali I untuk mendaftarkan merek tersebut, kecuali niat untuk membongceng dari ketenaran merek pemohon peninjauan kembali serta memperdaya khalayak ramai tentang asal dan kualitas hasil-hasil termohon peninjauan kembali I, sehingga dapat dipastikan bahwa tanpa diilhami nama dagang yang sudah termasyur dari merek dagang pemohon peninjauan kembalilah, termohon peninjauan kembali I, tidak akan terpikir untuk mendaftarkan merek No. 191.775.””.

Ternyata, penyamaartian konsep *passing off* dengan konsep pemboncengan itu tidak hanya dilakukan oleh sejumlah akademisi dan praktisi hukum sebagaimana dikemukakan di atas. Namun, setelah diteliti dengan seksama, penyamaartian konsep *passing off* dengan pemboncengan itu juga ternyata dilakukan oleh seorang hakim, ketika hakim itu melakukan anotasi terhadap keputusannya.

Z. Asikin Kusumah Atmadja yang adalah Hakim Agung itu, untuk anotasi Kasus Woodstock & Snoopy (Putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia dalam perkara kasasi No. 1272K/PDT/1984) mengatakan bahwa:

“Secara hukum sesuai dengan moral perdagangan yang baik, para pedagang wajib menjauhkan diri dari segala usaha untuk membongceng pada ketenaran merek dagang milik orang lain (nasional/asing). Meskipun merek dagang tersebut (asing) belum masuk dalam wilayah Republik Indonesia”.

Selintas, seolah terlihat ada semangat untuk menegakkan keadilan yang menyala-nyala dalam hati nurani Asikin Kusumah Atmadja di balik kutipan anotasinya di atas. Hanya saja, apabila diteliti mendalam, ada bahaya yang riil di balik penyamaartian antara konsep *passing off* dengan konsep pemboncengan.<sup>49</sup> Bahaya yang nyata di balik penyamaartian itu terlihat dengan jelas tatkala kita membaca rumusan Pasal 68 Ayat (2) Undang-Undang No. 15 Tahun 2001 dalam mana ditegaskan bahwa:

“Pemilik merek yang tidak terdaftar dapat mengajukan gugatan setelah mengajukan permohonan pendaftaran kepada Kantor Merek”.

Dari kutipan di atas terungkap bahwa menurut rezim UU No. 15 Tahun 2001, hak mereka yang dirugikan untuk mengajukan gugatan (*the right of action*) yang namanya *passing off* sangat tidak dimungkinkan lahir dari rezim peraturan tertulis itu.

Sementara, apabila diperhatikan dalam rezim *passing off*, hak setiap orang yang dirugikan untuk mengajukan gugatan tidak bergantung (*independen*) sama sekali dari permohonan pendaftaran kepada Kantor Merek, bahkan lebih jauh perlindungan dari hukum tidak bergantung, apalagi mengemis-ngemis pada suatu rezim pendaftaran.

Artinya, memerhatikan rumusan di atas, terutama apa yang dilakukan oleh hakim Azikin di atas adalah, sadar atau tidak dia telah membuat *overlapping*, atau menumpangtindihkan antara rezim registered trade mark atau merek terdaftar dengan *passing off*. Padahal, apabila diteliti dengan sungguh-sungguh, kedua konsep itu secara prinsipil jelas memiliki perbedaan dan melahirkan hak yang sama sekali berbeda antara satu dengan yang lainnya.

Hak untuk mengajukan gugatan berdasarkan *passing off* adalah hak yang otomatis ada karena kepercayaan yang diberikan oleh khalayak ramai (publik) kepada suatu produk, metoda atau cara berusaha, tanda (merek) maupun goodwill dalam nama dagang tertentu. Sehingga, apabila *passing off* yang bukan *statutory* dan pemboncengan (*statutory*) atau konsep yang juga merupakan terminologi yang digunakan oleh Undang-Undang itu disamakan, maka hal ini sudah barang tentu akan menggiring pemahaman setiap orang, terutama menggiring para pelaku usaha di dalam negeri bahwa hanya tindakan pendaftaran atau tindakan permohonan pendaftaran kepada Kantor Merek sajalah yang dapat memiliki hak untuk melakukan tuntutan hukum kepada pengadilan. Entah sadar atau tidak, apa yang dilakukan di atas itu dapat dikatakan sebagai suatu penghilangan hak (*passing off*) yang sistematis dan sangat berbahaya serta dapat dikatakan suatu penyesatan.

### ***The spirit of the Law***

Persoalan penting lainnya yang juga perlu untuk dikemukakan di sini adalah: meskipun sebagaimana telah dikemukakan di atas, apabila diperiksa dengan teliti, dalam perundang-undangan di Indonesia ternyata tidak ada sama sekali konsep *passing off* yang ditulis huruf per huruf (*to the letter*), maka apakah dengan demikian hal itu juga berarti bahwa, substansi hukum (*the spirit of the Law*) konsep *passing off* itu sama sekali tidak dapat kita temukan dalam sistem hukum Indonesia? Hal inilah juga yang telah menjadi satu dari sekian aspek “menantang”, sehingga judul Makalah “*Call for Paper*” seperti ditulis di atas dipilih.

Seperti telah dikemukakan di atas bahwa memang benar ada pemahaman yang keliru tentang konsep *passing off* yang menurut sementara penulis literatur hukum di Indonesia ada di Indonesia. Belum lagi, seperti uraian di atas, secara harafiah (*to the letter*) konsep *passing off* itu sama sekali tidak dapat ditemukan rumusnya, baik dalam UU tentang Merk, juga tidak dapat ditemukan dalam ketentuan Internasional mengenai Hak Atas Kekayaan Intelektual (HKI)<sup>451</sup> yang telah diratifikasi oleh Indonesia, serta tidak juga dapat diketemukan dalam sejumlah putusan pengadilan dalam bidang HKI di Indonesia.

Atas dasar itu, maka setelah mengetahui adanya *overlapping* pemahaman atas *passing off* yang setara dengan konsep pemboncengan yang digunakan secara keliru oleh para penulis tersebut di atas setelah diuji berdasarkan konsep standar *passing off* yang diperoleh dari Penelitian terhadap putusan-putusan pengadilan di Inggris yang diuraikan di bawah ini, maka pertanyaan selanjutnya adalah: adakah konstruksi hukum yang lebih tepat yang dapat digunakan dalam rangka membenarkan atau menjustifikasi keberadaan konsep *passing off* dalam sistem hukum di Indonesia?

Menurut pendapat Penulis, kaedah substansi (*the spirit of the Law*) dari konsep *passing off* itu memang ada juga dalam sistem hukum Indonesia. Keberadaan spirit atau jiwa hukum atau substansi *passing off* yang dimaksud itu bisa ditemukan di dalam dan merupakan satu paket dengan Pasal 1365 K.U.H. Perdata Republik Indonesia yang karena dikte hukum diterima oleh orang Indonesia, sebab hal itu terlihat telah dirancang sebagai suatu *umbrella provisions* atau pasal payung untuk memayungi semua hal yang masuk kategori perbuatan melawan hukum (PMH)<sup>452</sup> (*delict*).

Artinya, larangan melakukan perbuatan *passing off* sebagai suatu perbuatan yang merupakan satu jenis dari berbagai jenis PMH atau *onrechtmatige daad* itu sebenarnya sudah ada dalam sistem hukum positif di Indonesia. Hanya saja, harus diakui bahwa karena satu dan lain hal, secara huruf per huruf (*to the letter*) belum mungkin ditulis dalam peraturan perundang-undangan dan putusan hakim yang ada di Indonesia.

Sehingga, mengingat telah ditemukan bahwa substansi atau spirit konsep *passing off* itu sudah ada dalam konsep besar PMH, maka menurut pendapat Penulis, tidak diperlukan lagi *passing off* dirumuskan secara huruf per huruf dalam UU Merek di Indonesia. Tambahan, bahkan, tidak boleh pula konsep *passing off* itu disamaartikan dengan pemboncengan. Alasannya, kenyataannya memang demikian. Di seluruh dunia, yang namanya merek dagang (*trade mark*) itu adalah merek terdaftar (*registered trade marks*), prosedurnya diatur secara *statutory*. Artinya, merek dagang itu berbeda secara fundamental atau berbeda secara prinsipil jika dibandingkan dengan *passing off*. Maksudnya, nama dagang, merek atau tanda (*mark*) dan metoda menjalankan usaha yang dilindungi oleh rezim *passing off*, sama sekali tidak terdaftar di Kantor Pendaftaran Merek, meskipun, sebagaimana sudah merupakan pengetahuan

umum bahwa dalam kenyataannya passing off adalah satu hak yang termasuk dalam kategori HKI (*intellectual property rights*).

Artinya, Pasal 1365 KUHPerdara yang berasal dari masa Hindia Belanda dan menurut Penulis merupakan Pasal yang masih tergolong modern, dapat digunakan sebagai ganti konsep *passing off* atau masih dimungkinkan dipergunakan sebagai pasal yang mengatur pula larangan *passing off*, dan juga, harus dipahami sebagai bagian dari sistem yang mengatur atau memberi pembenaran (justifikasi) perlindungan hukum terhadap HKI (*Intellectual Property Rights*) tanpa rezim pendaftaran (formalitas) dan berbeda secara prinsipil dengan apa yang dituntut oleh rezim UU Merek.

Mengingat Pasal 1365 K.U.H. Perdata, karena tuntutan hukum (*the dictate of the Law*) telah dikonstruksi sedemikian rupa seperti dikemukakan di atas, sehingga meliputi pula konsep *passing off*, maka dengan kaedah dalam Pasal 1365 K.U.H. Perdata Indonesia yang isi atau pemahamannya harus pula diartikan mengandung pengaturan *passing off* itu, para pihak (*the parties to contract*), termasuk para ahli hukum dan praktisi, tidak patut lagi merasa tidak mendapatkan perlindungan hukum atas *goodwill* yang timbul karena telah berinovasi dalam melakukan kegiatan usaha atau berinvestasi di Indonesia. Mereka pun dilarang untuk menjumbuhkan antara konsep *passing off* dengan konsep pemboncengan, sebab konsepsi yang terakhir ini adalah konsepsi dari rezim *registered trade mark* atau merek terdaftar.

Artinya, para ahli hukum, juga tidak perlu lagi tampak seolah-olah keliru memahami konsep PMH dan akibatnya seperti menyesali, dan minder memiliki warisan penjajah Belanda, yaitu Pasal 1365 K.U.H. Perdata Indonesia sebagai "barang rongsokan," seperti rumusan hasil studi atau penelitian yang dikemukakan di awal makalah ini bahwa:

*"Even though Indonesia is about to enter the era of world trade globalization and commercial activities are growing at a rapid pace, most of the legal institutions which should support these activities still originate from the time of the Dutch East Indies and have basically not changed since the middle of the 19th century."*<sup>453</sup>

### **Kekeliruan Konsepsi *Passing Off* di Inggris**

Persoalannya sekarang adalah, apa yang dimaksudkan dengan pemahaman yang tidak lagi keliru atau mendekati kebenaran tentang *passing off* sebagaimana dikemukakan di atas? Dalam temuan Penulis, ada yang mengartikan bahwa: *"In many ways, the law of passing off is a common law version of trade mark law although of older pedigree"*<sup>545</sup>.

Artinya, sebagaimana telah disinggung selintas di atas, dalam banyak hal, hukum *passing off* adalah suatu versi *common law* dari hukum mengenai merek akan tetapi keberadaan *passing off* lebih tua, dan tidak sama dengan *registered trade mark*. Hal ini mengandung pengertian bahwa *passing off* tidak dapat

dibandingkan dengan rezim registered trade mark. Dengan perkataan lain *passing off* berbeda sama sekali dengan rezim merek terdaftar (*registered trade marks*).

Namun demikian, dalam penelitian Penulis juga menemukan bahwa meskipun *passing off* adalah versi *common law* dari hukum mengenai merek, namun, *passing off* adalah bagian dari hak kekayaan intelektual (*intellectual property rights*)<sup>455</sup>.

Hanya saja, masih dalam rangka elaborasi kutipan di atas, perlu ditegaskan lebih jauh di sini bahwa yang dimaksud dengan konsep *passing off* bukan konsep *statutory* atau bukan konsep yang diatur dalam undang-undang. Sebab, undang-undang atau kodifikasi adalah *parliament-made-law* atau di Indonesia merupakan produk legislator (DPR dan Presiden). Artinya, konsep *passing off*, berbeda dengan konsep merek atau trade mark (*registered trade marks*), mengingat konsepsi itu dibangun karena hukum mendikte para hakim supaya melalui *judge-made-law*, *passing off* itu mereka cantumkan pada putusan-putusan pengadilan yang telah berkekuatan hukum tetap di negeri itu.

Pengertian tentang *passing off* yang berlaku di Inggris itu perlu dikemukakan di sini, sebab sebagaimana telah ditunjukkan di atas, konsep *passing off* itu telah dimengerti secara keliru dan dipersamakan dengan konsep pemboncengan terhadap *registered trade mark* atau suatu perbuatan melawan undang-undang karena memboncengi merek terdaftar di bawah rezim UU yang mengatur tentang Merek.

Belum lagi, dari penelitian yang dilakukan Penulis ada temuan bahwa pemahaman yang keliru<sup>456</sup>, dimana ada penyamaan yang serampangan (*overlapping*) antara *passing off* dan *registered trade mark* atau merek terdaftar sebagaimana dikemukakan dalam studi kasus di Indonesia di atas itu tidak hanya terjadi dan dapat ditemukan di Indonesia saja.

Kekeliruan konsepsi di Inggris (England) juga telah ditemukan pula dalam penelitian Penulis. Ada karya akademik di Inggris (England) yang terbukti melakukan kekeliruan berupa *overlapping*, sama seperti yang dilakukan oleh kolega mereka di Indonesia. Padahal, seperti telah dikemukakan di atas, Inggris adalah negara di mana hukum mendikte para hakimnya untuk mencantumkan konsep *passing off* yang sudah lebih dahulu dikenal di Skotlandia (Scotland) untuk ditulis *to the letter* dalam berbagai putusan pengadilan.

Seorang penulis Inggris bernama MacIntyre<sup>457</sup> dalam bukunya ditemukan mengatakan sebagai berikut:

*"If a company registers a name which is too similar to the name of an existing business, a passing off action might prevent the company from trading under its registered name. If such a passing off action is brought the court will grant an injunction to prevent use of that name if this is likely to divert customers away from the existing business or cause confusion between the two bussiness. This applies whether the name was deliberately made similar or was done so*

*accidentally. But the fact that it was done deliberately is likely to influence the court's decision against the new name".*

Artinya, kurang lebih, apabila suatu perusahaan mendaftarkan nama perusahaan itu dan nama perusahaan yang didaftarkan tersebut mirip sekali (*too similar*) dengan nama dari suatu perusahaan yang sedang beroperasi, maka gugatan *passing off* (*a passing off action*) dapat diambil untuk mencegah perusahaan tersebut melakukan kegiatan perdagangan dengan nama perusahaan yang telah terdaftar itu. Apabila gugatan *passing off* tersebut dilayangkan maka pengadilan akan memutuskan untuk memberikan larangan untuk melakukan suatu perbuatan (*injunction*)<sup>458</sup> dalam rangka mencegah penggunaan nama dagang yang dimiliki oleh Penggugat tersebut mengingat penggunaan nama dagang tersebut berpotensi mengalihkan para pelanggan meninggalkan usaha yang sedang dilakukan oleh Penggugat, atau penggunaan nama tersebut dapat menciptakan kebingungan bagi para pelanggan dalam memilih di antara kedua produk dari kedua kegiatan usaha dimaksud. Hal ini berlaku dalam hal pendaftaran nama dagang ke Kantor Pendaftaran Merek itu telah dengan sengaja dan terang benderang, maupun hanya secara kebetulan<sup>459</sup> saja, nama dari kedua usaha tersebut mirip. Apabila dapat dibuktikan bahwa perbuatan dimaksud telah dengan sengaja dan terang-terangan dibuat untuk maksud-maksud merugikan si penggugat, maka sangat mungkin akan menyebabkan pengadilan untuk mengabulkan gugatan Penggugat.

Kekeliruan konsepsi penulis buku sebagaimana dikemukakan di atas terlihat dengan jelas dari rumusan kalimat: "*...a passing off action might prevent the company from trading under its registered name*". Apabila diperhatikan perkataan "*registered name*"<sup>460</sup> dalam penggalan kalimat tersebut, si penulis buku tersebut di atas seolah-olah telah menyamakan atau membuat *overlapping* antara pengertian gugatan yang diajukan atas dasar adanya dugaan perbuatan melawan hukum terhadap *registered trade mark* atau merek terdaftar dengan perbuatan melawan hukum atas nama dagang yang tidak terdaftar (*passing off*). Padahal, secara prinsipil, sebagaimana telah diuraikan di atas, kedua hal tersebut (*registered trade mark* dan *passing off*) adalah dua konsep yang sangat berbeda.

Selanjutnya, di bawah ini akan dikemukakan pula kasus yang diperoleh dalam penelitian, yang telah menjadi dasar argumentasi *passing off* oleh penulis buku sebagaimana telah dikemukakan di atas, yang juga memandang *passing off* sama dengan *registered trade mark*. Menurut Penulis, kasus (*case law*) yang akan diuraikan di bawah ini digunakan untuk justifikasi adanya perbuatan pelanggaran merek dagang yang terdaftar (*registered trade mark*), bukan suatu *passing off*. Meskipun, menurut penulis buku itu, ada perbuatan *passing off*.

Dalam penelitian terhadap kasus *Ewing v Buttercup Margarine*<sup>461</sup> Co. Ltd., Penulis menemukan bahwa Penggugat (Ewing) menjalankan suatu kegiatan

usaha melalui suatu perusahaan yang bukan badan hukum (*unincorporated*) dengan nama Buttercup Dairy Co. Usaha dari perusahaan Penggugat tersebut adalah pembuatan mentega (*margarine*), dengan pusat usaha dijalankan di Skotlandia. Perusahaan Tergugat (*Buttercup Margarine*) telah terdaftar menurut sistem yang tunduk pada Trade Marks Act (UU Merek) Inggris dengan nama the Buttercup Margarine Co. Ltd. Perusahaan Tergugat tersebut juga memproduksi mentega, namun menjalankan kegiatan usahanya di wilayah Selatan Inggris (*the South of England*). Penggugat menggugat si Tergugat dengan dasar bahwa si Tergugat telah melakukan *passing off*. Hakim memutuskan mengabulkan gugatan Penggugat. Perusahaan Tergugat dilarang untuk melanjutkan kegiatan usaha dengan nama yang telah didaftarkan oleh Penggugat tersebut. Menurut pendapat hakim, khalayak ramai (*the public*) dapat menyangka bahwa perbuatan Tergugat itu memberi kesan ada keterkaitan atau hubungan antara kedua kegiatan usaha.

Elemen *passing off* dalam pengertian yang ada dalam putusan pengadilan yang akan diuraikan di bawah ini juga telah menjadi dasar perumusan<sup>462</sup> yang keliru tentang adanya *passing off*, padahal sesungguhnya merupakan perbuatan melawan merek terdaftar. Seorang penulis Inggris mengatakan:

*“This (passing off Pen.) consists of a deliberate act of the defendant to mislead others into believing that the devendant’s goods are those of the plaintiff’s. In doing so the defendant takes an unfair advantage of the plaintiff’s trade...”*

Berdasarkan kutipan di atas, ada penulis Inggris yang kemudian mengurai unsur-unsur yang dapat menyebabkan seseorang bisa dikatakan telah melakukan perbuatan melawan *passing off*, padahal sesungguhnya merupakan perbuatan melawan rezim UU Merek Terdaftar. Adapun unsur-unsur tersebut adalah sebagai berikut: (1) Ada suatu tindakan penipuan yang dilakukan oleh orang yang melaksanakan kegiatan usaha atau kegiatan perdagangan pada saat ketika dia memasarkan barang dan jasanya, (2) tindakan tersebut pada nomor (1) dimaksudkan agar mendorong, membujuk atau mengajak para calon pelanggan barang atau jasanya, (3) sehingga lebih tertarik dan akhirnya memilih barang atau jasanya katimbang memilih barang atau jasa yang terdaftar di Kantor Pendaftaran Merek dari suatu usaha yang sudah berjalan lama dengan cara-cara yang sengaja dimaksudkan untuk merusak reputasi atau citra kegiatan usaha dari si pengusaha tersebut atau merusak *goodwill* dari perusahaan mapan tersebut, (4) dan kenyataannya dapat dibuktikan bahwa telah ada kerugian.

Adapun *passing off* dengan unsur-unsur sebagaimana dikemukakan di atas di Inggris dikategorikan sebagai (tort) yang dapat dilakukan adalah melalui: (1) suatu pernyataan bahwa kegiatan usaha dimaksud atau barang yang dihasilkan oleh si Penggugat adalah barang atau jasa milik si Tergugat, (2) Pemasaran dilakukan di bawah nama dagang dari si Penggugat<sup>463</sup> namun,

(3) menggunakan nama dagang<sup>464</sup> milik si Penggugat yang merek dagangnya tidak terdaftar, mengingat proteksi yang diberikan oleh rezim UU Merek hanya diberikan kepada *registered trade marks* dan (bukan<sup>465</sup> Pen.) terutama merek-merek dagang yang terdaftar sebagaimana diatur (di Inggris) dalam the Trade Marks Act, 1938 sebagaimana diubah dengan *Trade Marks (Amendment) Act, 1984*, (4) meniru keberadaan dan tampilan dari barang-barang atau jasa-jasa milik Penggugat<sup>466</sup>.

Remedies, atau sarana pengadilan yang dipergunakan untuk menuntut ganti rugi atas *tort* yang disalahmengerti sebagai *passing off* padahal hal itu adalah pelanggaran terhadap undang-undang merek terdaftar adalah *injunctions*. *Injunctions* dimaksudkan untuk pengadilan memaksa Tergugat agar menghentikan perbuatan-perbuatan yang sifatnya pemalsuan (*falsehood*) atau perbuatan-perbuatan tidak adil dan atau tindakan-tindakan yang merugikan dihentikan. Perlu dikemukakan di sini bahwa ganti-rugi yang akan diberikan tidak saja meliputi kerugian secara ekonomis yang telah diderita oleh Penggugat, namun juga meliputi kompensasi atas kerugian yang disebabkan karena hilangnya atau berkurangnya citra atau reputasi karena kehendak buruk yang memanifestasikan diri dalam perilaku dari Tergugat melakukan penyesatan terhadap para calon pelanggan.

#### ***Passing Off* dalam Case Laws**

Setelah melihat kekeliruan konsepsi yang juga terjadi di Inggris mengenai *passing off*, berikut ini akan dikemukakan beberapa kasus hukum (*judicial precedents*) yang mengandung kaedah hukum *passing off*, dan sekali lagi perlu ditegaskan di sini, bukan *registered trade marks*. Perlu dikemukakan di sini bahwa *judicial precedents* atau *case laws* yang diuraikan di bawah ini diperoleh Penulis dari suatu kegiatan penelitian perorangan.

Pada kasus *Bostik Limited v. Sellotape GB Ltd (1994)*<sup>467</sup> Penggugat meminta *injunction* untuk mencegah Sellotape melakukan perbuatan melawan hukum (*passing off*) menggunakan produk dengan nama dagang Sello (Tak) seolah-olah nama dagang yang digunakan Sello dalam hal ini (Tak) adalah produk dengan nama yang sudah terkenal (*established*) milik Bostik's dengan nama dagang Blu - Tack. Sello bahkan mengklaim bahwa produk itu terlihat memiliki kesamaan atau kemiripan yang tidak dapat diragukan. Memang, ketika diperhatikan selintas, apa yang diklaim oleh Sello itu benar ketika melihat kedua produk itu digunakan sebagai suatu perekat atau lem daur ulang.

Menarik dicatat, bahwa dalam pertimbangan hukum untuk kasus di atas, pengadilan mengatakan bahwa waktu untuk menentukan apakah ada *passing off* terhadap suatu produk adalah ketika penjualan dilakukan, dan ketika khalayak ramai (*the publik*) memutuskan untuk menggunakan pilihan mereka di antara kedua produk tersebut di atas. Dalam kasus ini, ketika pembuktian di pengadilan, ternyata, kedua paket produk tersebut terlihat sangat berbeda,

dan tidak ditemukan oleh hakim apa yang disebut sebagai suatu unsur penting dalam *passing off*, yaitu adanya kebingungan dalam memilh barang dengan produk sejenis, selain daripada penggunaan kata "Tak' dan 'Tack' sebagai nama dagang. Mengingat hakim tidak menemukan unsur *passing off* tersebut, maka hakim memutus gugatan ditolak.

Kasus selanjutnya menjelaskan pengertian *passing off* yang mungkin saja dapat diterapkan dalam situasi dimana suatu kantor hukum misalnya, yang sering menggunakan kata-kata "dan rekan" (*and partners*). Maksudnya, (A) dan (B) dapat saja melakukan usaha mereka dengan nama apa saja yang mereka inginkan sepanjang nama yang digunakan itu tidak memberikan kesan bahwa usaha yang mereka lakukan sama dengan apa yang dilakukan oleh suatu kompetitor mereka. Kegiatan usaha yang mereka lakukan juga harus tidak menipu (*deceive*) atau membingungkan (*confuse*) para pengguna jasa dari seorang atau beberapa orang yang lain, katakanlah, (C) dan (D) yang belum terdaftar di Kantor Pendaftaran Merek. Apabila hal itu terjadi, jika dimohonkan oleh Penggugat, maka pengadilan akan memberikan injunction dan atau ganti rugi terhadap (A) dan (B) sebagai bentuk perlindungan kepada usaha yang dilakukan oleh (C) dan (D).

Meskipun demikian, orang dapat menjalankan usaha mereka dengan nama mereka sendiri, meskipun ada kebingungan dengan kegiatan usaha yang dilakukan oleh orang lain, kecuali apabila hal itu dapat dibuktikan merupakan suatu rekayasa yang dilakukan dengan sengaja dan terang-benderang untuk menipu (*deceive*) khalayak ramai (*the public*) sebagaimana dapat disaksikan dalam kasus *Croft v. Day* (1843)<sup>468</sup> berikut ini:

Dalam *Croft v. Day*, suatu firma di bawah nama Day & Martin adalah pembuat yang terkenal (*well-known*) dari semir sepatu. Kedua orang pemilik perusahaan di atas yaitu Tuan Day dan Tuan Martin sudah meninggal beberapa waktu berselang sebelum kasus itu muncul. Namun demikian Tuan Croft telah membeli usaha itu dan melanjutkan usaha tersebut dengan nama dagang 'Day & Martin'.

Seorang lagi dengan nama yang sama dengan Tuan Day dan Tuan Martin terjun ke dalam industri pembuatan semir sepatu dan menggunakan nama 'Day & Martin', dengan maksud untuk mengelabui atau menipu (*fraudulent*) khalayak ramai (*the public*) bahwa mereka adalah perusahaan semir sepatu tua dan sudah begitu meluas dikenal tersebut dengan menggunakan nama dagang 'Day & Martin'. Tuan Croft menggugat Tuan Day ke pengadilan. Pengadilan mengabulkan permintaan injunction dari Tuan Croft untuk menghentikan si orang yang bernama Tuan 'Day & Martin' tidak menjalankan usaha atau berdagang dengan nama dia sendiri namun dengan maksud untuk mengelabui khalayak ramai bahwa usahanya adalah usaha 'Day & Martin' yang sudah terkenal tersebut, namun yang belakangan dimiliki oleh Tuan Croft.

Contoh kasus lainnya di bawah ini penting dalam rangka memahami pengertian *passing off* adalah penggunaan bungkus produk yang sama dengan bungkus produk pihak lain, termasuk penggunaan tanda-tanda identifikasi dan juga deskripsi-diskripsi.

Dalam kasus *Bollinger v Costa Bava Wine Co Ltd (1959)*<sup>49</sup> suatu produser sampanye dari Perancis berkeberatan atas penggunaan nama dagang '*Spanis Champagne*' untuk menggambarkan suatu jenis anggur yang dibuat di Spanyol. Pengadilan mengabulkan gugatan Penggugat (*Bollinger*) berupa *injunction* untuk mencegah dilanjutkannya penggunaan nama dagang tersebut. Dalam kasus ini ada pula ganti rugi, berupa kewajiban kepada Tergugat (*Costa Bava Wine Co Ltd*) untuk mempertanggungjawabkan keuntungan yang diperoleh dari penyalahgunaan pengepakan, penggunaan merek tidak terdaftar milik *Bollinger*, dan penggunaan deskripsi-diskripsi yang tidak terdaftar, yang juga milik *Bollinger*.

Apabila kasus-kasus di atas dilihat dari tahun penerbitannya relatif tua, berikut, di bawah ini uraian singkat kasus *passing off* yang berkaitan dengan prinsip yang telah diuraikan di atas tergambar dalam suatu kasus yang relatif masih baru.

Dalam kasus *United Biscuits (UK) Ltd v. Asda Stores Ltd (1996)*, kasus ini mengenai dua jenis *biskuit sandwich*. Biskuit pertama menggunakan nama Penguin. Nama yang digunakan ini adalah merek yang memimpin di kelasnya dan dimiliki oleh *United Biscuits*. Merek tersebut tidak terdaftar. Nama kedua adalah Puffin, biskuit yang diproduksi oleh Asda dan dijual secara eceran dengan harga 25% lebih murah daripada biskuit merek Penguin.

Pengadilan Tinggi di Inggris memutuskan bahwa pengepakan, termasuk ciri-ciri pada bungkus biskuit Puffin terbukti secara sah dan meyakinkan sengaja dibuat dengan tujuan untuk mengelabui atau menipu, sebab, sangat mirip dengan pengepakan dan ciri-ciri yang ada pada biskuit merek Penguin. Hakim memutuskan Asda terbukti melakukan *passing off* terhadap produk yang lebih murah dengan *brand*-nya, Asda dinyatakan terbukti seolah-olah telah memberitahukan kepada khalayak ramai bahwa produknya itu memiliki keterkaitan dengan produk (*brand*) milik Penguin.

Dalam kasus di atas ini pengadilan memberikan perhatian khusus dalam pembuktian, terutama mencermati dengan teliti kedua produk tersebut, disamping meneliti pula gambar burung laut (Penguin, dan Puffin) yang terdapat pada bungkus kedua kemasan (*brand*) biskuit itu. Pengadilan memberikan *injunction* kepada *United Biscuits* untuk mencegah penjualan lanjutan yang dilakukan oleh Puffin namun demikian pengadilan kemudian tidak lagi melanjutkan *injunction* tersebut setelah jangka waktu 35 hari dalam rangka memberikan kesempatan kepada Asda, antara lain, untuk menghabiskan stok biskuit yang telah diproduksi dalam 5 minggu terakhir untuk menjual produk itu.

Hal yang menarik dicatat di sini adalah bahwa dalam kasus di atas, hakim tidak menemukan unsur kebingungan publik dalam memilih antara produk biskuit dengan merek Penguin maupun Puffin. Alhasil, Asda dapat melanjutkan penggunaan nama Puffin sebagai nama yang dapat ditaruh di kemasan biskuit produknya, padahal isi dari paket dalam kemasan dengan brand Puffin itu sama persis dengan biskuit dalam kemasan Penguin.

# PERLINDUNGAN INTERNASIONAL TERHADAP MEREK TERKENAL DI INDONESIA:

## PEMBENTUKAN KAIDAH OLEH MAHKAMAH AGUNG REPUBLIK INDONESIA (MARI)\*

**Titon Slamet Kurnia, S.H., M.H.**

*Dosen, Fakultas Hukum, Universitas Kristen Satya Wacana*

### Executive Summary

Tulisan ini pada hakikatnya merupakan refleksi historis atas praktik Mahkamah Agung Republik Indonesia (MARI) dalam rangka perlindungan terhadap merek terkenal di Indonesia dan sekaligus sebagai apresiasi positif atas praktik tersebut. Tulisan ini terdiri dari dua bagian besar. *Pertama*, tentang kondisi *existing laws* bagi Indonesia berkenaan dengan merek terkenal (khususnya sebelum dan setelah TRIPs Agreement). *Kedua*, *case law* berkenaan dengan merek terkenal yang diputuskan oleh MARI khususnya praktik *legislating from the bench* dalam mengisi gap di dalam aturan hukum positif. Sedasar dengan itu, posisi tulisan ini adalah deskriptif, bukan normatif. Artinya, tulisan ini tidak hendak secara spesifik *argue for* atau memberikan defense bagi praktik *legislating from the bench*, tapi sekadar menunjukkan praktik-praktik mana dari MARI yang *legislating from the bench*.

Praktik *legislating from the bench* oleh MARI merupakan langkah mitigasi untuk menghindarkan Indonesia dari isu tanggung gugat internasional. Dalam konteks tersebut maka apa yang telah dilakukan MARI merupakan apa yang sudah seyogianya untuk terjadi. Ke depan, dengan berpegang pada praktik yang demikian, seyogianya lembaga yudisial di Indonesia dapat melakukan perbaikan internal yang signifikan supaya dapat menjamin kepastian hukum dalam rangka mewujudkan iklim usaha yang kondusif dengan memberikan jaminan bagi pelaku bisnis untuk mempercayainya dalam rangka *administration of justice*.

### I. Pendahuluan

Sebagai bagian dari masyarakat internasional Indonesia mengakui adanya hukum internasional dan berkomitmen untuk mematuhi asas-asas dan kaidah-kaidahnya sebagai kewajiban. Dasar dari komitmen Indonesia untuk melaksanakan dengan itikad baik setiap kewajiban internasionalnya dapat dikembalikan kepada eksistensi Indonesia sebagai bagian dari masyarakat internasional. Eksistensi Indonesia sebagai negara, sebagai subjek hukum internasional, sangat ditentukan oleh hukum internasional.<sup>470</sup> Henkin memberikan penjelasan yang secara logikal sangat memuaskan untuk menjustifikasi argumen di atas:

*An entity that becomes a State in the international system is ipso facto subject to international law. While the obligations of international law are upon the State as an entity, a State ordinarily finds it necessary or convenient to incorporate international law into its municipal law to be applied by its courts.<sup>471</sup>*

Tulisan ini berargumen bahwa Indonesia memiliki komitmen yang besar dalam memberikan perlindungan terhadap merek terkenal sebagaimana tercermin dalam putusan-putusan Mahkamah Agung Republik Indonesia (selanjutnya disingkat MARI). MARI memiliki pendirian sangat maju dalam memberikan perlindungan terhadap merek terkenal, bahkan dalam situasi di mana peraturan perundang-undangan yang ada menyatakan sebaliknya. Pernyataan ini merujuk pada masa sebelum keikutsertaan Indonesia dalam TRIPs Agreement dan secara spesifik pada praktik reservasi atas keikutsertaan dalam *Paris Convention for the Protection of Industrial Property* 1967 via Keppres No. 24 Tahun 1979 yang berakibat tidak adanya ketentuan hukum sebagai dasar perlindungan terhadap merek terkenal di Indonesia. Dalam kasus-kasus perlindungan terhadap merek terkenal dapat disimpulkan bahwa MARI telah melakukan praktik *'legislating from the bench'*,<sup>472</sup> dan ini merupakan praktik sangat signifikan guna memperkuat perlindungan hukum terhadap merek terkenal di Indonesia. Kontribusi dari tulisan ini adalah supaya praktik MARI dalam rangka perlindungan hukum terhadap merek terkenal dapat menginspirasi untuk kasus-kasus yang lain dalam rangka mengembalikan kepercayaan publik terhadap lembaga yudisial.

## II. Kondisi Existing Laws tentang Merek Terkenal di Indonesia

Sumber hukum sebagai dasar perlindungan internasional terhadap merek terkenal adalah Art. 6 bis (1) *Paris Convention for the Protection of Industrial Property* 1967:

*The countries of the Union undertake, ex officio if their legislation so permits, or at request of an interested party, to refuse or to cancel the registration, and to prohibit the use, of a trademark which constitutes a reproduction, an imitation, or a translation, liable to create confusion, of a mark considered by the competent authority of the country of registration or used to be well known in that country as being already the mark of a person entitled to the benefits of this convention and used for identical or similar goods. These provisions shall also apply when the essential part of the mark constitutes a reproduction of any such well-known mark or an imitation liable to create confusion therewith.*

Indonesia menjadi negara pihak dan terikat oleh *Paris Convention* pada tahun 1979 via Keppres No. 24 Tahun 1979. Akan tetapi, ratifikasi tersebut disertai dengan praktik reservasi terhadap Arts. 1-12 *Paris Convention*, termasuk di dalamnya ketentuan tentang merek terkenal (Art. 6 bis), sehingga dengan demikian ketentuan tentang merek terkenal tidak berlaku bagi Indonesia.

Sumber hukum yang kemudian adalah TRIPs Agreement. TRIPs Agreement ini mengambil alih ketentuan tentang merek terkenal dalam Paris Convention dan sekaligus memperluas ruang lingkup cakupannya menjadi berlaku pula untuk jasa dan untuk barang/jasa tidak sejenis. *Art. 16.(2) TRIPs Agreement:*

*Article 6 bis of the Paris Convention (1967) shall apply, mutatis mutandis, to services. In determining whether a trademark is well-known, account shall be taken of the knowledge of the trademark in the relevant sector of the public, including knowledge in that Member obtained as a result of the promotion of the trademark.*

Kemudian *Art. 16.(3) TRIPs Agreement:*

*Article 6 bis of the Paris Convention (1967) shall apply, mutatis mutandis, to goods or services which are not similar to those in respect of which a trademark is registered, provided that use of that trademark in relation to those goods or services would indicate a connection between those goods or services and the owner of the registered trademark and provided that the interests of the owner of the registered trademark are likely to be damaged by such use.*

Indonesia terikat oleh ketentuan-ketentuan *TRIPs Agreement* tahun 1994 dengan menjadi negara pihak *WTO Agreement* di mana *TRIPs Agreement* adalah salah satu perjanjian yang dicakup di dalamnya. Keikutsertaan tersebut secara formal dilakukan lewat UU No. 7 Tahun 1994.

*TRIPs Agreement* merupakan jembatan atas gap yang selama ini ada menyangkut pengaturan tentang HKI di negara-negara. HKI sebagai bagian dari Hukum Benda (*Property Law*) pada hakikatnya merupakan ranah atau domain hukum nasional mengikuti asas yang berlaku yaitu asas teritorial. Dalam perkembangannya, asas ini direlativisir. Menyangkut isu yurisdiksi domestik dan hukum internasional, *the Tunis-Morocco Nationality Decrees Case* meletakkan kaidah jika hukum internasional mengatur maka hak negara untuk menggunakan kekuasaannya dibatasi oleh kewajiban yang harus dilaksanakannya kepada negara lain.<sup>473</sup> Analogi dengan kaidah dari kasus di atas, manakala HKI diatur oleh hukum internasional maka pada saat itu juga persoalan HKI tidak lagi eksklusif menjadi isu yurisdiksi domestik. Sehingga sedasar dengan hal itu dapat dirumuskan kaidah '*national authority ends when international authority begins*'. Jika hukum internasional telah menetapkan asas dan kaidah tentang HKI, maka secara yuridis *international law must prevail over national law*.

Dari sisi pengaturan *TRIPs Agreement* sebagai bagian dari *WTO Agreement* merupakan perjanjian internasional tentang HKI paling inovatif dan penting karena bersifat komprehensif. *TRIPs* merupakan perjanjian internasional tentang HKI pertama yang memiliki karakteristik:

- *that obliges, in a single undertaking, new standards on as many as seven types of IPRs (namely, copyright and related rights, trademarks, geographical indications,*

*industrial designs, patents, layout designs of integrated circuits, and undisclosed information) for as many as 138 countries/territories (as on July 2000);*

- *to be included as a part of the rules governing the multilateral trading system, thus marrying trade law and jurisprudence with intellectual property law, particularly making applicable the swift and effective dispute settlement process of the WTO, which can impose trade penalties on members violating the agreement;*
- *that includes fairly detailed standards for domestic enforcement of IPRs, both internally and at the border;*
- *that obliges protection of new types of IPRs even in developed countries, of which at least one, undisclosed information, has never been the subject of any multilateral agreement before, and another, protection for integrated circuit designs, had no effective international treaty, while others, like plant variety protection or performers' rights, were geographically limited;*
- *that covers new subject matter under existing types of intellectual property, at least for some development countries, such as product patents for food, pharmaceuticals, chemicals, microorganisms or copyright protection for software;*
- *that creates new categories of rights under existing types of intellectual property for the majority of WTO members such as rental rights for computer programmes and sound recording (and for film<sup>1</sup> under certain circumstances) under copyright and related rights; higher level of protection for geographical indications for wines and spirits; reversal of burden<sup>1</sup> of proof for process of patentees; and*
- *that incorporates a text on the control of anti-competitive practices in the licensing of IPRs in a binding treaty.<sup>474</sup>*

Sifat komprehensif itu misalnya: *TRIPs Agreement* merupakan usaha tunggal yang menciptakan standar baru tentang HKI dalam tujuh jenis hak yang berlaku sangat luas kepada lebih dari seratus negara; dilengkapi dengan mekanisme penyelesaian sengketa serta ancaman sanksi kepada negara yang melanggar standar atau kaidah yang ditetapkan; standar penegakan HKI dalam hukum nasional; dan yang sangat penting ialah memasukkan ketentuan yang mengontrol praktik-praktik anti-persaingan dalam persoalan lisensi terhadap HKI. Semangat ini nampak cukup eksplisit dalam konsideran *TRIPs Agreement*:

*Desiring to reduce distortions and impediments to international trade, and taking into account the need to promote effective and adequate protection of intellectual property rights, and to ensure that measures and procedures to enforce intellectual property rights do not themselves become barriers to legitimate trade.*

Dengan menjadi negara pihak dalam *WTO Agreement* maka, *ipso jure*, Indonesia juga sekaligus merupakan negara pihak *TRIPs Agreement*. Dengan menjadi negara pihak *TRIPs Agreement* maka Indonesia terikat oleh kaidah-kaidah hukum dalam *TRIPs Agreement*. Sebagai bagian dari usaha untuk

mengimplementasikan secara efektif kewajiban-kewajiban internasionalnya yang lahir dari *TRIPs Agreement* maka Indonesia telah melakukan langkah-langkah hukum cukup berarti, di antaranya yaitu melakukan perubahan-perubahan terhadap produk-produk aturan hukum yang ada dan mengatur tentang HKI. Ini dilakukan dalam rangka harmonisasi supaya aturan hukum nasional Indonesia tentang HKI juga selaras dengan asas-asas dan kaidah-kaidah dalam *TRIPs Agreement*.

Sebagai implikasi dari keikutsertaan dalam *TRIPs Agreement*, pada 7 Mei 1997 pemerintah melakukan perubahan terhadap Keppres No. 24 Tahun 1979 tentang pengesahan *Paris Convention*. Dalam Keppres No. 24 Tahun 1979 tersebut ratifikasi *Paris Convention* oleh Indonesia disertai dengan reservasi terhadap *Arts. 1-12 Konvensi*, termasuk di dalamnya ketentuan tentang merek terkenal (*Art. 6 bis*). Keppres No. 24 Tahun 1979 ini bertentangan dengan *Art. 2.(1) TRIPs Agreement* di mana dalam pasal tersebut didapati kaidah perintah bagi negara pihak *TRIPs Agreement* untuk mematuhi ketentuan *Arts. 1-12 (dan 19) Paris Convention*.<sup>475</sup> Karena alasan itu maka melalui Keppres No. 15 Tahun 1997 pemerintah mencabut reservasi yang dilakukan oleh Keppres No. 24 Tahun 1979.

Konsekuensi yuridis penarikan reservasi Indonesia atas *Arts. 1-12 Paris Convention* adalah terisinya gap di dalam aturan hukum dengan kaidah hukum positif tentang perlindungan terhadap merek terkenal karena *Art. 6 bis* dari *Paris Convention* menjadi berlaku sebagai kaidah dalam rangka perlindungan terhadap merek terkenal. Namun berlakunya ketentuan *Art. 6 bis Paris Convention* saja sebenarnya masih belum cukup jika dikaitkan dengan *TRIPs Agreement* yang memperluas ruang lingkup perlindungan hukum terhadap merek terkenal dalam *Paris Convention* yang hanya mengatur merek terkenal untuk produk barang sejenis (*identical or similar goods*). *Arts. 16.(2 & 3) TRIPs Agreement* memperluas ruang lingkup perlindungan merek terkenal dalam *Paris Convention* sehingga juga meliputi jasa dan barang/jasa tidak sejenis.

Langkah harmonisasi yang ditempuh Indonesia adalah mengubah legislasinya berkenaan dengan merek. Indonesia telah beberapa kali mengubah aturan hukumnya tentang merek. Secara kronologis produk undang-undang tentang merek yang dimiliki Indonesia yaitu: UU No. 21 Tahun 1961; UU No. 19 Tahun 1992; UU No. 14 Tahun 1997; dan terakhir UU No. 15 Tahun 2001. Perubahan yang secara khusus dimaksudkan untuk menjawab isu harmonisasi dalam rangka keikutsertaan dalam *TRIPs Agreement* yaitu UU No. 14 Tahun 1997 dan UU No. 15 Tahun 2001.

Pembaharuan peraturan di bidang merek sangat berkaitan erat dengan globalisasi atau liberalisasi perdagangan. Ada dua hal penting yang menjadi pertimbangan pemerintah dalam rangka melakukan pembaharuan peraturan di bidang merek yaitu untuk menjaga persaingan usaha yang sehat dan untuk memberikan peningkatan layanan bagi masyarakat (Menimbang huruf 'a &

'b UU No. 15 Tahun 2001). Dalam Penjelasan Umum UU No. 15 Tahun 2001 dinyatakan: “Perkembangan teknologi informasi dan transportasi telah menjadikan kegiatan di sektor perdagangan meningkat secara pesat dan bahkan telah menempatkan dunia sebagai pasar tunggal bersama. Eraperdagangan global hanya dapat dipertahankan jika terdapat iklim persaingan usaha yang sehat. Di sini Merek memegang peranan yang sangat penting yang memerlukan sistem pengaturan yang lebih memadai.” Demikian pembentuk undang-undang memberikan suatu justifikasi atas usaha pembaharuan undang-undang merek di Indonesia. Pengaturan tentang merek secara khusus, dan HKI secara umum, pada hakikatnya merupakan salah satu pilar dalam rangka mewujudkan sistem ekonomi pasar berdasarkan prinsip *fair competition*.<sup>476</sup> Hal ini senafas dengan konsideran *TRIPs Agreement* seperti yang telah dikutip di atas. Secara umum nampak bahwa politik hukum pemerintah dalam rangka pembaharuan peraturan perundang-undangan di bidang merek cukup sejalan dan mengikuti politik hukum pemerintah atas keikutsertaan dalam *WTO Agreement*.<sup>477</sup> Sehingga dapat disimpulkan bahwa kelahiran UU No. 15 Tahun 2001 adalah dalam rangka melaksanakan dengan itikad baik kewajiban internasional Indonesia karena telah berpartisipasi dalam *WTO Agreement c.q. TRIPs Agreement* (bandingkan dengan *Art. 26 Vienna Convention on the Law of Treaties*).

Isu hukum menyangkut materi muatan UU No. 15 Tahun 2001 yang sangat kritikal ialah antinomi antara Pasal 6 Ayat (2) UU No. 15 Tahun 2001 dengan *Art. 16.(2 & 3) TRIPs Agreement*. Dari sisi yurisprudensi maka nampak bahwa kaidah Pasal 6 Ayat (2) UU No. 15 Tahun 2001 tersebut sangat terbelakang. Pasal 6 Ayat (2) UU No. 15 Tahun 2001 akan memberikan perlindungan hukum terhadap merek terkenal untuk produk barang/jasa tidak sejenis setelah diadakan peraturan pemerintah. Artinya dengan UU No. 15 Tahun 2001, ketentuan *Art. 16.(3) TRIPs Agreement* tidak seketika efektif tetapi harus menunggu terlebih dahulu peraturan pemerintah yang dimaksud oleh Pasal 6 Ayat (2) UU No. 15 Tahun 2001 tersebut. Jelas ketentuan ini sangat tertinggal dibandingkan dengan *case law* (kasus Gucci).<sup>478</sup>

### **III. Kondisi Case Law tentang Merek Terkenal: Praktik Legislating from the Bench oleh MARI**

#### **A. Peletakan Kaidah Pengisi Gap Legislasi**

##### **1. Sebelum Keikutsertaan dalam Paris Convention**

Meskipun UU No. 21 Tahun 1961 tidak mengandung materi muatan eksplisit tentang perlindungan hukum terhadap merek terkenal, tetapi MARI telah memberikan perlindungan tersebut dalam kasus Tancho (produk perawatan rambut asal Jepang). MARI meletakkan kaidah bahwa hanya merek yang didaftarkan dengan itikad baik yang akan memperoleh perlindungan hukum (dalam kasus ini MARI belum secara eksplisit menyinggung bahwa Tancho adalah merek terkenal yang berhak atas perlindungan hukum lebih

ekstensif meskipun belum didaftar di Indonesia). Dalam kasus Tancho pihak pendaftar bertindak dengan itikad buruk yaitu dengan jalan meniru merek kepunyaan pihak lain, merek dagang pihak luar negeri yang tidak terdaftar di Indonesia.<sup>479</sup> Kaidah lain yang juga diletakkan oleh MARI dalam kasus ini ialah perlindungan terhadap kepentingan masyarakat, i.c. pembeli. MARI menyatakan: "Khalayak ramai (baca: masyarakat) harus dilindungi dari barang-barang tiruan yang memakai merek yang sudah dikenalnya sebagai merek barang-barang yang bermutu baik."<sup>480</sup>

MARI juga memberikan perlindungan atas merek terkenal kepada YKK meskipun isu hukum kasus ini tidak terlampaui problematis karena semata-mata merupakan kelalaian Direktorat Patent Indonesia. YKK adalah merek untuk produk *ritsluiting* atau *zipper* yang berasal dari Jepang yang telah didaftar di Indonesia pada tahun 1955. Kemudian terjadi perubahan undang-undang merek dengan diterbitkannya UU No. 21 Tahun 1961. Berdasarkan undang-undang merek yang baru ini PT. Kuda Mas Djaya mengeluarkan merek YKK dan mendaftarkannya di Direktorat Patent dan dikabulkan. Karena itu Yoshida Kogyo Kabushiki Kaisha selaku pemilik merek YKK kemudian mengajukan gugatan kepada PT. Kuda Mas Djaya ke Pengadilan Negeri Jakarta Pusat supaya merek yang telah didaftarkannya di Direktorat Patent tersebut dibatalkan. Pengadilan Negeri Jakarta Pusat mengabulkan gugatan tersebut dalam Putusan PN Jakarta Pusat No. 1039/1970 G. Karena kalah maka Tergugat kemudian ganti mengajukan kasasi. Putusan MARI dalam kasasi menguatkan putusan PN Jakarta Pusat.<sup>481</sup> Namun demikian putusan kasus YKK sedikit lebih maju dibandingkan dengan kasus Tancho. Pengadilan Negeri Jakarta Pusat secara eksplisit dalam pertimbangan hukumnya menyebut tentang kaidah perlindungan hukum terhadap merek terkenal meskipun keberadaan kaidah tersebut pada saat itu belum dapat dikonfirmasi secara eksplisit oleh sumber hukum formal yang relevan. Dalam kasus YKK penulis bahkan dapat menyimpulkan bahwa pengadilan merasa memiliki suatu kewajiban hukum untuk memberikan perlindungan hukum tersebut meskipun tanpa didukung dengan dasar hukum positif yang jelas.<sup>482</sup> Pandangan demikian nyatanya juga dikukuhkan oleh MARI ketika pihak Tergugat menempuh upaya kasasi karena dikalahkan dalam putusan pengadilan tingkat pertama.

## **2. Pasca Keikutsertaan dalam *Paris Convention***

Sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya, keikutsertaan Indonesia dalam *Paris Convention* tetap meninggalkan gap dalam perlindungan terhadap merek terkenal karena praktik reservasi bersamaan dengan ratifikasi yang dilakukan Indonesia. Kondisi ini tidak lantas menjadikan MARI kehilangan pendirian dan 'frustasi'. Pada fase ini MARI menjawab isu hukum perlindungan merek terkenal dengan kaidah larangan *passing-off*. Kaidah ini pada hakikatnya menjadikan larangan konkurensi/persaingan curang sebagai titik tolak untuk

melindungi pemilik sah dari merek terkenal dari tindakan pemboncengan.<sup>483</sup> Kasus yang diselesaikan MARI dengan kaidah larangan *passing-off* antara lain kasus Woodstock & Snoopy<sup>584</sup> dan kasus Nike<sup>485</sup>. Dalam kasus Woodstock & Snoopy, Prof. Z. Asikin Kusumah Atmadja, seorang Hakim Agung, memberikan anotasinya mengenai kedudukan kaidah perlindungan hukum terhadap merek terkenal di Indonesia:

Secara hukum sesuai dengan moral perdagangan yang baik para pedagang wajib menjauhkan diri dari segala usaha untuk membonceng pada ketenaran merek dagang milik orang lain (nasional/asing). Meskipun merek dagang tersebut belum terdaftar di Indonesia bahkan meskipun merek dagang tersebut (asing) belum masuk dalam wilayah Republik Indonesia (kursif - penulis).<sup>486</sup>

Isu terakhir yang fundamental adalah tuntutan harmonisasi hukum nasional dengan hukum internasional dalam rangka perlindungan merek terkenal. MARI melontarkan isu ini dalam kasus Knirps:

Bahwa Indonesia termasuk salah satu negara yang ikut menandatangani Paris Convention mengenai hak milik intelektual, demikian juga sebagai negara peserta yang ikut menandatangani "Stockholm Act 1967" di mana diharapkan adanya harmonisasi bagi merek-merek terkenal untuk diperlakukan secara sama di negara mana pun dia berada.<sup>487</sup>

MARI menguatkan pernyataannya di atas dalam kasus Giordano:

Bahwa semua konvensi tersebut (maksudnya: Konvensi Uni Paris, Konvensi London dan Stockholm Act 1967) berskala internasional yang menuntut terwujudnya harmonisasi dan uniformitas yang menyeluruh di antara bangsa-bangsa tentang pemberian perlakuan yang sama (*equal treatment*) untuk melindungi merek dagang terkenal di semua wilayah tanpa mengenal batas geografis dan nasionalitas.<sup>488</sup>

Dua kasus di atas menyiratkan pengertian mengenai posisi MARI menyangkut isu perlindungan terhadap merek terkenal. Dalam kasus merek terkenal MARI memiliki komitmen kuat supaya putusan-putusannya selaras dengan tuntutan hukum internasional. MARI nampaknya mengakui bahwa posisi keterikatan Indonesia oleh kewajiban hukum internasional untuk melindungi merek terkenal bersifat *given*. Praktik ini sangat positif maknanya karena pengakuan di atas diberikan beberapa saat setelah Indonesia meratifikasi *TRIPs Agreement* sementara di sisi lain keikutsertaan Indonesia dalam Paris Convention dengan Keppres No. 24 Tahun 1979 masih disertai reservasi terhadap ketentuan tentang merek terkenal. Karena itu penulis menyimpulkan bahwa meskipun secara aturan hukum positif tidak ada perlindungan hukum terhadap merek terkenal karena belum ada pengaturannya namun putusan MARI di atas mengindikasikan bahwa kaidah tentang perlindungan terhadap merek terkenal yang diberikan oleh case law sudah sangat terang benderang.<sup>489</sup>

Pendapat Prof. Sudargo Gautama dalam Seminar Hukum Atas Merek (diselenggarakan oleh Badan Pembinaan Hukum Nasional 16 s/d 18 Desember 1976 di Jakarta):

Sangat diharapkan bahwa ketentuan yang serupa seperti dalam Pasal 6 bis dari Paris Union<sup>490</sup> ini dapat diterima di dalam perundang-undangan merek yang baru negara kita. Dengan demikian dapat dihindarkan segala kesulitan-kesulitan yang kini dihadapi dengan adanya berbagai usaha pembajakan oleh para pedagang di dalam negeri terhadap merek-merek luar negeri yang sudah terkenal, tetapi belum sempat didaftarkan di negara kita. Dengan diterimanya ketentuan sedemikian ini di dalam perundang-undangan merek nasional kita, akan dihindarkan pula konkurensi curang dan pemboncengan secara tidak sah daripada usahawan-usahawan dalam negeri berkenaan dengan merek-merek yang sudah terkenal itu.<sup>491</sup>

Pendapat Prof. Sudargo Gautama di atas masih mengacu pada UU No. 21 Tahun 1961 tentang Merek Perusahaan dan Merek Perniagaan (disingkat UU Merek) yang belum mengatur secara memadai tuntutan dalam rangka perlindungan terhadap merek terkenal. Praktik MARI konsisten dengan pendapat Prof. Sudargo Gautama. Dalam pengertian yang demikian maka nampak bahwa MARI cukup kreatif dan progresif dalam menjalankan fungsi sebagai pengisi gap dalam legislasi ketika menjawab ekspektasi para pencari keadilan i.c. pemilik sah dari merek terkenal. Lebih lanjut dapat disimpulkan bahwa MARI berada di garda terdepan dalam memberikan perlindungan terhadap merek terkenal, jauh lebih maju ketimbang legislator. Bahwa belum diaturnya merek terkenal secara spesifik dalam peraturan perundang-undangan tidak lantas membuat lembaga yudisial berpangku tangan ketika pemilik merek terkenal dilanggar haknya kendati merek tersebut belum didaftarkan di dalam yurisdiksi Indonesia. Sehingga ketika terjadi pendaftaran merek tersebut di Indonesia oleh pihak yang tidak berhak maka pemilik merek terkenal tersebut tetap memperoleh perlindungan hukum.

Secara yuridis langkah MARI tersebut sangat sah karena konsisten dengan asas non-liquet dan asas ius curia novit dalam melakukan penemuan hukum. Keikutsertaan Indonesia dalam Paris Convention yang disertai dengan reservasi terhadap ketentuan tentang merek terkenal ternyata tidak diikuti oleh MARI dengan cara pandang *black-letter* dengan jalan tidak memberikan perlindungan terhadap merek terkenal (kasus Gucci; kasus Giordano). Dalam kasus ini bisa disimpulkan bahwa ternyata yurisprudensi jauh lebih maju dalam rangka memberikan perlindungan terhadap merek terkenal dibandingkan dengan peraturan perundang-undangan.

#### **B. Perluasan Ruang Lingkup Perlindungan Merek Terkenal: Pasca TRIPs Agreement**

Ruang lingkup perlindungan hukum terhadap merek terkenal dalam Paris Convention terbatas hanya ditujukan terhadap barang sejenis. Dalam

perkembangannya, perlindungan hukum terhadap merek terkenal diperluas oleh *TRIPs Agreement* sehingga meliputi pula jasa (*Art. 16.(2) TRIPs Agreement*) dan yang paling ekstensif adalah perlindungan yang ditujukan kepada barang/jasa tidak sejenis (*Art. 16.(3) TRIPs Agreement*).

Isu hukum sehubungan *Art. 16.(3) TRIPs Agreement* bagi Indonesia dikaitkan dengan UU No. 15 Tahun 2001 yaitu: Apakah ketentuan itu dapat langsung aplikabel sementara dalam Pasal 6 Ayat (2) UU No. 15 Tahun 2001 pengaturan tentang perluasan perlindungan hukum terhadap merek terkenal mencakup produk barang/jasa yang tidak sejenis baru diadakan manakala hal itu sudah diatur dengan peraturan pemerintah?<sup>492</sup> Jika pengadilan Indonesia berhadapan dengan kasus ini apakah pengadilan akan tidak mengakui ketentuan *Art. 16.(3) TRIPs Agreement* jika belum ada peraturan pemerintah sebelumnya? Jika terjadi pelanggaran terhadap merek terkenal atas barang/jasa tidak sejenis sementara belum ada peraturan pemerintah dan merek terkenal tersebut tidak memperoleh perlindungan hukum dapatkah pemerintah Indonesia dikualifikasi telah melakukan pelanggaran terhadap *TRIPs Agreement* sementara dari segi legalitas menurut hukum nasional Indonesia apa yang dilakukan tersebut belum bisa digolongkan sebagai suatu pelanggaran hukum?

Jawaban atas isu hukum ini berpulang kembali kepada isu tentang hubungan antara hukum internasional dan hukum nasional. Jika pengadilan berpendirian bahwa perlindungan hukum belum ada karena belum ada peraturan pemerintah maka dari sisi hukum internasional hal ini tetap tidak dapat digunakan sebagai alasan pembenar ketika Indonesia sebagai negara pihak *TRIPs Agreement* dianggap lalai memberikan perlindungan hukum terhadap merek terkenal dengan melanggar ketentuan *Art. 16.(3) TRIPs Agreement* tersebut (*Art. 27 Vienna Convention on the Law of Treaties 1969*). Seyogianya hakim cermat dalam menanggapi isu ini dan tidak terjebak sebagai 'terompet' undang-undang karena hakim harus menafsirkan undang-undang tersebut menurut jiwa undang-undang (*the spirit of the laws*) yaitu HUKUM: apa yang harus dilakukan atau tidak dilakukan yang tidak sebatas mengikuti preskripsi peraturan, undang-undang, secara *black letter*.<sup>493</sup> Lebih lanjut, isunya di sini bukan apakah Indonesia mengikuti pendekatan dualisme tetapi apakah hakim memang memiliki kemauan untuk menerapkan kaidah hukum internasional tersebut. Dibanding dengan kaidah kasus Gucci, Pasal 6 Ayat (2) UU No. 15 Tahun 2001 tersebut sangat terbelakang jika karena adanya ketentuan tersebut kemudian terjadi '*suspension*' dalam hal pemberian perlindungan hukum terhadap merek terkenal untuk barang/jasa tidak sejenis (sampai dengan adanya peraturan pemerintah yang dimaksud dalam Pasal 6 Ayat (2) UU No. 15 Tahun 2001 tersebut).

Kasus pelanggaran merek terkenal Guccio Gucci S.P.A sangat relevan untuk dikemukakan di sini karena berkenaan dengan pelanggaran merek

terkenal untuk barang tidak sejenis. MARI memberikan pertimbangan hukum atas kasus ini sebagai berikut:

- Bahwa walaupun merek dagang Termohon Kasasi I/Tergugat Asal I tidak untuk barang-barang yang sejenis<sup>494</sup> dengan barang produk Pemohon Kasasi/Penggugat Asal, namun pilihan merek dagang yang sama oleh Termohon Kasasi I/Tergugat Asal I dengan merek dagang Pemohon Kasasi/Penggugat Asal tersebut menunjukkan adanya itikad yang tidak baik dari Termohon Kasasi I/Tergugat Asal I karena masyarakat pada umumnya atau konsumen pada khususnya akan menganggap asal usul produk barang-barang Termohon Kasasi I/Tergugat Asal I akan diperkirakan berasal dari produk Pemohon Kasasi/Penggugat Asal.
- Bahwa berdasarkan alasan-alasan tersebut, Mahkamah Agung berpendapat bahwa pemakaian dan penggunaan merek dagang "Gucci" oleh Termohon Kasasi I/Tergugat Asal I yang sama dengan merek dagang Pemohon Kasasi/Penggugat Asal tidak lain adalah adanya niat dari Termohon Kasasi I/Tergugat Asal I untuk membonceng ketenaran merek dagang Pemohon Kasasi/Penggugat Asal dan bertujuan serta dapat menimbulkan keraguan bagi konsumen tentang asal usul serta kualitas produk barang dari Termohon Kasasi I/Tergugat Asal I.<sup>495</sup>

Dalam kasus ini MARI juga menerapkan ketentuan tentang merek terkenal dalam *Paris Convention* namun pertimbangan hukumnya tidak tepat: "Bahwa karena Gucci tergolong merek dagang terkenal, maka seyogianya ia memperoleh perlindungan di wilayah negeri ini, sama seperti ia memperoleh perlindungan di negara asalnya yaitu Italia, karena Indonesia sendiri sebagai peserta dan ikut meratifikasi hasil *Paris Convention* bahkan 'tanpa reserve' dan oleh karena itu hasil konvensi itu harus sepenuhnya ditaati."<sup>496</sup> MARI dalam kasus ini tidak cermat ketika menerapkan *Paris Convention* dalam dua hal. Pertama, Indonesia tidak terikat oleh ketentuan tentang merek terkenal dalam *Paris Convention* karena dalam ratifikasi melalui Keppres No. 24 Tahun 1979 disertai pula reservasi terhadap Arts. 1-12 Konvensi tersebut (di mana ketentuan tentang merek terkenal terdapat dalam Pasal 6 bis). Kedua, *Paris Convention* hanya berbicara tentang perlindungan terhadap merek terkenal untuk barang sejenis. Pengaturan untuk barang tidak sejenis tunduk pada ketentuan *Art. 16.(3) TRIPs Agreement*, tetapi MARI tidak menjadikan ketentuan *TRIPs Agreement* tersebut sebagai authorities. Sehingga jika isu ini dikaitkan dengan *TRIPs Agreement* jo. UU No. 15 Tahun 2001 maka MARI telah melakukan metode interpretasi yang disebut interpretasi futuristis. Ini juga merupakan praktik *legislating from the bench* oleh MARI yang luar biasa.

Penulis berpendapat, meskipun pertimbangan hukum kasus Gucci tidak tepat namun terdapat *blessing in disguise*, yaitu: tugas hakim ialah melakukan penemuan hukum dan tidak terpancang pada peraturan. Seandainya pun ketentuan tentang merek terkenal dalam *Paris Convention* dan *TRIPs*

*Agreement* tidak aplikabel seketika karena legislasi belum mentransformasikan maka dalam melakukan penemuan hukum hakim tetap dapat menggunakan kaidah pendaftaran dengan itikad buruk dan *passing off* untuk membatalkan pendaftaran merek di Indonesia yang memiliki persamaan pada pokoknya atau pada keseluruhannya dengan suatu merek terkenal atau menggunakan kaidah persaingan curang dan perlindungan konsumen. Tegasnya, kalau suatu peraturan tidak memberikan preskripsi atas isu yang dihadapi maka hakim harus menginterpretasi peraturan tersebut sesuai *the spirit of the laws*. Dalam kasus Gucci di atas MARI sudah 'berusaha' melakukan ini walau belum menyatakan *the spirit of the laws* tersebut secara eksplisit.

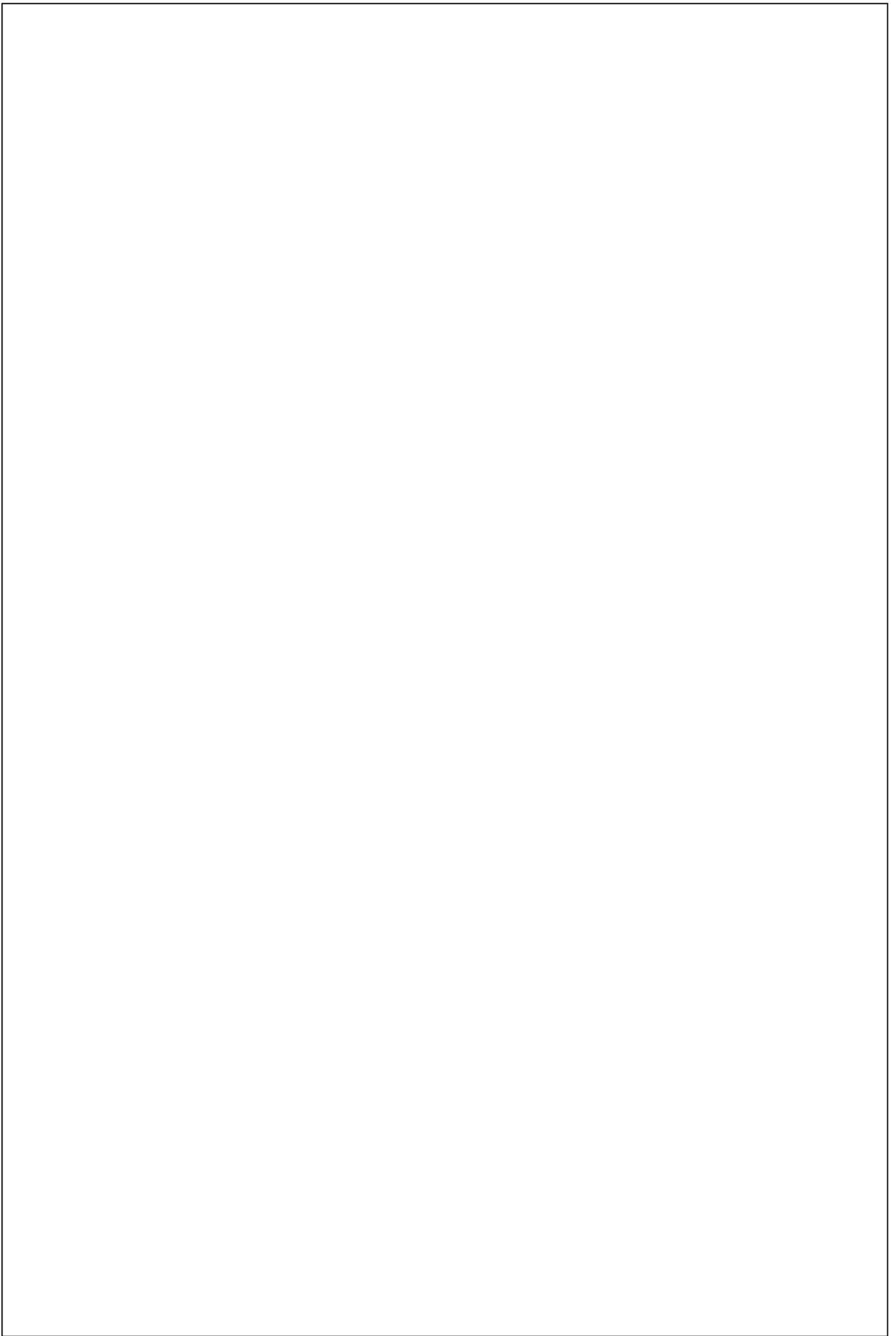
Pada prinsipnya dalam kasus ini, implementasi idi Indonesia harus dikembalikan pada hukum internasional. Asas hukum internasional yang aplikabel ialah hukum internasional prevail atas hukum nasional. Asas ini dipoitifkan sehingga menjadi kaidah dalam *Art. 27 Vienna Convention on the Law of Treaties 1969*. *Art. 27 Vienna Convention* harus menjadi pertimbangan hakim-hakim di Indonesia jika menghadapi perkara pelanggaran terhadap merek terkenal untuk barang/jasa tidak sejenis selama belum ada peraturan pemerintah yang mengatur hal itu sebagai tindak lanjut Pasal 6 Ayat (2) UU No. 15 Tahun 2001 sehingga dengan demikian *Art. 16.(3) TRIPs Agreement* aplikabel atas kasus tersebut di depan pengadilan Indonesia. Berdasarkan pada kasus Gucci di atas penulis berkeyakinan bahwa hakim akan dan harus menerapkan *Art.16.(3) TRIPs Agreement* meskipun perlindungan terhadap merek terkenal untuk barang/jasa tidak sejenis menurut Pasal 6 Ayat (2) UU No. 15 Tahun 2001 akan diatur lebih lanjut dengan peraturan pemerintah. Selama peraturan pemerintah tersebut belum ada, sehingga dapat dikatakan terjadi 'kekosongan hukum', hakim tetap dapat memberikan perlindungan hukum kepada merek terkenal untuk barang/jasa tidak sejenis dengan jalan menerapkan *Art. 16.(3) TRIPs Agreement* serta dengan mengacu pada yurisprudensi yang relevan seperti kasus Gucci misalnya. Keyakinan ini penulis landaskan pada satu situasi di mana sebelum ada aturan hukum positif yang berlaku bagi Indonesia hakim telah memberikan perlindungan hukum tersebut dan afortiori Indonesia adalah negara pihak *TRIPs Agreement* di mana *Art. 16.(3)*-nya mengikat Indonesia untuk melaksanakan dengan itikad baik.

#### **IV. Penutup**

Sehubungan dengan kewajiban negara untuk melindungi merek terkenal sebagaimana ditetapkan di dalam *TRIPs Agreement*, maka proses legislasi saja tidak cukup. Fungsi legislasi ialah menetapkan aturan hukum yang berisi kaidah-kaidah abstrak-umum yang masih harus diimplementasikan dalam situasi konkret-individual. Dalam hal terdapat pelanggaran terhadap hak atas merek yang telah memperoleh pengakuan sebagai merek terkenal, maka pengadilan mempunyai kewajiban untuk menerapkan dan melakukan

interpretasi terhadap aturan hukum tersebut supaya selaras dengan kewajiban internasional yang dipikul Indonesia. Dengan pengertian lain bahwa level dari perlindungan hukum yang harus diberikan Indonesia tidak hanya sebatas persoalan legislasi tetapi juga ajudikasi yudisial untuk memastikan bahwa merek terkenal tersebut memperoleh perlindungan yang patut di Indonesia. Fungsi badan peradilan sebagai representasi negara dalam menjalankan kekuasaan di bidang ajudikasi ialah sama seperti kewajiban yang diemban negara secara umum yaitu melaksanakan dengan itikad baik setiap kewajiban internasional negara supaya hal ini tidak menimbulkan isu hukum tentang pertanggunggugatan internasional karena negara melakukan perbuatan melanggar hukum internasional yang dilakukan oleh badan yudisialnya.

Tulisan ini pada hakikatnya merupakan refleksi historis atas praktik MARI dalam rangka perlindungan terhadap merek terkenal di Indonesia dan sekaligus untuk memberikan apresiasi positif atas praktik tersebut. Praktik legislating from the bench oleh MARI merupakan langkah mitigasi untuk menghindarkan Indonesia dari isu tanggung gugat internasional. Dalam konteks tersebut maka apa yang telah dilakukan MARI merupakan apa yang sudah seyogianya untuk terjadi. Ke depan, dengan berpegang pada praktik yang demikian, seyogianya lembaga yudisial di Indonesia dapat melakukan perbaikan internal yang signifikan supaya dapat menjamin kepastian hukum dalam rangka mewujudkan iklim usaha yang kondusif dengan memberikan jaminan bagi pelaku bisnis untuk mempercayainya dalam rangka *administration of justice*.



# **ASAS FUNGSI SOSIAL PATEN BAGI PENGEMBANGAN HUKUM PATEN DI INDONESIA**

**Catharina Ria Budiningsih**

*Fakultas Hukum Universitas Parahyangan - Bandung*

## **ABSTRAK**

Aspek sosial yang membatasi hak individu merupakan nilai yang harus ada pada hukum yang berlaku di Indonesia, termasuk hukum paten. Sehubungan dengan kewajiban Indonesia untuk mengaplikasikan standar pada TRIPs, regulator tidak bebas menyusun substansi Undang-Undang Tahun 2001 tentang Paten (UUP). Penerapan standar internasional pada UUP potensial bermasalah bagi kepentingan masyarakat Indonesia oleh karena kondisi dan kebutuhan yang berbeda terutama bila diterapkan secara legalistik. Untuk menanggulangi masalah tersebut perlu dilakukan kajian mendalam mengenai asas hukum yang seharusnya menjiwai sifat kepemilikan pada paten. Patokan yang digunakan untuk mengkaji faktor ideal pada asas fungsi sosial pada paten adalah Pancasila, UUD 1945, Teori Keadilan John Rawls, teori Hukum Pembangunan Mochtar Kusumaatmadja dan gagasan Hukum Progresif Satjipto Rahardjo. Patokan untuk mengkaji faktor ril asas fungsi sosial pada paten adalah norma pada paten dan hukum benda yang berlaku umum.

Hasil kajian memperlihatkan bahwa terdapat sifat esensial pada paten yakni aspek kepentingan masyarakat yang membatasi hak pemegang paten. Pembatasan hak individu atas hak milik merupakan suatu asas pada kepemilikan benda yang bersifat universal. Esensi paten yang dibatasi oleh aspek kepentingan masyarakat, dapat disebut asas fungsi sosial paten. Karakteristik asas hukum tersebut, adalah keseimbangan antara hak individu dengan masyarakat, perhatian terhadap pihak yang lemah dan kehendak untuk mewujudkan keadilan sosial. Nilai tersebut perlu ada pada proses pendaftaran paten, selama perlindungan paten dan setelah perlindungan paten berakhir.

Dengan menggunakan asas tersebut sebagai patokan untuk mengkritisi UUP, diperoleh sejumlah pasal yang potensial bermasalah terhadap kepentingan masyarakat. Manfaat penggunaan asas fungsi sosial pada paten sebagai patokan bagi penerapan UUP agar terdapat keadilan bagi pemegang paten dan masyarakat. Manfaat penggunaan asas hukum tersebut sebagai patokan bagi pengembangan hukum paten Indonesia adalah untuk mewujudkan sistem hukum paten yang dapat menjawab kebutuhan globalisasi dan bersifat adil.

Kata kunci : paten, pemegang paten, asas hukum, fungsi sosial, kepentingan masyarakat, keadilan

## 1. Pendahuluan

Pancasila dan Undang Undang Dasar 1945 (UUD) sebagai sumber dari asas-asas hukum dan peraturan perundang-undangan di Indonesia, pada satu sisi mengakui dan menghargai harkat manusia sebagai individu, di sisi lain menempatkan manusia sebagai makhluk yang senantiasa hidup terikat dengan masyarakatnya, sehingga hak manusia tidak dapat dilepaskan dari kewajibannya terhadap masyarakat. John Rawls<sup>497</sup> mengajarkan mengenai distribusi dari nilai-nilai sosial yang harus didistribusi secara sama, namun dengan memperhatikan individu yang memiliki kondisi tidak beruntung. Alhasil, dalam kaitannya dengan hak milik individu, aspek kepentingan masyarakat yang sering disebut dengan istilah fungsi sosial, harus terkandung dalam norma hukum mengenai hak milik di Indonesia. Oleh karena itu, paten sebagai suatu pranata hukum mengenai kepemilikan atas cara kerja teknologi baru perlu mengandung aspek kepentingan masyarakat atau fungsi sosial. Persoalannya, pada Undang Undang Paten Nomor 14 tahun 2001 (UUP) tidak ditemukan frasa fungsi sosial sebagai hal yang umum disebutkan sebagai hal membatasi hak milik individu. Sifat kepemilikan pada paten yang memberikan hak eksklusif untuk melarang pihak lain memproduksi objek paten tanpa ijin pemegang paten selama jangka waktu tertentu memberikan persepsi bahwa pemegang paten memiliki hak yang tidak dapat diganggu gugat oleh pihak lain. Bahkan ada pendapat ahli yang menafikan aspek fungsi sosial pada paten.<sup>498</sup> Sifat kepemilikan pada paten seperti ini menarik perhatian penulis untuk mendiskusikan serta menganalisis keberadaan asas fungsi sosial pada paten. serta urgensi aspek kepentingan masyarakat tersebut dalam peraturan paten.

## 2. Intisari Peraturan Paten

Undang Undang Paten di Indonesia yang berlaku saat ini, adalah Undang Undang Nomor 14 tahun 2001 tentang Paten (UUP). Sebelum tahun 2001, peraturan Paten yang pernah berlaku di Indonesia, adalah: 4 trooi Wet 1910 S. No 33 jis S11-33, S.22-54 yang mulai berlaku 1 Juli 1912<sup>499</sup>, Undang Undang Nomor 6 Tahun 1989 tentang Paten dan Undang Undang Nomor 13 Tahun 1997 tentang Perubahan atas Undang-undang Nomor 6 Tahun 1989 tentang Paten, Indonesia melakukan amandemen atas Undang Undang Paten 1989 karena isi peraturan paten perlu disesuaikan dengan aturan yang terdapat dalam Persetujuan TRIPs (selanjutnya ditulis langsung TRIPs).

Menurut Pasal 1 butir 1 UUP, Paten adalah hak eksklusif yang diberikan Negara kepada Inventor atas hasil Invensinya di bidang teknologi, yang untuk selama waktu tertentu melaksanakan sendiri Invensinya tersebut atau memberikan persetujuannya kepada pihak lain untuk melaksanakannya. Jangka waktu perlindungan paten adalah 20 tahun, untuk paten sederhana 10 tahun. Lingkup hak eksklusif pemegang paten adalah untuk melaksanakan paten yang dimilikinya dan melarang pihak lain yang tanpa persetujuannya melakukan eksploitasi komersial tanpa ijin ybs, antara lain berupa: pembuatan,

penggunaan, penjualan, impor, sewa, penyerahan produk atau proses yang diberi paten.<sup>500</sup> Setelah masa perlindungan hukum terlampaui, hak eksklusif berakhir, karena objek paten berada dalam wilayah publik (domain publik)

Paten berkenaan dengan perlindungan terhadap cara kerja baru di bidang teknologi dalam bentuk produk atau proses. Objek yang dapat diberi perlindungan paten (invensi) harus merupakan hasil dari kreativitas pemikiran manusia. Tidak ada invensi bila objek yang dimaksud sudah ada atau eksis secara natural (dengan sendirinya terjadi). Selain itu, ada beberapa hal yang tidak dapat menjadi objek paten, antara lain: proses atau produk yang pengumuman dan penggunaan atau pelaksanaannya bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku, moralitas, agama, ketertiban umum, atau kesusilaan; metode pemeriksaan, perawatan, pengobatan dan/atau pembedahan yang diterapkan terhadap manusia dan/atau hewan; teori dan metode di bidang Ilmu Pengetahuan dan matematika; semua makhluk hidup kecuali jasad renik dan proses biologi yang esensial untuk memproduksi tanaman atau hewan, kecuali proses non-biologis atau proses mikrobiologis.

Hak bagi pemegang paten tidak diperoleh secara otomatis. Perlindungan hukum baru diberikan bila pemohon mengajukan permohonan untuk mendapatkan hak paten ke Direktorat Jenderal HKI. Berdasarkan isi TRIPs<sup>501</sup>, tidak boleh ada perbedaan perlakuan antara warga negara sendiri (termasuk badan hukum) dengan warga negara asing. Subjek hukum baik itu perorangan, perusahaan kecil, perusahaan besar, perusahaan domestik atau perusahaan asing, memiliki hak yang sama dalam memperoleh perlindungan paten.

### 3. Konsep Dan Hakikat Fungsi Sosial Pada Hak Milik

Kepemilikan (*ownership, eigendom*) atau hak milik (*property right, eigendomrecht*) merupakan konsep hukum berupa hubungan seseorang atas suatu benda. Hubungan tersebut melingkupi kekuasaan atau kewenangan pemilik atas suatu objek/benda untuk menikmati dan mempertahankan benda dari tuntutan pihak lain. Sekalipun demikian, kekuasaan pemilik atas objek yang dimilikinya tidak bersifat absolut. Terdapat pembatasan hak atas kewenangan individu pada hak milik. Pendapat dari Vincenzo Vinciguerra di bawah ini memperlihatkan bahwa pada hak milik senantiasa ada aspek sosial yang membatasi hak tersebut. Disebutkan oleh Vincenzo Vinciguerra:<sup>502</sup>

*"In the construct of property rights, the social aspect, even though it never completely fades away, can range from a very limited incidence to a large, broad influence. When the social aspects is almost non existent, property rights are deemed as "commodity" and what is stressed is the "power" of the owner. Conversely, emphasis on social aspect of ownership stresses the interests of society as a whole, as opposed to those of the owner alone."*

Aspek sosial atau dimensi sosial yang membatasi hak milik sering diungkapkan dengan istilah fungsi sosial. Pembatasan kewenangan individu

atas objek kepunyaannya ditujukan bagi perlindungan atau bagi kepentingan masyarakat.

Berdasarkan kajian mengenai perlindungan hukum terhadap hak milik di beberapa negara di Eropa, terlihat bahwa negara mengakui kebebasan individu dalam menikmati hak nya namun hak tersebut dibatasi oleh fungsi sosial atau kepentingan masyarakat

#### 4. Pemanfaatan Asas Fungsi Sosial Paten

Sekalipun paten merupakan seperangkat hak eksklusif yang diberikan kepada pemegangnya, di dalam paten terdapat ruang bagi kepentingan masyarakat atau fungsi sosial yang membatasi hak pribadi tersebut.

Secara formal, UUP tidak mengenal istilah fungsi sosial. Ini berbeda dengan (eks) UU Paten 1989 yang menempatkan kata fungsi sosial pada bagian penjelasan undang-undang tersebut.<sup>503</sup> Sekalipun demikian, pada UUP diatur berbagai pembatasan pada kepemilikan paten. Beberapa di antaranya, adalah:

1. Melalui pranata lisensi wajib, hak eksklusif pemegang paten untuk melarang orang lain tanpa ijin melakukan eksploitasi paten miliknya terbatas, sebab ijin pelaksanaan paten kepada pihak ketiga tidak diberikan oleh pemegang paten, namun oleh pemerintah.
2. Dalam kondisi tertentu pemerintah dapat melaksanakan paten milik individu pemegang paten. Paten wajib dilaksanakan, meskipun tentang kewajiban pelaksanaan ini tidak begitu jelas, sehingga dapat memberi penafsiran yang berbeda.<sup>504</sup>
3. Pada konsiderans UUP juga terdapat pertimbangan yang memberi perhatian kepada kepentingan masyarakat luas, bukan hanya pemberian perlindungan kepada inventor/pemegang paten saja.

Aspek kepe<sup>1</sup>ngan masyarakat juga menjadi perhatian TRIPs. Pada Bagian I TRIPs<sup>505</sup> perihal Ketentuan Umum dan Prinsip-pr<sup>1</sup>insip dasar dari Persetujuan TRIPs, antara lain diatur ba<sup>1</sup>wa perlindungan dan penegakan hukum HKI dilakukan dengan cara yang menunjang kesejahteraan sosial dan ekonomi dan keseimbangan antara hak dan kewajiban. Juga diatur bahwa negara-negara anggota da<sup>1</sup>ng mengambil langkah-langkah yang diperlukan dalam rangka menunjang kepentingan masyarakat pada sektor-sektor yang sangat penting bagi pembangunan sosio-ekonomi dan teknologi, sepanjang tidak menyimpang dari ketentuan-ketentuan dalam TRIPs.<sup>506</sup> Pada<sup>1</sup> TRIPs diatur pula bahwa negara anggota dapat menetapkan penemuan/invensi yang tidak diberikan paten, mencegah dieksploitasinya suatu penemuan secara komersial di dalam wilayahnya apabila hal tersebut perlu dengan alasan untuk melindungi moral dan ketertiban umum, sepanjang pengecualian tersebut tidak dilakukan hanya dengan alasan bahwa hukum nasional melarang eksploitasi dari penemuan yang bersangkutan.<sup>507</sup>

Perhatian terhadap kepentingan masyarakat pada HKI/paten bukan hal baru. Sejarah perkembangan paten memperlihatkan bahwa perlindungan hukum pada paten semenjak dahulu juga memiliki tujuan bagi kepentingan masyarakat.<sup>508</sup>

Dari rangkaian analisis ini terlihat bahwa isi UUP tidak mengubah sistem perlindungan paten yang telah diakui sejak beberapa abad yang lampau, yakni perlindungan kepada individu berupa hak eksklusif untuk mengeksploitasi secara komersial atas paten yang dimiliki, namun disini juga diakui perlunya perlindungan hukum bagi masyarakat luas. Aspek kepentingan ini serupa dengan aspek kepentingan masyarakat yang menjadi perhatian sehubungan dengan adanya hak milik individu pada hak kebendaan. Sekalipun demikian kepemilikan pada paten berbeda atau tidak sama dengan sifat kepemilikan pada benda pada umumnya yakni benda yang bersifat berwujud. Paten diberikan terhadap objek yang bersifat spesifik yakni cara kerja atas teknologi yang belum pernah ada sebelumnya, yang disebut invensi. Untuk mengkaji bagaimana prinsip dasar atau hal hakiki perlindungan paten, perlu dilakukan analisis faktor ril dan faktor ideal paten. Faktor ril paten berhubungan dengan data atau informasi yang berkaitan dengan paten yang muncul dan ada di dalam masyarakat sendiri sedangkan faktor ideal paten berhubungan dengan data atau informasi yang dapat ditemukan dalam jiwa manusia dan berwujud pikiran, perasaan, dan gagasan- gagasan tentang hukum yang relevan dengan sistem pengaturan paten.

## **5. Faktor Ril dan Faktor Ideal asas Fungsi Sosial Paten.**

### **Analisis Faktor Ril**

Paten merupakan suatu bentuk hak milik atas benda. Sebagai objek hak, kepemilikan pada paten baru eksist ketika permohonan dikabulkan oleh negara. Hak milik tersebut bersifat eksklusif selama jangka waktu tertentu dan setelah masa perlindungan berakhir, objek berada dalam domain publik. Sehubungan dengan karakteristik khas tersebut, asas fungsi sosial pada paten perlu dianalisis pada ketika fase tersebut, yakni ketika invensi hendak dimintakan perlindungan hukum berdasarkan sistem hukum paten, selama masa perlindungan paten dan pada saat invensi sudah menjadi domain publik.

Pada tahap hak belum diberikan kepada pemohon paten, yakni pada tahap pengajuan permohonan paten, aspek kepentingan masyarakat yang perlu diperhatikan, adalah: apakah pemberian penguasaan oleh individu terhadap temuan tersebut akan bertentangan dengan kepentingan masyarakat atau tidak. Oleh karena itu substansi aturan yang dianggap pantas sebelum paten diberikan, adalah agar objek yang dapat diberi perlindungan paten bukan objek yang bertentangan dengan kepentingan masyarakat, yakni tidak novel atau substansi paten bertentangan dengan moralitas bangsa.

Pada masa perlindungan paten, pemegang paten memperoleh hak eksklusif, berupa hak untuk mengizinkan atau melarang orang lain melakukan eksploitasi atas objek paten yang merupakan haknya. Di sisi lain perlu dikaji agar pelaksanaan hak tidak mengakibatkan kepentingan masyarakat menjadi terlanggar. Hak eksklusif pemegang paten melingkupi hal luas dan potensial monopoli. Oleh karena itu aspek kepentingan masyarakat pada masa perlindungan paten berupa pencegahan atas kesewenangan pemegang paten dalam melaksanakan hak nya.

Aspek kepentingan masyarakat setelah perlindungan paten berakhir berkenaan dengan informasi paten penyebaran informasi. Informasi yang diungkapkan oleh pemegang paten harus cukup jelas, sehingga informasi berguna bagi masyarakat yang mau menerapkan/mempraktikkan teknologi yang semula dilindungi paten tersebut. Di samping itu informasi disebarakan dengan cara yang dapat diakses dengan mudah oleh masyarakat.

### **Analisis Faktor Ideal**

Faktor Ideal berhubungan dengan hal yang dianggap luhur dan baik oleh jiwa manusia. Acuan dalam menilai faktor ideal fungsi sosial paten adalah Pancasila, UUD serta teori keadilan menurut John Rawls. Nilai kemanusiaan yang adil dan beradab serta keadilan sosial bagi seluruh rakyat Indonesia menjiwai asas fungsi sosial paten, meski perlu disadari bahwa kedua nilai ini tidak terlepas dan saling terkait dengan nilai-nilai yang terdapat pada sila-sila Pancasila lainnya. Nilai pada UUD yang terutama menjiwai asas fungsi sosial paten adalah tata nilai yang berhubungan dengan hak asasi manusia pada hak milik, dan yang dikaitkan dengan kewenangan negara dalam mengatur ekonomi atau kekayaan negara Indonesia. Hal ini terdapat dalam Pasal 28H, mengenai pengakuan atas hak milik dan Pasal 33 mengenai prinsip kekeluargaan dan peran penting negara dalam mewujudkan kesejahteraan sosial. Substansi Pasal 33 UUD dapat dilihat sebagai penyeimbang dari pasal 28H yang memberikan hak asasi atas hak milik kepada individu.

Teori Keadilan yang dikembangkan oleh John Rawls diungkapkan dalam 2 prinsip utama, yaitu:<sup>509</sup>

*“First: each person is to have an equal right to the most extensive total system of equal basic liberties compatible with a similar system of liberty for others.*

*Second: social and economic inequalities are to be arranged so that they are both:(a) reasonably expected to be to everyone’s advantage, and (b) attached to positions and offices open to all.”*

*Prinsip pertama disebut the liberty principle, sedangkan prinsip kedua disebut the difference principle.*

Kebebasan dasar (*basic liberties*) yang disebutkan pada prinsip pertama, antara lain kebebasan dalam memiliki barang. Sementara itu prinsip kedua

terutama mengenai distribusi pendapatan dan kekayaan dan pada desain dari organisasi yang membuat penggunaan yang berbeda dalam kewenangan dan tanggung jawab.<sup>510</sup> Penerapan prinsip keadilan dapat dibuat aturan/kebijakan yang menguntungkan kelompok yang kurang beruntung.<sup>511</sup>

Nilai keadilan pada teori ini dapat menjadi patokan bagi asas fungsi sosial paten. Meskipun untuk mendapatkan paten terbuka kesempatan yang sama, namun perlu diperhatikan bahwa kesempatan dalam memiliki barang berhubungan dengan kewenangan/kekuasaan dalam memiliki, harus diperhatikan ada distribusi hak dan kewajiban.

Tata nilai Pancasila merupakan panduan etis bahwa perlindungan hukum kepada pemegang paten tidak bisa dilepaskan dari kewajiban untuk memperhatikan kepentingan masyarakat, sehingga ciri atau substansi hak pada paten adalah keseimbangan antara pengakuan dan penghormatan atas hak individu dengan hak masyarakat. Keseimbangan tersebut untuk mewujudkan keadilan di dalam hidup bermasyarakat. Lebih lanjut, tata nilai UUD relevan untuk melandasi asas fungsi sosial pada paten terutama adalah tata nilai yang berhubungan dengan hak asasi manusia pada bidang kepemilikan, yang dikaitkan dengan kewenangan negara dalam mengatur ekonomi atau kekayaan negara Indonesia.

Nilai keadilan John Rawls relevan bagi patokan nilai dalam pemberian kesempatan yang sama untuk memperoleh hak milik, dan dalam distribusi hak dan kewajiban pemegang paten (dalam hal ini perusahaan trans-nasional) agar lebih memperhatikan masyarakat yang kurang beruntung (dalam hal ini: masyarakat terisih yang mayoritas berdiam di negara-negara berkembang dan di negara-negara yang belum berkembang).

Dengan memadukan faktor-faktor ideal serta faktor-faktor riil hakikat/asas kepemilikan pada paten adalah:

1. Pengakuan dan perlindungan kepada individu yang memperhatikan kepentingan dan hak-hak masyarakat.
2. Sifat memperhatikan pihak yang lemah yang karena kondisinya perlu perhatian khusus supaya yang bersangkutan tetap dapat menjalankan hidup dengan standar normal.
3. Menjamin terwujudnya keadilan sosial melalui penerapan dan pemanfaatan asas fungsi sosial pada paten yang mengacu pada tujuan perlindungan bagi masyarakat Indonesia dan negara Indonesia secara keseluruhan.
4. Sifat fungsi sosial pada paten perlu diperhatikan sebelum, selama dan setelah perlindungan paten

#### **6. Asas Fungsi Sosial Paten sebagai kaidah penilai dalam penerapan paten.**

Asas Fungsi Sosial Paten, dapat digunakan untuk mempertanyakan apakah isi UUP memperhatikan aspek kepentingan masyarakat sebelum, selama dan

setelah perlindungan paten. Berikut adalah kajian terhadap beberapa contoh pasal yang memiliki persoalan terhadap kepentingan masyarakat /fungsi sosial.

Berdasarkan Pasal 55 juncto Pasal 51 UUP, pemeriksa paten memiliki peran penting dalam menentukan apakah suatu objek dapat dilindungi paten atau tidak. Dalam praktek batas apakah suatu objek tertentu merupakan discovery atau invensi, serta batas apakah sesuatu objek memenuhi syarat kualitas untuk dapat dipatenkan (*inventive step*) terkadang tidak jelas.<sup>512</sup> Begitu pula objektivitas dalam menentukan apakah invensi tertentu bertentangan dengan kepentingan publik atau tidak. Penentuan apakah objek yang hendak dipatenkan termasuk kategori invensi yang dikecualikan atau tidak dikecualikan, merupakan bagian dari kebijakan umum (*public policy*) tidak hanya masalah teknis yang memiliki relevansi dengan ilmu pengetahuan yang berada dibalik invensi saja.<sup>513</sup>

Isi Pasal 99 mengenai pelaksanaan paten oleh pemerintah merupakan pasal yang memperlihatkan perhatian kepada kepentingan masyarakat. Hal yang mendasari pemerintah menentukan apakah suatu paten dilaksanakan oleh pemerintah ataukah tidak, tergantung oleh kebijakan pemerintah. Pemerintah perlu bijaksana menentukan paten seperti apa yang sangat penting bagi masyarakat Indonesia sehingga pelaksanaannya dilakukan sendiri oleh pemerintah, dan mana yang dibiarkan menjadi kewenangan eksklusif pemegang paten. Bila pemerintah menyerahkan pelaksanaan paten semata mata pada hukum pasar, kepentingan masyarakat dapat terabaikan.

Setelah perlindungan paten berakhir, cara kerja objek yang dilindungi paten tidak dikuasai oleh individu, tetapi bebas digunakan oleh masyarakat. Agar masyarakat dapat memproduksi (eks) paten tersebut, masyarakat membutuhkan dokumen paten yang berisi uraian cara kerja (eks) paten tersebut, oleh karena itu deskripsi yang ada pada dokumen paten dan yang termuat pada Berita Paten harus jelas dan memenuhi syarat "*industrial applicable*", yakni dengan mengikuti deskripsi yang terdapat pada dokumen paten, orang dapat mengaplikasikan cara kerja objek tersebut sesuai tujuan pematenan objek tersebut. Untuk itu perlu ada kewajiban bagi (semula) pemohon untuk menguraikan objek paten dan tidak menyembunyikan informasi mengenai cara kerja dari objek paten tersebut.<sup>514</sup>

Di samping beberapa potensi masalah pada pasal-pasal tersebut di atas, sistem hukum paten yang berlaku sekarang ini, antara lain menerapkan prinsip national treatment. Berdasarkan prinsip ini tidak boleh ada perlakuan berbeda terhadap siapapun pemohon/pemegang paten. Persoalan yang mungkin terjadi adalah ketidak-adilan terhadap pemohon/pemegang paten yang berasal dari perusahaan kecil atau individu tidak bermodal besar yang umumnya adalah pemohon/pemegang paten domestik. Pada UUP diatur bahwa pembatalan paten hanya terjadi kalau pemegang paten tidak melakukan pembayaran atas biaya pemeliharaan paten. Ketentuan ini memperlihatkan

keberpihakan kepada pemegang paten dengan kapitalisasi besar seperti Perusahaan-perusahaan Transnasional. Dengan keuangan yang amat besar kemampuan untuk membayar biaya pemeliharaan paten pasti terjangkau.

Berdasarkan prinsip national treatment, peraturan yang sama diterapkan secara sama pula kepada perusahaan-perusahaan domestik dengan modal kecil, yang invensinya hanya didaftarkan di Indonesia dan produknya hanya dipasarkan di Indonesia saja. Perlakuan yang sama justru menjadi tidak adil bagi perusahaan kecil, oleh karena mereka perlu membayar nominal yang sama untuk hasil penjualan yang sama meskipun perusahaan kecil tersebut melakukan hal yang lebih besar, karena perusahaan tersebut harus memproduksi objek patennya di Indonesia.

## 7. Pemanfaatan Asas Fungsi Sosial Pada Paten

Menurut teori Hukum Pembangunan, pembaruan hukum diwujudkan dalam bentuk undang-undang, karena undang-undang menjamin adanya kepastian hukum seperti diungkapkan oleh Mochtar Kusumaatmadja, berikut:<sup>515</sup>

“Pedoman yang dapat digunakan dalam membangun hukum nasional adalah mengusahakan kesatuan apabila mungkin, membolehkan keanekaragaman bila keadaan menghendaknya, tetapi bagaimanapun juga mengutamakan kepastian, (*Unity whenever possible, diversity where desirable, but above all certainty*).”

Satjipto Rahardjo menggunakan penekanan yang berbeda dari Mochtar Kusumaatmadja. Menurut Satjipto Rahardjo, dalam gagasannya mengenai Hukum Progresif, hukum harus memperhatikan aspek manusia serta nilai nilai kemanusiaan. Disebutkan oleh Satjipto Rahardjo:<sup>516</sup>

“Ide (penegakan) hukum progresif adalah untuk membebaskan manusia dari belenggu hukum. Hukum berfungsi memberi panduan dan tidak membelenggu. Manusia-manusialah yang berperan lebih penting.”

Gagasan Hukum Progresif berkembang sebagai reaksi atas praktik kenegaraan yang sangat memperhatikan aspek kepastian hukum demi kelancaran pembangunan.

Pemikiran Mochtar Kusumaatmadja dan Satjipto Rahardjo berpengaruh secara sinergis bagi penerapan asas fungsi sosial paten dalam peraturan dan penafsiran perundang-undangan, dan kebijakan-kebijakan pemerintah nasional maupun internasional. Penggunaan nilai-nilai ideal yang terdapat pada kedua pemikiran tersebut secara bersama berguna dalam memberikan pandangan ke depan agar berani membuat dan menerima asas dan peraturan peraturan hukum yang baru yang belum pernah ada di Indonesia, namun sekaligus pula selalu berpaling kepada masyarakat Indonesia, sebab bagaimana pun juga hukum di Indonesia terutama ditujukan bagi keadilan sosial bagi seluruh

masyarakat Indonesia, dengan tidak melupakan kedudukan bangsa Indonesia di tengah-tengah masyarakat Internasional, baik negara berkembang, belum berkembang maupun negara-negara yang sudah maju.

Sesuai dengan ajaran Mochtar Kusumaatmadja yang mengajak para ahli hukum untuk bersifat progresif terhadap asas dan konsep yang bersifat universal meski berasal dari sumber asing, maka UUP harus dianggap sebagai agen pembaru dalam sistem hukum paten di Indonesia. Sehubungan dengan itu undang-undang ini (ataupun revisi undang-undang tersebut) merupakan hukum positif yang perlu diakui keberadaannya tidak saja secara formal namun juga secara material. Adanya kritik terhadap pasal-pasal pada UUP tidak dimaksudkan untuk mengganti atau tidak menyetujui sistem hukum paten di Indonesia, namun isi undang-undang yang berpotensi bermasalah terhadap kepentingan umum harus dijadikan "cambuk" bagi pencari keadilan untuk menerapkan pasal-pasal pada UUP dengan adil, seperti pokok ajaran pada gagasan Hukum Progresif.

Pada masa sebelum perlindungan paten, asas ini memberi panduan sehingga membantu dalam memberikan keputusan apakah suatu objek dapat diberi paten atau jika sudah diberi paten apakah hak eksklusif dapat dibatalkan. Meskipun hasil kerja individu perlu dihargai atau diindahkan, jangan sampai pertimbangan untuk memberi perlindungan hukum terhadap karya manusia tersebut mengganggu ketenteraman masyarakat atau berbahaya bagi masyarakat luas.

Pada masa perlindungan paten, implementasi/penerapan asas fungsi sosial paten bermanfaat dalam mengeliminasi masalah-masalah yang berkenaan dengan kepentingan masyarakat yang potensial muncul pada masa perlindungan paten. Asas ini dapat memberi panduan atas persoalan-persoalan yang berkaitan dengan kepentingan masyarakat yang terjadi selama masa perlindungan paten, misalnya persoalan mengenai perlu tidaknya pemegang paten melaksanakan patennya di Indonesia, produk-produk seperti apakah yang perlu dilaksanakan di Indonesia dan produk seperti apakah yang tidak perlu dilaksanakan di Indonesia, dalam kondisi seperti apa lisensi wajib perlu atau tidak perlu dilaksanakan, dan perjanjian lisensi seperti apakah yang dianggap merugikan masyarakat Indonesia. Nilai-nilai tersebut memberi patokan bahwa hak pemegang paten juga dibarengi dengan kewajiban yang jelas, karena pemberian hak tanpa dibarengi kewajiban, bisa mengakibatkan efek yang merugikan masyarakat luas.

Setelah masa perlindungan paten berakhir, informasi berupa deskripsi mengenai cara kerja paten yang diungkapkan oleh pemohon paten, dapat berguna bagi masyarakat. Standar pengungkapannya adalah agar informasi tersebut dapat diimplementasikan oleh orang yang cukup ahli di bidangnya (*skilled in the art*). Implementasi dari penggunaan asas fungsi sosial paten pada penerapan UUP dapat dilakukan antara lain ketika Direktorat Jenderal HKI

membuat kebijakan berupa keputusan pemberian paten kepada pemohon paten (mengeluarkan sertifikat paten), pembuatan berbagai peraturan pelaksanaan untuk memberi kejelasan atas UU Paten 2001.

Pemanfaatan Asas Fungsi Sosial Paten juga berguna bagi pengembangan hukum paten. Perlu diperhatikan agar isi peraturan baru tersebut bersifat progresif pada asas-asas hukum, peraturan dan kebiasaan yang berlaku secara internasional, serta menghindari pandangan nasionalisme yang bersifat sempit. Sekalipun demikian perlu selalu ada kesadaran dan pertimbangan yang matang bahwa isi peraturan perundang-undangan perlu memberi porsi perhatian ke pada masyarakat Indonesia. Dengan demikian diharapkan dapat dibuat peraturan paten yang sejalan dengan perkembangan masyarakat internasional namun tetap memperhatikan kepentingan masyarakat Indonesia.

#### **8. Penutup: Kesimpulan dan Rekomendasi**

- a. Esensi paten adalah kepemilikan yang tidak bersifat mutlak karena dibatasi oleh aspek kepentingan masyarakat. Esensi seperti ini kemudian diformulasikan sebagai asas fungsi sosial paten atau asas kepentingan masyarakat pada paten. Oleh karena sifat objek dan sifat kepemilikan paten tidak sama dengan kepemilikan pada umumnya, maka substansi fungsi sosial paten juga memiliki karakteristik yang khas, yakni sifat fungsi sosial pada tahap permohonan paten, tahap pelaksanaan paten dan pada tahap ketika paten telah berakhir.
- b. Dengan berpatokan pada substansi asas fungsi sosial diketahui sejumlah pasal dan prinsip pada UUP memiliki potensi masalah terhadap aspek kepentingan masyarakat. Hal ini tidak berarti bahwa prinsip tersebut pada masa sekarang perlu ditinggalkan, namun tetap perlu ada kehati-hatian supaya tidak diterapkan secara mutlak, karena dapat menimbulkan ketidak-adilan.
- c. Pemanfaatan asas fungsi sosial paten di dalam penerapan pasal-pasal UUP, menempatkan asas hukum sebagai pedoman, supaya penerapan pasal-pasal tersebut lebih adil, yakni mencegah penguasaan individu atas objek yang semestinya dalam kontrol/penguasaan masyarakat, mencegah agar pelaksanaan paten tidak melanggar hak masyarakat, dan mencegah informasi paten diungkapkan dengan kurang jelas yang mengakibatkan cara kerja tersebut tidak dapat dilaksanakan oleh orang yang ahli di bidangnya.

Tujuan pemanfaatan asas fungsi sosial paten bagi pengembangan hukum paten Indonesia agar pengembangan hukum paten bersifat "modern" sehingga sesuai dengan peraturan dan kebiasaan yang berlaku secara internasional, dan sekaligus adil bagi seluruh masyarakat. Lebih lanjut asas ini bermanfaat untuk mendorong perlindungan paten yang tidak hanya berguna bagi kemajuan dunia perdagangan, namun juga memperhatikan kepentingan masyarakat, sehingga dunia usaha berjalan lebih adil.

**Saran**

- a. Disarankan agar pemerintah, hakim dan para pencari keadilan dapat memperhatikan dan menggunakan asas fungsi sosial paten sebagai acuan dalam penerapan dan pengembangan UUP, sehingga penerapan dan pengembangan hukum yang dihasilkan adil baik bagi pemegang paten maupun bagi masyarakat pada umumnya. Setidaknya disarankan agar pemerintah, hakim dan pencari keadilan senantiasa berpikir secara mendalam hingga hakikat atau asas hukum dari sistem hukum paten/HKI ketika menerapkan UUP atau membuat kebijakan baru bagi pengembangan hukum paten di Indonesia, dan tidak hanya bersikap legistik atau sekedar menggunakan TRIPs sebagai pedoman tunggal.
- b. Disarankan agar para akademisi, legislator dan pelaksana peraturan memiliki pandangan kritis mengenai dampak implementasi TRIPs bagi kepentingan masyarakat Indonesia. Disarankan pula agar Indonesia aktif menggalang persatuan dengan sesama negara berkembang untuk kritis terhadap dampak dari TRIPs sehingga dapat bersama-sama melakukan revisi dan amandemen terhadap isi peraturan dan prinsip-prinsip dasar yang bermasalah bagi kepentingan masyarakat dan keadilan.
- c. Sistem hukum HKI tidak lahir dari budaya bangsa Indonesia, tetapi di sisi lain dengan kemajuan perdagangan dan teknologi, kehadiran sistem hukum ini semakin diperlukan. Untuk membentuk sistem hukum HKI dan peraturan bidang HKI yang sesuai dan adil bagi bangsa Indonesia disarankan supaya dilakukan banyak penelitian dan pengkajian kritis dan mendalam pada bidang paten/HKI. Pengkajian yang kritis dan mendalam antara lain dapat memperlihatkan akar persoalan, akar ketidak-adilan, tata nilai yang perlu ada pada sistem hukum HKI, hingga model peraturan yang diharapkan.
- d. Sistem hukum paten/HKI berasal dari pengalaman dan kesadaran hukum bangsa Eropa. Prinsip-prinsip yang melandasi sistem hukum paten/HKI hingga kesadaran hukum bangsa Indonesia mengenai perlunya perlindungan hukum kepada individu dan aspek kepentingan masyarakat dalam membatasi hak individu belum terinternalisasi, padahal bidang hukum ini tidak mungkin dihindari pada masa globalisasi sekarang ini. Oleh karena itu disarankan supaya pengenalan mengenai sistem hukum dan peraturan paten/HKI terus dilakukan oleh pemerintah. Sekalipun demikian, hendaknya introduksi tidak sekedar pengenalan ("sosialisasi") atas isi peraturan perundang-undangan saja. Disarankan agar bentuk introduksi tersebut lebih dominan pada justifikasi dan urgensi keberadaan peraturan ini, oleh karena hal tersebut lebih membangun penalaran dan kesadaran mengenai urgensi keberadaan sistem hukum HKI di Indonesia.

# REFORMASI HUKUM HAK KEKAYAAN INTELEKTUAL TERHADAP PERKEMBANGAN PEMANFAATAN PROGRAM KOMPUTER DI INDONESIA

1. Dr. Lindawaty S Sewu, S.H., M.Hum

2. Christian Andersen, S.H., M.Kn

*Fakultas Hukum, Universitas Kristen Maranatha, Bandung*

## ABSTRAK

Hak atas Kekayaan Intelektual terhadap suatu perangkat lunak atau program komputer (*software*) hingga saat ini banyak pihak tidak setuju terhadap paten perangkat lunak karena sangat merugikan industri perangkat lunak. Di Indonesia, perangkat lunak termasuk ke dalam kategori Hak Cipta (*Copyright*). Beberapa negara, mengizinkan pematenan perangkat lunak. Pada industri perangkat lunak, sangat umum perusahaan besar memiliki portfolio paten yang berjumlah ratusan, bahkan ribuan. Sebagian besar perusahaan-perusahaan ini memiliki perjanjian *cross-licensing*. Akibatnya hukum paten pada industri perangkat lunak sangat merugikan perusahaan-perusahaan kecil yang cenderung tidak memiliki paten. Tetapi ada juga perusahaan kecil yang menyalahgunakan hal ini. Pada dasarnya sebuah paten hanya berlaku di sebuah negara. Tidak seperti hak cipta, paten harus didaftarkan terlebih dahulu sebelum berlaku, oleh karenanya jika sebuah perusahaan ingin patennya berlaku di negara lain, maka perusahaan tersebut harus mendaftarkan patennya di negara lain tersebut, hal tersebut dapat dilakukan melalui Keputusan Presiden Nomor 16 Tahun 1997 tentang Pakta Kerjasama Paten (*Patent Cooperation Treaty*).

PCT telah membuka peluang adanya perlindungan paten terhadap program komputer bagi inventor, namun di Indonesia yang justru sebagai pengguna atau penerima manfaat dari invensi yang dilindungi melalui hak cipta perangkat lunak berdampak sulitnya masyarakat untuk memanfaatkan perangkat lunak sehingga timbul keterbelakangan teknologi khususnya dalam perangkat lunak di Indonesia, dikarenakan sifat perlindungan hak cipta berbeda dengan paten yang hanya melindungi invensi yang bersifat teritorial suatu Negara.

Kata kunci : Traktat Kerjasama Paten, PCT, Hak Cipta, Hak Paten, Invensi, Inventor

## A. Pendahuluan

John Locke menyatakan tentang asal usul hak kekayaan intelektual seperti pada kutipan berikut :

*“God has given the world to people in common; Every person has a property in his own person; The rights of property is conditional upon a person leaving in the commons enough and as a good for the other commoners; A person cannot take more out of the commons than they can use to advantage”.*

Indonesia saat ini sedang gencar melakukan pembangunan di berbagai sektor. Pembangunan berbagai sektor dilakukan demi kemajuan negara Indonesia. Pembangunan yang dilakukan harus menyeluruh dan menyentuh segenap aspek kehidupan masyarakat, dalam arti tidak hanya menitik beratkan pada satu bidang tertentu saja.

Landasan hukum pembangunan yang dilakukan di Indonesia lebih lanjut termuat dalam Undang-Undang Republik Indonesia Nomor: 17 Tahun 2007 tentang Rencana Pembangunan Jangka Panjang Nasional Tahun 2005 - 2025 butir mengenai reformasi Hukum dan Birokrasi menyatakan bahwa: *“pembangunan hukum diarahkan untuk mendukung terwujudnya pertumbuhan ekonomi yang berkelanjutan, mengatur permasalahan yang berkaitan dengan ekonomi, terutama dunia usaha dan dunia industri serta menciptakan kepastian investasi, terutama penegakan dan perlindungan hukum”.*

Salah satu aspek pembangunan yang harus diperhatikan adalah aspek hak kekayaan intelektual khususnya bidang paten. Namun pembangunan yang dilakukan harus dibina dan dikembangkan dengan memperhatikan keseimbangan dan ketertiban. Oleh karena itu, hukum perlu dibangun dan dibina dengan baik sehingga dapat memberikan sumbangan positif bagi kemajuan bangsa Indonesia. Selanjutnya, sebagai bagian dari komunitas dunia internasional maka dalam membangun tatanan hak kekayaan intelektual perlu memperhatikan pula aspek internasional.

Aspek hak kekayaan intelektual pun tidak terlepas dari pengaruh liberalisasi ekonomi. Oleh karena itu bangsa Indonesia harus memperhatikan dengan cermat pembangunan sistem hukum di bidang hak kekayaan intelektual khususnya paten.

Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia melalui Badan Pembinaan Hukum Nasional memetakan satu *Grand Design* Pembangunan Sistem dan Politik Hukum Nasional<sup>517</sup>. *Grand Design* Pembangunan Sistem dan Politik Hukum Nasional maksudnya adalah sebuah konsep komprehensif yang menjadi tujuan bersama dari seluruh stake holders eksekutif, dan yudisial, serta masyarakat pada umumnya.

Substansi dari *Grand Design* Pembangunan Sistem dan Politik Hukum nasional mencakup desain struktur pembangunan hukum secara utuh, pola hubungan antara seluruh stake holders (berdasar peran bersama antara seluruh pelaku dan bentuk koordinasinya, orientasi produk hukum ideal (bukan sekadar pedoman dan standar perilaku, pola pelaksanaan aturan hukum).

Persoalan mendasar yang terkait dengan *Grand Design* Pembangunan Sistem dan Politik Hukum Nasional adalah bagaimana membuat struktur

1 sistem keragaman sub-sistem, keragaman substansi, pengembangan bidang-bidang hukum yang dibutuhkan masyarakat, juga kondusif bagi terciptanya kesadaran hak-hak dan kewajiban-kewajiban sesuai dengan aturan yang berlaku.

Langkah yang akan dilaksanakan guna 1 *Grand Design* Pembangunan Sistem dan Politik Hukum Nasional yakni dengan 1 memberikan perhatian utama dalam penanganannya, baik dari aspek hukum, aparatatur hukum, sarana dan prasarana hukum maupun penetapan prioritas tentang unsur-unsur yang harus didahulukan di dalam upaya pembangunan hukum yang sifatnya menyeluruh (holistik).

Suatu sistem hukum terbentuk dari berbagai unsur pembentuknya, antara lain substansi hukum, struktur hukum, dan budaya hukum. Permasalahan substansi hukum apabila diuraikan lebih lanjut dapat berupa:

- a. Tumpang tindih dan inkonsistensi peraturan perundang-undangan.  
Peraturan perundang-undangan tumpang tindih, inkonsisten dan bertentangan antara peraturan yang sederajat satu dengan yang lainnya, dan antara peraturan yang lebih rendah dengan peraturan di atasnya.
- b. Perumusan peraturan perundang-undangan yang kurang jelas.  
Hal ini mengakibatkan sulitnya memahami peraturan perundang-undangan serta menimbulkan banyak intepretasi yang mengakibatkan terjadinya inkonsistensi.
- c. Implementasi undang-undang terhambat oleh peraturan pelaksanaannya.
- d. Tidak adanya perjanjian ekstradisi dan mutual legal assistance (MLA) atau bantuan hukum dari negara yang berpotensi sebagai tempat pelarian khususnya pelaku tindak pidana korupsi, dan kejahatan lainnya.

Sama halnya dengan Hak atas Kekayaan Intelektual terhadap suatu perangkat lunak atau program komputer (*software*) yang hingga saat ini banyak pihak tidak setuju terhadap paten perangkat lunak karena sangat merugikan industri perangkat lunak. Di Indonesia, perangkat lunak termasuk ke dalam kategori Hak Cipta (*Copyright*). Beberapa negara, mengizinkan pematenan perangkat lunak. Pada industri perangkat lunak, sangat umum perusahaan besar memiliki portfolio paten yang berjumlah ratusan, bahkan ribuan. Sebagian besar perusahaan-perusahaan ini memiliki perjanjian *cross-licensing*. Akibatnya hukum paten pada industri perangkat lunak sangat merugikan perusahaan-perusahaan kecil yang cenderung tidak memiliki paten. Tetapi ada juga perusahaan kecil yang menyalahgunakan hal ini. Pada dasarnya sebuah paten hanya berlaku di sebuah negara. Tidak seperti hak cipta, paten harus didaftarkan terlebih dahulu sebelum berlaku, oleh karenanya jika sebuah perusahaan ingin patennya berlaku di negara lain, maka perusahaan tersebut harus mendaftarkan 1 patennya di negara lain tersebut, hal tersebut dapat dilakukan melalui Keputusan Presiden Nomor 16 Tahun 1997 tentang Pakta Kerjasama Paten (*Patent Cooperation Treaty*). Pemikiran

untuk mereformasi hukum HKI terkait perangkat lunak menjadi paten bukan bertujuan untuk keluar dari WIPO, namun bertujuan secara strategi ekonomi untuk menghindarkan payung hukum yang kontekstual di masyarakat. Hal serupa walaupun jauh berbeda ketika kita membahas delik biasa dalam tindakan pelanggaran hak cipta yang seharusnya menjadi delik aduan.

### **B. Perlindungan Hak Cipta dan Paten Saat Ini di Indonesia**

Pemberlakuan Undang-undang No. 19/2002 tentang Hak Cipta (untuk selanjutnya disingkat menjadi UUHC) merupakan hal yang wajar karena Indonesia ikut dalam *World Trade Organization* (WTO). Ketentuan tersebut bertujuan baik untuk masyarakat Indonesia karena berfungsi melindungi hak cipta atas kekayaan intelektual. Adanya UUHC juga akan memberi keuntungan bagi pencipta dan pewarisnya, karena berlaku seumur hidup si pencipta plus 50 tahun kemudian.

Indonesia telah memiliki beberapa undang-undang di bidang HKI, yaitu tentang paten, merek, hak cipta, desain industri, rahasia dagang dan desain tata letak sirkuit terpadu. Perangkat lunak di Indonesia termasuk ke dalam hak cipta, Harus diakui bahwa Negara Indonesia hingga saat ini bukan lah negara inventor, melainkan pengguna. Perlindungan hak cipta yang memiliki karakteristik yang melindungi karya seni dan sebagainya serta jangka waktu perlindungan yang cukup lama melebihi paten, sangatlah tidak cocok diterapkan di Indonesia. Perlindungan terhadap perangkat lunak di negara-negara tertentu menggunakan paten

Pada dasarnya hak cipta adalah sejenis kepemilikan pribadi atas suatu ciptaan yang berupa perwujudan dari suatu ide pencipta di bidang seni, sastra dan ilmu pengetahuan<sup>518</sup>. Seorang pemegang hak cipta itu sendiri memiliki suatu kekayaan intelektual yang bersifat pribadi dan memberikan kepadanya sebagai pencipta untuk mengeksploitasi hak-hak ekonomi dari suatu ciptaan<sup>519</sup>. Hak cipta berlaku pada berbagai jenis karya seni atau karya cipta atau ciptaan, Ciptaan tersebut dapat mencakup puisi, drama, serta karya tulis lainnya, film, karya-karya koreografis (tari, balet, dan sebagainya), komposisi musik, rekaman suara, lukisan, gambar, patung, foto, perangkat lunak komputer, siaran radio, televisi dan desain industri.

Prinsip-prinsip yang terdapat dalam sistem HKI untuk menyeimbangkan kepentingan individu dengan kepentingan masyarakat adalah sebagai berikut:<sup>520</sup>

#### 1. Prinsip Keadilan (*The Principle of Natural Justice*)

Berdasarkan prinsip ini, hukum memberikan perlindungan kepada pencipta berupa suatu kekuasaan untuk bertindak dalam rangka kepentingan yang disebut hak. Pencipta yang menghasilkan suatu karya berdasarkan kemampuan intelektualnya wajar jika diakui hasil karyanya. Prinsip Ekonomi (*The Economic Argument*)

2. Berdasarkan prinsip ini HKI memiliki manfaat dan nilai ekonomi serta berguna bagi kehidupan manusia. Nilai ekonomi pada HKI merupakan suatu bentuk kekayaan bagi pemiliknya, pencipta mendapatkan keuntungan dari kepemilikan terhadap karyanya seperti dalam bentuk pembayaran royalti terhadap pemutaran musik dan lagu hasil ciptaannya.

3. Prinsip Kebudayaan (*The Cultural Argument*)

Berdasarkan prinsip ini, penghargaan atas kreasi karya sastra dari hasil ciptaan manusia diharapkan mampu membangkitkan semangat dan minat untuk mendorong melahirkan ciptaan baru. Hal ini disebabkan karena pertumbuhan dan perkembangan ilmu pengetahuan, seni dan sastra sangat berguna bagi peningkatan taraf kehidupan, peradaban dan martabat manusia. Selain itu, HKI juga akan memberikan keuntungan baik bagi masyarakat, bangsa maupun negara.

4. Prinsip Sosial (*The Social Argument*)

Berdasarkan prinsip ini, sistem HKI memberikan perlindungan kepada pencipta tidak hanya untuk memenuhi kepentingan individu, persekutuan atau kesatuan itu saja melainkan berdasarkan keseimbangan individu dan masyarakat. Bentuk keseimbangan ini dapat dilihat pada ketentuan fungsi sosial dan lisensi wajib dalam undang-undang hak cipta Indonesia.

Konsep dasar dalam pengapresiasian dan pengembangan hasil-hasil riset tidak dapat dilepaskan dari risalah pengkonstruksian perlindungan hukum bagi kreatifitas dan produktifitas teknologi manusia. Konsep ini dapat ditelusuri dari ajaran Lockean yang menjadi landasan filosofis bagi validasi eksistensi sebuah kreatifitas yang saat ini dikenal dengan HKI. Konsepsi dasar hak kekayaan intelektual (HKI) bersumber pada proposisi yang dipostulasikan oleh John Locke<sup>521</sup>, filosof Inggris abad ke XVII. Inti gagasan proposisi tersebut menempatkan hak milik sebagai hak yang melekat (*inherent*) pada kepribadian individu<sup>522</sup>. Setiap orang memiliki hak untuk mempertahankan hidup dengan karya fisik, ide, kreativitas dan derivat-derivatnya. Jika seseorang mengkombinasikan karya manusiawinya, dengan obyek-obyek alamiah dan menambahkan sesuatu dari dirinya, maka secara otomatis hasilnya merupakan bagian dari kekayaannya<sup>523</sup>, dan tidak dapat dihilangkan dari dirinya tanpa seizinnya<sup>524</sup>. Untuk itu, semua manusia memiliki hak-hak alamiah tertentu dan untuk menikmati hak-hak tersebut tidak memerlukan izin dari pemerintah<sup>525</sup>. Proposisi ini sesungguhnya menggambarkan proses interaksi (*structural coupling*) antara manusia dan alam sebagai syarat minimal untuk hidup manusiawi. Namun demikian, seluruh derivat dari *structural coupling* itu seharusnya tidak membatasi orang lain dalam melakukan atau menikmati derivat tersebut secara wajar.

Sementara Hukum paten dapat didefinisikan sebagai serangkaian norma yang memberikan perlindungan hukum bagi kreatifitas dan produktifitas manusia yang lahir dari kemampuan intelektualnya di bidang teknologi,

mainstream hukum hak milik industri. Terminologi ini mengandung pemahaman dan ruang lingkup yang luas. Ia tidak hanya dapat diterapkan pada bidang industri dan perdagangan saja, tetapi juga bidang pertanian, extractive industries, dan produk-produk manufaktur<sup>526</sup>.

Konsep paten menempatkan hak eksklusif sebagai inti dari hak paten. Ia adalah hak monopoli terbatas atas teknologi yang digambarkan dalam dokumen paten, kepada inventor yang pertama kali dan mempublikasikan penemuan yang memberikan kontribusi bagi kemajuan teknologi dan industri. Ia menawarkan monopoli kepada pengembang atas produk atau proses yang bermanfaat. Lebih tepatnya, paten adalah hak eksklusif atau hak hukum untuk mencegah pihak ketiga dari membuat, menggunakan, atau menjual setiap penemuan yang dikonstruksi dalam klaim paten. Secara substansial, hak eksklusif diberikan oleh negara kepada inventor untuk melaksanakan penemuannya atau memberikan kewenangan kepada orang lain untuk melaksanakannya dalam period waktu tertentu. Hak eksklusif ini memuat prinsip utama paten yang memberikan perlindungan hukum bagi inventor atau pemegang paten untuk melaksanakan penemuannya dalam jangka waktu 20 tahun untuk paten standar dan 10 tahun untuk paten sederhana.

Untuk mendapatkan pemahaan konsep paten secara komprehensif, perlu dipelajari pengaturan paten dalam berbagai instrument hukum yang terkait dengan kasus yang akan dipecahkan, yaitu *Konvensi Paris*, *TRIPs*, *United States Code Title 35 (U.S.C. Title 35)* serta Undang-Undang Paten.<sup>527</sup>

World Intellectual Property Organization (WIPO)<sup>528</sup>, memberi definisi Paten sebagai berikut<sup>529</sup> :

*“A Patent is a legally enforceable right granted by virtue of a law to a person to exclude, for a limited time, others from certain acts in relation to describe new invention; the privilege is granted by a government authority as a matter of right to the person who is entitled to apply for it and who fulfills the prescribed condition”.*

Selain meratifikasi GATT 1994/WTO, Indonesia menyesuaikan peraturan perundang-undangan terkait dengan kesepakatan internasional itu. Antara lain Traktat Kerjasama Paten (Patent Cooperation Treaty untuk selanjutnya disebut sebagai PCT) Walaupun hingga saat ini software pada umumnya termasuk objek perlindungan hak cipta di Negara Indonesia, namun kenyataan yang terjadi ketika terdapat suatu objek perlindungan paten di Negara lain yang telah dinyatakan melanggar, masih beredar di Negara Indonesia.

PCT membagi perlindungan paten sebagai berikut :

- (1) “paten nasional” adalah paten yang diberikan oleh suatu Badan Nasional;
- (2) “paten regional” adalah paten yang diberikan oleh suatu Badan Nasional atau Badan Antar pemerintah yang mempunyai kekuasaan

(3) untuk memberikan paten yang berlaku pada lebih dari satu negara;

“Paten regional” merupakan hal yang baru dan berbeda dengan perlindungan paten yang bersifat nasional pada mulanya. Sehingga dimungkinkan suatu inovasi dilindungi tidak sebatas satu negara melainkan beberapa negara.

Penunjukan Negara-negara Peserta di mana perlindungan atas penemuan diinginkan dengan dasar permintaan paten internasional itu dapat dilaksanakan jika untuk Negara Ditunjuk sebuah paten regional bisa didapatkan dan pemohon berkeinginan untuk mendapatkan sebuah paten regional daripada paten nasional, maka hal ini harus dinyatakan dalam permohonan, dan jika berdasarkan sebuah Traktat tentang paten regional, pemohon tidak bisa membatasi permintaan patennya pada Negara-negara Peserta tertentu saja dari Traktat tersebut, maka penunjukan salah satu negara-negara tersebut dan petunjuk tentang keinginan untuk mendapatkan paten regional dianggap sebagai penunjukan seluruh negara Peserta dari Traktat tersebut jika, berdasarkan hukum nasional dari Negara Ditunjuk, penunjukan negara tersebut mempunyai pengaruh sebagai permintaan untuk sebuah paten regional maka penunjukan negara tersebut dianggap sebagai petunjuk atas keinginan untuk mendapatkan paten regional.

Ketentuan-ketentuan sub (I) tidak mempengaruhi penerapan ketentuan-ketentuan Pasal 7(2) dan juga tidak menghalangi hukum nasional untuk mengharuskan, setelah dimulainya proses atas permintaan paten internasional pada Kantor Ditunjuk, dilengkapinya:(i) bila pemohon merupakan sebuah badan hukum, nama seorang pegawai yang berhak mewakili badan hukum tersebut,(ii) dokumen-dokumen yang bukan merupakan bagian permintaan paten internasional namun merupakan bukti dugaan atau pernyataan-pertanyaan yang dibuat dalam permintaan paten tersebut, termasuk pengesahan permintaan paten internasional yang ditandatangani pemohon ketika permintaan paten tersebut, sebagaimana diajukan, ditandatangani oleh wakil atau kuasanya. Hal ini sesuai Pasal 109 UU Paten yang membenarkan adanya permohonan paten berdasarkan atas traktat kerjasama Paten (PCT). PCT dikelola oleh Biro Internasional WIPO, dimana dengan sekali aplikasi paten internasional melalui salah satu anggota PCT untuk mendapatkan perlindungan di beberapa bahkan seluruh negara anggota PCT yang berarti dengan aplikasi paten internasional berpengaruh pada pendaftaran reguler terhadap paten nasional di setiap negara yang dituju dengan tetap memenuhi persyaratan pendaftaran di negara setempat termasuk pembiayaannya.

Hal terbukanya kemungkinan pendaftaran paten PCT oleh masing-masing pihak bahwa memang benar berdasarkan konvensi Paris (The Paris Convention For The Protection of Industrial Property) setiap Negara harus memberikan perlindungan serta memperlakukan hak milik industri warga

negara lain seperti memperlakukan warga negaranya sendiri namun pada prinsip yang lain dalam konvensi tersebut, negara-negara anggota tidak wajib untuk memberikan paten pada warga negara lainnya.

### **C. Relevansi Perangkat Lunak Terhadap Invensi di Bidang Industri**

Sebenarnya yang dikategorikan perangkat lunak banyak yang tidak dapat langsung digunakan oleh user (pengguna), ada yang hanya sekedar formula kode khusus yang seperti rumusan atau resep untuk diaplikasikan ke dalam program komputer yang kelak akan digunakan user. Komposisi formula kode komputer tersebut untuk kelak dijadikan program komputer yang dilepas ke pasaran itulah yang sangat identik dengan paten, kaitannya hakikat paten itu sendiri sebagai dari formula tersebut seperti halnya diterapkan untuk di buat masal (industri). Tidak melupakan adanya istilah hak prioritas dalam paten di mana yang diperoleh dengan keuntungan hak prioritas di berbagai negara peserta, harus memiliki durasi yang sama dengan paten yang diperoleh tidak dengan hak prioritas akan menguntungkan negara yang kebanyakan end user seperti di Indonesia.

Terkait dengan seni memang perangkat lunak memiliki keunikan seperti bahasa namun menurut penulis bukanlah bagian dari seni, melainkan teknologi yang termasuk juga invensi yang tidak lain merupakan HKI yang termasuk industri.

# **HARMONISASI HUKUM DALAM KERANGKA PEMBANGUNAN HUKUM HAK KEKAYAAN INTELEKTUAL YANG BERBASIS PADA HAK ASASI MANUSIA**

**(Studi Mengenai Pengembangan Model Pengelolaan Hak Kekayaan  
Intelektual (HKI) Tradisional Pemerintah Daerah)**

**Lukman Hakim**

*Dosen Fakultas Hukum Universitas Widyagama Malang*

## **A. Pendahuluan.**

Dalam konteks Hak Asasi Manusia, meskipun hak masyarakat adat untuk melestarikan dan melindungi praktek-praktek tradisional, pengetahuan dan cara hidupnya diakui secara internasional, warisan budaya dari banyak masyarakat adat berada dalam kondisi terancam, dan banyak masyarakat adat tidak dapat menikmati hak-hak asasi dan kebebasan mereka.

Hak-hak masyarakat adat untuk melindungi dan menikmati warisan budayanya diakui dalam sejumlah instrumen internasional, termasuk dalam Deklarasi Universal Hak Asasi Manusia, Konvensi Internasional Hak-Hak Ekonomi, Budaya dan Sosial, dan Hak-Hak Sipil dan Politik dalam Konvensi ILO nomor 169, dan Deklarasi mengenai Hak-Hak Asasi Manusia PBB.<sup>530</sup> Namun demikian, karakter kepemilikan intelektual yang dimiliki masyarakat adat sering tidak dapat dipisahkan dari aspek spiritual, budaya, sosial dan ekonomi kehidupan adat. Selain itu, sifat kepemilikan kolektif atau kepemilikan bersama dari suatu hak milik masyarakat adat tidak diakomodasi sepenuhnya dalam hukum kepemilikan intelektual yang ada.

Namun, pendekatan pembangunan selama ini yang bersifat masif dan seragam tidak membawa dampak positif bagi masyarakat adat. Keberadaan Masyarakat Adat menjadi terancam, terutama jika berbicara hak dan akses mereka terhadap sumber daya alam. Penggusuran mereka dari sumber-sumber kehidupannya menghiasi sejarah pembangunan negeri ini. Sebagai contoh misalnya suku Amungme dan Komoro di Papua (Irian Jaya) karena adanya eksploitasi pertambangan di tanah mereka, Suku Sakai di Riau karena adanya eksploitasi perminyakan, dan Orang-orang Dayak di Kalimantan akibat eksploitasi di sektor kehutanan dan pertambangan.

Dalam bidang seni, kajian akademis telah menunjukkan bahwa selama beberapa abad kepulauan Indonesia telah menghasilkan karya-karya artistik yang luar biasa. Karya-karya ini merupakan aspek dari hubungan lokal dan hubungan yang lebih luas dalam bidang perdagangan, agama, kekerabatan dan juga politik. Bahwa "kesenian tradisional" memiliki nilai bagi orang Indonesia.

Kesenian tradisional bukan hanya merupakan suatu hiburan, wahana inspirasi dan pencerahan bagi orang Indonesia, tetapi juga memungkinkan mereka untuk menempatkan dirinya secara positif dan kreatif dalam hubungannya terhadap sesama dan dalam hubungannya terhadap agama.

Gairah kehidupan kesenian ini sebagai sumber dan juga hasil dari proses hubungan yang bersifat kompleks. Gairah berkeaktifitas ini muncul dari sebuah keragaman asli. Meninjau hal tersebut, maka logika tunggal yang melandasi rejim kepemilikan intelektual konvensional tidak dapat mengayomi hal tersebut.<sup>531</sup>

Dalam dimensi kultural, masyarakat Indonesia memiliki ciri lebih mementingkan kebersamaan dari pada dirinya sendiri. Itu sebabnya, banyak temuan tradisional dinyatakan sebagai karya orang banyak, bukan pribadi-pribadi. Tari 'kecak', atau tari 'legong', yang terlahir di Bali, misalnya, sampai saat ini tidak tercatat ada orang yang mengaku sebagai penemu atau penciptanya.<sup>532</sup> Masyarakat lebih mengenal tarian tersebut sebagai warisan turun-temurun. Perlindungan yang diberikan melalui peraturan perundang-undangan di bidang HKI yang saat ini berlaku dirasakan sangat bersifat individual, belum dapat memberikan perlindungan yang memadai terhadap kepemilikan kekayaan intelektual pengetahuan teknologi tradisional yang umumnya dimiliki oleh kelompok dalam masyarakat.

Dengan demikian penerapan sistem HKI<sup>533</sup> terhadap masyarakat tradisional untuk melindungi traditional knowledge, perlu mendapatkan penelaahan lebih jauh. Memang apabila hanya dilihat dari perspektif konflik kepentingan antara negara maju dengan negara berkembang, perlindungan HKI bagi masyarakat tradisional jarang yang terlihat ideal. Namun apabila dilihat ke tataran yang lebih internal negara, atau bahkan antara negara dengan masyarakat tradisional di wilayah itu sendiri, penerapan sistem HKI bagi *traditional knowledge* akan menemukan tantangan yang pelik dan rumit. Terutama dalam masalah klaim pemilikan antara pihak-pihak yang merasa berhak atas *traditional knowledge*, misalnya antara suku, ataupun subkultur yang beraneka ragam, antara pemerintah pusat dengan daerah, antar pemerinatah daerah itu sendiri, dan lain-lain.

Akhirnya bagaimana kerangka pemikiran yang dapat digunakan dalam memahami konsep perlindungan pengetahuan tradisional (*traditional knowledge*) dalam dimensi Hak Asasi Manusia untuk menganalisis upaya harmonisasi hukum dalam kerangka pembangunan hukum di Indonesia. Selanjutnya juga diperlukan identifikasi dimensi Hak Asasi Manusia terhadap perlindungan pengetahuan tradisional (*traditional knowledge*) dalam upaya harmonisasi hukum dalam kerangka pembangunan hukum di Indonesia. Aspek praksis dari hal tersebut di atas adalah bagaimana mekanisme yang digunakan dalam upaya harmonisasi hukum terhadap perlindungan pengetahuan tradisional (*traditional knowledge*) dalam kerangka pembangunan hukum di Indonesia.

## **B. Basis Hak Asasi Manusia Dalam Pengelolaan Hak Kekayaan Intelektual.**

Masalah Hak Asasi Manusia<sup>534</sup>, di dunia Barat yang secara tradisional menganut nilai-nilai liberal, hak-hak yang terlebih dahulu dikembangkan, dilindungi dan yang juga mendapatkan perlindungan internasional adalah hak-hak sipil dan politik dan bukan hak-hak ekonomi, sosial dan budaya. Konsep liberal ini telah dikembangkan oleh para pemikir Eropa dulunya seperti Thoma Hobbes, John Locke, Montesquieu, Jean Jacques Rousseau yang pada mulanya bertujuan untuk mempertahankan dan melindungi hak-hak individu terhadap kekuasaan raja yang absolut.<sup>535</sup>

Dengan mendasarkan pada konsep sosialis, hak-hak ekonomi, sosial dan budaya sebaliknya meminta campur tangan yang lebih jauh dari negara sebagai satu-satunya lembaga yang dapat memberikan kesejahteraan bagi seluruh rakyat. Dalam hal ini individu tidak lagi dianggap sebagai makhluk terpisah tetapi sebagai makhluk sosial yang merasa diri berhak menuntut sejumlah bantuan atau paling tidak pemerintah memberikan kemudahan-kemudahan untuk kesejahteraan sosial mereka misalnya dalam pemberian hak untuk bekerja, jaminan sosial, kesehatan ataupun pendidikan. Sepintas lalu perbedaan antara hak-hak sipil dan politik dengan hak-hak ekonomi, sosial dan budaya ini kelihatannya tidak sulit namun dalam pelaksanaannya tidak semudah apa yang diperkirakan.

Masalah yang ditimbulkan oleh perbedaan ini bukan semata soal tumpang tindih tetapi bersifat lebih mendalam. Pelaksanaan hak-hak ekonomi, sosial dan budaya adalah mutlak bagi terlaksananya dengan baik hak-hak sipil dan politik. Tidak mungkin hak-hak sipil dan politik dapat berkembang dengan baik sekiranya rakyat masih berada dalam kemiskinan, keterbelakangan dan kesengsaran. Oleh karena itu kedua kategori hak-hak tersebut tidak dapat dipisah dan tidak ada prioritas dari yang satu atas yang lain.<sup>536</sup>

Perbedaan pandangan antara hak-hak sipil dan politik di satu pihak dan hak-hak ekonomi dan sosial budaya di lain pihak telah menimbulkan salah persepsi mengenai apa yang merupakan pelanggaran HAM.<sup>537</sup> Negara-negara Barat berpandangan bahwa pelanggaran HAM hanya menyangkut pelanggaran hak sipil dan politik saja, khususnya dalam kaitan dengan hak-hak kebebasan individu. Sementara pandangan negara-negara berkembang mengenai perlunya adanya prioritas untuk pembangunan ekonomi, sosial, budaya.

Untuk itu diperlukan pendekatan yang berimbang dalam upaya pemajuan dan perlindungan HAM yang intinya semua kategori HAM adalah universal, saling tergantung dan terkait satu sama lain. Artinya memberlakukan HAM tersebut secara adil dan cara yang sama, berdasarkan persamaan derajat dan penekanan yang sama.

### C. Konsepsi Pengetahuan Tradisional Dalam Pengaturan Hak Kekayaan Intelektual

Aspek penting yang fundamental dalam pengertian pengetahuan tradisional adalah kata “tradisional” hanya digunakan untuk menggambarkan bahwa kreasi dan penggunaan tersebut adalah bagian dari tradisi budaya komunitas. Oleh karena itu, pengetahuan “tradisional” tidak berarti pengetahuan yang bersifat kuno dan statis. Pengetahuan “tradisional” diciptakan setiap hari, ia bergerak sebagai suatu respon dari seseorang atau komunitas terhadap perubahan gerak dari lingkungan sosial yang dihadapinya. Dengan demikian, pengetahuan tradisional juga merupakan pengetahuan yang kontemporer.

Dengan demikian maka pengetahuan tradisional itu terbagi dua: satu yang berkaitan dengan keanekaragaman hayati, yaitu yang menyangkut traditional know-how, traditional medicine, traditional agriculture practices, dan traditional planting materials. Satunya lagi berkaitan dengan seni seperti tarian rakyat, atau cerita rakyat.

Sedangkan indigenous knowledge dibedakan dari traditional knowledge. Istilah indigenous knowledge digunakan untuk menerangkan pengetahuan yang dimiliki dan digunakan oleh komunitas, orang atau bangsa yang memang betul-betul indigenous (asli).<sup>538</sup> J. Martinez Cobo, dengan merujuk pada definisi yang diterima oleh banyak masyarakat asli dan organisasi yang mewakili mereka. Studi itu mendefinisikan komunitas, orang dan bangsa asli sebagai :

*“Those which, having a historical continuity with ‘pre-invasion’ and pre-colonial societies that developed on their territories, consider themselves distinct from other sectors of the societies now prevailing in those countries, or part of them. They form at present non-dominant sectors of society and are determined to preserve, develop and transmit to future generations their ancestral territories, and their ethnic identities, as the basis of their continued existence as peoples, in accordance with their own cultural pattern, social institutions and legal systems”.*<sup>539</sup>

Dengan demikian, maka “indigenous knowledge” adalah pengetahuan tradisional dari ‘masyarakat asli’. Karena itu indigenous knowledge merupakan bagian kategori pengetahuan tradisional, tetapi pengetahuan tradisional tidak selalu mesti indigenous. Dengan kata lain, indigenous knowledge adalah pengetahuan tradisional, tetapi tidak semua pengetahuan tradisional adalah indigenous.

Untuk itu diperlukan penataan perlindungan dengan mempertimbangkan berbagai aspek pengetahuan tradisional dalam konteks Indonesia, sekaligus sebagai bagian dari anggota masyarakat internasional.

### D. Urgensi Harmonisasi Hukum Hak Kekayaan Intelektual.

Dalam studi harmonisasi hukum ini dilakukan dengan pendekatan sistem (*system approach*). Pendekatan sistem yang dipergunakan dalam studi

harmonisasi hukum ini ialah konotasi sistem sebagai wujud entitas (*system as an entity*).<sup>540</sup> Memandang sistem hukum Hak Kekayaan Intelektual (HKI) sebagai “suatu bagian himpunan hukum atau sub-sistem hukum yang saling berkaitan yang membentuk satu keseluruhan yang rumit atau kompleks tetapi merupakan satu kesatuan”, sebagai dasar sistem hukum nasional. Demikian juga dalam konteks liberalisasi ekonomi dan pasar bebas, akan menyebabkan terjadinya interaksi kultural antar bangsa dan pergeseran nilai yang membawa perubahan sikap dan perilaku dalam masyarakat.

Artinya sangat mendesak bagi Indonesia untuk melakukan harmonisasi dalam perencanaan dan pembentukan hukum Hak Kekayaan Intelektual (HKI) yang sesuai dengan kecenderungan internasional (*global trends*). Suatu hal penting dalam harmonisasi hukum Hak Kekayaan Intelektual (HKI) harus memperhatikan unsur-unsur kecenderungan internasional, sosiologis, filosofis, yuridis dan praktis-adiktif.<sup>541</sup> Berkaitan dengan hal itu dalam menghadapi era globalisasi diperlukan pemikiran antisipatif harmonisasi hukum yang dapat mengakomodasi kecenderungan-kecenderungan internasional.

Dengan adanya sistem nilai demikian, maka bangsa Indonesia mempunyai tuntutan nilai yang menunjukkan arah dan tujuan yang akan dicapai. Nilai-nilai tersebut menjadi pegangan hidup dan memberi tuntunan serta menentukan arah untuk masa sekarang dan masa datang. Nilai-nilai tersebut juga menjadi kerangka acuan dalam memecahkan persoalan-persoalan dasar di bidang hukum yang mencakup perencanaan hukum (*legislation planning*), proses pembentukan hukum (*law making process*), penegakan hukum (*law enforcement*) dan kesadaran hukum (*law awareness*). Kesadaran hukum (*law awareness*) ini dipahami sebagai bagian budaya dari budaya hukum (*legal culture*). Dengan demikian sistem hukum Hak Kekayaan Intelektual (HKI) menyerap sistem nilai yang terdiri atas sejumlah nilai yang saling berkaitan yang bersumber dari pandangan hidup bangsa Indonesia, sehingga merupakan sistem hukum yang serasi dengan perasaan keadilan dan cita-cita hukum, serasi dengan pandangan mengenai keadilan (*sence of justice*).<sup>542</sup>

Bahwa menata sistem hukum Hak Kekayaan Intelektual (HKI) yang menyeluruh dan terpadu merupakan suatu amanat yang harus dilaksanakan. Menata sistem hukum Hak Kekayaan Intelektual (HKI) yang menyeluruh dan terpadu dengan mengakui dan menghormati hukum agama dan hukum adat serta memperbaiki perundang-undangan warisan kolonial dan hukum nasional yang diskriminatif, termasuk ketidakadilan gender dan ketidaksesuaian dengan tuntutan reformasi melalui program legalisasi. Sistem hukum nasional yang dijiwai Pancasila dan bersumber pada hukum positif tertinggi yaitu UUD 1945 dan perubahan UUD sebagai ‘*the supreme law of the land*’,<sup>543</sup> yang mampu menjamin kepastian, ketertiban, penegakan dan perlindungan hukum, yang berintikan keadilan dan kebenaran.

Sistem berarti tatanan di mana segenap unsur dan segenap bagian yang ada dari sesuatu terikat dalam kesatuan yang logis.<sup>544</sup> Artinya, setiap unsur dan setiap bagian mempunyai tempatnya masing-masing yang satu sama lain dalam hubungan yang logis. Sistem hukum nasional menganut sistem yuridis yang dinamakan sistem yuridis-idealisme.

Cita hukum (*rechtsidee*) memuat ukuran tentang apa yang di dalam masyarakat bangsa Indonesia dapat dinamakan hukum, yaitu suatu prinsip yang di dalamnya mengandung tiga butir tujuan bangsa Indonesia, yaitu kemerdekaan, perdamaian abadi, dan keadilan sosial.<sup>545</sup> Ketiga butir pokok tersebut adalah inti yang merupakan tolok ukur dan dasar dalam tata hukum Indonesia tentang apakah sesuatu peraturan perundang-undangan dan sesuatu keputusan hukum itu berkualitas atau tidaknya sebagai hukum.<sup>546</sup>

Sistem hukum nasional, yaitu sistem hukum nasional yang tersusun secara hierarkis dan berintikan cita hukum Pancasila, yang dioperasionalkan ke dalam kenyataan melalui asas hukum nasional pada proses pembentukan hukum positif melalui peraturan perundang-undangan dan yurisprudensi.<sup>547</sup> Berdasarkan asas yang terkandung dalam Pancasila menjadi sumber norma. Norma-norma tersebut berkembang menjadi sistem hukum (*legal system*), meliputi hukum yang tertulis dan hukum yang tidak tertulis. Sistem hukum Hak Kekayaan Intelektual (HKI) menyerap asas, nilai-nilai yang bersumber pada pandangan hidup bangsa dan merasakannya sebagai sistem hukum yang serasi dengan perasan keadilan dan cita hukum (*rechtsidee*), serasi dengan anggapan dan pandangan mengenai keadilan (*sence of justice*).<sup>548</sup> Sistem hukum Hak Kekayaan Intelektual (HKI) yang digariskan dalam politik hukum, adalah sistem hukum yang tertitik berdasar negara hukum dan prinsip konstitusional, dan terwujudnya keadilan sosial bagi seluruh rakyat.<sup>549</sup>

Dari pengertian di atas kemudian ditarik simpulan sederhana, bahwa 'sistem hukum Hak Kekayaan Intelektual (HKI) meliputi hukum yang tertulis dan hukum yang tidak tertulis, tersusun secara hierarkis dioperasionalkan ke dalam kenyataan pada proses pembentukan hukum positif melalui peraturan perundang-undangan dan yurisprudensi.

#### **E. Langkah-Langkah Pembangunan Hukum Hak Kekayaan Intelektual.**

Dari dimensi ketertiban hukum (*rechtsorde*), sistem hukum adalah keseluruhan tertib hukum yang didukung sejumlah asas. Asas tersebut satu sama lain berfungsi sebagai pendukung hukum, menciptakan harmonisasi, keselarasan, keserasian, keseimbangan, dan mencegah kemungkinan terjadinya tumpang tindih, serta menciptakan kepastian hukum di dalam keseluruhan sistem hukum nasional.

Sesuai dengan lingkup pengaturannya, aturan-aturan hukum dalam suatu sistem hukum di dalam kerangka sistem hukum nasional dikelompokkan dalam

1 sub-sub sistem, seperti hukum perdata, hukum pidana, hukum tata negara, dan sebagainya.<sup>550</sup> Seluruh sub-sub sistem ini satu sama lain berkaitan dalam hubungan yang harmonis, selaras, serasi, dan seimbang, tidak berbenturan oleh karena memiliki asas yang terintegrasi.

Landasan teori yang memberikan pengertian bahwa hukum itu tidak hanya mencakup norma dan asas hukum atau substansi, tetapi juga mencakup kelembagaan atau struktur dan proses-proses atau kultur yang mewujudkan hukum. Dengan kata lain, pengertian hukum sebagai obyek Ilmu Hukum menunjuk pada sistem hukum yang mencakup “keseluruhan tata hukum yang terdiri atas asas, norma-norma dan pranata-pranata hukum yang mengatur kehidupan manusia dalam masyarakat serta keseluruhan lembaga-lembaga dan proses-proses atau budaya hukum yang diperlukan untuk mewujudkan berlakunya hukum itu dalam kenyataan”.<sup>551</sup> Unsur tata hukumnya tersusun secara hierarkhis dalam suatu sistem hukum karena berlakunya prinsip “*lex superior derogat legi inferiori, i.e. a provision with higher rank overrules a provision with lower rank*”; prinsip “*lex posterior derogat legi priori, i.e. a latter provision overrules an earlier one*”; prinsip “*lex specialis derogat legi generali, i.e. a more special provision overrules a general one*”; dan prinsip “*non-retroaktif*”.<sup>552</sup>

Kerangka sistem hukum Hak Kekayaan Intelektual (HKI) (legal system) mencakup komponen materi hukum (legal substance), struktur hukum beserta kelembagaannya (*legal stucture*) dan budaya hukum (*legal culture*). Secara konseptual sistem hukum yang mencakup tiga komponen hukum tersebut, dikemukakan oleh Lawrence M. Friedman bahwa legal substance, merupakan aturan-aturan substantif dan ketentuan-ketentuan bagaimana lembaga-lembaga itu berproses (*the substance is composed of substantive rules and rules about how institutions should behave*).<sup>553</sup> Substansi adalah aturan, norma dan mencakup produk yang dihasilkan oleh orang yang berada di dalam sistem tersebut.

*Legal structure*, diartikan sebagai sistem hukum secara menyeluruh atau kerangka, bagian yang tetap bertahan yaitu memberi bentuk dan pembatasan terhadap keseluruhan atau badan institusional dari sistem yang membatasi proses (*the structure of a system is it skeletal framework; it is the permanent shape, the institusional body of the system, the tough, rigid bounds that keep the process flowing within bounds*).<sup>554</sup> Struktur hukum mencakup institusi-institusi dan aparatur penegak hukum.

*Legal culture*, “refers, then, to those part of general culture-customs, opinions, ways of doing and thinking-that bend social forces toward or away from the law and in particular ways”.<sup>555</sup> Budaya hukum diartikan, sebagai suasana pikiran dan kekuatan sosial yang menentukan bagaimana hukum digunakan, dihindari atau disalahgunakan (*how law is used, avoided or abused*), mencakup gagasan-gagasan yang dominan, kebiasaan-kebiasaan, cara berpikir dan bertindak, baik aparat penegak hukum maupun warga masyarakat.

Dengan demikian usaha harmonisasi sistem hukum Hak Kekayaan Intelektual (HKI) akan meletakkan pola pikir yang mendasari penyusunan sistem hukum dalam rangka sistem hukum Hak Kekayaan Intelektual (HKI) (*legal system harmonization*) yang mencakup: (i) komponen materi hukum (*legal system substance*) atau tata hukum yang terdiri atas tatanan hukum eksternal yaitu peraturan perundang-undangan, hukum tidak tertulis termasuk hukum adat dan yurisprudensi, serta tatanan hukum internal yaitu asas hukum yang melandasinya; (ii) komponen struktur hukum beserta kelembagannya (*legal structure*), yaitu terdiri atas berbagai badan institusional atau kelembagaan publik dengan para pejabatnya; dan (iii) komponen budaya hukum (*legal culture*), yang mencakup sikap dan perilaku para pejabat dan warga masyarakat berkenaan dengan komponen-komponen yang lain dalam proses-proses penyelenggaraan kehidupan bermasyarakat.

Dengan kerangka berpikir demikian, maka perumusan langkah yang ideal ditempuh dalam harmonisasi sistem hukum adalah melakukan penyesuaian unsur-unsur tatanan hukum yang berlaku dalam kerangka sistem hukum Hak Kekayaan Intelektual (HKI) (*legal system*) yang mencakup komponen materi hukum (*legal substance*), komponen hukum beserta kelembagaannya (*legal structure*), dan komponen budaya hukum (*legal culture*). Dengan demikian harmonisasi sistem hukum Hak Kekayaan Intelektual (HKI) akan melibatkan mata rantai hubungan tiga komponen sistem hukum tersebut dalam kerangka sistem hukum nasional.

Pemikiran sistematis harmonisasi hukum sedemikian itu diperlukan perumusan langkah sebagai kerangka dan konsep dasar atau dapat disebut sebagai '*basic concept*' dalam melakukan harmonisasi hukum. Sebagai kerangka dan konsep dasar harmonisasi sistem hukum nasional yang meletakkan pola pikir yaitu bermula bagi paradigma negara hukum dan prinsip pemerintahan konstitusional. Istilah paradigma ini menunjukkan pada cara pandang atau kerangka berpikir berdasarkan fakta atau gejala diinterpretasi dan dipahami, atau kerangka umum yang memberikan pedoman. Kemudian memperhatikan rasa keadilan masyarakat (*social sense of justice*) dan mengakomodasi aspirasi yang berkembang di dalam masyarakat.

Selanjutnya memperhatikan sistem hukum Hak Kekayaan Intelektual (HKI) sebagai masukan, yaitu memperhitungkan keberadaan sistem hukum Hak Kekayaan Intelektual (HKI) yang sedang berjalan (*existing legal system*) yang mencakup unsur-unsur: substansi hukum (*legal substance*) atau tata hukum yang terdiri atas tatanan hukum eksternal yaitu peraturan perundang-undangan, hukum tidak tertulis termasuk hukum adat dan yurisprudensi, serta tatanan hukum internal yaitu asas hukum yang melandasinya; struktur hukum beserta kelembagannya (*legal structure*), yang terdiri atas berbagai badan institusional atau kelembagaan publik dengan para pejabatnya; dan budaya hukum (*legal culture*), yang mencakup sikap dan perilaku para pejabat

dan warga masyarakat berkenaan dengan unsur-unsur yang lain dalam proses-proses penyelenggaraan kehidupan bermasyarakat.

Selanjutnya memperhatikan realitas keberadaan hukum Hak Kekayaan Intelektual (HKI) dan penegakannya dalam praktek pada skala nasional, regional, dan global. Interaksi antara tiga komponen, yaitu: (i) paradigma negara hukum dan prinsip pemerintahan konstitusional, serta rasa keadilan dan aspirasi yang berkembang di dalam masyarakat; (ii) keberadaan sistem hukum Hak Kekayaan Intelektual (HKI) mencakup unsur-unsur substansi hukum. Struktur hukum beserta kelembagannya dan budaya hukum; dan (iii) realitas keberadaan hukum Hak Kekayaan Intelektual (HKI) dan penegakannya dalam praktek pada skala nasional, regional dan global; akan menghasilkan suatu pokok-pokok pikiran atau pandangan doktrin hukum.

Penilaian atau evaluasi terhadap hasil yang dicapai atau produk dari harmonisasi hukum tersebut, baik yang berkaitan dengan pengaruhnya terhadap keberadaan sistem hukum Hak Kekayaan Intelektual (HKI) yang sedang berjalan (*existing legal system*) yang mencakup unsur-unsur substansi, struktur hukum beserta kelembagaannya dan budaya hukum, selanjutnya akan menimbulkan suatu wawasan atau pandangan hukum baru yang akan memperbarui pula wawasan dan perumusan garis kebijakan politik hukum (*legal policy*) ke depan. Dalam kerangka demikian secara berkelanjutan, harmonisasi hukum akan terus-menerus berkembang di dalam satu kerangka sistem hukum Hak Kekayaan Intelektual (HKI) dengan pendekatan sistem dan pandangan konseptual.

Perumusan konsep langkah sistematis harmonisasi hukum, sebagai kerangka umum yang memberikan pedoman dalam penyesuaian asas dan sistem hukum, dalam rangka mewujudkan hukum Hak Kekayaan Intelektual (HKI) yang harmonis, terintegrasi, konsisten dan taat asas.

#### **F. Penutup.**

Sistem hukum (*legal system*) mencakup unsur-unsur materi hukum (*legal substance*), struktur hukum dan kelembagannya (*legal structure*) dan budaya hukum (*legal culture*). Dengan demikian kerangka sistem hukum Hak Kekayaan Intelektual (HKI) mencakup unsur-unsur materi hukum atau tata hukum yang terdiri atas tatanan hukum eksternal yaitu peraturan perundang-undangan, hukum tidak tertulis termasuk hukum adat dan yurisprudensi, serta tatanan hukum internal yaitu asas hukum yang melandasinya; unsur struktur hukum beserta kelembagannya, yang terdiri atas berbagai badan institusional atau kelembagaan publik dengan para pejabatnya; dan unsur budaya hukum, yang mencakup sikap dan perilaku para pejabat dan warga masyarakat berkenaan dengan unsur-unsur yang lain dalam proses-proses penyelenggaraan kehidupan bermasyarakat.

Dari pendekatan sistem hukum di bidang Hak Kekayaan Intelektual seperti dikemukakan di atas, perumusan langkah ideal dalam harmonisasi sistem hukum Hak Kekayaan Intelektual (HKI) adalah upaya menyelaraskan, menyasikan, menyesuaikan, menyeimbangkan dan konsistensi unsur-unsur sistem hukum dalam rangka mengintegrasikan berbagai sistem hukum, sehingga tersusun dalam satu tatanan yang harmonis satu sama lain dalam kerangka sistem hukum nasional. Dalam rangka menata sistem hukum Hak Kekayaan Intelektual (HKI) secara menyeluruh dan terintegrasi demikian itu, dilakukan dengan meletakkan pola pikir harmonisasi sistem hukum nasional. Dengan demikian, upaya harmonisasi sistem hukum Hak Kekayaan Intelektual (HKI) merupakan '*conditio sine qua non*' bagi terjaminnya kepastian hukum, ketertiban hukum, penegakan hukum dan perlindungan hukum yang berintikan keadilan dan kebenaran.

## PERLINDUNGAN HUKUM TERHADAP TRADITIONAL KNOWLEDGE BIDANG OBAT TRADISIONAL MELALUI SISTEM PATEN

(Studi Perlindungan Ramuan Asli Madura)

**Moh. Saleh, SH., MH.**

Universitas Narotama Surabaya

### Abstract

*Many patents in medicines resulted from misappropriation actions over TK (Traditional Knowledge) in traditional medicine in developing countries have become the subject to debate in some international forum. Indonesia, one of developing countries that rich in the sources of TK in traditional medicine have not regulated explicitly the legal protection through patent system. It has the effect on ambiguous legal protection to indigenous herbs of Madura as the part of TK in traditional medicine in Madura island.*

*Key Word : Patent System, Traditional Knowledge, and traditional medicine in Madura*

### PENDAHULUAN

4

Sistem IPR (*Intellectual Property Rights*) yang telah dibangun oleh negara-negara maju dan menjadi perjanjian internasional melalui *Agreement on Trade-Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPs Agreement)* yang merupakan Annex 1C dari *Agreement Establishing The World Trade Organizations (WTO)* ternyata telah melahirkan beberapa pertentangan kepentingan antara negara-negara maju yang menguasai science and technology serta capital dengan negara-negara berkembang terkait dengan pemberian perlindungan terhadap *Traditional Knowledge*, khususnya bidang obat tradisional.

Pertentangan kepentingan tersebut terjadi karena disatu sisi sistem IPR melindungi terhadap invensi negara-negara maju yang bersumber dari obat tradisional. Akan tetapi di sisi lain, sistem IPR tidak melindungi terhadap obat tradisional yang banyak terdapat di negara-negara berkembang.

Bangsa Indonesia yang kaya akan TK bidang obat tradisional sebagai warisan budaya dan menjadi identitas masyarakat lokal (*indigenous peoples*) telah banyak dieksploitasi secara komersial dan diklaim sebagai hasil *intellectual property* dari negara-negara maju, di antaranya adalah :

1. Dari 45 jenis obat penting yang terdapat di Amerika Serikat berasal dari tumbuh-tumbuhan, dan 14 jenis di antaranya berasal dari Indonesia, seperti tumbuhan "tapak dara" yang berfungsi sebagai obat kanker.<sup>556</sup>

2. Banyak pemberian hak paten di Jepang atas obat-obatan yang bahan bakunya bersumber dari biodiversity dan TK Indonesia dan hasil kompilasi berjumlah 41 paten.<sup>557</sup>
3. 36 Paten yang didaftarkan oleh perusahaan Kosmetika dan Farmasi Jepang di Kantor Paten Eropa adalah berasal dari sumber daya hayati (*genetic sources*) dan TK masyarakat Indonesia.<sup>558</sup>

Ramuan Asli Madura merupakan bagian dari TK bidang keanekaragaman hayati (*biological diversity*) yang terkait dengan obat tradisional. Dengan demikian, Ramuan Asli Madura juga merupakan hasil kreativitas intelektual masyarakat Madura dengan kepemilikan secara bersama-sama oleh segenap anggota masyarakat Madura, tidak ada klaim individu dan dipraktikkan secara turun temurun dari satu generasi ke generasi dan telah menjadi identitas budaya bagi masyarakat Madura. Di antara beberapa nama jenis Ramuan Asli Madura tersebut adalah sebagaimana pada tabel di bawah ini :

NO	JENIS RAMUAN ASLI MADURA	NO	JENIS RAMUAN ASLI MADURA
1	Ma'jun Raja	12	Penyubur Kandungan
2	Sehat Pria/Perkasa	13	Galian Wanita
3	Jantala/Tahan Lama	14	Galian Patmosari
4	Galian Rapet	15	Spesial Keputihan
5	Dalima (Keputihan)	16	Kunir Putih & Temu Putih
6	Galian Sehat (Montok)	17	Asam Urat & Kolesterol
7	Pegal Linu	18	Legit Madura (Cempaka Putih)
8	Selokarang	19	Kecantikan
9	Harumita (Empot Super)	20	Sumirat
10	Galian Singset (Susut Perut)	21	Jamu Maag
11	Remaja Puteri	22	Bangkes

Sumber : Data diperoleh dari hasil wawancara dengan Para Pemilik Perusahaan Ramuan Asli Madura di Madura (2009).

4 Dengan adanya eksistensi Obat Tradisional di Indonesia, khususnya Ramuan Asli Madura, maka perlu dibangun konsep alternatif perlindungan hukum melalui sistem paten untuk menghindari segala bentuk misappropriation oleh pihak asing.

## Pembahasan

### A. Konsep Ramuan Asli Madura Dalam Sistem Paten

4 Ramuan Asli Madura dapat dikonsepsikan sebagai paten produk maupun paten proses. Konsepsi Ramuan Asli Madura sebagai paten produk maupun sebagai paten proses tersebut didasarkan pada alasan berikut :

1. Ramuan Asli Madura dapat dikonsepsikan sebagai paten produk karena Ramuan Asli Madura ini merupakan produk yang dihasilkan dengan

proses (*product by proses*) yang di dalamnya juga mencakup formula dan komposisi dari tumbuhan yang mengandung khasiat untuk praktik pengobatan. Di samping itu juga, karena produk Ramuan Asli Madura dapat dibuat secara berulang-ulang (dalam jumlah yang banyak) dengan kualitas yang sama.

2. Ramuan Asli Madura dikonsepsikan sebagai paten proses karena Ramuan Asli Madura terdapat proses dan metode pembuatan mulai tahap pembersihan bahan baku sampai menjadi bentuk sediaan serta juga berisikan tentang penggunaan dari Ramuan Asli Madura tersebut. Di samping itu, karena proses pembuatan, metode pembuatan serta penggunaan dari Ramuan Asli Madura tersebut dapat dijalankan dalam kegiatan praktik.<sup>59</sup>

4 Meskipun Ramuan Asli Madura dapat dikonsepsikan sebagai paten produk maupun sebagai paten proses, akan tetapi Ramuan Asli Madura tersebut tidak dapat dilindungi dengan paten sederhana. Hal ini didasarkan pada ketentuan yang terdapat dalam UU Paten, yaitu :

1. Dengan diberlakukannya UU Paten yang baru, paten proses sudah tidak lagi dapat dilindungi dengan paten sederhana. Berbeda dengan UU Paten lama yang memperbolehkan paten proses dilindungi dengan paten sederhana.
2. Berdasarkan angka 1 huruf b Penjelasan Umum UU Paten dikatakan bahwa proses, penggunaan, komposisi, dan produk yang merupakan *product by process* tidak bisa diberikan perlindungan melalui paten sederhana. Menurut UU Paten bahwa objek paten sederhana hanya dibatasi pada hal-hal yang bersifat kasat mata (*tangible*), bukan yang tidak kasat mata (*intangible*), dengan bentuk, konfigurasi, konstruksi atau komponennya sederhana, dan mempunyai nilai kegunaan praktis.

Dengan tidak diperbolehkannya perlindungan hukum terhadap Ramuan Asli Madura melalui paten sederhana akan berakibat pada semakin sulit dan beratnya untuk melakukan perlindungan Ramuan Asli Madura melalui sistem paten. karena perlindungan hukum terhadap Ramuan Asli Madura melalui paten biasa itu mewajibkan kepada pemegang paten untuk membayar biaya tahunan (*annual fee*) selama 20 tahun secara bertahap. Namun, jika melalui paten sederhana terhadap pemegang paten tidak ada kewajiban untuk membayar biaya tahunan tersebut.

4 Paten diberikan dalam rangka untuk mendorong timbulnya teknologi dan industri baru serta untuk memberikan imbalan ekonomis terhadap inventor. Adapun yang dimaksud dengan inventor dalam UU Paten adalah seorang yang secara sendiri atau beberapa orang yang secara bersama-sama melaksanakan ide yang dituangkan ke dalam kegiatan yang menghasilkan invensi. Oleh karena itu, sistem paten hanya melindungi terhadap hak-hak

individu (individual right). Dengan demikian, konsep kepemilikan dalam paten ini adalah individual ownership (kepemilikan individu).

Sementara itu, Ramuan Asli Madura merupakan hasil kreativitas intelektual masyarakat madura yang diperoleh secara turun temurun dari generasi ke generasi berikutnya tanpa diketahui siapa penemunya. Sehingga pengetahuan Ramuan Asli Madura itu telah tidak menjadi rahasia lagi dan telah diketahui serta dimanfaatkan oleh banyak masyarakat di Madura. Akibat tidak diketahuinya penemu yang pertama dari Ramuan Asli Madura tersebut, sehingga tidak ada seorangpun atau suatu kelompok apapun yang dapat mengklaim sebagai inventornya.

Semua masyarakat madura mempunyai hak yang sama untuk memanfaatkan Ramuan Asli Madura sebagai sebuah warisan budaya (cultural heritage), sepanjang pengetahuan Ramuan Asli Madura tersebut sudah menjadi public domain, atau disebut juga warisan leluhur yang sudah dapat dinikmati secara umum (common heritage of mankind) dan bukan merupakan hasil dari pengembangan. Suatu invensi di bidang obat-obatan yang dihasilkan dari proses pengembangan dari TK bidang obat tradisional melalui kegiatan reseaech and development (R & D) disebut tradisional sharing.

Dengan demikian, konsep kepemilikan dalam Ramuan Asli Madura dapat berupa dua macam, yaitu collective ownership (kepemilikan bersama) bagi Ramuan Asli Madura yang telah menjadi public domain dan individual ownership (kepemilikan individu) bagi Ramuan Asli Madura yang dapat dibuktikan sebagai hasil dari tradisional sharing dan masih belum diketahui oleh umum. Dari hasil penelitian diketahui bahwa sampai saat ini tidak ada Ramuan Asli Madura yang merupakan hasil dari pengembangan sehingga memenuhi persyaratan patentability. Semua Ramuan Asli Madura sekarang masih merupakan pengetahuan yang diperoleh secara turun temurun berdasarkan pengalaman.

## **B. Persyaratan Patentability Dalam Ramuan Asli Madura**

### **4 Baru (Novelty)**

Syarat novelty ini mengharuskan untuk adanya bukti dokumen, baik dokumen resmi maupun dokumen tidak resmi. Dokumen resmi adalah berupa dokumen paten yang telah dikeluarkan oleh negara. Sedangkan dokumen tidak resmi adalah dokumen yang dapat menerangkan adanya pengungkapan sebelumnya (*prior art*) terhadap suatu invensi yang dapat berupa penggambaran (*description*), tertulis maupun lisan, penggunaan baik berupa pameran, penjualan atau penawaran, atau cara-cara lain melalui rekaman video atau suara atau melalui internet<sup>560</sup>.

Bagi peramu atau pemilik Perusahaan Ramuan Asi Madura, tradisi dokumentasi merupakan sesuatu yang belum banyak dikenal. Hal ini karena memang sifat pewarisan atau pengalihan dari Ramuan Asli Madura ini

berlangsung secara tradisional, yaitu secara turun temurun dari satu generasi ke generasi berikutnya dengan menggunakan media lisan tanpa dokumen. Sehingga lahirnya Ramuan Asli Madura dalam masyarakat lokal di Madura ini tidak ada dokumen yang dapat membuktikan siapa, kapan dan dimana Ramuan Asli Madura itu berkembang dan dipergunakan dalam praktik pengobatan. Mengenai hal ini, Agus Sardjono dalam bukunya "Hak Kekayaan Intelektual dan Pengetahuan Tradisional" mengatakan bahwa<sup>561</sup>:

Pada masa lampau, cukup banyak dijumpai diperkampungan, seorang ibu mengajari anaknya bagaimana meracik dan membuat jamu. Para tetangga yang mengetahui bahwa di lingkungannya tinggal seorang yang mempunyai pengetahuan tentang bagaimana mengobati orang sakit, acapkali datang kepadanya untuk berobat. Ketika orang yang datang semakin banyak, orang "yang berpengetahuan" tersebut mengajak anaknya, adiknya, atau sanak saudaranya untuk membantu meracik jamu yang bersangkutan. Dengan cara itulah pengetahuan tentang pengobatan tradisional beralih dari generasi ke generasi berikutnya.

Proses peralihan pengobatan tradisional sebagaimana yang diungkapkan oleh Agus Sardjono di atas juga terjadi pada proses peralihan pengetahuan Ramuan Asli Madura. Dengan demikian, Ramuan Asli Madura sebenarnya telah menjadi public domain di kalangan masyarakat Madura. Meskipun demikian, di beberapa industri Ramuan Asli Madura masih terdapat ciri khas dari masing-masing produk yang dibuatnya, tetapi ciri khas tersebut bukan termasuk sesuatu yang baru karena masih merupakan derivasi dari pengetahuan Ramuan Madura yang telah ada atau lebih gamblangnya disebut variasi.

Jika dikaitkan dengan unsur novelty dalam Ramuan Asli Madura sebagai syarat untuk memperoleh paten adalah tidak terpenuhi. Hal ini berdasarkan alasan bahwa pengetahuan tentang Ramuan Asli Madura telah menjadi public domain bagi kalangan masyarakat Madura dan alasan kedua adalah tidak adanya dokumen yang dapat membuktikan penggungkan dari Ramuan Asli Madura.

## **2. Mengandung Langkah Inventif (Inventive Step)**

Dalam UU Paten dijelaskan bahwa Suatu Invensi dapat disebut mengandung langkah Inventif jika Invensi tersebut memenuhi dua unsur, yaitu :

1. Invensi tersebut merupakan hal yang tidak dapat diduga sebelumnya (non obvious) menurut seseorang yang mempunyai keahlian tertentu di bidang teknik; dan
2. Penilaian bahwa suatu Invensi itu non obvious harus dilakukan dengan memperhatikan keahlian yang ada pada saat Permohonan diajukan

atau yang telah ada pada saat diajukan permohonan pertama dalam hal Permohonan itu diajukan dengan Hak Prioritas.

Syarat non obvious ini tidak dihasilkan secara tradisional, tetapi didasarkan pada proses research and development (R & D) sehingga menghasilkan sebuah invensi baru. Dalam proses research and development harus didasarkan pada metode keilmuan tertentu (dalam hal ini adalah farmakologi untuk ilmu di bidang obat-obatan). Sebuah metode keilmuan harus tersusun secara sistematis dan dapat membuktikan kebenaran suatu penelitian tersebut.

Untuk menilai apakah Ramuan Asli Madura itu bersifat non obvious atau tidak, harus dilihat dari sudut pandang farmakologi. Ramuan Asli Madura merupakan hasil dari kreasi intelektual masyarakat Madura yang berupa metode ramuan, formula dan komposisi bahan dari tumbuh-tumbuhan sehingga memiliki khasiat khusus dalam praktik pengobatan. Sementara itu, farmakologi secara umum hanya dapat mengetahui kandungan mutu, keamanan dan khasiat yang terdapat dalam bahan obat tradisional, bukan terhadap kandungan bahan bila diramu, dikomposisi dan diberikan formula. Ramuan Asli Madura merupakan hasil dari pengalaman yang ada dalam masyarakat Madura, sehingga tidak diketahui dalam perspektif farmakologi. Atas dasar inilah, maka Ramuan Asli Madura memenuhi unsur non obvious dalam inventive step.

Meskipun Ramuan Asli Madura memenuhi unsur non obvious, akan tetapi Ramuan Asli Madura tersebut tidak dapat didaftarkan untuk mendapatkan perlindungan paten, karena Ramuan Asli Madura tersebut masih tidak memenuhi unsur inventive step yang kedua, yaitu "Penilaian bahwa suatu Invensi merupakan hal yang tidak dapat diduga sebelumnya harus dilakukan dengan memperhatikan keahlian yang ada pada saat Permohonan diajukan". Sementara itu, keahlian dalam membuat Ramuan Asli Madura telah menjadi pengetahuan umum di kalangan masyarakat Madura. Atas dasar inilah, maka dapat dikatakan bahwa Ramuan Asli Madura tidak memenuhi syarat inventive step, karena tidak memenuhi syarat inventive step yang kedua. Hal ini dikecualikan terhadap Ramuan Asli Madura yang merupakan hasil dari pengembangan (traditional sharing) dan memang terdapat usaha merahaskan invensinya tersebut, maka Ramuan Asli Madura ini dapat memenuhi semua syarat dalam inventive step.

### **3. Dapat Diterapkan Dalam Kegiatan Industri (Industrial Applicable)**

4

Ramuan Asli Madura merupakan produk yang dihasilkan dengan proses (product by proses) yang di dalamnya mencakup formula dan komposisi dari tumbuhan dan dibuat secara berulang-ulang (dalam jumlah yang banyak) dengan kualitas yang sama oleh masyarakat Madura. Di samping itu, Ramuan Asli Madura juga mengandung teknologi yang berupa proses yang di dalamnya

mencakup metode pembuatan serta penggunaan dari Ramuan Asli Madura tersebut.

Syarat *industrially applicable* ini pada dasarnya tidak ada masalah yang prinsipil jika diterapkan pada Ramuan Asli Madura. Ramuan Asli Madura ini, baik yang dikonsepsikan sebagai *product by proses* maupun yang dikonsepsikan sebagai proses, pada dasarnya semuanya dapat diungkapkan di dalam Deskripsi Paten pada saat Permohonan Pendaftaran Paten. Dengan demikian, syarat *industrially applicable* ini dapat terpenuhi dalam Ramuan Asli Madura.

Akan tetapi masalahnya adalah apakah peramu atau pemilik industri Ramuan Asli Madura tersebut bisa mengungkapkan invensi tersebut secara jelas dan lengkap sebagaimana struktur dalam deskripsi paten dan menurut sudut pandang farmakologi. Sebagai solusi atas masalah ini adalah seorang Apoteker yang menjadi penanggung jawab teknis dalam proses pembuatan Ramuan Asli Madura harus juga diberikan tugas untuk bisa mengungkapkan invensi dari Ramuan Asli Madura di dalam deskripsi paten atau dengan cara meminta bantuan dari Konsultan HKI untuk bisa mengungkapkan invensi dari Ramuan Asli Madura tersebut dalam Dokumen Deskripsi Permohonan Pendaftaran Paten.

### C. Konsep Alternatif Perlindungan Hukum Terhadap Traditional Knowledge Bidang Obat Tradisional Melalui Sistem Paten

#### Konsep Kepemilikan atas TK Bidang Obat Tradisional oleh Negara

Indonesia sebenarnya telah melaksanakan ketentuan pengecualian yang diatur dalam article 8(1) TRIPs Agreement tersebut, yaitu dengan diterapkannya Pasal 10<sup>562</sup> UU Hak Cipta menyangkut perlindungan hukum terhadap ekspresi folklor (*traditional cultural expression/TCE*). Konsep kepemilikan di dalam folklor itu adalah *collective ownership*, sama dengan konsep TK bidang obat-obatan. Pengertian kolektif di sini bukan dalam arti gabungan individu-individu (*group of individuals*), melainkan kolektif dalam arti kepemilikan oleh masyarakat lokal yang bersangkutan, baik yang terorganisir maupun tidak.

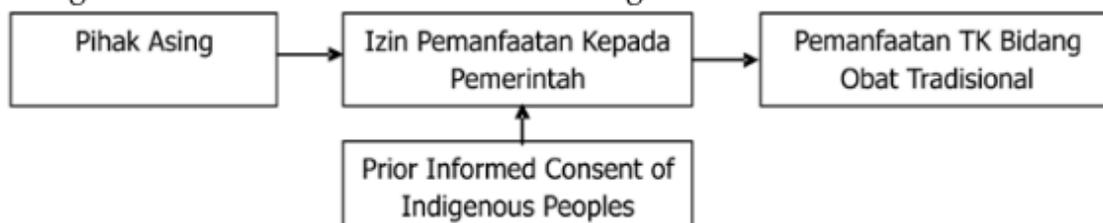
Karena tidak adanya pihak yang dapat mengklaim atas ekspresi folklor di Indonesia tersebut, maka negara mengambil alih hak tersebut demi memberikan perlindungan hukum terhadap ekspresi folklor tersebut dari tindakan *misappropriation*. Di dalam ketentuan Pasal 10 UU Hak Cipta ditentukan bahwa negara memegang hak atas ekspresi folklor tersebut. Segala tindakan pengumuman dan perbanyakan terhadap ekspresi folklor oleh orang yang bukan warga negara Indonesia harus terlebih dahulu mendapat izin dari "instansi yang terkait" dalam masalah tersebut.

Tidak adanya pihak yang dapat mengklaim sebagai pemilik atau pemegang hak atas TK bidang obat tradisional, apalagi ditambah lagi dengan tidak adanya kepedulian dari masyarakat lokal (*indigenous peoples*) atas

tindakan misappropriation karena pengaruh paradigma kolektivisme dan spritualisme yang diyakininya, telah menjadi penyebab terjadinya tindakan misappropriation oleh pihak asing yang telah merugikan kepentingan ekonomi dan budaya bangsa Indonesia. Untuk memberikan perlindungan hukum, maka negara harus memegang hak atas TK bidang obat tradisional, termasuk juga Ramuan Asli Madura sebagaimana yang diberlakukan terhadap ekspresi folklor<sup>563</sup>.

Meskipun izin pemanfaatan oleh pihak asing atas TK bidang obat tradisional berada pada negara, akan tetapi dalam prosedur pemberian izin itu harus tetap didasarkan pada persetujuan dari masyarakat lokal yang bersangkutan melalui prior informed concent. Dengan kata lain, Pemerintah sebagai Pemegang Hak hanya bersifat teknis prosedural dalam pemberian izin, sedangkan pihak yang menentukan dalam proses perizinan itu adalah adanya persetujuan dari masyarakat lokal sendiri sebagai pemilik dari TK bidang obat tradisional. Untuk itulah maka harus ada Lembaga Perwakilan Masyarakat tradisional yang dapat mengakomodir aspirasi dan mewakili masyarakat lokal serta yang dapat menentukan mengenai persetujuan atas pemanfaatan TK bidang obat tradisional tersebut. Dengan demikian, di dalam perubahan UU Paten harus juga diperjelas mengenai persyaratan dan prosedur pemberian izin atas pemanfaatan TK bidang obat tradisional tersebut<sup>564</sup>. Berikut bagan mengenai prosedur pemanfaatan TK bidang obat tradisional oleh pihak asing :

Bagan 1. Prosedur Pemanfaatan TK Bidang Obat Tradisional oleh Pihak Asing



4

Pemanfaatan atas TK bidang obat tradisional yang dimaksud disini adalah pemanfaatan atas hak eksklusif oleh pihak asing sebagaimana yang ditentukan di dalam Pasal 16 ayat (1) dan ayat (2) UU Paten, yaitu :

- (1) Pemegang Paten memiliki hak eksklusif untuk melaksanakan Paten yang dimilikinya dan melarang pihak lain tanpa persetujuannya ;
  - a. dalam hal Paten-produk: membuat, menggunakan, menjual, mengimpor, menyewakan, menyerahkan, atau menyediakan untuk dijual atau disewakan atau di diserahkan produk yang diberi Paten;
  - b. dalam hal Paten-proses: menggunakan proses produksi yang diberi Paten untuk membuat barang atau tindakan lainnya sebagaimana dimaksud dalam huruf a.
- (2) Dalam hal Paten-proses, larangan terhadap pihak lain yang tanpa persetujuannya melakukan impor sebagaimana dimaksud pada ayat (1) hanya berlaku terhadap impor produk yang semata-mata dihasilkan dari

penggunaan Paten-proses yang dimilikinya.

Beralihnya pemegang hak atas TK bidang obat tradisional berakibat beralihnya pula hak eksklusif sebagaimana dimaksud dalam Pasal 16 ayat (1) dan ayat (2) UU Paten kepada negara. Akan tetapi, hak eksklusif yang dimaksud hanya untuk melarang atau memberikan izin yang bersifat teknis prosedural atas pemanfaatan TK bidang obat tradisional, bukan untuk melaksanakan. Pemberian izin atas pemanfaatan TK bidang obat tradisional tersebut hanya terhadap pihak asing, bukan terhadap warga negara Indonesia. Hal ini sebagaimana diberlakukan juga terhadap pemanfaatan folklor dalam Pasal 10 ayat (3) UU Hak Cipta.

TK bidang obat tradisional diperoleh secara turun temurun dan dimanfaatkan dalam jangka waktu yang tidak terbatas. Oleh karena itu, negara sebagai pemegang hak atas TK bidang obat tradisional itu harus tanpa dibatasi dengan jangka waktu perlindungan. ketentuan tanpa batas jangka waktu perlindungan itu sesuai juga dengan ketentuan yang diberlakukan terhadap hak atas folklor yang dipegang oleh negara sebagaimana ditentukan dalam Pasal 31 ayat (1) huruf a UU Hak Cipta, yaitu "Hak cipta atas ciptaan yang dipegang atau dilaksanakan oleh negara berdasarkan Pasal 10 ayat (2) berlaku tanpa batas waktu".

Meskipun negara menjadi pemegang hak atas TK bidang obat Tradisional, bukan berarti TK bidang obat tradisional tidak bisa dimiliki secara individu. Jika suatu invensi dihasilkan dari pengembangan (tradisional sharing) dari TK bidang obat tradisional, maka invensi tersebut dapat dimiliki secara individual dan dapat dimohonkan paten, asalkan memenuhi persyaratan patentability. Dengan demikian, negara hanya menjadi pemegang hak terhadap TK bidang obat tradisional yang telah menjadi public domain. Sedangkan terhadap invensi yang dihasilkan dari proses pengembangan, maka sebagai pemegang haknya adalah pihak yang menghasilkan invensi tersebut (inventor)<sup>565</sup>.

Berikut bagan mengenai konsep kepemilikan atas TK bidang obat tradisional (termasuk bidang pengetahuan Ramuan Asli Madura) sebagaimana dijelaskan di atas :

Bagan 2. Konsep Kepemilikan atas TK Bidang Obat Tradisional



**Simpulan**

4 Bahwa perlindungan hukum terhadap TK bidang obat tradisional melalui sistem paten, termasuk juga bidang Ramuan Asli Madura terkendala dengan tidak adanya pengaturan mengenai pemegang hak atas TK bidang obat tradisional dalam UU Paten dan tidak terpenuhinya unsur kebaruan (novelty) oleh TK bidang obat tradisional sesuai dengan persyaratan patentability. Oleh karena itu, negara haruslah mengatur mengenai pemegang hak atas TK bidang obat tradisional di dalam perubahan UU Paten. Sedangkan mengenai pemenuhan unsur novelty tidak bisa dilakukan, kecuali TK bidang obat tradisional tersebut dilakukan pengembangan (traditional sharing) sehingga dapat memenuhi persyaratan patentability. Untuk tetap bisa melakukan perlindungan hukum atas TK bidang obat tradisional dari tindakan misappropriation melalui sistem paten, terdapat dua konsep alternatif yang bisa dipergunakan oleh Pemerintah, yaitu pertama, negara haruslah dijadikan sebagai pemegang hak atas TK bidang obat tradisional sebagaimana juga diberlakukan terhadap ekspresi folklor di dalam UU Hak Cipta. Kedua, memberikan persyaratan dokumen tambahan yang harus disertakan dalam permohonan pendaftaran paten. Adapun persyaratan dokumen tambahan dimaksud berupa Dokumen Tambahan Keterangan dalam disclosure requirements (persyaratan pengungkapan) mengenai asal usul dari suatu invensi yang akan dimohonkan paten dan Dokumen bioprospecting contract sebagai institusi hukum untuk melindungi kepentingan masyarakat lokal dalam memberikan prior informed consent. Persyaratan dokumen tambahan ini diberlakukan bukan hanya terhadap pemohon dari luar negeri, tetapi juga terhadap pemohon dari dalam negeri. Hal ini dimaksudkan agar tidak melanggar prinsip national treatment dan prinsip MFN di dalam article 3 dan article 4 TRIPs Agreement. Di samping itu juga, agar masyarakat lokal tidak dapat dirugikan dengan adanya hasil pengembangan dari TK bidang obat tradisional yang akan dimohonkan paten.

**Sar**

4 Adanya berbagai tindakan misappropriation atas TK bidang obat tradisional di Indonesia harusnya dijadikan pokok perhatian oleh Pemerintah Indonesia untuk membuat pengaturan yang jelas yang dapat memberikan perlindungan hukum terhadap TK bidang obat tradisional. Tindakan yang dapat segera dilakukan oleh Pemerintah adalah dengan melakukan perubahan atas UU Paten atau membuat undang-undang sui generis atau bahkan cukup dengan hanya dibuatkan Peraturan Pemerintah. Dua persoalan penting yang harus diatur adalah terkait dengan negara sebagai pemegang hak atas TK bidang obat tradisional dan pemberian persyaratan dokumen tambahan dalam permohonan pendaftaran paten atas suatu invensi yang dihasilkan dari pengembangan TK bidang obat tradisional, termasuk juga pengembangan atas pengetahuan Ramuan Asli Madura.

## Endnote

- 416 Paper ini bersumber dari hasil penelitian penulis tahun 2008-2010. Secara lebih lengkap hasil penelitian tersebut telah diterbitkan dengan judul "Politik Hukum HKI Indonesia, Kritik Terhadap WTO/TRIPs Agreement dan Upaya Membangun Hukum HKI Demi Kepentingan Nasional", Mandar Maju, Bandung, 2011.
- 417 JICA dan DGIP RI, Capacity Building Program on The Implementation of The WTO Agreement in Indonesia (Trips Component), Training Material on Enforcement of Intellectual Property Rights, JICA dan DGIP RI, Jakarta, 2003, hlm.10.
- 418 Section 301 merupakan ketentuan yang bersumber dari US Trade Act 1974 dan The Omnibus Trade and Competitiveness Act of 1988.
- 419 Secara lengkap baca Siti Fadilah Supari, Saatnya Dunia Berubah, Tangan Tuhan di Balik Virus Flu Burung, PT. Sulaksana Watinsa Indonesia, Jakarta, 2007.
- 420 Agus Sardjono, Pembangunan Hukum Kekayaan Intelektual Indonesia: Antara Kebutuhan dan Kenyataan, Pidato Pengukuhan Guru Besar Dalam Ilmu Hukum Keperdataan Pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Depok, 27 ferbruari 2008, hlm. 8.
- 421 Tim Lindsey, Eddy Damian, Simon Butt, Tomi Suryo Utomo (ed), Hak Kekayaan Intelektual Suatu Pengantar, Asian Law Group Pty Ltd dan Alumni, Bandung, 2006, hlm. 57 - 60).
- 422 Dharma Oratmangun, Peranan HKI Dalam Konteks Menata Peradaban Indonesia, Makalah pada Kongres Kebudayaan Indonesia, tanggal 10 - 12 Desember 2008 di Bogor, hlm. 10.
- 423 Kusnu Goesniadhie, Harmonisasi Hukum Dalam Perspektif Perundang-undangan (Lex Specialis Suatu Masalah, JP Books, Surabaya, 2006, hlm. 23.
- 424 Kelemahan filosofis, adalah pengaturan HKI bersandar pada filosofi individualisme, sedangkan Indonesia menganut komunalisme/kolektivisme.
- 425 Jimly Asshiddiqie, Konstitusi Ekonomi, Kompas, Jakarta, 2010, hlm. 259.
- 426 J.J. Bruggink (Alih Bahasa Sidharta), Refleksi Tentang Hukum, Citra Aditya Bhakti, Bandung, 1999, hlm. 150 - 153.
- 427 Surojo Wignjodipuro, Pengantar dan Asas-Asas Hukum Adat, Alumni, Bandung, 1979
- 428 Menkokesra, Indeks Pembangunan Manusia Indonesia Naik Tipis, Melalui <http://www.menkokesra.go.id/content/view/12908/391> (21/12/09)
- 429 Redaksi, Pendapatan Perkapita Indonesia US \$2.271,2, Melalui [Error! Hyperlink reference not valid./news/read/30496](http://www.menkokesra.go.id/content/view/12908/391) (22/12/09)
- 430 Shidarta, Karakteristik Penalaran Hukum Dalam Konteks Keindonesiaan, CV. Utomo, Bandung, 2009, hlm. 538.
- 431 Graham Dufield dan Uma Suthersanen, Harmonisation or Defferentiation in Intellectual Propertu Rights? The Lesson History, Quaker United Nation Office, Melalui <http://www.geneva.quino.info> (20/05/2010)
- 432 Tomi Suryo Utomo, Hak Kekayaan Intelektual Di Era Global: Sebuah Kajian Kontemporer, Graha Ilmu, Yogyakarta, 2010, hlm. 15.
- 433 WIPO, The Enforcement of Intellectual Property Rights: A Case Book, LCT Harms, 2005, hlm. 167.
- 434 Ray August, International Bussines Law: Text, Cases and Readings, Fourt Edition, Pearson Prentice Hall, New Jersey, 2004, hlm. 509.
- 435 M.D. Nair, TRIPs, WTO and IPR, Impact on Development Countries, Journal of Intellectual Property Rights Vol 14, March 2009, hlm. 166 - 167.
- 436 Lee Branstetter, Raymond Fisman, C. Fritz Foley, Kamal Saggi Fritz Foley, dan Kamal Saggi, Intellectual Propertu Rights, Imitation, and Foerign Direct Investment: Theory dan Evidence, NBER Working Paper No 13.033, 2007, Melalui <http://www.nber.org/papers/W13033> (20/03/2010), Julius Spatz, Intellectual Propertu Rights, Foerign Direct Investment: The Role of Industry and Host Country Characteristics, Melalui <http://ideas.repec.org/p/kie/kieliw/1167.html> (21/03/2010)
- 437 Edwin Mansfield, National Academy Press, Washington DC, 993
- 438 Dalam Oky Deviany Burhamzah, Penerapan Exhaustion Principle Di Bidang Paten, Melalui <http://okydevinay.page.tl/> (28/12/09)
- 439 ABS merupakan konsep mengenai kedaulatan negara terkait kepemilikan, pengelolaan dan pemanfaatan SDG yang berada dalam wilayah yurisdiksinya.
- 440 DO adalah keharusan bagi pihak-pihak yang mengajukan aplikasi HKI diwajibkan mengungkap sumber awalnya terkait dengan SDG dan Pengetahuan Tradisional.
- 441 [http://portal.unesco.org/science/en/files/2076/1034675412\\_0BERLIN\\_and\\_BERLIN.doc/](http://portal.unesco.org/science/en/files/2076/1034675412_0BERLIN_and_BERLIN.doc/) (20/03/2010)
- 442 WIPO, Intellectual Property Needs and Expectations of Traditional Knowledge Holders, WIPO Report on Fact Finding Missions on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1988 - 1999), Geneva, 2001, hlm. 25.
- 443 Perwakilan Tetap Republik Indonesia (PTRI), Laporan Sidang Reguler TRIPs Council Tanggal 8 - 9 Maret 2004, Jenewa, 11 Maret 2004, hlm. 4.
- 444 Tina Hart and Linda Fazzani, Intellectual Property Law, Third Edition, Palgrave Macmillan, New York, 2004, hlm. 246.
- 445 Charles R. McManis, Intellectual Property and Unfair Competition, Thomson West Group, St. Paul, MN, hlm. 40.
- 446 Dapat dilihat dalam Hofmann, Nederlandsch Verbintenenrecht, J. B. Wolters Uitgerversmaatschappij, N. V. Groningen, 1932, halaman 261.
- 447 Pemahaman tentang konsep passing off ini penulis peroleh melalui suatu penelitian dengan inisiatif sendiri (penelitian perorangan) ketika penulis dipanggil untuk mengambil gelar atau kualifikasi akademik (Ph.D)
- 448 Perlu dikemukakan di sini bahwa rezim intellectual property rights ini meliputi antara lain: hak cipta (copyright law), paten (patent law), merek dagang (trade marks), disain (designs), the law of confidence, integrated circuits, dan juga yang menjadi konsen Makalah ini yaitu passing off.

- 449 Dapat dilihat dalam karya seorang peneliti muda dalam bidang hukum yang sangat tangguh, Titon Slamet Kurnia, S.H., M.H.
- 450 Konsep "membonceng," ditulis secara huruf per huruf (to the letter) dalam Penjelasan Pasal 4 UU RI No. 15 Tahun 2001.
- 451 Kebutuhan akan pemahaman yang benar mengenai institusi passing off ini terasa sekali manakala orang membicarakan mengenai hukum mayantara (UU RI Nomor. 11 Tahun 2008).
- 452 Perlu dijelaskan di sini, setelah melakukan penelitian mendalam di Skotlandia (Scotland the United Kingdom)
- 453 Lihat Executive Summary, Law Reform in Indonesia, Op.Cit., hal., 156.
- 454 David Bainbridge, Third Edition, Introduction to Computer Law, Financial Times Pitman Publishing, London, 1996, pp. 105 - 109.
- 455 Konsep HKI atau Intellectual Property Rights adalah suatu konsep hukum yang meliputi Paten, dan lain-lain, termasuk di dalamnya merek (terdaftar) yang dikenal dengan registered trade mark yang berbeda secara prinsipil dengan passing off.
- 456 Di atas telah Penulis katakan bahwa temuan penelitian yang dilihat sebagai "tamparan" kepada sistem hukum Indonesia di awal Makalah ini yang mengatakan bahwa ada kekeliruan konsepsi di Indonesia adalah bersifat kebenaran ilmiah.
- 457 Dalam bukunya berjudul Business Law A Novel Approach, Terbitan Pitman Publishing, London 1997
- 458 Penulis berpendapat bahwa putusan injunction ini hampir mirip dengan jenis putusan larangan untuk melakukan suatu perbuatan.
- 459 Secara prinsipil, dalam hukum passing off, yang disebut dengan innocent atau passing off secara kebetulan pun dapat dikategorikan sebagai passing off.
- 460 [1917] 2 Ch 1 (CA).
- 461 Lihat Abby Kadar, Ken Hoyle & Geoffrey Whitehead dalam buku mereka yang berjudul Business Law, Edisi Keempat, yang diterbitkan oleh Made Simple Books, Oxford, 1996, halaman 418.
- 462 Kasus dapat dilihat dalam Reddaway v. Banham (1896), dalam AC 199 (H of L).
- 463 Perlu kiranya dipertegas di sini bahwa agar supaya ada perbedaan yang tegas antara Registered Trade Mark (merek dagang terdaftar) dengan passing off
- 464 Abby Kadar et. Al.,
- 465 Dapat dilihat dalam Kasus yang melibatkan J. Bollinger v. Costra Brava Wine Co. Ltd (1961) 1 All ER 561.
- 466 Kasus ini dapat juga dibaca dalam Majalah The Times terbitan January 11, 1994.
- 467 Croft v. Day (1843) 7 Beav 84-87.
- 468 Bollinger v. Costra Brava Wine Co Ltd [1959] RPC 150 - 386.
- 469 Yudha Bhakti Ardhiwisastra, Imunitas Kedaulatan Negara di Forum Pengadilan Asing, Bandung: Alumni, 1999
- 470 Louis Henkin, et.al., International Law: Cases and Materials, St. Paul-Minn.: West Publishing Co., 1987, hlm. 145.
- 471 Secara sederhana dan luas, konsep legislating from the bench dapat didefinisikan dalam kaitan dengan perilaku hakim yaitu acting like lawmakers or exercising legislative authority. Bruce G. Peabody, Legislating from the Bench: A Definition and A Defense, Lewis & Clark Law Review, Vol. 11, No. 1, 2007, hlm. 195.
- 472 Advisory Opinion of the Tunis-Morocco Nationality Decrees Case, the Permanent Court of International Justice, 7 Februari 1933 dalam Marc J. Bossuyt, Human Rights and Non-Intervention in Domestic Matters, the Review-ICJ, No. 35, 1985, hlm. 50.
- 473 Jayashree Watal, Intellectual Property Rights in the WTO and Developing Countries, The Hague-London-Boston: Kluwer Law International, 2001, hlm. 3-4.
- 474 Art. 2.(1) TRIPs Agreement menyatakan: "In respect of Parts II, III and IV of this Agreement, Members shall comply with Articles 1-12 and 19 of the Paris Convention (1967)."
- 475 Dua pilar yang lain ialah antitrust law dan unfair competition prevention law, Rahmi Jened, Hak Kekayaan Intelektual: Penyalahgunaan Hak Eksklusif, Surabaya: Airlangga University Press, 2006, hlm.1-4.
- 476 Pengertian paling eksplisit tentang hal ini terdapat dalam UU No. 14 Tahun 1997.
- 477 Putusan MARI No. 3485K/PDT/1992. Untuk lebih jelasnya infra Sub-judul III.
- 478 Putusan MARI No. 677K/Sip/1972.
- 479 Ibid.
- 480 Putusan MARI No. 217K/Sip/1972.
- 481 PNJakarta Pusat menyatakan: "Menimbang, bahwa tidak dapat disangkal pula bahwa merek penggugat yang ditulis/digambarkan sebagai "YKK" adalah merupakan merek terkenal di seluruh Indonesia bahkan mungkin di seluruh dunia.
- 482 Ujung dari konkurensi curang pada hakikatnya adalah merugikan kepentingan masyarakat luas atau konsumen (membeli produk yang tidak sesuai dengan ekspektasi dari pembayaran yang sudah dilakukan).
- 483 Putusan MARI No. 1272K/PDT/1984.
- 484 Putusan MARI No. 220PK/PDT/1986.
- 485 Anotasi diberikan pada Desember 1987, dalam Sudargo Gautama, Aneka Masalah dalam Praktek Pembaharuan Hukum Indonesia, Bandung: Citra Aditya Bakti, 1990, hlm. 173-174.
- 486 Putusan MARI No. 1486K/PDT/1991.
- 487 Putusan MARI No. 426PK/PDT/1994.
- 488 Dalam praktik kemungkinan yang dapat terjadi ialah Kantor Merek dapat menerima suatu pendaftaran merek yang memiliki persamaan pada pokoknya atau pada keseluruhannya dengan merek terkenal.
- 489 Yang dimaksudkan ialah Paris Convention for the Protection of Industrial Property.
- 490 Sudargo Gautama (1978)
- 491 Isu ini sudah berkembang sejak UU No. 14 Tahun 1997 yang mengubah UU No. 19 Tahun 1992
- 492 Yurisprudensi yang sudah klasik dan menjadi landmark sebagai preskripsi atas isu ini adalah putusan Hogeraad dalam kasus Lindenbaum-Cohen.
- 493 Gucci ialah merek terkenal untuk produk fashion,

- sementara di Indonesia digunakan oleh Termohon Kasasi I/Tergugat Asal I untuk jenis barang hasil-hasil kimia untuk mengkilatkan cat, cat-cat/dempul, tiner, pernis-pernis dan lain-lain.
- 494 Putusan MARI No. 3485K/PDT/1992.
- 495 Ibid.
- 496 Lihat John Rawls, *A Theory of Justice Revised Edition*, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts, Cetakan keenam, 2003 terutama pada hlm 13
- 497 Lindsey.T dkk, (2004)
- 498 Lihat Muhammad Djumhana, *Perkembangan Doktrin dan Teori Perlindungan Hak Kekayaan Intelektual*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 1993, hlm 89
- 499 Lihat lebih lanjut, Pasal 16 UUP.
- 500 Lihat Pasal 3 TRIPs mengenai national treatment
- 501 Vincenzo Vinciguerra, *The Dialectic Relationship Between Different Concepts of Property Rights And Its Significance On Intellectual Property Rights*, dalam *Journal of Technology Law and Policy* vol 10, June 2005 akses dari <http://grove.ufl.edu/~techlaw/vol10/issue1/vinciguerra.html> tanggal 21 Februari 2008
- 502 Disebutkan bahwa paten juga memiliki fungsi sosial.
- 503 Terdapat ketidakjelasan mengenai arti pelaksanaan paten. Apakah pelaksanaan berarti working, sehingga perlu dibuat industri atas objek paten tersebut, ataukah arti pelaksanaan juga termasuk import, tidak harus berarti working.
- 504 Persetujuan TRIPs merupakan standart minimal aturan HKI bagi anggota World Trade Organization (WTO). Mayoritas negara adalah anggota WTO, termasuk Indonesia.
- 505 Lihat Pasal 7 dan 8 TRIPs
- 506 Lihat Pasal 27 TRIPs
- 507 Tujuan perlindungan paten pada Mahkamah Statuta Venesia yang dianggap sebagai peraturan pertama mengenai selain sebagai penghargaan kepada inventornya, juga bertujuan bagi kepentingan masyarakat.
- 508 Ibid.
- 509 Ibid
- 510 Lihat juga Sonny Keraf, op cit, hlm 155.
- 511 Lihat Richard Gerster, *Patent and Development Lessons Learnt from the Economic History of Switzerland, Third World Network, Penang-Malaysia*, 2001
- 512 Sebagai contoh dapat diungkapkan bahwa perkembangan teknologi melahirkan banyak sekali teknologi baru yang dari sudut pandang substansif memenuhi syarat perlindungan paten, namun bermasalah dari segi moralitas dan keterlibatan umum.
- 513 Kewajiban membuka (disclosure) invensi dilakukan pada saat permohonan perlindungan paten diajukan.
- 514 Lihat lebih lanjut Mochtar Kusumaatmadja, op cit, hlm 14 dan hlm 188
- 515 Ibid, hlm xix
- 516 Unduh di kementerian hukum dan hak asasi manusia
- 517 Asian Law Group, *Hak Kekayaan Intelektual Suatu Pengantar*, Bandung: Alumni, 2003, hlm 96.
- 518 Ibid, hlm 96
- 519 Ibid, hlm 124
- 520 Drahos, Peter, 1996, *A Philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth, h.43.
- 521 Konsep ini bersumber dari ajaran Lockean dan Hegelian. Dapat dibaca Peter Drahos, 1996, *A Philosophy of Intellectual Property*, Dartmouth, h. 41-95.
- 522 Locke, Chapter V, #27. dalam Jacqueline Siegnette, Ibid.
- 523 Ibid, ##138,139,193.
- 524 Locke, *Second Treatise*, Chapter V, On Locke, dalam Jacqueline Siegnette, 1996, *Challenges to The Creator Doctrine*, Information Law, Kluwer, p. 20.
- 525 Pasal 1 (3) Paris Convention menyatakan bahwa: "Industrial property shall be understood in its broadest sense and shall apply not only to industry and commerce proper, but likewise to agricultural and extractive industries and to all manufactured or natural products; for example, wines, grain, tobacco leaf, fruit, cattle, minerals, mineral water, beer, flowers and flour".
- 526 Pengkajian paten dalam seluruh norma hukum tersebut perlu dilakukan karena kasus infringement paten yang dibahas dalam penelitian ini terjadi di Amerika Serikat dan diselesaikan dengan dasar hukum U.S.C. Title 35.
- 527 Pada tanggal 10 Mei 1979, Indonesia telah meratifikasi "Convention Establishing the World Intellectual Property Organization (WIPO)" berdasarkan Keppres No.24 Tahun 1979, OK Saidin, *Aspek Hukum Hak Kekayaan intelektual (intellectual property rights)*, (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 1995), hlm.23
- 528 Muhammad Djumhana dan R.Djubaedillah, *Hak Milik Intelektual Sejarah, Teori dan Prakteknya di Indonesia*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2003), hlm. 116
- 529 UN, 2002, *Indigenous People, United Nation & Human rights, Human Rights: A Basic Handbook for UN Staff, UNHCR, United Nations Staff College Project*, New York. hlm. 2-3.
- 530 Ibid, hlm. 3.
- 531 Abdul Bari Azed, 2005
- 532 Meskipun dapat dikatakan bahwa tujuan perlindungan itu semula memang luhur sifatnya, akan tetapi dalam konteks global, hubungan pemilik karya asli dengan pembayar royalti, serta konsumen produk yang dihasilkan lama kelamaan justru mencerminkan hubungan-hubungan hegemonik yang tidak adil.
- 533 Istilah hak asasi manusia (HAM) merupakan suatu istilah yang relatif baru, dan menjadi bahasa sehari-hari semenjak Perang Dunia II dan pembentukan Perserikatan Bangsa-Bangsa (PBB) pada tahun 1945.
- 534 Lihat : Thomas Hobbes, 1985
- 535 Boer Mauna, 2000, *Hukum Internasional: Pengertian, Peranan Dan Fungsi Dalam Era Dinamika Global*, Bandung, Alumni, hlm. 595.
- 536 Boer Mauna, Op. Cit., hlm 595-597.
- 537 Istilah "masyarakat asli" telah menjadi diskusi dan penelitian yang cukup serius. Penjelasan konsep

- "asli" dalam Study of the Problem of Discrimination Against Indigenous Population (E/CN.4/Sub.2/1986/7 and Add. 1-4).
- 538 J Martinez Cobo, Special Rapporteur of the United Nations Sub-Commission on Prevention of Discrimination and Protection of Minorities, WIPO, Geneva.
- 539 William A Shrode dan Jr. Dan Voich, 1974
- 540 Muladi, 1997
- 541 Ibid.
- 542 Archibald Cox, 1979
- 543 Moh. Koesnoe, 1995
- 544 Pembukaan Undang-Undang Dasar 1945, alinea ke-IV.
- 545 Moh. Koesnoe, Yuridisme Yang Dianut Dalam Tap MPRS No.XIX/1966, Varia Peradilan, No.143, Agustus 1997, hlm.138.
- 546 Benard Arief Sidharta, 1999.
- 547 M. Solly Lubis, 1981
- 548 Bagir Manan, 1999
- 549 Mariam Darus Badruzaman, 1997
- 550 Lawrence M. Friedman, Op.Cit., hlm.14.
- 551 Gert-Fredrik Malt, 1992
- 552 Lawrence M. Friedman, Op.Cit.
- 553 Ibid.
- 554 Ibid., hlm.15.
- 555 Agus Sardjono, 2006
- 556 Muhamad Djumhana, 2006
- 557 Kholis Roisah, 2008
- 558 Penjelasan Pasal 5 UU Paten
- 559 Rahmi Jened, 2007
- 560 Agus Sardjono, op. cit., hal. 197
- 561 Lihat Pasal 10 UU Hak Cipta
- 562 Penerapan pengalihan collective ownership kepada negara sebagai pemegang hak atas ekspresi folklor tersebut sesuai dengan konsep yang diberikan di Dalam WIPO Report on Fact Finding Mission on Intellectual Property and Traditional Knowledge (1998-1999)
- 563 Persoalan krusial mengenai pengaturan negara sebagai pemegang hak atas TK bidang obat tradisional sebenarnya bukan hanya terkait dengan persyaratan dan prosedur perizinan.
- 564 Berdasarkan hasil penelitian yang dilakukan oleh Agus Sardjono bahwa sampai sekarang belum ada permohonan paten dari dalam negeri atas suatu invensi yang dihasilkan dari proses pengembangan atas TK bidang obat tradisional melalui kegiatan R & D.

# Problematika Menciptakan Iklim Usaha Yang Kondusif

## ORIGINALITY REPORT

18%

SIMILARITY INDEX

19%

INTERNET SOURCES

0%

PUBLICATIONS

3%

STUDENT PAPERS

## PRIMARY SOURCES

1	<a href="https://repository.unib.ac.id">repository.unib.ac.id</a> Internet Source	4%
2	<a href="https://repository.uksw.edu">repository.uksw.edu</a> Internet Source	4%
3	<a href="https://lib.ui.ac.id">lib.ui.ac.id</a> Internet Source	3%
4	<a href="https://melaleuca-laucadendra.blogspot.com">melaleuca-laucadendra.blogspot.com</a> Internet Source	3%
5	<a href="https://es.scribd.com">es.scribd.com</a> Internet Source	3%
6	<a href="https://www.csrkesosntb.org">www.csrkesosntb.org</a> Internet Source	3%

Exclude quotes  On

Exclude bibliography  On

Exclude matches  < 3%