10-31-2007

GATS dan Regulasi Nasional Masalah Rekonsiliasi Dua Tujuan dan Kepentingan

Adolf Warouw

Follow this and additional works at: <https://scholarhub.ui.ac.id/ijil>

Part of the [International Law Commons](#)

Recommended Citation

Warouw, Adolf (2007) "GATS dan Regulasi Nasional Masalah Rekonsiliasi Dua Tujuan dan Kepentingan," *Indonesian Journal of International Law*: Vol. 3 : No. 4 , Article 5.

DOI: 10.17304/ijil.vol3.4.5

Available at: <https://scholarhub.ui.ac.id/ijil/vol3/iss4/5>

This Article is brought to you for free and open access by the Faculty of Law at UI Scholars Hub. It has been accepted for inclusion in Indonesian Journal of International Law by an authorized editor of UI Scholars Hub.

GATS dan Regulasi Nasional Masalah Rekonsiliasi Dua Tujuan dan Kepentingan

Adolf Warouw*

Trade in services, far more than trade in goods, is affected by domestic regulations. Many services sectors are highly regulated to ensure a certain level of quality, to protect consumers, environment, public health, or to pursue other social goals. Domestic regulations of all kinds can be drafted and applied in ways that directly or indirectly undermine international trade commitments. Trade regime would therefore seem to have legitimate interest in disciplining the use of such regulation. GATS aims at trade liberalization and expansion of trade, hence its central concern is to make sure that national regulation does not create unnecessary barriers that would impede implementation of such objectives. On the other hand, GATS recognizes the rights of WTO members to regulate and to introduce new regulations on the supply of services in order to meet national policy objectives. The mixed objectives of trade liberalization and national regulation do create potential conflict that leads to the question of what is the main objective of GATS and the role of national regulation. National regulation provides a range of legitimate objectives of multidimensional nature which deserve proper recognition within GATS regime. It requires necessary autonomy and flexibility to respond effectively to social and economic objectives. Multilateral disciplines must therefore be crafted carefully to ensure the

* Penulis adalah pengajar hukum internasional pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia. Sebagai anggota Tim Nasional Perundingan WTO, beliau ditunjuk sebagai Ketua Tim Perunding Indonesia pada forum WTO di Jenewa di bidang perdagangan jasa tahun 2000-2004 dan menjadi anggota delegasi RI pada WTO Ministerial Conferences sejak 1999-2005. Gelar sarjana hukum diperoleh dari Fakultas Hukum Universitas Indonesia tahun 1969 dan Master of Laws dari Harvard Law School, USA, tahun 1976.

appropriate balance between those two opposing objectives.

Pengantar

General Agreement on Trade in Services (GATS) merupakan salah satu produk utama hasil perundingan perdagangan *Uruguay Round*, disamping persetujuan yang dicapai di bidang perdagangan barang (GATT) dan hak milik intelektual yang berkaitan dengan perdagangan (TRIPS). Persetujuan yang dicapai di bidang perdagangan jasa ini dinilai sebagai salah satu prestasi utama dari diplomasi perdagangan multilateral karena berhasil menggiring perdagangan jasa yang begitu luas dan kompleks ke dalam suatu pengaturan multilateral. Persetujuan ini juga dianggap sebagai kesepakatan yang 'pro-development' dan paling fleksibel diantara persetujuan-persetujuan yang dicapai dalam *Uruguay Round*, terutama dilihat dari kepentingan Negara-negara berkembang dan 'the least-developed countries' (LDCs).

GATS menerapkan liberalisasi perdagangan secara bertahap (*progressive liberalization*) melalui proses pelaksanaan yang mengacu pada tujuan kebijakan nasional (*national policy objectives*) dan memperhatikan tingkat perkembangan (*level of development*) tiap Negara anggota. Pada sisi lain, GATS dianggap sebagai suatu produk hukum yang kontroversial seiring dengan karakteristik perdagangan jasa yang sarat dengan regulasi dan kebijakan publik domestik yang intensitasnya jauh melampaui perdagangan barang. Persetujuan di bidang jasa ini dinilai terlalu berorientasi pada tujuan komersial dan karena itu membatasi ruang gerak Negara-negara anggota untuk mengatur dan menetapkan regulasi di bidang jasa, khususnya sektor-sektor yang menyangkut kepentingan publik seperti kesehatan, pendidikan, komunikasi, transportasi, kebudayaan, penyediaan dan distribusi air minum.¹

¹ Perdagangan jasa sesuai Pasal 1 (b) dan (c) mencakup semua sektor kegiatan jasa kecuali jasa yang dilakukan oleh pemerintah yang tidak atas dasar komersial atau bersaing dengan penyedia jasa lainnya. WTO

Bahkan, GATS dinilai membatasi Negara-negara anggota untuk membuat keputusan yang dilakukan secara demokratis, pembatasan mana merupakan suatu erosi terhadap kebebasan dan hak-hak demokrasi.² Keberadaan GATS dinilai merupakan ancaman terhadap hak kedaulatan tiap Negara anggota untuk mengatur kegiatan ekonominya, termasuk perdagangan jasa yang dimulai dari kegiatan produksi, penjualan, distribusi dan penyediaan jasanya. GATS mengintegrasikan regulasi nasional sebagai bagian dari proses liberalisasi yang ditempuh oleh Negara-negara anggota. Tujuan pokoknya adalah agar Negara-negara membuat atau mengembangkan aturan-aturan domestik yang ramah pasar, tidak menciptakan hambatan-hambatan yang tidak perlu (*unnecessary barriers*) bagi perdagangan jasa. Disamping itu, langkah liberalisasi itu sendiri sering kali memerlukan perubahan regulasi yang tidak harus diartikan tindakan deregulasi tetapi merupakan pengaturan kembali (re-regulasi).

Kekhawatiran mengenai dampak dari GATS terhadap penyediaan jasa untuk kepentingan publik, implikasinya pada kedaulatan nasional, kemampuan dan keleluasaan pemerintah untuk mengatur, semuanya ini merupakan faktor-faktor yang sangat penting untuk dikaji dan diklarifikasi dengan maksud untuk memperoleh pemahaman yang benar dalam kerangka rekonsiliasi

mengelompokkannya ke dalam 12 sektor jasa besar yang terdiri dari jasa bisnis termasuk profesi, jasa komunikasi, jasa konstruksi dan *engineering*, jasa distribusi, jasa pendidikan, jasa lingkungan, jasa keuangan, jasa kesehatan, jasa kepariwisataan, jasa rekreasi, kebudayaan dan olahraga, jasa transportasi dan jasa lainnya. WTO Secretariat, *Services Sectoral Classification List*, MTN.GNS/W/120.

² Lihat pernyataan Dillon bahwa "sovereignty encompasses more than the rights of a nation to act independently among other nations. It also includes a nation's ongoing capacity to respond adequately to democratic 'inputs' which serve as the proper building blocks of national legislation", bahkan dikatakan selanjutnya bahwa "the state cannot legitimately waive the democratic rights of its citizens to influence the content of national legislation", Sarah Dillon, *Fuji-Kodak, the WTO, and the Death of Domestic Political Constituencies* (1999) 8 *Minnesota Journal of Global Trade*, 204.

tujuan dan kepentingan yang berbeda antara GATS dan Negara-negara anggotanya.

Konflik Antara Dua Tujuan

GATS sebagai suatu produk kompromi antara Negara-negara peserta perundingan memang mempunyai dua tujuan yang berbeda bahkan dapat bertentangan satu sama lain. Di satu sisi GATS menginginkan penghapusan/pengurangan hambatan-hambatan perdagangan dan peningkatan akses pasar dengan dukungan regulasi nasional, sementara pada sisi lain GATS mengakui dan menghormati hak tiap Negara anggota untuk mengatur perdagangan jasanya sesuai dengan tujuan kebijakan nasionalnya. Pertemuan antara kedua tujuan tersebut, antara liberalisasi perdagangan dan regulasi nasional, memiliki peluang timbulnya pertentangan terutama mengingat bahwa regulasi nasional sering mengejar tujuan-tujuan yang bersifat sosial dan non-komersial.

Potensi konflik antara dua tujuan tersebut memunculkan masalah mana yang diutamakan dari keduanya, hal ini tergantung dari pertanyaan apa yang menjadi tujuan sebenarnya yang ingin dicapai dari sistem perdagangan multilateral melalui WTO. Krajewski,³ mengedepankan beberapa penafsiran yang muncul antara lain pandangan integrasi pasar dari neo-liberalisme dan pandangan yang lebih membatasi hukum WTO dengan memberikan peran bagi kebijakan dan regulasi nasional. Pandangan neo-liberal mengutamakan liberalisasi perdagangan ketimbang otonomi negara untuk mengatur dan pandangan ini melihat sistem perdagangan multilateral sebagai suatu instrumen dari kapitalisme korporat global. Pandangan ini menimbulkan reaksi dan tentangan dari

³ Krajewski, Markus, *"National Regulation and Trade Liberalization in Services: The Legal Impact of The General Agreement on Trade in Services (GATS) on National Regulatory Autonomy"*, (The Hague:Kluwer International, 2003), pp.57-59.

banyak kalangan termasuk dari Negara-negara berkembang dan kelompok-kelompok anti kapitalis, pendukung lingkungan, dan lain-lain. Pandangan kedua melihat hukum WTO lebih restriktif sebagai instrumen untuk mencegah proteksionisme dan tetap menghormati otonomi Negara-negara untuk mengatur, demikian juga menghormati putusan-putusan dari organisasi internasional lainnya. Hasil-hasil Putaran Uruguay yang lalu lebih mencerminkan pengaruh agenda neo-liberalisme yang dapat dilihat antara lain melalui elemen akses pasar dan deregulasi domestik dalam GATS.⁴

Dengan memperhatikan rumusan tujuan GATS yang bersifat "mixed objectives" yang dapat menimbulkan konflik antara dua kepentingan maka perlu adanya klarifikasi terutama mengenai kedudukan regulasi nasional dalam konteks GATS. Namun, hal ini sulit diharapkan penyelesaiannya lewat ketentuan-ketentuan GATS sekarang ini yang memberikan tekanan utama pada liberalisasi pasar. Hal ini berarti harus dicari pemecahannya diluar GATS melalui bentuk dan mekanisme yang disepakati oleh Negara-negara anggota atau membiarkan penyelesaiannya lewat mekanisme penyelesaian sengketa WTO. Kedua mekanisme ini dalam praktek tidak mudah untuk dilaksanakan dan cenderung tidak menguntungkan bagi Negara-negara anggota yang ingin mengedepankan peranan regulasi nasional. Pengalaman perundingan jasa WTO yang sudah digelar sejak tahun 2000 sampai saat ini mengungkapkan betapa sulitnya mencapai kesepakatan mengenai suatu agenda yang melibatkan dua kepentingan berbeda.⁵

⁴ Bandingkan pula Hoekman, B., Mattoo, A., English, P., (Eds.), "Development, Trade and the WTO: A Handbook", (Washington, D.C.: The World Bank, 2002), pp.215, menggarisbawahi elemen akses pasar sebagai isu sentral bagi WTO dengan menyatakan "in line with the WTO's central concern with securing market access, it would be natural to use the GATS to enhance the credibility of policy at home and security of access to markets abroad through legally binding commitments."

⁵ Perundingan jasa mengenai 'rules' yang meliputi "emergency safeguard measures (ESM)", 'subsidies', dan 'government procurement' belum memberikan hasil yang berarti bahkan untuk ESM sudah berlangsung lebih dari

Apabila kita perhatikan kasus-kasus yang diputuskan oleh Panel atau *Appellate Body WTO* terlihat sikap yang memberi keutamaan pada tujuan perdagangan bebas dan liberalisasi pasar dengan melakukan pengujian kesesuaian regulasi nasional terhadap tujuan tersebut. Ukuran yang digunakan adalah apakah prinsip perdagangan bebas telah dilanggar atau tidak melalui operasionalisasi hukum nasional. Argumentasi dan pertimbangan yang memuat nilai-nilai yang melatarbelakangi suatu regulasi domestik yang telah dihasilkan oleh konstituensi domestik dianggap tidak relevan di depan Panel WTO.

Pada dasarnya, Panel WTO hanya mempertimbangkan argumentasi mengenai kesesuaian hukum nasional terhadap prinsip-prinsip dan aturan WTO.⁶ Dillon memberikan beberapa contoh kasus yang menggambarkan superioritas hukum WTO terhadap regulasi nasional, diantaranya adalah kasus Beef Hormones dan Fuji-Kodak. Kasus pertama menyangkut penerapan aturan-aturan SPS (*the Agreement on the Application of Sanitary and Phytosanitary Measures*), sedangkan kasus yang disebut terakhir menyangkut GATT/GATS. Dalam kasus *Beef Hormones*, kebijakan *European Community (EC)* yang melarang masuknya daging sapi yang dinilai membahayakan kesehatan ternyata ditolak oleh Panel dan *Appellate Body WTO* karena bertentangan dengan SPS. Penggunaan hormon untuk menggemukkan hewan sapi merupakan tindakan yang biasa dipraktekkan di Amerika Serikat. Oleh karena itu, kebijakan larangan impor daging sapi oleh EC sangat memukul eksportir Amerika Serikat. Regulasi EC didasarkan atas pertimbangan kesehatan guna melindungi penduduknya dari risiko terhadap residu hormon yang dapat mengakibatkan kanker. Namun, Amerika Serikat menganggap tindakan EC tersebut merupakan

10 tahun. Hasil-hasil pertemuan para Menteri dari Negara-negara anggota di Hongkong pada Desember 2005, belum menunjukkan kemajuan yang signifikan. Lihat *Hongkong Ministerial Declaration December 2005*. www.wto.org

⁶ Lihat Dillon, *Op.cit.*, p.235.

tindakan proteksi terselubung yang memberikan keuntungan bagi produsen Eropa. Putusan WTO menegaskan bahwa regulasi EC tidak selayaknya perlu (*necessary*) untuk memenuhi tujuan perlindungan kesehatan, dengan demikian dianggap melanggar aturan-aturan WTO. Kasus ini mengungkapkan pengutamaan hukum WTO meskipun harus 'mengorbankan' regulasi nasional yang memiliki tujuan nasional yang sah (*legitimate*).⁷ Sementara dalam kasus Fuji-Kodak, undang-undang retail Jepang yang membatasi dominasi usaha pertokoan berskala besar untuk melindungi sektor retail kecil akhirnya harus dicabut dalam sengketanya dengan Amerika Serikat dan menggantinya dengan undang-undang yang baru. Kasus Fuji-Kodak ini digambarkan sebagai contoh pertarungan antara konstituensi politik domestik dengan tekanan global untuk membenahi regulasi domestik dan merupakan contoh kasus WTO dimana suatu regulasi domestik yang sangat penting bagi kepentingan domestik harus tergusur karena penerapan prinsip-prinsip perdagangan bebas.⁸

Pertanyaannya adalah bagaimana GATS sebagai suatu produk kesepakatan Negara-negara mengatur mengenai keberadaan dan peranan regulasi domestik ini, dalam hal bagaimana atau mengenai hal apa saja otonomi untuk mengatur masih dimiliki oleh Negara anggota, dan sebaliknya, dalam hal-hal apa saja hak mengatur tersebut dibatasi atau harus disesuaikan dengan tujuan liberalisasi dan perluasan perdagangan jasa.

Hak untuk Mengatur

Preambul GATS secara eksplisit mengakui hak tiap Negara anggota untuk mengatur (*right to regulate*) dan membuat regulasi

⁷ Untuk kasus Beef Hormone ini lihat pula Sykes, Alan, O., "Regulatory Protectionism and the Law of International Trade" 66 University of Chicago Law Review (1999), juga oleh penulis yang sama dalam "The Least Restrictive Means", 70 University of Chicago Law Review (2003).

⁸ Lihat selanjutnya pembahasan kasus-kasus tersebut dalam Dillon, *Op.cit.*

baru berkenaan dengan penyediaan jasa dalam wilayahnya dalam rangka untuk mencapai tujuan kebijakan nasionalnya. Adanya pengakuan ini menyiratkan bahwa persetujuan multilateral ini tidak mengarah pada penyeragaman atau harmonisasi dari regulasi domestik Negara-negara anggota dalam hal-hal yang relevan dengan perdagangan jasa seperti standar dan kriteria penyediaan jasa.⁹ Pendekatan harmonisasi ini selain tidak diterima oleh Negara-negara dalam *Uruguay Round* juga merupakan pendekatan yang sangat sulit dicapai mengingat perbedaan yang besar diantara Negara-negara, tujuan kebijakan domestik yang bersumber dari tradisi hukum dan latar belakang budaya dan sejarah yang berbeda-beda, demikian pula tingkat perkembangan yang heterogen serta kapasitas regulasi yang bervariasi diantara negara-negara anggota.

Pengakuan atas hak untuk mengatur memerlukan kejelasan dilihat dari konteks pencapaian tujuan utama GATS. Liberalisasi perdagangan menuntut penghapusan atau pengurangan hambatan menuju ke arah pembukaan akses pasar yang efektif. Oleh karena itu, Pasal XIX telah menetapkan mekanisme untuk mencapai tujuan tersebut melalui suatu proses liberalisasi secara bertahap (*progressive liberalization*) yang dilakukan secara berkelanjutan dalam putaran-putaran perundingan oleh Negara-negara anggota. Potensi konflik dengan regulasi nasional sangat mungkin terjadi mengingat sektor jasa ini pada umumnya sarat dengan regulasi dan intervensi pemerintah, baik langsung maupun tidak langsung melalui penetapan aturan-aturan dan kondisi-kondisi bagi

⁹ Pasal VI: 4 membuka kemungkinan harmonisasi namun tidak mengharuskan tetapi juga tidak mendorong ke arah harmonisasi sebagaimana disimpulkan pula dari Pasal VI: 5 GATS. Hal ini berbeda dengan Persetujuan SPS dan Persetujuan TBT (the Technical Barriers to Trade Agreement) yang mensyaratkan Negara-negara anggota untuk berpartisipasi penuh dalam pengembangan standar internasional guna mencapai harmonisasi regulasi teknis seluas mungkin. Lihat Trachtman, Joel P., "Lessons for the GATS from Existing WTO Rules on Domestic Regulation" dalam Mattoo, Aaditya, and Sauve, Pierre, Eds., "Domestic Regulation & Service Trade Liberalization" (Washington, DC: The World Bank, 2003), p.70.

penyediaan dan kegiatan usaha jasa. Aturan dan kondisi tersebut, apakah menyangkut akses pasar dan perlakuan nasional, atau dalam bentuk persyaratan/prosedur kualifikasi, standar, atau perizinan, ataupun pelaksanaan kebijakan domestik yang diperkenankan GATS sebagaimana diatur dalam Pasal XIV GATS, semuanya memiliki potensi untuk menimbulkan hambatan bagi perdagangan (*trade barriers*).

Dalam perkembangan hukum perdagangan internasional, kita melihat bahwa GATS mengatur tidak saja aspek non-diskriminasi dan penghapusan hambatan perdagangan tetapi juga akses pasar dan aturan atau disiplin bagi regulasi domestik. Ketentuan mengenai akses pasar dan disiplin bagi regulasi domestik akan membawa pengaruh ke arah pengurangan otonomi Negara-negara anggota untuk mengatur kegiatan jasa domestiknya. Situasi sebagaimana diutarakan di atas ini dinilai kurang menguntungkan dilihat dari adanya pengakuan terhadap hak Negara untuk mengatur sebagai salah satu dasar pemikiran dari GATS. Seiring dengan hak mengatur ini, GATS mengakui pula pentingnya tujuan kebijakan nasional (*national policy objectives*) sebagai acuan bagi regulasi domestik. Tujuan nasional ini tidak akan dapat dicapai secara efektif jika kebebasan untuk mengatur dibatasi atau dikurangi.

Masalah hak mengatur ini sering dikaitkan dengan isu kedaulatan dalam arti hilangnya atau berkurangnya kebebasan suatu Negara untuk mengatur sektor jasanya sesuai dengan apa yang diinginkannya. Dampak terhadap kedaulatan tidak saja disuarakan oleh Negara-negara berkembang tetapi juga oleh Negara maju.¹⁰ Terlepas dari argumentasi hukum bahwa Negara-negara telah menyatakan persetujuan mereka atas perjanjian-perjanjian WTO, isu pokok yang diperdebatkan adalah adanya '*loss of sovereignty*' berupa pengurangan hak dan kekuasaan Negara anggota untuk

¹⁰ Lihat perdebatan isu ini di Amerika Serikat dalam Jackson, John, H. "*The Great 1994 Sovereignty Debate: United States Acceptance and Implementation of the Uruguay Round Results*" 36 *Columbia Journal of Transnational Law* (1997).

mengatur hal-hal yang menjadi urusan domestiknya. Isu ini masih sering muncul dalam perundingan-perundingan internasional meskipun pemahaman mengenai kedaulatan ini sering tidak tepat atau disalahartikan.

Dewasa ini konsep kedaulatan telah mengalami banyak erosi dan praktis tidak ada suatu negarapun yang tidak menghadapi pembatasan dalam kebebasannya untuk mengatur.¹¹ Bahkan, menurut Starke, lebih tepat untuk mengatakan bahwa kedaulatan suatu Negara merupakan sisa kekuasaan (*residuum of power*) yang dimilikinya dalam batas-batas yang ditentukan oleh hukum internasional. Perjanjian-perjanjian internasional yang dibuat suatu Negara dalam bidang apapun mempunyai dampak yang membatasi kedaulatan karena harus menerima kewajiban-kewajiban, baik pada tingkat internasional maupun domestik. Demikian juga dengan GATS dimana Negara anggota harus dapat 'mendisiplinkan' aturan-aturan domestiknya sesuai dengan prinsip dan aturan-aturan GATS. Hal yang menjadi persoalan adalah seberapa jauh penetrasi aturan-aturan internasional itu ke dalam kebijakan dan regulasi nasional atau seberapa besar dampaknya bagi hak mengatur yang dimiliki suatu Negara. Isu kedaulatan, menurut Jackson,¹² lebih merupakan isu alokasi kekuasaan (*allocation of power*) antara institusi kekuasaan inilah, dalam berbagai aspek dan kebijakan di dalamnya, yang perlu dikaji dengan mempertimbangkan keuntungan dan kerugiannya sehingga memudahkan bagi pemerintah untuk mengambil keputusan.

Regulasi Domestik Dalam Konteks GATS

Regulasi domestik merupakan instrumen yang paling signifikan bagi pemerintah untuk melakukan intervensi atau mengendalikan kegiatan sektor jasa. Intervensi atau pengaturan oleh pemerintah dilakukan untuk berbagai maksud yang mestinya

¹¹ Lihat Shearer, I. A., "Starke's International Law", (London: Butterworths, 1994), pp. 90-91.

¹² *Op.cit.*, pp.160, 187.

semuanya bermuara pada pencapaian tujuan kebijakan nasional. Dilihat dari pencapaian tujuan perdagangan jasa, regulasi domestik ini dapat dianggap sebagai hambatan terutama bila digunakan untuk tujuan proteksionisme, memberikan perlakuan berbeda yang lebih menguntungkan penyedia jasa domestik atau membuat aturan dan prosedur yang memberatkan penyedia jasa. Dengan latar belakang pemikiran demikian, GATS mengembangkan rambu-rambu yang memungkinkan regulasi domestik dapat mendukung penciptaan suatu lingkungan hukum yang kondusif bagi perdagangan jasa.

Pertama, ruang gerak regulasi nasional dibatasi oleh prinsip non-diskriminasi yang merupakan pilar utama sistem perdagangan WTO berupa perlakuan *most-favoured-nation* (MFN) dan *national treatment* (NT). Perlakuan MFN merupakan kewajiban umum bagi setiap Negara anggota, sementara NT diberlakukan dalam hal Negara anggota telah membuat komitmen akses pasar untuk sektor-sektor jasa sebagaimana tercantum dalam skedul komitmennya.¹³ Pemahaman NT sebagaimana diartikan dalam GATS masih membuka penafsiran berbeda yang memberikan peluang terjadinya sengketa seperti pengertian '*like services*', '*less favourable treatment*', '*indirect discrimination*' atau '*de facto discrimination*'.¹⁴

¹³ Pasal II: 1 GATS berbunyi: "With respect to any measure covered by this Agreement, each Member shall accord immediately and unconditionally to services and service suppliers of any other Member treatment no less favourable than that it accords to like services and service suppliers of any other country." Pemberlakuan MFN terhadap 'any measure' menunjuk pada tindakan Negara anggota dalam bentuk regulasi atau bentuk lainnya sebagaimana dijelaskan pada Pasal XXVIII (a) yaitu "any measure by a Member, whether in the form of a law, regulation, rule, procedure, decision, administrative action, or any other form". Pasal XVII: 1 mengenai NT berbunyi: "In the sectors inscribed in its Schedule, and subject to any conditions and qualifications set out therein, each Member shall accord to services and service suppliers of any other Member, in respect of all measures affecting the supply of services, treatment no less favourable than that it accords to its own like services and service suppliers."

Kedua, regulasi nasional harus menerapkan prinsip transparansi yang merupakan kewajiban umum, disamping MFN. Transparansi diwujudkan dalam bentuk publikasi dan notifikasi regulasi nasional serta pembentukan 'enquiry points'. Setiap pemerintah berkewajiban untuk mempublikasikan semua undang-undang dan peraturan yang berkaitan atau mempunyai akibat terhadap operasionalisasi GATS. Sejalan dengan kewajiban publikasi ini, setiap Negara diharuskan pula memberitahu WTO apabila terdapat regulasi baru, dalam bentuk undang-undang, peraturan atau pedoman administratif, demikian pula dalam hal terjadi perubahan regulasi. Kewajiban ini diberlakukan terhadap regulasi yang mempunyai atau membawa akibat bagi perdagangan jasa dari sektor-sektor yang telah menjadi komitmen Negara anggota tersebut.¹⁴ Transparansi regulasi dinilai sebagai prinsip yang paling penting bagi perdagangan jasa mengingat hambatan dan pembatasan yang paling banyak dihadapi di bidang perdagangan ini berasal dari regulasi domestik. Transparansi dalam

¹⁴ Lihat Trachtman, *Op.cit.*, pp.62-64, Krajewski, *op.cit.*, pp.100-110. Regulasi nasional bisa saja mengatur keharusan perusahaan jasa asing untuk menempatkan personil lokal sebagai anggota Direksi untuk bidang sumber daya manusia, ketentuan ini dapat dikualifikasikan sebagai 'direct discrimination'. Bandingkan dengan UU Nomor 13 Tahun 2003 tentang Ketenagakerjaan, Pasal 46 melarang tenaga kerja asing untuk menduduki posisi yang mengurus personalia sementara komitmen Indonesia di bidang ketenagakerjaan, khususnya untuk pimpinan perusahaan, tidak membatasi atau melarang tenaga eksekutif asing untuk menduduki posisi tersebut. Lihat GATS, *Indonesia-Schedule of Specific Commitments*, GATS/SC/43 15 April 1994, GATS/SC/43 Suppl.1 28 July 1995, GATS/SC/43/Suppl.2 11 April 1997, GATS/SC/43/Suppl.3 26 February 1998. www.wto.org

¹⁵ Sebagai contoh, Indonesia telah membuat komitmen pada beberapa sektor jasa dalam rangka Putaran Uruguay yang meliputi sektor telekomunikasi, konstruksi termasuk jasa bisnis, angkutan laut, pariwisata, dan keuangan. Bidang kegiatan yang dibuka pada sektor-sektor ini bervariasi sejalan dengan kebijakan sektor masing-masing. Bagi sektor/bidang kegiatan yang dibuka tersebut terdapat kewajiban untuk memberitahu WTO dalam hal terjadi penerbitan dan perubahan regulasi yang berkaitan dengan perdagangan jasa sektor-sektor/bidang-bidang tersebut. Lihat *Indonesia-Schedule of Specific Commitments*, *Ibid.*

pembuatan dan penerapan aturan-aturan akan memfasilitas perdagangan karena menciptakan kondisi-kondisi yang dapat diprediksi oleh pelaku usaha. Namun demikian, pada sisi lain, pelaksanaan dari prinsip transparansi ini akan menimbulkan beban yang memberatkan terutama bagi Negara-negara berkembang karena penerapannya yang begitu luas mencakup "*all relevant measures of general application which pertain to or affect the operation of this Agreement*". Bagi Indonesia, penerapan prinsip ini menjadi lebih sulit lagi karena kondisi dan kapasitas regulasi terutama pada tingkat pemerintah daerah yang masih lemah.¹⁶ Tidak mengherankan bila banyak Negara yang belum melaksanakan kewajiban notifikasi ini karena dianggap '*costly*'. Oleh karena itu, disarankan agar penerapan ketentuan ini dilakukan secara selektif dengan hanya memberlakukan terhadap regulasi nasional yang mempunyai akibat yang signifikan terhadap perdagangan jasa, diterapkan pengecualian khusus, atau diberikan waktu penyesuaian yang lebih lama untuk memenuhi ketentuan tersebut.¹⁷ Sebagai kelengkapan dari kewajiban untuk mempublikasikan regulasi yang relevan, Pasal III: 4 mengharuskan tiap Negara anggota untuk membentuk "*enquiry points*" sebagai tempat untuk memperoleh informasi mengenai regulasi nasional bagi Negara anggota lainnya.¹⁸

Ketiga, pengembangan aturan-aturan dan disiplin regulasi nasional sebagaimana diatur dalam Pasal VI. Hal ini merupakan

¹⁶ Lihat Pasal I: 3 (a) GATS: '*measures*' by Members means measures taken by: (i) central, regional or local governments and authorities'.

¹⁷ Lihat misalnya Findlay, Christopher, and Kim, June-Dong, *Issues in Domestic Regulation of Services*, Paper prepared for APEC Group on Services, Beijing, 17-18 February 2001, pp.14; lihat pula Krajewski, *Op.cit.*, pp.137.

¹⁸ Indonesia belum memiliki '*enquiry point*' sebagaimana dimaksud dalam ketentuan GATS. Bank Indonesia telah membentuk enquiry point namun belum dinotifikasikan ke WTO. Dengan demikian untuk sektor-sektor jasa dimana Indonesia telah memberikan komitmen akses pasarnya belum tersedia tempat dimana regulasi nasional dapat diakses oleh WTO dan negara-negara anggota lainnya.

tema sentral dalam agenda perundingan jasa sekarang ini mengenai regulasi domestik. Pasal ini dinilai memiliki peran kunci dalam hal pembukaan pasar jasa seiring dengan pentingnya regulasi dalam perdagangan jasa. Pengembangan disiplin regulasi domestik merupakan salah satu dari tiga dimensi pendekatan bagi terciptanya akses pasar yang efektif di bidang perdagangan jasa disamping dimensi akses pasar dan perlakuan nasional. Arahnya adalah bagaimana 'mendisiplinkan' perilaku regulasi domestik yang sering dianggap protektif.¹⁹ Terdapat beberapa hal penting yang perlu disinggung disini. Pasal ini pertama-tama memuat ketentuan umum bahwa Negara-negara anggota harus dapat menyelenggarakan regulasi domestiknya secara '*reasonable, objective and impartial manner*', khususnya terhadap sektor-sektor jasa dimana Negara yang bersangkutan telah membuat komitmen akses pasarnya (Pasal VI:1). Ketentuan ini mengenai penyelenggaraan regulasi domestik seperti prosedur atau formalitas yang diberlakukan terhadap penyedia jasa asing yang tidak lebih memberatkan selain yang dianggap perlu untuk mencapai tujuan yang diinginkan. Hal ini dimaksudkan agar komitmen pasar yang telah dibuat tidak dihambat atau dipersulit dengan regulasi yang memberatkan sehingga mengurangi arti dan nilai komitmen. Ayat berikutnya menyatakan bahwa dalam hal pemerintah membuat suatu keputusan administratif yang berakibat pada suatu kegiatan jasa maka pemerintah harus menyediakan mekanisme atau cara untuk melakukan reviu atas keputusan tersebut.

Selanjutnya, Pasal VI: 4 mengamanatkan pengembangan aturan-aturan dan disiplin dalam regulasi domestik yang berkaitan dengan persyaratan dan prosedur kualifikasi, standar-standar teknis dan perizinan yang tidak menciptakan hambatan yang tidak perlu atau berlebihan (*unnecessary barriers*). Bagi ketiga aspek ini, pengembangan aturan dan disiplin harus didasarkan antara lain pada kriteria yang obyektif dan transparan, tidak menimbulkan beban yang tidak perlu, dan khusus untuk prosedur perizinan, aturan-

¹⁹ Mattoo, Aditya, and Sauve, Pierre, "Domestic Regulation and Trade in Services: Key Issues", dalam Mattoo, *Op.cit.*, p.3.

aturan yang dibuat itu tidak dimaksudkan untuk membatasi penyediaan jasa itu sendiri. Oleh karena itu, Dewan Jasa WTO diberikan mandat untuk mengembangkan aturan atau disiplin yang berkaitan dengan kualifikasi, standar dan perizinan berdasarkan persyaratan dan kriteria tersebut di atas, untuk selanjutnya menjadi aturan-aturan multilateral yang diberlakukan terhadap Negara-negara anggota.²⁰

Sambil menunggu pengembangan disiplin tersebut melalui perundingan yang sedang berjalan, Negara-negara anggota tidak boleh menerapkan persyaratan kualifikasi dan perizinan serta standar teknis yang meniadakan atau mengurangi komitmen yang telah dibuat oleh mereka. Setidak-tidaknya, apabila terjadi peniadaan atau pengurangan manfaat dari komitmen yang sudah dibuat, Negara-negara anggota harus memastikan bahwa persyaratan yang diterapkan adalah sesuai dengan ketiga kriteria tersebut pada Pasal VI: 4 di atas.²¹

Disiplin yang sudah dibuat dalam rangka mandat Pasal VI: 4 ini adalah di bidang jasa akuntansi. Rancangan di bidang ini yang sudah diadopsi pada Desember 1998 dimaksudkan untuk diintergrasikan ke dalam GATS pada penutupan putaran

²⁰ Pasal VI: 4 selengkapnya berbunyi: "With a view to ensuring that measures relating to qualification requirements and procedures, technical standards and licensing requirements do not constitute unnecessary barriers to trade in services, the Council for Trade in Services shall, through appropriate bodies it may establish, develop any necessary disciplines. Such disciplines shall aim to ensure that such requirements are, inter alia:

- (a) based on objective and transparent criteria, such as competence and the ability to supply the service;
- (b) not burdensome than necessary to ensure the quality of the service;
- (c) in the case of licensing procedures, not in themselves a restriction on the supply of the service."

²¹ Sekarang ini Sidang-sidang Working Party on Domestic Regulation dari Dewan Jasa WTO sedang membahas rancangan 'Disciplines on Domestic Regulation pursuant to GATS Article VI: 4'.

perundingan sekarang ini dan selanjutnya diberlakukan bagi Negara-negara yang telah membuat komitmen di bidang jasa akuntansi.²²

Aturan-aturan dan pengembangan disiplin yang diamanatkan dalam Pasal VI: 4 GATS memunculkan perdebatan mengenai penerapan prinsip "*necessity*" dalam lingkup regulasi domestik. Berdasarkan prinsip ini, pembentukan regulasi domestik dibatasi pada 'hal-hal yang perlu' (*necessary*) untuk mencapai tujuan yang diinginkan. Penerapan prinsip ini memerlukan kejelasan mengenai batasan dan kriteria 'hal-hal yang perlu' sehingga mendorong negara-negara anggota, terutama negara-negara maju, untuk mengusulkan konsep '*necessity test*' yang hingga kini masih menjadi agenda perdebatan pada perundingan jasa WTO. Dalam konteks ini, dikedepankan pertanyaan-pertanyaan seperti apakah aturan domestik yang diberlakukan sudah merupakan "*the least trade restrictive*" dilihat dari langkah-langkah atau pilihan yang tersedia, atau apakah aturan-aturan dimaksud sudah didukung dengan bukti-bukti dan data yang secara ilmiah dapat dibenarkan (pertanyaan terakhir ini terutama ditujukan pada aturan-aturan yang berkaitan dengan penerapan standar seperti pada persetujuan SPS dan TBT). Pada intinya, '*necessity test*' ini tetap memberikan kebebasan bagi setiap Negara untuk mengatur masalah-masalah ekonomi dan sosial namun pembatasan yang dilakukan melalui regulasi domestiknya tidak boleh melebihi pembatasan yang diperlukan untuk mencapai tujuan yang diinginkan. GATS sudah menerapkan konsep '*necessity*' ini dalam ketentuan Pasal XIV mengenai pengecualian umum berkaitan dengan pencapaian tujuan-tujuan untuk perlindungan moral publik, pemeliharaan ketertiban umum, perlindungan kesehatan dan kehidupan manusia, hewan dan tanaman, dsbnya. Pengembangan kriteria berkisar pada ukuran-ukuran seperti '*least trade restrictive*',

²² Lihat Council of Trade in Services, "Decision on Disciplines Relating to the Accountancy Sector, 14 December 1998, S/L/63. Lihat juga OECD, "GATS: The Case for Open Services Markets" (OECD 2002), p.67.

'not more trade restrictive than necessary' dan 'not more burdensome than necessary', disamping ukuran lain yang membenarkan pembatasan dilakukan hanya apabila tidak terdapat alternatif lain yang lebih tidak membatasi (*less restrictive*).²³ Seiring dengan pengembangan konsep '*necessity*' dimunculkan pula keperluan untuk menggiring regulasi domestik agar memiliki tujuan yang sah atau dibenarkan (*legitimate objectives*), hal ini dimaksudkan supaya regulasi tersebut tidak ditujukan untuk menciptakan hambatan bagi perdagangan. Pengembangan konsep "*legitimate objectives*" ini sudah mulai dirintis dalam disiplin sektor akuntansi yang diadopsi Dewan Jasa WTO pada 14 Desember 1998.²⁴

Keempat, GATS juga mengatur jasa-sektoral seperti telekomunikasi dan keuangan. Pokok pertimbangan bagi pengaturan sektor telekomunikasi karena perannya yang sangat strategis tidak saja dilihat dari kegiatan sektor itu sendiri sebagai suatu kegiatan ekonomi tetapi juga dalam fungsinya sebagai suatu jasa infrastruktur yang diperlukan oleh sektor-sektor jasa lainnya. Tujuannya agar komitmen-komitmen yang sudah dibuat di sektor-sektor jasa lain tidak dihambat oleh pembatasan atau ketiadaan akses pada jasa telekomunikasi. Tiap negara anggota harus memastikan adanya akses dan penggunaan jasa dan jaringan telekomunikasi publik berdasarkan persyaratan yang layak dan

²³ Terdapat pula konsep '*proportionality*' yang mendasarkan pada prinsip bahwa penetapan kriteria harus proporsional terhadap tujuan yang ingin dicapai, dalam arti bahwa beban yang timbul dari regulasi yang dikeluarkan tidak boleh melampaui manfaat yang diharapkan bagi masyarakat pada umumnya. Lihat WTO (World Trade Organization). 2001. Communication from the European Communities and Their Member States, Domestic Regulation: Necessity and Transparency, S/WPDR/W/14, May 1.

²⁴ Lihat catatan 22. Dikategorikan ke dalam '*legitimate objectives*' menurut Pasal II: 2 Disciplines on Domestic Regulation in the Accountancy Sector antara lain adalah perlindungan konsumen, kualitas pelayanan, kompetensi profesional, dan integritas profesi. Guna mengejar tujuan-tujuan ini, regulasi domestik dapat menetapkan aturan-aturan dan pembatasan yang diperlukan.

non-diskriminatif.²⁵ Pengertian 'non-diskriminasi' disini tidak saja dimaksudkan bahwa penyedia jasa asing menikmati MFN dan perlakuan nasional tetapi juga dapat menggunakan jasa dan jaringan telekomunikasi dengan syarat dan kondisi yang sama sebagaimana dinikmati oleh pengguna jasa lain dalam situasi yang sama.²⁶ Disamping *Annex on Telecommunications*, yang perlu dicermati dilihat dari implikasinya terhadap regulasi nasional adalah produk *Reference Paper*. *Reference Paper* ini memuat prinsip-prinsip regulasi (*regulatory principles*) yang menetapkan standar-standar minimum yang harus diikuti melalui regulasi pemerintah untuk memastikan terciptanya aturan-aturan yang pro-kompetisi, transparan, layak dan non-diskriminatif. Kedua produk ini pada dasarnya memperkuat kerangka disiplin GATS yang berkaitan antara lain dengan penerapan transparansi, regulasi domestik, dan monopoli.²⁷ Bagi sektor keuangan, *GATS Annex on Financial Services* memberikan fleksibilitas yang besar bagi regulasi domestik, khususnya yang berkaitan dengan aturan-aturan prudensial penyediaan jasa keuangan atau untuk menciptakan integritas dan stabilitas sistem keuangan. Namun, regulasi domestik tersebut tidak boleh digunakan sebagai alasan oleh Negara anggota untuk mengelak atau menghindari dari komitmen atau kewajiban yang harus dipenuhinya berdasarkan GATS. Disamping itu, upaya yang diarahkan GATS, sejalan pula dengan perkembangan dalam

²⁵ Lihat Para 5(a) *GATS Annex on Telecommunications* menegaskan "Each Member shall ensure that any service supplier of any other Member is accorded access to and use of public telecommunications transport networks and services on reasonable and non-discriminatory terms and conditions".

²⁶ Lihat footnote 15 *Annex*, lihat pula The WTO Secretariat, "*Guide to the Uruguay Round Agreements*", (The Hague: Kluwer Law International, 1999), p.178.

²⁷ Lihat selanjutnya Roseman, Daniel, "*Domestic Regulation and Trade in Telecommunications Services: Experience and Prospects Under the GATS*", dalam Mattoo, *op.cit.*, pp. 88-90. Berbeda dengan *Annex on Telecommunication*, *Reference Paper* hanya mengikat dalam hal Negara anggota memasukkannya dalam komitmen yang terhuat dalam 'schedule of commitments', komitmen tersebut dapat diberikan secara penuh atau sebagian.

praktek, adalah mendorong Negara-negara untuk mengadopsi standar-standar keuangan internasional yang dikembangkan oleh lembaga-lembaga atau asosiasi internasional.²⁸

Ruang gerak dan fleksibilitas bagi regulasi nasional

Dari uraian beberapa ketentuan GATS tersebut di atas, dapat disimpulkan bahwa regulasi domestik harus mengikuti prinsip-prinsip dan aturan GATS yang mencakup antara lain prinsip non-diskriminasi, transparansi, regulasi yang mendukung komitmen akses pasar, dan pengembangan disiplin berdasarkan kriteria yang transparan dan obyektif serta tidak menciptakan beban dan hambatan yang tidak perlu. Penerapan prinsip-prinsip dan aturan tersebut membuka peluang yang cukup luas bagi penafsiran mengingat sifat atau karakter jasa yang berbeda dengan barang, juga tergantung pada cara pandang dan tujuan yang ingin dicapai. Disamping itu, aturan-aturan GATS itu sendiri sering tidak mudah untuk dilaksanakan terutama di Negara-negara dimana kerangka regulasi dan institusionalnya masih dalam tahap pengembangan.²⁹

²⁸ Seperti the Bank of International Settlements (BIS), OECD, the International Association of Insurance Supervisors (IAIS), the International Accounting Standards Committee (IASC), dan the International Organization of Securities Commissioners (IOSCO). Dalam kaitan ini terdapat pula usulan agar GATS mengembangkan kerangka regulasi internasional bagi perdagangan jasa keuangan di masa mendatang. Lihat Kampf, Roger, "Liberalisation of Financial Services in the GATS and Domestic Regulation" *International Trade Law and Regulation*, 1997, 3(5), 155-166.

²⁹ Sebagai contoh regulasi pada tingkat daerah, masih menjadi pertanyaan sejauh mana peraturan-peraturan daerah konsisten dengan aturan-aturan GATS seperti kewajiban publikasi dan pelaksanaan aturan-aturan daerah yang berkaitan dengan persyaratan dan prosedur perizinan yang harus mengacu pada kriteria yang transparan dan obyektif serta tidak menciptakan beban yang berlebihan bagi penyedia jasa. Kenyataannya banyak peraturan daerah yang dipersoalkan karena menciptakan ekonomi biaya tinggi bagi investor dan pelaku usaha. Dari sekitar 6000 peraturan daerah yang tercatat di pemerintah pusat, sebagaimana dikutip *Harian Kompas* 1 April 2006, sekitar 60 persen lebih dinilai bermasalah dan distortif terhadap aktivitas perekonomian dan investasi di daerah. Sekretariat Working Party on Domestic Regulation dari Dewan Jasa WTO telah menyusun

Pengembangan disiplin multilateral yang akan membuat rambu-rambu bagi regulasi domestik berkaitan dengan pengaturan kualifikasi, standar teknis dan perizinan, jelas akan memberikan beban dan pekerjaan rumah yang memberatkan terutama bagi Negara berkembang seperti Indonesia.

Fleksibilitas bagi regulasi nasional masih dimiliki terhadap pengaturan perdagangan di bidang jasa khususnya untuk sektor-sektor jasa yang tidak diikat dalam komitmen liberalisasi pasar. Regulasi nasional tetap memiliki kebebasan untuk mengatur penyediaan dan kegiatan sektor-sektor jasa tersebut. Bagi sektor-sektor jasa yang telah menjadi komitmen Negara yang bersangkutan, regulasi nasional tidak diperkenankan untuk membatasi akses pasar dan perlakuan nasional kecuali pembatasan tersebut dicantumkan dalam skedul komitmennya. Fleksibilitas ini memiliki potensi semakin berkurang sejalan dengan proses perundingan jasa yang bertujuan untuk meningkatkan liberalisasi dan akses pasar sehingga menjangkau seluruh sektor jasa dalam GATS.

Pengembangan disiplin multilateral yang kini sedang dirundingkan akan membatasi pula ruang gerak regulasi nasional. Pemberlakuan konsep '*necessity test*', sebagaimana diuraikan di atas, meletakkan otoritas dan *prerogative* untuk menentukan hal-hal mana yang dianggap perlu untuk mencapai tujuan kebijakan nasional di bawah rezim pengaturan multilateral GATS. Dilihat dari kacamata Negara anggota, menentukan mana hal-hal yang perlu atau penting untuk diatur, demikian juga menentukan tujuan yang ingin dicapai dari regulasi domestik, merupakan prerogatif sepenuhnya dari Negara anggota yang sulit untuk dibagi kekuasaannya termasuk dengan organisasi internasional setara

suatu daftar yang berisikan masukan-masukan dari Negara-negara anggota mengenai contoh-contoh regulasi domestik yang dianggap mereka tidak sesuai dengan aturan-aturan tersebut di atas, banyak diantaranya terkait dengan regulasi daerah. Lihat WTO Working Party on Domestic Regulation. 2002. *Examples of Measures to be Addressed by Disciplines under GATS Article VI: 4: Informal Note by the Secretariat*, JOB (02)/20/Rev.3, December 3.

WTO. Berbeda dengan GATS, tujuan regulasi nasional memiliki cakupan yang jauh lebih luas, bersifat multidimensional, melibatkan tidak saja pertimbangan ekonomi dan perdagangan tetapi juga aspek politis, sosial, budaya, keamanan dan keselamatan, dan sebagainya. Regulasi nasional merupakan hasil kompromi dari berbagai aspek pertimbangan dengan memperhatikan keseimbangan kepentingan berbagai 'stakeholders' sehingga tidak selalu regulasi itu dapat memenuhi kriteria 'the least trade restrictive' yang merupakan esensi dari konsep 'necessity test'.

Keberadaan Jasa-jasa Publik (*Public Services*)

Perdebatan yang paling sering terjadi adalah menyangkut jasa-jasa untuk kepentingan umum (jasa publik). Penyediaan jasa-jasa kategori ini sebagian besar termasuk dalam cakupan dan aturan-aturan GATS. GATS tidak mengatur kegiatan jasa berdasarkan sifat pelayanan atau karakteristik dari penyedia jasa. Kebanyakan kegiatan jasa yang dianggap sebagai jasa umum/publik tidak merupakan 'jasa yang diberikan sebagai pelaksanaan otoritas pemerintah' (*supplied in exercise of government authority*) dimana untuk jasa yang disebut terakhir ini dikecualikan dari pengaturan Pasal I (3b, c) GATS. Ukuran yang digunakan pasal ini adalah bahwa jasa tersebut diberikan atas dasar non-komersial dan non-kompetitif. Dengan semakin luasnya kebijakan-kebijakan deregulasi maka jasa-jasa yang sebelumnya diberikan pemerintah berdasarkan kedua ukuran tersebut, tidak lagi dapat diberlakukan sebagai jasa-jasa yang dikecualikan dari jangkauan GATS.³⁰ Dengan demikian, untuk kebanyakan jasa publik tersebut berlaku ketentuan-ketentuan GATS seperti dalam hal pembukaan akses pasar, perlakuan nasional, dan regulasi domestik, khususnya bagi sektor/subsektor yang sudah dibuka dan tercantum dalam skedul komitmen Negara bersangkutan. Masalahnya, apakah masih dimungkinkan pemberian subsidi pemerintah kepada universitas

³⁰ Lihat Krajewski, Markus, "Public Services and Trade Liberalization: Mapping the Legal Framework", 6 *Journal of International Economic Law* 358 (2003).

atau rumah sakit lokal, atau sebaliknya, apakah penyedia jasa asing tidak menuntut pula perlakuan yang sama seperti yang dinikmati penyedia jasa domestik? Dari aspek perlakuan nasional, pemerintah akan diminta untuk memberikan fasilitas keuangan yang sama kepada penyedia jasa asing tersebut. Apabila pemerintah tidak bersedia maka komitmen yang sudah dibuat harus diubah atau menghadapi risiko gugatan oleh Negara anggota yang merasa dirugikan. Pertanyaan yang sama berlaku juga terhadap berbagai jasa publik lainnya dimana Negara memiliki peran di dalamnya melalui regulasi atau fasilitas pendanaan. Namun demikian, regulasi nasional masih memiliki fleksibilitas untuk mencegah atau membatasi dampak dari penerapan akses pasar dan perlakuan nasional terhadap jasa publik. Alternatif yang paling 'mudah' adalah dengan tidak membuat komitmen terhadap sektor/subsektor atau kegiatan jasa yang dianggap sensitif namun dengan konsekuensi tidak ada investasi asing pada sektor/subsektor tersebut. Alternatif lain adalah dengan membatasi komitmen akses pasar pada bidang/kegiatan tertentu saja dari suatu sektor publik sebagaimana telah dilakukan sejumlah Negara anggota.³¹ Negara anggota tetap memiliki kebebasan untuk memilih sektor/subsektor atau kegiatan jasa publik mana yang dibuka dan menetapkan kondisi-kondisi yang harus dipenuhi bagi penyedia jasa asing. Pilihan ini selanjutnya dirumuskan secara seksama di dalam skedul komitmen dari Negara yang bersangkutan. Alternatif yang diusulkan Krajewski adalah mengeluarkan elemen subsidi dari penerapan perlakuan nasional atau hanya membuat komitmen bagi penyediaan jasa yang didanai oleh pihak swasta seperti yang dilakukan oleh *European Community* terhadap penyediaan jasa pendidikan.³² Pembuatan komitmen terhadap suatu kegiatan jasa perlu dilakukan secara hati-hati dengan mempertimbangkan implikasi jangka panjangnya. Negara perlu memiliki fleksibilitas untuk menampung kemungkinan perubahan kebijakan di masa

³¹ Lihat Adlung, Rudolf, "Public Services and the GATS" 9 *Journal of International Economic Law* 469 (2006).

³² Krajewski, *Public Services and Trade Liberalization*, *op.cit.*, p.361.

mendatang guna memenuhi tujuan kebijakan nasionalnya. Meskipun GATS membuka kemungkinan penarikan atau perubahan komitmen suatu Negara sesuai Pasal XXI, namun pilihan ini tidaklah mudah ditempuh karena melibatkan suatu proses perundingan dengan Negara-negara anggota lainnya yang merasa dirugikan termasuk penyelesaian kompensasinya.

Meskipun sebagian besar kegiatan jasa publik berada dalam jangkauan pengaturan GATS, namun perjanjian ini mengakui regulasi nasional yang dimaksudkan untuk memenuhi tujuan-tujuan yang sah atau dapat dibenarkan (*legitimate regulatory objectives*). Regulasi domestik yang berkaitan dengan perlindungan moral publik, pemeliharaan ketertiban umum, perlindungan atas kehidupan dan kesehatan manusia, hewan dan tanaman, merupakan bagian dari pengecualian umum dimana Negara anggota dapat mengambil langkah dan kebijaksanaan yang diperlukan meskipun bertentangan atau tidak sesuai dengan GATS. Namun, langkah-langkah ini tidak boleh diterapkan secara diskriminatif atau sebagai pembatasan tersembunyi terhadap perdagangan jasa. Pengecualian secara khusus dimungkinkan pula dalam hal Negara anggota harus mengambil langkah-langkah darurat apabila terjadi importasi jasa secara sangat signifikan sehingga mengganggu industri jasa domestik (dikenal dengan istilah '*emergency safeguard measures*'), pembatasan untuk mengamankan neraca pembayaran, dan langkah-langkah untuk kepentingan keamanan nasional.³³

Menuju Pengaturan Jasa Yang Seimbang

Aturan-aturan WTO yang terlalu membatasi ruang gerak regulasi nasional menimbulkan sikap kehati-hatian, bahkan mungkin keengganan, untuk membuat komitmen liberalisasi pasar. Sikap demikian jelas tidak kondusif bagi pengembangan sistem

³³ Lihat Arup, Christopher, "*The New World Trade Organization Agreements: Globalizing Law Through Services and Intellectual Property*" (2000), (Cambridge: Cambridge University Press, 2000), pp. 128-129.

perdagangan multilateral yang dimotori WTO. Sebagian negara anggota yang membuat komitmen atau menawarkan pembukaan pasarnya mencoba mengartikulasikan lingkup komitmennya dengan tetap memberikan fleksibilitas bagi regulasi nasional.³⁴ Guna memberikan peran dan kedudukan yang lebih seimbang bagi regulasi nasional, penyelesaian yang lebih tepat adalah dengan melakukan revidi atas ketentuan-ketentuan GATS. *The United Nations Commissioner for Human Rights* yang merasa khawatir akan kelangsungan penyediaan jasa-jasa publik sebagai kebutuhan dasar manusia mengusulkan adanya perspektif hak asasi manusia (HAM) pada GATS. Pendekatan HAM ini pada dasarnya ingin menempatkan hak asasi manusia sebagai bagian integral dari tujuan liberalisasi perdagangan yang mewajibkan setiap negara anggota WTO untuk memberlakukannya. Setiap negara harus menjamin penerapan hak asasi individu, baik di bidang ekonomi, sosial, dan budaya di dalam pelaksanaan liberalisasi. GATS tidak boleh membatasi negara-negara dalam pemberian akses kepada warganya untuk menikmati pelayanan jasa-jasa yang esensial seperti di bidang kesehatan, pendidikan, dan pembangunan. Dilihat dari segi hukum, pendekatan HAM ini memiliki landasan pada hukum kebiasaan internasional dan penerapan *erga omnes*.³⁵ Sejalan dengan

³⁴ Sebagai contoh, EC menawarkan pembukaan pasarnya dengan pernyataan bahwa "*this offer cannot be construed as offering in any way the privatization of public undertakings nor as preventing the Community and its Member States from regulating public services in order to meet national policy objectives*", demikian pula Brasil memuat pernyataan yang hampir sama, bahkan mencakup pula pengaturan '*private services*', dan Kanada membuat reservasi yang sama untuk jasa-jasa sosial. Dikutip dari UNCTAD, "World Investment Report 2004: The Shift Towards Services", (New York and Geneva: United Nations, 2004), p.234.

³⁵ Lihat Krajewski, *Op.cit.*, pp.60-61, dan United Nations Economic and Social Council, Commission on Human Rights, Sub-Commission on the Promotion and Protection of Human Rights, "Liberalization of trade in services and human rights", Report of the High Commissioner, E/CN.4/Sub.2/2002/9, 25 June 2002. www.unhchr.ch

pendekatan HAM, perlu dilakukan upaya klarifikasi mengenai ruang lingkup jasa publik yang dikecualikan dari penerapan aturan-aturan GATS. Perumusan yang terdapat dalam GATS sekarang ini membuat sebagian besar jasa-jasa publik berada dalam jangkauan pengaturan GATS, akibatnya negara-negara anggota tidak bebas mengatur kegiatan jasa-jasa tersebut. Kebijakan-kebijakan bagi penyediaan dan pelayanan jasa-jasa publik menghadapi berbagai aturan dan kewajiban sehingga mempengaruhi pencapaian tujuan yang diharapkan. Apabila keadaan ini terus berlangsung, maka akan membuka peluang terjadi pelanggaran dimana penyelesaian akhirnya sering tidak menguntungkan negara pembuat kebijakan. Oleh karena itu diperlukan langkah-langkah kolektif untuk mengoreksi ruang lingkup GATS terhadap jasa-jasa publik melalui mekanisme yang dimungkinkan dalam WTO.³⁶

Disamping itu, kita melihat bahwa fleksibilitas bagi regulasi nasional untuk mengambil kebijakan dan langkah-langkah yang diperlukan dibatasi oleh ketentuan pengecualian GATS pada beberapa hal tertentu saja seperti perlindungan moral publik, ketertiban umum, perlindungan kehidupan dan kesehatan manusia, hewan dan tanaman, dan perlindungan privasi dan kerahasiaan individual serta keselamatan (*safety*) dan keamanan. GATS telah menentukan secara limitatif '*national policy objectives*' dimana regulasi nasional memiliki fleksibilitas untuk mengatur tanpa harus mengikuti aturan-aturan dan kewajiban GATS namun tetap tunduk pada penerapan konsep '*necessity*'. Dengan demikian, berbagai aspek lainnya yang dianggap penting dari segi kepentingan nasional tidak terjangkau oleh ketentuan pengecualian ini seperti pemerataan

³⁶ Lihat Adlung, *Op.cit.*, p. 469 dan Krajewski, "*Public Services and Trade Liberalization*", *op.cit.*, p. 367. Mekanisme perubahan yang diusulkan Krajewski tidak dengan merubah ketentuan GATS mengingat renegotiasi perjanjian merupakan langkah yang sulit ditempuh tetapi melalui suatu keputusan penafsiran terhadap ruang lingkup GATS yang dimungkinkan berdasarkan Pasal IX: 2 the Marrakesh Agreement Establishing the WTO. Mekanisme ini dapat digunakan pula untuk mengklarifikasi tujuan GATS dengan perspektif HAM sebagaimana diusulkan di atas.

pendapatan, perlindungan dan pengembangan usaha kecil, perlindungan konsumen, lingkungan, akses dan pelayanan bagi jasa-jasa esensial, dan sebagainya. Aspek-aspek ini banyak berkaitan dengan tujuan pembangunan (*development objectives*) yang terutama menjadi perhatian negara-negara berkembang seperti Indonesia. Dimensi pembangunan yang menjadi salah satu isu sentral dan agenda WTO seyogyanya direfleksikan dalam pemberian fleksibilitas yang cukup bagi regulasi nasional untuk mengatur kegiatan perdagangannya guna memenuhi tujuan nasionalnya. GATS sendiri memuat dimensi pembangunan yang secara jelas tercantum dalam preambalnya yang menyatakan bahwa pertumbuhan ekonomi dan pembangunan negara-negara berkembang merupakan dua tujuan yang ingin dicapai melalui rezim pengaturan GATS. Oleh karena itu, langkah-langkah kolektif perlu dilakukan baik melalui instrumen yang tersedia seperti '*special and different treatment (SDT) provisions*' maupun dengan renegosiasi terhadap beberapa aturan GATS yang dianggap tidak mendukung pembangunan.³⁷

Hal yang sangat krusial untuk disikapi secara kritis adalah penerapan konsep '*necessity*' WTO. Pengembangan konsep multilateral ini yang dimaksudkan untuk menilai suatu kebijakan nasional perlu dikaji implikasinya bagi perkembangan regulasi nasional di masa yang akan datang. Penulis berpendapat bahwa pengembangan konsep ini melalui penetapan kriteria horizontal untuk mengukur perlu tidaknya suatu regulasi nasional perlu dikaji secara seksama, sebaiknya dibiarkan fleksibel terutama mengingat sifat regulasi yang dinamis, rawan perubahan dari waktu ke waktu dan sarat dengan pertimbangan multidimensional dan mengingat

³⁷ Untuk memperkuat SDT tiga hal diperlukan yaitu meningkatkan akses pasar negara berkembang, adanya mekanisme untuk memastikan agar aturan dan disiplin WTO mendukung pembangunan, dan meningkatkan bantuan pembangunan. Lihat Hoekman, Bernard, "*More Favorable Treatment of Developing Countries: Ways Forward*", dalam Newfarmer, Richard, (Ed.) "*Trade, Doha, and Development*", (Washington D.C.: The World Bank, 2006), pp. 209, 213.

pula bahwa kapasitas dan kondisi regulasi di banyak negara berkembang masih dalam tahap pengembangan.

Penutup

Uraian di atas menggambarkan jangkauan dan penetrasi GATS ke dalam lingkungan regulasi nasional dan membawa kita pada suatu kesimpulan bahwa GATS membatasi dan mengurangi kebebasan mengatur dari regulasi nasional. Adanya pembatasan kebebasan ini bukanlah merupakan fenomena yang baru terjadi pada era WTO meskipun diakui bahwa rezim multilateral WTO ini memiliki kekuasaan yang begitu kuat terhadap negara-negara anggota. Keikutsertaan negara dalam setiap perjanjian internasional melahirkan kewajiban-kewajiban, disamping hak, yang harus dilaksanakan baik pada tataran internasional maupun domestik. Pertemuan atau interaksi antara GATS dengan regulasi nasional memunculkan potensi konflik mengingat adanya perbedaan mengenai tujuan dan kepentingan yang ingin dicapai masing-masing. Harus diakui bahwa regulasi nasional dapat saja dibuat atau diaplikasikan sedemikian rupa sehingga, baik langsung atau tidak langsung, dapat mempengaruhi atau mengurangi komitmen dan kewajiban multilateralnya dan karena itu diperlukan disiplin multilateral untuk mengaturnya. Namun, pada sisi lain, negara anggota memiliki kepentingan yang sama untuk menjamin penyelenggaraan jasa bagi masyarakat domestiknya secara optimal guna memenuhi tujuan kebijakan nasionalnya melalui regulasi nasional yang fleksibel dan efektif. Kedua tujuan ini masing-masing mempunyai legitimasinya dalam GATS. Rekonsiliasi antara dua tujuan ini menjadi sulit untuk diselesaikan lewat ketentuan-ketentuan GATS sekarang ini yang berorientasi pada liberalisasi pasar dengan membatasi ruang gerak regulasi nasional. Pada dasarnya, regulasi nasional perlu diberikan tempat yang seimbang dalam rangka pengaturan kegiatan jasa terutama yang menyangkut sektor-sektor jasa publik dimana pertimbangan-pertimbangan yang mendasarinya bersifat multidimensional. Diperlukan keseimbangan antara kedua tujuan tersebut dengan memberikan pengakuan pada tujuan-tujuan nasional yang multidimensional antara lain melalui

perluasan lingkup cakupan '*regulatory legitimate objectives*' dalam GATS dan pengembangan disiplin multilateral yang memiliki fleksibilitas bagi negara anggota, terutama bagi negara-negara berkembang, untuk mengatur industri dan kegiatan jasanya. Oleh karena itu perlu dilakukan reviu terhadap ketentuan-ketentuan GATS yang restriktif dan tidak '*pro development*' melalui cara dan mekanisme yang tersedia dalam WTO.