



Jakarta, 21 Desember 2006

Kepada Yth.

Rekan Media Massa
di Tempat

Perihal: Legal Memorandum ICT Watch atas MoU Indonesia – Microsoft

Dengan hormat,

Sehubungan dengan polemik perihal MoU (Memorandum of Understanding) antara Pemerintah Republik Indonesia yang diwakili Menteri Komunikasi dan Informasi dengan PT Microsoft Indonesia., kami dari Center for ICT Studies Foundation (ICT Watch Indonesia), dengan ini merilis Legal Memorandum yang merupakan sikap kami sebagai berikut :

Landasan dan Ruang Lingkup Legal Memorandum

1. Legal Memorandum ini didasarkan pada hasil kajian secara terbatas yang telah kami lakukan atas salinan (copy) MoU.
2. Legal Memorandum ini diberikan dalam kerangka hukum Negara Republik Indonesia, sehingga karenanya Legal Memorandum ini tidak dimaksudkan untuk berlaku atau dapat ditafsirkan menurut hukum atau yurisdiksi lain.
3. Legal Memorandum ini menyangkut pendapat dari aspek yuridis dan potensi adanya pelanggaran hukum, termasuk hukum hak cipta, dan tidak mencakup aspek lain seperti pemeriksaan kebenaran data finansial, masalah teknis atau kewajaran komersial atas isi MoU.
4. Aspek yuridis terbatas pada aspek yuridis material diasumsikan kebenarannya berdasarkan salinan MoU.
5. Legal Memorandum ini diberikan dengan asumsi bahwa salinan (copy) MoU sebagaimana terlampir adalah sesuai atau sama dengan yang aslinya.



Legal Memorandum

Setelah melakukan kajian dan penelitian hukum secara terbatas atas salinan (copy) MoU, kami menyampaikan Legal Memorandum ICT Watch Indonesia sebagai berikut:

1. Kewenangan Melakukan Tindakan Hukum

Bahwa PT. Microsoft Indonesia yang dinyatakan sebagai anak perusahaan yang sepenuhnya dimiliki oleh Microsoft Corporation sesungguhnya merupakan Badan Hukum yang terpisah. Sehingga kewenangan untuk melakukan tindakan hukum, PT. Microsoft Indonesia harus tunduk pada peraturan hukum di Indonesia.

Bila kita cermati MoU, pihak PT. Microsoft Indonesia diwakili oleh Chris Atkinson yang merupakan President dari Microsoft South East Asia. Sebagai sebuah badan hukum yang terpisah (meskipun dinyatakan sebagai anak perusahaan), **PT. Microsoft Indonesia harus tunduk pada UU No. 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas.**

Pasal 82 UU No. 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas menegaskan bahwa hanya Direksi dan atau kuasanya untuk mewakili suatu Perseroan Terbatas, baik di dalam dan di luar Pengadilan. Di dalam MoU tersebut tidak dijelaskan hubungan hukum antara Chris Atkinson President dari Microsoft South East Asia dengan PT. Microsoft Indonesia, apakah yang bersangkutan adalah anggota Direksi atau sebagai Kuasa Direksi.

Bilamana Chris Atkinson bukanlah anggota Direksi PT Microsoft Indonesia atau bukan kuasa Direksi PT Microsoft Indonesia, maka **Chris Atkinson tidak berwenang untuk menandatangani MoU.** PT Microsoft Indonesia adalah badan hukum yang terpisah dari induk perusahaannya (Microsoft Corporation) dimana yang berwenang dalam melakukan tindakan hukum untuk dan atas nama PT Microsoft Indonesia adalah Direksi dari Perseroan, bukanlah direksi dari perusahaan induk maupun pejabat regional dari perusahaan induk.

Merujuk pada Kitab Undang-undang Hukum Perdata Indonesia, maka kami berpendapat bahwa MoU ini telah melanggar syarat subyektif sebagaimana diatur dalam Pasal 1320 KUH Perdata, yang oleh karenanya MoU tersebut **dapat dimintakan pembatalan.**

2. MoU tidaklah melahirkan KEWAJIBAN maupun PELANGGARAN Keppres 80/2003

Berdasarkan ketentuan Pasal 4 MoU, Para Pihak sepakat dan setuju bahwa MoU tersebut tidaklah melahirkan suatu kewajiban dalam bentuk apapun dari kedua belah pihak maupun pihak ketiga lainnya. Artinya, **BELUM ADA kewajiban Pemerintah untuk membeli lisensi.**

Kewajiban Pemerintah dapat mengadakan/mengikatkan diri dalam Perjanjian Lisensi bilamana terpenuhi syarat sebagaimana tertuang di dalam Pasal 2 MoU sebagaimana berikut :

- a. Pemerintah telah memiliki dana yang cukup untuk memenuhi kewajibannya jika terjadi perjanjian lisensi; dan
- b. Pemenuhan/pentaatan oleh Pemerintah atas ketentuan Keputusan Presiden No. 80 (Tahun 2003) tentang Pedoman Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah.

Dikarenakan belum adanya kewajiban yang definitif bagi Pemerintah untuk membeli lisensi perangkat lunak Microsoft, kami berpendapat bahwa **Pemerintah tidaklah melanggar Keppres 80/2003** tersebut sebagaimana diungkapkan sejumlah pihak belakangan ini.

Kami berpendapat bahwa pelanggaran secara hukum baru timbul jika telah ada tindakan secara formil untuk membeli lisensi perangkat lunak Microsoft tanpa melalui proses-proses pengadaan sebagaimana diatur dalam Keppres 80/2003.

Bahwa potensi pelanggaran akan tetap ada, namun kami tetap memegang teguh prinsip hukum yang berlaku yakni adanya asas praduga tak bersalah (*presumption of innocent*). Secara legal formal, Pemerintah dapat dinyatakan telah melanggar Keppres 80/2003 jika telah ada putusan hukum yang final yang menyatakan hal tersebut.

3. Format MoU

Berkaitan dengan format MoU yang menggunakan *Appendix A* dan *B*, kami dengan ini mencatat bahwa *Appendix A* adalah tidaklah lazim dalam suatu MoU yang tidak menimbulkan suatu kewajiban.

Appendix A menggariskan beberapa hal sebagai berikut:

- Jumlah lisensi yang dibeli Pemerintah dan diberikan (*grant*) oleh Microsoft;
- Harga akhir yang akan ditentukan oleh reseller;
- Ketentuan pembayaran;
- Ketentuan syarat mengenai lisensi.

Jika memang MoU tersebut ditujukan untuk suatu kesepakatan semata tanpa adanya kewajiban dari salah satu pihak, maka bagi kami, ***Appendix A* ini telah terlalu jauh mengatur hubungan Pemerintah dengan Microsoft**. *Appendix* yang berisi beberapa ketentuan semacam hal diatas tidaklah lazim bagi suatu MoU *non binding*, mengingat bahwa salah satu pokok dari kewajiban Pemerintah nantinya telah dinyatakan, yakni masalah jumlah unit lisensi.

4. MoU bersifat Non-Eksklusif.

Berdasarkan Pasal 6 MoU, **Pemerintah bebas untuk melakukan MoU yang sejenis** dengan pihak lain. Hal ini tentunya merupakan kesempatan yang cukup luas bagi masuknya vendor atau masyarakat luas, termasuk pihak-pihak yang mengembangkan perangkat lunak non-proprietary seperti berbagai distro *linux* maupun perangkat lunak (operating sistem/OS dan aplikasi lainnya) *open source* yang dapat dipergunakan oleh Pemerintah secara lebih bebas.

Kesimpulan

1. Bahwa materi MoU antara Pemerintah dengan PT Microsoft Indonesia tentang lisensi penggunaan piranti lunak dari Microsoft Windows pada pokoknya merupakan suatu kebijakan bisnis (*business adjustment*) yang diproteksi oleh hukum (berdasarkan peraturan hukum yang berlaku).
2. Bahwa MoU antara Pemerintah dengan PT. Microsoft Indonesia dapat dimintakan pembatalan, mengingat tidak terpenuhinya syarat subjektif dalam suatu persetujuan.
3. Bahwa MoU antara Pemerintah dengan PT. Microsoft Indonesia tidak memiliki daya ikat (*non binding*), hal mana ditegaskan di dalam Pasal 4 dimana MoU tersebut tidaklah melahirkan suatu kewajiban dalam bentuk apapun dari kedua belah pihak maupun pihak ketiga lainnya. Singkatnya dapat dikatakan bahwa MoU antara Pemerintah dengan PT. Microsoft Indonesia dapat dikategorikan sebagai *gentleman agreement*.
4. Bahwa MoU antara Pemerintah dengan PT. Microsoft Indonesia tidak lazim mengingat materi MoU yang sesungguhnya hanyalah sebuah *gentleman agreement* kemudian dilampirkan kewajiban sebagaimana tertuang di dalam *appendix A dan appendix B*. Sebagai satu kesatuan yang tidak terpisahkan, telah terjadi perbedaan makna. Pada batang tubuh (materi MoU), tidak berisikan tentang kewajiban namun pada bagian lampiran berisikan kewajiban yang harus dipenuhi oleh Pemerintah.

Sikap ICT Watch Indonesia

Sehubungan dengan MoU antara Pemerintah Indonesia dengan PT Microsoft Indonesia, ICT Watch dengan ini menyatakan ketidaksetujuan dan penyesalannya dengan telah ditandatangani MoU tersebut.



information & communication technology

Berdasarkan konsideran MoU maka tergambar bahwa Pemerintah ingin menjadi pionir (pendahulu) dan pemberi contoh bagi kalangan industri di Indonesia mengenai pentingnya penggunaan software lisensi asli. Selanjutnya secara logis dapat disimpulkan jika kemudian Pemerintah benar-benar membeli lisensi perangkat lunak Microsoft, Pemerintah artinya berkeinginan kalangan industri mengikuti langkahnya tersebut atau setidaknya tidaknya mendorong pembelian lisensi perangkat lunak Microsoft.

Kebijakan Pemerintah yang demikian menurut kami justru bertentangan dengan apa yang selama ini diserukan oleh Pemerintah sendiri seperti berbagai kampanye dan Deklarasi IGOS oleh 5 (lima) menteri, maupun usaha Kominfo untuk menjadi contoh bagi instansi lainnya sebagaimana dimaksud dalam Surat Edaran Menteri Komunikasi dan Informatika No. 05/SE/M.KOMINFO/10/2005 tentang Pemakaian dan Pemanfaatan Penggunaan Piranti Lunak Legal di Lingkungan Instansi Pemerintah.

Surat Edaran Kominfo tersebut menggambarkan pendapat Kominfo bahwa penggunaan perangkat lunak open source khususnya yang merupakan perangkat lunak open source lokal **adalah suatu pilihan yang cerdas oleh instansi pemerintah**. Lalu jika demikian, secara *a contrario* (*ditafsirkan secara terbalik*) apa sebutannya bagi pilihan Pemerintah yang mengarahkan pada pembelian lisensi perangkat lunak *proprietary* yang notabene buatan luar negeri? Sudah pasti minimal jawabannya **bukanlah pilihan yang cerdas**, entah apa jawaban maksimalnya?!?.

Kami juga berpendapat bahwa usaha Pemerintah untuk melakukan audit ataupun semacam sensus untuk mengetahui jumlah komputer di kalangan instansi pemerintah yang perlu dilegalkan (artinya sekarang dalam kondisi *illegal*) adalah suatu tindakan yang membahayakan Pemerintah sendiri dan tentunya rakyat Indonesia juga.

Jika nantinya pembelian lisensi tidaklah terjadi karena keterbatasan dana Pemerintah atau alasan lainnya, maka berdasarkan data sensus/audit tersebut, pihak Microsoft tentunya memiliki bukti yang kuat, bukti mana disediakan oleh sensus pemerintah sendiri, untuk menuntut Pemerintah di muka pengadilan Indonesia atas tindakan pelanggaran hak cipta vide Pasal 72 UU No. 19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta. Jangan sampai nantinya Pemerintah Indonesia justru tersandera oleh kebijakan dan hukumnya sendiri.

Kami berharap Pemerintah untuk membatalkan dan tidak memenuhi MoU itu sendiri atau setidaknya tidak memfinalisasi niatan untuk membeli lisensi perangkat lunak Microsoft tanpa adanya kajian yang mendalam.

Untuk itu, dalam tenggang waktu hingga 31 Maret 2007, Pemerintah dengan dukungan seluruh pemangku kepentingan di negara ini punya kesempatan untuk memperbaiki arah kebijakan kepada pemilihan perangkat lunak yang relatif netral dan tidak membebani keuangan negara.



information & communication technology

Demikianlah Legal Memorandum dan Sikap ini kami berikan dengan obyektif dan bertanggung jawab.

Diberikan di Jakarta pada tanggal sebagaimana telah disebutkan pada bagian awal Legal Memorandum dan Sikap ini.

Hormat kami,
Koordinator ICT Watch Indonesia

Ttd.

Rapin Mudiardjo, SH. ACCS.

e-mail : rapin@ictwatch.com

ponsel : 0815-1812848