



UNIVERSITAS INDONESIA

**PENERAPAN PERJANJIAN *SANITARY AND
PHYTOSANITARY* (SPS) DALAM KEGIATAN
PERDAGANGAN INTERNASIONAL: PEMBELAJARAN DARI
KASUS *EC-HORMONES* BAGI INDONESIA**

SKRIPSI

**REAGAN ROY TEGUH
0706202212**

**FAKULTAS HUKUM
PROGRAM SARJANA EKSTENSI KEKHUSUSAN HUKUM
TENTANG KEGIATAN EKONOMI DEPOK
JANUARI 2011**



UNIVERSITAS INDONESIA

**PENERAPAN PERJANJIAN *SANITARY AND
PHYTOSANITARY* (SPS) DALAM KEGIATAN
PERDAGANGAN INTERNASIONAL: PEMBELAJARAN DARI
KASUS *EC-HORMONES* BAGI INDONESIA**

SKRIPSI

Diajukan sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar Sarjana Hukum

**REAGAN ROY TEGUH
0706202212**

**FAKULTAS HUKUM
PROGRAM SARJANA EKSTENSI KEKHUSUSAN HUKUM
TENTANG KEGIATAN EKONOMI DEPOK
JANUARI 2011**

HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

**Skripsi ini adalah hasil karya saya sendiri,
dan semua sumber baik yang dikutip maupun dirujuk
telah saya nyatakan dengan benar.**

Nama : Reagan Roy Teguh

NPM : 0706202212

Tanda Tangan :

Tanggal : 7 Januari 2011

HALAMAN PENGESAHAN

Skripsi ini diajukan oleh :
Nama : Reagan Roy Teguh
NPM : 0706202212
Program Studi : Ilmu Hukum
Judul Skripsi : Penerapan Perjanjian *Sanitary and Phytosanitary* (SPS) dalam Kegiatan Perdagangan Internasional: Pembelajaran dari Kasus *EC-Hormones* bagi Indonesia

Telah berhasil dipertahankan di hadapan Dewan Penguji dan diterima sebagai bagian persyaratan yang diperlukan untuk memperoleh gelar Sarjana Strata Satu pada Program Studi Hukum tentang Kegiatan Ekonomi, Fakultas Hukum, Universitas Indonesia.

DEWAN PENGUJI

Pembimbing : Rosewitha Irawaty, S.H., LL.M (.....)

Pembimbing : M. R. Andri G. Wibisana, S.H., LL.M., Ph.D. (.....)

Penguji : Brian A. Prasetyo, S.H., M.LI. (.....)

Penguji : Ranggalawe Suryasaladin, S.H., M.H., LL.M. (.....)

Penguji : Rouli Anita Valentina, S.H., LL.M. (.....)

Ditetapkan di : Depok

Tanggal : 7 Januari 2011



HALAMAN PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI
TUGAS AKHIR UNTUK KEPENTINGAN AKADEMIS

Sebagai sivitas akademik Universitas Indonesia, saya yang bertanda tangan dibawah ini:

Nama : Reagan Roy Teguh

NPM : 0706202212

Program Studi : Ilmu Hukum

Fakultas : Hukum

Judul Karya : Skripsi

Demi pengembangan dan pengetahuan, menyetujui untuk memberikan kepada Universitas Indonesia **Hak Bebas Royalti Noneksklusif (Non-exclusive Royalty-Free Right)** atas karya ilmiah saya yang berjudul:

Penerapan Perjanjian *Sanitary and Phytosanitary* (SPS) dalam Kegiatan Perdagangan Internasional: Pembelajaran dari Kasus *EC-Hormones* bagi Indonesia

Beserta perangkat yang ada (jika diperlukan). Dengan Hak Bebas Royalti Noneksklusif ini, Universitas Indonesia berhak menyimpan, mengalihmediakan/formatkan, mengelola dalam bentuk pangkalan data (database), merawat, dan memublikasikan tugas akhir saya selama tetap mencantumkan nama saya sebagai penulis/pencipta dan sebagai pemilik Hak Cipta.

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sebenarnya.

Dibuat di : Depok

Pada Tanggal : 7 Januari 2011

Yang menyatakan

(Reagan Roy Teguh)

ABSTRAK

Nama : Reagan Roy Teguh
Program Studi : Ilmu Hukum
Judul : Penerapan Perjanjian *Sanitary and Phytosanitary* (SPS) dalam Kegiatan Perdagangan Internasional: Pembelajaran dari Kasus *EC-Hormones* bagi Indonesia

Skripsi ini membahas mengenai penerapan Perjanjian SPS dalam kasus *EC-Hormones*, terutama pada masalah beban pembuktian, kajian resiko, prinsip kehati-hatian dan penggunaan standar internasional. Tujuan dari skripsi ini adalah untuk mempelajari bagaimana cara suatu negara menerapkan Perjanjian SPS baik untuk melakukan perlawanan ataupun untuk melakukan perlindungan. Penelitian ini normatif eksplanatoris deskriptif analitis. Hasil penelitian ini menyarankan agar Indonesia dalam melakukan tindakan SPS-nya selalu mengacu kepada standar internasional yang ada.

Kata Kunci:

Perdagangan Internasional, Perjanjian SPS, Codex, Kajian Resiko, Kehati-hatian

ABSTRACT

Name : Reagan Roy Teguh
Study Program : Law
Title : Application of Sanitary and Phytosanitary (SPS) Agreement to International Trade Activities: Lesson Learned from EC-Hormones Case for Indonesia

The focus of this study is about the application of the SPS Agreement in EC-Hormones case, mainly to the extend of burden of proof, risk assessment, precautionary principle and using international standards. The purpose of this study is to have a better knowledge of the way a country can apply the SPS Agreement in order to challenge another country or to protect its own country. This study is normative explanatory descriptive analitical. This study suggests that in applying an SPS measure, Indonesian Government should always based that action on international standards.

Key words:

International Trade, SPS Agreement, Codex, Risk Assessment, Precautionary

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	i
PERNYATAAN ORISINALITAS	ii
LEMBAR PENGESAHAN	iii
KATA PENGANTAR	iv
PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI	vii
ABSTRAK	viii
DAFTAR ISI	x
DAFTAR LAMPIRAN	xiii
BAB I – PENDAHULUAN	1
I. PENDAHULUAN	1
A. Latar Belakang Permasalahan	1
B. Pokok Permasalahan	4
II. TUJUAN PENELITIAN	4
III. KERANGKA KONSEP	5
IV. METODE PENELITIAN	6
A. Bentuk Penelitian	6
B. Tipologi Penelitian	6
C. Jenis Data	6
D. Jenis Bahan Hukum	7
E. Alat Pengumpul Data	7
F. Metode Analisis dan Pengolahan Data	7
G. Bentuk Hasil Penelitian	7
V. KEGUNAAN TEORITIS PRAKTIS	7
VI. SISTEMATIKA PENULISAN	8
BAB II – LANDASAN TEORI	10
I. SEKILAS MENGENAI WTO DAN GATT	10
I.1 GATT sebagai Cikal Bakal Eksistensi WTO	10
I.2 Kedudukan Negara Berkembang Dalam Perdagangan Internasional..	15

II.	SEPUTAR PERJANJIAN SPS	17
II.1	Kebutuhan Terhadap Adanya Perjanjian SPS	17
II.2	Ruang Lingkup Perjanjian SPS	23
II.3	Prinsip-Prinsip Umum dan Instrumen Perjanjian SPS	25
II.3.1	<i>Risk Assessment</i>	26
II.3.2	<i>Risk Management</i>	28
II.3.3	<i>Precautionary Measures</i>	29
II.3.4	Harmonisasi	32
II.3.5	Kesepadanan	33
II.3.6	Transparansi	34
II.3.7	Penyelesaian Sengketa	35
II.4	Kaitan Perjanjian SPS dengan GATT dan Perjanjian TBT	35
II.5	Pengecualian Bagi Negara Berkembang dalam Perjanjian SPS	37
III.	CODEX ALIMENTARIUS	38
BAB III – FAKTA-FAKTA DALAM KASUS <i>EC-HORMONES</i>		43
I.	KRONOLOGIS SENGKETA	43
II.	STANDAR HORMON MENURUT CODEX	49
III.	RUANG LINGKUP PEMBAHASAN PERJANJIAN SPS	51
III.1	Beban Pembuktian	51
III.2	Pasal 3.1	52
III.3	Pasal 3.3	56
III.4	Pasal 5	61
III.4.1	<i>Risk Assessment</i>	62
III.4.1.1	Teknik dan Faktor yang Digunakan	64
III.4.1.2	Eksistensi <i>Risk Assessment</i>	65
III.4.1.3	Tindakan SPS berdasarkan <i>Risk Assessment</i>	66
III.4.2	<i>Risk Management</i>	68
III.5	<i>Precautionary Principle</i>	75
III.6	Standar MGA (<i>melengestrol acetate</i>)	77
III.7	Pasal 2	78
IV.	RUANG LINGKUP PEMBAHASAN GATT	

(PASAL I DAN PASAL III)	78
BAB IV – ANALISA KASUS <i>EC-HORMONES</i>	80
I. HUBUNGAN PASAL XX(b) GATT DENGAN PERJANJIAN SPS	80
II. BEBAN PEMBUKTIAN DALAM PERJANJIAN SPS	82
II.1 Beban Pembuktian Umum	82
II.2 Beban Pembuktian dalam Kaitannya dengan Pasal 3 dan Pasal 5 Perjanjian SPS	82
III. KEWAJIBAN-KEWAJIBAN PARA PIHAK TERKAIT DENGAN PASAL 3 PERJANJIAN SPS	86
III.1 Kewajiban Terkait dengan Pasal 3.1 Perjanjian SPS	86
III.2 Kewajiban Terkait dengan Pasal 3.3 Perjanjian SPS	91
IV. KEWAJIBAN-KEWAJIBAN PARA PIHAK TERKAIT DENGAN PASAL 5 PERJANJIAN SPS	93
IV.1 <i>Risk Assessment</i>	94
IV.2 <i>Risk Management</i>	100
V. KEDUDUKAN PASAL 5.7 DALAM PERJANJIAN SPS	107
VI. PEMBELAJARAN BAGI INDONESIA	112
BAB V – KESIMPULAN DAN SARAN	115
I. KESIMPULAN	115
II. SARAN	120
II.1 Saran Praktis	120
II.2 Saran Teoritis	121
DAFTAR REFERENSI	122

DAFTAR LAMPIRAN

- Lampiran 1 : MOU antara EC dan AS dalam Kasus *EC-Hormones*
Lampiran 2 : Skema Penerapan Perjanjian SPS



BAB I

PENDAHULUAN

I. PENDAHULUAN

A. Latar Belakang Permasalahan

Kata perdagangan merupakan kata yang tidak asing lagi bagi semua orang. Sedikit banyak semua orang pasti pernah terlibat langsung dalam perdagangan dan bahkan sudah menjadi keseharian bagi hampir semua orang di dunia ini. Dewasa ini tidak bisa kita pungkiri bahwa kehidupan kita sehari-hari tidak akan lepas dari hal berdagang apapun bentuk barang ataupun jasa yang terlibat didalamnya. Pada mulanya perdagangan ini terjadi di lingkup nasional dan kemudian berkembang sampai keluar negeri sehingga menjadi seperti sekarang ini. Perdagangan internasional membawa banyak dampak positif bagi kehidupan manusia dimana semakin beragamnya barang dan/atau jasa yang dapat dipilih. Hal inipun memiliki dampak bagi perekonomian sebuah negara yang secara mudahnya dapat diilustrasikan bahwa semakin tinggi volume perdagangan suatu negara maka tingkat perekonomian negara tersebut semakin baik. Namun demikian, perdagangan internasional yang berlangsung sekarang ini pun memiliki suatu permasalahan yang tidak bisa dipungkiri. Masalah yang dihadapi pun sangat beragam, diantaranya adalah bahwa dengan terjadinya perdagangan internasional tersebut ternyata mengancam keberadaan pedagang-pedagang lokal di suatu negara ataupun ternyata dengan masuknya suatu produk impor ke suatu negara ternyata dapat mengancam kesehatan masyarakat suatu negara. Hal-hal tersebut hanya merupakan sebagian kecil dari permasalahan aktual yang terjadi.

Perdagangan internasional yang terjadi di antara hampir seluruh negara di dunia ini tentunya akan menjadi kacau dan tidak memiliki suatu aturan dasar yang jelas apabila tidak ada suatu harmonisasi aturan. Oleh karena itu, dibentuklah WTO (*World Trade Organization*) sebagai salah satu badan yang khusus menangani hal-hal yang terkait dengan perdagangan internasional. Negara-negara yang menjadi anggota dari WTO memiliki kewajiban untuk mematuhi aturan-aturan dasar yang telah

ditetapkan oleh WTO. Banyak sekali perjanjian-perjanjian internasional (terkait masalah perdagangan internasional) yang telah lahir sejak berdirinya WTO diantaranya adalah TRIPS yang pada intinya berisi tentang perlindungan terhadap Hak Kekayaan Intelektual, TRIMS yang pada intinya berbicara mengenai perlindungan terhadap masalah investasi dan penanaman modal, TBT (*Technical Barrier on Trade*) yang pada intinya berisi tentang hambatan-hambatan perdagangan yang diperbolehkan berdasarkan justifikasi tertentu yang telah disepakati, Perjanjian SPS (*Sanitary and Phytosanitary Agreement*) yang pada intinya berisi tentang perlindungan suatu negara terhadap keamanan/kelayakan makanan serta kesehatan kehidupan hewan dan tumbuhan.

WTO sendiri bermula dari adanya GATT (*General Agreement on Tariff and Trade*) sebagai hasil akhir dari perundingan akhir *Uruguay Round*. GATT untuk pertama kali ditandatangani pada tahun 1947 dan kemudian diamandemen pada tahun 1994, bersamaan dengan munculnya Perjanjian SPS yang secara bersamaan terjadi pada saat kesepakatan terakhir (*final act*) dari *Uruguay Round*.¹ GATT pada intinya menerapkan beberapa prinsip umum dalam dunia perdagangan internasional yang kita kenal sampai saat ini, diantaranya *the most favoured nation, market access, non-discrimination, fair trade, exception for developing countries*.² Prinsip-prinsip dasar ini juga diadopsi oleh WTO.

Penelitian ini akan memfokuskan tentang masalah perdagangan internasional khususnya pada Perjanjian SPS yang berkaitan dengan ruang lingkup hukum lingkungan. SPS sebagai salah satu mekanisme yang diatur dalam perdagangan internasional tidak akan lepas dari hukum lingkungan sebagai perangkat pendukungnya. Suatu negara yang akan melakukan perlindungan pada negaranya dari produk asing yang masuk tentunya harus dengan berdasarkan pada suatu bukti-bukti

¹ World Trade Organization, "Understanding the WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures," http://www.wto.org/english/tratop_e/sps_e/spsund_e.htm, diakses 1 Oktober 2010.

² Peter van den Bossche, *The Law and Policy of The World Trade Organization: Text, Cases, and Materials*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2005), hal. 39.

ilmiah, bukan semata-mata hanya karena isu ekonomi.³ Salah satu prinsip dasar dari hukum lingkungan yang sangat berperan dalam permasalahan ini adalah prinsip kehati-hatian, di mana prinsip ini merupakan langkah paling awal yang seharusnya dilakukan dan selayaknya selalu ada dalam setiap tindakan manusia untuk mencegah timbulnya resiko yang dapat membahayakan kelestarian lingkungan hidup atau kesehatan manusia. Prinsip kehati-hatian memang tidak menjamin bahwa tidak akan terjadi kerusakan lingkungan namun dengan penerapan prinsip ini diharapkan akan meminimalisir timbulnya kejadian atau fenomena yang dapat merusak kelestarian lingkungan hidup. Prinsip kehati-hatian erat kaitannya dengan kajian resiko (*risk assessment*) sebagai salah satu langkah lebih jauh untuk mencegah kerusakan lingkungan hidup. Kajian resiko pun didukung dengan bukti-bukti ilmiah yang diharapkan hasil dan interpretasinya mendekati benar sehingga dengan berdasarkan hasil tersebut dapat diambil langkah-langkah yang tepat terkait dengan kegiatan yang akan dilakukan. Kajian resiko yang terkait dalam masalah SPS adalah yang terkait dengan perlindungan terhadap kesehatan manusia, hewan dan tumbuhan.⁴

Isu yang menarik untuk dikaji dan ditelaah lebih lanjut misalnya terkait dengan sengketa yang terjadi antara Amerika Serikat dan Uni Eropa terkait dengan perdagangan daging sapi yang mengandung hormon di mana Uni Eropa melarang masuknya daging sapi tersebut dari Amerika Serikat. Penelitian ini akan membahas lebih lanjut tentang SPS mulai dari keberadaannya, beban pembuktian, hak dan kewajiban, ruang lingkup dan wewenangnya, serta penerapannya dalam hal terjadi sengketa di antara negara-negara anggota dan dihubungkan dengan prinsip-prinsip hukum lingkungan sebagai salah satu dasar pembenar bagi sebuah negara ketika menerapkan SPS bagi sebuah produk dari negara lain.

³ World Trade Organization, "Understanding the WTO: Standard and Safety," http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/agrm4_e.htm , diakses 1 Oktober 2010.

⁴ World Trade Organization, "Understanding the WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures," http://www.wto.org/english/tratop_e/sps_e/spsund_e.htm, diakses 3 Oktober 2010.

B. Pokok Permasalahan

Berdasarkan latar belakang permasalahan tersebut, maka pokok permasalahan yang akan dibahas dalam penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Apakah kaitan antara SPS dengan Pasal XX GATT?
2. Bagaimanakah cara sebuah negara untuk menerapkan aturan SPS (terutama terkait dengan Pasal 3 dan Pasal 5 Perjanjian SPS) secara legal di WTO?
3. Bagaimanakah aplikasinya untuk Indonesia dalam hal melakukan perlawanan (*challenge*) dan perlindungan (*protection*) dalam ruang lingkup perdagangan internasional?

II. TUJUAN PENELITIAN

Penelitian ini bertujuan untuk memberikan penjelasan kaitan antara ketentuan dalam Perjanjian SPS dengan GATT sebagai awal mula perjanjian internasional dibidang perdagangan. GATT yang pada intinya memuat prinsip-prinsip dasar dalam perdagangan internasional menjadi landasan dari dibentuknya Perjanjian SPS sehingga dalam menerapkan ketentuan SPS tersebut tidak bisa lepas dari ketentuan-ketentuan yang telah dirumuskan dalam GATT. Lebih lanjut, penelitian ini juga berusaha menjelaskan bagaimana aplikasi ketentuan SPS bagi sebuah negara, apakah berlaku secara ketat ataukah ada pengecualian-pengecualian khusus bagi negara-negara anggota. Sedangkan dari sudut pandang hukum lingkungan, dalam penelitian ini juga akan memberikan penjelasan mengenai prinsip-prinsip hukum lingkungan yang diaplikasikan berkaitan dengan ketentuan Perjanjian SPS bagi sebuah negara (khususnya Indonesia).

Adapun tujuan khusus dari penelitian ini adalah:

1. Memberikan penjelasan tentang kaitan Perjanjian SPS dengan Pasal XX GATT.
2. Memberikan penjelasan tentang cara suatu negara untuk menerapkan ketentuan SPS secara legal di WTO.

3. Memberikan penjelasan tentang aplikasi SPS bagi Indonesia untuk melakukan perlawanan (*challenge*) dan perlindungan (*protection*) dalam perdagangan internasional.

III. KERANGKA KONSEP

Dalam penelitian ini ada beberapa definisi yang menjadi batasan operasional yaitu sebagai berikut:

1. GATT berarti General Agreement on Tariff and Trade, yang disahkan pada tahun 1947.⁵
2. GATT 1994 berarti General Agreement on Tariff and Trade yang diamandemen pada tahun 1994.⁶
3. WTO berarti World Trade Organization (Organisasi Perdagangan Dunia), yang didirikan pada tahun 1995.⁷
4. Perjanjian SPS (Sanitary and Phytosanitary) berarti perjanjian mengenai standar tingkat perlindungan kesehatan manusia, hewan, dan tumbuhan di suatu negara.⁸
5. Negara, dalam penelitian ini maksudnya adalah sesama negara anggota WTO.
6. Sengketa adalah sengketa perdagangan internasional yang terjadi diantara sesama negara anggota WTO.
7. Hormon pembantu pertumbuhan (*Hormonal Growth Promoter*) adalah hormon yang digunakan dalam kegiatan peternakan sapi yang sifat hormonnya bisa muncul secara alami ataupun berupa hormon sintesis, yang

⁵ *Ibid.*

⁶ *Ibid.*

⁷ *Ibid.*

⁸ *Ibid.*

penggunaannya ditujukan untuk meningkatkan kualitas dan kesehatan produk dengan biaya yang lebih rendah.⁹

8. *Codex Alimentarius* adalah suatu badan bentukan FAO dan WHO yang berfungsi menetapkan standar internasional terkait dengan masalah makanan dan higienitas makanan, zat additif, residu pestisida, zat-zat kontaminan (racun), pemberian label dan penyajian, serta metode analisis dan sampling yang digunakan.¹⁰

IV. METODE PENELITIAN

A. Bentuk Penelitian

Bentuk penelitian yang akan digunakan dalam penelitian ini adalah penelitian normatif, yaitu bertujuan untuk menarik asas hukum dan juga menganalisa sistematik hukum.¹¹

B. Tipologi Penelitian

Dalam penelitian hukum ini, tipe penelitian yang akan digunakan adalah penelitian eksplanatoris, yaitu penelitian yang bertujuan untuk memberikan penjelasan mengenai suatu gejala dan penelitian deskriptif, yakni penelitian yang bertujuan untuk memberikan gambaran secara jelas mengenai suatu gejala.¹²

C. Jenis Data

Jenis data yang digunakan dalam penelitian ini adalah data sekunder, yakni melalui data-data kepustakaan hukum.¹³

⁹ Health Canada, "Drugs and Health Products," http://www.hc-sc.gc.ca/dhp-mps/vet/faq/growth_hormones_promoters_croissance_hormonaux_stimulateurs-eng.php, diakses 2 Januari 2011.

¹⁰ FAO, "Understanding the Codex Alimentarius: The Codex Achievement," <http://www.fao.org/docrep/w9114e/W9114e02.htm#TopOfPage>, diakses 2 Januari 2011.

¹¹ Sri Mamudji, *et. al.*, *Metode Penelitian dan Penulisan Hukum*, cet. 1, (Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005), hal. 10.

¹² Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, cet. 3, (Jakarta: UI Press, 2008), hal. 10.

¹³ Sri Mamudji, *et. al.*, *op. cit.*, hal. 30.

D. Jenis Bahan Hukum

Jenis bahan hukum yang akan digunakan dalam penelitian ini adalah bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder. Bahan hukum primer diperoleh dari peraturan perundang-undangan terkait (termasuk putusan Panel dan *Appellate Body*) dan bahan hukum sekunder diperoleh dari buku maupun artikel.¹⁴

E. Alat Pengumpul Data

Pada penelitian ini, alat pengumpul data yang digunakan adalah melalui studi dokumen.

F. Metode Analisis dan Pengolahan Data

Dalam penelitian ini, maka metode analisa dan pengolahan yang dipakai adalah dengan pendekatan kualitatif, yakni dengan memberikan interpretasi atas data yang diperoleh setelah terlebih dahulu dilakukan analisa dan pemahaman atas setiap data tersebut.

G. Bentuk Hasil Penelitian

Terkait dengan bentuk penelitian normatif dalam penelitian ini, maka bentuk hasil penelitiannya adalah eksplanatoris deskriptif analitis.

V. KEGUNAAN TEORITIS DAN PRAKTIS

Penelitian ini bertujuan untuk memberikan kegunaan teoritis bagi masyarakat tentang konsep perdagangan internasional dan konsep perlindungan yang dapat dilakukan oleh sebuah negara dalam rangka menyelamatkan kondisi ekonomi negaranya ataupun untuk menjamin kesehatan dan keamanan dari negara yang bersangkutan, dalam hal ini adalah dengan adanya ketentuan mengenai SPS. Sedangkan kegunaan praktis dari penelitian ini adalah untuk memberikan pemahaman tentang langkah-langkah apa yang harus dilakukan oleh sebuah negara untuk dapat menerapkan ketentuan SPS dan bagaimana justifikasi pendukung atas keputusan tersebut.

¹⁴ Soerjono Soekanto, *op. cit.*, hal. 52.

VI. SISTEMATIKA PENULISAN

Dalam bab pertama dari penelitian ini akan dipaparkan tentang latar belakang permasalahan yang terjadi sehingga penulis berkeinginan untuk mengadakan penelitian mengenai hal tersebut. Selain itu dalam bab ini juga akan dipaparkan tentang batasan operasional yang digunakan dalam penelitian ini agar terdapat keharmonisan tentang definisi-definisi yang digunakan dalam penelitian ini. Dan yang terakhir juga dipaparkan tentang metode penelitian yang akan digunakan dalam penelitian ini mulai dari bentuk penelitian, tipologi penelitian, jenis data, jenis bahan hukum, alat pengumpul data, metode analisis dan pengolahan data, sampai pada bentuk hasil penelitian.

Bab kedua dari penelitian ini berisi tentang landasan teori yang digunakan dalam penelitian ini. Bab ini akan membahas tentang GATT dan Perjanjian SPS, dimulai dari prinsip-prinsip umum yang dianut dalam GATT (dalam perdagangan internasional pada umumnya), pengecualian-pengecualian yang ada di dalam GATT, dan kemudian akan membahas mengenai Perjanjian SPS itu sendiri dimulai dari kapan berlakunya, tujuan dari adanya perjanjian tersebut, hubungannya dengan GATT, bagaimana prosedur suatu negara apabila ingin menerapkan SPS.

Pada bab ketiga dari penelitian ini akan diuraikan mengenai kasus-kasus yang terjadi dalam forum WTO terkait dengan sengketa perdagangan internasional yang dasar gugatannya diajukan berkenaan dengan Perjanjian SPS. Dalam bab ini kasus yang akan dipaparkan adalah kasus antara Amerika Serikat dengan Uni Eropa terkait dengan masalah hormon dalam daging sapi (kasus ini lebih dikenal dengan sebutan *Hormone Beef* atau *EC-Hormones*). Dalam pembahasan bab ini, juga akan dijelaskan mengenai dasar-dasar pertimbangan yang digunakan masing-masing pihak yang bersengketa dan pendapat dari WTO sendiri terkait dengan sengketa ini, faktor-faktor apa saja yang lebih dominan dalam pengambilan keputusan tersebut.

Pada bab keempat dalam penelitian ini akan memberikan analisa mengenai kasus-kasus yang telah dipaparkan dalam bab ketiga dengan menggunakan landasan-landasan teori yang telah dijelaskan dalam bab kedua. Penulis akan memberikan

analisa terkait dengan pokok permasalahan yang telah dirumuskan di dalam bab pertama penelitian ini.

Bab kelima yang merupakan bab terakhir dalam penelitian ini akan berisi kesimpulan dan saran atas semua pokok permasalahan yang telah dirumuskan dan dianalisa pada bab keempat.



BAB II LANDASAN

TEORI

I. SEKILAS MENGENAI WTO DAN GATT

I.1 GATT Sebagai Cikal Bakal Eksistensi WTO

WTO sebagai salah satu organisasi dunia yang bernaung dibawah PBB (Perserikatan Bangsa-Bangsa) merupakan organisasi yang memfokuskan diri untuk menangani masalah perdagangan dunia. Hal ini termasuk menetapkan aturan-aturan yang berkenaan dengan lalu lintas perdagangan dunia, menetapkan pengecualian-kecualian tertentu yang diperbolehkan (terutama bagi negara-negara anggota yang tergolong negara berkembang), serta berperan sebagai lembaga penyelesaian sengketa perdagangan internasional yang terjadi diantara sesama negara anggota. WTO yang resmi beroperasi pada 1 Januari 1995 ini berawal dari adanya perundingan-perundingan multilateral negara-negara di dunia, dan yang paling berperan besar adalah *Uruguay Round* (Putaran Uruguay) yang diselenggarakan perdana pada tanggal 20 September 1986 yang diikuti oleh 108 negara yang membahas mengenai 15 masalah perdagangan internasional dan pada akhirnya menghasilkan 28 persetujuan yang disepakati. Perundingan yang berlangsung selama kurang lebih 7 tahun ini pada akhirnya menghasilkan GATT 1994 karena hasil dari *Uruguay Round* ini mengamandemen GATT yang telah disepakati pada tahun 1947¹⁵, dan perjanjian-perjanjian multilateral lainnya diantaranya adalah Perjanjian SPS yang akan dibahas pada sub bab berikutnya.

Ada empat tujuan yang ingin dicapai dengan dilaksanakannya *Uruguay Round*, yaitu menciptakan perdagangan bebas yang akan memberi keuntungan bagi semua negara khususnya negara berkembang dan memberi peluang bagi produk ekspor dalam rangka memasuki pasar yang lebih besar; meningkatkan peranan GATT dan memperbaiki sistem perdagangan multilateral berdasarkan prinsip-prinsip dan

¹⁵ Syahmin A.K, *Hukum Dagang Internasional (dalam Kerangka Studi Analitis)*, cet. 2, (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2007), hal. 202-203.

ketentuan-ketentuan GATT serta memperluas cakupan produk perdagangan dunia berdasarkan ketentuan multilateral yang efektif dan dapat dilaksanakan; meningkatkan ketanggapan sistem GATT terhadap perkembangan situasi perekonomian dengan memperlancar penyesuaian struktural; dan mengembangkan suatu bentuk kerja sama pada tingkat nasional dan internasional untuk memperlancar hubungan antara kebijaksanaan perdagangan dan kebijaksanaan ekonomi lain yang mempengaruhi pertumbuhan dan perkembangan ekonomi negara.¹⁶

GATT 1994 tidak merubah prinsip-prinsip umum yang telah dirumuskan dalam GATT, yang di antaranya adalah prinsip *the most favoured nation*, *national treatment*, *rules on market access*, *rules on unfair trade*. *The most favoured nation* pada intinya melarang sebuah negara untuk melakukan diskriminasi terhadap barang, jasa, atau pemberi jasa berdasarkan asal negara asing yang berbeda¹⁷. Hal ini diilustrasikan bahwa negara X tidak diperbolehkan untuk memberikan perlakuan yang berbeda terhadap barang dan/atau jasa yang berasal dari negara Y dan negara Z, jadi perlakuan yang diterima kedua negara tersebut haruslah sama. Sedangkan *national treatment* pada intinya melarang sebuah negara untuk melakukan diskriminasi terhadap barang, jasa, pemberi jasa dari negara asing dengan negara lokal¹⁸. Hal ini diilustrasikan bahwa negara X tidak diperbolehkan untuk memberikan perlakuan yang berbeda terhadap barang dan/atau jasa dari negara Y yang sudah beredar di negara X. *Rules on market access* pada intinya berisi bahwa hendaknya dalam lalu lintas perdagangan dunia tidaklah dihambat dengan pemberlakuan tarif dan hambatan-hambatan yang memberatkan suatu negara. Dan *rules of unfair trade* pada intinya berisi bahwa suatu negara diperkenankan untuk mengambil tindakan

¹⁶ *Ibid.*, hal. 205.

¹⁷ Peter van den Bossche, Daniar Natakusumah dan Joseph Wira Koesnadi, *Pengantar Hukum WTO (World Trade Organization)*, (Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 2010), hal. 8.

¹⁸ *Ibid.*

pengamanan untuk melindungi industri dalam negeri mereka jika terjadi praktek *dumping*¹⁹ dan subsidi²⁰.

Selain prinsip-prinsip umum tersebut, GATT 1994 juga mengatur mengenai pengecualian-kecualian tertentu yang oleh Peter van den Bossche dikelompokkan ke dalam pembahasan mengenai liberalisasi perdagangan dan nilai-nilai serta kepentingan sosial. Pengecualian-kecualian tersebut adalah pengecualian umum (berdasarkan GATT 1994 maupun berdasarkan GATS), pengecualian terhadap masalah keamanan, pengecualian terhadap masalah keadaan darurat ekonomi, pengecualian terhadap integrasi regional, dan pengecualian terhadap pembangunan ekonomi. Untuk tujuan penelitian ini, penulis hanya akan membahas pengecualian umum yang diatur berdasarkan ketentuan GATT 1994 yang berkaitan dengan Perjanjian SPS. Pengecualian yang dimaksud dirumuskan dalam ketentuan Pasal XX huruf (b) dari GATT 1994.²¹

Ketentuan Pasal XX dari GATT 1994 pada intinya mengatakan bahwa negara-negara anggota diperkenankan untuk melakukan tindakan-tindakan tertentu yang pada dasarnya bertentangan dengan ketentuan GATT 1994 dalam rangka untuk melindungi kepentingan nasionalnya, dan tindakan tersebut tidak merupakan suatu bentuk keputusan secara sewenang-wenang (*arbitrary*) atau suatu bentuk diskriminasi tanpa justifikasi dalam hal-hal tertentu.²² Hal-hal tertentu yang dimaksud diantaranya

¹⁹ Praktek *dumping* disini diartikan sebagai suatu tindakan dimana suatu negara menjual suatu produk ke negara lain dengan harga yang lebih murah daripada nilai normal barang tersebut, sehingga dengan demikian dapat berpengaruh terhadap industri domestik atas barang yang sama di negara pengimpor.

²⁰ Praktek subsidi yang dimaksud adalah subsidi yang diberikan oleh Pemerintah untuk melindungi industri domestik, selama subsidi tersebut bukan merupakan subsidi ekspor dan subsidi impor.

²¹ Preamble Perjanjian SPS paragraf terakhir. Naskah aslinya adalah “*to elaborate rules for the application of the provisions of GATT 1994 which relate to the use of sanitary or phytosanitary measures, in particular the provisions of Article XX(b).*”

²² Ketentuan Pasal XX GATT 1994 berbunyi: “*Subject to the requirement that such measures are not applied in a manner which would constitute a means of arbitrary or unjustifiable discrimination between countries where the same conditions prevail, or a disguised restriction on international trade, nothing in this Agreement shall be construed to prevent the adoption or enforcement by any [Member] of measures:*

adalah dalam hubungannya dengan kepentingan untuk melindungi moralitas/nilai-nilai yang dianut oleh masyarakat; melindungi kehidupan dan kesehatan dari manusia, hewan dan tumbuhan; melindungi perdagangan emas dan perak; kewajiban-kewajiban terkait dengan perjanjian komoditas internasional; upaya konservasi sumber daya alam yang habis terpakai; menjaga kesesuaian dengan peraturan nasional suatu negara. Agar sebuah negara dapat menerapkan tindakan-tindakan yang pada dasarnya tidak dapat dibenarkan oleh ketentuan GATT 1994 namun demikian dijustifikasi berdasarkan Pasal XX GATT 1994, maka ada 2 (dua) hal yang harus dievaluasi berkenaan dengan pelaksanaan tindakan tersebut. Hal yang pertama adalah apakah tindakan tersebut secara sementara dapat dibenarkan menurut pengecualian yang telah disebutkan dalam Pasal XX GATT 1994 huruf (a) sampai (j), dan hal yang kedua adalah apakah dalam pengaplikasian tindakan tersebut telah sesuai dengan persyaratan yang disebutkan dalam kalimat pembuka Pasal XX GATT 1994.²³

Di samping kedua hal yang harus dievaluasi tersebut di atas, karena setiap butir dalam Pasal XX GATT 1994 memiliki ruang lingkup yang berbeda-beda, maka ada persyaratan tambahan yang harus dipenuhi yang tentunya berbeda-beda antara persyaratan untuk huruf (a), huruf (b) dan seterusnya sampai dengan huruf (j). Penelitian ini hanya akan membahas persyaratan yang diperlukan berkenaan dengan Pasal XX GATT 1994 huruf (b) saja. Persyaratan tambahan berkenaan dengan ketentuan ini adalah bahwa kebijakan yang diterapkan suatu negara haruslah berupa tindakan perlindungan terhadap kehidupan atau kesehatan manusia, hewan, tumbuhan; dan tindakan tersebut memang diperlukan guna mencapai tujuan dari kebijakan yang bersangkutan²⁴. Persyaratan tambahan yang pertama tentu tidaklah menjadi masalah, namun demikian pada persyaratan kedua harus diperhatikan arti

-
- a.
 - b. *Necessary to protect human, animal or plant life or health;*
 - c.

²³ Peter van den Bossche, Daniar Natakusumah, dan Joseph Wira Koesnaldi, *op. cit.*, hal. 54.

²⁴ Peter van den Bossche, *op. cit.*, hal. 603.

dari tindakan yang memang ”diperlukan”. Kata ”diperlukan” (*necessary*) tersebut memiliki arti bahwa tidak ada tindakan alternatif lain yang dapat dilakukan untuk mencapai tujuan yang sama dengan efek yang lebih minim terhadap perdagangan dunia²⁵, atau dengan kata lain bahwa aturan yang membatasi perdagangan dunia tersebut diperbolehkan hanya jika tidak ada aturan-aturan lain dari ketentuan GATT yang dilanggar.²⁶ Dan untuk menentukan keberadaan tindakan alternatif tersebut maka harus diperhatikan beberapa hal, yaitu seberapa penting nilai-nilai sosial yang ingin dicapai melalui tindakan tersebut, implikasi dari tindakan tersebut terhadap perdagangan internasional, dan seberapa jauh tindakan alternatif lain bisa memberikan kontribusi terhadap perlindungan dari nilai yang ingin dicapai.²⁷

Interpretasi atas kata ”diperlukan” dalam kasus non-lingkungan ada pada kasus *Thai-Cigarette*. Panel memutuskan bahwa larangan impor rokok dari Amerika tersebut menjadi diperlukan (*necessary*) demi alasan kesehatan publik (dalam konteks Pasal XX(b) GATT), jika tindakan pembatasan alternatif non-perdagangan lain tidak dapat digunakan untuk mencapai tujuan dari kesehatan publik yang dimaksud. Lebih lanjut Panel berpendapat bahwa tindakan-tindakan seperti pembatasan atau pelarangan pengiklanan atau persyaratan terkait dengan pemberian label dan informasi tentang *content* bisa diaplikasikan kepada produk rokok lokal maupun impor, hal ini juga untuk menerapkan prinsip non-diskriminasi. Sehingga larangan impor tersebut tidak diperlukan dengan alasan kesehatan publik. Namun dalam kasus ini, Panel tidak mempertimbangkan biaya yang tinggi terkait dengan peraturan dan kepatuhan, kemungkinan ketidakefektifan dari implementasi hal tersebut pada negara berkembang, serta laporan dari WHO yang menyatakan bahwa pendekatan yang

²⁵ Peter van den Bossche, Daniar Natakusumah, dan Joseph Wira Koesnaldi, *op. cit.*, hal. 56.

²⁶ Michael J. Trebilcock dan Robert House, *The Regulation of International Trade (Second Edition)*, (London: Routledge, 2001), hal. 140.

²⁷ Peter van den Bossche, Daniar Natakusumah, dan Joseph Wira Koesnaldi, *loc. cit.*

dilakukan oleh pemerintah Thailand dalam hal ini merupakan instrumen yang *reasonable* terhadap kondisi yang terjadi.²⁸

I.2 Kedudukan Negara Berkembang Dalam Perdagangan Internasional

Berbicara tentang perdagangan internasional tidak bisa lepas dari peran dan kedudukan negara-negara berkembang didalamnya. Memang tidak bisa dipungkiri bahwa negara-negara maju pun memberikan kontribusi yang tergolong besar dalam lingkup perdagangan internasional. Namun demikian, peran dari negara-negara berkembang pun tidak bisa dipandang sebelah mata, sebagaimana kita ketahui bahwa nyatanya dalam dunia perdagangan internasional dewasa ini justru peran dari negara-negara berkembang lebih banyak baik dari sisi jumlah negara-negara berkembang tersebut dibandingkan dengan negara-negara maju maupun dari sisi volume perdagangan yang dilakukan.

Suatu negara, khususnya negara yang sedang berkembang, agar dapat terbuka aksesnya kepada dunia global, caranya adalah dengan membuka diri untuk masuk ke dalam pergaulan internasional. Salah satu sarannya adalah dengan ikut serta dalam perdagangan internasional, yang wadah utamanya adalah melalui WTO tersebut dimana sesama negara anggota akan lebih mudah dalam menjalin hubungan perdagangan untuk sama-sama meningkatkan kemampuan ekonomi masing-masing negara. Dalam hubungan perdagangan yang terjadi diantara sesama negara anggota tentunya berpatokan kepada suatu standar internasional, dalam hal ini kepada GATT dan Perjanjian SPS. Memang standar/aturan-aturan yang telah ditetapkan tersebut tidak berlaku mutlak seluruhnya, dalam pengertian adanya pengecualian-pengecualian yang diperbolehkan. Salah satu pengecualian tersebut adalah terkait dengan adanya pengecualian kondisi-kondisi khususnya terhadap negara-negara

²⁸ Michael J. Trebilcock dan Robert House, *op. cit.*, hal. 400-401. Dalam kasus *Thai Cigarette* ini, pihak Thailand melarang impor produk rokok dari Amerika dengan alasan bahwa produk rokok Amerika ini akan lebih mendorong para wanita dan remaja untuk merokok karena pengiklanan yang sangat menarik yang memang ditujukan untuk kelompok tersebut, dan juga mengklaim bahwa produk rokok Amerika lebih bersifat adiktif atau cenderung untuk dikonsumsi dalam jumlah yang lebih banyak karena komposisi kimiawi yang terkandung di dalamnya (pendapat yang kedua ini tidak didasarkan pada bukti ilmiah).

berkembang, dan masih ada pengecualian-kecualian lainnya seperti penerapan standar tertentu yang diperbolehkan berbeda dari apa yang telah ditetapkan dalam suatu perjanjian internasional. Pengecualian terhadap negara-negara berkembang dalam perdagangan internasional diberikan dengan mempertimbangkan banyak faktor, diantaranya adalah jumlah negara berkembang yang lebih banyak bila dibandingkan dengan negara maju, kurangnya faktor teknologi di negara berkembang sehingga seringkali menyebabkan produk-produk mereka tidak sebanding dengan kualitas produk dari negara maju, dan banyaknya permintaan terhadap produk-produk dari negara berkembang terutama mengingat harganya yang lebih murah bila dibandingkan dengan produk-produk dari negara maju.

Pengecualian yang diberikan kepada negara-negara berkembang dalam kaitannya dengan GATT tentunya bertentangan dengan prinsip dasar yang mewajibkan non diskriminasi terhadap suatu negara dan MFN (*Most Favoured Nation*) yang telah dipaparkan pada sub bab sebelumnya. Sedangkan dalam kaitannya dengan Perjanjian SPS, pada dasarnya adalah wajar bila suatu negara menerapkan perlindungan terhadap negaranya terkait dengan kelayakan produk pangan yang beredar di negaranya dan juga perlindungan terhadap kehidupan hewan dan tumbuhan.²⁹ Perlindungan dalam konteks Perjanjian SPS ini dilakukan sebagai hasil dari adanya kegiatan perdagangan internasional. Mekanisme yang diatur dalam Perjanjian SPS ini tidak merupakan suatu ketentuan yang tumpang tindih (*overlapping*) dengan liberalisasi perdagangan internasional, namun lebih merupakan suatu mekanisme penyeimbang untuk mencapai adanya liberalisasi perdagangan internasional maupun perlindungan terhadap manusia, hewan, dan tumbuhan. Karena pada dasarnya tidak dapat dipungkiri bahwa ekspansi kegiatan perdagangan internasional merupakan faktor yang penting terhadap pertumbuhan ekonomi dan merupakan satu kesatuan dengan perkembangan ekonomi.³⁰

²⁹ WTO, "Understanding the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement," http://www.wto.org/english/tratop_e/sps_e/spsund_e.htm, diakses 20 Oktober 2010.

³⁰ Denise Prévost, *Balancing Trade and Health in the SPS Agreement: The Development Dimension*, (Belanda: Wolf Legal Publisher, 2009), hal. 24.

Negara-negara berkembang dalam rangka kegiatan pembangunan harus mengadakan interaksi dengan negara lain terutama dalam kegiatan perdagangannya karena banyaknya sumber daya yang dibutuhkan yang kesemuanya itu dapat dipenuhi dengan jalan perdagangan dengan negara-negara lain. Oleh karena itu, pengecualian-pengecualian dibuat bagi negara-negara berkembang dalam kegiatan perdagangan internasional untuk lebih membuka kesempatan mengembangkan ekonomi negaranya mengingat kontribusi dari negara-negara berkembang yang besar dalam lalu lintas perdagangan internasional.

II. SEPUTAR PERJANJIAN SPS

II.1 Kebutuhan Terhadap Adanya Perjanjian SPS

Sebelum adanya Perjanjian SPS, maka aturan perdagangan internasional yang terkait dengan masalah SPS yang digunakan adalah berdasarkan GATT 1947 (yang kemudian diamandemen menjadi GATT 1994) dan kemudian juga dengan Perjanjian TBT (*Technical Barriers to Trade*) pada tahun 1979. Perjanjian TBT ini pada hakikatnya lebih diarahkan untuk mengatur mengenai aturan-aturan dan standar teknis, termasuk juga (tapi tidak terbatas pada) resiko SPS.³¹

Ketentuan dalam GATT 1947 yang mengatur mengenai masalah SPS ada dalam ketentuan Pasal III.4, Pasal XI dan Pasal XX (b).³² Ketentuan Pasal III merupakan prinsip *national treatment* seperti yang telah dijelaskan sebelumnya dalam sub bab I diatas. Pasal III.4 pada intinya mengatakan bahwa Negara Anggota wajib memberikan perlakuan yang tidak lebih merugikan (*no less favourable*) terhadap barang-barang yang diimport dari Negara Anggota lainnya dibandingkan dengan barang-barang serupa dari dalam negeri ditinjau dari segi hukum, peraturan dan persyaratan yang mempengaruhi (*affecting*) penjualan, pembelian, distribusi, transportasi atau penggunaannya. Kata “mempengaruhi” tersebut diartikan secara luas

³¹ *Ibid.*, hal. 451.

³² *Ibid.*

oleh Panel dalam GATT sehingga mencakup juga segala produk hukum, regulasi atau persyaratan yang secara merugikan (*adversely*) mungkin dapat mengubah kondisi dari persaingan antara produk lokal dan produk impor dalam pasar domestik. Lebih lanjut kata “mempengaruhi” juga termasuk pada aturan-aturan yang sifatnya prosedural.³³ Sedangkan untuk menilai apakah suatu produk termasuk dalam kategori “barang-barang serupa” (*like products*) harus dinilai berdasarkan *competitive relationship in market*,³⁴ yang sifat dan ruang lingkungannya dinilai berdasarkan empat (4) kriteria yang sering dipergunakan oleh Panel dan *Appellate Body* sebagai penilaian. Kriteria-kriteria tersebut adalah sifat, asal dan kualitas produk; tujuan penggunaan akhir dari produk; selera dan kebiasaan konsumen terhadap produk yang bersangkutan; dan klasifikasi tarif dari produk yang bersangkutan.³⁵ Terkait dengan kriteria yang pertama yaitu produk itu sendiri, *Appellate Body* dalam *EC-Asbestos* menyatakan bahwa bukti-bukti yang terkait dengan resiko kesehatan bisa dianggap relevan dalam mengkaji sifat dari *competitive relationship* diantara “*like products*”.³⁶ Terkait dengan kriteria kedua yaitu tujuan akhir penggunaan produk, dalam kasus yang sama *Appellate Body* berpendapat bahwa selain mempertimbangkan produk tersebut dari sisi kesamaan tujuan penggunaannya, juga harus mempertimbangkan dari sisi perbedaan tujuan

³³ Denise Prévost, *op. cit.*, hal. 452.

³⁴ Peter van den Bossche, *op. cit.*, hal. 356.

³⁵ *Ibid.* Kriteria ini ada dalam kasus *EC-Asbestos*: “...This approach has, in the main, consisted of employing four general criteria in analyzing ‘likeness’: (i) the properties, nature and quality of the products; (ii) the enduses of the products; (iii) consumers’ tastes and habits – more comprehensively termed consumers’ perceptions and behaviour – in respect of the products; and (iv) the tariff classification of the products. We note that these four criteria comprise four categories of ‘characteristics’ that the products involved might share: (i) the physical properties of the products; (ii) the extent to which the products are capable of serving the same or similar end-uses; (iii) the extent to which consumers perceive and treat the products as alternative means of performing particular functions in order to satisfy a particular want or demand; and (iv) the international classification of the products for tariff purposes.”

Berdasarkan kutipan di atas, terlihat bahwa kriteria yang digunakan untuk menentukan “likeness” adalah (i) sifat, asal dan kualitas produk, (ii) tujuan penggunaan akhir suatu produk, (iii) selera dan kebiasaan konsumen, dan (iv) klasifikasi tarif dari produk yang bersangkutan.

³⁶ *Ibid.*, hal. 357.

penggunaannya.³⁷ Terkait dengan kriteria ketiga yaitu selera dan kebiasaan konsumen, dalam kasus yang sama pula *Appellate Body* berpendapat bahwa selera dan kebiasaan konsumen pada dasarnya terbentuk dari pengetahuan tentang resiko kesehatan terkait dengan produk (dalam kasus ini adalah *chrysotile asbestos fibres* dan *PCG fibres*, bahwa *asbestos fibres* tersebut memiliki potensi tinggi menyebabkan kanker).³⁸ Hal lainnya yang terkait dengan penentuan *like products* ini adalah bahwa hal ini hanya berlaku untuk suatu produk, bukan perbedaan dalam PPM (*Process or Production Method*), yang tidak terkait dengan *nature of products*.³⁹

Pasal XI GATT pada intinya berisi ketentuan tentang larangan terhadap adanya *quantitative restrictions*. Ketentuan Pasal XI.1 berisi larangan untuk melakukan *prohibitions* atau *restrictions* kecuali karena “cukai, pajak, atau biaya lainnya, yang dipandang efektif melalui *quota*, lisensi impor atau ekspor, atau tindakan lainnya” terhadap barang yang diimpor ataupun barang yang diekspor. Sedangkan ketentuan Pasal XI.2 pada intinya berisi pengecualian-kecualian dalam hal *prohibition* atau *restriction* tersebut boleh dilakukan oleh suatu negara. Dalam ketentuan Pasal XI.2 disebutkan juga tentang “*like products*”, yang harus diinterpretasikan sama dengan ketentuan Pasal III. Terkadang aturan-aturan yang

³⁷ *Ibid.*, hal. 359.

³⁸ *Ibid.*

³⁹ *Ibid.*, hal. 360. Peter van den Bossche dalam hal ini merujuk kepada keputusan Panel dalam *US-Tuna* yang menyatakan bahwa pada intinya perbedaan dalam PPM dari suatu produk tidak relevan dalam menentukan makna “*likeness*” dari suatu produk. Pernyataan Panel dalam hal ini adalah: “*Article III:4 calls for a comparison of the treatment of imported tuna as a product with that of domestic tuna as a product. Regulations governing the taking of dolphins incidental to the taking of tuna could not possibly affect tuna as a product. Article III:4 therefore obliges the United States to accord treatment to Mexican tuna no less favourable than that accorded to United States tuna, whether or not the incidental taking of dolphins by Mexican vessels corresponded to that of United States vessels.*” Dari kutipan ini terlihat bahwa yang dibandingkan adalah suatu produk akhir, bukan proses.

Hal ini juga terdapat dalam kasus *Tuna/Dolphin I*, dalam Michael J. Trebilcock dan Robert Howse, *op. cit.*, hal. 406-407. Dikatakan bahwa dalam kasus ini, Panel menolak penggunaan Pasal III GATT dengan alasan bahwa apa yang diatur dengan regulasi bukanlah produk yang aktual (tuna) namun lebih kepada bagaimana tuna tersebut diproduksi, dan Pasal III GATT lebih mengarah kepada tindakan yang diaplikasikan pada dan mempengaruhi sifat dari produk itu sendiri. Namun keputusan dari Panel ini tidak diadopsi oleh DSU.

dibuat oleh suatu negara dapat menimbulkan diskriminasi terhadap import atau pun mengandung *quantitative restrictions* tersebut merupakan suatu tindakan yang dapat dijustifikasi berdasarkan kedaulatan suatu negara untuk melindungi suatu nilai sosial dalam wilayah negaranya. Dan untuk itu, ada ketentuan Pasal XX GATT yang memberikan beberapa pengecualian atas tindakan yang bertujuan untuk mencapai sasaran dari kebijakan tertentu.⁴⁰

Perjanjian SPS mulai diberlakukan dan dilaksanakan sejalan dengan berdirinya WTO pada tanggal 1 Januari 1995. Perjanjian ini berisi tentang aplikasi dari peraturan tentang keamanan/kelayakan makanan dan kesehatan hewan dan tumbuhan. Perjanjian SPS ini berawal dari Putaran Uruguay yang salah satu tujuan utamanya adalah mencapai liberalisasi di bidang agrikultur⁴¹ dan ditandatangani di Marrakesh pada tanggal 15 April 1994. Permasalahan yang muncul sebagai cikal bakal diadakannya Perjanjian SPS ini adalah bagaimana sebuah negara bisa yakin bahwa rakyatnya mendapatkan pasokan makanan yang aman untuk dikonsumsi (pasokan yang dimaksud adalah pasokan yang merupakan hasil impor) dan kemudian bagaimana sebuah negara dapat menerima bahwa tindakan pengamanan yang ketat terhadap kesehatan tersebut tidak diterapkan semata-mata hanya untuk melindungi produsen lokal suatu negara.⁴² Oleh karena itu, dibuat suatu perjanjian yang secara khusus membahas mengenai standar kelayakan makanan dan kesehatan hewan dan tumbuhan yang dikenal dengan SPS yang memberikan suatu standar baru. SPS ini dapat diterapkan dalam berbagai bentuk, misalnya mensyaratkan bahwa suatu produk harus berasal dari area yang bebas penyakit (*disease-free*), inspeksi atas suatu produk, perlakuan khusus atas suatu produk, menentukan tingkat maksimum dari residu pestisida ataupun pembatasan penggunaan zat additive tertentu yang diizinkan atas

⁴⁰ Denise Prévost, *op. cit.*, hal. 459.

⁴¹ *Ibid.*, hal. 481. Hal ini didasari oleh banyaknya tindakan perlindungan berlebihan terhadap industri dalam negeri (*protectionism*).

⁴² WTO, "Understanding the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement", http://www.wto.org/english/tratop_e/sps_e/spsund_e.htm, diakses 20 November 2010.

suatu makanan.⁴³ SPS ini diterapkan pada wabah/penyakit pada makanan, hewan dan tumbuhan yang diproduksi dari dalam negeri (domestik), dan atas produk-produk yang berasal dari negara lain. SPS memperbolehkan suatu negara menerapkan standar tersendiri yang berbeda dari apa yang telah ditetapkan sebagai standar yang berlaku umum, namun demikian standar yang berbeda tersebut haruslah berdasarkan pada hasil penelitian ilmiah dan hanya dapat diterapkan secara wajar (seperlunya) dengan tujuan untuk melindungi nyawa atau kesehatan manusia, hewan, dan tumbuhan.⁴⁴ Selain itu, tindakan pengamanan ini juga tidak boleh merupakan suatu bentuk diskriminasi yang tidak beralasan diantara negara-negara anggota yang memiliki kondisi yang serupa.⁴⁵

Dengan berdasar pada tujuan awalnya, tidak bisa dipungkiri bahwa SPS berpotensi untuk menimbulkan pembatasan-pembatasan pada perdagangan internasional. Semua pemerintah negara-negara di dunia menerima fakta bahwa beberapa pembatasan dalam perdagangan internasional kadang kala memang dibutuhkan untuk memberikan jaminan perlindungan atas keamanan/kelayakan sebuah makanan dan kesehatan hewan dan tumbuhan. Namun demikian, terkadang pemerintah juga mendapat tekanan untuk bertindak melebihi apa yang sebenarnya diperlukan dan menggunakan SPS ini sebagai alat untuk melindungi produsen lokal dari persaingan ekonomi.⁴⁶ Tekanan seperti ini akan cenderung meningkat sebagai akibat dari menurunnya pembatasan perdagangan yang lain sebagai hasil akhir dari Putaran Uruguay. Larangan dari SPS yang sebenarnya tidak diperlukan untuk alasan kesehatan dapat menjadi alat perlindungan (*protectionist device*) yang efektif, karena tingkat segi teknis yang sangat kompleks, dan merupakan hambatan yang sangat sulit untuk dilakukan perlawanan.⁴⁷ Perjanjian SPS sendiri dibuat dengan berdasarkan

⁴³ *Ibid.*

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ *Ibid.*

⁴⁶ *Ibid.*

⁴⁷ *Ibid.*

pada aturan-aturan GATT dengan tujuan untuk melarang penerapan perlindungan yang tidak beralasan dengan tujuan untuk melindungi perdagangan dalam negeri. Tujuan dasar dari Perjanjian SPS adalah untuk menjaga hak berdaulat setiap pemerintah suatu negara untuk memberikan dan menerapkan suatu tingkat perlindungan kesehatan yang sepantasnya, namun dengan catatan bahwa kedaulatan tersebut tidak disalahgunakan sebagai suatu sistem perlindungan yang berlebihan (*protectionism*) dan hambatan yang tidak berdasar bagi lalu lintas perdagangan internasional.⁴⁸

Perjanjian SPS selain mengizinkan suatu negara untuk menerapkan suatu tingkat perlindungan yang wajar, juga mengurangi kemungkinan suatu negara memutuskan penerapan SPS ini tanpa suatu alasan yang kuat dan mengarahkan agar hasil keputusan tersebut konsisten.⁴⁹ Tindakan perlindungan ini hanya boleh diterapkan hanya dengan alasan untuk menjamin keamanan/kelayakan produk makanan dan kesehatan hewan dan tumbuhan.⁵⁰ Perjanjian SPS juga secara khusus mengklarifikasi faktor-faktor apa saja yang harus dipertimbangkan dalam melakukan analisa terhadap resiko terkait.⁵¹ Aturan-aturan untuk menjamin keamanan/kelayakan makanan dan perlindungan kesehatan hewan dan tumbuhan harus sejauh mungkin berdasarkan analisa dan bukti-bukti ilmiah yang sifatnya objektif dan akurat.⁵² Selain itu dengan melihat kepada ketentuan Annex A.1 Perjanjian SPS, maka dapat disimpulkan bahwa tindakan SPS hanya dapat diterapkan dalam wilayah negara anggota tersebut, dan tidak boleh bersifat *extra-territorial*.⁵³

⁴⁸ *Ibid.*

⁴⁹ *Ibid.*

⁵⁰ *Ibid.*

⁵¹ *Ibid.*

⁵² *Ibid.*

⁵³ Peter van den Bossche, *op. cit.*, hal. 462. Larangan untuk bertindak *extra-territorial* ini juga dinyatakan dalam Michael J. Trebilcock dan Robert Howse, *op. cit.*, hal. 407. Dalam buku ini, pengarang merujuk kepada kasus *Tuna/Dolphin I*, bahwa Panel menginterpretasikan ketentuan Pasal

II.2 Ruang Lingkup Perjanjian SPS

Ruang lingkup Perjanjian SPS dapat ditemukan dalam ketentuan Pasal 1.1 Perjanjian SPS⁵⁴, yang secara substantif menyebutkan dua hal yaitu bahwa tindakan yang diambil merupakan tindakan dalam lingkup Perjanjian SPS dan bahwa tindakan tersebut diambil karena dapat mempengaruhi perdagangan internasional baik secara langsung maupun tidak langsung.

Tindakan yang dimaksud dalam ruang lingkup Perjanjian SPS ini adalah tindakan-tindakan yang disebutkan di dalam Annex A.1 Perjanjian SPS, yang meliputi tindakan-tindakan yang bertujuan untuk:

- (a) melindungi kehidupan atau kesehatan hewan atau tanaman dalam wilayah Anggota dari risiko yang timbul dari masuknya, pembentukan atau penyebaran hama, penyakit, organisme pembawa penyakit atau organisme penyebab penyakit;
- (b) melindungi kehidupan atau kesehatan manusia atau hewan dalam wilayah Anggota dari risiko yang timbul dari aditif, kontaminan (zat-zat yang mencemarkan), toksin atau organisme penyebab penyakit yang terkandung dalam makanan, minuman atau bahan pakan ternak;
- (c) melindungi kehidupan dan kesehatan manusia dalam wilayah Anggota dari risiko yang timbul dari penyakit yang dibawa hewan, tanaman atau produknya, atau dari masuknya, pembentukan atau penyebaran hama; atau
- (d) mencegah atau membatasi kerugian lain dalam wilayah Anggota yang timbul dari masuknya, pembentukan atau penyebaran hama.

XX(b) GATT tidak dapat diterapkan oleh negara anggota yang melakukan tindakan dengan tujuan untuk melindungi kehidupan hewan diluar wilayah yurisdiksi yang bersangkutan.

⁵⁴ Ketentuan Pasal 1.1 Perjanjian SPS berbunyi “*This Agreement applies to all sanitary and phytosanitary measures which may, directly or indirectly, affect international trade. Such measures shall be developed and applied in accordance with the provisions of this Agreement.*”

Tindakan SPS mencakup semua undang-undang, surat keputusan, peraturan-peraturan, persyaratan dan prosedur yang relevan, termasuk antara lain, kriteria produk jadi; proses dan metode produksi; prosedur pengujian, pemeriksaan, pengesahan kelayakan dan persetujuan; perlakuan karantina termasuk persyaratan relevan yang berhubungan dengan pengangkutan hewan dan tanaman, atau material yang perlu agar mereka tetap hidup selama diangkut; ketentuan tentang metode statistik yang relevan, prosedur pengambilan contoh dan metode penelitian risiko; dan persyaratan pengemasan dan pemberian label yang langsung berhubungan dengan keamanan makanan.⁵⁵

Lebih lanjut di dalam catatan kaki dari Annex A Perjanjian SPS disebutkan juga bahwa “hewan” termasuk ikan dan hewan liar; “tanaman” termasuk hutan dan tanaman liar; “hama” termasuk rerumputan liar; dan “kontaminasi” termasuk pestisida, sisa-sisa obat hewan dan zat atau benda asing. Jadi untuk menentukan apakah suatu isu termasuk ke dalam ruang lingkup Perjanjian SPS haruslah berpatokan pada ketentuan ini.

⁵⁵ Annex A.1 Perjanjian SPS berbunyi: “*Sanitary or phytosanitary measure — Any measure applied:*

(a) *to protect animal or plant life or health within the territory of the Member from risks arising from the entry, establishment or spread of pests, diseases, disease-carrying organisms or disease-causing organisms;*

(b) *to protect human or animal life or health within the territory of the Member from risks arising from additives, contaminants, toxins or disease-causing organisms in foods, beverages or feedstuffs;*

(c) *to protect human life or health within the territory of the Member from risks arising from diseases carried by animals, plants or products thereof, or from the entry, establishment or spread of pests; or*

(d) *to prevent or limit other damage within the territory of the Member from the entry, establishment or spread of pests.*

Sanitary or phytosanitary measures include all relevant laws, decrees, regulations, requirements and procedures including, inter alia, end product criteria; processes and production methods; testing, inspection, certification and approval procedures; quarantine treatments including relevant requirements associated with the transport of animals or plants, or with the materials necessary for their survival during transport; provisions on relevant statistical methods, sampling procedures and methods of risk assessment; and packaging and labelling requirements directly related to food safety.”

Ketentuan dalam Pasal 1.2 Perjanjian SPS⁵⁶ yang menyebutkan bahwa “Untuk tujuan Perjanjian ini, definisi yang berlaku adalah yang disebutkan dalam Annex A” harus diartikan secara luas. Bila ketentuan tersebut diartikan secara sempit, maka sebuah negara dimungkinkan untuk menyangkal aplikasi dari Perjanjian SPS dengan alasan bahwa tindakan SPS haruslah sesuai dengan apa yang dinyatakan dalam Annex A tersebut. Namun jika diartikan secara luas, maka akan termasuk juga tujuan akhir dari aturan-aturan dengan berdasarkan pada tindakan-tindakan SPS dan kondisi-kondisi terkait lainnya sehingga pada akhirnya akan lebih objektif dalam melihat tujuan dari tindakan tersebut untuk keperluan pengaplikasian tindakan SPS.⁵⁷

II.3 Prinsip-Prinsip Umum dan Instrumen Perjanjian SPS

Dengan berdasar pada aturan-aturan yang ada dalam Perjanjian SPS, maka pada dasarnya dapat digolongkan ada dua prinsip umum dan delapan instrumen yang dapat digunakan. Prinsip umum yang dimaksud disini adalah prinsip non diskriminasi dan justifikasi ilmiah seperti yang telah dijelaskan pada sub bab sebelumnya. Prinsip non diskriminasi dalam dalam konteks Perjanjian SPS ini adalah sama dengan prinsip non diskriminasi yang dimaksud dalam ketentuan GATT. Sedangkan instrumen-instrumen yang ada dalam Perjanjian SPS meliputi kajian resiko (*risk assessment*), aturan pengaturan tingkat perlindungan (*rules on setting protection levels*), pengecualian dalam hal ketidakcukupan bukti (*exception in the case of insufficient evidence*), harmonisasi, kesepadanan (*equivalence*), regionalisasi, transparansi, dan penyelesaian sengketa.⁵⁸ Pengertian dari masing-masing instrumen tersebut akan dibahas dibawah ini.

⁵⁶ Pasal 1.2 Perjanjian SPS berbunyi: “*For the purposes of this Agreement, the definitions provided in Annex A shall apply.*”

⁵⁷ Denise Prévost, *op. cit.*, hal. 518.

⁵⁸ Michael Friis Jansen, “Reviewing the SPS Agreement: A Developing Countries Perspective”, hal. 4, http://www.djiiis.dk/graphics/CDR_Publications/cdr_publications/working_papers/wp-02-3.pdf, diunduh 29 Oktober 2010.

II.3.1 *Risk Assessment*

Kajian resiko pada dasarnya merupakan suatu prosedur yang harus dilakukan oleh suatu negara dalam pengambilan keputusan. Analisa ini dilakukan dengan menggunakan pendekatan dan langkah-langkah ilmiah atas suatu barang/produk terkait dengan potensi resiko yang ditimbulkan oleh barang/produk yang bersangkutan. Kajian resiko ini dilakukan pada hal-hal yang menyangkut kesehatan dan keamanan publik⁵⁹, yang dalam hal ini terutama terkait dengan produk pangan (makanan). Kajian resiko merupakan bagian dari analisa resiko (*risk analysis*), dan di samping itu terdapat juga manajemen resiko (*risk management*) dan komunikasi resiko (*risk communication*).⁶⁰ Hal ini juga dianut dalam Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan Pengelolaan Lingkungan Hidup dalam Pasal 47.

Kajian resiko menunjukkan estimasi probabilitas yang akurat atas efek dari substansi (zat) atau kegiatan yang memiliki potensi bahaya (*harmful*), hasilnya harus bersifat objektif dan kuantitatif berdasarkan metode ilmiah dan hasil tes laboratorium.⁶¹ Sedangkan manajemen resiko merupakan aturan yang diterapkan dengan berdasarkan penilaian subyektif yang menggambarkan proses identifikasi, evaluasi, pemilihan, dan pengimplementasian tindakan untuk mengurangi resiko, dan secara implisit memerlukan penilaian atas tingkat resiko yang dapat diterima dalam masyarakat tertentu.⁶²

Kajian resiko sangatlah bergantung pada data-data yang menggambarkan pengalaman/kejadian sebelumnya terkait dengan zat yang dianalisa atau kegiatan yang diteliti. Bila data-data faktual tersebut banyak jumlahnya, komprehensif dan dapat dipercaya (*reliable*), maka akan timbul sedikit kontroversi mengenai tingkat

⁵⁹ Chauncey Starr, "The Precautionary Principle Versus Risk Analysis," *Risk Analysis*, (Vol. 23, No. 1, 2003), hal. 3.

⁶⁰ Denise Prévost, *op. cit.*, hal. 633.

⁶¹ Jan Bohanes, "Risk Regulation in WTO: A Procedure-Based Approach to the Precautionary Principle," *Columbia Journal of Transnational Law*, (Vol 40, 2001-2002), hal. 335.

⁶² Jan Bohanes, *loc. cit.*

risiko.⁶³ Kajian resiko merupakan suatu proses pengambilan keputusan yang melibatkan integrasi informasi dari bidang politik, sosial, ekonomi, dan teknis dengan data yang berkaitan dengan resiko, yang digunakan untuk mengembangkan, menganalisa, dan membandingkan pilihan-pilihan aturan (*regulatory*) serta untuk memilih aturan yang paling tepat sebagai respons dari potensi bahaya kesehatan⁶⁴.

Proses kajian resiko ini pada umumnya mencakup empat tahapan, yaitu identifikasi bahaya (*hazard identification*), karakterisasi bahaya (*hazard characterisation*), kajian akibat (*exposure assessment*), dan karakterisasi resiko (*risk characterisation*).⁶⁵ Identifikasi bahaya (*hazard identification*) adalah identifikasi dari substansi tersembunyi yang dapat menimbulkan efek negatif pada kesehatan dari manusia.⁶⁶ Karakteristik bahaya (*hazard characterisation*) adalah evaluasi atas efek yang ditimbulkan berdasarkan faktor-faktor yang relevan (termasuk mekanisme tindakan, perbedaan spesies terhadap respons, rute dan tingkat pelepasan) hasil dari respons kimiawi secara kualitatif dan kuantitatif.⁶⁷ Kajian akibat (*exposure assessment*) adalah pengukuran, perkiraan atau prediksi atas pelepasan zat tersebut, dalam kaitannya dengan kekuatan, jangka waktu dan frekwensi untuk populasi umum, dan sub-group yang spesifik.⁶⁸ Karakterisasi resiko (*risk characterisation*) adalah proses integrasi dari ketiga tahap sebelumnya untuk menentukan suatu tingkat pelepasan (*exposure*) yang dapat diterima (secara wajar), untuk memprediksi apakah akan memiliki akibat terhadap manusia, atau untuk memprediksi apakah

⁶³ Robert T. Nakamura, Thomas W. Church dan Jeryl L. Mumpower, "Assessing Environmental Risks: Lessons From Superfund," *Journal of Contingencies and Crisis Management*, (Vol.2, No. 3, September 1994), hal. 137.

⁶⁴ Enda Cummins, *et. al.*, "BSE: Risk, Uncertainty, and Policy Change," *Risk: Health, Safety and Environment*, (Vol. 13, Spring 2002), hal. 97.

⁶⁵ The Interdepartmental Group on Health Risk from Chemicals, "Uncertainty Factors: Their Use in Human Health Risk Assessment by UK Government," *Institute for Environment and Health*, 2003, hal. 13.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ *Ibid.*

⁶⁸ *Ibid.*

kemungkinan timbulnya akibat buruk terhadap suatu populasi yang ditentukan pada tingkat konsentrasi tertentu.⁶⁹ Kajian resiko ini dalam praktiknya banyak sekali terdapat perdebatan, terutama dalam kaitannya dengan prinsip kehati-hatian.

Risk Assessment dalam Perjanjian SPS diatur dalam Pasal 5.1 sampai dengan Pasal 5.3 yang pada intinya mengatakan bahwa negara anggota yang menerapkan ketentuan SPS harus didukung dengan suatu *risk assessment* yang memberikan justifikasi secara ilmiah terhadap hubungan antara langkah-langkah yang diambil dan tingkat perlindungan yang ingin dicapai. Perjanjian SPS sendiri tidak memberikan batasan yang jelas tentang hal-hal apa yang harus dianalisa dalam laporan *risk assessment* ini. Sehingga justifikasi dari *risk assessment* ini pada akhirnya adalah berdasarkan penilaian dari Panel dan *Appellate Body*.

II.3.2 *Risk Management*

Instrumen kedua yaitu mengenai aturan untuk menerapkan tingkat perlindungan berdasarkan Perjanjian SPS diatur dalam Pasal 5.4 sampai 5.6 dan Pasal 5.8. Pasal-pasal tersebut pada intinya mengatur tentang penerapan prinsip anti diskriminasi dalam prakteknya. Instrumen ini terkait juga dengan penggunaan *risk assessment*, dalam pengertian bahwa *risk assessment* saja tidaklah cukup untuk menerapkan ketentuan SPS tanpa adanya aturan untuk menerapkan tingkat perlindungan. Jadi tindakan yang diambil haruslah yang berakibat paling minim terhadap perdagangan dari semua alternatif yang ada dan tindakan tersebut memang diperlukan untuk mencapai suatu tingkat perlindungan tertentu yang diharapkan dari negara yang bersangkutan⁷⁰. Jadi antara *risk assessment* dan instrumen kedua ini merupakan aturan yang sifatnya saling melengkapi. Instrumen yang kedua ini sering dikenal dengan *risk management*, yang akan dibahas pada bab selanjutnya.

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ *Ibid.*, hal 5.

II.3.3 *Precautionary Measures*

Pengecualian terhadap *risk assessment* berhubungan dengan instrumen ketiga yaitu dalam hal tidak adanya cukup bukti, yang diatur dalam Pasal 5.7 Perjanjian SPS. Ketentuan pasal tersebut mengatakan bahwa dalam hal tidak terdapat cukup bukti ilmiah, maka sebuah negara boleh untuk melakukan tindakan tertentu berdasarkan informasi logis terkait yang tersedia (*available pertinent information*). Tindakan tersebut bisa diimplementasikan dengan dua syarat, yaitu bahwa tindakan tersebut sifatnya sementara (*provisional*), dan negara yang menerapkan tindakan sementara tersebut diwajibkan terus menggali bukti-bukti tambahan dan wajib mengevaluasi tindakan tersebut.⁷¹ Selain itu, Negara yang bersangkutan juga bertanggung jawab untuk memastikan bahwa tindakan tersebut tidak akan menciptakan suatu diskriminasi atau kesewenang-wenangan terhadap anggota lainnya dan tidak akan menciptakan pembatasan yang berlebihan terhadap perdagangan internasional.⁷²

Ketentuan Pasal 5.7 Perjanjian SPS ini erat sekali hubungannya dengan *precautionary principle* dalam hukum lingkungan. Prinsip kehati-hatian merupakan salah satu prinsip dasar yang dikenal dalam bidang hukum lingkungan. Prinsip kehati-hatian pertama kali diperkenalkan melalui hukum administrasi di negara Jerman dengan sebutan "*Vorzorgeprinzip*".⁷³ Prinsip kehati-hatian ini diperkenalkan melalui berbagai perundingan, diantaranya melalui Deklarasi Rio (yang membahas mengenai lingkungan dan pembangunan), Protokol Cartagena (yang membahas mengenai masalah *GMO*⁷⁴). Pada dasarnya tidak terdapat definisi yang pasti mengenai prinsip kehati-hatian, karena hanya berupa konsep-konsep kohesi dan konsistensi internal yang kurang/minim.⁷⁵ Prinsip kehati-hatian ini digunakan untuk

⁷¹ Pasal 5.7 Perjanjian SPS.

⁷² Michael J. Trebilcock dan Robert Howse, *op. cit.*, hal.145.

⁷³ Jan Bohanes, *loc. cit.*, hal. 330.

⁷⁴ *GMO* adalah *Genetically Modified Organism* (organisme hasil rekayasa genetik).

⁷⁵ Jan Bohanes, *loc. cit.*, hal. 331.

mewujudkan legitimasi dan pendekatan dengan akal sehat atas resiko bahaya terhadap lingkungan dan kesehatan, ketika resiko tersebut masih bersifat ambigu dan pembenaran secara ilmiah belum cukup (*inconclusive*).⁷⁶ Oleh karena itu, prinsip ini sering digunakan oleh pemerintah untuk mengambil tindakan walaupun bahaya yang dinyatakan tersebut masih belum terbukti pasti, karena pada dasarnya belum terbuktinya bahaya (*hazard*) tidak dapat menghalangi pengambilan keputusan sampai dengan terbuktinya bahaya tersebut secara ilmiah.⁷⁷ Namun demikian prinsip ini tidak dapat diartikan sebagai pengganti dari pendekatan ilmiah⁷⁸ tetapi lebih merupakan suatu prinsip yang secara keseluruhan memberikan petunjuk dalam pengambilan keputusan dalam kondisi kurangnya kepastian dari segi analitis atau prediksi.⁷⁹

Status hukum dari prinsip kehati-hatian ini adalah sebagai suatu prinsip (asas) umum dalam hukum, khususnya bidang hukum lingkungan.⁸⁰ Dengan berbagai macam interpretasi yang dilakukan terhadap prinsip kehati-hatian ini, maka dalam hal ini beban pembuktian telah beralih. Berdasarkan pendekatan tradisional yang dikenal dalam hukum lingkungan maka pihak yang mengatakan bahwa suatu kegiatan atau zat tersebut berbahaya atau berpotensi menimbulkan bahaya bagi lingkungan hiduplah yang harus melakukan pembuktian. Sedangkan berdasarkan prinsip kehati-hatian ini, maka beban pembuktian beralih kepada pihak yang ingin melakukan suatu kegiatan tersebut. Ia yang harus membuktikan bahwa kegiatannya tidak membahayakan lingkungan hidup.⁸¹

⁷⁶ *Ibid.*, hal. 328.

⁷⁷ *Ibid.*, hal. 331.

⁷⁸ Pendekatan ilmiah ini sangat erat kaitannya dengan *risk assessment*.

⁷⁹ D. Santillo, *et. al.*, "The Precautionary Principle: Protecting Against Failures of Scientific Method and Risk Assessment," *Marine Pollution Bulletin*, (Vol. 36, No. 12, 1998), hal. 941.

⁸⁰ James Cameron, "The Precautionary Principle: Core Meaning, Constitutional Framework and Procedures for Implementation" dalam *Perspectives on the Precautionary Principle*, (Sydney: The Federation Press, 1999), hal. 47.

⁸¹ Phillippe Sands, *Principles of International Environmental Law I: Frameworks, Standards, and Implementation*, (Manchester: Manchester University Press, 2000), hal. 212.

Prinsip kehati-hatian memiliki empat unsur dasar, yaitu adanya ancaman (*threat*), ancaman tersebut sifatnya tidak pasti (*uncertain*), dibutuhkan suatu tindakan (*action*), tindakan itu bersifat pengaturan wajib (*mandatory*).⁸² Paradigma dari prinsip kehati-hatian ini pun telah beralih. Hal mendasar yang menjadi ukuran diterapkannya prinsip kehati-hatian ini adalah faktor ketidakpastian (*uncertainty*) yang disebabkan karena tidak adanya data-data ilmiah sebagai pendukungnya. Atau jika ada data-data ilmiah, data tersebut belum berada pada suatu tingkatan yang dinilai cukup untuk menjawab ketidakpastian tersebut.⁸³ Kehati-hatian ini mengambil peran ketika probabilitas dari resiko yang diduga tersebut tidak dapat didemonstrasikan.⁸⁴ Terkait dengan hal ini, maka besarnya faktor ketidakpastian tersebut berbanding lurus dengan spekulasi keputusan (*decision stakes*) yang diambil, dengan berdasarkan ilmu terapan (*applied science*) pada tingkat yang paling rendah, kemudian beralih kepada pendapat profesional (*professional consultancy*), dan pada tingkat yang paling tinggi adalah yang disebut dengan *post-normal science*.⁸⁵ Yang menjadi faktor penentu disini adalah banyaknya kepentingan masyarakat luas yang akan terkena dampak dari keputusan yang diambil. *Post-normal science* ini memandang bahwa lingkungan hidup adalah sebuah lokasi terjadinya konflik atas persaingan atas nilai, kepentingan, kelompok dan komunitas yang mereka representasikan.⁸⁶ Oleh karena itu, segala kepentingan tersembunyi, kendala-kendala kebudayaan, dan nilai-nilai adalah relevan dan merupakan kumpulan variabel yang

⁸² Per Sandin, *et. al.*, "Five Charges Against Precautionary Principle," *Journal of Risk Research* 5, (Vol. 4, 2002), hal. 290.

⁸³ Makane Moïse Mbengue dan Urs P. Thomas, "The Precautionary Principle's Evolution in Light of Four SPS Disputes," *Journal of Trade and Environment Studies*, (Vol. 3, July 2004), hal. 5.

⁸⁴ *Ibid.*

⁸⁵ Andrea Saltelli dan Silvio Funtowicz, "Implications of Precautionary Principle for Risk Management Strategies", *Eur: J. Oncol. Library*, (Vol. 2), hal. 68.

⁸⁶ *Ibid.*, hal. 77.

harus dijadikan bahan pertimbangan karena akan sangat mempengaruhi strategi yang akan diterapkan.⁸⁷

Hubungan antara prinsip kehati-hatian dan GATT didasarkan pada asumsi dasar bahwa dalam hukum lingkungan internasional prinsip kehati-hatian ini pada umumnya terintegrasi di dalam isi perjanjian yang bersangkutan sebagai hak atau terkadang juga sebagai suatu kewajiban terkait dengan tindakan-tindakan yang dapat diambil oleh suatu pemerintahan yang berdaulat terkait dengan tujuan yang ingin dicapai yang berhubungan dengan masalah lingkungan.⁸⁸ Sedangkan dalam sudut pandang hukum di forum WTO, prinsip kehati-hatian ini dianggap sebagai suatu pengecualian, yang artinya merupakan sebuah pilihan (opsi) yang ditawarkan kepada negara-negara anggota untuk tidak mengimplementasikan suatu ketentuan tertentu atau untuk melakukan penyesuaian tertentu terhadap ketentuan tersebut, dan alasan-alasan untuk menerapkan pilihan tersebut akan merupakan bahan penilaian dari Panel atau *Appellate Body* yang ditunjuk untuk memutuskan apakah hal tersebut bisa diterima atau tidak.⁸⁹ Pembahasan lebih lanjut mengenai prinsip kehati-hatian akan dipaparkan dalam bab-bab berikutnya.

II.3.4 Harmonisasi

Perjanjian SPS juga mendorong pemerintah untuk membuat suatu standar SPS nasional yang konsisten dan sejalan dengan standar, petunjuk, dan rekomendasi internasional dengan tujuan agar tercipta suatu harmonisasi.⁹⁰ Harmonisasi yang merupakan instrumen dalam Perjanjian SPS ini diatur dalam Pasal 3 Perjanjian SPS. Standar internasional seringkali lebih tinggi daripada persyaratan nasional di banyak negara, termasuk di dalamnya adalah negara-negara berkembang, namun Perjanjian SPS secara eksplisit mengizinkan suatu negara untuk tidak menggunakan standar

⁸⁷ *Ibid.*

⁸⁸ Makane Moïse Mbengue dan Urs P. Thomas, *loc. cit.*, hal. 4.

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ Pasal 3.2 Perjanjian SPS.

internasional tersebut. Namun demikian, jika persyaratan nasional ternyata menimbulkan larangan perdagangan internasional yang lebih besar, maka negara tersebut akan diminta untuk menunjukkan bukti-bukti ilmiah yang menunjukkan bahwa standar internasional yang terkait ternyata tidak cukup memberikan tingkat perlindungan kesehatan yang dianggap sesuai oleh negara yang bersangkutan.⁹¹ Dalam rangka harmonisasi ini, terlibat juga organisasi-organisasi internasional yang terkait (khususnya dengan ketentuan SPS) yang salah satu produknya adalah standarisasi ketentuan yang terkait dengan SPS, diantaranya adalah *Codex Alimentarius Commission* (dalam bidang keamanan produk pangan), *International Office of Epizootics* (untuk hewan), dan *Secretariat of International Plant Protection Convention* (untuk tumbuh-tumbuhan).⁹² Ketentuan Pasal 3 Perjanjian SPS ini seringkali menimbulkan perdebatan, karena jika suatu negara mengikuti standar internasional yang telah ditetapkan (meskipun sifatnya adalah sukarela) maka status hukumnya meningkat karena akan sangat sulit untuk melakukan perlawanan (*challenge*) dalam forum WTO yang disebabkan telah terpenuhinya ketentuan-ketentuan yang disyaratkan oleh Perjanjian SPS.⁹³

II.3.5 Kesepadanan

Instrumen kesepadanan (*equivalence*) pada dasarnya terkait dengan harmonisasi, dimana menurut ketentuan Pasal 4 Perjanjian SPS sebuah negara anggota harus menerima pemberlakuan tindakan SPS kepadanya dari negara anggota lain walaupun tindakan tersebut berbeda dengan yang telah dilakukan oleh negara-negara lain terkait dengan produk yang serupa. Hal ini merupakan pembatasan dari harmonisasi, dimana kesepadanan ini pada dasarnya melihat dari tingkat perlindungan yang serupa yang ingin dicapai dan bukan pada bentuk tindakannya.⁹⁴

⁹¹ Pasal 3.3 Perjanjian SPS.

⁹² Preamble Perjanjian SPS

⁹³ Michael Friis Jansen, *loc. cit.*, hal. 6.

⁹⁴ *Ibid.*, hal. 7.

Alasannya adalah karena setiap negara belum tentu memiliki kemampuan dan kapabilitas yang sama untuk dapat menerapkan suatu standar serta proses yang sama dengan negara lainnya. Alasan ini juga terkait dengan ketentuan dalam Pasal 6 Perjanjian SPS tentang adaptasi, yang pada intinya mengatakan bahwa karena adanya perbedaan iklim, wabah penyakit atau hama yang ada, atau ketentuan tentang kelayakan/keamanan makanan, maka sebuah negara selayaknya tidak memberlakukan persyaratan SPS yang sama atas produk makanan, hewan atau tumbuhan yang berasal dari negara yang berbeda.⁹⁵ Hal ini juga menjadi pertimbangan dalam penerapan ketentuan SPS.

II.3.6 Transparansi

Pemerintah juga diwajibkan untuk memberikan pemberitahuan kepada negara-negara anggota lainnya tentang adanya perubahan ataupun persyaratan yang baru terkait dengan SPS yang akan mempengaruhi lalu lintas perdagangan internasional. Juga untuk mendirikan sebuah pusat informasi untuk memberikan respon terhadap informasi-informasi terkait dengan persyaratan SPS di negaranya. Sesama negara anggota juga diwajibkan untuk terbuka terhadap pemeriksaan tentang pengaplikasian aturan-aturan terkait dengan kelayakan produk pangan dan kesehatan hewan dan tumbuhan. Hal ini merupakan perwujudan dari instrumen transparansi diantara sesama negara anggota WTO yang disebutkan dalam Pasal 7 Perjanjian SPS. Dengan adanya transparansi dan pertukaran informasi yang baik diantara sesama negara anggota, maka diharapkan akan memperlancar lalu lintas perdagangan internasional tanpa harus mengorbankan kepentingan para konsumen maupun pihak eksportir dan importir terutama terhadap praktek sistem perlindungan yang berlebihan dengan jalan memperketat persyaratan teknis yang tidak perlu. Komite khusus yang menangani masalah SPS di WTO disebut dengan Komite SPS (*SPS Committee*), yang tugasnya adalah melakukan evaluasi dan pemeriksaan terhadap kepatuhan negara

⁹⁵ WTO, "Understanding the Sanitary and Phytosanitary Measures Agreement," http://www.wto.org/english/tratop_e/sps_e/spsund_e.htm, diakses 20 Oktober 2010.

anggota terhadap Perjanjian SPS, mendiskusikan masalah-masalah yang memiliki potensi berdampak pada perdagangan internasional, dan menjalin kerjasama dengan organisasi-organisasi teknis yang terkait.⁹⁶

II.3.7 Penyelesaian Sengketa

Instrumen terakhir yang ada dalam Perjanjian SPS adalah terkait dengan aturan penyelesaian sengketa. Berdasarkan Pasal 11 Perjanjian SPS disebutkan bahwa tata cara penyelesaian sengketa dalam kaitan dengan SPS dilakukan menurut prosedur yang telah ditetapkan oleh DSU (*Dispute Settlement Unit*).

II.4 Kaitan Perjanjian SPS dengan GATT dan Perjanjian TBT

Final Act dari perundingan yang dilakukan di Marrakesh yang pada akhirnya menghasilkan Perjanjian WTO (*WTO Agreements*), berlaku sebagai satu kesatuan yang terintegrasi dengan perjanjian-perjanjian WTO lainnya (misalnya Perjanjian SPS, Perjanjian TBT, dan sebagainya) sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 2.1 Perjanjian WTO.⁹⁷

Perjanjian TBT yang telah ada sejak Putaran Tokyo pada tahun 1979 ternyata mengalami perubahan dalam Putaran Uruguay, dan dalam Putaran Uruguay itu ternyata dihasilkan dua perjanjian yang berbeda yang terkait dengan masalah hambatan teknis dalam perdagangan internasional. Kedua perjanjian tersebut adalah Perjanjian SPS dan Perjanjian TBT. Kedua perjanjian ini pada dasarnya terlihat serupa, namun ada perbedaan diantara keduanya. Perjanjian SPS lebih menitikberatkan pada kebenaran ilmiah dalam tujuan untuk melindungi kesehatan manusia, hewan dan tumbuhan. Sedangkan pada Perjanjian TBT pada dasarnya menitikberatkan pada aturan-aturan yang pada dasarnya menghambat perdagangan internasional. Mekanisme yang ada pada Perjanjian TBT meliputi tiga hal yaitu

⁹⁶ *Ibid.*

⁹⁷ Pasal 2.1 Perjanjian WTO berbunyi: “*The agreements and associated legal instruments included in Annexes 1, 2 and 3 (hereinafter referred to as “Multilateral Trade Agreements”) are integral parts of this Agreement, binding on all Members.*”

aturan teknis (*technical regulation*), standar, dan prosedur pemeriksaan terhadap kepatuhan (*conformity assessment procedures*). Aturan teknis didefinisikan dalam Annex 1.1 Perjanjian TBT sebagai dokumen yang menyebutkan karakteristik suatu produk atau hal-hal yang terkait dengan proses dan metode produksinya, termasuk persyaratan administratif yang dapat diaplikasikan yang wajib dipenuhi. Standar didefinisikan dalam Annex 1.2 Perjanjian TBT sebagai dokumen yang disahkan oleh badan yang berwenang, yang berisi aturan, petunjuk atau karakteristik untuk produk atau proses dan metode produksi terkait dimana kepatuhannya tidak bersifat wajib, yang berlaku secara umum dan untuk berulang kali. Prosedur pemeriksaan terhadap kepatuhan didefinisikan dalam Annex 1.3 sebagai segala prosedur yang digunakan, baik secara langsung atau tidak langsung, untuk menentukan persyaratan yang relevan terkait dengan aturan teknis atau standar telah dipenuhi. Oleh karena ruang lingkup kedua perjanjian ini berbeda, maka setiap anggota diwajibkan untuk memenuhi ketentuan kedua perjanjian ini dan perjanjian tersebut tidak saling tumpang tindih antara ketentuan yang satu dengan ketentuan yang lainnya. Sehingga suatu tindakan (*measure*) bisa saja termasuk ke dalam ruang lingkup kedua perjanjian tersebut.⁹⁸

Terkait dengan ketentuan GATT terutama pada ketentuan Pasal XX (b), ketentuan dalam Perjanjian SPS bukanlah merupakan suatu *lex specialis* dari ketentuan GATT. Seperti telah dijelaskan sebelumnya berdasarkan Pasal 2.1 Perjanjian WTO, bahwa pada intinya semua perjanjian internasional dalam ruang lingkup WTO berlaku sepenuhnya sebagai satu kesatuan yang terintegrasi. Jadi kedua ketentuan tersebut, yaitu GATT dan Perjanjian SPS, harus dipenuhi oleh para negara anggota. Suatu pelanggaran berdasarkan ketentuan GATT bisa juga merupakan pelanggaran berdasarkan ketentuan Perjanjian SPS.

Hubungan antara GATT 1994 dan perjanjian multilateral lainnya di bidang perdagangan barang ada di dalam ketentuan Annex 1A dari Perjanjian WTO, termasuk juga Perjanjian SPS. Ketentuan tersebut pada intinya mengatakan bahwa

⁹⁸ Denise Prévost, *op. cit.*, hal 563-564.

dalam hal terjadi konflik antara ketentuan dari GATT 1994 dan ketentuan Perjanjian lainnya yang termasuk dalam ketentuan Annex 1A, maka yang berlaku adalah ketentuan Perjanjian yang kemudian. Sehingga bila ada konflik antara ketentuan GATT 1994 dan Perjanjian SPS, maka yang berlaku adalah ketentuan Perjanjian SPS.⁹⁹ Namun demikian, jika suatu tindakan SPS dinilai sesuai menurut ketentuan Perjanjian SPS, maka dianggap juga memenuhi ketentuan Pasal XX (b) GATT 1994. Hal ini dinyatakan dalam ketentuan Pasal 2.4 Perjanjian SPS.¹⁰⁰ Perlu juga diingat bahwa antara perjanjian-perjanjian yang ada dalam lingkup WTO merupakan satu kesatuan yang terintegrasi, sehingga semua ketentuan tersebut harus dipatuhi oleh masing-masing anggota sebagaimana disebutkan dalam alinea awal dari sub bab ini.

II.5 Pengecualian Bagi Negara Berkembang dalam Perjanjian SPS

Seperi telah dibahas sebelumnya, bahwa dalam perdagangan internasional diberikan suatu perlakuan yang khusus bagi negara-negara berkembang maupun bagi negara-negara terbelakang. Demikian pula halnya dalam ruang lingkup Perjanjian SPS ini. Pengecualian ini secara eksplisit dinyatakan tegas dalam ketentuan Pasal 10 Perjanjian SPS, dan juga di beberapa pasal lainnya yaitu Pasal 5.6 dan Pasal 9.

Dalam ketentuan Pasal 10 Perjanjian SPS dikatakan bahwa dalam menerapkan ketentuan SPS, maka harus diperhatikan juga kebutuhan-kebutuhan khusus dari negara-negara berkembang, khususnya bagi negara-negara yang terbelakang.¹⁰¹ Kemudian terkait dengan tingkat perlindungan yang ingin dicapai, maka jika perlu diberlakukan suatu tindakan SPS yang baru secara bertahap, harus diberikan jangka waktu yang lebih lama untuk pemenuhannya kepada negara-negara berkembang terhadap produk-produk tertentu dengan tujuan untuk mempertahankan peluang

⁹⁹ *Ibid.*, hal. 566.

¹⁰⁰ Pasal 2.4 Perjanjian SPS berbunyi: “*Sanitary or phytosanitary measures which conform to the relevant provisions of this Agreement shall be presumed to be in accordance with the obligations of the Members under the provisions of GATT 1994 which relate to the use of sanitary or phytosanitary measures, in particular the provisions of Article XX(b).*”

¹⁰¹ Pasal 10.1 Perjanjian SPS

eksport mereka.¹⁰² Komite SPS dalam hal ini diberikan hak untuk memberikan pengecualian-kecualian tersebut bagi negara berkembang, baik untuk seluruh maupun sebagian kewajiban yang harus dilaksanakan.¹⁰³

Negara-negara anggota pun memiliki kewajiban untuk saling membantu satu sama lain dalam hal pemberian bantuan teknis (diantara sesama anggota yang terkait dengan tindakan SPS), khususnya terhadap negara anggota yang tergolong negara berkembang. Bantuan teknis yang dimaksud meliputi segala bantuan teknologi, informasi, pendanaan, dan lainnya yang tujuannya adalah untuk membantu negara yang bersangkutan untuk bisa menyesuaikan diri dengan ketentuan SPS dan mencapai suatu tingkat perlindungan tertentu yang layak.¹⁰⁴ Selain itu juga dalam kaitannya dengan tindakan SPS yang diambil oleh para anggota harus memperhatikan hubungannya dengan pembatasan perdagangan (*trade restriction*) yang wajar dan memperhatikan kelayakan dari sudut teknis dan ekonomis.¹⁰⁵

III. CODEX ALIMENTARIUS

Codex Alimentarius (selanjutnya disebut dengan “Codex”) adalah sebuah standar kesehatan atas makanan yang ditentukan oleh FAO dan WHO secara bersama-sama. Codex ini merupakan jawaban atas Perjanjian SPS yang dalam Pasal 3 menyatakan tujuannya adalah untuk menciptakan harmonisasi diantara sesama negara anggota untuk menerapkan SPS berdasarkan standar internasional. Codex berdasarkan Perjanjian SPS dianggap sebagai standar internasional yang digunakan untuk memecahkan permasalahan perdagangan internasional terkait dengan masalah SPS. Persyaratan-persyaratan dalam aturan sebuah negara yang berdasarkan standar

¹⁰² Pasal 10.2 Perjanjian SPS

¹⁰³ Pasal 10.3 Perjanjian SPS

¹⁰⁴ Pasal 9 Perjanjian SPS

¹⁰⁵ Pasal 5.6 Perjanjian SPS

Codex dianggap sesuai dengan Perjanjian SPS, dan yang melebihi standar Codex dapat dilakukan perlawanan (*challenge*) sebagai hambatan perdagangan.¹⁰⁶

Badan yang menaungi Codex ini adalah Komisi Codex (Codex Alimentarius Commission) yang berbasis di Roma dan dibiayai secara bersama oleh FAO dan WHO. Codex ini ada sejak tahun 1960-an dimana ketika itu FAO dan WHO merasa perlu untuk mengembangkan suatu standar internasional dengan tujuan untuk melindungi kesehatan publik dan meminimalisir adanya gangguan (*disruption*) terhadap perdagangan internasional atas produk makanan.¹⁰⁷ Codex ini merupakan sebuah organisasi ilmiah, yang didalamnya terdapat banyak para ahli dan spesialis dari berbagai macam bidang ilmu yang berkontribusi untuk menjamin bahwa standar yang telah ditetapkan dapat dipertanggungjawabkan bila dilakukan perbandingan terhadap hasil penyelidikan ilmiah yang sangat mendalam. Hasil kerja dari Komisi Codex telah memperlihatkan hal-hal penting yang terkait dengan penelitian ilmiah dan investigasi terkait dengan produk pangan, dan Komisi Codex sendiri merupakan sebuah wadah internasional yang berperan penting terhadap pertukaran informasi ilmiah terkait dengan keamanan sebuah produk pangan. Standar-standar yang telah dikembangkan oleh Codex diantaranya adalah 200 standar makanan yang telah diproses, semi-proses ataupun belum diproses yang bertujuan untuk dijual kepada konsumen ataupun untuk tujuan proses pengolahan lebih lanjut; lebih dari 40 kode praktek yang higienis dan teknis; menetapkan lebih dari 3000 tingkat maksimal dari residu pestisida; memeriksa lebih dari 1000 jenis zat additive makanan; dan memberikan lebih dari 30 panduan bagi pihak yang melakukan kontaminasi.¹⁰⁸

Codex adalah sekumpulan standar makanan yang diadopsi secara internasional yang dibakukan (seperti dikodifikasikan). Standar tersebut ditujukan untuk melindungi kesehatan para konsumen dan menjaga praktek perdagangan

¹⁰⁶ Center for Science in Public Interest, "International Harmonisation of Food Safety and Labeling Standards", <http://www.cspinet.org/reports/codex.htm>, diakses 17 November 2010.

¹⁰⁷ WTO, "The WTO and the FAO/WHO Codex Alimentarius", http://www.wto.org/english/thewto_e/coher_e/wto_codex_e.htm, diakses 3 November 2010.

¹⁰⁸ *Ibid.*

makanan yang wajar. Selain itu, Codex juga berisi ketentuan-ketentuan yang dianjurkan dalam bentuk kode praktek (*Code of practice*), petunjuk-petunjuk dan tindakan-tindakan lain yang direkomendasikan untuk mencapai tujuan dari adanya Codex.¹⁰⁹ Ruang lingkup dari Codex meliputi semua jenis makanan, baik yang telah diproses, semi-proses ataupun mentah, yang didistribusikan kepada para konsumen. Termasuk juga material yang digunakan dalam proses pengolahan sampai menjadi sebuah makanan serta ketentuan-ketentuan berkaitan dengan higienitas makanan, zat aditif, residu pestisida, zat-zat kontaminan (racun), pemberian label dan penyajian, serta metode analisis dan sampling yang digunakan.¹¹⁰

Penerimaan terhadap Standar Komoditi, Standar Umum, dan Batas Maksimum Residu Pestisida dan *Veterinary Drugs*¹¹¹ pada makanan dibagi menjadi tiga tingkatan.¹¹² Yang pertama adalah penerimaan secara penuh (*full acceptance*), yang artinya bahwa suatu negara menerapkan secara keseluruhan semua ketentuan yang diatur berdasarkan Codex dan suatu negara tidak boleh menghambat distribusi barang dari negara lain yang masuk ke negaranya apabila barang tersebut telah sesuai dengan ketentuan Codex. Yang kedua adalah diterima dengan pengecualian (*acceptance with specified deviations*), yang artinya adalah suatu negara menerima ketentuan-ketentuan yang ditetapkan oleh Codex namun dengan beberapa pengecualian tertentu yang harus secara tegas dinyatakan dalam suatu pernyataan penerimaan (*declaration of acceptance*) dengan menyebutkan alasan-alasan terhadap pengecualian tersebut, serta pernyataan apakah negara tersebut akan dapat menerima secara keseluruhan semua standar umum (jika dapat, maka harus diberikan juga

¹⁰⁹ Pasal 1 Prinsip Umum Codex Alimentarius. FAO, "General Principles of the Codex Alimentarius," <http://www.fao.org/DOCREP/005/Y2200E/y2200e05.htm#TopOfPage>, diakses 2 November 2010.

¹¹⁰ Pasal 2 Prinsip Umum Codex Alimentarius, *Ibid*.

¹¹¹ *Veterinary Drugs* adalah segala jenis zat yang dimasukkan kepada hewan penghasil makanan, baik digunakan untuk keperluan *therapeutic, prophylactic* atau tujuan diagnosa atau modifikasi fungsi dan kelakuan fisiologis. Berdasarkan Definisi untuk Tujuan Codex Alimentarius. <http://www.fao.org/DOCREP/005/Y2200E/y2200e07.htm#bm07>, diakses 2 November 2010.

¹¹² Pasal 4-6 Prinsip Umum Codex Alimentarius, *loc. cit*.

jangka waktunya). Dan yang terakhir adalah *free distribution*, yang berarti negara yang bersangkutan dapat mendistribusikan produk yang telah sesuai dengan semua persyaratan dari Codex. Kata “dapat” diatas menyiratkan tidak adanya kewajiban negara untuk menerima, namun apabila semua persyaratan Codex tersebut telah dipenuhi maka negara yang bersangkutan dapat menerima untuk mendistribusikan produk yang bersangkutan dalam wilayah negaranya.

Sebuah negara diperkenankan untuk menarik kembali atau merubah penerimaan terhadap ketentuan Codex dengan membuat pernyataan tertulis kepada Komisi Codex, yang kemudian akan dikomunikasikan dengan semua Negara Anggota dan Anggota Terkait dari FAO dan WHO.¹¹³

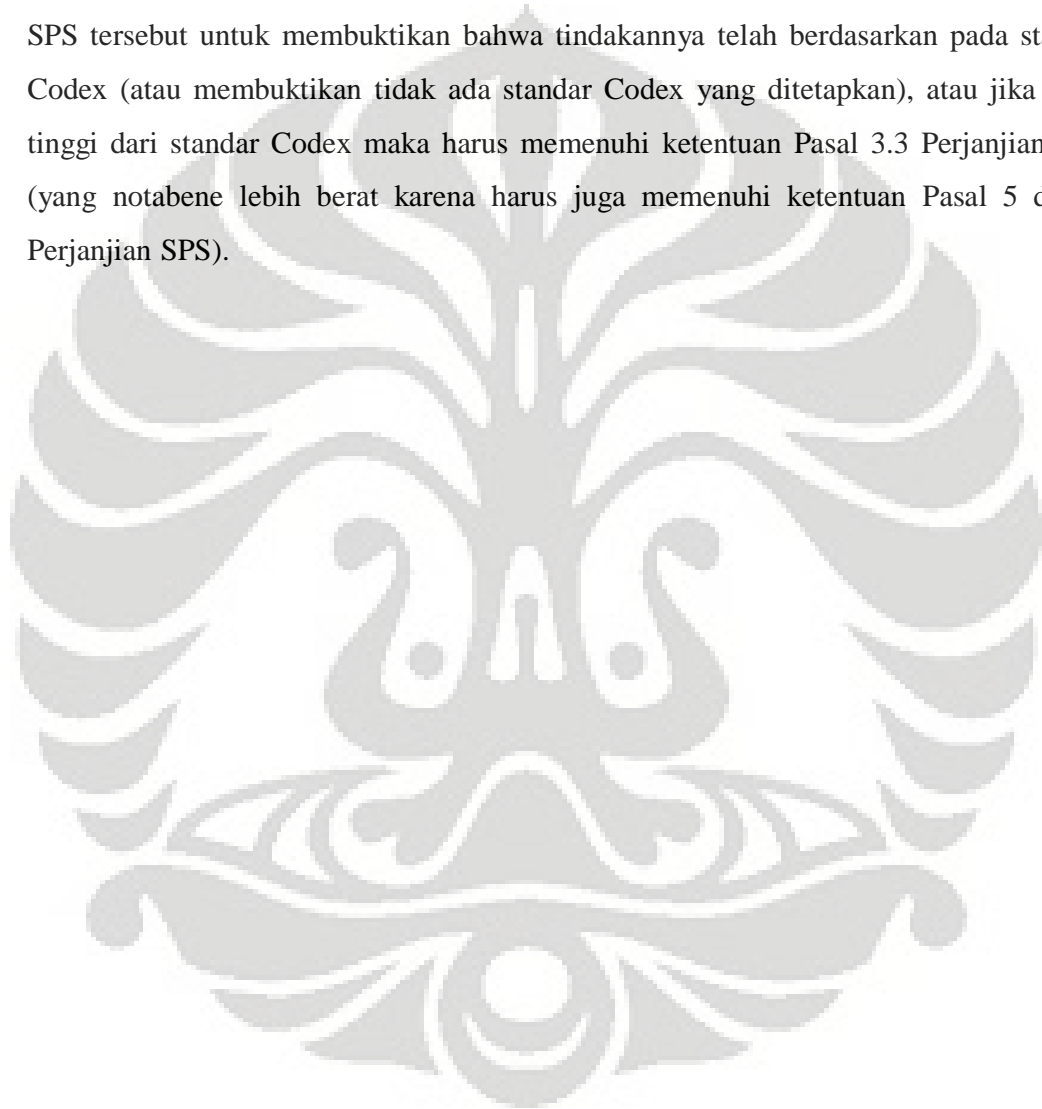
Terkait dengan aturan yang dielaborasi oleh Codex diatas, ada hal yang mengundang kritik Penulis terkait dengan status dari standar Codex itu sendiri. Berdasarkan penjelasan diatas menunjukkan bahwa pada dasarnya ada kebebasan dari negara anggota WTO terhadap perihal penerimaan standar yang ditetapkan oleh Codex, atau dengan kata lain sifatnya adalah *voluntary*.¹¹⁴ Namun demikian, tidak bisa dipungkiri bahwa Perjanjian SPS secara tegas mengakui Codex sebagai sebuah standar internasional yang diakui oleh WTO dan mengikat bagi para negara anggotanya.¹¹⁵ Dengan mengingat fakta tersebut, maka secara tidak langsung standar Codex memiliki kekuatan mengikat bagi tindakan SPS yang dilakukan oleh negara anggota WTO. Meskipun tidak ada aturan yang mewajibkan penerimaan standar yang ditetapkan Codex, namun ketidakpatuhan (*non-compliance*) terhadap standar tersebut akan melemahkan posisi negara anggota yang menerapkan tindakan SPSnya. Hal ini terjadi khususnya apabila standar yang diterapkan oleh negara yang bersangkutan

¹¹³ Pasal 7 Prinsip Umum Codex Alimentarius, *ibid*.

¹¹⁴ Consumers International, “Codex Alimentarius Commission Governance,” <http://www.consumersinternational.org/media/310365/codex%20alimentarius%20commission%20governance%20in%20brief.pdf>, diakses 25 Desember 2010.

¹¹⁵ Ministry of Agriculture, Nature Management and Fisheries of The Netherlands, “Codex Alimentarius: General Information and Dutch Codex Activities,” <http://www.netherlands-embassy.org/files/pdf/att.pdf>, diakses 25 Desember 2010.

lebih tinggi dari standar Codex. Akanlah sangat mudah untuk dilakukan *challenge* dalam forum WTO (dalam hal ini berdasarkan Perjanjian SPS) dengan berdasarkan pada ketentuan Pasal 3.1 Perjanjian SPS. Negara yang melakukan *challenge* tersebut hanya perlu untuk membuktikan bahwa standar Codex untuk hal yang disengketakan telah ada, dan selebihnya akan menjadi kewajiban negara yang melakukan tindakan SPS tersebut untuk membuktikan bahwa tindakannya telah berdasarkan pada standar Codex (atau membuktikan tidak ada standar Codex yang ditetapkan), atau jika lebih tinggi dari standar Codex maka harus memenuhi ketentuan Pasal 3.3 Perjanjian SPS (yang notabene lebih berat karena harus juga memenuhi ketentuan Pasal 5 dalam Perjanjian SPS).



BAB III

FAKTA-FAKTA DALAM KASUS *EC-HORMONES*

I. KRONOLOGIS SENGKETA¹¹⁶

Periode 1981-1988 – *European Commission* menyatakan adanya pembatasan terhadap produksi *livestock* dengan membatasi penggunaan hormon alami (*natural hormone*) untuk tujuan *therapeutic*, memblokir penggunaan hormon sintetis, dan melarang impor hewan dan daging dari hewan yang telah diberikan hormon. Antara tahun 1986-1987, Amerika Serikat (selanjutnya disebut dengan “AS”) membawa masalah ini pada Komite TBT (*Technical Barrier to Trade*) dan meminta penyelesaian sengketa ini dalam lingkup TBT dalam GATT. Pihak Eropa (selanjutnya disebut dengan EC) menunda pelaksanaan pemblokiran (*ban*) tersebut sampai 1 Januari 1989. Akhir 1987, Presiden AS Ronald Reagan mengumumkan dan menunda tariff retaliasi impor dari EC (100% *ad valorem*¹¹⁷) yang senilai 100 juta dolar. Dalam periode ini juga dilakukan penilaian-penilaian ilmiah, termasuk dari pihak *Commission*, JECFA (*Joint Expert Committee on Food Additives*) dari WHO dan *United Nations Food and Agriculture Organization*, Komisi Codex, dan *U.S Food and Drug Administration* serta institusi-institusi lain di beberapa negara.

Pada tahun 1989, pihak EC melakukan pemblokiran secara penuh atas daging dan produk daging impor yang berasal dari hewan-hewan yang dikembangbiakkan dengan 6 jenis hormon pembantu pertumbuhan (*growth promotants*), yang tiga di antaranya muncul secara alami (*estradiol-17 β* , *progesterone*, dan *testosterone*) dan tiga sisanya adalah sintetis (*zeranol*, *trenbolone*, dan *melengestrol acetate*). Keenam hormon tersebut telah teruji untuk digunakan di AS. Pemblokiran yang dilakukan EC tersebut memangkas ekspor daging sapi AS ke wilayah Eropa. Pihak AS melakukan

¹¹⁶ Renee Johnson dan Charles E. Hanrahan, “*The U.S.-EU Beef Hormone Dispute*,” <http://www.nationalaglawcenter.org/assets/crs/R40449.pdf>, diunduh 20 Oktober 2010.

¹¹⁷ Penghitungan tarif yang dibebankan pada barang sebagai persentase dari harga barang yang bersangkutan. WTO, http://www.wto.org/english/thewto_e/glossary_e/ad_valorem_tariff_e.htm, diakses 1 Januari 2011.

retaliasi tariff (100% *ad valorem*) atas impor dari EC senilai 93 juta dolar, yang berlaku sampai Mei 1996, sementara EC meminta bantuan Panel dari WTO atas hal ini.

Tahun 1995 berlaku Perjanjian SPS hasil dari Uruguay Round. Codex menetapkan Batas Maksimum Residu (*Maximum Residue Limits/MRL*) tidak diperlukan untuk ketiga hormon alami dan memberlakukan MRL tersebut untuk kedua hormon sintesis. Pihak EC menyimpulkan bahwa tidak ada bukti atas resiko kesehatan dari kelima hormon yang diizinkan untuk dipergunakan dalam AS.

Tahun 1996, pihak EC tetap mempertahankan tindakan pemblokiran tersebut. Pihak AS meminta bantuan penyelesaian sengketa kepada Panel DSU WTO, dengan klaim bahwa pemblokiran tersebut tidak sesuai dengan kewajiban EC dalam WTO. Australia, Canada dan New Zealand ikut sebagai pihak bersama dengan AS sebagai pihak penuduh (*complainant*). Pihak Commission mengeluarkan peraturan baru yang pada intinya menyetujui perpanjangan dari tindakan pelarangan dan pemblokiran daging tersebut, yang efektif berlaku pada tanggal 1 Juli 1997.

Pada tahun 1997, Panel mengeluarkan laporannya, yang menyatakan bahwa tindakan pemblokiran EC atas penggunaan hormon untuk membantu pertumbuhan sapi melanggar ketentuan Perjanjian SPS (terutama pada Pasal 3.1, Pasal 5.1, dan Pasal 5.5), dan tindakan pemblokiran tersebut tidak berdasarkan pada bukti ilmiah (*science*), yang dalam hal ini adalah *risk assessment* yang memadai atau yang relevan mengacu kepada standar internasional (Codex).¹¹⁸ Pihak EC mengajukan keberatan atas keputusan Panel ini dan juga memprakarsai serangkaian penelitian ilmiah terhadap keenam hormon tersebut.

Pada tahun 1998, *Appelate Body* tetap mempertahankan keputusan dari Panel namun membuat keputusan yang baru atas beberapa hal yang dinyatakan Panel. *Appelate Body* memutuskan bahwa pihak EC belum membuktikan secara ilmiah bahwa hormon-hormon tersebut memiliki resiko kanker bagi para konsumennya. *Appelate Body* juga menyatakan bahwa negara-negara dapat mengadopsi standar

¹¹⁸ *EC-Hormones, Panel Report, Section IX.*

yang lebih ketat (tinggi) jika didukung dengan *risk assessment* yang mencukupi. *Appellate Body* memutuskan bahwa pemblokiran oleh pihak EU tidak menciptakan hambatan tersembunyi atas perdagangan internasional.¹¹⁹ WTO melalui DSBnya (*Dispute Settlement Body*) mengadopsi keputusan Panel dan aturan dari *Appellate Body* tentang masalah pemblokiran. Pihak EC menyatakan akan melaksanakan keputusan tersebut sesegera mungkin. Kedua pihak tidak dapat bersepakat mengenai waktu yang wajar (*reasonable period of time*) untuk mengimplementasikan keputusan DSB tersebut, dan pada akhirnya setelah melalui proses arbitrase disepakati bahwa pihak EC membutuhkan waktu selama 15 bulan sampai pada tanggal 13 Mei 1999.

Februari 1999, pihak EC menawarkan tiga pilihan untuk menyelesaikan sengketa yaitu kompensasi, pencabutan blokir yang diimbangi dengan sistem pemberian label (*labeling*) yang sesuai, dan pengalihan tindakan pemblokiran tersebut menjadi tindakan sementara. Pihak AS yang didukung oleh sebagian besar pelaku industri daging sapi lokal memutuskan bahwa mereka ingin adanya pencabutan blokir dan menentang adanya tindakan kompensasi apapun. Kemudian pihak EC memutuskan bahwa pihak mereka akan melakukan kaji ulang tambahan atas resiko (*additional risk review*) sebelum sampai pada keputusan untuk mencabut blokir tersebut. Pada bulan Maret, pihak AS menyatakan bahwa mereka akan mengambil tindakan berupa sanksi perdagangan kepada pihak EC dan mengumumkan daftar awal dari produk-produk yang dapat terkena kenaikan tariff jika sengketa ini tidak diselesaikan. Pada bulan April, pihak EC mengeluarkan hasil kajian pertamanya dan opini yang didasarkan atas hasil studi dari SCVPH (*Scientific Committee on Veterinary Measures relating to Public Health*) terhadap potensi resiko atas kesehatan manusia sehubungan dengan konsumsi daging sapi yang dikembangbiakkan dengan hormon. Pendapat SCVPH adalah bahwa mereka memiliki bukti yang menunjukkan bahwa hormon pertumbuhan (*estradiol-17 β*) yang

¹¹⁹ *EC-Hormones, Appellate Body Report, Section XIV.*

digunakan oleh pihak AS adalah *carcinogenic*¹²⁰, dan masih ada beberapa potensi resiko kesehatan lainnya terhadap konsumen. Pada bulan Juli, AS dan Canada meminta persetujuan dari WTO untuk menunda konsesi tariff dan retaliasi terhadap EC.¹²¹ WTO memberikan batas tersebut pada tingkat harga 116,8 juta dollar (AS) dan 11,3 juta dolar (Canada). Pihak AS mengumumkan keputusannya untuk memberlakukan 100% *ad valorem* kenaikan nilai cukai (*rate of duty*) terhitung mulai tanggal 29 Juli. Produk yang terkena imbasnya adalah daging sapi, daging babi, hati angsa, keju, dan sejumlah produk lainnya. Negara yang menjadi target adalah Perancis, Jerman, Italia, dan Denmark.

Pada bulan Mei 2000, pihak EC mengeluarkan hasil kaji ulang dan opini yang kedua terkait dengan potensi resiko kesehatan manusia oleh SCVPH. Kajian tersebut menyimpulkan bahwa informasi yang baru tidak memberikan data dan argumen yang meyakinkan, dan tidak memerlukan revisi dari kesimpulan yang terdahulu.¹²² Pihak AS pun melakukan kajian ulang dan secara berkala melakukan revisi terhadap produk-produk yang terkena retaliasi ketika negara lain gagal untuk mengimplementasikan keputusan dari WTO.

Pada tahun 2001, Commission menyediakan dokumentasi hasil studi dan jurnal-jurnal untuk keperluan publikasi. Pihak AS dan EC memprakarsai diskusi mengenai kompensasi terkait masalah ini. April 2002, pihak EC mengeluarkan hasil kajian ulang dan pendapat yang ketiga berdasarkan SCVPH. Hasilnya menyimpulkan hal yang sama seperti kedua pendapat sebelumnya pada tahun 1999 dan 2000.¹²³

Pada bulan September 2003, Commission mengeluarkan aturan yang baru yang secara permanen memblokir penggunaan *estradiol* pada hewan ternak dan juga secara sementara memblokir penggunaan dari kelima hormon lainnya sementara

¹²⁰ *Carcinogenic* adalah material yang berpotensi menyebabkan kanker. IARC Monographs – Preamble, <http://monographs.iarc.fr/ENG/Preamble/current2objective0706.php>, diakses 10 Desember 2010.

¹²¹ Lihat WT/DS26/19 dan WT/DS26/21.

¹²² Renee Johnson dan Charles E. Hanrahan, *loc. cit.*

¹²³ *Ibid.*

mereka mencari informasi ilmiah yang lengkap mengenai hal tersebut. Pihak EC menyatakan usahanya untuk menggantikan tindakan pemblokiran yang ada dengan tindakan pemblokiran sementara yang sesuai dengan kewajibannya dalam lingkup WTO, berdasarkan ketentuan Pasal 5.7 Perjanjian SPS. Pada bulan Oktober, pihak EC mengumumkan dalam konferensi pers bahwa tindakan pemblokiran tersebut berdasarkan hasil kajian dari SCVPH pada tahun 1999 dan 2002, yang mengandung “*risk assessment* yang menyeluruh berdasarkan pengetahuan ilmiah yang ada” sehingga memenuhi ketentuan dalam WTO. Pihak AS mempertanyakan apakah hasil dari SCVPH tersebut memang mengandung *risk assessment*. Dan pihak EC mengklaim bahwa tidak ada pembenaran secara hukum bagi AS dan Canada untuk terus menerapkan sanksi perdagangan kepada EC. Dan pada bulan Desember, pihak EC merujuk pada WTO untuk menyelesaikan sengketa multipihak ini.¹²⁴

Pada tahun 2004-2005, pihak EC memprakarsai sengketa baru dengan klaim bahwa karena mereka telah merubah pemblokirannya, maka pihak AS (dan Canada) harus mencabut sanksi perdagangannya kepada EC karena tindakan retaliasi yang berkepanjangan ini sudah tidak lagi sesuai dengan ketentuan dalam forum WTO. Sampai dengan tahun 2006, pihak AS pun tidak berkenan untuk merubah keputusannya terkait dengan tariff yang diberlakukan untuk produk-produk dari EC.

Pada tahun 2007 bulan Juni, EFSA (*European Food Safety Authority*) mengadopsi opini terkait residu hormon dalam daging *bovine* dan produk-produknya berdasarkan data-data ilmiah. EFSA menyimpulkan bahwa data-data baru yang tersedia tidak memberikan informasi yang kuantitatif untuk *risk assessment* dan dengan demikian tidak diperlukan revisi atas *risk assessment* yang dilakukan sebelumnya.

Pada bulan Maret 2008, laporan Panel disirkulasikan kepada para anggota. Dalam laporan tersebut, Panel mengklaim bahwa EC tidak memberikan bukti-bukti ilmiah yang memadai sebagai justifikasi atas tindakan pemblokiran yang dilakukan, termasuk di dalamnya laporan *risk assessment* pihak EC pada tahun 2003. Panel juga

¹²⁴ Lihat juga WT/DS26/22.

menyatakan kesalahan pihak AS dan Canada dengan mempertahankan sanksi perdagangan pada EC. Dan kedua belah pihak pun menyatakan keberatannya atas keputusan dari Panel. Pada bulan Oktober, *Appellate Body* membuat keputusan yang mengizinkan pihak AS dan Canada untuk tetap melakukan sanksi perdagangan terhadap EC, juga dalam hal ini mengatakan pemblokiran yang dilakukan oleh pihak EC tidak sesuai dengan hukum WTO.

Januari 2009, USTR mengumumkan perubahan terhadap daftar produk dari EC yang terkena kenaikan tariff, serta menambah daftar negara yang dituju yang efektif berlaku pada tanggal 23 Maret 2009.¹²⁵ Pada bulan September 2009, setelah melalui beberapa tahap perundingan akhirnya kedua belah pihak menandatangani MOU yang diharapkan dapat mengakhiri sengketa yang panjang.¹²⁶ MOU tersebut pada intinya berisi komitmen kedua belah pihak (terutama EC karena AS melakukan tindakan retaliasi terkait dengan tidak dilaksanakannya kewajiban-kewajiban EC berdasarkan putusan *EC-Hormones*) yaitu EC untuk membuka pintu perdagangan terhadap daging-daging sapi dari AS, dan bagi AS untuk menurunkan kenaikan cukai (yang pada akhirnya menjadi nol) yang telah dilakukan sebelumnya kepada EC atas bermacam-macam produknya. Namun dalam MOU tersebut tidak disebutkan mengenai pengizinan penggunaan hormon yang disengketakan, melainkan kedua belah pihak membahas mengenai “*High Quality Beef*” (Daging Sapi Berkualitas Tinggi).¹²⁷ Dalam MOU tersebut disebutkan bahwa tujuan fase pertama adalah untuk membuka pasar EC terhadap *High Quality Beef* tersebut dan penurunan nilai cukai oleh AS terhadap produk-produk tertentu dari EC sebagaimana yang diizinkan oleh WTO pada tahun 1999.¹²⁸ Dan fase kedua yang ingin dicapai adalah ekspansi lebih luas terhadap *High Quality Beef* dalam kawasan EC dan penurunan cukai oleh AS

¹²⁵ Lihat WT/DS26/23 terkait dengan permintaan pihak EC kepada WTO agar pihak AS menarik tindakannya.

¹²⁶ Lihat Lampiran 1.

¹²⁷ Lihat Lampiran 1 dalam *Article VI*.

¹²⁸ Lihat Lampiran I dalam *Article I.1*.

sampai nol.¹²⁹ Dan jika kedua fase tersebut berhasil maka akan menuju pada fase ketiga yaitu yang terkait dengan sengketa *EC-Hormones*.¹³⁰ Dalam MOU tersebut, tidak ada ketentuan yang mengatur mengenai masalah sengketa dalam *EC-Hormones*. Jika kedua belah pihak berhasil melaksanakan ketentuan dalam MOU ini, maka pada nantinya kedua belah pihak akan melakukan review terkait dengan pelaksanaan fase yang ketiga.¹³¹

II. STANDAR HORMON MENURUT CODEX¹³²

Standar dari Codex untuk *veterinary drugs* ditetapkan dalam satuan ADI (*Acceptable Daily Intake*) dan MRL (*Maximum Residue Limits*). Satuan ADI adalah estimasi dari jumlah *veterinary drug*, dengan berbasis berat tubuh, yang dapat dicerna setiap harinya sepanjang hidup tanpa adanya resiko kesehatan (standar berat badan pria adalah 60kg). Nilai ADI ini diperoleh dari eksperimen NOEL¹³³ (*No Observable Effect Level*) pada spesies hewan yang paling sesuai, dengan menerapkan faktor keamanan yang paling sesuai. Nilai MRL yang ditetapkan oleh Codex merupakan salah satu instrumen untuk menjamin bahwa konsumsi *veterinary drugs* tidak melebihi nilai ADI dan masuk dalam GPVD (*Good Practice in the use of Veterinary Drugs*). MRL adalah konsentrasi maksimum dari residu sebagai hasil dari penggunaan *veterinary drug* (yang dinyatakan dalam satuan μ g/kg atau μ g/kg dalam basis berat segar) yang direkomendasikan oleh Komisi Codex untuk diizinkan secara legal atau dipandang sebagai wajar dalam sebuah makanan. GPVD diartikan sebagai

¹²⁹ Lihat Lampiran I dalam *Article I.2*.

¹³⁰ Lihat Lampiran I dalam *Article I.3*.

¹³¹ Lihat Lampiran I dalam *Article IV.3* dan *Article IV.4*.

¹³² *EC-Hormones, Panel Report, Section II*.

¹³³ NOEL diartikan sebagai *greatest concentration or amount of a substance, found by experiment or observation, that causes no alterations of morphology, functional capacity, growth, development, or life span of target organisms distinguishable from those observed in normal (control) organisms of the same species and strain under the same defined conditions of exposure*. United States Department of Health and Human Services – Specialized Information Services, <http://sis.nlm.nih.gov/enviro/glossaryn.html>, diakses 10 Desember 2010.

rekomendasi resmi atau penggunaan yang diizinkan termasuk periode pelepasan *veterinary drugs* untuk kondisi yang praktis, yang disahkan oleh otoritas nasional.

Pada bulan Juni 1995, Komisi Codex menetapkan standar untuk kelima hormon tersebut (tidak termasuk *melengestrol acetate*) berada pada Tingkat 8¹³⁴, berdasarkan hasil pemungutan suara. Standar ini berlaku secara khusus untuk peternakan, dan daging serta produk-produk daging berjenis *bovine*, ketika hormon-hormon tersebut digunakan untuk tujuan pertumbuhan (*growth promotion*).

Terkait dengan ketiga jenis hormon alami dalam sengketa ini (*estradiol-17 β* , *progesterone* dan *testosterone*), Codex berpendapat tidak diperlukan untuk menetapkan nilai ADI dan MRL. Secara spesifik, Codex menyatakan bahwa:

“Establishing an ADI and an [MRL] for a hormone that is produced endogenously at variable levels in human beings was considered unnecessary by the Committee. Residues resulting from the use of this substance as a

¹³⁴ Tingkat 8 dalam proses Perincian Standar Codex merupakan tahap terakhir dimana rancangan standar berada di Komisi Codex bersama dengan proposal tertulis dari para anggotanya dan organisasi internasional yang berkepentingan terkait dengan perubahan yang diinginkan untuk pada akhirnya ditentukan menjadi standar Codex. Penentuan standar tersebut biasanya dilakukan berdasarkan konsensus, namun demikian apabila diminta maka dapat dilakukan melalui mekanisme pemungutan suara. Dalam hal ini, keputusan dari mayoritas anggota Codex diperlukan. Percepatan prosedur ini dapat pula dilakukan ketika ada kepentingan yang mendesak atas diperlukannya standar ini. Urutan tingkatan dari Tingkat 1 sampai Tingkat 7 yaitu sebagai berikut:

Step 1: The Codex Commission decides to elaborate a standard and identifies which subsidiary body or other body should undertake the work, taking into account the "Criteria for the Establishment of Work Priorities and for the Establishment of Subsidiary Bodies". Decisions to elaborate standards may also be taken by subsidiary bodies of the Codex Commission subject to subsequent approval by the Codex Commission or its Executive Committee.

Step 2: The Codex Commission secretariat arranges for the preparation of a "proposed draft standard". In the case of veterinary drugs, JECFA is in charge of preparing recommendations for maximum residue levels.

Step 3: The secretariat distributes the "proposed draft standard" to the members of the Commission for comments.

Step 4: The comments received are sent by the secretariat to the CCRVDF which considers the comments and prepares, if appropriate, a proposed draft standard.

Step 5: The proposed draft standard is submitted through the secretariat to the Codex Commission or to the Executive Committee with a view to its adoption as a "draft standard".

Step 6: The "draft standard" is sent by the secretariat to all members and interested international organizations for comments on all aspects, including possible implications of the "draft standard" for their economic interests.

Step 7: The comments received are sent by the secretariat to the CCVDRF, which considers such comments and may amend the "draft standard".

growth promoter in accordance with good animal husbandry practice are unlikely to pose a hazard to human health."¹³⁵

Yang terjemahan bebasnya adalah “menetapkan nilai ADI dan MRL untuk jenis hormon yang diproduksi secara endogen oleh manusia pada tingkatan yang bervariasi dianggap tidak diperlukan. Residu hasil dari penggunaan dari zat ini sebagai pemicu pertumbuhan selama dalam batas praktik peternakan yang baik diperkirakan tidak menimbulkan bahaya bagi kesehatan manusia.”

Sedangkan terkait dengan hormon sintetis (*zeranol* dan *trenbolone*), maka standar yang ditetapkan Codex (berdasarkan laporan JECFA ke-32 pada tahun 1988) adalah nilai ADI antara 0-0.5 dan 0-0.02/ μ g/kg berat badan (berurutan untuk *zeranol* dan *trenbolone*) dan nilai MRL untuk kedua hormon tersebut adalah 2 μ g/kg dalam otot *bovine*¹³⁶ dan 10 μ g/kg dalam usus *bovine*.¹³⁷

III. RUANG LINGKUP PEMBAHASAN PERJANJIAN SPS

III.1 Beban Pembuktian

Dalam klaimnya, pihak AS menyatakan bahwa beban pembuktian dalam kasus ini ada pada pihak EC. Pihak AS menyatakan bahwa Perjanjian SPS mensyaratkan EC untuk mendasarkan tindakan SPS-nya pada *risk assessment* dan melarang EC untuk mempertahankan tindakan tersebut tanpa bukti ilmiah, karena menurut pihak AS, Perjanjian SPS tidak memperbolehkan dilakukannya atau dipertahankannya suatu tindakan SPS tanpa bukti ilmiah sampai dengan ilmu pengetahuan dapat membuktikan “tanpa keraguan” (*beyond doubt*). Sehingga menjadi kewajiban pihak EC untuk melakukan pembuktian bahwa memang ada resiko yang harus dilindungi dan telah dilakukan *risk assessment* atas hal ini.¹³⁸

¹³⁵ *EC-Hormones, Panel Report, Section II.3b, par. 6.*

¹³⁶ *Bovine* adalah bahasa latin dari sapi, atau yang memiliki karakteristik seperti sapi. <http://www.merriam-webster.com/dictionary/bovine>, diakses 5 Desember 2010.

¹³⁷ *EC-Hormones, Panel Report, Section II.3b, par. 8.*

¹³⁸ *EC-Hormones, Panel Report, Section 8.D.2, par. 2.*

EC dalam argumennya menyatakan bahwa beban pembuktian ada pada pihak yang melakukan perlawanan terhadap konsistensi dari sebuah tindakan sanitasi terhadap Perjanjian SPS. Jadi EC mengklaim bahwa menjadi tanggung jawab AS untuk memberikan bukti bahwa penggunaan hormon tersebut untuk pertumbuhan adalah aman dan tidak beresiko.¹³⁹

Panel berpendapat bahwa seperti dalam permasalahan hukum pada umumnya, beban pembuktian yang pertama ada di pihak yang melakukan perlawanan. Sehingga dalam hal ini pihak AS-lah yang harus menunjukkan argumennya secara faktual dan secara hukum yang, jika tidak dapat dibantah, akan mendemonstrasikan adanya pelanggaran terhadap Perjanjian SPS. Ketika dapat diperlihatkan suatu bukti nyata tentang sengketa yang bersangkutan, maka setidaknya dalam hubungannya dengan kewajiban-kewajiban yang ada dalam Perjanjian SPS terkait dengan sengketa ini, beban pembuktian beralih kepada pihak lainnya.¹⁴⁰

Namun dalam pertimbangannya, Panel telah mencampuradukkan pendapatnya dengan ketentuan Pasal 5.8 di mana dalam pasal tersebut lebih membahas pada masalah transparansi dan bukan persyaratan untuk justifikasi secara hukum.¹⁴¹

III.2 Pasal 3.1 (Tentang Tindakan SPS Yang Berdasarkan Pada Standar Internasional)

Sejalan dengan ketentuan Pasal 3.1, Panel berpendapat bahwa jika standar, petunjuk atau rekomendasi dari Codex telah ada dalam hubungannya dengan pengaturan atas keenam hormon dalam kasus ini, maka tindakan sanitasi yang diambil oleh anggota harus didasarkan pada standar Codex atau dijustifikasi berdasarkan ketentuan Pasal 3.3 Perjanjian SPS.¹⁴²

¹³⁹ *EC-Hormones, Panel Report*, Section 8.D.2, par. 3.

¹⁴⁰ *EC-Hormones, Panel Report*, Section 8.D.2, par. 4 dan 9.

¹⁴¹ *EC- Hormones, Appellate Body Report*, Section 4, par. 4.

¹⁴² *EC-Hormones, Panel Report*, Section 8.D.3, par. 3.

Pihak EC dalam argumennya mengatakan bahwa standar Codex yang telah ada tidak relevan terhadap sengketa ini. Lebih lanjut dikatakan bahwa tidak ada standar Codex untuk penggunaan dari hormon pertumbuhan tersebut, yang tersedia hanyalah standar Codex untuk MRL dan dalam tindakan EC tidak terkait dengan tingkat MRL, maka tidak ada standar Codex yang perlu diperhatikan dalam tindakan EC. Pihak EC juga berpendapat bahwa standar Codex tersebut adalah tingkat perlindungan, bukan tindakan perlindungan, dan karena tidak ada kewajiban di dalam Perjanjian SPS untuk mengikuti tingkat perlindungan yang direkomendasikan oleh Codex, maka standar tersebut tidak relevan terhadap tindakan EC dalam sengketa ini.¹⁴³ Lebih lanjut pihak EC juga berargumen sebagai berikut:

“The European Communities added that Article 3.1 made it plainly clear that there was no absolute obligation on Members to always follow standards on SPS measures adopted by Codex. There was no doubt that the two systems of the Codex and the SPS Agreement did not interact properly, because a member of Codex, which had different views about other considerations (e.g. health concerns of consumers) and in good faith abstained from blocking the adoption of a Codex standard knowing in advance that in doing so it would not be required to follow the standard whose adoption it did not block, would later find itself to have an obligation to follow under the SPS Agreement. This was an inherent contradiction in the functioning of the two systems, of which both Codex and WTO Members were well aware and efforts were now being made to resolve it in an appropriate way.”¹⁴⁴

Menanggapi pernyataan pihak EC, Panel mengatakan bahwa Pasal 3.1 secara jelas menyatakan "... Members shall base their sanitary ... measures on international standards ... where they exist ...". Alinea 3 dari Annex A Perjanjian SPS juga menyatakan dengan jelas bahwa standar internasional yang disebutkan dalam Pasal 3.1 adalah "*for food safety, the standards ... established by the Codex Alimentarius Commission relating to ... veterinary drug ... residues ...*". Tidak ada kondisi lain yang disebutkan dalam Perjanjian SPS terkait dengan relevansi dari standar

¹⁴³ *EC-Hormones, Panel Report, Section 8.D.3, par. 15.*

¹⁴⁴ *EC-Hormones, Panel Report, Section 4.C.*

internasional untuk tujuan dari Pasal 3. Dengan demikian, Panel dalam pertimbangan bahwa suatu negara anggota memiliki kewajiban untuk mendasarkan tindakan SPSnya pada standar internasional sebagaimana disebutkan dalam Pasal 3.1, hanya perlu untuk menentukan apakah suatu standar internasional untuk hal itu ada atau tidak.¹⁴⁵ Dalam hal ini standar tersebut ada, yaitu yang ditetapkan oleh Codex. Maka hal selanjutnya yang perlu untuk dipelajari adalah apakah tindakan EC tersebut berdasarkan pada Codex (sebagai standar internasional dalam hubungannya dengan Pasal 3.1).

Arti kata “berdasarkan pada” (“*be based on*”) Codex dijelaskan oleh Panel bahwa Perjanjian SPS tidak secara eksplisit menjelaskan arti kata “berdasarkan kepada” dalam Pasal 3.1. Namun demikian, berdasarkan Pasal 3.2 dapat diartikan bahwa konsistensi dengan Perjanjian SPS dan ketentuan GATT untuk tindakan sanitasi yang sesuai dengan (*conform to*) standar internasional, disamakan dengan tindakan yang berdasarkan standar internasional dengan tindakan yang sesuai dengan standar yang sejenisnya.¹⁴⁶

Panel menemukan bahwa tindakan EC dalam sengketa ini (kecuali terhadap hormon MGA) menunjukkan tingkat perlindungan sanitasi yang berbeda dengan yang akan dicapai dengan menggunakan standar Codex dan dengan demikian tidak berdasarkan pada standar internasional yang ada seperti disyaratkan dalam Pasal 3.1.¹⁴⁷

Pasal 3.3 menjelaskan kondisi yang harus dipenuhi bagi suatu negara anggota untuk melakukan atau mempertahankan tindakan sanitasi tertentu yang tidak berpatokan pada standar internasional. Berdasarkan ketentuan Pasal 3.3, semua tindakan yang berdasarkan pada standar internasional yang telah ada, secara prinsip telah mencapai tingkat perlindungan sanitasi yang sama. Dengan demikian, jika suatu standar internasional mencerminkan tingkat perlindungan sanitasi yang spesifik dan

¹⁴⁵ *EC-Hormones, Panel Report, Section 8.D.3, par. 18.*

¹⁴⁶ Pasal 3.2 Perjanjian SPS.

¹⁴⁷ *EC-Hormones, Panel Report, Section 8.D.3, par. 26.*

tindakan sanitasi menunjukkan tingkatan yang berbeda, maka tindakan tersebut tidak bisa dianggap telah berdasar pada standar internasional.¹⁴⁸

Pendapat Panel di atas dibalikkan oleh *Appellate Body* yang menyatakan bahwa arti kata “*be based on*” memiliki pengertian yang berbeda dengan “*conform to*” yang digunakan dalam ketentuan Pasal 3.2 Perjanjian SPS.¹⁴⁹ *Appellate Body* menyatakan bahwa:

*“A measure that “conforms to” and incorporates a Codex standard is, of course, “based on” that standard. A measure, however, based on the same standard might not conform to that standard, as where only some, not all, of the elements of the standard are incorporated into the measure.”*¹⁵⁰

Appellate Body berpendapat bahwa hak suatu negara anggota untuk menetapkan sendiri tingkat perlindungan SPS berdasarkan ketentuan Pasal 3.3 merupakan hak berdaulat masing-masing anggota dan bukan merupakan pengecualian dari “kewajiban umum” berdasarkan ketentuan Pasal 3.1.¹⁵¹ Hubungan antara Pasal 3.1, Pasal 3.2, dan Pasal 3.3 menurut *Appellate Body* adalah sebagai berikut:

“Under Article 3.2 of the SPS Agreement, a Member may decide to promulgate an SPS measure that conforms to an international standard. Such a measure would embody the international standard completely and, for practical purposes, converts it into a municipal standard. Such a measure enjoys the benefit of a presumption (albeit a rebuttable one) that it is consistent with the relevant provisions of the SPS Agreement and of the GATT 1994.

Under Article 3.1 of the SPS Agreement, a Member may choose to establish an SPS measure that is based on the existing relevant international standard, guideline or recommendation. Such a measure may adopt some, not necessarily all, of the elements of the

¹⁴⁸ *EC-Hormones, Panel Report*, Section 8.D.3, par. 21.

¹⁴⁹ *EC- Hormones, Appellate Body Report*, Section XIV, huruf g.

¹⁵⁰ *EC- Hormones, Appellate Body Report*, Section X, par. 8.

¹⁵¹ *EC- Hormones, Appellate Body Report*, Section X, par. 18.

international standard. The Member imposing this measure does not benefit from the presumption of consistency set up in Article 3.2;...

Under Article 3.3 of the SPS Agreement, a Member may decide to set for itself a level of protection different from that implicit in the international standard, and to implement or embody that level of protection in a measure not "based on" the international standard. The Member's appropriate level of protection may be higher than that implied in the international standard. The right of a Member to determine its own appropriate level of sanitary protection is an important right."¹⁵²

Dari kutipan di atas terlihat bahwa menurut *Appellate Body*, hubungan antara Pasal 3.1., Pasal 3.2. dan Pasal 3.3 adalah jika negara anggota menerapkan tindakan SPS yang berdasarkan pada (*conform to*) standar internasional, maka berdasarkan ketentuan Pasal 3.2 Perjanjian SPS akan mendapat keuntungan yaitu dianggap konsisten dengan ketentuan Perjanjian SPS dan GATT. Suatu negara diperbolehkan juga untuk melakukan tindakan SPS dengan mengacu kepada (*based on*) standar internasional. Tindakan tersebut bisa mengadopsi sebagian dari standar internasional yang ada, dan tidak mendapatkan keuntungan berdasarkan Pasal 3.2. Sedangkan Pasal 3.3 memberikan hak dari negara anggota untuk mengatur tingkat perlindungannya sendiri yang berbeda dari standar internasional dan melakukan tindakan berdasarkan tingkat perlindungan tersebut yang tidak mengacu kepada standar internasional.

III.3 Pasal 3.3 (Tindakan SPS Yang Tidak Berdasar Pada Standar Internasional)

Fakta bahwa tindakan pemblokiran EC terkait dengan lima dari keenam hormon (tidak termasuk MGA) yang disengketakan tidak berarti bahwa tindakan tersebut tidak sesuai dengan ketentuan Perjanjian SPS. Hal ini berkaitan dengan ketentuan Pasal 3.3 Perjanjian SPS¹⁵³, yang pada intinya membenarkan tindakan

¹⁵² *EC- Hormones, Appellate Body Report, Section X, par. 15-17.*

¹⁵³ Pasal 3.3 Perjanjian SPS berbunyi "*Members may introduce or maintain sanitary or phytosanitary measures which result in a higher level of sanitary protection than would be achieved by measures based on the relevant international standards, guidelines or recommendations, if there is a scientific justification, or as a consequence of the level of sanitary or phytosanitary protection a Member determines to be appropriate in accordance with the relevant provisions of paragraphs 1*

tersebut apabila didukung dengan bukti-bukti ilmiah. Terkait dengan Pasal ini, Panel memberikan dua unsur yang harus ditinjau lebih lanjut, yaitu terkait dengan syarat untuk justifikasi tindakan yang dilakukan dan beban pembuktian. Terkait dengan persyaratan untuk justifikasi, maka berdasarkan Pasal 3.3 Perjanjian SPS, tindakan tersebut harus mencerminkan tingkat perlindungan sanitasi yang lebih tinggi daripada yang akan dicapai dengan menggunakan standar internasional yang ada.

Dalam hal ini Pihak EC memberikan argumen sebagai berikut:

"The European Communities argued that Article 3.3 permitted Members to "... introduce or maintain sanitary or phytosanitary measures which result in a higher level of sanitary or phytosanitary protection than would be achieved by measures based on the relevant international standards, guidelines or recommendations, if there is a scientific justification, or as a consequence of the level of sanitary or phytosanitary protection a Member determines to be appropriate ...". The Codex recommendations were designed to achieve a level of protection which was lower than that applied in the European Communities for the hormones at issue. Moreover, Codex and the other relevant international organisations mentioned in the SPS Agreement might issue standards, guidelines or recommendations, but they were relevant only for those Members which chose to follow them and base their measures on them. If a Member elected not to follow them because it had a different level of sanitary protection, the Member was entitled to take another type of measure necessary to achieve its chosen level of protection. In such a case the SPS Agreement only required the Member to respect the provisions of Articles 5.1 to 5.8 thereof.

The European Communities claimed that the "Codex Statements of Principle Concerning the Role of Science in the Codex Decision - Making Process and the Extent to which other Factors are taken into Account", approved on July 1995, explicitly recognized that other legitimate factors, relevant for the health protection of consumers, could be taken into account when elaborating and deciding food standards. In addition, Members which had different views about other considerations (e.g. health concerns of consumers) could abstain from accepting the relevant standards. The SPS Agreement

through 8 of Article 5. Notwithstanding the above, all measures which result in a level of sanitary or phytosanitary protection different from that which would be achieved by measures based on international standards, guidelines or recommendations shall not be inconsistent with any other provision of this Agreement."

permitted departure from international standards for the same reasons for which Codex standards, guidelines or recommendations were voluntary and could not be made legally binding, i.e., because each Member was free to decide its appropriate level of sanitary or phytosanitary protection. This was not a scientific judgment and scientific committees or expert groups could not replace the democratically elected authorities of Members.”¹⁵⁴

Dari kutipan di atas, terlihat bahwa menurut EC Codex hanya merupakan sebuah rekomendasi yang bisa diikuti ataupun tidak diikuti oleh negara anggota. Dan Perjanjian SPS juga membolehkan sebuah negara untuk menerapkan tingkat perlindungan yang berbeda dari standar internasional. Jika negara tersebut menerapkan tingkat perlindungan yang lebih tinggi dari standar internasional (dalam hal ini EC), maka hanya terikat oleh kewajiban dalam ketentuan Pasal 5.1 sampai Pasal 5.8 saja.

Atas hal ini, pihak AS pun memberikan argumen sebagai berikut:

“The United States argued that the EC ban was not covered by the exceptions in Article 3.3 to the requirements of Article 3.1. The European Communities had not shown that its level of protection was different from that achieved by applying the Codex standards. In fact, the European Communities had not even identified its own level of sanitary protection. Noting that the SPS Agreement defined “appropriate level of sanitary or phytosanitary protection” as “[t]he level of protection deemed appropriate by the Member establishing a sanitary or phytosanitary measure to protect human, animal or plant life or health within its territory”, the United States submitted that “level of protection” referred to protection from a particular sanitary or phytosanitary risk. For the level of protection to form the basis for taking action, there must first be identified some activity which gave rise to the identified risk, and the activity must present a level of such risk higher than the level deemed acceptable by the Member.”¹⁵⁵

Dengan demikian, pihak AS berpendapat bahwa tindakan EC tidak termasuk dalam ruang lingkup pengecualian Pasal 3.3 terhadap Pasal 3.1. Tingkat perlindungan

¹⁵⁴ *EC-Hormones, Panel Report, Section 4.D, par. 1 dan 2.*

¹⁵⁵ *EC-Hormones, Panel Report, Section 4.D, par. 3.*

EC juga dinilai oleh AS tidak berbeda dari apa yang ditetapkan Codex dan bahkan pihak EC belum mengidentifikasi tingkat perlindungannya sendiri. Lebih lanjut pihak AS mengatakan bahwa tingkat perlindungan terkait dengan perlindungan terhadap resiko, dan agar bisa diambil suatu tindakan terkait dengan tingkat perlindungan tersebut maka harus dapat diidentifikasi suatu resiko dan tingkat resiko tersebut lebih besar dari apa yang dianggap wajar oleh negara anggota yang bersangkutan.

Pihak AS juga menyatakan bahwa pada intinya pilihan dari “*appropriate level of protection*” adalah berdasarkan *societal value judgement*, dan Perjanjian SPS tidak memberikan persyaratan untuk mendasarkan tingkat perlindungan yang dipilih dengan basis ilmiah karena pilihan tersebut bukanlah berdasarkan pada *scientific judgement*.¹⁵⁶

Dalam kasus ini tindakan EC dinilai Panel telah melampaui standar internasional yang telah ditetapkan oleh Codex. Oleh karena itu, tindakan yang bersangkutan harus memenuhi salah satu dari kedua hal berikut agar dapat dijustifikasi dengan ketentuan Pasal 3.3 Perjanjian SPS: *pertama*, bahwa ada justifikasi ilmiah atas tindakan yang dilakukan (bahwa negara yang bersangkutan telah melakukan penilaian dengan dasar pengujian dan pengevaluasian terhadap data-data ilmiah yang ada sesuai dengan ketentuan dalam Perjanjian SPS dan standar internasional yang ada tidak cukup dalam mencapai tingkat perlindungan yang tepat bagi negara yang bersangkutan); dan/atau *kedua*, bahwa tindakan tersebut merupakan konsekuensi dari tingkat perlindungan sanitasi yang dipandang sesuai/tepat (*appropriate*) oleh negara yang bersangkutan dengan mengacu pada ketentuan dalam Pasal 5.1-Pasal 5.8 Perjanjian SPS.¹⁵⁷

Lebih lanjut Panel berpendapat bahwa kalimat kedua dari ketentuan Pasal 3.3 Perjanjian SPS secara eksplisit mengatakan bahwa jika tindakan sanitasi tersebut masuk ke dalam salah satu dari dua pengecualian yang ada, maka tetap harus

¹⁵⁶ *EC-Hormones, Panel Report, Section 4.D, par. 4.*

¹⁵⁷ *EC-Hormones, Panel Report, Section 8.D.4, par. 5.*

memenuhi semua ketentuan lain dalam Perjanjian SPS.¹⁵⁸ Jadi, jika Panel menemukan bahwa tindakan EC tidak sesuai dengan ketentuan dalam Pasal 5, maka tidak akan dapat dibenarkan berdasarkan ketentuan Pasal 3.3. Namun demikian, jika Panel menemukan bahwa tindakan EC sesuai dengan ketentuan Pasal 5, hal inipun tidak dapat dikatakan cukup untuk dapat dijustifikasi dengan ketentuan Pasal 3.3 karena untuk dapat mencapai justifikasi tersebut haruslah memenuhi seluruh ketentuan Perjanjian SPS selain Pasal 3 dan Pasal 5.¹⁵⁹ Pendapat Panel ini dikuatkan oleh *Appellate Body*.¹⁶⁰

Terkait dengan beban pembuktian, pada dasarnya Panel tetap berpegang pada pendapatnya terdahulu bahwa dalam kasus ini pihak AS yang harus melakukan pembuktian terlebih dahulu dan kemudian beban pembuktian tersebut baru dapat beralih kepada pihak EC.¹⁶¹ Dalam hal ini, Panel dalam pertimbangannya berpendapat bahwa salah satu tujuan dari Perjanjian SPS sebagaimana dinyatakan dalam paragraf pembukanya adalah untuk mendorong penggunaan standar internasional. Untuk tujuan itu maka ketentuan Pasal 3.1 Perjanjian SPS mensyaratkan agar para anggota menggunakan standar internasional dalam melakukan suatu tindakan SPS, kecuali dalam hal yang ditentukan oleh Pasal 3.3. Dengan kata lain, bahwa jika tindakan tersebut tidak berdasarkan pada standar internasional, maka beban pembuktian tersebut beralih kepada pihak yang dituju (*respondent party*) untuk membuktikan bahwa tindakannya dapat dijustifikasi dengan ketentuan Pasal 3.3. Oleh karena itu Panel berpendapat bahwa ketika pihak yang melakukan perlawanan dapat melakukan pembuktian bahwa memang ada standar internasional terkait dengan sengketa yang bersangkutan dan tindakan yang dipermasalahkan tersebut tidak berdasarkan pada standar internasional tersebut, beban pembuktiannya berdasarkan ketentuan Pasal 3.3 beralih kepada pihak yang

¹⁵⁸ *EC-Hormones, Panel Report*, Section 8.D.4, par. 8.

¹⁵⁹ *EC-Hormones, Panel Report*, Section 8.D.4, par. 9.

¹⁶⁰ *EC- Hormones, Appellate Body Report*, Section XIV, huruf i.

¹⁶¹ *EC-Hormones, Panel Report*, Section 8.D.4, par. 10.

dituju.¹⁶² Jadi Panel berpendapat bahwa dalam kasus ini pihak EC lah yang mengemban beban pembuktian oleh karena tindakan EC tidak berdasarkan pada standar internasional dan oleh karena itu hanya bisa dibenarkan jika terbukti telah memenuhi ketentuan Pasal 3.3 (dan juga Pasal 5).¹⁶³ Namun demikian, terkait dengan beban pembuktian sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya, pendapat Panel ini dibalikkan oleh *Appelate Body*,¹⁶⁴ bahwa pihak yang mengajukan perlawanan dalam kondisi apapun harus memberikan bukti nyata terlebih dahulu untuk bisa mengalihkan beban pembuktiannya kepada pihak lainnya.

III.4 Pasal 5 (Kajian Resiko dan Penentuan Tingkat Perlindungan SPS yang Layak)

Pasal 5 Perjanjian SPS mengandung dua aspek yang terpisah dari tindakan negara anggota untuk sampai pada keputusan untuk melakukan atau mempertahankan tindakan SPSnya. Aspek yang pertama berhubungan dengan tindakan untuk mengkaji resiko terhadap manusia, hewan atau tumbuhan ataupun terhadap kesehatan dimana tindakan SPS yang dilakukan tersebut bertujuan sebagai perlindungan. Aspek yang pertama inilah yang disebut dengan *risk assessment* dalam Perjanjian SPS yang merupakan ruang lingkup dari Pasal 5.1-5.3. Ketentuan Pasal 5.1 yang mensyaratkan negara anggota dalam menerapkan tindakan SPSnya berdasarkan pada *risk assessment*, merupakan kewajiban umum yang berhubungan dengan ketentuan dalam Pasal 2.2 Perjanjian SPS. Penilaian Panel ini pun dikuatkan oleh *Appelate Body* bahwa ketentuan Pasal 2.2 harus ditafsirkan berdampingan dengan ketentuan Pasal 5.1.¹⁶⁵ *Risk Assessment* menurut pandangan Panel merupakan sebuah uji ilmiah dari data dan pembelajaran faktual, bukan suatu kebijakan yang melibatkan penilaian dari sisi nilai sosial yang dibuat oleh organ politik.¹⁶⁶ Aspek yang kedua berhubungan

¹⁶² *EC-Hormones, Panel Report*, Section 8.D.4, par. 13.

¹⁶³ *EC-Hormones, Panel Report*, Section 8.D.4, par. 14.

¹⁶⁴ *EC- Hormones, Appelate Body Report*, Section XIV, huruf a.

¹⁶⁵ *EC- Hormones, Appelate Body Report*, Section XI, par. 4.

¹⁶⁶ *EC-Hormones, Panel Report*, Section 8.D.5, par. 4.

dengan penentuan dan aplikasi dari tingkat perlindungan yang layak oleh negara anggota terkait dengan resiko yang telah dikaji berdasarkan ketentuan Pasal 5.1-Pasal 5.3.

Sedangkan ketentuan Pasal 5.4 sampai Pasal 5.6 berhubungan khususnya dengan keputusan dari *risk management*. Pasal 5.4 menetapkan tujuan untuk meminimalisir efek negatif terhadap perdagangan internasional terkait dengan penentuan tingkat perlindungan yang layak oleh negara anggota. Pasal 5.5 ditujukan untuk mencapai konsistensi atas penggunaan/aplikasi dari konsep tingkat perlindungan yang layak. Sementara Pasal 5.6 pada intinya mengatakan bahwa tindakan SPS yang pada akhirnya dilakukan tidak boleh lebih menghambat perdagangan daripada yang diperlukan untuk mencapai tingkat perlindungan yang layak. Ketentuan Pasal 5.4 sampai dengan Pasal 5.6 merupakan kewajiban khusus dalam kaitannya dengan ketentuan Pasal 2.2 dan Pasal 2.3 Perjanjian SPS.

III.4.1 *Risk Assessment*

Pihak AS mengatakan bahwa konsep utama yang terkandung dalam Perjanjian SPS adalah resiko. Pemerintah suatu negara harus dapat membuktikan adanya resiko tersebut (yang mengancam kesehatan atau kehidupan) secara ilmiah sebelum dapat melakukan tindakan SPSnya.¹⁶⁷ Lebih lanjut pihak AS juga menyatakan pihak EC tidak pernah melakukan *risk assessment*,¹⁶⁸ dan juga menyatakan sebagai berikut:

“The United States claimed that the European Communities could not just assert that there was a risk associated with these six hormones when used for growth promotion and then prohibit their use. Article 5.1 required that a Member base a sanitary measure on an assessment of the risks to human or animal life or health. The European Communities had failed to produce anything resembling an assessment of the risks that would form the basis for its ban. The European Communities had in fact rejected every scientific review of

¹⁶⁷ *EC-Hormones, Panel Report, Section 4.E, par. 2.*

¹⁶⁸ *EC-Hormones, Panel Report, Section 4.E, par. 3.*

the six hormones and had been unable to produce any scientific risk assessment of these hormones that it did accept. It was important to distinguish between having a risk assessment, and basing a measure on that risk assessment. This was not a situation in which there was no risk assessment. To the contrary, the European Communities certainly had risk assessments available for its use."¹⁶⁹

[terjemahan bebas: Pihak AS mengklaim bahwa pihak EC tidak bisa hanya menyatakan ada resiko dari keenam hormon tersebut. Ketentuan Pasal 5.1 mensyaratkan negara anggota untuk menerapkan suatu tindakan SPS berdasarkan kajian resiko atas kesehatan atau kehidupan manusia ataupun hewan. Pihak EC telah gagal untuk menunjukkan suatu bukti yang berdasarkan kajian resiko sebagai dasar untuk melakukan pemblokiran. Pihak EC secara nyata telah menolak setiap evaluasi ilmiah dari keenam hormon tersebut dan tidak mampu untuk menunjukkan *risk assessment* apapun atas keenam hormon tersebut yang diterima oleh EC. Penting untuk membedakan antara memiliki *risk assessment* dan mendasarkan suatu tindakan kepada *risk assessment*. Situasi yang terjadi adalah ada *risk assessment* yang tersedia.]

Annex A.4 Perjanjian SPS mendefinisikan *risk assessment* dalam hubungannya dengan kasus ini sebagai “evaluasi atas potensial efek negatif terhadap kesehatan manusia atau hewan yang timbul sebagai akibat dari keberadaan ... zat kontaminan ... dalam makanan, minuman atau pakan ternak.”¹⁷⁰ Terkait dengan hal tersebut, maka *risk assessment* yang dilakukan untuk sengketa ini harus dapat mengidentifikasi efek negatif terhadap kesehatan manusia (jika ada) yang timbul dari hormon-hormon yang disengketakan ketika digunakan sebagai hormon pertumbuhan pada daging atau produknya, dan jika efek negatif tersebut ada, kemudian mengevaluasi potensi atau probabilitas timbulnya efek negatif tersebut.¹⁷¹

¹⁶⁹ *EC-Hormones, Panel Report, Section 4.E, par. 4.*

¹⁷⁰ Annex A.4 Perjanjian SPS: “*Risk assessment — The evaluation of the likelihood of entry, establishment or spread of a pest or disease within the territory of an importing Member according to the sanitary or phytosanitary measures which might be applied, and of the associated potential biological and economic consequences; or the evaluation of the potential for adverse effects on human or animal health arising from the presence of additives, contaminants, toxins or disease-causing organisms in food, beverages or feedstuffs.*”

¹⁷¹ *EC-Hormones, Panel Report, Section 8.D.5, par. 10.*

Oleh karena menurut Panel beban pembuktian dalam kasus ini berada pada pihak EC (karena tindakan SPSnya tidak didasarkan pada standar internasional berdasarkan ketentuan Pasal 3.3), maka Panel menilai *risk assessment* ini dari tiga aspek, yaitu teknik dan faktor yang digunakan dalam *risk assessment* terkait dengan Pasal 5, apakah pihak EC telah mendemonstrasikan eksistensi dari *risk assessment* tersebut, dan (dengan asumsi *risk assessment* tersebut ada) apakah pihak EC telah mendemonstrasikan bahwa tindakannya tersebut adalah berdasar pada *risk assessment*.¹⁷²

III.4.1.1 Teknik dan Faktor yang Digunakan

Pihak AS maupun EC dalam kasus ini menyatakan tidak ada teknik *risk assessment* yang dikembangkan oleh organisasi internasional terkait.¹⁷³ Panel berpendapat bahwa meskipun teknik tersebut tidak ada, namun dalam kasus ini Codex dan khususnya JECFA sebagai organisasi yang telah berkompetensi cukup lama terkait dengan kajian resiko sehubungan dengan residu dari *veterinary drugs*.¹⁷⁴ Sehingga teknik tersebut harus didasarkan pada kedua organisasi ini. Panel juga membagi *risk assessment* dalam empat langkah berdasarkan *Report of the Joint FAO/WHO Expert Consultation on the Application of Risk Analysis to Food Standards Issues* pada bulan Maret 1995. Keempat langkah tersebut adalah identifikasi bahaya, karakterisasi bahaya, kajian akibat, dan karakterisasi resiko.¹⁷⁵

Ketentuan Pasal 5.2 berisi faktor-faktor yang harus dipertimbangkan oleh negara anggota dalam kegiatan *risk assessment*-nya.¹⁷⁶ Namun dalam sengketa ini

¹⁷² *EC-Hormones, Panel Report*, Section 8.D.5, par. 14.

¹⁷³ *EC-Hormones, Panel Report*, Section 8.D.5, par. 15.

¹⁷⁴ *Ibid.*

¹⁷⁵ *Ibid.* Lihat juga pembahasan pada Bab II tentang definisi dari masing-masing kriteria ini.

¹⁷⁶ Ketentuan Pasal 5.2 Perjanjian SPS berbunyi “*In the assessment of risks, Members shall take into account available scientific evidence; relevant processes and production methods; relevant inspection, sampling and testing methods; prevalence of specific diseases or pests; existence of pest-*

kedua belah pihak hanya mempermasalahkan tiga faktor yang dianggap relevan untuk kegiatan *risk assessment* terkait dengan hormon, yaitu ketersediaan bukti ilmiah; metode proses dan produksi yang relevan; dan metode inspeksi, pengambilan sampel dan pengujian yang relevan.¹⁷⁷ Ketentuan Pasal 5.3 berisi faktor-faktor ekonomi yang harus dipertimbangkan dalam melakukan *risk assessment* terhadap hewan atau tumbuhan, dan dalam kasus ini kedua belah pihak beserta Panel setuju bahwa pasal ini tidak relevan dalam kasus ini.

III.4.1.2 Eksistensi *Risk Assessment*

Pihak EC yang dalam hal ini mengemban beban pembuktian merujuk kepada beberapa bukti ilmiah terkait dengan lima dari keenam hormon yang disengketakan yang menurut Panel dapat dikatakan sebagai laporan ilmiah sebagai syarat paling mendasar dari *risk assessment*¹⁷⁸, yaitu:

1982 *Report of the EC Scientific Veterinary Committee, Scientific Committee for Animal Nutrition and the Scientific Committee for Food on the basis of the Report of the Scientific Group on Anabolic Agents in Animal Production ("Lamming Report")*;

1983 *Symposium on Anabolics in Animal Production of the Office international des epizooties ("OIE") ("1983 OIE Symposium")*;

1987 *Monographs of the International Agency for Research on Cancer ("IARC") on the Evaluation of Carcinogenic Risks to Humans, Supplement 7 ("1987 IARC Monographs")*;

1988 dan 1989 JECFA Reports;

1995 *European Communities Scientific Conference on Growth Promotion in Meat Production ("1995 EC Scientific Conference")*;

or disease-free areas; relevant ecological and environmental conditions; and quarantine or other treatment."

¹⁷⁷ *EC-Hormones, Panel Report, Section 8.D.5, par. 17.*

¹⁷⁸ *EC-Hormones, Panel Report, Section 8.D.5, par. 24.*

Artikel dan opini dari ilmuwan individual terkait dengan penggunaan hormon, dimana ilmuwan-ilmuwan tersebut merupakan bagian dari pihak delegasi EC.

III.4.1.3 Tindakan SPS Dengan Berdasarkan Pada *Risk Assessment*

Panel berpendapat bahwa karena di dalam ketentuan Pasal 5.1 tidak dijelaskan bagaimana cara untuk menentukan apakah sebuah tindakan adalah berdasar pada *risk assessment*, maka penentuan tersebut harus melihat pada aspek prosedural dan substantif. Terkait dengan aspek prosedural, Panel berpendapat bahwa negara yang melakukan tindakan SPS-lah yang harus menyediakan bukti-bukti bahwa setidaknya *risk assessment* dilakukan (*took into account*) ketika memberlakukan atau mempertahankan tindakan SPS-nya agar tindakan tersebut dapat dinilai berdasar pada *risk assessment*.¹⁷⁹ Panel menilai bahwa pihak EC belum dapat membuktikan bahwa hasil kajian dan laporan sebagaimana disebutkan diatas telah nyata-nyata dipertimbangkan oleh institusi-institusi EC yang kompeten, baik ketika memberlakukan tindakan SPS (pada tahun 1981 dan 1988) atau pada waktu setelahnya. Bahwa bukti-bukti baru yang diajukan pihak EC ketika dalam proses Panel tidak bisa dianggap sebagai bagian dari kasus ini dan tidak dapat dipertimbangkan sebagai bagian dari *risk assessment* yang dilakukan oleh EC.¹⁸⁰ Dengan demikian, Panel berpendapat bahwa pihak EC belum memenuhi beban pembuktian bahwa telah sesuai dengan persyaratan prosedural dalam Pasal 5.1, sehingga tindakan EC tidak sesuai dengan Pasal 5.1. *Appellate Body* dalam hal ini juga menguatkan pendapat Panel bahwa tindakan EC tidak sesuai dengan ketentuan Pasal 5.1 Perjanjian SPS.¹⁸¹

Terkait dengan persyaratan substantif, Panel berpendapat dalam kasus ini maka perlu ditelaah tiga hal, yaitu hasil kesimpulan ilmiah yang dirujuk oleh pihak

¹⁷⁹ *EC-Hormones, Panel Report*, Section 8.D.5, par. 26. Namun menurut *Appellate Body* bahwa interpretasi Panel atas hal ini adalah keliru dan tidak diperlukan karena memang belum ada ketentuan konkritnya.

¹⁸⁰ *EC-Hormones, Panel Report*, Section 8.D.5, par. 27.

¹⁸¹ *EC- Hormones, Appellate Body Report*, Section XIV, huruf 1.

EC, kesimpulan ilmiah yang tercermin dalam tindakan SPS yang dilakukan oleh EC, apakah kesimpulan ilmiah yang tercermin dalam tindakan EC tersebut dapat dianggap sesuai dengan apa yang disimpulkan oleh hasil studi yang menjadi rujukan pihak EC.¹⁸²

Dari semua rujukan tersebut diatas (terutama *Lamming Report* dan JECFA yang menjadi fokus perhatian Panel), mengatakan pada intinya ketiga hormon alami tidak berbahaya bagi manusia dan untuk dua dari tiga hormon sintetis (tidak termasuk MGA) tidak berbahaya bagi manusia selama dalam lingkup penggunaan yang wajar (*good practice*). Pihak AS menyatakan bahwa kesepakatan internasional menunjukkan bahwa keenam hormon ketika digunakan sebagai hormon pertumbuhan jika dalam batas *good practice* adalah aman, dan setelah tindakan pemblokiran tersebut, semua kajian yang dilakukan oleh EC menyatakan bahwa penggunaan hormon tersebut (kecuali MGA) adalah aman, Codex juga menyatakan bahwa hormon tersebut aman (kecuali MGA karena belum dilakukan *assessment*). Dalam hal ini, pihak AS berpendapat:

“...that an international scientific consensus had evolved on the safety and efficacy of the natural hormones (oestradiol, progesterone and testosterone) and their mimics (zeranol, MGA and trenbolone) for use as growth promoting agents in bovine animals when used according to good veterinary practice. The United States recalled that after imposing the ban, the European Communities had twice convened groups of scientific experts to review the use of these hormones (except MGA) and that on both occasions the European Communities' own chosen scientific experts had concluded that it was safe to use these hormones for growth promotion purposes (as reflected in the Lamming Report and in the 1995 EC Scientific Conference proceedings). Moreover, Codex had reviewed these hormones, with the exception of MGA for which JECFA had never been requested to perform a safety assessment, and had concluded that they were safe to promote growth in cattle. ...”¹⁸³

¹⁸² *EC-Hormones, Panel Report, Section 8.D.5, par. 30.*

¹⁸³ *EC-Hormones, Panel Report, Section 4.E.*

Berdasarkan pada hal tersebut, Panel berpendapat bahwa tindakan pemblokiran EC sama sekali tidak berdasarkan pada kajian ilmiah tersebut. EC dalam argumennya mengatakan bahwa dalam hasil laporan studi ilmiah tersebut, beberapa diantaranya mengatakan bahwa tetap ada resiko atas penggunaan hormon secara umum dan tingkat perlindungan yang ingin dicapai oleh EC adalah pada tingkat “*zero residue*”. Panel menolak argumen EC dengan alasan bahwa resiko yang disebutkan oleh pihak EC adalah resiko secara umum dan bukan dalam lingkup permasalahan sengketa ini dimana hormon yang dimaksud digunakan secara spesifik untuk keperluan pertumbuhan hewan ternak khususnya sapi, dan dikuatkan oleh *Appellate Body*.¹⁸⁴ Dan menanggapi tingkat perlindungan “*zero residue*” yang ingin dicapai oleh EC, Panel dengan berdasarkan pada pendapat para ahli berkesimpulan bahwa tidak akan mungkin bisa untuk mencapai tingkat perlindungan dimana sama sekali tidak ada resiko, karena ilmu pengetahuan tidak akan bisa menjustifikasi sesuatu secara pasti terhadap suatu hal, dan dalam hal ini resiko atas penggunaan hormon tidak bisa dikatakan tidak ada, namun penggunaan untuk tujuan pertumbuhan hewan ternak tidak memiliki resiko bagi manusia dengan catatan bila dilakukan sesuai dengan ketentuan (dalam batas-batas) *good practice*.¹⁸⁵

Jadi dalam kaitan dengan *risk assessment* secara keseluruhan Panel berpendapat bahwa tindakan EC tidak berdasarkan *risk assessment* dan dengan demikian tidak memenuhi ketentuan Pasal 5.1 dan 5.2 (Pasal 5.3 tidak dipertimbangkan dalam kasus ini karena dianggap tidak relevan).

III.4.2 *Risk Management*

Risk management seperti telah disebutkan oleh Panel, melibatkan penilaian atas nilai-nilai sosial. Ketika *risk assessment* telah dilakukan, dan ternyata muncul resiko beserta probabilitas terjadinya resiko tersebut, maka sebuah negara harus memutuskan apakah resiko yang demikian bisa diterima atau tidak. Untuk sampai

¹⁸⁴ *EC- Hormones, Appellate Body Report, Section XI, par. 25.*

¹⁸⁵ *EC-Hormones, Panel Report, Section 8.D.5, par. 42.*

pada keputusan tersebut, sebuah negara menetapkan “tingkat perlindungan yang layak” (*appropriate level of sanitary protection*) yang merupakan bagian dari *risk management*.¹⁸⁶ Tingkat perlindungan yang layak didefinisikan sebagai “tingkat perlindungan yang dipandang sesuai oleh negara anggota yang menetapkan suatu tindakan ... SPS untuk melindungi nyawa atau kesehatan manusia, hewan atau tumbuhan ...”¹⁸⁷ Panel berpendapat bahwa dengan melihat ketentuan tersebut dan juga ketentuan Pasal 5.5 maka tidak ada dasar untuk mencapai suatu tingkat perlindungan tertentu berdasarkan Perjanjian SPS jika tidak ada bukti ilmiah terhadap resiko yang dapat diidentifikasi, yang pengecualiannya ada pada Pasal 5.7.¹⁸⁸ Jika suatu negara anggota dapat menentukan suatu tingkat perlindungan dan menerapkan suatu tindakan SPS meskipun tidak memiliki bukti ilmiah terhadap resiko, maka kewajiban-kewajiban yang ada dalam Pasal 5 untuk mendasarkan tindakan SPS pada *risk assessment* tidak akan ada artinya. Dan pendekatan tersebut akan menyalahi tujuan dari Perjanjian SPS.

Dalam sengketa ini, Panel berpendapat bahwa pihak EC tidak berhasil dalam mengidentifikasi bahaya terkait dengan lima dari keenam hormon yang disengketakan dalam kaitannya dengan tujuan penggunaan untuk hormon pertumbuhan. Sehingga tidak diperlukan untuk meninjau ketentuan Pasal 5.4-5.6. Namun demikian, Panel tetap memberikan pandangannya terkait dengan interpretasi pasal-pasal tersebut, dimana jika dalam kasus ini ternyata perlu untuk memeriksa hubungan antara tindakan SPS yang dilakukan oleh EC dalam kaitannya dengan ketentuan *risk management* maka beban pembuktiannya tetap berada pada pihak EC.

Terkait dengan Pasal 5.4 yang pada intinya adalah untuk meminimalisir efek terhadap perdagangan internasional, pihak EC memberikan argumen bahwa EC memilih tingkat perlindungan yang tinggi terkait dengan arus perdagangan dalam wilayah EC dan tidak ada kewajiban agar sebuah negara menurunkan tingkat

¹⁸⁶ *EC-Hormones, Panel Report, Section 8.D.5, par. 78.*

¹⁸⁷ Perjanjian SPS Annex A, paragraf 5. *EC-Hormones, Panel Report, Section 8.D.5, par. 79.*

¹⁸⁸ *EC-Hormones, Panel Report, Section 8.D.5, par. 81.*

perlindungan dibawah tingkat perlindungan yang dianggap perlu.¹⁸⁹ Panel pun berpendapat bahwa ketentuan dalam Pasal 5.4 bukan merupakan sebuah kewajiban.¹⁹⁰ Namun tujuan meminimalisir efek terhadap perdagangan internasional seharusnya tetap ada dalam interpretasi ketentuan-ketentuan lainnya dalam Perjanjian SPS.

Terkait dengan ketentuan Pasal 5.5, Panel berpendapat ada tiga hal yang harus diuji. Pertama adalah negara anggota tersebut memberlakukan tingkat perlindungan SPS yang layak yang berbeda dalam situasi yang berbeda. Kedua adalah bahwa perbedaan tingkat perlindungan untuk situasi yang berbeda tersebut adalah sewenang-wenang. Ketiga adalah perbedaan tingkat perlindungan tersebut menghasilkan sebuah diskriminasi dalam perdagangan internasional.¹⁹¹ Terkait dengan hal ini, pihak AS dalam argumennya menyatakan bahwa pihak EC gagal untuk menjustifikasi tindakan SPS berikut dengan pembedaan peraturan yang berlaku yaitu tidak menentukan batas residu terhadap hormon-hormon tersebut ketika digunakan untuk tujuan therapeutic dan zootechnical dan ketika hormon tersebut muncul dengan alami pada daging dan makanan lain (khusus untuk hormon alami); serta mengizinkan penggunaan *carbadox* sebagai hormon pertumbuhan babi. Kutipan pendapat dari AS adalah sebagai berikut:

“... (i) a ban on natural and synthetic hormones when used for growth promotion purposes as opposed to not setting any limit for residues of the natural hormones present endogenously in untreated meat and other foods (such as milk, cabbage, broccoli or eggs) and residues of these hormones when used for therapeutic or zootechnical purposes; and (ii) a ban on the hormones in dispute when used for growth promotion purposes as opposed to allowing the use of the veterinary drug carbadox as a growth promoter in swine production. Only with respect to the last mentioned difference in treatment does the United States invoke and address Article 5.5.”¹⁹²

¹⁸⁹ *EC-Hormones, Panel Report, Section 4.F.*

¹⁹⁰ *EC-Hormones, Panel Report, Section 8.D.5, par. 87.*

¹⁹¹ *EC-Hormones, Panel Report, Section 8.D.5, par. 96.*

¹⁹² *EC-Hormones, Panel Report, Section 8.D.5, par. 93.*

Pada elemen yang pertama, situasi yang berbeda diartikan pihak EC hanya mencakup situasi yang berbeda untuk residu yang sama atau untuk residu yang berbeda ketika ada persamaan terhadap efek negatif terhadap kesehatan, dan tidak dapat diartikan bahwa tingkat perlindungan yang sama harus diaplikasikan untuk bahaya kesehatan (*health hazard*) yang serupa yang datang dari substansi yang serupa. Sedangkan pihak AS mencontohkan situasi yang berbeda (harus yang sifatnya *comparable*) dalam kaitannya dengan *carbadox*¹⁹³, bahwa resiko kesehatan dari *carbadox* dan semua hormon dalam sengketa ini ketika digunakan untuk keperluan pertumbuhan (*growth promotion*) berpotensi menyebabkan kanker pada manusia, sehingga situasi berbeda tersebut dianggap ada.

Panel berkesimpulan dari pendapat kedua pihak bahwa ruang lingkup dari situasi yang berbeda sebagaimana dimaksud dalam ketentuan Pasal 5.5 termasuk situasi yang melibatkan substansi yang sama maupun situasi yang melibatkan efek negatif yang sama terhadap kesehatan. Dan karena Komite SPS belum memiliki suatu petunjuk terkait dengan pengertian situasi yang berbeda, maka dalam kasus ini Panel memakai pengertian dan juga digunakan istilah “situasi yang dapat diperbandingkan” (*comparable situation*).¹⁹⁴

Terkait dengan elemen yang kedua yaitu pembedaan tingkat perlindungan yang sifatnya sewenang-wenang, Panel tidak memberikan tanggapan atas pendapat dari kedua belah pihak. Pihak AS mengemukakan bahwa dalam hal tidak adanya suatu prinsip atau kriteria untuk pemilihan tingkat perlindungan yang berbeda, maka pembedaan tingkat perlindungan tersebut dianggap sewenang-wenang dan tidak berdasar. Sedangkan pihak EC mengemukakan bahwa dalam Pasal 5.5 telah disebutkan dengan jelas bahwa kesewenang-wenangan atau tindakan tidak berdasar

¹⁹³ *Carbadox* adalah jenis substansi yang digunakan juga untuk keperluan pertumbuhan (*growth promoter*) untuk hewan babi, yang sifatnya *antimicrobial*. Dalam *EC-Hormones*, diadakan perbandingan antara keenam hormon tersebut dengan *carbadox* untuk menguji tingkat resiko dan menilai tindakan pemblokiran EC apakah telah berdasarkan *risk assessment*. Perbandingan dengan *carbadox* dilakukan karena *carbadox* juga memiliki resiko *carcinogenic* (potensi menyebabkan kanker), namun diizinkan penggunaannya oleh pihak EC.

¹⁹⁴ *EC-Hormones, Panel Report, Section 8.D.5, par. 98.*

tersebut harus dihindari jika, dan hanya jika, dari tindakan tersebut mengakibatkan terjadinya diskriminasi dalam perdagangan internasional. Ketika tindakan tersebut tidak mengakibatkan diskriminasi, maka tindakan yang dianggap sewenang-wenang dan tidak berdasar tersebut tidak dilarang oleh Pasal 5.5.¹⁹⁵

Terkait dengan elemen yang ketiga yaitu akibat yang ditimbulkan berupa diskriminasi atau pembatasan berlebihan dalam perdagangan internasional, Panel mengkaitkannya dengan ketentuan dari Pasal 2.3 Perjanjian SPS dan ketentuan kalimat pembuka pada Pasal XX GATT. Terkait dengan arti dari diskriminasi (*discrimination*) dan pembatasan tersembunyi terhadap perdagangan internasional (*disguised restriction on international trade*) dalam ketentuan Pasal XX GATT, Panel mengadopsi kesimpulan dari *Appellate Body* dalam kasus *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, bahwa *disguised restriction* adalah melakukan pembatasan yang berujung pada kesewenang-wenangan atau diskriminasi tanpa dasar pada perdagangan internasional dengan menggunakan pengecualian yang disebutkan dalam Pasal XX GATT, dan hal tersebut dapat juga digunakan untuk menentukan apakah telah terjadi diskriminasi perdagangan. Intinya adalah menjaga agar tidak terjadi penyalahgunaan ketentuan Pasal XX GATT. Dalam hal ini, Panel menyatakan:

" *'Arbitrary discrimination', 'unjustifiable discrimination' and 'disguised restriction' on international trade may, accordingly, be read side-by-side; they impart meaning to one another. It is clear to us that 'disguised restriction' includes disguised discrimination in international trade. It is equally clear that concealed or unannounced restriction or discrimination in international trade does not exhaust the meaning of 'disguised restriction'. We consider that 'disguised restriction', whatever else it covers, may properly be read as embracing restrictions amounting to arbitrary or unjustifiable discrimination in international trade taken under the guise of a measure formally within the terms of an exception listed in Article XX. Put in a somewhat different manner, the kinds of considerations pertinent in deciding whether the application of a particular measure amounts to 'arbitrary or unjustifiable discrimination', may also be taken into account in determining the*

¹⁹⁵ *EC-Hormones, Panel Report*, Section 8.D.5, par. 100.

*presence of a 'disguised restriction' on international trade. The fundamental theme is to be found in the purpose and object of avoiding abuse or illegitimate use of the exceptions to substantive rules available in Article XX*¹⁹⁶

Jadi ketiga elemen tersebut harus dipandang dan diuji secara terpisah untuk dapat memberikan pengertian secara menyeluruh terhadap ketentuan Pasal 5.5. Namun dalam beberapa kasus ketika sebuah negara menerapkan suatu tindakan SPS dalam kondisi *comparable situation*, yang merefleksikan tingkat perlindungan yang berbeda, maka tingkat perlindungan yang berbeda tersebut bila digabungkan dengan kesewenang-wenangan yang timbul dapat dianggap cukup untuk sampai pada kesimpulan bahwa kedua hal tersebut mengakibatkan diskriminasi atau pembatasan berlebihan terhadap perdagangan internasional dalam ruang lingkup Pasal 5.5.¹⁹⁷

Comparable situation dalam sengketa ini salah satunya dibandingkan dengan *carbadox*, yang ternyata diizinkan penggunaannya oleh EC untuk hormon pertumbuhan babi, yang memiliki resiko yang sama yaitu *carcinogenic*. Kesewenang-wenangan atau tidak berdasar (*arbitrary or unjustifiable*) dalam sengketa ini dinilai oleh Panel telah terjadi karena tingkat perlindungan yang diterapkan terkait dengan penggunaan untuk hormon pertumbuhan adalah pada tingkat “*no residue*”, sementara EC juga menetapkan tingkat residu yang tidak terbatas (*unlimited residue level*) atas hormon alami yang muncul dengan sendirinya dalam daging dan makanan lainnya, serta perbedaan antara tingkat perlindungan dari hormon-hormon yang disengketakan dengan *carbadox*. Terhadap kesewenang-wenangan ini, *Appellate Body* menilai bahwa kesewenang-wenangan hanya terjadi atas perbedaan tingkat perlindungan dari hormon-hormon yang disengketakan dengan *carbadox* saja.¹⁹⁸ Dan untuk elemen yang ketiga yaitu mengakibatkan diskriminasi atau pembatasan berlebihan terhadap perdagangan internasional, Panel berpendapat bahwa kedua elemen sebelumnya telah cukup untuk membuktikan hal ini (untuk ketiga hormon alami) ditambah dengan

¹⁹⁶ *EC-Hormones, Panel Report*, Section 8.D.5, par. 105.

¹⁹⁷ *EC-Hormone, Panel Report*, Section 8.D.5, par. 107.

¹⁹⁸ *EC- Hormones, Appellate Body Report*, Section XII, par. 17 dan 27.

penemuan lainnya oleh Panel yaitu bahwa tindakan EC tersebut memberikan perlakuan yang lebih menguntungkan kepada produsen domestik. Panel menyatakan:

“...we recall some of the objectives (other than the protection of human health) that the European Communities had in mind when enacting or maintaining the EC ban on the use of the natural hormones for growth promotion purposes, as stated in the preambles of the EC measures in dispute and in the reports of the European Parliament and the opinions of the EC Economic and Social Committee referred to by the European Communities, namely harmonizing the regulatory schemes of the different EC Member States, thereby removing competitive distortions and barriers to intra-Community trade in beef, and bringing about an increase in the consumption of beef, thereby reducing the internal beef surpluses and providing more favourable treatment to domestic producers.”¹⁹⁹

Sedangkan untuk hormon sintetis (*zeranol* dan *trenbolone*), Panel juga berpendapat diskriminasi atau pembatasan tersebut telah terjadi, sebagaimana dinyatakan Panel sebagai berikut:

“In this case, we note, firstly, the significance of the difference in levels of protection for zeranol and trenbolone and that for the natural hormones in dispute which occur endogenously in meat and other foods, namely a "no residue" level as opposed to an unlimited residue level. We recall, secondly, that the European Communities has not provided any plausible justification for this significant difference. We note, finally, that this difference in levels of protection results in an import ban (on meat and meat products treated with zeranol or trenbolone) which restricts international trade. For these reasons, we find that the difference in levels of protection imposed by the European Communities for zeranol and trenbolone and that for the natural hormones in dispute which occur endogenously in meat and other foods, results in "discrimination or a disguised restriction on international trade" in the sense of Article 5.5.”²⁰⁰

Dari kutipan di atas dapat disimpulkan bahwa EC membedakan tingkat perlindungan serta tidak memberikan suatu dasar terhadap perbedaan tingkat perlindungan yang diterapkan tersebut. Dan perbedaan tingkat perlindungan tersebut

¹⁹⁹ *EC-Hormones, Panel Report, Section 8.D.5, par. 128.*

²⁰⁰ *EC-Hormones, Panel Report, Section 8.D.5, par. 140.*

berujung pada pemblokiran impor oleh EC yang menghambat perdagangan internasional.

Dengan demikian, Panel berpendapat bahwa EC tidak bisa memenuhi persyaratan untuk dijustifikasi berdasarkan ketentuan Pasal 5.5 Perjanjian SPS. Namun pendapat ini dibalikkan oleh *Appelate Body* dalam putusannya.²⁰¹ *Appelate Body* menyatakan bahwa elemen terakhir yaitu mengakibatkan adanya diskriminasi dalam perdagangan internasional atau pembatasan yang berlebihan tidak terbukti terjadi, karena ternyata tindakan pemblokiran hormon tersebut bukan hanya dilakukan terhadap pihak AS saja, namun penggunaan di seluruh wilayah EC pun ternyata dilarang sehingga *Appelate Body* dalam hal ini memandang bahwa tindakan EC tersebut tidak mengakibatkan diskriminasi atau pembatasan berlebihan terhadap perdagangan internasional.²⁰²

III.5 *Precautionary Principle*

Dalam argumennya, pihak EC juga menyebutkan tentang penggunaan dari *precautionary principle* untuk mendukung klaimnya bahwa tindakan yang dilakukan oleh pihak EC dilakukan dengan berdasarkan pada *risk assessment*, yaitu sebagai berikut:

“The European Communities responded that the EC measures were not "provisional". They were definitive. Moreover, no risk assessment of hormones had been completely "thorough", due to lack of

²⁰¹ *EC- Hormones, Appelate Body Report, Section XIV, huruf m.*

²⁰² *“The import prohibition could not have been designed simply to protect beef producers in the European Communities vis-à-vis beef producers in the United States and Canada, for beef producers in the European Communities were precisely forbidden to use the same hormones for the same purpose. We note, in this connection, that the prohibition of domestic use also necessarily excludes any exports of treated meat by domestic producers.*

...
We are unable to share the inference that the Panel apparently draws that the import ban on treated meat and the Community-wide prohibition of the use of the hormones here in dispute for growth promotion purposes in the beef sector were not really designed to protect its population from the risk of cancer, but rather to keep out US and Canadian hormone-treated beef and thereby to protect the domestic beef producers in the European Communities.”

EC- Hormones, Appelate Body Report, Section XII, par. 36 dan 37.

information. The European Communities stressed that the SPS Agreement required Members to carry out a risk assessment, not the scientific community. More importantly, the scientific evidence concerning the need to regulate the use of hormones was in itself sufficient to justify its legislation and the European Communities did not need to rely on the exception provided for in Article 5.7 concerning cases where relevant scientific evidence was insufficient. Nevertheless, the European Communities stressed that all expert opinion, including that of the 1988 JECFA Report on which Codex had based its decision, had concluded that scientific evidence did not exist concerning the mode of action, the effect of using mixtures of hormones and the long-term effects of exposure on consumers. The European Communities concluded that its measures were not "provisional" but, on the contrary, they were definitive."²⁰³

Dari kutipan di atas terlihat bahwa: *pertama*, tindakan EC adalah tindakan yang tetap (*definitive*), dan bukan tindakan sementara (*provisional*); *kedua*, tidak dilakukannya *risk assessment* yang memadai pada kasus ini disebabkan oleh kurangnya informasi yang relevan; *ketiga*, bukti ilmiah yang ada telah cukup untuk mengambil tindakan yang mengatur penggunaan hormon tersebut; *keempat*, bahwa opini para ahli menyimpulkan bahwa bukti ilmiah yang ada tidak menunjukkan hal-hal terkait dengan pilihan tindakan, efek dari campuran hormon serta efek jangka panjang terhadap konsumen.

Panel berpendapat bahwa meskipun *precautionary principle* dapat dianggap sebagai bagian dari hukum kebiasaan internasional dan dapat digunakan untuk menginterpretasikan Pasal 5.1 dan Pasal 5.2, namun *precautionary principle* tidak dapat mengalahkan (*override*) ketentuan Pasal 5.1 dan Pasal 5.2, khususnya karena telah diberikan ketentuan tersendiri dalam Pasal 5.7.²⁰⁴ Pernyataan Panel ini diperkuat oleh *Appellate Body* dalam putusannya.²⁰⁵ Dan dalam sengketa ini (untuk lima dari

²⁰³ *EC-Hormones, Panel Report, Section 4.I, par. 2.*

²⁰⁴ *EC-Hormones, Panel Report, Section 8.D.5, par. 75.*

²⁰⁵ *EC- Hormones, Appellate Body Report, Section XIV, huruf c.*

keenam hormon yang disengketakan), pihak EC tidak secara eksplisit menyatakan bahwa pihaknya mengkaitkan dengan Pasal 5.7.²⁰⁶

III.6 Standar MGA (*melengestrol acetate*)

Terkait dengan hormon sintetis MGA, tidak ada standar internasional atas hal ini seperti juga telah dikuatkan dengan pernyataan Panel.²⁰⁷ Oleh karena itu, pihak EC tidak terikat kewajiban dalam ketentuan Pasal 3.1. Namun demikian juga tetap terikat pada ketentuan lainnya dalam Perjanjian SPS. Pihak AS dalam gugatannya (khusus untuk hormon MGA) mendasarkan pada ketentuan Pasal 2 dan Pasal 5. Beban pembuktian dalam hal ini berada pada pihak AS, terutama dalam kaitannya dengan Pasal 5.1 dan Pasal 5.5.²⁰⁸ Terkait dengan ketentuan Pasal 5.1 – Pasal 5.3 yang merupakan *risk assessment*, Pihak AS berargumen bahwa pihak EC belum melakukan *risk assessment* untuk hormon MGA dan dengan demikian tindakan yang bersangkutan tidak berdasarkan pada *risk assessment* dalam ketentuan Pasal 5.1. Pihak AS juga memberikan bukti bahwa *United States Food and Drug Administration* telah melakukan evaluasi secara menyeluruh keamanan dari MGA dan sampai pada kesimpulan bahwa MGA dalam fungsinya sebagai *growth promoter* tidak menimbulkan akibat terhadap kesehatan manusia. Panel tidak membahas lebih lanjut terkait hal ini, dan menyatakan bahwa pihak AS telah memenuhi persyaratan beban pembuktian dalam kaitannya dengan pelanggaran terhadap ketentuan Pasal 5.1.

Dalam hal ini, pihak EC secara tegas menggunakan ketentuan Pasal 5.7 karena menurut EC dalam kasus ini tidak ada bukti ilmiah yang cukup sehingga tindakan pemblokiran EC bisa dibenarkan. Namun ternyata Panel menyatakan hal yang berlawanan. Alasan yang utama dalam hal hormon MGA adalah karena pihak

²⁰⁶ *EC-Hormones, Panel Report, Section 8.D.5, par. 75.*

²⁰⁷ Panel menyebutkan “*We recall that with respect to the third synthetic hormone in dispute, MGA, no international standard exists.*” *EC-Hormones, Panel Report, Section 8.D.6, par. 1.*

²⁰⁸ *EC-Hormones, Panel Report, Section 8.D.6, par. 4.*

EC tidak melakukan *risk assessment* dalam bentuk apapun, sehingga tindakan EC yang melakukan pemblokiran tidak bisa dijustifikasi.²⁰⁹

Terkait dengan ketentuan Pasal 5.5 (pembedaan dalam tingkat perlindungan), pihak AS menyatakan bahwa pihak EC gagal untuk menjustifikasi adanya perbedaan dalam peraturannya yang diperkuat dengan pendapat dari Panel yang juga menyatakan bahwa EC melanggar ketentuan Pasal 5.5 dengan konstruksi pertimbangan seperti pada kelima hormon lain yang disengketakan.

III.7 Pasal 2

Panel berpendapat bahwa karena tindakan EC tersebut ditemukan tidak sesuai dengan ketentuan dari Pasal 3 dan Pasal 5 Perjanjian SPS, serta mengingat ketentuan kedua pasal tersebut memuat hak dan kewajiban yang spesifik jika dibandingkan dengan ketentuan Pasal 2 yang memuat hak dan kewajiban dasar, maka tidak perlu untuk menguji tindakan EC terhadap ketentuan Pasal 2.

IV. RUANG LINGKUP PEMBAHASAN GATT (PASAL I DAN PASAL III)

Panel berpendapat dalam hal ini tidak perlu untuk dilakukan pemeriksaan terkait dengan kedua pasal GATT tersebut. Alasan yang dikemukakan oleh Panel adalah apabila ternyata Pasal I (yang berisi tentang ketentuan *Most Favoured Nation*) dan/atau Pasal III (yang berisi tentang *non-discrimination*, khususnya Pasal III.4) ternyata memang dilanggar, maka harus dilakukan pemeriksaan lebih lanjut terkait dengan ketentuan Pasal XX GATT dan dalam kasus ini adalah Pasal XX(b) GATT sebagai justifikasinya. Dalam hubungannya dengan Pasal XX(b) tersebut maka perlu untuk melihat juga pada ketentuan-ketentuan dalam Perjanjian SPS, yang ternyata terbukti ada pelanggaran terhadapnya. Oleh karena pihak EC juga tidak menyatakan pembelaannya dalam ketentuan GATT selain dari ketentuan Pasal XX (b), maka

²⁰⁹ *EC-Hormones, Panel Report, Section 8.D.6, par. 13.*

ketidakkonsistenan terhadap Pasal I atau Pasal III tidak dapat dibenarkan dalam kondisi apapun.²¹⁰



²¹⁰ *EC-Hormones, Panel Report, Section 8.E, par. 2.*

BAB IV

ANALISA KASUS EC-HORMONES

I. HUBUNGAN PASAL XX(b) GATT DENGAN PERJANJIAN SPS

Sebagaimana telah disinggung dalam Bab II, ketentuan Pasal XX GATT khususnya pada huruf (b) sangat berkaitan erat dengan Perjanjian SPS. Alasan yang pertama adalah karena ketentuan Pasal XX (b) GATT ini disebutkan secara tegas dalam pembukaan Perjanjian SPS pada alinea terakhirnya, yang berbunyi sebagai berikut:

“... Desiring therefore to elaborate rules for the application of the provisions of GATT 1994 which relate to the use of sanitary or phytosanitary measures, in particular the provisions of Article XX(b).”

Berdasarkan pada alinea pembuka tersebut, dapat dilihat bahwa pada dasarnya Perjanjian SPS berperan sebagai pengaturan lebih rinci dari ketentuan GATT 1994 untuk hal-hal yang terkait dengan tindakan perlindungan kesehatan (masalah SPS), yang khususnya adalah terkait dengan penggunaan Pasal XX(b) GATT. Dalam kalimat alinea pembukaan tersebut diatas pun diberikan catatan kaki yang menyatakan bahwa ketentuan Pasal XX(b) yang dirujuk dalam Perjanjian ini termasuk juga pada *chapeau* dari pasal yang dimaksud.

Alasan yang kedua adalah terkait dengan ketentuan Pasal 2.4 Perjanjian SPS yang termasuk dalam lingkup hak dan kewajiban dasar dalam Perjanjian SPS. Pasal 2.4 Perjanjian SPS berbunyi:

“Sanitary or phytosanitary measures which conform to the relevant provisions of this Agreement shall be presumed to be in accordance with the obligations of the Members under the provisions of GATT 1994 which relate to the use of sanitary or phytosanitary measures, in particular the provisions of Article XX(b).”

Ketentuan diatas pada intinya menyatakan bahwa suatu tindakan SPS yang telah sesuai dengan ketentuan terkait dalam Perjanjian SPS akan dianggap sesuai dengan kewajiban-kewajiban dalam GATT 1994 yang terkait dengan masalah SPS, khususnya terkait pada ketentuan Pasal XX(b). Berdasarkan hal tersebut, dapat dilihat

bahwa Perjanjian SPS seolah-olah dipergunakan terlebih dahulu untuk menjustifikasi suatu tindakan SPS, dan jika berdasarkan Perjanjian SPS ternyata tidak ada ketentuan yang dilanggar, maka dengan sendirinya dianggap telah sesuai dengan ketentuan GATT sebagai ketentuan yang lebih umum. Namun demikian Perjanjian SPS tidak bisa dilihat sebagai *lex specialis* dari GATT. Seperti telah dijelaskan sebelumnya berdasarkan Pasal 2.1 Perjanjian WTO, bahwa pada intinya semua perjanjian internasional dalam ruang lingkup WTO berlaku sepenuhnya sebagai satu kesatuan yang terintegrasi. Jadi kedua ketentuan tersebut, yaitu GATT dan Perjanjian SPS, harus dipenuhi oleh para negara anggota.

Alasan yang ketiga adalah dengan merujuk kepada pendapat Panel dalam *EC-Hormones* yang menyatakan bahwa:

“As noted above in paragraph 8.42, if we were to find an inconsistency with Article I or III of GATT, we would then need to examine whether this inconsistency could be justified, as argued by the European Communities, under Article XX(b) of GATT and would thus necessarily need to revert to the SPS Agreement under which we have already found inconsistencies. Since the European Communities has not invoked any defence under GATT other than Article XX(b), an inconsistency with Article I or III of GATT would, therefore, in any event, not be justifiable.”²¹¹

Dengan demikian, dapat ditarik suatu kesimpulan bahwa penggunaan Pasal XX(b) GATT oleh negara anggota sebagai justifikasi tindakan SPS-nya akan membawa kewajiban bagi negara tersebut untuk memenuhi semua ketentuan dalam Perjanjian SPS. Namun demikian, pemenuhan ketentuan GATT belum dapat dikatakan memenuhi Perjanjian SPS. Hal ini dikarenakan Perjanjian SPS memiliki ruang lingkup yang lebih luas dibandingkan dengan GATT 1994, salah satu yang paling jelas membedakannya adalah adanya *scientific requirement* dalam Perjanjian SPS yang tidak dimiliki oleh GATT.²¹²

²¹¹ *EC-Hormones, Panel Report, Section 8.E, par. 2.*

²¹² Denise Prévost, *loc. cit.*, hal 565.

II. BEBAN PEMBUKTIAN DALAM PERJANJIAN SPS

II.1 Beban Pembuktian Umum

Sebagaimana telah dijelaskan pada bab-bab sebelumnya, pada dasarnya beban pembuktian secara umum adalah berada di pihak yang melakukan perlawanan (*complaining party*) untuk lebih dahulu melakukan pembuktian terkait dengan perbuatan yang dituduhkan/diajukan keberatannya. Pada saat *complaining party* dapat melakukan dan memperlihatkan bukti nyata yang mendukung argumen atau pendapatnya, maka pada saat itu beban pembuktian tersebut baru beralih pada pihak yang lainnya. Peralihan beban pembuktian tersebut lebih dimaksudkan sebagai pembelaan dari pihak lain tersebut terhadap argumen-argumen yang telah dikonstruksikan oleh pihak *complaining party*. Beban pembuktian secara umum ini juga diterapkan dalam Perjanjian SPS, yang dalam kasus *EC-Hormones* ini terkait dengan Pasal 3 dan Pasal 5 sebagaimana akan dibahas pada sub bab berikutnya.

II.2 Beban Pembuktian dalam Kaitannya dengan Pasal 3 dan Pasal 5 Perjanjian SPS

Berdasarkan pertimbangan Panel dalam kasus *EC-Hormones*, Panel mengatakan bahwa Pasal 3.1 secara jelas menyatakan "... *Members shall base their sanitary ... measures on international standards ... where they exist ...*".²¹³ Alinea 3 dari Annex A Perjanjian SPS juga menyatakan dengan jelas bahwa standar internasional yang disebutkan dalam Pasal 3.1 adalah "*for food safety, the standards ... established by the Codex Alimentarius Commission relating to ... veterinary drug ... residues ...*". Tidak ada kondisi lain yang disebutkan dalam Perjanjian SPS terkait dengan relevansi dari standar internasional untuk tujuan dari Pasal 3. Dengan demikian, Panel dalam pertimbangan bahwa suatu negara anggota memiliki kewajiban untuk mendasarkan tindakan SPSnya pada standar internasional

²¹³ Pasal 3.1 Perjanjian SPS: "*To harmonize sanitary and phytosanitary measures on as wide a basis as possible, Members shall base their sanitary or phytosanitary measures on international standards, guidelines or recommendations, where they exist, except as otherwise provided for in this Agreement, and in particular in paragraph 3.*"

sebagaimana disebutkan dalam Pasal 3.1, hanya perlu untuk menentukan apakah suatu standar internasional untuk hal itu ada atau tidak.²¹⁴ Dalam hal ini standar tersebut ada, yaitu yang ditetapkan oleh Codex.

Berdasarkan pendapat Panel tersebut, penulis berpendapat bahwa terkait dengan Pasal 3.1 Perjanjian SPS pada dasarnya beban pembuktian yang pertama kali tetap harus dilakukan oleh *complaining party* (dalam hal ini pihak AS), namun pembuktian ini hanya sampai dengan batas bahwa pihak AS dapat memperlihatkan bahwa memang ada suatu standar internasional yang diakui dan tindakan pihak EC tidak sesuai dengan standar, petunjuk, atau rekomendasi dari Codex (sebagai rujukan internasional dalam kasus ini). Setelah *complaining party* mampu memenuhi beban pembuktian tersebut, maka dengan sendirinya beban pembuktian beralih kepada *defendant party* untuk membuktikan bahwa tindakannya dapat dijustifikasi. Justifikasi yang dapat dilakukan terkait dengan ketentuan Pasal 3.1 yaitu apabila *defendant party* dapat menunjukkan bahwa tindakannya masih sesuai dengan standar yang ditetapkan Codex, bukan melebihi Codex. Pembebanan pembuktian pada *complaining party* dalam hal ini juga diperkuat dengan adanya ketentuan Pasal 3.2 yang pada intinya mengatakan bahwa tindakan SPS yang sesuai dengan (*conform to*) standar internasional harus dianggap diperlukan untuk melindungi manusia, hewan atau tumbuhan, dan dianggap sesuai dengan ketentuan dalam Perjanjian SPS maupun GATT.

Namun bila ternyata *defendant party* ingin membenarkan tindakannya dengan tidak berdasarkan pada standar Codex, maka pihak *defendant* dapat merujuk pada Pasal 3.3 yang telah membuka kemungkinan suatu negara untuk menerapkan tindakan SPS yang tidak sesuai dengan standar internasional. Syarat untuk menerapkan ketentuan Pasal 3.3 ini adalah bila didukung dengan bukti-bukti ilmiah sebagai justifikasinya atau bila tindakan tersebut merupakan konsekuensi dari tingkat perlindungan yang dianggap oleh anggota yang bersangkutan layak dengan tidak mengesampingkan ketentuan Pasal 5. Panel berpendapat bahwa ketika pihak yang

²¹⁴ *EC-Hormones, Panel Report, Section 8.D.3, par. 18.*

melakukan perlawanan dapat melakukan pembuktian bahwa memang ada standar internasional terkait dengan sengketa yang bersangkutan dan tindakan yang dipermasalahkan tersebut tidak berdasarkan pada standar internasional tersebut, beban pembuktiannya berdasarkan ketentuan Pasal 3.3 beralih kepada pihak yang dituju.²¹⁵ Jadi Panel berpendapat bahwa dalam kasus ini pihak EC lah yang mengemban beban pembuktian oleh karena tindakan EC tidak berdasarkan pada standar internasional dan oleh karena itu hanya bisa dibenarkan jika terbukti telah memenuhi ketentuan Pasal 3.3 (dan juga Pasal 5).²¹⁶ Pendapat ini dibalikkan oleh *Appellate Body*.

Menurut *Appellate Body*, ketentuan Pasal 3.1 dan Pasal 3.3 tidak bisa dipandang dalam hubungan sebagai sebuah kewajiban umum dan pengecualiannya, karena ketentuan Pasal 3.3 tersebut merupakan hak dari masing-masing negara anggota asalkan syarat-syaratnya dapat dipenuhi. Sehingga dengan demikian beban pembuktian tersebut tidak beralih seperti yang diinterpretasikan oleh Panel.²¹⁷

Terkait dengan beban pembuktian yang ada dalam ketentuan Pasal 3.3 Perjanjian SPS (yang secara tegas juga mengaitkan ketentuan Pasal 5), pendapat dari *Appellate Body* dapat dimengerti karena pada dasarnya pun Panel dalam

²¹⁵ *EC-Hormones, Panel Report*, Section 8.D.4, par. 13.

²¹⁶ *EC-Hormones, Panel Report*, Section 8.D.4, par. 14.

²¹⁷ *EC-Hormones, Appellate Body Report*, Section IV, par. 9. *Appellate Body* menyatakan sebagai berikut: "... Article 3.1 of the SPS Agreement simply excludes from its scope of application the kinds of situations covered by Article 3.3 of that Agreement, that is, where a Member has projected for itself a higher level of sanitary protection than would be achieved by a measure based on an international standard. Article 3.3 recognizes the autonomous right of a Member to establish such higher level of protection, provided that that Member complies with certain requirements in promulgating SPS measures to achieve that level. The general rule in a dispute settlement proceeding requiring a complaining party to establish a prima facie case of inconsistency with a provision of the SPS Agreement before the burden of showing consistency with that provision is taken on by the defending party, is not avoided by simply describing that same provision as an "exception". In much the same way, merely characterizing a treaty provision as an "exception" does not by itself justify a "stricter" or "narrower" interpretation of that provision than would be warranted by examination of the ordinary meaning of the actual treaty words, viewed in context and in the light of the treaty's object and purpose, or, in other words, by applying the normal rules of treaty interpretation. It is also well to remember that a prima facie case is one which, in the absence of effective refutation by the defending party, requires a panel, as a matter of law, to rule in favour of the complaining party presenting the prima facie case."

pertimbangannya mengatakan bahwa ketika pihak yang melakukan perlawanan dapat melakukan pembuktian bahwa memang ada standar internasional terkait dengan sengketa yang bersangkutan dan tindakan yang dipermasalahkan tersebut tidak berdasarkan pada standar internasional tersebut, maka beban pembuktiannya berdasarkan ketentuan Pasal 3.3 beralih kepada pihak yang dituju.²¹⁸ Hal ini tidaklah berarti bahwa beban pembuktian tersebut sepenuhnya beralih kepada *defendant party*, karena jika dikatakan demikian maka *defendant party*-lah yang harus melakukan pembuktian dari awal sengketa. Panel dalam hal ini telah salah menginterpretasikan beban pembuktian yang dimaksud dengan beban pembuktian terbalik. Ketentuan beban pembuktian dalam Pasal 3.3 ini lebih tepat diinterpretasikan oleh *Appellate Body* yang pada intinya mengatakan bahwa dalam kondisi apapun, maka tetap beban pembuktian yang pertama kali berada pada *complaining party*. Ketika *complaining party* mampu melakukan pembuktian terkait dengan ketentuan pasal yang menjadi dasar argumennya, baru pada saat itu beban pembuktian dibebankan pada *defendant party*, yang dalam hal ini Penulis memandang peralihan beban pembuktian tersebut pada dasarnya merupakan pembelaan dari *defendant party* atas tindakan SPS yang telah dilakukannya.

Kaitan beban pembuktian dalam Pasal 3.3 dengan ketentuan Pasal 5 adalah bahwa ketentuan Pasal 5 disyaratkan dalam ketentuan Pasal 3.3, sehingga dengan demikian dapat ditafsirkan bahwa *defendant party* bila akan menjustifikasi tindakannya berdasarkan ketentuan Pasal 3.3, terlebih dahulu harus membuktikan konsistensi tindakannya dengan ketentuan Pasal 5. Terkait dengan kewajiban menurut ketentuan Pasal 5 akan dibahas pada sub bab berikutnya.

²¹⁸ *EC-Hormones, Panel Report*, Section 8.D.4 , par. 13. Panel menyatakan sebagai berikut: “We find, therefore, that once the complaining party provides a *prima facie* case (i) that there is an international standard with respect to the measure in dispute, and (ii) that the measure in dispute is not based on this standard, the burden of proof under Article 3.3 shifts to the defending party.”

III. KEWAJIBAN-KEWAJIBAN PARA PIHAK TERKAIT DENGAN PASAL 3 PERJANJIAN SPS

III.1 Kewajiban Terkait dengan Pasal 3.1 Perjanjian SPS

Pasal 3.1 Perjanjian SPS berbunyi:

“To harmonize sanitary and phytosanitary measures on as wide a basis as possible, Members shall base their sanitary or phytosanitary measures on international standards, guidelines or recommendations, where they exist, except as otherwise provided for in this Agreement, and in particular in paragraph 3.” [penekanan oleh penulis]

Dari ketentuan Pasal 3.1 tersebut di atas terlihat bahwa kewajiban utama terkait dengan pasal ini adalah bahwa para anggota dalam menerapkan tindakan SPS mereka harus berdasarkan kepada (*shall base on*²¹⁹) standar, petunjuk, atau rekomendasi internasional yang ada. Standar, petunjuk, atau rekomendasi internasional yang dimaksud dalam hal ini (kasus ini) adalah berdasarkan pada Codex. Hal ini, menurut Panel, nampak dalam Alinea 3 dari Annex A Perjanjian SPS juga menyatakan dengan jelas bahwa standar internasional yang disebutkan dalam Pasal 3.1 adalah *"for food safety, the standards ... established by the Codex Alimentarius Commission relating to ... veterinary drug ... residues ..."*.

Terhadap kewajiban dalam Pasal ini, pihak EC memberikan pendapat bahwa bahwa standar Codex yang telah ada tidak relevan terhadap sengketa ini. Lebih lanjut dikatakan bahwa tidak ada standar Codex untuk penggunaan dari hormon pertumbuhan tersebut, yang tersedia hanyalah standar Codex untuk MRL dan dalam tindakan EC tidak terkait dengan tingkat MRL, maka tidak ada standar Codex yang perlu diperhatikan dalam tindakan EC. Pihak EC juga berpendapat bahwa standar Codex tersebut adalah tingkat perlindungan, bukan tindakan perlindungan, dan karena tidak ada kewajiban di dalam Perjanjian SPS untuk mengikuti tingkat perlindungan yang direkomendasikan oleh Codex, maka standar tersebut tidak relevan terhadap tindakan EC dalam sengketa ini. Tanggapan dari Panel dalam hal bahwa suatu negara

²¹⁹ Kata *“base on”* dalam hal ini diartikan berbeda dengan *“conform to”*, sebagaimana telah disebutkan dalam Bab III, berdasarkan kepada pendapat dari *Appellate Body*.

anggota memiliki kewajiban untuk mendasarkan tindakan SPSnya pada standar internasional sebagaimana disebutkan dalam Pasal 3.1, hanya perlu untuk menentukan apakah suatu standar internasional untuk hal itu ada atau tidak.²²⁰ Dalam hal ini standar tersebut ada, yaitu yang ditetapkan oleh Codex.

Dalam hal ini, jika Codex telah menetapkan suatu standar internasional, maka hal tersebut menjadi tolok ukur dari tindakan anggota yang menerapkan tindakan SPS oleh Panel. Panel dalam hal ini memandang bahwa apa yang telah ditetapkan oleh Codex berlaku layaknya sebagai sebuah aturan yang mengikat, terbukti dari pernyataan Panel yang tetap berpegang pada standar yang telah ditetapkan Codex. Pandangan demikian dapat dipahami dengan konstruksi hukum bahwa negara yang tergabung dalam GATT dengan sendirinya akan terikat oleh ketentuan Perjanjian SPS, dan karena di dalam naskah Perjanjian SPS ini secara jelas menyebutkan Codex sebagai suatu lembaga yang dikenal dalam dunia internasional terkait dengan penentuan standar dalam lingkup Perjanjian SPS, maka dengan sendirinya hanya Codex sebagai satu-satunya tolok ukur yang dapat digunakan oleh para negara anggota untuk dapat menilai apakah suatu tindakan telah sesuai atau melanggar ketentuan Perjanjian SPS. Penulis dalam hal ini juga setuju dengan pendapat Panel yang membantah pendapat dari pihak EC yang menyatakan bahwa standar Codex adalah tingkat perlindungan dan bukan tindakan perlindungan. Alasannya adalah dalam ketentuan Pasal 3.1 ini tidak dipermasalahkan mengenai hal tersebut. Yang menjadi tujuan dari Pasal 3.1 adalah adanya standar internasional dan tindakan SPS yang dilakukan oleh negara anggota adalah berdasarkan hal tersebut. Sehingga walaupun dikatakan oleh pihak EC bahwa Codex hanyalah tingkat perlindungan, hal ini tidak dapat mengalahkan ketentuan Pasal 3.1. Meskipun dikatakan hanya sebagai tingkat perlindungan, seharusnya hal tersebut juga harus masuk dalam pertimbangan pihak EC untuk dapat mengambil tindakan SPS yang diperlukan. Pendapat pihak EC ini tidak bisa dikaitkan dengan Pasal 3.1 karena Perjanjian SPS pun memberikan kebebasan para anggotanya dalam melakukan tindakan SPS, yaitu berdasarkan

²²⁰ *EC-Hormones, Panel Report, Section 8.D.3, par. 18.*

standar internasional atau tidak. Jika tindakan tersebut tidak berdasarkan standar internasional, maka tindakan tersebut terikat pada ketentuan Pasal 3.3 Perjanjian SPS.

Terkait dengan standar internasional yang dimaksudkan dalam ketentuan Pasal ini, Annex A.3 Perjanjian SPS memberikan penjelasan sebagai berikut:

- “(a) for food safety, the standards, guidelines and recommendations established by the Codex Alimentarius Commission relating to food additives, veterinary drug and pesticide residues, contaminants, methods of analysis and sampling, and codes and guidelines of hygienic practice;*
- (b) for animal health and zoonoses, the standards, guidelines and recommendations developed under the auspices of the International Office of Epizootics;*
- (c) for plant health, the international standards, guidelines and recommendations developed under the auspices of the Secretariat of the International Plant Protection Convention in cooperation with regional organizations operating within the framework of the International Plant Protection Convention; and*
- (d) for matters not covered by the above organizations, appropriate standards, guidelines and recommendations promulgated by other relevant international organizations open for membership to all Members, as identified by the Committee.”*

Terkait dengan ketentuan (a), (b), dan (c) di atas, tidak ada penjelasan lebih lanjut mengenai hal ini dalam Perjanjian SPS tentang apakah antara standar yang ditetapkan oleh Codex terpisah dengan yang ditetapkan oleh badan lainnya (IOE atau IPPC). Komite SPS dalam jawabannya atas pertanyaan dari Komisi Codex tentang hal ini menyatakan bahwa Perjanjian SPS tidak mengadakan pemisahan/pembedaan apapun (*distinction*) di antara ketiga standar tersebut (mengingat adanya perbedaan secara substantif tentang ruang lingkup masing-masing) dan ketiganya berlaku secara sama rata (*equally applicable*) berdasarkan ketentuan Pasal 3.²²¹ Meskipun tidak

²²¹ WTO Secretariat, *Preparations for the 1999 Ministerial Conference. Compilation of Proposals Submitted in Phase 2 of the Preparatory Process. Informal Note by the Secretariat. Revision*, JOB(99)/4797/Rev.3, disirkulasikan pada tanggal 18 November 1999, para. F, dalam Denise Prévost, *op. cit.*, hal 609-610. Lebih lanjut dalam catatan kakinya dikatakan juga bahwa: “*While this proposal seems to rest on the mistaken view that standards are mandatory, or are made mandatory by the SPS Agreement, it does serve to indicate the stronger legal status of standards relative to that of guidelines and recommendations, and the wish to have this recognised in the way the SPS Agreement deals with each.*”

dinyatakan dalam ketentuan Annex A.3, maksud dari “standar, petunjuk dan rekomendasi internasional” adalah juga termasuk yang diatur oleh suatu badan internasional yang terkait yang sifatnya internasional, dan dengan demikian tidak termasuk hal-hal yang sifatnya regional.²²² Jadi kedudukan Codex dalam kasus ini dijustifikasi sebagai suatu standar internasional yang diakui keabsahannya berdasarkan Perjanjian SPS. Jika standar yang ditetapkan Codex dilampaui oleh negara anggota, dengan berdasar pada bukti nyata tersebut maka muncul asumsi bahwa standar yang ditetapkan negara anggota tersebut menghambat perdagangan.²²³

Ketentuan Pasal 3.1 Perjanjian SPS ini pada dasarnya berlawanan dengan Pasal 3.3, karena Pasal 3.1 sebenarnya berhubungan erat dengan ketentuan Pasal 3.2 yang berbunyi sebagai berikut:

“Sanitary or phytosanitary measures which conform to international standards, guidelines or recommendations shall be deemed to be necessary to protect human, animal or plant life or health, and presumed to be consistent with the relevant provisions of this Agreement and of GATT 1994.”

Pasal 3.2 ini dapat dianggap sebagai sebuah *reward* bagi anggota yang mendasarkan tindakannya pada standar internasional secara keseluruhan (*conform to*), dalam hal ini Codex, yaitu dianggap sesuai dengan ketentuan terkait dalam Perjanjian SPS dan GATT.²²⁴ Dikatakan *reward* karena karena jika suatu negara mengikuti standar internasional yang telah ditetapkan (meskipun sifatnya adalah sukarela) maka status hukumnya meningkat karena akan sangat sulit untuk melakukan perlawanan (*challenge*) dalam forum WTO yang disebabkan telah terpenuhinya ketentuan-ketentuan yang disyaratkan oleh Perjanjian SPS.²²⁵ Ketentuan terkait dalam GATT

²²² Codex Alimentarius Commission, *Report of the Twenty-Second Session* (Joint FAO/WHO Food Standards Programme, Geneva), 23-28 June 1997, para. 168, dalam Denise Prévost, *ibid.*

²²³ Michael J. Trebilcock dan Robert Howse, *op. cit.*, hal. 137.

²²⁴ Seperti dinyatakan oleh *Appellate Body* terkait dengan hubungan antara Pasal 3.1, Pasal 3.2, dan Pasal 3.3 Perjanjian SPS dalam Bab III bagian III.2.

²²⁵ Michael Friis Jansen, *loc. cit.*, hal. 6.

yang dimaksud khususnya adalah ketentuan Pasal XX(b) yang telah dijelaskan pada awal bab ini dan bab-bab sebelumnya yang merupakan pasal penghubung antara ketentuan GATT dan Perjanjian SPS yang secara eksplisit terdapat dalam alinea terakhir dari pembukaan Perjanjian SPS. Dan dari bunyi ketentuan Pasal 3.2 tersebut diatas, dapat ditafsirkan bahwa jika suatu tindakan dianggap konsisten dengan Perjanjian SPS maka dengan sendirinya dianggap konsisten dengan ketentuan GATT. Namun jika suatu tindakan konsisten dengan GATT, belum tentu dianggap konsisten dengan ketentuan Perjanjian SPS. Alasannya adalah karena dalam Pasal XX(b) GATT tidak mengatur mengenai hal-hal yang sifatnya ilmiah sebagai justifikasi seperti yang diatur dalam Perjanjian SPS (khususnya pada Pasal 5). Pasal XX GATT hanya mengatur hal-hal yang sifatnya bertujuan untuk melindungi *important societal values*.²²⁶

Dengan demikian, kewajiban suatu negara anggota terkait dengan ketentuan Pasal 3.3 adalah mendasarkan tindakan SPSnya pada standar internasional yang ada (baik standar oleh Codex, IOE, IPPC, maupun standar lain yang dianggap sebagai internasional yang relevan berdasarkan ketentuan Annex A.3 Perjanjian SPS). Jika negara anggota yang bersangkutan menerapkan standar internasional secara menyeluruh (*conform to international standards*), maka negara yang bersangkutan akan mendapatkan keuntungan yang disebutkan dalam ketentuan Pasal 3.2 yaitu tindakannya dianggap telah sesuai dengan seluruh ketentuan Perjanjian SPS dan GATT.²²⁷ Jika yang diterapkan berdasarkan pada standar internasional yang ada (*based on international standards*) meskipun tidak secara keseluruhan, maka keuntungan yang didapat adalah negara anggota yang menerapkan tindakan tersebut tidak perlu melakukan kewajiban-kewajiban yang terkait dengan pembuktian ilmiah berdasarkan ketentuan Perjanjian SPS (khususnya Pasal 5),²²⁸ namun tetap terikat dengan hal-hal yang bersifat *non-science* dalam Perjanjian SPS, yaitu tindakan

²²⁶ Peter van den Bossche, *op. cit.*, hal. 599.

²²⁷ *EC- Hormones, Appellate Body Report, Section X, par. 16.*

²²⁸ Denise Prévost, *op. cit.*, hal 619.

tersebut tidak menciptakan hambatan perdagangan, tindakan sewenang-wenang, tindakan diskriminasi melebihi dari apa yang diperlukan.²²⁹

III.2 Kewajiban Terkait dengan Pasal 3.3 Perjanjian SPS

Sebagaimana telah dikatakan sebelumnya Penulis berpendapat bahwa ketentuan Pasal 3.1 berlawanan dengan ketentuan Pasal 3.3. Dan ketentuan Pasal 3.3 bukan merupakan suatu pengecualian dari Pasal 3.1, namun merupakan hak dari masing-masing negara anggota.²³⁰ Ketentuan Pasal 3.3 berbunyi sebagai berikut:

“Members may introduce or maintain sanitary or phytosanitary measures which result in a higher level of sanitary or phytosanitary protection than would be achieved by measures based on the relevant international standards, guidelines or recommendations, if there is a scientific justification, or as a consequence of the level of sanitary or phytosanitary protection a Member determines to be appropriate in accordance with the relevant provisions of paragraphs 1 through 8 of Article 5.

Notwithstanding the above, all measures which result in a level of sanitary or phytosanitary protection different from that which would be achieved by measures based on international standards, guidelines or recommendations shall not be inconsistent with any other provision of this Agreement.”

Dan catatan kaki dari pasal tersebut mengatakan bahwa:

“For the purposes of paragraph 3 of Article 3, there is a scientific justification if, on the basis of an examination and evaluation of available scientific information in conformity with the relevant provisions of this Agreement, a Member determines that the relevant international standards, guidelines or recommendations are not sufficient to achieve its appropriate level of sanitary or phytosanitary protection.”

Hal pertama yang harus dicermati dalam ketentuan tersebut adalah kata “*may*” yang menandakan bahwa pada dasarnya Perjanjian SPS memberikan peluang bagi anggota untuk tidak mendasarkan tindakan SPSnya pada ketentuan Pasal 3.1, namun

²²⁹ *Ibid.*, hal. 621.

²³⁰ *EC- Hormones, Appellate Body Report*, Section X, par. 18.

harus sesuai dengan ketentuan Pasal 3.3 ini. Selain itu ada syarat pemicu sebagai dasar untuk menerapkan ketentuan Pasal 3.3 ini, yaitu tindakan SPS yang diterapkan harus mencerminkan tingkat perlindungan sanitasi yang lebih tinggi daripada yang akan dicapai dengan menggunakan standar internasional yang ada.²³¹ Dan pembenaran atas hal tersebut hanya dapat diberikan jika ada justifikasi ilmiah (*scientific justification*) atau sebagai konsekuensi dari tingkat perlindungan yang dinilai layak oleh anggota yang bersangkutan yang sesuai dengan ketentuan Pasal 5 (*as a consequence of the level of sanitary or phytosanitary protection a Member determines to be appropriate in accordance with the relevant provisions of paragraphs 1 through 8 of Article 5*). Bila dihubungkan dengan catatan kaki dari pasal ini, maka dapat disimpulkan bahwa justifikasi atas hal ini harus dilakukan dengan *risk assessment*. Pernyataan ini didukung dengan pendapat dari *Appellate Body* dalam *EC-Hormones* yaitu:

*“the footnote to Article 3.3, while attached to the end of the first sentence, defines “scientific justification” as an “examination and evaluation of available scientific information in conformity with relevant provisions of this Agreement ...”. This examination and evaluation would appear to partake of the nature of the risk assessment required in Article 5.1 and defined in paragraph 4 of Annex A of the SPS Agreement.”*²³²

Lebih lanjut *Appellate Body* juga mengatakan bahwa:

*“Consideration of the object and purpose of Article 3 and of the SPS Agreement as a whole reinforces our belief that compliance with Article 5.1 was intended as a countervailing factor in respect of the right of Members to set their appropriate level of protection. ...”*²³³

Dengan demikian, dapat ditarik kesimpulan bahwa penggunaan Pasal 3.3 ini membawa kewajiban-kewajiban yang lebih berat bagi negara anggota yang

²³¹ Hal ini juga dinyatakan oleh Panel, sebagaimana telah dipaparkan dalam Bab III bagian III.3.

²³² *EC- Hormones, Appellate Body Report, Section X, par. 20.*

²³³ *EC- Hormones, Appellate Body Report, Section X, par. 22.*

menerapkan tindakan SPSnya, terutama dalam hal beban pembuktian. Hal ini dikarenakan negara anggota tersebut secara otomatis terikat juga dengan ketentuan Pasal 5 Perjanjian SPS yang pada intinya mengharuskan adanya *risk assessment*. Selain itu, berdasarkan ketentuan kalimat kedua Pasal 3.3 Perjanjian SPS, maka kewajiban negara yang menerapkan tindakan SPS tersebut bertambah karena secara tegas disebutkan bahwa penggunaan standar yang berbeda dari standar internasional tidak boleh melanggar semua ketentuan dalam Perjanjian SPS.

IV. KEWAJIBAN-KEWAJIBAN PARA PIHAK TERKAIT DENGAN PASAL 5 SPS

Pasal 5 Perjanjian SPS yang terdiri dari delapan ayat dibagi ke dalam 3 bagian, yaitu *risk assessment* (pada Pasal 5.1 sampai Pasal 5.3) , *risk management* (pada Pasal 5.4 sampai Pasal 5.6), dan pengecualiannya (Pasal 5.7). Ketentuan Pasal 5.8 tidak dibahas dalam kasus *EC-Hormones* dan dalam penelitian ini karena mengacu pada pendapat *Appellate Body*, ketentuan Pasal 5.8 dikatakan sebagai ketentuan yang berlaku bagi para pihak sebelum adanya sengketa (*pre-dispute condition*) dan juga pada dasarnya lebih terkait dengan masalah transparansi daripada justifikasi secara hukum (pendapat Panel).²³⁴ Terkait dengan ketentuan Pasal 5.7 yang pada dasarnya terkandung *precautionary principle* akan dibahas secara khusus dalam sub bab V pada bab ini. Pengklasifikasian *risk assessment* dan *risk management* dalam kasus *EC-Hormones* dilakukan oleh Panel, namun *Appellate Body* menyatakan tidak ada ketentuan dalam Perjanjian SPS yang menyatakan adanya *risk management*, sebagaimana dikatakan oleh *Appellate Body* sebagai berikut:

"...We must stress, in this connection, that Article 5 and Annex A of the SPS Agreement speak of "risk assessment" only and that the term "risk management" is not to be found either in Article 5 or in any other provision of the SPS Agreement. Thus, the Panel's distinction, which it apparently employs to achieve or support what appears to be a restrictive notion of risk assessment, has no textual basis. The fundamental rule of treaty interpretation requires a treaty interpreter

²³⁴ *EC- Hormones, Appellate Body Report, Section IV, par 6.*

to read and interpret the words actually used by the agreement under examination, and not words which the interpreter may feel should have been used.”²³⁵

Namun dalam pembahasan ini, istilah *risk management* digunakan dalam artian bahwa penilaian yang dilakukan terhadap ketentuan Pasal 5.4 sampai dengan Pasal 5.6 merupakan penilaian yang sifatnya lebih mengarah pada *non-scientific* (lebih melibatkan *societal value judgement*) yang digunakan untuk mengambil keputusan atau menentukan konsistensi suatu tindakan SPS yang diterapkan oleh negara anggota, yang diterima secara umum merupakan bagian dari *risk management*.²³⁶

IV.1 *Risk Assessment*

Risk assessment dalam Annex A.4 Perjanjian SPS diartikan sebagai:

“The evaluation of the likelihood of entry, establishment or spread of a pest or disease within the territory of an importing Member according to the sanitary or phytosanitary measures which might be applied, and of the associated potential biological and economic consequences; or the evaluation of the potential for adverse effects on human or animal health arising from the presence of additives, contaminants, toxins or disease-causing organisms in food, beverages or feedstuffs.”

Dengan melihat pada definisi tersebut, maka pada dasarnya ada dua macam *risk assessment* yang diatur dalam Perjanjian SPS dengan kriterianya masing-masing. Pertama adalah *risk assessment* yang terkait dengan *pest* atau *disease* (wabah), dan yang kedua adalah *risk assessment* yang terkait dengan pangan (*risk assessment* yang kedua ini yang digunakan dalam kasus *EC-Hormones*).

Dalam kasus *EC-Hormones*, Panel menyebutkan kriteria yang digunakan dalam *risk assessment*-nya sebagaimana telah dipaparkan pada bab sebelumnya yaitu sebagai berikut:

²³⁵ *EC- Hormones, Appellate Body Report, Section XI, par. 5.*

²³⁶ Denise Prévost, *op. cit.*, hal 635.

*“Guided by the wording of these provisions, we consider that, in this dispute, a risk assessment carried out in accordance with the SPS Agreement should (i) identify the adverse effects on human health (if any) arising from the presence of the hormones at issue when used as growth promoters in meat or meat products, and (ii) if any such adverse effects exist, evaluate the potential or probability of occurrence of these effects.”*²³⁷[penekanan oleh penulis]

Lebih lanjut, *Appellate Body* menyatakan bahwa *risk assessment* tidak perlu dilakukan langsung oleh negara yang bersangkutan karena tidak dinyatakan secara tegas dalam ketentuan Pasal 5.1 Perjanjian SPS, dan dalam lingkup Perjanjian SPS diperbolehkan untuk menggunakan *risk assessment* yang telah dilakukan oleh negara anggota lain maupun oleh badan internasional terkait dengan substansi permasalahan yang disengketakan.²³⁸ Demikian pula halnya dalam kasus *EC-Hormones* ini, teknik *risk assessment* yang disebutkan dalam ketentuan Pasal 5.1 Perjanjian SPS dinilai Panel belum ada ketentuannya secara umum (yang dibuat oleh badan internasional terkait) maupun yang ditentukan oleh Codex yang dalam kasus ini menjadi rujukan internasional.²³⁹

Panel menilai *risk assessment* dalam kasus ini dari tiga aspek, yaitu teknik dan faktor yang digunakan dalam *risk assessment* terkait dengan Pasal 5, apakah pihak EC telah mendemonstrasikan eksistensi dari *risk assessment* tersebut, dan (dengan asumsi *risk assessment* tersebut ada) apakah pihak EC telah mendemonstrasikan bahwa tindakannya tersebut adalah berdasar pada *risk assessment*.²⁴⁰ Panel dalam kasus ini juga menyatakan bahwa *risk assessment* menurut ketentuan Pasal 5 Perjanjian SPS adalah:

²³⁷ *EC-Hormones, Panel Report*, Section 8.D.5, par. 10.

²³⁸ *EC- Hormones, Appellate Body Report*, Section XI, par. 15. *Appellate Body* menyatakan “Article 5.1 does not insist that a Member that adopts a sanitary measure shall have carried out its own risk assessment. It only requires that the SPS measures be “based on an assessment, as appropriate for the circumstances ...”. The SPS measure might well find its objective justification in a risk assessment carried out by another Member, or an international organization. ...”

²³⁹ *EC-Hormones, Panel Report*, Section 8.D.5, par. 23.

²⁴⁰ *EC-Hormones, Panel Report*, Section 8.D.5, par. 14.

*“We finally note that the parties agree that, for the purposes of the EC measures in dispute, a risk assessment in accordance with Article 5 is a **scientific process** aimed at establishing the scientific basis for the sanitary measure a Member intends to take.”*²⁴¹[penekanan oleh penulis]

Selain itu, mengenai masalah eksistensi dari *risk assessment* dalam kasus ini, Panel berpendapat dalam kaitannya dengan kriteria yang digunakan dalam *risk assessment* sebagai berikut:

*“We note that the European Communities has invoked several scientific reports which appear to meet these minimum requirements of a risk assessment (in particular the Lamming Report and the 1988 and 1989 JECFA Reports) and that the scientists advising the Panel seemed to consider these reports, from a scientific and technical point of view, to be risk assessments. We shall, therefore, for the purposes of this dispute, assume that the European Communities has met its burden of demonstrating the existence of a risk assessment carried out in accordance with Article 5.”*²⁴²

Sedangkan untuk menilai apakah tindakan EC telah berdasarkan pada *risk assessment* yang ada, Panel dengan mengaitkan ketentuan Pasal 5.1 Perjanjian SPS menyatakan bahwa tidak ada petunjuk dan batasan yang jelas tentang bagaimana untuk menilai suatu tindakan apakah telah berdasar kepada *risk assessment*. Dan Panel menyatakan penilaian tersebut mencakup syarat prosedural dan substantif.²⁴³

Syarat prosedural yang paling minim menurut Panel dalam kaitannya dengan ketentuan Pasal 5.1 Perjanjian SPS meskipun tidak dinyatakan dalam isi pasal yang bersangkutan adalah *“the Member imposing a sanitary measure needs to submit evidence that at least it actually took into account a risk assessment when it enacted or maintained its sanitary measure in order for that measure to be considered as based on a risk assessment.”*²⁴⁴ Dan Panel menilai bahwa tindakan EC (sejak 1981

²⁴¹ *EC-Hormones, Panel Report, Section 8.D.5, par. 20.*

²⁴² *EC-Hormones, Panel Report, Section 8.D.5, par. 24.*

²⁴³ *EC-Hormones, Panel Report, Section 8.D.5, par. 25.*

²⁴⁴ *EC-Hormones, Panel Report, Section 8.D.5, par. 26.*

dan 1988 maupun sesudahnya) tidak memperlihatkan bukti bahwa tindakan tersebut telah mempertimbangkan *risk assessment*,²⁴⁵ sehingga dinilai tidak konsisten dengan ketentuan Pasal 5.1.²⁴⁶ Lebih lanjut, Panel berpendapat karena syarat prosedural ini tidak terpenuhi, maka pada dasarnya tidak diperlukan untuk menilai syarat substantif.²⁴⁷

Terkait dengan pendapat Panel di atas bahwa *risk assessment* adalah suatu kajian yang sifatnya ilmiah (dalam artian hanya terbatas pada hal-hal yang bersifat ilmiah),²⁴⁸ *Appellate Body* ternyata tidak sependapat dengan interpretasi Panel mengenai keterbatasan *risk assessment* hanya pada hal-hal ilmiah yang sifatnya hanya berbasis laboratorium dengan argumen sebagai berikut:

"The listing in Article 5.2 begins with "available scientific evidence"; this, however, is only the beginning. We note in this connection that the Panel states that, for purposes of the EC measures in dispute, a risk assessment required by Article 5.1 is "a scientific process aimed at establishing the scientific basis for the sanitary measure a Member intends to take". To the extent that the Panel intended to refer to a process characterized by systematic, disciplined and objective enquiry and analysis, that is, a mode of studying and sorting out facts and opinions, the Panel's statement is unexceptionable. However, to the extent that the Panel purports to exclude from the scope of a risk assessment in the sense of Article 5.1, all matters not susceptible of

²⁴⁵ *EC-Hormones, Panel Report, Section 8.D.5, par. 27.*

²⁴⁶ *EC-Hormones, Panel Report, Section 8.D.5, par. 29.*

²⁴⁷ *EC-Hormones, Panel Report, Section 8.D.5, par. 30.* Panel berpendapat: "Even if the European Communities would have fulfilled these minimum procedural requirements, there would still be a need to examine the substantive requirements contained in Article 5.1. ..." Panel juga memberikan syarat substantif yang terkait dengan kasus ini, yang kesemuanya dinilai Panel tidak dapat dipenuhi oleh pihak EC dalam tindakan pemblokiran yang dilakukan terkait dengan keenam hormon yang disengketakan yaitu: "(i) we need to identify the scientific conclusions reached in each of the studies referred to by the European Communities; (ii) we need to identify the scientific conclusion reflected in the EC measures in dispute; and (iii) we need to determine whether the scientific conclusion reflected in the EC measures can be considered as being in conformity with any of those reached in the studies referred to by the European Communities."

²⁴⁸ Lihat pendapat Panel ketika mengadakan penggolongan *risk assessment* dan *risk management*, dan interpretasi Panel mengenai *risk assessment* dalam kaitannya dengan ketentuan Pasal 5 Perjanjian SPS dalam Bab III.

*quantitative analysis by the empirical or experimental laboratory methods commonly associated with the physical sciences, we believe that the Panel is in error. Some of the kinds of factors listed in Article 5.2 such as "relevant processes and production methods" and "relevant inspection, sampling and testing methods" are not necessarily or wholly susceptible of investigation according to laboratory methods of, for example, biochemistry or pharmacology. Furthermore, there is nothing to indicate that the listing of factors that may be taken into account in a risk assessment of Article 5.2 was intended to be a closed list. It is essential to bear in mind that the risk that is to be evaluated in a risk assessment under Article 5.1 is not only risk ascertainable in a science laboratory operating under strictly controlled conditions, but also risk in human societies as they actually exist, in other words, the actual potential for adverse effects on human health in the real world where people live and work and die.*²⁴⁹ [penekanan oleh penulis]

Terkait dengan kegiatan *risk assessment*, *Appellate Body* menyatakan bahwa dalam melakukan *risk assessment* haruslah spesifik, dan dalam kasus ini, pihak EC dinilai telah mampu menunjukkan adanya efek negatif dari hormon-hormon tersebut terkait dengan efek *carcinogenic*. Namun hasil studi tersebut dinilai *Appellate Body* hanya untuk ruang lingkup yang umum dan tidak spesifik untuk masing-masing hormon yang dipermasalahkan, sehingga belum cukup untuk dikategorikan sebagai *risk assessment* yang dimaksudkan dalam ketentuan Pasal 5.1 dan Pasal 5.2 Perjanjian SPS.²⁵⁰

Dapat dilihat bahwa pada dasarnya *risk assessment* dalam ruang lingkup Perjanjian SPS tidaklah murni *scientific* sifatnya. Alasan pertama adalah seperti apa yang dinyatakan oleh *Appellate Body* diatas, kemudian alasan kedua adalah karena adanya ketentuan Pasal 5.3 (yang dalam kasus *EC-Hormones* tidak dibahas karena tidak relevan) yang pada intinya juga mempertimbangkan faktor ekonomi.

Kata "*based on*" dalam ketentuan Pasal 5.1 Perjanjian SPS diartikan oleh *Appellate Body* dalam kasus ini sebagai berikut:

²⁴⁹ *EC- Hormones, Appellate Body Report, Section XI, par. 12.*

²⁵⁰ *EC- Hormones, Appellate Body Report, Section XI, par. 25.*

“... The term “based on”, when applied as a “minimum procedural requirement” by the Panel, may be seen to refer to a human action, such as particular human individuals “taking into account” a document described as a risk assessment. ... **We believe that “based on” is appropriately taken to refer to a certain objective relationship between two elements, that is to say, to an objective situation that persists and is observable between an SPS measure and a risk assessment.** Such a reference is certainly embraced in the ordinary meaning of the words “based on” and, when considered in context and in the light of the object and purpose of Article 5.1 of the SPS Agreement, may be seen to be more appropriate than “taking into account”. We do not share the Panel’s interpretative construction and believe it is unnecessary and an error of law as well.”²⁵¹ [penekanan oleh penulis]

Dari pernyataan tersebut, dapat dilihat bahwa kata “based on” dalam Pasal 5.1 harus memiliki *objective relationship* (hubungan yang erat) antara *risk assessment* yang dilakukan dan tindakan yang diambil. Hal ini sejalan dengan persyaratan substantif yang disyaratkan oleh Panel dalam menilai apakah suatu tindakan SPS telah berdasarkan pada *risk assessment*.

Dengan demikian, dapat disimpulkan bahwa untuk menilai suatu tindakan telah memenuhi ketentuan Pasal 5.1 Perjanjian SPS harus dilihat dari syarat prosedural dan syarat substantif, dimana jika syarat prosedural tidak terpenuhi maka tindakan tersebut secara otomatis dianggap tidak konsisten dengan ketentuan Pasal 5.1 dan tidak diperlukan lagi untuk meninjau syarat substantif. Dan untuk menilai *risk assessment* itu sendiri (yang harus dapat mengidentifikasi substansi yang menjadi permasalahan, efek negatif yang ditimbulkan oleh substansi tersebut, serta potensi atau probabilitas terjadinya efek negatif tersebut) maka harus mempertimbangkan tiga hal yaitu teknik dan faktor yang digunakan dalam *risk assessment* terkait dengan Pasal 5, apakah negara anggota yang mengambil tindakan SPS telah mendemonstrasikan eksistensi dari *risk assessment* tersebut, dan (dengan asumsi *risk assessment* tersebut ada) apakah negara anggota yang bersangkutan telah

²⁵¹ EC- Hormones, Appellate Body Report, Section XI, par. 14.

mendemonstrasikan bahwa tindakannya tersebut adalah berdasar pada *risk assessment*.

Dan terkait dengan *risk assessment* itu sendiri sebagaimana telah dibahas sebelumnya, Peter van den Bossche menyimpulkan beberapa hal dengan melihat kasus *EC-Hormones*. Pertama, bahwa *risk assessment* tersebut harus menunjukkan bukti dari resiko yang nyata (*actual risk*), dan bukan hanya *theoretical uncertainty*. Kedua, bahwa kegiatan *risk assessment* lebih luas daripada sekedar kegiatan dalam laboratorium dan juga mempertimbangkan potensi efek negatif yang nyata dalam kondisi yang dunia nyata. Ketiga, *risk assessment* harus spesifik mengidentifikasi resiko yang dipermasalahkan dalam sengketa dan tidak boleh hanya bersifat umum. Keempat, *risk assessment* bisa bersifat kualitatif maupun kuantitatif. Kelima, *risk assessment* tidak harus dilakukan sendiri oleh negara anggota namun boleh mengacu kepada *risk assessment* yang telah dilakukan oleh negara anggota lain maupun oleh badan internasional yang relevan.²⁵²

IV.2 *Risk Management*

Seperti telah disebutkan sebelumnya, bahwa *risk management* dalam ruang lingkup Perjanjian SPS melibatkan tiga ketentuan yaitu Pasal 5.4 sampai dengan Pasal 5.6 Perjanjian. Walaupun penggolongan ketiga pasal ini ke dalam *risk management* tidak diakui oleh *Appellate Body* dalam putusan *EC-Hormones*, namun sebagaimana telah dijelaskan sebelumnya Penulis tetap setuju untuk menggolongkan ketiga pasal ini ke dalam *risk management* dengan asumsi bahwa keputusan yang diambil oleh suatu negara anggota untuk menerapkan tindakan SPS melibatkan juga penilaian nilai-nilai sosial (*social value judgement*) dan lainnya selain daripada hal-hal yang sifatnya murni *scientific*.

Hal pertama yang harus dikaji dalam *risk assessment* ini adalah ketentuan Pasal 5.4, yang berbunyi sebagai berikut:

²⁵² Peter van den Bossche, *op. cit.*, hal. 465.

“Members should, when determining the appropriate level of sanitary or phytosanitary protection, take into account the objective of minimizing negative trade effects.”

Hal yang harus diperhatikan dalam ketentuan pasal ini adalah *“appropriate level of sanitary or phytosanitary protection”*, sebagaimana diberikan penjelasan dalam Annex A.5 Perjanjian SPS sebagai berikut:

“Appropriate level of sanitary or phytosanitary protection — The level of protection deemed appropriate by the Member establishing a sanitary or phytosanitary measure to protect human, animal or plant life or health within its territory.”

Dengan melihat pada hal tersebut diatas, maka Perjanjian SPS memberikan hak bagi negara anggota untuk memilih tingkat perlindungan sendiri yang dianggap layak bagi kondisi mereka (*appropriate*), atau dengan kata lain untuk secara bebas memutuskan standar SPS yang ingin dicapai melalui tindakan SPSnya.²⁵³ Penentuan *appropriate level of protection* ini harus dipisahkan dengan evaluasi resiko yang merupakan *risk assessment* (yang sifatnya *scientific*).²⁵⁴ Selain itu, dalam kasus *EC-Hormones*, Panel juga berpendapat bahwa kata *“should”* dalam ketentuan pasal ini menandakan bahwa hal tersebut bukanlah suatu kewajiban. Namun tujuan untuk meminimalisir efek negatif terhadap perdagangan internasional tetap seyogyanya dipertimbangkan dalam menginterpretasi ketentuan-ketentuan dalam Perjanjian SPS.²⁵⁵

Berdasarkan interpretasi tersebut, bila ketentuan Pasal 5.4 Perjanjian SPS dikaitkan dengan ketentuan Pasal 5.1 Perjanjian SPS, maka dapat ditarik suatu hubungan bahwa setelah melakukan *risk assessment* dan kegiatan tersebut dapat

²⁵³ Denise Prévost, *op. cit.*, hal 679.

²⁵⁴ *Ibid.*

²⁵⁵ *EC-Hormones, Panel Report, Section 8.D.5, par. 87. “Guided by the wording of Article 5.4, in particular the words “should” (not “shall”) and “objective”, we consider that this provision of the SPS Agreement does not impose an obligation. However, this objective of minimizing negative trade effects has nonetheless to be taken into account in the interpretation of other provisions of the SPS Agreement.”*

dibuktikan sebagai sebuah *risk assessment*, maka ketentuan Pasal 5.4 mengambil peran dalam hal penentuan kebijakan yang akan diambil oleh negara anggota yang dinilai *appropriate* tersebut untuk menerapkan tindakan SPSnya, dengan mempertimbangkan faktor-faktor lain selain yang sifatnya *scientific*. Perjanjian SPS tidak memberikan batasan faktor-faktor apa saja yang harus dipertimbangkan dalam pengambilan keputusan untuk menerapkan suatu tindakan SPS²⁵⁶, namun demikian tidak berarti penentuan tingkat perlindungan yang dianggap *appropriate* ini sepenuhnya bebas karena ada hal-hal penting yang disyaratkan dalam ketentuan Pasal 5.5 Perjanjian SPS.²⁵⁷

Ketentuan Pasal 5.5 Perjanjian SPS berbunyi sebagai berikut:

“With the objective of achieving consistency in the application of the concept of appropriate level of sanitary or phytosanitary protection against risks to human life or health, or to animal and plant life or health, each Member shall avoid arbitrary or unjustifiable distinctions in the levels it considers to be appropriate in different situations, if such distinctions result in discrimination or a disguised restriction on international trade.

Members shall cooperate in the Committee, in accordance with paragraphs 1, 2 and 3 of Article 12, to develop guidelines to further the practical implementation of this provision. In developing the guidelines, the Committee shall take into account all relevant factors, including the exceptional character of human health risks to which people voluntarily expose themselves.”

Terkait dengan kalimat pertama dari ketentuan tersebut, ada tiga hal yang harus dikaji sebagaimana juga dinyatakan oleh Panel dalam *EC-Hormones*, yaitu:

*“The first element contained in Article 5.5 is that **the Member concerned adopts different appropriate levels of sanitary protection in "different situations"**. The second element is that **the distinction in levels of protection for the different situations is "arbitrary or unjustifiable"**. The third element is that **the distinction in levels of protection results in "discrimination or a disguised restriction on international trade"**.”²⁵⁸ [penekanan oleh penulis]*

²⁵⁶ Denise Prévost, *op. cit.*, hal 680.

²⁵⁷ *Ibid.*

²⁵⁸ *EC-Hormones, Panel Report*, Section 8.D.5, par. 96.

Ketiga hal tersebut (adanya perbedaan tingkat perlindungan yang diadopsi pada situasi yang berbeda, perbedaan tersebut adalah sewenang-wenang atau tidak berdasar, dan perbedaan tersebut mengakibatkan terjadinya diskriminasi atau pembatasan berlebihan terhadap perdagangan internasional) sifatnya kumulatif untuk dapat menentukan apakah suatu tindakan SPS telah konsisten dengan ketentuan Pasal 5.5 Perjanjian SPS.²⁵⁹ *Appellate Body* berpendapat bahwa elemen kedua dan ketiga harus ada, karena elemen kedua sendiri tidak akan cukup untuk membuktikan konsistensi dengan Pasal 5.5. Namun demikian elemen kedua ini dapat dikatakan sebagai tanda peringatan (*warning*) bahwa tindakan tersebut dapat mengakibatkan terjadinya diskriminasi atau hambatan berlebihan pada perdagangan internasional.²⁶⁰

Terkait dengan elemen yang pertama yaitu *different appropriate levels of sanitary protection in different situations*, kata-kata “*different situations*” dalam hal ini diartikan *Appellate Body* sebagai *comparable situations*.²⁶¹ *Appellate Body* mengartikan elemen yang pertama sebagai situasi atau keadaan yang menunjukkan beberapa elemen yang sama atau yang cukup untuk dikategorikan sebanding, sebagaimana pernyataannya di bawah ini:

“...*The situations exhibiting differing levels of protection cannot, of course, be compared unless they are comparable, that is, unless they present some common element or elements sufficient to render them comparable. If the situations proposed to be examined are totally different from one another, they would not be rationally comparable and the differences in levels of protection cannot be examined for arbitrariness.*”²⁶² [penekanan oleh penulis]

Dalam kasus ini, pihak EC memberikan beberapa perbedaan tingkat perlindungan terkait dengan hormon-hormon yang disengketakan, yaitu tingkat

²⁵⁹ *EC- Hormones, Appellate Body Report, Section XII, par. 7.*

²⁶⁰ *Ibid.*

²⁶¹ *EC- Hormones, Appellate Body Report, Section XII, par. 9.*

²⁶² *Ibid.*

perlindungan untuk tujuan *therapeutic* atau *zootechnical*, tingkat perlindungan untuk hormon alami yang muncul dengan sendirinya dalam daging dan produk makanan lainnya, dan tingkat perlindungan pada *carbadox* dan *olaquinox*, yang kesemuanya dibandingkan dengan tingkat perlindungan ketika digunakan sebagai hormon pertumbuhan.²⁶³

Terkait dengan elemen kedua yaitu perbedaan tingkat perlindungan yang bersifat sewenang-wenang atau tidak berdasar (*arbitrary or unjustifiable*), *Appellate Body* menilai bahwa *arbitrary* atau *unjustifiable* terjadi hanya pada situasi tingkat perlindungan yang berbeda jika dibandingkan dengan *carbadox* dan *olaquinox*.²⁶⁴

Terkait dengan elemen yang ketiga yaitu bahwa tindakan yang sewenang-wenang atau tidak berdasar (elemen kedua) tersebut mengakibatkan terjadinya diskriminasi atau hambatan berlebihan pada perdagangan internasional. Dalam kasus ini, Panel menilai bahwa diskriminasi atau hambatan berlebihan terjadi, sedangkan *Appellate Body* menilai hal ini tidak terjadi dengan alasan bahwa ternyata tindakan pemblokiran hormon tersebut bukan hanya dilakukan terhadap pihak AS saja, namun penggunaan di seluruh wilayah EC pun ternyata dilarang sehingga *Appellate Body* dalam hal ini memandang bahwa tindakan EC tersebut tidak mengakibatkan diskriminasi atau pembatasan berlebihan terhadap perdagangan internasional.²⁶⁵

Keputusan dari *Appellate Body* tersebut menunjukkan bahwa pertimbangan-pertimbangan yang sifatnya *non-scientific* dalam pengambilan keputusan untuk menerapkan suatu tingkat perlindungan yang wajar tidaklah cukup untuk menyatakan bahwa tingkat perlindungan yang diterapkan tersebut menciptakan hambatan berlebihan terhadap perdagangan. Keputusan tersebut secara tidak langsung memasukkan *societal value judgement* dalam membuat keputusan terkait dengan *risk*

²⁶³ *EC- Hormones, Appellate Body Report, Section XII, par. 10.*

²⁶⁴ *EC- Hormones, Appellate Body Report, Section XII, par. 27.*

²⁶⁵ *EC- Hormones, Appellate Body Report, Section XII, par. 36 dan 37.*

management.²⁶⁶ *Social value judgement* yang dimaksud adalah sebagaimana dinyatakan dalam pendapat *Appellate Body*:

*“We do not attribute the same importance as the Panel to the supposed multiple objectives of the European Communities in enacting the EC Directives that set forth the EC measures at issue. The documentation that preceded or accompanied the enactment of the prohibition of the use of hormones for growth promotion and that formed part of the record of the Panel makes clear the depth and extent of the anxieties experienced within the European Communities concerning **the results of the general scientific studies (showing the carcinogenicity of hormones), the dangers of abuse (highlighted by scandals relating to black-marketing and smuggling of prohibited veterinary drugs in the European Communities) of hormones and other substances used for growth promotion and the intense concern of consumers within the European Communities over the quality and drug-free character of the meat available in its internal market.** A major problem addressed in the legislative process of the European Communities related to **the differences in the internal regulations of various Member States of the European Union (four or five of which permitted, while the rest prohibited, the use for growth promotion of certain hormones), the resulting distortions in competitive conditions in and the existence of barriers to intra-community trade.** The necessity for harmonizing the internal regulations of its Member States was a consequence of the European Communities' mandate to establish a common (internal) market in beef. Reduction of any beef surplus through an increase in the consumption of beef within the European Communities, is not only in the interests of EC farmers, but also of non-hormone using farmers in exporting countries. We are unable to share the inference that the Panel apparently draws that the import ban on treated meat and the Community-wide prohibition of the use of the hormones here in dispute for growth promotion purposes in the beef sector were not really designed to protect its population from the risk of cancer, but rather to keep out US and Canadian hormone-treated beef and thereby to protect the domestic beef producers in the European Communities.”²⁶⁷ [penekanan oleh penulis]*

²⁶⁶ Denise Prévost, *op. cit.*, hal 694.

²⁶⁷ *EC- Hormones, Appellate Body Report, Section XII, par. 37.*

Jadi *Appellate Body* menyatakan bahwa tindakan EC tidak melanggar ketentuan Pasal 5.5 Perjanjian SPS oleh karena elemen terakhir tidak terpenuhi. Sebagaimana telah disebutkan bahwa ketiga elemen dalam ketentuan pasal ini sifatnya adalah kumulatif sehingga tidak terpenuhinya salah satu elemen tidak dapat menyatakan bahwa tindakan SPS yang dilakukan melanggar ketentuan pasal ini.

Melihat kepada pembahasan tentang *risk assessment* dan *risk management* dalam bab ini, bisa dilihat bahwa pada dasarnya terdapat pembagian mengenai apa yang termasuk ke dalam *risk assessment* dan apa yang termasuk ke dalam *risk management*. Pembagian ini, sebagaimana dilakukan oleh Panel dalam kasus *EC-Hormones*, didasarkan pada anggapan bahwa *risk assessment* bersifat *scientific*, sedang *risk management* dianggap bersifat *non-scientific*.

Terhadap hal ini, pembagian Panel antara *risk assessment* dan *risk management* seharusnya hanya dilakukan sebagai sebuah tahapan dalam pengambilan keputusan, dan bukan didasarkan pada anggapan adanya sifat *scientific* pada *risk assessment* dan *non-scientific* pada *risk management*. Dalam hal ini, dasar pembagian lebih tepat apabila merujuk pada pendapat *Appellate Body* yang menyatakan bahwa *risk assessment* tidak hanya terbatas pada kegiatan dalam laboratorium, sebab dari pendapat tersebut terlihat bahwa pada dasarnya dalam kegiatan *risk assessment*-pun melibatkan hal-hal yang sifatnya *non-scientific*²⁶⁸ yang merupakan suatu proses pengambilan keputusan yang melibatkan integrasi informasi dari bidang politik, sosial, ekonomi, dan teknis dengan data yang berkaitan dengan resiko, yang digunakan untuk mengembangkan, menganalisa, dan membandingkan pilihan-pilihan aturan (*regulatory*) serta untuk memilih aturan yang paling tepat sebagai respons dari potensi bahaya kesehatan²⁶⁹. Bila *risk assessment* diartikan hanya sebatas *scientific* dan *risk management* sebatas *non-scientific*, pada akhirnya

²⁶⁸ D. Santillo, *et. al.*, *loc. cit.*, hal. 946. Santillo dalam jurnal tersebut mengatakan bahwa pada intinya ada faktor-faktor yang sifatnya tidak pasti (*uncertain*) dalam melakukan kegiatan *risk assessment* dan ketidakpastian (*uncertainty*) tersebutlah yang pada akhirnya membatasi proses *risk assessment*.

²⁶⁹ Enda Cummins, *et. al.*, *loc. cit.*, hal. 97.

pengertian yang demikian akan menjadi kontradiktif bila dihubungkan dengan *precautionary principle* sebagaimana akan dibahas pada sub bab selanjutnya.

V. KEDUDUKAN PASAL 5.7 DALAM PERJANJIAN SPS

Ketentuan Pasal 5.7 Perjanjian SPS berbunyi sebagai berikut:

“In cases where relevant scientific evidence is insufficient, a Member may provisionally adopt sanitary or phytosanitary measures on the basis of available pertinent information, including that from the relevant international organizations as well as from sanitary or phytosanitary measures applied by other Members. In such circumstances, Members shall seek to obtain the additional information necessary for a more objective assessment of risk and review the sanitary or phytosanitary measure accordingly within a reasonable period of time.”

Melihat pada kasus *EC-Hormones*, Panel maupun *Appellate Body* dalam putusannya menyatakan secara tegas bahwa ketentuan Pasal 5.7 ini dianggap sebagai *precautionary principle*.²⁷⁰ Namun demikian perlu digarisbawahi juga bahwa baik Panel maupun *Appellate Body* tidak memberikan definisi dan status dari *precautionary principle* ini selain menganggap *precautionary principle* sebagai bagian dari hukum kebiasaan internasional dalam bidang hukum lingkungan, sebagaimana pernyataan *Appellate Body* berikut ini:

“The status of the precautionary principle in international law continues to be the subject of debate among academics, law practitioners, regulators and judges. The precautionary principle is regarded by some as having crystallized into a general principle of customary international environmental law. Whether it has been widely accepted by Members as a principle of general or customary international law appears less than clear. We consider, however, that it is unnecessary, and probably imprudent, for the Appellate Body in this appeal to take a position on this important, but abstract, question. We note that the Panel itself did not make any definitive finding with regard to the status of the precautionary principle in international law and that the precautionary principle, at least

²⁷⁰ *EC-Hormones, Appellate Body Report, Section VI, par. 6.*

*outside the field of international environmental law, still awaits authoritative formulation.*²⁷¹

Appellate Body dalam kasus *EC-Hormones* memberikan pandangannya mengenai hubungan antara *precautionary principle* ini dengan Perjanjian SPS yang pada intinya mengatakan bahwa *precautionary* tersebut tidak dapat dipandang sebagai dasar dari tindakan SPS tanpa pemenuhan kewajiban-kewajiban lain dalam Perjanjian SPS. *Appellate Body* berpendapat sebagai berikut:

*“It appears to us important, nevertheless, to note some aspects of the relationship of the precautionary principle to the SPS Agreement. First, the principle has not been written into the SPS Agreement as a ground for justifying SPS measures that are otherwise inconsistent with the obligations of Members set out in particular provisions of that Agreement. Secondly, the precautionary principle indeed finds reflection in Article 5.7 of the SPS Agreement. We agree, at the same time, with the European Communities, that there is no need to assume that Article 5.7 exhausts the relevance of a precautionary principle. It is reflected also in the sixth paragraph of the preamble and in Article 3.3. These explicitly recognize the right of Members to establish their own appropriate level of sanitary protection, which level may be higher (i.e., more cautious) than that implied in existing international standards, guidelines and recommendations. Thirdly, a panel charged with determining, for instance, whether “sufficient scientific evidence” exists to warrant the maintenance by a Member of a particular SPS measure may, of course, and should, bear in mind that responsible, representative governments commonly act from perspectives of prudence and precaution where risks of irreversible, e.g. life-terminating, damage to human health are concerned. Lastly, however, the precautionary principle does not, by itself, and without a clear textual directive to that effect, relieve a panel from the duty of applying the normal (i.e. customary international law) principles of treaty interpretation in reading the provisions of the SPS Agreement.”*²⁷² [penekanan oleh penulis]

²⁷¹ *EC-Hormones, Appellate Body Report, Section VI, par. 5.*

²⁷² *EC-Hormones, Appellate Body Report, Section VI, par. 6.*

Terkait dengan hal tersebut diatas, perlu ditelaah lebih dahulu latar belakang keberlakuan dan penerapan *precautionary principle* bagi masing-masing pihak dalam kasus ini. Bagi pihak EC, *precautionary principle* ini dipandang sebagai sebuah "*a general customary rule of international law*" atau setidaknya "*a general principle of law*".²⁷³ Sedangkan bagi pihak AS, *precautionary principle* tidaklah dianggap sebagai sebuah "*principle*" namun lebih kepada "*approach*" (pendekatan).²⁷⁴ Bagi pihak EC (*The Commission*), *precautionary principle* ini berperan sejak dapat diidentifikasi sebuah resiko, yang telah melalui proses pengkajian ilmiah dan hasilnya ternyata *mixed* dan *inconclusive*.²⁷⁵ Dalam situasi demikian, maka keputusan dari otoritas yang berwenang akan sangat dipengaruhi oleh opini publik terkait dengan resiko yang dihadapi, yang kemudian menerapkan *precautionary principle* ini untuk tetap mempertahankan tingkat perlindungan yang diharapkan walaupun tidak ada bukti-bukti ilmiah (misalnya hubungan kausalitas atau evaluasi terhadap probabilitas munculnya efek negatif), yang bentuk tindakannya bisa bervariasi mulai dari sekedar pemberitahuan kepada publik sampai pada pemblokiran suatu produk.²⁷⁶ Ada enam kriteria bagi EC dalam melakukan *precautionary principle*, yaitu bahwa dalam melakukan suatu tindakan yang berdasarkan pada *precautionary principle* haruslah proporsional (sejalan dengan tingkat perlindungan yang diharapkan), non-diskriminasi (situasi yang sama harus mendapat perlakuan yang sama), konsisten (harus melakukan pendekatan yang sama atas hal-hal lain yang juga memerlukan tindakan berdasarkan *precautionary principle*), melibatkan kajian terhadap manfaat dan biaya terhadap tindakan atau tidak dilakukannya tindakan (yang juga melibatkan faktor non ekonomi), harus mengikuti perkembangan ilmiah terkait dan yang terakhir

²⁷³ *EC-Hormones, Appellate Body Report, Section VI, par. 3.*

²⁷⁴ *EC-Hormones, Appellate Body Report, Section VI, par. 4.*

²⁷⁵ Natalie McNelis, "EU Communication on Precautionary Principle," *Journal of International Economic Law* (2000), hal. 546.

²⁷⁶ *Ibid.*, hal. 547.

adalah melarang peredaran produk sampai terbukti aman.²⁷⁷ Pihak EC menempatkan *precautionary principle* ini sebagai bagian dari *management*, dan bukan suatu *scientific tool* dalam proses *decision making*,²⁷⁸ sehingga *precautionary principle* ini digunakan untuk menjustifikasi keputusan yang dibuat oleh otoritas yang berwenang untuk mencapai tingkat perlindungan kesehatan dan lingkungan yang tinggi bahkan ketika keberadaan resiko belum terlihat secara penuh.²⁷⁹

Sementara pendapat lain yang sejalan dengan pendapat pihak AS yang pada intinya mengatakan bahwa *precautionary principle* hanya merupakan sebuah pendekatan juga memiliki argumen tersendiri. Ada yang mengatakan bahwa *precautionary principle* hanya sebuah pernyataan retorik, yang pada dasarnya tidak berguna dalam pengambilan keputusan oleh otoritas.²⁸⁰ Ada yang mengatakan bahwa *precautionary approach* tidak bersifat *scientific* dan mengganggu peran dari *science* dalam proses pembuatan kebijakan.²⁸¹ Dalam argumennya terkait dengan sengketa *EC-Hormones*, pihak AS mengartikannya sebagai “*The precautionary approach called for taking action based on preliminary or inconclusive scientific information where it might be important to act in the absence of conclusive scientific information.*”²⁸² Jadi dapat dilihat bahwa peran *precautionary* sebagai *approach* dalam hal ini tidak bisa mengalahkan eksistensi dari *risk assessment*, karena *risk assessment* dianggap *scientific* dan *precautionary* seolah-olah “*non-scientific*” dan tidak akan mempengaruhi *risk management*.

²⁷⁷ *Ibid.*

²⁷⁸ Peter M. Chapman, “Risk Assessment and the Precautionary Principle: a Time and a Place,” *Marine Pollution Bulletin* (Vol. 38, No. 10, 1999), hal. 946.

²⁷⁹ Jacqueline Peel, *Risk Regulation Under the WTO SPS Agreement: Science as an International Normative Yardstick?*, (New York University School of Law, 2004), hal. 62.

²⁸⁰ Chauncey Starr, *loc. cit.*, hal. 3.

²⁸¹ Gray dalam D. Santillo, *et. al.*, *loc. cit.*, hal. 941.

²⁸² *EC-Hormones, Panel Report.*

Terhadap keberadaan *precautionary principle* ini, sebenarnya tidaklah penting untuk diadakan pembedaan seperti yang dilakukan oleh para pihak dalam *EC-Hormones* karena pada dasarnya *precautionary* akan ada dalam setiap tahap *decision making*, mulai dari *risk assessment*, *risk management*, dan akhirnya kebijakan yang diambil. Tidak bisa dipungkiri bahwa *risk assessment* yang “identik” dengan sifat *scientific* juga tidak akan mampu memberikan keyakinan penuh bahwa tidak ada resiko terhadap sesuatu, dengan kata lain resiko akan selalu ada, namun hal yang lebih penting adalah untuk mengkaji resiko tersebut apakah sifatnya *acceptable* atau tidak. *Precautionary* juga akan ada dalam tahap *risk management*, karena *risk management* yang identik dengan *societal value judgement* merupakan langkah yang harus ditempuh setelah adanya *risk assessment*, yang pada dasarnya juga terkandung *precautionary* didalamnya. Jadi *precautionary* ada dalam tiap langkah *decision making* karena belum adanya keyakinan penuh (ketidakpastian) mengenai amannya suatu zat/produk, dan dalam rangka untuk mencapai tingkat perlindungan yang diharapkan maka digunakanlah *precautionary principle* ini.²⁸³ Jika telah ada suatu kepastian, maka tindakan tersebut masuk dalam kategori *preventive*.²⁸⁴ Suatu tindakan berdasarkan *precautionary* sifatnya adalah sementara dan perlu untuk secara berkala dikaji ulang sehubungan dengan informasi-informasi ilmiah yang terkait untuk mengubah faktor ketidakpastian resiko dan efek negatif menjadi suatu kepastian terhadap bahaya.²⁸⁵ Aplikasi dari *precautionary measures* ini berarti menggunakan *science* tidak hanya untuk keperluan diagnosa atas bahaya terhadap lingkungan (*environmental hazard*), namun juga berguna untuk mengidentifikasi, mengembangkan dan mengkaji alternatif lain yang lebih aman terhadap kegiatan yang memiliki potensi bahaya (dengan kata lain juga mempertimbangkan faktor

²⁸³ Vern R. Walker, “The Myth of Science as a “Neutral Arbiter” for Triggering Precautions,” *Boston College International & Comparative Law Review* (Vol. 26, No. 197, 2003), hal. 198.

²⁸⁴ De Sadeleer dalam Denise Prévost, *op. cit.*, hal. 159.

²⁸⁵ René von Schomberg, “The Precautionary Principle and Its Normative Challenges,” dalam *Implementing the Precautionary Principle: Approaches from the Nordic Countries, the EU and USA*, (Great Britain: Edward Elgar Publishing Limited, 2006), hal. 34.

sosial dan ekonomi).²⁸⁶ Konsep *precaution* ini adalah tentang bagaimana kita membuat keputusan yang lebih baik dan lebih melindungi kesehatan di bawah pengaruh adanya ketidakpastian (*uncertainty*).²⁸⁷ Peran dari *science* terhadap *precautionary principle* adalah untuk mengkarakterisasi potensi kerusakan (*harm*) yang kompleks dan untuk mengembangkan solusi (alternatif) yang lebih aman terhadap kegiatan yang memiliki potensi merusak tersebut (*potentially harmful activities*).²⁸⁸

Terkait dengan kedudukan *precautionary principle* dalam Perjanjian SPS, ketentuan Pasal 5.7 sangat erat kaitannya dengan *precautionary principle*. Namun demikian, aplikasinya tidaklah sama dengan *precautionary principle* pada umumnya. Penulis memandang ketentuan Pasal 5.7 ini sebagai “*SPS Precautionary*” (*Precautionary* dalam versi Perjanjian SPS) karena tindakan *precautionary* dalam ketentuan Pasal 5.7 boleh dilakukan setelah dilakukan *risk assessment* (berdasarkan unsur *relevant scientific information*) dan ternyata tidak cukup untuk menyimpulkan sesuatu. Selain itu, ada syarat tambahan bahwa tindakan *precautionary* ini sifatnya harus sementara dan selama tindakan tersebut dipertahankan maka negara anggota yang melakukan tindakan SPS berdasarkan *precautionary* ini harus tetap mengumpulkan bukti-bukti ilmiah terkait untuk menyelesaikan *risk assessment*nya dalam kurun waktu yang wajar.

VI. PEMBELAJARAN BAGI INDONESIA

Dengan melihat pada fakta dan analisa dalam penelitian ini, maka dapat ditarik suatu pembelajaran bagi Indonesia jika ingin mengambil suatu tindakan SPS. Sampai saat ini, tidak ada aturan di Indonesia yang mengatur mengenai ratifikasi dari Perjanjian SPS ini ke dalam hukum nasional Indonesia. Pembelajaran dari kasus *EC-*

²⁸⁶ Joel Tickner dan David Kriebel, “The Role of Science and Precaution in Environmental and Public Health Policy,” dalam *Implementing the Precautionary Principle: Approaches from the Nordic Countries, the EU and USA*, (Great Britain: Edward Elgar Publishing Limited, 2006), hal. 43.

²⁸⁷ *Ibid.*, hal 44.

²⁸⁸ *Ibid.*

Hormones ini memberikan manfaat bagi Indonesia minimal terhadap langkah-langkah yang harus dilakukan agar dapat menghindari sengketa perdagangan internasional.

Hal pertama yang harus dilakukan adalah memastikan bahwa standar yang diterapkan oleh Indonesia adalah yang sesuai dengan standar SPS, yaitu Codex (dalam kaitannya dengan penelitian ini). Kesesuaian dengan standar Codex akan membawa keuntungan bagi Indonesia jika terjadi sengketa, yaitu berdasarkan Pasal 3.2 Perjanjian SPS maka dianggap telah konsisten dengan Perjanjian SPS (jika semua tindakannya “*conform to*” Codex). Jika standar yang diterapkan di Indonesia ternyata lebih tinggi dari standar Codex, maka berdasarkan ketentuan Pasal 3.3 Perjanjian SPS akan membawa kewajiban yang lebih besar yaitu kewajiban untuk membuktikan secara ilmiah atas tindakan SPS yang dilakukan dan tingkat perlindungan yang ingin dicapai. Caranya adalah dengan membuktikan bahwa Indonesia telah melakukan *risk assessment* terkait dengan tindakan SPS yang dilakukan, dan *risk assessment* yang dimaksud tidak harus dilakukan sendiri (diperbolehkan merujuk kepada *risk assessment* yang telah dilakukan oleh negara anggota lain ataupun badan internasional yang relevan, yang tentunya menjadi subjek penilaian Panel dan *Appellate Body* dalam hal terjadi sengketa). Setelah hal itu dilakukan maka harus membuktikan dalam *risk managementnya* bahwa tindakan yang diambil berdasarkan bukti ilmiah tersebut tidak melanggar ketentuan Pasal 5.5 dan Pasal 5.6 Perjanjian SPS. Dan yang terakhir adalah memastikan tidak ada ketentuan lain dalam Perjanjian SPS yang dilanggar, karena Pasal 3.3 Perjanjian SPS dengan tegas menyebutkan persyaratan ini. Terkait dengan penggunaan ketentuan Pasal 5.7 Perjanjian SPS pada dasarnya tidak disarankan, karena ketentuan ini juga terikat dengan adanya kewajiban *risk assessment* yang pada intinya *precautionary* dalam suasana Perjanjian SPS berawal dari adanya *risk assessment*.

Dalam hal tiadanya suatu standar internasional, maka berdasarkan ketentuan dalam Pasal 2 Perjanjian SPS juga pada dasarnya juga mewajibkan dilakukannya *risk assessment* sebagai dasar untuk pembenaran atas tindakan SPS yang dilakukan apabila terjadi sengketa di kemudian hari.

Jika Indonesia ingin menerapkan suatu tindakan SPS yang diadopsi dari negara anggota lain, maka perlu diperhatikan juga mengenai tingkat perlindungan kesehatan yang ingin dicapai oleh Indonesia sehubungan dengan penerapan tindakan SPS tersebut. Tingkat perlindungan kesehatan yang dipilih oleh Indonesia harus tercermin dari tindakan SPS yang diambil sebagaimana disyaratkan dalam ketentuan Pasal 5.5 Perjanjian SPS. Dan juga tidak boleh menimbulkan diskriminasi atau pembatasan terselubung (*disguised restriction*) terhadap perdagangan internasional.



BAB V

KESIMPULAN

I. KESIMPULAN

Berdasarkan pada pembahasan yang telah dilakukan, maka Penulis menarik kesimpulan sebagai berikut:

1. Terkait dengan pokok permasalahan yang pertama, yaitu hubungan antara Pasal XX GATT dengan Perjanjian SPS, Penulis berkesimpulan bahwa Pasal XX GATT adalah sebagai pasal kunci yang menghubungkan antara ketentuan GATT dengan Perjanjian SPS. Penggunaan Pasal XX GATT ini akan memiliki akibat bahwa harus dibuktikan terlebih dahulu konsistensi dengan ketentuan Perjanjian SPS, dan setelah itu baru akan diuji Pasal XX GATT ini sebagai justifikasi tindakan SPS yang dilakukan oleh negara anggota bilamana terjadi sengketa. Pelanggaran ketentuan dalam Perjanjian SPS secara otomatis juga akan dianggap sebagai pelanggaran dari ketentuan Pasal XX GATT, namun pemenuhan seluruh ketentuan Perjanjian SPS belum tentu memenuhi ketentuan Pasal XX GATT.
2. Terkait dengan pokok permasalahan yang kedua, yaitu cara untuk untuk menerapkan ketentuan dalam Perjanjian SPS (terutama dalam hubungannya dengan ketentuan Pasal 3 dan Pasal 5 Perjanjian SPS), Penulis menarik kesimpulan bahwa hal pertama yang harus dilakukan suatu negara untuk dapat melakukan suatu tindakan SPS adalah dengan terlebih dahulu mencari standar internasional yang berhubungan dengan substansi tindakan yang akan diambil (sesuai dengan ketentuan Pasal 3.1 Perjanjian SPS). Jika standar itu ada, maka akan sangat bijak bagi negara yang bersangkutan untuk mengikuti standar tersebut karena akan mendapatkan keuntungan jikalau terjadi sengketa. Keuntungan yang dimaksud adalah yang dimaksudkan dalam Pasal 3.2 Perjanjian SPS dimana *compliance* dengan standar internasional (atau istilah

lainnya “*conform to*”) akan dianggap sesuai dengan ketentuan dalam Perjanjian SPS dan GATT. Jika standar internasional yang ada tidak ingin diadopsi oleh suatu negara (berdasarkan Pasal 3.3 Perjanjian SPS) maka negara yang bersangkutan mengemban kewajiban tambahan yaitu harus memenuhi semua ketentuan Pasal 5 dan ketentuan lainnya dalam Perjanjian SPS. Ketentuan Pasal 5 tersebut pada intinya mewajibkan dilakukannya *risk assessment*. Jika hasil dari *risk assessment* menyatakan tidak berbahaya, maka negara yang bersangkutan harus mengizinkan produk atau zat yang bersangkutan untuk digunakan. Jika hasil dari *risk assessment* tersebut ternyata belum cukup memberikan bukti ilmiah (*scientific evidence*), maka diperbolehkan untuk menerapkan ketentuan Pasal 5.7 Perjanjian SPS. Namun kecil kemungkinan bahwa penggunaan Pasal 5.7 ini akan dinyatakan konsisten dengan Perjanjian SPS oleh Panel dan *Appellate Body*.

Jika standar internasional dimaksud ternyata tidak ada, maka sesuai dengan ketentuan Pasal 5.1 Perjanjian SPS, harus terlebih dahulu dilakukan *risk assessment*. *Risk assessment* ini tidak harus dilakukan sendiri oleh negara yang bersangkutan, namun boleh mengadopsi *risk assessment* yang telah dilakukan oleh negara lain ataupun oleh badan internasional terkait. Namun demikian penilaian terhadap *risk assessment* akan diuji dalam forum penyelesaian sengketa apakah tindakan SPS yang dilakukan telah berdasarkan pada *risk assessment* dan apakah *risk assessment* yang dilakukan dapat dianggap sebagai *risk assessment*. Setelah *risk assessment* dilakukan, maka langkah selanjutnya terkait dengan pengambilan keputusan atas tindakan SPS yang akan diterapkan, yang syarat-syaratnya ada di dalam ketentuan Pasal 5.4 sampai dengan Pasal 5.6 Perjanjian SPS, yang diantaranya adalah tindakan yang diambil sesuai dengan tingkat perlindungan yang ingin dicapai oleh negara yang bersangkutan.

Jika terjadi sengketa mengenai suatu tindakan SPS yang diterapkan oleh negara anggota, maka beban pembuktian yang pertama kali tetap berada pada pihak yang melakukan perlawanan (*challenging party*), sebagaimana dinyatakan juga oleh *Appellate Body* dalam kasus *EC-Hormones*, yang pada intinya adalah *challenging party* dalam tuduhannya harus dapat melakukan pembuktian bahwa tindakan yang dilakukan oleh negara tertuduh (*defendant*) adalah tidak sesuai dengan Perjanjian SPS, misalnya karena tidak sesuai dengan ketentuan Pasal 3.1 yang seharusnya mengikuti standar internasional yang ada, atau tidak sesuai dengan ketentuan Pasal 3.3 karena standar yang diterapkan lebih tinggi dari standar internasional ataupun karena melanggar ketentuan Pasal 2.2 dan Pasal 2.3 Perjanjian SPS yang berisi kewajiban-kewajiban negara anggota dalam menerapkan suatu tindakan SPS. Setelah pembuktian ini berhasil dilakukan oleh *challenging party*, maka selanjutnya *defendant party*-lah yang memiliki kewajiban melakukan beban pembuktian bahwa apa yang dituduhkan kepadanya tidak benar dan tindakan yang dilakukannya telah sesuai dengan ketentuan-ketentuan dalam Perjanjian SPS dan juga GATT 1994.

Terkait dengan ketentuan Pasal 5 Perjanjian SPS, pada dasarnya berisi empat bagian yaitu *risk assessment* (yang identik dengan sifat *scientific*) pada Pasal 5.1 sampai Pasal 5.3, *risk management* (yang identik dengan sifat *non-scientific*) pada Pasal 5.4 sampai Pasal 5.6, *precautionary measures* pada Pasal 5.7, dan *pre-dispute condition* pada Pasal 5.8. Dalam hal suatu negara anggota akan menerapkan suatu tindakan SPS yang tidak berdasarkan pada standar internasional yang ada, maka syaratnya adalah harus memenuhi seluruh ketentuan Pasal 5 dan ketentuan lainnya dalam Perjanjian SPS. Namun demikian berdasarkan pembelajaran dari kasus *EC-Hormones*, maka yang menjadi fokus utama dari Panel dan *Appellate Body* adalah *scientific justification*, yang notabene adalah kegiatan *risk assessment*. *Risk assessment* tersebut menurut *Appellate Body* tidaklah murni *scientific*, dan oleh karena itu

dalam Perjanjian SPS tidak secara tegas membedakan antara *risk assessment* dan *risk management*, terlebih membedakan antara sifat murni *scientific* dan *non-scientific*. Kehadiran *precautionary measures* dalam Pasal 5.7 Perjanjian SPS tidak bisa mengalahkan *risk assessment* karena *precautionary measures* dalam suasana Perjanjian SPS dipandang sebagai bagian dari *risk assessment* dimana jika tidak terdapat cukup bukti ilmiah (*sufficient scientific information*), maka boleh dilakukan suatu tindakan *precautionary* yang sifatnya harus sementara. Dan selama tindakan *precautionary* tersebut diterapkan, negara yang bersangkutan diwajibkan tetap menggali bukti ilmiah (sehingga bukti tersebut cukup untuk dikategorikan sebagai sebuah *risk assessment*) dalam kurun waktu yang wajar.

Namun demikian, berdasarkan studi kasus *EC-Hormones*, ada beberapa hal yang perlu digarisbawahi mengenai penerapan Perjanjian SPS. *Pertama*, bahwa tidak terdapat suatu ketentuan atau petunjuk mengenai suatu kegiatan yang dapat dikategorikan sebagai *risk assessment*, sehingga pada akhirnya penilaian ini hanya merupakan penilaian subjektif semata dari Panel dan *Appellate Body*. Hal ini secara tidak langsung akan berakibat pada munculnya kemungkinan lebih besar bahwa kegiatan *risk assessment* yang dilakukan *defendant party* dinilai tidak cukup untuk dikategorikan sebagai *risk assessment* menurut Panel dan *Appellate Body*. *Kedua*, dengan asumsi *risk assessment* tersebut dianggap cukup untuk dikategorikan sebagai *risk assessment*, maka tindakan SPS yang dilakukan harus sesuai dengan *risk assessment* tersebut (dalam artian jika *risk assessment* menyatakan aman, maka negara tersebut tidak boleh melarang produk atau zat tersebut untuk digunakan). Terkait dengan hal ini, maka ketentuan *precautionary measures* dalam Pasal 5.7 tidak memiliki peran apa-apa, karena *precautionary measures* dalam Perjanjian SPS tidak dapat mengalahkan hasil dari *risk assessment*. Padahal suatu tindakan yang *precautious* berdasarkan *precautionary principle* justru menyatakan bahwa belum terbuktinya suatu zat adalah berbahaya bukan

berarti tidak berbahaya, dan tidak dapat menghalangi dilakukannya suatu tindakan untuk melindungi masyarakat dan lingkungan (dalam hal ini kesehatan manusia). Sehingga sifat *precautious* yang seharusnya ada dalam setiap tindakan *risk analysis* (*risk assessment*, *risk management*, dan *risk communication*), kedudukannya dalam Perjanjian SPS menjadi di bawah *risk assessment*. Sayangnya, pada *risk assessment* faktor objektivitas dan akurasinya juga tidak dapat dipastikan “*beyond doubt*” karena terdapat kemungkinan adanya data-data baru di kemudian hari yang bila ditemukan pada saat *risk assessment* tersebut dibuat akan berbeda hasilnya dari apa yang telah disimpulkan. (Lihat Lampiran 2)

3. Terkait dengan pokok permasalahan yang terakhir, yaitu cara bagi Indonesia untuk melakukan perlawanan dan perlindungan di forum WTO terkait dengan Perjanjian SPS, Penulis berkesimpulan seperti pada pokok permasalahan nomor dua diatas bahwa tindakan pertama yang harus dilakukan adalah mencari standar internasional terkait dengan substansi tindakan yang akan diambil. Dalam hal melakukan perlawanan (*challenge*), jika tindakan SPS yang di-*challenge* oleh Indonesia ternyata berdasarkan pada standar internasional maka akan kecil kemungkinan bagi Indonesia untuk memenangkan sengketa tersebut karena ada keuntungan yang didapat berdasarkan ketentuan Pasal 3.2 Perjanjian SPS. Namun jika tindakan SPS yang di-*challenge* ternyata tidak berdasarkan pada standar internasional yang ada, hal ini akan membawa keuntungan bagi Indonesia karena setelah membuktikan bahwa standar internasional itu ada maka menjadi kewajiban negara tertuduh untuk membuktikan tindakannya telah memenuhi ketentuan dalam Perjanjian SPS. Sedangkan dalam hal melakukan perlindungan (*protection*), akan sangat bijak dan menguntungkan bagi Indonesia apabila mendasarkan tindakannya pada standar internasional yang ada. Dan jika standar internasional tersebut tidak ada, maka dapat melakukan *risk assessment* (atau mengadopsi *risk assessment* yang telah dilakukan

sebelumnya oleh negara anggota lain atau badan internasional terkait) yang identik dengan sifat ilmiah (*science*) sebagai justifikasi tindakan SPS yang akan dilakukan dengan pertimbangan-pertimbangan lain untuk memenuhi ketentuan Pasal 5.4 sampai Pasal 5.6 Perjanjian SPS.

Dalam hal melakukan perlindungan (*protection*), maka akan sangat bijak apabila Indonesia mendasarkan tindakannya pada standar dan rekomendasi internasional yang telah ada. Sebagaimana telah dijelaskan, bahwa *compliance* dengan standar internasional akan memberikan keuntungan kepada Indonesia berdasarkan Pasal 3.2 Perjanjian SPS.

Sebagaimana telah dipaparkan di atas mengenai ketidakjelasan terkait dengan *risk assessment* dan *precautionary measures* dalam Perjanjian SPS, maka menjadi sulit bagi Indonesia untuk melakukan suatu tindakan SPS apabila berdasarkan *risk assessment* yang dilakukan sendiri atau yang telah dilakukan oleh pihak lain membuktikan bahwa tidak perlu untuk dilakukan suatu tindakan SPS, dan di sisi lain bahwa *precautionary measures* memiliki peran yang sangat limitatif dalam Perjanjian SPS. Meskipun dalam *risk assessment* tidak memiliki kejelasan mengenai apa yang dianggap sebagai suatu resiko, namun *precautionary measures* dalam Pasal 5.7 tidak dapat mengalahkan *risk assessment* tersebut. Cara yang dimungkinkan bagi Indonesia apabila tetap ingin menerapkan suatu tindakan SPS adalah dengan berdasarkan pada standar internasional yang ada.

II. SARAN

II.1 Saran Praktis

Saran dari Penulis atas penelitian ini adalah sebagai berikut:

1. Indonesia sebaiknya menggunakan standar internasional yang ada jika ingin menerapkan suatu tindakan SPS jika ingin melakukan suatu *protection*.

2. Dalam hal Indonesia ingin melakukan *challenge* terhadap tindakan SPS yang dilakukan oleh negara anggota lain, maka terlebih dahulu harus mencari standar internasional terkait dengan substansi permasalahan.
3. Jika tidak ada standar internasional terkait dengan substansi permasalahan yang ada, maka akan menimbulkan kesulitan bagi Indonesia karena harus terlebih dahulu melakukan *risk assessment* yang penilaian terhadap cukup ilmiah atau tidaknya menjadi subjektifitas dari Panel dan *Appellate Body*.

II.2 Saran Teoritis

Ada beberapa persoalan yang belum diteliti dalam penelitian ini. Persoalan ini terutama terkait dengan *risk assessment*, *risk management*, *precautionary principles*, dan standar internasional (Codex), yang bisa dipelajari dari kasus lainnya di WTO. Kasus tersebut antara lain kasus *Japan-Apples* (antara AS melawan Jepang terkait dengan kasus residu pestisida dalam apel), kasus *GMO* (antara EC melawan AS terkait moratorium pelepasan *GMO* dari AS di Eropa). Dengan demikian, penelitian ini dapat diperdalam dengan melakukan perbandingan dari kasus-kasus tersebut terkait dengan *risk assessment*, *risk management*, *precautionary principles*, dan standar internasional (Codex).

Penelitian ini juga bisa diperdalam dengan menganalisa tindakan SPS apa yang sudah dilakukan oleh Indonesia dan yang berpotensi untuk dilakukan *challenge* di forum WTO. Dan pada sisi lain menganalisa pula tindakan SPS yang pernah dilakukan terhadap produk Indonesia, sehingga Indonesia memiliki kemungkinan untuk melakukan *challenge* atas tindakan SPS tersebut di forum WTO.

DAFTAR REFERENSI

- A.K., Syahmin. *Hukum Dagang Internasional (dalam Kerangka Studi Analitis)*. Cet. 2. Jakarta: PT Raja Grafindo Persada, 2007.
- Bohanes, Jan. "Risk Regulation in WTO: A Procedure-Based Approach to the Precautionary Principle," *Columbia Journal of Transnational Law* (Vol 40, 2001-2002). Hal. 323-389.
- Cameron, James. "The Precautionary Principle: Core Meaning, Constitutional Framework and Procedures for Implementation" Dalam *Perspectives on the Precautionary Principle*,. Sydney: The Federation Press, 1999. Hal. 23-57.
- Center for Science in Public Interest. "International Harmonisation of Food Safety and Labeling Standards", <http://www.cspinet.org/reports/codex.htm>. Diakses 17 November 2010.
- Chapman, Peter M. "Risk Assessment and the Precautionary Principle: a Time and a Place," *Marine Pollution Bulletin* (Vol. 38, No. 10, 1999). Hal. 944-947.
- Consumers International. "Codex Alimentarius Commission Governance," <http://www.consumersinternational.org/media/310365/codex%20alimentarius%20commission%20governance%20in%20brief.pdf>. Diakses 25 Desember 2010.
- Cummins, Enda, *et. al.* "BSE: Risk, Uncertainty, and Policy Change," *Risk: Health, Safety and Environment* (Vol. 13, Spring 2002). Hal. 95-113.
- EC-Hormones, Panel Report, WT/DS26/R/USA.
- EC-Hormones, Appellate Body Report, WT/DS26/AB/R.
- FAO. "General Principles of the Codex Alimentarius," <http://www.fao.org/DOCREP/005/Y2200E/y2200e05.htm#TopOfPage>. Diakses 2 November 2010.
- FAO. "Understanding the Codex Alimentarius: The Codex Achievement," <http://www.fao.org/docrep/w9114e/W9114e02.htm#TopOfPage>. Diakses 2 Januari 2011.

- Saltelli, Andrea dan Silvio Funtowicz. "Implications of Precautionary Principle for Risk Management Strategies," *Eur: J. Oncol. Library* (Vol. 2). Hal. 67-80.
- Sandin, Per, *et. al.* "Five Charges Against Precautionary Principle," *Journal of Risk Research* 5 (Vol. 4, 2002). Hal. 287-299.
- Sands, Phillipe. *Principles of International Environmental Law I: Frameworks, Standards, and Implementation*. Manchester: Manchester University Press, 2000.
- Santillo, D. *et. al.* "The Precautionary Principle: Protecting Against Failures of Scientific Method and Risk Assessment," *Marine Pollution Bulletin* (Vol. 36, No. 12, 1998) Hal. 939-950.
- Soekanto, Soerjono. *Pengantar Penelitian Hukum*. Cet. 3. Jakarta: UI Press, 2008.
- Starr, Chauncey. "The Precautionary Principle Versus Risk Analysis," *Risk Analysis* (Vol. 23, No. 1, 2003). Hal. 1-3.
- The Interdepartmental Group on Health Risk from Chemicals. *Uncertainty Factors: Their Use in Human Health Risk Assessment by UK Government*. United Kingdom: Institute for Environment and Health, 2003.
- Tickner, Joel dan David Kriebel, "The Role of Science and Precaution in Environmental and Public Health Policy" Dalam *Implementing the Precautionary Principle: Approaches from the Nordic Countries, the EU and USA*. Great Britain: Edward Elgar Publishing Limited, 2006. Hal. 42-62.
- Trebilcock, Michael J. dan Robert House. *The Regulation of International Trade (Second Edition)*. London: Routledge, 2001.
- United States Department of Health and Human Services – Specialized Information Services. <http://sis.nlm.nih.gov/enviro/glossaryn.html>. Diakses 10 Desember 2010.
- Van den Bossche, Peter. *The Law and Policy of The World Trade Organization: Text, Cases, and Materials*. Cambridge: Cambridge University Press, 2005.

- Van den Bossche, Peter, Daniar Natakusumah dan Joseph Wira Koesnaldi, *Pengantar Hukum WTO (World Trade Organization)*. Jakarta: Yayasan Obor Indonesia, 2010.
- Vern R. Walker. "The Myth of Science as a "Neutral Arbiter" for Triggering Precautions," *Boston College International & Comparative Law Review* (Vol. 26, No. 197, 2003), hal. 197-228.
- Von Schomberg, René. "The Precautionary Principle and Its Normative Challenges" Dalam *Implementing the Precautionary Principle: Approaches from the Nordic Countries, the EU and USA*. Great Britain: Edward Elgar Publishing Limited, 2006. Hal. 19-41.
- World Trade Organization. "Sanitary and Phytosanitary Measures: Text of The Agreement" http://www.wto.org/english/tratop_e/sps_e/spsagr_e.htm. Diakses 20 September 2010.
- World Trade Organization. "Understanding the WTO: Standard and Safety," http://www.wto.org/english/thewto_e/whatis_e/tif_e/agrm4_e.htm. Diakses 1 Oktober 2010.
- World Trade Organization. "Understanding the WTO Agreement on Sanitary and Phytosanitary Measures" http://www.wto.org/english/tratop_e/sps_e/spsund_e.htm. Diakses 1 Oktober 2010.
- World Trade Organization. "The WTO and the FAO/WHO Codex Alimentarius", http://www.wto.org/english/thewto_e/coher_e/wto_codex_e.htm. Diakses 3 November 2010.
- World Trade Organization. "Glossary A," http://www.wto.org/english/thewto_e/glossary_e/ad_valorem_tariff_e.htm. Diakses 1 Januari 2011.