

Edisi Kedua

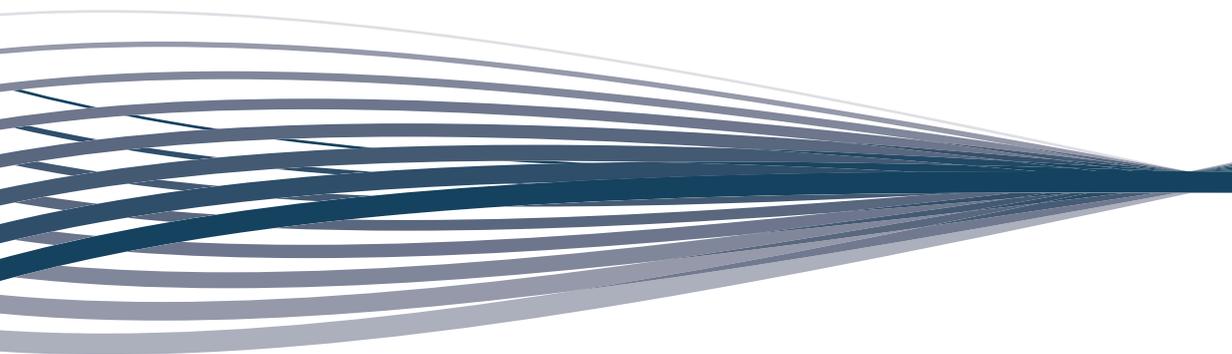
HUKUM PERSAINGAN USAHA

BUKU TEKS



KPPU

KOMISI
PENGAWAS
PERSAINGAN
USAHA



Edisi Kedua

HUKUM PERSAINGAN USAHA

BUKU TEKS

Oleh:

Dr. Andi Fahmi Lubis, SE, ME
Dr. Anna Maria Tri Anggraini, SH, MH
Kurnia Toha, Ph.D
Prof. Dr. L. Budi Kagramanto, SH, MH, MM
Prof. M. Hawin, SH, LL.M, Ph.D
Prof. Dr. Ningrum Natasya Sirait, SH, MLI
Dr. Paramita Prananingtyas, SH, LLM
Dr. Sukarmi, SH, MH
Syamsul Maarif, Ph.D
Dr. jur. Udin Silalahi, SH, LLM

Diterbitkan oleh:

Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU)

Jl. Ir. H. Juanda No. 36,
Jakarta Pusat, DKI Jakarta 10120
Indonesia

T: +62 21 3507015

F: +62 21 3507008

W: www.kppu.go.id

Dengan dukungan oleh:

Buku ini diproduksi dengan dukungan oleh proyek ASEAN-German "Competition Policy and Law in ASEAN", yang didanai oleh Kementerian Federal Kerjasama Ekonomi dan Pembangunan (BMZ), Republik Federal Jerman, dan diimplementasikan oleh Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH.

Informasi lanjut:

www.giz.de/en/worldwide/14574.html

www.asean-competition.org/development-partners

Penulis:

Dr. Andi Fahmi Lubis, SE, ME

Dr. Anna Maria Tri Anggraini, SH, MH

Kurnia Toha, Ph.D

Prof. Dr. L. Budi Kagramanto, SH, MH, MM

Prof. M. Hawin, SH, LL.M, Ph.D

Prof. Dr. Ningrum Natasya Sirait, SH, MLI

Dr. Paramita Prananingtyas, SH, LLM

Dr. Sukarmi, SH, MH

Syamsul Maarif, Ph.D

Dr. jur. Udin Silalahi, SH, LLM

Editor:

Prof. Dr. Ningrum Natasya Sirait, SH, MLI

Dr. Andi Fahmi Lubis, SE, ME

Helena Wirastri Wulandari, SH, LL.M

Desain/Layout:

Teguh Pandirian

Copyright:

© Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU)

Jakarta, Agustus 2017

ISBN: 978-602-97269-0-9



Implemented by

giz Deutsche Gesellschaft
für Internationale
Zusammenarbeit (GIZ) GmbH



DAFTAR ISI



| | |
|---|----|
| Kata Pengantar | 17 |
| Bab I Pendahuluan | 23 |
| I.1 Sejarah Pentingnya Persaingan Usaha | 25 |
| I.1.1 Amerika Serikat | 27 |
| I.1.2 Jepang | 28 |
| I.1.3 Korea Selatan | 28 |
| I.1.4 Jerman | 28 |
| I.1.5 Australia | 29 |
| I.1.6 Uni Eropa | 32 |
| I.1.7 Indonesia | 33 |
| I.2 Asas dan Tujuan | 34 |
| I.3 Dasar-Dasar Perlindungan Persaingan Usaha | 36 |
| I.4 Tujuan Perlindungan Persaingan Usaha | 36 |
| I.5 Efisiensi Sebagai Tujuan Kebijakan Persaingan | 37 |
| I.6 Kesejahteraan Masyarakat dan Konsumen Sebagai Tujuan Utama Kebijakan Persaingan | 37 |
| Bab II Aspek Ekonomi Dalam Hukum Persaingan Usaha | 39 |
| II.1 Konsep Dasar Ilmu Ekonomi | 40 |
| II.1.1 Scarcity, Choices, dan Opportunity Cost | 40 |
| a. Kelangkaan (Scarcity) | 40 |
| b. Pilihan-Pilihan (Choices) | 40 |
| c. Opportunity Cost | 41 |
| II.1.2 Penawaran (Demand) dan Penerimaan (Supply) | 41 |
| a. Permintaan (Demand) | 42 |
| a.i Quantity Demanded (Qd) dan Demand (D) | 42 |
| a.ii Faktor-Faktor Penentu Permintaan | 42 |
| b. Penawaran (Supply) | 42 |
| b.i Quantity Supplied (Qs) dan Supply (S) | 43 |
| b.ii Faktor-Faktor Penentu Penawaran | 43 |
| b.iii Penentuan Harga Keseimbangan | 43 |
| II.1.3 Konsep Biaya | 44 |
| a. Biaya Tenaga Kerja | 44 |
| b. Biaya Barang Modal | 44 |
| c. Biaya Kewirausahawanan | 44 |
| c.i Fixed Cost dan Variable Cost | 44 |
| c.ii Average Cost (AC) | 45 |
| c.iii Marginal Cost (MC) /Biaya Marjinal | 45 |
| II.2 Konsep Dasar Persaingan Dalam Ilmu Ekonomi | 45 |
| II.2.1 Struktur Pasar | 45 |
| a. Pasar Persaingan Sempurna | 46 |
| b. Pasar Monopoli | 47 |
| b.i Hambatan Teknis (Technical Barriers to Entry) | 47 |
| b.ii Hambatan Legalitas (Legal Barriers to Entry) | 48 |
| b.iii Karakteristik Pasar Monopoli | 48 |
| c. Pasar Persaingan Monopolistik | 49 |

| | |
|---|-----|
| d. Pasar Oligopoli | 50 |
| II.2.2 Kebijakan Persaingan | 50 |
| a. Efisiensi Ekonomi | 50 |
| b. Kebijakan Persaingan dan Intervensi Pemerintah | 51 |
| c. Persaingan Usaha dalam RPJMN | 53 |
| II.3 Paradigma dalam Organisasi Industri | 54 |
| II.3.1 Paradigma Harvard | 55 |
| II.3.2 Paradigma Chicago | 56 |
| II.4 Perilaku Strategis Penentuan Harga | 58 |
| II.4.1 Predatory Pricing (Jual Rugi) | 58 |
| II.4.2 Price Discrimination (Diskriminasi Harga) | 60 |
| a. Diskriminasi Harga Tingkat Pertama (1st degree) | 60 |
| b. Diskriminasi Harga Tingkat Kedua (2nd degree) | 60 |
| c. Diskriminasi Harga Tingkat Ketiga (3rd degree) | 60 |
| II.5 Pasar Bersangkutan (Relevant Market) | 61 |
| II.5.1 Pasar Menurut Produk | 61 |
| a. SSNIP Test | 62 |
| b. Substitusi dari Sisi Permintaan (Demand-Side Substitution) | 62 |
| c. Substitusi dari Sisi Penawaran (Supply-Side Substitution) | 63 |
| II.5.2 Pasar Menurut Geografis | 64 |
| Bab III Penerapan Pendekatan “Per Se Illegal” dan “Rule Of Reason” dalam Hukum Persaingan | 65 |
| III.1 Pendekatan Per Se Illegal dan Penerapannya | 67 |
| III.2 Pendekatan Rule of Reason dan Penerapannya | 75 |
| III.3 Penerapan Per Se Illegal atau Rule of Reason Secara Alternatif | 88 |
| Bab IV Perjanjian yang Dilarang Dalam Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 | 90 |
| IV.1 Perjanjian yang Dilarang | 91 |
| IV.2 Perjanjian yang Dilarang Dalam UU No. 5 Tahun 1999 | 92 |
| IV.2.1 Oligopoli | 92 |
| IV.2.2 Penetapan Harga | 95 |
| a. Perjanjian Penetapan Harga (Price Fixing Agreement) | 95 |
| b. Perjanjian Diskriminasi Harga (Price Discrimination Agreement) | 98 |
| c. Harga Pemangsa atau Jual Rugi (Predatory Pricing) | 99 |
| d. Resale Price Maintenance (Penetapan Harga Jual Kembali - Vertical Price Fixing) | 102 |
| IV.2.3 Pembagian Wilayah (Market Division) | 104 |
| IV.2.4 Pemboikotan (Group Boycott atau Horizontal Refusal to Deal) | 107 |
| IV.2.5 Kartel | 109 |
| a. Program Leniency | 113 |
| b. Kartel dan Asosiasi | 115 |
| IV.2.6 Trust | 117 |
| IV.2.7 Oligopsoni | 118 |
| IV.2.8 Integrasi Vertikal | 120 |
| IV.2.9 Perjanjian Tertutup | 125 |
| a. Exclusive Distribution Agreement | 125 |

| | |
|--|-----|
| b. Tying Agreement | 127 |
| c. Vertical Agreement on Discount | 129 |
| IV.2.10 Perjanjian dengan Pihak Luar Negeri | 131 |
| Bab V Kegiatan yang Dilarang dalam Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 | 134 |
| V.1 Monopoli | 135 |
| V.1.1 Praktik Monopoli | 139 |
| V.1.2 Posisi Monopoli | 142 |
| V.1.3 Bentuk-Bentuk Praktik Monopoli | 142 |
| V.1.4 Pembuktian Posisi dan Praktik Monopoli | 144 |
| V.2 Monopsoni | 159 |
| V.2.1 Pengertian dan Ruang Lingkup Monopsoni | 159 |
| V.2.2 Penjabaran Unsur-Unsur Pasal 18 | 162 |
| V.3 Penguasaan Pasar | 165 |
| V.3.1 Uraian Unsur dalam Pasal 19 UU No. 5 Tahun 1999 | 166 |
| V.3.2 Jenis-Jenis Kegiatan yang Dilarang | 168 |
| a. Menolak dan atau Menghalangi Pelaku Usaha Tertentu untuk Melakukan Kegiatan Usaha yang sama pada Pasar Bersangkutan | 168 |
| b. Menghalangi Konsumen atau Pelanggan Pelaku Usaha Pesaingnya untuk Tidak Melakukan Hubungan Usaha dengan Pelaku Usaha Pesaingnya Itu | 174 |
| c. Membatasi Peredaran dan/atau Penjualan Barang dan/atau Jasa pada Pasar Bersangkutan | 180 |
| d. Melakukan Praktik Diskriminasi Terhadap Pelaku Usaha Tertentu | 182 |
| V.4 Jual Rugi (Predatory Pricing) | 188 |
| V.4.1 Penjabaran Unsur | 191 |
| V.4.2 Definisi dan Indikasi Jual Rugi | 192 |
| V.4.3 Maksud Jual Rugi | 192 |
| V.4.4 Definisi Biaya | 193 |
| V.4.5 Biaya Jangka Pendek | 193 |
| V.4.6 Biaya Jangka Pendek Per Satuan | 194 |
| V.4.7 Definisi dan Indikasi Penetapan Jual Rugi | 194 |
| V.4.8 Pangsa Pasar | 194 |
| V.4.9 Struktur Biaya | 195 |
| V.4.10 Sunk Cost | 195 |
| V.4.11 Unreasonable Price | 195 |
| V.4.12 Penetapan Jual Rugi | 196 |
| V.4.13 Konsekuensi Melakukan Jual Rugi | 196 |
| V.4.14 Pelaku Usaha Dominan | 197 |
| V.4.15 Posisi Dominan | 198 |
| V.4.16 Indikasi Penetapan Jual Rugi | 198 |
| V.4.17 Tes Untuk Mendeteksi Jual Rugi | 198 |
| a. Price-Cost Test | 198 |
| b. Areeda-Turner Test | 199 |

| | |
|--|-----|
| c. Average Total Cost Test (ATC Test) | 200 |
| d. Average Avoidable Cost Test (AAC Test) | 200 |
| e. Recoupment Test | 201 |
| e.i Dominansi atau Kekuatan Pasar (Market Power) | 201 |
| e.ii Hambatan Masuk dan Hambatan Masuk Kembali | 203 |
| e.iii Kekuatan Keuangan Relatif Pelaku Usaha | 203 |
| e.iv Elastisitas Harga Terhadap Permintaan | 203 |
| e.v Kapasitas Berlebih | 203 |
| e.vi Efisiensi Relatif | 204 |
| e.vii Diskriminasi Harga | 204 |
| e.viii Subsidi Silang | 204 |
| V.5 Kecurangan dalam Menetapkan Biaya Produksi | 206 |
| V.6 Persekongkolan | 209 |
| V.6.1 Persekongkolan Tender | 209 |
| a. Karakteristik Industri, Produk dan Jasa yang Mendukung Kolusi | 210 |
| a.i Jumlah Perusahaan yang Sedikit | 211 |
| a.ii Sedikit atau Tiada Hambatan Masuk | 211 |
| a.iii Kondisi Pasar | 211 |
| a.iv Asosiasi Perusahaan | 211 |
| a.v Pengadaan yang Berulang | 211 |
| a.vi Produk atau Jasa yang Mirip atau Sederhana | 212 |
| a.vii Substitusi yang Sedikit | 212 |
| a.viii Sedikit atau Ketiadaan Perubahan Teknologi | 212 |
| b. Persekongkolan Tender Menurut Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 | 212 |
| b.i Unsur-Unsur Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 | 212 |
| b.ii Jenis-Jenis Persekongkolan Tender | 214 |
| b.iii Indikasi Persekongkolan Tender | 215 |
| b.iv Mengukur Dampak Persekongkolan Tender | 216 |
| V.6.2 Persekongkolan Membocorkan Rahasia Dagang/ Perusahaan | 225 |
| V.6.3 Persekongkolan Menghambat Perdagangan | 229 |
| Bab VI Posisi Dominan dan Penyalahgunaannya | 232 |
| VI.1 Posisi Dominan | 233 |
| VI.1.1 Pangsa Pasar | 236 |
| VI.1.2 Kemampuan Keuangan | 238 |
| VI.1.3 Kemampuan Pada Pasokan atau Penjualan | 239 |
| VI.1.4 Kemampuan Menyesuaikan Pasokan atau Permintaan | 239 |
| VI.2 Penetapan Posisi Dominan | 240 |
| VI.2.1 Pembatasan Pasar Bersangkutan Berdasarkan Pasar Produk atau Secara Obyektif (Product Market) | 241 |
| a. Bentuk dan Sifat/Karakteristik Barang | 243 |
| b. Fungsi Barang | 243 |
| c. Harga | 243 |
| d. Fleksibilitas Barang Bagi Konsumen (Interchangeable) | 243 |
| VI.2.2 Pembatasan Pasar Bersangkutan Secara Geografis (Relevant Geographic Market) | 245 |

| | |
|---|-----|
| VI.3 Penyalahgunaan Posisi Dominan | 246 |
| VI.3.1 Mencegah atau Menghalangi Konsumen | 247 |
| VI.3.2 Membatasi Pasar dan Pengembangan Teknologi | 248 |
| VI.3.3 Menghambat Pesaing Potensial | 249 |
| VI.3.4 Praktik Diskriminasi | 250 |
| VI.3.5 Diskriminasi Harga | 251 |
| VI.3.6 Predatory Pricing (Jual Rugi) | 251 |
| VI.4 Hubungan Afiliasi dengan Pelaku Usaha yang Lain | 236 |
| VI.4.1 Jabatan Rangkap | 236 |
| a. Jabatan Rangkap Horizontal | 252 |
| b. Jabatan Rangkap Vertikal | 255 |
| VI.4.2 Kepemilikan Saham Silang | 257 |
| a. Kepemilikan Saham Mayoritas di Beberapa Perusahaan | 258 |
| b. Pendirian Beberapa Perusahaan | 261 |
| Bab VII Merger (Penggabungan, Peleburan, dan Pengambilalihan) | 265 |
| VII.1 Pengertian Merger | 267 |
| VII.2 Bentuk Umum Merger | 268 |
| VII.3 Motivasi Merger | 268 |
| VII.4 Perlunya Pengaturan Merger | 269 |
| VII.4.1 Substansi yang Perlu Diakomodir dalam Sistem | 272 |
| a. Masalah Divestasi Saham | 272 |
| b. Ketentuan mengenai Holding Company | 272 |
| c. Ketentuan mengenai Spin-off dan Corporate Split | 272 |
| d. Masalah Merger Lintas Negara (Cross Border Merger) | 272 |
| e. Sinkronisasi Merger Perseroan Terbatas, Merger Bank dan Merger Perusahaan Terbuka | 273 |
| f. Strategi Merger (Merger Game) | 273 |
| g. Akuisisi Aset | 273 |
| h. Aspek Pajak | 273 |
| i. Leverage Buy Out (LBO) dan Management Buy Out (MBO) | 273 |
| VII.4.2 Tes Substansi (Substantive Test) | 273 |
| a. Dominance Position Test (DP Test) dan Significant Impede Effective Competititon Test (SIEC Test) | 274 |
| b. Substantial Lessening of Competition Test (SLC Test) | 274 |
| c. Public Interest Test (PI Test) | 275 |
| d. Test Substansi dalam UU No. 5 Tahun 1999 | 275 |
| VII.4.3 Metode Penghitungan Konsentrasi | 276 |
| a. Pasar Bersangkutan | 276 |
| b. Pangsa Pasar | 277 |
| b. i Konsentrasi Rasio (CRn) | 277 |
| b. ii Herfindahl-Hirschman Index (HHI) | 277 |
| VII.5 Pengaturan Merger dalam Peraturan Perundang-undangan Indonesia | 278 |
| VII.6 Dampak Merger Terhadap Persaingan | 283 |

| | |
|---|-----|
| Bab VIII Pengecualian dalam UU No.5 Tahun 1999 | 286 |
| VIII.1 Pengecualian | 290 |
| VIII.2 Pengecualian dan Pertimbangannya | 292 |
| VIII.3 Pengecualian dalam UU No. 5 Tahun 1999 | 294 |
| VIII.3.1 Perbuatan dan atau Perjanjian yang Bertujuan | |
| Melaksanakan Peraturan Perundang-Undangan yang Berlaku | 296 |
| a. Hukum dan Kebijakan Persaingan Usaha | 296 |
| b. Kebijakan Persaingan Usaha Dikaitkan dengan | |
| Kebijakan Lainnya di Bidang Ekonomi | 296 |
| c. Tujuan Ketentuan Pengecualian dalam Pasal 50 Huruf a | 297 |
| d. Pengertian Peraturan Perundang-Undangan | 297 |
| e. Unsur-Unsur Pasal 50 Huruf a | 299 |
| f. Contoh Ketentuan Undang-Undang yang Dikecualikan | |
| dari Penerapan Ketentuan Larangan dalam UU No. 5 | |
| Tahun 1999, karena Substansi yang Diatur sebagaimana | |
| Dimaksud dalam Pasal 50 Huruf a | 304 |
| VIII.3.2 Perjanjian yang Berkaitan dengan Hak atas Kekayaan | |
| Intelektual Seperti Lisensi, Paten, Merek Dagang, Hak Cipta, | |
| Desain Produk Industri, Rangkaian Eletronik Terpadu, dan | |
| Rahasia Dagang, Serta Perjanjian yang Berkaitan dengan Waralaba | 307 |
| a. Hak Cipta | 309 |
| a.i Subyek Hak Cipta | 309 |
| a.ii Obyek Hak Cipta | 309 |
| a.iii Masa Berlaku Hak Cipta | 310 |
| b. Hak Paten | 310 |
| b.i Subyek Hak Paten | 310 |
| b.ii Obyek Hak Paten | 310 |
| b.iii Masa Berlaku Hak Paten | 310 |
| c. Hak Merek | 311 |
| c.i Subjek Hak Merek | 311 |
| c.ii Jenis Merek | 311 |
| c.iii Jangka Waktu Perlindungan | 311 |
| d. Perjanjian Lisensi | 314 |
| e. Batasan Pemberlakuan Pengecualian | 315 |
| f. Perjanjian Waralaba | 321 |
| f.i Latar Belakang | 321 |
| f.ii Pengertian Perjanjian | 322 |
| f.iii Pengertian Waralaba | 322 |
| f.iv Syarat-Syarat Perjanjian Waralaba | 324 |
| f.v Unsur-Unsur Pasal 50 huruf b, Khususnya Mengenai | |
| Perjanjian yang Berkaitan dengan Waralaba | 326 |
| f.vi Penerapan Pasal 50 huruf b, Khususnya Mengenai | |
| Perjanjian yang Berkaitan dengan Waralaba | 327 |
| VIII.3.3 Perjanjian Penetapan Standar Teknis Produk Barang dan | |
| atau Jasa yang Tidak Mengekang dan atau Menghalangi Persaingan | 334 |

| | |
|---|-----|
| VIII.3.4 Perjanjian dalam Rangka Keagenan yang Isinya Tidak Memuat Ketentuan untuk Memasok Kembali Barang dan atau Jasa dengan Harga Lebih Rendah daripada Harga yang Telah Diperjanjikan | 338 |
| VIII.3.5 Perjanjian Kerja Sama Penelitian untuk Peningkatan atau Perbaikan Standar Hidup Masyarakat Luas | 341 |
| VIII.3.6 Perjanjian Internasional yang Telah Diratifikasi oleh Pemerintah Republik Indonesia | 342 |
| VIII.3.7 Perjanjian dan atau Kebutuhan yang Bertujuan untuk Ekspor yang Tidak Mengganggu Kebutuhan dan atau Pasokan Pasar Dalam Negeri | 339 |
| VIII.3.8 Pelaku Usaha yang Tergolong dalam Usaha Kecil | 341 |
| VIII.3.9 Kegiatan Usaha Koperasi yang Secara Khusus Bertujuan untuk Melayani Anggotanya | 355 |
| VIII.3.10 Penyelenggaraan Monopoli oleh BUMN | 368 |
| Bab IX Komisi Pengawas Persaingan Usaha dan Penegakan Hukum Persaingan di Indonesia | 377 |
| IX.1 Peranan KPPU dalam Penegakan Hukum Persaingan di Indonesia | 378 |
| IX.1.1 Kedudukan KPPU dalam Sistem Ketatanegaraan | 379 |
| IX.1.2 Tugas dan Wewenang KPPU | 380 |
| IX.1.3 Komisi Persaingan di Beberapa Negara | 381 |
| a. Australia | 381 |
| b. Amerika Serikat | 383 |
| c. Jepang | 384 |
| d. Singapura | 385 |
| IX.2 Hukum Acara Persaingan Usaha | 388 |
| IX.2.1 Pengalaman Jerman | 388 |
| IX.2.2 Hukum Acara di KPPU | 394 |
| IX.3 Pemeriksaan oleh KPPU | 395 |
| IX.3.1 Pemeriksaan atas Dasar Laporan | 395 |
| IX.3.2 PemeriksaanaAtas Dasar Inisiatif KPPU | 395 |
| IX.3.3 Jenis Pemeriksaan oleh KPPU | 395 |
| a. Pemeriksaan Pendahuluan | 395 |
| b. Pemeriksaan Lanjutan | 395 |
| IX.3.4 Tahap Pemeriksaan Oleh KPPU | 396 |
| a. Panggilan | 396 |
| b. Pemeriksaan | 396 |
| b. i Administratif | 396 |
| b. ii Pokok permasalahan | 396 |
| b. iii Pembuktian | 397 |
| c. Pembacaan Putusan | 397 |
| IX.4 Pelaksanaan Putusan KPPU | 398 |
| IX.4.1 Beberapa Macam Tanggapan Pelaku Usaha terhadap Putusan KPPU | 398 |
| IX.4.2 Upaya Hukum oleh Pelaku Usaha | 399 |
| a. Upaya Hukum Keberatan | 399 |
| a. i Pengertian Upaya Hukum Keberatan terhadap Putusan KPPU | 399 |
| a. ii Prosedur Keberatan | 400 |

| | |
|--|-----|
| a. iii Kedudukan Pengadilan Negeri dalam Memeriksa Perkara Keberatan | 403 |
| a. iv Pemeriksaan Tambahan | 404 |
| a. v Putusan Pengadilan terhadap Upaya Keberatan | 405 |
| b. Pelaku Usaha Tidak Melaksanakan Putusan KPPU dan Tidak Mengajukan Upaya Keberatan | 406 |
| c. Upaya Hukum Kasasi dan Peninjauan Kembali | 406 |
| IX.4.3 Pelaksanaan Putusan (Eksekusi) | 406 |
| IX.4.4 Sanksi | 407 |
| a. Sanksi Administratif | 407 |
| b. Sanksi Pidana Pokok | 408 |
| c. Pidana Tambahan | 409 |
| IX. 5 Gugatan Perwakilan atau Kelompok (Class Action) | 409 |
| Bab X Pengawasan dan Penegakan Kemitraan UMKM dan Pelaku Usaha Besar | 412 |
| X.1 Cakupan dan Pelaksanaan Pengawasan Kemitraan | 414 |
| X.2 Tata Cara Pengawasan Kemitraan | 416 |
| X.3 Tata Cara Penanganan Perkara Pelaksanaan Kemitraan | 417 |
| Bab XI Rezim Persaingan Usaha di ASEAN | 421 |
| XI.1 Sejarah Berdirinya ASEAN | 422 |
| XI.2 Masyarakat Ekonomi ASEAN (MEA) | 422 |
| XI.3 Hukum Persaingan Usaha di ASEAN | 423 |
| XI.3.1 Indonesia | 424 |
| XI.3.2 Malaysia | 426 |
| XI.3.3 Brunei Darussalam | 426 |
| XI.3.4 Vietnam | 427 |
| XI.3.5 Thailand | 428 |
| XI.3.6 Singapore | 428 |
| XI.3.7 Philippines | 428 |
| XI.3.8 Myanmar | 429 |
| XI.3.9 Laos | 429 |
| XI.3.10 Cambodia | 429 |
| Daftar Pustaka | 430 |
| Biografi Penulis | 441 |

DAFTAR GAMBAR & TABEL

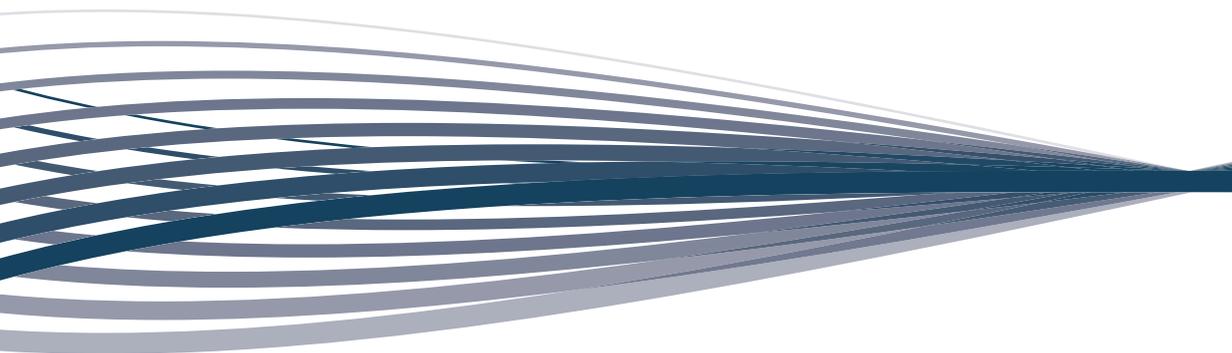


Daftar Gambar

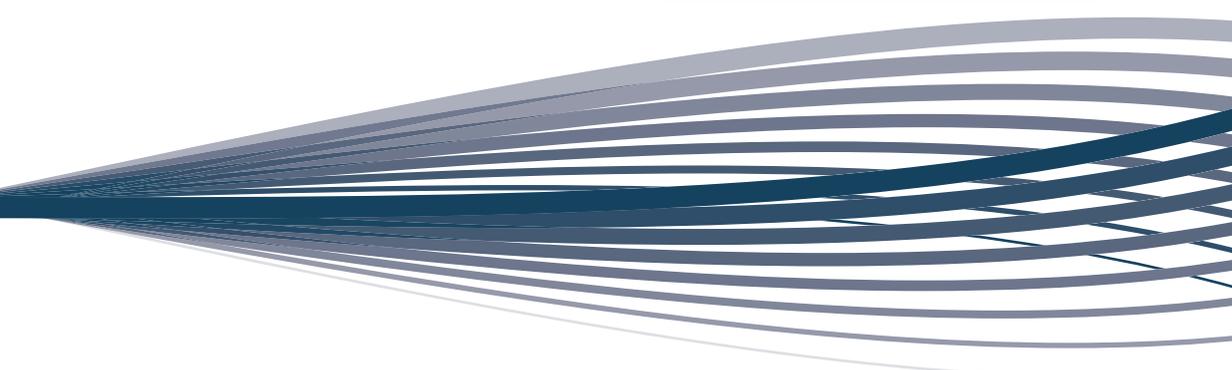
| | |
|--|-----|
| Gambar Kurva Permintaan (Gambar II.1) | 42 |
| Gambar Kurva Penawaran (Gambar II.2) | 43 |
| Gambar Keseimbangan Pasar (Gambar II.3) | 43 |
| Gambar Keseimbangan Jangka Panjang Pasar Persaingan Sempurna (Gambar II.4) | 51 |
| Gambar Kesejahteraan di Pasar (Total Welfare) (Gambar II.5) | 51 |
| Gambar Biaya Sosial Monopoli (Gambar II.6) | 52 |
| Gambar Persekongkolan Tender Horizontal | 214 |
| Gambar Persekongkolan Tender Vertikal | 214 |
| Gambar Persekongkolan Tender Gabungan (Horizontal & Vertikal) | 215 |
| Gambar Pemilikan Saham Mayoritas yang Dilarang | 259 |
| Gambar Pendirian Beberapa Perusahaan yang Dilarang (Contoh 1) | 262 |
| Gambar Pendirian Beberapa Perusahaan yang Dilarang (Contoh 2) | 263 |
| Gambar Ilustrasi Perjanjian Keagenan | 347 |
| Gambar Alur Periksa Pengecualian Berdasarkan Pasal 50 huruf h (Pengecualian Pelaku Usaha Kecil) | 364 |
| Gambar Alur Periksa Berdasarkan Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999 (Penyelenggaraan Monopoli oleh BUMN) | 374 |
| Gambar Objek Pengawasan Kemitraan UMKM dan Pelaku Usaha Besar | 416 |
| Gambar Tata Cara Pengawasan Kemitraan | 417 |

Daftar Tabel

| | |
|---|-----|
| Tabel Posisi Dominan Menurut Pasal 1 angka a UU No. 5 Tahun 1999 (Tabel VI.1) | 240 |
| Tabel Perbandingan Hukum dan Kebijakan Hukum Persaingan di ASEAN | 435 |



KATA PENGANTAR



Kata Pengantar Edisi Kedua

Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU)

Pertama dan utama sekali kami sampaikan puji syukur ke hadirat Allah subhanahu wa ta'ala, Tuhan Yang Maha Esa, karena hanya berkat rahmat dan karunia-Nya sajalah buku ini dapat kita selesaikan sebagaimana yang direncanakan. Penghargaan dan terima kasih saya sampaikan kepada seluruh penulis, editor, dan pihak terkait yang menginvestasikan waktunya demi tersusunnya referensi ini. Secara khusus, kami turut menghargai kontribusi rekan kerja kami, German International Cooperation (GIZ), dalam menjadikan penyusunan buku teks hukum persaingan usaha ini sebagai bagian dari prioritas di organisasi tersebut.

Buku ini merupakan edisi penyempurnaan dari buku teks yang pertama kali kami publikasikan pada tahun 2009. Buku ini merupakan simbol penyatu bagi perbedaan pandangan-pandangan akademisi dan praktisi hukum dalam menterjemahkan berbagai aspek dalam hukum persaingan usaha Indonesia, dan memahami bagaimana otoritas persaingan usaha menggunakan aturan tersebut.

Saya ingat bahwa pada sepuluh tahun pertama implementasi undang-undang persaingan usaha, bidang ilmu hukum dan ekonomi persaingan usaha belum berkembang seperti yang diharapkan. Lembaga pendidikan tinggi masih mengajarkan ilmu hukum persaingan usaha secara terbatas. Pengajaran dilaksanakan berdasarkan pemahaman terbatas para pengajar, sehingga tidak jarang pemahaman satu universitas atas substansi hukum persaingan tertentu berbeda dengan universitas lainnya. Dikala itu, para komisioner KPPU bekerjasama dengan beberapa pakar hukum untuk membuat suatu referensi yang akan menjadi pegangan bersama. Sejak itulah buku teks hukum persaingan usaha disusun.

Buku teks ini merupakan suatu produk yang sangat kami banggakan. Karena kami percaya bahwa hanya Indonesia yang memiliki buku teks hukum persaingan usaha yang dikeluarkan oleh otoritas persaingan usaha dan digunakan secara nasional. Saat ini, buku teks tersebut tidak hanya digunakan oleh kalangan universitas, namun juga oleh

hakim pengadilan dan praktisi hukum. Serta menjadi acuan utama dalam penyusunan kurikulum hukum persaingan usaha di universitas dan pendidikan reguler bagi hakim Pengadilan Negeri.

Edisi kedua ini disusun memperhatikan perkembangan signifikan yang terjadi sejak tahun 2010, khususnya dengan dikeluarkannya Peraturan Pemerintah No. 57/2010 tentang Penggabungan atau Peleburan Badan Usaha dan Pengambilan Saham Perusahaan yang dapat Mengakibatkan terjadinya Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, Peraturan KPPU No. 1/2010 tentang Tata Cara Penanganan Perkara, berbagai pedoman pasal baru, berlakunya komunitas ekonomi ASEAN, dan wacana amandemen atas undang-undang persaingan usaha.

Diharapkan buku ini kedepan dilengkapi dengan berbagai turunan dari suatu buku teks, seperti silabus maupun presentasi berstandar atas semua substansi dalam buku tersebut. Guna membantu meringankan beban para akademisi sehingga dapat meningkatkan alokasi sumberdayanya pada pengembangan berbagai metodologi analisa melalui penelitian dalam bidang hukum dan ekonomi persaingan usaha. Sekali lagi, kami memberikan apresiasi yang sebesar-besarnya bagi para penulis buku edisi pertama dan kedua ini, editor, serta berbagai pihak yang terlibat di dalamnya.

Terima kasih, dan selamat menikmati sajian keilmuan ini.

Jakarta, Agustus 2017

Ketua KPPU,
Dr. Muhammad Syarkawi Rauf

Kata Pengantar Edisi Kedua

Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ)

Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH adalah organisasi yang memberi bantuan teknis di bidang perkembangan berkelanjutan melalui proyek-proyek yang diimplementasikan di lebih dari 130 negara di seluruh dunia. Indonesia adalah negara mitra prioritas dari kerjasama internasional Jerman, dan GIZ telah bekerja di Indonesia sejak tahun 1975.

Berdasarkan penugasan oleh Kementerian Federal Kerjasama Ekonomi dan Pembangunan, Republik Federal Jerman, GIZ telah kerjasama dengan Persatuan Negara-Negara Asia Tenggara (*Association of Southeast Asian Nations, ASEAN*) sejak tahun 2011 untuk mendorong hukum persaingan usaha yang sehat dan adil di sepuluh negara ASEAN. Bantuan yang diberikan dalam rangka proyek “*Competition Policy and Law in ASEAN*” diantaranya memperkuat kerangka hukum dan kebijakan serta memberdayakan kapasitas institusi terkait guna penerapan hukum persaingan usaha yang efektif dan efisien. Selain itu, GIZ memfasilitasi dialog dan kerjasama antar negara di tingkat regional maupun internasional, misalnya di *ASEAN Experts Group on Competition (AEGC)* atau *International Competition Network (ICN)*.

Indonesia sendiri menduduki posisi penting sebagai negara pertama di ASEAN dengan diterapkannya Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat serta dibentuknya Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) pada tahun 2000. Sejak akhir tahun 1990an, Jerman mendukung pengenalan dan penegakan hukum persaingan usaha di Indonesia, dengan ahli-ahli dari *Federal Cartel Office* dan *Federal Court of Justice* Jerman yang telah dikirim ke Indonesia untuk membantu merancang undang-undang persaingan usaha serta memberi nasehat kepada KPPU dan Mahkamah Agung.

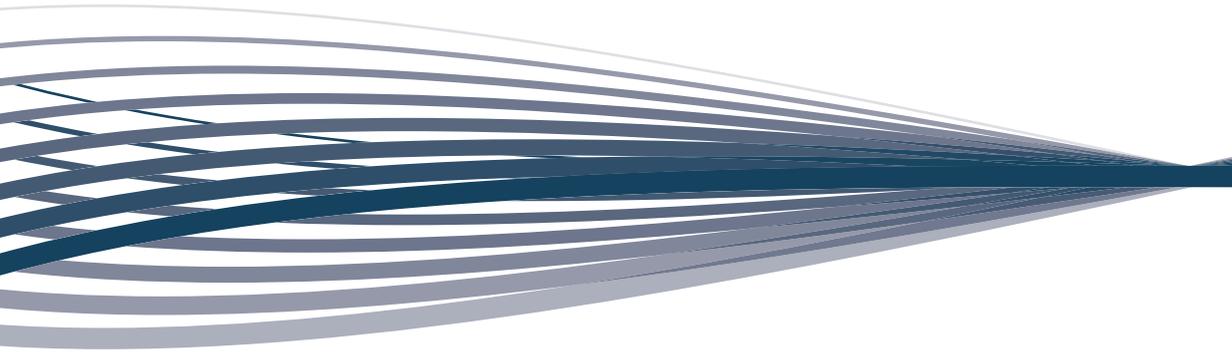
Publikasi berjudul “Hukum Persaingan Usaha – Antara Teks dan Konteks: Edisi Kedua” adalah hasil kolaborasi antara GIZ dan KPPU selama bertahun-tahun ini dan ditujukan sebagai bahan ajar yang komprehensif dan memenuhi standar pemahaman internasional pada lembaga perguruan dan pendidikan tinggi lanjutan. Buku teks ini

disusun oleh berbagai akademisi dan merupakan tindak lanjut dari buku yang telah diterbitkan pada tahun 2009. Kelengkapan dan kemutakhiran sangat diperlukan berkaitan dengan beberapa pengembangan di substansi UU No. 5/1999 maupun di peraturan-peraturan prosedural di Indonesia. Selanjutnya, sembilan negara anggota ASEAN memberlakukan undang-undang persaingan usaha, sesuai dengan komitmen dan target Masyarakat Ekonomi ASEAN (MEA). Oleh karena itu, beberapa pembaruan dalam publikasi ini dilakukan dengan menyesuaikan pada perkembangan ekonomi dan dunia bisnis yang dinamis, dan memperhatikan konteks khusus di Indonesia.

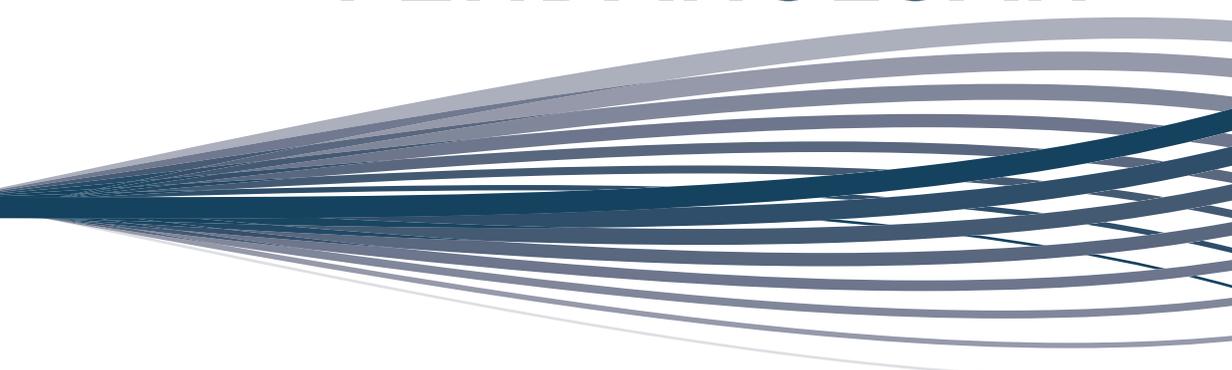
GIZ bangga telah menjadi bagian dari buku teks ini yang menjawab kebutuhan para akademisi dan ahli persaingan usaha di Indonesia, terutama sejak didirikannya jaringan akademisi di bidang ini. Kami dengan senang hati menyampaikan penghargaan kepada semua kontributor yang telah menyumbangkan pemikiran dan keilmuan mereka. Dengan keyakinan bahwa pendidikan berperan penting untuk meningkatkan kesadaran dan pemahaman tentang manfaat dari persaingan usaha dan kaedah-kaedah ekonomi yang mendasarinya, kami berharap bahwa publikasi ini akan berguna dan berharga bagi para mahasiswa maupun dosen dalam mempelajari dan mengajarkan hukum persaingan usaha. Semoga terbitan buku teks ini seiring berkembangnya hukum persaingan usaha menjadi salah satu pilar perekonomian di Indonesia dan di seluruh ASEAN.

Jakarta, Agustus 2017

Sita Zimpel, M.A.
GIZ Principal Advisor
Competition Policy and Law in ASEAN (CPL) Project



BAB I PENDAHULUAN



Persaingan usaha adalah salah satu faktor penting dalam menjalankan roda perekonomian suatu negara. Persaingan usaha (persaingan) dapat mempengaruhi kebijakan yang berkaitan dengan perdagangan, industri, iklim usaha yang kondusif, kepastian dan kesempatan berusaha, efisiensi, kepentingan umum, kesejahteraan rakyat dan lain sebagainya.¹ Para ekonom mengatakan bahwa persaingan dalam mekanisme pasar akan memacu pelaku usaha berinovasi untuk menghasilkan produk yang bervariasi dengan harga bersaing dan akan dapat menguntungkan produsen maupun konsumen.² Persaingan diharapkan menempatkan alokasi sumber daya yang sesuai dengan peruntukannya dengan efisien serta meningkatkan kesejahteraan masyarakat.

Persaingan ditentukan oleh kebijakan persaingan (*competition policy*).³ Undang-undang persaingan usaha di berbagai negara umumnya berfokus pada kepentingan umum dan kesejahteraan rakyat (*consumer welfare*). Kebutuhan akan adanya suatu kebijakan dan undang-undang persaingan usaha menjadi faktor menentukan jalannya proses persaingan. Hukum persaingan kerap menyatakan bahwa proses persaingan adalah fokus penting dibandingkan dengan perlindungan terhadap pelaku usahanya. Robert Bork, pemikir dan hakim terkemuka yang banyak memberikan landasan dalam hukum persaingan mengatakan:

“Why should we want to preserve competition anyway? The answer is simply that competition provides society with the maximum output that can be achieved at any given time with the resources as its command. Under a competitive regime, productive resources are combined and separated, shuffled and reshuffled in search for greater profits through greater efficiency. Each productive resources moves to that employment, where the value of its marginal product, and hence the return paid to it, is greatest. Output is maximized because there is no possible rearrangement of resources that could increase the value to consumers of total output. Competition is desirable, therefore, because it assists in achieving prosperous society and permits individual consumers to determine by their actions what goods and services they want most.”⁴

Persaingan dalam dunia usaha berarti upaya mendapatkan keuntungan dalam suatu mekanisme pasar⁵ di mana hasil akhirnya akan dinikmati oleh konsumen misalnya dalam bentuk harga murah, variasi produk, pelayanan, ketersediaan, pilihan dan lainnya.⁶ Persaingan dideskripsikan sebagai berikut:

“A situation in a market in which firms or sellers independently strive for the patronage of buyers in order to achieve a particular business objective, e.g. profits, sales and/or market share. Competition in this context is often equated with rivalry. Competitive rivalry between firms can occur when there are two firms or many firms. This rivalry may take place in terms of price, quality, service or combinations of these and other factors, which customers may value. Competition is viewed as an important process by which firms are forced to become efficient and offer greater choice of products and services at lower prices. It gives rise to increased consumer welfare and allocative efficiency. It includes the concept of “dynamic efficiency” by which firms engage in innovation and foster

1 Bab II Asas dan Tujuan, Pasal 2 dan 3 UU No. 5 Tahun 1999.

2 F.M. Scherer & David Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Houghton Mifflin Company, Boston, 1990, hal. 2-3.

3 Elanor Fox, *Memorandum Kepada Pembuat Kebijakan di Indonesia*, tidak dipublikasikan, 1999, hal. 7-9.

4 Robert Bork and Ward S. Bowman, *The Crisis in Antitrust*, Columbia Law Review, Volume 65, 1965, hal. 363-365.

5 Peter Asch, *Industrial Organization and Antitrust Policy*, John Wiley & Sons Inc, Canada, 1983, hal. 13-14. Sebagaimana dikatakan, “Under the assumptions of traditional price theory, all firms seek maximum profits”.

6 R. Shyam Khemani, *A Framework For the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, World Bank, Washington DC, USA & OECD, Paris, 1998, hal. 5.

technological change and progress."⁷

Pelaku usaha dapat mempengaruhi pasar dan mengakibatkan pasar terdistorsi karena perilakunya. Alfred Marshal dalam buku T. Burke et al., seorang ekonom terkemuka mengusulkan agar istilah persaingan digantikan dengan "economic freedom" (kebebasan ekonomi) dalam menggambarkan atau mendukung tujuan positif dari persaingan usaha.⁸ Oleh sebab itu persaingan diartikan hal yang positif sebagai jawaban terhadap upaya mencapai *equilibrium*.⁹ Sistem ekonomi apa pun yang dipergunakan akan menghadapi pertanyaan mengenai penentuan produksi (termasuk jumlah), apa yang akan diproduksi, bagaimana *output* didistribusikan dan bagaimana menentukan pertumbuhan per kapita.

Dalam upaya menjawab pertanyaan tersebut harga merupakan faktor yang kompleks karena berhubungan dengan kebebasan konsumen membeli apa pun yang mereka butuhkan, kebebasan produsen memproduksi dan kebebasan pemilik sumber daya menggunakan sumber daya. Dalam sistem harga maka pertanyaan di atas akan terjawab melalui mekanisme pasar.¹⁰ *Economic efficiency*¹¹ adalah deskripsi yang menggambarkan upaya pencapaian tujuan kesejahteraan¹² yang maksimum ataupun upaya mendapatkan nilai maksimum¹³ dari sumber daya masyarakat yang terbatas dan dipergunakan untuk mengukur *economic welfare*.¹⁴ Walaupun persaingan akan berdampak terhadap pelaku usaha yang kalah di pasar tetapi persaingan tetap dianggap sebagai mekanisme tepat dalam ekonomi untuk mencapai kesejahteraan melalui alokasi sumber daya yang maksimum.¹⁵

Kenyataannya tidak demikian. Karena banyak hal yang terjadi yang mempengaruhi mekanisme pasar dan akhirnya menghasilkan kenyataan model pasar yang berbeda. Artinya pasar dipengaruhi oleh perilaku pemain pasar itu sendiri. Apakah melalui mekanisme persaingan, ataupun menghindari persaingan dengan jalan kolusif atau menghambat persaingan dengan melakukan tindakan curang. Oleh sebab itu kebutuhan akan adanya kebijakan dan undang-undang persaingan sangat dibutuhkan untuk mengatur perilaku pelaku usaha agar dapat bersaing secara sehat yang dijamin oleh hukum.

1.1 SEJARAH PENTINGNYA PERSAINGAN USAHA

Setelah runtuhnya sistem ekonomi perencanaan di Eropa Timur lebih dari satu dasawarsa yang lalu, banyak negara dunia ketiga juga mulai memilih kebijakan ekonomi yang baru. Negara

⁷ *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, English Version, OECD, Paris, 1996.

⁸ T. Burke et al., *Competition in Theory and Practice*, Routledge, Chapman and Hall, Inc., 1991, hal. 5, 25.

⁹ George Stigler, *Perfect Competition, Historically Contemplated*, *The Journal of Political Economy*, Volume 65, Issue 1, Februari, 1957, hal. 1-3.

¹⁰ *Ibid.*, hal. 9-12.

¹¹ *Ibid.*, hal. 29.

¹² Indikator dari kesejahteraan dilihat dari keuntungan yang diterima konsumen (surplus konsumen) dan keuntungan yang diterima produsen (surplus produsen).

¹³ Robert H. Bork, *The Goals of Antitrust Policy*, *The American Economic Review*, Volume 57, Issue 2, Papers and Proceedings for the 79th Annual Meeting of the American Economic Associations, May 1967, hal. 244. Lihat juga Frank H. Easterbrook, *The Limits of Antitrust*, *Texas Law Review*, Volume 63, 1984, hal. 1-40.

¹⁴ Avery Wiener Katz, *Foundation of the Economic Approach to Law*, Oxford University Press, 1998, hal. 39. Lihat juga Edwin Mansfield, *Principles of Microeconomics*, WW Norton & Company, New York, 3rd Edition, 1980, hal. 379, Giles Burgess H. Jr, *The Economics of Regulation and Antitrust*, Harper Collins College Publishers, 1995, hal. 28 dan Dennis W. Carlton & Jeffrey M. Perloff, *Industrial Organization*, Harper Collins College Publishers, 1994, hal. 83. *Economic Welfare* adalah untuk menggambarkan alokasi sumber daya dan masalah kebijakan publik mengenai distribusi kekayaan. Hal ini tercapai bila pembeli dan penjual bebas mendapatkan kepentingannya melalui transaksi dengan yang lainnya, bila mereka semua rasional dan membuat keputusan berdasarkan informasi yang benar. Bila pasar menunjukkan dan tidak ada kapasitas berlebihan dalam permintaan dan *supply*, maka dikatakan bahwa alokasi sumber daya mencapai efisiensi.

¹⁵ Untuk lebih jelas lihat argumentasi Herbert Hovenkamp, *Distributive Justice and The Antitrust Laws*, 51 *George Washington Law Review*, November 1982, hal. 28.

berkembang semakin sering memanfaatkan instrumen-instrumen seperti harga dan persaingan, untuk meningkatkan dinamika pembangunan di negara masing-masing. Hal ini disebabkan oleh pengalaman menyedihkan dari kegagalan birokrasi, yang terlalu membebani pemerintah dan pejabat negara dalam sistem ekonomi terencana. Seperti negara-negara bekas blok timur, negara-negara berkembang juga harus membayar mahal akibat kebijakan ekonomi perencanaan ini yang dapat dilihat dari tingkat kesejahteraan masyarakat mereka. Inilah akibat penyangkalan terhadap prinsip ekonomi yang melekat pada sistem ekonomi terencana padahal prinsip tersebut merupakan syarat mendasar bagi aktivitas ekonomi yang sehat.

“*New deal*” dalam kebijakan ekonomi banyak negara berkembang ingin mengakhiri pemborosan sumber daya semacam ini. Kebijakan ekonomi baru yang dialami oleh negara-negara dunia ketiga yang sudah terlebih dahulu memanfaatkan instrumen-instrumen pasar dan persaingan dalam membangun ekonomi bangsa. Dewasa ini sudah lebih 130 negara di dunia yang telah memiliki undang-undang persaingan dan antimonopoli. Langkah negara-negara tersebut, sementara mengarah pada satu tujuan yaitu meletakkan dasar bagi suatu aturan hukum untuk melakukan regulasi guna menciptakan iklim persaingan usaha yang sehat. Persaingan usaha yang sehat (*fair competition*) merupakan salah satu syarat bagi negara-negara mengelola perekonomian yang berorientasi pasar.

Inti dari ekonomi pasar adalah desentralisasi keputusan, berkaitan dengan “apa”, “berapa banyak”, dan “bagaimana” produksi. Ini berarti individu harus diberi ruang gerak tertentu untuk pengambilan keputusan. Suatu proses pasar hanya dapat dikembangkan di dalam struktur pengambilan keputusan yang terdesentralisasi artinya bahwa terdapat individu-individu independen dalam jumlah secukupnya, yang menyediakan pemasokan dan permintaan dalam suatu pasar, karena proses pasar memerlukan aksi dan reaksi pelaku usaha yang tidak dapat diprediksi. Ini adalah satu-satunya cara untuk menjamin bahwa kekeliruan perencanaan oleh individu tidak semakin terakumulasi sehingga akhirnya menghentikan fungsi pasar sebagai umpan balik.¹⁶

Kecenderungan dan kegandrungan negara-negara di dunia terhadap pasar bebas telah diprediksikan sebelumnya oleh Francis Fukuyama pada era tahun 1990-an. Menurut Fukuyama, prinsip liberal dalam ekonomi pasar bebas, telah menyebar dan berhasil memproduksi kesejahteraan material yang belum pernah dicapai sebelumnya. Kedua hal tersebut terjadi di negara industri dan di negara berkembang. Padahal menjelang Perang Dunia II, negara-negara tersebut masih merupakan negara dunia ketiga yang sangat miskin. Oleh karena itu, menurut Fukuyama sebuah revolusi liberal dalam pemikiran ekonomi kadang mendahului dan mengikuti gerakan menuju kebebasan politik di seluruh dunia.¹⁷ Bagaimanapun juga, untuk memastikan terselenggaranya pasar bebas versi Fukuyama tersebut, rambu-rambu dalam bentuk aturan hukum, tetap perlu dipatuhi oleh para pelaku usaha.

Salah satu esensi penting bagi terselenggaranya pasar bebas tersebut adalah persaingan para pelaku usaha dalam memenuhi kebutuhan konsumen. Dalam hal ini persaingan usaha merupakan sebuah proses di mana para pelaku usaha dipaksa menjadi perusahaan yang efisien dengan menawarkan pilihan produk dan jasa dalam harga yang lebih rendah. Persaingan hanya terjadi kalau ada dua pelaku usaha atau lebih yang menawarkan produk dan jasa kepada para pelanggan dalam sebuah pasar. Untuk merebut hati konsumen, para pelaku usaha berusaha menawarkan produk dan jasa yang menarik, baik dari segi harga, kualitas dan pelayanan. Kombinasi ketiga faktor tersebut untuk memenangkan persaingan merebut hati para konsumen dapat diperoleh melalui inovasi, penerapan teknologi yang tepat, serta kemampuan manajerial untuk mengarahkan sumber daya

¹⁶ Knud Hansen et al. *Undang-Undang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, Katalis-Publishing-Media Services, 2002, hal. 6.

¹⁷ Francis Fukuyama, *The end of History and The Last of Man, Kemenangan Kapitalisme dan Demokrasi Liberal*, diterjemahkan oleh Amirullah, Cetakan Ketiga, Qalam, Yogyakarta, 2004, hal. 4.

perusahaan dalam memenangkan persaingan. Jika tidak, pelaku usaha akan tersingkir secara alami dari arena pasar.

Sementara itu para ekonom dan praktisi hukum persaingan sepakat bahwa umumnya persaingan menguntungkan bagi masyarakat. Pembuat kebijakan persaingan pada berbagai jenjang pemerintahan perlu memiliki pemahaman yang jelas mengenai keuntungan persaingan, tindakan apa saja yang dapat membatasi maupun mendorong persaingan dan bagaimana kebijakan yang mereka terapkan dapat berpengaruh terhadap proses persaingan. Pemahaman ini akan membantu pembuat kebijakan untuk bisa mengevaluasi dengan lebih baik apakah kebijakan tertentu, misalnya dalam hukum persaingan usaha atau perdagangan menciptakan suatu manfaat luas bagi rakyat.

Agar persaingan dapat berlangsung, maka kebijakan ekonomi nasional di negara berkembang pertama-tama harus menyediakan sejumlah prasyarat yaitu mewujudkan pasar yang berfungsi dan mekanisme harga. Dalam konteks tersebut, yang dituju adalah penyediaan akses pasar sebesar mungkin dan pada saat yang sama menyediakan insentif untuk meningkatkan jumlah pengusaha nasional. Tingkat integrasi sejumlah pasar setempat dan regional juga harus ditingkatkan melalui peningkatan infrastruktur negara (misalnya jaringan komunikasi dan transportasi). Akhirnya, suatu kebijakan moneter yang berorientasi stabilitas merupakan prasyarat bagi berfungsinya ekonomi persaingan. Hanya dengan cara ini distorsi persaingan yang berpotensi melumpuhkan mekanisme harga dapat dihindari.

Dapat dipahami mengapa dalam pasar bebas harus dicegah penguasaan pasar oleh satu, dua, atau beberapa pelaku usaha saja (monopoli dan oligopoli). Dalam pasar yang hanya dikuasai oleh sejumlah pelaku usaha maka terbuka peluang untuk menghindari atau mematikan bekerjanya mekanisme pasar (*market mechanism*) sehingga harga ditetapkan secara sepihak dan merugikan konsumen. Pelaku usaha yang jumlahnya sedikit dapat membuat berbagai kesepakatan untuk membagi wilayah pemasaran, mengatur harga, kualitas, dan kuantitas barang dan jasa yang ditawarkan (kartel) guna memperoleh keuntungan yang setinggi-tingginya dalam waktu yang relatif singkat. Persaingan di antara para pelaku usaha juga dapat terjadi secara curang (*unfair competition*) sehingga merugikan konsumen, bahkan negara. Oleh karena itu, pengaturan hukum untuk menjamin terselenggaranya pasar bebas secara adil mutlak diperlukan.

Pada bagian ini akan dijelaskan sejarah persaingan usaha di berbagai negara khususnya Amerika Serikat, Jepang, Korea Selatan, Jerman, Australia, Uni Eropa dan Indonesia. Contoh-contoh ini akan membantu memahami persaingan usaha dari pengalaman negara lain.

1.1.1 AMERIKA SERIKAT

Berbagai nama telah diberikan terhadap aturan hukum yang menjadi dasar terselenggaranya persaingan usaha yang sehat. Pada tahun 1890, atas inisiatif senator John Sherman dari partai Republik, Kongres Amerika Serikat mengesahkan undang-undang dengan judul "*Act to Protect Trade and Commerce Against Unlawful Restraints and Monopolies*", yang lebih dikenal dengan *Sherman Act* disesuaikan dengan nama penggagasnya.

Akan tetapi, di kemudian hari muncul serangkaian aturan perundang-undangan sebagai perubahan atau tambahan untuk memperkuat aturan hukum sebelumnya. Kelompok aturan perundang-undangan tersebut diberi nama "*Antitrust Law*", karena pada awalnya aturan hukum tersebut ditujukan untuk mencegah pengelompokan kekuatan industri-industri yang membentuk "*trust*" (gabungan beberapa perusahaan) untuk memonopoli komoditi strategis dan menyingkirkan para pesaing lain yang tidak tergabung dalam *trust* tersebut. *Antitrust law* terbukti dapat mencegah pemusatan kekuatan ekonomi pada sekelompok perusahaan sehingga perekonomian lebih tersebar,

membuka kesempatan usaha bagi para pendatang baru, serta memberikan perlindungan hukum bagi terselenggaranya proses persaingan yang berorientasi pada mekanisme pasar.

1.1.2 JEPANG

Pada tanggal 14 April 1947, Majelis Nasional (*Diet*) Jepang mengesahkan undang-undang yang diberi nama “*Act Concerning Prohibition of Private Monopoly and Maintenance of Fair Trade*” (*Act No. 54 of 14 April 1947*). Nama lengkap aslinya adalah *Shiteki Dokusen no Kinshi Oyobi Kosei Torihiki no Kakuho ni Kansuru Horitsu*, namun nama yang panjang disingkat menjadi *Dokusen Kinshi Ho*.

Dengan berlakunya undang-undang tersebut, beberapa raksasa industri di Jepang terpaksa direstrukturisasi dengan memecah diri menjadi perusahaan yang lebih kecil. Raksasa industri seperti Mitsubishi Heavy Industry dipecah menjadi tiga perusahaan, sedangkan The Japan Steel Corp dipecah menjadi dua industri yang terpisah. Meskipun dalam era pemberlakuan *Dokusen Kinshi Ho*, sempat terjadi gelombang merger (penggabungan), namun *Industrial Structure Council*, sebuah lembaga riset industri di bawah Kementerian Perdagangan dan Industri (MITI) secara berkala menerbitkan laporan praktik dagang yang tidak adil dan bersifat antipersaingan, baik yang dilakukan oleh perusahaan Jepang maupun oleh mitra dagangnya di luar negeri.

1.1.3 KOREA SELATAN

Pada tanggal 31 Desember 1980, Korea Selatan mengundang Undang-Undang No. 3320 yang diberi nama “*The Regulation of Monopolies and Fair Trade Act*”. Melalui Dekrit Presiden yang dikeluarkan tanggal 1 April 1981, undang-undang tersebut diberlakukan. Sekurang-kurangnya sudah tujuh kali dilakukan amandemen terhadap undang-undang yang awalnya terdiri atas 62 pasal tersebut.

Korea Selatan sekarang merupakan sebuah kekuatan ekonomi yang di-perhitungkan dunia, karena pengelolaan perekonomiannya yang berorientasi pada mekanisme pasar. Dibandingkan dengan negara tetangganya (Korea Utara) yang masih fanatik dengan pola perekonomian terpusat sesuai paham komunis, apa yang dicapai Korea Selatan adalah sebuah fenomena.

1.1.4 JERMAN

Sejak tahun 1909 Jerman memiliki *Gesetz gegen Unlauteren Wettbewerb* (UWG) (Undang-Undang Melawan Persaingan Tidak Sehat). Sesudah Perang Dunia II, terpecahnya Jerman menjadi Jerman Barat dan Timur mempengaruhi aturan hukum di bidang persaingan usaha, karena Jerman Timur sebagai negara komunis tidak memerlukan aturan hukum seperti ini, karena semua kegiatan ekonomi diatur oleh negara secara terpusat. Sebaliknya Jerman Barat di bawah Menteri Ekonomi Federal, Ludwig Erhard menerapkan sistem ekonomi sosialisme yang berorientasi pasar dan mewajibkan negara memberikan jaminan terhadap kebebasan pasar melalui aturan hukum. Dengan alasan itu, Parlemen, menyetujui diundangkannya *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschaenkungen* (GWB) (Undang-Undang Antihambatan Persaingan Usaha) yang oleh para pelaku usaha di Jerman lebih suka menyebutnya dengan *Cartel Act*. Dengan bersatunya kembali dua Jerman tersebut maka kedua undang-undang tersebut berlaku di seluruh Jerman.

Praktik kartel pasar sudah terjadi di Jerman sejak lama. Baru pada saat memburuknya hubungan ekonomi setelah kekalahan perang dunia dan adanya tekanan dari publik pembuat undang-undang akhirnya pada tahun 1923 terpaksa mengambil inisiatif mengundang Peraturan Kartel Tahun 1923. Peraturan Kartel tersebut mengatur larangan penyalahgunaan, tetapi pada waktu itu praktis tidak berpengaruh, karena kenyataannya hanya sedikit kasus kartel yang dihadapkan

dengan Peraturan Kartel 1923.

Bahkan hasilnya Peraturan Kartel tersebut melalui legalisasi kartel dan legalisasi pemaksaan organisasi melawan pihak luar gerakan kartel di Jerman tidak dapat dihentikan, tetapi sebaliknya semakin dituntut melakukan kartelisasi. Organisasi ekonomi Jerman dalam melakukan kartel secara terpaksa berdasarkan Undang-Undang Kartel Paksa Tahun 1933 (*das Zwangskartellgesetz von 1933*). Para negara sekutu baru pada tahun 1947 memperkenalkan Undang-Undang Dekartelisasi di Jerman. Konsekuensi pelaksanaannya adalah kartelisasi tidak terjadi lagi, karena diperkenalkan iklim usaha yang baru.

Sejak tahun 1950 Pemerintah Federal Jerman berusaha menghilangkan Undang-Undang Dekartelisasi negara sekutu melalui Undang-Undang Kartel Jerman di mana titik poinnya terdapat larangan kartelisasi dan pengawasan merger dan akuisisi. Baru pada tahun 1957 *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen* (GWB) (Undang-Undang Antihambatan Persaingan Usaha) berhasil diundangkan dan dinyatakan mulai berlaku sejak tanggal 1 Januari 1958. Undang-undang ini sejak diundangkan sampai sekarang sudah diamandemen tujuh kali dan telah dilakukan harmonisasi dengan hukum persaingan usaha Uni Eropa.

1.1.5 AUSTRALIA

Australia memiliki sejarah yang berbeda ketika memberlakukan undang-undang hukum persaingan mereka. Berdasarkan sejarah *Common Law* pada abad ke 17 sebenarnya telah mulai mengatur mengenai perjanjian yang mengakibatkan proses persaingan terhambat. Kemudian terjadi paradigma yang berubah mengenai hambatan persaingan yang berhubungan dengan kepentingan umum maupun kebebasan seseorang melakukan perdagangan. Setelah itu pada abad ke 19 doktrin modern diperkenalkan dengan menekankan pada kebebasan berkontrak yang merupakan refleksi dari kepentingan umum. Sebagai akibatnya lembaga peradilan menetapkan ukuran “beralasan” (*reasonableness*) dalam menentukan suatu keadaan.

Saat itu keuntungan ekonomi sebagai hasil dari proses persaingan yang dinikmati publik diabaikan dan persaingan malahan dianggap sebagai sesuatu yang menakutkan. Keadaan inilah yang kemudian menginspirasi akan adanya kebutuhan undang-undang yang mengatur persaingan yang sehat. Undang-Undang *Commonwealth* mengalami perubahan baik dalam tingkat negara bagian maupun Pemerintah Federal. Seluruh negara bagian kecuali Tasmania telah memberlakukan aturan yang melarang tindakan yang menghambat persaingan. Tetapi dalam pelaksanaannya, *The State Acts* tidak melakukan penegakan hukum dengan baik sedangkan negara bagian berkompetisi untuk menarik perhatian industri. Demikian juga lembaga peradilan kurang berupaya agar pemerintah negara bagian mengimplementasikan peraturan tersebut.

Pada tahun 1906 diundangkanlah *The Australian Industries Preservation Act* yang dipengaruhi juga oleh *Sherman Act* dari Amerika. Tetapi pendekatan mengenai larangan dalam perundang-undangan ini mendapat batasan karena konstitusi Australia. Hal ini disebabkan tidak adanya yurisdiksi khusus yang menegaskan tentang larangan praktik monopoli dalam sistem hukum *Commonwealth*.

Berdasarkan kewenangan kekuasaan, maka badan legislatif mengatur perdagangan serta kewenangan yang berhubungan dengan perusahaan asing atau keuangan perusahaan yang dibentuk dalam *Commonwealth*. Pasal 4 dan 7 dibatasi hanya pada kombinasi dan monopoli yang berhubungan dengan perdagangan dengan negara lain atau antar negara bagian dan Pasal 5 dan 8 ditujukan pada larangan kombinasi antara hambatan persaingan pada negara *Commonwealth* bila kegiatan tersebut dilakukan melalui perusahaan asing atau perdagangan atau perusahaan keuangan yang dibentuk

dengan *Commonwealth*. Undang-undang ini akhirnya tidak begitu efektif semasa melalui 2 perang dunia, perubahan paradigma mengenai sistem ekonomi dan juga ketika masa depresi.

Pada tahun 1965, Australia memberlakukan *Commonwealth's Trade Practices Act* dengan menggantikan Undang-Undang Tahun 1906. Sejarah menunjukkan bahwa undang-undang ini kemudian menghadapi beberapa permasalahan yang berkenaan dengan seputar isi Pasal 7 yang berhubungan dengan Pasal 35 dan 36 mengenai batasan kegiatan perdagangan, kewenangan yang diatur oleh konstitusi, perdagangan antar negara bagian, perusahaan, teritorial dan hubungan dengan *Commonwealth*. Sehingga pada tahun 1971 undang-undang ini digantikan dengan *Restrictive Trade Practices Act* yang efektif berlaku pada tanggal 1 Februari 1972. Pada saat pemerintahan buruh berkuasa, maka *Restrictive Trade Practices Act* menjadi undang-undang sesudah amendemen yang substansial dilakukan pada tahun 1973 dan kemudian efektif diberlakukan pada tanggal 24 Agustus 1974. Masih terjadi juga amendemen minor pada tahun 1974 dan 1975 yang mengatur mengenai substansi distribusi kartu kredit dan memberikan Pengadilan Industri kewenangan untuk melakukan perintah.

Undang-Undang Tahun 1974 juga ditinjau oleh berbagai komite yang dibentuk oleh Partai *Liberal Country* pada 1 April 1976 dengan mempublikasikan *Trade Practices Act Review Committee Report* pada 20 Agustus 1976. Laporan itu berisikan 139 rekomendasi yang diusulkan untuk mengamandemen undang-undang. Amendemen yang dituangkan efektif berlaku pada 1 Juli 1977.¹⁸ Menarik untuk diamati bahwa *Trade Practices Commissions* dan *Trade Practices Tribunal* yang dibentuk berdasarkan Undang-Undang Tahun 1965 tetap dipertahankan dalam substansi undang-undang ini. Tetapi fungsi mereka yang diperluas pada Undang-Undang Tahun 1974 kemudian dibatasi pada amendemen tahun 1977.

Di samping itu Australia juga memberlakukan *Competition Policy Reform Act* pada tahun 1995 yang melakukan perubahan cukup penting pada *Trade Practices Act* di mana pada intinya ruang lingkup Bagian IV *Trade Practices Act* diperluas sampai dengan kegiatan usaha di tingkat *Commonwealth*, pemerintah negara bagian dan *territorial* serta kegiatan bukan perusahaan (*non corporate persons, sole traders and partners*).

Kemudian *Trade Practices Commission* digabung dengan *Prices Surveillance Authority* yaitu badan yang didirikan untuk mengawasi pelaksanaan *Prices Surveillance Act* 1983 menjadi *Australian Competition and Consumer Commission* atau ACCC. Pada umumnya ACCC bertugas berdasarkan yurisdiksi yang diberikan oleh kedua undang-undang tersebut yang meliputi informasi pasar termasuk keluhan mengenai pelanggaran undang-undang, memutuskan atau menolak usulan rencana merger, memberikan masukan kepada pemerintah dan berdasarkan inisiatif juga melakukan penyelidikan. Sedangkan tugasnya yang berhubungan dengan *Prices Surveillance Act* meliputi penilaian usulan kenaikan harga dari berbagai organisasi usaha yang berada di bawah pengawasan mereka, mengajukan pemeriksaan terhadap praktik harga, memberikan laporannya kepada menteri *Commonwealth*, memonitor harga, biaya dan keuntungan industri atau usaha serta melaporkannya kepada Menteri. Dalam pelaksanaan tugasnya ACCC lebih condong kepada upaya komunikasi, konsultasi dan menentukan peraturan sendiri (*selfregulation*). Komisi juga menentukan pemberlakuan pengecualian dari undang-undang pada Bagian VII.

Salah satu fungsi dari *Trade Practice Commission* (yang sekarang dikenal dengan nama *Australian Competition and Consumer Commission – ACCC*) adalah untuk menentukan aplikasi untuk menyetujui permohonan melakukan perjanjian yang sifatnya eksklusif (*exclusive dealing*). Pemohon

¹⁸ Amendemen yang cukup signifikan adalah pelaksanaan *Conciliation and Arbitration Act 1904* yang mengatakan bahwa sengketa industri yang melanggar Pasal 45 D atau 45 E dapat dialihkan kepada Komisi Konsiliasi dan Arbitrase atau Peradilan Negara Bagian atau Teritorial yang setara (*State or Territorial Tribunal*).

dapat mengajukan permintaan kepada *Trade Practice Tribunal* untuk memeriksa kembali bila pemohon keberatan terhadap putusan penolakan Komisi.

Pertimbangan untuk pemeriksaan kembali adalah menjadi fungsi satu-satunya dari Tribunal. Proses ini memungkinkan pelaku usaha yang kurang yakin apakah undang-undang juga mengatur apa yang sudah diputuskan. Undang-undang menetapkan bahwa tidak ada kewajiban untuk dengan sendirinya mengajukan permohonan dalam hal terdapat keraguan, oleh sebab itu pertanyaan mengenai kewenangan akan memberikan kepastian. Bila tidak terdapat pelanggaran undang-undang, maka tuntutan ganti rugi dapat diajukan sehubungan dengan tindakan tersebut.

Trade Practice Commission (yang sekarang dikenal dengan nama *Australian Competition and Consumer Commission – ACCC*) yang dibentuk pada tahun 1974 untuk menggantikan *Office of the Commissioner of Trade Practices* yang dibentuk pada tahun 1965. Komisi ini terdiri dari ketua yang bertugas penuh serta anggota yang bertugas penuh serta paruh waktu. Komisi didirikan berdasarkan Amandemen Undang-Undang Tahun 1977 sekaligus memfasilitasi prosedur legal untuk Komisi ketika menjalankan tugasnya. Amandemen juga merubah posisi anggota paruh waktu dengan anggota *associate*, yang dapat diangkat berdasarkan keputusan ketua untuk menyelesaikan masalah tertentu.

Komisi bertanggung jawab melakukan pengawasan undang-undang dan sejak 1 Juni 1986 juga dapat melakukan permohonan kepada Peradilan Federal untuk kompensasi yang harus dibayarkan kepada pihak yang menderita kerugian karena pelanggaran Bagian V undang-undang (ketentuan mengenai perlindungan konsumen). Fungsinya kemudian diperluas kepada kondisi mengenai kewenangan dan pemberitahuan permohonan, melakukan penelitian mengenai hal-hal yang berakibat terhadap kepentingan konsumen dan diseminasi terhadap kepentingan perseorangan mengenai kewenangan Komisi dalam melakukan pengawasan undang-undang. Komisi juga mempublikasikan secara berkala informasi yang berhubungan dengan berbagai topik, yang tersedia dengan cuma-cuma sejalan dengan Laporan Tahunan Komisi mengenai pandangan Komisi tentang hal-hal terkini dalam perekonomian dan perdagangan.

Berdasarkan Pasal 155, maka Komisi juga mempunyai kewenangan yang besar dalam upaya mendapatkan informasi, dokumen dan bukti sehubungan adanya dugaan pelanggaran termasuk memerintahkan seseorang untuk memberikan bukti atau dokumen yang dibutuhkan. Staf Komisi dapat memasuki area, memeriksa dokumen, membuat kopi atau mencatatnya. Seluruh informasi yang didapat oleh Komisi dalam proses pemeriksaannya tidak dapat disalahgunakan untuk menyerang pihak yang diperiksa dan tidak dapat dijadikan barang bukti untuk menyerang kedudukan pihak tersebut. Terdapat ketentuan di mana Komisi dilarang mendapatkan materi pemeriksaan dengan cara yang tidak adil dan pihak yang diperiksa juga berhak mendapatkan seluruh salinan yang didapatkan oleh Komisi dalam proses tersebut.

Tribunal merupakan badan administratif sehingga tidak memiliki kewenangan untuk menyatakan suatu tindakan merupakan pembangkangan terhadap kewenangan mereka (*contempt of court*) karena mereka bukan lembaga peradilan. Dalam Konstitusi *Commonwealth*, Peradilan Federal tidak dapat menggunakan kewenangan *Commonwealth* yang bukan bersifat judicial. Kewenangan ini sepenuhnya menjadi milik Peradilan Federal.

Oleh sebab itu muncul pertanyaan, apakah yang menjadi kewenangan judicial *Commonwealth*. Sulit untuk menentukannya, tetapi paling tidak maksudnya adalah badan tersebut harus mampu memberikan putusan yang pasti dan mengikat kepada para pihak dalam menentukan hak dan kewajiban mereka. Hakim Pengadilan Tinggi dan Peradilan Federal lainnya diangkat sampai masa pensiun mereka dan fakta di mana mereka bertugas paling lama 7 tahun menunjukkan

bahwa bukanlah menjadi tujuan legislatif untuk menyatakan bahwa Tribunal dapat menentukan kewenangan judicial *Commonwealth*. Sehingga dapat dibayangkan bila mereka diangkat seumur hidup dan akan memperlambat proses kerja mereka bila harus tunduk pada hukum acara, prosedur maupun pembuktian sebagaimana pada hukum acara di peradilan.

Legalitas Tribunal ini pernah dipertanyakan dengan menyatakan bahwa Tribunal ketika menentukan putusan yang bersifat legal dan menyangkut fakta dan tidak dapat dibanding merupakan gambaran bahwa Tribunal menggunakan kewenangan judicial *Commonwealth*. Kewenangan demikian yang tidak dimiliki Tribunal menguatkan bahwa mereka bukan merupakan lembaga peradilan. Hal ini sudah dibayangkan dalam Undang-Undang Tahun 1965, itulah sebabnya mengapa penuntutan terhadap perlawanan putusan Tribunal dilakukan di Peradilan Federal.

Di samping itu baik Komisi maupun Tribunal juga dibatasi dalam memberikan putusan yang berhubungan dengan kepentingan umum, di mana hal ini lebih banyak diatur oleh keputusan legislatif. Pihak yang dipanggil oleh Tribunal tidak harus diwakilkan oleh pengacara walaupun hal itu dimungkinkan, sehingga perseorangan dapat saja hadir sendiri atau diwakili oleh staf atau perusahaan dapat diwakili oleh staf, direktur maupun pihak lain yang disetujui oleh Tribunal.

Pada tahun 1995, *The Australian Competition Tribunal* menggantikan *Trade Practices Tribunal* dan sesuai dengan Bagian III *Trade Practices Act* untuk meninjau (*review*) putusan ACCC yang berhubungan dengan permohonan dan persetujuan/penolakan dengan dipimpin oleh hakim dari Peradilan Federal dengan anggota dari berbagai latar belakang (industri, perdagangan, ekonomi dan hukum) yang diangkat karena keahliannya. Berdasarkan amandemen tahun 1995 Australia juga membentuk *The National Competition Council* yang mengeluarkan rekomendasi terhadap akses sebagaimana diatur dalam Bagian III A serta meninjau Perjanjian Prinsip Persaingan (*Competition Principles Agreement*) yang kemudian memutuskan kebijakan persaingan nasional.

1.1.6 UNI EROPA

Saat ini Uni Eropa beranggotakan 27 (dua puluh tujuh) negara yang pada awalnya adalah suatu Masyarakat (*Community*) yang dibentuk dalam komunitas batu bara dan baja di Eropa (*European Coal and Steel Community* - ECSC) diawali oleh 6 negara anggota yaitu Perancis, Jerman, Italia, Belanda, Belgia, dan Luksemburg. Keenam negara tersebut mengambil langkah penting yang berlatar belakang antar pemerintahan (*intergovernmentalism*), dengan meletakkan kedaulatan yang terintegrasi lebih tinggi dari kedaulatan nasional (*supranational authority*) sebagai lembaga mandiri yang berkekuatan mengikat bagi para konstituen negara-negara anggotanya. Atas kesamaan kepentingan tersebut maka pada tahun 1951 ditandatangani perjanjian di Paris, yang dikenal sebagai *ECSC Treaty* atau Traktat Paris. Melalui traktat ECSC, *Community* mencoba melakukan pendekatan integrasi sektor ekonomi lainnya yang pada akhirnya menuju integrasi ekonomi secara menyeluruh.

Pada konferensi menteri luar negeri dari enam negara penandatangan traktat ECSC di Mesina tahun 1955, Italia tercapai persetujuan untuk mengintegrasikan ekonomi dan terbentuklah apa yang disebut dengan *European Atomic Energy Community* - EURATOM dan *Economic European Community* - EEC, yang ditandatangani pada 1957 selanjutnya dikenal sebagai Traktat Roma. Tonggak penting lainnya terjadi pada 1986 dengan ditandatanganinya *Single European Act* - SEA yang mengarah terbentuknya pasar tunggal. Baru pada 1992 *Treaty on European Union*- TEU ditandatangani di Maastricht sehingga dikenal sebagai Traktat Maastricht, dan traktat ini melahirkan sebutan *European Union* (EU).

Tujuan utama dibentuknya Masyarakat Eropa (EC) adalah terciptanya pasar bebas. Ketentuan-ketentuan khusus yang mengaturnya adalah Pasal 3 (a) yang melarang adanya cukai; Pasal

3 (b) mengatur *Community's common commercial policy* seperti dalam bidang pertanian, perikanan dan transpor; Pasal 3 (g) secara khusus mewajibkan *Community* memasyarakatkan bahwa 'persaingan dijamin dalam *internal market* tidak terganggu, dan Pasal 3 (h) mengatur tentang perkiraan tingkat kebutuhan hukum dalam pasar bebas.

Dalam pasar bebas semua sumber ekonomi harus bergerak secara bebas, tidak ada hambatan oleh batasan negara. Oleh karena itu Traktat Roma menetapkan empat kebebasan (*four freedoms*) yang mengikat yaitu kebebasan perpindahan barang, kebebasan berpindah tempat kerja, kebebasan memilih tempat tinggal dan lalu lintas jasa yang bebas, lalu lintas modal yang bebas.¹⁹

Pasar bebas mempunyai kebijakan yang komersial umum, relasi komersial dengan negara-negara ketiga dan kebijakan persaingan. Salah satu dari ketentuan-ketentuan khusus yang mengatur pasar bebas yang mempunyai peranan sangat penting bagi Masyarakat Eropa adalah hukum persaingan usaha.²⁰ Dasar kebijakan hukum persaingan usaha oleh Masyarakat Eropa diatur dalam Pasal 3 (g) *EC Treaty*, bahwa persaingan dijamin di pasar antara anggota masyarakat Uni Eropa tidak terdistorsi. Sebagai peraturan pelaksanaan Pasal 3 (g) *EC Treaty* tersebut ditetapkan di dalam Pasal 81 dan Pasal 82 *EC Treaty*. Peraturan yang mengatur bagaimana proses pelaksanaan ketentuan Pasal 81 dan Pasal 82 tersebut diterbitkan Peraturan No. 17/1962 di mana ditetapkan Komisi Uni Eropa diberikan kewenangan untuk menetapkan denda, ganti rugi kepada para individu dan pelaku usaha yang melanggar ketentuan Pasal 81 dan Pasal 82 *EC treaty*. Pasal 81 dan Pasal 82 *EC treaty* tersebut saat ini sudah digantikan dengan Pasal 101 dan Pasal 102 TFEU (*The Treaty on the Functioning of the European Union*).

1.1.7 INDONESIA

Latar belakang langsung dari penyusunan undang-undang antimonopoli adalah perjanjian yang dilakukan antara Dana Moneter Internasional (IMF) dengan Pemerintah Republik Indonesia, pada tanggal 15 Januari 1998. Dalam perjanjian tersebut, IMF menyetujui pemberian bantuan keuangan kepada Negara Republik Indonesia sebesar US\$ 43 miliar yang bertujuan untuk mengatasi krisis ekonomi, akan tetapi dengan syarat Indonesia melaksanakan reformasi ekonomi dan hukum ekonomi tertentu. Hal ini menyebabkan diperlukannya undang-undang antimonopoli. Akan tetapi perjanjian dengan IMF tersebut bukan merupakan satu-satunya alasan penyusunan undang-undang tersebut.

Sejak 1989, telah terjadi diskusi intensif di Indonesia mengenai perlunya perundang-undangan antimonopoli. Reformasi sistem ekonomi yang luas dan khususnya kebijakan regulasi yang dilakukan sejak tahun 1980, dalam jangka waktu 10 tahun telah menimbulkan situasi yang dianggap sangat kritis. Timbul konglomerat pelaku usaha yang dikuasai oleh keluarga atau partai tertentu, dan konglomerat tersebut dikatakan menyingkirkan pelaku usaha kecil dan menengah melalui praktik usaha yang kasar serta berusaha untuk mempengaruhi semaksimal mungkin penyusunan undang-undang serta pasar keuangan. Kalangan konglomerat tersebut malahan diberikan perlindungan undang-undang, contohnya adanya kartel semen, kaca, kayu, kertas serta penetapan harga semen, gula dan beras, penentuan akses masuk ke pasar untuk kayu dan kendaraan bermotor, lisensi istimewa, untuk cengkeh dan tepung terigu, pajak, pabean dan kredit dalam sektor industri pesawat dan mobil.

Dengan latar belakang demikian, maka disadari bahwa pembubaran ekonomi yang dikuasai negara dan perusahaan monopoli saja tidak cukup untuk membangun suatu perekonomian yang

¹⁹ Valentine Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 7th edition, Portland Oregon, Oxford, 2000.

²⁰ Paul Craig and Grainne de Burca, *EU Law, Text, Cases and Material*, Third Edition, New York, Oxford University Press, 2003, hal. 936.

bersaing. Disadari juga hal-hal yang merupakan dasar pembentukan setiap perundang-undangan antimonopoli, yaitu justru pelaku usaha itu sendiri yang cepat atau lambat melumpuhkan dan menghindarkan dari tekanan persaingan usaha dengan melakukan perjanjian atau penggabungan perusahaan yang menghambat persaingan serta penyalahgunaan posisi kekuasaan ekonomi untuk merugikan pelaku usaha yang lebih kecil. Negara perlu menjamin keutuhan proses persaingan usaha terhadap gangguan dari pelaku usaha dengan menyusun undang-undang, yang melarang pelaku usaha mengganti hambatan perdagangan oleh negara yang baru saja ditiadakan dengan hambatan persaingan swasta.

Tahun-tahun awal reformasi di Indonesia memunculkan rasa keprihatinan rakyat terhadap fakta bahwa perusahaan-perusahaan besar yang disebut konglomerat menikmati pangsa pasar terbesar dalam perekonomian nasional Indonesia. Dengan berbagai cara mereka berusaha mempengaruhi berbagai kebijakan ekonomi pemerintah sehingga mereka dapat mengatur pasokan atau *supply* barang dan jasa serta menetapkan harga secara sepihak yang tentu saja menguntungkan mereka. Koneksi yang dibangun dengan birokrasi negara membuka kesempatan luas untuk menjadikan mereka sebagai pemburu rente.

Apa yang mereka lakukan sebenarnya hanyalah mencari peluang untuk menjadi pemburu rente (*rent seeking*) dari pemerintah yang diberikan dalam bentuk lisensi, konsesi, dan hak-hak istimewa lainnya. Kegiatan pemburuan rente tersebut, oleh pakar ekonomi William J. Baumol dan Alan S. Blinder dikatakan sebagai salah satu sumber utama penyebab inefisiensi dalam perekonomian²¹ dan berakibat pada ekonomi biaya tinggi (*high cost economy*).

Indonesia sendiri baru memiliki aturan hukum dalam bidang persaingan, setelah atas inisiatif DPR disusun RUU Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. RUU tersebut akhirnya disetujui dalam Sidang Paripurna DPR pada tanggal 18 Februari 1999, dalam hal ini pemerintah diwakili oleh Menteri Perindustrian dan Perdagangan Rahardi Ramelan. Setelah seluruh prosedur legislasi terpenuhi, akhirnya Undang-Undang tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat ditandatangani oleh Presiden B.J. Habibie dan diundangkan pada tanggal 5 Maret 1999 serta berlaku satu tahun setelah diundangkan.

Berlakunya Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (UU No. 5 Tahun 1999) sebagai tindak lanjut hasil Sidang Istimewa MPR-RI yang digariskan dalam Ketetapan MPR-RI No. X/MPR/1998 tentang Pokok-Pokok Reformasi Pembangunan dalam Rangka Penyelamatan dan Normalisasi Kehidupan Nasional, maka Indonesia memasuki babak baru pengorganisasian ekonomi yang berorientasi pasar.

1.2 ASAS DAN TUJUAN

Guna memahami makna suatu aturan perundang-undangan, perlu disimak terlebih dahulu apa asas dan tujuan dibuatnya suatu aturan. Asas dan tujuan akan memberi refleksi bagi bentuk pengaturan dan norma-norma yang dikandung dalam aturan tersebut. Selanjutnya pemahaman terhadap norma-norma aturan hukum tersebut akan memberi arahan dan mempengaruhi pelaksanaan dan cara-cara penegakan hukum yang akan dilakukan.

Asas dari UU No. 5 Tahun 1999 sebagaimana diatur pada Pasal 2 bahwa:

“Pelaku usaha di Indonesia dalam menjalankan kegiatan usahanya berasaskan demokrasi ekonomi dengan memperhatikan keseimbangan antar kepentingan pelaku usaha dan

²¹ William J. Baumol dan Alan S. Blinder, *Economics, Principles and Policy*, Third edition, Harcourt Brace Jovanovich Publisher Orlando, Florida, 1985, hal. 550.

kepentingan umum”.

Asas demokrasi ekonomi tersebut merupakan penjabaran Pasal 33 UUD 1945 dan ruang lingkup pengertian demokrasi ekonomi yang dimaksud dahulu dapat ditemukan dalam penjelasan atas Pasal 33 UUD 1945. Demokrasi ekonomi pada dasarnya dapat dipahami dari sistem ekonominya sebagaimana diamanatkan dalam Undang-Undang Dasar. Dalam Risalah Sidang BPUPKI pada tanggal 31 Mei 1945 di Gedung Pejambon Jakarta dapat diketahui bahwa Supomo selaku ketua Panitia Perancang UUD menolak paham individualisme dan menggunakan semangat kekeluargaan yang terdapat dalam masyarakat pedesaan Indonesia. Di sini ia mengikuti ajaran filsafat idealisme kekeluargaan dari Hegel, Adam Muller, dan Spinoza. Adam Muller adalah penganut aliran Neo-Romantisisme Jerman, aliran yang timbul sebagai reaksi terhadap ekseseks individualisme Revolusi Perancis.²²

Adapun tujuan dari UU No. 5 Tahun 1999 sebagaimana diatur pada Pasal 3 adalah untuk:

1. menjaga kepentingan umum dan meningkatkan efisiensi ekonomi nasional sebagai salah satu upaya untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat;
2. mewujudkan iklim usaha yang kondusif melalui pengaturan persaingan usaha yang sama bagi pelaku usaha besar, pelaku usaha menengah dan pelaku usaha kecil;
3. mencegah praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat yang ditimbulkan oleh pelaku usaha; dan
4. terciptanya efektivitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha.

Dua hal yang menjadi unsur penting bagi penentuan kebijakan (*policy objectives*) yang ideal dalam pengaturan persaingan di negara-negara yang memiliki undang-undang persaingan adalah kepentingan umum (*public interest*) dan efisiensi ekonomi (*economic efficiency*). Ternyata dua unsur penting tersebut (Pasal 3 (a)) juga merupakan bagian dari tujuan diundangkannya UU No. 5 Tahun 1999.

Pasal 2 dan 3 tersebut di atas menyebutkan asas dan tujuan-tujuan utama UU No. 5 Tahun 1999. Diharapkan bahwa peraturan mengenai persaingan akan membantu dalam mewujudkan demokrasi ekonomi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 33 ayat (1) UUD 1945 (Pasal 2) dan menjamin sistem persaingan usaha yang bebas dan adil untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat serta menciptakan sistem perekonomian yang efisien (Pasal 3).

Oleh karena itu, mereka mengambil bagian pembukaan UUD 1945 yang sesuai dengan Pasal 3 huruf a dan b UU No. 5 Tahun 1999 dari struktur ekonomi untuk tujuan perealisasi kesejahteraan nasional menurut UUD 1945 dan demokrasi ekonomi, dan yang menuju pada sistem persaingan bebas dan adil dalam Pasal 3 huruf a dan b UU No. 5 Tahun 1999. Hal ini menandakan adanya pemberian kesempatan yang sama kepada setiap pelaku usaha dan ketiadaan pembatasan persaingan usaha, khususnya penyalahgunaan wewenang di sektor ekonomi.

Selaku asas dan tujuan, Pasal 2 dan 3 tidak memiliki relevansi langsung terhadap pelaku usaha, karena kedua pasal tersebut tidak menjatuhkan tuntutan konkrit terhadap perilaku pelaku usaha. Walaupun demikian, kedua pasal tersebut harus digunakan dalam interpretasi dan penerapan setiap ketentuan dalam UU No. 5 Tahun 1999. Peraturan persaingan usaha agar diinterpretasikan

²² Lihat Risalah Sidang BPUPKI dan Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI) tanggal 29 Mei 1945 – 19 Agustus 1945, Tim Penyunting: Saafroedin Sabar dkk., diterbitkan oleh Sekretariat Negara Republik Indonesia, Jakarta, 1992, dalam Johnny Ibrahim, *Hukum Persaingan Usaha: Filosofi, Teori dan Implikasi Penerapannya di Indonesia*, Bayumedia, Malang, Cetakan kedua, 2007, hal. 192.

sedemikian rupa sehingga tujuan-tujuan yang termuat dalam Pasal 2 dan 3 tersebut dapat dilaksanakan seefisien mungkin. Misalnya, sehubungan dengan penerimaan dan jangkauan dari *rule of reason* dalam rangka ketentuan tentang perjanjian yang dilarang (Pasal 4-16), harus diperhatikan bahwa Pasal 2 dan 3 tidak menetapkan tujuan-tujuan yang dilaksanakan dalam bidang sumber daya manusia, kebijakan struktural dan perindustrian.

I.3 DASAR-DASAR PERLINDUNGAN PERSAINGAN USAHA

Undang-undang persaingan usaha dapat dan harus membantu dalam mewujudkan struktur ekonomi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 33 UUD 1945. Dalam penjelasan Pasal 33 ayat 1 UUD 1945, yang menyatakan bahwa "Ekonomi diatur oleh kerja sama berdasarkan prinsip gotong royong", termuat pikiran demokrasi ekonomi, yang dimaksudkan ke dalam Pasal 2 UU No. 5 Tahun 1999. Demokrasi ciri khasnya diwujudkan oleh semua anggota masyarakat untuk kepentingan seluruh masyarakat, dan harus mengabdikan kepada kesejahteraan seluruh rakyat. Pikiran pokok tersebut termuat dalam Pasal 2, yang dikaitkan dengan huruf a dan huruf b dari pembukaannya, yang berbicara tentang pembangunan ekonomi menuju kesejahteraan rakyat sesuai dengan UUD dan demokrasi ekonomi. Disetujui secara umum bahwa negara harus menciptakan peraturan persaingan usaha untuk dapat mencapai tujuan demokrasi ekonomi. Oleh karena terdapat tiga sistem yang bertentangan dengan tujuan tersebut, yaitu:

1. "liberalisme perjuangan bebas", yang pada masa lalu telah melemahkan kedudukan Indonesia dalam ekonomi internasional;
2. sistem penganggaran belanja yang menghambat kemajuan dan perkembangan ekonomi;
3. sistem pengkonsentrasian kekuatan ekonomi, oleh karena segala monopoli akan merugikan rakyat.

Hanya undang-undang persaingan usaha yang dapat mencegah timbulnya ketiga sistem tersebut, karena melindungi proses persaingan usaha, menjamin tata persaingan usaha dan mencegah terjadinya dominasi pasar.

I.4 TUJUAN PERLINDUNGAN PERSAINGAN USAHA

UU No. 5 Tahun 1999 tidak bertujuan melindungi persaingan usaha demi kepentingan persaingan itu sendiri. Oleh karena itu ketentuan Pasal 3 tidak hanya terbatas pada tujuan utama undang-undang persaingan, yaitu sistem persaingan yang bebas dan adil, di mana terdapat kepastian kesempatan berusaha yang sama bagi semua pelaku usaha, sedangkan perjanjian atau penggabungan usaha yang menghambat persaingan serta penyalahgunaan kekuasaan ekonomi tidak ada (huruf b dan c), sehingga bagi semua pelaku usaha dalam melakukan kegiatan ekonomi tersedia ruang gerak yang luas.

Tujuan ini telah ditegaskan dalam huruf b dan c dari bagian pembukaan. Selain itu, Pasal 3 menyebutkan tujuan sekunder undang-undang persaingan, yang ingin dicapai melalui sistem persaingan yang bebas dan adil, kesejahteraan rakyat dan suatu sistem ekonomi yang efisien (huruf a dan d), tujuan-tujuan yang mana sudah disebutkan dalam huruf a dan b bagian pembukaan. Sehingga seharusnya sebagai konsekuensi terakhir tujuan kebijakan ekonomi, yaitu penyediaan barang dan jasa yang optimal bagi para konsumen.

Menurut teori persaingan yang modern, proses persaingan dapat mencapai tujuan tersebut dengan cara memaksakan alokasi faktor dengan cara ekonomis sehingga terwujudlah penggunaan

paling efisien sumber daya yang terbatas, penyesuaian kapasitas produksi dengan metode produksi dan struktur permintaan serta penyesuaian penyediaan barang dan jasa dengan kepentingan konsumen (fungsi pengatur persaingan usaha), dengan menjamin pertumbuhan ekonomi yang optimal, kemajuan teknologi dan tingkat harga yang stabil (fungsi pendorong persaingan) serta dengan menyalurkan pendapatan menurut kinerja pasar berdasarkan produktivitas marginal (fungsi distribusi).

1.5 EFISIENSI SEBAGAI TUJUAN KEBIJAKAN PERSAINGAN

Efisiensi berhubungan dengan penggunaan sumber daya, baik hari ini dan masa yang akan datang. Produksi yang efisien hari ini, berarti manusia, mesin, bahan mentah dan bahan lainnya dipergunakan untuk memproduksi *output* terbesar yang bisa mereka hasilkan. *Input* tidak dipergunakan secara percuma atau sia-sia. Efisiensi hari ini juga berarti bahwa produk dan jasa yang diproduksi adalah barang dan jasa yang dinilai paling tinggi oleh konsumen di mana pilihan mereka tidak terdistorsi. Efisiensi pada masa yang akan datang didapat dari insentif untuk inovasi yang menghasilkan peningkatan produk dan jasa maupun perbaikan dalam proses produksinya di masa depan. Meningkatnya produksi dengan harga yang rendah, sebagaimana juga inovasi yang menghasilkan produk baru dan jasa yang lebih baik di masa depan, akan meningkatkan surplus total.

Relevansi pertimbangan efisiensi bagi kebijakan persaingan adalah bahwa penggunaan sumber daya yang tidak efisien, dengan kata lain, akan mengakibatkan harga tinggi, *output* rendah, kurangnya inovasi dan pemborosan penggunaan sumber daya. Bila perusahaan bersaing satu sama lain untuk mengidentifikasi kebutuhan konsumen, memproduksi apa yang dibutuhkan konsumen pada harga yang paling rendah yang dapat dihasilkannya dan terus menerus berusaha meningkatkan dan melakukan inovasi untuk meningkatkan penjualan, sumber daya digunakan secara lebih produktif dan konsumen mendapatkan apa yang dibutuhkannya.²³

Penggunaan sumber daya yang ada dengan lebih produktif akan memberikan konsekuensi *output* yang lebih besar dan kemudian menjadikan pertumbuhan ekonomi dan kekayaan yang lebih besar bagi negara. Harga yang rendah akan memberikan konsumen pendapatan yang lebih tinggi untuk dibelanjakan pada pembelian lain, investasi atau untuk ditabung. Total surplus, atau keuntungan dari konsumen maupun produsen bertambah besar. Oleh sebab itu kebijakan persaingan yang mengurangi hambatan terhadap persaingan akan membantu usaha mencapai tujuan bermanfaat bagi masyarakat.

1.6 KESEJAHTERAAN MASYARAKAT DAN KONSUMEN SEBAGAI TUJUAN UTAMA KEBIJAKAN PERSAINGAN

Perlindungan konsumen dan persaingan merupakan dua hal yang saling berhubungan dan saling mendukung. Harga murah, kualitas tinggi dan pelayanan yang baik merupakan tiga hal yang fundamental bagi konsumen dan persaingan merupakan cara yang terbaik untuk menjaminkannya. Oleh karena itu, hukum persaingan tentu harus sejalan atau mendukung hukum perlindungan konsumen. Efisiensi ekonomi meningkatkan kekayaan, termasuk kekayaan konsumen, konsumen dalam arti luas adalah masyarakat, melalui penggunaan sumber daya yang lebih baik. Beberapa ahli berpendapat bahwa maksimalisasi kesejahteraan konsumen harus menjadi satu-satunya tujuan utama dari kebijakan persaingan, yang mereka maksudkan biasanya adalah perusahaan seharusnya tidak

²³ Laporan Kebijakan Persaingan Indonesia: Indonesian Competition Report, Elips, 2000, hal. 5.

dapat menaikkan harganya serta bahkan seharusnya mencoba untuk menurunkannya supaya lebih kompetitif (yaitu dapat menjual produknya). Konsumen pun biasanya lebih diuntungkan apabila mutu, ketersediaan dan pilihan barang dapat ditingkatkan.

Fokus terhadap kesejahteraan konsumen mungkin berasal dari pemahaman bahwa konsumen harus mampu diproteksi dari produsen dan pemindahan kekayaan dari konsumen kepada produsen, seperti yang tampak kalau dibandingkan antara monopoli dan persaingan sempurna²⁴, adalah hal yang tidak adil. Banyak ekonom berkeyakinan pengalihan kesejahteraan tersebut adalah peristiwa ekonomi yang "netral", karena menentukan siapa seharusnya yang "memiliki" surplus bukanlah merupakan bagian ilmu ekonomi.

Tujuan utama undang-undang *antitrust* adalah untuk mencegah perusahaan mendapatkan dan menggunakan kekuatan pasar (*market power*) untuk memaksa konsumen membayar lebih mahal untuk produk dan pelayanan yang mereka dapatkan. Kongres Amerika berpendapat bahwa perusahaan akan menggunakan kekuatan pasar secara tidak jujur untuk mendapatkan keuntungan dari konsumen dan pembuat undang-undang tidak memikirkan tentang efisiensi ekonomi.²⁵

Dengan demikian Kongres telah memberikan suatu hak kepada konsumen untuk membeli produk yang harganya kompetitif dan menyatakan bahwa harga yang tinggi dari harga kompetitif berarti mengambil hak konsumen secara tidak adil. Undang-undang *antitrust* menyatakan bahwa hasil dari kapitalisme Amerika adalah barang dengan harga kompetitif adalah milik konsumen.

F.M. Scherer, bersama dengan ekonom lainnya, menunjukkan manfaat dari persaingan bagi efisiensi maupun kesejahteraan konsumen. Para ekonom menyadari bahwa berbagai otoritas pembuat kebijakan persaingan telah memilih atau telah diberi mandat untuk menentukan kesejahteraan konsumen sebagai tujuan utamanya.²⁶

Bagi Indonesia sebagaimana tercermin pada tujuan dari UU No. 5 Tahun 1999 maka tujuan tidak sekedar memberikan kesejahteraan kepada konsumen namun juga memberikan manfaat bagi publik. Dengan adanya kesejahteraan konsumen maka berarti akan berdampak pada terciptanya kesejahteraan rakyat.

Pasal 3 itulah yang membedakan dengan undang-undang persaingan di negara lain yang tidak sekedar menjamin adanya kesejahteraan konsumen tetapi juga menjaga kepentingan umum dan meningkatkan efisiensi ekonomi nasional sebagai salah satu upaya untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat.

²⁴ Perbandingan antara struktur pasar monopoli dan pasar persaingan sempurna menunjukkan adanya biaya sosial yang muncul dari perilaku *monopolist*, yang di dalamnya terkandung kerugian yang ditanggung oleh konsumen.

²⁵ Robert H. Lande, *Wealth Transfers As The Original And Primary Concern Of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged*, *Hastings Law Journal*, April 1999.

²⁶ *Laporan Kebijakan Persaingan Indonesia*, *loc.cit.*

BAB II
**ASPEK EKONOMI
DALAM HUKUM
PERSAINGAN
USAHA**



Hukum persaingan adalah hukum yang mengatur tentang interaksi perusahaan atau pelaku usaha di pasar, sementara tingkah laku perusahaan ketika berinteraksi dilandasi atas motif ekonomi. Oleh karena itu, untuk memahami apa dan bagaimana hukum persaingan berjalan dan dapat mencapai tujuan utamanya, maka diperlukan pemahaman mengenai konsep dasar ekonomi yang dapat menjelaskan rasionalitas munculnya perilaku-perilaku perusahaan di pasar.

II.1 KONSEP DASAR ILMU EKONOMI

Ilmu ekonomi adalah studi tentang bagaimana individu dan masyarakat mengalokasikan sumber daya langka (*scarce resources*). Secara etimologi, kata 'ekonomi' berasal dari kosakata dalam bahasa Yunani, yaitu *oikos* dan *nomos* yang berarti aturan dalam rumah tangga (RT). Aturan yang dimaksud di sini berkaitan dengan menjaga keseimbangan antara pengeluaran (*spending*) dengan sumber daya (dalam hal ini pendapatan). Jika dikaitkan dengan pengertian ilmu ekonomi, maka konsep aturan RT tersebut berkembang menjadi ilmu yang mengajarkan cara-cara bagaimana manusia berusaha memenuhi kebutuhan yang tidak terbatas (*unlimited needs*) dengan sumber daya yang terbatas (*limited resources*).

Jadi, ada dua kata kunci yang harus diingat dalam ilmu ekonomi, yaitu *unlimited needs* pada satu sisi dan *limited resources* pada sisi yang lain. Ketidakseimbangan kedua sisi tersebut memunculkan masalah ekonomi (*economic problem*). Dengan demikian, dapat dikatakan bahwa ilmu ekonomi adalah ilmu yang berusaha mengatasi masalah ekonomi. Bagaimana kita dapat mengatasi masalah ekonomi tersebut? Pada hakekatnya, kunci untuk mengatasi masalah ekonomi adalah melakukan alokasi sumber daya yang tepat. Karena kebutuhan sifatnya tidak terbatas, maka tidak semua kebutuhan dapat dipenuhi. Oleh karena itu, pilihan (*choices*) menjadi konsekuensi logis dari upaya pemenuhan kebutuhan tersebut.

Bagaimana menentukan pilihan yang tepat? Pada prinsipnya setiap pilihan akan bergerak mengikuti insentif yang ada. Sehingga ilmu ekonomi dapat juga disebut sebagai ilmu yang mempelajari insentif. Jika pilihan itu dilakukan oleh seorang individu, maka disebut dengan pilihan individu. Dan kumpulan individu yang melakukan pilihan disebut dengan pilihan masyarakat.

II.1.1 SCARCITY, CHOICES, DAN OPPORTUNITY COST

a. Kelangkaan (*Scarcity*)

Keterbatasan menyebabkan banyak hal terasa langka (*scarce*). Kelangkaan mencakup kuantitas, kualitas, tempat dan waktu. Sesuatu tidak akan langka kalau jumlah yang tersedia sesuai dengan kebutuhan, berkualitas baik, tersedia di mana saja dan kapan saja. Udara untuk pernafasan manusia, untuk daerah yang masih hijau belum langka, sebab tersedia dalam jumlah yang banyak, tersedia di mana saja dan kapan saja. Karena itulah, tidak dibutuhkan biaya sepeser pun untuk memenuhi kebutuhan tersebut. Berbeda halnya dengan mereka yang tinggal di daerah industri, di mana udara yang bersih tidak tersedia dalam jumlah yang banyak dan berkualitas baik, kapan saja dan di mana saja. Untuk itu, untuk menikmati udara bersih diperlukan biaya.

b. Pilihan-Pilihan (*Choices*)

Dalam setiap masyarakat selalu didapati bahwa kebutuhan manusia tidak terbatas banyaknya. Manusia tidak pernah merasa puas atas apa yang mereka capai dan mereka peroleh. Apabila keinginan sebelumnya telah tercapai, maka muncullah keinginan-keinginan yang lain. Terbatasnya sumber daya

yang tersedia dibandingkan dengan kebutuhan/keinginan menyebabkan manusia harus menentukan pilihan yang bersifat individual maupun kolektif. Pilihan yang bersifat individu misalnya, baju apa yang hendak dipakai hari ini. Pilihan kolektif misalnya, ke mana kita akan pergi piknik hari Sabtu nanti. Selain itu ada juga keputusan yang bersifat kompleks, seperti misalnya mana yang akan kita dahulukan, sekolah yang tinggi, atau cepat bekerja.

c. *Opportunity Cost*

Dalam melakukan pilihan, pasti akan muncul alternatif yang tidak terpilih. Tidak terpenuhinya alternatif yang tidak dipilih merupakan biaya yang muncul akibat dari 'memilih'. Alternatif yang kita pilih adalah pilihan yang terbaik (paling tidak menurut kita). Kita sebut sebagai *1st best alternative*. Alternatif terbaik berikutnya (yang tidak kita pilih) kita sebut sebagai *2nd best alternative*. Kehilangan kesempatan untuk mendapatkan *2nd best alternative* disebut sebagai *opportunity cost*.

Ilmu ekonomi memandang manusia sebagai makhluk rasional. Pilihan yang dibuatnya berdasarkan pertimbangan untung rugi, dengan membandingkan biaya yang harus dikeluarkan dan hasil yang akan diperoleh. Biaya yang dikeluarkan dalam konsep ilmu ekonomi (*economic cost*) berbeda dengan konsep biaya akuntansi (*accounting cost*). Biaya dalam konsep ekonomi memasukkan *opportunity cost* sebagai bagian dari perhitungan biaya. Ilustrasi di bawah ini menggambarkan perbedaan tersebut.

Bagi seorang akuntan, biaya adalah total uang yang dikeluarkan untuk memperoleh atau menghasilkan sesuatu. Misalnya, seseorang melakukan usaha jual beli mobil bekas. Di awal tahun, ia membeli sebuah mobil bekas dengan harga Rp. 70 juta. Mobil itu diperbaiki dengan biaya Rp. 10 juta. Maka total harga perolehan mobil menurut konsep akuntansi adalah Rp. 80 juta. Di akhir tahun, ia menjual mobil tersebut dengan harga Rp. 92 juta. Maka orang tersebut untung Rp.12 juta. Benarkah demikian?

Ekonom melihat dari sudut pandang yang lebih luas, yaitu alternatif penggunaan uang sebesar Rp. 80 juta, jika tidak dipergunakan untuk membeli mobil bekas. Alternatif yang paling umum adalah menyimpannya dalam deposito berjangka. Jika bunga deposito 20% per tahun, di akhir tahun uang pengusaha tersebut menjadi Rp. 96 juta. Jadi, walaupun secara akuntansi ia untung Rp. 12 juta, namun secara ekonomi rugi Rp. 4 juta. Sebab, dengan menyetorkan uangnya, ia memperoleh Rp.4 juta lebih banyak dibanding menjual mobil bekas.

II.1.2 PENAWARAN (*DEMAND*) DAN PENERIMAAN (*SUPPLY*)

Dalam konsep ekonomi mikro terdapat 2 (dua) pelaku ekonomi, yaitu rumah tangga atau *household* (HH) dan perusahaan (*firm*). Masing-masing pelaku memiliki masalah ekonomi. Di sisi HH, sebagai representasi dari konsumen memiliki masalah bagaimana memaksimalkan kepuasan (*utility*) dengan pendapatan (*income*) yang tersedia.

Bagian dari ekonomi mikro yang menganalisis perilaku HH sebagai konsumen dalam upayanya memecahkan problem tersebut disebut dengan teori konsumen. Hasil dari analisis teori konsumen menjadi dasar dari pembentukan permintaan (*demand*) konsumen. Di sisi *firm*, masalah ekonomi yang dihadapi adalah bagaimana meminimumkan biaya produksi (*cost of production*) berdasarkan target produksi yang ditetapkan. Bagian dari ekonomi mikro yang menganalisis perilaku *firm* sebagai produsen dalam upayanya memecahkan masalah tersebut disebut sebagai teori produsen. Hasil dari teori produsen menjadi basis pembentukan penawaran (*supply*) produsen.

a. Permintaan (*Demand*)

Dalam memahami konsep dasar dari permintaan (*demand*), perlu diingat terdapat 2 (dua) konsep yang berbeda namun berkaitan, yaitu jumlah yang diminta (*quantity demanded*) dan permintaan (*demand*).

a.i *Quantity Demanded (Qd)* dan *Demand (D)*

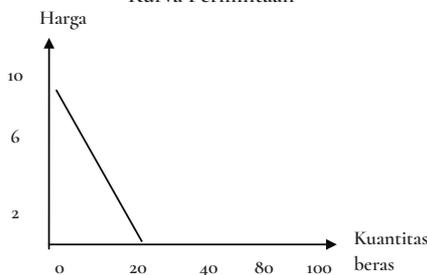
Jumlah yang diminta (*quantity demanded*) adalah “jumlah barang dan jasa yang ingin diminta oleh konsumen pada tingkat harga tertentu”. Kata ‘ingin’ menunjukkan bahwa pembelian belum terjadi dan masih berupa keinginan (*wish*). Hubungan antara harga dan kuantitas bersifat hubungan satu-satu (*one to one relation*). Sedangkan permintaan (*demand*) adalah “jumlah barang dan jasa yang ingin diminta oleh konsumen pada setiap tingkat harga selama periode waktu tertentu pada suatu daerah (geografis) tertentu”. Dari penjelasan tersebut terlihat bahwa permintaan merupakan kumpulan dari *quantity demanded*. Dengan kata lain, *demand curve* akan berisi titik-titik *quantity demanded*.

a.ii Faktor-Faktor Penentu Permintaan

Berapa banyak barang dan jasa yang ingin diminta oleh konsumen tidak hanya dipengaruhi oleh faktor harga saja, melainkan juga oleh beberapa faktor lain. Faktor-faktor penentu permintaan adalah:

1. harga barang itu sendiri,
2. harga barang lain yang terkait,
3. tingkat pendapatan per kapita,
4. selera atau kebiasaan,
5. jumlah penduduk,
6. perkiraan harga di masa mendatang,
7. distribusi pendapatan, dan
8. usaha-usaha produsen meningkatkan penjualan.

Gambar II.1
Kurva Permintaan



b. Penawaran (*supply*)

Analogi dengan konsep permintaan (*demand*) maka dalam memahami penawaran (*supply*) harus diingat dua konsep yang saling berkaitan, yaitu jumlah yang ditawarkan (*quantity supplied*) dan penawaran (*supply*).

b.i *Quantity Supplied (Qs)* dan *Supply (S)*

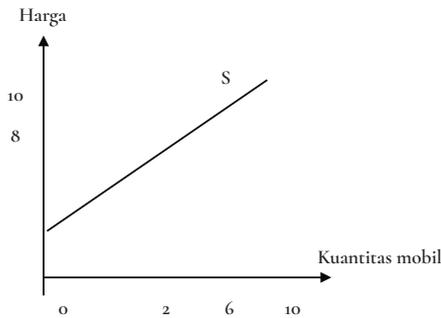
Jumlah yang ditawarkan (*quantity supplied*) adalah “jumlah barang dan jasa yang ingin ditawarkan oleh produsen pada tingkat harga tertentu”. Sedangkan penawaran (*supplied*) adalah “jumlah barang dan jasa yang ingin ditawarkan oleh produsen pada setiap tingkat harga selama periode waktu tertentu pada suatu daerah (geografis) tertentu”.

b.ii Faktor-Faktor Penentu Penawaran

Berapa banyak barang dan jasa yang ingin ditawarkan oleh produsen tidak hanya dipengaruhi oleh faktor harga saja, melainkan juga oleh beberapa faktor lain. Faktor-faktor penentu penawaran adalah:

1. harga barang itu sendiri,
2. harga faktor produksi,
3. teknologi produksi,
4. jumlah pedagang/penjual, dan
5. kebijakan pemerintah.

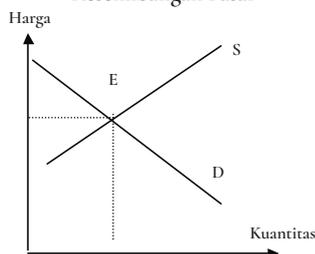
Gambar II.2
Kurva Penawaran



b.iii Penentuan Harga Keseimbangan

Harga keseimbangan adalah harga di mana baik konsumen maupun produsen sama-sama tidak ingin menambah atau mengurangi jumlah yang dikonsumsi dan dijual. Atau dengan kata lain, Jumlah yang diminta sama dengan jumlah yang ditawarkan ($Q_d = Q_s$). Jika harga di bawah harga keseimbangan, terjadi kelebihan permintaan (*excess demand*). Sebab jumlah yang diminta akan meningkat, dan sedangkan jumlah yang ditawarkan menjadi berkurang. Sebaliknya jika harga melebihi harga keseimbangan, terjadi kelebihan penawaran, di mana jumlah yang ditawarkan meningkat, jumlah yang diminta menurun.

Gambar II.3
Keseimbangan Pasar



II.1.3 KONSEP BIAYA

Pengertian biaya dalam ilmu ekonomi adalah biaya kesempatan. Konsep ini dipakai dalam analisis teori biaya produksi. Berkaitan dengan konsep tersebut, kita mengenal biaya eksplisit (*explicit cost*) dan biaya implisit (*implicit cost*). Biaya eksplisit adalah biaya-biaya yang secara eksplisit terlihat, terutama melalui laporan keuangan. Biaya listrik, telepon dan air, demikian juga pembayaran upah buruh dan gaji karyawan merupakan biaya eksplisit. Kita dapat melihatnya dalam laporan keuangan. Biaya implisit adalah biaya kesempatan (*opportunity cost*).

a. Biaya Tenaga Kerja

Biaya tenaga kerja adalah biaya yang harus dikeluarkan untuk menggunakan tenaga kerja per orang per satuan waktu. Harga tenaga kerja adalah upahnya (per jam atau per hari). Bagi ekonom upah pekerja adalah biaya eksplisit, dengan asumsi upah yang dibayarkan adalah sama besar dengan upah yang diterima tenaga kerja bila bekerja di tempat yang lain. Asumsi ini terpenuhi di pasar tenaga kerja persaingan sempurna.

b. Biaya Barang Modal

Ada perbedaan konsep antara ekonom dan akuntan dalam perhitungan biaya barang modal. Akuntan menggunakan konsep biaya historis (*historical cost*). Itu sebabnya dalam laporan akuntansi, nilai barang modal harus disusutkan (*depreciation cost*). Ekonom melihat biaya barang modal sebagai biaya implisit. Biaya ekonomi penggunaan barang modal bukanlah berapa besar uang yang harus dikeluarkan untuk menggunakannya, melainkan berapa besar pendapatan yang diperoleh bila mesin disewakan kepada pengusaha lain. Karena itu biaya barang modal diukur dengan harga sewa mesin.

c. Biaya Kewirausahaan

Wirausahawan (pengusaha) adalah orang yang mengombinasikan berbagai faktor produksi untuk ditransformasi menjadi *output* berupa barang dan jasa. Dalam upaya tersebut, dia harus menanggung resiko kegagalan. Atas keberanian menanggung resiko, pengusaha mendapat balas jasa berupa laba. Makin besar (tinggi) risikonya, laba yang diharapkan harus makin besar. Begitu juga sebaliknya. Pengertian laba yang digunakan ekonom adalah laba ekonomi (*economic profit*), yaitu kelebihan pendapatan yang diperoleh dibanding jika memilih alternatif lain.

c.i *Fixed Cost* dan *Variable Cost*

Biaya total (*total cost*) sama dengan biaya tetap ditambah biaya variabel. Biaya tetap (*fixed cost*) adalah biaya yang besarnya tidak tergantung pada jumlah produksi, contohnya biaya barang modal, gaji pegawai, bunga pinjaman, sewa gedung kantor. Biaya variabel (*variable cost*) adalah biaya yang besarnya tergantung pada tingkat produksi, contohnya upah buruh, biaya bahan baku.

$$TC = TFC + TVC$$

di mana:

TC = biaya total jangka pendek

TFC = biaya tetap jangka pendek

TVC = biaya variabel jangka pendek

TFC bernilai konstan yang artinya bahwa besarnya biaya tetap tidak tergantung pada jumlah produksi. Sementara TVC menunjukkan hubungan terbalik antara tingkat produktivitas dengan besarnya biaya.

c.ii *Average Cost (AC)*

Biaya rata-rata adalah biaya yang harus dikeluarkan untuk memproduksi satu unit *output*. Besarnya biaya rata-rata adalah biaya total dibagi jumlah *output*. Karena dalam jangka pendek $TC = TFC + TVC$, maka biaya rata-rata (*average cost*) sama dengan biaya tetap rata-rata (*average fixed cost*) ditambah biaya variabel rata-rata (*average variable cost*).

$$AC = AFC + AVC$$

atau

$$\frac{TC}{Q} = \frac{FC}{Q} + \frac{VC}{Q}$$

di mana:

AC = biaya rata-rata jangka pendek

AFC = biaya tetap rata-rata jangka pendek

AVC = biaya variabel rata-rata jangka pendek

Nilai AFC akan semakin menurun bila produksi ditambah. Nilai AVC pada tahap awal produksi akan mengalami penurunan, namun pada tahap penggunaan kapasitas secara penuh, nilai AVC akan mulai meningkat. Pola ini berkaitan dengan hukum *Law of Diminishing Return (LDR)*.

c.iii *Marginal Cost (MC) /Biaya Marjinal*

Hal penting di antara semua komponen biaya adalah konsep biaya marjinal, yakni naiknya biaya total yang disebabkan oleh produksi satu unit *output*. Sebagai contoh diumpamakan sebuah perusahaan menghasilkan 1.000 unit *output* per periode dan memutuskan untuk menaikkan tingkat produksi menjadi 1.001. Menghasilkan satu unit ekstra akan meningkatkan biaya dan kenaikan tersebut (artinya, biaya memproduksi unit yang ke 1001 itu) merupakan biaya marjinal.

II.2 KONSEP DASAR PERSAINGAN DALAM ILMU EKONOMI

II.2.1 STRUKTUR PASAR

Secara sederhana, struktur pasar dapat diberikan pengertian sebagai kondisi lingkungan di mana perusahaan melakukan aktivitasnya sebagai produsen. Terdapat 4 (empat) bentuk struktur pasar dalam teori ekonomi dasar, yaitu:

- Pasar Persaingan Sempurna (*Perfect Competition*),
- Pasar Persaingan Monopolistis (*Monopolistic Competition*),
- Pasar Oligopoli (*Oligopoly*), dan
- Pasar Monopoli (*Monopoly*).

Perbedaan keempat struktur pasar tersebut disebabkan adanya perbedaan *degree of market power* (kekuatan pasar) yaitu kemampuan satu perusahaan dalam mempengaruhi harga keseimbangan (harga pasar). Perbedaan tersebut diakibatkan perbedaan karakteristik yang terdapat di masing-masing struktur pasar. Karakteristik atau ciri yang menandai suatu pasar akan diuraikan dalam sub-bagian ini.

a. Pasar Persaingan Sempurna

Secara teoritis ada dua kondisi ekstrim posisi perusahaan dalam pasar. Ekstrim pertama, perusahaan berada dalam pasar persaingan sempurna (*perfect competition*), di mana jumlah perusahaan begitu banyak dan tidak ada perusahaan yang mampu untuk mempengaruhi harga pasar. Perusahaan dapat melakukan adalah menyesuaikan jumlah *output* agar mencapai laba maksimum. Ekstrim kedua adalah hanya ada satu perusahaan sebagai produsen di pasar (monopoli). Dalam posisi ini perusahaan mampu mempengaruhi harga dan jumlah *output* dalam pasar.

Namun kedua kondisi ekstrim tersebut jarang sekali terjadi. Umumnya terdapat dua kondisi peralihan antara ekstrim persaingan sempurna dan monopoli. Kondisi pertama adalah perusahaan bersaing, tetapi masing-masing mempunyai daya monopoli (terbatas terhadap karakteristik kecil dari produk). Kondisi ini disebut persaingan monopolistik (*monopolistic competition*). Kondisi kedua adalah dalam pasar hanya ada beberapa produsen yang jika bekerja sama mampu menghasilkan daya monopoli. Kondisi tersebut dikenal sebagai oligopoli (*oligopoly*).

Karakteristik pasar persaingan sempurna dapat dijelaskan sebagai berikut. Dalam pasar persaingan sempurna, jumlah perusahaan sangat banyak dan kemampuan setiap perusahaan dianggap sedemikian kecilnya, sehingga tidak mampu mempengaruhi pasar. Tetapi hal itu belum lengkap, masih diperlukan beberapa karakteristik (syarat) agar sebuah pasar dapat dikatakan pasar persaingan sempurna. Lengkapnya, karakteristik pasar persaingan sempurna adalah:

1. Banyak Penjual dan Pembeli (*Many Sellers and Buyers*)

Jumlah perusahaan yang sangat banyak mengandung asumsi implisit bahwa *output* sebuah perusahaan relatif kecil dibanding *output* pasar (*small relatively output*). Semua perusahaan dalam industri (pasar) dianggap memproduksi efisien (biaya rata-rata terendah), baik dalam jangka pendek maupun jangka panjang. Kendatipun demikian jumlah *output* setiap perusahaan secara individu dianggap relatif kecil dibanding jumlah *output* seluruh perusahaan dalam industri.

2. Produknya Homogen (*Homogenous Product*)

Yang dimaksud dengan produk yang homogen adalah produk yang mampu memberikan kepuasan (utilitas) yang sama kepada konsumen tanpa perlu mengetahui siapa produsennya. Konsumen tidak membeli merek barang tetapi kegunaan barang. Karena itu semua perusahaan dianggap mampu memproduksi barang dan jasa dengan kualitas dan karakteristik yang sama.

3. Bebas Masuk dan Keluar Pasar (*Free Entry and Free Exit*)

Pemikiran yang mendasari asumsi ini adalah dalam pasar persaingan sempurna faktor produksi mobilitasnya tidak terbatas dan tidak ada biaya yang harus dikeluarkan untuk memindahkan faktor produksi. Pengertian mobilitas mencakup pengertian geografis dan antara pekerjaan. Maksudnya faktor produksi seperti tenaga kerja mudah dipindahkan dari satu tempat ke tempat lainnya atau dari satu pekerjaan ke pekerjaan lainnya, tanpa biaya. Hal tersebut menyebabkan perusahaan untuk masuk keluar pasar. Jika perusahaan tertarik di satu industri (dalam industri masih memberikan laba), dengan segera dapat masuk. Bila tidak tertarik lagi atau gagal, dengan segera dapat keluar.

4. Informasi Sempurna (*Perfect Knowledge*)

Para pelaku ekonomi (konsumen dan produsen) memiliki pengetahuan sempurna tentang harga produk dan *input* yang dijual. Dengan demikian konsumen tidak akan mengalami perlakuan harga jual yang berbeda dari satu perusahaan dengan perusahaan lainnya. Dari siapa pun produk dibeli, harga yang berlaku adalah sama. Demikian halnya dengan perusahaan, hanya akan menghadapi satu harga yang sama dari berbagai pemiliki faktor produksi.

Keempat karakteristik tersebut menimbulkan satu konsekuensi logis, yaitu perusahaan di pasar tidak dapat menentukan harga sendiri. Perusahaan menjual produknya dengan berpatokan pada harga yang ditetapkan pasar. Setiap perusahaan hanya akan menerima harga yang ditentukan pasar (*price taker*). Hal yang dapat dilakukan perusahaan adalah menyesuaikan jumlah *output* untuk mencapai laba maksimum

Dalam dunia nyata tidak ada bentuk pasar berstruktur pasar persaingan sempurna, di mana perusahaan-perusahaan kecil yang menghasilkan barang homogen dan memenuhi semua karakteristik sebagaimana diauraikan di atas. Namun demikian, menilik karakteristiknya, ada beberapa industri yang mendekati bentuk pasar persaingan sempurna, seperti industri tempe, tahu, kerupuk putih, dan jasa fotokopi dan beberapa pasar produk pertanian.

b. Pasar Monopoli

Suatu industri dikatakan berstruktur monopoli (*monopoly*) bila hanya ada satu produsen atau penjual (*single firm*) tanpa pesaing langsung atau tidak langsung, baik nyata maupun potensial. *Output* yang dihasilkan tidak mempunyai substitusi terdekat (*no close substitute*). Perusahaan tidak memiliki pesaing karena adanya hambatan (*barriers to entry*) bagi perusahaan lain untuk memasuki industri yang bersangkutan. Dilihat dari penyebabnya, hambatan masuk dikelompokkan menjadi hambatan teknis (*technical barriers to entry*) dan hambatan legalitas (*legal barrier to entry*).

b.i Hambatan Teknis (*Technical Barriers To Entry*)

Ketidakmampuan bersaing secara teknis menyebabkan perusahaan lain sulit bersaing dengan perusahaan yang sudah ada (*existing firm*). Keunggulan secara teknis ini disebabkan oleh beberapa hal:

1. Perusahaan memiliki kemampuan dan atau pengetahuan khusus (*special knowledge*) yang memungkinkan berproduksi secara efisien.
2. Tingginya tingkat efisiensi memungkinkan perusahaan monopolis mempunyai kurva biaya (MC dan AC) yang menurun. Makin besar skala produksi, biaya marjinal makin menurun, sehingga biaya produksi per unit (AC) makin rendah (*decreasing MC and AC*).
3. Perusahaan memiliki kemampuan kontrol sumber faktor produksi, baik berupa sumber daya alam, sumber daya manusia maupun lokasi produksi. Kelompok konglomerat di Indonesia mempunyai kemampuan monopoli secara teknis, karena mampu mengontrol faktor produksi berupa bahan baku (misalnya batu kapur untuk pabrik semen). Selain untuk bahan baku, faktor produksi yang dimonopoli konglomerat adalah SDM berkualitas, di mana tamatan-tamatan universitas top di Indonesia kebanyakan bekerja di perusahaan konglomerat, dibanding perusahaan kecil. Lokasi produksi yang khusus juga menyebabkan perusahaan memiliki kemampuan teknis (biaya transportasi yang sangat rendah) yang menyebabkan daya monopoli.

b.ii Hambatan Legalitas (*Legal Barriers To Entry*)

1. Undang-Undang dan Hak Khusus

Tidak semua perusahaan mempunyai daya monopoli karena kemampuan teknis. Dalam kehidupan kita sehari-hari kita menemukan perusahaan-perusahaan yang tidak efisien tetapi memiliki daya monopoli. Hal itu dimungkinkan karena secara hukum mereka diberi hak monopoli (*legal monopoly*). Di Indonesia, badan-badan usaha milik negara (BUMN) banyak yang memiliki daya monopoli karena undang-undang. Berdasarkan undang-undang tersebut, mereka memiliki hak khusus (*special franchise*) untuk mengelola industri tertentu.

2. Hak Paten (*Patent Right*) atau Hak Cipta

b.iii Karakteristik Pasar Monopoli

Pasar monopoli mempunyai mempunyai beberapa karakteristik khusus seperti yang diuraikan di bawah ini:

1. Pasar monopoli adalah industri satu perusahaan

Sifat ini sesuai dengan definisi dari monopoli yaitu struktur pasar atau industri di mana terdapat hanya seorang penjual saja. Dengan demikian barang atau jasa yang dihasilkannya tidak dapat dibeli di tempat lain. Para pembeli tidak mempunyai pilihan lain, kalau mereka menginginkan barang tersebut, maka mereka harus membeli dari perusahaan tersebut. Syarat-syarat penjualan tersebut sepenuhnya ditentukan oleh pengusaha monopoli itu, dan para pembeli tidak dapat berbuat sesuatu apa pun di dalam menentukan syarat jual beli.

2. Tidak memiliki barang substitusi yang mirip

Barang yang dihasilkan perusahaan monopoli tidak dapat disubstitusikan oleh barang lain yang ada dalam perekonomian. Barang tersebut merupakan satu-satunya jenis barang yang seperti itu. Kemiripan atau persamaan dengannya dari segi kegunaan tidak ada sama sekali. Aliran listrik sampai saat ini adalah contoh dari barang pengganti yang “mirip”, yang ada hanyalah barang substitusi yang sangat berbeda sifatnya, yaitu lampu minyak. Lampu minyak tidak dapat mensubstitusikan listrik karena ia tidak dapat digunakan untuk menghidupkan televisi atau memanaskan setrika/gosokan.

3. Tidak terdapat kemungkinan untuk masuk ke dalam pasar

Sifat ini merupakan sebab utama yang menimbulkan perusahaan yang mempunyai kekuasaan monopoli. Tanpa sifat ini pasar monopoli tidak akan terwujud, karena tanpa adanya hambatan tersebut pada akhirnya akan terdapat beberapa perusahaan dalam industri. Keuntungan perusahaan monopoli akan menarik pengusaha-pengusaha lain ke dalam industri tersebut. Adanya hambatan masuk yang sangat tinggi menghindarkan berlakunya keadaan yang seperti itu.

4. Dapat menguasai penentuan harga

Oleh karena perusahaan monopoli merupakan satu-satunya penjual di dalam pasar, maka penentuan harga dapat dikuasainya. Oleh sebab itu perusahaan monopoli dipandang sebagai penentu harga atau *price setter*. Dengan mengadakan pengendalian ke atas produksi dan jumlah barang yang ditawarkan, perusahaan monopoli dapat menentukan harga pada tingkat yang dikehendakinya.

5. Promosi kurang diperlukan

Oleh karena perusahaan monopoli adalah satu-satunya perusahaan di dalam industri, ia tidak perlu melakukan promosi penjualan secara iklan. Ketiadaan saingan menyebabkan semua pembeli yang memerlukan barang yang diproduksi oleh perusahaan monopoli tersebut. Kalaupun perusahaan monopoli membuat iklan, iklan tersebut bukanlah bertujuan untuk menarik pembeli, tetapi untuk memelihara hubungan baik dengan masyarakat.

c. Pasar Persaingan Monopolistik

Struktur pasar persaingan monopolistik (*monopolistic competition*) adalah struktur pasar yang memiliki kedekatan karakteristik dengan pasar persaingan sempurna. Namun setiap perusahaan di pasar tidak hanya menerima harga yang berlaku di pasar, melainkan mampu menentukan sendiri harga untuk setiap produk yang dihasilkan. Kemampuan menentukan harga sendiri ini muncul dikarenakan perusahaan tidak memproduksi barang yang homogen, melainkan memproduksi barang yang memiliki karakteristik berbeda dengan produk perusahaan lain. Perbedaan jenis produk yang dihasilkan ini yang menjadi pembeda utama antara struktur pasar persaingan monopolistik dengan pasar persaingan sempurna.

Karakteristik pasar persaingan monopolistik adalah:

1. Banyak Penjual (*Many Sellers*)

Seperti di struktur pasar persaingan sempurna, pasar persaingan monopolistik juga ditandai oleh jumlah perusahaan yang banyak. Tidak ada ukuran yang bisa digunakan untuk memberi batasan seberapa banyak itu 'banyak'? (*how much is 'many'?*). namun satu hal yang bisa dikatakan bahwa jumlah perusahaan di pasar cukup banyak sehingga pangsa satu perusahaan relatif kecil dibanding total.

2. Produknya Terdifferensiasi (*Differentiated Product*)

Yang dimaksud dengan produk yang terdifferensiasi adalah produk yang memiliki perbedaan karakteristik dengan produk sejenis lain. Perbedaan karakteristik ini mengakibatkan mulai munculnya preferensi konsumen terhadap produk tertentu relatif terhadap produk yang lain. Munculnya preferensi konsumen ini menandakan bahwa produk tersebut tidak lagi bisa digantikan secara sempurna oleh produk lain. Akibatnya konsumen rela untuk membayar lebih mahal produk yang sesuai dengan preferensinya tersebut. Namun, tingkat differensiasi di pasar persaingan monopolistik masih relatif rendah, sehingga tingkat substitusi di antara produk-produk di pasar masih cukup tinggi.

3. Bebas Masuk dan Keluar Pasar (*Free Entry and Free Exit*)

Masih sama dengan struktur pasar persaingan sempurna, jika perusahaan di pasar sedang mendapatkan keuntungan hal itu akan segera mengundang masuknya perusahaan-perusahaan baru ke dalam pasar. Perusahaan baru tersebut dengan mudah masuk ke dalam pasar tanpa harus mengeluarkan biaya (*no entry cost*). Begitu pula ketika perusahaan sedang mengalami kerugian, dengan mudah mereka akan keluar dari pasar.

Perbedaan utama antara struktur pasar persaingan monopolistik dengan pasar persaingan sempurna terletak pada jenis produk yang dihasilkan. Dengan memproduksi produk yang terdifferensiasi, perusahaan mampu menentukan harga untuk masing-masing produknya.

Dengan demikian perusahaan di struktur pasar persaingan monopolistik sudah memiliki *market power* atau kekuatan untuk mempengaruhi harga keseimbangan.

d. Pasar Oligopoli

Teori oligopoli memiliki sejarah yang cukup panjang. Istilah *oligopoly* pertama kali digunakan oleh Sir Thomas Moore dalam karyanya pada tahun 1916, yaitu "Utopia"²⁷. Dalam karya tersebut dikatakan bahwa harga tidak harus berada pada tingkat kompetisi ketika perusahaan di pasar lebih dari satu. Sedangkan teori oligopoli pertama kali diformalkan oleh Augustin Cournot pada tahun 1838 melalui karyanya "*Recherches sur les principes mathematiques de la theorie des richesses*". Lima puluh tahun kemudian, teori tersebut dibantah oleh Bertrand. Meskipun menuai banyak kritik, namun hingga kini teori Cournot tetap dianggap sebagai *benchmark* bagi teori-teori oligopoli lainnya.

Karakteristik pasar oligopoli adalah sebagai berikut:

1. Terdapat Beberapa Penjual (*Few Sellers*)

Hanya terdapat beberapa penjual yang ada di pasar. Hal ini menunjukkan bahwa pangsa pasar masing-masing perusahaan di pasar cukup signifikan. Jumlah perusahaan yang lebih sedikit dibanding pasar persaingan sempurna ataupun persaingan monopolistik disebabkan oleh terdapatnya hambatan masuk ke dalam pasar.

2. Saling Ketergantungan (*Interdependence*)

Pada struktur pasar persaingan sempurna maupun persaingan monopolistik, keputusan perusahaan atas harga dan kuantitas hanya mempertimbangkan tingkat permintaan di pasar dan biaya produksi yang dikeluarkan. Sementara di pasar oligopoli, keputusan strategis perusahaan sangat ditentukan oleh perilaku strategis perusahaan lain yang ada di pasar.

II.2.2 KEBIJAKAN PERSAINGAN

a. Efisiensi Ekonomi

Dari keempat struktur pasar yang ada, struktur pasar yang paling 'ideal' adalah struktur pasar persaingan sempurna. Dalam struktur pasar persaingan sempurna kinerja pasar akan optimal. Optimal dalam hal ini adalah efisiensi yang dihasilkan oleh pasar tersebut, yaitu efisiensi alokatif dan efisiensi produktif. Struktur pasar persaingan sempurna merupakan satu-satunya pasar di mana kedua efisiensi tersebut tercapai sekaligus.

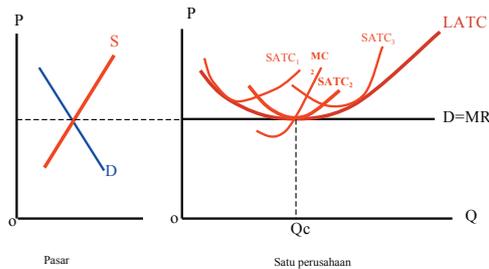
Efisiensi alokatif adalah suatu kondisi di mana pengalokasian sumber daya telah sesuai dengan peruntukannya yang diindikasikan oleh kondisi ketika tingkat harga ($Price=P$) sama dengan biaya marjinal secara ekonomi ($Marginal Cost=MC$). Sedangkan efisiensi produktif adalah suatu kondisi di mana perusahaan memproduksi barang dan jasa dengan biaya yang paling rendah atau tingkat produksi yang paling efisien, yang diindikasikan oleh kondisi di mana tingkat produksi berada pada tingkat biaya rata-rata per unit ($Average Cost=AC$ atau $Average Total Cost=ATC$) yang paling rendah. Dengan demikian, dalam jangka panjang, di dalam pasar persaingan sempurna akan tercapai kondisi efisiensi ekonomi (*economic efficiency*) yaitu ketika efisiensi alokatif dan efisiensi produktif tercapai, yang dapat ditunjukkan oleh persamaan di bawah ini:

²⁷ Carl Shapiro, *Theories of Oligopoly Behavior*, di dalam *Handbook of Industrial Economics*, R.Schmalensee, R.D. Willig, (Eds.), Vol. 2. North-Holland, Amsterdam, 1989, hal. 303.

$$P = MC = AC \text{ min} = SATC = LATC$$

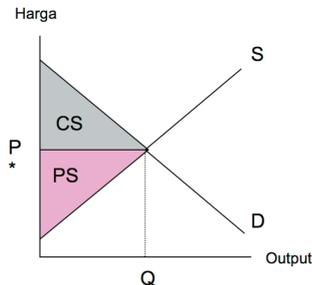
Di mana SATC dan LATC menunjukkan biaya rata-rata per unit di dalam jangka pendek (*short run*) dan jangka panjang (*long run*). Secara grafis kondisi tersebut dapat ditunjukkan dalam gambar II.4. Secara sosial, kinerja yang dihasilkan oleh struktur pasar persaingan sempurna juga sangat baik (*desirable*). Dengan tercapainya efisiensi alokatif dan efisiensi produktif, maka kesejahteraan (*welfare*) pasar juga akan optimal. Kesejahteraan pasar diukur dari keuntungan yang diperoleh konsumen atau yang sering disebut dengan surplus konsumen (*consumer surplus*), dan keuntungan yang diperoleh produsen atau disebut dengan surplus produsen (*producer surplus*).

Gambar II.4
Keseimbangan Jangka Panjang Pasar Persaingan Sempurna



Surplus konsumen adalah selisih antara harga maksimum yang bersedia dibayar oleh konsumen (*willingness to pay*) dengan harga yang benar-benar dibayar oleh konsumen. Surplus produsen adalah selisih antara harga minimum yang bersedia diterima oleh produsen (sebesar biaya marjinalnya) dengan harga yang benar-benar diterima oleh produsen. Total surplus yang ada di pasar adalah penjumlahan surplus konsumen dan produsen. Hal ini dapat dilihat pada gambar II.5.

Gambar II.5
Kesejahteraan di Pasar (*Total Welfare*)



b. Kebijakan Persaingan dan Intervensi Pemerintah

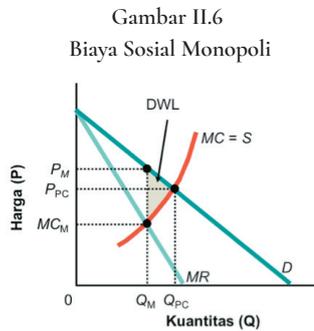
Apabila struktur pasar bersifat tidak sempurna (*imperfect market*), atau ketika pasar berbentuk monopoli, maka akan terjadi inefisiensi ekonomi. Hal ini terjadi karena ketika perusahaan monopoli mengenakan harga yang tinggi –dengan cara mengurangi jumlah produksi– surplus konsumen akan berkurang karena sebagian diambil oleh produsen. Namun tidak semua surplus konsumen berpindah ke produsen, hal ini menjadi kerugian yang harus ditanggung perekonomian. Selain itu,

karena perusahaan monopoli memproduksi lebih sedikit dari produksi pasar persaingan sempurna, maka terdapat surplus produsen yang hilang yang juga menjadi kerugian yang harus ditanggung perekonomian. Sehingga secara keseluruhan jumlah surplus konsumen ditambah surplus produsen di pasar monopoli menjadi lebih sedikit dibanding kondisi di pasar persaingan sempurna.

Kerugian yang ditanggung oleh perekonomian akibat perilaku perusahaan monopoli tersebut disebut dengan *deadweight loss* (DWL). DWL ini menunjukkan adanya penurunan kesejahteraan di pasar. Pada gambar II.6 dapat dilihat besarnya DWL yang muncul akibat perilaku monopoli. Karena kesejahteraan di pasar turun, maka pasar menjadi tidak efisien (dibanding pasar persaingan sempurna). Inefisiensi yang terjadi di pasar monopoli ini adalah biaya yang harus ditanggung perekonomian (biaya sosial).

Terjadinya inefisiensi ekonomi disebut sebagai kegagalan pasar (*market failure*). Selain dari bentuk pasar yang tidak sempurna, kegagalan pasar juga terjadi karena adanya eksternalitas, barang publik, dan informasi yang tidak simetris.

Ketika terjadi kegagalan pasar, maka muncul rasionalitas akan perlunya intervensi dari pihak pemerintah. Dengan demikian, ketika pasar menjadi tidak sempurna, maka pemerintah dapat turun tangan untuk mengintervensi kegagalan pasar yang terjadi. Diharapkan, intervensi pemerintah tersebut dapat mengarahkan pasar menjadi lebih 'baik' atau dalam pengertian sebelumnya membuat pasar menjadi lebih efisien secara ekonomi.



Kebijakan persaingan (*competition policy*) merupakan salah satu bentuk intervensi pemerintah di pasar selain dari regulasi ekonomi. Perbedaannya terletak pada subjek yang dituju, di mana regulasi ekonomi mengintervensi secara langsung keputusan perusahaan, seperti berapa harga yang harus ditetapkan, dan berapa banyak kuantitas yang harus disediakan. Sedangkan kebijakan persaingan merupakan bentuk intervensi secara tidak langsung, karena yang dituju adalah perilaku perusahaan.

Selain untuk meningkatkan efisiensi ekonomi yang relatif bebas nilai –tidak memihak kepada konsumen atau produsen– kebijakan persaingan juga dapat bertujuan untuk melindungi kepentingan konsumen di pasar atau meningkatkan kesejahteraan konsumen. Hal ini mengingat dalam dunia nyata sering kali dalam bentuk pasar yang tidak sempurna, konsumen merupakan pihak yang dirugikan. Kerugian konsumen tersebut tergambar dalam bentuk surplus konsumen yang berkurang karena diambil (*captured*) oleh produsen.

Dibanding pengukuran inefisiensi ekonomi yang ditunjukkan oleh berkurangnya kesejahteraan pasar (*deadweight loss*), pengukuran berkurangnya kesejahteraan konsumen relatif lebih mudah dilakukan, sehingga dalam praktiknya kebijakan persaingan sering kali lebih ditujukan kepada peningkatan kesejahteraan konsumen.

Bagaimana kebijakan persaingan dapat mencapai tujuan tersebut? Secara teoritis mekanisme yang diperlukan untuk mencapai tujuan tersebut adalah dengan meningkatkan proses persaingan (*competitive process*) yang ada di pasar. Namun, jika kita berdiri di landasan pasar persaingan sempurna, terjadinya inefisiensi ekonomi atau berkurangnya kesejahteraan konsumen disebabkan oleh intervensi pihak luar (baca: pemerintah) dan perilaku antipersaingan yang dilakukan oleh pelaku ekonomi di pasar (baca: produsen).

Oleh karena itu, alih-alih mendorong proses persaingan di pasar, kebijakan persaingan lebih memilih mekanisme membatasi perilaku atau praktik yang bersifat antipersaingan di pasar. Memperbaiki atau merubah struktur pasar ke arah struktur pasar persaingan sempurna dapat membuat pasar menjadi lebih baik. Perbaikan dari sisi struktur (misalnya membatasi atau melarang kepemilikan dominan) akan dapat mengurangi praktik-praktik antipersaingan. Kebijakan persaingan juga diarahkan untuk membatasi perilaku penyalahgunaan (*abusive*) yang dilakukan oleh perusahaan, terutama perusahaan dominan. Persaingan juga diarahkan untuk membatasi dan mengurangi hambatan untuk masuk ke dalam pasar. Selain hambatan yang dilakukan oleh perusahaan dominan di pasar, hambatan masuk ke pasar juga sering kali bersumber dari regulasi pemerintah. Sehingga kebijakan persaingan diharapkan dapat menjadi konsideran utama bagi pemerintah ketika akan mengeluarkan regulasi yang berpotensi menimbulkan dampak di pasar.

Secara umum kebijakan persaingan terdiri dari dua elemen, yaitu:

1. hukum persaingan usaha (*competition law*), dan
2. advokasi persaingan (*competition advocacy*).

Advokasi persaingan juga merupakan bagian penting dari kebijakan persaingan, terutama implementasi kebijakan persaingan di negara berkembang, yang membutuhkan pemahaman dari semua pihak, termasuk pihak pemerintah.

Penegakan hukum persaingan usaha dan kegiatan advokasi persaingan tidak dapat mencapai tujuan kebijakan persaingan secara instan, melainkan membutuhkan proses, yang terkadang memakan waktu bertahun-tahun. Oleh karena itu dampak positif yang ditimbulkan oleh kebijakan persaingan tidak dapat dilihat hanya dari hasil akhir (*final outcome*), melainkan juga dari perubahan kecenderungan perilaku dari pelaku di pasar, yang merupakan bagian dari proses.

c. Persaingan Usaha dalam Rencana pembangunan Jangka Menengah Nasional (RPJMN)

RPJMN Tahap III (periode 2015-2019) bertujuan untuk lebih memantapkan pembangunan secara menyeluruh di berbagai bidang dengan menekankan pencapaian daya saing kompetitif perekonomian berlandaskan keunggulan sumber daya alam dan sumber daya manusia yang berkualitas serta kemampuan ilmu pengetahuan dan teknologi yang terus meningkat. Untuk mewujudkan tujuan tersebut, salah satu isu strategis yang akan diraih dalam RPJMN III ini adalah tercapainya kondisi kemandirian ekonomi²⁸. Peningkatan iklim persaingan usaha menjadi salah satu agenda penting dalam upaya mewujudkan kemandirian ekonomi tersebut.

Salah satu arah kebijakan dan strategi pembangunan dalam rangka mewujudkan kemandirian ekonomi adalah penguatan nilai-nilai persaingan usaha yang sehat di kalangan pelaku ekonomi, pemerintah dan masyarakat untuk mencegah praktik monopoli yang menyebabkan kegiatan usaha tidak sehat dan ekonomi tidak efisien melalui pendidikan formal dan nonformal untuk mendorong internalisasi nilai-nilai persaingan usaha yang sehat, penyusunan peraturan perundang-

²⁸ Rencana Strategis (Renstra) KPPU 2015-2019, hal. 1.

undangan sebagai landasan hukum dalam pengembangan kebijakan, serta pembentukan mekanisme harmonisasi kebijakan persaingan usaha yang sehat²⁹.

Pada RPJMN Tahun 2015-2019, daya saing Indonesia dipandang masih rendah. Rendahnya daya saing ini disebabkan masih terjadinya praktik ekonomi yang kurang efisien dan produktivitas yang rendah serta inovasi yang tertinggal. Salah satu agenda pembangunan nasional di dalam RPJMN Tahap III adalah Meningkatkan Produktivitas Rakyat dan Daya Saing Internasional, di mana salah satu subagenda prioritas adalah Penguatan Investasi.

Penguatan investasi ditempuh melalui dua pilar kebijakan yaitu:

1. Peningkatan iklim investasi dan iklim usaha untuk meningkatkan efisiensi proses perijinan bisnis; dan
2. Peningkatan investasi yang inklusif terutama dari investor domestik.

Arah kebijakan yang ditempuh dalam pilar pertama penguatan investasi adalah menciptakan iklim investasi dan iklim usaha yang lebih berdaya saing, baik di tingkat pusat maupun daerah, yang dapat meningkatkan efisiensi proses perijinan, meningkatkan kepastian berinvestasi dan berusaha di Indonesia, serta mendorong persaingan usaha yang lebih sehat dan berkeadilan³⁰. Dalam RPJMN Tahap III ini, persaingan usaha menjadi konsep yang secara eksplisit tertuang di dalam dokumen perencanaan pembangunan nasional sehingga upaya peningkatan nilai-nilai persaingan usaha yang sehat di dalam perekonomian tidak lagi menjadi sebatas ruang lingkup tugas dan wewenang Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) saja.

Strategi yang ditempuh dalam rangka penguatan investasi di antaranya adalah peningkatan persaingan usaha yang sehat melalui pencegahan dan penegakan hukum persaingan usaha dalam rangka penciptaan kelembagaan ekonomi yang mendukung iklim persaingan usaha yang sehat, penyehatan struktur pasar serta penguatan sistem logistik nasional yang bertujuan untuk menciptakan efisiensi yang berkeadilan.

Secara kelembagaan, pentingnya persaingan usaha yang sehat di dalam perencanaan pembangunan nasional juga diikuti dengan penguatan kelembagaan KPPU di mana dalam salah satu prioritas penguatan kelembagaan dalam rangka peningkatan produktivitas rakyat dan daya saing di pasar internasional adalah penguatan kelembagaan KPPU guna upaya penegakan hukum persaingan maupun internalisasi nilai persaingan usaha, pengawasan pelaku usaha, harmonisasi kebijakan maupun internalisasi nilai-nilai yang sehat di kalangan pelaku ekonomi, pemerintah dan masyarakat.

II.3 PARADIGMA DALAM ORGANISASI INDUSTRI

Organisasi Industri adalah ilmu yang berusaha menerangkan bagaimana melihat, menganalisa dan menjelaskan motivasi dan kendala yang dihadapi suatu perusahaan sebagai konsekuensinya berada di pasar. Dengan demikian subjek permasalahan di dalam organisasi industri adalah perusahaan, terutama perilakunya. Perilaku perusahaan dapat berupa kebijakan terhadap pesaing maupun terhadap konsumen.

Konsumen dan perusahaan (sebagai produsen) adalah dua sisi yang berdampingan. Keduanya saling membutuhkan. Namun karena ekonomi industri hakekatnya adalah mikroekonomi terapan dari sisi penawaran, maka ilmu ini lebih banyak bersentuhan dengan persoalan yang dihadapi oleh produsen yaitu bagaimana usaha produsen memenuhi keinginan konsumen. Apa yang diinginkan

²⁹ Rencana Pembangunan Jangka Menengah Nasional (RPJMN) 2015-2019, Buku 2: Agenda Pembangunan Bidang, hal. 1-105.

³⁰ *Ibid.*, Buku 1: Agenda Pembangunan Nasional, hal. 6-107.

konsumen atau masyarakat dari produsen adalah penampilan atau kinerja yang baik (*good performance*). Kinerja yang baik itu sendiri adalah suatu unsur yang bersifat multidimensi, tergantung dari sudut mana seseorang melihatnya. Baik menurut produsen, belum tentu baik bagi konsumen. Kinerja pasar dapat dicerminkan lewat efisiensi, *full employment*, kesejahteraan sosial, distribusi pendapatan dan lain sebagainya. Dengan memfokuskan pada kinerja, yang merupakan tujuan akhir dari fungsi pasar, ekonom-ekonom organisasi industri berusaha untuk mencari dan mengidentifikasi kumpulan dari atribut atau variabel yang mempengaruhi kinerja ekonomi, sekaligus membangun sebuah teori atau model yang dapat menerangkan hubungan antara atribut-atribut tersebut dengan kinerja akhir.³¹

Ekonom yang pertama kali membangun sebuah kerangka formal yang berisi atribut-atribut pasar adalah Edward S. Mason dari Universitas Harvard pada tahun 1930-an, dan disempurnakan oleh ekonom-ekonom sesudahnya. Kerangka tersebut digunakannya untuk menganalisa dan menjelaskan kejadian-kejadian dan proses ekonomi yang terjadi di suatu pasar atau industri. Model tersebut, yang kemudian dikenal sebagai kerangka *Structure-Conduct-Performance* (SCP), menjadi semacam peralatan 'wajib' dalam analisa ekonomi industri.

Atribut-atribut pasar yang dimasukkannya ke dalam kerangka analisa adalah kondisi dasar, struktur pasar, perilaku dan kinerja. Setiap ekonom dalam ekonomi industri, tak dapat disangkal, pasti mengakui dan mempercayai adanya atribut-atribut tersebut. Namun perdebatan di antara ekonom muncul ketika diajukan pertanyaan seperti bagaimana hubungan antar atribut, apa menyebabkan apa, atribut mana yang paling berperan, atribut apa saja yang dapat (dan tidak dapat) dipengaruhi oleh perusahaan, dan pertanyaan lain yang menyangkut pola hubungan antar atribut tersebut. Perbedaan dalam menjawab pertanyaan-pertanyaan seperti di atas menempatkan ekonom-ekonom ke dalam suatu aliran tertentu.

Perdebatan yang terjadi telah berlangsung cukup lama, dan secara kronologis dapat kita bagi ke dalam tiga aliran, didahului oleh paradigma '*Structure-Conduct-Performance*' (SCP) tradisional, dan diikuti oleh aliran Chicago. Kedua aliran ini dapat kita golongkan sebagai ekonomi industri 'lama' atau tradisional. Aliran terakhir, yang terus tumbuh berkembang hingga kini, adalah apa yang dikenal dengan istilah Ekonomi Industri Baru (*New Industrial Economics*).³²

II.3.1 PARADIGMA HARVARD

Analisis pasar, baik dari sudut pandang perusahaan yang beroperasi (atau ingin beroperasi) di dalamnya, maupun dari sudut pandang otoritas publik, memerlukan karakterisasi yang tepat. Tujuan utama dari ekonomi industri adalah menyediakan karakterisasi tersebut, bersandar pada skema yang menghubungkan antara struktur pasar dengan perilaku pelaku ekonomi yang ada di pasar dan dengan kinerja yang dihasilkan dari hubungan tersebut.³³

Karakteristisasi ini mencakup penentuan unsur-unsur apa saja yang ada di dalam struktur pasar, perilaku, dan kinerja dan peranan dari masing-masing unsur tersebut, yang pada akhirnya akan menentukan arah hubungan yang terjadi di antara atribut-atribut pasar tersebut.

Paradigma SCP tradisional berpendapat bahwa struktur pasar akan mempengaruhi perilaku perusahaan dalam membuat keputusan untuk berkompetisi atau berkolusi, misalkan tingkat konsentrasi yang tinggi akan mendorong perusahaan untuk melakukan kolusi, yang pada gilirannya akan menentukan kinerja yang dicapai. Kinerja yang baik akan muncul dari struktur dan perilaku

³¹ F.M. Scherer, *op.cit.*, hal. 4.

³² Istilah lain untuk menggambarkan aliran ini adalah *New Empirical Industrial Organization* (NEIO), lihat Jeffrey Church dan Roger Ware, *Industrial Organization: A Strategic Approach*, McGraw-Hill, 2000, hal. 440.

³³ Alexis Jacquemin, *Theories of Industrial Organization and Competition Policy: What are the Links*, Working Paper, European Commission, 2000, hal. 9.

yang kompetitif. Pola hubungan linier yang sederhana ini menempatkan struktur sebagai pengaruh utama dari keberhasilan fungsi pasar. Karena hal tersebut, pengikut aliran SCP tradisional dikenal dengan istilah ekonom strukturalis.³⁴

Hubungan sebab akibat yang terjadi secara searah tersebut dapat diekspresikan dalam formula sederhana, di mana variabel terikat yaitu kinerja dipengaruhi oleh variabel-variabel (penyebab) bebas.

$$\text{Kinerja} = f(\text{struktur, perilaku dan kondisi dasar})$$

Ukuran kinerja yang diambil biasanya tingkat keuntungan, variabel struktur mencakup tingkat konsentrasi dan hambatan masuk, kondisi dasar dapat berupa kondisi permintaan, pertumbuhan ekonomi dan sebagainya.³⁵

Berbeda dengan pendekatan aliran lain di dalam ekonomi industri maupun mikroekonomi yang meletakkan teori sebagai landasan analisis, paradigma SCP tradisional muncul berbasiskan pendekatan metodologi empirik. Proposisi-proposisi yang dihasilkan muncul dari observasi empirik, dengan ataupun tanpa menggunakan peralatan ekonometri, seperti yang dilakukan oleh Joe S. Bain pada tahun 1950-an.

II.3.2 PARADIGMA CHICAGO³⁶

Berbeda dengan aliran SCP tradisional yang berbasiskan studi empirik, tradisi aliran Chicago menekankan pada pentingnya analisis teoritis. Aliran Chicago semakin berkembang dengan masuknya ekonom-ekonom teori yang selama ini berkecimpung dalam mikroekonomi. Hingga pertengahan 1970-an, resep-resep kebijakan yang berasal dari aliran ini sangat mempengaruhi dan mendominasi kebijakan-kebijakan pemerintah Amerika Serikat.

Pandangan-pandangan yang berasal dari paradigma Chicago memiliki banyak perbedaan dengan aliran SCP tradisional, sehingga mereka sering disebut sebagai 'rival' dari paradigma SCP tradisional. Perbedaan yang mendasar adalah jika aliran SCP tradisional menggunakan model persaingan tidak sempurna sebagai 'teropong' yang paling tepat dalam memandang perilaku industri, maka aliran Chicago memilih model persaingan sempurna, karena dianggap memiliki kekuatan penjelasan (*explanatory power*) yang lebih baik.

Adanya perbedaan model dasar tersebut, menghasilkan konklusi-konklusi yang berbeda pula. Aliran SCP tradisional menekankan struktur pasar sebagai pengaruh utama dalam kinerja pasar, sehingga pemilihan kekuatan pasar yang tidak seimbang, yang berasal dari struktur pasar yang tidak seimbang pula akan menyebabkan kinerja pasar yang buruk (dari sudut sosial). Dengan kata lain munculnya monopoli atau perilaku antikompetisi berasal dari struktur pasar yang timpang (terkonsentrasi). Dengan perilaku strategisnya, perusahaan-perusahaan besar yang ada di pasar berusaha mencegah masuknya perusahaan-perusahaan baru untuk ikut berkompetisi, sehingga perusahaan-perusahaan besar tersebut dapat memperoleh dan memelihara kekuatan untuk mengatur

³⁴ William H. Sheperd, *The Economics of Industrial Organization*. Prentice-Hall, 1990, hal. 5.

³⁵ Variabel perilaku jarang sekali dimasukkan ke dalam formulasi karena variabel-variabel ini seperti strategi harga dan kolusi, sulit untuk diukur. Menurut Jacquemin, *op.cit.*, hal.10-11, formulasi SCP tradisional lebih menekankan pada analisa struktur pasar dan hubungan langsungnya dengan kinerja, sementara peran perilaku diminimalkan dengan asumsi bahwa perusahaan berusaha mencapai tujuan yang sama dan menyesuaikan diri dengan kondisi lingkungan di mana mereka beroperasi. Adaptasi perusahaan terhadap lingkungan bersifat pasif, sehingga perilaku strategis --berusaha sedapat mungkin agar lingkungan dapat memberi keuntungan-- belum diperhitungkan dalam aliran tradisional ini.

³⁶ Chicago dalam konteks ini lebih menunjukkan aliran pemikiran daripada lokasi geografi. Meski dipelopori oleh ekonom-ekonom dari Universitas Chicago, banyak pemikiran-pemikiran penting aliran ini yang kemudian berkembang di tempat lain seperti Los Angeles dan Cambridge, Massachusetts maupun tempat-tempat lain di luar Amerika.

harga dari produknya. Implikasi dari argumen ini adalah pemerintah perlu turun tangan untuk dapat mencegah dan menghentikan perilaku strategis yang merugikan pasar tersebut.³⁷

Sedangkan aliran Chicago berpendapat sebaliknya, bahwa sumber utama munculnya kekuatan monopoli adalah campur tangan pemerintah di pasar. Pemerintah, dengan sengaja atau tidak, dapat mencegah beberapa perusahaan untuk ikut berkompetisi, yang merupakan keuntungan bagi beberapa perusahaan yang lain. Posisi yang paling baik bagi pemerintah agar pasar dapat berfungsi sebagaimana mestinya adalah mundur dan berada di luar (pasar), dan menyerahkan semuanya kepada kekuatan pasar (*market forces*).

Paradigma Chicago --meski menggunakan model persaingan sempurna-- tidak berasumsi bahwa kekuatan monopoli tidak ada sama sekali, melainkan menunjukkan bahwa kekuatan monopoli --yang tidak didukung oleh pemerintah-- bersifat temporal, sebagaimana yang dikemukakan oleh Reder³⁸:

“Chicago concedes that monopoly is possible but contends that its presence is much more often alleged than confirmed, and receives reports of its appearance with considerable skepticism. When alleged monopolies are genuine, they are usually transitory, with freedom of entry working to eliminate their influence on prices and quantities within a fairly short time period.”

Menurut pengikut aliran ini, perusahaan monopoli bukanlah sesuatu hal yang harus dikhawatirkan, karena selain bersifat temporal, monopoli tersebut timbul karena proses produksi yang memang lebih efisien. Selama belum ada perusahaan lain yang sanggup memproduksi secara lebih efisien, perusahaan tersebut akan terus menjadi perusahaan monopoli. Implikasi dari argumen ini adalah monopoli bukanlah sesuatu hal yang merugikan, bila keberhasilan fungsi pasar diukur lewat efisiensi.³⁹

Efisiensi relatif dari setiap perusahaan menjadi penentu nyata dari posisi perusahaan di dalam struktur pasar dan perilaku. Perusahaan yang mampu memproduksi lebih efisien akan menghasilkan keuntungan yang besar sehingga akan dapat mengambil pangsa pasar yang lebih besar. Hal ini merefleksikan pandangan aliran Chicago terhadap arah hubungan dari atribut-atribut pasar (yang merupakan kebalikan dari hubungan aliran SCP tradisional):

Struktur = f(Kinerja, Perilaku, Kondisi dasar)

Hubungan antara variabel keuntungan dengan struktur pasar pun berubah:

Pangsa pasar = f(Tingkat keuntungan, Perilaku, Kondisi dasar)

Namun harus diingat bahwa monopoli tersebut bersifat sementara, sebab perusahaan tidak dapat mempertahankan kekuatannya dengan menggunakan perilaku strategis yang bersifat antipersaingan. Pendekatan Chicago umumnya menyangsikan kemungkinan keberhasilan dari perilaku strategis perusahaan baik terhadap perusahaan yang sudah mapan di pasar maupun terhadap perusahaan yang mau masuk ke pasar. Struktur pasar akan ditentukan oleh teknologi (menentukan efisiensi proses produksi) dan kebebasan masuk pasar, dan kebebasan masuk pasar tersebut akan menjamin tercapainya perilaku dan kinerja yang optimal.

Karena aliran ini secara fundamental bersifat teoritis, dengan penekanan pada teori ekonomi

³⁷ Stephen Martin, *Industrial Economics, Economic Analysis and Public Policy*, 2nd edition. Blackwell Publishers, Oxford, 1994, hal. 537- 539.

³⁸ Melvin W. Reder, ‘Chicago economics: permanence and change’, *Journal of Economic Literature*, Vol. 20, No.1, 1982, hal. 15.

³⁹ William H. Sheperd, *op. cit.*, hal. 17- 43.

dasar tertentu, studi yang bersifat empirik sangat jarang dilakukan. Kalaupun ada maka lebih bersifat kritikan (dengan menggunakan formulasi di atas) terhadap penelitian yang dilakukan menurut tradisi SCP.

Salah satu studi aliran Chicago yang paling berpengaruh adalah penelitian yang dilakukan oleh Demsetz pada tahun 1973, 1974 dan 1976.⁴⁰ Menurut Demsetz, keuntungan di atas normal bukan karena adanya kolusi di antara perusahaan yang ada di pasar, melainkan karena kemampuan perusahaan untuk beroperasi lebih efisien. Dari studi yang dilakukannya ditemukan fakta bahwa keuntungan yang lebih tinggi di suatu pasar yang terkonsentrasi hanya diperoleh oleh perusahaan yang lebih besar. Jika pandangan aliran SCP tradisional mengenai kolusi benar, maka seluruh perusahaan yang ada di pasar, baik yang besar maupun yang kecil, akan memperoleh keuntungan yang sama besar.

Perbedaan lain adalah hubungan antara skala ekonomis dan margin yang diperoleh. Aliran SCP tradisional umumnya beranggapan bahwa perusahaan yang memiliki skala ekonomis akan memperoleh keuntungan yang lebih tinggi. Demsetz berpendapat sebaliknya. Semakin penting skala ekonomis, semakin besar keuntungan yang dapat diperoleh jika memproduksi *output* yang lebih banyak. Namun untuk menjual *output* lebih banyak, perusahaan perlu menurunkan harga penjualan, sehingga margin keuntungan yang diperoleh pun akan lebih rendah.

Meskipun pada dasarnya, studi yang dilakukan oleh Demsetz merupakan studi 'tandingan' terhadap studi empirik aliran SCP tradisional, namun studi tersebut juga tidak lepas dari berbagai kelemahan, seperti pengukuran efisiensi yang hanya diwakili oleh profit perusahaan, dan beberapa kelemahan lain menyangkut metode pengukuran dan proses estimasi.

II.4 PERILAKU STRATEGIS PENENTUAN HARGA

Perilaku strategis adalah sebuah konsep bagaimana sebuah perusahaan dapat mengurangi tingkat persaingan yang berasal dari pesaing yang sudah ada maupun pesaing potensial yang baru akan bermain di pasar yang pada dasarnya ditujukan untuk meningkatkan profit perusahaan. Perilaku ini tidak hanya dipusatkan pada penetapan harga maupun kuantitas secara sederhana. Namun lebih kompleks lagi mengejar pangsa pasar, memperlebar kapasitas, hingga mempersempit ruang gerak pesaing.

Perilaku strategis terdiri dari dua tipe yaitu, dalam bentuk kooperatif maupun nonkooperatif. Pertama, perilaku yang bersifat nonkooperatif mengacu pada tindakan perusahaan yang mencoba meningkatkan profit mereka dengan meningkatkan posisi relatifnya terhadap pesaing. Mereka tidak melakukan kerja sama satu sama lain. Perilaku sejenis ini biasanya meningkatkan profit satu perusahaan dan menurunkan profit perusahaan pesaingnya.

Kedua, perilaku strategis yang bersifat kooperatif diciptakan untuk mengubah kondisi pasar sehingga memudahkan semua perusahaan untuk berkoordinasi dan membatasi respon pesaing mereka. Bentuk perilaku kooperatif ini mampu meningkatkan profit semua perusahaan yang bermain di pasar dengan meminimalisir persaingan. Pada bagian ini akan ditekankan pada pembahasan mengenai perilaku penentuan harga.

II.4.1 PREDATORY PRICING (JUAL RUGI)

Predatory Pricing secara sederhana didefinisikan sebagai tindakan dari sebuah perusahaan yang mengeluarkan pesaingnya dengan cara menetapkan harga di bawah biaya produksi. Namun dalam

⁴⁰ Stephen Martin, *op. cit.*, hal. 218-221.

praktiknya juga digunakan untuk mencegah pesaing masuk ke pasar. Begitu semua pesaing telah keluar, maka perusahaan tersebut langsung menaikkan harga. Selama periode praktik predatori ini, perusahaan kehilangan untung, dan mengalami kerugian. Perusahaan harus mendapatkan semua permintaan pada tingkat harga yang rendah. Sehingga dapat memelihara harga yang rendah.

Kerugian perusahaan selama periode praktik *predatory pricing* ini melebihi pesaingnya. Dalam periode ini, konsumen memperoleh manfaat dari praktik ini. Mereka dapat membeli produk pada tingkat harga yang jauh lebih murah dibandingkan jika kedua perusahaan menjadi duopolis. Namun demikian setelah itu, ketika harga meningkat pada level yang lebih tinggi (pada harga monopoli), maka konsumen akan mengalami kerugian.

Jika praktik predatori ini berhasil hingga memaksa pesaingnya bangkrut, dapat dipastikan bahwa aset mereka secara permanen dapat ditarik keluar dari industri atau paling tidak dapat dikuasai oleh *predator*. Jika tidak, perusahaan lainnya akan masuk dan membeli aset tersebut dan persaingan kembali tak dapat dihindari. Praktik ini kemungkinan besar akan berhasil ketika aset pesaing keluar secara permanen dari industri dan dikuasai oleh *predator*. Oleh karena itu strategi yang paling jitu agar praktik ini sukses adalah membuat pesaing bangkrut dan membeli semua aset pesaing dengan harga penawaran.

Literatur ekonomi dan hukum secara luas telah mengembangkan standar khusus untuk menentukan apakah sebuah perusahaan sedang melakukan praktik *predatory pricing* atau tidak. Salah satu literatur yang paling berpengaruh terhadap kasus ini adalah literatur Areeda dan Turner.⁴¹ Mereka menilai bahwa standar penentuan praktik ini dapat dilihat ketika sebuah perusahaan menetapkan harga di bawah biaya marjinal jangka pendeknya. Namun karena data mengenai biaya marjinal jangka pendek sulit diperoleh, mereka menyarankan untuk menggunakan data AVC (*Average Variable Cost*) sebagai proksi. Logika yang mendasari adanya penentuan ini adalah bahwa belum pernah ada perusahaan yang mendapatkan untung ketika beroperasi pada kondisi di mana harga lebih rendah dari biaya marjinal jangka pendek kecuali ada kepentingan ataupun taktik atau strategi. Penetapan harga di bawah biaya marjinal jangka pendek adalah tidak masuk akal jika tanpa prospek keuntungan dalam jangka panjang.

Beberapa pihak lainnya mengembangkan studi Areeda dan Turner dengan alternatif lain. Ada yang menyarankan penentuan dengan menggunakan LRMC (*Long Run Marginal Cost*), ada juga yang menyarankan menggunakan AC. Beberapa lainnya juga menyarankan masih perlunya untuk melakukan observasi sepanjang waktu baik untuk harga maupun untuk kuantitas *output* demi meyakinkan apakah praktik *predatory pricing* ini benar-benar terjadi atau tidak.

Semua jenis tes untuk mendeteksi keberadaan praktik ini masih menimbulkan beberapa permasalahan terutama pada saat implementasi di lapangan. Pertama untuk alasan data yang diperlukan untuk mengukur SRMC (*Short Run Marginal Cost*) atau bahkan data AVC (*Average Variable Cost*). Kedua, permasalahan lainnya adalah, jika perusahaan tidak melakukan apa-apa tapi bisa saja dinilai telah melakukan praktik ini. Misalnya ada perusahaan yang baru masuk ke dalam pasar untuk menarik konsumen ia menerapkan harga promosi. Selama fase awal operasi perusahaan adalah hal yang biasa bagi mereka untuk memberikan gratis atau secara cuma-cuma produk mereka. Tentu saja hal ini bisa bertentangan dengan tes yang dilakukan Areeda dan Turner. Pemberian produk secara cuma-cuma sangatlah efektif sebagai bagian dari promosi demi membangun bisnis di masa depan dan tentunya dapat dijadikan langkah awal untuk dapat meningkatkan profit.

Selain faktor promosi, munculnya penetapan harga di bawah biaya marjinal jangka

⁴¹ P. Areeda dan D. Turner, 'Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act', *Harvard Law Review*, Vol. 88, No. 4, 1975, hal. 700-703.

pendek (SRMC) sebenarnya bisa terjadi dengan wajar jika perusahaan mampu melakukan tindakan yang dikenal dengan istilah *learning by doing*. Tindakan ini mengacu pada penurunan biaya produksi karena perusahaan mampu memproduksi jauh lebih efisien. Dengan harga yang murah pada saat awal perusahaan tentu dapat meningkatkan penjualan dan kemudian mampu belajar untuk dapat menurunkan biayanya di masa depan. Meskipun harga saat ini lebih rendah dari biaya produksi, tetapi ada prospek untuk menurunkan biaya di masa datang. Dengan mengumpulkan segala informasi dan pengetahuan yang ada sekarang, dapat disimpulkan bahwa penetapan harga yang rendah sekarang dapat dipandang sebagai sebuah investasi di masa datang.

II.4.2 PRICE DISCRIMINATION (DISKRIMINASI HARGA)

Diskriminasi harga (*price discrimination*) dapat didefinisikan sebagai tindakan perusahaan menjual produk atau jasa yang sama dengan harga berbeda ke pembeli berbeda pada waktu yang hampir bersamaan. Diskriminasi harga dilakukan dengan tujuan utama untuk mendapatkan profit yang lebih tinggi. Profit yang lebih tinggi diperoleh dengan cara merebut (*capturing*) surplus konsumen. Dengan demikian, tindakan diskriminasi harga hanya akan dilakukan oleh perusahaan jika profit yang dihasilkan lebih tinggi dibandingkan dengan menerapkan harga tunggal (*uniform price*).

Surplus konsumen adalah selisih antara *reservation price* (harga tertinggi yang bersedia dibayar konsumen) dengan harga yang benar-benar dibayar oleh konsumen. Jika perusahaan menerapkan kebijakan satu harga (*linear uniform price*), konsumen akan tetap dapat menikmati surplus konsumen yang signifikan. Dengan adanya kenyataan bahwa konsumen sebenarnya bersedia untuk membayar lebih tinggi, maka perusahaan akan berusaha merebut surplus konsumen tersebut dengan cara menerapkan kebijakan diskriminasi harga.

Terdapat tiga bentuk penerapan diskriminasi harga, seperti yang akan diuraikan berikut ini:

a. Diskriminasi Harga Tingkat Pertama (*1st Degree*)

Diskriminasi tingkat pertama dilakukan dengan cara menerapkan harga yang berbeda-beda untuk setiap konsumen berdasarkan *reservation price* (*Willingness to Pay*) masing-masing konsumen. Strategi tingkat pertama ini sering disebut diskriminasi sempurna (*perfect price discrimination*) karena berhasil mengambil surplus konsumen paling besar. Syarat utama agar penerapan strategi diskriminasi tingkat pertama ini dapat berhasil adalah perusahaan harus mengetahui *reservation price* masing-masing konsumen. Contoh: seorang dokter memberlakukan tarif konsultasi yang berbeda-beda pada setiap pasiennya.

b. Diskriminasi Harga Tingkat Kedua (*2nd Degree*)

Jika perusahaan tidak memiliki informasi mengenai *reservation price* konsumen, maka diskriminasi tetap dapat dilakukan, namun tidak mendiskriminasi konsumen secara langsung, melainkan melalui diskriminasi produk. Diskriminasi tingkat kedua ini dilakukan dengan cara menerapkan harga yang berbeda-beda pada jumlah *batch* produk yang dijual. Contoh: perbedaan harga per unit pada pembelian grosir dan pembelian eceran.

c. Diskriminasi Harga Tingkat Ketiga (*3rd Degree*)

Pada diskriminasi tingkat pertama, perusahaan mengetahui *reservation price* masing-masing konsumen. Namun, apabila perusahaan tidak mengetahui *reservation price* masing-masing konsumen,

tapi mengetahui *reservation price* kelompok konsumen, maka perusahaan menerapkan diskriminasi tingkat ketiga. Strategi ini dilakukan dengan cara menerapkan harga yang berbeda-beda untuk setiap kelompok/grup konsumen berdasarkan *reservation price* masing-masing kelompok konsumen. Kelompok konsumen dapat dibedakan atas lokasi geografis, maupun karakteristik konsumen seperti umur, jenis kelamin, pekerjaan dan lain-lain.

Apa pun bentuk strategi diskriminasi harga yang dipilih oleh perusahaan namun terdapat syarat mutlak agar strategi tersebut dapat mencapai tujuannya, yaitu mendapatkan keuntungan yang lebih besar. Syarat utama tersebut adalah:

1. Perusahaan memiliki *market power*. Tanpa adanya *market power*, maka konsumen akan beralih ke produk perusahaan lain ketika strategi diskriminasi harga diberlakukan.
2. Perusahaan harus dapat mencegah terjadinya *arbitrage*⁴² atau penjualan kembali (*resale*). Dengan adanya penjualan barang kembali, maka konsumen yang menikmati harga yang lebih rendah dapat memanfaatkan selisih harga tersebut untuk menjualnya kembali kepada konsumen lain yang dihadapkan pada harga yang lebih tinggi.

II.5 PASAR BERSANGKUTAN (*RELEVANT MARKET*)

Dalam setiap kajian industri, langkah pertama yang dilakukan adalah menentukan pasar bersangkutan (*relevant market*). Penentuan pasar bersangkutan yang tepat diperlukan untuk mengidentifikasi seberapa besar penguasaan pasar oleh pelaku usaha dan batasan dari perilaku antipersaingan yang dilakukan. Dengan mengetahui pasar bersangkutan maka dapat diidentifikasi pesaing nyata dari pelaku usaha dominan yang dapat membatasi perilakunya.

Definisi yang tepat dari pasar bersangkutan merupakan suatu fasilitas penting dari analisa persaingan yang akurat. Pendefinisian pasar bersangkutan yang terlalu sempit dapat membawa kepada hal-hal yang tidak berhubungan dengan persaingan, dan sebaliknya definisi pasar bersangkutan yang terlalu lebar dapat menyamakan permasalahan persaingan yang sebenarnya. Ini tentu saja menjadi suatu kasus di mana penekanan terlalu banyak ditempatkan pada porsi pasar yang muncul dari definisi pasar yang tidak tepat.

Menurut UU No.5 Tahun 1999, pasar bersangkutan didefinisikan sebagai:

“Pasar yang berkaitan dengan jangkauan atau daerah pemasaran tertentu oleh pelaku usaha atas barang dan/atau jasa yang sama atau sejenis atau substitusi dari barang dan/atau jasa tersebut.”⁴³

Dalam pengertian tersebut terdapat dua dimensi, yaitu dimensi produk (*set of products*) yang terlihat pada kalimat: “...atas barang dan/atau jasa yang sama atau sejenis atau substitusi dari barang dan/atau jasa tersebut”, dan dimensi wilayah (*relevant geographic market*) yang terlihat pada kalimat: “...berkaitan dengan jangkauan atau daerah pemasaran tertentu...”. Berikut ini akan diuraikan penggambaran pasar bersangkutan baik menurut produk (*product relevant market*) maupun pasar menurut cakupan wilayah geografis (*geographic relevant market*).

II.5.1 PASAR MENURUT PRODUK

⁴² *Arbitrage is the simultaneous purchase and sale and assests to profit from a difference in the price. It is a trade that profits by exploiting the price differences of identical or similar financial instruments on different markets or in different forms.*, www.investopedia.com/terms/a/arbitrage.asp.

⁴³ Pasal 1 angka 10, Ketentuan Umum UU No. 5 Tahun 1999.

Batasan dari sebuah pasar dapat dilihat dari dua sisi, yaitu substitusi permintaan dari sisi konsumen (*demand-side substitution*) dan substitusi dari sisi produsen (*supply-side substitution*). Substitusi dari sisi konsumen melihat batasan dari sebuah pasar dengan menginvestigasi sebuah produk/jasa dan melihat substitusi terdekatnya (*close substitute*). Barang yang termasuk substitusi terdekatnya tersebut akan dimasukkan ke batasan sebuah pasar bersangkutan jika substitusi yang dilakukan oleh konsumen akan mencegah naiknya harga produk relevan (yang diinvestigasi) di atas harga tingkat persaingan (*competitive level*).

Proses pembuktian pasar bersangkutan yang umum dilakukan adalah dengan menggunakan asumsi *hypothetical monopolist test*. Pengujian ini berusaha mengidentifikasi serangkaian kecil produk dan produsen (pemilik produk yang sedang diinvestigasi), di mana *hypothetical monopolist*, mengendalikan pasokan dari semua produk di dalam rangkaian tersebut yang dapat meningkatkan keuntungan dengan menaikkan harga di atas harga kompetitif. Pendekatan yang mendasari tes tersebut dapat diaplikasikan untuk mengidentifikasi pasar produk dan juga pasar menurut geografis. Pendekatan ini menggunakan dasar pemikiran menaikkan harga di atas level kompetitif. Besarnya kenaikan harga ditentukan sedemikian sehingga nilainya cukup kecil namun signifikan (*Small but Significant, Non-transitory Increase in Price*). Sehingga pengujian menggunakan hipotesis kenaikan harga ini disebut dengan istilah *SSNIP test*.

Pendekatan ini diperkenalkan oleh lembaga yang berwenang di Amerika Serikat dalam hal penegakan hukum persaingan, yaitu *Department of Justice (DOJ)* dan *the Federal Trade Commission (FTC)*, pada tahun 1984 yang tertuang dalam *Horizontal Merger Guidelines*. Penggunaan metode ini juga digunakan oleh lembaga otoritas persaingan di Inggris dan Uni Eropa dalam pedoman mengenai Definisi Pasar.

a. *SSNIP Test*

Pendekatan *SSNIP test (Small but Significant, Non-transitory Increase in Price)* pada intinya ingin melihat apakah sebuah perusahaan akan mendapatkan keuntungan jika menaikkan harga. Proses membuktikan tes ini dilakukan dalam dua tahap. Tahap pertama adalah membuktikan apakah keputusan menaikkan harga akan menguntungkan perusahaan. Hal ini dilihat dari logika profit maksimum, yaitu perusahaan akan memutuskan untuk menaikkan harga jika *marginal revenue* lebih kecil dari *marginal cost*. Pembuktian dilakukan dengan melihat⁴⁴:

$$1/\varepsilon > L \text{ (margin)}$$

Di mana ε menunjukkan elastisitas harga (*own-price elasticity*). Namun tahap pertama ini tidak memberikan batas seberapa besar perusahaan akan menaikkan harga. *Merger Guidelines DOJ/FTC* memberikan batas *SSNIP* sebesar 5%. Tahap kedua dilakukan dengan cara membandingkan *critical elasticity of demand* dengan *own price elasticity*-nya.

$$\text{Critical Elasticity} = (1+t) / (m+t)$$

di mana t adalah batasan *SSNIP*, m menunjukkan margin yang dimiliki oleh perusahaan (nilainya berupa persentase bukan profit langsung misalnya ROE). Jika *critical elasticity* lebih besar dari *own price elasticity*, berarti pasar tersebut memenuhi *SSNIP test*.

b. Substitusi dari Sisi Permintaan (*Demand-Side Substitution*)

⁴⁴ Jeffrey Church dan Roger Ware, *op.cit.*, hal. 607.

Analisa ini terfokus terhadap substitusi yang ada untuk pembeli dan apakah terdapat pelanggan yang akan berpindah pada saat terjadi peningkatan harga, tanpa menimbulkan biaya untuk membatasi perilaku pemasok produk yang bersangkutan. Substitusi tidak harus terhadap produk yang identik sama untuk dimasukkan ke dalam pasar yang sama. Sebagian besar barang dan jasa merupakan produk yang terdiferensiasi. Oleh sebab itu harga dari produk ini tidak perlu sama. Contohnya: jika dua produk digunakan untuk tujuan yang sama tetapi satu produk dengan spesifikasi yang berbeda, mungkin dengan kualitas yang lebih tinggi keduanya masih berada pada pasar yang sama selama konsumen lebih memilih produk tersebut karena rasio harga-kualitas yang lebih tinggi.

Sebagai tambahan, suatu produk tidak perlu menjadi substitusi langsung untuk dapat dimasukkan ke dalam pasar yang sama. Mungkin terdapat rantai substitusi di antara produk tersebut. Lebih lanjut, tidak perlu seluruh konsumen atau mayoritas dari konsumen untuk berpindah untuk mensubstitusi produk untuk dapat menyatakan suatu barang bersubstitusi dan berada pada pasar relevan yang sama.

Faktor penting adalah apakah jumlah konsumen yang pindah tersebut cukup besar untuk mencegah hipotetikal monopoli menetapkan harga di atas level kompetitif. Faktanya jika peningkatan harga sebesar 10% akan membawa setidaknya 10-20% konsumen berpindah ke barang substitusi maka keuntungan dari peningkatan harga akan hilang dan akan tidak menguntungkan bagi perusahaan untuk melakukan peningkatan harga.

Perilaku yang biasa disebut dengan '*marginal consumers*' yang cenderung akan berpindah akan membuat harga kompetitif bukan hanya untuk diri mereka sendiri tetapi juga untuk konsumen yang lain yang tidak dapat berpindah, dengan asumsi bahwa pemasok tidak bisa melakukan diskriminasi harga terhadap kelompok konsumen. Jelas bahwa semakin kuat kejadian bahwa konsumen akan berpindah, akan semakin kecil kemungkinan bahwa suatu produk atau sekumpulan produk berada pada pasarnya sendiri.

Biaya perpindahan bagaimanapun juga akan sangat penting bagi konsumen. Contohnya, perpindahan dari pemanas listrik ke pemanas gas, sejalan dengan penurunan harga gas, akan membuat sejumlah investasi yang signifikan pada peralatan baru. Dalam keberadaan biaya perpindahan mungkin terdapat jarak yang cukup jauh antara substitusi permintaan jangka pendek dan jangka panjang.

c. Substitusi Dari Sisi Penawaran (*Supply-Side Substitution*)

Substitusi dari sisi produsen juga mempengaruhi ruang lingkup pasar relevan, di mana jika pelaku usaha sebuah produk tertentu mengalihkan fasilitasnya untuk memproduksi barang substitusi jika harga naik cukup signifikan. Dalam ketiadaan substitusi permintaan, kekuatan pasar mungkin masih dapat dibatasi dengan substitusi penawaran. Substitusi semacam ini muncul ketika pemasok barang mampu bereaksi dengan cepat terhadap perubahan kecil yang permanen pada harga relatif dengan merubah produksi ke produk yang relevan tanpa menimbulkan biaya atau resiko tambahan. Dalam kondisi ini, potensi dari substitusi penawaran akan memiliki dampak disipliner yang sama terhadap perilaku persaingan dari perusahaan-perusahaan yang terlibat.

Sama seperti substitusi permintaan, substitusi penawaran harus secara relatif cepat, karena tanpa kecepatan efektifitasnya dalam menghambat kekuatan pasar yang ada akan menurun. Hal ini merupakan suatu permasalahan opini mengenai seberapa cepat substitusi penawaran harus bereaksi, untuk membedakannya dengan *entry*, biasanya ditentukan oleh otoritas persaingan selama jangka waktu satu tahun.

Menganalisa substitusi penawaran jangka pendek menimbulkan isu yang sama untuk dipertimbangkan hambatan masuk (*barriers to entry*). Keduanya dipertimbangkan dengan membangun asumsi apakah perusahaan-perusahaan akan dapat mulai memasok suatu produk dalam persaingan dengan perusahaan lain yang sudah ada. Perbedaannya hanya pada masalah waktu, yaitu kecepatan melakukan persiapan.

Tipe bukti yang digunakan dalam melakukan penilaian dari substitusi penawaran meliputi:

1. Analisis sistematis dari perusahaan-perusahaan yang telah memulai atau menghentikan produksi dari suatu produk yang jadi permasalahan.
2. Waktu yang diperlukan untuk mulai memasok produk yang jadi permasalahan.
3. Pemberitahuan dari pemasok potensial untuk melihat apakah substitusi dimungkinkan (meskipun potensi pemasok pada saat ini tidak mempunyai rencana untuk masuk ke pasar) dan dengan biaya berapa, pemberitahuan dari perusahaan – perusahaan mungkin diikutsertakan untuk menentukan apakah kapasitas yang sudah ada sudah penuh, mungkin karena kontrak jangka panjang.
4. Pandangan konsumen khususnya pandangan mereka mengenai apakah mereka akan berpindah ke pemasok baru dan apakah biaya perpindahan bersifat menghambat.
5. Evaluasi dari *sunk cost* perpindahan tersebut, untuk melihat apakah pemasok potensial dapat mulai memproduksi produk yang dipermasalahkan tanpa membahayakan investasi yang substansial.

II.5.2 PASAR MENURUT GEOGRAFIS

Metode yang sama dapat diaplikasikan untuk menentukan cakupan geografis dari sebuah pasar bersangkutan. Dari sisi konsumen, dilihat apakah konsumen dengan mudah dapat mendapatkan produk yang sama (atau mirip) dari produsen di daerah lain. Jika ya, maka daerah lain tersebut merupakan bagian dari pasar bersangkutan secara geografis.

Pasar geografis yang relevan merupakan wilayah di mana substitusi permintaan dan penawaran berada. Penetapan pasar geografis sangat ditentukan oleh ketersediaan produk yang menjadi obyek analisa. Beberapa faktor yang menentukan ketersediaan produk di dalam suatu wilayah geografis adalah kebijakan perusahaan, biaya transportasi, lamanya perjalanan, tarif dan peraturan-peraturan yang membatasi lalu lintas perdagangan antar kota/wilayah.⁴⁵

Tipe bukti yang dapat digunakan untuk menentukan cakupan pasar geografis termasuk survei konsumen dan perilaku pesaing, estimasi elastisitas harga di berbagai tempat yang berbeda, dan analisa perubahan harga lintas wilayah yang berpengaruh. Bukti yang terakhir dapat memberikan pembuktian yang beralasan untuk menentukan bahwa dua wilayah merupakan suatu pasar yang sama jika harga dari suatu produk yang dipermasalahkan bergerak bersama di kedua wilayah tersebut dan pergerakannya tidak disebabkan oleh perubahan pada biaya produksi.

⁴⁵ Pedoman KPPU No. 3 Tahun 2009 tentang Penerapan Pasal 1 Angka 10 tentang Pasar Bersangkutan, hal. 16.

**PENERAPAN
PENDEKATAN
"*PER SE ILLEGAL*"
DAN "*RULE
OF REASON*"
DALAM HUKUM
PERSAINGAN**

Pendekatan *per se illegal* maupun *rule of reason* telah lama diterapkan untuk menilai apakah suatu tindakan tertentu dari pelaku bisnis melanggar undang-undang persaingan usaha.⁴⁶ Pendekatan *rule of reason* adalah suatu pendekatan yang digunakan oleh lembaga otoritas persaingan usaha untuk membuat evaluasi mengenai akibat perjanjian atau kegiatan usaha tertentu, guna menentukan apakah suatu perjanjian atau kegiatan tersebut bersifat menghambat atau mendukung persaingan. Sebaliknya, pendekatan *per se illegal* adalah menyatakan setiap perjanjian atau kegiatan usaha tertentu sebagai ilegal, tanpa pembuktian lebih lanjut atas dampak yang ditimbulkan dari perjanjian atau kegiatan usaha tersebut. Kegiatan yang dianggap sebagai *per se illegal* biasanya meliputi penetapan harga secara kolusif atas produk tertentu, serta pengaturan harga penjualan kembali.⁴⁷

Kedua metode pendekatan yang memiliki perbedaan ekstrim tersebut juga digunakan dalam UU No. 5 Tahun 1999. Hal ini dapat dilihat dari ketentuan pasal-pasal, yakni pencantuman kata-kata “yang dapat mengakibatkan” dan atau “patut diduga”. Kata-kata tersebut menyiratkan perlunya penelitian secara lebih mendalam, apakah suatu tindakan dapat menimbulkan praktik monopoli yang bersifat menghambat persaingan. Sedangkan penerapan pendekatan *per se illegal* biasanya dipergunakan dalam pasal-pasal yang menyatakan istilah “dilarang”, tanpa anak kalimat “...yang dapat mengakibatkan...”. Oleh karena itu, penyelidikan terhadap beberapa perjanjian atau kegiatan usaha, misalnya kartel (Pasal 11) dan praktik monopoli (Pasal 17) dianggap menggunakan pendekatan *rule of reason*. Sedangkan pemeriksaan terhadap perjanjian penetapan harga (Pasal 5) dianggap menggunakan pendekatan *per se illegal*.

Namun demikian, perlu dipertanyakan kembali, apakah dalam pembahasan Rancangan UU No. 5 Tahun 1999 tersebut juga dikaji implikasi hukum atas kata-kata “yang dapat mengakibatkan” maupun “patut diduga” tersebut? Hal ini mengingat pembahasan di Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) saat itu masih diwarnai dengan retorika melawan pengusaha besar, yang menguasai sektor-sektor ekonomi tertentu dari hulu ke hilir, dianggap telah merusak perekonomian bangsa dan merugikan rakyat banyak.

Oleh karena itu, pencantuman kata-kata tersebut besar kemungkinannya tidak mempertimbangkan implikasi dalam penerapannya, sehingga terdapat beberapa ketentuan dalam UU No. 5 Tahun 1999 yang tidak selaras dengan praktik penerapan kedua pendekatan dalam perkara-perkara antimonopoli dan persaingan usaha tidak sehat.

Di samping itu, tim perancang UU No. 5 Tahun 1999 cenderung untuk lebih melimpahkan penerapan alternatif dari kedua pendekatan tersebut kepada KPPU, yang dinyatakan dalam Pasal 35 UU No. 5 Tahun 1999. Pada dasarnya, tugas KPPU antara lain adalah melakukan penilaian terhadap semua perjanjian dan atau kegiatan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan

⁴⁶ Pada tahun 1914, *The Sherman Act* 1890 disempurnakan dengan dikeluarkannya *Act to Supplement Existing Laws Against Unlawful Restraints and Monopolies* yang dikenal dengan sebutan *the Clayton Act*. Pada tahun yang sama diterbitkan *Act to Create a Federal Trade Commission, to Define Its Powers and Duties, and for Other Purposes* yang lebih dikenal dengan *the Federal Trade Commission Act*. Kemudian pada tahun 1936, *the Clayton Act* disempurnakan dengan *the Robinson-Patman Act*, di mana penyempurnaannya terbatas pada Pasal 2 *the Clayton Act* yang mengatur tentang Diskriminasi Harga. Lihat Stephen F. Ross, *Principles of Antitrust Law*, Westbury New York: The Foundation Press, Inc., 1993, hal. 395-399.

⁴⁷ R. Sheyam Khemani and D. M. Shapiro, *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, Paris: OECD, 1996, hal. 51.

persaingan usaha tidak sehat.⁴⁸

Penggunaan kedua pendekatan secara alternatif memiliki tujuan yang sama, yakni bagaimana tindakan pelaku usaha tidak menghambat persaingan, sehingga mengakibatkan hilangnya efisiensi, yang pada akhirnya menimbulkan kerugian terhadap konsumen.⁴⁹ Sedangkan tujuan pembentukan UU No. 5 Tahun 1999, antara lain adalah menciptakan efisiensi dalam kegiatan usaha serta meningkatkan kesejahteraan rakyat (Pasal 3). Dalam pembahasan ini, akan dikaji apakah penggunaan pendekatan secara alternatif dapat mendukung efisiensi dan kesejahteraan konsumen.

III.1 PENDEKATAN *PER SE ILLEGAL* DAN PENERAPANNYA

Pendekatan pertama *per se illegal* oleh Mahkamah Agung Amerika diterapkan dalam perkara *United States v. Trans-Missouri Freight Association*,⁵⁰ yang diikuti kemudian dalam *United States v. Joint Traffic Association*.⁵¹ Perkara *Trans-Missouri* menyangkut 18 perusahaan kereta api yang membuat perjanjian pada tanggal 15 Maret 1889, dengan membentuk “*Trans-Missouri Freight Association*”, yaitu suatu asosiasi perusahaan kereta api yang berdomisili di sebelah barat Mississippi. Para anggota asosiasi tersebut melimpahkan kewenangan kepengurusan kepada suatu komite, yang merupakan badan perwakilan para anggota. Kewenangan komite tersebut antara lain, adalah menyusun dan mengumumkan secara resmi struktur tarif angkutan, yang akan ditetapkan bagi seluruh perusahaan kereta api. Tujuan pembentukan asosiasi ini adalah untuk saling melindungi dengan cara menetapkan tarif yang menurut mereka adalah pantas, membuat aturan, dan peraturan mengenai pengangkutan setempat.⁵² Mahkamah Agung dalam keputusannya menetapkan, bahwa perjanjian di antara para anggota asosiasi tersebut adalah *per se illegal*, karena melanggar Pasal 1 *the Sherman Act*.⁵³

Bagian ketiga perjanjian tersebut antara lain menetapkan:

*“...that’s committee shall be appointed to establish rates, rules, and regulations on the traffic subject to this association, and to consider changes therein, and makes rules for meeting the competition of outside lines. Their conclusion, when unanimous, shall be made effective when they so order; but, if they differ, the question at issue shall be referred to the managers of the lines parties hereto; and, if they disagree, it shall be arbitrated in the manner provided in Article 7...”*⁵⁴

Pemerintah kemudian menggugat asosiasi tersebut dengan menyatakan, antara lain bahwa:

*“...An agreement between railroads competing in interstate traffic, ‘for the purpose of mutual protection by establishing and maintaining reasonable rates, rules, and regulations on all freight traffic,’ and organizing an association to enforce these purpose, is an agreement in restraint of commerce, within the meaning of the anti-trust law of July 2, 1890, 15 U.S.C.A. parag. 1-7...”*⁵⁵

48 Pasal 35 UU No. 5 Tahun 1999 tentang Tugas Komisi yang meliputi, antara lain: a) melakukan penilaian terhadap perjanjian yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat sebagaimana yang diatur dalam Pasal 4 sampai dengan Pasal 16; b) melakukan penilaian terhadap kegiatan usaha dan atau tindakan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat sebagaimana diatur dalam Pasal 17 sampai dengan Pasal 24; c) melakukan penilaian terhadap ada atau tidak adanya penyalahgunaan posisi dominan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat sebagaimana diatur dalam Pasal 25 sampai dengan Pasal 28.

49 A. M. Tri Anggraini, *Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Tidak Sehat: Per se Illegal atau Rule of Reason*, Program Pascasarjana FH-UI, Jakarta, 2003, hal. 399.

50 *United States v. Trans-Missouri Freight Association*, 166 U.S. 290, 17 S. Ct. 540, 41 L. Ed. 1007 (1897).

51 *United States v. Joint Traffic Association*, 171 U.S. 505, 19 S. Ct. 25, 43 L. Ed., 259 (1898).

52 *United States v. Trans-Missouri Freight Association*, *op. cit.*, hal. 292. Lihat pula Lawrence Anthony Sullivan, *Antitrust*, St. Paul Minnesota: West Publishing, Co., 1977, hal. 167.

53 Section 1 *The Sherman Act*: “Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal...”

54 *United States v. Trans-Missouri Freight Association*, *op.cit.*, hal. 294.

55 *Ibid.*, hal. 306.

Penggugat meminta agar pengadilan menetapkan pembubaran asosiasi tersebut dan para tergugat dilarang, baik secara sendiri-sendiri maupun bersama-sama, antara lain:

*“...from further agreeing, combining, and conspiring and acting together to maintain rules and regulations and rates for carrying freight upon their several lines of railroad to hinder trade and commerce between the states and territories of the United States; and that all and each of them be enjoined and prohibited from entering or continuing in a combination, association, or conspiracy to deprive the people engaged in trade and commerce between and among the states and territories of the United States of such facilities and rates and charges of freight transportation as will be afforded by free and unrestrained competition between the said several lines of railroads...”*⁵⁶

Tergugat menolak tuduhan tersebut dengan menyatakan, antara lain:

*“...they were not content with the rates and prices prevailing at the date of agreement; they deny any intent to unjustly increase rates, and deny that the agreement destroyed, prevented, or illegally limited or influenced competition; they deny that arbitrary rates were fixed or charged, or that rates have been increased...”*⁵⁷

Tergugat menyatakan pula, bahwa tujuan asosiasi adalah untuk menetapkan tarif yang masuk akal, aturan mengenai semua angkutan dan mempertahankan tarif tersebut sampai ia mengalami perubahan sebagaimana yang nantinya ditetapkan oleh undang-undang. Mahkamah Agung dalam keputusannya menetapkan, bahwa perjanjian di antara para anggota asosiasi tersebut adalah *per se illegal*, karena melanggar Pasal 1 *the Sherman Act*.

Selanjutnya, dalam perkara *United States v. Joint Traffic*,⁵⁸ pemerintah mengajukan gugatan di pengadilan New York Selatan, sehubungan dengan perjanjian antara 31 perusahaan kereta api yang membentuk asosiasi, antara lain bertujuan:

*“...to aid fulfilling the purpose of the interstate commerce act, to co-operate with each other and adjacent transportation association to establish and maintain reasonable and just rates, fares, rules, and regulations on state and interstate traffic, to prevent unjust discrimination, and to secure the reduction and concentration of agencies, and the introduction of economies in the conduct of the freight and passenger service...”*⁵⁹

Untuk mencapai tujuan tersebut, 31 perusahaan itu menetapkan Anggaran Dasar asosiasi, di mana mereka setuju asosiasi dijalankan oleh beberapa dewan yang berbeda, yang memiliki yurisdiksi atas semua lalu lintas kereta api, di mana perusahaan-perusahaan seharusnya bersaing. Asosiasi akan mempublikasikan daftar tarif, harga karcis, dan biaya serta aturan-aturan yang akan diterapkan. Dari waktu ke waktu para manajer asosiasi dapat membuat rekomendasi untuk perubahan harga karcis dan biaya serta aturan yang masuk akal dan adil untuk semua angkutan yang disebutkan dalam perjanjian guna melindungi kepentingan para pihak dalam perjanjian.

Ketidaksediaan untuk melaksanakan rekomendasi oleh pihak manapun juga yang terikat kepada perjanjian tersebut, dianggap sebagai pelanggaran terhadap perjanjian. Tidak ada perusahaan yang menjadi pihak dalam perjanjian ini diijinkan untuk menyimpang atau mengubah tarif, harga

⁵⁶ *Ibid.*, hal. 300-301.

⁵⁷ *Ibid.*, hal. 303.

⁵⁸ *United States v. Joint Traffic Association*, 171 U.S. 505, 19 S. Ct. 25, 43 L. Ed., 259 (1898).

⁵⁹ *Ibid.*, hal. 506.

karcis, biaya, atau aturan-aturan yang ditetapkan kecuali dengan persetujuan Dewan Direksi dari perusahaan tersebut, dan langkah itu tidak mempengaruhi tarif, harga karcis, serta biaya dimaksud. Perjanjian tersebut mulai berlaku tanggal 1 Januari 1896 untuk lima (5) tahun lamanya.

Pemerintah menuduh bahwa perjanjian yang dibuat oleh para tergugat tersebut adalah "... *unlawfully intending to restrain commerce among the several states, and to prevent competition...*"⁶⁰ Tergugat *the Joint Traffic Association* dalam jawabannya menyatakan, menolak tuduhan bahwa kontrak itu tidak sah dan tidak merupakan konspirasi untuk menghambat perdagangan atau berusaha untuk memonopoli dan menghambat persaingan antara perusahaan-perusahaan kereta api. Tujuan dari perjanjian itu antara lain adalah dalam rangka harmonisasi dari rute yang berlainan, dan hal itu perlu baik bagi masyarakat maupun perusahaan-perusahaan kereta api yang bersangkutan.

Hakim Peckham menyatakan, bahwa perkara ini memiliki persamaan yang besar dengan *United States v. Trans-Missouri Freight Association*,⁶¹ oleh karena asosiasi mempunyai kepentingan yang sama, sehingga kedua perkara tersebut menghasilkan keputusan yang sama. Tergugat berkeberatan atas pendapat ini dan memberikan alasan mengapa keputusan dalam perkara sebelumnya tidak dapat diterapkan terhadap perkara ini. Tergugat menyatakan, antara lain, terdapat perbedaan fundamental antara dua perjanjian tersebut, baik mengenai materi maupun sifatnya. Dalam perkara *Trans-Missouri*, perjanjian itu bersifat inkonstitusional, karena dianggap terlalu mencampuri kebebasan individu, dan mengabaikan hak individu untuk membuat kontrak, yang sebenarnya dijamin oleh Amendemen Kelima Konstitusi Amerika Serikat, yang menetapkan:

*"...no person shall be... deprived of life, liberty or property without due process of law; nor shall private property be taken for public use without just compensation. This objection was not advanced in the arguments in the other case..."*⁶²

Mahkamah Agung akhirnya kembali pada dalil hukum yang pernah disinggung pada *Trans-Missouri*. Pertama, membedakan antara pengaturan yang secara langsung dan segera akan mengurangi persaingan sebagai *price fixing* di antara para pesaing, dan pengaturan yang hanya berpengaruh secara tidak langsung dan insidental. Kedua, dalam menanggapi perilaku membahayakan yang secara hipotetis dilakukan oleh tergugat, maka Mahkamah Agung menyatakan bahwa beberapa pengaturan yang berdampak terhadap persaingan, seperti perjanjian untuk tidak ikut serta dalam bisnis sejenis, sama sekali bukanlah merupakan hambatan perdagangan (*restraint of trade*).

Oleh karena itu, Mahkamah Agung menegaskan, bahwa suatu pengaturan yang dilakukan dengan maksud tertentu dan secara eksplisit mematikan persaingan di antara perusahaan yang beroperasi secara mandiri di pasar bersangkutan, akan dinyatakan sebagai ilegal.⁶³

Dalam penerapan undang-undang *antitrust* di Amerika Serikat, beberapa jenis perilaku bisnis tertentu dipandang sebagai *per se illegal*, terlepas dari penilaian mengenai berbagai akibatnya terhadap persaingan, dan atau terlepas dari kondisi yang melingkupinya. Salah satu manfaat besar dari penggunaan metode *per se illegal* adalah kemudahan dan kejelasannya dalam proses administratif. Di samping itu, pendekatan ini memiliki kekuatan mengikat (*self-enforcing*) yang lebih luas daripada larangan-larangan yang tergantung pada evaluasi mengenai pengaruh kondisi pasar yang kompleks. Oleh karena itu, penggunaan pendekatan ini dapat memperpendek proses pada tingkatan tertentu dalam pelaksanaan suatu peraturan persaingan usaha. Proses tersebut dianggap relatif mudah dan sederhana, karena hanya meliputi identifikasi perilaku yang tidak sah dan pembuktian atas perbuatan ilegal tersebut. Dalam hal ini tidak diperlukan lagi penyelidikan terhadap situasi serta karakteristik

⁶⁰ *Ibid.*, hal. 508.

⁶¹ 166 U.S. 290, 17 S. Ct. 540, 41 L. Ed. 1007 (1897).

⁶² *United States v. Joint Traffic*, 171 U.S. 505, 19 S. Ct. 25, 43 L. Ed., 259 (1898).

⁶³ Lawrence Anthony Sullivan, *op. cit.*, hal. 169.

pasar.⁶⁴

Suatu perilaku yang ditetapkan oleh pengadilan sebagai *per se illegal*, akan dihukum tanpa proses penyelidikan yang rumit. Jenis perilaku yang ditetapkan secara *per se illegal* hanya akan dilaksanakan, setelah pengadilan memiliki pengalaman yang memadai terhadap perilaku tersebut, yakni bahwa perilaku tersebut hampir selalu bersifat antipersaingan, dan hampir selalu tidak pernah membawa manfaat sosial.⁶⁵ Pendekatan *per se illegal* ditinjau dari sudut proses administratif adalah mudah. Hal ini disebabkan karena metode ini membolehkan pengadilan untuk menolak melakukan penyelidikan secara rinci, yang biasanya memerlukan waktu lama dan biaya yang mahal guna mencari fakta di pasar yang bersangkutan.⁶⁶

Oleh karena itu, pada prinsipnya terdapat dua syarat dalam melakukan pendekatan *per se illegal*, yakni *pertama*, harus ditujukan lebih kepada “perilaku bisnis” dari pada situasi pasar, karena keputusan melawan hukum dijatuhkan tanpa disertai pemeriksaan lebih lanjut, misalnya, mengenai akibat dan hal-hal yang melingkupinya. Metode pendekatan seperti ini dianggap *fair*, jika perbuatan ilegal tersebut merupakan “tindakan sengaja” oleh perusahaan, yang seharusnya dapat dihindari. Kedua, adanya identifikasi secara cepat atau mudah mengenai jenis praktik atau batasan perilaku yang terlarang. Dengan perkataan lain, penilaian atas tindakan dari pelaku usaha, baik di pasar maupun dalam proses pengadilan harus dapat ditentukan dengan mudah. Meskipun demikian, diakui bahwa terdapat perilaku yang terletak dalam batas-batas yang tidak jelas antara perilaku terlarang dan perilaku yang sah.⁶⁷

Pembenaran substantif dalam *per se illegal* harus didasarkan pada fakta atau asumsi, bahwa perilaku tersebut dilarang karena dapat mengakibatkan kerugian bagi pesaing lainnya dan atau konsumen. Hal tersebut dapat dijadikan pengadilan sebagai alasan pembenar dalam pengambilan keputusan. Oleh karena itu, terdapat dua hal penting yang harus diperhatikan oleh pengadilan, pertama, adanya dampak merugikan yang signifikan dari perilaku tersebut. Kedua, kerugian tersebut harus tergantung pada kegiatan yang dilarang.⁶⁸

Contoh perjanjian yang dilarang secara *per se illegal* dalam UU No. 5 Tahun 1999 adalah perjanjian penetapan harga (*price fixing*) yang diatur dalam Pasal 5 ayat (1) yang menyatakan:

“Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menetapkan harga atas suatu barang dan atau jasa yang harus dibayar oleh konsumen atau pelanggan pada pasar bersangkutan yang sama.”

Perjanjian yang dianggap melanggar Pasal 5 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999 yang telah diputuskan KPPU adalah perjanjian penetapan harga yang dilakukan oleh beberapa pengusaha Bus Kota Patas AC, yang tergabung dalam suatu asosiasi angkutan jalan raya (Organda). Kesepakatan bersama tersebut diakomodasi melalui DPD Organda DKI Jakarta melalui Surat DPD Organda tentang Penyesuaian Tarif Angkutan Umum Bus Kota Patas AC di wilayah DKI Jakarta tanggal 5 September 2001. Kesepakatan ini dianggap merupakan pelanggaran terhadap Pasal 5 UU No. 5 Tahun 1999.

64 Carl Kaysen dan Donald F. Turner, *Antitrust Policy: an Economic and Legal Analysis*, Harvard University Press, Cambridge, 1971, hal. 142.

65 Herbert Hovenkamp, *Antitrust*, St. Paul Minnesota: West Publishing, Co., 1993, hal. 91.

66 *Ibid.*

67 Carl Kaysen and Donald F. Turner, *op.cit.*, hal. 143.

68 *Ibid.*

KPPU dalam Putusan Perkara Inisiatif No.: 05/KPPU-I/2003 menduga, bahwa Dewan Pimpinan Daerah Organda wilayah Jakarta melakukan penetapan tarif Bus Kota Patas AC sebesar Rp. 3.300,-. Tindakan tersebut diawali dengan cara mengajukan permohonan kepada Gubernur DKI Jakarta.

Setelah melalui proses pembahasan antara beberapa pengusaha angkutan bus kota dan Dinas Perhubungan DKI Jakarta, akhirnya Pemerintah Daerah menyetujui kenaikan tarif dari Rp. 2.500,- menjadi Rp. 3.300, per penumpang, melalui Surat No.: 2640/-1.811.33 pada tanggal 4 September 2001 tentang Penyesuaian Tarif Angkutan. Berdasarkan Surat Gubernur ini, Organda menerbitkan Surat Keputusan No.: SKEP-115/DPD/IX/2001 tanggal 5 September 2001 tentang Penyesuaian Tarif Angkutan Umum Bus Kota Patas AC di wilayah Jakarta.

Dalam perkara ini, KPPU cukup membuktikan adanya perjanjian yang dilakukan oleh operator bus kota Patas AC, yang dalam hal ini disepakati secara tertulis. Kemudian surat tersebut diajukan dan disetujui Gubernur DKI Jakarta, yang ditindaklanjuti berupa Surat Keputusan tentang Penyesuaian Tarif.

Perkara serupa juga terjadi di bidang angkutan laut, di mana 7 (tujuh) perusahaan pelayaran di jalur pelayaran Surabaya-Makassar melakukan kesepakatan untuk menetapkan tarif dan kuota jalur Surabaya-Makassar yang dibuat dan ditandatangani pada tanggal 23 Desember 2002.

Kasus III.2

Perkara No. 03/KPPU-I/2003 berawal dari adanya kesepakatan yang dilatarbelakangi adanya “banting-bantingan” harga di antara perusahaan pelayaran yang melayani jalur Surabaya-Makassar-Surabaya, serta adanya maksud Pelindo IV untuk menaikkan tarif THC/*port charge*. Perjanjian penetapan tarif dan kuota jalur Surabaya- Makassar dibuat pada tanggal 23 Desember 2002 ditandatangani oleh 7 perusahaan pelayaran.

Perjanjian itu juga mengatur mekanisme penalti atau denda yang akan dikenakan jika terjadi kelebihan kuota, dan apabila perusahaan pelayaran tidak membayar denda, maka perusahaan pelayaran tersebut tidak akan mendapatkan pelayanan fasilitas pelabuhan dari Pelindo IV cabang Makassar. Dalam putusannya, KPPU menyatakan bahwa kesepakatan di antara para perusahaan pelayaran tersebut merupakan pelanggaran terhadap Pasal 5 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999.

Pelanggaran terhadap UU No. 5 Tahun 1999 yang menggunakan pendekatan *per se illegal* lainnya adalah perjanjian kartel SMS (*Short Message Service*) yang dilakukan oleh para operator penyelenggara jasa telekomunikasi dalam Perkara KPPU No.26/KPPU-L/2007.

Perkara KPPU No. 26/KPPU-L/2007 ini bermula dari laporan tentang adanya penetapan harga SMS *off-net*. Pelanggaran tersebut dilakukan oleh para operator jasa telekomunikasi pada periode 2004 sampai dengan 1 April 2008. KPPU menemukan bukti adanya klausula perjanjian kerja sama (PKS) Interkoneksi yang menyatakan bahwa harga layanan SMS *off-net* berkisar pada Rp. 250,00 – Rp. 350,00. Tim Pemeriksa juga menemukan beberapa klausula penetapan harga SMS tidak boleh lebih rendah dari Rp. 250,00 dalam PKS Interkoneksi.

Komisi juga melihat adanya dampak atas penetapan harga yang mengakibatkan kerugian konsumen dihitung berdasarkan selisih penerimaan harga kartel dengan penerimaan harga kompetitif SMS *off-net* setidaknya-tidaknya sebesar Rp. 2.827.700.000.000). Komisi tidak berwenang untuk menjatuhkan sanksi ganti rugi untuk konsumen. Dalam putusannya, KPPU menyatakan bahwa 6 (enam) operator telekomunikasi melanggar Pasal 5 UU No. 5 Tahun 1999 dengan dijatuhkan denda berkisar Rp. 4 Milyar sampai dengan Rp. 25 Milyar.

Dalam Putusan KPPU No. 26/KPPU-L/2007 tentang Penetapan Harga SMS, selain KPPU menemukan bukti adanya perjanjian tertulis di antara para operator, KPPU juga membuktikan dampak terhadap persaingan itu sendiri, yakni adanya kerugian yang dialami konsumen.

Pelanggaran lain dari larangan *per se illegal* adalah kesepakatan para produsen ban di Indonesia untuk tidak melakukan banting harga dan *warranty claim*. KPPU pada tanggal 7 Januari 2015 mengeluarkan putusan yang di antaranya menyatakan bahwa mereka telah melanggar Pasal 5 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999. Baca selengkapnya dalam Kasus III.4 berikut ini:

Kasus III.4

Perkara No. 08/KPPU-1/2014 tentang Dugaan Pelanggaran Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 11 UU No. 5 Tahun 1999 dalam industri otomotif terkait kartel ban kendaraan bermotor roda empat yang dilakukan oleh para Terlapor, yakni PT Bridgestone Tire Indonesia, PT Sumi Rubber Indonesia, PT Gajah Tunggal, Tbk, PT Goodyear Indonesia, Tbk, PT Elang Perdana Tyre Industry, PT Industri Karet Deli. Para Terlapor telah bersama-sama menyepakati untuk tidak melakukan banting harga dan *warranty claim* ban *Passenger Car Radial* (PCR) *Replacement Ring 13, Ring 14, Ring 15* dan *Ring 16* di wilayah Republik Indonesia dalam rentang waktu tahun 2009 sampai dengan 2012.

Mereka telah dianggap melakukan penetapan harga dengan cara menyepakati untuk tidak saling melakukan banting harga dan *warranty claim*. Pasar bersangkutan dalam perkara ini adalah ban *Passenger Car Radial* (PCR) *Replacement Ring 13, Ring 14, Ring 15* dan *Ring 16* di wilayah Republik Indonesia dalam rentang waktu tahun 2009 sampai dengan 2012. KPPU memutuskan bahwa para Terlapor telah melanggar Pasal 11 dan Pasal 5 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999 yang mengatur tentang larangan penetapan harga secara *per se*. KPPU menghukum para Terlapor membayar denda sebesar Rp 25.000.000.000,00 (Dua Puluh Lima Miliar Rupiah) yang harus disetor ke Kas Negara.

Pelanggaran larangan *per se* juga terjadi pada perjanjian penetapan harga untuk produk *Liquefied Petroleum Gas* (LPG) oleh beberapa perusahaan distributor produk tersebut yang terjadi pada awal tahun 2015 di wilayah Bandung dan Sumedang sebagai berikut:

Kasus III.5

Perkara No. 14/KPPU-1/2014 tentang Dugaan Pelanggaran Pasal 5 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999 terkait penjualan *Liquefied Petroleum Gas* (LPG) di wilayah Bandung dan Sumedang yang dilakukan oleh 17 (tujuh belas) perusahaan yang bergerak di bisnis LPG, yakni PT Limas Raga Inti, PT Surya Buana Rahayu, PT Sumber Kerang Indah, PT Adigas Jaya Pratama, PT Tirta Ganggatama, PT Arias Mas, dan perusahaan-perusahaan lainnya. Mereka terbukti telah membuat perjanjian secara tertulis dalam bentuk Surat Kesepakatan Harga tanggal 21 Juni 2011, yakni harga yang harus dibayar oleh konsumen atau pelanggan untuk produk *Liquefied Petroleum Gas* (LPG) tabung ukuran 12 Kg di wilayah Bandung dan Sumedang pada kurun waktu tahun 2011 sampai dengan 2013.

Pasar produk dalam perkara ini adalah LPG tabung ukuran 12 Kg, dan pasar geografisnya adalah seluruh wilayah Bandung-Sumedang untuk produk LPG yang dipasarkan oleh perusahaan distributor LPG yang tergabung dalam Hiswana Migas Wilayah Bandung Sumedang. KPPU membacakan putusannya tanggal 1 April 2015 yang menyatakan bahwa perjanjian yang dibuat para Terlapor telah melanggar Pasal 5 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999 yang melarang perjanjian penetapan harga secara *per se*. KPPU menghukum para Terlapor dengan kewajiban membayar denda ke Kas Negara.

Penyelidikan terhadap ada tidaknya pelanggaran terhadap ketentuan hukum persaingan melalui pendekatan *per se illegal* dianggap lebih memberikan kepastian hukum. Artinya, bahwa adanya larangan yang tegas dapat memberikan kepastian bagi pengusaha untuk mengetahui keabsahan suatu perbuatan. Hal ini memungkinkan mereka untuk mengatur dan menjalankan usaha tanpa khawatir adanya gugatan hukum di kemudian hari, yang menimbulkan kerugian berlipat ganda. Dengan perkataan lain, pendekatan *per se illegal* dapat memperingatkan pelaku usaha sejak awal, mengenai perbuatan apa saja yang dilarang, serta berusaha menjauhkan mereka untuk mencoba melakukannya.⁶⁹

Namun demikian, tidak mudah untuk membuktikan adanya perjanjian, terutama jika perjanjian tersebut dilakukan secara lisan.⁷⁰ Dalam hal ini, hakim hanya perlu membuktikan apakah terjadi suatu perjanjian. Namun demikian, terdapat kesulitan untuk membuktikan suatu perjanjian yang dilakukan dengan cara lisan (tidak tertulis). Sebagai contoh, misalnya, dalam perkara *Barber Shop Association*,⁷¹ yakni suatu asosiasi para tukang cukur dalam *Akita Prefecture*, yang melakukan penelitian tentang pendapat para tukang cukur anggota asosiasi, dengan cara mengirimkan kuesioner kepada mereka dan menjawab pertanyaan mengenai dua hal: "*do you wish to raise price and if you do, what is the appropriate price level?*" Setelah kuesioner terkumpul, mereka menganalisis isi,

⁶⁹ *Ibid.*

⁷⁰ Pasal 1 butir 7 UU No. 5 Tahun 1999 menyatakan, bahwa "Perjanjian adalah suatu perbuatan satu atau lebih pelaku usaha untuk mengikatkan diri terhadap satu atau lebih pelaku usaha lain dengan nama apa pun, baik tertulis maupun tidak tertulis".

⁷¹ FTC Decision, 11 Agustus 1965, hal. 13 (1966) dalam Mitsuo Matsushita, *International Trade and Competition Law in Japan*, New York: Oxford University Press, Inc., 1993, hal. 144-145.

dan mengumumkan, bahwa hampir semua anggota asosiasi menghendaki peningkatan harga, dengan tingkat harga yang diperkirakan adalah sebesar 300 yen. Kemudian asosiasi menentukan “harga standar” sebesar 300 yen, dan memerintahkan bahwa masing-masing anggota dapat menentukan harga secara independen, dengan mempertimbangkan “harga standar” tersebut. Semua anggota asosiasi akhirnya sepakat secara diam-diam untuk menetapkan harga sebesar 300 yen.

Japan Fair Trade Commission (JFTC) menggugat aktivitas asosiasi tersebut dan memutuskan adanya pelanggaran terhadap Pasal 8 (i) huruf i the *Anti Monopoly Law* (AMA), yang melarang asosiasi dagang melakukan aktivitas yang secara substansial menghambat persaingan, khususnya di bidang perdagangan. Dalam hal ini, tidak terdapat bukti langsung bahwa asosiasi menetapkan suatu “harga standar” kepada para anggotanya. Namun demikian, asosiasi melakukan tekanan kepada para anggotanya, untuk mengatur harga senilai 300 yen dengan cara mengumumkan hasil penelitian. Kegiatan asosiasi ini dapat dievaluasi sebagai sebuah bukti yang tidak langsung adanya suatu bentuk penetapan harga. Melalui pengumuman tersebut, para anggota memperoleh informasi, bahwa mayoritas dari mereka mempertimbangkan, bahwa harga seharusnya ditetapkan sebesar 300 yen. Hal ini akan menyulitkan para anggota, jika melakukan “cara lain yang berbeda” dengan yang telah ditentukan secara bersama-sama.

Beberapa kasus serupa terjadi juga di Amerika Serikat, yang bertujuan mempengaruhi harga persaingan, yang ditemukan dan digunakan sebagai petunjuk analisis untuk mendukung karakterisasi suatu pengaturan atas harga. Dalam *Nationwide Trailer Rental Sistem, Inc. v. United States*,⁷² Mahkamah Agung menetapkan, bahwa pengedaran surat dalam bentuk daftar terjadwal, yang berisi penetapan tingkat harga lembur (*overtime charges*) untuk persewaan trailer kepada masing-masing anggota asosiasi, merupakan hambatan dalam bentuk harga (*price restraint*). Bukti-bukti menunjukkan, bahwa “jadwal” tersebut hanya digunakan sebagai “pedoman”, yang tidak mengharuskan para anggota untuk mematuhi, dan secara nyata menyimpanginya. Meskipun hanya sedikit atau tidak terdapat bukti mengenai pengaruh terhadap harga yang dapat dilihat, namun pengadilan menyimpulkan, bahwa “jadwal” tersebut diedarkan dengan beberapa tujuan, dan tampaknya antara lain, adalah menyarankan “tingkat harga” lembur, walaupun harga tersebut tidak ditetapkan secara *rigid*.

Hal yang sama terdapat dalam *Plymouth Dealers' Association v. United States*.⁷³ Dalam hal ini, asosiasi dealer mengedarkan daftar “harga yang disarankan” (*suggested price*) yang nilainya lebih tinggi dari pada harga penjualan kembali yang disarankan oleh perusahaan. Meskipun tidak terdapat alasan dari para *dealer* untuk mengikutinya dan kenyataannya memang demikian, namun terdapat beberapa bukti yang menunjukkan, bahwa ketika melakukan negosiasi dengan para pelanggan, mereka menunjuk pada daftar “harga yang disarankan”, selanjutnya baru mereka mulai melakukan tawar-menawar. Dalam perkara ini, pengadilan memutuskan bahwa tujuan untuk mempengaruhi harga pasar dapat ditentukan secara memadai.

Dalam perkara *United States v. Jantzen Inc.*,⁷⁴ tergugat dilarang menyetujui suatu pengaturan penetapan harga pada waktu mana ketika masing-masing individu harus menerapkan harga sendiri-sendiri. Pengaruh dari pengaturan tersebut, secara nyata dapat menutup kemungkinan perubahan harga di waktu lain. Kemudian dalam *United States v. United Liquors Corp.*,⁷⁵ terdapat suatu perjanjian penetapan persentase diskon yang fungsional, dan cara bagaimana konsumen diklasifikasikan dalam menentukan apakah mereka berhak atas diskon. Tindakan ini dianggap sebagai suatu hambatan

⁷² *Nationwide Trailer Rental Sistem, Inc. v. United States*, 355 U.S. 10, 78 S. Ct. 11, 2 L. Ed. 2d 20 (1957), aff'd 156 S. Supp. 800 (D. Kan.). Lihat juga *Goldfarb v. Virginia State Bar*, 421 U.S. 773, 95 S. Ct. 2004, 44 L. Ed. 2d 572 (1975).

⁷³ *Plymouth Dealers' Association v. United States*, 279 F. 2d 128 (9th Cir. 1960).

⁷⁴ *United States v. Jantzen Inc.*, 1966 CCH Trade Cas. 71,887 (D. Or. 1966).

⁷⁵ *United States v. United Liquors Corp.*, 149 F.Supp. 609 (W.D. Tenn. 1956), aff'd per curiam 352 U.S. 991, 77 S.Ct. 557, 1 L.Ed. 2d 540 (1957).

harga, meskipun tidak terdapat perjanjian tentang harga dasar dari para pesaing individu yang memperhitungkan diskon. Dalam *United States v. Gasoline Retailers Association*,⁷⁶ terjadi suatu anjuran untuk tidak mengiklankan harga, kecuali dengan harga yang tertulis di pompa bensin. Tindakan ini juga dianggap sebagai satu pembatasan harga yang bertujuan dan berpengaruh terhadap persaingan.

Kasus-kasus di atas adalah contoh yang menunjukkan, bahwa *price fixing* tidak selalu lahir dari suatu perjanjian yang tertulis atau jelas. Dengan demikian, hakim harus memiliki pandangan yang luas atau kepekaan yang dalam untuk mengetahui apakah telah terjadi suatu “perjanjian”, tanpa adanya bukti tertulis atau lisan. Ini merupakan salah satu kesulitan bagi hakim untuk membuktikan adanya perjanjian dalam menggunakan pendekatan *per se illegal*.

Dalam UU No. 5 Tahun 1999 tidak diatur tentang bagaimana cara membuktikan adanya suatu perjanjian. Akibatnya, berkaitan dengan perjanjian penetapan harga, apabila tidak terdapat bukti langsung yang berupa, misalnya, perjanjian tertulis atau lisan, maka KPPU tidak bisa menggunakan undang-undang tersebut.

Oleh karena itu, tepat kebijakan KPPU yang telah mengeluarkan Peraturan KPPU No. 4 Tahun 2011 tentang Pedoman Pasal 5 (Penetapan Harga) UU No. 5 Tahun 1999. Dalam peraturan tersebut dijelaskan mengenai bukti langsung (*hard evidence*) dan bukti tidak langsung (*circumstantial evidence*). Bukti tidak langsung merupakan “suatu bentuk bukti yang tidak secara langsung menyatakan adanya kesepakatan penetapan harga.” Dinyatakan secara tegas bahwa bukti semacam ini bisa digunakan untuk membuktikan dugaan adanya suatu perjanjian yang tidak tertulis.

Adapun yang termasuk bukti tidak langsung adalah:

1. bukti komunikasi yang tidak secara langsung menyatakan kesepakatan, dan
2. bukti ekonomi. Penggunaan bukti ekonomi bertujuan sebagai “upaya untuk mengesampingkan kemungkinan terjadinya perilaku penetapan harga yang bersifat independen.”

Peraturan tersebut menyatakan bahwa pembuktian terjadinya perilaku/strategi yang paralel (*parallel business conduct*) bukan merupakan bukti yang cukup untuk menyatakan adanya perjanjian penetapan harga. Masih dibutuhkan analisis tambahan (*plus factors*) untuk membedakan *parallel business conduct* dengan *illegal agreement*, seperti rasionalitas penetapan harga, analisis struktur pasar, analisis data kinerja, analisis penggunaan fasilitas kolusi (*Facilitating Devices*). Namun, dalam upaya pembuktian, tidak seluruh alat analisis tambahan tersebut harus digunakan. Peraturan tersebut menyatakan bahwa pembuktian terbaik adalah pembuktian dengan menggunakan baik bukti langsung maupun bukti tidak langsung. Namun, apabila sulit mendapatkan bukti langsung seharusnya digunakan bukti tidak langsung yang terbaik, yakni dengan mengkombinasikan bukti komunikasi dengan bukti ekonomi.

III.2 PENDEKATAN *RULE OF REASON* DAN PENERAPANNYA

Berbeda halnya dengan *per se illegal*, penggunaan pendekatan *rule of reason* mengharuskan pengadilan untuk melakukan interpretasi terhadap peraturan persaingan usaha. Dalam hal ini, Mahkamah Agung Amerika Serikat, umpamanya, telah menetapkan suatu standar *rule of reason*, yang memungkinkan pengadilan mempertimbangkan faktor-faktor kompetitif dan menetapkan layak atau tidaknya suatu hambatan perdagangan. Artinya untuk mengetahui apakah hambatan tersebut bersifat mencampuri,

⁷⁶ *United States v. Gasoline Retailers Association*, 285 F. 2d 688 (7th Cir. 1961).

mempengaruhi, atau bahkan menghambat proses persaingan.⁷⁷

Masing-masing pola pendekatan tersebut mengandung keunggulan dan kelemahan, yang mungkin dapat menjadi bahan pemikiran untuk menerapkan salah satu pendekatan terhadap tindakan pelaku usaha yang diduga melanggar undang-undang antimonopoli. Keunggulan *rule of reason* adalah menggunakan analisis ekonomi untuk mencapai efisiensi guna mengetahui dengan pasti, yaitu apakah suatu tindakan pelaku usaha memiliki implikasi kepada persaingan. Dengan perkataan lain, apakah suatu tindakan dianggap menghambat persaingan atau mendorong persaingan, ditentukan oleh: "...economic values, that is, with the maximization of consumer want satisfaction through the most efficient allocation and use resources..."⁷⁸ Sebaliknya, jika menerapkan *per se illegal*, maka tindakan pelaku usaha tertentu selalu dianggap melanggar undang-undang.

Namun pendekatan *rule of reason* juga mengandung satu kelemahan, dan mungkin merupakan kelemahan paling utama yaitu, bahwa *rule of reason* yang digunakan oleh para hakim dan juri mensyaratkan pengetahuan tentang teori ekonomi dan sejumlah data ekonomi yang kompleks, di mana mereka belum tentu memiliki kemampuan yang cukup untuk memahaminya, guna dapat menghasilkan keputusan yang rasional. Terbatasnya kemampuan dan pengalaman hakim untuk mengatasi proses litigasi yang kompleks, sering kali menimbulkan masalah sepanjang sejarah sistem pengadilan di Amerika Serikat.⁷⁹

Di samping itu, tidak mudah untuk membuktikan kekuatan pasar tergugat, mengingat penggugat harus menyediakan saksi ahli di bidang ekonomi, dan bukti dokumenter yang ekstensif dari para pesaing lainnya. Padahal, biasanya pihak penggugat hanya memiliki kemungkinan yang kecil untuk memenangkan perkara, sehingga sering kali pendekatan *rule of reason* dipandang sebagai *a rule of per se legality*.

Pendekatan *rule of reason* yang pertama diterapkan dalam *Standard Oil Co. of N.J. v. United States* sebagai interpretasi terhadap the *Sherman Act* pada tahun 1911.⁸⁰ Interpretasi tersebut menghasilkan suatu premis bahwa pertimbangan hukum yang utama dalam menerapkan pendekatan tersebut adalah maksimalisasi kesejahteraan atau pemuasan kebutuhan konsumen.⁸¹ Dalam hal ini, hakim Peckham, Taft, dan White menunjukkan perhatian mereka, bahwa hukum tidak bertujuan untuk menghancurkan suatu bentuk *combination* perusahaan yang efisien, namun menekan bentuk kerja sama di bidang penjualan yang bermaksud mengeliminasi persaingan.⁸² Adanya unsur pemuasan kebutuhan konsumen sebagai pertimbangan utama dari hukum, mengharuskan pengadilan untuk menerapkan sebagai kriteria pokok, yakni apakah suatu perjanjian akan berdampak pada terwujudnya efisiensi, dan kemudian dapat meningkatkan produk, atau sebaliknya, akan berdampak pada pembatasan produksi.⁸³

Dalam perkara ini hakim Amerika Serikat menyatakan, bahwa alasan utama diterapkannya the *Sherman Act* adalah adanya akumulasi kekayaan yang amat besar di dalam perusahaan secara bersama maupun secara individual, mengakibatkan adanya kekuatan yang besar dari pengembangan

77 E. Thomas Sullivan dan Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, New York: Matthew Bender dan Co., 1994, hal. 85.

78 Robert H. Bork, "The Rule of Reason and the Per se Concept: Price Fixing and Market Division", *The Yale Law Journal*, No. 5, Vol. 74, April 1965, hal. 781

79 "Development in the Law-The Civil Jury: The Jury's Capacity to Decide Complex Civil Cases", *Harvard Law Review*, Vol. 110, 1997, hal. 1489.

80 *Standard Oil Co. of N.J. v. United States*, 221 U.S. 1, 31 S. Ct. 502, 55 L. Ed. 619 (1911).

81 Robert H. Bork, *op.cit.*, hal. 375.

82 *Ibid.*, hal. 783.

83 Hakim White menyatakan sebagai berikut: "... the evil to be avoided as restriction of output because his version of the common law, which he incorporated into the Act, viewed the evils of monopoly as: 1) the power to fix price; 2) the power to limit production; and 3) the danger of deterioration in quality...". Robert H. Bork, *Ibid.*

yang luas, sehingga dapat mengakibatkan tekanan terhadap individu-individu perusahaan lainnya dan merugikan masyarakat secara umum. Undang-undang tersebut bermaksud, pertama, untuk menerapkan *common law* di negara-negara federal, yang menjamin bahwa masing-masing individu berhak melakukan perdagangan yang tidak dihambat dengan cara tidak wajar (*unreasonably*). Kedua adalah, bahwa masyarakat harus mendapat perlindungan dari praktik-praktik penetapan harga serta bentuk-bentuk praktik penyimpangan lainnya.⁸⁴

Keputusan tersebut, ditetapkan oleh Hakim White yang bertindak sebagai Hakim Ketua, yang dulunya menolak penggunaan *per se illegal* dalam *Trans-Missouri*. Keputusan *Standard Oil* dengan jelas memberikan kontribusi bagi pengembangan *the Sherman Act*, khususnya dalam hal peranan pengadilan dan letak diskresi guna menginterpretasikan undang-undang, yakni dengan cara menerapkan suatu pendekatan yang dikenal sebagai *the rule of reason*.⁸⁵

Perkara *Standard Oil* bukan mengenai kartel, melainkan suatu bentuk kerja sama (*combination*) yang erat hubungannya dari 37 perusahaan industri minyak yang diatur dengan manajemen bersama dan dikontrol melalui suatu perusahaan induk (*holding company*). Kombinasi tersebut dibentuk melalui kerja sama (*partnership*), merger dan bentuk kombinasi lainnya, termasuk melalui pengembangan internal dari organisasi yang ada. Tindakan mereka dianggap sebagai merger atau konsolidasi yang digunakan untuk menghimpun kekuatan beberapa perusahaan yang menjalankan usahanya secara terpisah tetapi melakukan tindakan kolusif, seperti halnya pada kartel.

Namun demikian, Mahkamah Agung menemukan, bahwa bentuk kombinasi tersebut memiliki elemen komersial, merupakan bentuk lain yang paling buruk dari suatu kartel. Para tergugat melakukan potongan harga yang sifatnya merusak pasar lokal, dengan cara memaksa untuk bekerja sama, yang akhirnya bermuara pada penurunan harga secara seragam. Salah satu pertimbangan pengadilan dalam memutuskan perkara tersebut adalah:

*"...it is now with much amplification or argument urged that the statute, in declaring illegal every combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce, does not mean what the language used therein plainly imports, but that it only means to declare illegal any such contract which is in unreasonable restraint of trade, while leaving all others unaffected by the provisions of the act; that the common law meaning of the term 'contract in restraint of trade' includes only such contracts as are in unreasonable restraint of trade; and when that term is used in the Federal statute it is not intended to include all contracts in restraint of trade, but only those which are in unreasonable restraint thereof...."*⁸⁶

Pola perilaku dari para tergugat tersebut, oleh Mahkamah Agung dianggap bertentangan baik terhadap Pasal 1 maupun Pasal 2 *the Sherman Act*. Hakim White mengawali keputusannya dengan memberikan batasan pengertian tentang "...restraint of trade, attempt to monopolize, and monopolization...". Pengertian-pengertian tersebut merupakan adopsi dari pengertian yang berasal dari *common law*, yang digunakan dalam pelaksanaan undang-undang *antitrust*. Selanjutnya, White juga mengemukakan konsep dasar tentang tujuan utama dari undang-undang *antitrust* di Amerika maupun di Inggris. Bagian krusial dari pandangan White menyatakan:

"...The evils which led to the public outcry against monopolies and to the final denial of the power to make them may be thus summarily stated: 1. The power which the monopoly gave to the one who

84 Jerrold G. van Cise, "Antitrust Past-Present-Future", dalam Theodore P. Kovaleff, *The Antitrust Impulse: an Economic, Historical, and Legal Analysis*, Vol. I, (M.E. Sharpe, Inc.), 1994, hal. 26.

85 Lawrence Anthony Sullivan, *op. cit.*, hal. 172.

86 *Standard Oil Co. of N.J. v United States*, *op. cit.*, hal. 29.

enjoyed it to fix the price and thereby injure the public; 2. The power which it engendered of enabling a limitation on production; and 3. The danger of deterioration in quality of the monopolized article which it was deemed was the inevitable resultant of the monopolistic control over its production and sale...”⁸⁷

Dalam hal ini White menyatakan pula, bahwa pengertian “monopoli” di Inggris biasanya selalu dihubungkan dengan tindakan-tindakan merugikan yang berasal dari pemberian Raja yang sifatnya monopoli. Oleh karena itu, akhirnya pengertian monopoli berkembang menjadi “...*fear as to the evil consequences which might arise from the acts of individuals producing or tending to produce the consequences of monopoly...*”⁸⁸ Dengan berfokus pada akibat dari monopoli, maka White menyatakan suatu perubahan dan perkembangan dalam memutuskan suatu perkara *antitrust*:

“...a modern conditions arose the trend of legislation and judicial decision came more and more to adopt the recognized restrictions to new manifestations of conduct or of dealing which it was thought justified the inference of intent to do the wrongs which it had been the purpose to prevent from the beginning...”⁸⁹

Pernyataan Hakim White mengenai penggunaan *rule of reason* dalam perkara *Standard Oil* mengandung tiga pengujian, yaitu:

1. adanya konsep *per se illegal*;
2. adanya maksud para pihak; dan
3. akibat dari suatu perjanjian.⁹⁰

Ketiga pengujian ini sebaiknya lebih dipandang sebagai suatu pedoman dalam proses litigasi, daripada sebagai kriteria yang terpisah. Dalam pengertian yang luas, hanya terdapat satu pengujian, yakni adanya dampak (akibat) dari suatu perjanjian (unsur yang ke-3). Sedangkan kedua unsur lainnya, hanya merupakan jalan pintas untuk menemukan atau akibat dari perjanjian tersebut.⁹¹

Pandangan ini didukung pula dengan adanya suatu anggapan, bahwa berdasarkan pertimbangan dalam keputusan *Standard Oil* tersebut, Mahkamah Agung Amerika Serikat telah menggabungkan sepenuhnya suatu gagasan, bahwa beberapa perjanjian harus dievaluasi berdasarkan Pasal 1 *the Sherman Act* dengan menggunakan standar kewajaran (*reasonableness*); termasuk terhadap keputusan pengadilan sebelumnya, seperti dalam *Trans-Missouri*, yang menyatakan bahwa semua perjanjian yang menghambat perdagangan adalah ilegal.

Oleh karena itu, keputusan pengadilan telah berkembang menjadi dikotomi *per se illegal* dan *rule of reason*, artinya bahwa pengadilan membagi praktik bisnis ke dalam dua bagian, yakni di satu pihak meletakkan perjanjian yang dikategorikan sebagai *per se illegal*. Perjanjian semacam ini, meliputi misalnya, perjanjian horisontal antara pesaing untuk menetapkan harga⁹² dan pembagian wilayah, di mana para pesaing sepakat untuk membagi wilayah di antara mereka.⁹³

⁸⁷ *Ibid.*, hal. 51.

⁸⁸ *Ibid.*, hal. 57. Lihat pula Robert H. Bork (1965), *op. cit.*, hal. 802.

⁸⁹ *Ibid.*, hal. 57-58.

⁹⁰ Robert H. Bork *op. cit.*, hal. 804.

⁹¹ *Ibid.*, hal. 388.

⁹² “...a combination formed for the purpose and with the effect of raising, depressing, fixing, pegging, or stabilizing the price of commodity in interstate or foreign commerce is illegal *per se*...”. *United States v. Socony-Vacuum Oil, Co.*, 310 U.S. 150, 223 (1940).

⁹³ “... unlawful on its face an agreement between bar review courses and sales companies to only sell in certain areas...”. *Palmer v. BRG of Georgia, Inc.*, 498 U.S. 46, 49-50 (1990) (*per curiam*).

Namun kadangkala pengadilan menentukan bahwa suatu perjanjian tertentu yang sebelumnya telah ditetapkan secara *per se illegal*, akan diputuskan menjadi *rule of reason*. Contoh dalam hal ini adalah perjanjian vertikal, perjanjian *non-price*, di mana pemasok (*supplier*) melakukan perjanjian dengan pengecer (*retailer*) di suatu tempat dalam rantai distribusi untuk membatasi sesuatu selain harga. Untuk perjanjian tersebut pernah ditetapkan secara *per se illegal*.⁹⁴

Beberapa jenis perjanjian, seperti *tying arrangement* dan *group boycotts*, mungkin dapat diputuskan baik berdasarkan *per se illegal* atau *rule of reason*, tergantung kepada pemeriksaan awal dari suatu perjanjian. Suatu *tying arrangement* terjadi ketika penjual memperlakukan penjualan suatu produk tertentu (*the tying product*) dengan mensyaratkan pembelian produk lainnya (*the tied product*). *Tying arrangement* pada awalnya dianggap antipersaingan, didasarkan pada teori bahwa penjual telah menggunakan kekuatan pasarnya dalam *tying product* untuk memaksa konsumen membeli *tied product*. Hal ini dikenal sebagai '*leverage theory*'.⁹⁵

Namun demikian, *leverage theory* memerlukan suatu pemeriksaan yang teliti, seperti yang sering dipertanyakan para komentator mengenai apakah konsumen dapat dipaksa dalam pembelian *two tied product* dengan harga lebih mahal dari pada jumlah masing-masing harga produk tersebut.⁹⁶ Oleh karena itu, pengadilan menentukan *tying arrangement* secara *per se illegal* hanya jika faktor-faktor awal tertentu telah ditetapkan, seperti:

1. kekuatan pasar *tying product*,
2. eksistensi dua produk secara terpisah,
3. paksaan yang nyata terhadap konsumen,
4. dampak yang substansial terhadap perdagangan antar negara bagian.⁹⁷

Meskipun suatu perjanjian ditentukan dalam kategori *per se illegal*, namun jika penggugat dapat menetapkan alasan pembenar yang bersifat prokompetitif atas tindakannya, maka perjanjian tersebut akan diputuskan berdasar *rule of reason*.⁹⁸ Dalam hal tertentu, Mahkamah Agung Amerika tidak menerapkan *per se illegal* terhadap suatu perjanjian tertentu, meskipun (perjanjian tersebut) masuk dalam kategori *per se illegal*, namun tetap diperlukan suatu keputusan, meskipun hal itu akan menjadi produk di tempat yang pertama.⁹⁹ Mahkamah Agung Amerika juga enggan menerapkan *per se illegal* terhadap perjanjian yang mencakup pengaturan suatu asosiasi profesi.¹⁰⁰

Terhadap kasus *group boycotts*, di mana suatu perusahaan atau pelaku usaha membatasi produk, atau mengurangi pasokan barang di pasar, adalah bentuk aktivitas lain yang dipertimbangkan sebagai *per se illegal*.¹⁰¹ Namun demikian, dalam keputusan berikutnya dipertimbangkan bahwa pengadilan

94 "...where a manufacturer sells products to his distributor subject to territorial restrictions upon resale, a *per se* violation of the Sherman Act results...". *United States v. Arnold Schwinn and Co.*, 388 U.S. 365, 379 (1967). Namun kemudian, Mahkamah Agung menolaknya sendiri, dengan menetapkan bahwa perjanjian semacam itu diputuskan berdasarkan *rule of reason*. "...the *per se* rule does not apply to vertical, non-price restraints...". *Continental TV, Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, 58-59 (1977).

95 "...the essence of illegality in tying arrangements is the wielding of monopolistic leverage; a seller exploits his dominant position in one market to expand his empire into the next...". *Times-Picayune Publ'g Co. v. United States*, 345 U.S. 594, 611 (1953).

96 Ward S. Bowman, Jr., "Tying Arrangement and Leverage Problem", *The Yale Law Journal*, Vol. 19, 1957, hal. 67.

97 *Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984).

98 "...a price fixing agreement to fall under the rule of reason because the agreement actually helped promote competition...". *BMI v. Columbia Broad. Sys.*, 441 U.S. 1, 23-25 (1979).

99 "...applying rule of reason to a price-fixing arrangement because the arrangement was necessary to have intercollegiate athletics in the first place...". *NCAA v. Board of Regents of the Univ. of Oklahoma*, 468 U.S. 85, 117-20 (1984).

100 "...we have been slow to condemn rules adopted by professional associations as unreasonable *per se*...". *FTC v. Indiana Fed'n of Dentist*, 476 U.S. 447 (1986).

101 "...an agreement between electronics manufacturers not to supply a particular store as illegal under Section 1...". *Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc.*, 359 U.S. 207, 210-14 (1957).

harus memeriksa tentang kekuatan pasar sebelum menghukum tindakan boikot tertentu.¹⁰²

Sekali suatu perjanjian ditetapkan secara *per se illegal*, maka akan dinyatakan secara otomatis sebagai ilegal, yang biasanya tanpa penyelidikan tambahan mengenai dampaknya secara ekonomis.¹⁰³ Namun sebaliknya, melalui pendekatan *rule of reason*, dampak ekonomis dari suatu perjanjian harus ditetapkan dengan menggunakan faktor-faktor dan kriteria yang tertentu, seperti terdapat dalam perkara *Chicago Board of Trade*.¹⁰⁴ Dalam perkara hukum yang terjadi di Amerika Serikat, terdapat evaluasi pengadilan yang berfokus pada “dampak persaingan” terhadap suatu perjanjian.

Mahkamah Agung Amerika Serikat bermaksud menjelaskan mengenai bagaimana mengevaluasi secara khusus “dampak perjanjian” terhadap persaingan melalui tiga tahapan sebagai berikut:

1. tingkat kerugian kompetitif yang berasal dari aktivitas tergugat;
2. adanya alasan yang sah dan berguna di balik kegiatan pelaku usaha; dan
3. jika terdapat alasan yang sah di balik aktivitas tersebut, maka adanya unsur lain, seperti pembatasan, adalah diartikan untuk menegaskan tujuan yang sah dan berguna dari aktivitas para pelaku usaha.¹⁰⁵

Dalam melakukan evaluasi mengenai kerugian kompetitif, pengadilan secara khusus akan membuat dua pemeriksaan secara terpisah, yakni, pertama, pengadilan memeriksa apakah suatu proses persaingan dirugikan oleh perjanjian tertentu; kedua, pengadilan akan memeriksa secara luas adanya kerugian tersebut.¹⁰⁶ Dalam melakukan evaluasi tentang kerugian kompetitif, adanya penyimpangan terhadap harga dan produk di tingkat persaingan yang umum, merupakan indikasi kuat atas dampak yang bersifat antipersaingan.¹⁰⁷

Pengujian terhadap “dampak ekonomi” seperti tersebut di atas diakui oleh sementara kalangan merupakan salah satu kesulitan dari pembuktian dengan pendekatan *rule of reason*. Hal ini disebabkan karena hampir tidak mungkin untuk dapat menetapkan tingkat persaingan terlebih dahulu secara terpisah dari produk dan harga.¹⁰⁸ Apalagi, terdapat suatu kenyataan, bahwa ada beberapa transaksi bisnis yang dievaluasi berdasarkan hukum *antitrust* sebelum secara nyata melakukan tindakan yang berdampak antikompetitif.¹⁰⁹

Dalam mengevaluasi mengenai luasnya “kerugian kompetitif”, biasanya akan selalu ditentukan pangsa pasar (*market share*) pihak tergugat di pasar terkait (*relevant market*). Semakin

¹⁰² “...there could be no antitrust violation absent a showing that the boycotted possessed some degree of market power...”. *FTC v. Superior Court Trial Lawyers Ass’n*, 493 U.S. 411, 438 (1990) (Brennen, J., dissenting and concurring).

¹⁰³ “...there are certain agreements or practices which because of their pernicious effect on competition and lack of any redeeming virtue are conclusively presumed to be unreasonable and therefore illegal without elaborate inquiry as to the precise harm they have caused or the business excuse for their use. This principle of *per se* unreasonableness not only makes the type of restraints which are proscribed by the Sherman Act more certain to the benefit of everyone concerned, but it also avoids the necessity for an incredibly complicated and prolonged economic investigation into the entire history of the industry involved, as well as related industries, in an effort to determine at large whether a particular restraint has been unreasonable an inquiry so often wholly fruitless when undertaken...”. *Northern Pacific Ry. Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 5 (1958).

¹⁰⁴ *United States v. Chicago Board of Trade*, 246 U.S. 231 (1918).

¹⁰⁵ Peter Neals, “*Per Se Legality: a New Standard in Antitrust Adjudication Under the Rule of Reason*”, *Ohio St. Law Journal*, Vol. 61, No. 347, 2000, hal. 357, yang menyatakan, bahwa “... these three evaluations are made by ‘virtually all courts’ when applying the rule of reason...”

¹⁰⁶ Phillip E. Areeda dan Louis Kaplow, *Antitrust Analysis, Problems, Cases*, 4th Edition, Little Brown Company, Boston, 1988, hal. 1503, menyatakan, bahwa “...we must go on to determine not only whether that harm is not only possible but likely and significant...”.

¹⁰⁷ *NCAA v. Board of Regent of The Univ. of Oklahoma*, 468 U.S. 85, 113 (1984).

¹⁰⁸ Michael S. McFalls, “*The Role and Assesment of Classical Market Power in Joint Venture Analysis*”, 66 *Antitrust* 651, 1998, hal. 658.

¹⁰⁹ Phillip E. Areeda, dan Louis Kapplow, *loc.cit.*, menyatakan, bahwa “...many alleged restraints are examined before they have had time to work their results...”.

tinggi pangsa pasar suatu perusahaan di pasar,¹¹⁰ maka semakin besar pula luasnya kerugian terhadap persaingan,¹¹¹ karena pelaku usaha yang memiliki kekuatan pasar (*market power*) yang besar, akan dapat meningkatkan harga secara mudah dan memaksakan keuntungan monopoli, dengan biaya yang harus ditanggung oleh konsumen.

Jika suatu perusahaan atau pelaku usaha memiliki pangsa pasar yang tinggi, dan jika kekuatan ini digunakan untuk menetapkan harga yang lebih mahal, maka pelaku usaha akan berhasil mencapainya, paling tidak sampai terdapat pelaku usaha baru yang memasuki pasar, yang mampu menjual harga di bawah harga (monopoli) tersebut.¹¹² Sebaliknya, suatu perusahaan yang hanya memiliki kekuatan pasar yang kecil, relatif tidak memiliki kemampuan untuk mengancam proses persaingan, karena jika bermaksud mencoba menetapkan harga monopoli, maka pelaku usaha lain yang memiliki pangsa besar, misalnya 90%, akan secara mudah menjual harga di bawah barang yang ditetapkan perusahaan (dengan pangsa kecil) tersebut di muka.¹¹³

Dalam perkara-perkara selanjutnya, Mahkamah Agung Amerika lebih menekankan undang-undang yang berisi pengaturan komprehensif mengenai kebebasan ekonomi yang ditujukan kepada suatu persaingan bebas dan tidak mengikat, artinya adalah suatu peraturan yang menjamin kesetaraan dalam kesempatan berusaha, dan melindungi masyarakat, serta menjamin kebebasan untuk bersaing terhadap masing-masing pelaku bisnis, dengan tidak memandang besar-kecilnya skala perusahaan tersebut.¹¹⁴

Mahkamah Agung Amerika juga berusaha menempuh pendekatan *the rule of reason* dalam menerapkan prinsip-prinsip *the Sherman Act* terhadap adanya dugaan pembatasan dalam perdagangan untuk perkara yang lain, guna menentukan tujuan utama dari pembatasan perdagangan serta pengaruh yang timbul dari pembatasan tersebut sebagai tindakan yang sah (*lawful*) atau tidak sah (*unlawful*)¹¹⁵

The rule of reason merupakan 'standar' yang membolehkan pengadilan untuk menilai ketidakjelasan atau tingkatan-tingkatan dari pengaruh persaingan. Dalam menerapkan suatu *standard of reason* untuk menilai suatu kesepakatan terlarang yang dinyatakan sebagai hambatan dalam perdagangan, dapat dikaji antara lain melalui tujuan dari kesepakatan tersebut, karakter (misalnya kekuatan) dari para pihak, dan akibat penting yang ditimbulkan dari perbuatan tersebut.¹¹⁶ Meskipun pada akhirnya Mahkamah Agung Amerika menggunakan pendekatan *rule of reason* yang fleksibel, yang menentukan bahwa suatu undang-undang hanya menghukum perilaku yang *unreasonable*, namun belum terdapat standar yang jelas untuk menilai hal ini.¹¹⁷

Penerapan *the rule of reason* merupakan pilihan yang tepat dalam melakukan penyelidikan. Analisis diperlukan untuk menentukan praktik tertentu yang menghambat atau mendorong persaingan, atau apabila terdapat tendensi keduanya, maka pengadilan akan mengambil langkah-

110 David Scheffman, "The Cutting Edge of Antitrust: Market Power", *Antitrust Law Journal*, Vol. 60, 1991/1992, hal. 18.

111 *Bhan v. NME Hosps., Inc.*, 929 F. 2d 1404 (9th Cir. 1991). Lihat pula *United States v. Realty Multi-List, Inc.*, 629 F. 2d 1351 (5th Cir. 1980). Lihat *Ginzburg M.D. v. Memorial Healthcare Sys.*, 993 F. Supp. 998, 1025-26 (S.D. Tex. 1997).

112 Robert S. Pindyck dan Daniel L. Rubinfeld, *Microeconomics* 240, 3d ed. 1995, menyatakan, bahwa "...where a firm is exerting monopoly power, it will be able to charge a higher price...".

113 Frank H. Easterbrook, *op.cit.*, hal. 20 menyatakan, bahwa "...firms that lack power cannot injure competition no matter how hard they try...".

114 Jerrold G. van Cise, *op. cit.*, hal. 26-27.

115 *Ibid.*, hal. 27.

116 Ernest Gellhorn dan William E. Kovacic, *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, St. Paul Minnesota, West Publishing, Co., 1994, hal. 169

117 *Ibid.*, hal. 24.

langkah yang pengaruhnya paling menguntungkan (efisien) bagi masyarakat secara luas.¹¹⁸ Pendekatan tersebut juga kaya akan implikasi mengenai jenis-jenis analisis yang dibutuhkan untuk menjawab permasalahan, seperti dalam *Chicago Board of Trade v. United States*,¹¹⁹ di mana Hakim Brandeis menjelaskan secara rinci mengenai permasalahan *reasonableness* yang sebelumnya tidak terpecahkan. Dalam perkara tersebut hakim menyatakan antara lain, bahwa penyelidikan berdasarkan *rule of reason* adalah berkenaan dengan apakah perjanjian yang digugat merupakan sesuatu yang memajukan persaingan atau bersifat menghilangkan persaingan.¹²⁰

Chicago Board of Trade v. United States melibatkan suatu badan perdagangan terkemuka yang berskala nasional, meliputi para pedagang produk biji-bijian, pedagang perantara, dan pihak lainnya. Badan tersebut memiliki aturan-aturan, yang mengatur *Spot Sales*, yaitu transaksi penjualan produk yang diantar secara langsung melalui pesanan di wilayah Chicago; *Future Sales*, yakni kontrak penjualan yang mengharuskan penjual mengantarkan produk di kemudian hari atau di bulan yang tertentu; dan *sales "to arrive"*, yaitu suatu perjanjian untuk mengantar produk biji-bijian dalam perjalanan yang siap transit ke Chicago atau akan dikapalkan dalam waktu yang tertentu. Kedua transaksi pertama (*spot dan future*) dibuka pada waktu yang sama, disebut dengan sesi reguler, yang berjalan antara pukul 9.30' sampai dengan pukul 13.30', kecuali hari Sabtu hanya sampai dengan pukul 12.00'. Di samping itu, terdapat sesi khusus disebut dengan *call* dalam transaksi *sales "to arrive"*, yang dilakukan segera setelah selesainya sesi reguler. Sesi ini tidak dibatasi waktunya, namun biasanya berlangsung selama setengah jam. Para anggota dapat melakukan transaksi satu sama lain secara bebas baik selama berlangsungnya atau tidak sesi-sesi tersebut, bahkan dapat dilakukan sampai tengah malam.

Namun pada tahun 1906, badan tersebut membuat aturan transaksi *call* yang melarang para anggota untuk membeli atau menawarkan pembelian di sesi *to arrive* dengan harga berbeda dengan saat penutupan sesi *call* terakhir di hari yang sama. Badan tersebut beralasan, bahwa tujuan dan pengaruh aturan tersebut sangat bermanfaat, karena membatasi waktu perdagangan, mengurangi kekuatan pasar dari beberapa tengkulak atau pedagang yang mencoba meraih keuntungan perdagangan di malam hari, dan membuat pasar perdagangan di siang hari menjadi lebih sempurna.

Pemerintah menyatakan bahwa peraturan ini bertentangan dengan Pasal 1 *the Sherman Act*. Pendapat pemerintah tersebut ditolak oleh Hakim Brandeis di tingkat Mahkamah Agung.¹²¹ Meskipun Hakim Brandeis mengakui bahwa pengaturan tersebut merupakan tindakan bersama yang mengandung sanksi komersial serta penetapan harga transaksi di luar jam kerja, namun rencana tersebut lebih cenderung dimaksudkan untuk menetapkan 'waktu transaksi' daripada menetapkan harga itu sendiri. Penetapan 'waktu transaksi' tersebut merupakan tujuan dan dampak yang riil dalam transaksi produk tersebut.

Alasan Hakim Brandeis menolak keputusan pengadilan bawahan tersebut mengandung pernyataan *the rule of reason*, yakni sebagai berikut:

"...the legality of an agreement or regulation cannot be determined by so simple a test, as whether it restrains competition. Every agreement concerning trade, every regulation of trade, restrains. To bind, to restrain, is of their very essence. The true test of legality of whether the restraint imposed is such as merely regulates and perhaps thereby promotes competition or whether it is such as may

118 *United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 166 U.S. 290, 343, 17 S. Ct. 540, 560, 41 L. Ed. 1007, 1028 (1897) yang kemudian dimodifikasi dalam *Standard Oil Co. of N.J. v. United States*, 221 U.S. 1, 31 S. Ct. 502, 55 L. Ed. 619 (1911).

119 *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231, 38 S.Ct. 242, 62 L.Ed. 683 (1918).

120 Lawrence Anthony Sullivan, *op. cit.*, hal. 166.

121 Lihat *Board of Trade of City of Chicago et al. v. United States*, 246 U.S. at 238, 38 S. Ct. at 244, 62 L. Ed. at 687, hal. 2.

*suppress or even destroy competition. To determine that question the court must ordinarily consider the facts peculiar to the business...; its condition before and after the restraint was imposed; the nature of the restraint and its effect, actual and probable. The history of the restraint, the evil believed to exist, the reason for adopting the particular remedy, the purpose or end sought to be attained, are all relevant facts. This is not because good intention will save an achieved objectionable regulation or the reverse; but because knowledge of intent may help the court to interpret facts and to predict consequences..."*¹²²

Berdasarkan berbagai pertimbangan alasan yang meliputi syarat, sifat, sejarah, dampak dan tujuan dari pembatasan yang dilakukan oleh *Board of Trade*, maka Hakim Brandeis menolak keputusan pengadilan banding, karena pengaturan tersebut tidak bertujuan untuk membatasi persaingan.

Beberapa contoh kasus di atas menyiratkan pada suatu pemahaman, bahwa penerapan pendekatan *rule of reason* harus melalui prosedur pembuktian yang diawali dengan menentukan definisi pasar bersangkutan (*relevant market*). Semua perhitungan, penilaian, dan keputusan tentang implikasi persaingan akibat perilaku apa pun tergantung pada ukuran (pangsa) pasar dan bentuk pasar bersangkutan (*the relevant market*).¹²³ Dalam suatu kasus yang menyangkut, misalnya, penyalahgunaan posisi dominan, jika pasar yang didefinisikan adalah kecil, dan perusahaan yang berada dalam pengawasan memiliki pangsa (pasar) yang lebih besar pada pasar tersebut, maka perusahaan tersebut dianggap sebagai dominan. Dan bila hal ini berkaitan dengan merger, maka pasar terkait dapat meliputi perusahaan-perusahaan yang melakukan merger, di mana terdapat adanya indikasi hambatan atau kerugian dalam persaingan.

Suatu pasar memiliki dua komponen, yakni pasar produk dan pasar geografis. Pasar produk menguraikan mengenai barang atau jasa yang diperjualbelikan. Sedangkan pasar geografis menguraikan lokasi produsen atau penjual produk. Proses pendefinisian terhadap kedua komponen pasar ini memiliki kesamaan, dan tugas penyelidik adalah meliputi semua produk pengganti (*close substitutes*) dan atau sumber penawaran produk yang sedang diselidiki. Fase ini dimaksud untuk menentukan sampai di mana pembeli (konsumen) dapat beralih ke produk pengganti atau tempat (sumber) penawaran lainnya.

Oleh karena itu, dalam menentukan pasar produk, terdapat tiga hal pokok yang perlu dianalisis, yakni adanya kenaikan harga, adanya reaksi pembeli, dan prinsip pasar terkecil. Kenaikan harga tersebut adalah kecil namun signifikan. Amerika Serikat dan Kanada menggunakan angka 5% untuk menentukan "kecil dan signifikan"¹²⁴ tersebut. Kenaikan harga tersebut harus dapat membuat sebagian (meskipun kecil) pembeli beralih ke produk pengganti. Sedangkan prinsip pasar terkecil dimaksudkan untuk mencegah terbentuknya pasar yang bermacam-macam dan luas, sehingga dapat menyulitkan deteksi serta mengaburkan kegiatan antipersaingan tersebut.

Dalam praktiknya, kadangkala terdapat kesulitan untuk menentukan pengganti dekat (*close substitutes*), misalnya menentukan produk pengganti dari pembungkus jenis *cellophane*, apakah dapat digantikan dengan bahan pembungkus lainnya, seperti *waxed paper, plain, aluminium foil, saran wrap*, dan sebagainya?¹²⁵ Dalam kasus serupa dikemukakan juga, apakah teh merupakan produk pengganti bagi air soda sebagai bahan pembuat *soft drink*?¹²⁶

¹²² *Ibid.* Lihat pula Lawrence Anthony Sullivan, *op. cit.*, hal. 176.

¹²³ "...a relevant market, then, is a narrowest market which is wide enough so that products from adjacent areas or from other producers in the same area cannot compete on substantial parity with those included in the market...". *Ibid.*, hal. 41.

¹²⁴ Dikenal dengan istilah "Small but Significant Non-Transitory Increase In Price" atau SSNIP.

¹²⁵ *United States v. E. I. du Pont de Nemours dan Co.*, 351 U. S. 377, 399-400 (1956).

¹²⁶ *Coca Cola Co. v. United States*, 91 F. T. C. 517, 634-635 (1978).

Sedangkan pasar geografis didefinisikan menurut pandangan pembeli tentang ketersediaan produk pengganti yang dibuat atau dijual di berbagai lokasi. Bila pembeli suatu produk di satu lokasi harus beralih untuk membeli produk sejenis di lokasi lain, misalnya, sebagai reaksi kenaikan harga, maka kedua lokasi tersebut dianggap berada di pasar geografis yang sama. Sebaliknya, bila tidak, maka kedua lokasi tersebut berada di pasar geografis yang berbeda. Pasar geografis biasanya ditentukan dalam batas-batas, antara lain, adalah biaya angkutan, waktu angkutan, tarif, dan peraturan. Terdapat pandangan yang menyatakan, bahwa jangkauan iklan juga menentukan batas pasar geografis. Penentuan pasar ini akan terlihat jelas pada jenis produk yang “berat namun bernilai rendah”, seperti kerikil atau pasir. Biaya angkutan pasir dari tempat jauh akan jauh lebih mahal daripada dari jarak dekat.

Penentuan atas definisi pasar tersebut dapat dijadikan alasan untuk melakukan penilaian, mengenai apakah perbuatan pelaku usaha yang diselidiki berakibat menghambat atau bahkan mematikan pesaing di pasar terkait. Dalam beberapa keputusannya, KPPU melakukan penyelidikan atas perkara-perkara tertentu dengan pendekatan *rule of reason*, antara lain adalah perkara tentang *Cineplex 21* dengan Putusan No.: 05/KPPU-L/2002.

Kasus III.6

Putusan KPPU No. 05/KPPU-L/2002 ini bermula dari perkara yang melibatkan beberapa terlapor yang merupakan Group 21, yaitu: PT Camila Internusa Film (terlapor I), PT Satrya Perkasa Esthetika Film (terlapor II), dan PT Nusantara Sejahtera Raya (terlapor III).

Pihak pelapor dalam suratnya tertanggal 5 Juli 2002 menyatakan, bahwa pada pokoknya pihak terlapor, antara lain, diduga telah melakukan praktik monopoli dan penyalahgunaan posisi dominan di bidang distribusi film-film dari *major companies* yang diberikan oleh pihak MPA (distributor film-film Hollywood: 20 Century Fox, Universal Studio, Warner Bross, Buena Vista International Touch Town dan Columbia Tri Star). Di samping itu, mereka diduga melakukan penguasaan saham mayoritas pada industri sejenis, sehingga secara berturut-turut dianggap melanggar ketentuan Pasal 17, Pasal 25, dan Pasal 27 UU No. 5 Tahun 1999.

Perkara ini melibatkan beberapa terlapor yang merupakan Group 21, yaitu: PT Camila Internusa Film (terlapor I), PT Satrya Perkasa Esthetika Film (terlapor II), dan PT Nusantara Sejahtera Raya (terlapor III). Pihak pelapor dalam suratnya tertanggal 5 Juli 2002 menyatakan, bahwa pada pokoknya pihak terlapor, antara lain, diduga telah melakukan praktik monopoli dan penyalahgunaan posisi dominan di bidang distribusi film-film dari *major companies* yang diberikan oleh pihak MPA (distributor film-film Hollywood: 20 Century Fox, Universal Studio, Warner Bross, Buena Vista International Touch Town dan Columbia Tri Star). Di samping itu, mereka diduga melakukan penguasaan saham mayoritas pada industri sejenis, sehingga secara berturut-turut dianggap melanggar ketentuan Pasal 17, Pasal 25, dan Pasal 27 UU No. 5 Tahun 1999.

Pemeriksaan Komisi meliputi pasar produk, yakni jasa penayangan film-film dari *major companies*, dan pasar geografis yang meliputi Studio 21 yang tersebar di wilayah Jakarta, Tangerang, Bekasi (Jabotabek), dan kota-kota besar lainnya, seperti Surabaya, Semarang, Bandung, Medan, Denpasar, dan Makassar. Dalam perkara ini, KPPU memutuskan, bahwa para terlapor (terutama terlapor I dan II), dianggap menghalangi konsumen untuk memperoleh jasa penayangan film dengan

cara bersaing secara sehat, atau membatasi pasar atau menghambat pelaku usaha bioskop lain, yang berpotensi menjadi pesaingnya.

Hasil penyelidikan KPPU menyimpulkan, bahwa mereka tidak melanggar Pasal 17 UU No. 5 Tahun 1999, karena meskipun menguasai distribusi film impor MPA, tetapi penguasaan itu kurang dari 50% dari seluruh film impor pada tahun 2001 dan 2002. Alasan yang sama juga digunakan sebagai pembuktian, bahwa para Terlapor tidak melanggar ketentuan Pasal 25 tentang posisi dominan. Satu-satunya dugaan yang terbukti adalah mengenai kepemilikan saham mayoritas di beberapa perusahaan perbioskopian di pasar terkait, sehingga salah satu terlapor dianggap melanggar Pasal 27 UU No. 5 Tahun 1999.

Perkara lain yang telah diputuskan KPPU dengan menggunakan pendekatan *rule of reason* adalah tentang penguasaan pasar dan penyalahgunaan posisi dominan dalam penjualan batu baterai yang diproduksi PT Artha Boga Cemerlang (ABC).

Kasus III.7

Perkara ini berawal dari dugaan terjadi perilaku antipersaingan dalam program promosi ABC yang bertitel Program Geser Kompetitor (PGK) selama periode Maret sampai dengan Juni 2004. Dengan adanya PGK, beberapa toko grosir/semi grosir di pasar tradisional wilayah Jawa dan Bali diikat oleh ABC dengan pemberian potongan harga sebesar 2% jika bersedia memajang produk baterai ABC dan 2% lagi jika bersedia untuk tidak menjual baterai Panasonic.

Potongan harga diberikan selama periode berlangsungnya PGK. Pangsa pasar baterai ABC jenis *manganese AA blue* secara nasional sebesar 88,73%, memiliki maksud untuk menyingkirkan pesaingnya yakni PT Panasonic Gobel Indonesia (PGI) yang memproduksi baterai sejenis. ABC juga melarang toko grosir atau semi grosir untuk membeli baterai Panasonic. Akibatnya, terjadi penurunan volume penjualan baterai *manganese AA blue* milik PGI, timbulnya potensi mengurangi tingkat persaingan yang pada akhirnya akan mengurangi konsumen untuk memilih produk baterai yang sesuai. Perbuatan ini diwujudkan dalam bentuk perjanjian antara ABC dan para pemilik toko grosir/semi grosir.

Komisi menyatakan, bahwa PGK terbukti melanggar Pasal 19 huruf a dan Pasal 25 ayat (1) huruf a jo. ayat (2) huruf a UU No. Tahun 1999. Guna menghentikan perjanjian tersebut, Komisi membatalkan PGK yang dibuat oleh ABC dengan toko grosir/semi grosir.

Untuk menentukan pasar bersangkutan dalam perkara tersebut, Komisi menetapkan PGK sebagai pasar produk yang meliputi wilayah (geografis) Jawa dan Bali. Penentuan pasar bersangkutan didahului dengan menghitung pangsa pasar, di mana ABC memiliki pangsa sebesar 88,73%. Melalui posisi dominannya, ABC melakukan *abuse* dengan cara melakukan PGK untuk menyingkirkan pesaingnya.

Perkara lain yang diperiksa dengan menentukan pasar bersangkutan adalah Perkara No. 28/KPPU-I/2007 yakni pelanggaran terhadap ketentuan-ketentuan tentang praktik monopoli, pembagian dan penguasaan pasar oleh sekelompok pelaku usaha yang tergabung dalam koperasi-koperasi di beberapa wilayah pelabuhan dan bandar udara Hang Nadim, Batam.

Dugaan pelanggaran terhadap UU No. 5 Tahun 1999 berawal dari adanya layanan jasa taksi di wilayah Batam yang dilakukan oleh pelaku usaha taksi dan pengelola wilayah pelabuhan maupun bandara. Pelaku usaha taksi yang tergabung dalam koperasi-koperasi tersebut mengatur dan membagi wilayah beroperasinya taksi di tujuh wilayah pelabuhan dan bandara. Mereka juga melakukan pengaturan dengan cara menetapkan harga dari pelabuhan/bandara ke tempat-tempat tujuan. Penetapan harga ini antara lain disebabkan belum diberlakukannya sistem argo meter yang seharusnya diberlakukan oleh pemerintah daerah setempat berdasarkan Surat Keputusan Walikota Batam.

Pengaturan dan pembagian wilayah ini mengakibatkan taksi-taksi yang tidak mendapat ijin dan menjadi anggota di wilayah-wilayah tersebut tidak dapat mengangkut penumpang dari wilayah. Penetapan harga, pembagian dan pengaturan wilayah operasi taksi tersebut dianggap sebagai pelanggaran terhadap Pasal 5, Pasal 9, Pasal 17, dan Pasal 19 UU No. 5 Tahun 1999.

Guna menerapkan pendekatan *rule of reason* dalam perkara tersebut, Komisi membagi menjadi 8 (delapan) wilayah pasar bersangkutan, dengan 1 wilayah bandara dan 7 wilayah pelabuhan yang diperlakukan sebagai wilayah pasar geografis. Sedangkan pasar produk dari perkara ini adalah jasa layana taksi. Putusan KPPU menyatakan, bahwa terdapat pelanggaran terhadap Pasal 5 UU No. 5 Tahun 1999 tentang penetapan harga pada Bandara Hang Nadim, Pelabuhan Internasional Sekupang, Marina City dan Harbour Bay. Selain itu terdapat pelanggaran Pasal 9 UU No. 5 Tahun 1999 tentang pembagian wilayah di bandara Hang Nadim, Pelabuhan-pelabuhan Internasional Sekupang, Domestik Sekupang, Batam Center, Telaga Punggur, Domestik Sekupang, Marina City, dan Nongsa Pura. Adapun pelanggaran atas Pasal 17 UU No. 5 Tahun 1999 tentang monopoli dilakukan oleh Koperasi Karyawan Otorita Batam di bandara Hang Nadim. Sementara hampir semua wilayah pelabuhan dan bandara melakukan pelanggaran atas Pasal 19 huruf a dan huruf d UU No. 5 Tahun 1999.

Putusan KPPU lain yang menggunakan pendekatan *rule of reason* adalah putusan pada perkara tentang kartel daging sapi impor pada tahun 2015 sebagai berikut:

Kasus III.9

Perkara No. 10/KPPU-1/2015 tentang Dugaan Pelanggaran Pasal 11 dan Pasal 19 huruf c UU No. 5 Tahun 1999 terkait dengan kartel daging sapi impor yang telah dilakukan oleh 32 Terlapor, antara lain, PT Andini Karya Makmur, PT Andini Persada Sejahtera, PT Agro Giri Perkasa, PT Agrisatwa Jaya Kencana, PT Andini Agro Loka, PT Austasia Stockfeed, PT Bina Mentari Tunggal, dan lain-lain.

Para terlapor telah terbukti membuat kesepakatan yang difasilitasi APFINDO melalui rangkaian pertemuan yang pada akhirnya penunjukkan kesamaan tindakan yang dilakukan oleh para Terlapor yang diperkuat dengan alat bukti pengakuan. Mereka terbukti telah melakukan *rescheduling sales* yang dikategorikan sebagai pengaturan dan/atau penahanan

pasokan sapi impor di wilayah JABODETABEK. Dengan menggunakan pendekatan *rule of reason*, KPPU menyatakan tindakan para Terlapor merupakan kartel yang dilarang oleh Pasal 11 UU No. 5 Tahun 1999.

KPPU telah menganalisis pasar produk dan pasar geografis dan menganalisis dampak negatif dari kartel tersebut. Tindakan penahanan pasokan dengan cara tidak merealisasikan jumlah kuota impor sapi (SPI) yang telah disetujui oleh pemerintah dan melakukan *rescheduling sales* telah berdampak negatif karena telah mengakibatkan kenaikan harga yang tidak wajar yang merugikan kepentingan konsumen dan/atau kepentingan umum.

Dalam perkara tersebut, KPPU telah menggunakan pendekatan *rule of reason* dengan menganalisis pasar produk dan pasar geografis dan kemudian menganalisis dampak negatif dari kartel tersebut. Karena dampak negatifnya terbukti maka KPPU memutuskan bahwa para Terlapor telah melanggar Pasal 11 yang melarang kartel.

Di dalam Peraturan KPPU No. 4 Tahun 2010 tentang Kartel (Pedoman Pasal 11), dijelaskan bagaimana penerapan *rule of reason*. Menurut peraturan ini, harus dilakukan pemeriksaan secara mendalam tentang alasan-alasan mengapa para pelaku usaha terlapor membuat kartel. KPPU harus memeriksa apakah alasan-alasan para pelaku usaha membuat kartel ini dapat diterima (*reasonable restraint*).

KPPU harus mempertimbangkan beberapa hal sebagai berikut:

1. Apakah terdapat tanda-tanda adanya pengurangan produksi barang dan atau jasa atau ada tidaknya kenaikan harga? Jika tidak ada, maka perbuatan para pelaku usaha tidak bertentangan dengan hukum persaingan usaha.
2. Apakah perbuatan tersebut *naked* (semata-mata, langsung bertujuan untuk mengurangi atau mematikan persaingan), atau bersifat *ancillary* (bukan tujuan dari kolaborasi melainkan hanya akibat ikutan). Apabila kolaborasi bersifat *naked*, maka akan melawan hukum.
3. Bahwa kartel mempunyai *market power*. Apabila kartel mempunyai pangsa pasar (*market power*) yang cukup, maka mereka mempunyai kekuatan untuk menyalahgunakan kekuatan tersebut. Akan tetapi apabila tidak ada *market power*, maka kemungkinan kecil kartel akan dapat mempengaruhi pasar.
4. Terdapat bukti yang kuat bahwa kartel menghasilkan efisiensi yang cukup besar, sehingga melebihi kerugian yang diakibatkannya. Apabila tidak membawa efisiensi berarti kartel hanya membawa kerugian.
5. Adanya *reasonable necessity*. Artinya tindakan para pelaku kartel tersebut memang secara akal sehat perlu dilakukan. Dengan kata lain untuk mencapai keuntungan-keuntungan yang propersaingan yang ingin dicapai, maka perbuatan kartel tersebut perlu dilakukan, dan tidak terdapat cara lain atau alternatif lain yang seharusnya terpikirkan oleh para pelaku usaha.
6. *Balancing test*. Setelah faktor-faktor lainnya tersebut di atas diperiksa, maka perlu dilakukan pengukuran terhadap keuntungan yang diperoleh melalui kartel, dengan kerugian yang diakibatkannya. Apabila keuntungan yang diperoleh lebih besar dibandingkan dengan kerugian yang diakibatkannya, maka perbuatan atau tindakan para pelaku usaha tersebut dapat dibenarkan.

Dalam perkara kartel daging sapi impor tersebut, KPPU dalam menggunakan pendekatan *rule of reason* tentunya telah mengikuti pedoman dalam Peraturan KPPU No. 4 Tahun 2010 tersebut. Ternyata terbukti bahwa kartel tersebut berdampak negatif sehingga para Terlapor dinyatakan telah melanggar Pasal 11 yang melarang kartel.

III.3 PENERAPAN *PER SE ILLEGAL* ATAU *RULE OF REASON* SECARA ALTERNATIF

Mengingat perbedaan metode pendekatan antara *per se illegal* dan *the rule of reason* demikian ekstrim, maka untuk selanjutnya, sebagian besar keputusan pengadilan menempatkan posisi di antara kedua pandangan tersebut. Meskipun kebanyakan keputusan pengadilan dan para pengamat berasumsi, bahwa pendekatan *per se illegal* serta *rule of reason* merupakan standar yang saling berlawanan untuk melakukan analisis *antitrust*,¹²⁷ namun dalam kenyataannya mereka menganggap, bahwa keduanya merupakan satu kesatuan.¹²⁸

Artinya, bahwa dalam satu kasus tertentu, pengadilan akan menetapkan keputusan dilandasi pendekatan metode *rule of reason*, tetapi dalam kasus yang sejenis lainnya digunakan pendekatan *per se illegal*, atau bahkan secara bersamaan akan digunakan kedua pendekatan tersebut.¹²⁹ Walaupun ada perbedaan yang jelas antara *per se illegal* dan *rule of reason*, tetapi keduanya bisa saling melengkapi dan tidak merupakan inkonsistensi.¹³⁰ Seperti telah dijelaskan sebelumnya, bahwa penggunaan pendekatan *per se illegal* lebih singkat dari pada *rule of reason*.¹³¹

Mengingat tidak terdapat kejelasan mengenai kapan akan diterapkan pendekatan *rule of reason* atau *per se illegal*, karena tidak semua perilaku yang bersifat membatasi (*restrictive conduct*) secara inheren bersifat antipersaingan, maka guna mengatasi hal ini, pengadilan menggunakan kewenangannya untuk lebih memilih pendekatan yang satu daripada yang lain, berdasarkan pertimbangan kasus demi kasus. Namun demikian, sampai saat ini masih terdapat kesulitan untuk menerima semua preseden yang ada, karena tidak adanya konsistensi dalam keputusan pengadilan, mengingat sebagian besar hukum *antitrust* merupakan keputusan hakim yang dihasilkan dari interpretasi terhadap undang-undang.¹³²

Guna menentukan pilihan terhadap kedua pendekatan tersebut, maka terdapat petunjuk untuk menentukan penerapan salah satu dari kedua analisis tersebut. Namun demikian, pedoman tersebut dinilai oleh sementara kalangan tidak terlalu akurat, karena Mahkamah Agung Amerika Serikat secara kontinu dianggap masih selalu 'bergulat' dengan masalah karakterisasi atas kedua pendekatan tersebut.¹³³

Pedoman tersebut meliputi antara lain beberapa pertimbangan, yaitu:

127 Edward Brunet, "Streamlining Antitrust Litigation by 'Facial Examination' of Restraints: The Burger Court and the *Per Se-Rule of Reason Distinction*", Washington Law Review, Vol. 1, 1984, hal. 22. Lihat pula James E. Hartley et al., "The Rule of Reason", American Bar Association (ABA), Monograph No. 23, 1999, hal.7.

128 James E. Hartley et al., *Ibid.*, hal. 9.

129 Lihat *Standard Oil, Co. v. United States*, 221 U.S. 1, 31 S.Ct. 502, 55 L. Ed. 619 (1911).

130 Hakim Burger telah mengantisipasi untuk mengakhiri perbedaan perdebatan tentang perbedaan yang jelas antara analisis *per se* dengan *rule of reason* dalam pernyataan ketidaksetujuannya (*dissenting*) pada kasus *Topco*, dengan menyatakan bahwa "... *Per se rules... are complimentary to, and no way inconsistent with, ...*". Lihat *Topco v United States*, 405 U.S., h. 621. Lihat pula *Kasus National Society of Professional Engineers v. United States*, 435 U.S. 679, di mana Mahkamah Agung menyatakan "... *the purpose of both the per se rule and rule of reason was to form a judgment about the competitive significance of the restraint...*". Kemudian Mahkamah Agung juga menunjuk dalam kasus *NCAA*, bahwa "... *the ultimate focus of ... inquiry under the per se rule and rule of reason should be the competitive impact of the conduct at issue, ... and that indeed, there is often no bright line separating per se from rule of reason analysis...*"

131 Thomas A. Piraino, Jr., "Making Sense of the Rule of Reason: a New Standard for Section 1 of the Sherman Act", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 47, November 1994, hal. 1753.

132 E. Thomas Sullivan dan Jeffrey L. Harrison, *loc. cit.*

133 Herbert Hovenkamp, *op.cit.*, hal. 92.

1. Apakah suatu perjanjian melibatkan para pesaing? Jika demikian, maka penggunaan analisis *per se illegal* lebih dimungkinkan. Namun jika tidak, maka akan digunakan analisis *rule of reason* (meskipun hal ini meliputi, umpamanya, ‘penetapan harga jual kembali’ atau ‘tying arrangement’).
2. Apakah rencana tersebut melibatkan suatu ‘jaringan industri’?³⁴ Jika demikian, maka akan digunakan analisis *rule of reason*.
3. Apakah rencana tersebut secara ‘eksplisit’ berpengaruh terhadap harga atau produk? Jika demikian halnya, dan jika kesepakatan tersebut meliputi para pesaing, pengadilan secara umum akan menerapkan analisis *per se illegal*, meskipun terdapat beberapa pengecualian. Jika rencana tersebut hanya berpengaruh secara ‘implisit’ terhadap harga dan produk, maka akan digunakan analisis *the rule of reason*.
4. Apakah perjanjian yang berpengaruh terhadap harga atau produk tersebut bersifat *naked* atau merupakan *ancillary* dari aktivitas lainnya, yang berakibat meningkatnya efisiensi dari para pihak yang bersaing? Jika perjanjian bersifat *naked* yang berdampak langsung terhadap persaingan, maka secara otomatis akan diterapkan analisis *per se illegal*. Namun, jika perjanjian tersebut merupakan *ancillary* (tambahan) terhadap *conduct* (tindakan) lainnya, maka pengadilan akan mempertimbangkan apakah perjanjian yang berpengaruh terhadap harga tersebut perlu diadakan dengan cara melakukan “tindakan saling menyesuaikan” (*concerted practices*). Jika perjanjian tersebut telah melampaui pengujian yang kedua (merupakan *ancillary* terhadap *concerted practices*), maka tergugat harus membuktikan, bahwa dampak dari perjanjian tersebut adalah untuk mengurangi harga atau meningkatkan produk dengan cara membuat pasar beroperasi lebih efisien daripada sebelumnya. Jika argumentasi itu sangat kuat dan meyakinkan, Mahkamah Agung dapat menerapkan pendekatan *rule of reason*, meskipun perjanjian di antara para pesaing tersebut secara ‘eksplisit’ berpengaruh terhadap harga atau produk.³⁵

UU No. 5 Tahun 1999 seperti halnya undang-undang persaingan pada umumnya, memberikan alternatif di antara dua metode pendekatan yang ekstrim untuk menilai tindakan pelaku usaha. Dua pendekatan tersebut adalah *per se illegal* dan *rule of reason*. *Per se illegal* adalah suatu metode pendekatan yang menganggap tindakan tertentu sebagai ilegal, tanpa menyelidiki lebih lanjut mengenai dampak tindakan tersebut terhadap persaingan. Sedangkan *rule of reason* adalah suatu pendekatan yang menggunakan analisis pasar serta dampaknya terhadap persaingan, sebelum dinyatakan sebagai melanggar undang-undang.

Penentuan penggunaan salah satu pendekatan tersebut tidak semata-mata tergantung pada bunyi kata-kata dalam ketentuan undang-undang yang menyatakan, misalnya kata “dilarang” berarti menggunakan pendekatan *per se illegal*; sedangkan kata-kata “patut diduga” atau “yang dapat mengakibatkan” berarti menggunakan pendekatan *rule of reason*. Hal ini mengingat adanya ketentuan Pasal 35 UU No. 5 Tahun 1999 yang menyatakan, bahwa tugas KPPU adalah menilai semua perjanjian maupun kegiatan pelaku usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. Oleh karena itu, KPPU memiliki kewenangan untuk menggunakan secara alternatif salah satu dari kedua pendekatan yang berbeda secara ekstrim tersebut.

Dalam menentukan salah satu dari dua pendekatan tersebut KPPU mendasarkan pada praktik yang dianggap paling baik (*best practice*) untuk menilai suatu perjanjian atau kegiatan usaha tertentu, dengan tetap berpedoman pada tujuan pembentukan UU No. 5 Tahun 1999, yang antara lain, adalah efisiensi dan kesejahteraan konsumen.

¹³⁴ Lihat *National Society of Professional Engineers v. United States*, 435 U.S. 679, 98 S. Ct. 1355 (1978).

¹³⁵ Herbert Hovenkamp, *op. cit.*, hal. 92-93.

BAB IV**PERJANJIAN
YANG DILARANG
DALAM
UNDANG-UNDANG
NO. 5 TAHUN 1999**

IV.1 PERJANJIAN YANG DILARANG

Sebelum diperkenalkannya istilah perjanjian yang ada dalam UU No. 5 Tahun 1999, istilah perjanjian secara umum telah lama dikenal oleh masyarakat. Wirjono menafsirkan perjanjian sebagai perhubungan hukum mengenai harta benda antara dua pihak dalam hal mana suatu pihak berjanji atau dianggap berjanji untuk melakukan sesuatu hal atau untuk tidak melakukan suatu hal, sedang pihak lainnya berhak menuntut pelaksanaan dari perjanjian itu.¹³⁶ Sedangkan Subekti menyatakan bahwa perjanjian adalah suatu peristiwa, di mana seseorang berjanji kepada orang lain, atau di mana dua orang saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal.¹³⁷

Selanjutnya Pasal 1313 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata (KUH Perdata) menyatakan bahwa suatu persetujuan atau perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih. Selain dari perjanjian, dikenal pula istilah perikatan. Namun, KUH Perdata tidak merumuskan apa itu suatu perikatan. Oleh karenanya doktrin berusaha merumuskan apa yang dimaksud dengan perikatan yaitu suatu perhubungan hukum antara dua orang atau dua pihak berdasarkan mana pihak yang satu berhak menuntut sesuatu hal (prestasi) dari pihak lain yang berkewajiban memenuhi tuntutan tersebut.¹³⁸ Dari definisi tersebut dapat diketahui bahwa perjanjian merupakan salah satu sumber dari perikatan. Berdasarkan Pasal 1233 KUH Perdata dapat dinyatakan bahwa suatu perikatan ada yang lahir karena perjanjian dan ada yang lahir karena undang-undang.

Suatu prestasi dalam suatu perikatan menurut Pasal 1234 KUH Perdata dapat berupa 3 macam. Pertama kewajiban untuk memberikan sesuatu. Kedua, kewajiban untuk berbuat sesuatu, dan ketiga kewajiban untuk tidak berbuat sesuatu. Dalam sistem hukum perjanjian, dianut sistem terbuka, artinya para pihak mempunyai kebebasan yang sebesar-besarnya untuk mengadakan perjanjian yang berisi dan berbentuk apa saja, asalkan tidak melanggar ketertiban umum dan kesusilaan.

Hal ini dapat kita lihat dalam Pasal 1338 KUH Perdata yang pada intinya menyatakan bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Selanjutnya Pasal 1320 KUH Perdata menyatakan bahwa untuk sahnya suatu perjanjian harus memenuhi 4 syarat. Pertama, sepakat mereka untuk mengikatkan diri. Kedua, kecakapan untuk membuat suatu perjanjian. Ketiga, suatu hal tertentu, dan keempat, suatu sebab (*causa*) yang halal.

Ketentuan-ketentuan mengenai perjanjian dalam KUH Perdata ini merupakan asas-asas dan ketentuan-ketentuan umum yang berlaku untuk semua perjanjian secara umum. Di samping itu, suatu undang-undang khusus dapat saja mengatur secara khusus yang hanya berlaku untuk ketentuan-ketentuan dalam undang-undang yang khusus tersebut. Hal ini dapat ditemui dalam UU No. 5 Tahun 1999 yang mengatur secara khusus apa yang dimaksud dengan perjanjian. Menurut Pasal 1 angka 7 UU No. 5 Tahun 1999, perjanjian didefinisikan sebagai:

“Suatu perbuatan satu atau lebih pelaku usaha untuk mengikatkan diri terhadap satu atau lebih pelaku usaha lain dengan nama apa pun, baik tertulis maupun tidak tertulis.”

Dapat diketahui bahwa UU No. 5 Tahun 1999 merumuskan bahwa perjanjian dapat dalam bentuk tertulis maupun tidak tertulis, kedua-duanya diakui atau digunakan sebagai alat bukti dalam kasus persaingan usaha. Sebelumnya perjanjian tidak tertulis umumnya dianggap tidak begitu kuat sebagai alat bukti di pengadilan, karena hukum acara perdata yang berlaku pada saat ini lebih menekankan dan menganggap bukti tertulis dan otentik sebagai alat bukti yang kuat.

¹³⁶ Wirjono Prodjodikoro, *Azas-azas Hukum Perjanjian*, PT Ereto, Bandung, 1989, hal. 9.

¹³⁷ R. Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, Intermasa, Jakarta, 1985, hal. 1.

¹³⁸ *Ibid.*, hal. 1.

Pengakuan dan masuknya perjanjian yang tidak tertulis sebagai bukti adanya kesepakatan yang dilakukan oleh para pelaku usaha dalam hukum persaingan adalah sangat tepat dan telah sesuai dengan rezim hukum persaingan yang berlaku di berbagai negara. Pada umumnya para pelaku usaha tidak akan begitu ceroboh untuk memformalkan kesepakatan antara mereka dalam suatu bentuk tertulis, yang akan memudahkan terbuktinya kesalahan mereka. Oleh karenanya perjanjian tertulis di antara para pelaku usaha yang bersekongkol atau yang bertentangan dengan hukum persaingan akan jarang ditemukan.

IV.2 PERJANJIAN YANG DILARANG DALAM UU NO. 5 TAHUN 1999

UU No. 5 Tahun 1999 mengatur beberapa perjanjian yang dilarang untuk dilakukan oleh pelaku usaha, yaitu:

1. Oligopoli
2. Penetapan harga
 - a. Penetapan harga (Pasal 5)
 - b. Diskriminasi harga (Pasal 6)
 - c. Jual Rugi (Pasal 7)
 - d. Pengaturan Harga Jual Kembali (Pasal 8)
3. Pembagian wilayah (Pasal 9)
4. Pemboikotan (Pasal 10)
5. Kartel (Pasal 11)
6. *Trust* (Pasal 12)
7. Oligopsoni (Pasal 13)
8. Integrasi vertikal (Pasal 14)
9. Perjanjian Tertutup
 - a. *exclusive distribution agreement* (Pasal 15 ayat (1))
 - b. *tying agreement* (Pasal 15 ayat (2))
 - c. *vertical agreement on discount* (Pasal 15 ayat (3))
10. Perjanjian dengan Pihak Luar Negeri.

Selanjutnya akan dibahas secara lebih detail satu per satu perjanjian-perjanjian yang dilarang menurut UU No. 5 Tahun 1999 tersebut, agar dapat lebih mudah dimengerti.

IV.2.1 OLIGOPOLI

Perlu ditekankan di sini bahwa bentuk pasar oligopoli bukanlah merupakan hal yang luar biasa, oligopoli terjadi hampir di semua negara. Oligopoli menurut ilmu ekonomi merupakan salah satu bentuk struktur pasar, di mana di dalam pasar tersebut hanya terdiri dari sedikit perusahaan (*few sellers*). Setiap perusahaan yang ada di dalam pasar tersebut memiliki kekuatan yang (cukup) besar untuk mempengaruhi harga pasar dan perilaku setiap perusahaan akan mempengaruhi perilaku perusahaan lainnya dalam pasar.¹³⁹

Sedikitnya jumlah perusahaan yang beroperasi di pasar dapat disebabkan oleh beberapa faktor, seperti karena adanya *barrier to entry* yang mampu menghalangi pemain baru untuk masuk ke dalam pasar. Sedikitnya jumlah pemain ini juga menyebabkan adanya saling ketergantungan (*mutual interdependence*) antar pelaku usaha, dan faktor inilah yang membedakan struktur pasar oligopoli dengan struktur pasar yang lain.¹⁴⁰

¹³⁹ Stephen Martin, *op.cit.*, hal. 150.

¹⁴⁰ *Ibid.*

Pasal 4 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999 menyatakan:

“Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain untuk secara bersama-sama melakukan penguasaan produksi dan/atau pemasaran barang dan/atau jasa yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat.”

Pasal 4 ayat (2) menyatakan bahwa:

“Pelaku usaha patut diduga atau dianggap secara bersama-sama melakukan penguasaan produksi dan/atau pemasaran barang dan/atau jasa sebagaimana dimaksud ayat (1) apabila 2 (dua) atau 3 (tiga) pelaku usaha atau kelompok pelaku usaha menguasai lebih dari 75% (tujuh puluh lima persen) pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu.”

Pasal 4 UU No. 5 Tahun 1999 merupakan pasal yang ditafsirkan menggunakan pendekatan *rule of reason*, oleh karena itu sebenarnya pelaku usaha tidak dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain untuk secara bersama-sama melakukan penguasaan produksi dan/atau pemasaran barang dan/atau jasa atau membuat perjanjian oligopoli selama tidak mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat dan mempunyai alasan-alasan yang dapat diterima sebagai dasar pembenar dari perbuatan mereka tersebut.

Namun demikian, pada umumnya, perjanjian oligopoli dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat. Hal ini disebabkan dalam oligopoli sangat mungkin terjadi perusahaan-perusahaan yang ada akan saling mempengaruhi untuk menentukan harga pasar, menentukan angka produksi barang dan jasa, yang kemudian dapat mempengaruhi perusahaan lainnya, baik yang sudah ada (*existing firms*) maupun yang masih di luar pasar (*potential firms*).

Terjadinya kerja sama atau kolusi pada pasar oligopoli dapat terjadi secara sengaja atau secara diam-diam tanpa adanya kesepakatan antara para pelaku usaha (*tacit collusion*). Kolusi secara diam-diam dapat terjadi karena adanya “*meeting of minds*” di antara para pelaku usaha untuk kebaikan mereka bersama untuk menetapkan harga atau produksi suatu barang. Kolusi yang seperti ini disejajarkan dengan kolusi karenanya dilarang dalam hukum persaingan.¹⁴¹ Hal ini dapat terjadi karena adanya saling pengertian di antara para pelaku usaha. Sebaliknya, apabila hal ini dilakukan tanpa menyalahgunakan kekuatan pasar dan secara independen, maka tindakan sepihak ini dianggap tidak menyalahi aturan hukum persaingan.¹⁴²

Areeda menyatakan bahwa penetapan harga pada pasar oligopoli mempunyai beberapa elemen. Pertama, harga pada oligopoli tidak dapat dihentikan secara efektif tanpa merestrukturisasi industri di mana harga tersebut terjadi. Oligopoli terjadi karena sedikit perusahaan, maka perlu adanya usaha agar jumlah pelaku usaha bertambah. Kedua, oligopoli sebenarnya merupakan *shared* monopoli, karenanya perlu diperlakukan sebagai monopolisasi atau praktik monopoli. Ketiga, karena pasar yang oligopolistik mempunyai potensi untuk mencegah masuknya pemain baru, maka proposal merger antar pelaku usaha perlu mendapat perhatian yang serius. Keempat, pelaku usaha dalam pasar yang oligopoli mungkin akan menerapkan langkah-langkah tambahan atau yang dikenal dengan “*facilitating devices*” seperti standarisasi untuk mencegah variasi harga karena variasi produk, dan biaya-biaya angkutan atau pemberitahuan rencana kenaikan harga.¹⁴³

¹⁴¹ Alan Devlin, *A Proposed Solution to Problem of Parallel Pricing in Oligopolistic Market*, Stanford Law Review, Feb. 2007, hal. 2.

¹⁴² *Ibid.*

¹⁴³ William K. Jones, *Book Review: Concerted Behavior under the Antitrust Laws* (by Philip Areeda, Boston Little Brown dan Co., 1986), Harvard Law Review, June 1986, hal. 2.

Selanjutnya pasar oligopoli umumnya terbentuk pada industri yang membutuhkan *capital intensive* dan keahlian tertentu seperti mobil, semen, kertas, dan peralatan mesin, di mana di dalam proses produksinya baru akan tercapai tingkat efisiensi (biaya rata-rata minimum) jika diproduksi dalam skala besar. Dengan demikian, perjanjian oligopoli dapat saja mempunyai alasan-alasan yang dapat diterima dan tidak menimbulkan akibat yang begitu merugikan. Oleh karena itu Pasal 4 UU No. 5 Tahun 1999 yang mengatur mengenai oligopoli dirumuskan secara *rule of reason*, agar penegak hukum dalam menegakkan UU No. 5 Tahun 1999 dapat mempertimbangkan secara baik, apakah oligopoli yang terjadi merupakan suatu hal yang alamiah (industri yang memiliki *capital intensive* yang tinggi), atau mempunyai alasan-alasan yang dapat diterima, ataukah perjanjian oligopoli tersebut dibuat hanya bertujuan sekedar untuk membatasi persaingan belaka.

Selanjutnya akan dijelaskan bagaimana penerapan Pasal 4 ini dalam kasus yang pernah terjadi. Salah satu kasus yang pernah diputus oleh KPPU mengenai oligopoli ini adalah Putusan No. 10/KPPU-L/2005 mengenai perdagangan garam ke Sumatera Utara.

Kasus IV.1

Kasus bermula dari laporan tentang adanya kesulitan melakukan pengiriman garam bahan baku ke Sumatera Utara selain juga ada kesulitan melakukan pembelian garam bahan baku di Sumatera Utara. Dalam kasus ini yang menjadi Terlapor adalah PT Garam, PT Budiono, dan PT Garindo dengan PT Graha Reksa, PT Sumatra Palm, UD Jangkar Waja, dan UD Sumber Samudera.

Dari pemeriksaan ditemukan bahwa kebutuhan garam bahan baku di Sumatera Utara hanya dipasok oleh PT Garam, PT Budiono dan PT Garindo. Sebagian besar pasokan garam bahan baku dibeli oleh G₄ dari G₃. Penguasaan pembelian garam bahan baku yang dipasok oleh G₃ ke Sumatera Utara oleh G₄ mencerminkan struktur pasar yang bersifat oligopsoni. G₃ dan G₄ secara bersama menguasai lebih dari 75% pangsa pasar garam di Sumatra Utara.

Bahwa jumlah garam bahan baku yang dikirim oleh G₃ ke Sumatera Utara hanya disesuaikan dan atau ditentukan berdasarkan pada jumlah permintaan G₄ dan sesama G₃ lainnya saja. Tindakan penyesuaian jumlah pasokan garam bahan baku tersebut mengakibatkan kebutuhan garam bahan baku selalu terpenuhi oleh G₄ dan sesama G₃ lainnya. Juga ditemukan apabila jumlah garam bahan baku yang dikirim ke Sumatera Utara melebihi jumlah permintaan G₄ dan sesama G₃ lainnya maka kelebihan tersebut selalu dititipkan ke gudang G₄ yang juga dikenal dengan istilah sistem titip simpan dan titip jual karena G₃ tidak dikenakan sewa gudang dan G₄ baru akan membayar kelebihan tersebut setelah garam bahan baku yang dititipkan tersebut terjual. Bahwa tindakan penyesuaian jumlah pasokan serta tindakan pengontrolan atas kelebihan jumlah pengiriman tersebut dilakukan oleh semua anggota G₃ dan G₄ secara sistematis, teratur dan telah berlangsung lama.

Bahwa dengan struktur pasar garam bahan baku di Sumatera Utara yang bersifat oligopolistik, maka rangkaian tindakan G₃ dan G₄ mengakibatkan tidak mungkin ada pesaing baru di pasar bersangkutan sehingga rangkaian tindakan tersebut merupakan

perjanjian untuk secara bersama-sama mempertahankan penguasaan pemasaran garam bahan baku di Sumatera Utara.

KPPU memutuskan bahwa PT Garam, PT Budiono, PT Garindo, PT Graha Reksa, PT Sumatera Palm, UD Jangkar Waja, UD Sumber Samudera secara sah dan meyakinkan melanggar ketentuan Pasal 4 UU No. 5 Tahun 1999.

Putusan KPPU ini telah tepat karena walaupun tidak terdapat perjanjian secara tertulis, namun dengan adanya koordinasi antara para Terlapor dan juga adanya kerja sama menitipkan barang yang berlebih pada Terlapor lainnya telah membuktikan adanya kerja sama ataupun perjanjian antar pelaku usaha.

IV.2.2 PENETAPAN HARGA

Perjanjian penetapan harga yang dilarang oleh UU No. 5 Tahun 1999 diatur dalam Pasal 5 sampai dengan Pasal 8 UU No. 5 Tahun 1999, yang terdiri dari perjanjian penetapan harga (*price fixing agreement*), diskriminasi harga (*price discrimination*), harga pemangsa atau jual rugi (*predatory pricing*), dan pengaturan harga jual kembali (*resale price maintenance*). Untuk lebih jelasnya akan diuraikan lebih lanjut di bawah ini.

a. Perjanjian Penetapan Harga (*Price Fixing Agreement*)

Perjanjian penetapan harga (*price fixing agreement*) merupakan salah satu strategi yang dilakukan oleh para pelaku usaha yang bertujuan untuk menghasilkan laba yang setinggi-tingginya. Dengan adanya penetapan harga yang dilakukan di antara pelaku usaha (produsen atau penjual), maka akan meniadakan persaingan dari segi harga bagi produk yang mereka jual atau pasarkan, yang kemudian dapat mengakibatkan surplus konsumen yang seharusnya dinikmati oleh pembeli atau konsumen dipaksa beralih ke produsen atau penjual. Kekuatan untuk mengatur harga, pada dasarnya merupakan perwujudan dari kekuatan menguasai pasar dan menentukan harga yang tidak masuk akal.¹⁴⁴

Persaingan antar pelaku usaha dapat didasarkan pada kualitas barang, pelayanan atau servis dan/atau harga. Namun demikian, persaingan harga adalah salah satu bentuk persaingan yang paling gampang untuk diketahui. Persaingan dalam harga akan menyebabkan terjadinya harga pada tingkat yang serendah mungkin, sehingga memaksa perusahaan memanfaatkan sumber daya yang ada seefisien mungkin. Sebaliknya, dengan adanya perjanjian penetapan harga, para pelaku usaha yang terlibat dalam perjanjian penetapan harga kemungkinan dapat mendiktekan atau memaksakan harga yang diinginkan secara sepihak kepada konsumen, di mana biasanya harga yang didiktekan kepada konsumen merupakan harga yang berada di atas kewajaran. Bila hal tersebut dilakukan oleh setiap pelaku usaha yang berada di dalam pasar yang bersangkutan, hal ini dapat membuat konsumen tidak memiliki alternatif yang luas kecuali harus menerima barang dan harga yang ditawarkan oleh pelaku usaha yang telah melakukan perjanjian penetapan harga tersebut.¹⁴⁵ Pasal 5 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999 merumuskan bahwa:

“Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menetapkan harga atas suatu barang dan/atau jasa yang harus dibayar oleh konsumen atau pelanggan pada pasar bersangkutan yang sama.”

¹⁴⁴ Philip Areeda, *Antitrust Analysis, Problems, Text, Cases, op.cit.*, hal.135.

¹⁴⁵ Lennart Ritter et al., *EC Competition Law, A Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, Second ed., 2000, hal. 142.

Apabila dilihat dari rumusannya, maka pasal yang mengatur mengenai penetapan harga ini dirumuskan secara *per se illegal*, sehingga penegak hukum dapat langsung menerapkan pasal ini kepada pelaku usaha yang melakukan perjanjian penetapan harga tanpa harus mencari alasan-alasan mereka melakukan perbuatan tersebut atau tidak perlu membuktikan apakah perbuatan tersebut menimbulkan terjadinya praktik monopoli atau persaingan usaha tidak sehat atau tidak.

Lebih lanjut menurut Pasal 5 ayat (2), UU No. 5 Tahun 1999 memberikan pengecualian-kecualian, sehingga tidak semua perjanjian penetapan harga (*price fixing agreement*) dilarang. Suatu perjanjian penetapan harga (*price fixing*) yang dibuat dalam suatu usaha patungan dan yang didasarkan kepada undang-undang yang berlaku, tidak dilarang. Salah satu penerapan Pasal 5 UU No. 5 Tahun 1999 terdapat pada Putusan KPPU No.02/KPPU-I/2003 mengenai Kargo (Jakarta-Pontianak).

Kasus IV.2

Putusan KPPU No. 02/KPPU-I/2003 mengenai Kargo (Jakarta-Pontianak) adalah sbb:

Adapun yang menjadi pihak dalam kasus ini adalah pelaku usaha angkutan laut khusus barang trayek Jakarta-Pontianak, yaitu PT Perusahaan Pelayaran Nusantara Panurjwan (Terlapor I), PT Pelayaran Tempuran Emas, Tbk. (Terlapor II), PT Tanto Intim Line (Terlapor III) dan PT Perusahaan Pelayaran Wahana Barunakhatulistiwa (Terlapor IV), karena telah melakukan perjanjian kesepakatan bersama besaran tarif uang tambang untuk trayek Jakarta- Pontianak-Jakarta.

Dalam kasus ini dapat diketahui bahwa Terlapor I, Terlapor II, Terlapor III dan Terlapor IV telah menandatangani kesepakatan bersama tarif uang tambang peti kemas Jakarta-Pontianak-Jakarta No: 01/ SKB/ PNP-TE-WBK-TIL/ 06/ 2002 yang diketahui dan ditandatangani juga oleh Ketua Bidang Kontainer DPP INSA dan Direktur Lalu Lintas Angkutan Laut Direktorat Jenderal Perhubungan Laut Departemen Perhubungan.

Para Terlapor mendalilkan bahwa kesepakatan bersama tarif untuk menghindari perang tarif ataupun terjadinya persaingan yang sangat tajam (*cut-throat competition*) antar pelaku usaha semenjak meningkatnya permintaan dan masuknya pelaku usaha baru dalam industri ini.

KPPU memutuskan bahwa penetapan tarif ini melanggar Pasal 5 UU No. 5 Tahun 1999 karena selain akan mengurangi persaingan dan meniadakan alternatif pilihan tarif baik yang akan ditawarkan oleh penyedia jasa sesuai dengan variasi kualitas pelayanannya, maupun yang akan dipilih oleh konsumen sesuai dengan kebutuhannya, kesepakatan ini juga akan sangat merugikan industri bersangkutan karena terciptanya hambatan masuk (*entry barriers*) yang cukup besar yang akan menghambat pelaku usaha baru untuk memasuki pasar bersangkutan.

Apabila kita lihat perumusan Pasal 5 ini, maka ketentuan dalam pasal ini dapat ditafsirkan secara *per se illegal*. Artinya apabila telah terbukti adanya perjanjian mengenai harga atas suatu barang atau jasa, maka perbuatan tersebut secara otomatis telah bertentangan dengan ketentuan dalam pasal dimaksud, tanpa perlu melihat alasan-alasan dari pelaku usaha melakukan perbuatan tersebut.

Putusan KPPU ini menurut hemat penulis adalah tepat, karena kesepakatan harga yang dilakukan oleh para pelaku usaha dalam kasus ini jelas-jelas telah terbukti dan akan merugikan konsumen

KPPU telah mengeluarkan Peraturan KPPU No. 4 Tahun 2011 tentang Pedoman Pasal 5 (Penetapan Harga) UU No. 5 Tahun 1999. Menurut Peraturan KPPU tersebut, bentuk-bentuk penetapan harga yang termasuk ke dalam Pasal 5 UU No. 5 Tahun 1999 adalah berikut ini (namun tidak terbatas pada):

1. Kesepakatan menaikkan atau menurunkan harga.
2. Kesepakatan memakai suatu formula standar sebagai dasar perhitungan harga.
3. Kesepakatan memelihara suatu perbandingan tetap antara harga yang dipersaingkan dengan suatu produk tertentu.
4. Kesepakatan meniadakan diskon atau membuat keseragaman diskon.
5. Kesepakatan persyaratan pemberian kredit kepada konsumen.
6. Kesepakatan meniadakan produk yang ditawarkan dengan harga murah di pasar. sehingga membatasi pasokan dan memelihara harga tinggi.
7. Persetujuan kepatuhan pada harga yang diumumkan.
8. Kesepakatan tidak menjual bila harga yang disetujui tidak dipenuhi.
9. Kesepakatan menggunakan harga yang seragam sebagai langkah awal untuk negosiasi.

Dalam peraturan tersebut dijelaskan mengenai bukti langsung (*hard evidence*) dan bukti tidak langsung (*circumstantial evidence*). Bukti tidak langsung merupakan “suatu bentuk bukti yang tidak secara langsung menyatakan adanya kesepakatan penetapan harga.” Dinyatakan secara tegas bahwa bukti semacam ini bisa digunakan untuk membuktikan dugaan adanya suatu perjanjian yang tidak tertulis. Contoh bukti tidak langsung adalah bukti komunikasi yang tidak secara langsung menyatakan kesepakatan dan bukti ekonomi. Penggunaan bukti ekonomi bertujuan sebagai “upaya untuk mengesampingkan kemungkinan terjadinya perilaku penetapan harga yang bersifat independen.”

Peraturan tersebut menyatakan bahwa pembuktian terjadinya perilaku/strategi yang paralel (*parallel business conduct*) bukan merupakan bukti yang cukup untuk menyatakan adanya perjanjian penetapan harga. Masih dibutuhkan analisis tambahan (*plus factors*) untuk membedakan *parallel business conduct* dengan *illegal agreement*, seperti rasionalitas penetapan harga, analisis struktur pasar, analisis data kinerja, analisis penggunaan fasilitas kolusi (*facilitating devices*). Namun, dalam upaya pembuktian, tidak seluruh alat analisis tambahan tersebut harus digunakan. Peraturan tersebut menyatakan bahwa pembuktian terbaik adalah pembuktian dengan menggunakan baik bukti langsung maupun bukti tidak langsung. Namun, apabila sulit mendapatkan bukti langsung seharusnya digunakan bukti tidak langsung yang terbaik, yakni dengan mengkombinasikan bukti komunikasi dengan bukti ekonomi.

Rasio Pasal 5 ayat (2) mengecualikan penetapan harga oleh usaha patungan (*joint venture*) sedikit dijelaskan oleh peraturan KPPU tersebut. Peraturan ini menyatakan bahwa penetapan harga oleh *joint venture* dikecualikan karena apa pun jenis usaha patungannya, keputusan harga yang dikeluarkan oleh perusahaan *joint venture* merupakan keputusan satu entitas bisnis tersendiri, dan tidak dapat dianggap sebagai perjanjian penetapan harga antara pelaku usaha-pelaku usaha yang memiliki *joint venture* tersebut. Namun demikian, pengecualiannya tidak berlaku secara mutlak, yakni

hanya dari pendekatan *per se illegal*. Artinya meskipun penetapan harga oleh perusahaan *joint venture* tidak dianggap sebagai perjanjian penetapan harga antara pelaku-pelaku usaha pemiliknya, namun usaha patungan dapat dijadikan sarana (*facilitating device*) bagi pelaku-pelaku usaha pemiliknya untuk melakukan koordinasi. Dengan demikian, penetapan harga yang dilakukan oleh suatu *joint venture* bisa dilarang dengan pendekatan *rule of reason*.

b. Perjanjian Diskriminasi Harga (*Price Discrimination Agreement*)

Perjanjian diskriminasi harga adalah perjanjian yang dibuat oleh pelaku usaha dengan pelaku usaha lainnya di mana untuk suatu produk yang sama dijual kepada setiap konsumen dengan harga yang berbeda-beda. Secara sederhana, suatu diskriminasi harga telah terjadi apabila terjadi perbedaan harga antara satu pembeli dengan pembeli lainnya.

Namun demikian, dapat terjadi bahwa diskriminasi harga tersebut disebabkan karena adanya perbedaan biaya atau karena kebutuhan persaingan lainnya seperti biaya iklan dan lain-lain. Terdapat beberapa syarat untuk terjadinya diskriminasi harga yaitu:

1. Para pihak haruslah mereka yang melakukan kegiatan bisnis, sehingga diskriminasi harga akan merugikan apa yang disebut "*primary line*" *injury* yaitu di mana diskriminasi harga dilakukan oleh produsen atau grosir terhadap pesaingnya. Begitu pula diskriminasi harga dapat pula merugikan "*secondary line*" apabila diskriminasi harga dilakukan oleh suatu produsen terhadap suatu grosir, atau *retail* yang satu dan yang lainnya mendapatkan perlakuan khusus. Hal ini akan menyebabkan grosir atau *retail* yang tidak disenangi tidak dapat berkompetisi secara sehat dengan grosir atau *retail* yang disenangi.
2. Terdapat perbedaan harga baik secara langsung maupun tidak langsung, misalnya melalui diskon, atau pembayaran secara kredit, namun pada pihak lainnya harus *cash* dan tidak ada diskon.
3. Dilakukan terhadap pembeli yang berbeda. Jadi dalam hal ini paling sedikit harus ada dua pembeli.
4. Terhadap barang yang sama tingkat dan kualitasnya.
5. Perbuatan tersebut secara substansial akan merugikan, merusak atau mencegah terjadinya persaingan yang sehat atau dapat menyebabkan monopoli pada suatu aktifitas perdagangan.¹⁴⁶

Pasal 6 UU No. 5 Tahun 1999 melarang setiap perjanjian diskriminasi harga tanpa memperhatikan tingkatan yang ada pada diskriminasi harga, di mana bunyi dari pasal tersebut adalah:

"Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian yang mengakibatkan pembeli yang satu harus membayar dengan harga yang berbeda dari harga yang harus dibayar oleh pembeli lain untuk barang dan/atau jasa yang sama."

Apabila kita lihat rumusan pasal di atas, maka nampaknya pembuat undang-undang tidak membedakan siapa pembelinya, apakah perseorangan ataukah pelaku usaha. Menurut hemat penulis, karena yang dilihat di sini adalah pengaruhnya terhadap persaingan usaha, maka yang dimaksudkan pembeli di sini akan lebih tepat kalau hanya meliputi pelaku usaha.

Praktik diskriminasi harga seperti dirumuskan dalam Pasal 6 UU No. 5 Tahun 1999 dapat menyebabkan pembeli tertentu (di mana pembeli tersebut merupakan pelaku usaha juga) terkena

¹⁴⁶ Areeda, *op.cit.*, hal. 1054-1059.

kewajiban harus membayar dengan harga yang lebih mahal dibandingkan pembeli lain (yang juga merupakan pelaku usaha) yang sama-sama berada dalam pasar yang sama, sehingga dapat menyebabkan pembeli yang mengalami diskriminasi tersebut tersingkir dari pasar karena dia akan kalah bersaing dengan pelaku usaha lainnya yang memperoleh harga yang lebih rendah.

Bila melihat rumusan Pasal 6 UU No. 5 Tahun 1999, diskriminasi harga ini dilarang secara *per se*, sehingga pelaku usaha yang melakukan perbuatan yang dilarang oleh Pasal 6 tersebut dapat dijatuhi sanksi hukum oleh pengak hukum tanpa terlebih dahulu melihat bahwa yang dilakukan tersebut menimbulkan akibat tertentu atau tanpa harus memeriksa alasan-alasan dari dilakukannya diskriminasi harga tersebut.

Selanjutnya akan dijelaskan dengan melihat bagaimana diskriminasi harga ini diselesaikan dalam kasus kartel perdagangan garam ke Sumatra Utara yang telah diputus Oleh KPPU dengan Putusan No. 10/KPPU-L/2005.

Kasus IV.3

Dalam kasus ini Terlapor adalah PT Garam, PT Budiono, dan PT Garindo dengan PT Graha Reksa, PT Sumatra Palm, UD Jangkar Waja, dan UD Sumber Samudera. Berdasarkan hasil pemeriksaan, KPPU menyatakan bahwa para terlapor telah melakukan pelanggaran terhadap Ketentuan UU No. 5 Tahun 1999 di antaranya Pasal 6 mengenai diskriminasi harga. Hal ini didasarkan pada hasil pemeriksaan yang menemukan adanya kesepakatan secara lisan yang dilakukan PT Garam, PT Budiono dan PT Garindo (G3) dengan PT GrahaReksa, PT Sumatera Palm, UD Jangkar Waja dan UD Sumber Samudera (G4) untuk menetapkan harga produk PT Garam lebih tinggi dibandingkan dengan harga produk PT Budiono dan PT Garindo.

Melalui kesepakatan tersebut dinyatakan bahwa G3 menetapkan harga jual garam bahan baku kepada pelaku usaha selain G3 dan G4 lebih tinggi (Rp 490 atau Rp 510) dibandingkan dengan harga jual garam bahan bakunya kepada G4 (Rp 385 atau Rp 405) padahal komponen biayanya sama sehingga tindakan G3 tersebut tidak wajar karena untuk menjual garam bahan baku kepada pelaku usaha selain G3 dan G4 tidak diperlukan komponen biaya tambahan. Dengan demikian maka Majelis Komisi memutuskan menyatakan para Terlapor bersalah.

Putusan KPPU dalam perkara ini adalah tepat, karena diskriminasi harga tersebut menyebabkan pembeli yang bukan merupakan anggota grup harus membayar lebih mahal dari pada anggota.

c. Harga Pemangsa atau Jual Rugi (*Predatory Pricing*)

Predator berkonotasi secara sengaja merusak persaingan atau pesaing melalui penetapan harga di bawah harga keuntungan jangka pedek (*short-run profit maximizing price*) atau penetapan harga di bawah biaya dengan harapan akan tertutupi di kemudian hari melalui keuntungan monopoli yang akan diterimanya.¹⁴⁷

Predatory pricing adalah salah satu bentuk strategi yang dilakukan oleh pelaku usaha dalam menjual produk dengan harga di bawah biaya produksi (*average cost atau marginal cost*). Areeda dan

¹⁴⁷ Stephen F. Ross, *Principles of Antitrust Law*, *op. cit.*, hal. 55-56.

Turner mengatakan bahwa adalah bukan merupakan *predatory pricing* apabila harga adalah sama atau di atas biaya marginal dari produksi suatu barang.¹⁴⁸ Adapun tujuan utama dari *predatory pricing* untuk menyingkirkan pelaku usaha pesaing dari pasar dan juga mencegah pelaku usaha yang berpotensi menjadi pesaing untuk masuk ke dalam pasar yang sama. Segera setelah berhasil membuat pelaku usaha pesaing keluar dari pasar dan menunda masuknya pelaku usaha pendatang baru, maka selanjutnya dia dapat menaikkan harga kembali dan memaksimalkan keuntungan yang mungkin didapatkan. Untuk dapat melakukan perbuatan tersebut, maka pelaku usaha tersebut haruslah mempunyai pangsa pasar yang besar dan keuntungan yang akan diperoleh dapat menutupi kerugian yang diderita selama masa *predator*.¹⁴⁹

Alasan dan keampuhan strategi *predatory pricing* masih menjadi kontroversi. Banyak ahli ekonomi yang mempertanyakan strategi *predatory pricing* atas dasar bahwa strategi ini bisa sama mahalannya bagi si pelaku usaha yang melakukan *predatory pricing* dan bagi korbannya. Begitu pula sasaran *predatory pricing* tidak akan mudah untuk dicapai, karena akan sangat sulit mengeluarkan pesaingnya dari pasar.

Di samping itu sebagaimana dinyatakan oleh Profesor Areeda, bahwa *predatory pricing* ini tidaklah selalu bertentangan dengan hukum. Beliau menyatakan bahwa kita harus membedakannya dengan persaingan sempurna atau persaingan yang sangat ketat, karena bisa saja dianggap predatori tapi sebenarnya adalah persaingan yang sangat kompetitif.¹⁵⁰

Lebih lanjut Areeda menyatakan bahwa terdapat dua syarat pendahuluan sebelum melakukan predatori yaitu; pertama, pelaku usaha yakin bahwa pesaingnya akan mati lebih dulu dari pada dia. Kedua, keuntungan setelah predatori akan melebihi kerugian selama masa predatori.¹⁵¹

Praktik *predatory pricing* sebagai salah satu strategi yang diterapkan oleh pelaku usaha untuk mengusir pesaing-pesaingnya dari pasar yang sama sebenarnya sangat sulit untuk dilakukan pada ekonomi pasar yang sehat (*healthy market economy*). Karena pada pasar yang sehat, maka tidak ada hambatan untuk masuk (*entry barrier*) ke pasar bagi pelaku usaha, sehingga pada awalnya (jika berhasil) *predatory pricing* memang akan mengusir pelaku usaha pesaingnya dari pasar, namun ketika si pelaku usaha yang menjalankan strategi *predatory pricing*-nya berhenti dan kemudian menaikkan harga lagi untuk mengeruk keuntungan yang sebesar-besarnya, maka pada saat itulah pelaku-pelaku usaha pesaingnya akan berusaha masuk kembali ke pasar.

Oleh karena itu, dalam *predatory pricing* haruslah terdapat hambatan untuk masuk ke pasar, tanpa itu, maka tidak akan membawa hasil. Jadi besar kemungkinan si pelaku usaha yang melakukan *predatory pricing* tidak akan mempunyai cukup waktu untuk mengembalikan pengorbanannya selama dia melakukan praktik *predatory pricing* tersebut, karena pelaku usaha pesaingnya mungkin sudah kembali ke pasar dan bila si pelaku usaha tersebut tetap bersikeras terus menaikkan harga, konsekuensi yang mungkin didapatkan adalah produk dia tidak akan laku di pasar dan akan menderita kerugian yang lebih besar.

Dilihat dari sisi konsumen, untuk sementara waktu atau dalam jangka pendek praktik *predatory pricing* memang menguntungkan bagi konsumen karena harga produk yang dijual oleh pelaku usaha menjadi jauh lebih murah. Akan tetapi belum tentu di masa depan, ketika pelaku usaha sukses dalam menjalankan strategi *predatory pricing* dan menyebabkan dia tidak memiliki pesaing yang berarti lagi, maka pelaku usaha tersebut akan menaikkan harga kembali bahkan mungkin

¹⁴⁸ Daniel J. Gifford and Leo J. Raskind, *Federal Antitrust Law Cases and Material*, Anderson Publishing Co, 1998, hal. 438.

¹⁴⁹ Peter C. Carstensen, *Predatory Pricing in the Courts: Reflection on Two Decision*, 61 Notre Dame L. Rev. 928, 1986, hal. 2.

¹⁵⁰ Areeda *op.cit.*, hal. 190.

¹⁵¹ *Ibid.*, hal. 191.

setinggi-tingginya untuk mengejar keuntungan yang sebesar-besarnya agar pengorbanan yang pernah dikeluarkan selama pelaku usaha tersebut melakukan praktik *predatory pricing* terbayarkan (*recoupment test*).

Menurut R. Shyam Khemani, *predatory pricing* biasanya dilarang bukan dikarenakan menetapkan harga yang terlalu rendah terhadap produk yang dijualnya sekarang, tetapi dikarenakan di masa yang akan datang pelaku usaha akan berusaha untuk mengurangi produksinya dan menaikkan harga.¹⁵² Lebih lanjut beliau mengatakan bahwa hal ini bisa terjadi apabila pelaku usaha yang lain lemah, dan terdapat halangan untuk masuk ke pasar baik bagi perusahaan baru maupun bagi perusahaan yang dikalahkan.¹⁵³ Oleh karena itu apabila pelaku usaha melakukan praktik *predatory pricing*, namun tidak mengurangi produksinya dan juga tidak menaikkan harga, maka mungkin tidak akan terjadi *predatory pricing* yang bertentangan dengan hukum.

Pasal 7 UU No. 5 Tahun 1999 melarang pelaku usaha untuk membuat perjanjian dengan pelaku usaha lainnya untuk menetapkan harga di bawah harga pasar (*predatory pricing*) yang dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat. Oleh karena ketentuan yang mengatur mengenai *predatory pricing* dirumuskan secara *rule of reason*, maka sesungguhnya dapat dikatakan sebenarnya pelaku usaha tidak dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menetapkan harga di bawah harga pasar, asalkan tidak mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat atau pelaku usaha tersebut mempunyai alasan-alasan yang dapat diterima.

Kasus IV.4

Untuk lebih jelasnya dapat kita lihat bagaimana penerapan *predatory pricing* ini dalam praktik. Sejauh ini belum terdapat putusan KPPU mengenai *predatory pricing* ini. Oleh karenanya akan diuraikan contoh kasus dari luar negeri, yaitu yang terjadi di Amerika. Salah satu kasus *predatory pricing* adalah yang terjadi antara *William Inglis & Son Co. v ITT Continental Baking Co.*¹⁵⁴

Secara singkat kasus ini diajukan oleh Inglis yang mendalilkan bahwa Continental berusaha menghilangkan persaingan dengan jalan menjual rugi roti dengan *private label* miliknya di bawah biaya tidak tetap rata-rata, sehingga menyebabkan Inglis bankrut. Inglis mendalilkan bahwa roti dengan merek pribadi berkembang di California bagian utara kira-kira tahun 1967-1968. Hal ini menyebabkan pangsa pasar Continental untuk Wonder Rotinya menurun. Untuk itu Continental mulai juga menjual roti dengan merek pribadi (*private label*). Inglis mendalilkan bahwa Continental menurunkan harga roti dengan merek *private* dengan tujuan mematikan *Wholeseller* seperti Inglis. Sebaliknya Continental mendalilkan bahwa dia hanya melakukan kompetisi secara ketat. Harganya adalah dapat dibenarkan mengingat kelebihan kapasitas dalam industri.

Putusan pengadilan menyatakan bahwa Continental tidak melanggar hukum persaingan. *Ninth Circuit* (Pengadilan Banding) menyatakan bahwa apabila harga dari terlapor adalah di bawah harga total rata-rata, tetapi di atas biaya tidak tetap rata-rata, maka pelapor/penggugat mempunyai kewajiban untuk membuktikan bahwa harga dari terlapor adalah *predator*. Namun apabila penggugat membuktikan bahwa harga Terlapor adalah di bawah harga tidak tetap rata-rata, maka Terlapor mempunyai kewajiban untuk membuktikan bahwa harganya tersebut adalah masuk akal terlepas dari akibatnya terhadap pesaing.

152 R. Shyam Khemani, *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, op. cit., hal. 77-78.

153 *Ibid.*, hal. 78.

d. *Resale Price Maintenance* (Penetapan Harga Jual Kembali - Vertical Price Fixing)

Pasal 8 UU No. 5 Tahun 1999 menyatakan bahwa:

“Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain yang memuat persyaratan bahwa penerima barang dan/atau jasa tidak akan menjual atau memasok kembali barang dan/atau jasa yang diterimanya, dengan harga yang lebih rendah daripada harga yang telah diperjanjikan sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.”

Ahli hukum dan ahli ekonomi aliran Chicago menyatakan bahwa *resale price maintenance* bukanlah merupakan perbuatan yang melawan hukum persaingan. Setiap pelaku usaha mempunyai hak untuk mengontrol beberapa aspek distribusi dari produknya. Pelaku usaha dapat saja mendirikan perusahaan *retail* sendiri atau bekerja sama dengan pihak lain. Mendirikan *retail* sendiri memerlukan modal dan tenaga, sedangkan kerja sama dengan pihak lain tidak, namun tidak mempunyai kontrol secara langsung.¹⁵⁵

Terdapat dua macam *resale price maintenance* yaitu penetapan harga secara maksimum (*maximum price fixing*). Dengan penetapan harga maksimum ini, maka sebenarnya masih terdapat persaingan antara pelaku usaha, yang mungkin akan menguntungkan konsumen, karena yang diperjanjikan adalah larangan untuk menjual lebih mahal atau di atas harga maksimum yang disepakati, sehingga pelaku usaha masih bisa berkompetisi di harga jual sepanjang hal tersebut masih di atas harga predatori.

Jenis kedua adalah *minimum resale price maintenance* (*floor price*) yaitu kesepakatan antar pelaku usaha di mana pembeli akan menjual kembali barang yang dia beli pada harga di mana tidak boleh di bawah harga yang ditentukan. Dengan demikian adanya perjanjian *minimum resale price maintenance* yang telah dibuat sebelumnya oleh perusahaan manufaktur dengan perusahaan penyalurnya mengakibatkan perusahaan penyaluran tidak lagi memiliki kebebasan untuk menjual produk yang disalurkan tersebut dengan harga yang lebih rendah dari harga yang ditetapkan perusahaan penyalur lainnya.¹⁵⁶

Ketentuan yang mengatur mengenai *resale price maintenance* oleh UU No. 5 Tahun 1999 ditafsirkan dirumuskan secara *rule of reason*, sehingga dapat diartikan pelaku usaha diperbolehkan membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain yang memuat persyaratan bahwa penerima produk tidak akan menjual atau memasok kembali produk yang diterimanya, dengan harga yang lebih rendah daripada harga yang telah diperjanjikan asalkan tidak mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.

Terdapat beberapa kasus mengenai *resale price maintenance* ini. Salah satunya adalah mengenai distribusi Semen Gresik yang telah diputus oleh KPPU dengan Putusan No. 11/KKPU-I/2005.

154 668 F.2d 1014 (9th Cir. 1981).

155 S.G. Coronos, *Competition Law in Australia*, Thomson, Lawbook, Fourth ed. 2007, hal. 526.

156 Veronica G. Kayne et al., *Vertical Restraints: Resale Price Maintenance Territorial and Customer Restraint*, *Practising Law Institute*, January-February 2007, hal. 2.

Secara singkat kasus ini adalah mengenai distribusi Semen Gresik di Area 4 Jawa Timur yang meliputi wilayah Blitar, Jombang, Kediri, Kertosono, Nganjuk, Pare, Trenggalek, dan Tulungagung. Pelanggaran tersebut diduga dilakukan oleh PT Bina Bangun Putra, PT Varia Usaha, PT Waru Abadi, PT Perusahaan Perdagangan Indonesia (Persero), UD. Mujiarto, TB. Lima Mas, CV Obor Baru, CV Tiga Bhakti, CV Sura Raya Trading, CV Bumi Gresik yang merupakan Distributor Semen Gresik dan PT Semen Gresik.

Dalam rangka memasarkan produknya, PT Semen Gresik, Tbk. dalam kasus ini sebagai Terlapor XI menunjuk distributor. Kemudian PT Semen Gresik, Tbk. dan para distributor mengikatkan diri melalui suatu perjanjian jual beli yang menempatkan para distributor sebagai distributor mandiri/pembeli lepas.

Dalam perjanjian tersebut maka para distributor yaitu Terlapor I, Terlapor II, Terlapor III, Terlapor IV, Terlapor V, Terlapor VI, Terlapor VII, Terlapor VIII, Terlapor IX, dan Terlapor X harus menjual Semen Gresik sesuai dengan harga yang telah ditentukan oleh Terlapor XI. Disamping itu juga terdapat ketentuan yang melarang Terlapor I, Terlapor II, Terlapor III, Terlapor IV, Terlapor V, Terlapor VI, Terlapor VII, Terlapor VIII, Terlapor IX, dan Terlapor X untuk memberikan potongan harga (*discount*) di muka. Terlapor XI juga menentukan harga tebus distributor, harga jual Semen Gresik dari distributor kepada LT, harga jual Semen Gresik dari distributor dan atau LT kepada toko dan harga jual eceran minimum.

Unsur utama dalam *resale price maintenance* adalah adanya perjanjian antar pelaku usaha yang memuat persyaratan bahwa penerima barang dan/atau jasa tidak akan menjual atau memasok kembali barang dan/atau jasa yang diterimanya, dengan harga yang lebih rendah daripada harga yang telah diperjanjikan sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.

Dengan adanya perjanjian penetapan harga ditingkat distributor tersebut, maka Terlapor telah melanggar ketentuan dalam Pasal 8 UU No. 5 Tahun 1999, karena dalam kasus ini tidak ditemukan adanya alasan-alasan dilakukannya perjanjian-perjanjian tersebut yang dapat diterima, sehingga perbuatan tersebut akan menyebabkan terjadinya persaingan usaha yang tidak sehat dan tidak membawa dampak yang positif bagi masyarakat.

Penjelasan dan pemahaman tentang Pasal 8 UU No. 5 Tahun 1999 dirasa sangat penting sehingga KPPU telah mengeluarkan Peraturan KPPU No. 8 Tahun 2011 tentang Pedoman Pasal 8 (Penetapan Harga Jual Kembali). Menurut Peraturan ini, ada 3 (tiga) macam *resale price maintenance*, yakni: *maximum resale price*, *specified resale price* dan *minimum resale price*. *Maximum resale price* adalah pengaturan harga jual kembali di mana pemasok atau produsen mensyaratkan kepada pembelinya untuk tidak menjual kembali produk yang ditentukan dalam kontrak dengan harga lebih tinggi dari harga yang dipersyaratkan di dalam kontrak. *Specified resale price* adalah pengaturan harga jual kembali di mana pemasok atau produsen mensyaratkan kepada pembelinya untuk menjual kembali produk yang ditentukan dalam kontrak dengan harga tertentu sesuai dengan yang dipersyaratkan di dalam kontrak. *Minimum resale price* adalah pengaturan harga jual kembali di mana pemasok atau

produsen mensyaratkan kepada pembelinya untuk tidak menjual kembali produk yang ditentukan dalam kontrak dengan harga lebih rendah dari harga yang dipersyaratkan di dalam kontrak. Namun, dalam peraturan tersebut ditegaskan bahwa Pasal 8 UU No. 5 Tahun 1999 hanya melarang *minimum resale price maintenance*.

Sesuai dengan bunyi Pasal 8 yang melarang *resale price maintenance* secara *rule of reason*, karena mengandung kalimat “sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat,” maka peraturan tersebut menyatakan bahwa dalam konteks penetapan minimum harga jual kembali, persaingan usaha tidak sehat lebih tepat didefinisikan sebagai adanya hambatan terhadap persaingan.

Dengan demikian dalam penilaian terhadap dugaan pelanggaran Pasal 8 UU No. 5 Tahun 1999, bukti adanya penetapan harga yang lebih rendah dari yang telah diperjanjikan tidak cukup untuk menyatakan bahwa telah terjadi pelanggaran terhadap Pasal 8. Pelanggaran terhadap Pasal 8 harus disertai bukti bahwa telah terjadi dampak negatif terhadap persaingan. Proses persaingan di pasar dapat terganggu apabila terdapat perilaku antipersaingan yang dilakukan oleh perusahaan yang memiliki posisi dominan di pasar.

Untuk membuktikan terjadinya persaingan usaha tidak sehat, peraturan tersebut memberikan 2 (dua) elemen pasar yang harus dinilai, yakni: perubahan struktur pasar dan analisis biaya manfaat. Perubahan struktur pasar bisa dapat terjadi apabila pelaku usaha penerima barang/penerima persyaratan yang melanggar perjanjian penetapan minimum harga jual kembali menerima sanksi dari pemasok/pemberi persyaratan sehingga terpaksa keluar dari pasar. Analisis biaya manfaat adalah untuk mengetahui sejauh mana keuntungan yang diterima konsumen akibat adanya *resale price maintenance* ini (karena terjadinya persaingan layanan yang muncul akibat tidak adanya persaingan harga) dibandingkan dengan kerugian akibat hilangnya persaingan harga.

IV.2.3 PEMBAGIAN WILAYAH (*MARKET DIVISION*)

Pelaku usaha membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya untuk membagi wilayah pemasaran atau alokasi pasar adalah salah satu cara yang dilakukan untuk menghindari terjadinya persaingan di antara mereka. Melalui pembagian wilayah ini, maka para pelaku usaha dapat menguasai wilayah pemasaran atau alokasi pasar yang menjadi bagiannya tanpa harus menghadapi persaingan. Dengan demikian dia akan mudah menaikkan harga ataupun menurunkan produksinya atau barang yang dijual untuk mendapatkan keuntungan yang sebesar-besarnya.

Pada prinsipnya perjanjian di antara pelaku usaha untuk membagi wilayah pemasaran di antara mereka akan berakibat kepada eksploitasi terhadap konsumen, di mana konsumen tidak mempunyai pilihan yang cukup baik dari segi barang maupun harga. Pasal 9 UU No. 5 Tahun 1999 yang melarang perbuatan tersebut berbunyi:

“Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya yang bertujuan untuk membagi wilayah pemasaran atau alokasi pasar terhadap barang dan/atau jasa sehingga dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.”

Stephen F. Ross menyatakan bahwa hilangnya persaingan di antara sesama pelaku usaha dengan cara melakukan pembagian wilayah bisa membuat pelaku usaha melakukan tindakan pengurangan produksi ke tingkat yang tidak efisien, kemudian mereka juga dapat melakukan eksploitasi terhadap konsumen dengan menaikkan harga produk, dan menggunakan kekuatan yang dimiliki untuk bertindak sewenang-wenang terhadap konsumen yang sudah teralokasi sebelumnya tersebut.¹⁵⁷

¹⁵⁷ Stephen F. Ross, *op.cit.*, hal. 147-148.

Namun pembagian pasar tidak dapat berjalan secara efektif apabila konsumen mempunyai kemampuan yang cukup untuk berpindah dari pasar yang satu ke pasar yang lain untuk membeli kebutuhannya. Permasalahan baru timbul apabila biaya yang diperlukan untuk pindah pasar tersebut cukup mahal, juga bisa terjadi masalah apabila barang yang dibutuhkan terbatas dan tidak ada substitusinya.

Perjanjian pembagian pasar dalam perkembangannya bisa terjadi dalam bentuk suatu pelaku usaha diwajibkan untuk memasok hanya dengan kuantitas atau kualitas barang atau jasa tertentu, tidak mengiklankan produknya secara gencar, atau tidak melakukan ekspansi usaha yang berlebihan di wilayah pelaku usaha pesaingnya.

Adanya perjanjian pembagian pasar ini jelas dapat membuat pelaku usaha yang terlibat di dalam praktik ini akan berkembang dengan pesat pada wilayah tersebut, namun dia akan mengalami kesulitan dalam mengembangkan aktivitas usahanya secara lebih besar, karena wilayahnya terbatas. Tetapi hal ini dikompensasi dengan cara melakukan eksploitasi secara besar-besaran terhadap konsumen. Namun dalam kenyataannya, sesungguhnya kerja sama antara pelaku usaha yang bersaing untuk melakukan perjanjian pembagian wilayah sebenarnya tidak hanya merugikan konsumen tetapi juga sesungguhnya dapat merugikan bagi pelaku usaha itu sendiri di mana mereka akan dibatasi dalam mengembangkan usaha mereka dan hilangnya kesempatan mereka untuk meningkatkan kekuatan pasar yang dimilikinya.

Adapun yang menjadi tujuan dari perjanjian pembagian wilayah adalah untuk membagi wilayah pemasaran atau alokasi pasar atas barang atau jasa atau yang dikenal dengan istilah "*location clause*" yaitu suatu klausula yang mengatur lokasi di mana suatu pelaku usaha diberikan kewenangan untuk menjual barang atau jasa. Tujuan lebih lanjutnya adalah untuk mengontrol kepadatan distribusi dan mencegah terjadinya kelebihan barang pada lokasi tertentu.¹⁵⁸ Perjanjian pembagian wilayah ini dilarang karena menyebabkan pelaku usaha yang terlibat dalam perjanjian menjadi memonopoli pada wilayah di mana dia dialokasikan.¹⁵⁹

Ketentuan yang mengatur mengenai perjanjian pembagian wilayah oleh UU No. 5 Tahun 1999 khususnya Pasal 9 dirumuskan secara *rule of reason*, sehingga perlu dibuktikan apakah perbuatan tersebut mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat, atau apakah pelaku mempunyai alasan-alasan yang dapat diterima secara akal sehat.

Untuk lebih jelasnya, maka akan diuraikan bagaimana penerapan Pasal 9 ini dalam praktik persaingan usaha di Indonesia.

Kasus IV.6

Dalam Putusan KPPU No. 53/KPPU-L/2008 mengenai Pembagian Wilayah DPP AKLI Pusat, KPPU memutuskan bahwa bahwa Terlapor I, Terlapor II, Terlapor III, Terlapor IV, Terlapor V, dan Terlapor VI terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 9 UU No. 5 Tahun 1999.

Adapun para Terlapor dalam kasus ini adalah Terlapor I adalah Dewan Pengurus Pusat Asosiasi Kontraktor Listrik dan Mekanikal Indonesia (DPP AKLI), Terlapor II Dewan

¹⁵⁸ Veronica G. Kayne et. al., *op.cit.*, hal. 9.

¹⁵⁹ *Ibid.*, hal. 9.

Pengurus Daerah Asosiasi Kontraktor Listrik dan Mekanikal Indonesia (DPD AKLI) Sulawesi Selatan, Terlapor III Dewan Pengurus Cabang Asosiasi Kontraktor Listrik dan Mekanikal Indonesia (DPC AKLI) Palopo, Terlapor IV Dewan Pengurus Cabang Asosiasi Kontraktor Listrik dan Mekanikal Indonesia (DPC AKLI) Luwu Utara, Terlapor V Dewan Pengurus Cabang Asosiasi Kontraktor Listrik dan Mekanikal Indonesia (DPC AKLI) Luwu Timur, Terlapor VI Dewan Pengurus Cabang Asosiasi Kontraktor Listrik dan Mekanikal Indonesia (DPC AKLI) Tana Toraja.

Bahwa Terlapor I adalah asosiasi perusahaan yang bergerak di bidang pekerjaan elektrikal dan mekanikal yang bertujuan membina anggota-anggotanya untuk dapat memenuhi tugas dan tanggung jawab dalam proses pembangunan Indonesia di bidang ketenagalistrikan. Terlapor I memiliki 32 (tiga puluh dua) Dewan Pengurus Daerah (DPD), 121 (seratus dua puluh satu) Dewan Pengurus Cabang (DPC), dan 4806 (empat ribu delapan ratus enam) badan usaha instalatir.

Terlapor II adalah pengurus daerah Terlapor I di Provinsi Sulawesi Selatan, Terlapor II membawahi 9 (sembilan) DPC dan memiliki anggota sebanyak 173 (seratus tujuh puluh tiga) badan usaha instalatir. Terlapor III adalah pengurus cabang Terlapor I di Kota Palopo, Sulawesi Selatan, dan memiliki anggota sebanyak 11 (sebelas) anggota badan instalatir. Terlapor IV adalah pengurus cabang Terlapor I di Kabupaten Luwu Utara, Sulawesi Selatan, memiliki anggota sebanyak 11 (sebelas) anggota badan instalatir. Terlapor V adalah pengurus cabang Terlapor I di Kabupaten Luwu Timur, Sulawesi Selatan, memiliki anggota sebanyak 10 (sepuluh) anggota badan instalatir.

KPPU berpendapat berdasarkan bukti-bukti bahwa Terlapor I melalui Terlapor II, Terlapor III, Terlapor IV, Terlapor V, Terlapor VI, dan DPC-DPC lain di wilayah Sulawesi Selatan, membagi wilayah kerja PJT berdasarkan wilayah cabang PT PLN (Persero) di Sulawesi Selatan. Namun khusus di wilayah PT PLN (Persero) Cabang Palopo, Terlapor II membagi lagi wilayah kerja PJT (Penanggung Jawab Teknik) menjadi 4 (empat) wilayah berdasarkan tempat kedudukan DPC berada, yaitu: Terlapor III, Terlapor IV, Terlapor V, dan Terlapor VI. Pembagian wilayah PJT dalam SP-PJT oleh Terlapor I dapat dikategorikan sebagai perjanjian dilaksanakan oleh Terlapor II, Terlapor III, Terlapor IV, Terlapor V, dan Terlapor VI.

Adapun yang menjadi alasan dari Terlapor I membagi wilayah kerja PJT melalui SP-PJT adalah untuk keselamatan dan keamanan instalasi, serta memberdayakan potensi sumber daya PJT setempat.

Pembagian wilayah kerja PJT yang dilakukan oleh Terlapor I di daerah Sulawesi Selatan melalui Terlapor II, Terlapor III, Terlapor IV, Terlapor V, Terlapor VI, dan DPCDPC lainnya di Sulawesi Selatan ini, menimbulkan dampak badan usaha instalatir tidak dapat menggunakan PJT-nya di wilayah lain dan harus menggunakan jasa PJT setempat yang menjadi pegawai di badan usaha instalatir.

Putusan ini menunjukkan kepada kita bahwa suatu asosiasi perusahaan dapat digunakan untuk melakukan aktivitas ataupun perjanjian-perjanjian yang antipersaingan. Dengan adanya pembagian wilayah tersebut, maka kiranya jelas hal tersebut akan menyebabkan terjadinya persaingan usaha yang tidak sehat. Pada sisi lain tidak ditemukan adanya alasan-alasan yang dapat membenarkan perbuatan tersebut.

Sampai dengan diperbaharunya buku ini, belum ada perkara lain selain tersebut pada kasus IV.6 di atas. Juga tidak ada peraturan KPPU yang menjelaskan Pasal 9 UU No. 5 Tahun 1999.

IV.2.4 PEMBOIKOTAN (*GROUP BOYCOTT* ATAU *HORIZONTAL REFUSAL TO DEAL*)

Perjanjian pemboikotan merupakan salah satu bentuk usaha yang dilakukan para pelaku usaha untuk mengeluarkan pelaku usaha lain dari pasar yang sama, atau juga untuk mencegah pelaku usaha yang berpotensi menjadi pesaing untuk masuk ke dalam pasar yang sama, yang kemudian pasar tersebut dapat terjaga hanya untuk kepentingan pelaku usaha yang terlibat dalam perjanjian pemboikotan tersebut.

Pemboikotan atau *concerted refusal to deal* pada umumnya merupakan tindakan kolektif sekelompok pesaing. Namun demikian *boycott* dapat pula merupakan tindakan sepihak atau kolektif untuk menghentikan *supply* atau pembelian kepada atau dari konsumen tertentu atau penerapan syarat-syarat tertentu kepada konsumen atau *supplier* tertentu yang tidak melakukan tindakan yang dikehendaki oleh pemboikot. Jadi tindakan pemboikotan bisa merupakan tindakan untuk memaksa agar mengikuti perbuatan si pemboikot atau bisa pula merupakan suatu hukuman bagi pelanggan.¹⁶⁰

Agar praktik pemboikotan yang dilakukan para pelaku usaha yang berada di pasar dapat berjalan sukses, diperlukan partisipasi yang seluas mungkin dari pelaku usaha yang ada di dalam pasar yang bersangkutan, karena apabila tidak ada dukungan atau keterlibatan para pelaku usaha secara luas yang ada di dalam pasar, pemboikotan biasanya akan sulit untuk berhasil.

Pemboikotan pada umumnya dianggap antipersaingan dan biasanya mempunyai karakteristik dengan usaha yang sungguh-sungguh untuk merugikan para pesaing baik dengan secara langsung menolak atau memaksa *supplier* atau konsumen untuk menghentikan hubungan dengan kompetitornya. Boikot juga bisa dilakukan dengan menghentikan *supply* akan bahan pokok yang sangat diperlukan.¹⁶¹

Namun dikatakan pula bahwa boikot dapat pula mempunyai dampak yang prokompetisi yaitu menimbulkan efisiensi. Misalnya, perjanjian pembelian bersama yang dilakukan oleh pengusaha-pengusaha kecil, mungkin akan menjadi efisien karena akan memenuhi skala ekonomi dan juga menghemat dari sisi penyimpanan.¹⁶²

Dengan adanya perjanjian pemboikotan yang dilakukan oleh para pelaku usaha yang ada di dalam pasar membuat jumlah pelaku usaha yang ada di pasar tidak dapat bertambah, apabila di dalam suatu pasar hanya terdapat sedikit pelaku usaha yang menjalankan usahanya dapat berdampak terhadap berkurangnya pilihan konsumen untuk memilih pelaku usaha yang kemungkinan dapat memberikan kepuasan terbesar kepada konsumen.

Pemboikotan biasanya dilakukan untuk memaksa pelaku usaha untuk mengikuti perbuatan yang biasanya merupakan perbuatan yang antipersaingan (*predatory boycott*) atau untuk menghukum pelaku bisnis lainnya yang melanggar perjanjian yang menghambat persaingan (*defensive boycott*). Namun demikian pemboikotan dapat juga dilakukan secara tidak langsung, misalkan dengan cara para pelaku usaha yang terlibat dalam perjanjian pemboikotan meminta kepada pelaku usaha yang menjadi pemasok dari produk mereka untuk tidak memasok produk yang sama kepada pelaku usaha yang menjadi target dari perjanjian pemboikotan, sehingga apabila si perusahaan pemasok tidak mengindahkan larangan tersebut, maka para pelaku usaha yang melakukan pemboikotan akan memutuskan hubungan dengan perusahaan pemasok tersebut dan akan mencari perusahaan pemasok lain.

¹⁶⁰ Lennart Ritter et al., *op.cit.*, hal. 205.

¹⁶¹ R. Sheyam Khemani, *op.cit.*, hal.35.

¹⁶² *Ibid.*

Memperhatikan dampaknya yang sangat besar terhadap persaingan, maka dalam berbagai hukum persaingan di banyak negara, perjanjian pemboikotan dianggap sebagai hambatan terhadap persaingan usaha yang mendapatkan perhatian yang serius. Dengan terjadinya praktik perjanjian pemboikotan telah menghilangkan salah satu prasyarat persaingan yang sangat penting yaitu menghalangi pelaku usaha untuk masuk ke dalam pasar. Bahkan pasal 3 huruf e dan f UNTACD Model Law menegaskan bahwa “menolak secara kolektif untuk membeli atau memasok, atau mengancam untuk melakukannya, adalah termasuk cara yang paling sering dipakai untuk memaksa pihak yang tidak menjadi anggota kelompok tertentu untuk mengikuti kegiatan yang ditentukan kelompok tersebut.”

UU No. 5 Tahun 1999 mengategorikan perjanjian pemboikotan sebagai salah satu perjanjian yang dilarang, yang diatur dalam Pasal 10 ayat (1) dan (2) UU No. 5 Tahun 1999, Pasal 10 ayat (1) berbunyi:

“Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian, dengan pelaku usaha pesaingnya yang dapat menghalangi pelaku usaha lain untuk melakukan usaha yang sama, baik untuk tujuan pasar dalam negeri maupun pasar luar negeri.”

Sedangkan Pasal 10 ayat (2) berbunyi:

“Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya, untuk menolak menjual setiap barang dan/atau jasa dari pelaku usaha lain sehingga perbuatan tersebut:

- a. merugikan atau dapat diduga akan merugikan pelaku usaha lain atau;
- b. membatasi pelaku usaha lain dalam menjual atau membeli setiap barang dan/atau jasa dari pasar bersangkutan.”

Karena besarnya kerugian yang dapat ditimbulkan oleh suatu perjanjian pemboikotan, maka Pasal 10 ayat (1) dan (2) UU No. 5 Tahun 1999 yang mengatur mengenai perjanjian pemboikotan ini dirumuskan secara *per se illegal*, sehingga ketika ada pelaku usaha yang melakukan perbuatan perjanjian pemboikotan, maka tanpa memperhatikan akibat yang muncul dari perbuatan tersebut, ataupun alasan-alasan dilakukannya pemboikotan tersebut, pelaku usaha sudah dapat dijatuhi sanksi hukuman.

Untuk lebih jelasnya akan diuraikan secara lebih detail lagi dengan membahas kasus pemboikotan yang ada. Hingga saat ini belum ada perkara di KPPU terkait dengan pelanggaran Pasal 10, sehingga akan diuraikan kasus dari negara lain.

Kasus IV.7

Salah satu kasus pemboikotan di negara lain adalah *Northwest Wholesale Stationers, Inc. v Pacific Stationery & Printing Co.*¹⁶³

Secara singkat duduk persoalan dalam kasus ini adalah sebagai berikut. Pelapor dalam kasus ini adalah Northwest Wholesale Stationers adalah sebuah koperasi agen pembelian yang terdiri dari kurang lebih *retailer* alat-alat kantor di Pacific Northwest US. Koperasi bertindak sebagai *retailer* utama bagi *retail* lainnya. *Retailer* yang bukan anggota dapat

¹⁶³ 472 US 284 (1985).

membeli alat-alat kantor dengan harga yang sama dengan anggota. Namun pada setiap akhir tahun koperasi membagikan keuntungan kepada anggotanya dalam bentuk *percentage rebate* dalam pembelian. Sehingga sebenarnya anggota membeli lebih rendah dari non anggota.

Sementara Terlapor Pacific Stationery Co. adalah menjual alat kantor baik *retail* maupun *wholesale*. Pacific menjadi anggota Northwest sejak tahun 1958. Pada tahun 1978 Northwest merubah anggaran dasarnya dengan melarang anggotanya menjual *retail* dan *wholesale*. Suatu klausula menjamin hak Pacific untuk menjadi anggota. Pada tahun 1977 kepemilikan Pacific berpindah tangan, namun pemilik baru ini tidak melakukan perubahan kegiatannya, hal mana bertentangan dengan anggaran dasar Northwest. Pada tahun 1978 sebagian besar anggota Northwest memutuskan untuk mengeluarkan Pacific. Pacific kemudian membawa perkara ini ke pengadilan berdasarkan *group boycott* yang membatasi kemampuan Pacific untuk berkompetisi, karenanya Northwest harus dinyatakan melanggar hukum persaingan secara *per se illegal*. Pengadilan Negeri menyatakan tidak terdapat pelanggaran hukum persaingan secara *per se illegal*, karenanya harus diperiksa secara *rule of reason*. Namun Pengadilan Banding menyatakan bahwa Northwest melanggar *Sherman Act* secara *per se illegal*.

Sampai dengan diperbaharunya buku ini, belum ada perkara pemboikotan terjadi di Indonesia. Juga tidak ada peraturan KPPU yang menjelaskan Pasal 10 UU No. 5 Tahun 1999 yang mengatur pemboikotan.

IV.2.5 KARTEL

Dalam suatu struktur pasar yang kompetitif, di mana pelaku usaha yang berusaha di dalam pasar tersebut jumlahnya banyak, serta tidak ada hambatan bagi pelaku usaha untuk masuk ke dalam pasar, setiap pelaku usaha yang ada di dalam pasar tersebut tidak akan mampu untuk menyetir harga sesuai dengan keinginannya, mereka hanya menerima harga yang sudah ditentukan oleh pasar dan akan berusaha untuk memproduksi secara maksimal agar dapat mencapai suatu tingkat yang efisien dalam memproduksi. Namun sebaliknya dalam pasar yang berstruktur oligopoli, di mana di dalam pasar tersebut hanya terdapat beberapa pelaku usaha saja, kemungkinan pelaku usaha bekerja sama untuk menentukan harga produk dan jumlah produksi dari masing-masing pelaku usaha menjadi lebih besar. Oleh karena itu biasanya praktik kartel dapat tumbuh dan berkembang pada pasar yang berstruktur oligopoli, di mana lebih mudah untuk bersatu dan menguasai sebagian besar pangsa pasar.¹⁶⁴

Praktik kartel merupakan salah satu strategi yang diterapkan di antara pelaku usaha untuk dapat mempengaruhi harga dengan mengatur jumlah produksi mereka. Mereka berasumsi jika produksi mereka di dalam pasar dikurangi sedangkan permintaan terhadap produk mereka di dalam pasar tetap, akan berakibat kepada naiknya harga ke tingkat yang lebih tinggi. Dan sebaliknya, jika di dalam pasar produk mereka melimpah, sudah barang tentu akan berdampak terhadap penurunan harga produk mereka di pasar. Oleh karena itu, pelaku usaha mencoba membentuk suatu kerja sama horizontal (*pools*) untuk menentukan harga dan jumlah produksi barang atau jasa. Namun pembentukan kerja sama ini tidak selalu berhasil, karena para anggota sering kali berusaha berbuat curang untuk keuntungannya masing-masing.¹⁶⁵

¹⁶⁴ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and Its Practice*, Second ed., 1995, hal.

144.

¹⁶⁵ Theodore P. Kovaleff, *op. cit.*, hal. 78-80.

Membanjirnya pasokan dari suatu produk tertentu di dalam suatu pasar, dapat membuat harga dari produk tersebut di pasar menjadi lebih murah, di mana kondisi ini akan menguntungkan bagi konsumen, tetapi sebaliknya tidak bagi pelaku usaha (produsen atau penjual), semakin murah harga produk mereka di pasar, membuat keuntungan yang akan diperoleh oleh pelaku usaha tersebut menjadi berkurang, atau bahkan rugi jika produk mereka tidak terserap oleh pasar.

Agar harga produk di pasar tidak jatuh dan harga produk dapat memberikan keuntungan yang sebesar-besarnya bagi pelaku usaha, pelaku usaha biasanya membuat perjanjian di antara mereka untuk mengatur mengenai jumlah produksi sehingga jumlah produksi mereka di pasar tidak berlebih, dan tujuannya agar tidak membuat harga produk mereka di pasar menjadi lebih murah. Namun terkadang praktik kartel tidak hanya bertujuan untuk menjaga stabilitas harga produk mereka di pasar, tetapi juga untuk mengeruk keuntungan yang sebesar-besarnya dengan mengurangi produk mereka secara signifikan di pasar, sehingga menyebabkan di dalam pasar mengalami kelangkaan, yang mengakibatkan konsumen harus mengeluarkan biaya yang lebih untuk dapat membeli produk pelaku usaha tersebut di pasar, atau dapat dikatakan tujuan utama dari praktik kartel adalah untuk mengeruk sebanyak mungkin surplus konsumen ke produsen. Oleh karena kartel meniadakan kompetisi dengan tindakan-tindakan yang kolusif di antara pesaing, maka dilarang dalam hukum persaingan usaha.¹⁶⁶

Pada umumnya terdapat beberapa karakteristik dari kartel. Pertama, terdapat konspirasi antara beberapa pelaku usaha. Kedua, melakukan penetapan harga. Ketiga, agar penetapan harga dapat efektif, maka dilakukan pula alokasi konsumen atau produksi atau wilayah. Keempat, adanya perbedaan kepentingan di antara pelaku usaha misalnya karena perbedaan biaya. Oleh karena itu perlu adanya kompromi antar anggota kartel misalnya dengan adanya kompensasi dari anggota kartel yang besar kepada mereka yang lebih kecil.¹⁶⁷

Praktik kartel dapat berjalan sukses apabila pelaku usaha yang terlibat di dalam perjanjian kartel tersebut haruslah mayoritas dari pelaku usaha yang berkecimpung di dalam pasar tersebut. Karena apabila hanya sebagian kecil saja pelaku usaha yang terlibat di dalam perjanjian kartel biasanya perjanjian kartel tidak akan efektif dalam mempengaruhi pasokan produk di pasar, karena kekurangan pasokan di dalam pasar akan ditutupi oleh pasokan dari pelaku usaha yang tidak terlibat di dalam perjanjian kartel.

UU No. 5 Tahun 1999 mengategorikan kartel sebagai salah satu bentuk perjanjian yang dilarang untuk dilakukan oleh pelaku usaha. Pasal 11 undang-undang ini berbunyi

“Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian, dengan pelaku usaha pesaingnya yang bermaksud untuk mempengaruhi harga dengan cara mengatur produksi dan/atau pemasaran suatu barang dan/atau jasa, yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.”

Perumusan kartel secara *rule of reason* oleh pembentuk UU No. 5 Tahun 1999 dapat diartikan pelaku usaha dapat membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya yang bermaksud untuk mempengaruhi harga dengan mengatur produksi atau pemasaran suatu barang atau jasa asalkan tidak mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.

Dalam hal ini dapat diartikan pembentuk UU No. 5 Tahun 1999 melihat bahwa sebenarnya tidak semua perjanjian kartel dapat menyebabkan persaingan usaha tidak sehat, seperti misalnya

¹⁶⁶ William R. Andersen and C. Paul Rogers III, *Antitrust Law: Policy and Practice*, Matthew Bender, Third ed., 1999, hal. 349.

¹⁶⁷ Areeda, *op. cit.*, hal. 346-349.

perjanjian kartel dalam bentuk mengisyaratkan untuk produk-produk tertentu harus memenuhi syarat-syarat tertentu yang bertujuan untuk melindungi konsumen dari produk yang tidak layak atau dapat membahayakan keselamatan konsumen dan tujuannya tidak menghambat persaingan, pembuat UU No. 5 Tahun 1999 mentolerir perjanjian kartel seperti itu.

Kasus IV.8

Salah satu contoh kasus mengenai kartel yang pernah diputus oleh KPPU yaitu Putusan No. 03/KPPU-I/2003 mengenai Kargo Surabaya-Makassar. Adapun duduk perkaranya adalah sebagai berikut: Tujuh perusahaan pelayaran yaitu PT Meratus, PT Tempuran Emas, PT Djakarta Lloyd, PT Jayakusuma Perdana Lines, PT Samudera Indonesia, PT Tanto Intim Line, dan PT Lumintu Sinar Perkasa pada Rapat Pertemuan Bisnis di Ruang Rapat MPH I Hotel Elmi Surabaya pada hari Senin tanggal 23 Desember 2002 yang dihadiri para Terlapor, Saksi I dan Saksi III telah disepakati penetapan tarif dan kuota yang kemudian dituangkan dalam Berita Acara Pertemuan Bisnis di Hotel Elmi Surabaya dan masing-masing pihak mengakui dan membubuhkan tanda tangan atas dokumen kesepakatan tarif dan kuota. Pelaksanaan kesepakatan tahap I mulai berlaku sejak 1 Januari 2003 sampai dengan 31 Maret 2003.

Unsur Pasal 11 UU No. 5 Tahun 1999 pada intinya adalah adanya kesepakatan antar perusahaan yang bersaing untuk mengatur produksi dan atau pemasaran suatu barang atau jasa yang ditujukan untuk mempengaruhi harga dan dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha yang tidak sehat.

Dengan ditetapkannya kuota bongkar muat tersebut, para Terlapor telah mengatur produksi jasa pengangkutan laut khusus barang (kargo) dari para Terlapor yang melayani jalur Surabaya – Makassar – Surabaya dan Makassar – Jakarta – Makassar, yang bertujuan mencegah terjadinya perang harga. Disamping itu dengan ditetapkannya kuota bongkar muat peti kemas tersebut para Terlapor telah melakukan tindakan yang meniadakan persaingan usaha antara anggota kartel. Dengan demikian para Terlapor telah melakukan praktik persaingan usaha tidak sehat sehingga melanggar Pasal 11 UU No. 5 Tahun 1999.

Perkara kartel lain adalah kartel daging sapi impor, yang telah diputus oleh KPPU dengan menggunakan pendekatan *rule of reason*. Perkara tersebut adalah sebagai berikut:

Perkara No. 10/KPPU-I/2015 tentang Dugaan Pelanggaran Pasal 11 dan Pasal 19 huruf c UU No. 5 Tahun 1999 terkait dengan kartel daging sapi impor yang telah dilakukan oleh 32 Terlapor, antara lain, PT Andini Karya Makmur, PT Andini Persada Sejahtera, PT Agro Giri Perkasa, PT Agrisatwa Jaya Kencana, PT Andini Agro Loka, PT Austasia Stockfeed, PT Bina Mentari Tunggal, dan lain-lain.

Para terlapor telah terbukti membuat kesepakatan yang difasilitasi APFINDO melalui rangkaian pertemuan yang pada akhirnya penunjukkan kesamaan tindakan yang dilakukan oleh para Terlapor yang diperkuat dengan alat bukti pengakuan. Mereka terbukti telah melakukan *rescheduling sales* yang dikategorikan sebagai pengaturan dan/atau penahanan pasokan sapi impor di wilayah JABODETABEK. Dengan menggunakan pendekatan *rule of reason*, KPPU menyatakan tindakan para Terlapor merupakan kartel yang dilarang oleh Pasal 11 UU No. 5 Tahun 1999.

KPPU telah menganalisis pasar produk dan pasar geografis dan menganalisis dampak negatif dari kartel tersebut. Tindakan penahanan pasokan dengan cara tidak merealisasikan jumlah kuota impor sapi (SPI) yang telah disetujui oleh pemerintah dan melakukan *rescheduling sales* telah berdampak negatif karena telah mengakibatkan kenaikan harga yang tidak wajar yang merugikan kepentingan konsumen dan/atau kepentingan umum. Karena dampak negatifnya terbukti maka KPPU memutuskan bahwa para Terlapor telah melanggar Pasal 11 yang melarang kartel.

Di dalam Peraturan KPPU No. 4 Tahun 2010 tentang Kartel (Pedoman Pasal 11), dijelaskan bagaimana penerapan *rule of reason*. Menurut peraturan ini, harus dilakukan pemeriksaan secara mendalam tentang alasan-alasan mengapa para pelaku usaha terlapor membuat kartel. KPPU harus memeriksa apakah alasan-alasan para pelaku usaha membuat kartel ini dapat diterima (*reasonable restraint*). KPPU harus mempertimbangkan beberapa hal sebagai berikut:

1. Apakah terdapat tanda-tanda adanya pengurangan produksi barang dan atau jasa atau ada tidaknya kenaikan harga? Jika tidak ada, maka perbuatan para pelaku usaha tidak bertentangan dengan hukum persaingan.
2. Apakah perbuatan tersebut *naked* (semata-mata, langsung bertujuan untuk mengurangi atau mematikan persaingan), atau bersifat *ancillary* (bukan tujuan dari kolaborasi melainkan hanya akibat ikutan). Apabila kolaborasi bersifat *naked*, maka akan melawan hukum.
3. Bahwa kartel mempunyai *market power*. Apabila kartel mempunyai pangsa pasar (*market power*) yang cukup, maka mereka mempunyai kekuatan untuk menyalahgunakan kekuatan tersebut. Akan tetapi apabila tidak ada *market power*, maka kemungkinan kecil kartel akan dapat mempengaruhi pasar.
4. Terdapat bukti yang kuat bahwa kartel menghasilkan efisiensi yang cukup besar, sehingga melebihi kerugian yang diakibatkannya. Apabila tidak membawa efisiensi berarti kartel hanya membawa kerugian.
5. Adanya *reasonable necessity*. Artinya tindakan para pelaku kartel tersebut memang secara akal sehat perlu dilakukan. Dengan kata lain untuk mencapai keuntungan-keuntungan yang persaingan yang ingin dicapai, maka perbuatan kartel tersebut perlu dilakukan, dan tidak terdapat cara lain atau alternatif lain yang seharusnya terpikirkan oleh para pelaku usaha.

6. *Balancing test*. Setelah faktor-faktor lainnya tersebut di atas diperiksa, maka perlu dilakukan pengukuran terhadap keuntungan yang diperoleh melalui kartel, dengan kerugian yang diakibatkannya. Apabila keuntungan yang diperoleh lebih besar dibandingkan dengan kerugian yang diakibatkannya, maka perbuatan atau tindakan para pelaku usaha tersebut dapat dibenarkan.

Dalam perkara kartel daging sapi impor tersebut, KPPU dalam menggunakan pendekatan *rule of reason* tentunya telah mengikuti pedoman dalam Peraturan KPPU No. 4 Tahun 2010 tersebut. Ternyata terbukti bahwa kartel tersebut berdampak negatif sehingga para Terlapor dinyatakan telah melanggar Pasal 11 yang melarang kartel.

a. Program *Leniency*

Perjanjian kartel merupakan salah satu perjanjian yang sangat sulit dibuktikan, karena kebanyakan kartel dibuat secara sangat tertutup atau rahasia, padahal perjanjian Kartel sangat jelas dan besar dampak negatifnya terhadap ekonomi suatu negara. Oleh karena itu, guna memberantas kartel dan/atau mencegah dibuatnya kartel, negara-negara lain, seperti AS dan negara-negara di Uni Eropa memperkenalkan apa yang disebut program *leniency* (*leniency program*). Beberapa penelitian telah menyimpulkan bahwa program *leniency* telah secara efektif membantu memberantas, mencegah atau menghalangi pembuatan kartel dan keberlangsungan kartel.¹⁶⁸

Leniency berarti kemurahan hati, kelonggaran, atau pengampunan. Inti dari program *leniency* ini adalah pemerintah memberikan kemurahan, kelonggaran, atau pengampunan (*immunity*) kepada pelaku usaha yang mengungkapkan atau memberikan informasi tentang adanya kartel yang telah dibuat bersama dengan para pelaku usaha yang lain. Pelaku usaha yang menjadi *whistle-blower* ini akan dibebaskan dari denda atau dikurangi dendanya tergantung sejauh mana pelaku usaha tersebut membantu lembaga pengawas persaingan dalam mengungkap kartel yang bersangkutan.

Program *leniency* pertama kali diperkenalkan di AS oleh Departemen Kehakiman AS pada tahun 1978 yang kemudian diperbaiki pada tahun 1993. Dalam program yang disebut *Corporate Leniency Programs* ini pelaku usaha bisa memperoleh manfaat pengurangan atau pembebasan denda walaupun investigasi sudah dimulai apabila *Divisi Antitrust* di FTC tidak mempunyai cukup bukti adanya pelanggaran hukum *antitrust*.¹⁶⁹ Program *leniency* di AS ini sukses. Hal ini terbukti dengan adanya peningkatan laporan kartel sebanyak 20% pada setiap tahunnya.¹⁷⁰

Kemudian, pada tahun 1996, program *leniency* juga diperkenalkan di Uni Eropa (EU), dan telah 2 (dua) kali diperbaiki, yakni pada tahun 2002 dan 2006.¹⁷¹ Telah dinyatakan bahwa *European Commission Leniency Program* ini merupakan kiat yang paling efektif dalam penegakan hukum persaingan di EU.¹⁷² Di EU, pelaku usaha yang pertama kali membeberkan kartelnya kepada Komisi Eropa (*European Commission*), sebelum Komisi Eropa mengetahui/memulai investigasi, akan mendapat pembebasan (*immunity*) atau minimal 75% pengurangan dari hukuman. Kebijakan *leniency* di EU berbunyi demikian:

¹⁶⁸ Joan-Ramon Borrell et al., "The leniency programme: obstacles on the way to collude," *Journal of Antitrust Enforcement*, Januari, 2015, hal. 3.

¹⁶⁹ *Ibid.*, hal. 2.

¹⁷⁰ Retno Wiranti, "Leniency Programs dalam Perang Melawan Kartel," *Kompetisi, Media Berkala KPPU*, edisi 22, 2010, hal. 22.

¹⁷¹ Program *Leniency* di EU dikembangkan dalam *the Commission notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases of 18 July 1996*.

¹⁷² Roberto Grasso, "The E.U. Leniency Program and U.S. Civil Discovery Rules: A Fraternal Fight?" *Michigan Journal of International Law*, Vol. 29, issue 3, 2008, hal. 565 – 566.

“The Commission will grant immunity from any fine which would otherwise have been imposed to an undertaking disclosing its participation in an alleged cartel affecting the Community if that undertaking is the first to submit information and evidence which in the Commission’s view will enable it to: (a) carry out a targeted inspection in connection with the alleged cartel; or (b) find an infringement of Article 81 EC in connection with the alleged cartel.”

Pelaku usaha yang ingin mendapatkan pengurangan denda antara 10% sampai 75%, harus memberikan kepada Komisi EU bukti adanya pelanggaran, dan agar presentase pengurangan hukumannya besar, bukti yang diberikan kepada Komisi harus memberikan nilai tambah yang signifikan berkaitan dengan bukti yang telah dimiliki oleh Komisi EU sebelumnya. Program *leniency* di EU sangat sukses. Dalam waktu antara tahun 2002 sampai 2008 saja ada 167 pelaku usaha yang mengajukan permohonan *leniency* yang berupa baik permohonan imunitas maupun pengurangan denda.

Sekarang ini, semua negara di EU, kecuali Malta, telah menerapkan program *leniency*, walaupun mulainya berbeda-beda.¹⁷³ Di Jerman, misalnya, lembaga pengawas persaingan di Jerman, *Bundeskartellamt*, mulai tahun 2000 menawarkan kepada pelaku usaha: siapa saja (pelaku usaha anggota suatu kartel) yang mengungkapkan suatu kartel yang tidak diketahui sebelumnya, akan diberikan pembebasan (*immunity*) dari pembayaran denda. Pelaku usaha yang bekerja sama dengan (membantu) *Bundeskartellamt* setelah lembaga pengawas ini mengetahui adanya Kartel akan diberikan pengurangan dendanya, yang jumlah persentasenya tergantung nilai kontribusinya dalam pengungkapan adanya kartel.

Di sini berlaku prinsip *“first come first served,”* yang berarti siapa yang lebih dulu mendekati *Bundeskartellamt*, dialah yang berhak mendapatkan kemurahan atau pengampunan, semakin lebih awal dan semakin besar peranannya akan semakin besar pengurangan denda, atau bahkan dibebaskan/diampuni. Pelaku usaha yang pertama kali mengungkapkan adanya kartel, asalkan dia membantu terus *Bundeskartellamt* akan mendapat pengampunan. Pelaku usaha lainnya akan dikurangi persentasi dendanya maksimum 50% tergantung nilai kontribusi bantuannya kepada *Bundeskartellamt*.¹⁷⁴

Program *leniency* di Jerman telah berjalan sukses. Dari tahun 2000 sampai 2005, sejumlah 122 permohonan *leniency* diajukan ke *Bundeskartellamt*. Dari tahun 2006 sampai 2009, ada 112 permohonan. Permohonan yang lebih dari 230 itu telah membantu mengungkap, membubarkan kartel dan menghukum para anggotanya.¹⁷⁵

Jerman hanyalah salah satu contoh negara anggota EU yang menerapkan program *leniency*. Sebagaimana tersebut di atas, negara-negara anggota EU yang lain juga menerapkan program ini. Ini membuktikan bahwa program *leniency* sudah diakui merupakan kiat yang efektif untuk membasmi kartel atau mencegah dibuatnya kartel.¹⁷⁶

Di EU, agar ada keseragaman dalam penerapan program *leniency* di antara negara-negara di EU, maka dibuatlah *European Competition Network Model Leniency Programme*. Tujuan program model ini adalah untuk mencegah keengganan calon pelamar *leniency* akibat adanya ketidakseragaman penerapan program *leniency* di negara-negara EU tersebut.¹⁷⁷

¹⁷³ *Ibid.*

¹⁷⁴ *Bundeskartellamt*, “Effective Cartel Prosecution Benefits for the economy and consumers,” July, 2010, hal. 17 – 19, www.bundeskartellamt.de.

¹⁷⁵ *Ibid.*, hal. 19.

¹⁷⁶ Selanjutnya, baca Joan-Ramon Borrell et al., “The leniency programme: obstacles on the way to collude,” *Journal of Antitrust Enforcement*, 25 January, 2015.

¹⁷⁷ Lebih lanjut, lihat ECN, *ECN Model Leniency Programme*, http://ec.europa.eu/competition/enml_p_revised_2012_en.pdf.

Saran atau pendapat agar program *leniency* diatur dalam UU No. 5 Tahun 1999 sudah lama ada. Beberapa akademisi di Indonesia menyatakan bahwa UU ini sebaiknya segera direvisi dan memasukkan program *leniency* ini sebagai upaya untuk memberantas kartel di Indonesia. Namun, program ini tidak akan menarik pelaku usaha apabila denda administratif dan/atau pidana denda tidak dinaikkan. Denda administratif yang hanya sebesar maksimal 25 milyar dan pidana denda paling tinggi 100 milyar tidak akan mendukung penerapan program *leniency* ini di Indonesia karena keuntungan kartel jauh lebih tinggi dari denda-denda tersebut, pelaku usaha tidak akan tertarik untuk membocorkan kartelnya kepada KPPU.¹⁷⁸ Oleh karena itu, perlu ada pembahasan yang serius juga tentang perbaikan sanksi ini berkaitan dengan penerapan program *leniency* di Indonesia.¹⁷⁹ Selain itu, perlu ada tambahan wewenang KPPU untuk melakukan penggeledahan, karena laporan dari seorang *whistle-blower* tidak bisa ditindaklanjuti secara efektif apabila KPPU tidak mempunyai wewenang untuk melakukan penggeledahan.

Dewasa ini, tidak adanya program *leniency* di suatu negara merupakan permasalahan yang krusial dalam penegakan hukum persaingan. Indonesia mengalami hal ini karena tidak mempunyai program ini. Oleh karena itu, UU No. 5 Tahun 1999 perlu segera direvisi dan memasukkan program *leniency*.

b. Kartel dan Asosiasi

Sudah menjadi kebiasaan bagi para pelaku usaha untuk membuat asosiasi dan hukum tidak bisa melarang hak mereka untuk melakukan itu. Namun, ternyata ditemukan bahwa dalam beberapa kasus mereka menyalahgunakan asosiasi tersebut sebagai wadah kartel. Hal ini tentu bertentangan dengan larangan kartel yang tercantum dalam Pasal 11 UU No. 5 Tahun 1999.

Banyak kasus kartel di negara-negara lain yang melibatkan asosiasi dagang yang pura-pura (*sham*).¹⁸⁰ Biasanya asosiasi dagang mempunyai tujuan untuk memajukan industri dan konsumen melalui aktivitas yang kolektif. Beberapa aktivitas mereka, misalnya, melakukan studi pengembangan industri, mengumpulkan dan menyebarkan data pasar, advokasi atau interaksi dengan pemerintah, membuat pedoman dan standar industri, dan memajukan persaingan.

Namun, banyak terjadi bahwa mereka akhirnya saling bertukar informasi tentang kebijakan harga, pasar atau hal-hal yang berkaitan dengan produksi. Hal-hal sensitif inilah yang bisa membawa mereka ke arah kolusi. Walaupun mereka mempunyai tujuan juga untuk mematuhi hukum persaingan, namun terkadang mereka salah persepsi bahwa setiap tindakan yang bermanfaat bagi masyarakat, misalnya kegiatan perbaikan lingkungan hidup, menjadikan semua kesepakatan dan perjanjian yang mereka buat terbebas dari hukum persaingan. Padahal kesepakatan atau perjanjian mereka itu justru antipersaingan.

Pada tanggal 13 April 2011, Komisi Eropa (*European Commission*) mengumumkan penyelesaian kartel yang melibatkan 2 (dua) perusahaan multinasional produk konsumen dan sebuah perusahaan produk konsumen. Mereka bergerak di bidang produksi dan pemasokan detergen bubuk cuci rumah tangga di 8 (delapan) negara EU. Kartel ini dibuat dalam asosiasi yang bertujuan untuk memperbaiki produk detergen agar lebih ramah lingkungan. Namun, karena mereka membuat kesepakatan untuk

¹⁷⁸ "Bongkar Kartel Dengan Leniency Program," <http://www.hukumonline.com/berita/baca/1t4d81f77e90173/bongkar-kartel-dengan-leniency-program> (diakses tanggal 5 Desember 2016).

¹⁷⁹ Bandingkan, pada tahun 2003, *The German Federal Cartel Office (FCO)* menjatuhkan sanksi denda sebesar 660 juta EUR kepada beberapa perusahaan semen yang terbukti melakukan kegiatan kartel. Perusahaan-perusahaan tersebut menetapkan harga semen sejak tahun 1993 hingga tahun 2002. Lihat Retno Wiranti, *op.cit.*, hal. 21.

¹⁸⁰ Ross Denton, "Trade Association Cartel Risk," powerpoint, Baker & McKenzie, 17 April 2013, www.hhp.co.id/files/Uploads/Documents/Global%20Antitrust%20&%20Competitionpn_antitrust_strategiescartelrisk_apr13%20.pdf (diakses tanggal 10 Desember 2016).

mengatur atau menstabilisasi posisi pasar dan berkordinasi berkenaan dengan harga, maka mereka diputuskan telah melanggar Pasal 101 TFEU dan Pasal 53 *the Agreement creating the European Economic Area*.¹⁸¹

Di Indonesia, contoh asosiasi yang diduga menjadi wadah kartel adalah *Indonesia Palm Oil Pledge* (IPOP). Tindakan asosiasi yang beranggotakan 6 (enam) perusahaan yang diduga menghambat persaingan adalah mereka tidak mau membeli tandan buah segar kelapa sawit dari petani karena dianggap tidak sesuai dengan standar yang diterapkan IPOP. Petani tidak bisa menjual ke pihak lain karena hampir semua tata niaga kelapa sawit di Indonesia dikuasai oleh perusahaan yang ikut menandatangani IPOP. Hal ini merugikan petani Indonesia yang menggunakan standar *Indonesia Sustainable Palm Oil* (ISPO). Standar yang ditetapkan oleh IPOP adalah lebih tinggi dari pada standar yang ditetapkan pemerintah tersebut sehingga bertentangan dengan peraturan pemerintah yang mengatur standar tersebut. Tindakan asosiasi itu diduga telah menimbulkan praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat sehingga diduga melanggar Pasal 11 UU No. 5 Tahun 1999.¹⁸²

Contoh yang lain, KPPU telah memutuskan bahwa asosiasi perusahaan unggas, yakni Gabungan Perusahaan Pembibitan Unggas (GPPU) Indonesia, telah melanggar larangan kartel yang tertuang dalam Pasal 11 UU No. 5 Tahun 1999. Menurut KPPU, pelanggaran yang dilakukan oleh 12 perusahaan yang tergabung dalam asosiasi tersebut adalah penandatanganan perjanjian pengapkirian 2 juta *parent stock* (PS) ayam tersebut beberapa waktu lalu. Putusan KPPU No.2/KPPU-1/2016 menyatakan bahwa 12 (dua belas) perusahaan yang tergabung dalam asosiasi itu telah melakukan pengaturan produksi bibit ayam pedaging (*broiler*) di Indonesia yang melanggar Pasal 11 UU No. 5 Tahun 1999.

Selain melakukan pengapkirian 2 juta PS, mereka juga telah membuat kesepakatan pengurangan pasokan DOC (*Day Old Chicken*). Karena mereka merupakan pelaku usaha yang bergerak dalam pasar bersangkutan yang sama (yakni, pasar produk bibit ayam pedaging (*broiler*), dan tindakan mereka telah berdampak negatif, yakni kenaikan harga DOC PS ditingkat *breeder*, maka perjanjian atau kesepakatan mereka telah dinyatakan melanggar larangan kartel dalam Pasal 11 UU No. 5 Tahun 1999.

Dalam membuat kesepakatan-kesepakatan, seharusnya asosiasi-asosiasi pelaku usaha dewasa ini berpedoman kepada Peraturan KPPU No. 4 Tahun 2010 tentang Kartel. Sudah diatur secara jelas dalam Peraturan KPPU tersebut tentang indikator-indikator adanya kartel. Seharusnya mereka mematuhi peraturan tersebut dan tidak menyalahgunakan asosiasi-asosiasi mereka sebagai wadah kartel.

Dalam Peraturan KPPU No. 4 Tahun 2010, disinggung bahwa asosiasi biasanya digunakan sebagai sarana untuk melakukan kolusi diam-diam. Pertemuan-pertemuan asosiasi diadakan agar seolah-olah legal padahal ternyata merupakan kolusi ke arah kartel. Akibatnya, sangat sulit untuk mendeteksi hal tersebut. Pengalaman di beberapa negara menunjukkan bahwa setidaknya 30% kartel telah melibatkan asosiasi. Oleh karena itu, tepat bahwa peraturan KPPU itu menjadikan penggunaan asosiasi untuk menutupi kegiatan kartel sebagai salah satu karakteristik kartel.¹⁸³

Untuk membentuk kartel, pertukaran informasi dan transparansi di antara para pelaku usaha sangat penting. Di sinilah peran asosiasi sangat penting sebagai media pertukaran informasi tersebut. Oleh karena itu, keberadaan asosiasi sangat rentan terhadap penyalahgunaannya sebagai

¹⁸¹ "When a Good Idea Goes Bad: E.U. Cartel Fine for Trade Association Activities," Antitrust/Competition & Marketing Bulletin, 6 Mei 2011, <http://www.fasken.com/eu-cartel-fined-trade-association-activities/> (diakses tanggal 10 Desember 2016).

¹⁸² Avit Hidayat, "KPPU Tengarai Ada Kartel di Asosiasi Kelapa Sawit," Tempo.Co, Jakarta, <https://m.tempo.co/read/news/2016/04/14/090762608/kppu-tengarai-ada-kartel-di-asosiasi-kelapa-sawit> (diakses tanggal 8 Desember 2016).

¹⁸³ Peraturan KPPU No. 4 Tahun 2010, hal. 9.

wadah kartel.¹⁸⁴ Diharapkan dengan adanya Peraturan KPPU No. 4 Tahun 2010 pelaku usaha memperoleh pedoman yang tepat tentang kartel sehingga tidak menjadikan asosiasi mereka sebagai kamufase kartel.

IV.2.6 TRUST

Untuk dapat mengontrol produksi atau pemasaran produk di pasar ternyata para pelaku usaha tidak hanya cukup dengan membuat perjanjian kartel antar mereka, tetapi mereka juga terkadang membentuk gabungan perusahaan atau perseroan yang lebih besar (*trust*), dengan tetap menjaga dan mempertahankan kelangsungan hidup masing-masing perusahaan atau perseroan anggotanya.

Trust sebenarnya merupakan wadah bagi pelaku usaha yang didisain untuk membatasi persaingan dalam bidang usaha atau industri tertentu. Gabungan antara beberapa perusahaan yang bersaing dengan membentuk organisasi yang lebih besar yang akan mengendalikan seluruh proses produksi dan atau pemasaran suatu barang. Suatu *trust* terjadi di mana sejumlah perusahaan menyerahkan saham mereka kepada suatu “badan *trustee*” yang kemudian memberikan sertifikat dengan nilai yang sama kepada anggota *trust*.¹⁸⁵ *Trust* pertama di Amerika Serikat yang sangat terkenal adalah Standard Oil yang terbentuk pada tahun 1882, yang kemudian diikuti oleh banyak industri lainnya. Hal ini menyebabkan banyaknya kemajuan-kemajuan di Amerika Serikat. Namun, karena *trust* juga mengakibatkan adanya pemusatan kekuasaan, maka *trust* dianggap melanggar hukum.¹⁸⁶

UU No. 5 Tahun 1999 menyatakan bahwa *trust* merupakan salah satu perjanjian yang dilarang. Pasal 12 UU No. 5 Tahun 1999 berbunyi:

“Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan membentuk gabungan perusahaan atau perseroan yang lebih besar, dengan tetap menjaga dan mempertahankan kelangsungan hidup masing-masing perusahaan atau perseroan anggotanya yang bertujuan untuk mengontrol produksi dan/atau pemasaran atas barang dan/atau jasa, sehingga dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat.”

Pasal 12 UU No. 5 Tahun 1999 ini dirumuskan secara *rule of reason* sehingga dapat kita ketahui bahwa *trust* itu sendiri tidak dilarang, asalkan *trust* tersebut tidak mengakibatkan terjadinya praktik monopoli atau persaingan usaha tidak sehat, atau semata-mata untuk pemusatan kekuatan tanpa mengakibatkan dampak negatif bagi masyarakat.

Kasus IV.10

Salah satu putusan *landmark* mengenai *trust* ini adalah kasus *Standard Oil Company of New Jersey v United States*. Secara singkat kasusnya adalah sebagai berikut. Para Tergugat didakwa melakukan konspirasi untuk menghambat perdagangan minyak, penyulingan minyak dan produk-produk minyak lainnya. Konspirasi telah dimulai sejak tahun 1870 oleh ketiga dari Terdakwa yaitu John D. Rockefeller, William Rockefeller dan Hendri M. Flagler. Adapun masa konspirasi ini dibagi dalam tiga periode yaitu tahun 1870 – 1882, dari tahun 1882 – 1899 dan 1899 – sampai adanya perkara.

¹⁸⁴ *Ibid.*, hal. 22.

¹⁸⁵ Theodore P. Kovaleff, *op.cit.*, hal. 80.

¹⁸⁶ *Ibid.*, hal. 82-83.

Pada tahun 1870 – 1882, John D. Rockefeller dan William Rockefeller dan beberapa orang lainnya membuat tiga *partnership* yang bergerak dibidang perminyakan dan mengapalkannya ke beberapa negara bagian. Pada tahun 1870 dibentuklah Standard Oil Company of Ohio dan ketiga *partnership* ini digabungkan dalam perusahaan ini dan menjadi milik bersama sesuai dengan sahamnya masing-masing. Bahwa sejak itu telah dilakukan penggabungan-penggabungan. Sejak tahun 1872 perusahaan tersebut telah mendapatkan pangsa pasar yang substansial kecuali 3 atau 4 dari 35 atau 40 penyulingan minyak yang berlokasi di Cleveland, Ohio. Berdasarkan pada kekuatan ini, dan sesuai dengan tujuannya untuk membatasi dan memonopoli perdagangan baik antar negara bagian maupun pada negara bagian tersebut, maka anggota mendapatkan banyak kemudahan baik dari harga, *transport (railroad)* dibandingkan kompetitornya. Hal ini memaksa kompetitornya untuk menjadi bagian dari perjanjian atau menjadi *bankrupt*. Para pihak yang tergabung pada saat itu telah menguasai 90% dari bisnis produksi, pengapalan, penyulingan dan penjualan minyak dan produknya.

Pada periode kedua yaitu tahun 1882 – 1899 di mana saham dari 40 perusahaan termasuk Standard Oil Company of Ohio diletakkan pada suatu *trustee* dan ahli warisnya untuk kepentingan semua pihak secara bersama. Perjanjian ini dibuat dengan mengeluarkan sertifikat *Standard Oil Trust*. Setelah itu *Trustee* juga membuat atau mengorganisir Standard Oil Company of New Jersey dan Standard Oil Company of New York. Akhirnya MA Amerika Serikat pada tanggal 2 Maret 1892 menyatakan bahwa *trustee* ini batal demi hukum karena perjanjian tersebut menghambat perdagangan dan berpuncak pada pembentukan monopoli yang melanggar hukum.

Sampai dengan dilakukannya *update* buku ini, belum pernah ada perkara *trust* di Indonesia. Juga belum ada peraturan KPPU yang memberikan pedoman tentang Pasal 12 ini.

IV.2.7 OLIGOPSONI

Oligopsoni merupakan bentuk suatu pasar yang didominasi oleh sejumlah konsumen yang memiliki kontrol atas pembelian. Struktur pasar ini memiliki kesamaan dengan struktur pasar oligopoli hanya saja struktur pasar ini terpusat di pasar *input*. Dengan demikian distorsi yang ditimbulkan oleh kolusi antar pelaku usaha akan mendistorsi pasar *input*.

Oligopsoni merupakan salah satu bentuk praktik antipersaingan yang cukup unik, karena dalam praktik oligopsoni yang menjadi korban adalah produsen atau penjual, di mana biasanya untuk bentuk-bentuk praktik antipersaingan lain (seperti *price fixing*, *price discrimination*, kartel, dan lain-lainnya) yang menjadi korban umumnya konsumen atau pesaing. Dalam oligopsoni, konsumen membuat kesepakatan dengan konsumen lain dengan tujuan agar mereka secara bersama-sama dapat menguasai pembelian atau penerimaan pasokan, dan pada akhirnya dapat mengendalikan harga atas barang atau jasa pada pasar yang bersangkutan.

Terdapat beberapa syarat agar oligopsoni dapat berhasil. Pertama, pelaku usaha harus setuju baik secara tegas maupun secara diam-diam untuk bertindak bersama. Kedua, mereka haruslah merupakan pembeli dalam jumlah yang besar atau dominan. Ketiga, adanya mekanisme agar perjanjian ditaati dan tidak ada kecurangan. Terakhir, mereka harus mampu mencegah masuknya pemain baru, karena apabila pemain baru bisa masuk, maka perjanjian oligopsoni tidak akan

efektif.¹⁸⁷ Oligopsoni sebenarnya merupakan bagian dari kartel yaitu kartel pembelian. Seperti pada kartel, oligopsoni juga ada yang propersaingan dan ada yang merugikan persaingan.

Dengan adanya praktik oligopsoni produsen atau penjual tidak memiliki alternatif lain untuk menjual produk mereka selain kepada pihak pelaku usaha yang telah melakukan perjanjian oligopsoni. Tidak adanya pilihan lain bagi pelaku usaha untuk menjual produk mereka selain kepada pelaku usaha yang melakukan praktik oligopsoni, mengakibatkan mereka hanya dapat menerima saja harga yang sudah ditentukan oleh pelaku usaha yang melakukan praktik oligopsoni.

UU No. 5 Tahun 1999 memasukkan perjanjian oligopsoni ke dalam salah satu perjanjian yang dilarang. Pasal 13 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999 menyebutkan bahwa:

“Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain yang bertujuan untuk secara bersama-sama menguasai pembelian atau penerimaan pasokan agar dapat mengendalikan harga atas barang dan/atau jasa dalam pasar bersangkutan, yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat.”

Sedangkan Pasal 13 ayat (2) menambahkan bahwa:

“Pelaku usaha patut diduga atau dianggap secara bersama-sama menguasai pembelian atau penerimaan pasokan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) apabila 2 (dua) atau 3 (tiga) pelaku usaha atau kelompok pelaku usaha menguasai lebih dari 75% (tujuh puluh lima persen) pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu.”

Oligopsoni oleh Pasal 13 UU No. 5 Tahun 1999 dirumuskan secara *rule of reason*, itu berarti sebenarnya oligopsoni tidak secara otomatis dilarang. Tetapi dalam oligopsoni ada beberapa hal yang perlu diperhatikan, antara lain kemungkinan perjanjian tersebut memfasilitasi kolusi penetapan harga sehingga menimbulkan efek antipersaingan. Perjanjian tersebut tidak akan memfasilitasi kolusi harga apabila pembelian produk yang dilakukan dengan perjanjian ini hanya berjumlah relatif kecil terhadap total pembelian di pasar tersebut. Selain itu, apabila perjanjian tidak menghalangi anggotanya untuk melakukan pembelian pada pihak lain secara independen, maka *joint purchasing* tersebut tidak merugikan persaingan.

Kasus IV.11

Berikut ini juga akan dijelaskan lebih lanjut dengan membahas kasus oligopsoni. Dalam kasus *Beef Industry Antitrust Litigation Mdl Docket No. 248. Meat Price Investigators Association*. Adapun secara ringkas kasusnya adalah sebagai berikut. Asosiasi Investigator Harga Daging dan beberapa peternak sapi, mengajukan Iowa Beef Processors, Inc., Excel Corporation dan The National Provisioners, Inc. (The Yellow Sheet) ke Pengadilan pada tahun 1977. Adapun yang menjadi alasan adalah bahwa *retailer* dan *packers* (pengopak) melakukan konspirasi baik secara horizontal maupun vertikal untuk menurunkan harga dari sapi.

Mereka mendalilkan bahwa konspirasi ini mengikuti skema penetapan harga. The National Provisioner mempublikasikan setiap hari harga produk sapi pada the Yellow Sheet. The

¹⁸⁷ James Murphy Dowd, *Oligopsony Power: Antitrust Injury and Collusive Buyer Practices in Input Market*, 76 B.U.L. Rev. 1075, 1996, hal. 3-5.

Yellow Sheet mendasarkan publikasinya laporan dari harga komoditas tersebut pada saat itu. Para pengepak menggunakan *the Yellow Sheet price* untuk menentukan harga yang mereka tawarkan kepada peternak sapi.

Pengepak mendalilkan bahwa seperti ditemukan oleh Pengadilan Negeri, bahwa *the Yellow Sheet* adalah informasi publik yang dapat dibeli dan digunakan oleh semua pihak. Mereka juga mendalilkan bahwa peternak sapi tidak mempunyai bukti bahwa telah terjadi *parallel pricing* oleh IBP dan Excel yang merupakan independen bisnis.

Tergugat juga mempunyai bukti yang cukup, bahwa *the Yellow Sheet* adalah merupakan salah satu faktor, masih terdapat faktor-faktor lain yang menjadi pertimbangan pengepak dalam menentukan harganya yaitu: Pertama, kebutuhan pengepak itu sendiri untuk menentukan kebutuhannya akan daging setiap minggunya, termasuk dalam hal ini kontrak dengan buruh yang tetap harus dibayar terlepas ada kerjaan atau tidak. Kedua, kondisi pasar pada saat itu apakah *over supply* atau tidak. Ketiga, persaingan harga antara pengepak. Keempat adalah harga berdasarkan pasar produk yang dapat memaksa pengepak membayar lebih mahal atau lebih murah dari daftar harga dalam *The Yellow Sheet*.

Berdasarkan pada fakta-fakta tersebut, maka Pengadilan Banding menolak klaim dari peternak sapi. Apabila Penggugat mendalilkan adanya *conscious parallelism*, maka syaratnya haruslah terdapat *parallelism* antar tergugat. Pengadilan menyatakan bahwa tidak terdapat *parallelism* antara para tergugat.

Sampai dengan dilakukannya *update* buku ini, belum pernah ada perkara oligopsoni di Indonesia. Juga belum ada peraturan KPPU yang memberikan pedoman tentang Pasal 13 ini.

IV.2.8 INTEGRASI VERTIKAL

Dalam melakukan kegiatan usahanya pelaku usaha tentu akan melakukan hubungan-hubungan dengan pihak lainnya, baik dengan para kompetitornya maupun dengan para pemasok. Hubungan-hubungan ini adalah hal yang wajar dan memang harus dilakukan oleh pelaku usaha untuk menjalankan usahanya. Namun, ketika suatu pelaku usaha ingin pangsa pasar yang dimilikinya menjadi lebih besar, pertumbuhan perusahaan dan perolehan laba yang semakin meningkat, tingkat efisiensi yang semakin tinggi dan juga untuk mengurangi ketidakpastian akan pasokan bahan baku yang dibutuhkan dalam berproduksi dan pemasaran hasil produksi, biasanya perusahaan akan melakukan penggabungan ataupun kerja sama dengan pelaku-pelaku usaha lain yang secara vertikal berada pada level yang berbeda pada proses produksi, maka kerja sama ini disebut integrasi vertikal. Jadi integrasi vertikal terjadi ketika satu perusahaan melakukan kerja sama dengan perusahaan lain yang berada pada level yang berbeda dalam suatu proses produksi, sehingga membuat seolah-olah mereka merupakan satu perusahaan yang melakukan dua aktivitas yang berbeda tingkatannya pada satu proses produksi.¹⁸⁸

Kalau pelaku usaha ingin meningkatkan penghasilan (*revenue*), biasanya yang umum dilakukan adalah dengan cara meningkatkan produksi. Namun bagi perusahaan yang sudah berproduksi dalam kapasitas penuh, rasanya sangat sulit untuk dapat meningkatkan penghasilan yang lebih tinggi lagi. Dalam hal ini, maka peningkatan produksi hanya dapat dilakukan pelaku usaha tersebut dengan meningkatkan skala perusahaannya. Terjadi peningkatan dalam skala perusahaan akan memberikan

¹⁸⁸ Areeda dan Kaplow, *op.cit.*, hal. 204.

pengaruh terhadap peningkatan produksi yang pada akhirnya dapat meningkatkan keuntungan yang lebih tinggi lagi dibandingkan sebelum pelaku usaha tersebut meningkatkan skala perusahaannya. Salah satu jalan yang dilakukan pelaku usaha untuk meningkatkan skala perusahaan adalah melalui penggabungan/integrasi dengan perusahaan lain yang berada pada level yang berbeda.

Namun perkembangannya ternyata penggabungan perusahaan tidak selalu menunjukkan adanya hubungan yang kuat antara terjadinya penggabungan dengan tingkat keuntungan yang akan diperoleh seperti yang tergambar di atas, tetapi setidaknya dengan adanya penggabungan akan ada bagian-bagian perhitungan biaya yang akan hilang atau menurun, misalnya: dalam hal biaya-biaya transaksi, iklan, pemanfaatan informasi bersama, dan administrasi.

Integrasi antar pelaku usaha juga dengan sendirinya dapat juga dikaitkan dengan pengurangan risiko dalam bisnis. Dengan terjadinya integrasi vertikal (ke bagian hulu), maka risiko akan kekurangan bahan baku tentunya menurun. Dan dari segi pengelolaan, jika sebelumnya dikelola secara terpisah, maka setelah integrasi dapat menjadi manajemen tunggal. Dengan pengelolaan di bawah manajemen tunggal, maka pengembangan pemasaran mungkin dapat dilakukan lebih baik, sehingga dengan terjadinya integrasi antar pelaku usaha, perusahaan pelaku usaha tersebut dapat meningkatkan efisiensinya, yang kemudian pada akhirnya dapat menghasilkan produk yang memiliki daya saing yang tinggi.

Integrasi antar pelaku usaha dapat juga dilakukan untuk saling menutupi kelemahan dari masing masing pelaku usaha yang melakukan integrasi, karena sudah pasti setiap pelaku usaha memiliki kelemahan-kelemahan tersendiri, misalkan satu perusahaan memiliki kelemahan dalam pengelolaan sumber daya manusia, tetapi unggul dalam berproduksi dapat bergabung dengan pelaku usaha lain yang mungkin memiliki kelebihan dalam pengelolaan sumber daya manusia tetapi kurang dalam proses produksi, kemudian diharapkan dengan terjadinya integrasi kelemahan-kelemahan yang ada dapat ditutupi atau bahkan dihilangkan.

Tetapi tidak dapat dipungkiri bahwa terkadang integrasi vertikal juga dapat menimbulkan efek-efek negatif bagi persaingan di antara pelaku usaha, seperti:

1. Integrasi vertikal ke arah hulu (*upstream*) dapat mengurangi kompetisi di antara penjual di tingkat hulu (*upstream level*), contohnya: seandainya pelaku usaha/perusahaan perakitan kendaraan dihadapkan pada suatu keadaan di mana pelaku usaha tersebut harus membeli bahan baku dari pelaku usaha pemasok bahan baku (perusahaan pembuat besi baja) dengan harga oligopoli (umumnya pada industri pembuatan besi baja hanya terdapat beberapa perusahaan besar saja).

Dalam keadaan seperti ini perusahaan perakitan kendaraan akan lebih menguntungkan jika melakukan integrasi vertikal dengan perusahaan pembuat besi baja, sehingga perusahaan perakitan kendaraan memiliki perusahaan pembuat besi baja sendiri, yang kemudian perusahaan perakitan mobil tidak lagi menjadi korban dari perilaku oligopoli (yang biasanya menerapkan harga di atas kewajaran) dari perusahaan pembuat besi baja, tetapi kemungkinan nantinya perusahaan pembuat besi baja yang melakukan integrasi vertikal dengan perusahaan perakitan kendaraan tidak bisa lagi menjual produknya ke perusahaan perakitan kendaraan lain.

Akibatnya harga besi baja untuk perusahaan perakitan dapat menjadi lebih mahal lagi, karena semakin berkurangnya pemasok besi baja bagi perusahaan-perusahaan perakitan kendaraan. Dan ini juga dapat menjadi insentif bagi perusahaan perakitan kendaraan untuk melakukan integrasi vertikal dengan perusahaan pembuat besi baja, yang pada akhirnya semakin

berkuranglah persaingan di antara perusahaan pembuat besi baja yang memasok untuk industri perakit kendaraan.

2. Memfasilitasi kolusi di antara pelaku usaha di tingkat hulu (*upstream level*), di mana dengan semakin meluasnya integrasi vertikal dapat memfasilitasi kolusi antar perusahaan manufaktur karena pemotongan harga terlalu mudah dideteksi (alasan yang digunakan untuk kasus ini sama dengan yang digunakan untuk menolak *resale price maintenance*).
3. Integrasi vertikal ke arah hilir (*downstream integration*) dapat memfasilitasi diskriminasi harga, di mana integrasi sampai di tingkat *retailer* dapat memungkinkan perusahaan manufaktur mempraktikkan diskriminasi harga tanpa harus mengkhawatirkan terhadap tindakan dari perusahaan *retailer* lainnya.

Contohnya sebuah perusahaan manufaktur yang menjual produknya di *boutique* dan di toko diskon, harga yang diterapkan oleh *boutique* terhadap produknya biasanya lebih mahal dibandingkan dengan harga yang diterapkan oleh toko diskon, hal tersebut terjadi karena pemilik *boutique* melakukan *mark-up* yang setinggi-tingginya terhadap produk yang dijual di gerainya untuk mendapatkan keuntungan yang sebanyak-banyaknya. Memperhatikan perilaku dari *boutique* ini terkadang membuat tidak jarang perusahaan manufaktur juga membuat sendiri *boutique* yang akan menjual produk mereka dengan harga yang jauh lebih tinggi, sehingga dapat menikmati juga keuntungan sebagai pemilik *boutique*.

4. Meningkatnya hambatan masuk (*entry barriers*) di mana pelaku usaha yang harus melalui dua tahap jika ingin masuk ke dalam pasar, dengan semakin meluasnya praktik integrasi vertikal, kemudian membuat perusahaan manufaktur yang ingin masuk kedalam suatu industri, harus memiliki perusahaan pemasok sendiri yang menjamin pasokannya karena perusahaan pemasok yang ada sudah terintegrasi dengan perusahaan manufaktur yang lain, atau perusahaan manufaktur untuk memasarkan produknya terpaksa harus memiliki perusahaan ritel tersendiri karena perusahaan ritel yang ada juga sudah terintegrasi dengan perusahaan manufaktur yang lain.¹⁸⁹

Oleh karena terdapat dampak negatif yang mungkin muncul dari suatu integrasi vertikal, maka UU No. 5 Tahun 1999 memasukan integrasi vertikal ke dalam pengaturan kelompok perjanjian yang dilarang. Pasal 14 UU No. 5 Tahun 1999 menyebutkan bahwa:

”Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain yang bertujuan untuk menguasai produksi sejumlah produk yang termasuk dalam rangkaian produksi barang dan/ atau jasa tertentu yang mana setiap rangkaian produksi merupakan hasil pengolahan atau proses lanjutan, baik dalam satu rangkaian langsung maupun tidak langsung, yang dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat dan/atau merugikan masyarakat.”

Dirumuskannya Pasal 14 UU No. 5 Tahun 1999 secara *rule of reason* adalah sangat tepat, karena seperti telah dijelaskan bahwa integrasi vertikal dapat mempunyai dampak-dampak yang pro kepada persaingan, dan dapat pula berdampak hal yang merugikan pada persaingan. Dengan kata lain pelaku usaha sebenarnya tidak dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain yang

¹⁸⁹ Stephen F. Ross, *op.cit.*, hal. 383-384.

bertujuan untuk menguasai produksi sejumlah produk yang termasuk dalam rangkaian produksi barang atau jasa tertentu yang mana setiap rangkaian produksi merupakan hasil pengolahan atau proses lanjutan, baik dalam satu rangkaian langsung maupun tidak langsung sepanjang tidak mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat atau merugikan kepentingan masyarakat dan perjanjian tersebut mempunyai alasan-alasan yang dapat diterima.

Kasus IV.12

Salah satu kasus yang pernah diputus oleh KPPU adalah apa yang dikenal dengan kasus *Abacus* yaitu Putusan No. 01/KPPU-L/2003. Terlapor dalam kasus ini adalah PT (Persero) Perusahaan Penerbangan Garuda Indonesia (disingkat “Garuda Indonesia”).

Adapun duduk perkara adalah sebagai berikut. Bahwa Terlapor adalah badan usaha yang berbentuk badan hukum dengan kegiatan usaha antara lain melaksanakan penerbangan domestik dan internasional komersial berjadwal untuk penumpang serta jasa pelayanan sistem informasi yang berkaitan dengan penerbangan. Untuk mendukung kegiatan usaha penerbangannya tersebut, Terlapor mengembangkan sistem ARGA sebagai sistem informasi pengangkutan udara domestik.

Sedangkan untuk sistem informasi penerbangan internasional, Terlapor bekerja sama dengan penyedia CRS dalam bentuk perjanjian distribusi. Sistem informasi ini digunakan oleh biro perjalanan wisata untuk melakukan reservasi dan *booking* tiket penerbangan Terlapor secara *online*. Bahwa akibat krisis ekonomi yang terjadi pada tahun 1997, semakin menambah beban keuangan Terlapor yang memaksanya untuk melakukan pemotongan biaya-biaya. Salah satu upaya yang dilakukan adalah menarik *dumb terminal* Terlapor di setiap biro perjalanan wisata, yang kemudian menyertakan sistem ARGA di dalam terminal *Abacus*. Bahwa pada tanggal 28 Agustus 2000, Terlapor dan Saksi I menyepakati pendistribusian tiket domestik Terlapor di wilayah Indonesia hanya dilakukan dengan *dual access* melalui terminal *Abacus*.

Kebijakan *dual access* tersebut tidak dituangkan dalam perjanjian tertulis. Hal ini telah diakui oleh Terlapor dan dikuatkan oleh dokumen yang diserahkan oleh Saksi I kepada Majelis Komisi. Kesepakatan tersebut di atas ditempuh karena biaya transaksi penerbangan internasional dengan menggunakan sistem *Abacus* lebih murah. *Dual access* hanya diberikan kepada Saksi I sebagai penyedia sistem *Abacus* bertujuan agar Terlapor dapat mengontrol biro perjalanan wisata di Indonesia dalam melakukan reservasi dan *booking* tiket penerbangan. Semakin banyak biro perjalanan wisata di Indonesia yang menggunakan sistem *Abacus* untuk melakukan reservasi dan *booking* penerbangan internasional Terlapor yang pada akhirnya akan mengurangi biaya transaksi penerbangan internasional Terlapor.

Terlapor hanya akan menunjuk biro perjalanan wisata yang menggunakan sistem *Abacus* sebagai agen pasasi domestik. Posisi Terlapor yang menguasai penerbangan domestik dan kemudahan untuk menjadi agen maskapai lain, menjadi daya tarik bagi biro perjalanan wisata untuk menjadi agen pasasi domestik Terlapor. Bahwa sistem ARGA yang hanya disertakan pada terminal *Abacus* mengakibatkan sistem lain mengalami kesulitan untuk memasarkan ke biro perjalanan wisata karena biro perjalanan wisata lebih memilih sistem

Abacus yang memberi kemudahan untuk memperoleh sambungan sistem ARGAs. Untuk mendukung kebijakan *dual access*, Terlapor menambahkan persyaratan bagi biro perjalanan wisata agar dapat ditunjuk sebagai agen pasasi domestik, yaitu menyediakan sistem *Abacus* terlebih dahulu untuk selanjutnya mendapatkan terminal ID biro perjalanan wisata yang bersangkutan/dibuka sambungan ke sistem ARGAs (persyaratan *Abacus connection*).

KPPU Berpendapat bahwa PT Garuda Indonesia telah melanggar Pasal 14 UU No. 5 Tahun 1999 karena telah melakukan penguasaan serangkaian proses produksi atas barang tertentu mulai dari hulu sampai hilir atau proses berlanjut atas suatu layanan jasa tertentu oleh pelaku usaha tertentu. Praktik integrasi vertikal meskipun dapat menghasilkan barang dan jasa dengan harga murah, tetapi dapat menimbulkan persaingan usaha tidak sehat yang merusak sendi-sendi perekonomian masyarakat. Praktik seperti ini dilarang sepanjang menimbulkan persaingan usaha tidak sehat dan atau merugikan masyarakat.

Dengan kegiatan usaha Terlapor adalah melaksanakan penerbangan komersial berjadwal untuk penumpang domestik dan internasional dengan mengoperasikan pesawat sebagai sarana pengangkutan. Bahwa dalam perkara ini, penguasaan proses yang berlanjut atas suatu layanan jasa tertentu oleh Terlapor adalah penguasaan proses yang berlanjut atas layanan informasi dan jasa distribusi tiket penerbangan domestik dan internasional Terlapor.

Pada tanggal 9 April 2010, KPPU mengeluarkan Peraturan No. 5 Tahun 2010 tentang Pedoman Pelaksanaan Pasal 14 tentang Integrasi Vertikal. Dalam peraturan tersebut antara lain dijelaskan kemungkinan pelaku usaha melakukan integrasi vertikal jangka menengah atau integrasi vertikal jangka panjang. Jangka menengah bisa dengan cara pelaku usaha mengikatkan diri pada suatu penyewaan jangka panjang, *joint venture* atau kemitraan. Jangka panjang bisa dilakukan dengan cara pemindahan kepemilikan atau penguasaan aset perusahaan melalui proses merger atau akuisisi. Kepemilikan atau penguasaan aset tersebut bisa seluruhnya atau sebagiannya.

Peraturan tersebut menyatakan bahwa integrasi vertikal bisa propersaingan (dampak positif) dan bisa antipersaingan (dampak negatif). Bahkan integrasi vertikal umumnya ditujukan untuk meningkatkan efisiensi yang berakibat adanya peningkatan kesejahteraan konsumen akhir (*consumer welfare*). Integrasi vertikal yang dilarang adalah yang antipersaingan, yakni yang bertujuan untuk menguasai sejumlah produk, dengan kata lain, untuk menguasai pasar. Contoh kegiatan dalam rangka menguasai pasar adalah menolak atau menghalangi pelaku usaha lain masuk ke pasar yang bersangkutan, dan/atau melakukan diskriminasi terhadap pelaku usaha tertentu.

Integrasi vertikal hanya bisa dilarang apabila dampak negatifnya melebihi dampak positifnya. Oleh karena itu, harus dilakukan analisis dampak negatifnya, yakni dengan melakukan 3 (tiga) tahapan pengujian, yakni analisis kemampuan, analisis insentif, dan analisis dampak konsumen. Analisis kemampuan dilakukan untuk mengetahui sejauh mana pelaku usaha mempunyai kemampuan untuk menggunakan *market power*nya untuk menguasai pasar; analisis insentif untuk mengetahui apakah pelaku usaha tersebut mempunyai insentif untuk menghalangi pelaku usaha lain masuk ke pasar; analisis dampak konsumen dilakukan untuk mengetahui bagaimana dampak negatifnya kepada konsumen. Di samping itu, dalam memutuskan untuk melarang integrasi vertikal, KPPU juga akan melakukan analisis struktur (pasar) dan analisis biaya-manfaat. Untuk penjelasannya, bisa dibaca Peraturan KPPU tersebut.

IV.2.9 PERJANJIAN TERTUTUP

Perjanjian tertutup atau *exclusive dealing* adalah suatu perjanjian yang terjadi antara mereka yang berada pada level yang berbeda pada proses produksi atau jaringan distribusi suatu barang atau jasa.¹⁹⁰ *Exclusive dealing* atau perjanjian tertutup ini terdiri dari berikut ini.

a. *Exclusive Distribution Agreement*

Exclusive distribution agreements yang dimaksud di sini adalah pelaku usaha membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain yang memuat persyaratan bahwa pihak yang menerima produk hanya akan memasok atau tidak memasok kembali produk tersebut kepada pihak tertentu atau pada tempat tertentu saja, atau dengan kata lain pihak distributor dipaksa hanya boleh memasok produk kepada pihak tertentu dan tempat tertentu saja oleh pelaku usaha manufaktur.

Permasalahan dalam *exclusive dealing* adalah kemungkinan matinya suatu pelaku usaha karena tidak mendapatkan bahan baku atau tidak mempunyai distributor yang akan menjual produknya. Selain dari pada itu *exclusive dealing* juga dapat menyebabkan meningkatnya halangan untuk masuk ke pasar.¹⁹¹

Di samping itu terdapat pula beberapa akibat positif dari *exclusive dealing*. Baik bagi distributor maupun bagi produsen *exclusive dealing* cukup menarik, karena akan membuat kepastian akan distribusi dan adanya jaminan atas bahan baku. Hal ini akan menyebabkan terjadinya pengurangan ongkos, sehingga terjadi efisiensi. Kemudian, *exclusive dealing* juga dapat mencegah “*free riding*”, misalnya perusahaan induk melakukan iklan secara besar-besaran, apabila tidak ada perjanjian eksklusif, maka ketika konsumen datang ke distributor karena tertarik dengan iklan, akan tetapi sesampai di distributor konsumen melihat dan membeli barang lain, maka iklan yang dilakukan tidak ada pengaruhnya.¹⁹²

Biasanya *exclusive distribution agreement* dibuat oleh pelaku usaha manufaktur yang memiliki beberapa perusahaan yang mendistribusikan hasil produksinya, yang tidak menghendaki terjadinya persaingan di tingkat distributor, yang kemudian dapat berpengaruh terhadap harga produk yang mereka pasok ke dalam pasar, dan agar harga produk mereka tetap stabil, maka pihak manufaktur membuat perjanjian dengan distributor-distributornya untuk membagi konsumen dan wilayah pasokan agar tidak terjadi bentrokan di sesama distributor atau tidak terjadi persaingan *intra-brand* (persaingan sesama merek).

Dengah berkurangnya atau bahkan hilangnya persaingan pada tingkat distributor membawa implikasi kepada harga produk yang didistribusikan menjadi lebih mahal, sehingga konsumen harus mengeluarkan biaya yang lebih dari biasanya untuk mendapatkan produk yang didistribusikan oleh distributor tersebut.

Karena dibatasinya distribusi hanya untuk pihak dan tempat tertentu saja dapat juga mengakibatkan pihak distributor menyalahgunakan kedudukan eksklusif yang dimilikinya untuk mungkin mengenakan harga yang tinggi terhadap produk yang didistribusikannya kepada konsumen, pihak dan wilayah tertentu yang menjadi bagiannya tersebut.

Oleh karena itu Pasal 15 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999 melarang pelaku usaha untuk membuat *exclusive distribution agreement* dengan pelaku usaha lain. Adapun bunyi dari Pasal 15 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999 adalah sebagai berikut:

¹⁹⁰ Philip Clarke dan Stephen Corones, *Competition Law and Policy: Cases and Materials*, Oxford University Press, 2000, hal. 376.

¹⁹¹ E. Thomas Sullivan and Jeffrey L Harrison, *op.cit.*, hal. 176.

¹⁹² *Ibid.*, hal. 177

“Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain yang memuat persyaratan bahwa pihak yang menerima barang dan/atau jasa hanya akan memasok atau tidak memasok kembali barang dan/atau jasa tersebut kepada pihak tertentu dan/atau pada tempat tertentu.”

Pasal 15 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999 dirumuskan secara *per se illegal*, sehingga ketika pelaku usaha membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain yang memuat persyaratan bahwa pihak yang menerima barang dan/atau jasa hanya akan memasok atau tidak akan memasok kembali barang dan atau jasa tersebut kepada pihak tertentu dan/atau pada tempat tertentu, tanpa harus menunggu munculnya akibat dari perbuatan tersebut, pelaku usaha yang membuat perjanjian tersebut sudah langsung dapat dikenakan pasal ini. Karena perjanjian tertutup ini selain mempunyai dampak negatif juga mempunyai dampak yang positif bagi persaingan maka sebaiknya dalam menangani kasus perjanjian tertutup dipakai prinsip *rule of reason*.

Kasus IV.13

Salah satu Putusan KPPU mengenai masalah ini adalah Putusan No. 11/KPPU-I/2005 mengenai Distribusi Semen Gresik. Para Terlapor dalam Kasus ini terbukti melanggar Pasal 8, Pasal 11 dan Pasal 15 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999.

Pada kesempatan ini akan dibahas mengenai Pasal 15 ayat (1). Pada kasus ini Terlapor I, Terlapor II, Terlapor III, Terlapor IV, Terlapor V, Terlapor VI, Terlapor VII, Terlapor VIII, Terlapor IX, dan Terlapor X membentuk Konsorsium Distributor Semen Gresik Area 4. Konsorsium ini diduga melakukan pelanggaran atas UU No. 5 tahun 1999 dalam bentuk mewajibkan para langganan tetap (LT) di Area 4 untuk menjual Semen Gresik. Pelanggaran terhadap Pasal 15 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999 yang dilakukan oleh Konsorsium dalam bentuk himbauan kepada LT untuk bersedia hanya menjual Semen Gresik saja.

Bahwa adanya aturan yang diterapkan oleh Konsorsium tentang larangan bagi LT menjual merek semen selain Semen Gresik, menyebabkan salah satu LT di Area 4 mengajukan permohonan pengunduran diri sebagai LT kepada Terlapor XI karena menjual semen merek lain selain Semen Gresik dan dianggap oleh oknum-oknum Terlapor XI kurang menguntungkan bagi Terlapor XI. Bahwa sebelum ada Konsorsium, LT dapat membeli Semen Gresik kepada distributor yang mana saja dan dapat melakukan negosiasi harga, namun setelah ada Konsorsium, LT hanya bisa membeli kepada distributor tertentu dengan harga yang telah ditetapkan.

Terlapor mendalilkan bahwa maksud pembentukan Konsorsium adalah untuk menghadapi para LT dan toko yang sering “mengadu domba” Terlapor I, Terlapor II, Terlapor III, Terlapor IV, Terlapor V, Terlapor VI, Terlapor VII, Terlapor VIII, Terlapor IX, dan Terlapor X yang mengakibatkan terjadinya perang harga antar distributor. Bahwa tujuan pembentukan Konsorsium adalah untuk menghilangkan perang harga di antara para anggota Konsorsium.

Namun KPPU menyatakan bahwa Terlapor I, Terlapor II, Terlapor III, Terlapor IV, Terlapor V, Terlapor VI, Terlapor VII, Terlapor VIII, Terlapor IX, Terlapor X, dan Terlapor XI terbukti secara sah dan meyakinkan telah melanggar Pasal 15 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999.

Walaupun Pasal 15 mengatur larangan perjanjian tertutup secara *per se illegal*, namun ternyata Peraturan KPPU No. 5 Tahun 2011 tentang Pedoman Pasal 15 menyatakan bahwa untuk melarang perjanjian tertutup harus dibuktikan terlebih dahulu dampak negatifnya.

Peraturan ini menyatakan bahwa tidak secara otomatis perjanjian tertutup itu menimbulkan dampak negatif, akan tetapi juga dapat memberikan dampak positif sehingga oleh karenanya pelaku usaha tidak dapat dihukum hanya karena membuat perjanjian tertutup, bilamana perjanjian tertutup tersebut memberikan dampak positif. Perbedaan antara dampak positif dari dampak negatif dapat ditetapkan dengan:

1. mempelajari latar belakang atau alasan mengapa pelaku usaha membuat perjanjian tertutup, dan
2. menganalisis akibat/dampak dari dibuatnya perjanjian tertutup tersebut.

Dampak negatif yang bisa disebabkan oleh perjanjian tertutup secara umum antara lain: peningkatan hambatan masuk pasar bagi pelaku usaha potensial dan penutupan akses bagi pelaku usaha pesaing; potensial terjadinya pembagian wilayah; memungkinkan bagi pelaku usaha untuk meningkatkan kekuatan pasar, yang kemudian akan melakukan diskriminasi harga untuk memaksimalkan profit; dan bagi konsumen, pasar menjadi tidak kompetitif, pelaku usaha pada umumnya akan menetapkan harga yang lebih tinggi sehingga konsumen harus membayar harga yang lebih mahal.

Menurut Peraturan KPPU tersebut, suatu perjanjian tertutup dianggap melanggar Pasal 15 apabila telah terbukti secara cukup dan patut memenuhi kriteria sebagai berikut:

1. Perjanjian tertutup yang dilakukan harus menutup volume perdagangan secara substansial atau mempunyai potensi untuk melakukan hal tersebut.
2. Perjanjian tertutup dilakukan oleh pelaku usaha yang memiliki kekuatan pasar, dan kekuatan tersebut dapat semakin bertambah karena strategi perjanjian tertutup yang dilakukan.
3. Dalam perjanjian *tying*, produk yang diikatkan dalam suatu penjualan harus berbeda dari produk utamanya.
4. Pelaku usaha yang melakukan perjanjian *tying* harus memiliki kekuatan pasar yang signifikan sehingga dapat memaksa pembeli untuk membeli juga produk yang diikat.

b. *Tying Agreement*

Tying agreement terjadi apabila suatu perusahaan mengadakan perjanjian dengan pelaku usaha lainnya yang berada pada level yang berbeda dengan mensyaratkan penjualan ataupun penyewaan suatu barang atau jasa hanya akan dilakukan apabila pembeli atau penyewa tersebut juga akan membeli atau menyewa barang lainnya.

Melalui praktik *tying agreement*, pelaku usaha dapat melakukan perluasan kekuatan monopoli yang dimiliki pada *tying product* (barang atau jasa yang pertama kali dijual) ke *tied product* (barang atau jasa yang dipaksa harus dibeli juga oleh konsumen). Dengan memiliki kekuatan monopoli untuk kedua produk sekaligus (*tying product* dan *tied product*), pelaku usaha dapat menciptakan hambatan bagi calon pelaku usaha pesaing untuk masuk ke dalam pasar. Perusahaan kompetitor agar dapat bersaing, mau tidak mau harus melakukan hal yang sama yaitu melakukan praktik *tying agreement* juga. Bagi konsumen yang tidak paham mengenai praktik *tying agreement*, mungkin ketika dia membeli suatu produk dan kemudian mendapatkan tambahan produk lain, dianggap sebagai suatu hadiah. Padahal sesungguhnya harga yang dia bayarkan merupakan harga dari kedua produk

yang dia terima tersebut. Praktik *tying agreement* juga dapat membuat konsumen kesulitan dalam menentukan harga sebenarnya dari produk yang dia beli, di mana sebelumnya dia hanya ingin membeli satu produk, tetapi karena dipaksa harus membeli produk yang lain sehingga membuat konsumen menjadi bingung berapa harga dari masing-masing produk.

Terdapat beberapa tujuan dari *tying agreement*. Pertama, untuk mempersulit masuk ke pasar. Kedua, untuk meningkatkan penghasilan dengan menggunakan kekuatan monopoli pada salah satu barang atau jasa. Terakhir adalah untuk menjaga kualitas barang.¹⁹³

Oleh karena itu dapat disimpulkan ada dua alasan yang menyebabkan praktik *tying agreement* tersebut dilarang, yaitu: pertama, pelaku usaha yang melakukan praktik *tying agreement* tidak menghendaki pelaku usaha lain memiliki kesempatan yang sama untuk bersaing secara *fair* dengan dia terutama pada *tied product*, dan kedua, pelaku usaha yang melakukan praktik *tying agreement* juga telah menghilangkan hak konsumen untuk memilih secara merdeka barang yang ingin mereka beli.

Dalam menghadapi *tying agreement* ini, kita perlu membedakannya dengan “*bundling*” yaitu keputusan dari suatu penjual untuk mengikutkan satu atau lebih *independent product* sebagai suatu paket yang akan dipasarkan. Terjadi suatu *bundling* apabila permintaan konsumen akan barang atau jasa tersebut dianggap sebagai permintaan terhadap barang atau jasa yang berbeda.¹⁹⁴ Pasal 15 ayat (2) UU No. 5 Tahun 1999 menyatakan bahwa:

”Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pihak lain yang memuat persyaratan bahwa pihak yang menerima barang dan/atau jasa tertentu harus bersedia membeli barang dan/atau jasa lain dari pelaku usaha pemasok.”

Dari pasal 15 ayat (2) tersebut juga dapat dilihat definisi *tying agreement* yaitu perjanjian yang dibuat di antara pelaku usaha yang memuat persyaratan bahwa pihak yang menerima barang atau jasa tertentu harus bersedia membeli barang atau jasa lain dari pelaku usaha pemasok.

Melihat rumusan pasal di atas, maka kita ketahui bahwa UU No. 5 Tahun 1999 bersikap cukup keras terhadap praktik *tying agreement*, hal itu dapat dilihat dari perumusan pasal yang mengatur mengenai *tying agreement* dirumuskan secara *per se illegal*, yang artinya bagi pelaku usaha yang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain untuk melakukan suatu praktik *tying agreement* tanpa harus melihat akibat dari praktik tersebut muncul, pasal ini sudah secara sempurna dapat dikenakan kepada pelaku usaha yang melanggarnya. Namun, sebagaimana tersebut di atas, Peraturan KPPU No. 5 Tahun 2011 tentang Pedoman Pasal 15 menyatakan bahwa untuk melarang perjanjian tertutup --- termasuk *tying agreement* --- harus dibuktikan terlebih dahulu dampak negatifnya.

Kasus IV.14

Kasus yang pernah diputuskan oleh KPPU dan dinyatakan bersalah melanggar Pasal 15 ayat 2 adalah Kasus Garuda Indonesia, Putusan No. 01/KPPU-L/2003. Terlapor dalam kasus ini adalah PT (Persero) Perusahaan Penerbangan Garuda Indonesia (disingkat “Garuda Indonesia”).

Bahwa dalam rangka meningkatkan efisiensi, Terlapor mengembangkan sistem *dual access* dengan menggunakan sistem *Abacus*. Bahwa dalam rangka penjualan tiket, maka telah dilakukan pengangkatan keagenan pasasi domestik Terlapor dituangkan dalam bentuk

¹⁹³ 187 F. Supp. 543 (E.D. Pa. 1960).

¹⁹⁴ Daniel J. Gifford dan Leo J. Raskind, *op.cit.*, hal. 217.

perjanjian yang disebut perjanjian keagenan pasasi antara Terlapor dengan biro perjalanan wisata. Bahwa karena Terlapor telah mengembangkan sistem ARGAs untuk sistem reservasi dan sistem *booking* tiket penerbangan domestik, maka biro perjalanan wisata harus menggunakan sistem ARGAs untuk dapat melakukan reservasi dan *booking* tiket penerbangan domestik Terlapor.

Untuk kepentingan dimaksud, biro perjalanan wisata yang diangkat menjadi agen pasasi domestik Terlapor, akan menerima sistem ARGAs untuk melaksanakan pekerjaannya tersebut. Bahwa untuk reservasi dan *booking* tiket penerbangan domestik Terlapor, digunakan sistem ARGAs. Dengan demikian biro perjalanan wisata yang menjadi agen pasasi domestik Terlapor seharusnya hanya memperoleh sistem ARGAs saja. Namun untuk dapat ditunjuk menjadi agen pasasi domestik, Terlapor mempersyaratkan adanya *Abacus connection*.

Dengan adanya persyaratan *Abacus connection* mengharuskan biro perjalanan wisata menyediakan terminal *Abacus* yang di dalamnya terdapat sistem *Abacus* terlebih dahulu untuk dapat memperoleh sistem ARGAs, untuk memperoleh terminal *Abacus*, biro perjalanan wisata membayar sejumlah uang kepada Saksi I, padahal sistem *Abacus* tidak digunakan untuk melakukan *booking* tiket penerbangan domestik Terlapor. Berdasarkan pada hal-hal tersebut, maka Terlapor oleh KPPU dinyatakan melanggar Pasal 15 ayat (2) UU No. 5 Tahun 1999.

Sebelum KPPU memutuskan adanya pelanggaran Pasal 15, KPPU harus meneliti atau menganalisis dampak negatifnya yang harus lebih besar dari pada dampak positifnya. Khusus untuk *tying agreement*, menurut peraturan tersebut, dampak negatifnya antara lain adalah:

1. Merupakan salah satu bentuk pembatasan akses pasar yang diberlakukan oleh pelaku perjanjian ini terhadap pelaku usaha pesaingnya. Pada umumnya produk yang dijual dengan strategi *tying* adalah produk yang kurang laku dan atau menghadapi persaingan yang sangat kuat karena adanya produk substitusi.
2. Merupakan hambatan masuk ke pasar, terutama bagi pelaku usaha yang tidak memiliki kemampuan untuk memproduksi produk yang disertakan atau disyaratkan di luar produk utamanya.
3. Dapat menciptakan pasar monopoli, terutama dalam layanan purna jual, sebagai akibat ketergantungan pembeli terhadap kondisi purna jual yang diberikan oleh produsen.
4. Sebagai sarana untuk menyamakan praktik penetapan harga dan atau praktik menjual rugi.

c. *Vertical Agreement on Discount*

Pasal 15 ayat (3) UU No. 5 Tahun 1999 menyatakan:

“Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian mengenai harga atau potongan harga tertentu atas barang dan/atau jasa yang memuat persyaratan bahwa pelaku usaha yang menerima barang dan/atau jasa dari usaha pemasok:

1. harus bersedia membeli barang dan/atau jasa lain dari pelaku usaha pemasok; atau
2. tidak akan membeli barang dan/atau jasa yang sama atau sejenis dari pelaku usaha lain yang menjadi pesaing dari pelaku usaha pemasok.”

Dengan kata lain, apabila pelaku usaha ingin mendapatkan harga diskon untuk produk tertentu yang dibelinya dari pelaku usaha lain, pelaku usaha harus bersedia membeli produk lain dari pelaku usaha tersebut atau tidak akan membeli produk yang sama atau sejenis dari pelaku usaha lain yang menjadi pesaing.

Akibat yang mungkin muncul dari perjanjian di atas, khususnya mengenai adanya kewajiban bagi pelaku usaha yang menerima produk dengan harga diskon, yang kemudian diharuskan untuk membeli produk lain dari pelaku usaha pemasok sebenarnya sama dengan akibat yang ditimbulkan oleh *tying agreement*, yaitu menghilangkan hak pelaku usaha untuk secara bebas memilih produk yang ingin mereka beli, dan membuat pelaku usaha harus membeli produk yang sebenarnya tidak dibutuhkan oleh pelaku usaha tersebut

Sedangkan adanya kewajiban bagi pelaku usaha yang menerima produk dengan harga diskon untuk tidak akan membeli produk yang sama atau sejenis dari pelaku usaha lain yang menjadi pesaing dari pelaku usaha pemasok dapat mengakibatkan pelaku usaha pesaing akan mengalami kesulitan dalam menjual produknya yang sejenis dengan pelaku usaha yang sebelumnya telah membuat *vertical agreement on discount* terhadap penerima produknya di pasar.

Pasal 15 ayat (3) UU No. 5 Tahun 1999 dirumuskan secara *per se illegal*, sehingga ketika ada pelaku usaha membuat perjanjian yang digambarkan oleh Pasal 15 ayat (3) tersebut, tanpa harus menunggu sampai munculnya akibat dari perjanjian tersebut, pelaku usaha sudah dapat dijatuhkan sanksi hukum atas perjanjian yang telah dibuatnya tersebut oleh penegak hukum. Namun, sebagaimana tersebut di atas, Peraturan KPPU No. 5 Tahun 2011 tentang Pedoman Pasal 15 menyatakan bahwa untuk melarang perjanjian tertutup - *vertical agreement on discount* - harus dibuktikan terlebih dahulu dampak negatifnya.

Kasus IV.15

Salah satu kasus yang pernah diputus oleh KPPU sehubungan dengan ini adalah Kasus ABC, Putusan Perkara No.: 06/KPPU-L/2004 Menyatakan bahwa Terlapor terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 15 ayat (3) huruf b UU No. 5 tahun 1999.

Adapun duduk perkara secara singkat adalah sebagai berikut. Pada pertengahan bulan Februari 2004, PT Panasonic Gobel Indonesia (PT PGI) telah melaksanakan program “*Single Pack Display*” dengan ketentuan setiap toko yang mendisplay baterai *single pack* (baterai *manganese AA*) dengan menggunakan *standing display* akan diberikan 1 (satu) buah senter yang sudah diisi dengan 4 baterai dan toko yang selama 3 (tiga) bulan memajang produk tersebut akan mendapatkan tambahan 1 buah senter yang sama, sedangkan untuk material promosi (*standing display*) diberikan gratis oleh PT PGI.

Kemudian pada bulan Maret 2004 diperoleh informasi bahwa Terlapor sedang melaksanakan Program Geser Kompetitor (PGK). Isi atau kegiatan dari program tersebut tertuang dalam suatu “Surat Perjanjian PGK Periode Maret-Juni 2004” yang berisi sebagai berikut:

1. Program Pajang dengan mendapatkan potongan tambahan 2%, dengan ketentuan sebagai berikut:
 - a. Toko mempunyai *space/ruang* pajang baterai ABC dengan ukuran minimal 0,5 x 1 meter;
 - b. Toko bersedia memajang baterai ABC;

- c. Toko bersedia memasang POS (material promosi) ABC.
2. Komitmen toko untuk tidak menjual baterai Panasonic dengan mendapatkan potongan tambahan 2%, dengan ketentuan sebagai berikut;
 - a. Toko yang sebelumnya jual baterai Panasonic, mulai bulan Maret sudah tidak jual lagi;
 - b. Toko hanya menjual baterai ABC.
3. Mengikuti Program Pajang dan Komitmen untuk tidak jual baterai Panasonic.

Bahwa patut diduga PGK tersebut dilakukan oleh Terlapor.

Bahwa Terlapor diduga melaksanakan PGK dengan cara membuat perjanjian dengan toko untuk tidak menjual baterai Panasonic.

Berdasarkan analisis fakta-fakta di atas, Majelis Komisi berpendapat bahwa Terlapor telah membuat Perjanjian PGK yang ditandatangani oleh toko grosir atau semi grosir peserta PGK. Berdasarkan hal tersebut di atas, unsur “membuat perjanjian mengenai harga atau potongan harga tertentu atas barang dan atau jasa” dalam pasal 15 ayat 3 telah terpenuhi.

Majelis Komisi selanjutnya berpendapat bahwa kegiatan promosi berupa PGK yang memuat ketentuan atau persyaratan yang melarang toko grosir atau semi grosir untuk menjual baterai Panasonic merupakan upaya untuk menyingkirkan atau setidaknya mempersulit pelaku usaha pesaingnya, dalam perkara ini PT PGI, untuk melakukan kegiatan usaha yang sama dalam pasar yang bersangkutan. Sehingga unsur “menolak dan atau menghalangi pelaku usaha tertentu untuk melakukan kegiatan usaha yang sama pada pasar bersangkutan” pada pasal ini telah terpenuhi.

IV.2.10 PERJANJIAN DENGAN PIHAK LUAR NEGERI

Terdapat beberapa persoalan sehubungan dengan pemberlakuan undang-undang suatu negara terhadap orang atau badan hukum yang berada di luar negeri, yaitu:

1. Apakah KPPU dan pengadilan Indonesia dapat memeriksa pelanggaran atas UU No. 5 Tahun 1999 yang dilakukan oleh pelaku usaha yang berada dan melakukan kegiatan di negara lain. Apabila UU No. 5 Tahun 1999 dapat berlaku pada pelaku usaha yang berada pada wilayah negara lain, apakah tidak lebih baik diselesaikan secara diplomasi.
2. Kemungkinan tidak tepatnya pengadilan untuk memeriksa hubungan antara satu negara dengan negara-negara lainnya dalam hubungannya dengan perusahaan yang melakukan kegiatannya di negara tersebut.
3. Kemungkinan adanya kekebalan hukum atau kedaulatan suatu negara yang mempunyai saham pada perusahaan tersebut.
4. Kemungkinan akan menimbulkan tindakan yang tidak *fair* atas pelaku usaha yang bertindak dengan itikad baik dan dilakukan berdasarkan kebijakan dari negara-negara yang berbeda.
5. Kesulitan untuk mengontrol atau mengawasi keadaan yang ada di luar negeri dengan suatu kebijakan lokal.
6. Kesulitan untuk menjatuhkan putusan yang tepat, mengingat rumitnya masalah-masalah persaingan usaha, ditambah dengan kondisi pasar internasional, perbedaan adat istiadat, dan besarnya perbedaan situasi dan kondisi ekonomi negara tersebut masing-masing.

132

Berdasarkan pada hal-hal tersebut, maka wajarlah apabila terdapat perbedaan pandangan mengenai keberlakuan hukum persaingan suatu negara pada warga negara atau pelaku usaha negara lainnya.

Pasal 16 UU No. 5 Tahun 1999 menyebutkan bahwa pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pihak lain di luar negeri yang memuat ketentuan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat. Dapat dikatakan pasal ini mengatur suatu keadaan khusus apabila pelaku usaha di dalam negeri melakukan perjanjian dengan pihak pelaku usaha di luar negeri.

Permasalahan yang muncul dari rumusan Pasal 16 UU No. 5 Tahun 1999, keharusan adanya suatu perjanjian yang dibuat antar pelaku usaha di dalam negeri dengan pelaku usaha yang ada di luar negeri, sehingga apabila tidak ada perjanjian di antara pelaku usaha tersebut, maka pelaku usaha yang melakukan praktik persaingan usaha tidak sehat kemungkinan tidak dapat diproses menggunakan pasal ini.

Sejak berlakunya UU No. 5 Tahun 1999, persoalan keberlakuan hukum persaingan Indonesia terhadap pelaku usaha yang ada di luar negeri dan didirikan berdasarkan hukum negara yang bersangkutan baru terdapat dua kasus yaitu dalam kasus *Very Large Crude Carrier (VLCC)* dan kasus Temasek. Namun, berikut ini hanya akan dijelaskan mengenai kasus Temasek.

Kasus IV.16

Kasus Temasek ini merupakan kasus kedua yang memberlakukan hukum persaingan Indonesia terhadap perusahaan yang didirikan, berkedudukan dan melakukan kegiatan bisnisnya melalui wilayah di luar negara Republik Indonesia adalah perkara No. 07/KPPU-L/2007 atau yang lebih dikenal dengan Kasus Temasek.

Dalam kasus ini yang menjadi terlapor dan berada di luar negeri adalah delapan perusahaan yang berada di Singapore dan satu perusahaan yang berada di Mauritius yaitu; Temasek Holding Pte.Ltd., Singapore, Singapore Technologies Telemidia Pte.Ltd., Singapore, STT Communications Ltd, Singapore, Asia Mobile Holding Pte.Ltd., Singapore, Asia Mobile Holding Pte.Ltd., Singapore, Indonesian Communication Limited, Mauritius, Indonesian Communication Pte.Ltd., Singapore Telecommunication Ltd., dan Singapore Telecom Mobile Pte.Ltd. Kesemua perusahaan ini dikenal dengan *Temasek Group* atau Kelompok Temasek.

Kelompok Temasek melalui anak perusahaannya yaitu STT memiliki saham sebesar 41,94% saham pada PT Indosat, dan melalui Singtel memiliki saham sebesar 35% pada PT Telkomsel. Kelompok Temasek oleh KPPU kemudian dinyatakan bersalah melanggar Pasal 27 huruf a. karena telah melakukan kepemilikan silang terhadap Telkomsel dan Indosat sehingga mengakibatkan dampak antipersaingan dalam pelayanan telekomunikasi seluler di Indonesia. Temasek juga dinyatakan melanggar Pasal 17 ayat 1 karena melaksanakan hambatan interkoneksi dan mempertahankan harga tinggi sehingga menyebabkan dampak antipersaingan.

Kelompok Temasek mendalilkan bahwa KPPU tidak berwenang memeriksa Kelompok Temasek karena didirikan bukan berdasarkan hukum Indonesia dan tidak melakukan

195 Putusan No. 07/KPPU-L/2007, hal. 270

aktifitasnya di Indonesia. Hal ini diperkuat dengan pendapat Hikmahanto Juwana yang menyatakan bahwa KPPU tidak dapat menggunakan yurisdiksi teritorial karena hukum Indonesia tidak mengakui konsep ekonomi tunggal. Lebih lanjut beliau menyatakan bahwa KPPU juga tidak dapat menggunakan yurisdiksi personal karena STT tidak didirikan berdasarkan hukum Indonesia dan bukanlah suatu entitas Indonesia. KPPU juga tidak dapat menggunakan yurisdiksi universal oleh karena yurisdiksi tersebut hanya berlaku terbatas pada kejahatan internasional.¹⁹⁵

Namun KPPU berpendapat bahwa KPPU berwenang melakukan pemeriksaan terhadap Kelompok Temasek yang pada intinya dengan alasan, di antaranya bahwa Kelompok Temasek adalah badan usaha sehingga memenuhi unsur setiap orang atau badan usaha sebagaimana dirumuskan dalam Pasal 1 poin 5 UU No. 5 Tahun 1999, yang berdasarkan pada prinsip "*single economic entity doctrine*" dinyatakan bahwa hubungan induk perusahaan dengan anak perusahaan di mana anak perusahaan tidak mempunyai independensi untuk menentukan arah kebijakan perusahaan. Konsekuensi dari prinsip ini, maka pelaku usaha dapat dimintakan pertanggungjawaban atas tindakan yang dilakukan oleh pelaku usaha lain dalam satu kesatuan ekonomi, meskipun pelaku usaha yang pertama beroperasi di luar yurisdiksi hukum persaingan usaha suatu negara, sehingga hukum persaingan usaha dapat bersifat *extraterritorial jurisdiction*.¹⁹⁶

¹⁹⁶ Putusan No. 07/KPPU-L/2007, hal 126.

BAB V
**KEGIATAN YANG
DILARANG**



V.1 MONOPOLI

Pasal 17 UU No. 5 Tahun 1999 mengatur bahwa:

- (1) Pelaku usaha dilarang melakukan penguasaan atas produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.
- (2) Pelaku usaha patut diduga atau dianggap melakukan penguasaan atas produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) apabila:
 - a. barang dan atau jasa yang bersangkutan belum ada substitusinya; atau
 - b. mengakibatkan pelaku usaha lain tidak dapat masuk ke dalam persaingan usaha barang dan atau jasa yang sama; atau
 - c. satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha menguasai lebih dari 50% (lima puluh persen) pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu.“

Monopoli merupakan masalah yang menjadi perhatian utama dalam setiap pembahasan pembentukan hukum persaingan. Monopoli itu sendiri sebetulnya bukan merupakan suatu kejahatan atau bertentangan dengan hukum, apabila diperoleh dengan cara-cara yang *fair* dan tidak melanggar hukum. Oleh karenanya monopoli itu sendiri belum tentu dilarang oleh hukum persaingan, akan tetapi justru yang dilarang adalah perbuatan-perbuatan dari perusahaan yang memiliki posisi monopoli untuk menggunakan kekuatannya di pasar bersangkutan yang biasa disebut sebagai praktik monopoli atau *monopolizing/monopolisasi*. Suatu perusahaan dikatakan telah melakukan monopolisasi jika pelaku usaha mempunyai kekuatan untuk mengeluarkan atau mematikan perusahaan lain, dan syarat kedua, pelaku usaha tersebut telah melakukannya atau mempunyai tujuan untuk melakukannya.¹⁹⁷

Sebetulnya istilah *monopoly* berasal dari bahasa Inggris, yaitu *monopoly* dan istilah tersebut menurut sejarahnya berasal dari bahasa Yunani, yakni “*monos polein*” yang berarti sendirian menjual¹⁹⁸. Kebiasaan masyarakat di Amerika menyebut monopoli sebagai *antitrust* untuk antimonopoli atau istilah “*dominasi*” yang banyak digunakan oleh orang Eropa untuk menyebut istilah monopoli. Istilah monopoli harus dibedakan dengan istilah monopolis yang berarti orang yang menjual produknya secara sendirian (*monopolist*).

Pengertian monopoli selalu dikaitkan dengan monopoli dalam perspektif ekonomi, tetapi monopoli dalam perspektif hukum juga acap kali digunakan dalam literatur. Sebetulnya pasar persaingan sempurna dapat ditempatkan pada satu sisi dan sekaligus disebut sebagai sisi yang ekstrim, dan posisi monopoli merupakan sisi sebaliknya dari pasar persaingan sempurna.

Di satu sisi pada pasar persaingan jumlah penjual sangat banyak dan tidak dapat mempengaruhi harga pasar suatu produk tertentu, sehingga para penjual hanya sebagai pengikut harga saja (*price taker*). Sedangkan sisi lain pada pasar monopoli jumlah penjual hanya dikuasai oleh satu atau sekelompok/*group* pelaku usaha dan mereka dapat menentukan harga pasar. Oleh karenanya kelompok *monopolist* ini disebut sebagai “penentu harga/penetap harga (*price setter*)”.

¹⁹⁷ Hal ini pernah disampaikan oleh Hakim Douglas dalam perkara: *US v Griffith* 334 U.S. 100.

¹⁹⁸ H. Kusnadi, *Ekonomi Mikro*, FE Unbraw, Malang, 1977, hal. 370. Ada pula yang menyebutnya sebagai *Trust*, yakni sebagai suatu cara (*method of combination*) untuk menggabungkan beberapa perusahaan besar yang mempunyai kekuatan monopolis. Akan tetapi kartel dan *trust* di sini lain pengertiannya dengan merger. L. Budi Kagramanto, 1999, *Aspek Yuridis Pelaksanaan Merger Pada Bank Umum*, Tesis S-2/Magister Hukum Pada Program Pasca Sarjana, Program Studi Ilmu Hukum – UNAIR, Surabaya, hal. 38 - 39.

Pengertian monopoli secara umum adalah jika ada satu pelaku usaha (penjual) ternyata merupakan satu-satunya penjual bagi produk barang dan jasa tertentu, dan pada pasar tersebut tidak terdapat produk substitusi terdekat (pengganti). Akan tetapi karena perkembangan jaman, maka jumlah satu (dalam kalimat satu-satunya) kurang relevan dengan kondisi riil di lapangan, karena ternyata banyak usaha industri yang terdiri lebih dari satu perusahaan mempunyai perilaku seperti monopoli.¹⁹⁹

Berdasarkan kamus Ekonomi *Collins* yang dimaksud dengan monopoli adalah:²⁰⁰

“Salah satu jenis struktur pasar yang mempunyai sifat-sifat, bahwa satu perusahaan dengan banyak pembeli, kurangnya produk substitusi atau pengganti serta adanya pemblokiran pasar (*barrier to entry*) yang tidak dapat dimasuki oleh pelaku usaha lainnya”.

Pengertian monopoli yang diberikan oleh Pass dan Bryan Lowes ini ternyata, bahwa penyebab timbulnya monopoli itu sendiri adalah adanya hambatan untuk bisa memasuki pasar lain. Hal ini bisa saja terjadi dikarenakan:

1. Sumber kunci, misalnya pelaku adalah merupakan satu-satunya pemilik sumber utama (*resources*).
2. Monopoli yang diciptakan oleh pemerintah. Misalnya adanya pemberian hak tertentu kepada salah satu pelaku usaha yang dekat dengan penguasa untuk mengimpor atau mengekspor produk barang dan jasa tertentu. Disamping itu bisa juga pemerintah memberikan hak paten atau *copyright* kepada salah satu pelaku usaha.
3. Terjadi monopoli alamiah. Monopoli ini terjadi karena penyediaan barang dan jasa akan lebih murah jika dilaksanakan oleh satu pihak dari pada oleh beberapa pihak, misalnya PDAM, PLN, Pertamina dsb.

Demikian pula *Black's Law Dictionary* memberikan definisi tentang monopoli dari segi yuridis sebagai berikut:²⁰¹

“Monopoly is a privilege or peculiar advantage vested in one or more persons or companies, consisting in the exclusive right (or power) to carry out on a particular business or trade, manufacture a particular article, or control the sale of the whole supply of a particular commodity.”

Sedangkan berdasarkan Pasal 1 angka 1 UU No. 5 Tahun 1999 yang dimaksud dengan monopoli adalah:

“Penguasaan atas produksi dan atau pemasaran barang dan atau atas penggunaan jasa

¹⁹⁹ Monopoli tidak hanya terjadi pada sisi penawaran (*supply*) saja, tetapi ada juga monopoli pada sisi permintaan (*demand*) yang kemudian disebut sebagai *monopoly of demand* (monopsoni), dan *monopoly of demand* ini hanya terdapat pada pihak penerima barang dan jasa atau penerima pasokan/pembeli tunggal. Disamping itu monopoli juga dapat dilakukan oleh suatu kelompok pelaku usaha (*a group of sellers*) yang secara bersama-sama membuat keputusan tentang produksi maupun harga. Dalam perkembangan selanjutnya pengertian monopoli ini dapat dilihat dari berbagai sudut pandang, monopoli sebagai suatu struktur pasar, monopoli dapat pula dipakai untuk menggambarkan suatu posisi dari pelaku usaha dan monopoli dipakai untuk menggambarkan kekuatan pelaku usaha untuk menguasai penawaran, menentukan dan memanipulasi harga.

²⁰⁰ Christopher Pass dan Bryan Lowes, dalam Elyta Ras Ginting: *Hukum Antimonopoli Indonesia: Analisis dan Perbandingan UU No. 5 Tahun 1999*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001, hal. 19.

²⁰¹ Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, 6th. ed. West Publishing Co. St. Paul – Minn, USA, 1990, hal. 52.

tertentu oleh satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha²⁰².

Apabila istilah monopoli tersebut hanya mencakup struktur pasar dengan satu pemasok atau penerima di pasar bersangkutan, dan dengan mengingat kecilnya jumlah monopoli jenis tersebut dalam ekonomi secara riil/nyata, maka ketentuan Pasal 1 angka 1 UU No. 5 Tahun 1999 tidaklah begitu berarti dan kurang penting.

Akan tetapi sebetulnya istilah monopoli dalam undang-undang tersebut mempunyai makna yang lebih luas, dan hal ini dari satu sisi dapat disimpulkan dari ciri-ciri dalam definisi struktur pasar,²⁰³ perilaku pasar, pangsa pasar, harga pasar serta konsumen (lihat Pasal 1 angka 11 s.d. 15). Sedangkan di sisi lain dapat disimpulkan dari ketentuan Pasal 17 ayat (2) huruf c, yaitu bahwa seorang monopolis hanya membutuhkan penguasaan lebih dari 50% pangsa pasar pada satu jenis barang maupun jasa tertentu. Sehingga dengan adanya pernyataan tersebut, selain pihak yang telah disebut sebagai monopolis, ternyata masih ada pesaing lain di pasar bersangkutan.

Alasan selanjutnya mengapa pengaturan antimonopoli begitu penting adalah bahwa penguasaan atas produksi dan atau pemasaran barang dan atau penggunaan jasa tertentu yang notabene merupakan ciri monopoli justru merupakan syarat pembuktian utama bagi beberapa ketentuan lainnya, seperti ketentuan Pasal 4 (oligopoli), Pasal 12 (*trust*), Pasal 13 (oligopsoni), Pasal 17 (monopoli) serta Pasal 18 (monopsoni) ditambah dengan berbagai pengaturan standar yang lazim disebut sebagai penguasaan pasar (lihat Pasal 19, 20 dan 21) UU No. 5 Tahun 1999.

Dari pengertian dalam Pasal 1 angka 1 UU No. 5 Tahun 1999 ini terdapat unsur-unsur yang dapat dikategorikan sebagai monopoli, yaitu:²⁰⁴ adanya penguasaan atas produksi, dan atau pemasaran barang dan atau atas penggunaan jasa tertentu, serta dilakukan oleh satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha.

Kemudian mengenai larangan kegiatan monopoli itu sendiri diatur dalam Pasal 17 UU No. 5 Tahun 1999, yang menyatakan bahwa:

“(1) Pelaku usaha dilarang melakukan penguasaan atas produksi dan atau jasa yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.

²⁰² Terdapat berbagai jenis monopoli, yaitu monopoli alamiah (*natural monopoly*) yang sebetulnya secara *economies of scale* sangat sulit untuk masuk ke pasar, sehingga diperlukan monopoli jenis ini di mana ada pemusatan pada satu tangan pelaku usaha. Monopoli ini muncul secara alamiah tanpa ada rekayasa akibat perkembangan dan tuntutan pasar yang bebas/terbuka serta lahir dari keunggulan komparatif-obyektif, tidak ada fasilitas dan perlakuan istimewa dari penguasa sehingga produk yang dihasilkan dapat bersaing dan menguasai pasar hingga 100%. UNCTAD, TD/RBP/CONF. 4/2, 26 Mei 1995, hal. 25 – 31. Sedangkan monopoli menurut undang-undang (*monopoly by law*) biasanya sangat menguntungkan negara/pemerintah karena pelaksanaannya didukung dengan peraturan perundang-undangan. *Monopoly by law* ini lebih banyak digunakan untuk mengatur kepentingan rakyat, seperti infrastruktur yang dikelola oleh BUMN. UU No. 5 Tahun 1999 dimungkinkan untuk membentuk *monopoly by law*. Bandingkan dengan Pasal 51, alinea 5. Ada juga monopoli murni, yakni suatu monopoli yang berada di tangan produsen barang dan jasa dengan merek dagang terkenal, yang dilakukan melalui cara-cara halal, *fair* serta mampu menentukan *trend* di pasar tertentu dan produsen pesaing lainnya terpaksa mengikuti *trend* tersebut. Monopoli ini bisa juga disebut sebagai *monopoly opinion*, yang tidak termasuk dalam pengertian dalam Pasal 1 Ayat 1 UU No. 5 Tahun 1999.

²⁰³ Ada pula bentuk struktur pasar lainnya, yaitu duopoli (tidak diatur dalam UU No. 5 Tahun 1999) merupakan suatu struktur pasar di mana terdapat dua pesaing kuat yang berebut untuk menguasai pangsa pasar tertentu. Kemudian polipoli adalah bentuk pasar yang ditandai dengan adanya sejumlah besar pesaing yang sama-sama kuat dan masing-masing sebetulnya tidak sanggup lagi menguasai pasar relevan. Pelaku usaha pada pasar poli-poli tidak dapat bertindak independen/mandiri terhadap pesaing lainnya, dan tidak ada lagi tempat bergerak bagi mereka untuk bersaing secara sempurna. Sedangkan oligopoli diatur dalam UU No. 5 Tahun 1999 (Bandingkan Pasal 4 ayat 1 dan 2 UU No. 5 Tahun 1999).

²⁰⁴ Monopoli di sini juga dapat dilakukan oleh pelaku usaha yang tidak mempunyai pesaing, dan pelaku usaha tersebut merupakan pesaing tunggal yang menguasai pasar relevan. Dalam kenyataan sehari-hari monopoli semacam ini mudah sekali ditemui, sebaliknya atau sama halnya dengan persaingan mutlak/semurna yang sebetulnya dalam kenyataan di lapangan jarang dan bahkan sulit/langka untuk ditemui.

- (2) Pelaku usaha patut diduga atau dianggap melakukan penguasaan atas produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) apabila:
- a. barang dan atau jasa yang bersangkutan belum ada substitusinya; atau
 - b. mengakibatkan pelaku usaha lain tidak dapat masuk ke dalam persaingan usaha barang dan atau jasa yang sama; atau
 - c. satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha menguasai lebih dari 50% (lima puluh persen) pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu.”

Adapun unsur-unsur yang terdapat dalam Pasal 17 UU No. 5 Tahun 1999 adalah sebagai berikut:

1. melakukan perbuatan penguasaan atas suatu produk,
2. melakukan perbuatan atas pemasaran suatu produk,
3. menguasai tersebut dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli, dan
4. penguasaan tersebut dapat mengakibatkan terjadinya praktik persaingan usaha tidak sehat.

Untuk membuktikan unsur-unsur perbuatan di atas maka kriteria ini harus dipenuhi:

1. tidak terdapat produk substitusinya,
2. pelaku usaha lain sulit masuk ke dalam pasar persaingan terhadap produk yang sama dikarenakan hambatan masuk yang tinggi,
3. pelaku usaha lain tersebut adalah pelaku usaha yang mempunyai kemampuan bersaing yang signifikan dalam pasar bersangkutan,
4. satu atau satu kelompok pelaku usaha telah menguasai lebih dari 50% pangsa pasar suatu jenis produk.

Dalam berbagai literatur disebutkan, bahwa banyak pengaruh/dampak negatif sehubungan dengan dilakukannya monopoli oleh pelaku atau sekelompok pelaku usaha yang dapat merugikan konsumen maupun pelaku usaha lainnya, yaitu antara lain adalah sebagaimana dijelaskan di bawah ini.

1. Adanya peningkatan harga produk barang maupun jasa tertentu sebagai akibat tidak adanya persaingan sehat, sehingga harga yang tinggi dapat memicu/penyebab terjadinya inflasi yang merugikan masyarakat luas.
2. Pelaku usaha mendapatkan keuntungan secara tidak wajar, dan dia berpotensi untuk menetapkan harga sekenaknya guna mendapatkan keuntungan yang berlipat, tanpa memperhatikan pilihan-pilihan konsumen, sehingga konsumen mau tidak mau tetap akan mengkonsumsi produk barang dan jasa tertentu yang dihasilkannya.
3. Terjadi eksploitasi terhadap daya beli konsumen dan tidak memberikan hak pilih pada konsumen untuk mengkonsumsi produk lainnya, sehingga konsumen tidak peduli lagi pada masalah kualitas serta harga produk. Eksploitasi ini juga akan berpengaruh pada karyawan serta buruh yang bekerja di perusahaan tersebut dengan gaji dan upah yang ditetapkan sewenang-wenang, tanpa memperhatikan aturan main yang berlaku.
4. Terjadi inefisiensi dan tidak efektif dalam menjalankan kegiatan usahanya yang pada akhirnya dibebankan pada masyarakat luas/konsumen berkaitan dengan produk yang dihasilkannya, karena monopolis tidak lagi mampu menekan AC (*Average Cost*) secara minimal.

5. Terjadi hambatan masuk pasar (*entry barrier*), di mana tidak ada perusahaan lain yang mampu menembus pasar monopoli untuk suatu produk yang sejenis, sehingga pada gilirannya perusahaan kecil yang tidak mampu masuk ke pasar monopoli akan mengalami kesulitan untuk dapat berkembang secara wajar dan pada akhirnya akan bangkrut.
6. Menciptakan pendapatan yang tidak merata, di mana sumber dana serta modal akan tersedot ke perusahaan monopoli, sehingga masyarakat/konsumen dalam jumlah yang besar terpaksa harus berbagi pendapatan yang jumlahnya relatif kecil dengan masyarakat lainnya, sementara segelintir (dalam jumlah kecil) monopolis akan menikmati keuntungan yang lebih besar dari yang diterima oleh masyarakat.²⁰⁵

Pasal 17 UU No. 5 Tahun 1999 melarang monopoli secara *rule of reason* yang berarti bahwa monopoli akan dilarang jika monopoli tersebut merusak persaingan secara signifikan dan dengan pertimbangan monopoli tersebut nantinya akan mengakibatkan praktik monopoli. Perbedaan UU No. 5 Tahun 1999 dengan *Sherman Act 1890* ini dijumpai hampir seluruh bagian dari UU No. 5 Tahun 1999, sehingga timbul kesan bahwa *Sherman Act* melarang segala bentuk monopoli secara *per se*, sedangkan UU No. 5 Tahun 1999 hanya melarang praktik monopoli. Namun dalam pelaksanaannya ternyata *Sherman Act* juga tidak melarang bentuk monopoli meskipun pada *Section 2* seolah-olah dinyatakan demikian. Pada pelaksanaannya di Amerika Serikat para hakim yang menangani *antitrust* juga menerapkan *rule of reason* dan banyak sekali kasus yang membuktikan bahwa tidak semua tindakan monopoli itu dilarang.

V.1.1 PRAKTIK MONOPOLI

Lantas bagaimana dengan istilah praktik monopoli itu sendiri, karena ternyata istilah praktik monopoli itu lain dengan istilah monopoli. Jika diamati sebetulnya kegiatan yang merupakan pokok dari berbagai larangan yang terdapat dalam UU No. 5 Tahun 1999 adalah praktik monopoli. Pada dasarnya praktik monopoli ini merupakan pemusatan kekuatan ekonomi oleh satu atau lebih pelaku usaha yang mengakibatkan dikuasanya produksi dan/atau pemasaran barang atau jasa tertentu sehingga dapat menimbulkan persaingan usaha tidak sehat dan dapat merugikan kepentingan umum.

Berdasarkan uraian di atas dapat kita ambil unsur-unsur dari praktik monopoli yaitu:

1. terjadinya pemusatan kekuatan ekonomi pada satu atau lebih pelaku usaha,
2. terdapat penguasaan atas produksi atau pemasaran barang atau jasa tertentu,
3. terjadi persaingan usaha tidak sehat, dan
4. tindakan tersebut merugikan kepentingan umum.

Pemusatan kekuatan ekonomi adalah penguasaan yang nyata atas suatu pasar barang atau jasa tertentu oleh satu atau lebih pelaku usaha yang dengan penguasaan itu pelaku usaha tersebut dapat menentukan harga barang atau jasa (hal ini dikenal pula dengan istilah *price fixing*). Sedangkan persaingan tidak sehat dapat terjadi bila persaingan yang terjadi di antara para pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan/atau pemasaran barang atau jasa dilakukan dengan tidak jujur atau melawan hukum serta dapat menghambat persaingan.

Apakah setiap penguasaan atas dasar suatu barang atau jasa tertentu merupakan suatu pelanggaran? Jika kita perhatikan dengan seksama pengertian praktik monopoli di dalam UU No. 5 Tahun 1999 seperti yang disebutkan di atas, maka penguasaan yang dilarang adalah penguasaan yang

²⁰⁵ Ahmad Yani dan Gunawan Wijaya, *Anti Monopoli*, Raja Grafindo Perkasa, Jakarta, 1998, hal. 30.

mengakibatkan persaingan tidak sehat dan dapat merugikan kepentingan umum. Hal ini sejalan dengan tujuan UU No. 5 Tahun 1999 ini menjaga kepentingan umum dan meningkatkan efisiensi ekonomi nasional, hanya sayangnya pengertian kepentingan umum dalam kaitannya dengan masalah monopoli ini tidak dijelaskan lebih lanjut sehingga masih diperlukan penafsiran dalam penerapan undang-undang ini.

Dengan demikian, tidak semua tindakan penguasaan atas produksi atau pemusatan merupakan pelanggaran. Monopoli yang terjadi karena keunggulan produk, atau perencanaan dan pengelolaan bisnis yang baik, atau terjadi melalui perjuangan dalam persaingan jangka panjang sehingga menghasilkan suatu perusahaan yang kuat dan besar serta mampu menguasai pangsa pasar yang besar pula, tentu saja bukan merupakan tindakan penguasaan atas produksi dan pemasaran barang dan jasa (monopoli) yang dilarang.

Seerti halnya monopolisasi di Amerika Serikat, menurut ketentuan *Section 2 The Sherman Act 1890* tidak semua monopoli dilarang, yang dilarang adalah justru “*monopolization*” (di Indonesia akan menjadi monopolisasi atau praktik monopoli). Praktik monopoli menurut pengertian *Sherman Act* ini adalah tindakan yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan menggunakan kekuatan monopoli (*monopoly power*) atas suatu pasar produk dan atau pasar geografis (pasar bersangkutan) tersebut. Jadi, dalam hal ini *Sherman Act* menekankan adanya niat untuk menguasai (melakukan praktik monopoli) dalam *penerapan Section 2 The Sherman Act 1890* ini.

Di dalam monopolisasi²⁰⁶ ini terdapat masalah mendasar, yaitu²⁰⁷

1. Apakah monopoli itu melanggar hukum atau apakah ilegalitas bergantung pada tindakan yang patut dicela dalam mendapatkan atau mempertahankan kemampuan untuk ber-monopoli?
2. Tindakan jenis apakah yang merupakan monopolisasi (praktik monopoli) itu?

UU No. 5 Tahun 1999 membagi dalam 2 (dua) pengaturan substansi yaitu Perjanjian yang Dilarang dan Kegiatan yang Dilarang. Kegiatan yang termasuk dalam kegiatan yang dilarang adalah kegiatan monopoli, monopsoni, penguasaan pasar serta persekongkolan (*collusive tendering*). Perbedaan antara kegiatan yang dilarang dan perjanjian yang dilarang umumnya dapat dilihat dari jumlah pelaku usahanya. Perjanjian yang dilarang melihat dari unsur katanya, yaitu perjanjian, hal ini sudah dapat dipastikan harus ada minimal dua pihak, sementara dalam kegiatan yang dilarang, dalam melakukan kegiatan tersebut dapat dilakukan oleh hanya satu pihak/pelaku usaha saja.

Dalam teori, munculnya monopoli dapat dibedakan menjadi dua yaitu

1. Monopoli yang terjadi karena pelaku usaha memiliki kemampuan teknis tertentu seperti
 - a. pelaku usaha memiliki kemampuan atau pengetahuan khusus yang memungkinkan melakukan efisiensi dalam berproduksi;
 - b. skala ekonomi, di mana semakin besar skala produksi maka biaya marjinal semakin menurun sehingga biaya produksi per unit (*average cost*) makin rendah;
 - c. pelaku usaha memiliki kemampuan kontrol sumber faktor produksi, baik berupa sumber daya alam, sumber daya manusia, maupun lokasi produksi.
2. Monopoli yang diperoleh melalui peraturan perundang-undangan, yaitu
 - a. hak atas kekayaan intelektual;

²⁰⁶ Analisis lebih luas tentang kasus monopolisasi, dasar pemikiran dari ajaran yang mendasari, dan sifat definisi perilaku monopolisasi, lihat III P. Areeda dan D. Turner, *Undang-Undang Antitrust*, Bab 6-7 (1978; Supp. 1987). Dua artikel yang menekankan pada perkembangan historis tentang hukum monopoli dan hubungannya dengan masalah-masalah *antitrust* adalah karya E. Levi, tentang *Undang-Undang Antitrust dan Monopoli*, 14 U. Chi. L. Rev. 153 (1947); karya E. Rostow, *Monopoli menurut Undang-Undang Sherman*, 43 Ill. L. Rev. 745 (1949).

²⁰⁷ Peraturan KPPU No. 11 Tahun 2011 tentang *Pedoman Pasal 17 (Praktik Monopoli)* UU No. 5 Tahun 1999.

- b. hak usaha eksklusif, yaitu hak yang diberikan oleh pemerintah kepada pelaku usaha eksklusif, yaitu yang diberikan oleh pemerintah kepada pelaku usaha tertentu yang tidak didapatkan oleh pelaku usaha yang lain, misalnya agen tunggal, importir tunggal, pembeli tunggal. Pada umumnya hal ini terkait dengan produksi dan/atau pemasaran barang dan/atau jasa yang menguasai hajat hidup orang banyak serta cabang-cabang produksi yang penting bagi negara, asalkan diatur dalam undang-undang dan diselenggarakan oleh BUMN atau badan/lembaga yang dibentuk atau ditunjuk oleh pemerintah.

Dari ketentuan Pasal 17 tersebut dapat dijabarkan unsur-unsur sebagai berikut ini²⁰⁸

1. Pelaku usaha
 Sesuai dengan Pasal 1 angka 5 dalam Ketentuan Umum UU No. 5 Tahun 1999, pelaku usaha adalah

“Setiap orang perorangan atau badan usaha, baik yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum negara Republik Indonesia, baik sendiri maupun bersama-sama melalui perjanjian, menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang ekonomi.”
2. Penguasaan
 Penguasaan adalah penguasaan yang nyata atas suatu pasar bersangkutan oleh satu atau lebih pelaku usaha sehingga dapat menentukan dan mengendalikan harga barang dan atau jasa di pasar.
3. Barang
 Sesuai dengan Pasal 1 angka 16 dalam Ketentuan Umum UU No. 5 Tahun 1999,

“Barang adalah setiap benda, baik berwujud maupun tidak berwujud, baik bergerak maupun tidak bergerak, yang dapat diperdagangkan, dipakai, dipergunakan, atau dimanfaatkan oleh konsumen atau pelaku usaha”.
4. Jasa
 Sesuai dengan Pasal 1 angka 17 dalam Ketentuan Umum UU No. 5 Tahun 1999,

“Jasa adalah setiap layanan yang berbentuk pekerjaan atau prestasi yang diperdagangkan dalam masyarakat untuk dimanfaatkan oleh konsumen atau pelaku usaha”.
5. Praktik monopoli
 Sesuai dengan Pasal 1 angka 2 dalam Ketentuan Umum UU No. 5 Tahun 1999,

“Praktik monopoli adalah pemusatan kekuatan ekonomi oleh satu atau lebih pelaku usaha yang mengakibatkan dikuasainya produksi dan/atau pemasaran atas barang dan/ atau jasa tertentu sehingga menimbulkan persaingan usaha tidak sehat dan dapat merugikan kepentingan umum”.
6. Persaingan usaha tidak sehat
 Pasal 1 angka 6 dalam Ketentuan Umum UU No. 5 Tahun 1999 menyatakan bahwa:

“Persaingan usaha tidak sehat adalah persaingan antar pelaku usaha dalam menjalankan

²⁰⁸ *Ibid.*

kegiatan produksi dan/atau pemasaran barang dan/atau jasa yang dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha”.

V.1.2 POSISI MONOPOLI

Berdasarkan Pedoman Pasal 17²⁰⁹ yang dikeluarkan oleh KPPU dibedakan antara pengertian posisi monopoli dan praktik monopoli. Penjelasan akan diuraikan berikut ini. Pasal 17 UU No. 5 Tahun 1999 terdiri dari 2 (dua) ayat tentang pengaturan monopoli, yaitu mengenai posisi monopoli dan praktik monopoli yang merupakan bentuk dari penyalahgunaan posisi monopoli (*abuse of monopoly*). Posisi monopoli yang dimaksudkan dalam Pasal 17 terdapat dalam ayat (2) yang mendefinisikan 3 (tiga) bentuk dari posisi monopoli, yaitu sebagaimana dijelaskan berikut ini.

1. Barang dan/ atau jasa yang bersangkutan belum ada substitusinya.
Pendefinisian posisi monopoli demikian sesuai dengan definisi teoritis sebelumnya bahwa monopoli adalah suatu kondisi di mana perusahaan memproduksi/menjual produk yang tidak memiliki barang pengganti terdekat. Tidak adanya barang pengganti terdekat menunjukkan bahwa produk tersebut belum memiliki barang substitusi.
2. Mengakibatkan pelaku usaha lain tidak dapat masuk ke dalam persaingan usaha barang dan/ atau jasa yang sama.
Seperti telah disebutkan sebelumnya, perusahaan yang memiliki posisi monopoli akan memiliki kekuatan monopoli. Kekuatan monopoli ini tidak hanya terbatas pada kemampuannya menentukan harga, tetapi juga memiliki kemampuan untuk mengurangi/meniadakan tekanan persaingan. Kemampuan ini diperoleh karena perusahaan monopoli dilindungi oleh sebuah hambatan yang dapat mencegah masuknya (*entry barriers*) perusahaan baru ke dalam pasar. Dengan adanya hambatan masuk ini, perusahaan monopoli tidak memiliki pesaing nyata dan pesaing potensial.
3. Satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha menguasai lebih dari 50% (lima puluh persen) pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu.
Pendefinisian cara ketiga ini sering disebut dengan istilah pendekatan struktur, di mana posisi monopoli didefinisikan berdasarkan pangsa pasar yang dimiliki sebuah perusahaan. Kekuatan monopoli yang dimiliki oleh sebuah perusahaan tidak harus muncul karena perusahaan merupakan satu-satunya penjual di pasar, melainkan dapat muncul apabila perusahaan tersebut merupakan perusahaan yang dominan di pasar. Dengan demikian berdasarkan cara ketiga ini, posisi monopoli dapat diterjemahkan sebagai posisi dominan.

V.1.3 BENTUK-BENTUK PRAKTIK MONOPOLI

Apabila dalam ayat (2) Pasal 17 mengatur mengenai posisi monopoli, maka ayat (1) dari pasal tersebut mengatur mengenai penyalahgunaan posisi monopoli. Ayat (1) tersebut pada intinya mengatur tentang pelanggaran kegiatan penguasaan atas produksi dan/atau pemasaran barang dan/atau jasa yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat. Berdasarkan ayat tersebut harus dipahami bahwa perusahaan yang memiliki posisi monopoli (yang melakukan penguasaan atas produksi dan/atau pemasaran) tidak serta merta melanggar Pasal 17 UU No. 5 Tahun 1999, kecuali perusahaan tersebut melakukan praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat. Praktik monopoli merupakan bentuk penyalahgunaan posisi monopoli yang muncul akibat pemberdayaan kekuatan monopoli.

²⁰⁹ Peraturan KPPU No. 11 Tahun 2011 tentang Pedoman Pasal 17 (Praktik Monopoli) UU No. 5 Tahun 1999.

Dalam UU No. 5 Tahun 1999, praktik monopoli telah didefinisikan di dalam Pasal 1 mengenai Ketentuan Umum yang tercantum dalam angka 2, yaitu:

“Pemusatan kekuatan ekonomi oleh satu atau lebih pelaku usaha yang mengakibatkan dikuasainya produksi dan/atau pemasaran atas barang dan/atau jasa tertentu sehingga menimbulkan persaingan usaha tidak sehat dan dapat merugikan kepentingan umum”.

Namun demikian pendefinisian praktik monopoli berdasarkan Pasal 1 angka 2 tersebut belum menjelaskan secara riil bentuk-bentuk dari perilaku penyalahgunaan posisi monopoli yang dapat digolongkan sebagai praktik monopoli.

Secara teoritis, penyalahgunaan posisi monopoli merupakan perilaku (*conduct*) yang di dalamnya mengandung unsur:

1. pencegahan, pembatasan, dan penurunan persaingan, dan
2. eksploitasi.

Unsur pencegahan, pembatasan, dan penurunan persaingan adalah upaya perusahaan monopoli untuk mengurangi atau meniadakan tekanan persaingan. Perilaku ini pada dasarnya adalah perilaku eksklusif (*exclusive conduct*), di mana perusahaan monopoli melakukan strategi untuk mengusir pesaing nyata (*existing competitor*) keluar dari pasar atau mencegah masuknya pesaing potensial masuk ke dalam pasar.

Dengan hilangnya tekanan persaingan di pasar, maka perusahaan monopoli dapat mengeksploitasi mitra transaksi untuk meningkatkan keuntungannya, terutama eksploitasi yang dilakukan terhadap konsumen. Perilaku penyalahgunaan posisi monopoli dalam bentuk eksploitasi konsumen umumnya dilakukan dengan cara menerapkan harga jual yang tinggi, melalui pembatasan jumlah produksi atau melalui penurunan kualitas/pelayanan barang atau jasa yang dipasok.

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa perilaku praktik monopoli dapat dibedakan menjadi dua bagian yaitu

1. perilaku yang memiliki dampak negatif langsung kepada pesaing nyata maupun pesaing potensial; dan
2. perilaku yang memiliki dampak negatif langsung kepada mitra transaksi.

Perilaku praktik monopoli yang memenuhi kriteria di atas di antaranya dapat ditemui di pasal-pasal lain di dalam UU No. 5 Tahun 1999. Salah satunya adalah pendefinisian dan bentuk dari praktik monopoli yang terdapat di dalam Pasal 19 mengenai penguasaan pasar.

Dengan demikian, penggunaan dan pemahaman Pedoman Pasal 17 mengenai praktik monopoli ini perlu dibarengi dengan pemahaman dari pedoman Pasal 19 mengenai penguasaan pasar.

Pasal lain yang dapat dikategorikan sebagai penyalahgunaan posisi monopoli adalah perilaku *predatory price* atau praktik jual rugi seperti yang terdapat di dalam Pasal 20 yang berbunyi:

“Pelaku usaha dilarang melakukan pemasokan barang dan/atau jasa dengan cara melakukan jual rugi atau menetapkan harga yang sangat rendah dengan maksud untuk menyingkirkan atau mematikan usaha pesaingnya di pasar bersangkutan sehingga dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat.”

Bentuk nyata dari praktik monopoli tidak hanya terbatas pada dua pasal terkait di atas (Pasal 19 dan Pasal 20). KPPU dapat mendefinisikan bentuk praktik monopoli yang lain asalkan memenuhi

dua kriteria yang telah disebutkan di atas, yaitu perilaku yang memiliki dampak negatif kepada pesaing nyata atau pesaing potensial (pencegahan, pembatasan, dan penurunan tingkat persaingan); dan perilaku yang berdampak negatif kepada mitra transaksi, misalkan konsumen.

V.1.4 PEMBUKTIAN POSISI DAN PRAKTIK MONOPOLI

Pembuktian terhadap pelanggaran Pasal 17 pada hakekatnya adalah pembuktian posisi monopoli dan praktik monopoli. Sebelum membuktikan adanya praktik monopoli maka KPPU terlebih dahulu harus membuktikan bahwa sebuah perusahaan memiliki posisi monopoli. Hal ini sesuai dengan kalimat di ayat (2) yang menyebutkan pelaku usaha patut diduga atau dianggap melakukan penguasaan atas produksi dan/atau pemasaran barang dan atau jasa. Kata diduga dan dianggap juga mengimplikasikan bahwa meskipun perusahaan terbukti memiliki posisi monopoli, perusahaan tersebut belum dapat dipersalahkan telah melakukan pelanggaran Pasal 17.

Namun harus diingat juga bahwa pemegang posisi monopoli yang dimaksudkan di dalam pedoman ini adalah pelaku usaha yang bukan termasuk ke dalam pelaku usaha monopoli menurut Pasal 51. KPPU dalam pembuktian adanya dugaan pelanggaran Pasal 17, menggunakan pendekatan *rule of reason* yang dapat dibagi ke dalam beberapa tahap, yaitu:

1. Pendefinisian pasar bersangkutan
2. Pembuktian adanya posisi monopoli di pasar bersangkutan
3. Identifikasi praktik monopoli yang dilakukan oleh pelaku usaha yang memiliki posisi monopoli
4. Identifikasi dan pembuktian dampak negatif dan pihak yang terkena dampak dari praktik monopoli tersebut.

Dalam beberapa kasus berikut ini akan diuraikan seberapa besar perkembangan ajaran monopolisasi dan seberapa besar hukum *antitrust* berkembang pada saat itu dalam kasus *Standard Oil* dan *American Tobacco*, di mana awalnya *Standard Oil Company* di New Jersey tersebar di 33 perusahaan yang secara geografi telah berkembang menjadi perusahaan yang dikenal hingga saat ini. Kemudian ada lagi *American Tobacco Company* yang terbagi menjadi 16 perusahaan, yang saat ini menjadi perusahaan milik R. J Reynold sang pewaris *American Tobacco Company*. Selanjutnya juga akan diuraikan beberapa kasus pelanggaran Pasal 17 UU No. 5 Tahun 1999.

Kasus V.1

Standard Oil Co. vs. United States

Standard Oil (sebagai tergugat/terlapor) melakukan monopoli ilegal, ternyata tergugat sebelumnya telah mendominasi produksi minyak *domestic* (dalam negeri) serta distribusi melalui serangkaian merger yang telah dilakukannya (termasuk dengan merger secara terpaksa/*force merger*), dan melakukan penindasan (dengan cara menghambat/*barrier to entry*) terhadap para pesaingnya, pemaksaan terhadap *supplier* serta konsumen dari perusahaan saingannya. Jika dilihat sepintas, ternyata tergugat memiliki kemampuan dan bertindak secara tidak benar serta menyimpang dari aturan *antitrust*. Pada akhirnya Hakim Justice White memberikan penjelasan (komentar) terhadap Pasal 2 *the Sherman Act 1890*, sebagai berikut, bahwa dugaan utama terhadap niat untuk membatasi perdagangan, untuk memonopoli dan untuk menimbulkan monopolisasi dapat dilakukan secara konklusif dengan mempertimbangkan:

1. Perbuatan seseorang atau perusahaan yang secara instrumental dalam menghasilkan pengembangan kekuatan di perusahaan New Jersey sebelum perwujudan hasil tersebut dan sebelum perumusan perjanjian *trust* tahun 1879 dan 1882.
2. Dengan mempertimbangkan bukti tentang apa yang telah dilakukan di bawah perjanjian tersebut dan tindakan yang mendahului pemberian kemampuan di perusahaan New Jersey dan juga menekankan bentuk kemampuan yang diberikan pada perusahaan itu telah digunakan dan hasilnya telah timbul dari tindakan tersebut.

Kasus V.2

Pemerintah Amerika Serikat vs. American Tobacco Co. (1911)

Keputusan pengadilan dalam kasus Standard Oil kemudian segera diikuti dengan adanya monopoli yang sama dalam industri tembakau. Di antara penemuan fakta-fakta yang ditekankan oleh pengadilan “tujuan yang melanggar undang-undang dan penggabungan yang ilegal” adalah sebagai berikut:

1. Perbuatan yang paling awal adalah perbuatan penggabungan (merger) organisasi perusahaan yang didorong oleh perang dagang yang terjadi sebelumnya, yang diilhami oleh satu atau beberapa pemikiran yang muncul dari pihak-pihak yang terlibat dalam penggabungan tersebut.
2. Perbuatan awal tersebut dilakukan untuk mendukung kesimpulan, bahwa niatan tersebut ada untuk mendukung kekuatan penggabungan sebagai landasan untuk melakukan monopolisasi perdagangan tembakau yang diawali dengan sengketa perdagangan yang dibuat untuk merugikan pihak lain, baik dengan mengarahkan *competitor*/pesaing untuk keluar dari bisnis tersebut atau dengan memaksa mereka untuk menjadi pihak yang terlibat dalam penggabungan (merger) sebagai target merger. Tujuan yang pelaksanaannya digambarkan melalui terjadinya pertengkaran/perselisihan dan oleh terjadinya serta hasil dari perang tembakau, dengan sengketa setelah masuknya kerja sama di negara Inggris dan terjadinya pembagian dunia usaha oleh dua kontrak negara asing.
3. Kontrol terhadap semua elemen penting atas keberhasilan produksi tembakau, serta meletakkan kontrol tersebut di tangan perusahaan yang mandiri yang bertindak sebagai penghambat masuknya *competitor* lain (*barrier to entry*) dalam perdagangan tembakau.
4. Apabila ini terjadi dengan biaya jutaan dollar untuk membeli pabrik, namun bukan dilihat fungsi dan tujuannya, melainkan semata-mata untuk mendekatkan mereka dengan upaya mengurangi tingkat persaingan serta mengubahnya selain demi tujuan perdagangan.
5. Akibat penggabungan (merger) tersebut adalah bahwa banyak persoalan legalitas yang dipertanyakan, kemudian bagaimana nasib *asset*/modal dan kepentingan produsen, pemegang saham, atau pegawai yang dibutuhkan pada perusahaan baru hasil merger yang terikat dalam jangka waktu lama dengan meninggalkan prinsip bersaing secara sehat di masa mendatang. Penghambat masuknya *competitor* lain (*barrier to entry*) dalam perdagangan tembakau.

Berdasarkan kasus tersebut, untuk meneliti apakah pelaku usaha/pengusaha mempunyai niatan untuk melakukan praktik monopoli atau tidak, maka di Amerika Serikat terdapat dua jenis tes yang dapat digunakan, yaitu *general intent test* dan *specific intent test*. Dalam *general intent test*, pengadilan cukup menguji apakah dalam praktek monopoli yang dilakukan pelaku usaha terdapat usaha “adanya kemungkinan yang jelas bahwa tindakan tersebut akan mengakibatkan terjadinya monopoli”. Sedangkan dalam *specific intent test*, pengadilan harus menguji apakah tindakan yang dilakukan pelaku usaha mempunyai tujuan kongkrit/nyata yang mencerminkan adanya kehendak atau niatan untuk melakukan praktik monopoli atau tidak.

Meski demikian, untuk menjerat pelaku usaha berdasarkan *Section 2 the Sherman Act 1890* ini, pengadilan tidak diharuskan untuk membuktikan adanya *specific intent*, dengan adanya *general intent* saja sebenarnya pengadilan sudah cukup mampu untuk menjerat, apakah seorang pelaku usaha berbuat curang atau tidak.²¹⁰ Berikut adalah contoh kasus monopoli yang telah diputus KPPU.

Kasus V.3

Kasus Temasek Holding Perkara No. 07/KPPU-L/2007 tentang Kepemilikan Saham Silang PT Temasek Holdings

Sebagai Terlapor adalah (1) *Temasek Holdings Pte. Ltd.* (2) *Singapore Technologies Telemedia Pte. Ltd.* (3) *STT Communications Ltd.* (4) *Asia Mobile Holding Company Pte. Ltd.* (5) *Asia Mobile Holdings Pte. Ltd.* (6) *Indonesia Communications Limited.* (7) *Indonesia Communications Pte. Ltd.* (8) *Singapore Telecommunications Ltd.* (9) *Singapore Telecom Mobile Pte. Ltd.* (10) *PT Telekomunikasi Selular.*

Kasus perkara Temasek ini dimulai pada tanggal 5 April 2007, yaitu dengan adanya dugaan pelanggaran Pasal 27 huruf a UU No. 5 Tahun 1999 (bagi Temasek) dan dugaan pelanggaran Pasal 17 dan 25 ayat (1) huruf b UU No. 5 Tahun 1999 (bagi PT Telekomunikasi Selular).

Dugaan pelanggaran oleh Temasek Holdings Pte. Ltd ini karena ia memiliki saham mayoritas pada 2 perusahaan yang melakukan kegiatan usaha bidang yang sama di pasar yang sama yaitu Indosat dan Telkomsel. Indosat dan Telkomsel dikendalikan oleh Temasek melalui anak perusahaannya. Pengendalian oleh Temasek dapat terjadi karena Temasek bukanlah investor pasif pada SingTel dan STT sebagaimana juga SingTel dan STT bukan investor pasif pada Telkomsel dan Indosat.

Dikatakan melakukan kegiatan usaha yang sama karena layanan PT Telkomsel meliputi layanan telekomunikasi selular *dual band 900/1800* di atas jaringan GSM, GPRS, Wi-Fi, EDGE, dan *3-G Technology* (Kartu Halo, Simpati, dan Kartu As). Sedangkan layanan PT Indosat Tbk mencakup *mobile service* (Matrix, Mentari, IM3), *telephone service* (SLI, VOIP Telephony, StarOne), dan *multimedia service* (IM2 dan Lintas Artha). Di sini Telkomsel

²¹⁰ *The Sherman Act 1890* menekankan pada ada niat untuk menguasai pasar, sedangkan Pasal 17 UU No. 5 Tahun 1999 ini menekankan akibat perbuatan monopoli tersebut. Seperti yang disebutkan dalam Pasal 17, bahwa pelaku usaha dilarang melakukan penguasaan atas produksi dan/atau jasa yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan/atau persaingan tidak sehat. Jadi dalam pelaksanaannya *Sherman Act* pada masa awal-awal diundangkan, menekankan bahwa pelanggaran *an sich* sudah dapat diajukan kepihak berwenang untuk diproses, sedangkan UU No. 5 Tahun 1999 lebih menekankan pada *rule of reason*, yaitu dengan mempertimbangkan perbuatan yang dilakukan pelaku usaha mengakibatkan terjadinya praktik monopoli atau persaingan usaha tidak sehat.

tidak memiliki layanan SLI, *VOIP Telephony*, FWA, *internet service*, dan multimedia lainnya sebagaimana dimiliki oleh PT Indosat Tbk. Oleh karena itu PT Telkomsel dan PT Indosat saling bersaing dalam pasar produk yang sama yaitu layanan telekomunikasi seluler. Temasek melalui anak perusahaannya (SingTel) pada tahun 2001 mengambil alih saham PT Telkomsel dari KPN Belanda (17,28%) dan Setdco Megacell Asia (5%).

Pada pertengahan tahun 2002 SingTel meningkatkan kepemilikan sahamnya dengan membeli 12,72% saham yang dimiliki oleh PT Telkom sehingga kepemilikan saham SingTel saat ini mencapai 35% saham dengan hak suara di Telkomsel, yaitu hak untuk menominasikan direksi dan komisaris, dan kewenangan untuk menentukan arah kebijakan perusahaan terutama dalam hal persetujuan anggaran melalui *Capex Committee* dan kemampuan untuk memveto putusan RUPS (*negative control*) dalam hal perubahan Anggaran Dasar, *buy back* saham perusahaan, penggabungan, peleburan, pengambilalihan, pembubaran dan likuidasi perusahaan.

Hal yang sama terjadi juga pada Indosat, pada tahun 2002 Pemerintah Indonesia mendivestasi kepemilikan sahamnya di PT Indosat sebesar 41,94% (empat puluh satu koma sembilan puluh empat persen) kepada ST Telemedia melalui anak perusahaannya yakni Indonesia Communication Ltd (ICL). dan sejak saat itu status PT Indosat Tbk berubah kembali menjadi perusahaan PMA. Sehingga Temasek melalui anak perusahaannya memiliki sekitar 41,94% saham dengan hak suara di Indosat, hak untuk menominasikan direksi dan komisaris dan kewenangan untuk menentukan arah kebijakan perusahaan Indosat. Pemegang saham lainnya adalah Pemerintah RI sebesar 15% dan publik sebesar 43,06%. Saham publik diperdagangkan di pasar modal Indonesia dan Amerika Serikat. Oleh karena itu Temasek merupakan pengendali aktif (*positive control*) di Indosat. Dari uraian di atas, maka dapat dilihat bahwa PT Temasek melanggar pasal 27 huruf a UU No. 5 Tahun 1999.

Selanjutnya, dikatakan pula bahwa Telkomsel mempertahankan tarif seluler tinggi. Dalam salah satu perjanjian interkoneksi Telkomsel dengan salah satu operator, diatur mengenai pembebanan biaya, penagihan dan pembayaran. Bentuk hambatan lain, adalah persyaratan untuk pembangunan *link* interkoneksi diharuskan menggunakan pihak ketiga yang ditunjuk oleh Telkomsel. Hal tersebut menaikkan biaya secara signifikan bagi pencari interkoneksi. Kepemilikan dan pengoperasian *link* tersebut pun menjadi milik pihak ketiga dan Telkomsel bukan menjadi milik pencari interkoneksi. Sejak kuartal I tahun 2002 hingga akhir tahun 2006, harga ritel jasa layanan seluler pascabayar ke PSTN meningkat sekitar 5% untuk Telkomsel dan Indosat, dan sekitar 8,4% untuk XL.

Berbeda dengan dua operator lainnya, harga jual pascabayar Telkomsel justru mengalami peningkatan pada tahun 2002 – 2006 untuk tujuan percakapan PSTN dan operator lain, sementara kedua operator lain menurunkan harga jualnya. Dari perubahan ini, terlihat bahwa Indosat dan XL berusaha untuk semakin mempertipis perbedaan harga antara produk pra bayar dan pascabayar. Secara umum, harga ritel pascabayar meningkat, padahal, jumlah *subscribers* mengalami peningkatan yang begitu signifikan. Dengan konsep *economic of scale*, maka hal ini mencerminkan perkembangan margin yang sangat tinggi bagi para operator. Fenomena ini sangat menarik karena seolah-olah tidak ada persaingan dalam memperebutkan konsumen, tidak ada yang bersaing melalui penurunan harga. Bila perusahaan-perusahaan tersebut bersifat kompetitif, maka setiap perusahaan akan berusaha

menurunkan harga sebagai faktor yang paling signifikan dalam merebut konsumen dari pesaingnya.

Dalam hal ini, Telkomsel dapat dikatakan sebagai *price-leadership*, yaitu suatu perusahaan dominan berperan sebagai penentu harga sementara perusahaan lain mengikuti perubahan harga tersebut. Hal ini akan terjadi jika perusahaan *follower* tidak mempunyai keberanian untuk bersaing dalam harga – karena skala ekonomi yang relatif tidak kompetitif. *Price-leadership* ini akan berimbas mirip dengan kartel terhadap konsumen namun terjadi tanpa perjanjian antara kedua belah pihak, dan murni karena strategi *follower* yang mendapatkan keuntungan optimal dengan mengikuti harga perusahaan dominan. *Price leadership* ini dapat dilihat pada *price-parallelism* untuk pascabayar.

Pertama-tama harga dirubah oleh Telkomsel, kemudian Indosat mengikuti, dan terakhir XL pun juga mengikuti. Pada jenis kartu pra bayar, perubahan harga yang sama tidak terlihat signifikan. Selain itu, operator telekomunikasi membebaskan biaya investasi kepada pelanggan sehingga menyebabkan tarif tinggi, padahal operator dapat menggeser beban tersebut kepada vendor bukan pelanggan. Dapat disimpulkan Telkomsel melanggar pasal 17 ayat (1).

Terakhir adalah di mana Telkomsel menyalahkan posisi dominannya untuk membatasi pasar dan pengembangan teknologi. Pasar yang bersangkutan adalah sesuai dengan Pasal 1 angka 10, adalah pasar yang berkaitan dengan jangkauan atau daerah pemasaran tertentu (pasar geografis) oleh pelaku usaha atas barang dan atau jasa yang sama/sejenis/substitusi dari barang dan atau jasa tersebut (pasar produk). Pasar produk pada intinya bertujuan untuk menentukan jenis barang dan atau jasa yang sejenis atau tidak sejenis tapi merupakan substitusi yang saling bersaing satu sama lain pada satu perkara.

Sedangkan pada pasar geografis dapat dilihat ketika semua operator telepon seluler menetapkan tarif yang sama di mana pun pelanggan seluler tersebut berada. Sebagai ilustrasi, Telkomsel tidak pernah menerapkan tarif yang lebih tinggi di wilayah yang tidak terjangkau oleh jasa layanan operator telepon lain dibanding dengan tarif di wilayah yang dilayani oleh seluruh operator seluler yang ada di Indonesia. Artinya ada atau tidak ada operator lain di suatu wilayah, Telkomsel akan menerapkan model pentarifan yang sama dengan wilayah lain yang dijangkau oleh seluruh operator.

Hal ini menunjukkan bahwa di seluruh wilayah yang terjangkau layanan Telkomsel, terjadi persaingan dengan operator telepon seluler lainnya, meskipun operator telepon seluler lain tersebut belum tentu beroperasi di seluruh wilayah yang dijangkau oleh layanan Telkomsel. Tidak semua operator telepon seluler memiliki jangkauan layanan (*coverage*) yang sama luasnya sehingga pada daerah-daerah tertentu, hanya ada satu atau dua jaringan operator telepon seluler saja yang tersedia.

Namun demikian, tidak berarti di daerah yang hanya terdapat satu jaringan operator telepon seluler saja, tidak dipengaruhi persaingan dari operator lain, meskipun operator telepon seluler lain tersebut tidak beroperasi di daerah yang dimaksud. Hal tersebut dapat dijelaskan karena semua operator telepon seluler menetapkan tarif yang sama di mana pun pelanggan seluler tersebut berada.

Sebagai ilustrasi, Telkomsel tidak pernah menerapkan tarif yang lebih tinggi di wilayah yang tidak terjangkau oleh jasa layanan operator telepon lain dibanding dengan tarif di wilayah yang dilayani oleh seluruh operator seluler yang ada di Indonesia. Artinya ada atau tidak ada operator lain di suatu wilayah, Telkomsel akan menerapkan model pentarifan yang sama dengan wilayah lain yang terjangkau oleh seluruh operator. Hal ini menunjukkan bahwa di seluruh wilayah yang terjangkau layanan Telkomsel, terjadi persaingan dengan operator telepon seluler lainnya, meskipun operator telepon seluler lain tersebut belum tentu beroperasi di seluruh wilayah yang terjangkau oleh layanan Telkomsel. Dengan demikian, pasar bersangkutan dalam perkara ini adalah layanan telekomunikasi seluler di seluruh wilayah Indonesia sehingga Telkomsel juga melanggar Pasal 25 ayat (1) huruf b.

Sebelum memutuskan, Majelis Komisi mempertimbangkan hal-hal sebagai berikut;

1. Kegiatan ekonomi di Indonesia perlu dijalankan berdasarkan asas demokrasi ekonomi sesuai dengan Pasal 2 UU No. 5 Tahun 1999, yaitu kegiatan ekonomi yang mempertimbangkan keseimbangan kepentingan pelaku usaha dan kepentingan umum;
2. Semua kegiatan usaha di Indonesia bertujuan untuk menjamin kepentingan umum dan meningkatkan efisiensi ekonomi nasional sebagai salah satu upaya dalam meningkatkan kesejahteraan rakyat;
3. Pemerintah dalam melakukan privatisasi dalam berbagai bentuknya perlu memperhatikan ketentuan UU No. 5 Tahun 1999;
4. Semua pihak di Indonesia perlu berupaya maksimal untuk mencegah terjadinya pemusatan kekuatan ekonomi oleh pelaku usaha tertentu, termasuk melalui kepemilikan silang;
5. Sektor telekomunikasi merupakan sektor strategis yang meliputi satelit, jaringan kabel bawah laut, dan *microwave links* yang menguasai hajat hidup orang banyak, sehingga pemerintah berhak mengatur agar tidak terjadi pelanggaran hak-hak kedaulatan Indonesia dalam memiliki akses telekomunikasi internasional;
6. Sektor telekomunikasi adalah sektor yang penting dan memberikan kontribusi yang substansial terhadap perkembangan ekonomi nasional meskipun telah terdapat banyak operator tetapi belum menunjukkan kinerja persaingan yang optimum;
7. Penegakan UU No. 5 Tahun 1999 merupakan upaya untuk menjamin kepastian hukum bagi pelaku usaha.

Keduanya diputus bersalah oleh KPPU, namun dugaan pelanggaran Pasal 25 ayat (1) huruf b UU No. 5 Tahun 1999 tidak terbukti dilanggar oleh PT Telekomunikasi Selular.

Temasek Holdings, Pte. Ltd. bersama-sama dengan Singapore Technologies Telemedia Pte. Ltd., STT Communications Ltd., Asia Mobile Holding Company Pte. Ltd., Asia Mobile Holdings Pte. Ltd., Indonesia Communication Limited, Indonesia Communication Pte. Ltd., Singapore Telecommunications Ltd., dan Singapore Telecom Mobile Pte. Ltd terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 27 huruf a UU No. 5 Tahun 1999.

PT Telekomunikasi Selular terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 17 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999.

Putusan No. 04/KPPU-I/2003 tentang Kasus Perkara JICT

Terlapor dalam kasus ini adalah (1) PT Jakarta International Container Terminal (PT JICT); (2) Kerja Sama Operasi Terminal Peti kemas Koja (KSO TPK Koja); (3) PT Pelabuhan Indonesia II (PT Pelindo II).

Dalam kasus JICT ini terdapat dugaan telah terjadi praktik monopoli atau persaingan usaha tidak sehat di Pelabuhan Tanjung Priok Jakarta Utara. Dalam menyelenggarakan pelabuhan umum di Tanjung Priok, Pemerintah melimpahkan fungsi pelaksanaannya kepada PT Pelabuhan Indonesia II sebagai BUMN. Untuk pelayanan jasa berupa penyedia jasa terminal peti kemas, PT Pelindo II mengikutsertakan PT JICT sebagai badan hukum Indonesia dalam kerja sama pengelolaan untuk masa konsesi 20 tahun yang diwujudkan dalam Perjanjian Pemberian Kuasa Pengoperasian dan Pemeliharaan (*authorization agreement*) Terminal Peti kemas di Pelabuhan Tanjung Priok tertanggal 27 Maret 1999.

Pada klausul 32.4 di dalam *authorization agreement* menyatakan bahwa “Para pihak setuju tidak akan ada pembangunan Terminal Peti kemas Internasional lainnya yang dilaksanakan di Pelabuhan Tanjung Priok sebagai tambahan atas Terminal Peti kemas I, II dan III sampai *throughput* di Pelabuhan Tanjung Priok telah mencapai 75% (tujuh puluh lima persen) dari kapasitas rancang bangun tahunan yaitu 3,8 juta Teus”. Pada awalnya PT JICT bukan merupakan entitas bisnis yang berbadan hukum melainkan unit bisnis strategis dari PT Pelindo II yang dikenal dengan Unit Terminal Peti kemas I dan Unit Peti kemas II. Guna mendukung keputusan politik pemerintah dalam proses privatisasi BUMN, maka Unit Terminal Peti kemas I dan Unit Terminal Peti kemas II dibadanhukumkan menjadi Perseroan Terbatas yang pada awal pendiriannya komposisi pemilikan saham 99% dimiliki oleh PT Pelindo II dan sisanya dimiliki oleh Koperasi Pegawai Maritim (Kopegmar).

Pada tanggal 30 Maret 1999 Grosbeak Pte. Ltd. berhasil menguasai saham PT JICT sebesar 51%. Grosbeak sendiri merupakan perusahaan asing yang merupakan salah satu anak perusahaan dari Hutchinson Port Holding Ltd (HPH), di mana secara lebih jauh merupakan salah satu unit bisnis Hutchinson Whampoa Limited (HWL).

Di samping operasionalisasi terminal PT JICT, juga terdapat Unit Terminal Peti kemas III yang dikelola melalui pola kerja sama yang dilakukan antara PT Pelindo II dengan PT Humpus Terminal Peti kemas (HTP). Kontribusi investasi PT Pelindo II di dalam kerja sama operasi tersebut sebesar 48% sedangkan HTP sebesar 52%, di mana setelah dilakukannya penyesuaian pada 26 Maret 1999 kontribusi investasi berubah komposisinya, yaitu 52,12% bagi PT Pelindo II dan 47,88% bagi HTP.

Pada tahun 2000 HTP menjual semua kontribusi investasinya di dalam kerja sama kepada Ocean East dan Ocean Deep yang selanjutnya mendirikan PT Ocean Terminal Peti kemas (OTP), bagian dari grup HPH. Antara pemilik 51% saham PT JICT dan pemilik 47,88% kontribusi investasi KSO TPK Koja memiliki hubungan afiliasi.

Hubungan afiliasi yang dimaksud adalah keduanya merupakan anak perusahaan HPH. Pengaruh HPH dalam pengoperasian jasa terminal pelayaran bongkar muat peti kemas secara

nyata terlihat ketika dilakukan upaya-upaya untuk menekan beberapa perusahaan pelayaran pengguna jasa terminal bongkar muat peti kemas supaya bersedia menandatangani kontrak eksklusif sebagaimana dilakukan pada salah satu perusahaan pelayaran Perancis melalui surat tertanggal 5 April 2002. Di samping itu juga dilakukan upaya untuk menghambat pelaku usaha baru memasuki pasar bersangkutan dengan menggunakan klausul 32.4 *authorization agreement*.

PT Pelindo II, pemegang hak pengelolaan pelabuhan umum sebagaimana diatur di dalam Peraturan Pemerintah No. 57 Tahun 1991, telah memberikan konsesi pengelolaan terminal peti kemas kepada PT JICT dengan jaminan bahwa tidak akan ada pembangunan terminal peti kemas sebelum tercapainya *throughput* sebesar 75% sebagaimana tercantum dalam klausul 32.4 *authorization agreement*.

Klausul tersebut merupakan bentuk hambatan strategis yang nyata bagi pelaku usaha baru. Bentuk hambatan semakin nyata ketika PT JICT menggunakan klausul 32.4 di dalam *authorization agreement* untuk meminta klarifikasi dan memprotes kebijakan PT Pelindo II yang memberi izin kepada PT Segoro Fajar Satryo untuk menggunakan Dermaga 300 yang melayani jasa bongkar muat peti kemas sebagaimana yang dilakukan oleh PT JICT dan KSO TPK Koja. Wibowo S. Wirjawan merangkap jabatan yaitu sebagai Presiden Direktur pada dua perusahaan yang memiliki pengaruh di dalam pasar yang bersangkutan yang sama, yaitu PT JICT dan OTP.

Pelabuhan merupakan cabang produksi yang vital dan memegang peranan strategis dalam aktivitas perekonomian suatu negara. Hal ini dapat dilihat dari sebagian besar ekspor dan impor barang nonmigas dilakukan melalui pelabuhan.

Fungsi pelabuhan yang memperlancar arus impor dan memperkuat integrasi pasar domestik, pada gilirannya memberikan sumbangan yang signifikan bagi stabilitas makroekonomi, khususnya dalam hal penurunan biaya distribusi dan biaya transaksi, yang selanjutnya berdampak pada penurunan inflasi.

Komisi memutuskan bahwa:

1. PT JICT secara sah dan meyakinkan telah melanggar Pasal 17 ayat (1) dan Pasal 25 ayat (1) huruf c UU No. 5 Tahun 1999;
2. PT JICT dan KSO TPK Koja secara sah dan meyakinkan telah melanggar Pasal 19 huruf b UU No. 5 Tahun 1999;
3. Wibowo S. Wirjawan secara sah dan meyakinkan telah melanggar Pasal 26 UU No. 5 Tahun 1999.

Dalam Putusan Perkara No. 22/KPPU-L/2007 tentang Kargo Makassar, Terlapor adalah PT Angkasa Pura (Persero) (PT AP I), dan Pelapor adalah Pengusaha Ekspedisi Muatan Pesawat Udara (EMPU).

Komisi menerima laporan tertanggal 2 April 2007 tentang adanya dugaan pelanggaran terhadap UU No. 5 Tahun 1999 berkaitan dengan praktik monopoli Jasa Kargo di Bandara Hasanuddin, Makassar Sulawesi Selatan. PT AP I memonopoli jasa *warehousing*/terminal kargo di Bandara Hasanuddin Sulawesi Selatan melalui *Strategic Bussines Unit* (SBU) yang bernama Speed & Secure Warehousing (SSC Warehousing). Akibat monopoli yang dilakukan PT AP menyebabkan PT AP I menetapkan tarif jasa pelayanan kargo yang menyebabkan pengusaha Ekspedisi Muatan Pesawat Udara (EMPU) sebagai konsumen jasa pelayanan kargo di Bandara Hasanuddin Makassar Sulawesi Selatan.

Berdasarkan UU No. 15 Tahun 1992 dan PP No. 70 Tahun 2001, PT AP adalah BUMN yang ditugaskan untuk melakukan pelayanan jasa kebandarudaraan. Berdasarkan KM 48 Tahun 2002, salah satu jenis pelayanan jasa kebandarudaraan adalah jasa kegiatan penunjang bandar udara termasuk di dalamnya adalah kegiatan jasa pelayanan kargo. Bahwa berdasarkan KM 29 Tahun 1997, PT AP memiliki kewenangan untuk menetapkan tarif jasa pelayanan kargo di Bandara Hasanuddin Makassar.

Demikian berdasarkan peraturan perundang-undangan yang disebutkan di atas Majelis berpendapat bahwa PT AP I memiliki hak monopoli untuk mengelola Bandara Hasanuddin Makassar termasuk kegiatan jasa penanganan kargo yang merupakan bagian dari kegiatan penunjang bandar udara dan menetapkan tarif jasa pelayanan kargo.

PT AP membentuk unit usaha atau SBU SSC Warehousing pada tanggal 7 April 2004 untuk mengelola terminal atau gudang kargo yang dibangun oleh PT AP pada tahun 2003 hingga tahun 2004. Menurut Saksi Pemerintah dari Departemen Perhubungan, PT AP tidak dilarang untuk membentuk SBU SSC Warehousing dan menetapkan harga jasa pelayanan kargo selama PT AP tetap bertanggung jawab di bidang keamanan, keselamatan dan kelancaran bandar udara. Sebelum SSC Warehousing beroperasi, PT POS dan EMPU langsung berhubungan dengan maskapai penerbangan untuk mengirimkan kargo melalui udara. Setelah SSC Warehousing beroperasi, PT POS dan EMPU serta maskapai penerbangan diwajibkan menggunakan jasa SSC Warehousing untuk mengirimkan kargo melalui udara di Bandara Hasanudin, Makassar. PT POS, EMPU, dan perusahaan maskapai penerbangan tidak memiliki pilihan lain atau harus menggunakan jasa SSC Warehousing untuk pengiriman kargo melalui udara di Bandara Hasanuddin, Makassar Sulawesi Selatan.

Berdasarkan fakta-fakta tersebut dan dikaitkan dengan dugaan pelanggaran terhadap ketentuan Pasal 17 ayat (1), Pasal 19 huruf a, serta Pasal 25 UU No. 5 Tahun 1999, maka Majelis Komisi menilai pemenuhan unsur-unsur pasal-pasal sebagai berikut;

1. Pelaku usaha

Pelaku usaha yang dimaksud dalam perkara *a quo* adalah PT AP dengan demikian, unsur pelaku usaha telah terpenuhi.

2. Penguasaan atas produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa

Obyek perkara *a quo* adalah Jasa Pelayanan Kargo di Bandara Hasanuddin, Makassar, Sulawesi Selatan. PT AP memiliki hak monopoli untuk mengelola bandar udara dan kegiatan penunjang lainnya sesuai dengan peraturan yang berlaku atas hak monopoli tersebut PT AP I membentuk SBU yang bernama SSC Warehousing yang bertugas mengelola terminal kargo di Bandara Hassanudin Makassar Sulawesi Selatan. Berdasarkan penjelasan di atas, PT AP I menguasai produksi dan atau pemasaran jasa pelayanan kargo Bandara Hasanuddin, Makassar, Sulawesi Selatan. Dengan demikian, unsur penguasaan atas produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa terpenuhi.

3. Mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat

Praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat yang dilakukan PT AP dalam jasa pelayanan kargo di Bandara Hasanuddin, Makassar, Sulawesi Selatan adalah tidak memberikan pelayanan secara maksimal dan tidak memberikan jaminan keamanan yang maksimal, sehingga para pengguna jasa berkurang tingkat kesejahteraannya baik dari sisi pendapatan maupun dari sisi pelayanan yang didapatkan. Dengan demikian unsur mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat terpenuhi.

Untuk melihat suatu tindakan telah memenuhi unsur-unsur dalam Pasal 17 ayat (1), Pasal 17 ayat (2) harus terpenuhi terlebih dahulu;

1. Unsur barang dan atau jasa yang bersangkutan belum ada substitusinya

Setiap pengiriman barang melalui pesawat udara di Bandara Hasanuddin, Makassar, Sulawesi Selatan harus menggunakan jasa PT AP melalui SSC Warehousing dan tidak ada substitusi yang dapat menggantikan fungsi SSC Warehousing, dengan demikian, unsur barang dan atau jasa yang bersangkutan tidak ada substitusinya terpenuhi.

2. Unsur satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha menguasai lebih dari 50% (lima puluh persen) pangsa pasar satu jenis barang dan atau jasa tertentu

PT AP melalui SSC Warehousing adalah satu-satunya pelaku usaha atau kelompok pelaku usaha yang menguasai Jasa Pelayanan Kargo Bandara Hasanuddin, Makassar, Sulawesi Selatan, dengan demikian unsur satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha menguasai lebih dari 50% (lima puluh persen) pangsa pasar satu jenis barang dan atau jasa tertentu terpenuhi.

Majelis Komisi tidak menemukan perilaku PT AP I yang menolak atau menghalangi pelaku usaha lain untuk bergerak di bidang jasa pelayanan kargo di Bandara Hasanuddin Makassar Sulawesi Selatan. PT AP I tidak pernah memiliki pesaing atau pelaku usaha yang hendak bersaing dalam pasar jasa pelayanan kargo di Bandara Hasanuddin Makassar. PT AP melalui SSC Warehousing memiliki hak monopoli untuk mengelola jasa pelayanan kargo di Bandara Hasanuddin Makassar Sulawesi Selatan.

Dengan demikian, unsur melakukan satu atau beberapa kegiatan berupa menolak dan atau menghalangi pelaku usaha untuk melakukan kegiatan usaha yang sama pada pasar bersangkutan tidak terpenuhi. Maka, dugaan pelanggaran Pasal 19 huruf a UU No. 5 Tahun 1999 tidak terbukti.

3. Unsur posisi dominan

PT AP adalah satu-satunya pelaku usaha yang memiliki hak monopoli untuk melakukan jasa pelayanan kargo di Bandara Hasanuddin Makassar Sulawesi Selatan, dengan demikian unsur posisi dominan terpenuhi. Menetapkan syarat-syarat perdagangan dengan tujuan untuk mencegah dan atau menghalangi konsumen memperoleh barang dan atau jasa yang bersaing, baik dari segi harga maupun kualitas PT AP I melalui SSC Warehousing tidak menetapkan syarat-syarat perdagangan dalam jasa pelayanan kargo Bandara Hasanuddin, Makassar, Sulawesi Selatan. Dengan demikian dugaan pelanggaran Pasal 25 ayat (1) huruf a UU No. 5 Tahun 1999 tidak terbukti.

4. Membatasi pasar dan pengembangan teknologi

PT AP tidak membatasi pasar dan pengembangan teknologi jasa pelayanan kargo di Bandara Hasanuddin, Makassar, dengan demikian dugaan pelanggaran Pasal 25 ayat (1) huruf b UU No. 5 Tahun 1999 tidak terbukti. Menghambat pelaku usaha lain yang berpotensi menjadi pesaing untuk memasuki pasar bersangkutan; Majelis Komisi tidak menemukan fakta pelaku usaha lain yang bermaksud untuk memasuki pasar jasa pelayanan kargo di Bandara Hasanuddin, Makassar, Sulawesi Selatan, dengan demikian dugaan pelanggaran Pasal 25 ayat (1) huruf c UU No. 5 Tahun 1999 tidak terbukti.

Beroperasinya SSC Warehousing adalah hak monopoli PT AP I sebagaimana diamanatkan dalam peraturan perundangan yang berlaku. Majelis menilai akibat monopoli oleh SSC Warehousing mempengaruhi kepentingan umum dan efisiensi ekonomi dalam hal pengiriman kargo melalui angkutan udara karena itu akibat monopoli SSC Warehousing masuk dalam lingkup UU No. 5 Tahun 1999.

Dengan demikian Majelis Komisi menolak pendapat PT AP yang menyatakan bahwa penyelenggaraan SSC Warehousing masuk dalam pengecualian Pasal 50 huruf a UU No. 5 Tahun 1999.

Dalam Putusannya Komisi menyatakan bahwa:

1. PT AP I secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 17 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999;
2. PT AP I secara sah dan meyakinkan tidak melanggar Pasal 19 huruf a UU No. 5 Tahun 1999;
3. PT AP I secara sah dan meyakinkan tidak melanggar Pasal 25 UU No. 5 Tahun 1999.

Kasus Sucofindo Perkara No. 08/KPPU-I/2005 melibatkan (1): PT Surveyor Indonesia (Persero) sebagai Terlapor I; (2) PT Superintending Company of Indonesia (Persero) sebagai Terlapor II.

Kasus tersebut berangkat dari dugaan adanya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat dalam bidang penyediaan jasa verifikasi atau penelusuran teknis impor gula. Kebijakan pemerintah yang tertuang dalam Keputusan Menteri Perindustrian dan Perdagangan No.: 527/MPP/Kep/9/2004 tanggal 17 September 2004 tentang Ketentuan Impor Gula (selanjutnya disebut SK Menperindag No. 527/2004) *juncto* Keputusan Menteri Perindustrian dan Perdagangan No.: 594/MPP/Kep/9/2004 tanggal 23 September 2004 tentang Penunjukan Surveyor sebagai Pelaksana Verifikasi atau Penelusuran Teknis Impor Gula (selanjutnya disebut SK Menperindag No. 594/2004) yaitu Terlapor I dan Terlapor II, berpotensi melanggar Pasal 17 UU No. 5 Tahun 1999. Kerja Sama Operasi (selanjutnya disebut KSO) antara Terlapor I dan Terlapor II dalam operasional pelaksanaan verifikasi atau penelusuran teknis impor gula berpotensi melanggar Pasal 11 UU No. 5 Tahun 1999. Penetapan harga jasa verifikasi atau penelusuran teknis impor gula yang dilakukan oleh Terlapor I dan Terlapor II berpotensi melanggar Pasal 5 UU No. 5 Tahun 1999.

Kewajiban pelaksanaan verifikasi atau penelusuran teknis impor gula telah menciptakan pasar baru yaitu pasar jasa verifikasi atau penelusuran teknis impor gula dalam wilayah hukum Republik Indonesia. Dalam hal ini, para importir gula adalah pengguna atau konsumen jasa tersebut, sedangkan perusahaan *survey* atau *surveyor* adalah penjual jasa tersebut. Pembentukan KSO yang dilakukan oleh Terlapor I dan Terlapor II berpotensi menciptakan praktik monopoli sebagaimana dilarang pada Pasal 17 UU No. 5 Tahun 1999.

Pembentukan KSO yang dilakukan oleh Terlapor I dan Terlapor II berpotensi menghalangi *surveyor* lain untuk masuk dalam pasar jasa verifikasi atau penelusuran teknis impor gula tersebut sebagaimana dilarang dalam Pasal 19 huruf a UU No. 5 Tahun 1999. Penetapan harga yang dilakukan oleh KSO merupakan bukti awal adanya penetapan harga sebagaimana dilarang Pasal 5 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999, dengan demikian terdapat indikasi kuat adanya pelanggaran Pasal 5 ayat (1), Pasal 17 dan Pasal 19 huruf a UU No. 5 Tahun 1999.

Untuk membuktikan terjadi atau tidak terjadi pelanggaran terhadap Pasal 5 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999, maka Majelis Komisi mempertimbangkan unsur-unsur dalam Pasal 5 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999 sebagai berikut:

1. Unsur pelaku usaha

Terlapor I dan Terlapor II merupakan pelaku usaha di bidang jasa verifikasi dan teknis penelusuran impor gula, dengan demikian unsur pelaku usaha terpenuhi.

2. Unsur perjanjian

Terlapor I dan Terlapor II telah bersepakat atau mengikatkan diri dalam suatu *Memorandum of Understanding* membentuk KSO untuk pelaksanaan verifikasi atau penelusuran teknis impor gula, dengan demikian unsur perjanjian terpenuhi.

3. Unsur pelaku usaha pesaing

Terlapor I dan Terlapor II menjalankan usaha yang sama dan saling bersaing, dengan demikian unsur pelaku usaha pesaing terpenuhi.

4. Unsur menetapkan harga

Terlapor I dan Terlapor II yang ditunjuk sebagai *surveyor* pelaksana verifikasi atau penelusuran teknis impor gula tidak pernah menawarkan *surveyor fee* masing-masing, tetapi justru membentuk KSO dengan menawarkan *surveyor fee* hasil kesepakatan Terlapor I dan Terlapor II kepada para importir gula, dengan demikian unsur menetapkan harga terpenuhi.

5. Unsur barang dan atau jasa

Terlapor I dan Terlapor II memperoleh imbalan atas pekerjaan verifikasi atau penelusuran teknis impor gula yang dilakukannya, dan oleh karenanya kegiatan verifikasi atau penelusuran teknis impor gula ini dapat dikategorikan sebagai jasa, dengan demikian unsur barang dan atau jasa terpenuhi.

6. Unsur konsumen atau pelanggan

Para importir gula adalah pemakai jasa verifikasi atau penelusuran teknis impor gula untuk kepentingan mencukupi kebutuhan perusahaannya sendiri dan atau untuk kepentingan pihak lainnya, dengan demikian unsur konsumen atau pelanggan terpenuhi.

7. Unsur pasar bersangkutan

Telah terjadi interaksi antara Terlapor I dan Terlapor II dengan para importir gula. Terlapor I dan Terlapor II dalam posisi sebagai penyedia jasa verifikasi atau penelusuran teknis impor gula dan para importir gula berada dalam posisi sebagai pengguna atau pemakai jasa verifikasi, dengan demikian unsur pasar bersangkutan terpenuhi.

Sebagaimana telah dipertimbangkan di atas, mengingat unsur-unsur Pasal 5 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999 telah terpenuhi, maka Majelis Komisi menyimpulkan bahwa Terlapor I dan Terlapor II secara sah dan meyakinkan melanggar ketentuan Pasal 5 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999.

Untuk membuktikan terjadi atau tidak terjadi pelanggaran Pasal 17 UU No. 5 Tahun 1999, maka Majelis Komisi mempertimbangkan unsur-unsur dalam Pasal 17 UU No. 5 Tahun 1999 sebagai berikut:

1. Unsur pelaku usaha

Terlapor I dan Terlapor II adalah pelaku usaha di bidang penyedia jasa verifikasi atau penelusuran teknis impor, dengan demikian unsur pelaku usaha terpenuhi.

2. Unsur melakukan penguasaan atas produksi dan atau pemasaran

Pembentukan KSO menyebabkan Terlapor I dan Terlapor II menguasai penyediaan

jasa verifikasi atau penelusuran teknis impor gula di Indonesia, dengan demikian unsur melakukan penguasaan atas produksi dan atau pemasaran terpenuhi.

3. Unsur barang dan atau jasa

Terlapor I dan Terlapor II memperoleh imbalan atas pekerjaan verifikasi atau penelusuran teknis impor gula yang dilakukannya, dan oleh karenanya kegiatan verifikasi atau penelusuran teknis impor gula ini dapat dikategorikan sebagai jasa, dengan demikian unsur barang dan atau jasa terpenuhi.

4. Unsur mengakibatkan praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat

Dengan adanya pemusatan kekuatan dan penguasaan penyediaan jasa verifikasi atau penelusuran teknis impor gula melalui KSO, para importir gula tidak mempunyai pilihan lain selain melalui KSO, maka tidak akan pernah memperoleh harga dan layanan pembanding. Dengan demikian, unsur mengakibatkan praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat terpenuhi.

5. Unsur barang dan atau jasa yang bersangkutan belum ada substitusinya *atau* mengakibatkan pelaku usaha lain tidak dapat masuk ke dalam persaingan usaha barang dan atau jasa yang sama *atau* satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha menguasai lebih dari 50% (lima puluh persen) pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu

Terlapor I dan Terlapor II telah melakukan tindakan membentuk KSO yang akhirnya menguasai 100% (seratus persen) pangsa pasar jasa verifikasi atau penelusuran teknis impor gula di Indonesia, meskipun sebenarnya pemerintah dapat menunjuk *surveyor* selain Terlapor I dan Terlapor II.

Dengan demikian, unsur barang dan atau jasa yang bersangkutan belum ada substitusinya *atau* mengakibatkan pelaku usaha lain tidak dapat masuk ke dalam persaingan usaha barang dan atau jasa yang sama atau satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha menguasai lebih dari 50% (lima puluh persen) pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu terpenuhi.

Sebagaimana telah dipertimbangkan di atas, mengingat unsur-unsur Pasal 17 UU No. 5 Tahun 1999 telah terpenuhi, maka Majelis Komisi menyimpulkan bahwa Terlapor I dan Terlapor II secara sah dan meyakinkan melanggar ketentuan Pasal 17 UU No. 5 Tahun 1999.

Untuk membuktikan terjadi atau tidak terjadi pelanggaran Pasal 19 huruf a UU No. 5 Tahun 1999, maka Majelis Komisi mempertimbangkan unsur-unsur dalam Pasal 19 huruf a UU No. 5 Tahun 1999 sebagai berikut;

1. Unsur pelaku usaha

Terlapor I dan Terlapor II merupakan pelaku usaha di bidang penyedia jasa verifikasi dan teknis penelusuran impor gula, dengan demikian unsur pelaku usaha terpenuhi.

2. Unsur melakukan satu atau beberapa kegiatan

Terlapor I dan Terlapor II melakukan kegiatan verifikasi atau penelusuran teknis

impor gula dengan cara membentuk KSO, dengan demikian unsur melakukan satu atau beberapa kegiatan terpenuhi.

3. Unsur sendiri maupun bersama pelaku usaha lain

Tindakan membentuk KSO tersebut adalah tindakan yang secara sadar dilakukan secara bersama-sama oleh Terlapor I dan Terlapor II, dengan demikian, unsur sendiri maupun bersama pelaku usaha lain terpenuhi.

4. Unsur menolak dan atau menghalangi pelaku usaha tertentu

Penunjukan SGS Geneva oleh Terlapor I dan Terlapor II telah menutup kemungkinan *surveyor* lain untuk ditunjuk sebagai pelaksana verifikasi atau penelusuran teknis impor gula di negara asal barang. Hal tersebut diperkuat dengan fakta selama ini Terlapor I dan Terlapor II tidak pernah menunjuk *surveyor* selain SGS Geneva atau SGS negara setempat dengan demikian, unsur menolak dan atau menghalangi pelaku usaha tertentu terpenuhi.

5. Unsur melakukan kegiatan usaha yang sama pada pasar bersangkutan

Telah terjadi interaksi antara Terlapor I dan Terlapor II dengan para importir gula dalam hal proses verifikasi atau penelusuran teknis impor gula dengan demikian, unsur melakukan kegiatan usaha yang sama pada pasar bersangkutan terpenuhi.

Sebagaimana telah dipertimbangkan di atas, mengingat unsur-unsur Pasal 19 huruf a UU No. 5 Tahun 1999 terpenuhi, maka Majelis Komisi menyimpulkan bahwa Terlapor I dan Terlapor II secara sah dan meyakinkan melanggar ketentuan Pasal 19 huruf a UU No. 5 Tahun 1999.

Sebelum memutuskan perkara ini, Majelis Komisi mempertimbangkan hal-hal sebagai berikut:

1. setiap biaya yang timbul sebagai akibat dari pelaksanaan tugas negara dibebankan kepada negara, dan oleh karenanya setiap pungutan yang berkaitan dengan pelaksanaan tugas negara harus diatur dengan jelas dalam undang-undang;
2. Terlapor I memiliki itikad baik untuk mengakhiri KSO, yang menyepakati untuk mengakhiri KSO dengan Terlapor II terhitung sejak tanggal 3 Oktober 2005;
3. Terlapor I melaporkan perkembangan program kerja pengakhiran KSO kepada Majelis Komisi;
4. Terlapor II memiliki itikad baik untuk mengakhiri KSO;
5. Terlapor II melaporkan perkembangan program kerja pengakhiran KSO kepada Majelis Komisi.

Majelis Komisi menyatakan:

1. Terlapor I dan Terlapor II terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar ketentuan Pasal 5 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999;

2. Terlapor I dan Terlapor II terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar ketentuan Pasal 17 UU No. 5 Tahun 1999;
3. Terlapor I dan Terlapor II terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar ketentuan Pasal 19 huruf a UU No. 5 Tahun 1999.

V.2 MONOPSONI

V.2.1 PENGERTIAN DAN RUANG LINGKUP MONOPSONI

Definisi teoritis tentang monopsoni adalah suatu pembeli dominan atau pembeli tunggal yang berhadapan dengan beberapa penjual. Pada dasarnya monopsoni adalah pantulan cermin dari monopoli, apabila monopolis memaksa harga jual dengan melakukan pembatasan produksi maka monopsonis akan melakukan kebalikannya yaitu memaksa harga jual menjadi sedemikian rendah dengan membatasi pembelian.²¹¹

Pola yang dilakukan oleh praktik monopoli maupun monopsoni sebenarnya hampir sama yaitu memberlakukan diskriminasi harga, pada saat monopolis memberlakukan tawaran ambil atau tidak sama sekali maka monopolis tersebut akan mendapatkan keuntungan maksimal dari konsumen, demikian juga seorang monopsonis akan mendapatkan keuntungan maksimal dari *supplier*-nya, tanpa mengurangi *output* yang terbentuk.

Dampak ekonomi dari monopsoni tergantung pada posisi monopsonis selaku penjual pada pasar bersangkutan. Apabila pelaku monopsoni merupakan monopolis pada pasar bersangkutan, pembatasan pembelian barang akan berakibat pada naiknya harga yang harus ditanggung oleh pembeli, namun apabila pelaku monopsoni tersebut tidak memiliki kemampuan untuk mempengaruhi harga di pasar maka perilaku monopsonis yang membatasi pembelian dari konsumen menjadi tidak percuma. Seorang monopsonis memiliki "*buyer power*" yaitu suatu posisi menguasai pembelian atau posisi tawar yang tinggi sebagai pembeli. Pembeli tersebut memiliki kekuatan untuk menetapkan harga yang menguntungkan bagi dirinya.²¹²

Praktik monopsoni bisa juga mengakibatkan munculnya kartel. Kasus monopsoni yang kemudian dikategorikan sebagai kasus kartel di Amerika Serikat muncul pada saat-saat awal lahirnya *Sherman Act*, yaitu kasus konspirasi para pengusaha pengepakan daging yang bersepakat untuk mengatur harga beli daging sapi dari peternak. [*United States v. Swift & Co.*, 122 F. 529 (C.C.N.D. Ill. 1903), *aff'd*, 196 U.S. 375 (1905)].

Selanjutnya di Amerika Serikat, secara *per se* kartel yang dilakukan oleh pembeli maupun oleh penjual tidak pernah dibedakan, jadi bisa dikatakan bahwa kartel dapat muncul juga oleh pelaku monopsoni. *Supreme Court* Amerika Serikat memutuskan mengenai penetapan harga yang dilakukan oleh para pembeli dalam kasus gula, dikarenakan alokasi pasar yang sangat ketat, maka para petani *beet* (bahan baku gula) hanya dapat menjual pada 3 produsen gula. Ketiga produsen gula tersebut kemudian melakukan penetapan harga di antara mereka. Penetapan harga antara 3 produsen gula terhadap harga beli *beet* dari petani tersebut tidak mempengaruhi harga jual gula kepada konsumen. Keputusan *Supreme Court* Amerika Serikat bahwa kasus ini tetap sebagai *per se illegal* kartel walaupun yang terkena dampak adalah penjual *beet* bukan konsumen.

²¹¹ Robert J. Thornton, *Retrospectives How Joan Robinson and B. L. Hallward Named Monopsony*, *Journal of Economic Perspectives* Vol. 18, Number 2- Spring 2004, hal. 257-261, University of Illinois at Chicago.

²¹² OECD, *Roundtable on Monopsony and Buyer Power*, Note by the United States, DAF/COMP/WD, October 2008, hal. 10.

Monopsoni juga dapat dilakukan tanpa menimbulkan kartel, khususnya pada kasus hambatan masuk ke pasar secara horizontal, di mana para kompetitor bersepakat di antara mereka untuk menghambat masuknya pesaing baru. Apabila hambatan tersebut dilakukan oleh para pembeli kompetitor secara teoritis tidak akan dianggap sebagai kartel horizontal.

Beberapa kasus merger di Amerika Serikat telah diperiksa karena dianggap melanggar posisi dominan dari sisi pembeli di pasar. Sebagai contoh kasus merger dua perusahaan asuransi kesehatan, yang ditolak oleh DOJ karena akan menghilangkan persaingan usaha sehat di antara penjual asuransi kesehatan dan melemahkan posisi para pasien sebagai pembeli jasa dokter. Kasus merger yang ditolak oleh DOJ karena dicurigai adanya monopsoni adalah merger antara dua pengepul besar gandum di Amerika Serikat, dengan alasan merger tersebut menghilangkan kompetisi pembelian gandum di beberapa wilayah penghasil gandum nasional, yang akan merugikan para petani gandum. Kasus merger lain yang ditolak adalah merger perusahaan eksplorasi minyak, kasus merger perusahaan penggilingan beras, di mana pada kasus-kasus tersebut DOJ mempertimbangkan posisi penjual sumber daya alam, khususnya hasil pertanian.

Pembeli memiliki posisi yang kuat apabila pembeli tersebut merupakan *single-firm exclusionary* di pasar bersangkutan. Masalah selanjutnya dalam monopsoni adalah kekuatan pembeli di bidang pemasaran, hal ini semakin banyak muncul dalam praktik toko waralaba khususnya *retailer*. Praktik yang terjadi adalah para pemilik lisensi waralaba (*franchisor*) cenderung untuk menekan para *supplier* mereka untuk memberikan diskon dan kompensasi lain. Cara pandang ini bisa diterapkan juga pada kasus-kasus persekongkolan untuk tender (*bid rigging*).

Jika dalam hal monopoli, seorang atau satu kelompok usaha menguasai pangsa pasar yang besar untuk menjual suatu produk, maka istilah monopsoni, dimaksudkan sebagai seorang atau satu kelompok usaha yang menguasai pangsa pasar yang besar untuk membeli suatu produk, atau acap kali monopsoni itu identik dengan pembeli tunggal atas produk barang maupun jasa tertentu. Dalam teori ekonomi disebutkan pula, bahwa monopsoni merupakan sebuah pasar di mana hanya terdapat seorang pembeli atau pembeli tunggal.

Dalam pasar monopsoni, biasanya harga barang atau jasa akan lebih rendah dari harga pada pasar yang kompetitif.²¹³ Biasanya pembeli tunggal ini pun akan menjual dengan cara monopoli atau dengan harga yang tinggi. Pada kondisi inilah potensi kerugian masyarakat akan timbul karena pembeli harus membayar dengan harga yang mahal dan juga terdapat potensi persaingan usaha yang tidak sehat.

Meskipun kasus monopsoni sangat jarang terjadi, akan tetapi dalam satu waktu atau suatu daerah tertentu hal ini bisa terjadi. Contoh kasus monopsoni yang banyak terjadi di negara-negara berkembang adalah masalah hubungan antara petani dengan pabrik. Biasanya pada suatu wilayah tertentu hanya terdapat satu pabrik yang akan menampung seluruh hasil produksi pertanian. Dalam kondisi seperti ini biasanya petani sangat tergantung kepada produsen, sebaliknya produsen akan berusaha menekan petani. Pada kondisi inilah kemudian kita menyaksikan ada salah satu pihak yang dirugikan, karenanya hukum harus mengatur dengan tegas kondisi yang menyebabkan turunnya kesejahteraan secara agregat.

Kasus serupa juga dapat terjadi jika ada serikat pekerja yang sangat solid sehingga mereka memiliki nilai tawar yang sangat tinggi. Suatu organisasi pekerja yang mempunyai kemampuan mengorganisir tenaga kerja yang dapat meliputi dan mewakili sebagian besar atau seluruh tenaga kerja dalam sebuah industri, dalam kondisi tertentu mereka bahkan bisa merugikan perusahaan dengan:

²¹³ R. Sheyam Khemani, *op. cit.*, hal. 30.

1. Menuntut upah yang lebih tinggi dari yang dicapai pada keseimbangan penawaran dan permintaan pasar tenaga kerja. Dengan ancaman mogok yang sangat merugikan perusahaan dan lain sebagainya, mereka menjadi punya kekuatan untuk merubah.
2. Membatasi penawaran tenaga kerja. Ketika buruh bisa melakukan pembatasan tenaga kerja pembatasan penawaran juga akan berimplikasi pada tuntutan peninggian upah.

Untuk kasus Indonesia beberapa tahun lalu kita juga melihat ada kasus monopsoni yang terjadi pada beberapa pasar. Di antaranya pada pasar cengkeh, di mana Badan Penyangga Pemasaran Cengkeh (BPPC) di bawah koordinasi Tommy Suharto memaksa semua petani untuk menjual cengkeh mereka pada BPPC dengan harga murah yang disertai dengan berbagai alasan yang dipaksakan.

UU No. 5 Tahun 1999 mengatur monopsoni ini secara khusus dalam Pasal 18 yang menyatakan, bahwa:

- “(1) Pelaku usaha dilarang menguasai penerimaan pasokan atau menjadi pembeli tunggal atas barang dan atau jasa dalam pasar bersangkutan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.
- (2) Pelaku usaha patut diduga atau dianggap menguasai penerimaan pasokan atau menjadi pembeli tunggal sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) apabila satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha menguasai lebih dari 50% (lima puluh persen) pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu.”

Berdasarkan pada Pasal 18 UU No. 5 Tahun 1999, maka monopsoni merupakan suatu keadaan di mana suatu kelompok usaha menguasai pangsa pasar yang besar untuk membeli suatu produk, sehingga perilaku pembeli tunggal tersebut akan dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan tidak sehat, dan apabila pembeli tunggal tersebut juga menguasai lebih dari 50% pangsa pasar suatu jenis produk atau jasa. Syarat-syarat pembuktian adanya monopsoni adalah sebagai berikut:

1. dilakukan oleh satu pelaku usaha atau satu kelompok usaha,
2. telah menguasai lebih dari 50% pangsa pasar satu jenis produk tertentu.

Monopsoni dalam UU No. 5 Tahun 1999 dilarang secara *rule of reason* yang artinya bahwa monopsoni tersebut harus memenuhi syarat-syarat tertentu yang harus dipenuhi sehingga berakibat terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat. Praktik monopsoni yang dilarang oleh hukum persaingan usaha adalah monopsoni yang mengakibatkan terjadinya praktik monopoli serta persaingan usaha tidak sehat.

Namun demikian tidak semua monopsoni dilarang oleh undang-undang. Misalnya kondisi yang terjadi bila di satu daerah/wilayah hanya terdapat sebuah pabrik pengolahan rotan milik pabrik mebel yang berbahan baku rotan dan di sekitarnya terdapat penduduk yang menanam rotan, sehingga pabrik tersebut penerima pasokan atau sebagai pembeli tunggal hasil perkebunan rakyat. Kondisi seperti ini tidak dilarang, karena memang tidak ada persaingan yang terjadi di daerah tersebut.

Jika dicermati, maka si pemilik pabrik mebel tersebut merupakan seorang monopsonis (pembeli tunggal) dan berpotensi menimbulkan monopoli. Akan tetapi yang dilakukan oleh monopsonis tadi bukan merupakan bentuk pelanggaran terhadap ketentuan Pasal 18 UU No. 5 Tahun 1999, karena apa yang telah dilakukannya merupakan bentuk/jenis monopoli alamiah (*natural monopoly*) dan tidak mengakibatkan terjadinya persaingan usaha yang tidak sehat.

V.2.2 PENJABARAN UNSUR-UNSUR PASAL 18

Dari ketentuan Pasal 18 tersebut dapat dijabarkan unsur-unsur sebagai berikut:

1. Pelaku usaha
Sesuai dengan Pasal 1 angka 5 dalam Ketentuan Umum UU No. 5 Tahun 1999, pelaku usaha adalah:
“Setiap orang perorangan atau badan usaha, baik yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum negara Republik Indonesia, baik sendiri maupun bersama-sama melalui perjanjian, menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang ekonomi.”
2. Penguasaan
Yang dimaksudkan dengan penguasaan adalah:
“Penguasaan yang nyata atas suatu pasar bersangkutan oleh satu atau lebih pelaku usaha sehingga dapat menentukan dan mengendalikan harga barang dan atau jasa di pasar”.
3. Barang
Sesuai dengan Pasal 1 angka 16 dalam Ketentuan Umum UU No. 5 Tahun 1999,
“Barang adalah setiap benda, baik berwujud maupun tidak berwujud, baik bergerak maupun tidak bergerak, yang dapat diperdagangkan, dipakai, dipergunakan, atau dimanfaatkan oleh konsumen atau pelaku usaha”.
4. Jasa
Sesuai dengan Pasal 1 angka 17 dalam Ketentuan Umum UU No. 5 Tahun 1999,
“Jasa adalah setiap layanan yang berbentuk pekerjaan atau prestasi yang diperdagangkan dalam masyarakat untuk dimanfaatkan oleh konsumen atau pelaku usaha”.
5. Praktik monopoli
Sesuai dengan Pasal 1 angka 2 dalam Ketentuan Umum UU No. 5 Tahun 1999,
“Praktik monopoli adalah pemusatan kekuatan ekonomi oleh satu atau lebih pelaku usaha yang mengakibatkan dikuasanya produksi dan/atau pemasaran atas barang dan/atau jasa tertentu sehingga menimbulkan persaingan usaha tidak sehat dan dapat merugikan kepentingan umum”.
6. Persaingan usaha tidak sehat
Pasal 1 angka 6 dalam Ketentuan Umum UU No. 5 Tahun 1999 menyatakan bahwa:
“Persaingan usaha tidak sehat adalah persaingan antar pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan/atau pemasaran barang dan/atau jasa yang dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha”.

Pasal-pasal dalam UU No. 5 Tahun 1999 yang terkait dengan Pasal 18 adalah:

1. Pasal 17 UU No. 5 Tahun 1999 tentang monopoli
Pasal 17 akan memberikan dasar mengenai penetapan seorang pelaku usaha atau pelaku-pelaku usaha untuk dapat dikatakan melakukan tindakan monopoli.
2. Pasal 19 UU No. 5 Tahun 1999 tentang penguasaan pasar

Keterkaitan Pasal 18 dengan Pasal 19 dikarenakan Pasal 19 menjelaskan bentuk-bentuk praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat, sebagai akibat dari penguasaan pasar yang dilakukan oleh praktik monopsoni. Pasal 1 tidaklah melarang penguasaan pasar yang dilakukan oleh sebuah perusahaan kecuali mengakibatkan praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat, yang dapat dijabarkan melalui Pasal 19.

3. Pasal 25 UU No. 5 Tahun 1999 tentang posisi dominan
Pasal 25 UU No. 5 Tahun 1999 tetap penting dalam mengukur apakah tindakan yang melanggar Pasal 18 UU No. 5 Tahun 1999 bertujuan untuk mempertahankan posisi dominan yang dimiliki oleh pelaku usaha atau pelaku-pelaku usaha tersebut.

Kasus V:7

Perkara No. 05/KPPU-L/2002 Kasus Perkara *Cineplex*

Terlapor dalam kasus ini adalah PT Camila Internusa Film sebagai Terlapor I; PT Satria Perkasa Esthetika Film sebagai Terlapor II; PT Nusantara Sejahtera Raya sebagai Terlapor III.

Dalam kasus ini Group 21 telah melakukan praktik integrasi vertikal dengan alasan bahwa Group 21 memiliki hak tunggal dalam mendistribusikan film-film dari *major companies* yang diberikan oleh pihak MPA (distributor film-film Hollywood: 20 Century Fox, Universal Studio, Warner Bross, Buena Vista International Touch Town dan Columbia Tri Star.

Group 21 telah melakukan perjanjian tertutup dengan alasan bahwa kerja sama produsen film lokal dengan Group 21 dalam pemutaran film, seluruh promosi (*printed media: poster, banner*, dan media massa: iklan media cetak dan media elektronik) dibebankan kepada pihak produsen film. Group 21 telah melakukan monopoli dengan alasan bahwa dengan adanya hak tunggal tersebut Group 21 memiliki prioritas untuk mendistribusikan film-film dari *major companies* ke bioskop Group 21, terutama di wilayah Jakarta.

Group 21 telah melakukan monopsoni dengan alasan Group 21 memiliki hak tunggal dalam distribusi film-film dari *major companies* yang diberikan oleh pihak MPA (distributor film-film Hollywood: 20th Century Fox, Universal Studio, Warner Bross, Paramount, Walt Disney, Metro Goldwyn Meyer, dan Columbia Tri Star).

Group 21 telah melakukan penguasaan pasar dan juga secara sepihak menentukan bioskop mana saja baik di dalam maupun di luar Group 21, yang dapat menerima *copy* film dan menayangkannya.

Group 21 memiliki posisi dominan dan melakukan jabatan rangkap di mana jabatan rangkap tersebut terlihat pada perilaku dan aktivitas beberapa personalia yang namanya selalu ada pada beberapa posisi di beberapa perusahaan berbeda yang terafiliasi.

Bahwa Terlapor I dan Terlapor II dengan Terlapor III terintegrasi secara vertikal dalam rangkaian jasa pendistribusian dan penayangan film impor MPA. Namun penguasaan tersebut di bawah 50% dari keseluruhan film impor sehingga bukan merupakan integrasi vertikal sebagaimana dimaksud Pasal 14 UU No. 5 Tahun 1999.

Perjanjian yang dibuat oleh Terlapor I atau Terlapor II dengan beberapa anggota MPA tidak memuat persyaratan-persyaratan mengenai keharusan untuk memasok kembali film kepada pihak tertentu dan atau pada tempat tertentu, atau mengenai keharusan Terlapor I dan Terlapor II bersedia membeli barang dan atau jasa lain dari pihak MPA, atau mengenai harga atau potongan-potongan tertentu dengan syarat membeli barang dan atau jasa lain atau tidak akan membeli film dari produsen lain, sehingga perjanjian tersebut bukan merupakan perjanjian tertutup sebagaimana dimaksud Pasal 15 UU No. 5 Tahun 1999.

Kemudian, Terlapor I dan Terlapor II telah menguasai distribusi film impor MPA. Namun penguasaan tersebut kurang dari 50% keseluruhan film impor pada tahun 2001 dan 2002, sehingga kegiatan yang dilakukan Terlapor I dan Terlapor II bukan merupakan kegiatan monopoli sebagaimana dimaksud Pasal 17 UU No. 5 Tahun 1999. Meskipun Terlapor III menguasai pangsa pasar bioskop *first run* di sebagian besar kota. Namun, tidak ditemukan bukti adanya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat sebagaimana dimaksud Pasal 17 UU No. 5 Tahun 1999.

Jumlah film yang diimpor oleh Terlapor I dan Terlapor II tidak lebih 50% dari keseluruhan film impor, sehingga bukan merupakan kegiatan monopsoni sebagaimana dimaksud Pasal 18 UU No. 5 Tahun 1999. Film-film impor yang ditayangkan di bioskop-bioskop milik Terlapor III tidak bersifat *mutually exclusive* artinya film-film tersebut bisa juga ditayangkan di bioskop non-21 pada saat bersamaan dan tidak ada paksaan bagi importir film untuk memasok filmnya ke bioskop Group 21, sehingga bukan merupakan kegiatan monopsoni sebagaimana dimaksud Pasal 18 UU No. 5 Tahun 1999.

Terlapor I dan Terlapor II mendistribusikan film impor kepada bioskop Group 21 dan kepada bioskop non-21 berdasarkan pertimbangan teknis dan ekonomis, sehingga bukan merupakan praktik diskriminasi sebagaimana dimaksud Pasal 19 huruf d UU No. 5 Tahun 1999.

Penguasaan film impor oleh Terlapor I dan Terlapor II adalah kurang dari 50%, sehingga Terlapor I dan Terlapor II tidak berada pada posisi monopoli dan karena itu tidak berada pada posisi dominan sebagaimana dimaksud Pasal 25 ayat (2) UU No. 5 Tahun 1999. Meskipun Terlapor III berada dalam posisi dominan sebagaimana dimaksud Pasal 25 ayat (2) di sebagian besar kota, namun tidak ditemukan bukti adanya penetapan syarat-syarat perdagangan untuk mencegah dan atau menghalangi konsumen memperoleh jasa penayangan film yang bersaing atau membatasi pasar atau menghambat pelaku usaha bioskop lain yang berpotensi menjadi pesaingnya sehingga tidak memenuhi ketentuan Pasal 25 UU No. 5 Tahun 1999.

Terlapor III terbukti memiliki saham mayoritas di beberapa perusahaan yang bergerak di bidang perbioskopian yaitu PT Intra Mandiri dan PT Wedu Mitra di pasar bersangkutan yang sama yaitu di Surabaya. Bioskop-bioskop yang dimiliki oleh kedua perusahaan tersebut menguasai lebih dari 50% pangsa pasar, sehingga kepemilikan saham Terlapor III tersebut memenuhi ketentuan Pasal 27 UU No. 5 Tahun 1999.

Berdasarkan Sidang Majelis Komisi Terlapor I yaitu PT Camila Internusa Film, Terlapor II yaitu PT Satria Perkasa Esthetika Film dan Terlapor III PT Nusantara Sejahtera Raya tidak terbukti melanggar Pasal 18 UU No. 5 Tahun 1999.

V.3 PENGUASAAN PASAR

Penguasaan pasar atau dengan kata lain menjadi penguasa di pasar merupakan keinginan dari hampir semua pelaku usaha, karena penguasaan pasar yang cukup besar memiliki korelasi positif dengan tingkat keuntungan yang mungkin bisa diperoleh oleh pelaku usaha. Untuk memperoleh penguasaan pasar ini, pelaku usaha kadangkala melakukan tindakan-tindakan yang bertentangan dengan hukum. Kalau hal ini yang terjadi, maka mungkin saja akan berhadapan dengan para penegak hukum karena melanggar ketentuan-ketentuan yang ada dalam hukum persaingan. Walaupun pasal ini tidak merumuskan berapa besar penguasaan pasar atau berapa pangsa pasar suatu pelaku usaha, namun demikian suatu perusahaan yang menguasai suatu pasar pasti mempunyai posisi dominan di pasar.²¹⁴

Oleh karena itu penguasaan pasar yang cukup besar oleh pelaku usaha biasanya selalu menjadi perhatian bagi penegak hukum persaingan untuk mengawasi perilaku pelaku usaha tersebut di dalam pasar, karena penguasaan pasar yang besar oleh pelaku usaha tertentu biasanya dimanfaatkan untuk melakukan tindakan-tindakan antipersaingan yang bertujuan agar dia dapat tetap menjadi penguasa pasar dan mendapatkan keuntungan yang sebesar-besarnya (maksimal).

Pengaturan mengenai penguasaan pasar di dalam UU No. 5 Tahun 1999 terdapat di Pasal 19 yang menyebutkan bahwa:

“Pelaku usaha dilarang melakukan satu atau beberapa kegiatan, baik sendiri maupun bersama pelaku usaha lain, yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat berupa:

- a. menolak dan atau menghalangi pelaku usaha tertentu untuk melakukan kegiatan usaha yang sama pada pasar bersangkutan; atau
- b. menghalangi konsumen atau pelanggan pelaku usaha pesaingnya untuk tidak melakukan hubungan usaha dengan pelaku usaha pesaingnya itu; atau
- c. membatasi peredaran dan atau penjualan barang dan atau jasa pada pasar bersangkutan; atau
- d. melakukan praktik diskriminasi terhadap pelaku usaha tertentu.”

Pihak yang dapat melakukan penguasaan pasar adalah para pelaku usaha yang mempunyai *market power*, yaitu pelaku usaha yang dapat menguasai pasar sehingga dapat menentukan harga barang dan atau jasa yang di pasar yang bersangkutan. Wujud penguasaan pasar yang dilarang dalam UU No. 5 Tahun 1999 tersebut dapat terjadi dalam berbagai bentuk perilaku penjualan barang dan/ atau jasa di antaranya, jual rugi (*predatory pricing*) dengan maksud untuk “mematikan” pesaingnya; dan praktik penetapan biaya produksi secara curang serta biaya lainnya yang menjadi komponen harga barang.

Berbagai wujud penguasaan pasar seperti ini hanya dapat dilakukan oleh pelaku usaha yang mempunyai *market power*. Kriteria penguasaan pasar tersebut tidak harus 100%, penguasaan sebesar 50% atau 75% saja sudah dapat dikatakan mempunyai *market power*.

Pasal 19 UU No. 5 Tahun 1999 ini dirumuskan secara *rule of reason* sehingga penguasaan pasar itu sendiri menurut pasal ini tidak secara mutlak dilarang. Penguasaan pasar dilarang apabila dari penguasaan pasar yang dimiliki oleh pelaku usaha tersebut mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat atau mempunyai alasan-alasan yang dapat diterima. Perlu disimak, bahwa penguasaan pasarnya sendiri belum tentu bertentangan dengan UU No. 5 Tahun

²¹⁴ Departemen Perindustrian dan Perdagangan dan GTZ, *Undang-Undang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, 2000, hal. 273.

1999, yang kemungkinan bertentangan dengan UU No. 5 Tahun 1999 adalah jenis-jenis kegiatan yang dilakukan oleh pelaku usaha perusahaan yang menguasai pasar yang pada akhirnya anti terhadap persaingan usaha yang sehat.

V.3.1 URAIAN UNSUR DALAM PASAL 19 UU NO. 5 TAHUN 1999²¹⁵

1. Unsur pelaku

Pelaku usaha

Berdasarkan Pasal 1 angka 5 UU No. 5 Tahun 1999, pelaku usaha adalah

“Setiap orang perorangan atau badan usaha baik yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum negara Republik Indonesia, baik sendiri-sendiri maupun bersama-sama melalui perjanjian, menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang ekonomi”.

Pelaku usaha lain

Pelaku usaha lain adalah pelaku usaha yang melakukan satu atau beberapa kegiatan secara bersama-sama pada pasar bersangkutan. Pelaku usaha lain menurut penjelasan Pasal 17 ayat (2) huruf b UU No. 5 Tahun 1999 adalah:

“Pelaku usaha yang mempunyai kemampuan bersaing yang signifikan dalam pasar bersangkutan”.

Pelaku usaha tertentu

Pelaku usaha tertentu adalah pelaku usaha yang dirugikan oleh kegiatan sebagaimana disebutkan dalam Pasal 19 huruf a dan d UU No. 5 Tahun 1999.

Pelaku usaha pesaing

Pelaku usaha pesaing adalah pelaku usaha yang berada dalam pasar bersangkutan yang sama.

Konsumen

Menurut Pasal 1 angka 15 UU No. 5 Tahun 1999, konsumen adalah:

“Setiap pemakai dan atau pengguna barang dan atau jasa untuk kepentingan diri sendiri maupun untuk kepentingan pihak lain”.

Pelanggan

Pelanggan adalah pemakai atau pengguna dari barang dan atau jasa untuk kepentingan sendiri maupun kepentingan pihak lain yang menggunakan secara berkesinambungan, teratur, terus-menerus baik melalui perjanjian tertulis maupun tidak tertulis.

2. Unsur tindakan

Penguasaan pasar

Kemampuan pelaku usaha dalam mempengaruhi pembentukan harga atau kuantitas produksi atau aspek lainnya dalam sebuah pasar. Aspek lainnya dapat berupa, namun tidak terbatas pada

²¹⁵ Peraturan KPPU No. 3 Tahun 2011 tentang *Pedoman Pasal 19 huruf d tentang Praktik Diskriminasi UU No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*.

pemasaran, pembelian, distribusi, penggunaan atau akses atas barang atau jasa tertentu di pasar bersangkutan. Kegiatan ini dapat dilakukan sendiri oleh pelaku usaha atau secara bersama-sama dengan pelaku usaha lainnya dan dapat terdiri dari satu atau beberapa kegiatan sekaligus.

3. Praktik monopoli

Berdasarkan Pasal 1 angka 2 UU No. 5 Tahun 1999, praktik monopoli adalah:

“Pemusatan kekuatan ekonomi oleh satu atau lebih pelaku usaha yang mengakibatkan dikuasainya produksi dan atau pemasaran atas barang dan atau jasa tertentu sehingga menimbulkan persaingan usaha tidak sehat dan dapat merugikan kepentingan umum”.

4. Persaingan usaha tidak sehat

Berdasarkan Pasal 1 angka 6 UU No. 5 Tahun 1999, persaingan usaha tidak sehat adalah:

“Persaingan antar pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa yang dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha”.

5. Pasar bersangkutan

Berdasarkan Pasal 1 angka 10 UU No. 5 Tahun 1999, pasar bersangkutan adalah:

“Pasar yang berkaitan dengan jangkauan atau daerah pemasaran tertentu oleh pelaku usaha atas barang dan atau jasa yang sama atau sejenis atau substitusi dari barang dan jasa tersebut”.

Sejalan dengan pengertian di atas dan dari sudut pandang ekonomi, ada dua dimensi pokok yang harus dipertimbangkan untuk menentukan pengertian pasar bersangkutan, yaitu produk (barang atau jasa yang dimaksud) dan wilayah geografis.

6. Melakukan sendiri maupun bersama-sama

Kegiatan yang dilakukan sendiri oleh pelaku usaha merupakan keputusan atau perbuatan independen tanpa kerja sama dengan pelaku usaha yang lain. Kegiatan yang dilakukan secara bersama-sama merupakan kegiatan yang dilakukan oleh pelaku usaha dalam pasar bersangkutan yang sama di mana pelaku usaha mempunyai hubungan dalam kegiatan usaha yang sama.

7. Melakukan satu atau beberapa kegiatan

Satu atau beberapa kegiatan yang dilakukan dalam bentuk kegiatan secara terpisah ataupun beberapa kegiatan sekaligus yang ditujukan kepada seorang pelaku usaha.

8. Kegiatan usaha yang sama

Kegiatan usaha yang sama adalah kegiatan usaha yang sejenis dengan yang dilakukan oleh pelaku usaha.

9. Hubungan usaha

Hubungan usaha adalah kegiatan ekonomi antar pelaku usaha dalam bentuk berbagai transaksi dan atau kerja sama

10. **Barang**
Berdasarkan Pasal 1 angka 16 UU No. 5 Tahun 1999 barang adalah:
“Setiap benda baik berwujud maupun tidak berwujud, baik bergerak maupun tidak bergerak yang dapat diperdagangkan, dipakai, dipergunakan atau dimanfaatkan oleh konsumen atau pelaku usaha”.
11. **Jasa**
Berdasarkan Pasal 1 angka 17 UU No. 5 Tahun 1999 jasa adalah:
“Setiap layanan yang berbentuk pekerjaan atau prestasi yang diperdagangkan dalam masyarakat untuk dimanfaatkan oleh konsumen atau pelaku usaha”.
12. **Menolak**
Menolak adalah ketika pelaku usaha tidak bersedia melakukan kegiatan usaha dengan pelaku usaha lainnya.
13. **Menghalangi**
Menghalangi adalah ketika pelaku usaha melakukan kegiatan yang menciptakan hambatan bagi pelaku usaha lain atau pelaku usaha pesaingnya untuk masuk ke dalam suatu pasar bersangkutan yang sama.
14. **Membatasi peredaran**
Membatasi peredaran adalah kegiatan yang dilakukan pelaku usaha dengan tujuan untuk mengendalikan distribusi atau wilayah peredaran barang dan atau jasa.
15. **Praktik diskriminasi**
Praktik diskriminasi adalah termasuk di dalamnya menolak sama sekali melakukan hubungan usaha, menolak melakukan hubungan usaha, menolak syarat-syarat tertentu atau perbuatan lain, di mana pelaku usaha lain diperlakukan dengan cara tidak sama. Terjadi perbedaan perlakuan oleh pelaku usaha tertentu kepada pelaku usaha lainnya dalam suatu pasar bersangkutan.

V.3.2 JENIS-JENIS KEGIATAN YANG DILARANG

Terdapat empat jenis kegiatan yang dilarang oleh Pasal 19 UU No. 5 Tahun 1999, yaitu:

a. Menolak dan atau Menghalangi Pelaku Usaha Tertentu untuk Melakukan Kegiatan Usaha yang sama pada Pasar Bersangkutan

Kegiatan menolak atau menghalangi pelaku usaha tertentu untuk melakukan kegiatan usaha yang sama pada pasar bersangkutan terjadi bila pelaku usaha melakukan penolakan atau menghalangi pelaku usaha tertentu yang bertujuan untuk menghambat baik bagi pelaku potensial yang akan masuk ke pasar bersangkutan atau kepada pesaing yang sudah ada pada pasar bersangkutan. Penolakan atau penghalangan dapat dilakukan sendiri atau bersama-sama melalui berbagai cara misalnya tidak diikutsertakan dalam suatu kerja sama atau kesepakatan atau tidak memberikan ijin penggunaan akses kepada fasilitas yang esensial untuk proses produksi.

Bentuk pelanggaran ini dapat terjadi pada hubungan usaha yang bersifat horizontal atau vertikal. Kegiatan usaha yang sama tidak berarti bahwa hubungan antara pelaku usaha dengan pelaku usaha tertentu berada pada pasar bersangkutan, misalnya antara *supplier* dan *retailer*. Dalam praktik internasional kegiatan ini sering disebut dengan istilah *refusal to deal*²¹⁶.

Perbandingan pengaturan *refusal to deal* di Amerika Serikat dan di Eropa. Di Amerika Serikat penerapan pasal mengenai *refusal to deal* di Amerika Serikat akan menjadi tidak efektif apabila penolakan untuk melakukan kegiatan usaha tersebut memenuhi 4 syarat, pertama tidak antipersaingan, kedua adil dan pemenuhan permintaan untuk melakukan kegiatan usaha akan memberikan kesempatan bagi pelaku usaha pemegang posisi dominan untuk membagi pangsa pasarnya, ketiga adanya pemanfaatan *input* dan keempat apabila kegiatan usaha tersebut merupakan upaya *joint venture* dengan pelaku usaha pesaing.

Berikut ini adalah pendapat Mahkamah Agung Amerika Serikat dalam kasus *United States v. Colgate & Co.*, 250 U.S. 300 (1919).²¹⁷ Dalam kasus ini, *Colgate* dianggap telah melanggar Pasal 1 *Sherman Act* dengan melakukan skema penetapan harga eceran untuk sabun dan produk *toilet*. *Colgate* menolak untuk melakukan penjualan kepada pihak-pihak yang tidak menaati ketentuan harga yang ditetapkannya.²¹⁸ Sampai saat ini kebebasan menentukan mitra usaha dikenal dengan sebutan *Colgate Doctrine*. Dikarenakan Pasal 1 *Sherman Act* hanya melarang aksi bersama (*concerted action*), maka siapa pun secara unilateral dapat menolak untuk melakukan kesepakatan dengan orang lain. Perusahaan nonmonopolis memiliki kebebasan memilih mitra adalah esensi dari *Colgate Doctrine*.²¹⁹

Salah satu bentuk kegiatan yang termasuk kelompok *refusal to deal* adalah penolakan akses ke “fasilitas penting” atau sering disebut *Essential Facilities Doctrine*. Doktrin fasilitas penting merupakan salah satu batasan pada aturan umum yang lama bahwa perusahaan tidak memiliki kewajiban untuk berurusan dengan pesaingnya. Doktrin fasilitas penting akan menghukum perusahaan monopolis, yang menguasai fasilitas penting, menolak akses yang wajar perusahaan lainnya untuk suatu produk atau jasa yang harus diperoleh demi bersaing dengan monopolis.²²⁰

EU mengatur secara berbeda untuk *refusal to deal*, berdasarkan putusan ECJ pada kasus *Oscar Bronner* dikatakan bahwa *refusal to deal* menjadi ilegal apabila a) kegiatan tersebut akan menghilangkan semua kompetisi di tingkat pasar sekunder, b) kegiatan tersebut tidak dapat dinilai secara objektif, c) *input* dari kegiatan tersebut sangat diperlukan oleh pelaku usaha pesaing untuk meneruskan usahanya, dapat dikatakan tidak ada produk substitusi bagi *input* tersebut.

Pada tahun 2005 diasumsikan bahwa *refusal to deal* akan dikategorikan dalam dua kategori yaitu pertama *refusal to deal* berdasarkan kasus *Aspen* yang akan menghilangkan hubungan usaha yang telah ada; dan kedua, *refusal to deal* berdasarkan *Oscar Bronner* yaitu *refusal to deal* yang dilakukan sejak awal menolak melakukan hubungan usaha. Tindakan *refusal to deal* apabila dilakukan oleh pelaku usaha yang memiliki posisi dominan akan memberikan dampak yang bersifat penyalahgunaan posisi dominan.²²¹

Indikasi dilakukannya kegiatan-kegiatan sebagaimana yang diuraikan dalam Pasal 19 huruf a UU No. 5 Tahun 1999 antara lain:

216 Richard M. Steuer, *Executive Summary Of The Antitrust Laws*, Mayer Brown LLP, <http://library.findlaw.com>, Januari 1999.

217 Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), “*Roundtable on Refusals to Deal*”, hal. 193, www.oecd.org/dataoecd/44/35/43644518.pdf, diunduh pada 19 April 2011.

218 Stephen F. Ross, *op. cit.*, hal. 261.

219 Kathryn A. Kusske “*Refusal to Deal as a Per Se Violation of the Sherman Act: Russell Stover Attacks the Colgate Doctrine*,” 33 *American University Law Review* 463 (1984), hal. 463-464.

220 Robert Pitofsky, “*The Essential Facilities Doctrine Under United States Antitrust Law*,” hal. 2, www.ftc.gov/os/comments/intelpropertycomments/pitofskyrobert.pdf, diunduh pada 17 April 2011.

221 *The 2005 Discussion Paper of the EU DG Competition*.

1. adanya hambatan masuk ke pasar bersangkutan yang tinggi atau sulit bagi pelaku usaha pesaing atau pesaing potensial; dan/atau
2. tidak diikutsertakannya pelaku usaha lain dalam suatu kesepakatan atau kerja sama; dan/atau
3. adanya syarat yang memberatkan yang diberlakukan untuk pelaku usaha lain; dan/atau
4. tidak diberikannya kesempatan atau akses kepada pelaku usaha lain untuk menggunakan fasilitas esensial yang diperlukan untuk proses produksi.

Beberapa kasus yang telah diputuskan oleh KPPU terkait pelanggaran Pasal 19 huruf a UU No. 5 Tahun 1999 akan diuraikan berikut ini.

Kasus V.8

Kasus *Pricewaterhouse Coopers* Putusan Perkara No. 08/KPPU-L/2003

Pihak Terlapor adalah Kantor Akuntan Publik (KAP) Drs. Hadi Sutanto & Rekan, sekarang bernama Kantor Akuntan Publik (KAP) Haryanto Sahari & Rekan, *member firm* dari Kantor Akuntan Publik Asing Pricewaterhouse Coopers (PwC).²²²

Kantor Akuntan Publik (KAP) Eddy Pianto menemukan adanya masalah dalam Laporan Keuangan PT Telkomsel yang diaudit oleh Terlapor. Masalah tersebut adalah, Terlapor telah melakukan beberapa tindakan yang melanggar UU No. 5 Tahun 1999, yaitu dengan sengaja memberikan interpretasi yang menyesatkan kepada PT Telkom, PT Telkomsel, dan United States Securities and Exchange Commission (SEC), mengenai ketentuan Standar Audit Amerika. Sehingga mengakibatkan rusaknya kualitas audit yang dilakukan oleh KAP Eddy Pianto atas Laporan Keuangan Konsolidasi PT Telkom Tahun Buku 2002 dan menghalangi KAP Eddy Pianto untuk bersaing dengan Terlapor sehubungan dengan penyediaan layanan audit ke perusahaan-perusahaan besar yang tercatat di lantai bursa.

Menimbang bahwa berdasarkan fakta-fakta tersebut maka Majelis Komisi menilai apakah Terlapor telah melakukan kegiatan yang dilarang sebagaimana diatur dalam UU No. 5 Tahun 1999, khususnya Pasal 19 huruf a dan huruf b. Majelis Komisi memutuskan Kantor Akuntan Publik (KAP) Drs. Hadi Sutanto & Rekan, sekarang bernama Kantor Akuntan Publik (KAP) Haryanto Sahari & Rekan, *member firm* dari Kantor Akuntan Publik Asing Pricewaterhouse Coopers (PwC) terbukti secara sah dan meyakinkan telah melanggar ketentuan Pasal 19 huruf a dan huruf b UU No. 5 Tahun 1999. Sehingga Terlapor dihukum untuk membayar denda sebesar Rp 20.000.000.000,00 (dua puluh milyar rupiah).

²²² Merupakan *member firma* dari Pricewaterhouse Coopers (PwC) International Limited sejak 1 Juli 1998 dan karenanya dalam melaksanakan kegiatan kegiatannya Terlapor memperoleh bantuan teknis dari PwC dan berhak menggunakan nama serta mencantumkan nama PwC dalam setiap kegiatannya.

Kasus PT Carrefour Indonesia Putusan Perkara No. 02/KPPU-L/2005

Sebagai terlapor adalah PT Carrefour Indonesia merupakan perusahaan ritel yang memiliki kegiatan usaha di antaranya adalah bidang perdagangan umum seperti toko serba ada, supermarket, hipermarket dan pendirian gedung untuk digunakan sebagai tempat usaha, didirikan sebagai PT Contimas Utama Indonesia (CUI) pada tahun 1995 dengan usaha membeli barang dengan volume tinggi dari pemasok agar dapat dijual kembali dengan harga murah kepada konsumen.

Terlapor menyatakan terdapat tiga persyaratan umum bagi pemasok untuk menjual barangnya di gerai Terlapor yaitu persyaratan administrasi sesuai dengan hukum Indonesia, memasok barang sesuai dengan ekspektasi konsumen serta pemasok dan Terlapor sama-sama menghasilkan *profit*. Perjanjian dagang antara Terlapor dengan pemasok memuat syarat-syarat perdagangan (*trading terms*) yang harus dinegosiasikan terlebih dahulu sebelum menandatangani. Dalam praktik terdapat pemasok dengan kategori besar tidak dikenakan persyaratan *listing fee* oleh Terlapor tetapi pemasok tersebut dikenakan biaya *item* syarat-syarat perdagangan (*trading terms*) lain yang lebih besar.

Berdasarkan bukti yang diajukan oleh Pelapor pada tanggal 20 Oktober 2004, Komisi telah menerima laporan yang pada pokoknya terdapat dugaan pelanggaran UU No. 5 Tahun 1999 yang dilakukan oleh Terlapor dalam menetapkan syarat-syarat perdagangan (*trading terms*) kepada pemasok barang syarat-syarat perdagangan (*trading terms*) yang memberatkan pemasok yang akan menjalin hubungan usaha dengan Terlapor, antara lain *listing fee*, *minus margin*, *fixed rebate*, *payment term*, *regular discount*, *common assortment cost*, *opening cost/new store*, *penalty*. Syarat-syarat perdagangan (*trading terms*) tersebut sangat mematkan Usaha Kecil Menengah (UKM) karena Terlapor tidak membedakan pemasok skala usaha besar dan skala usaha kecil menengah. Syarat-syarat perdagangan (*trading terms*) antara Terlapor dengan salah satu pemasok Terlapor yang memuat ketentuan sebagai berikut: *Fixed Rebate* : 7%-Pembayaran (*terms of payment*) 45 hari, *Regular Discount* 7,5% - 10%, *Common assortment cost* 1%, *Opening cost/new store* Rp. 1.500.000,-*Penalty* Rp. 5.000.000,- *per item per store* dan lain-lain. Bahwa biaya syarat-syarat perdagangan (*trading terms*) sebagaimana tersebut di atas kurang lebih 20% dari nilai penjualan.

Menimbang bahwa untuk membuktikan telah terjadi atau tidak terjadi pelanggaran terhadap Pasal 19 huruf a UU No. 5 Tahun 1999 Majelis Komisi mempertimbangkan unsur-unsur dalam Pasal 19 huruf a tersebut sebagai berikut.

1. Unsur pelaku usaha
Terlapor adalah perusahaan penerimaan penggabungan dari PT Contimas Utama Indonesia (CUI), PT Cartisa Properti Indonesia (CPI) dan PT Carti Satria Megaswalayan (CSM), bahwa demikian unsur pelaku usaha terpenuhi.
2. Unsur kegiatan menghalangi pelaku usaha tertentu untuk melakukan kegiatan usaha yang sama pada pasar bersangkutan
Berkurangnya *item* produk di gerai pesaing Terlapor mengakibatkan berkurangnya daya saing pesaing Terlapor di pasar bersangkutan, dengan demikian unsur menghalangi terpenuhi.

3. Unsur pasar bersangkutan

Pasar bersangkutan dalam perkara ini adalah pasar ritel hipermarket yang bersaing secara langsung di wilayah Jakarta, Tangerang, Bandung, Surabaya dan Medan atas produk kebutuhan rumah tangga sehari-hari seperti produk makanan dan minuman, dengan demikian unsur pasar bersangkutan terpenuhi.

4. Unsur persaingan usaha tidak sehat

Penerapan persyaratan *minus margin* oleh Terlapor juga mengakibatkan harga jual produk Terlapor dijadikan sebagai pedoman harga bagi pemasok sehingga pesaing Terlapor tidak bebas untuk menentukan harga jual yang lebih bersaing kepada konsumen di pasar bersangkutan, dengan demikian unsur persaingan tidak sehat terpenuhi .

Majelis Komisi menyatakan bahwa Terlapor terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 19 huruf a UU No. 5 Tahun 1999 dan menyatakan bahwa Terlapor tidak terbukti melanggar Pasal 19 huruf b UU No. 5 Tahun 1999.

Kasus V.10

Kasus Jasa Bongkar Muat di Pelabuhan Teluk Bayur Putusan Perkara No. 02/KPPU-I/2013 Terlapor adalah PT Pelabuhan Indonesia II (Persero).

PT PELINDO II (Persero) selaku badan usaha pelabuhan yang mengelola/ mengoperasikan terminal dan fasilitas pelabuhan pada 10 (sepuluh) provinsi dengan total sebanyak 12 (dua belas) pelabuhan di mana salah satu pelabuhan yang dikelola adalah Pelabuhan Teluk Bayur di Padang – Sumatera Barat. Keberadaan Pelabuhan Teluk Bayur sebagai pelabuhan terbuka untuk perdagangan internasional telah meningkatkan kegiatan usaha yang terkait dengan jasa kepelabuhanan termasuk di antaranya kegiatan usaha bongkar muat barang.

Pada awalnya kondisi kegiatan usaha bongkar muat barang di Pelabuhan Teluk Bayur dirasa pelaku usaha terkait cukup kondusif namun ketika PT PELINDO II (Persero) selaku badan usaha pelabuhan juga melakukan kegiatan usaha bongkar muat barang dengan membentuk unit/divisi khusus bongkar muat barang yaitu Perusahaan Bongkar Muat (PBM) Divisi Usaha Terminal (DUT) PT Pelindo II Cabang Teluk Bayur maka dirasa mulai menimbulkan permasalahan, terlebih lagi selaku pengelola pelabuhan, PT PELINDO II (Persero) menetapkan persyaratan dalam perjanjian penyewaan lahan di Pelabuhan Teluk Bayur dengan mewajibkan penyewa lahan untuk menggunakan jasa bongkar muat yang dimiliki PT PELINDO II (Persero) tersebut. Tindakan tersebut sangat memiliki potensi menimbulkan dampak persaingan usaha yang tidak sehat dalam pasar jasa bongkar muat barang di Pelabuhan Teluk Bayur – Provinsi Sumatera Barat.

Berdasarkan hasil investigasi ditemukan adanya perjanjian sewa lahan milik PT PELINDO

II (Persero) juga terdapat klausul kewajiban pengguna/penyewa lahan yang harus memenuhi jumlah *throughput minimum* per tahun. Jika tidak terpenuhi, maka pihak pengguna/penyewa lahan akan dikenakan sanksi yang dihitung per ton dari sisa jumlah *throughput minimum* yang tidak terpenuhi.

Bahkan berdasarkan alat bukti juga terdapat perjanjian sewa lahan yang mengatur mengenai larangan untuk menangani bongkar muat pihak ketiga, apabila dikerjakan maka harus memperoleh izin dari PT PELINDO II (Persero) dan wajib membayar *supervise fee* kepada PT PELINDO II (Persero).

Dalam perkara ini PT PELINDO II menyatakan tidak benar pendapat yang menyatakan bahwa seolah-olah PT PELINDO II (Persero) baru menyelenggarakan kegiatan jasa bongkar muat belakangan ini karena faktanya, penyelenggaraan kegiatan jasa bongkar muat oleh PT PELINDO II (Persero) sudah dilakukan sejak berdirinya PT PELINDO II (Persero) dan selama itu kegiatan penyelenggaraan kegiatan bongkar muat di pelabuhan Teluk Bayur telah berjalan dengan kondusif.

Bahwa suasana tidak kondusif yang timbul akhir-akhir ini disebabkan karena adanya keinginan dari Asosiasi Perusahaan Bongkar Muat untuk membatasi peran PT PELINDO II (Persero) untuk tidak melakukan kegiatan pelayanan jasa bongkar muat barang dan hanya sebagai penyedia fasilitas saja.

Pertimbangan KPPU untuk membuktikan terjadi atau tidak terjadinya pelanggaran Pasal 19 huruf a dan b UU No. 5 Tahun 1999, maka Majelis Komisi mempertimbangkan unsur-unsur sebagai berikut.

1. Unsur pelaku usaha

Pelaku usaha dalam perkara ini adalah PT Pelabuhan Indonesia II (Persero), dengan demikian unsur pelaku usaha terpenuhi.

2. Unsur menolak dan atau menghalangi pelaku usaha tertentu untuk melakukan kegiatan usaha yang sama pada pasar bersangkutan

Bahwa meskipun memiliki tujuan meningkatkan pangsa pasar PBM PT Pelindo II (Persero), namun perilaku dan kebijakan PT Pelindo II (Persero) yang membuat persyaratan perusahaan pengguna lahan wajib menggunakan PBM PT Pelindo II (Persero) dalam kegiatan bongkar muat barang jelas telah membuktikan adanya penutupan atau telah menghalangi akses pasar jasa bongkar muat bagi perusahaan bongkar muat lain yang menjadi pesaing PT Pelindo II (Persero), dengan demikian unsur menolak dan menghalangi terpenuhi.

3. Unsur menghalangi konsumen atau pelanggan pelaku usaha pesaingnya untuk tidak melakukan hubungan usaha dengan pelaku usaha pesaingnya

Bahwa tindakan PT Pelindo II (Persero) yang mewajibkan menggunakan PBM PT Pelindo II (Persero) bagi pengguna lahan di Pelabuhan Teluk Bayur dan bahkan di seluruh pelabuhan yang dikelola PT Pelindo II (Persero) jelas merupakan tindakan yang dapat dikategorikan sebagai tindakan menghalangi konsumen (dalam hal ini adalah perusahaan pengguna lahan selaku pemilik barang atau pihak yang mewakili

pemilik barang) untuk menggunakan jasa bongkar muat selain PT Pelindo II (Persero), dengan demikian unsur menghalangi konsumen terpenuhi.

Majelis Komisi menyatakan bahwa Terlapor terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 19 huruf a dan b UU No. 5 Tahun 1999.

b. Menghalangi Konsumen atau Pelanggan Pelaku Usaha Pesaingnya untuk Tidak Melakukan Hubungan Usaha dengan Pelaku Usaha Pesaingnya Itu

Penjual dapat memberikan suatu hak khusus untuk mendistribusikan barang kepada seorang *dealer* bahwa *dealer* yang bersangkutan adalah satu-satunya yang akan memperoleh penjualan dari penjual yang bersangkutan di suatu wilayah tertentu, perjanjian semacam ini biasanya tertuang dalam perjanjian *franchise*. Hak untuk memilih *dealer* dan menerapkan peraturan tentang jual beli antara penjual dengan *dealer* adalah hak penjual, bahkan penjual memiliki hak untuk dapat menentukan syarat-syarat khusus dalam penjualan oleh distributornya, di mana hak ini merupakan bagian dari *exclusive selling agreement*, dan sifatnya adalah legal.

Suatu kegiatan distribusi barang/jasa yang bersifat vertikal, yang didahului dengan perjanjian mengenai wilayah distribusi dan target konsumen yang spesifik akan berdampak hanya kepada para pembeli barang atau jasa tersebut. Sepanjang perjanjian dan kegiatan tersebut murni bersifat vertikal antara produsen/penjual dan distributornya maka masih diperbolehkan. Masalah akan muncul apabila pada pasar bersangkutan terdapat beberapa merek yang sama, dan terdapat beberapa distributor di pasar bersangkutan yang memasarkan merek yang sama (*intra-brand competition*).

Di Amerika Serikat, *Clayton Act Section 3* mengatur mengenai *exclusive dealing*, dilarang untuk dilakukan apabila ada perjanjian distribusi barang dari seorang penjual kepada pembeli yang sifatnya mengakibatkan hilangnya persaingan usaha, tolak ukurnya adalah apabila perjanjian distribusi yang sifatnya eksklusif tersebut berdampak pada tertutupnya akses pada pasar bersangkutan bagi pesaing dari penjual dan kerugian-kerugian dalam kompetisi usaha mereka. Pengukuran atas perilaku *exclusive dealing* ini dilakukan secara *rule of reason*.

Kegiatan menghalangi konsumen atau pelanggan pelaku usaha pesaingnya untuk tidak melakukan hubungan usaha dengan pelaku usaha pesaingnya itu terjadi pada hubungan pelaku usaha yang bersifat vertikal dalam bentuk larangan kepada konsumen atau pelanggan untuk tidak melakukan hubungan dengan pelaku usaha pesaingnya melalui kontrak penjualan atau kontrak pemasokan eksklusif (*exclusive dealing*). Perjanjian eksklusif melihat apakah di pasar persaingan *inter-brand* (antar merek) kuat atau tidak. Tindakan menghalangi konsumen atau pelanggan pelaku usaha pesaing dilakukan melalui perjanjian eksklusif atau pengaturan tujuan, bentuk serta jumlah barang yang dapat dipasok.

Pasal 19 huruf b ini dibaca sebagai kegiatan menghalangi konsumen atau pelanggan yang ingin berhubungan dengan pelaku usaha lain. Intinya, yang dilarang adalah kegiatan yang bertujuan untuk mendorong konsumen atau pelanggan agar hanya berhubungan usaha dengannya,

dan menghalanginya berhubungan usaha dengan pelaku usaha pesaing.²²³ Beberapa kegiatan yang termasuk dalam kriteria ini antara lain:

1. kewajiban pembelian secara eksklusif;
2. larangan pembelian yang berkaitan dengan pesaing;
3. memberlakukan pembatasan penggunaan (hanya untuk produksi sendiri);
4. pembatasan penjualan kembali;
5. klausula perlindungan konsumen;
6. memasang plakat reklame;
7. memancing pelanggan atau membagi selebaran di muka toko pesaing;
8. menutupi plakat pesaing dengan plakat sendiri;
9. mengiklankan suatu perusahaan penyewaan mobil dalam kolom untuk “Taksi” di buku telepon.

Contoh hipotesa penerapan Pasal 19 huruf b misalnya sebuah perusahaan operator terminal peti kemas PT X menghalangi konsumennya untuk tidak menggunakan terminal peti kemas milik pesaingnya PT Y. Penghalangan dilakukan melalui tindakan pengiriman surat oleh PT X kepada perusahaan kapal selaku konsumen layanan peti kemas untuk tidak melakukan bongkar muat di terminal milik PT Y. Bila dilanggar maka konsumen tersebut diancam tidak diperbolehkan menggunakan terminal peti kemas yang dikelola PT X. Perusahaan operator terminal peti kemas PT X merupakan perusahaan terbesar pada pasar jasa layanan peti kemas di pelabuhan bersangkutan. Contoh kasus ini bertentangan dengan Pasal 19 huruf b.

Indikasi dilakukannya kegiatan-kegiatan sebagaimana yang diuraikan dalam Pasal 19 huruf b antara lain:

1. adanya pembatasan penggunaan di mana penggunaan semata-mata hanya untuk kebutuhan produksi sendiri; dan/atau
2. adanya perjanjian atau kontrak eksklusif antara pelaku usaha dengan pelaku usaha tertentu atau konsumen/pelanggan yang memuat kewajiban untuk tidak melakukan hubungan dengan pelaku usaha pesaingnya; dan/atau
3. adanya kontrak yang secara tidak langsung mengakibatkan kesulitan akses bagi pesaingnya untuk berhubungan dengan konsumen atau pelanggannya.

Beberapa kasus yang telah diputuskan oleh KPPU terkait pelanggaran Pasal 19 huruf b UU No. 5 Tahun 1999 di antaranya adalah berikut ini.

Kasus V.11

Kasus Baterai ABC vs Baterai PANASONIC Perkara No. 6/KPPU-L/2004

Sebagai Terlapor adalah PT Arta Boga Cemerlang (PT ABC).

Pada tanggal 14 Juni 2004 dan 4 Juli 2004, KPPU menerima laporan dari salah satu pelaku usaha mengenai adanya dugaan pelanggaran UU No. 5 Tahun 1999, dengan kronologis berikut ini.

Pada pertengahan Februari 2004, PT Panasonic Gobel Indonesia (PT PGI) telah melaksanakan program “*Single Pack Display*” dengan ketentuan setiap toko yang memajang

²²³ Knud Hansen et al., *Undang-Undang No. 5 Tahun 1999, op.cit.*, hal. 294.

baterai *single pack* (baterai *manganese AA*) dengan menggunakan *standing display* akan diberikan 1 (satu) buah senter yang sudah diisi dengan 4 baterai dan toko yang selama 3 (tiga) bulan memajang produk tersebut akan mendapatkan tambahan 1 buah senter yang sama, sedangkan untuk material promosi (*standing display*) diberikan gratis oleh PT PGI.

Pada bulan Maret 2004 diperoleh informasi bahwa PT Arta Boga Cemerlang sedang melaksanakan Program Geser Kompetitor (PGK). Isi atau kegiatan dari program tersebut tertuang dalam “Surat Perjanjian PGK Periode Maret-Juni 2004” dengan pihak toko yang pada intinya berisi sebagai berikut:

1. Memberikan potongan 2% apabila toko menyediakan tempat *display*, memajang dan memasang pos (promosi) baterai ABC;
2. Memberikan potongan 2% apabila toko tidak menjual lagi baterai PANASONIC mulai bulan Maret 2004 dan hanya menjual baterai ABC;
3. Mengikuti program pajang dan komitmen tidak menjual baterai PANASONIC.

Berdasarkan hal tersebut, PT ABC diduga melakukan pelanggaran UU No. 5 Tahun 1999, dengan menyalahgunakan posisi dominannya untuk menyingkirkan dan/atau menghambat pelaku usaha lainnya melalui perjanjian harga dan potongan harga.

KPPU dalam memutuskan perkara, mempertimbangkan beberapa hal berikut ini.

1. Produk yang terkait dengan perkara yaitu baterai Manganese yang memiliki kualitas, fungsi dan harga yang setara, dengan pasar geografis grosir dan semigrosir di Jawa dan Bali, di mana PT ABC memiliki pasar dominan dalam pasar bersangkutan.
2. Perjanjian PGK terbukti eksis yang merupakan program promosi PT ABC.
3. Terbukti adanya *intention* atau maksud PGK untuk menyingkirkan (*eksklusif*) atau setidaknya mempersulit (menghalangi) PT PGI dalam menjalankan usaha di pasar bersangkutan. *Intention* ini dibuktikan dengan 2 cara, unsur subyektif (bukti dokumen yang mengindikasikan secara sadar memiliki maksud tertentu) dan obyektif (bukti yang dapat disimpulkan dari tindakan pelaku), menurut Herbert Hovenkamp, *Antitrust, Third Edition, Black Letter Series West Group, St. Paul Minn, 1999*.

Unsur subyektif, adanya perjanjian PGK dan terdapat bukti tanda terima pembayaran PGK sebagai program “bonus PGK dan tidak jual produk musuh”;

Unsur obyektif, motif PT ABC tidak hanya sekedar *display* produk, yang mana telah sangat dikenal produknya. *Display* di toko tersebut dikontrol oleh Sales PT ABC.

4. Dampak PGK melalui perjanjian eksklusif secara vertikal telah membuat konsumen tidak memiliki opsi lain dalam memilih baterai, dan secara nyata menyingkirkan pelaku usaha lainnya, terbukti dengan berkurangnya omzet baterai PANASONIC.

Putusan KPPU menyatakan bersalah dan melanggar:

1. Pasal 15 ayat (3) huruf b;
2. Pasal 19 huruf a dan b; dan
3. Pasal 25 ayat (1) huruf a jo. ayat (2) huruf a.

Divestasi Kapal Tanker VLCC Putusan Perkara No. 7/KPPU-L/2004

Terlapor: PT Pertamina, Goldman Sachs (Singapura), Front Line Ltd, PT Corfina Mitrakreasi, PT Perusahaan Pelayaran Equinox.

Pada tanggal 29 Juni 2004 dan 9 Juli 2004, KPPU telah menerima laporan yang pada pokoknya terdapat dugaan pelanggaran UU No. 5 Tahun 1999 terkait dengan proses penjualan 2 (dua) unit Tanker *Very Large Crude Carrier* (VLCC) No. Hull 1540 dan 1541 milik PT Pertamina (divestasi VLCC) yang dilakukan melalui persekongkolan untuk mengatur pemenang.

Atas dasar laporan tersebut, telah dilakukan klarifikasi kepada Pelapor, dengan hasil:

1. penunjukan Goldman Sachs (Singapura) sebagai *financial advisor* dan *arranger* dalam divestasi VLCC tidak dilakukan melalui proses tender terbuka;
2. tidak ada urgensi yang dapat membenarkan penunjukan langsung Goldman Sachs (Singapura) tersebut; dan
3. proses penentuan pemenang divestasi VLCC ditetapkan melalui penilaian yang tidak jelas dan tidak konsisten.

Berdasarkan hal di atas, Terlapor diduga melakukan pelanggaran Pasal 16 (perjanjian dengan pihak luar negeri), Pasal 19 huruf d (diskriminasi) dan Pasal 22 (persekongkolan pemenang tender) UU No. 5 Tahun 1999.

Pertimbangan KPPU dalam memutus kasus tersebut yaitu berikut ini.

1. PT Pertamina telah mengikatkan diri kepada Goldman Sachs (Singapura) melalui *engagement letter*. *Engagement Letter* tersebut merupakan perjanjian pemberian jasa berupa *financial advisor* dan *arranger* kepada PT Pertamina. Meskipun telah melakukan perjanjian tersebut, namun dalam *engagement letter* tidak memuat ketentuan-ketentuan yang mengakibatkan persaingan antar pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa secara tidak jujur maupun secara melawan hukum maupun dengan cara menghambat persaingan (unsur Pasal 16 tidak terpenuhi).
2. Adanya dugaan praktik diskriminasi dalam proses pelelangan. Praktik diskriminasi sendiri adalah tindakan, sikap dan perlakuan yang berbeda terhadap pelaku usaha untuk mendapatkan kesempatan yang sama. Dalam diskriminasi ini dapat juga berupa tindakan, sikap dan perlakuan yang istimewa dari tindakan, sikap dan perlakuan yang seharusnya.

Dalam kasus ini terbukti dengan bukti sebagai berikut.

1. PT Pertamina telah memperlakukan Goldman Sachs (Singapura) secara istimewa dalam penunjukannya sebagai *financial advisor* dan *arranger* untuk proses divestasi VLCC tanpa melalui proses tender sebagaimana selalu dilakukan oleh PT Pertamina dalam pengadaan barang dan jasa di lingkungan PT Pertamina. Hal ini tidak sesuai dengan pengadaan barang dan jasa sesuai Surat Keputusan Direktur Utama Terlapor

I No. 077/Co000/2000-SO tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pertamina/KPS/JOB/TAC yang dibuat dengan mengacu pada Keputusan Presiden Republik Indonesia No. 18 Tahun 2000, di mana untuk pengadaan barang dan/atau jasa dengan nilai di atas Rp. 50.000.000,- harus dilakukan melalui lelang. Penerimaan *bid* ketiga dari *Front Line Ltd* tidak sesuai dengan ketentuan *bid* yang telah dikeluarkan oleh Goldman Sachs (Singapura) sehingga dilakukan secara melawan hukum (melewati batas waktu *bid* dan tidak di hadapan notaris).

2. Pada saat yang bersamaan, Essar dan OSG tidak diberi kesempatan yang sama untuk memasukkan *bid* ketiga sehingga menghilangkan kesempatan Essar dan OSG untuk memasukkan penawaran yang lebih tinggi sehingga PT Pertamina kehilangan kesempatan untuk memperoleh harga VLCC yang lebih tinggi. (unsur Pasal 19 terpenuhi)

Terkait dengan adanya dugaan persekongkolan ditemukan fakta berikut ini.

1. Diketahui hal tersebut dilakukan dalam rangka mengatur dan atau menentukan pemenang tender adalah kerja sama antara dua pihak atau lebih, secara terang-terangan maupun diam-diam melalui tindakan penyesuaian (*concerted action*) dan atau membandingkan dokumen tender sebelum penyerahan (*comparing bid prior to submission*) dan atau menciptakan persaingan semu (*sham competition*) dan atau menyetujui dan atau memfasilitasi dan atau tidak menolak melakukan suatu tindakan meskipun mengetahui atau sepatutnya mengetahui bahwa tindakan tersebut dilakukan untuk mengatur dalam rangka memenangkan peserta tender tertentu. Secara umum unsur persekongkolan terpenuhi di mana *bid* ketiga oleh *Front Line Ltd* tetap diterima oleh Goldman Sachs (Singapura), meskipun telah lewat waktu.
2. Adanya unsur kebocoran informasi mengenai *bid* yang dilakukan peserta tender, terbukti dengan adanya selisih hanya \$ 500 ribu dollar saja antara *bid* yang dilakukan Essar dengan *bid* ketiga *Front Line Ltd*. PT Pertamina meskipun mengetahui adanya penyerahan *bid* ketiga, namun membiarkan dan tidak mengambil tindakan apa pun mengakibatkan adanya persaingan tidak sehat, karena menghambat pelaku usaha lain dalam proses tender (unsur Pasal 22 terpenuhi)

Putusan KPPU menyatakan bersalah (Pasal 19 huruf d dan Pasal 22).

Kasus V.13

Perkara Inisiatif No. 04/KPPU-I/2003 tentang Persaingan Usaha Tidak Sehat dalam Bidang Jasa Terminal Pelayanan Bongkar Muat Peti Kemas

Sebagai Terlapor I adalah PT Jakarta International Container (PT JICT), Terlapor II adalah Kerja Sama Operasi Terminal Peti kemas Koja (KSO TPK KOJA), Terlapor III adalah PT Pelabuhan Indonesia II (PT PELINDO II).

Terlapor III adalah pemegang hak pengelolaan pelabuhan umum sebagaimana diatur di dalam Peraturan Pemerintah No. 57 Tahun 1991, telah memberikan konsesi pengelolaan terminal peti kemas sebagai tambahan unit terminal peti kemas II, dan unit terminal peti

kemas III sebelum tercapainya *throughput* sebesar 75% dari kapasitas rancangan bangunnya sebesar 3,8 juta *teus*.

Klausul 32.4 di dalam *autorization agreement* tersebut merupakan bentuk hambatan strategis yang nyata bagi para pelaku usaha baru yang akan memasuki pasar bersangkutan pelayanan bongkar muat peti kemas di Pelabuhan Tanjung Priok. Bentuk hambatan itu semakin nyata, ketika Terlapor I menggunakan klausul 32.4 di dalam *authorization agreement* tersebut untuk meminta klarifikasi dan memprotes kebijakan Terlapor III yang memberikan ijin operasi kepada PT Segoro Fajar Satryo. Untuk menggunakan dermaga 300 yang kemudian melayani jasa bongkar muat peti kemas sebagaimana dilakukan Terlapor I dan Terlapor II, sebagaimana dinyatakan di dalam suratnya kepada Terlapor 3 tertanggal 12 Februari 2001.

Terlapor I dan Terlapor II telah melakukan kegiatan yang dapat menghambat konsumen untuk melakukan kerja sama usaha dengan pelaku usaha pesaingnya, dalam bentuk pengiriman surat penguasaan yang ditandatangani oleh Terlapor I dan Terlapor II, kepada salah satu pengguna jasanya pada tanggal 5 april 2001, yang pada pokoknya menyatakan bahwa untuk mendapatkan pelayanan bongkar muat peti kemas di pelabuhan Tanjung Priok mereka harus mengikatkan diri pada kontrak yang bersifat eksklusif. Tanpa adanya kontrak yang mengikat tersebut, maka mereka tidak akan dilayani Terlapor I dan atau Terlapor II. Terlapor I dan Terlapor II telah melakukan kegiatan pemasaran bersama yang dikenal dengan istilah *Jakarta Container Port* selanjutnya disebut JCP.

Pertimbangan dalam menilai pelanggaran Pasal 19 huruf b adalah bahwa Terlapor I dan Terlapor II melakukan kegiatan bersama-sama menghalangi konsumen untuk menggunakan fasilitas terminal pelaku usaha pesaingnya, yaitu PT Segoro Fajar Satryo. Dengan dikirimkannya surat tertanggal 5 April 2002 yang ditandatangani bersama Terlapor I dan Terlapor II kepada salah satu konsumen atau pengguna jasa terminal bongkar muat peti kemas di pasar bersangkutan, merupakan bentuk upaya menghalangi konsumen untuk tidak melakukan hubungan usaha dengan PT Segoro Fajar Satryo, yang diwujudkan dalam bentuk tekanan agar konsumen atau pengguna jasa dimaksud segera menandatangani kontrak pengguna *window's* baik di terminal Terlapor II maupun di terminal Terlapor I.

Kesepakatan mengenai jasa pelayanan terminal peti kemas yang ditandatangani oleh dan antara Terlapor II dengan Saksi V merupakan hasil dari upaya penekanan yang dilakukan oleh Terlapor I dan Terlapor III, di mana pada klausul 4.7 kesepakatan tersebut pada pokoknya membatasi Saksi V untuk tidak menggunakan terminal dan peralatan serta fasilitas terminal lain untuk kapal-kapal Saksi V yang singgah di Tanjung Priok.

Pertimbangan dalam menilai Pasal 25 huruf c meliputi. Terlapor I memiliki posisi dominan dan menguasai lebih dari 50% di Pelabuhan Tanjung Priok; Terlapor I menyalahgunakan posisi dominan secara tidak langsung untuk menghambat pelaku usaha lain yaitu PT Segoro Fajar Satryo dan MTI yg berpotensi menjadi pesaing untuk memasuki pasar bersangkutan.

Pertimbangan dalam membuktikan pelanggaran Pasal 26 huruf a adalah: Wibowo S. Wirjawan pada waktu yang bersamaan mengakui telah melakukan rangkap jabatan sebagai direksi di 2 (dua) perusahaan, yaitu sebagai *President Director* Terlapor I dan sebagai *President Director* di perusahaan lain yaitu OTP yang berada pada pasar bersangkutan yang sama.

Majelis Komisi memutuskan bahwa Terlapor I dan Terlapor II secara sah dan meyakinkan telah melanggar Pasal 19 huruf b UU No. 5 Tahun 1999.

c. Membatasi Peredaran dan/atau Penjualan Barang dan/atau Jasa pada Pasar Bersangkutan

Pasal 19 huruf c berusaha untuk tetap membuka pasar melalui usaha untuk memerangi hambatan masuk pasar buatan. Apabila perilaku tersebut dilakukan dalam bentuk perjanjian maka akan berkaitan dengan Pasal 15 yang mengatur tentang perjanjian tertutup.²²⁴ Ada berbagai macam perilaku yang termasuk dalam ketentuan ini. Hambatan penggunaan (*restriction on use*) adalah salah satunya. Hambatan penggunaan dapat terjadi ketika perbaikan kendaraan oleh penyalur kendaraan hanya boleh menggunakan suku cadang yang dipasok oleh produsen dan komponen tersebut hanya boleh dipasang oleh montir yang menerima latihan khusus dari produsen.

Perjanjian mengikat eksklusif juga termasuk dalam ketentuan ini. Perjanjian tersebut dapat berupa klausul bahwa pelaku usaha hanya boleh membeli atau memasok kembali kepada pihak ketiga, barang atau jasa komersial yang diperjanjikan. Sederhananya, dilarang melakukan hubungan usaha dengan pihak ketiga. Sebagai contohnya adalah kewajiban penerimaan atau pasokan yang dikenakan oleh produsen atau penyalur resmi kendaraan bermotor. Pasal 19 huruf c juga mencakup perjanjian distribusi, di mana produsen barang bermerek menentukan atau malahan melarang daerah pemasaran dan/atau pembeli daerah tertentu. Perjanjian di mana pemasokan barang tergantung pada penerimaan barang lain (*tying agreement*) juga membatasi saluran pemasokan atau penerimaan.

Dalam rangka perjanjian, pelaku usaha lain atau konsumen diwajibkan untuk menerima barang atau jasa komersial yang biasanya tidak termasuk barang atau jasa yang merupakan objek perjanjian primer atau yang diinginkan. Praktik tersebut sering terjadi dalam rangka kontrak sewa menyewa atau penjualan mesin, di mana penyewa diwajibkan untuk membeli komponen yang harganya terlalu mahal.²²⁵

Contoh hipotesa dalam penerapan Pasal 19 huruf c misalnya ada beberapa perusahaan pelayaran yang saling bersaing melayani satu jalur pelayaran melakukan perjanjian (kartel) penetapan harga dan kuota bongkar muat peti kemas untuk masing-masing perusahaan. Perjanjian ini bertujuan untuk mempertahankan penguasaan pasar oleh kartel tersebut di pasar bersangkutan. Untuk menjalankan perjanjian dibuat suatu mekanisme hukuman, berupa denda bagi perusahaan yang melanggar. Penetapan harga dan kuota bongkar muat ini jelas-jelas membatasi penjualan jasa layanan bongkar muat peti kemas di pelabuhan di pasar jalur pelayaran bersangkutan. Contoh kasus ini merupakan pelanggaran atas Pasal 19 huruf c.

Salah satu kasus nyata yang mungkin berkaitan adalah seperti yang terjadi di Eropa yaitu kasus *Sot. Lelos kai Sia EE and others v. GSK AEVE (Joined Cases C-468-478/06)* yang diputus pada 16 September 2008. Tergugatnya adalah GSK AEVE selaku memegang hak eksklusif untuk memasarkan beberapa produk obat di Yunani. Semua perusahaan yang ditolak tergugat adalah pengecer kontraktual dari GSK AEVE selama beberapa tahun.

Pada tahun 2000, GSK AEVE memutuskan untuk secara signifikan mengurangi jumlah yang disediakan untuk para kliennya. Salah satu alasan utama adalah tergugat percaya bahwa sebagian besar permintaan klien pada kenyataannya digunakan untuk dijual dengan negara-negara anggota UE yang lain (*member states*) atau disebut ekspor paralel di mana terdapat harga lebih tinggi dibandingkan di Yunani. Pemotongan permintaan dimaksudkan untuk mencegah ekspor paralel tersebut. Meskipun penilaian tidak menyebutkan berapa banyak kerugian yang diterima oleh masing-masing klien, pengurangan yang signifikan dalam pesanan tersebut menyebabkan kerugian yang besar.

Berkenaan dengan pertanyaan apakah pengurangan itu berlebihan atau tidak, ECJ

²²⁴ *Ibid.*

²²⁵ *Ibid.*, hal. 294-295.

mengulangi pernyataan di kasus *United Brands* bahwa pelaku usaha dominan tidak bisa berhenti memasok pelanggan lama, kecuali jika pesanan yang dilakukan oleh pelanggan sifatnya tidak biasa. Hal yang terpenting adalah mengusulkan bahwa *out of ordinary orders* bisa terjadi dalam negara anggota, jika pesanan grosir tertentu dalam jumlah yang berada di luar proporsi yang sebelumnya dijual oleh pedagang yang sama untuk memenuhi kebutuhan pasar di negara anggota. Selanjutnya, pengadilan menolak pencegahan perdagangan paralel sebagai pembenaran objektif untuk penolakan tersebut. Karena GSK AVEE tidak bisa membenarkan penolakannya, maka perilakunya dianggap abusif.²²⁶

Indikasi dilakukannya kegiatan-kegiatan sebagaimana yang diuraikan dalam Pasal 19 huruf c antara lain berikut ini.

1. Adanya kelangkaan produk di pasar bersangkutan, dan/atau
 2. Adanya perjanjian atau kontrak eksklusif antara pelaku usaha dengan pelaku usaha tertentu atau konsumen/pelanggan yang memuat kewajiban untuk tidak melakukan hubungan dengan pelaku usaha pesaingnya, dan/atau
 3. Adanya klausula dalam perjanjian eksklusif yang spesifik atau secara khusus melarang pembeli atau penjual menerima produk pesaingnya.
 4. Kegiatan membatasi peredaran dan atau penjualan barang dan atau jasa pada pasar bersangkutan dilakukan di mana pelaku usaha menekankan pembatasan saluran pemasokan atau penerimaan melalui persyaratan penggunaan produk tertentu dari pelaku usaha tersebut.
- Sebagai contoh, distributor kendaraan X mensyaratkan bahwa kendaraannya hanya boleh menggunakan suku cadang yang dipasok oleh produsen kendaraan dan komponen tersebut hanya boleh dipasang oleh montir yang telah menerima latihan khusus dari produsen kendaraan X.

Kasus V.14

Putusan Perkara No. 03/KPPU-1/2003 tentang Kasus Perkara Kargo Surabaya-Makassar

Pihak Terlapor adalah PT Pelayaran Meratus (disingkat "PT Meratus"), sebagai Terlapor I, PT Tempuran Emas Tbk. (disingkat "PT Temas") sebagai Terlapor II, PT (Persero) Djakarta Lloyd (disingkat "PT Djakarta Lloyd") sebagai Terlapor III, PT Jayakusuma Perdana Lines (disingkat "PT Jayakusuma") sebagai Terlapor IV, PT Samudera Indonesia Tbk. (disingkat "PT Samudera Indonesia") sebagai Terlapor V, PT Tanto Intim Line (disingkat "PT Tanto") sebagai Terlapor VI, PT Lumintu Sinar Perkasa (disingkat "PT Lumintu") sebagai Terlapor VII.

KPPU melalui tim khususnya membuat laporan dugaan kartel yang dilakukan oleh pelaku usaha angkutan laut khusus barang kargo. Tim khusus tersebut adalah Tim Monitoring yang mengawasi dugaan kartel yang dilakukan pelaku usaha angkutan laut khusus barang (kargo) yang bertujuan sebagai wujud pengawasan terhadap persaingan bisnis transportasi udara, laut, dan kereta api.

Tim tersebut menemukan adanya kesepakatan para pihak - yang kemudian menjadi terlapor

²²⁶ Hou Liyang, *Refusal to Deal within EU Competition Law*, Legal researcher and PhD candidate at the Centre for Law and ICT, Katholieke Universiteit, Leuven, Belgium. ICRI is part of the Interdisciplinary Institute for Broadband Technology, hal. 4.

- melakukan kesepakatan penentuan tarif dan kuota dalam bisnis pelayaran dengan jenis usaha angkutan (penumpang, barang, hewan) sewa menyewa, dan agen dari berbagai jenis perusahaan pelayaran.

Dalam dunia pelayaran sudah biasa terjadi kesepakatan atau perjanjian di antara sesama pelayaran untuk saling menjaga kestabilan muatan, harga dan penekanan biaya. Tujuan akhir yang hendak dicapai dari adanya kesepakatan tersebut guna bisnis pelayaran tetap sehat dan menjaga agar setiap pelayaran tidak saling banting harga hingga mematikan pesaing sebagaimana yang tercantum dalam Pasal 20 UU No. 5 Tahun 1999.

Para pihak telah melakukan rapat pertemuan bisnis di Ruang Rapat MPH I Hotel Elmi Surabaya pada hari Senin tanggal 23 Desember 2002 yang dihadiri para Terlapor, Saksi I dan Saksi III, telah disepakati penetapan tarif dan kuota yang kemudian dituangkan dalam Berita Acara Pertemuan Bisnis di Hotel Elmi Surabaya dan masing-masing pihak mengakui dan bersepakatan tentang tarif dan kuota.

Terlapor diduga melanggar ketentuan Pasal 5 ayat (1), Pasal 11, Pasal 19 huruf a dan c dan Pasal 25 ayat (1) huruf a dan c UU No. 5 Tahun 1999.

Dalam putusan Perkara No. 03/KPPU-I/2003 terdapat putusan yang berbeda-beda pada para pihak beserta pasal-pasal yang dilanggar. Dalam putusan ini sidang majelis memutuskan bahwa semua terlapor secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 5 ayat (1) dan Pasal 11 UU No. 5 Tahun 1999. Untuk laporan dengan dasar Pasal 19 huruf a, huruf c dan Pasal 25 ayat (1) huruf a dan c UU No. 5 Tahun 1999 tidak terbukti, dan para Terlapor dibebaskan daripada laporan yang diajukan kepada Terlapor.

d. Melakukan Praktik Diskriminasi Terhadap Pelaku Usaha Tertentu

Diskriminasi, untuk dapat memahaminya, pertama yang akan dilakukan adalah untuk menentukan apakah definisi dari diskriminasi. Kamus Besar Bahasa Indonesia, arti diskriminasi adalah membeda-bedakan. Sedangkan dalam kamus berbahasa Inggris *Merriem Webster's Online Dictionary*, "discriminate" tidak memiliki arti yang tegas, namun pada dasarnya memiliki arti membedakan, memberikan perlakuan yang berbeda atau memberikan perlakuan yang lebih istimewa kepada satu pihak dibandingkan kepada pihak yang lain.

Namun harus diperhatikan pula bahwa tidak semua tindakan yang membedakan tersebut bersumber pada niat yang jahat dan tidak semua hal "diskriminasi" bersifat menyakitkan/ bertujuan melukai pihak lain.

Pada dasarnya setiap pelaku usaha memiliki kecenderungan untuk melakukan tindakan diskriminasi, entah mereka melakukannya secara sengaja atau tidak sengaja. Beberapa tindakan yang biasa muncul dalam klaim bahwa telah terjadi praktik diskriminasi adalah:

1. perbedaan harga jual dan persyaratan dan kondisi kontrak jual beli;
2. perbedaan harga sewa dan persyaratan fasilitas produksi;
3. perbedaan persyaratan dan perlakuan dalam pengakhiran kontrak;
4. perbedaan persyaratan dan perlakuan dalam kontrak yang tidak mensyaratkan perpanjangan kontrak;

5. perbedaan persyaratan dan kondisi perjanjian waralaba.²²⁷

Knud Hansen memberikan beberapa jenis tindakan yang dapat dikategorikan sebagai diskriminasi yaitu:

“Melakukan praktik diskriminasi artinya termasuk menolak sama sekali melakukan hubungan usaha, menolak syarat-syarat tertentu atau perbuatan lain, di mana pelaku usaha lain diperlakukan dengan cara yang tidak sama. Bentuk perilaku diskriminasi tidak terhitung, dan usaha untuk menentukan bahwa suatu kegiatan diskriminasi cukup beralasan atau tidak tergantung kepada setiap kasus. Sehingga peran yurisprudensi menjadi penting.”²²⁸

Sebagai suatu komparasi, hukum antimonopoli Amerika Serikat, *Sherman Act* memberikan batasan-batasan perilaku yang diskriminatif. Section 1 dari *Sherman Act* menyebutkan

*“[e]very contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal.”*²²⁹

Pasal ini memberikan pedoman bahwa merupakan tindakan ilegal untuk membuat perjanjian dan kegiatan yang bersifat menghambat perdagangan antar negara bagian maupun perdagangan internasional. Kemudian dalam Section 2 dari *Sherman Act*, disebutkan bahwa

*“[e]very person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony”*²³⁰

Pasal 1 dan Pasal 2 dari *Sherman Act* selama bertahun-tahun menjadi dasar hukum untuk penentuan suatu pelanggaran terhadap hukum antimonopoli di Amerika Serikat, termasuk pengaturan mengenai tindakan diskriminasi, yang dilakukan oleh satu atau lebih pelaku usaha (dalam grup/kelompok usaha) untuk melakukan penolakan melakukan hubungan usaha dan diskriminasi harga, secara sepihak dengan pelaku usaha lain.

Namun secara spesifik, tindakan diskriminasi harga akan lebih banyak diatur dalam larangan melakukan penetapan harga, sedangkan tindakan penolakan untuk melakukan hubungan usaha (*refusal to deal*) termasuk di dalamnya larangan untuk mempergunakan fasilitas penting (*essential facilities doctrine*) sebagai tindakan diskriminasi nondiskriminasi harga.

Masalah praktik diskriminasi di Amerika Serikat didominasi oleh tindakan-tindakan *refusal to deal* yang dilakukan dengan cara menghalangi pelaku usaha pesaing untuk memanfaatkan fasilitas penting yang dapat dipakai bersama. Walaupun telah ada putusan *United States Courts of Appeal* yang mengakui doktrin pemanfaatan fasilitas penting (*essential facilities doctrine*) bahwa pemilik fasilitas penting untuk umum harus wajib memberikan akses kepada pelaku usaha lain baik pelaku usaha yang memiliki hubungan kerja sama vertikal maupun pelaku usaha pesaing dalam hubungan horizontal. Namun pada kenyataannya masih banyak pelaku usaha yang melakukan tindakan diskriminatif, antara lain dengan cara membedakan harga jual dan persyaratan dan kondisi kontrak jual beli, membedakan harga sewa dan persyaratan fasilitas produksi, membedakan persyaratan dan perlakuan

²²⁷ Michael J. Lockerby, “Discriminatory Treatment Under The PMPA, Federal Antitrust Law, And State Law”, Petroleum Marketing Attorneys’ Meeting Washington, D.C. April 1, 2008.

²²⁸ Knud Hansen at al., *op. cit.*, hal. 296.

²²⁹ 12 15 U.S.C. § 1 (2000).

²³⁰ 15 U.S.C. § 2 (2000).

dalam pengakhiran kontrak, membedakan persyaratan dan perlakuan dalam kontrak yang tidak mensyaratkan perpanjangan kontrak dan membedakan persyaratan dan kondisi perjanjian waralaba.

Namun di Amerika Serikat juga diperbolehkan untuk melakukan penolakan hubungan usaha apabila tindakannya tersebut tidak bersifat antipersaingan, dan dapat dipahami karena memiliki alasan yang dapat dibenarkan, apabila alasan pertama dan kedua telah dipenuhi, maka pihak yang lebih dominan dalam penolakan hubungan usaha dapat diminta untuk membagi pangsa pasar dan pihak yang dominan didorong untuk melakukan hubungan kerja sama dengan para kompetitornya, secara *joint venture*.²³¹

Di Uni Eropa, suatu penolakan untuk melakukan hubungan usaha sebagai bagian dari tindakan diskriminatif adalah merupakan pelanggaran terhadap Pasal 102 TFEU apabila akan menghilangkan persaingan secara keseluruhan di tingkat *secondary market* dan apabila tindakan tersebut tidak memiliki alasan/latar belakang yang dapat dibenarkan secara objektif dan tindakan tersebut akan mempersulit para pesaingnya untuk melakukan kegiatan utama dalam bisnisnya.²³² Jadi intinya tindakan diskriminatif tersebut akan memberikan efek negatif pada persaingan dan tindakan tidak memiliki alasan/latar belakang yang dapat dibenarkan secara obyektif.

Pedoman antimonopoli di Uni Eropa dalam mengatur selalu mengedepankan kebebasan pelaku usaha dalam menentukan tindakan-tindakannya untuk menjalankan usahanya, sedikit berbeda dengan pedoman antimonopoli di Amerika Serikat yang lebih mengutamakan perlindungan terhadap kompetisi yang sehat dengan tujuan akhir perlindungan kepentingan para konsumen.

Pasal 19 huruf d berbeda dengan ketiga kondisi di atas dalam hal pihak yang dirugikan. Kalau pada pasal 19 huruf a sampai c pihak yang dirugikan adalah pelaku usaha yang menjadi pesaing pelaku pada pasar yang bersangkutan, maka pihak yang dirugikan pada pasal 19 huruf d merupakan pelaku usaha yang bekerja sama dengan perusahaan diskriminatif (pemasok atau pelanggan) yang mungkin bukan pesaing dari perusahaan diskriminatif tersebut.

Melakukan praktik diskriminasi artinya termasuk menolak sama sekali melakukan hubungan usaha, menolak melakukan sama sekali hubungan usaha, menolak syarat-syarat tertentu atau perbuatan lain, di mana pelaku usaha lain diperlakukan dengan cara yang tidak sama. Bentuk perilaku diskriminasi tidak terhitung, dan usaha untuk menentukan bahwa suatu kegiatan diskriminasi cukup berasal atau tidak tergantung kepada setiap kasus. Sehingga peran yurisprudensi menjadi penting.²³³

Penentuan harga yang berbeda-beda (antara lain potongan harga menurut kuantitas) tidak otomatis dilarang karena bisa saja potongan harga dilakukan akibat berkurangnya biaya transaksi atau sebagai respon terhadap persaingan.²³⁴ Pasal 19 huruf d tidak hanya berlaku untuk pemasok (*supplier*) yang menjual barang/jasa saja, tetapi juga kepada pelaku usaha yang membelinya. Kondisi ini terjadi ketika pemasok barang atau jasa tergantung kepada pelanggannya apabila pelanggan tersebut memiliki posisi dominan atau tidak tersedia alternatif yang cukup dan pantas bagi pemasok untuk menjual barang/jasa kepada pelanggan lain.²³⁵

Jika pelaku usaha memiliki posisi yang kuat dalam pasar menyalahgunakan posisinya tersebut untuk mendorong pelaku usaha lain dalam rangka hubungan usaha agar memberikan syarat istimewa tanpa adanya alasan yang meyakinkan, maka perilaku yang seperti itu pada umumnya disebut sebagai “diskriminasi pasif”. Perilaku seperti itu baru dapat dianggap menghambat persaingan jika pembeli tidak memberikan perlakuan yang sama terhadap semua calon pemasok dalam rangka memperoleh

²³¹ Maggiiolino Berna, *Monopolists' Refusal To Deal In IP: US Courts And EU Institutions Line Up Along Some Cultural And Jurisdictional Cleavages*.

²³² *Ibid.*

²³³ Knud Hansen, *et al.*, *loc. cit.*

²³⁴ *Ibid.*

²³⁵ *Ibid.*

persyaratan pembelian yang paling menguntungkan, melainkan melakukan perbedaan secara sistematis.²³⁶

Beberapa tambahan mengenai alternatif tindakan diskriminatif yang bisa dilakukan oleh pelaku usaha dijelaskan di bawah ini.

1. Perjanjian waralaba (*franchise*). Perhatikan isi dari perjanjian-perjanjian yang mengharuskan adanya diskriminasi, namun tetap dianggap legal (*franchise*/waralaba, HAKI termasuk lisensi, keagenan). Secara khusus akan banyak muncul kasus yang berkaitan dengan pelanggaran Pasal huruf d yang timbul dari perjanjian-perjanjian waralaba, sebagai contoh adalah hal-hal yang berkaitan dengan pengakhiran waralaba secara sepihak oleh pemberi waralaba serta penolakan untuk memperpanjang waralaba tanpa alasan yang jelas kepada penerima waralaba (*franchisee*).
2. Praktik diskriminasi dalam pengakhiran kontrak sewa menyewa secara sepihak oleh pemilik obyek perjanjian. Harus dikaji apakah alasan pengakhiran kontrak sewa menyewa secara sepihak tersebut berdasarkan alasan bisnis yang masuk akal atau dengan tujuan untuk mendiskriminasikan pihak kedua.
3. Praktik dalam hubungan bisnis yang tidak memberikan kesempatan kepada pihak yang memiliki peluang yang sama untuk mengajukan tawaran pembelian (harap dibedakan karena akan dapat membedakan dengan persengkongkolan dalam tender pengadaan barang/jasa).
4. Praktik diskriminasi dapat pula dilakukan dengan cara melakukan penarikan produk (*market withdrawal*) sementara, untuk kemudian masuk lagi ke dalam pasar namun tidak memberikan kesempatan yang sama pada pelaku usaha untuk menjadi distributor/ *supplier*-nya tanpa adanya alasan yang jelas dan masuk akal.
5. Diskriminasi dapat juga dilakukan dengan alasan HAKI, di mana pemegang paten menolak untuk melakukan hubungan dengan pelaku usaha lain terutama pelaku usaha kompetitornya dengan alasan HAKI. Pemegang hak monopoli berdasarkan paten menolak untuk memberikan lisensi dengan alasan untuk kepentingan melindungi inovasi yang mereka temukan.
6. Praktik diskriminasi dengan cara pemboikotan.

Secara ringkas contoh hipotesa dari praktik diskriminasi yang melanggar Pasal 19 huruf d antara lain adalah berikut ini.

1. Penunjukan langsung dalam suatu pekerjaan PT X melakukan penunjukan langsung kepada PT Y tanpa melalui proses tender guna melakukan pengembangan sistem *e-reporting* dan *monitoring* yang disertai pemberian hak eksklusif sebagai satu-satunya penyelenggara sistem *e-reporting* dan *monitoring* di tempat PT X dan memungut biaya aplikasinya kepada perusahaan yang menggunakannya. Kebijakan PT X tersebut dianggap telah mendiskriminasi pelaku usaha jasa penyelenggara sistem *e-reporting* lainnya dengan memperlakukan PT Y secara istimewa. Contoh kasus ini melanggar Pasal 19 huruf d.
2. Menolak melakukan hubungan usaha dengan pihak tertentu tanpa justifikasi hukum, sosial, ekonomi, teknis, dan alasan lainnya yang dapat diterima.
PT A merupakan produsen tepung terbesar dan terbaik di Indonesia. Pada saat ini sudah terdapat beberapa pabrik tepung selain PT A dan juga terdapat banyak impor terigu dari Turki. PT D sebagai produsen roti premium ingin mendapatkan terigu kualitas paling baik yang diproduksi PT A, namun ketika mengajukan permintaan pembelian ditolak tanpa alasan yang

²³⁶ *Ibid.*, hal. 298.

jelas, padahal kapasitas produksi PT A mampu memenuhi permintaan tersebut. Pada dasarnya PT A memiliki banyak pesaing, tetapi produsen tepung menganggap bahwa kualitas tepung produksi PT A merupakan yang terbaik di kelasnya sehingga membutuhkan bahan tersebut. Tetapi PT A menolak menjual dan lebih memilih menjual kepada afiliasinya.

3. Menolak melakukan hubungan usaha dengan pihak tertentu tanpa justifikasi hukum, sosial, ekonomi, teknis, dan alasan lainnya yang dapat diterima.

PT B memiliki produk obat dengan zat *amlodipine* untuk penyakit darah tinggi yang sangat laku di pasar sehingga banyak distributor yang ingin turut memasarkan obat tersebut. Akan tetapi untuk menjadi distributor, PT B menyaratkan kepemilikan modal dan alat tertentu yang hanya dapat dipenuhi oleh PT C yang merupakan afiliasinya. Tidak dipenuhinya syarat yang dimaksud membuat perusahaan lainnya tidak bisa menjadi distributor. Padahal beberapa perusahaan lain yang memiliki cakupan pasar yang luas tidak diberikan kesempatan untuk ikut mendistribusikan produk tersebut.

4. Menetapkan persyaratan yang berbeda untuk pelaku usaha yang berbeda dalam pasar yang sama.

PT A adalah hipermarket yang menerima pasokan barang dari para *supplier*-nya untuk memenuhi kebutuhan tokonya. Untuk memenuhi kebutuhan *dairy product*, PT A menyaratkan kepemilikan lemari pendingin bagi PT C untuk dipasang di tokonya tetapi tidak mensyaratkan hal yang sama kepada PT B, karena perusahaan B dapat menggunakan lemari pendingin milik PT A.

5. Menetapkan persyaratan yang sama untuk pelaku usaha yang secara ekonomi berbeda kelas
PT C yang merupakan sebuah supermarket menetapkan syarat perdagangan (*trading terms*) dan besaran *fee* yang sama baik kepada pemasok yang termasuk golongan Usaha Kecil dan Menengah (UKM) maupun golongan pemasok besar. Hal ini tentu saja secara relatif akan dirasakan lebih berat bagi pemasok kelompok UKM sehingga dapat diartikan bahwa PT C hanya menghendaki pemasok kelompok usaha besar. Dengan demikian persyaratan yang sama untuk kelas yang berbeda dapat dianggap sebagai persyaratan yang diskriminatif sehingga dapat dikategorikan melanggar Pasal 19 huruf d.

6. Kasus konkret yang mungkin terkait dengan diskriminasi pelaku usaha misalnya kasus *Benzine en Petroleum Handelsmaatschappij BV and others v. Commission of the European Communities (Case 77/77)* pada 29 Juni 1978. Kasus ini terjadi antara perusahaan minyak bumi dan satu penjual ketika krisis minyak pada 1970-an. Karena kekurangan minyak, BP (Benzine en Petroleum handelsmaatschappij, British Petroleum Raffinaderij Nederland dan British Petroleum Maatschappij Nederland) secara substansial mengurangi pasokan ke salah satu kliennya, ABG (Aardolie Belangen Gemeenschap), sementara persediaan klien lainnya tetap dijamin. Dengan demikian, subyek kasus ini adalah apakah suatu usaha bisa menolak untuk memasok sebagian klien dalam rangka menjamin pasokan lain dalam masa kekurangan.

Kasus ini pertama kali diselidiki oleh Komisi dan kemudian mengajukan kasasi ke ECJ. Komisi dalam putusannya menyatakan bahwa itu adalah penyalahgunaan posisi dominan karena dalam Pasal 86 dari Traktat Roma (sekarang Pasal 102 TFEU) dinyatakan pelaku usaha dalam posisi dominan harus mendistribusikan dalam jumlah yang adil terhadap seluruh pelanggan. Namun, dalam tahap banding ECJ berpendapat bahwa perbedaan sesekali dapat dilakukan terhadap

pelanggan tidak tetap dan pelanggan kontrak, dan perlakuan istimewa atas pelanggan kontrak mungkin dapat dibenarkan. Karena ABG hanya sesekali menjadi pelanggan, itu tidak bisa menuduh BP penerapan perlakuan berbeda selama krisis yang kurang menguntungkan jika dibandingkan dengan apa yang disediakan untuk pelanggan lama.²³⁷

Indikasi dilakukannya kegiatan-kegiatan sebagaimana yang diuraikan dalam Pasal 19 huruf d antara lain:

1. adanya perlakuan istimewa yang dilakukan oleh pelaku usaha terhadap pelaku usaha tertentu; dan/atau
2. perlakuan istimewa tersebut sama sekali tidak berdasarkan pertimbangan yang beralasan.

Kasus yang telah diputuskan oleh KPPU terkait pelanggaran Pasal 19 huruf d UU No. 5 Tahun 1999 antara lain berikut ini.

Kasus V.15

Kasus Yamaha Putusan Perkara No. 04/KPPU-L/2006

Sebagai Terlapor I adalah PT Suracojaya Abadi Motor, Terlapor II adalah UD Sinar Baru, Terlapor III adalah Toko Sinar Alam Pratama.

PT Suracojaya Abadi Motor selaku *main dealer* sepeda motor Yamaha di Sulawesi Selatan mengeluarkan larangan kepada seluruh *sub dealer* motor Yamaha untuk tidak menjual, memasok, mempromosikan serta memajang motor Yamaha di toko milik Mixed Channel. Walaupun kemudian larangan tersebut sudah dicabut oleh PT Suracojaya Abadi Motor, namun larangan penjualan motor Yamaha dari *sub dealer* ke Mixed Channel masih terjadi (kegiatan tersebut dilakukan oleh *sub dealer* UD Sinar Baru dan Toko Sinar Alam Pratama).

PT Suracojaya Abadi Motor melakukan pendataan terhadap pendistribusian motor Yamaha dari *sub dealer* secara sepihak. Bahwa tindakan pelarangan menjual dan memajang motor Yamaha yang dilakukan oleh Suraco, Sinar Baru dan Sinar Alam menghambat kelangsungan usaha Mixed Channel yang tergolong usaha kecil dan menengah.

Sebagai pertimbangan KPPU dalam melakukan pemeriksaan didasarkan pada beberapa hal berikut ini.

1. Suraco telah melakukan perjanjian dengan Sinar Baru dan Sinar Alam yang memuat persyaratan untuk tidak memasok motor Yamaha kepada Mixed Channel.
2. PT Suracojaya Abadi Motor bersama-sama Sinar Baru dan Sinar Alam melakukan diskriminasi terhadap Mixed Channel dalam bentuk. Mixed Channel dapat membeli motor Yamaha tetapi harus membuka faktur, sedangkan channelmurni diperbolehkan membeli motor Yamaha tanpa membuka faktur dan Mixed Channel dilarang memajang motor Yamaha yang belum diterbitkan fakturnya sedangkan channel murni diperbolehkan.
3. Larangan *sub dealer* untuk memasok motor Yamaha kepada Mixed Channel dan tindakan diskriminasi kepada mixed channel yang melarang memajang motor Yamaha

²³⁷ Hou Liyang, *op.cit.*, hal. 5.

yang belum diterbitkan fakturnya telah menyebabkan hilangnya kesempatan berusaha bagi mixed channel yaitu menjual motor Yamaha.

Majelis Komisi memutuskan PT Suracojaya Abadi Motor sebagai Terlapor I, UD. Sinar Baru sebagai Terlapor II dan Toko Sinar Alam Pratama sebagai Terlapor III tidak terbukti melanggar Pasal 15 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999.

Untuk Pelanggaran Pasal 19 huruf d dalam putusan ini Majelis Komisi menyatakan bahwa:

1. PT Suracojaya Abadi Motor Terlapor I terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 19 huruf d UU No. 5 Tahun 1999,
2. Terlapor II dan III yaitu UD. Sinar Baru dan Toko Sinar Alam Pratama tidak terbukti melakukan pelanggaran.

KPPU menghukum PT Suracojaya Abadi Motor membayar denda sebesar Rp. 1.000.000.000 (satu milyar rupiah) dan memerintahkan PT Suracojaya Abadi Motor untuk memberi kesempatan kepada mixed channel membeli motor Yamaha tanpa buka faktur sebagaimana yang diberlakukan kepada *Channel Murni*.

V.4 JUAL RUGI (*PREDATORY PRICING*)

Kegiatan jual rugi atau *predatory pricing* ini merupakan suatu bentuk penjualan atau pemasokan barang dan atau jasa yang bertujuan untuk mematikan pesaingnya. Berdasarkan sudut pandang ekonomi *predatory pricing* ini dapat dilakukan dengan menetapkan harga yang tidak wajar, di mana harga lebih rendah dari pada biaya variabel rata-rata. Dalam praktik penentuan biaya variabel rata-rata sangat sulit dilakukan, oleh karenanya kebanyakan para sarjana mengatakan, bahwa *predatory pricing* merupakan tindakan menentukan harga di bawah harga rata-rata atau tindakan jual rugi²³⁸.

Dapat dikemukakan, bahwa faktor harga merupakan hal yang sangat penting dan esensial dalam dunia usaha. Oleh karenanya perilaku pelaku usaha yang menetapkan jual rugi atau harga sangat rendah bertujuan untuk menyingkirkan atau mematikan usaha para pesaingnya bertentangan dengan prinsip persaingan yang sehat.

Sama seperti penguasaan pasar yang harus didasarkan pada adanya posisi dominan. Semakin besar diversifikasi kegiatan pelaku usaha berupa produk dan pasar, makin kuat keuangannya, makin besar pula kemampuannya untuk melakukan perilaku yang mematikan.²³⁹ Areeda dan Turner berpendapat, bahwa untuk sukses melakukan jual rugi, maka pelaku usaha harus mempunyai pangsa pasar yang besar.

Perusahaan yang menurunkan harganya pada level di mana pesaingnya akan mati, maka akan menaikkan produksinya. Dengan demikian, maka akan semakin besar kerugiannya. Oleh karena itu

²³⁸ Partnership for Business Competition, *Persaingan Usaha dan Hukum Yang Mengaturnya di Indonesia*, Elips Project, Jakarta, Februari 2001, hal. 44.

²³⁹ Perbedaan pendapat kemungkinan besar akan terjadi mengenai apa yang dimaksud dengan jual rugi atau harga yang sangat murah. Terdapat beberapa kemungkinan yaitu: pertama, ketika harga suatu barang atau jasa adalah di bawah biaya variabel rata-rata (AVC); kemungkinan kedua adalah harga yang ditetapkan adalah di atas biaya tidak tetap rata-rata, namun di bawah biaya total rata-rata (ATC); dan ketiga ketika perusahaan menetapkan harganya di atas biaya rata-rata total. Areeda dan Donald Turner menyatakan bahwa harga di atas biaya tidak tetap rata-rata adalah suatu yang dibenarkan, sebaliknya mereka menyatakan bahwa harga di bawah biaya tidak tetap rata-rata adalah melanggar hukum persaingan usaha. Sedangkan pengadilan di Amerika sangat bervariasi, namun berada di antara kedua aspek tersebut. UNCTAD/TD/B/RBP/81/REV.5 of 20 February 1998, hal. 29 (*margin no. 61*) dalam Departemen Perindustrian dan Perdagangan dan GTZ, *op.cit.*, hal. 282.

perilaku *predator* hampir tidak mungkin dilakukan perusahaan kecil, bahkan perusahaan yang besar saja, tetap akan mengalami kerugian pada saat dia melakukan jual rugi.²⁴⁰

Dalam Pasal 20 UU No. 5 Tahun 1999 disebutkan, bahwa:

“Pelaku usaha dilarang melakukan pemasokan barang dan atau jasa dengan cara melakukan jual rugi atau menetapkan harga yang sangat rendah dengan maksud untuk menyingkirkan atau mematikan usaha pesaingnya di pasar bersangkutan sehingga dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.”

Berikut ini adalah unsur-unsur yang harus diperhatikan sebelum menuduh pelaku usaha atau perusahaan memakai strategi ini:

1. Harus dibuktikan bahwa perusahaan tersebut menjual produknya dengan harga rugi (menjual di bawah biaya rata-rata). Jika perusahaan menjual dengan harga rendah, namun tidak merugi, maka perusahaan tersebut bersaing secara sehat. Perusahaan tersebut dapat menjual dengan harga rendah karena jauh lebih efisien dari pesaing-pesaingnya.
2. Jika terbukti perusahaan menjual dengan harga rugi, masih harus dibuktikan bahwa perusahaan tersebut memiliki kemampuan yang memungkinkan untuk menjual rugi disebabkan adakalanya penjual melakukan jual rugi untuk menghindari potensi kerugian yang lebih lanjut atau untuk sekedar mendapatkan dana untuk keluar dari pasar (usaha).
3. Telah ditunjukkan bahwa perusahaan hanya akan menerapkan *predatory pricing* jika perusahaan tersebut yakin akan dapat menutup kerugian di tahap awal dengan menerapkan harga yang sangat tinggi (*supra competitive*) di tahap berikutnya.

Berdasarkan rumusan Pasal 20 ini, dapat kita ketahui bahwa tidak semua kegiatan jual rugi atau sangat murah otomatis merupakan perbuatan yang melanggar hukum. Dalam hal terjadi indikasi adanya tindakan *predator*, maka haruslah diperiksa apakah terdapat alasan-alasan yang dapat diterima dan yang membenarkan tindakan tersebut, dan apakah memang tindakan tersebut dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. Oleh karenanya *predatory pricing* (jual rugi) dilarang secara *rule of reason* dikarenakan penerapan harga di bawah harga variabel rata-rata di satu sisi akan menguntungkan konsumen karena konsumen dapat menikmati barang dan atau jasa dengan harga yang sangat rendah, namun di sisi lain *predatory pricing* tersebut akan sangat merugikan pelaku usaha pesaing dikarenakan tidak dapat bersaing dalam hal penentuan harga suatu barang atau jasa.

Kegiatan jual rugi sering kali dilakukan dalam praktik dagang yang dilakukan eksportir dengan menjual barang, jasa, atau barang dan jasa di pasar internasional dengan harga kurang dari nilai yang wajar atau lebih rendah dari pada harga barang tersebut di negerinya sendiri atau daripada harga jual kepada negara lain. Jual rugi juga dapat dilakukan oleh produsen pengeksportir yang dengan sengaja banting harga dengan cara menjual rugi atau menjual dengan harga lebih murah dibandingkan harga jual di dalam negeri atau di negara lain, dengan harapan dapat mematikan usaha pesaing di pasar yang bersangkutan.

Ada juga yang berpendapat, bahwa jual rugi semacam ini biasa disebut sebagai praktik dumping. Praktik dagang seperti itu tidak sehat dan sekaligus bisa mendatangkan kerugian pelaku usaha sejenis di negara pengimpor. Beberapa negara, misalnya Amerika Serikat, Kanada, Australia, dan Masyarakat Eropa telah melarang praktik dagang dumping (antidumping) ini dalam peraturan perundang-undangan nasionalnya.

²⁴⁰ Stephen F. Ross, *op.cit.*, hal. 56-57.

Amerika Serikat barangkali menjadi negara pertama dalam sejarah yang memberlakukan peraturan mengenai larangan dumping. Tujuan diberlakukannya pengaturan antidumping untuk memberikan proteksi terhadap industri dalam negeri dari praktik dumping eksportir atau produsen luar negeri. Peraturan antidumping tersebut memungkinkan pemerintah untuk menghukum eksportir atau produsen yang melakukan praktik dumping dengan cara menerapkan sanksi hukuman berupa pengenaan bea masuk yang tinggi atas barang dumping. Penerapan bea masuk ini bertujuan untuk mengeliminir kerugian dari barang dumping. Dengan cara seperti ini, diharapkan industri dalam negeri dapat dilindungi dan tetap dapat bersaing dengan barang impor meskipun barang impor tersebut dijual dengan harga dumping.

Berkaitan dengan larangan praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat, salah satu kegiatan yang dilarang adalah pemasokan barang dan atau jasa dengan cara melakukan jual rugi atau menetapkan harga yang sangat rendah dengan maksud untuk menyingkirkan atau mematikan pelaku usaha pesaingnya di pasar yang bersangkutan sehingga dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.

Praktik melakukan jual rugi, atau menetapkan harga yang sangat rendah dengan maksud untuk menyingkirkan atau mematikan usaha pesaingnya di pasar bersangkutan dalam Pasal 20 UU No. 5 Tahun 1999 disebut *predatory pricing*. Praktik jual rugi dengan tujuan menyingkirkan atau mematikan pelaku usaha pesaingnya di pasar dalam konteks persaingan usaha adalah suatu perilaku pelaku usaha yang umumnya memiliki posisi dominan di pasar atau sebagai pelaku usaha *incumbent* menetapkan harga yang merugikan secara ekonomi selama suatu jangka waktu yang cukup panjang. Strategi ini dapat mengakibatkan pesaingnya tersingkir dari pasar bersangkutan dan atau menghambat pelaku usaha lain untuk masuk ke pasar.

Dalam jangka pendek, jual rugi sangat menguntungkan konsumen, namun setelah menyingkirkan pesaing dari pasar dan menghambat calon pesaing baru, pelaku usaha dominan atau pelaku usaha *incumbent* tersebut berharap dapat menaikkan harga secara signifikan. Umumnya harga yang ditetapkan untuk menutupi kerugian tersebut merupakan harga monopoli (yang lebih tinggi) sehingga dapat merugikan konsumen. Praktik ini adalah upaya untuk memaksimalkan keuntungan dan menutup kerugian yang ditimbulkan ketika melakukan jual rugi atau harga rendah.

Strategi penetapan harga yang sangat rendah, diidentifikasi dengan keinginan pelaku usaha monopolis atau dominan untuk melindungi posisinya dengan cara melakukan pemotongan harga secara substansial atau melakukan peningkatan produksi secara signifikan.

Perilaku ini dimaksud agar tidak memberi kesempatan atau daya tarik pada pelaku usaha baru untuk masuk dalam industri, sehingga pelaku usaha monopolis dapat tetap mempertahankan posisi dominannya.

Meskipun penetapan harga rendah dapat menguntungkan konsumen, namun keuntungan tersebut hanya untuk beberapa waktu saja, karena setelah jangka waktu tertentu, di mana sejumlah pelaku usaha pesaing tersingkir dari pasar konsumen justru akan dirugikan setelah pelaku usaha menetapkan harga yang sangat tinggi yang mengarah atau dapat merupakan harga monopoli. Kegiatan usaha semacam ini perlu dilakukan pengkajian berdasarkan Pasal 20 UU No. 5 Tahun 1999 dengan mendasarkan pada kerangka analisis dan pertimbangan ekonomi.

Selain Pasal 20 UU No. 5 Tahun 1999, larangan penetapan harga juga diatur dalam Pasal 7 UU No. 5 Tahun 1999 mengenai larangan penetapan harga di bawah harga pasar. Namun demikian Pasal 7 dan Pasal 20 UU No. 5 Tahun 1999 akan diterapkan berbeda oleh KPPU tergantung pada fakta kasus per kasus. Pasal 7 UU No. 5 Tahun 1999 mensyaratkan adanya perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menetapkan harga di bawah harga pasar, sedangkan Pasal 20 UU No. 5 Tahun 1999 tidak mencantumkan adanya persyaratan perjanjian.

V.4.1 PENJABARAN UNSUR

Unsur Pasal 20 UU No.5 Tahun 1999 adalah:

1. Unsur pelaku usaha

Pengertian pelaku usaha sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 angka 5 adalah:

“Setiap orang perorangan atau badan usaha, baik yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum negara Republik Indonesia, baik sendiri maupun bersama-sama melalui perjanjian, menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang ekonomi“.

2. Unsur pemasokan

Pengertian memasok sebagaimana dimaksud dalam penjelasan Pasal 15 adalah:

“Menyediakan pasokan, baik barang maupun jasa, dalam kegiatan jual beli, sewa menyewa, sewa beli, dan sewa guna (*leasing*)“.

3. Unsur barang

Pengertian barang menurut Pasal 1 angka 16 adalah:

“Setiap benda, baik berwujud maupun tidak berwujud, baik bergerak maupun tidak bergerak, yang dapat diperdagangkan, dipakai, dipergunakan, atau dimanfaatkan oleh konsumen atau pelaku usaha“.

4. Unsur jasa

Pengertian jasa menurut Pasal 1 angka 17 adalah:

“Setiap layanan yang berbentuk pekerjaan atau prestasi yang diperdagangkan dalam masyarakat untuk dimanfaatkan oleh konsumen atau pelaku usaha“.

5. Unsur jual rugi

Jual rugi adalah harga jual yang ditetapkan oleh pelaku usaha di bawah biaya.

6. Unsur harga yang sangat rendah

Harga yang rendah adalah harga yang ditetapkan oleh pelaku usaha yang tidak masuk akal rendahnya.

7. Dengan maksud

Dengan maksud memiliki arti bahwa kegiatan tersebut dilakukan dengan suatu keinginan atau tujuan.

8. Unsur menyingkirkan atau mematikan

Menyingkirkan atau mematikan berarti mengeluarkan atau menyingkirkan pelaku usaha pesaing dari pasar bersangkutan atau menjadi tutup usahanya.

9. Unsur usaha pesaing

Usaha pesaing adalah usaha pelaku usaha lain dalam pasar bersangkutan yang sama.

10. Unsur Pasar

Menurut Pasal 1 angka 9 pengertian pasar adalah:

„Lembaga ekonomi di mana para pembeli dan penjual baik secara langsung maupun tidak langsung dapat melakukan transaksi perdagangan barang dan atau jasa“.

11. Unsur pasar bersangkutan

Pengertian pasar bersangkutan adalah:

“Pasar yang berkaitan dengan jangkauan atau daerah pemasaran tertentu oleh pelaku usaha atas barang dan atau jasa yang sama atau sejenis atau substitusi dari barang dan atau jasa tersebut“.

12. Unsur praktik monopoli

Pengertian praktik monopoli menurut Pasal 1 angka 2 adalah:

“Pemusatan kekuatan ekonomi oleh satu atau lebih pelaku usaha yang mengakibatkan dikuasainya produksi dan atau pemasaran atas barang dan atau jasa tertentu sehingga menimbulkan persaingan usaha tidak sehat dan dapat merugikan kepentingan umum“.

13. Unsur persaingan usaha tidak sehat

Pengertian persaingan usaha tidak sehat menurut Pasal 1 angka 6 adalah:

„Persaingan antar pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa yang dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha“.

V.4.2 DEFINISI DAN INDIKASI JUAL RUGI²⁴¹

Berdasarkan teori ekonomi, jual rugi adalah suatu kondisi di mana suatu pelaku usaha menetapkan harga jual dari barang dan atau jasa yang diproduksinya di bawah biaya total rata-rata (*Average Total Cost*). Suatu pelaku usaha hanya akan memperoleh keuntungan jika ia dapat menetapkan harga jual barang dan atau jasa yang diproduksinya di atas biaya total rata-rata, atau hanya dapat sekedar menutup biayanya (pulang pokok – *break even*) bila menetapkan harga persis sama dengan biaya total rata-rata.

Tetapi harga yang ditetapkan di bawah biaya total rata-rata (ATC) tersebut tetap masih dapat dikatakan sebagai *reasonable price* apabila berada di atas biaya variabel rata-rata (*average variable cost*), karena pada kondisi tersebut tetap masih ada gunanya bagi pelaku usaha untuk berproduksi, meskipun tidak ada gunanya untuk mengganti peralatan modal yang sudah rusak. Sedangkan apabila suatu pelaku usaha berproduksi pada harga di bawah biaya variabel rata-rata (AVC), maka dapat dikatakan bahwa harga tersebut sudah tidak wajar (*reasonable*) lagi, dan jual rugi yang dilakukan oleh pelaku usaha tersebut dapat dicurigai mempunyai maksud tertentu.

V.4.3 MAKSUD JUAL RUGI

Terlebih dahulu harus dipahami bahwa strategi jual rugi belum tentu dimaksudkan untuk mematikan para pelaku usaha pesaing. Oleh karena itu harus diperhatikan, diteliti, dan dikaji secara cermat

²⁴¹ Peraturan KPPU No. 6 Tahun 2011 tentang Pedoman Pasal 20 (Jual Rugi) UU No.5 Tahun 1999.

tujuan suatu pelaku usaha yang melakukan praktik jual rugi.

Pada umumnya praktik jual rugi dimaksudkan pada 5 (lima) tujuan utama, yaitu:

1. mematikan pelaku usaha pesaing di pasar bersangkutan yang sama;
2. membatasi pesaing dengan memberlakukan harga jual rugi sebagai *entry barrier*;
3. memperoleh keuntungan besar di masa mendatang;
4. mengurangi kerugian yang terjadi di masa lalu; atau
5. merupakan harga promosi dalam upaya memperkenalkan produk baru sebagai alat strategi pemasaran.

Sesuai dengan tujuan pelaku usaha, maka perilaku yang dilarang dalam Pasal 20 UU No. 5 Tahun 1999 adalah melakukan pemasokan barang atau jasa dengan cara melakukan jual rugi dengan maksud untuk menyingkirkan atau mematikan usaha pesaingnya di pasar bersangkutan sehingga dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli atau persaingan usaha tidak sehat.

Pelaku usaha yang melakukan praktik jual rugi yang seperti di atas, maka paling sedikit tiga tujuan pertama akan dicapainya sekaligus. Sedangkan tujuan yang keempat biasanya dilakukan oleh para pelaku usaha yang melakukan “cuci gudang” untuk mengurangi kerugian lebih besar apabila persediaan barang yang ada tidak dapat dijual atau menghabiskan persediaan barang yang telah *out of date* atau mendekati kadaluwarsa. Selain itu juga sangat penting untuk memberikan kriteria yang jelas mengenai jenis komponen yang termasuk ke dalam *fixed cost* dan jenis komponen yang termasuk ke dalam *variable cost*, meskipun definisi secara ekonomi cukup jelas.

V.4.4 DEFINISI BIAYA

Mengingat bahwa dalam mengidentifikasi jual rugi diperlukan pengetahuan yang lengkap mengenai biaya produksi suatu pelaku usaha untuk menghasilkan suatu produk barang atau jasa, maka diperlukan definisi yang jelas mengenai biaya (*cost*) tersebut. Biaya, bagi pelaku usaha yang kegiatannya memproduksi barang atau jasa, adalah nilai pasokan (*input*) yang digunakan untuk menghasilkan keluarannya (*output*). Dalam ilmu ekonomi perusahaan biaya terdiri dari biaya langsung atau biaya eksplisit (*explicit cost*) dan biaya implisit (*implicit cost*).

Biaya eksplisit adalah pengeluaran-pengeluaran nyata dari kas pelaku usaha untuk membeli atau menyewa jasa faktor-faktor produksi yang dibutuhkan. Sedangkan biaya implisit adalah biaya produksi yang memperhitungkan faktor-faktor yang dimiliki sendiri oleh perusahaan dan dipakai dalam proses produksinya sendiri.

V.4.5 BIAYA JANGKA PENDEK

Pada umumnya praktik jual rugi dilakukan dalam kurun waktu yang pendek atau jangka pendek untuk mengambil keuntungan pada jangka panjang, maka untuk melihat indikasi jual rugi yang dilakukan suatu pelaku usaha, akan lebih tepat bila memperhatikan biaya dalam keseimbangan (*equilibrium*) jangka pendek.

Dalam jangka pendek, terdapat biaya tetap total (*total fixed costs*), biaya variabel atau tidak tetap total (*total variable cost*), dan biaya total (*total cost*). Biaya tetap total (*total fixed costs* -TFC) adalah biaya-biaya yang menjadi beban suatu pelaku usaha dalam jangka pendek untuk pasokan (*input*) yang bersifat tetap. Biaya ini adalah konstan dan independen tanpa terpengaruh oleh jumlah *output* atau produksi, ataupun kegiatan produksi dari pelaku usaha yang bersangkutan. Salah satu contoh TFC adalah sewa tetap yang harus dibayar oleh produsen untuk bangunan pabrik selama masa perjanjian sewa menyewa.

Biaya variabel total (*total variable cost - TVC*) adalah biaya-biaya yang harus dipikul oleh suatu pelaku usaha untuk pasokan (*input*) variabel yang dipergunakannya. Biaya ini berubah sesuai dengan jumlah keluaran (*output*) yang diproduksi. Contoh TVC adalah biaya bahan mentah dan biaya tenaga kerja tertentu. Sementara itu biaya total (*total cost -TC*) adalah sama dengan biaya tetap total ditambah biaya variabel total.

V.4.6 BIAYA JANGKA PENDEK PER SATUAN

Walaupun jumlah seluruh biaya adalah sangat penting, tetapi biaya per satuan atau biaya rata-rata (*average cost*) adalah lebih penting bagi analisis jangka pendek suatu pelaku usaha. Biaya per satuan jangka pendek yang dipertimbangkan adalah biaya tetap rata-rata, biaya variabel rata-rata, biaya rata-rata, dan biaya marginal. Biaya tetap rata-rata (*average fixed cost - AFC*) adalah jumlah seluruh biaya tetap persatuan *output*, atau total biaya tetap dibagi dengan jumlah *output* yang dihasilkan. Biaya variabel rata-rata (*average fixed cost - AFC*) adalah biaya variabel per satuan *output*, atau total biaya variabel dibagi jumlah *output* yang dihasilkan. Biaya rata-rata (*average cost -AC*) adalah jumlah seluruh biaya per satuan *output*.

V.4.7 DEFINISI DAN INDIKASI PENETAPAN JUAL RUGI

Suatu pelaku usaha dapat dianggap melakukan pemasokan barang dan atau jasa dengan cara menetapkan harga yang sangat rendah apabila harga yang ditetapkan jauh lebih rendah dibandingkan dengan harga yang ditetapkan oleh sejumlah pelaku usaha lain. Sehingga hal ini harus dilakukan *horizontal comparison*.

Suatu pelaku usaha yang melakukan pemasokan barang dan atau jasa dengan menetapkan harga yang sangat rendah, dapat dicurigai mempunyai maksud untuk menyingkirkan atau mematikan usaha pesaingnya di pasar bersangkutan, apabila dengan harga yang ditetapkannya itu tingkat keuntungan yang akan diperoleh lebih rendah dari tingkat suku bunga yang berlaku.

Dalam pasar dengan persaingan sempurna, tingkat harga yang berlaku di pasar ditentukan oleh permintaan dan penawaran barang atau jasa, di mana harga yang terbentuk akan berada pada keseimbangan antara jumlah permintaan konsumen dengan jumlah penawaran produsen. Tetapi sering kali pada pasar barang atau jasa tertentu terdapat pelaku usaha penentu harga (*price setter* atau *price leader*) yang umumnya merupakan pelaku usaha besar dengan struktur biaya terendah (*the lowest cost*). Oleh karena itu dalam melihat tujuan pelaku usaha yang menetapkan harga dengan sangat rendah haruslah juga dikaji skala produksi pelaku usaha tersebut.

Semakin besar skala produksi suatu pelaku usaha, akan semakin rendah biaya produksi yang harus dipikul oleh pelaku usaha tersebut. Dengan semakin rendahnya biaya produksi, maka akan semakin rendah tingkat harga yang bisa ditawarkan di pasar yang bersangkutan.

Berkaitan dengan skala produksi ini, maka suatu pelaku usaha yang memasok barang dan atau jasa dengan menetapkan harga yang sangat rendah, tidak dapat dikatakan bermaksud menyingkirkan atau mematikan usaha pesaingnya, apabila pelaku usaha tersebut mempunyai skala produksi yang besar.

V.4.8 PANGSA PASAR

Berkaitan dengan skala produksi suatu pelaku usaha, maka sangat perlu untuk melihat pangsa pasar suatu pelaku usaha yang dituduh melakukan jual rugi atau menetapkan harga yang sangat rendah dengan tujuan untuk menyingkirkan atau mematikan usaha pesaingnya. Dengan semakin besar

pangsa pasar suatu pelaku usaha maka semakin dominan pelaku usaha tersebut dalam menguasai pasar yang bersangkutan. Sebagai pelaku usaha yang dominan, maka pelaku usaha tersebut sering kali dapat bertindak sebagai *price setter* atau *price leader*.

V.4.9 STRUKTUR BIAAYA

Selain dipengaruhi oleh posisi di pasar (pangsa pasar), penentuan harga suatu barang dan atau jasa yang dipasok oleh suatu pelaku usaha sangat ditentukan oleh struktur biaya yang berlaku dalam pelaku usaha tersebut. Oleh karena dalam penetapan harga jual rugi diperlukan besaran *average variable cost* (AVC), maka menjadi sangat penting untuk membandingkan antara *average variable cost* (AVC) dengan *fixed cost* (FC).

Pelaku usaha yang memiliki *fixed cost* besar biasanya mempunyai *average variable cost* yang kecil. Sebaliknya pelaku usaha yang memiliki *fixed cost* kecil, pada umumnya mempunyai AVC yang lebih besar. Adapun biaya marginal (*marginal cost* - MC) adalah merupakan tambahan biaya total (TC) akibat perubahan per satuan *output*.

V.4.10 SUNK COST

Untuk memulai kegiatan produksi suatu barang atau jasa, khususnya di sektor industri, suatu pelaku usaha akan mengeluarkan sejumlah biaya yang tidak bisa diharapkan akan kembali apabila industri tersebut gagal. Biaya tersebut dikenal sebagai *sunk cost*. Biaya-biaya yang dimasukkan sebagai *sunk cost*, pada umumnya merupakan investasi awal yang dibutuhkan oleh setiap pelaku usaha baru.

Besarnya *sunk cost* kadangkala dapat mencegah masuknya pesaing baru ke dalam suatu pasar, paling tidak melalui dua alasan. Pertama, karena jumlahnya relatif cukup besar, baik terhadap total biaya secara keseluruhan maupun terhadap keuntungan yang diharapkan dapat diperoleh. Kedua, besarnya *sunk cost* menyebabkan keputusan bisnis suatu usaha mengurangi skala produksinya dalam upaya mengurangi risiko keuangan pelaku usaha. Mengingat kecilnya skala produksi, maka hal tersebut tidak menjadikannya pelaku usaha kompetitif yang efektif untuk ikut berpartisipasi dalam pasar.

V.4.11 UNREASONABLE PRICE

Berkaitan dengan jual rugi atau penetapan harga yang sangat rendah, diperlukan suatu pendekatan yang masuk akal untuk melihat kewajaran (*reasonable*) suatu penetapan harga oleh suatu pelaku usaha. Adapun pendekatan tersebut meliputi diperlukannya:

1. analisis kemampuan pelaku usaha tersebut untuk menutupi kerugian dalam jangka waktu yang cukup panjang;
2. analisis keuangan pelaku usaha yang berkaitan dengan perbandingan antara penerimaan dengan biaya yang dikeluarkan untuk berproduksi.

Analisis ini dilakukan untuk melihat apakah harga rendah yang ditetapkan tersebut *reasonable*.

Perlu dipertimbangkannya kemungkinan *unreasonable price* yang merupakan hasil perluasan pasar. Pada umumnya semakin besar skala produksi suatu pelaku usaha, maka pelaku usaha tersebut akan dapat semakin menekan biaya produksinya sehingga memungkinkan penetapan harga yang lebih rendah dibandingkan pelaku usaha lain.

V.4.12 PENETAPAN JUAL RUGI

Secara umum, jual rugi atau *predatory pricing* adalah suatu strategi usaha menetapkan harga yang sangat rendah untuk barang dan atau jasa yang dihasilkannya dalam suatu periode yang cukup lama, untuk menyingkirkan pelaku usaha lain yang menjadi pesaing-pesaingnya dari pasar, atau juga untuk menghambat pelaku usaha-pelaku usaha lain masuk ke dalam pasar tersebut. Dalam jangka pendek jual rugi sangat menguntungkan konsumen, namun apabila pelaku usaha pesaing telah berada di luar pasar, maka pelaku usaha tersebut akan bertindak sebagai monopoli yang akan menaikkan harga ke tingkat yang sangat tinggi untuk menutupi kerugian yang diderita sebelumnya.

Pada umumnya pelaku usaha yang memberlakukan *predatory pricing* adalah pelaku usaha *incumbent* yang tidak ingin ada pelaku usaha pesaing dalam bisnis yang dilakukannya. Agar pelaku usaha pesaingnya ke luar dari pasar atau agar pesaing baru tidak masuk ke dalam pasar, suatu pelaku usaha *incumbent* akan menetapkan harga barang atau jasa yang diproduksinya di bawah biaya yang dikeluarkannya, agar pelaku usaha pesaingnya itu tidak dapat bertahan dalam bisnis yang sama.

Dalam jangka pendek, jual rugi sangat menguntungkan konsumen karena harga barang yang murah, namun apabila seluruh pesaing tidak dapat melakukan kegiatannya lagi, maka pelaku usaha *incumbent* akan menaikkan harga ke tingkat yang tinggi untuk menutupi kerugian yang diderita pada saat penetapan harga sangat rendah.

Selanjutnya, apabila ada pelaku usaha baru yang ingin ikut menikmati keuntungan akibat harga menjadi tinggi tersebut, maka pelaku usaha *incumbent* akan kembali menurunkan harga ke tingkat yang sangat rendah untuk menyingkirkan pelaku usaha baru tersebut dari lahan bisnisnya. Hal ini berdampak bahwa tidak akan ada satu pelaku usaha pun yang dapat masuk ke pasar, dan pelaku usaha *incumbent* bebas menaikkan harga ke tingkat harga monopoli tanpa kuatir diganggu oleh pelaku usaha-pelaku usaha lain yang akan masuk ke dalam pasar bersangkutan.

Dalam beberapa kasus perilaku *predatory pricing* tidak selalu pelaku usaha monopoli atau *incumbent*, bahkan juga tidak selalu pelaku usaha yang dominan. Tetapi lebih cenderung salah satu pelaku usaha oligopoli. Bahkan, lebih jauh lagi pelaku usaha *predator* tidak selalu berusaha menyingkirkan pelaku usaha pesaingnya dari pasar, tetapi lebih untuk mencegah masuknya pesaing-pesaing baru yang potensial ke dalam pasar bersangkutan.

V.4.13 KONSEKUENSI MELAKUKAN JUAL RUGI

Dalam kenyataannya tidak mudah pelaku usaha *incumbent* untuk menjalankan perilaku *predatory pricing*. Oleh karena itu perlu dipahami berbagai ciri pelaku usaha yang bertindak sebagai *predator* tersebut. Ciri pelaku *predator* adalah berikut ini.

1. Selama menjalankan praktik jual rugi, pelaku usaha akan mengalami kerugian yang cukup besar. Dalam kenyataannya, kerugian yang diderita oleh pelaku usaha *incumbent* akan jauh lebih besar dibandingkan dengan kerugian yang diderita oleh pelaku usaha pesaing dengan tingkat efisiensi yang sama. Hal ini disebabkan oleh karena keharusan pelaku usaha *incumbent* memenuhi kebutuhan seluruh permintaan pasar pada tingkat harga rendah yang diberlakukannya.

Sementara pelaku usaha pesaing tidak dituntut oleh kewajiban seperti itu, sehingga pelaku usaha pesaing dapat mengatur produksinya untuk meminimalkan kerugian. Kerugian pelaku usaha *incumbent* bahkan akan semakin besar jika pelaku usaha *incumbent* juga harus memenuhi jumlah produksi yang ditinggalkan pelaku usaha pesaing, atau apabila peningkatan pasar semakin besar. Dengan demikian, jual rugi akan sangat memberatkan bagi pelaku usaha yang ingin memberlakukan praktek *predatory pricing*.

2. Apabila sifat industri memungkinkan pelaku usaha pendatang dapat mudah keluar dan masuk pasar, maka tidak akan terjadi praktik *predatory pricing*. Pada waktu *predatory pricing* diberlakukan, pelaku usaha pesaing akan ke luar dari pasar bersangkutan dan menginvestasikan asetnya pada industri lain.

Ketika pelaku usaha *incumbent* menaikkan harga, maka pelaku usaha pesaing akan kembali masuk ke industri tersebut. Kondisi ini akan berlangsung terus sehingga tidak akan terjadi paktek jual rugi yang pada akhirnya merugikan konsumen.

3. Tidak adanya *sunk cost* juga tidak akan mensukseskan praktik *predatory pricing*. Dengan tidak adanya *sunk cost*, maka pelaku usaha *incumbent* tidak mempunyai cara untuk menaikkan biaya pada pelaku usaha pendatang, sehingga memberlakukan harga di bawah biaya tidak akan efektif. Dalam kondisi ini praktik jual rugi hanya akan merugikan pelaku usaha *incumbent*.
4. Karena tidak mudah memberlakukan *predatory pricing*. Suatu pelaku usaha yang akan melakukan praktik tersebut biasanya merupakan suatu pelaku usaha yang berskala besar atau dominan di dalam pasar barang atau jasa tersebut. Argumen ini muncul karena hanya pelaku usaha besar yang mampu mengatasi kerugian, sementara pelaku usaha kecil tidak dapat melakukannya.

V.4.14 PELAKU USAHA DOMINAN

Pada setiap industri akan selalu ada pelaku usaha yang dominan dan beberapa pelaku usaha yang lebih kecil. Pelaku usaha dominan (*dominant firm*) adalah pelaku usaha yang mempunyai pangsa (*share*) besar dalam pasar, yang dapat mempengaruhi harga pasar dengan memperbanyak produksinya. Pelaku usaha ini lebih sering berperan sebagai penentu harga (*price setter*) dibandingkan sebagai pengikut harga (*price taker*), dan oleh karenanya mempunyai kekuatan pasar (*market power*) yang besar. Sebaliknya pelaku usaha yang lebih kecil mempunyai peranan yang kecil dan akan bertindak sebagai *price taker*.

Suatu pelaku usaha memiliki posisi dominan dapat disebabkan oleh karena beberapa hal berikut ini.

1. Pelaku usaha dominan mempunyai struktur biaya produksi yang lebih rendah dibandingkan pelaku usaha lainnya. Hal ini disebabkan oleh karena:
 - a. Pelaku usaha dominan lebih efisien dibandingkan pesaingnya. Pelaku usaha ini mempunyai kemampuan manajemen yang lebih baik dan penerapan teknologi yang lebih canggih sehingga dapat berproduksi pada biaya yang lebih rendah. Keunggulan teknologi ini bahkan dapat dilindungi sebagai *patent*.
 - b. Pelaku usaha pendahulu yang memasuki suatu industri, pelaku usaha dominan telah banyak belajar bagaimana berproduksi secara lebih efisien (*learning by doing*).
 - c. Pelaku usaha pendahulu yang memiliki posisi dominan telah mempunyai banyak waktu untuk memperbesar skala produksinya secara optimal, sehingga ia memperoleh keuntungan dari skala ekonomi (*economies of scale*). Apabila biaya tetap (*fixed cost*) dibagi dengan besarnya jumlah *output*, pelaku usaha ini mempunyai biaya rata-rata produksi yang lebih rendah dibandingkan dengan pelaku usaha baru yang mempunyai skala produksi lebih kecil.

2. Pelaku usaha dominan biasanya mempunyai suatu produk yang superior di dalam suatu pasar bersangkutan. Produk yang superior ini diperoleh karena reputasi yang telah dicapainya, baik melalui iklan (*advertising*) maupun melalui kualitas yang telah terbentuk karena sudah lama menguasai pasar.
3. Pelaku usaha dominan dapat terbentuk karena penggabungan beberapa pelaku usaha. Penggabungan pelaku usaha di dalam satu jenis industri sering kali mempunyai insentif untuk mengkoordinasikan kegiatan mereka dengan maksud meningkatkan keuntungan.

V.4.15 POSISI DOMINAN

Sesuai dengan Pasal 25 UU No. 5 Tahun 1999, pelaku usaha memiliki posisi dominan apabila:

1. satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha menguasai 50% (lima puluh persen) atau lebih pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu; atau
2. dua atau tiga pelaku usaha atau kelompok pelaku usaha menguasai 75% (tujuh puluh lima persen) atau lebih pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu.

V.4.16 INDIKASI PENETAPAN JUAL RUGI

Sebelum melakukan tuduhan pada pelaku usaha yang diduga melakukan praktik *predatory pricing* sebaiknya terlebih dahulu dilakukan 2 (dua) tahap analisis yang berkaitan dengan diberlakukannya *unreasonable price* oleh pelaku usaha *predator*, yaitu:

1. mempertimbangkan karakteristik pasar, seperti konsentrasi penjual dan kondisi untuk masuk dalam pasar tersebut, yang ditunjukkan oleh adanya *market power*;
2. memastikan bahwa tingkat harga yang diberlakukan tersebut sangat tidak masuk akal, dengan mengevaluasi perbandingan antara harga yang ditetapkan oleh pelaku usaha *predator* dengan biaya produksi.

V.4.17 TES UNTUK MENDETEKSI JUAL RUGI

Ada beberapa tes yang dapat dilakukan untuk mendeteksi suatu pelaku usaha melakukan praktik *predatory pricing*. Berikut ini adalah beberapa tes yang biasa digunakan untuk membantu otoritas persaingan dalam membuktikan adanya praktik *predatory pricing* pada suatu pelaku usaha. Adapun tes tersebut adalah sebagaimana dijelaskan di bawah ini.

a. *Price-Cost Test*

Tes ini untuk menentukan apakah jual rugi yang dilakukan oleh suatu pelaku usaha merupakan bagian dari strategi *predatory pricing* yang diterapkannya. Dengan membandingkan data harga dan biaya secara obyektif, tes ini tidak secara langsung ditujukan untuk membuktikan bahwa suatu pelaku usaha telah melakukan praktik *predatory pricing*, tetapi lebih kepada pemberian informasi bahwa hal tersebut memang mengarah kepada kondisi harga yang mematikan (*predatory*).

Dalam hal ini keobyektifan sangat penting, karena dapat saja pelaku jual rugi yang dilakukan oleh suatu pelaku usaha hanya terbatas untuk mencapai atau menjaga kedudukannya sebagai pelaku usaha dominan, tanpa ingin berniat menjadi pelaku usaha monopoli. Dengan tingkat efisiensi yang dimilikinya, pelaku usaha tersebut memaksa pelaku usaha-pelaku usaha pesaing berada

dalam kendali harga yang ditetapkan, sehingga para pesaing tersebut terpaksa beroperasi dalam keadaan rugi, yang pada akhirnya akan tersingkir dari pasar. Kondisi ini juga akan menghalangi para pesaing baru untuk masuk dalam pasar.

Selama harga yang ditetapkan oleh pelaku usaha dominan tersebut dapat menutupi biaya produksi, maka harga yang berlaku tersebut dapat dikatakan sebagai harga keseimbangan dalam pasar persaingan sempurna. Di lain pihak, jika harga yang ditetapkan berada di bawah biaya produksi, maka proses persaingan yang sehat telah dilanggar. Jual rugi yang dilakukan oleh pelaku usaha tersebut sangat mungkin juga akan menyingkirkan pelaku usaha pesaing yang lebih efisien.

Sebagian besar otoritas persaingan menggunakan *price-cost test* untuk menganalisis masalah *predatory pricing*, dan ada beberapa macam bentuk biaya (*cost*) yang umumnya digunakan oleh pihak otoritas persaingan. Berikut ini adalah jenis biaya yang sering kali menjadi acuan di dalam mendeteksi *predatory pricing*.

1. *Marginal cost* (MC) adalah tambahan biaya untuk memproduksi satu tambahan unit *output* terakhir.
2. *Average variable cost* (AVC) sebenarnya menggambarkan perilaku MC secara rata-rata sejumlah *output*. AVC dihitung dengan mengidentifikasi semua biaya yang berubah dengan penambahan *output*, menjumlahkannya secara bersama-sama, dan membagi hasilnya dengan total *output* yang dihasilkan.
3. *Average avoidable cost* (AAC) adalah jumlah seluruh biaya yang dapat dihindari oleh pelaku usaha dengan tidak memproduksi sejumlah *output* tertentu, dibagi dengan total *output* yang tidak diproduksi tersebut. *Avoidable cost* didefinisikan sebagai penjumlahan *variable cost* dan *fixed cost* pada produk-produk tertentu, tetapi bukan merupakan *sunk cost*. Atau dengan kata lain merupakan biaya yang diperlukan untuk memproduksi *output* dalam jumlah tertentu. Besarnya *average total cost* (ATC) adalah membagi besarnya seluruh biaya yang ditanggung oleh pelaku usaha (*variable cost*, *fixed cost*, termasuk biaya-biaya umum lainnya (*common cost*) dengan seluruh jumlah barang dan jasa yang diproduksi. *Common cost* adalah biaya tetap yang mendukung sejumlah kegiatan pelaku usaha.

b. Areeda-Turner Test

Menurut Areeda dan Turner, penetapan harga suatu barang dan atau jasa dikatakan merupakan *predator* apabila ditetapkan lebih kecil dari pada biaya marginal jangka pendeknya. Sementara setiap harga yang berada di atas harga marginal biaya jangka pendek bukanlah *predator*.

Tes ini sejalan dengan teori pada pasar persaingan sempurna, yang menyamakan harga pasar sama dengan *marginal cost* (MC) dan *marginal revenue* (MR). Pada tingkat harga ini, setiap pelaku usaha pesaing tidak akan ke luar dari pasar sepanjang efisiensinya paling sedikit sama dengan pelaku usaha *incumbent*.

Mengingat bahwa menentukan *marginal cost* tidak mudah, maka Areeda dan Turner merekomendasikan penggunaan AVC sebagai penggantinya. Akan tetapi terdapat beberapa kritik pada penggunaan tes ini. Kritik atas tes ini yang dapat dikelompokkan dalam 2 (dua) kategori. Pertama, biaya marginal jangka pendek (*short run marginal cost*) bukanlah suatu tes yang baik karena pada kenyataannya beberapa harga yang berada di atasnya juga bersifat *predator*. Kedua, andaikan biaya marginal jangka pendek (*short run marginal cost*) merupakan alat uji yang baik, maka AVC bukanlah pengganti yang cocok, karena biaya ini cenderung berada di bawah MC pada tingkat *output* yang semakin tinggi (oleh karena itu cenderung *underestimate*).

Kritik yang paling mendasar adalah bahwa penggunaan AVC tidak cocok untuk para pelaku usaha dengan biaya tetap (*fixed cost*) besar dan biaya variabel kecil, seperti pelaku usaha di sektor transportasi dan industri *software*. Pada pelaku usaha seperti ini relatif mudah menetapkan harga di atas harga variabel, sehingga penggunaan *AVC test*, akan membiarkan pelaku usaha *incumbent* menghalangi pesaingnya memasuki pasar.

Meskipun demikian, tes ini adalah yang paling umum dan paling mudah diterapkan di dalam otoritas persaingan yang menangani kasus *predatory pricing*. Penggunaan tes ini bukanlah tanpa substansi yang pantas. Pelaku usaha yang menetapkan harga di bawah AVC lebih dapat dipastikan telah mempraktikkan *predatory pricing*, karena biasanya penetapan harga di bawah biaya variabel rata-rata dalam jangka waktu yang lama akan menyebabkan kerugian yang besar (karena harga yang ditetapkan itu hanya mampu menutupi sebagian biaya variabel dan mengabaikan biaya tetap), dan hal itu hanya akan dilakukan oleh suatu pelaku usaha *predator*.

c. Average Total Cost Test (ATC Test)

Seperti telah diketahui, salah satu kelemahan *AVC test* adalah keagalannya mendeteksi harga yang benar-benar berada di bawah tingkat biaya yang sesungguhnya. Penggunaan tes ini tidak hanya akan menyebabkan *underestimate* pada penetapan *marginal cost* (MC), tetapi juga menyebabkan *overlooking* terhadap kondisi harga yang berada di atas AVC tetapi di bawah AC.

Padahal apabila harga berada dalam *range* kedua jenis biaya tersebut, maka hanya biaya variabel yang bisa tertutupi, tetapi tidak seluruh biaya tetapnya. Oleh karena itu penetapan harga pada *range* biaya tersebut tidak cukup berhasil menutupi komponen-komponen biaya seperti biaya sewa, pembayaran bunga, dan depresiasi. Dengan mempertimbangkan hal di atas maka beberapa otoritas persaingan, seperti di Uni Eropa cenderung menggunakan *ATC test* dalam penetapan *predatory pricing*. Dalam hal ini sering pula digunakan pendekatan gabungan *AVC-ATC test*, di mana harga yang berada di bawah AVC dipastikan sebagai *predatory*, sedangkan untuk harga di atas AVC tetapi di bawah ATC, juga bisa disebut *predatory* kecuali otoritas persaingan melihat alasan-alasan yang masuk akal.

Meskipun pengukuran ATC lebih mudah, namun akan menjadi sangat sulit pada pelaku usaha-pelaku usaha yang menghasilkan multiproduk. Bahkan dapat dipastikan bahwa untuk mendapatkan hasil perhitungan yang akurat pada pelaku usaha multiproduk sangat tidak mungkin.

d. Average Avoidable Cost Test (AAC Test)

AAC test adalah salah satu variasi dari *Areeda-Turner test*. Pada *AAC test*, harga dibandingkan dengan AVC ditambah dengan biaya tetap tertentu, di luar *sunk cost*. Atau dengan perkataan lain, biaya yang muncul untuk memproduksi sejumlah *output* tertentu. Keuntungan penggunaan tes ini adalah karena dianggap merupakan estimasi yang lebih baik dari AVC pada pelaku usaha yang diduga melakukan *predatory pricing*.

Dalam menjalankan praktik *predatory pricing*, sering kali pelaku usaha terpaksa menambah beberapa biaya tetapnya dalam upaya meningkatkan kapasitas produksi yang ditujukan untuk menyerap seluruh permintaan pasar. Oleh karena dalam tes ini memperhitungkan juga biaya tetap untuk sejumlah output tertentu, maka tes ini dapat menjawab kritik yang menganggap bahwa *Areeda-Turner test* terlalu mudah dilalui oleh industri-industri dengan biaya tetap yang tinggi.

Namun, dalam menghitung *avoidable cost*, juga perlu dipertimbangkan masalah jangka waktu. Biasanya dengan semakin panjang jangka waktu perhitungan, maka akan semakin besar nilai

avoidable cost, baik secara total maupun rata-rata (*average*). Hal ini masuk akal karena dalam jangka waktu yang panjang unsur *sunk cost* akan menjadi *avoidable cost*. Dengan demikian jelas, bahwa *AAC test* akan semakin sulit dilalui dengan semakin panjangnya jangka waktu. Oleh karena itu perlu dipertimbangan jangka waktu yang paling tepat dan wajar dalam menghitung *avoidable cost*, yaitu ketika praktik *predatory pricing* sedang berlangsung.

e. *Recoupment Test*

Recoupment test tidak dipergunakan untuk membuktikan suatu pelaku usaha melakukan *predatory pricing*, melainkan untuk mengkaji apakah pelaku usaha yang melakukan praktik tersebut telah sukses mencapai tujuannya, yaitu menyingkirkan pesaingnya ke luar pasar dan menghalangi pesaing lainnya masuk ke dalam pasar. Tes ini kemudian juga melihat apakah pelaku usaha *predator* akan mampu mendapatkan keuntungan yang melebihi keuntungan kompetitif untuk menutupi kerugian yang dideritanya selama menjalankan praktik *predatory*.

Recoupment test didasarkan pada dasar pemikiran bahwa tujuan undang-undang persaingan adalah untuk meningkatkan kesejahteraan konsumen. Hal ini berdasarkan anggapan bahwa untuk menutupi kerugian yang diderita ketika menjalankan praktik jual rugi, pelaku usaha akan menetapkan harga yang tinggi setelah para pesaingnya ke luar dari pasar. Harga yang ditetapkan tersebut diperkirakan akan berada di atas harga pada persaingan sempurna, yang dipastikan akan merugikan konsumen.

Recoupment test dimaksudkan sebagai penyelidikan awal. Apabila terbukti bahwa pelaku usaha yang dituduh melakukan praktik *predatory pricing* tidak mengeluarkan atau menghalangi pesaingnya masuk ke pasar, atau upaya penutupan kerugian pada akhirnya tidak memungkinkan, maka tes ini memungkinkan pihak otoritas persaingan membebaskan pelaku usaha tertuduh dari dakwaan sebagai *predatory*, tanpa harus melakukan tes perbandingan harga dan biaya (*price-cost test*).

Hal ini merupakan keunggulan *recoupment test*, karena penentuan *predatory pricing* melalui perbandingan harga dan biaya (*price-cost test*) tidak mudah. Sebaliknya, apabila tes ini menunjukkan bahwa pelaku usaha tertuduh memang akhirnya menaikkan harga untuk menutupi kerugiannya, maka harus dilakukan *price-cost test* untuk membuktikan bahwa pelaku usaha tersebut melakukan praktik *predatory pricing*.

Recoupment test cukup banyak digunakan di banyak negara, dan nampaknya juga paling mudah dan paling sesuai digunakan di Indonesia. Selain itu mengingat praktik jual rugi di Indonesia belum bermunculan ke arah yang mengancam persaingan usaha yang sehat.

Namun alasan yang paling tepat adalah tidak mudahnya mengimplementasikan *price-cost test* yang disebabkan 2 (dua) faktor utama. Pertama, data yang dibutuhkan untuk menentukan *short-run marginal cost*, bahkan *average variable cost* sering kali sulit untuk diperoleh. Kedua, terdapat sejumlah penjelasan yang dapat digunakan untuk membenarkan diberlakukannya harga jual rugi.

Sebagai contoh adalah diberlakukannya harga promosi, yang dikenakan oleh suatu pelaku usaha baru untuk menarik perhatian konsumen. Di langkah awal suatu bisnis, adalah suatu hal yang wajar dan biasa dilakukan apabila suatu pelaku usaha memberi hadiah berupa diskon harga yang menyebabkan harga tersebut berada di bawah *marginal cost*. Ini tentu bukan suatu hal yang salah apabila keputusan penetapan harga tersebut dimaksudkan sebagai kegiatan promosi, yang bisa dianggap sebagai investasi di masa mendatang.

Contoh lain dari adanya penetapan harga di bawah *marginal cost* adalah berkaitan dengan *learning by doing*. *Learning by doing* yang berkaitan dengan penurunan harga dengan meningkatkan jumlah *output* biasanya ditujukan untuk mempelajari bagaimana memproduksi secara lebih efisien.

Berdasarkan pengalaman dan eksperimen yang dilakukan sering kali di masa mendatang pelaku usaha yang melakukan *learning by doing* mampu meraih keuntungan pada tingkat harga yang rendah.

Hal penting yang diperhatikan, sering kali tuduhan praktik jual rugi dicituskan oleh suatu pelaku usaha yang merasa tersaingi oleh pesaingnya. Tuduhan *predatory pricing* kepada suatu pelaku usaha juga bisa dilakukan sebagai suatu strategi pelaku usaha yang kurang efisien dalam upaya mempertahankan posisi pasarnya.

Hal ini dilakukan karena muncul kekuatiran bahwa pelaku usaha yang efisien akan menurunkan harga jual barang dan jasa yang diproduksinya, dan mengambil alih pasar dari pelaku usaha-pelaku usaha yang tidak efisien. Berkaitan dengan hal tersebut, hendaknya tuduhan praktik jual rugi yang mematkan pada suatu pelaku usaha tidak dilakukan secara gegabah. Apabila terbukti bahwa pelaku usaha tersebut betul-betul telah menyingkirkan pelaku usaha lain yang sama efisiennya atau bahkan lebih efisien, dan terbukti kemudian menaikkan harga secara signifikan, maka tuduhan tersebut harus ditindak lanjuti.

Recoupment test akan mempertimbangkan berbagai kondisi yang mempunyai peranan penting bagi suksesnya strategi *predatory pricing*, meskipun tidak berarti semua kondisi ini harus terpenuhi sekaligus. Sejumlah kondisi yang sering dipertimbangkan dalam *recoupment test* tersebut, antara lain: dominasi atau kekuatan pasar; hambatan masuk (*barriers to entry dan re-entry*), kekuatan keuangan relatif; elastisitas harga terhadap permintaan rendah; kelebihan kapasitas, kecenderungan pangsa pasar, efisiensi relatif, pengaruh reputasi, diskriminasi harga, subsidi silang.

e.i Dominansi atau Kekuatan Pasar (*Market Power*)

Posisi dominan atau kekuatan pasar suatu pelaku usaha menjadi pertimbangan yang penting dalam mengadili suatu masalah *predatory pricing*, bahkan juga pada suatu otoritas persaingan yang tidak menggunakan *recoupment test*. Sebagaimana diuraikan di atas, kondisi posisi dominan atau mempunyai kekuatan pasar yang besar sering kali menjadi salah satu syarat penting yang harus dipenuhi suatu pelaku usaha yang ingin menjalankan strategi *predatory pricing*.

Posisi dominan pelaku usaha akan memberi peluang besar bagi pelaku usaha *predator* untuk melakukan *recoupment* atas kerugian yang dideritanya selama menjalankan harga *predator*. Dengan posisi dominan yang dimilikinya, suatu pelaku usaha mempunyai kemampuan yang lebih besar untuk bertindak sebagai *predator* melalui 2 (dua) cara, sebagaimana dijelaskan berikut ini. Pertama, menurunkan harga serendah mungkin sambil meningkatkan *output* untuk menyerap permintaan pasar pada harga yang rendah tersebut. Pemotongan harga tidak mungkin dilakukan suatu pelaku usaha tanpa harus diikuti pengambilalihan bagian pasar dari pelaku usaha pelaku usaha pesaingnya.

Apabila pelaku usaha *predator* tidak dapat berproduksi lebih untuk menyerap permintaan pasar yang selama ini disediakan oleh pesaingnya, maka kelebihan permintaan pasar akan menyebabkan harga yang ditetapkan *predator* tidak akan efektif. Terlebih lagi bagi produsen tunggal melakukan praktik *predatory pricing* lebih bertujuan untuk menghambat masuknya pesaing. Pemotongan harga tidak hanya mengharuskan produsen memenuhi permintaan yang sudah ada sebelumnya tetapi juga permintaan yang meningkat akibat penurunan harga tersebut.

Apabila produsen tidak mempunyai *market power* yang besar untuk memenuhi seluruh permintaan tersebut, maka pesaingnya yang dapat menutupi kelebihan permintaan tersebut juga akan mampu menetapkan harga lebih tinggi dari harga yang ditetapkan *predator*, sehingga tidak akan mensukseskan tujuan *predator*. Kedua, memberlakukan hambatan masuk dan hambatan masuk kembali (*entry barriers dan re-entry barriers*) ke pasar.

e.ii Hambatan Masuk dan Hambatan Masuk Kembali

Hambatan masuk dan hambatan masuk kembali sangat penting diciptakan oleh pelaku usaha *predator* yang ingin melakukan *recoupment* terhadap kerugian yang dideritanya pada strategi *predatory pricing*. Apabila para pesaing sudah tersingkir dan potensial pesaing berhasil dihalangi masuk ke pasar, maka pelaku usaha predator akan menaikkan harga barang dan jasa yang diproduksinya ke tingkat yang akan menghasilkan keuntungan yang melebihi keuntungan normal (*supra competitive profit*) untuk menutupi kerugian yang sengaja diciptakannya. Harga yang tinggi ini tentu akan menggiurkan pelaku usaha pesaing untuk kembali masuk, yang konsekuensinya akan menurunkan kembali harga ke tingkat yang kompetitif.

Pada pasar dengan hambatan masuk yang tinggi, predator akan terlindungi dari pelaku usaha pesaing tersebut, sehingga tetap dapat menikmati tingkat harga yang tinggi. *Re-entry barriers* para pelaku usaha yang sudah tersingkir dari pasar, pada umumnya berkaitan dengan kerusakan nama pelaku usaha akibat pernah bangkrut, dan kesulitan untuk memperkerjakan kembali tenaga-tenaga ahli yang telah di PHK ketika pelaku usaha menghentikan aktivitasnya, atau untuk mencari pengganti mereka.

Oleh karena itu, untuk menentukan adanya *predatory pricing*, perhatian tidak hanya ditujukan pada kemungkinan adanya hambatan untuk masuk kembali (*re-entry barriers*), tetapi juga pada waktu yang dibutuhkan para pelaku usaha yang pernah tersingkir tersebut untuk masuk kembali ke pasar. Bilamana waktu yang dibutuhkan sampai bertahun-tahun lamanya, maka strategi *predatory pricing* tetap akan memberikan keuntungan bagi pelaku usaha predator.

e.iii Kekuatan Keuangan Relatif Pelaku Usaha

Keberhasilan memenangkan kebijakan strategi *predatory pricing* tidak hanya dibutuhkan kekuatan keuangan pelaku usaha secara keseluruhan tetapi juga harus lebih kuat dari kondisi keuangan pelaku usaha lawan. Semakin besar cadangan dana kas suatu pelaku usaha predator dan semakin mudah baginya memperoleh akses modal dibandingkan pelaku usaha lain, maka akan semakin mudah bagi pelaku usaha tersebut untuk berhasil dalam melakukan praktik *predatory pricing*.

e.iv Elastisitas Harga Terhadap Permintaan

Meskipun bukan suatu kondisi terlalu penting, namun elastisitas harga terhadap permintaan dapat menentukan sukses tidaknya strategi *predatory pricing* melalui dua hal sebagai berikut. Pertama, menurunkan jumlah kapasitas berlebih yang dibutuhkan dalam praktik *predatory*. Dalam hal ini dapat menentukan apakah praktik jual rugi mampu menyerap seluruh permintaan pasar yang muncul karena adanya penurunan harga. Semakin rendah elastisitas harga terhadap permintaan, semakin kecil kelebihan kapasitas yang harus dipenuhi predator karena adanya permintaan pasar yang baru akibat harga predator. Kedua, suatu elastisitas harga yang rendah juga memfasilitasi *recoupment*, karena kemungkinan penurunan permintaan akibat kenaikan harga juga akan semakin kecil karena kenaikan harga. Sebaliknya, dengan elastisitas harga terhadap permintaan yang tinggi, maka kenaikan harga akan menurunkan permintaan pasar sehingga mengurangi keuntungan yang harus diperoleh pelaku usaha predator untuk menutupi kerugian akibat praktik jual rugi.

e.v Kapasitas Berlebih

Kapasitas berlebih adalah prasyarat penting bagi terlaksananya praktik jual rugi, karena harus mampu menyerap seluruh permintaan pasar yang baru yang muncul karena adanya penurunan

harga, dan juga menyerap pangsa pasar yang selama ini dikuasai oleh para pesaing. Kalau tidak, maka kelebihan permintaan pasar akan menaikkan kembali harga barang dan tekanan terhadap para pesaing menurun yang menyebabkan mereka mampu bertahan, paling tidak dalam jangka waktu yang lebih lama.

e.vi Efisiensi Relatif

Semakin efisien suatu pelaku usaha *incumbent*, maka semakin murah dan mudah bagi pelaku usaha tersebut menjalankan praktik jual rugi. Sebaliknya, semakin rendah efisiensi pelaku usaha, semakin mahal dan sulit bagi pelaku usaha tersebut menjalankan praktik jual rugi. Namun, sering kali pelaku usaha tidak menyadari bahwa tidak mempunyai keunggulan efisiensi relatif terhadap pelaku usaha pesaing, sehingga ketika menjalankan praktik jual rugi pelaku usaha *predator* terpaksa terus menerus menurunkan tingkat harga untuk menyingkirkan pesaingnya yang ternyata lebih efisien.

e.vii Diskriminasi Harga

Diskriminasi harga terjadi apabila pelaku usaha *incumbent* mampu memberlakukan harga *predator* hanya pada konsumen tertentu yang punya pertimbangan serius untuk membeli produk dari para pesaingnya. Sehingga penetapan harga *predator* tersebut tidak diterapkan pada seluruh *output*. Apabila hal ini terjadi maka biaya *predatori* akan diminimumkan, yang tidak saja karena lebih mudahnya pembiayaan tetapi juga karena lebih rendahnya biaya untuk mencapai *break even point* dalam proses *recoupment*.

e.viii Subsidi Silang

Subsidi silang dapat menjadi pemicu praktik jual rugi, karena sering kali kerugian akibat *predatory pricing* di suatu pasar dibiayai dari keuntungan yang amat besar (*supra competitive profit*) dari pasar yang lain. Kondisi ini memungkinkan praktik melakukan *predatory pricing* berjalan cukup lama untuk menyingkirkan pesaing yang ada atau menghalangi pesaing baru masuk ke dalam pasar.

Berikut ini adalah contoh kasus Pasal 20 UU No. 5 Tahun 1999.

Kasus V.16

Perkara No. 09/KPPU-L/2009 tentang Akuisisi PT Alfa Retailindo Tbk.

Sebagai Terlapor adalah PT Carrefour Indonesia.

Tertanggal 17 Desember 2007 diadakan *Understanding* (MoU) antara Carrefour, PT Sigmantara Alfindo dan Prime Horizon Pte. Ltd. untuk membeli saham PT Alfa Retailindo, Tbk. sebesar 75%. Tanggal 18 Desember 2007 PT Carrefour Indonesia menyampaikan surat pemberitahuan kepada Bapepam-LK dan PT Bursa Efek Indonesia mengenai rencana pembelian saham Alfa sebesar 75%. Tanggal 19 Desember 2007 rencana pembelian saham Alfa oleh Carrefour diumumkan melalui surat kabar Tanggal 21 Januari 2008 Carrefour menandatangani perjanjian jual beli saham atau *Share Purchase Agreement* (SPA) antara Carrefour dengan PT Sigmantara Alfindo dan Prime Horizon. Pte. Ltd. Jumlah saham Alfa milik PT Sigmantara Alfindo yang dibeli Carrefour sebesar 35% dan saham Alfa milik Prime Horizon Pte. Ltd. yang dibeli Carrefour sebesar 45%. Tanggal 21 Januari 2008 pemberitahuan

kepada Bapepam-LK dan PT Bursa Efek Indonesia mengenai penandatanganan SPA. Tanggal 22 Januari 2008 pengumuman di surat kabar nasional mengenai pembelian saham Alfa.

Setelah melakukan akuisisi, Carrefour melakukan renovasi gedung terhadap gerai-gerai ex Alfa, melatih SDM, memperbaiki IT, melakukan *space efficiency*. Dari 30 gerai ex-Alfa, sebanyak 14 gerai berganti nama menjadi Carrefour Express dan 16 gerai menjadi Carrefour sedangkan satu gerai ditutup.

Carrefour sebelum melakukan akuisisi Alfa telah memiliki *market power* sebagaimana dilihat pada pangsa pasarnya baik di pasar *downstream* maupun di pasar *upstream* serta berdasarkan keterangan-keterangan dari beberapa asosiasi pemasok lalu *market power* Carrefour semakin meningkat setelah melakukan akuisisi Alfa sebagaimana terlihat pada perubahan pangsa pasarnya yang mengakibatkan berkurangnya persaingan di pasar sebagaimana terlihat pada meningkatnya ukuran konsentrasi pasar selanjutnya, peningkatan *market power* Carrefour pascaakuisisi Alfa terbukti disalahgunakan oleh Carrefour dengan menekan pemasok melalui berbagai ketentuan *trading terms* yang merugikan baik bagi pemasok Carrefour maupun pemasok ex-Alfa. Tingginya *barrier to entry* untuk memasuki pasar menyebabkan perilaku Carrefour sulit untuk dikoreksi melalui mekanisme pasar.

Hal ini terlihat juga dari perilaku Carrefour tersebut kemudian diikuti oleh pesaing-pesaing lainnya sehingga mengakibatkan para pemasok semakin tertekan, dalam jangka panjang, perilaku Carrefour tersebut tidak hanya merugikan pemasok namun akan berakibat pada kerugian konsumen, karena konsumen akan sulit mendapatkan harga barang yang murah dan inovatif, perilaku Carrefour tersebut merupakan praktik monopoli dan penyalahgunaan posisi dominan sehingga melanggar Pasal 17 ayat (1) dan 25 ayat (1) huruf a UU No. 5 Tahun 1999. Sebagai akibat dari akuisisi yang dilakukannya terhadap Alfa, akuisisi yang dilakukan Carrefour terhadap Alfa melanggar Pasal 28 ayat (2) UU No. 5 Tahun 1999. Pasar tradisional terbukti tidak berada dalam pasar bersangkutan Carrefour sehingga Tim Pemeriksa tidak melaksanakan penyelidikan lebih lanjut mengenai dugaan pelanggaran Pasal 20 UU No. 5 Tahun 1999 terkait dugaan *predatory pricing* oleh Carrefour yang mematikan pasar tradisional.

Akuisisi Alfa yang dilakukan oleh Terlapor mengakibatkan dampak antipersaingan dalam pasar jasa ritel *hipermarket* dan *supermarket* di Indonesia, sehingga Terlapor melanggar Pasal 17 ayat (1) dan Pasal 25 ayat (1) huruf a UU No. 5 Tahun 1999. Disamping itu, akuisisi Alfa yang dilakukan oleh Terlapor telah memenuhi semua unsur Pasal 28 ayat (2) UU No. 5 Tahun 1999. Namun dikarenakan sampai dengan saat itu belum diterbitkannya Peraturan Pemerintah sebagai peraturan pelaksanaan Pasal 28 UU No. 5 Tahun 1999 tersebut, maka Majelis Komisi, demi hukum, tidak dapat menyatakan Terlapor melanggar Pasal 28 ayat (2) UU No. 5 Tahun 1999. Majelis Komisi tidak dapat melakukan analisis pemenuhan unsur Pasal 20 UU No. 5 Tahun 1999, sehingga tidak dapat menyatakan Terlapor melanggar Pasal 20 UU No. 5 Tahun 1999.

Dampak akuisisi dalam perkara ini telah terbukti merugikan secara nyata. Namun belum adanya Peraturan Pemerintah sebagaimana diamanatkan oleh Pasal 28 dan Pasal 29 UU No. 5 Tahun 1999, menyebabkan merger dan akuisisi belum dapat dikendalikan secara efektif.

Majelis Komisi memutuskan Terlapor, PT Carrefour Indonesia tidak terbukti melanggar Pasal 20 UU No. 5 Tahun 1999.

V.5 KECURANGAN DALAM MENETAPKAN BIAYA PRODUKSI

UU No. 5 Tahun 1999 juga menganggap salah satu aspek yang dapat dipersalahkan sebagai penguasaan pasar yang dilarang adalah kecurangan dalam menetapkan biaya produksi. Pasal 21 UU No. 5 Tahun 1999 menyatakan, bahwa pelaku usaha dilarang melakukan kecurangan dalam menetapkan biaya produksi dan biaya lainnya yang menjadi bagian dari komponen harga barang dan atau jasa yang dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat.

Lebih lanjut penjelasan terhadap Pasal 21 tersebut menyatakan, bahwa kecurangan dalam menetapkan biaya produksi dan biaya lainnya merupakan bentuk pelanggaran terhadap peraturan perundang-undangan yang berlaku untuk memperoleh biaya faktor-faktor produksi yang lebih rendah dari seharusnya.

Sebagai bagian dari penguasaan pasar, maka kecurangan dalam menentukan biaya adalah salah satu strategi yang dijalankan oleh pelaku usaha untuk mematikan pesaingnya, yaitu dengan jalan menyatakan biaya produksinya tidak sesuai dengan biaya yang sesungguhnya. Secara akal sehat, tentu harga yang disampaikan adalah di bawah harga yang sesungguhnya, dengan demikian dia bisa menjual barang atau jasanya lebih rendah dari para pesaingnya.

Sebetulnya Pasal 21 ini berbeda dengan Pasal 20, walaupun keduanya pada prinsipnya sama, yaitu akhirnya menjual barang dengan harga di bawah biaya produksi. Namun dalam Pasal 21 yang penekanannya adalah pada kecurangan yang dilakukan oleh pelaku usaha yang berhubungan dengan biaya produksinya. Berdasarkan rumusan Pasal 21 UU No. 5 Tahun 1999, maka dapat kita ketahui bahwa pasal ini menganut prinsip *rule of reason*. Dengan demikian kalau pun telah terjadi kecurangan, si pelaku tidak otomatis melanggar UU No. 5 Tahun 1999. Untuk dinyatakan bersalah, haruslah dibuktikan terlebih dahulu bahwa kecurangan tersebut tidak mempunyai alasan-alasan yang dapat diterima dan juga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha yang tidak sehat. Contoh kasus untuk Pasal 21 adalah berikut ini.

Kasus V.17

Putusan Perkara No. 25/KPPU-I/2009 tentang Penetapan Harga *Fuel Surcharge* Dalam Industri Jasa Penerbangan Domestik

Terlapor dalam kasus ini adalah:

Terlapor I PT Garuda Indonesia (Persero), Terlapor II PT Sriwijaya Air, Terlapor III PT Merpati Nusantara Airlines (Persero), Terlapor IV PT Mandala Airlines, Terlapor V PT Riau Airlines, Terlapor VI PT Travel Express Aviation Services, Terlapor VII PT Lion Mentari Airlines, Terlapor VIII PT Wings Abadi Airlines, Terlapor IX PT Metro Batavia, Terlapor X PT Kartika Airlines, Terlapor XI PT Linus Airways, Terlapor XII PT Trigana Air Service, Terlapor XIII PT Indonesia AirAsia.

Berdasarkan uji pergerakan *fuel surcharge* para Terlapor pada Periode I (Mei 2006 s.d. Maret 2008) untuk penerbangan 0 s.d. 1 jam, 1 s.d. 2 jam, 2 s.d. 3 jam, menunjukkan hasil yang signifikan di mana terdapat variasi yang sama dari seluruh maskapai penerbangan yang diuji selanjutnya pada uji pergerakan *fuel surcharge* para Terlapor pada Periode II (April 2008 s.d. Desember 2009) untuk penerbangan 0 s.d. 1 jam, 1 s.d. 2 jam, 2 s.d. 3 jam menunjukkan hasil yang tidak signifikan di mana tidak terdapat variasi yang sama dari seluruh maskapai penerbangan yang diuji.

Meskipun sejak 30 Mei 2006, tidak ada kesepakatan tertulis di antara para Terlapor dalam menetapkan *fuel surcharge*, namun berdasarkan analisis pergerakan *fuel surcharge* di atas, baik analisis grafik, tabel, uji korelasi dan uji varians, menunjukkan adanya *trend* yang sama, korelasi positif dan variasi yang sama di antara para Terlapor dalam menetapkan besaran *fuel surcharge* untuk periode Mei 2006 s.d. Maret 2008 untuk zona waktu tempuh 0 s.d. 1 jam, 1 s.d. 2 jam dan 2 s.d. 3 jam.

Formula perhitungan *fuel surcharge*, asumsi harga avtur, asumsi konsumsi avtur dan asumsi *load factor* yang dibuat oleh masing-masing Terlapor berbeda-beda, maka seharusnya pergerakan *fuel surcharge* yang ditetapkan oleh masing-masing Terlapor juga berbeda-beda berdasarkan pertimbangan ekonomi dari masing-masing perusahaan. Perubahan *fuel surcharge* di antara para Terlapor pada Periode I (Mei 2006 – Maret 2008) menunjukkan kecenderungan yang sama namun hal tersebut tidak dapat dijustifikasi dari pertimbangan ekonomi masing-masing Terlapor, maka Tim Pemeriksa menilai bahwa kecenderungan perubahan *fuel surcharge* tersebut didasarkan pada suatu perjanjian di antara para Terlapor. Hal tersebut di atas pada butir b didukung dengan fakta adanya perjanjian di antara Terlapor untuk menetapkan besaran *fuel surcharge* Rp 20.000,- (dua puluh ribu rupiah) yang mulai diberlakukan pada tanggal 10 Mei 2006 yang diwadahi oleh INACA.

Meskipun INACA kemudian menyatakan menyerahkan besaran *fuel surcharge* pada masing-masing maskapai pada tanggal 30 Mei 2006, namun secara faktual pergerakan *fuel surcharge* masing-masing Terlapor masih menunjukkan kecenderungan yang sama sampai dengan Maret 2008 Tim Pemeriksa menilai dua fakta tersebut di atas telah cukup sebagai bukti adanya perjanjian untuk menetapkan besaran *fuel surcharge* secara bersama-sama yang dilakukan oleh para Terlapor (PT Garuda Indonesia (Tbk.), PT Sriwijaya Air, PT Merpati Nusantara Airlines (Persero), PT Mandala Airlines, PT Riau Airlines, PT Travel Express Aviation Services, PT Lion Mentari Airlines, PT Wings Abadi Airlines, PT Metro Batavia, PT Kartika Airlines, PT Trigana Air Service dan PT Indonesia Air Asia) pada Periode I (Mei 2006 s.d. Maret 2008) untuk zona penerbangan dengan waktu tempuh 0 s.d. 1 jam, 1 s.d. 2 jam dan 2 s.d. 3 jam. Namun demikian, Tim Pemeriksa tidak menemukan adanya kesamaan perubahan harga *fuel surcharge* yang ditetapkan oleh para Terlapor (PT Garuda Indonesia (Tbk.), PT Sriwijaya Air, PT Merpati Nusantara Airlines (Persero), PT Mandala Airlines, PT Riau Airlines, PT Travel Express Aviation Services, PT Lion Mentari Airlines, PT Wings Abadi Airlines, PT Metro Batavia, PT Kartika Airlines, PT Trigana Air Service dan PT Indonesia Air Asia) pada Periode II (April 2008 s.d. Desember 2009) untuk zona penerbangan dengan waktu tempuh 0 s.d. 1 jam, 1 s.d. 2 jam dan 2 s.d. 3 jam.

Para Terlapor telah menetapkan biaya *fuel surcharge* secara curang yang dibuktikan dengan perubahan nilai *fuel surcharge* para Terlapor yang tidak sama dengan perubahan nilai harga avtur pada sejak Mei 2006 sampai dengan Desember 2009 dan nilai *fuel surcharge* sejak Maret 2008 telah melampaui tarif batas atas sebagaimana ditetapkan dalam KM No. 9 Tahun 2002. Tim Pemeriksa menyimpulkan ada bukti pelanggaran terhadap Pasal 5 dan Pasal 21 UU No. 5 Tahun 1999 yang dilakukan oleh PT Garuda Indonesia (Tbk), PT Sriwijaya Air, PT Merpati Nusantara Airlines (Persero), PT Mandala Airlines, PT Riau Airlines, PT Travel Express Aviation Services, PT Lion Mentari Airlines, PT Wings Abadi Airlines, PT Metro Batavia, PT Kartika Airlines, PT Trigana Air Service dan PT Indonesia AirAsia.

Telah terbukti terjadi penetapan harga yang dilakukan oleh Terlapor I PT Garuda Indonesia (Persero), Terlapor II PT Sriwijaya Air, Terlapor III PT Merpati Nusantara Airlines (Persero), Terlapor IV PT Mandala Airlines, Terlapor VI PT Travel Express Aviation Service, Terlapor VII PT Lion Mentari Airlines, Terlapor VIII PT Wings Abadi Airlines, Terlapor IX PT Metro Batavia, Terlapor X PT Kartika Airlines, yang terbukti dengan adanya perjanjian penetapan harga sesuai dengan Berita Acara Persetujuan Pelaksanaan *Fuel Surcharge* (Ref. Berita Acara INACA No. 9100/53/V/2006 tanggal 4 Mei 2006), yang kemudian dibatalkan dengan keluarnya Notulen Rapat INACA No. 9100/57/V/2006 pada tanggal 30 Mei 2006.

Adanya perjanjian penetapan harga sesuai dengan Berita Acara Persetujuan Pelaksanaan *Fuel Surcharge* (Ref. Berita Acara INACA No. 9100/53/V/2006 tanggal 4 Mei 2006), yang kemudian dibatalkan dengan keluarnya Notulen Rapat INACA No. 9100/57/V/2006 pada tanggal 30 Mei 2006. Adanya penetapan *fuel surcharge* secara terkoordinasi (*concerted actions*) dalam zona penerbangan 0 s.d. 1 jam, 1 s.d. 2 jam dan 2 s.d. 3 jam, Adanya hubungan positif dengan korelasi yang tinggi (nilai rata-rata di atas 0,95) antara *fuel surcharge* yang diterapkan para Terlapor, Hasil Uji *Homogeneity of Variance* dengan pendekatan *Bartlett's* terhadap *fuel surcharge* 0 s.d. 1 jam, 1 s.d. 2 jam dan 2 s.d. 3 jam periode Mei 2006 s.d. Oktober 2009 menunjukkan bahwa variasi dari *fuel surcharge* masing-masing maskapai yang diuji adalah sama.

Terjadinya *excessive price* dalam penerapan *fuel surcharge* berdasarkan perbandingan antara *fuel surcharge* aktual dengan *fuel surcharge* acuan estimasi, dan perbandingan antara *fuel surcharge* aktual dengan *fuel surcharge* acuan Dephub. Terjadinya *excessive fuel surcharge* yang dinikmati oleh 9 (sembilan) Terlapor yaitu Terlapor I PT Garuda Indonesia (Persero), Terlapor II PT Sriwijaya Air, Terlapor III PT Merpati Nusantara Airlines (Persero), Terlapor IV PT Mandala Airlines, Terlapor VI PT Travel Express, Terlapor VII PT Lion Mentari Airlines, Terlapor VIII PT Wings Abadi Airlines, Terlapor IX PT Metro Batavia, Terlapor X PT Kartika Airlines.

Majelis Komisi menetapkan adanya kerugian di pihak masyarakat dan menjatuhkan sanksi berupa tindakan administratif penetapan pembayaran ganti rugi kepada masyarakat melalui pemerintah sebesar 10% (sepuluh persen) dari *excessive fuel surcharge* masing-masing Terlapor dengan perkecualian kepada Terlapor VI (PT Travel Express Aviation) dan Terlapor X (PT Kartika Airlines) yang ditetapkan sebesar 5% (lima persen) dengan mempertimbangkan bahwa kedua Terlapor tersebut merupakan perusahaan yang masih akan berkembang, skala usaha kecil dengan jumlah armada pesawat yang terbatas, dan beroperasi pada jalur perintis di luar kota-kota besar.

Majelis Komisi menetapkan Terlapor I PT Garuda Indonesia (Persero), Terlapor II PT Sriwijaya Air, Terlapor III PT Merpati Nusantara Airlines (Persero), Terlapor IV PT Mandala Airlines, Terlapor V PT Riau Airlines, Terlapor VI PT Travel Express Aviation Services, Terlapor VII PT Lion Mentari Airlines, Terlapor VIII PT Wings Abadi Airlines, Terlapor IX PT Metro Batavia, Terlapor X PT Kartika Airlines, Terlapor XI PT Linus Airways, Terlapor XII PT Trigana Air Service, Terlapor XIII PT Indonesia AirAsia tidak terbukti melanggar Pasal 21 UU No. 5 Tahun 1999.

Pada putusan tersebut memerintahkan untuk melakukan pembatalan perjanjian penetapan *fuel surcharge* baik secara tertulis maupun tidak tertulis yang dilakukan oleh Terlapor I PT Garuda Indonesia (Persero), Terlapor II PT Sriwijaya Air, Terlapor III PT Merpati Nusantara Airlines (Persero), Terlapor IV PT Mandala Airlines, Terlapor VI PT Travel Express Aviation Services, Terlapor VII PT Lion Mentari Airlines, Terlapor VIII PT Wings Abadi Airlines, Terlapor IX PT Metro Batavia, dan Terlapor X PT Kartika Airlines.

V.6 PERSEKONGKOLAN

V.6.1 PERSEKONGKOLAN TENDER²⁴²

Persekongkolan tender (atau kolusi tender) terjadi ketika pelaku usaha, yang seharusnya bersaing secara tertutup, bersekongkol untuk menaikkan harga atau menurunkan kualitas barang atau jasa untuk para pembeli yang ingin memperoleh produk atau jasa melalui suatu proses pengadaan. Organisasi publik dan swasta sering bergantung kepada suatu proses yang kompetitif untuk memperoleh hasil terbaik dengan dana yang tersedia. Harga rendah dan/atau produk yang lebih baik diinginkan karena mereka menghasilkan sumber daya yang dihemat atau dikurangi untuk digunakan pada barang dan jasa lainnya.

Proses yang kompetitif dapat menghasilkan harga yang lebih rendah atau kualitas dan inovasi yang lebih baik, hanya ketika para perusahaan tersebut bersaing murni (sebagai contoh, menetapkan persyaratan dan kondisi secara jujur dan berdiri sendiri). Persekongkolan dalam tender dapat menjadi merusak apabila ia mempengaruhi pengadaan publik²⁴³. Persekongkolan tersebut mengambil sumber daya dari para pembeli dan pembayar pajak, mengurangi kepercayaan publik dalam proses yang kompetitif, dan mengurangi manfaat suatu pasar yang kompetitif.

Persekongkolan dalam tender dapat terjadi dalam berbagai bentuk, di mana seluruhnya merusak upaya para pembeli – umumnya pemerintah pusat dan daerah – untuk memperoleh barang dan jasa pada harga yang murah. Sering kali, para pesaing setuju di muka untuk menetapkan siapa yang memasukkan penawaran yang akan menang atas suatu kontrak yang diberikan melalui suatu proses pengadaan yang kompetitif. Suatu bentuk umum dari persekongkolan tender adalah untuk meningkatkan besaran nilai pengadaan yang akan menang dan oleh karenanya dapat menikmati keuntungan dari nilai tersebut.

Skema persekongkolan tender sering kali mencakup mekanisme untuk mengalokasikan dan mendistribusikan laba diperoleh sebagai hasil harga kontrak yang lebih tinggi di antara para pelaku usaha yang bersekongkol. Sebagai contoh, pesaing yang tidak setuju untuk menawar atau memasukkan tawaran yang pasti kalah (*losing bid*) akan menerima subkontrak atau kontrak pasokan dari pemenang tender dalam rangka membagi keuntungan dari harga penawaran tidak sah yang lebih tinggi.

Namun, perjanjian persekongkolan tender yang bertahan lama akan membutuhkan metode yang lebih baik dalam menetapkan pemenang kontrak, mengawasi dan membagi keuntungan persekongkolan tender selama periode bulanan atau tahunan. Persekongkolan tender mungkin akan mencakup pembayaran uang dengan menetapkan penawaran yang akan menang (*bidding winner*) kepada satu atau lebih pihak yang bersekongkol. Ini biasa disebut dengan pembayaran kompensasi

²⁴² OECD, *Pedoman untuk Mengatasi Persekongkolan Tender Dalam Pengadaan Publik*, Februari 2009.

²⁴³ Di Negara OECD, pengadaan publik dapat mencapai sekitar 15% dari PDB. Di Negara non-OECD, angka tersebut justru lebih tinggi. Lihat OECD, *Penyuaian dalam Pengadaan, Metode, Pelaku dan Upaya Mengatasinya*, 2007. (OECD, *Bribery in Procurement, Methods, Actors and Counter-Measures*, 2007).

yang kadang diasosiasikan dengan para perusahaan memasukkan penawaran “palsu” (*cover bidding*) yang tinggi²⁴⁴.

Walaupun individu dan perusahaan mungkin setuju untuk mengimplementasikan metode persekongkolan tender dalam berbagai cara, mereka biasanya mengimplementasikan satu atau lebih strategi yang serupa. Teknik-teknik ini biasanya tidak terlalu eksklusif.

Sebagai contoh, penawaran palsu mungkin digunakan bersamaan dengan metode rotasi pemenang (*bid-rotation*). Strategi tersebut akan menghasilkan pola yang dapat dideteksi oleh pejabat pengadaan dan dapat membantu pengungkapan metode persekongkolan tender tersebut.

Penawaran palsu (juga disebut hadiah, persahabatan, atau simbol) merupakan metode persekongkolan tender yang paling sering digunakan. Ia muncul ketika individu atau perusahaan setuju untuk memasukkan penawaran yang melibatkan minimal salah satu faktor berikut:

1. pesaing setuju untuk memasukkan penawaran yang lebih tinggi daripada penawaran pelaku usaha yang disepakati sebagai pemenang;
2. pesaing memasukkan penawaran yang diketahui terlalu tinggi untuk diterima, atau
3. pesaing memasukkan penawaran yang mencantumkan kondisi khusus yang diketahui tidak dapat diterima oleh pembeli. Penawaran palsu ditujukan untuk memberikan kesan telah terjadi persaingan yang sehat.

Pengaturan penawaran (*bid suppression*). Metode pengaturan penawaran melibatkan perjanjian di antara pesaing di mana satu atau lebih perusahaan setuju untuk keluar dari pengadaan atau menarik penawaran yang dimasukkan sebelumnya sehingga penawaran pemenang yang akan ditetapkan akan diterima. Secara nyata, pengaturan penawaran diartikan bahwa suatu perusahaan tidak ingin memasukkan penawaran untuk dipertimbangkan.

Sedangkan rotasi penawaran (*bid rotation*) adalah metode rotasi penawaran, di mana perusahaan yang bersekolong terus melakukan penawaran, tetapi mereka setuju untuk mengambil giliran sebagai pemenang tender (kualifikasi paling rendah). Cara-cara perjanjian rotasi penawaran tersebut digunakan dapat beragam. Sebagai contoh, para pelaku konspirasi mungkin akan memilih untuk mengalokasikan nilai uang yang hampir sama dari kontrak tertentu kepada setiap perusahaan, atau untuk mengalokasikan jumlah yang berkaitan dengan ukuran tiap perusahaan.

Sedangkan alokasi pasar (*market allocation*) terjadi ketika pesaing membagi pasar dan setuju untuk tidak bersaing atas konsumen tertentu atau dalam area geografis tertentu. Perusahaan yang bersaing dapat, sebagai contoh, mengalokasikan konsumen tertentu atau jenis konsumen tertentu kepada perusahaan yang berbeda, sehingga pesaing tidak akan memasukkan penawaran (atau akan memasukkan penawaran palsu) atas kontrak yang ditawarkan oleh konsumen potensial dengan kelas tertentu yang dialokasikan bagi perusahaan tertentu. Sebagai balasan, pesaing tersebut tidak akan memasukkan penawaran yang bersaing pada kelompok konsumen yang dialokasikan bagi perusahaan lain dalam perjanjian tersebut.

a. Karakteristik Industri, Produk dan Jasa yang Mendukung Kolusi

Agar perusahaan dapat membuat perjanjian kolusi yang sukses, mereka harus setuju dengan suatu tindakan yang sama dalam mengimplementasikan perjanjian tersebut, mengawasi apakah perusahaan lain mengikuti perjanjian, dan menciptakan cara untuk menghukum perusahaan yang melanggar perjanjian.

²⁴⁴ Dalam berbagai kasus, pembayaran kompensasi akan difasilitasi melalui penggunaan kuitansi palsu untuk pekerjaan sub-kontrak. Nyatanya, tidak terjadi pekerjaan dimaksud dan kuitansi tersebut adalah palsu. Penggunaan kontrak konsultasi palsu juga dapat digunakan untuk tujuan ini.

Walaupun persekongkolan tender dapat muncul dalam setiap sektor ekonomi, terdapat beberapa sektor lain di mana lebih mudah dilakukan persekongkolan seiring ciri khas industri atau produk yang terlibat. Karakteristik tersebut dapat mendukung upaya perusahaan untuk bersekongkol. Indikator persekongkolan tender, yang akan lebih lanjut, akan lebih berarti ketika terdapat beberapa faktor pendukung. Dalam kondisi tersebut, pejabat pengadaan harus lebih waspada. Walaupun berbagai karakteristik industri atau produk dapat membantu aksi kolusi, mereka tidak membutuhkan kehadiran semua faktor agar persekongkolan tersebut berhasil.

a.i Jumlah Perusahaan yang Sedikit

Persekongkolan tender biasanya terjadi ketika terdapat jumlah perusahaan yang terbatas dalam memasok barang atau jasa. Semakin sedikit jumlah penjual, maka akan semakin mudah bagi mereka dalam membuat perjanjian dalam mengatur persekongkolan.

a.ii Sedikit atau Tiada Hambatan Masuk

Ketika terdapat jumlah perusahaan yang sedikit dalam memasuki pasar atau akan memasuki pasar karena biaya yang cukup besar, *entry* akan menjadi sulit, perusahaan dalam pasar tersebut akan dilindungi dari tekanan perusahaan akibat pemain baru yang potensial. Hambatan tersebut mempermudah upaya persekongkolan tender.

a.iii Kondisi Pasar

Perubahan signifikan dalam kondisi permintaan atau penawaran cenderung memperlemah perjanjian persekongkolan tender yang tengah berlangsung. Suatu aliran permintaan sektor publik yang tetap dan dapat diprediksi cenderung meningkatkan resiko kolusi.

Pada saat yang bersangkutan, sepanjang periode ekonomi yang resesi atau penuh ketidakpastian, insentif bagi pesaing untuk melakukan persekongkolan tender meningkat karena mereka berupaya menutupi kerugian usaha mereka melalui keuntungan dari kolusi.

a.iv Asosiasi Perusahaan

Asosiasi perusahaan²⁴⁵ dapat digunakan sebagai mekanisme propersaingan yang sah bagi anggotanya untuk mempromosikan standar, inovasi, dan persaingan. Sebaliknya, ketika dirubah menjadi tujuan yang ilegal dan antipersaingan, asosiasi tersebut dapat digunakan oleh pelaku usaha untuk bertemu dan membahas mengenai cara dan metode untuk mencapai dan melaksanakan suatu perjanjian persekongkolan tender.

a.v Pengadaan yang Berulang

Pembelian yang berulang meningkatkan potensi kolusi. Frekuensi pengadaan membantu para anggota persekongkolan untuk mengalokasikan kontrak di antara mereka. Sebagai tambahan, anggota kartel tersebut dapat menghukum pembangkang dengan mentargetkan pengadaan yang tadinya dialokasikan untuknya. Akibatnya, kontrak atas barang atau jasa yang umum dan berulang membutuhkan suatu alat dan kewaspadaan untuk mengatasi kolusi tender.

²⁴⁵ Asosiasi industri atau perdagangan terdiri dari individu dan perusahaan dengan kepentingan yang sama, bergabung untuk memajukan tujuan profesi mereka.

a.vi Produk atau Jasa yang Mirip atau Sederhana

Ketika suatu produk atau jasa yang dijual individu atau perusahaan adalah serupa atau sangat mirip, maka akan semakin mudah bagi perusahaan untuk membuat perjanjian dalam hal struktur harga penawaran yang sama.

a. vii Substitusi yang Sedikit

Ketika terdapat sedikit, atau sama sekali tidak terdapat, produk atau jasa alternatif yang dapat disubstitusi dengan produk atau jasa yang sedang dibeli, perusahaan atau individu yang berkeinginan untuk mengatur tender akan lebih aman karena mengetahui bahwa pembeli memiliki alternatif yang terbatas dan upaya menaikkan harga mereka akan lebih berhasil.

a.viii Sedikit atau Ketiadaan Perubahan Teknologi

Sedikit atau ketiadaan inovasi produk atau jasa akan membantu perusahaan untuk membuat perjanjian dan mempertahankan perjanjian tersebut untuk jangka waktu yang cukup lama.

b. Persekongkolan Tender Menurut Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999

Persekongkolan dalam tender dapat terjadi melalui kesepakatan, baik tertulis maupun tidak tertulis. Persekongkolan tersebut mencakup jangkauan perilaku yang luas, antara lain usaha produksi, dan/atau distribusi, kegiatan asosiasi perdagangan, penetapan harga, dan manipulasi lelang atau kolusi dalam tender (*collusive tender*) yang dapat terjadi melalui kesepakatan antar pelaku usaha, antar pemilik pekerjaan, maupun antar kedua pihak tersebut.²⁴⁶

Persekongkolan tender diatur dalam Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 yang berbunyi:

“Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur dan atau menentukan pemenang tender sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat”.

Tender adalah tawaran mengajukan harga untuk memborong suatu pekerjaan, untuk mengadakan barang-barang, atau untuk menyediakan jasa (Penjelasan Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999). Pengertian tender mencakup tawaran mengajukan harga untuk:

1. memborong atau melaksanakan suatu pekerjaan,
2. mengadakan barang dan/atau jasa,
3. membeli suatu barang dan/atau jasa,
4. menjual suatu barang dan/atau jasa,

Dari keterangan tersebut di atas maka tender dapat dibedakan dalam bentuk tender terbuka, tender terbatas, pelelangan umum dan pelelangan terbatas.

b.i Unsur-Unsur Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999

Pasal 22 dapat dijabarkan dalam beberapa unsur yaitu:

²⁴⁶ Peraturan KPPU No. 2 Tahun 2010 tentang Pedoman Pasal 22 tentang Larangan Persekongkolan dalam Tender Berdasarkan UU No. 5 Tahun 1999.

1. Unsur pelaku usaha

Berdasarkan Pasal 1 butir 5

“Pelaku usaha adalah setiap orang perorangan atau badan usaha baik yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan ataupun melakukan kegiatan dalam wilayah hukum negara RI, baik sendiri maupun bersama-sama melalui perjanjian, menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang ekonomi.”

2. Unsur bersekongkol

Bersekongkol adalah:

“Kerja sama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pihak lain atas inisiatif siapa pun dan dengan cara apa pun dalam upaya memenangkan peserta tender tertentu.”

Unsur bersekongkol dapat berupa berikut ini:

- a. Kerja sama antara dua pihak atau lebih;
- b. Secara terang-terangan maupun diam-diam melakukan tindakan penyesuaian dokumen dengan peserta lainnya;
- c. Membandingkan dokumen tender sebelum penyerahan;
- d. Menciptakan persaingan semu;
- e. Menyetujui dan atau memfasilitasi terjadinya persekongkolan;
- f. Tidak menolak melakukan suatu tindakan meskipun mengetahui atau sepatutnya mengetahui bahwa tindakan tersebut dilakukan untuk mengatur dalam rangka memenangkan peserta tender tertentu;
- g. Pemberian kesempatan eksklusif oleh penyelenggara tender atau pihak terkait secara langsung maupun tidak langsung kepada pelaku usaha yang mengikuti tender dengan cara melawan hukum.

3. Unsur pihak lain

Pihak lain adalah “pihak (vertikal dan horizontal) yang terlibat dalam proses tender yang melakukan persekongkolan tender baik pelaku usaha sebagai peserta tender dan atau subyek hukum lainnya yang terkait dengan tender tersebut.”

4. Unsur mengatur dan menentukan pemenang tender

Mengatur dan menentukan pemenang tender adalah:

“Suatu perbuatan para pihak yang terlibat dalam proses tender secara bersekongkol yang bertujuan untuk menyingkirkan pelaku usaha lain sebagai pesaingnya dan/atau untuk memenangkan peserta tender tertentu dengan berbagai cara”. Pengaturan dan/atau penentuan pemenang tender tersebut antara lain dilakukan dalam hal penetapan kriteria pemenang, persyaratan teknik, keuangan, spesifikasi, proses tender dan sebagainya.

5. Unsur persaingan usaha tidak sehat

Persaingan usaha tidak sehat adalah:

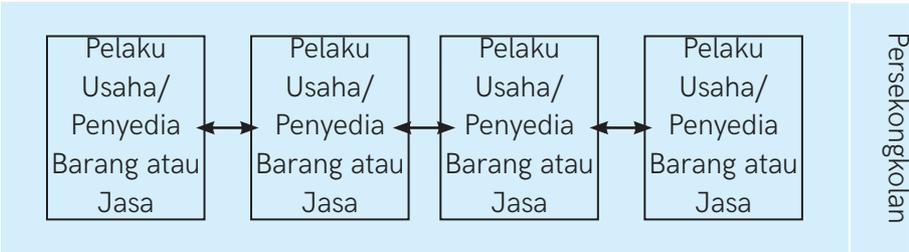
“Persaingan antara pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa yang dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha”.

b.ii. Jenis-Jenis Persekongkolan Tender²⁴⁷

1. Persekongkolan Tender Horizontal

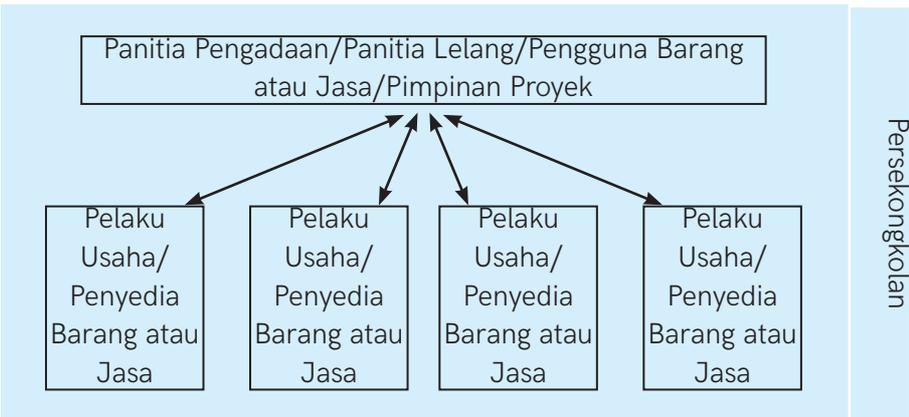
Merupakan persekongkolan yang terjadi antara pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa dengan sesama pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa pesaingnya. Persekongkolan ini dapat dikategorikan sebagai persekongkolan dengan menciptakan persaingan semu di antara peserta tender.

Panitia Pengadaan/Panitia Lelang/Pengguna Barang atau Jasa/Pimpinan Proyek



2. Persekongkolan Tender Vertikal

Merupakan persekongkolan yang terjadi antara salah satu atau beberapa pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa dengan panitia tender atau panitia lelang atau pengguna barang dan jasa atau pemilik dan pemberi pekerjaan. Persekongkolan ini dapat terjadi dalam bentuk di mana panitia tender atau panitia lelang atau pengguna barang dan jasa atau pemilik atau pemberi pekerjaan bekerja sama dengan salah satu atau beberapa peserta tender.

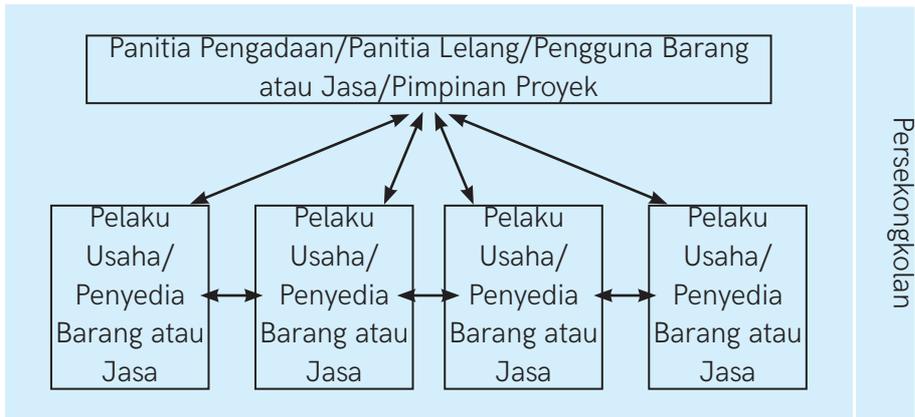


3. Persekongkolan Tender Gabungan (horizontal & vertikal)

Merupakan persekongkolan antara panitia tender atau panitia lelang atau pengguna barang dan jasa atau pemilik atau pemberi pekerjaan dengan pelaku usaha atau penyedia barang dan jasa. Persekongkolan ini melibatkan dua atau tiga pihak yang terkait dalam proses tender.

²⁴⁷ *Ibid.*, hal. 7.

Salah satu bentuk persekongkolan ini adalah tender fiktif, di mana pihak panitia tender, pemberi pekerjaan, maupun sesama pelaku usaha melakukan suatu proses tender hanya secara administratif dan tertutup.



b.iii Indikasi Persekongkolan Tender

Indikasi persengkongkolan dalam tender akan terlihat apabila terdapat hal berikut ini.

1. Tender bersifat tertutup atau tidak transparan dan tidak diumumkan secara luas, sehingga mengakibatkan para pelaku usaha yang berminat dan memenuhi kualifikasi tidak dapat mengikuti.
2. Tender bersifat diskriminatif dan tidak dapat diikuti oleh semua pelaku usaha dengan kompetensi yang sama.
3. Tender dengan persyaratan dan spesifikasi teknis atau merek yang mengarah kepada pelaku usaha tertentu sehingga menghambat pelaku usaha lain untuk ikut.

Secara spesifik indikasi-indikasi berikut akan muncul:

1. indikasi persekongkolan pada saat perencanaan;
2. indikasi persekongkolan pada saat pembentukan panitia;
3. indikasi persekongkolan pada saat prakualifikasi perusahaan atau pralelang;
4. indikasi persekongkolan pada saat pembuatan persyaratan untuk mengikuti tender/lelang; maupun pada saat penyusunan dokumen tender/lelang;
5. indikasi persekongkolan pada saat pengumuman tender atau lelang;
6. indikasi persekongkolan pada saat pengambilan dokumen tender / lelang;
7. indikasi persekongkolan pada saat penentuan harga perkiraan sendiri atau harga dasar lelang;
8. indikasi persekongkolan pada saat penjelasan tender atau *open house* lelang;
9. indikasi persekongkolan pada saat penyerahan dan pembukaan dokumen atau kotak penawaran tender/lelang;
10. indikasi persekongkolan pada saat evaluasi dan penetapan pemenang tender/lelang;
11. indikasi persekongkolan pada saat pengumuman calon pemenang;
12. indikasi persekongkolan pada saat pengajuan sanggahan;

13. indikasi persekongkolan pada saat penunjukan pemenang tender/lelang dan penandatanganan kontrak;
14. indikasi persekongkolan pada saat pelaksanaan dan evaluasi pelaksanaan.

b.iv Mengukur Dampak Persekongkolan Tender

Mengukur dampak Persekongkolan dalam Tender dapat dilihat dari berikut ini.

1. Konsumen atau pemberi kerja membayar lebih mahal.
2. Barang atau jasa yang diperoleh (dari sisi: mutu, jumlah, waktu maupun nilai) sering kali lebih rendah dari yang akan diperoleh bila tender dilakukan secara jujur.
3. Adanya hambatan bagi peserta potensial.
4. Nilai proyek untuk tender pengadaan jasa menjadi lebih tinggi karena adanya *mark up* oleh pihak-pihak yang bersekongkol.

Dalam perspektif KPPU, persekongkolan tender adalah bagian dari 4 (empat) jenis praktik *hardcore cartel*, yaitu persekongkolan tender, pembagian wilayah, pengaturan suplai, serta pengaturan harga.

Sejak tahun 2000 sampai dengan 2015 telah ada 152 kasus persekongkolan tender yang dilaporkan dan diperiksa serta diputus oleh KPPU, dari 152 kasus tersebut 126 di antaranya terdapat instansi pemerintah sebagai pihak terlapor. Di bawah ini adalah contoh kasus persekongkolan tender.

Kasus V.18

Putusan Perkara KPPU No. 03/KPPU-I/2002 tentang Perkara Tender Penjualan Saham dan Obligasi (*Convertible Bonds* PT Haldiko Perkasa dan *Convertible Bonds* BPPN) PT Indomobil Sukses Internasional, Tbk.

Terlapor yaitu :

PT Holdiko Perkasa sebagai terlapor I; PT Trimegah Securities sebagai terlapor II; PT Cipta Sarana Duta Perkasa (PT CSDP) sebagai terlapor III; Pranata Hajadi Pelaku Usaha sebagai Pemegang Saham PT Lautan Luas, Tbk, Pemegang Saham PT Cipta Sarana Duta Perkasa, Direktur Utama PT Eka Surya Indah Pratama dan Pemegang Hak Eksklusif PT Alpha Sekuritas Indonesia dalam pembelian saham PT IMSI sebagai terlapor IV; Jimmy Masrin Pemegang Saham PT Lautan Luas, Tbk, Komisaris PT Eka Surya Indah Pratama sebagai terlapor V; PT Multi Megah Internasional (PT MMI) sebagai terlapor VI; Parallax Capital Management Pte Ltd sebagai terlapor VII; PT Bhakti Asset Management (PT BAM) sebagai terlapor VIII; PT Alpha Sekuritas Indonesia sebagai terlapor IX; PT Deloitte & Touche FAS (PT DTT) sebagai terlapor X.

Duduk perkara pada perkara KPPU No. 03/KPPU-I/2002 yakni inisiasi pemeriksaan perkara dugaan tender dari pemberitaan beberapa media massa yang terbit pada bulan Desember 2001. Beberapa edisi kemudian memberitakan adanya kejanggalan dalam proses Tender Penjualan Saham PT IMSI di antara harga yang dianggap terlalu rendah, jangka waktu pelaksanaan Tender yang singkat, jumlah peserta tender yang terbatas, dugaan adanya pelanggaran prosedur. Selanjutnya berdasarkan wewenang sebagaimana tercantum dalam Pasal 36 huruf b dan 40 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999, dan sesuai dengan hasil rapat Komisi

tanggal 8 Januari 2002, menilai perlu dilakukan monitoring tender penjualan saham PT IMSI dengan terbitnya Surat Keputusan No. 01/Kep/KPPU/I/2002 tentang Tim Monitoring tender penjualan saham PT IMSI.

Setelah itu, berdasarkan hasil Rapat Komisi tanggal 31 Januari 2002 tentang hasil monitoring penjualan saham PT IMSI, Komisi pada tanggal 31 Januari 2002 dengan Surat Penetapan No. 05/PEN/KPPU/I/2002 menetapkan untuk melakukan Pemeriksaan Pendahuluan dan mengeluarkan Surat Keputusan No. 06/KEP/KPPU/I/2002 tentang Penugasan Anggota Komisi dalam Pemeriksaan Pendahuluan Perkara Inisiatif No. 03/KPPUI/ 2002. Selanjutnya itu, setelah melakukan Pemeriksaan Pendahuluan dari tanggal 4 Pebruari 2002 sampai dengan 19 Maret 2002, Tim Pemeriksa menemukan adanya indikasi pelanggaran UU No. 5 Tahun 1999 yang perlu dikembangkan lagi dan karena itu merekomendasikan agar Komisi melakukan Pemeriksaan Lanjutan.

Menimbang dalam fakta yang terungkap dalam pemeriksanaan, Majelis Komisi berpendapat telah terjadi persekongkolan atau konspirasi tender penjualan saham PT IMSI antara peserta tender, (baik secara perseorangan maupun badan usaha), tidak dipenuhi berbagai syarat tender yang telah ditentukan dan pertukaran informasi rahasia tender antar peserta tender, yang dilakukan dengan tindakan penyesuaian (*concerted action*) oleh Pranata Hajadi yang setelah PT CSDP memenangkan tender merupakan Direktur Utama PT CSDP, membandingkan dokumen tender sebelum penyerahan (*comparing bid prior to submission*), persaingan semu (*sham competition*), menyetujui suatu tindakan meskipun mengetahui atau sepatutnya mengetahui melanggar prosedur dan memfasilitasi suatu tindakan meskipun mengetahui atau sepatutnya mengetahui prosedur, tidak menolak suatu tindakan meskipun mengetahui dan atau sepatutnya mengetahui tindakan tersebut melanggar prosedur. Tender penjualan saham dan *convertible bond* ini sedemikian sangat kontroversial sehingga calon-calon pembeli cenderung *resistent* untuk ikut tender ulang.

Implikasi berikutnya adalah jumlah peserta tender bisa menciut dan bahkan dapat mengakibatkan harga penawaran lebih rendah dari tender sebelumnya. Tender ulang yang kompetitif, kredibel dan transparan untuk kasus PT IMSI sebagai suatu perusahaan yang memiliki struktur usaha sangat rumit membutuhkan waktu yang relatif panjang paling tidak 6 bulan. Diperlukan biaya yang cukup besar untuk tender ulang (*fee* untuk *financial advisor* dan biaya-biaya lainnya). Target keberadaan PT Holdiko Perkasa adalah sampai akhir tahun ini, karena seluruh sisa aset *ex* milik Salim Group ditargetkan sudah terjual seluruhnya pada tahun ini. Majelis Komisi berpendapat bahwa apabila dilakukan tender ulang maka prosesnya diperkirakan sampai tahun depan dan diperlukan biaya tambahan untuk memperpanjang keberadaan PT Holdiko Perkasa.

Maka berdasar unsur yang dikemukakan di atas dalam berbagai uraian di atas, maka unsur bersekongkol dalam Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 telah terbukti dan dapat dinyatakan bahwa tender tersebut batal demi hukum;

Putusan Majelis Komisi adalah sebagai berikut.

Menyatakan PT Holdiko Perkasa (Terlapor I) dan PT Deloitte & Touche FAS (Terlapor X), secara sah dan meyakinkan telah melanggar Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 karena melakukan tindakan persekongkolan yang menimbulkan persaingan usaha tidak sehat

dengan pelaku usaha peserta tender yaitu PT Cipta Sarana Duta Perkasa (Terlapor III), PT Bhakti Asset Management (Terlapor VIII) dan PT Alpha Sekuritas Indonesia (Terlapor IX) secara terang-terangan dan atau diam-diam berupa tidak menolak keikutsertaan ketiga peserta tender tersebut dalam tender penjualan saham dan *convertible bonds* PT Indomobil Sukses Internasional walaupun mengetahui ketiga peserta tender tersebut tidak memenuhi persyaratan dan atau melanggar prosedur sebagaimana ditentukan dalam *Procedures for The Submission of Bid*.

Menyatakan PT Trimegah Securities (Terlapor II), PT Cipta Sarana Duta Perkasa (Terlapor III), Pranata Hajadi (Terlapor IV), Jimmy Masrin (Terlapor V), PT Bhakti Asset Management (Terlapor VIII) dan PT Alpha Sekuritas Indonesia (Terlapor IX) secara bersama-sama secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 karena melakukan tindakan persekongkolan di antara mereka yang menimbulkan persaingan usaha tidak sehat berupa tindakan saling menyesuaikan dan atau membandingkan dokumen tender dan atau menciptakan persaingan semu dan atau memfasilitasi suatu tindakan untuk memenangkan PT Cipta Sarana Duta Perkasa sebagai pemenang tender penjualan saham dan *convertible bonds* PT Indomobil Sukses Internasional.

Menyatakan PT Multi Megah internasional (Terlapor VI) dan Parallax Capital Management (Terlapor VII) kedua-duanya tidak terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999.

Melarang PT Trimegah Securities (Terlapor II), PT Cipta Sarana Duta Perkasa (Terlapor III), dan PT Deloitte & Touche FAS (Terlapor X) untuk mengikuti transaksi baru dalam bentuk apa pun di lingkungan dan atau dengan Badan Penyehatan Perbankan Nasional (BPPN) dan atau dengan pihak lain yang ditunjuk oleh atau atas kuasa BPPN berkaitan dengan pelaksanaan tugas-tugas BPPN baik dalam penyehatan perbankan, penyelesaian aset bank maupun dalam pengembalian uang negara dalam jangka waktu dua tahun terhitung sejak tanggal dibacakannya putusan ini dengan denda atas pelanggaran sebesar 30% dari nilai setiap transaksi.

Kasus V.19

Putusan Perkara No. 04/KPPU-L/2015 tentang Dugaan Pelanggaran Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 terkait Paket Pelebaran Jalan Batas Provinsi Jawa Barat-Patimuan-Sidareja dan Paket Pelebaran Jalan Sidareja-Jeruklegi, Wilayah I Jawa Tengah, Provinsi Jawa Tengah Tahun Anggaran 2013

Sebagai Terlapor adalah:

Kelompok Kerja Pengadaan Barang/Jasa Balai Besar Pelaksanaan Jalan Nasional V, Provinsi Jawa Tengah, Pengadaan Barang dan Pekerjaan Konstruksi Wilayah I, Provinsi Jawa Tengah, PT Melista Karya, PT Panca Darma Puspawira, PT Agung Darma Intra, PT Cahaya Sempurna Sejati, PT Bumi Redjo.

Adanya Dugaan Pelanggaran Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 terkait Paket Pelebaran Jalan Batas Provinsi Jawa Barat-Patimuan-Sidareja dan Paket Pelebaran Jalan Sidareja-Jeruk Legi,

Wilayah I Jawa Tengah, Provinsi Jawa Tengah Tahun Anggaran 2013.

Objek Perkara No. 04/KPPU-L/2015 adalah 2 (dua) paket Pekerjaan Pengadaan Barang dan Jasa Kontruksi yang diadakan oleh Kementerian Pekerjaan Umum, Direktorat Jenderal Bina Marga, Unit Layanan Pengadaan Balai Besar Pelaksanaan Jalan Nasional V, Kelompok Kerja Pengadaan Barang dan Jasa Kontruksi Wilayah I Provinsi Jawa Tengah dengan metode pemilihan melalui pelelangan Umum dengan pascakualifikasi dan metode penyampaian penawaran adalah *Full E-Procurement*.

Menimbang bahwa untuk membuktikan terjadi atau tidak terjadinya pelanggaran Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999. Bahwa berdasarkan Pedoman Pasal 22, persekongkolan dapat terjadi dalam 3 (tiga) bentuk, yaitu persekongkolan horizontal, persekongkolan vertikal, dan gabungan dari persekongkolan horizontal dan vertikal.

Bahwa menurut Pasal 1 angka 6 dan Pedoman Pasal 22, persaingan usaha tidak sehat adalah “Persaingan antar pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa yang dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha”.

Majelis Komisi kemudian menyatakan sebagai berikut:

1. Terlapor I, Terlapor II, Terlapor III, Terlapor IV, Terlapor V, dan Terlapor VI terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999.
2. Menghukum PT Melista Karya selaku Terlapor II, membayar denda sebesar Rp. 1.669.582.000,- (satu milyar enam ratus enam puluh sembilan juta lima ratus delapan puluh dua ribu rupiah) yang harus disetor ke Kas Negara sebagai setoran pendapatan denda pelanggaran di bidang persaingan usaha Satuan Kerja Komisi Pengawas Persaingan Usaha melalui bank Pemerintah dengan kode penerimaan 423755 (Pendapatan Denda Pelanggaran di Bidang Persaingan Usaha).
3. Menghukum PT Panca Darma Puspawira selaku Terlapor III, membayar denda sebesar Rp. 1.660.210.000,- (satu milyar enam ratus enam puluh juta dua ratus sepuluh ribu rupiah) yang harus disetor ke Kas Negara sebagai setoran pendapatan denda pelanggaran di bidang persaingan usaha Satuan Kerja Komisi Pengawas Persaingan Usaha melalui bank Pemerintah dengan kode penerimaan 423755 (Pendapatan Denda Pelanggaran di Bidang Persaingan Usaha).
4. Menghukum PT Agung Darma Intra selaku Terlapor IV, membayar denda sebesar Rp. 1.660.210.000,- (satu milyar enam ratus enam puluh juta dua ratus sepuluh ribu rupiah) yang harus disetor ke Kas Negara sebagai setoran pendapatan denda pelanggaran di bidang persaingan usaha Satuan Kerja Komisi Pengawas Persaingan Usaha melalui bank Pemerintah dengan kode penerimaan 423755 (Pendapatan Denda Pelanggaran di Bidang Persaingan Usaha).
5. Menghukum PT Cahaya Sempurna Sejati selaku Terlapor V, membayar denda sebesar Rp. 369.976.000,- (tiga ratus enam puluh sembilan juta sembilan ratus tujuh puluh enam ribu rupiah) yang harus disetor ke Kas Negara sebagai setoran pendapatan denda pelanggaran di bidang persaingan usaha Satuan Kerja Komisi Pengawas Persaingan Usaha melalui bank Pemerintah dengan kode penerimaan 423755 (Pendapatan Denda Pelanggaran di Bidang Persaingan Usaha).

6. Melarang PT Bumi Redjo selaku Terlapor VI untuk mengikuti tender pada bidang konstruksi jalan yang menggunakan Dana APBN Kementerian Pekerjaan Umum pada Dinas Pekerjaan Umum Provinsi Jawa Tengah selama 2 (dua) tahun sejak putusan ini memiliki kekuatan hukum tetap.
7. Memerintahkan PT Melista Karya selaku Terlapor II, PT Panca Darma Puspawira selaku Terlapor III, PT Agung Darma Intra selaku Terlapor IV, dan PT Cahaya Sempurna Sejati selaku Terlapor V untuk melaporkan dan menyerahkan salinan bukti pembayaran denda tersebut ke KPPU.

Kasus V.20

Putusan Perkara KPPU No. 07/KPPU-L/2003 tentang Perkara Tender/Lelang penyedia barang/jasa kegiatan pengembangan Sistem Informasi Manajemen Kependudukan (SIMDUK) dan Non-SIMDUK pada Dinas Pendaftaran Penduduk dan Catatan Sipil Kota Semarang (Dispenduk dan Capil Kota Semarang)

Dalam kasus ini sebagai Terlapor adalah Drs. Purdiyana, Ketua Panitia Pelelangan Pengadaan Barang/Jasa Dinas Pendaftaran Penduduk dan Catatan Sipil Kota Semarang sebagai Terlapor I, C.V. Puri Communication sebagai Terlapor II, H. Soekiswanto, S.H. sebagai Kepala Dinas Pendaftaran Penduduk dan Catatan Sipil Kota Semarang sebagai Terlapor III.

Dalam perkara lelang penyedia barang/jasa kegiatan pengembangan Sistem Informasi Manajemen Kependudukan (selanjutnya disebut "SIMDUK") dan Non-SIMDUK pada Dinas Pendaftaran Penduduk dan Catatan Sipil Kota Semarang (selanjutnya disebut Dispenduk dan Capil Kota Semarang) ditemukan penyimpangan terhadap Keputusan Presiden No. 18 Tahun 2000 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Instansi Pemerintah (selanjutnya dalam putusan ini disebut "Keppres No. 18 Tahun 2000") dan Petunjuk Teknisnya, khususnya dalam penerapan Tata Cara Pelaksanaan Prakuualifikasi Penyedia Barang/Jasa dan praktik rekayasa yang mengarah pada pelanggaran UU No. 5 Tahun 1999.

Dari proses lelang yang dilakukan, panitia lelang tidak konsisten dalam menerapkan Tata Cara Pelaksanaan Prakuualifikasi Penyedia Barang/Jasa, dalam hal ini panitia lelang telah mengusulkan Terlapor II sebagai pemenang lelang meskipun Terlapor II hanya memiliki satu sertifikasi klasifikasi usaha dari dua yang dipersyaratkan, yaitu sertifikasi klasifikasi usaha bidang pemasokan barang subbidang alat/peralatan/suku cadang komputer. Sehingga secara administrasi dan hukum, Terlapor II seharusnya tidak lulus dalam proses prakuualifikasi. Panitia lelang telah menetapkan persyaratan prakuualifikasi yang mengarah pada praktik monopoli sebagaimana tercantum dalam Tata Cara Pelaksanaan Prakuualifikasi Penyedia Barang/Jasa. Dalam hal ini, persyaratan yang ditetapkan oleh Panitia Lelang tidak mempunyai landasan pijak, baik dalam hal teknis maupun hukum.

Panitia lelang telah menetapkan persyaratan prakuualifikasi yang tidak tepat sebagaimana tercantum dalam Tata Cara Pelaksanaan Prakuualifikasi Penyedia Barang/Jasa. Dalam hal ini yang berhak melakukan penilaian dan memberikan keterangan kinerja perusahaan baik dan tidak masuk dalam daftar sanksi secara kode etik adalah asosiasi sebagai badan hukum yang sah dan mempunyai tugas pembinaan dan pengawasan terhadap anggotanya, yaitu dalam bentuk surat keterangan.

Selanjutnya, panitia lelang telah menetapkan persyaratan prakualifikasi pada proporsi yang tidak tepat sebagaimana tercantum dalam Tata Cara Pelaksanaan Prakualifikasi Penyedia Barang/Jasa. Dalam hal ini, proses hukum pribadi seseorang dengan pekerjaan yang akan dikerjakan harus dipisahkan karena tidak sesuai dan tidak mempunyai dasar hukum.

Berdasarkan fakta-fakta yang ditemukan Majelis Komisi, telah terbukti bahwa Terlapor I mengubah atau setidaknya tidaknya menyetujui adanya perubahan *ranking* hasil evaluasi teknis yang menguntungkan Terlapor II. Pada awalnya, berdasarkan hasil evaluasi teknis CV Dinatex Jaya Lestari menempati *ranking* pertama dan Terlapor II menempati *ranking* kedua, namun pada akhirnya Terlapor II naik menjadi *ranking* pertama, meskipun terbukti Terlapor I mengubah atau setidaknya tidaknya menyetujui adanya perubahan *ranking* hasil evaluasi teknis yang menguntungkan Terlapor II, Majelis Komisi tidak menemukan bukti yang cukup kuat dan meyakinkan bahwa tindakan Terlapor I diambil atas permintaan Terlapor II atau berdasarkan kerja sama dengan Terlapor II. Selain itu, sampai pemeriksaan ini berakhir, Majelis Komisi tidak menemukan bukti adanya kerja sama baik antara Terlapor II dengan panitia lelang maupun dengan Terlapor III untuk memenangkan Terlapor II dalam lelang ini.

Berdasarkan pertimbangan tersebut, Majelis Komisi berkesimpulan tidak ditemukan bukti adanya persekongkolan dalam pelaksanaan lelang penyediaan barang/jasa kegiatan pengembangan SIMDUK dan Non SIMDUK pada Dispenduk dan Capil.

Majelis Komisi menyatakan bahwa Terlapor I, Terlapor II, dan Terlapor III tidak terbukti secara sah dan meyakinkan melakukan persekongkolan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999.

Kasus V.21

Putusan KPPU Perkara No. 08/KPPU-L/2004 tentang Pengadaan Tinta Sidik Jari untuk Pemilu Tahun 2004

Terlapor adalah Konsorsium PT Mustika Indra Mas, Konsorsium PT Multi Mega Service, Konsorsium PT Senorotan Perkasa, Konsorsium PT Tricipta Adimandiri, Konsorsium PT Yanaprima Hastapersada, Prof. DR. Rusadi Kantaprawira, S.H., Konsorsium PT Fulcomas Jaya, Konsorsium PT Wahgo International Corporation, Konsorsium PT Lina Permai Sakti, dan PT Nugraha Karya Oshinda.

Telah terjadi praktik persaingan usaha tidak sehat dan persekongkolan dalam pengadaan tinta sidik jari untuk pemilu tahun 2004 dalam bentuk: pembuatan nota kesepahaman antar pemasok tinta di KPU; penunjukan perusahaan yang tidak berkemampuan; perubahan harga penawaran secara *illegal*; dan perjalanan beberapa pejabat KPU ke China yang dibiayai oleh rekanan.

Setelah melakukan Pemeriksaan Pendahuluan, Tim Pemeriksa menemukan adanya dugaan kuat pelanggaran terhadap Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 dalam bentuk persekongkolan dalam proses pengadaan tinta sidik jari pemilu legislatif 2004. Dalam Pemeriksaan

Pendahuluan dan Pemeriksaan Lanjutan, Majelis Komisi telah mendapatkan, meneliti dan menilai sejumlah surat dan atau dokumen dan Berita Acara Pemeriksaan. Selanjutnya Majelis Komisi menilai telah mempunyai bukti yang cukup untuk mengambil Putusan.

Menimbang bahwa berdasarkan fakta-fakta dan bukti-bukti yang diperoleh selama pemeriksaan dan atau penyelidikan, Majelis Komisi menyimpulkan semua unsur dalam Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 telah terpenuhi.

Majelis Komisi kemudian memutuskan sebagai berikut:

1. Menyatakan Terlapor I Konsorsium PT MUSTIKA INDRA MAS, yang dalam perkara ini kegiatannya dijalankan oleh direksi perusahaan-perusahaan yang tergabung dalam konsorsium tersebut bersama-sama dengan Lo Kim Muk, John Manurung, Welly Sahat, Hilmi Rahman dan Melina Alaydroes secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999;
2. Menyatakan Terlapor II Konsorsium PT Multi Mega Service secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999;
3. Menyatakan Terlapor III Konsorsium PT Senorotan Perkasa, dalam perkara ini kegiatannya dijalankan oleh Makmur Boy dan Jackson Andree W. Kumaat secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999;
4. Menyatakan Terlapor IV Konsorsium PT Tricipa Adimandiri secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999;
5. Menyatakan Terlapor V Konsorsium PT Yanaprima Hastapersada, dalam perkara ini kegiatannya dijalankan oleh Mus'ab Mochammad, secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999;
6. Menyatakan Terlapor VI Prof. Dr. Rusadi Kantaprawira, S.H. selaku Ketua Panitia Pengadaan Tinta Sidik Jari Pemilu Legislatif Tahun 2004 secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 22 UU. No. 5 Tahun 1999;
7. Menyatakan Terlapor VII Konsorsium PT Fulcomas Jaya secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999;
8. Menyatakan Terlapor VIII Konsorsium PT Wahgo International Corporation secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999;
9. Menyatakan Terlapor IX Konsorsium PT Lina Permai Sakti, secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999;
10. Menyatakan Terlapor X PT Nugraha Karya Oshinda, dalam perkara ini kegiatannya dilakukan oleh Yulinda Juniarty, S.E. selaku Direktur Operasi, secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999;
11. Menghukum Terlapor I Konsorsium PT Mustika Indra Mas, Terlapor II Konsorsium PT Multi Mega Service, Terlapor III Konsorsium PT Senorotan Perkasa, Terlapor IV Konsorsium PT Tricipa Adimandiri, Terlapor V Konsorsium PT Yanaprima Hastapersada dan Terlapor X PT Nugraha Karya Oshinda secara bersama-sama untuk membayar denda sebesar Rp. 1.000.000.000,00 (satu milyar Rupiah) yang harus

disetorkan ke Kas Negara sebagai setoran penerimaan negara bukan pajak Departemen Keuangan Direktorat Jenderal Anggaran Kantor Pelayanan Perbendaharaan Negara (KPPN) Jakarta I.

12. Menghukum Terlapor VII Konsorsium PT Fulcomas Jaya untuk membayar ganti rugi sebesar Rp. 719.744.600,00 (tujuh ratus sembilan belas juta tujuh ratus empat puluh empat ribu enam ratus Rupiah) yang harus disetorkan ke Kas Negara sebagai setoran penerimaan negara bukan pajak Departemen Keuangan Direktorat Jenderal Anggaran Kantor Pelayanan Perbendaharaan Negara (KPPN) Jakarta I.
13. Menghukum Terlapor VIII Konsorsium PT Wahgo International Corporation untuk membayar ganti rugi sebesar Rp. 719.744.600,00 (tujuh ratus sembilan belas juta tujuh ratus empat puluh empat ribu enam ratus Rupiah) yang harus disetorkan ke Kas Negara sebagai setoran penerimaan negara bukan pajak Departemen Keuangan Direktorat Jenderal Anggaran Kantor Pelayanan Perbendaharaan Negara (KPPN) Jakarta I.
14. Menghukum Terlapor IX Konsorsium PT Lina Permai Sakti untuk membayar ganti rugi sebesar Rp. 719.744.600,00 (tujuh ratus sembilan belas juta tujuh ratus empat puluh empat ribu enam ratus Rupiah) yang harus disetorkan ke Kas Negara sebagai setoran penerimaan negara bukan pajak Departemen Keuangan Direktorat Jenderal Anggaran Kantor Pelayanan Perbendaharaan Negara (KPPN) Jakarta I.
15. Menghukum Lo Kim Muk, John Manurung, Welly Sahat, Hilmy Rahman, Makmur Boy, Jackson Andree W. Kumaat, Nucke Indrawan, Mus'ab Muhammad, Melina Alaydroes dan Yulinda Juniarty dalam bentuk larangan untuk mengikuti dan atau terlibat dalam kegiatan pengadaan barang dan atau jasa di KPU maupun KPUD selama 2 (dua) tahun sejak dibacakannya putusan ini.
16. Menyarankan kepada atasan dan instansi penyidik untuk melakukan tindakan dan pemeriksaan lebih lanjut terhadap Prof. Dr. Rusadi Kantaprawira, S.H. dan R.M. Purba sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Kasus V.22

Putusan Perkara KPPU No. 09/KPPU-L/2001 tentang Perkara Tender pelaksanaan *Outside Plant Copper Acces Network (OSP-CAN) Project IBRD Loan 3904*

Terlapor adalah PT (Persero) Telekomunikasi Indonesia, Tbk.

Satu pelaku usaha melaporkan melalui suratnya tertanggal 5 Juli 2001 yang diterima KPPU pada tanggal 12 Juli 2001 menyatakan bahwa PT Telekomunikasi Indonesia, Tbk. adalah pelaksana pengadaan *Outside Plant Copper Access Network (OSP-CAN) Project IBRD Loan 3904*, selanjutnya pengadaan *Outside Plant Copper Access Network (OSP-CAN) Project IBRD Loan 3904* dilakukan secara tender.

Dalam melaksanakan tender, PT Telekomunikasi Indonesia, Tbk. telah melakukan ketidakwajaran, bahkan kemungkinan KKN di dalam penunjukan pemenang tender di Paket I, di mana SIEMENS Consortium sebagai pemenangnya, sementara posisi SIEMENS

Consortium untuk tender di Paket I berada di urutan kelima dan memiliki harga empat milyar rupiah lebih tinggi dari peserta tender yang seharusnya memenangkannya.

Selanjutnya, tender pada dasarnya dijalankan sebagai mekanisme yang paling baik untuk mengevaluasi sejauh mana efisiensi telah menjadi dasar persaingan usaha, sehingga seharusnya dilakukan secara *fair* dan transparan.

SIEMENS Consortium tidak menyerahkan dokumen tambahan apa pun pada saat setelah *bid closing*. SIEMENS Consortium tidak mendapatkan informasi tentang *bid evaluated price* sebelum penentuan pemenang. Terlapor tidak memfasilitasi dan atau memperlakukan secara istimewa SIEMENS Consortium dan sebaliknya SIEMENS Consortium tidak berupaya mendapatkan fasilitas dan atau perlakuan istimewa tersebut, SIEMENS Consortium juga tidak melakukan penyesuaian dan atau membandingkan dokumen penawarannya dengan dokumen penawaran peserta tender lainnya.

SIEMENS Consortium tidak mendapatkan informasi tentang nominasi pemenang tender yang diajukan Terlapor kepada Bank Dunia sebelum adanya pengumuman pemenang tender, di samping itu SIEMENS Consortium tidak melakukan komunikasi dalam bentuk apa pun dengan Terlapor kecuali karena ada undangan tertulis dari Terlapor. Selanjutnya, SIEMENS Consortium ditetapkan sebagai pemenang karena harga penawaran merupakan harga yang paling rendah dibandingkan dengan harga penawaran peserta lain yang memenuhi syarat baik di Paket I maupun kombinasi penawaran harga untuk Paket I, II dan III.

Berdasarkan hal-hal sebagaimana dipertimbangkan di atas, Majelis Komisi berpendapat bahwa unsur bersekongkol dalam Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 tidak terpenuhi.

Majelis Komisi memutuskan bahwa Terlapor, PT (Persero) Telekomunikasi Indonesia Tbk. dan SIEMENS Consortium tidak terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999.

Kasus V.23

Putusan KPPU Perkara No. 18/KPPU-L/2007 tentang Tender Paket Pengadaan TV Pendidikan dan Perlengkapannya di Dinas Pendidikan provinsi Sumatera Utara Tahun Anggaran 2006

Terlapor Panitia Pengadaan Barang/Jasa Tahun Anggaran 2006 Dinas Pendidikan Provinsi Sumatera Utara PT Auna Rahmat, PT Hari Maju.

Adanya dugaan pelanggaran terhadap UU No. 5 Tahun 1999 berkaitan dengan Tender Paket Pengadaan TV Pendidikan dan Perlengkapannya di Dinas Pendidikan provinsi Sumatera Utara Tahun Anggaran 2006. Dalam Pemeriksaan Pendahuluan, Pemeriksaan Lanjutan, dan Perpanjangan Pemeriksaan Lanjutan Tim Pemeriksa telah mendapatkan, meneliti dan menilai sejumlah surat dan atau dokumen, BAP serta bukti-bukti lain yang diperoleh selama pemeriksaan dan penyelidikan. Obyek tender dalam perkara ini adalah tender dalam Pengadaan TV Pendidikan dan Perlengkapannya di Dinas Pendidikan Nasional Provinsi Sumatera Utara tahun 2006 dengan pagu anggaran sebesar Rp 13.958.000.000,- (tiga belas

milyar sembilan ratus lima puluh delapan juta rupiah) dengan volume barang sebanyak 3.988 (tiga ribu sembilan ratus delapan puluh delapan) unit.

Bahwa setelah melakukan Pemeriksaan Pendahuluan, Tim Pemeriksa menemukan adanya indikasi kuat pelanggaran UU No. 5 Tahun 1999. Majelis Komisi menyatakan Terlapor I, Terlapor II dan Terlapor III terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999, dan memutuskan berikut ini.

1. Menghukum Terlapor II membayar denda sebesar Rp 1.000.000.000,- (satu milyar rupiah) yang harus disetorkan ke Kas Negara sebagai Setoran Pendapatan Denda Pelanggaran di Bidang Persaingan Usaha, Departemen Perdagangan Sekretariat Jenderal Satuan Kerja Komisi Pengawas Persaingan Usaha melalui bank Pemerintah dengan kode penerimaan 423755 (Pendapatan Denda Pelanggaran di Bidang Persaingan Usaha).
2. Menghukum Terlapor III membayar denda sebesar Rp 300.000.000,- (tiga ratus juta rupiah) yang harus disetorkan ke Kas Negara sebagai Setoran Pendapatan Denda Pelanggaran di Bidang Persaingan Usaha, Departemen Perdagangan Sekretariat Jenderal Satuan Kerja KPPU melalui bank Pemerintah dengan kode penerimaan 423755 (Pendapatan Denda Pelanggaran di Bidang Persaingan Usaha).
3. Melarang Terlapor II dan Terlapor III untuk mengikuti tender yang dilaksanakan oleh instansi Pemerintah Daerah Provinsi Sumatera Utara selama 2 (dua) tahun terhitung sejak Putusan ini memiliki kekuatan hukum tetap.

V.6.2 PERSEKONGKOLAN MEMBOCORKAN RAHASIA DAGANG/ PERUSAHAAN

Pasal 23 UU No. 5 Tahun 1999 menyebutkan, bahwa

”Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mendapatkan informasi kegiatan usaha pesaingnya yang diklasifikasikan sebagai rahasia perusahaan sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat”.

Sebutan rahasia dagang merupakan terjemahan dari istilah “*undisclosed information*”, “*trade secret*”, atau “*know how*”²⁴⁸. Rahasia dagang tidak boleh diketahui umum, karena selain mempunyai nilai teknologis juga mempunyai nilai ekonomis yang berguna dalam kegiatan usaha serta dijaga kerahasiaannya oleh pemiliknya.

Bagi Indonesia, pengaturan mengenai rahasia dagang diatur secara tersendiri, tidak

²⁴⁸ Masalah *trade secret* secara resmi diatur dalam Putaran Uruguay/GATT pada 1987, khususnya dalam *Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights* (TRIPs). Pasal 39 Persetujuan TRIPs menyatakan bahwa dalam rangka menjamin perlindungan yang efektif untuk mengatasi persaingan curang, negara-negara anggota GATT/WTO wajib memberikan perlindungan terhadap: 1. Informasi yang dirahasiakan yang dimiliki perorangan atau badan hukum, sepanjang informasi yang bersangkutan: a. secara keseluruhan, atau dalam konfigurasi dan gabungan yang utuh dari beberapa komponennya, bersifat rahasia dalam pengertian hal tersebut tidak secara umum diketahui atau terbuka untuk diketahui oleh pihak-pihak yang dalam kegiatan sehari-harinya biasa menggunakan informasi serupa itu; b. memiliki nilai komersial karena kerahasiaannya; dan dengan upaya yang semestinya, selalu dijaga kerahasiaannya oleh pihak yang secara hukum menguasai informasi tersebut. Data yang diserahkan kepada pemerintah yang berasal dari hasil percobaan yang dirahasiakan, yang diperoleh dari upaya yang tidak mudah, atau akan disalahgunakan secara komersial. Adanya Pasal 39 Persetujuan TRIPs ini telah meningkatkan status *trade secret* menjadi hak milik intelektual. H.S. Kartadjoemena, *GATT, WTO dan Hasil Uruguay Round*, UI Press, Jakarta, 1997, hal. 271-272.

dimasukkan dalam UU No. 5 Tahun 1999. Dewasa ini pengaturannya dapat dijumpai dalam UU No. 30 Tahun 2000 tentang Rahasia Dagang. Pengertian rahasia dagang dikemukakan Pasal 1 angka 1 UU No. 30 Tahun 2000 yang menyatakan bahwa rahasia dagang adalah:

”Informasi yang tidak diketahui oleh umum di bidang teknologi dan atau bisnis, mempunyai nilai ekonomi karena berguna dalam kegiatan usaha, dan dijaga kerahasiaannya oleh pemilik rahasia dagang”.

Rahasia dagang tersebut termasuk juga informasi industrial *know how*, seperti yang dianut oleh hukum Amerika Serikat. Dalam Pasal 2 UU No. 30 Tahun 2000 dinyatakan, bahwa lingkup perlindungan rahasia dagang meliputi metode produksi, metode pengolahan, metode penjualan, atau informasi lain di bidang teknologi dan/atau bisnis yang memiliki nilai ekonomi dan tidak diketahui masyarakat umum.

Kemudian jenis-jenis rahasia dagang yang secara yuridis akan mendapat perlindungan terbatas adalah informasi yang bersifat rahasia, mempunyai nilai ekonomis, dan dijaga kerahasiaannya melalui upaya-upaya sebagaimana mestinya, yaitu semua langkah yang memuat ukuran kewajaran, kelayakan, dan kepatutan yang harus dilakukan. Misalnya, di dalam suatu perusahaan harus ada prosedur baku berdasarkan praktik umum yang berlaku di tempat-tempat lain dan/atau yang dituangkan ke dalam ketentuan internal perusahaan itu sendiri. Dalam ketentuan internal perusahaan juga ditetapkan bagaimana rahasia dagang itu dijaga dan siapa yang bertanggung jawab atas kerahasiaan itu.

Di Amerika Serikat, secara yuridis ruang lingkup rahasia dagang meliputi: informasi teknik (*technical information*) dan informasi nonteknik (*non-technical information*), yang seluruhnya mencakup informasi teknikal penelitian dan pengembangan, informasi proses produksi, informasi pemasok, informasi penjualan dan pemasaran, informasi keuangan, dan informasi administrasi internal.²⁴⁹

Satu contoh yang berkaitan dengan kasus persekongkolan dalam rangka membocorkan rahasia dagang/perusahaan (Pasal 23) adalah yang pernah dilakukan oleh perusahaan EMI Music South East Asia, Arnel Effendi, SH, DEWA 19 (group musik) dan Iwan Sastra Wijaya. Kasus ini terjadi ketika DEWA 19 memutuskan untuk pindah dari PT Aquarius Musikindo ke EMI Music South East Asia. Pada awal DEWA 19 membuat perjanjian dengan PT Aquarius Musikindo dengan No. 001/JS.d.W/07/04 tertanggal 12 Juli 2004 yang secara garis besar menyatakan, bahwa artis secara bersama-sama (*group*) maupun perseorangan akan terikat secara formal kepada PT Aquarius untuk menjual master rekaman artis secara eksklusif sebanyak 1 (satu) album, yaitu album Laskar Cinta (Vol 4) yang ditambah dengan 4 (empat) lagu baru lainnya yang akan digabungkan dengan lagu-lagu artis yang telah pernah beredar untuk kepentingan pembuatan album-album kompilasi atau *The Best (Repackage)*, dengan jangka waktu keterikatan secara eksklusif sebagai berikut:

- a. artis akan menyerahkan 4 (empat) lagu baru kepada PT Aquarius dalam jangka waktu selambat-lambatnya 12 bulan sejak album artis “Laskar Cinta” diedarkan oleh PT Aquarius;
- b. apabila di dalam jangka waktu tersebut dalam point a, si artis belum menyerahkan 4 (empat) lagu baru, maka artis masih terhitung terikat dalam perjanjian secara eksklusif dengan PT Aquarius.

Pada saat belum menyerahkan ke-empat lagu baru sebagaimana telah diperjanjikan, ternyata

²⁴⁹ Ahmad M. Ramli, *Hak Atas Kepemilikan Intelektual: Teori Dasar Perlindungan Rahasia Dagang*, Mandar Maju, Bandung, 2000, hal. 45-46. Kegiatan yang dilarang dalam Pasal 23 UU No. 5 Tahun 1999 merupakan persekongkolan untuk mendapatkan rahasia dagang dari pesaingnya secara tidak wajar (*improper*) atau dengan cara penyalahgunaan (*misappropriation*), misal dengan kegiatan sabotase, penyuaipan dsb., Elyta Ras Ginting, *op.cit.*, hal. 73.

DEWA 19 telah memutuskan untuk pindah ke EMI Music South East Asia karena alasan ingin *go international*. Bukti yang dapat menguatkan terjadi persekongkolan dalam kasus ini adalah peran Jusak Irwan dan Arnel Affandi, SH ketika turut serta mengubah beberapa paragraf kontrak antara EMI South East Asia dengan DEWA 19.

Posisi Jusak Irwan yang saat itu sebagai *Managing Director* PT EMI Indonesia tidak dapat dibenarkan ikut serta dalam proses penandatanganan kontrak. Sebagai anggota Asosiasi Industri Rekaman Indonesia (ASIRI), Jusak seharusnya memberitahu EMI South East Asia bahwa DEWA 19 sudah terlebih dahulu terikat perjanjian dengan PT Aquarius Musikindo. Tindakannya justru menguatkan, bahwa penandatanganan kontrak DEWA 19 dengan PT EMI South East Asia untuk menghindari Pasal 7 dan 9 Buku Putih ASIRI. Apalagi Arnel Affandi S.H. adalah mantan konsultan hukum PT Aquarius Musikindo yang tentunya mengetahui sebagian besar isi kontrak antara DEWA 19 dengan PT Aquarius Musikindo, karena terjadinya penandatanganan perjanjian DEWA 19 dengan PT Aquarius Musikindo (12 Juni 2004) hanya selang lebih kurang satu bulan sebelum penandatanganan perjanjian DEWA 19 dengan PT EMI SEA yaitu pada tanggal 19 Juli 2004.

Persekongkolan yang dilakukan oleh EMI Music South East, PT EMI Indonesia serta DEWA 19, Iwan Sastra Wijaya dan Arnel Effendi merupakan tindakan melanggar Pasal 23 UU No. 5 Tahun 1999, sehingga dapat mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat, dan pada akhirnya membuat iklim usaha tidak kondusif serta merugikan pihak lain (pelaku usaha peasing), yaitu PT Aquarius Musikindo.

Dalam perkara ini yang menderita kerugian atas berpindahannya DEWA 19 adalah PT Aquarius Musikindo, yaitu sebesar Rp. 4.295.627.881,00, namun KPPU menilai, bahwa kerugian wajar dan riil yang diderita oleh PT Aquarius Musikindo hanya sebesar Rp. 3.814.749.520,00.

Berdasarkan adanya indikasi persaingan usaha tidak sehat tersebut, maka KPPU melakukan pemeriksaan terhadap EMI Music South East Asia, Arnel Affandy, S.H., Dewa 19 dan Iwan Sastra Wijaya, yang menghasilkan Putusan Perkara dengan No. 19/KPPU-L/2007 yang isinya menghukum pihak EMI Music South East Asia untuk membayar denda serta ganti rugi.

Akan tetapi pihak EMI Music South East, PT EMI Indonesia serta DEWA 19, Iwan Sastra Wijaya dan Arnel Affandi mengajukan keberatan kepada Pengadilan Negeri Jakarta Pusat atas putusan KPPU tersebut. Selanjutnya dalam putusannya Pengadilan Negeri Jakarta Pusat justru menguatkan putusan KPPU yang menghukum EMI Music South East dan PT EMI Indonesia untuk membayar ganti rugi sebesar Rp. 3.814.749.520,00 kepada PT Aquarius Musikindo. Dalam pertimbangan hukumnya, majelis hakim Pengadilan Negeri Jakarta Pusat sependapat dengan putusan KPPU.

Menurut majelis hakim Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, KPPU memiliki kewenangan memeriksa dan mengadili perkara tersebut karena terdapat pelanggaran terhadap larangan persekongkolan antara pelaku usaha dan pihak lain untuk mendapatkan informasi kegiatan usaha pesaingnya, yang dapat menimbulkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat. Dengan demikian EMI Music South Asia, PT EMI Indonesia, DEWA 19, Iwan Sastra Wijaya, serta Aarnel Affandi telah terbukti melanggar Pasal 23 UU No. 5 Tahun 1999.

Putusan Perkara No. : 19/KPPU-L/2007 tentang EMI

Terlapor EMI Music South East Asia sebagai Terlapor I, PT EMI Indonesia sebagai Terlapor II, Arnel Affandi, S.H. sebagai Terlapor III, Dewa 19 sebagai Terlapor IV, Iwan Sastra Wijaya sebagai Terlapor V.

Kasus berawal dari adanya dugaan pelanggaran UU No. 5 Tahun 1999 yang berkaitan dengan perpindahan Dewa 19 dari PT Aquarius Musikindo ke EMI Music South East Asia yang dapat mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat. EMI Music Asia dengan PT EMI Indonesia diduga bersekongkol dengan Arnel Affandi, SH dan Iwan Sastra Wijaya untuk mendapatkan informasi kegiatan usaha pesaingnya yaitu PT Aquarius Musikindo terkait dengan perjanjian kerja sama antara PT Aquarius Musikindo dengan Dewa 19 yang antara lain mengatur mengenai *Royalty Rate, Advance, Time Frame, Penalty*.

Berdasarkan perjanjian tanggal 12 Juli 2004 Pasal 4 artis secara bersama-sama (*group*) maupun perorangan terikat secara formal kepada Aquarius untuk menjual master rekaman artis secara eksklusif 1 album laskar cinta dan 4 lagu baru lainnya. Akan tetapi, Dewa 19 belum memenuhi kewajibannya untuk menyelesaikan 4 lagu yang telah diperjanjikan. Namun, Dewa 19 sudah berpindah ke EMI Music South East Asia dengan dalih keinginan untuk *go Internasional*.

Proses perpindahan Dewa 19 dari PT Aquarius Musikindo ke EMI Music East Asia Pada Tahun 2004 bulan Juni/Juli ditandatangani di Restoran Jepang Mulia, dalam hal ini yang mengatur perpindahan tersebut adalah Iwan Sastra Wijaya dengan Modiator Arnel Affandi,SH. Keterkaitan antara EMI Music South East Asia dengan PT EMI Indonesia adalah bahwa PT EMI Indonesia merupakan perwakilan EMI Music South East Asia.

Perpindahan Dewa 19 ke EMI Music South East Asia berdampak:

1. Pengangkatan Arnel Affandi (Terlapor III) sebagai Direktur PT EMI Indonesia yang sebelumnya menjabat sebagai Konsultan Hukum di PT Aquarius Pustaka Musik.
2. Pengangkatan Iwan Sastra Wijaya (Terlapor V) sebagai Managing Director PT EMI Indonesia, yang pada awalnya tidak memiliki kedudukan apa pun pada EMI Music South East Asia. Persekongkolan tersebut tentu merugikan Pihak PT Aquarius Musikindo sebesar Rp. 4.295.627.881.

DEWA 19 belum menyelesaikan kewajiban untuk menyerahkan 4 (empat) lagu baru yang tercantung dalam Perjanjian No. 001/JS.d.W/07/04 tanggal 12 Juli 2004, sehingga Dewa 19 masih terikat kontak dengan PT Aquarius Musikindo. Majelis menilai bahwa perjanjian tersebut masih berlaku bagi para pihak karena Putusan Pengadilan Negeri No. 110/Pdt.G/2007/PN.Jkt.Pst belum memiliki kekuatan hukum tetap. Komisi menilai apabila akan *go Internasional* tidak harus menandatangani kontrak dengan EMI Music South East Asia, melainkan cukup perusahaan di Indonesia. Terdapat bukti yang telah diketahui oleh Majelis mengenai keterlibatan PT EMI Indonesia, Arnel Affandi, serta Iwan Sastra Wijaya dalam proses perpindahan DEWA 19 dari PT Aquarius Musikindo ke EMI Music South East Asia.

Perjanjian antara EMI Music South East Asia dengan DEWA 19 yang ditandatangani di Jakarta Pada Tanggal 19 Juli 2004 dibuat dengan 2 (dua) bahasa yaitu Bahasa Inggris dengan Bahasa Indonesia. PT EMI Indonesia merupakan subordinat dari EMI Music South East Asia. Seharusnya DEWA 19 melakukan pemenuhan prestasi terlebih dahulu kepada Aquarius Musikindo. Menurut bukti tambahan, PT EMI Indonesia melaksanakan Pembayaran atas pemakaian master-master yang dimiliki oleh EMI Music South East Indonesia berupa *royalty* termasuk Group Band DEWA di mana terdapat pembayaran di muka, maka akan diperhitungkan dengan *royalty* PT EMI Indonesia yang akan dibayarkan kepada EMI Music South East Asia. Pembayaran ini dinilai oleh Komisi sebagai Persekongkolan antara PT EMI Indonesia dengan EMI Music South East Asia, karena PT EMI Indonesia tidak termasuk dalam *Artist Agreement* Pada tanggal 19 Juli 2004.

Komisi menilai isi kontrak antara PT Aquarius Musikindo dengan Dewa 19 (Terlapor IV) sebagai informasi kegiatan usaha pesaingnya yang merupakan rahasia perusahaan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 23 UU No. 5 Tahun 1999, hal ini mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat.

Sehingga dalam kasus ini terbukti bersalah melanggar Pasal 23 UU No. 5 Tahun 1999.

V.6.3 PERSEKONGKOLAN MENGHAMBAT PERDAGANGAN

Pasal 24 UU No. 5 Tahun 1999 memuat larangan untuk melakukan persekongkolan yang dapat menghambat produksi, pemasaran, atau produksi dan pemasaran atas produk. Dinyatakan dalam Pasal 24 tersebut, bahwa

”Pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk menghambat produksi dan/ atau pemasaran barang dan/atau jasa pelaku usaha pesaingnya dengan tujuan barang dan/ atau jasa yang ditawarkan atau dipasok di pasar bersangkutan menjadi berkurang, baik dari kualitas maupun ketepatan waktu yang dipersyaratkan”.

Berdasarkan ketentuan Pasal 24 ini jelas bahwa pelaku usaha dilarang untuk bersekongkol dengan pihak lain untuk:

1. menghambat pelaku usaha pesaing dalam memproduksi;
2. menghambat pemasaran, atau memproduksi dan memasarkan barang, jasa, atau barang dan jasa dengan maksud agar barang, jasa, atau barang dan jasa yang ditawarkan atau dipasok di pasar bersangkutan menjadi berkurang atau menurun kualitasnya;
3. bertujuan untuk memperlambat waktu proses produksi, pemasaran, atau produksi dan pemasaran barang, jasa, atau barang dan jasa yang sebelumnya sudah dipersyaratkan; serta
4. kegiatan persekongkolan seperti ini dapat menimbulkan praktik monopoli dan/atau persaingan usaha yang tidak sehat.

Secara ekonomis, hambatan perdagangan (*restraint of trade*) yang dilarang berdasarkan Pasal 24 UU No. 5 Tahun 1999 dapat dibedakan ke dalam:

1. *restrictive trade agreement*, yaitu bentuk kolusi di antara para pemasok yang bertujuan menghapus persaingan secara keseluruhan ataupun sebagian, dan

2. *restrictive trade practice*, yaitu suatu alat untuk mengurangi atau menghilangkan persaingan usaha di antara para pemasok produk yang saling bersaing. Misalnya yang terjadi dalam perjanjian *exclusive dealing, refusal to supply*.²⁵⁰

Kasus V.25

Putusan Perkara No. 05/KPPU-I/2003 tentang Importasi Bawang Putih

Terlapor:

Terlapor I CV Bintang, Terlapor II CV Karya Pratama, Terlapor III CV Mahkota Baru, Terlapor IV CV Mekar Jaya, Terlapor V PT Dakai Impex, Terlapor VI PT Dwi Tunggal Buana, Terlapor VII PT Global Sarana Perkasa, Terlapor VIII PT Lika Dayatama, Terlapor IX PT Mulya Agung Dirgantara, Terlapor X PT Sumber Alam Jaya Perkasa, Terlapor XI PT Sumber Roso Agromakmur, Terlapor XII PT Tritunggal Sukses, Terlapor XIII PT Tunas Sumber Rezeki, Terlapor XIV CV Agro Nusa Permai, Terlapor XV CV Kuda Mas, Terlapor XVI CV Mulia Agro Lestari, Terlapor XVII PT Lintas Buana Unggul, Terlapor XVIII PT Prima Nusa Lentera Agung, Terlapor XIX PT Tunas Utama Sari Perkasa, Terlapor XX Badan Karantina Kementerian Pertanian Republik Indonesia, Terlapor XXI Direktur Jenderal Perdagangan Luar Negeri Kementerian Perdagangan Republik Indonesia, Terlapor XXII Menteri Perdagangan Republik Indonesia.

Adanya kebijakan perpanjangan masa berlaku SPI tidak transparan dan diskriminatif. Direktorat Jenderal Perdagangan Luar Negeri Kementerian Perdagangan tidak mengumumkan secara resmi kebijakan perpanjangan masa berlaku SPI ini.

Direktorat Jenderal Perdagangan Luar Negeri Kementerian Perdagangan juga melakukan perilaku diskriminatif dengan menolak pelaku usaha yaitu PT Indobaru Utama Sejahtera yang akan melakukan perpanjangan SPI. Perusahaan-perusahaan yang mengajukan perpanjangan masa berlaku SPI diduga merupakan perusahaan-perusahaan yang terafiliasi sehingga memungkinkan melakukan pengaturan pasokan bawang putih ke dalam negeri selama bulan November 2012 – Februari 2013.

Dugaan terjadinya pelanggaran terhadap ketentuan Peraturan Menteri Pertanian maupun Peraturan menteri Perdagangan terkait dengan impor bawang putih diduga merupakan upaya untuk mengatur pasokan bawang putih ke dalam negeri guna mengatur harga. Dugaan pengaturan pasokan yang dilakukan oleh kelompok pelaku usaha sebagaimana diuraikan dalam putusan ini merupakan bagian dari upaya untuk mengatur harga bawang putih di pasar.

Pihak yang bersekongkol adalah Terlapor I, Terlapor II, Terlapor III, Terlapor IV, Terlapor V, Terlapor VI, Terlapor VII, Terlapor VIII, Terlapor IX, Terlapor X, Terlapor XI, Terlapor XII, Terlapor XIII, Terlapor XIV, Terlapor XV, Terlapor XVI, Terlapor XVII, Terlapor XVIII, dan Terlapor XIX dengan cara menggunakan pihak yang sama dalam pengurusan SPI dan/atau perpanjangan SPI, perpanjangan SPI di luar jangka waktu RIPH yang tidak ada dasar hukumnya. Terdapat importir bawang yang tidak mendapatkan persetujuan SPI dari Kementerian Perdagangan Republik Indonesia.

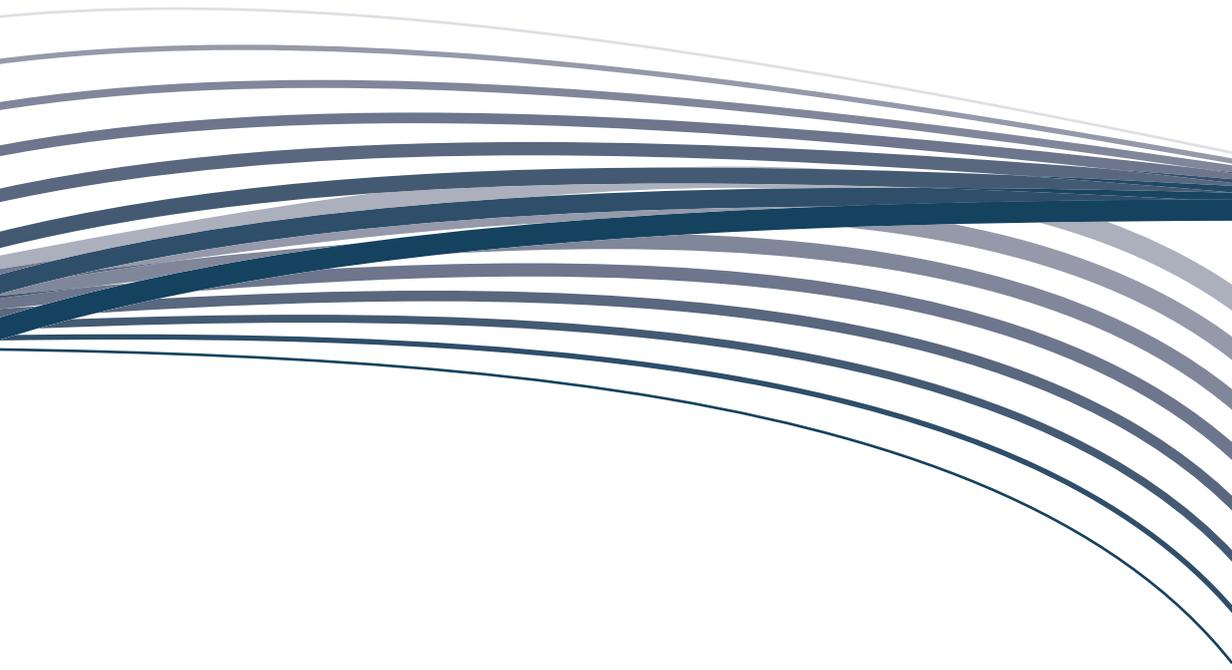
²⁵⁰ Collins, hal. 576 dalam Elyta Ras Ginting, *op.cit.*, hal. 74.

Para Terlapor melakukan importasi di luar jangkauan waktu RIPH yang diberikan. Perilaku Terlapor sebagai importir yang mengambil keuntungan dengan cara menunda realisasi import yang merupakan tindakan menahan pasokan. Kebijakan mengenai kuota importasi untuk produk bawang putih tidak tepat, di mana kebutuhan bawang putih sepenuhnya dipenuhi melalui impor, adapun produksi bawang putih lokal tidak berada pada pasar bersangkutan yang sama

Dalam Putusannya, Majelis Komisi menyatakan bahwa Terlapor I, Terlapor II, Terlapor III, Terlapor IV, Terlapor V, Terlapor VI, Terlapor VII, Terlapor VIII, Terlapor IX, Terlapor X, Terlapor XI, Terlapor XII, Terlapor XIII, Terlapor XIV, Terlapor XV, Terlapor XVI, Terlapor XVII, Terlapor XVIII, Terlapor XIX, Terlapor XXI, dan Terlapor XXII terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 24 UU No. 5 Tahun 1999.

BAB VI

POSISI DOMINAN DAN PENYALAHGUNAANNYA



Posisi dominan dapat dikatakan salah satu kunci pokok (pusat) dari persaingan usaha. Mengapa? Karena hampir pada setiap kasus hukum persaingan menjadi perhatian pertama lembaga persaingan usaha, dalam hal ini di Indonesia, KPPU, adalah terhadap posisi dominan suatu perusahaan pada pasar yang bersangkutan. Siapa yang mempunyai posisi dominan pada pasar yang bersangkutan? Seandainya suatu kasus dilaporkan ke KPPU apakah terlapor mempunyai posisi dominan? Kalau pertanyaan-pertanyaan tersebut dijawab dengan ya, bagaimana pelaku usaha tersebut melakukan penyalahgunaan posisi dominannya, maka yang akan dilakukan adalah tinggal membuktikan, apakah pelaku usaha tersebut benar-benar melakukan penyalahgunaan posisi dominannya dan bagaimana pelaku usaha tersebut melakukan penyalahgunaan posisi dominannya.

Kalau pelaku usaha (terlapor) tidak mempunyai posisi dominan, bagaimana terlapor dapat melakukan persaingan usaha tidak sehat di pasar yang bersangkutan? Dan hal yang perlu dicari tahu dan dibuktikan adalah apakah pasar yang bersangkutan terdistorsi atau tidak. Bentuk pasar terdistorsi misalnya pelaku usaha lain tidak dapat masuk ke pasar yang bersangkutan, karena adanya hambatan-hambatan pasar (*entry barrier*) atau apakah terlapor mempunyai hubungan terafiliasi dengan pelaku usaha lain sehingga dapat melakukan hambatan-hambatan persaingan usaha? Pertanyaan-pertanyaan inilah yang akan dielaborasi dalam bab ini, ditinjau dari aspek UU No. 5 Tahun 1999 sehingga mempermudah pemahaman tentang apa yang dimaksud dengan posisi dominan dan penyalahgunaannya.

VI.1 POSISI DOMINAN

Posisi dominan atau menjadi lebih unggul di pasar bersangkutan adalah menjadi salah satu tujuan pelaku usaha. Oleh karena itu, setiap pelaku usaha berusaha menjadi yang lebih unggul (*market leader*) pada pasar yang bersangkutan. Penguasaan posisi dominan di dalam hukum persaingan usaha tidak dilarang, sepanjang pelaku usaha tersebut dalam mencapai posisi dominan(nya) atau menjadi pelaku usaha yang lebih unggul (*market leader*) pada pasar yang bersangkutan atas kemampuannya sendiri dengan cara yang *fair*. Konsep hukum persaingan usaha adalah menjaga persaingan usaha yang sehat tetap terjadi di pasar yang bersangkutan dan mendorong pelaku usaha menjadi pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan (menjadi unggul) melalui persaingan usaha yang sehat dan efektif.

UU No. 5 Tahun 1999 tidak melarang pelaku usaha menjadi perusahaan besar. UU No. 5 Tahun 1999 justru mendorong pelaku usaha untuk dapat bersaing pada pasar yang bersangkutan. Persaingan inilah yang memacu pelaku usaha untuk melakukan efisiensi dan inovasi-inovasi untuk menghasilkan produk yang lebih berkualitas dan harga yang kompetitif dibandingkan dengan kualitas produk dan harga jual dari pesaingnya. Persainganlah yang mendorong pelaku usaha menjadi pelaku usaha yang dominan.

Pertanyaannya adalah apa definisi atau pengertian posisi dominan? Dalam perspektif ekonomi, posisi dominan adalah posisi yang ditempati oleh perusahaan yang memiliki pangsa pasar terbesar. Dengan pangsa pasar yang besar tersebut perusahaan memiliki *market power*. Dengan *market power* tersebut, perusahaan dominan dapat melakukan tindakan/strategi tanpa dapat dipengaruhi oleh perusahaan pesaingnya.

Dalam UU No. 5 Tahun 1999, posisi dominan didefinisikan sebagai suatu keadaan di mana pelaku usaha tidak mempunyai pesaing yang berarti atau suatu pelaku usaha mempunyai posisi lebih tinggi daripada pesaingnya pada pasar yang bersangkutan dalam kaitan pangsa pasarnya, kemampuan keuangan, akses pada pasokan atau penjualan serta kemampuan menyesuaikan pasokan atau permintaan barang atau jasa tertentu.²⁵¹ Ketentuan Pasal 1 angka 4 UU No. 5 Tahun 1999

²⁵¹ Pasal 1 Angka 4 UU No. 5 Tahun 1999.

tersebut menetapkan syarat atau parameter posisi dominan. Dari ketentuan Pasal 1 angka 4 tersebut dapat disimpulkan terdapat 4 syarat yang dimiliki oleh suatu pelaku usaha sebagai pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan, yaitu pelaku usaha tidak mempunyai pesaing yang berarti atau pelaku usaha mempunyai posisi yang lebih tinggi dibandingkan dengan pelaku usaha pesaingnya di pasar yang bersangkutan dalam kaitan:

1. pangsa pasarnya;
2. kemampuan keuangan;
3. kemampuan akses pada pasokan atau penjualan; dan
4. kemampuan menyesuaikan pasokan atau permintaan barang atau jasa tertentu.

Syarat yang ditetapkan oleh Pasal 1 angka 4 UU No. 5 Tahun 1999 yang penting adalah bahwa pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan mempunyai posisi tertinggi di antara pesaingnya dalam kaitan pangsa pasar, kemampuan keuangan, kemampuan akses pada pasokan atau penjualan, dan kemampuan menyesuaikan pasokan atau permintaan barang atau jasa tertentu. Ketentuan persentase pangsa pasar suatu pelaku usaha sebagai pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan diatur di dalam Pasal 25 ayat (2) yang menetapkan bahwa:

“Pelaku usaha memiliki posisi dominan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) apabila:

- a. satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha menguasai 50% (lima puluh persen) atau lebih pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu; atau
- b. dua atau tiga pelaku usaha atau kelompok pelaku usaha menguasai 75% (tujuh puluh lima persen) atau lebih pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu.”

Jadi, apabila pelaku usaha tertentu memenuhi unsur-unsur yang ditetapkan dalam Pasal 1 angka 4 tersebut dan ketentuan Pasal 25 ayat (2), maka pelaku usaha tersebut dapat disebut pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan. Pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan adalah pelaku usaha yang mempunyai kendali atas pasar bersangkutan dan tidak mempunyai pesaing yang signifikan. Dengan posisi dominan tersebut, pelaku usaha dapat melakukan strategi yang bersifat independen terhadap perilaku pelaku usaha pesaingnya. Perilaku independen pelaku usaha dominan untuk menentukan strategi pemasaran, penetapan syarat-syarat perdagangan tertentu dan penetapan harga, karena pelaku usaha dominan mempunyai *market power*. *Market power* adalah kemampuan perusahaan mempengaruhi harga dari barang dan jasa yang dijualnya. Dengan demikian *market power* merefleksikan posisi dominan suatu pelaku usaha di pasar yang bersangkutan.²⁵²

Salah satu ciri-ciri pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan adalah jika pelaku usaha tersebut dapat melakukan persaingan usaha tidak sehat pada pasar yang bersangkutan secara mandiri/individu tanpa memperhitungkan pesaing-pesaingnya. Kedudukan seperti ini karena kepemilikan pangsa pasarnya, atau karena kepemilikan pangsa pasar ditambah dengan kemampuan pengetahuan teknologinya, bahan baku atau modal, sehingga pelaku usaha tersebut mempunyai kekuasaan untuk menentukan harga atau mengontrol produksi atau pemasaran terhadap bagian penting dari produk-produk yang diminta.²⁵³

Jadi, keadaan suatu pasar yang dapat dipengaruhi oleh satu pelaku usaha secara mandiri, karena pelaku usaha tersebut mempunyai pangsa pasar yang lebih tinggi daripada pesaingnya dan

²⁵² Peraturan Komisi No. 6 Tahun 2010 tentang Pedoman Pelaksanaan Pasal 25 tentang Posisi Dominan, hal. 11.

²⁵³ Valentine Korah, *op.cit.*, hal. 81.

kemampuan keuangan yang lebih kuat dari pada pesaingnya serta mampu menetapkan harga dan mengatur pasokan barang di pasar yang bersangkutan.

Dengan demikian akibat tindakan pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan tersebut pasar menjadi terdistorsi. Pelaku usaha tersebut secara independen²⁵⁴ tanpa mempertimbangkan keadaan pesaingnya dapat mempengaruhi pasar akibat penyalahgunaan posisi dominannya. Lebih lanjut, Komisi Uni Eropa dan Pengadilannya membangun konsep posisi dominan sejak ditetapkannya putusan terhadap United Brands, yaitu

"a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enable it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by giving it power to behave to an appriable extent independently of its competitors, customers and ultimately of consumers".²⁵⁵

Posisi dominan dapat dimiliki oleh satu pelaku usaha sebagaimana disebut di atas, yaitu yang disebut dengan monopoli,²⁵⁶ jika satu pelaku usaha tidak mempunyai pesaing pada pasar yang bersangkutan atau jika pelaku usaha tersebut mempunyai pangsa pasar yang lebih tinggi daripada pesaingnya. Posisi dominan dapat juga dikuasai oleh dua atau lebih pelaku usaha yang disebut dengan *oligopoly*.²⁵⁷ *Oligopoly* adalah keadaan di mana suatu pasar terdapat dua atau lebih pelaku usaha yang mempunyai kekuatan pasar yang hampir sama atau seimbang. Para oligopolis tersebut secara bersama-sama dapat menyalahgunakan posisi dominannya sehingga mengakibatkan praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat pada pasar yang bersangkutan.

Dengan demikian para oligopolis tersebut tidak saling bersaing pada pasar yang bersangkutan, sebaliknya bahkan mereka menciptakan suatu kondisi dan menikmati, di mana mereka dapat mendominasi atau menjalankan pasar dalam perilaku yang sama, seperti seorang *monopolis*. Pertanyaannya adalah apakah kriteria struktur oligopolis tersebut? Hal ini dapat ditinjau dari dua aspek, yaitu dari aspek objektif dan subjektif.

Dari aspek objektif, bahwa para oligopolis tersebut perilakunya satu sama lain saling tergantung. Ketergantungan ini khususnya berdasarkan terbatasnya (sedikitnya) jumlah pelaku usaha pada pasar yang bersangkutan. Pada struktur pasar yang oligopolis, jika suatu perubahan perilaku mempengaruhi, khususnya dalam masalah harga, tidak hanya permintaan terhadap pelaku usaha yang berubah dapat terpenuhi, tetapi juga terhadap anggota oligopolis.

Dari aspek subjektif, tergantung dari suatu pelaku usaha, apakah pelaku usaha tersebut tergantung kepada pelaku usaha lain. Dalam hal ini, jika pelaku usaha tersebut mempertimbangkan keputusan mengenai harga jual, jumlah penawaran, peningkatan kapasitas produksi atau kegiatan perusahaan, bagaimana pesaing-pesaingnya nantinya memberikan reaksi terhadap keputusannya.

Dalam hal ini para oligopolis tidak melakukan tindakannya berdasarkan suatu perjanjian, melainkan suatu tindakan parallel yang murni tanpa perjanjian, demikian ditetapkan di dalam salah satu keputusan Komisi Uni Eropa dalam menetapkan pentingnya ciri-ciri perilaku yang saling menyesuaikan berdasarkan Pasal 101 ayat 1 TFEU, yaitu bukan suatu perjanjian yang rahasia yang menentukan, tetapi kebersamaan kemauan para pelaku usaha untuk membatasi persaingan di antara mereka. Jadi, pertama-tama ada kesadaran para oligopolis dari ketergantungan yang satu dengan yang lain, keputusan kebijakan pasar mereka mengarah kepada perilaku oligopolistik.²⁵⁸

²⁵⁴ *Ibid.*

²⁵⁵ Sebagaimana dikutip dari Valentine Korah, *Ibid.*, hal. 82.

²⁵⁶ Pasal 25 ayat (2) huruf a UU No. 5 Tahun 1999.

²⁵⁷ Pasal 25 ayat (2) huruf b UU No. 5 Tahun 1999.

²⁵⁸ Valentine Korah, *op cit.*, hal. 45.

Oleh karena itu salah satu kriteria, apakah para oligopolis mempunyai posisi dominan atau tidak, dapat dilihat dari jumlah penguasaan pangsa pasarnya dan produknya. Pada produk yang homogen para pelaku usaha cenderung melakukan penyesuaian mengkoordinasikan perilaku, khususnya dalam menetapkan harga jualnya kepada konsumen. Perilaku ini dianggap seperti perilaku pasar monopoli yang menghambat persaingan usaha di pasar yang bersangkutan. Oleh karena itu, pengertian posisi dominan Pasal 1 angka 4 menetapkan unsur-unsur yang perlu diteliti apakah pelaku usaha mempunyai posisi dominan atau tidak.

VI.1.1 PANGSA PASAR

Pangsa pasar adalah persentase nilai jual atau beli barang atau jasa tertentu yang dikuasai oleh pelaku usaha pada pasar bersangkutan dalam tahun kalender tertentu.²⁵⁹ Pangsa pasar adalah salah satu elemen penting dalam menetapkan, apakah suatu pelaku usaha mempunyai posisi dominan atau tidak. Bahkan Komisi Uni Eropa mengatakan bahwa pangsa pasar adalah merupakan indikator yang sangat penting dalam menetapkan posisi dominan.

The Court of Justice European Union has said: "The existence of a dominant position may derive from several factors which, taken separately, are not necessarily determinative but among these factors a highly important one is the existence of very large market shares."²⁶⁰

Artinya, bahwa keberadaan posisi dominan dapat muncul dari beberapa faktor, yang diambil secara terpisah, tidak selalu menentukan tetapi faktor-faktor ini satu yang sangat penting adalah keberadaan dari pangsa pasar sangat besar. Jadi, salah satu faktor penting dalam penetapan posisi dominan suatu pelaku usaha adalah penguasaan pangsa pasarnya.

Berapa persen penguasaan pangsa pasar oleh pelaku usaha dinyatakan sebagai posisi dominan? Di dalam hukum persaingan usaha Jerman, untuk satu pelaku usaha diduga dapat melakukan praktik monopoli atau mempunyai posisi dominan, jika satu pelaku usaha mempunyai pangsa pasar lebih dari 33,3%, dan untuk dua atau lebih dari tiga pelaku usaha diduga dapat melakukan praktik monopoli atau mempunyai posisi dominan, apabila menguasai pangsa pasar lebih dari 66,6%.²⁶¹ Menurut hukum persaingan negara Republik Ceko dan Spanyol diduga memiliki posisi dominan jika menguasai pangsa pasar 40%.²⁶²

Sementara hukum persaingan usaha Uni Eropa tidak mengatur secara tegas berapa persen penguasaan pangsa pasar sebagai dominan, hal ini ditetapkan tergantung kasus per kasus. Kepemilikan pangsa pasar antara 40% dan 75% secara terus menerus posisi dominan ketika pada pada saat yang bersamaan ada faktor-faktor lain. Suatu posisi dominan dikatakan sebagai posisi dominan penguasaan pangsa pasar lebih 60% jika pesaing berikutnya masing-masing menguasai pangsa pasar sepertiga dari jumlah keseluruhan. Misalnya dalam kasus *United Brands* cukup dengan penguasaan pangsa pasar 45% yang mana lebih besar dari pangsa pasar pesaingnya kedua, sedangkan pesaing lainnya mempunyai pangsa pasar yang jauh lebih kecil. Kepemilikan pangsa pasar antara 25% dan 40% adalah posisi dominan lebih tidak mungkin, tetapi tidak menutup kemungkinan sama sekali.²⁶³

²⁵⁹ Pasal 1 angka 13 UU No. 5 Tahun 1999.

²⁶⁰ Sir Christopher Bellamy QC and Graham Child, *European Community Law of Competition*, London: Sweet & Maxwell, 2001, hal. 703.

²⁶¹ Pasal 19 ayat 2 UU Antihambatan Persaingan Usaha (biasa disebut UU Kartel), Jerman.

²⁶² UNCTAD, *Model Law on Competition, UNCTAD Series on Issues in Competition Law and Policy*, 2007, hal. 36.

²⁶³ Ulrich Immenga und Ernst-Joachim Mestmaecker, *Wettbewerbsrecht*. 5. Auflage, Muenchen: Verlag C.H. Beck, 2012, hal. 601 – 602.

Sementara Pasal 25 ayat (2) UU No. 5 Tahun 1999 menetapkan bahwa satu pelaku usaha dinyatakan mempunyai posisi dominan, apabila satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha menguasai 50% atau lebih pangsa pasar atas satu jenis barang atau jasa tertentu.

Dua atau tiga pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha dinyatakan mempunyai posisi dominan, apabila menguasai 75% atau lebih pangsa pasar atas satu jenis barang atau jasa tertentu. Ketentuan posisi dominan mengenai penguasaan pangsa pasar yang ditetapkan oleh Pasal 25 ayat (2) tersebut mensyaratkan bahwa pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan tersebut dapat mendistorsi pasar baik secara langsung maupun tidak langsung. Hal ini ditetapkan di dalam Pasal 25 ayat 1 yang menetapkan bahwa:

“Pelaku usaha dilarang menggunakan posisi dominan baik secara langsung maupun tidak langsung untuk:

1. menetapkan syarat-syarat perdagangan dengan tujuan untuk mencegah dan atau menghalangi konsumen memperoleh barang dan atau jasa yang bersaing, baik dari segi harga maupun kualitas; atau
2. membatasi pasar dan pengembangan teknologi; atau
3. menghambat pelaku usaha lain yang berpotensi menjadi pesaing untuk memasuki pasar bersangkutan.”

Pertanyaannya adalah apakah ketentuan penguasaan pangsa pasar 50% untuk satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha dan 75% untuk dua atau tiga pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha sebagaimana diatur di dalam Pasal 25 ayat (2) tersebut bersifat absolut atau tidak? Secara normatif ketentuan Pasal 25 ayat (2) bersifat *per se*. Artinya, apabila pelaku usaha sudah menguasai pangsa pasar 50% untuk satu pelaku usaha dan 75% untuk dua atau tiga pelaku usaha, maka penguasaan pangsa pasar tersebut langsung dilarang. Kalau pendekatan *per se illegal* diterapkan kepada Pasal 25, maka sama dengan menghambat tujuan UU No. 5 Tahun 1999, yaitu mendorong pelaku usaha berkembang berdasarkan persaingan usaha yang sehat.

Akan tetapi di dalam praktiknya KPPU telah menerapkan ketentuan Pasal 25 tersebut dengan pendekatan *rule of reason*. Hal ini untuk menyesuaikan dengan ketentuan Pasal 4, Pasal 13, Pasal 17 dan Pasal 18 UU No. 5 Tahun 1999 yang menggunakan pendekatan *rule of reason* dalam penerapannya. Pertanyaannya adalah mengapa Pasal 25 harus diterapkan dengan menggunakan pendekatan *rule of reason*? Secara praktis jika Pasal 25 diterapkan dengan pendekatan *per se*, maka akan membatasi pertumbuhan (perkembangan) pelaku usaha yang efisien dan inovatif serta kompetitif di pasar yang bersangkutan.

Penafsiran serta penerapan seperti ini memang akan memicu perdebatan di antara KPPU dengan praktisi hukum yang menginginkan ketentuan Pasal 25 diterapkan sesuai dengan ketentuan Pasal 25 tersebut tanpa perlu menginterpretasikan lebih lanjut. Akan tetapi harus dilihat prinsip dan tujuan hukum persaingan, yaitu bukan untuk menghambat persaingan tetapi untuk mendorong persaingan usaha. Jadi, pelaku usaha yang dapat bersaing dengan sehat dan melakukan efisiensi dan inovasi serta dapat menjadi lebih unggul atau mempunyai posisi dominan lebih dari pada yang ditetapkan di dalam Pasal 25 tidak seharusnya dilarang.

Karena ketentuan Pasal 4, Pasal 13, Pasal 17, dan Pasal 18 menetapkan diduga dapat melakukan praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat, apabila satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha menguasai pangsa pasar lebih dari 50% dan apabila dua atau tiga pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha menguasai lebih dari 75% pangsa pasar. Ketentuan-ketentuan tersebut bersifat *rebuttable*.

Ketentuan ini tidak melarang satu pelaku usaha untuk meningkatkan usahanya (pencapaian pangsa pasarnya) kalau sudah mencapai pangsa pasar lebih dari 50%, (katakanlah menguasai pangsa pasar 55%) dan untuk dua atau tiga pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha mencapai lebih dari 75% (katakanlah 80%), asalkan pencapaian pangsa pasar tersebut dicapai dengan persaingan usaha yang sehat atau *fair*.

Sehingga karena ketentuan Pasal 4, Pasal 13, Pasal 17 dan Pasal 18 menggunakan pendekatan *rule of reason*, maka ketentuan Pasal 25 harus diterapkan dengan pendekatan *rule of reason*. Kalau tidak demikian, maka prinsip ketentuan Pasal 25 bertentangan dengan ketentuan Pasal 4, Pasal 13, Pasal 17, dan Pasal 18 UU No. 5 Tahun 1999.

Sebaliknya, jika suatu pelaku usaha tidak menguasai pangsa pasar lebih dari 50% untuk satu pelaku usaha (monopoli), tetapi dalam praktiknya dapat melakukan praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat. Hal ini dapat terjadi tergantung korelasi penguasaan pangsa pasar suatu pelaku usaha yang mempunyai pangsa pasar yang lebih tinggi dibandingkan dengan sisa pangsa pasar yang dimiliki oleh pesaing-pesaingnya.

Misalnya, kalau pelaku usaha A mempunyai pangsa pasar 40% sementara pangsa pasar pesaingnya tersebar kecil-kecil dikuasai oleh 6 pelaku usaha dengan penguasaan pangsa pasar masing-masing 10%, yaitu pelaku usaha B menguasai 10%, C 10%, D 10%, E 10%, F 10% dan Pelaku usaha G menguasai 10%. Jadi, jika struktur pasar yang demikian, maka Pelaku usaha A yang mempunyai pangsa pasar 40% dapat dikatakan sebagai pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan dibandingkan dengan penguasaan pangsa pasar pesaingnya masing-masing menguasai 10% (lihat Tabel VI.1).²⁶⁴

Dalam hal ini jika pelaku usaha yang mempunyai pangsa pasar 40% tersebut mau, dia dapat melakukan persaingan usaha tidak sehat di pasar yang bersangkutan. Dengan demikian ketentuan penetapan penguasaan pasar lebih dari 50% untuk satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha dan penguasaan pangsa pasar lebih dari 75% untuk dua atau tiga pelaku usaha tidak berlaku mutlak, karena penguasaan pangsa pasar di bawah 50% untuk pasar monopoli dan di bawah 75% untuk pasar oligopoli yang ditetapkan oleh Pasal 25 ayat (2) UU No. 5 dapat melakukan persaingan usaha tidak sehat, tergantung berapa sisa pangsa pasar yang dimiliki oleh pesaing-pesaingnya. Oleh karena itu Heermann mengatakan bahwa posisi dominan tidak harus berarti pangsa pasar paling sedikit 50% atau 75%.²⁶⁵

VI.1.2 KEMAMPUAN KEUANGAN

Salah satu unsur yang menyatakan bahwa suatu pelaku usaha mempunyai posisi dominan adalah apabila pelaku usaha mempunyai keuangan yang lebih besar (kuat) dibandingkan dengan keuangan pelaku usaha pesaingnya. Pengertian kemampuan keuangan suatu pelaku usaha dapat dipahami khususnya kemampuan ekonomi pelaku usaha tersebut yang pada pokoknya mempunyai kemungkinan keuangan. Artinya, kemampuan keuangan yang dimiliki sendiri, untuk melakukan investasi sejumlah uang tertentu dan mempunyai akses menjual kepada pasar modal.²⁶⁶

Secara sederhana dilihat dari keberadaan pelaku usaha yang mempunyai pangsa pasar yang lebih tinggi (besar) dibandingkan dengan pelaku usaha pesaingnya, pelaku usaha yang mempunyai pangsa pasar yang lebih tinggi akan mempunyai keuangan yang lebih besar dibandingkan dengan pelaku usaha pesaingnya. Karena persentase nilai jual atau beli yang lebih tinggi atas suatu barang

²⁶⁴ Udin Silalahi, *Perusahaan Saling Mematikan dan Bersekongkol: Bagaimana Cara Memenangkan?*, Elex Media Komputindo Jakarta, 2007, hal. 196.

²⁶⁵ Heermann, di dalam Knud Hansen *et al.*, *op.cit.*, hal. 41.

²⁶⁶ Voelker Emmerich, *Kartellrecht*, 8. Auflage, Verlag C.H Beck, Muenchen, hal. 189.

atau jasa tertentu dibandingkan dengan nilai jual atau beli pesaing-pesaingnya akan menunjukkan kemampuan keuangan yang lebih kuat atau lebih besar.

Salah satu tanda yang paling penting untuk meneliti kemampuan keuangan suatu pelaku usaha adalah yang disebut dengan *cash flow*. Artinya, jumlah keuntungan suatu pelaku usaha dalam suatu periode tertentu. Juga yang sangat signifikan adalah omset pelaku usaha serta perbandingan modal dasarnya.²⁶⁷ Kemampuan keuangan pelaku usaha tersebut harus dibandingkan dengan data-data kemampuan keuangan pesaing-pesaingnya pada pasar yang bersangkutan untuk menetapkan, bahwa pelaku usaha tersebut mempunyai kemampuan keuangan yang lebih kuat.

Jadi, faktor-faktor menetapkan pelaku usaha mempunyai keuangan yang kuat adalah dapat dilihat dari:²⁶⁸

1. modal dasar,
2. *cash flow*,
3. omzet,
4. keuntungan,
5. batas kredit, dan
6. akses ke pasar keuangan nasional dan internasional.

VI.1.3 KEMAMPUAN PADA PASOKAN ATAU PENJUALAN

Unsur kemampuan mengatur pasokan atau penjualan adalah salah satu ciri pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan. Kemampuan ini dapat dilakukan oleh suatu pelaku usaha biasanya, apabila pelaku usaha tersebut mempunyai pangsa pasar yang lebih tinggi dibandingkan dengan pangsa pasar pesaing-pesaingnya.

Oleh karena itu penilaian atau penetapan pangsa pasar pelaku usaha pada pasar bersangkutan sangat penting. Untuk itu, pengertian pangsa pasar harus dimengerti terlebih dahulu, yaitu persentase nilai jual atau beli barang atau jasa tertentu yang dikuasai oleh pelaku usaha pada pasar bersangkutan dalam tahun kalender tertentu.

Jika pangsa pasar pelaku usaha sudah ditetapkan mempunyai pangsa pasar yang lebih tinggi daripada pesaingnya, maka dapat ditentukan apakah pelaku usaha yang menguasai pangsa pasar dalam persentase tertentu dapat melakukan praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat pada pasar yang bersangkutan yaitu melalui kemampuan pengaturan jumlah pasokan atau penjualan barang tertentu di pasar yang bersangkutan. Kemampuan pengaturan pasokan atau penjualan barang atau jasa tertentu menjadi salah satu bukti bentuk penyalahgunaan posisi dominan yang dapat dilakukan oleh pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan. Akibatnya adalah pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan menguasai pasar dan pesaingnya tidak dapat bersaing pada pasar yang bersangkutan.

VI.1.4 KEMAMPUAN MENYESUAIKAN PASOKAN ATAU PERMINTAAN

Pelaku usaha yang mampu menyesuaikan pasokan atau permintaan adalah pelaku usaha yang mempunyai pangsa pasar yang lebih besar dibandingkan dengan pesaing-pesaingnya. Dengan kemampuan mengatur pasokan atau permintaan pada pasar yang bersangkutan pada akhirnya dapat mengatur harga. Karena berkurangnya pasokan di pasar, maka harga barang tersebut akan naik dari harga sebelumnya. Hukum ekonomi akan berlaku, yaitu *supply and demand*, apabila barang langka

²⁶⁷ *Ibid.*, hal. 190.

²⁶⁸ Heermann, di dalam Knud Hansen *et al.*, *op.cit.*, hal. 42.

atau berkurang di pasar, maka harga akan naik. Hanya pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan yang mampu melakukan penyesuaian pasokan atau permintaan di pasar yang bersangkutan.

Jadi, Kemampuan pelaku usaha untuk menyesuaikan pasokan atau permintaan barang atau jasa tertentu pada pasar yang bersangkutan menjadi salah satu unsur dalam pengertian posisi dominan yang ditetapkan di dalam Pasal 1 angka 4. Pada prinsipnya kemampuan menyesuaikan pasokan atau permintaan atas suatu barang atau jasa tertentu pada pasar yang bersangkutan mempunyai kesamaan dengan kemampuan mengatur pasokan atau penjualan barang atau jasa tertentu.

Pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan mempunyai kemampuan untuk menyesuaikan pasokan atau permintaan pada pasar yang bersangkutan. Oleh karena itu, penetapan siapa pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan pada pasar yang bersangkutan penting untuk dilakukan.

Tabel VI.1

Posisi Dominan Menurut Pasal 1 angka 4 UU No.5 Tahun 1999

| Pasal 1 angka 4 | Perusahaan A | Perusahaan B | Perusahaan C | Perusahaan D | Perusahaan E | Perusahaan F | Perusahaan G |
|---|--|---|---|---|---|---|---|
| Pangsa Pasar | 40% | 10% | 10% | 10% | 10% | 10% | 10% |
| Kemampuan Keuangan | Lebih besar daripada semua pesaingnya | Lebih kecil daripada Perusahaan A dan hampir sama dengan pesaing C, D, E, F dan G | Lebih kecil daripada Perusahaan A dan hampir sama dengan pesaing B, D, E, F dan G | Lebih kecil daripada Perusahaan A dan hampir sama dengan pesaing B, C, E, F dan G | Lebih kecil daripada Perusahaan A dan hampir sama dengan pesaing B, C, D, F dan G | Lebih kecil daripada Perusahaan A dan hampir sama dengan pesaing B, C, D, E dan G | Lebih kecil daripada Perusahaan A dan hampir sama dengan pesaing B, C, D, E dan F |
| Akses Pasokan atau Penjualan | Lebih besar daripada masing-masing pesaingnya | Lebih kecil daripada Perusahaan A dan hampir sama dengan pesaing C, D, E, F dan G | Lebih kecil daripada Perusahaan A dan hampir sama dengan pesaing B, D, E, F dan G | Lebih kecil daripada Perusahaan A dan hampir sama dengan pesaing B, D, E, F dan G | Lebih kecil daripada Perusahaan A dan hampir sama dengan pesaing B, C, D, F dan G | Lebih kecil daripada Perusahaan A dan hampir sama dengan pesaing B, C, D, E dan G | Lebih kecil daripada Perusahaan A dan hampir sama dengan pesaing B, C, D, E dan F |
| Kemampuan Pasokan atau Mempengaruhi Penjualan | Lebih besar dan dapat mempengaruhi penjualan bahkan dapat menentukan harga | Lebih kecil daripada perusahaan A dan hampir sama dengan pesaing C, D, E, F dan G | Lebih kecil daripada perusahaan A dan hampir sama dengan pesaing B, D, E, F dan G | Lebih kecil daripada perusahaan A dan hampir sama dengan pesaing B, C, E, F dan G | Lebih kecil daripada perusahaan A dan hampir sama dengan pesaing B, C, D, F dan G | Lebih kecil daripada perusahaan A dan hampir sama dengan pesaing B, C, D, E dan G | Lebih kecil daripada perusahaan A dan hampir sama dengan pesaing B, C, D, E dan F |
| Penilaian/hasil | Mempunyai posisi dominan | Tidak mampu bersaing dengan perusahaan A | Tidak mampu bersaing dgn perusahaan A |

VI.2 PENETAPAN POSISI DOMINAN

Salah satu tahapan penting dalam hukum persaingan usaha adalah menentukan posisi dominan suatu pelaku usaha. UU No. 5 Tahun 1999 tidak melarang pelaku usaha untuk menjadi dominan di pasar bersangkutan. Namun yang dilarang oleh UU No. 5 Tahun 1999 adalah penyalahgunaan posisi dominan tersebut, yang mengakibatkan pasar menjadi terganggu dan konsumen dirugikan. Lembaga yang berwenang untuk menetapkan posisi dominan suatu pelaku usaha pada pasar yang bersangkutan, apakah suatu pelaku usaha sudah mempunyai posisi dominan, adalah KPPU. Sebelum suatu pelaku usaha ditetapkan mempunyai posisi dominan, KPPU terlebih dahulu harus melakukan investigasi terhadap pasar yang bersangkutan. KPPU dalam melakukan investigasi tersebut harus melakukan pembatasan pasar bersangkutan (*market delineation*). Pembatasan pasar ada tiga, yang pertama pembatasan pasar bersangkutan berdasarkan produk (*market product*) atau disebut juga secara obyektif atau faktual, yang kedua pembatasan pasar bersangkutan secara geografis atau menurut wilayah, dan yang ketiga pembatasan pasar menurut waktu.

Metode pertama dan kedua merupakan satu kesatuan dalam pelaksanaan investigasi pasar bersangkutan sedangkan pembatasan pasar bersangkutan menurut waktu, dilakukan hanya pada

waktu tertentu, yaitu pada *event-event* tertentu. Misalnya pada pekan raya, pada saat penyelenggaraan olimpiade dll. Metode yang ketiga hampir tidak pernah dilakukan, karena hanya bersifat sementara, yaitu hanya selama *event* tertentu berlangsung. Pasar bersangkutan merupakan sebuah konsep untuk mendefinisikan tentang ukuran pasar sebuah produk. Hal ini sangat penting, karena dapat mengidentifikasi seberapa besar penguasaan produk tertentu oleh pelaku usaha tertentu pasar pasar yang bersangkutan.

Dalam pasar bersangkutan yang cakupannya terlalu sempit, maka sangat mungkin pelaku usaha yang menguasai produk tertentu dinilai menjadi pemegang posisi dominan. Sebaliknya definisi pasar produk tersebut cakupannya terlalu luas, maka bisa pelaku usaha tersebut tidak dinilai sebagai pemegang posisi dominan.²⁶⁹

Di dalam UU No. 5 Tahun 1999 metode pembatasan pasar bersangkutan ditetapkan di dalam Pasal 1 angka 10 yang berbunyi:

“Pasar bersangkutan adalah pasar yang berkaitan dengan jangkauan atau daerah pemasaran tertentu oleh pelaku usaha atas barang dan atau jasa yang sama atau sejenis atau substitusi dari barang dan atau jasa tersebut”.

Berdasarkan ketentuan ini, maka dapat disimpulkan pembatasan pasar yang bersangkutan (*relevant market*) untuk menentukan posisi dominan suatu pelaku usaha menggunakan pembatasan pasar bersangkutan berdasarkan pasar produk (*product market*) dan berdasarkan wilayah atau geografis (*geographic market*) yang akan diuraikan sebagai berikut:²⁷⁰

VI.2.1 PEMBATASAN PASAR BERSANGKUTAN BERDASARKAN PASAR PRODUK ATAU SECARA OBYEKTIF (*PRODUCT MARKET*)

Pembatasan pasar bersangkutan berdasarkan produk atau secara obyektif adalah di mana terdapat barang dan atau jasa yang sama atau sejenis, termasuk substitusinya. Di dalam Pedoman Pasal 1 angka 10 disebutkan bahwa pasar produk adalah sebagai produk-produk pesaing dari produk tertentu ditambah dengan produk lain yang bisa menjadi substitusi dari produk tersebut. Produk lain menjadi substitusi sebuah produk jika keadaan produk lain itu membatasi ruang kenaikan harga produk tersebut. Pasar produk dapat diidentifikasi dari sisi permintaan terlebih dahulu untuk kemudian diikuti penelaahan dari sisi penawaran.²⁷¹ Dengan demikian definisi pasar bersangkutan adalah sesuatu yang esensial. Itulah sebabnya cakupan persaingan tidak dapat diadili tanpa mengetahui produk mana yang bersaing dengan pelaku usaha yang dominan.²⁷² Misalnya dalam kasus *Michelin, the Court of Justice* Komisi Uni Eropa mengatakan bahwa

“...it must be noted that the determination of the relevant market product market is useful in assessing whether the undertaking concerned is in a position to prevent effective competition from being maintained and behave to an appreciable extent independently of its competitors and customers and consumers. For this purpose, therefore, an examination limited to the objective characteristics only of the relevant products cannot be sufficient: the competitive conditions and the structure of supply and demand on the market must also be taken into consideration.”²⁷³

²⁶⁹ Peraturan Komisi No. 3 Tahun 2009 tentang Pedoman Pelaksanaan Pasal 1 angka 10 tentang Pasar Bersangkutan, hal. 14.

²⁷⁰ Pengertian Pasar Bersangkutan lihat Peraturan Komisi No. 3 Tahun 2009 tentang Pedoman Pasar Bersangkutan.

²⁷¹ Peraturan Komisi No. 3 Tahun 2009 tentang Pedoman Pelaksanaan Pasal 1 angka 10 tentang Pasar Bersangkutan, hal. 15.

²⁷² Sir Christopher Bellamy QC & Grahamd Child, *op. cit.*, hal. 686.

²⁷³ *Ibid.*, hal. 687.

Artinya, harus dicatat bahwa penetapan pasar bersangkutan pasar produk berguna dalam menilai apakah pelaku usaha yang bersangkutan dalam posisi untuk mencegah persaingan yang efektif dari menjaga dan berperilaku cukup besar secara independen bagi pesaingnya dan pelanggan dan konsumen. Untuk tujuan ini, oleh karena itu, suatu penilaian terbatas terhadap hanya karakteristik tujuan dari pasar produk bersangkutan tidak cukup, syarat-syarat persaingan dan struktur pasokan dan permintaan dari pasar harus juga dipertimbangkan. Jadi, penetapan pasar produk suatu pelaku usaha dominan sangat penting untuk menilai apakah pelaku usaha tersebut dapat melakukan pencegahan persaingan usaha secara efektif dan juga dipertimbangkan kondisi persaingan, struktur penawaran dan permintaannya.

Pembatasan ruang gerak kenaikan harga suatu produk dapat berasal dari sisi permintaan dan sisi penawaran. Pembatasan dari sisi permintaan pada dasarnya adalah mengidentifikasi sejauh mana produk yang menjadi alternatif atau barang pengganti terdekat (*close substitute*) dapat mencegah perusahaan untuk mendapatkan keuntungan (akibat kenaikan harga) karena konsumen beralih ke produk alternatif. Sedangkan pembatasan dari sisi penawaran menunjukkan seberapa besar potensi perusahaan lain untuk masuk ke dalam pasar untuk menyediakan produk alternatif dari produk yang harganya mengalami kenaikan.

Dalam Pasal 1 angka 10 UU No. 5 Tahun 1999 tidak memberikan penjelasan dan tidak ada petunjuk khusus mengenai apa yang dimaksud dengan pasar produk tersebut. Pedoman Pasal 1 angka 10 hanya menjelaskan bahwa pasar berdasarkan produk terkait dengan kesamaan, atau kesejenisn, dan/atau tingkat substitusinya.²⁷⁴

Lebih jauh dalam Perkom No. 9 Tahun 2009 didefinisikan pasar produk sebagai produk-produk pesaing dari produk tertentu, ditambah dengan produk lain yang bisa menjadi produk substitusi dari produk tersebut.²⁷⁵ Jadi, dari ketentuan Pasal 1 angka 10 dan Perkom No. 9 Tahun 2009 dapat disebutkan bahwa pasar produk adalah barang atau jasa yang sama atau sejenis atau substitusi barang tersebut.

Untuk dapat menentukan, apakah suatu barang dengan barang yang lain dapat dinyatakan sama atau sejenis atau dapat dinyatakan menjadi substitusi terhadap barang tertentu, perlu dilihat dari 4 aspek, yaitu a) bentuk lahiriah dan sifat barang tersebut; b) fungsi barang tersebut, c) harga barang tersebut; dan d) fleksibilitas barang tersebut bagi konsumen (*interchangeable*). Komisi Uni Eropa mendefinisikan pasar bersangkutan secara produk bahwa

*“A relevant product market comprises all those products and/or services which are regarded as interchangeable or substitutable by consumer, by reason of the products characteristic, their prices and their intended use”.*²⁷⁶

Suatu pasar produk terdiri dari seluruh produk dan/atau jasa yang dipertukarkan atau dapat sebagai produk pengganti bagi konsumen berdasarkan karakteristik produk, harga produk dan fungsi atau guna produk. Jadi, konsumen adalah sebagai penentu suatu pasar produk atau jasa tertentu berdasarkan karakteristik produk, harga produk, fungsi produk dan fleksibilitas produk tersebut bagi konsumen. Oleh karena itu, penentuan pasar produk dilihat dari sisi konsumen terhadap suatu produk dengan produk lain apakah dapat sebagai barang yang sama atau sejenis atau suatu produk dapat sebagai barang pengganti bagi konsumen tersebut.

Dengan demikian diperlukan penilaian atas suatu produk dengan produk yang lain dari sisi permintaan konsumen sebagai dijelaskan berikut ini.

²⁷⁴ Peraturan Komisi No. 3 Tahun 2009 tentang Pedoman Pelaksanaan Pasal 1 angka 10 tentang Pasar Bersangkutan, hal. 5.

²⁷⁵ *Ibid.*, hal. 10.

²⁷⁶ Commission Notice 97/C/372/03, hal. 6.

a. Bentuk dan Sifat/Karakteristik Barang

Bentuk dan sifat fisik suatu barang merupakan petunjuk pertama dalam mengidentifikasi apakah suatu produk satu pasar atau satu produk secara obyektif. Dikatakan secara objektif, karena produk yang berbeda tersebut dilihat secara fisik apakah bentuk dan sifat barang tersebut sama atau tidak. Misalnya apakah *soft drink* Coca Cola dapat dianggap barang yang sama dengan Pepsi? Kalau ya, maka Coca Cola dengan Pepsi adalah produk yang saling bersaing.

Dalam hal ini Coca Cola dengan Pepsi adalah satu pasar, karena dilihat dari aspek sifat minumannya. Sebaliknya, *soft drink* teh botol Sosro apakah dapat disebutkan barang yang sama dengan Coca Cola dan Pepsi? Walaupun secara fisik kemasannya Teh Botol Sosro, Coca Cola dan Pepsi dikemas dalam botol, maka teh botol Sosro dengan Coca Cola dan Pepsi belum dapat ditetapkan ketiga produk tersebut berada pada pasar produk yang sama.

b. Fungsi Barang

Dilihat dari fungsi barang, apakah suatu barang atau produk dengan barang atau produk yang lain (berbeda) tersebut mempunyai fungsi yang sama bagi konsumen. Contoh: Coca Cola dan Pepsi mempunyai fungsi yang sama bagi konsumen, yaitu untuk menghilangkan rasa haus. Dilihat dari aspek fungsi barang tersebut, maka Coca Cola dengan Pepsi adalah satu produk. Artinya, satu pasar bersangkutan.

Demikian juga teh botol Sosro fungsinya adalah untuk menghilangkan rasa haus. Namun demikian, apakah teh botol Sosro dapat disebutkan berada pada pasar produk yang sama dengan Coca Cola dan Pepsi, hal ini tergantung kepada masing-masing konsumen. Oleh karena itu, produsen tidak dapat menentukan sendiri bahwa produknya menjadi pesaing dari suatu produk tertentu. Harus dilihat juga dari aspek permintaan, yaitu dari sisi konsumen, karena konsumen yang menjadi pengguna produk tertentu yang menetapkan apakah suatu produk tertentu dapat menjadi barang sama atau barang pengganti bagi konsumen tersebut.

c. Harga

Unsur yang paling penting dalam menentukan apakah suatu produk dengan produk yang lain dinyatakan sama atau sejenis atau dapat sebagai barang pengganti adalah harga. Harga suatu barang tertentu bagi konsumen dapat menjadi pengambil keputusan apakah konsumen akan membeli barang tersebut atau tidak. Oleh karena itu pada pasar produk yang sama atau sejenis harganya biasanya bersaing.

Misalnya harga Coca Cola satu botol Rp. 4.000 sedangkan harga Pepsi satu botol Rp.3.900, maka Coca Cola dengan Pepsi dapat dikatakan satu barang yang sama atau sebagai barang pengganti. Akan tetapi kalau harga Coca Cola satu botol Rp. 10.000, dan sedangkan harga Pepsi satu botol hanya Rp. 5.000, maka Coca Cola dengan Pepsi bukan satu barang yang sama, atau Pepsi tidak dapat disebut sebagai barang Coca Cola.

d. Fleksibilitas Barang Bagi Konsumen (*Interchangeable*)

Unsur keempat dalam menentukan apakah suatu produk dapat dinyatakan sebagai barang yang sama atau pengganti bagi produk yang lain adalah fleksibilitas kebutuhan barang tersebut bagi konsumen. Ini disebut juga konsep kebutuhan konsumen. Jika konsumen biasanya mengkonsumsi suatu produk

tertentu, dan konsumen kehabisan barang/produk tersebut, maka apakah jika konsumen pada saat membutuhkan produk yang biasa dibutuhkan tersebut tidak ada di pasar, konsumen tersebut secara otomatis mau beralih kepada produk yang lain tersebut? Kalau ya, maka produk pengganti tersebut menjadi satu produk bagi konsumen terhadap produk yang biasa dikonsumsi. Misalnya, pada saat konsumen ingin membeli Coca Cola di suatu *retailer*, maka pada saat itu tidak ada Coca Cola, apakah konsumen secara otomatis beralih ke Pepsi, kalau ya, maka bagi konsumen tersebut, Coca Cola dan Pepsi menjadi berada pada pasar produk yang sama.

Contoh lain, apakah mie dapat menjadi barang substitusi terhadap beras. Artinya jika beras habis di pasar, apakah konsumen bersedia beralih otomatis membeli mie sebagai penggantinya (*interchangeable*). Apakah dengan demikian kebutuhan konsumen dapat dipenuhi oleh mie tersebut.

Oleh karena itu, apakah suatu barang tertentu sama dengan barang yang lain, atau sejenis atau dapat sebagai barang substitusi biasanya dilihat dari aspek kebutuhan konsumen yang diselidiki kasus per kasus. Dalam hal ini aspek penilaian konsumen sangat penting, karena konsumen membeli suatu produk untuk kebutuhannya. Untuk itu sebagaimana dijelaskan di atas bahwa penilaian terhadap elastisitas atas permintaan dan penawaran dilakukan melalui analisis preferensi konsumen dengan menggunakan tiga pendekatan yaitu karakter, fungsi atau kegunaan dan harga suatu produk.²⁷⁷

Hal yang signifikan dalam penilaian konsumen adalah masalah harga. Perbedaan harga mempengaruhi perilaku konsumen untuk membeli barang yang lain sebagai pengganti. Jadi, apakah konsumen bersedia membeli produk lain atau barang substitusi dengan harga yang lebih mahal untuk memenuhi kebutuhannya jika suatu produk yang biasa digunakannya tidak ada lagi di pasar. Jadi, berdasarkan Pedoman Pasal 1 angka 10 bahwa produk dapat dikategorikan dalam pasar bersangkutan atau dapat digantikan satu sama lain apabila menurut konsumen terdapat kesamaan dalam hal fungsi/peruntukan/penggunaan, karakter spesifik, serta perbandingan tingkat harga produk tersebut dengan harga barang lainnya.²⁷⁸

Oleh karena itu, untuk menentukan pasar produk suatu barang tertentu, perlu dilakukan penelitian secara empirik untuk mendapatkan jawaban langsung dari konsumen atau dari sisi permintaan. KPPU sebagai pengawas persaingan usaha, adalah lembaga yang seharusnya melakukan penelitian tersebut, sehingga berdasarkan hasil penelitian tersebut penetapan suatu pasar produk tersebut dapat dipertanggungjawabkan secara ilmiah.

Dengan demikian penetapan pasar produk merupakan hasil penelitian yang menetapkan bahwa suatu produk tertentu adalah menjadi produk yang sama atau sejenis atau sebagai produk pengganti terhadap pelaku usaha yang sedang diperiksa atau menjadi pesaingnya.

Jika suatu produk sudah ditetapkan berada pada pasar produk yang sama, atau sejenis atau dapat sebagai produk substitusi, maka pangsa pasar produk yang sama atau barang sejenis atau barang substitusi tersebut termasuk dalam satu pasar bersangkutan secara objektif. Konsekuensinya adalah bahwa pangsa pasar barang sejenis dan barang substitusi akan ikut dijumlahkan untuk menentukan, apakah pangsa pasar bersangkutan memiliki posisi dominan atau tidak. Biasanya dengan ikut menghitung pangsa pasar barang sejenis dan/atau barang substitusi mengakibatkan pangsa pasar bersangkutan menjadi turun. Hal ini akan menguntungkan bagi perusahaan yang sedang diawasi oleh KPPU dalam proses penentuan posisi dominan.

²⁷⁷ Peraturan Komisi No. 3 Tahun 2009, *op. cit.*, hal. 21.

²⁷⁸ *Ibid.*, hal. 6.

VI.2.2 PEMBATASAN PASAR BERSANGKUTAN SECARA GEOGRAFIS (*RELEVANT GEOGRAPHIC MARKET*)

Selain pembatasan pasar bersangkutan berdasarkan produk atau secara obyektif, untuk menentukan apakah suatu perusahaan mempunyai posisi dominan, penilaian pembatasan pasar bersangkutan secara geografis merupakan bagian yang tidak dapat dipisahkan. Menurut Pasal 1 angka 10 UU No. 5 Tahun 1999 pasar bersangkutan dari segi daerah adalah jangkauan atau daerah pemasaran tertentu. Pembatasan pasar bersangkutan secara geografis ditentukan sejauh mana produsen memasarkan produknya seluas itulah dihitung produsen yang memasarkan barang/produk di wilayah tersebut. Fungsi pembatasan pasar secara geografis adalah untuk menghitung pangsa pasar bersangkutan secara obyektif di sekitar wilayah di mana barang tersebut dipasarkan. Misalnya dalam kasus kartel sapi impor KPPU menetapkan bahwa pasar geografisnya adalah Jabodetabek.²⁷⁹ Hal ini ditetapkan, karena 26 Pelaku usaha yang terdiri dari kelompok pelaku usaha maupun sendiri-sendiri memasok kebutuhan sapi untuk keperluan penyediaan daging di wilayah Jabodetabek.²⁸⁰

Akan tetapi UU No. 5 Tahun 1999 sudah membatasi penerapannya hanya di dalam negeri saja. Hal ini dapat dilihat dari ketentuan Pasal 1 angka 5:

“Pelaku usaha adalah setiap orang perorangan atau badan usaha, baik yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan berbagai kegiatan usaha dalam wilayah hukum negara Republik Indonesia”.

Dari ketentuan Pasal 1 angka 5 tersebut dapat disimpulkan, bahwa jangkauan penerapan UU No. 5 Tahun 1999 tersebut maksimum seluas wilayah Indonesia saja.

Namun demikian, KPPU telah menetapkan bahwa jangkauan penerapan UU No. 5 Tahun 1999 tidak terbatas seluas wilayah Indonesia di mana pelaku usaha mempunyai kedudukan hukumnya, tetapi juga pelaku usaha yang mempunyai kedudukan hukum di luar wilayah Indonesia, tetapi perilaku pelaku usaha tersebut mempunyai dampak terhadap persaingan usaha di pasar Indonesia.²⁸¹

Kasus VI.1

Di dalam kasus *Temasek Group*, KPPU memutuskan bahwa Temasek Holdings dan anak perusahaannya dinyatakan terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar UU No. 5 Tahun 1999 walaupun Temasek Group tersebut tidak melakukan kegiatan usaha di Indonesia, tetapi mempunyai dampak persaingan di pasar Indonesia (Putusan KPPU No. 07/KPPU-L/2007).

Oleh karena itu dapat terjadi, bahwa pasar geografis suatu barang tertentu dapat mencapai pasar regional, nasional, internasional dan bahkan pasar global.

Setelah ditetapkan pasar produk suatu barang tertentu, kemudian ditetapkan pasar geografis produk tersebut, yaitu seluas mana produk-produk yang sama dan barang penggantinya dipasarkan, maka seluas wilayah itulah dihitung berapa jumlah pelaku usaha yang melakukan kegiatan usaha di wilayah tersebut, dan berapa pangsa pasar masing-masing pelaku usaha. Dari pasar geografis ini dapat disimpulkan pelaku usaha yang mana yang menguasai pangsa pasar di wilayah tersebut, pelaku usaha itulah yang mempunyai posisi dominan di wilayah tersebut (*geographic market*).

²⁷⁹ Putusan KPPU No. 10/KPPU-I/2015 tentang *Perdagangan Sapi Impor*, hal. 14.

²⁸⁰ *Ibid.*

²⁸¹ Lihat Putusan KPPU Perkara No. 07/ KPPU-L/2007.

VI.3 PENYALAHGUNAAN POSISI DOMINAN

Pelaku usaha mempunyai posisi dominan tidak dilarang oleh UU No. 5 Tahun 1999, asalkan pencapaian posisi dominan tersebut dilakukan melalui persaingan usaha yang sehat atau *fair*. Namun yang dilarang oleh UU No. 5 Tahun 1999 adalah apabila pelaku usaha tersebut menyalahgunakan posisi dominannya.

Pertanyaannya adalah bagaimana pelaku usaha melakukan penyalahgunaan posisi dominannya sehingga pasar dapat terdistorsi. Bentuk-bentuk penyalahgunaan posisi dominan atau hambatan-hambatan persaingan usaha yang dapat dilakukan oleh pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan adalah ditetapkan di dalam Pasal 25 ayat (1) dan Pasal 19. Walaupun ada yang berpendapat bahwa Pasal 19 dapat dilakukan oleh pelaku usaha yang tidak mempunyai posisi dominan, tetapi ketentuan Pasal 19 mempunyai kesamaan dengan ketentuan Pasal 25 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999.

Pasal 25 ayat (1) menetapkan, bahwa:

“Pelaku usaha dilarang menggunakan posisi dominan baik secara langsung maupun tidak langsung untuk:

- a. menetapkan syarat-syarat perdagangan dengan tujuan untuk mencegah dan atau menghalangi konsumen memperoleh barang dan atau jasa yang bersaing dari segi harga maupun kualitas; atau
- b. membatasi pasar dan pengembangan teknologi; atau
- c. menghambat pelaku usaha lain yang berpotensi menjadi pesaing untuk memasuki pasar yang bersangkutan.”

Sedangkan larangan Pasal 19 disebut dengan penguasaan pasar. Penguasaan pasar di sini sebutnya adalah suatu proses pelaku usaha untuk menguasai pasar baik yang dilakukan secara sendirian maupun secara bersama dengan pelaku usaha yang lain. Akibat dari pencapaian terhadap penguasaan pasar (baca: posisi dominan) maka pelaku usaha tersebut dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat berupa :

- a. menolak dan atau menghalangi pelaku usaha tertentu untuk melakukan kegiatan yang sama pada pasar yang bersangkutan; atau
- b. menghalangi konsumen atau pelanggan pelaku usaha pesaingnya untuk tidak melakukan hubungan dengan pelaku usaha pesaingnya itu; atau
- c. membatasi peredaran dan atau penjualan barang dan atau jasa pada pasar yang bersangkutan ; atau
- d. melakukan praktik diskriminasi terhadap pelaku usaha tertentu.”

Sehingga hambatan persaingan usaha sebagaimana dimaksud Pasal 19 sebagian sudah diatur di dalam Pasal 25 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999, seperti ketentuan Pasal 19 huruf a telah diatur di dalam Pasal 25 ayat (1) huruf c. Ketentuan Pasal 19 huruf b melarang pelaku usaha menghalangi konsumen atau pelanggan pelaku usaha pesaingnya untuk tidak melakukan hubungan usaha dengan pelaku usaha pesaingnya itu.

Hal yang hampir sama juga diatur di dalam Pasal 25 ayat (1) huruf a yang menetapkan, bahwa pelaku usaha dilarang menggunakan posisi dominan baik secara langsung maupun tidak langsung untuk menetapkan syarat-syarat perdagangan dengan tujuan untuk mencegah dan atau menghalangi konsumen memperoleh barang dan atau jasa yang bersaing, baik dari segi harga maupun kualitas.

Demikian juga tentang pembatasan pasar diatur di dalam Pasal 19 huruf c, yaitu pelaku usaha dilarang melakukan suatu kegiatan untuk membatasi peredaran dan atau penjualan barang dan jasa pada pasar yang bersangkutan, diatur hal yang hampir sama di dalam Pasal 25 ayat (1) huruf b, yang berbunyi pelaku usaha dilarang menggunakan posisi dominannya untuk membatasi pasar dan pengembangan teknologi.

Sehingga, dari ketentuan Pasal 25 ayat (1) pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan dapat menyalahgunakan posisi dominannya baik secara langsung maupun tidak langsung untuk:

- a. mencegah dan atau menghalangi konsumen memperoleh barang dan atau jasa yang bersaing, baik dari segi harga maupun kualitas dengan menetapkan syarat-syarat perdagangan; atau
- b. membatasi pasar dan pengembangan teknologi;
- c. menghambat pelaku usaha lain yang berpotensi menjadi pesaing untuk memasuki pasar bersangkutan.

Bagaimana pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan melakukan penyalahgunaan posisi dominannya sebagaimana disebutkan di dalam Pasal 25 ayat (1) tersebut, akan dijelaskan di bawah ini.

VI.3.1 MENCEGAH ATAU MENGHALANGI KONSUMEN

Pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan dapat melakukan suatu tindakan untuk mencegah atau menghalangi konsumen untuk memperoleh barang dan atau jasa yang bersaing, baik dari segi harga maupun kualitas dengan menetapkan syarat perdagangan. Syarat utama yang harus dipenuhi oleh ketentuan Pasal 25 ayat (1) huruf a adalah syarat perdagangan yang dapat mencegah konsumen memperoleh barang yang bersaing baik dari segi harga maupun dari segi kualitas.²⁸² Dapat disimpulkan bahwa konsumen telah mempunyai hubungan bisnis dengan pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan.

Pertanyaannya adalah mengapa pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan dapat mengontrol konsumen atau pembeli untuk tidak membeli barang dari pesaingnya? Biasanya konsumen tersebut ada ketergantungan terhadap pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan. Posisi dominan pelaku usaha yang dapat mencegah konsumen untuk tidak memperoleh barang atau jasa dari pesaing pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan adalah sangat kuat. Dikatakan sangat kuat, karena pelaku usaha tersebut dapat mengontrol perilaku konsumen tersebut untuk tidak membeli barang yang bersaing dari pesaing pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan tersebut.

Mengapa pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan dapat mengontrol konsumen/pembeli tersebut? Karena pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan menetapkan syarat-syarat perdagangan di depan, yaitu pada waktu konsumen/pembeli mengadakan hubungan bisnis dengan pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan tersebut. Hal ini memang agak jarang ditemukan di dalam aturan hukum persaingan negara lain.

Hal lain yang dapat dilakukan oleh pelaku usaha untuk menghalangi konsumen mengakses suatu produk pesaingnya adalah dengan cara memberikan diskon tertentu kepada *retailer*, sehingga *retailer* tersebut tidak menjual produk tersebut. Misalnya program geser kompetitor yang dilakukan oleh PT ABC dengan memberikan diskon 2% kepada toko-toko, dengan syarat toko-toko tersebut tidak menjual produk pesaingnya, yaitu baterai Panasonic.

Hal yang sering terjadi adalah bahwa pelaku usaha posisi dominan menolak pelaku usaha yang lain (pembeli) untuk mendapatkan barang dari pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan tersebut (*refusal to deal*), atau pelaku usaha dominan menolak memasok barang kepada pemasok tertentu (*refusal to supply*).

²⁸² Heermann, di dalam Knud Hansen *et al.*, *op.cit.*, hal. 357.

Kasus VI.2

Di dalam Putusan KPPU Perkara No. 06/KPPU-L/2004 ditetapkan bahwa PT ABC ditetapkan menyalahgunakan posisi dominannya dengan melakukan program geser kompetitor (PGK). PT Arta Boga Cemerlang (PT ABC) ditetapkan mempunyai posisi dominan karena menguasai 88,73% pangsa pasar baterai manganese AA secara nasional.

Di dalam kasus Carrefour KPPU menetapkan dalam putusannya bahwa Carrefour terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 19 huruf a UU No. 5 Tahun 1999, karena menetapkan syarat perdagangan yang mengakibatkan pelaku usaha pemasok tidak dapat memasok produknya ke Carrefour (lihat *box*).

Kasus VI.3

Di dalam Putusan KPPU No. 02/KPPU-L/2005 ditetapkan bahwa Carrefour mempunyai *market power* dibandingkan dengan Hypermart, Giant dan Clubstore karena Carrefour mempunyai gerai yang terbanyak. Dengan *market power* tersebut menimbulkan ketergantungan bagi pemasok agar produknya dapat dijual di Carrefour.

Bukti menghalangi pemasok ke Carrefour adalah dengan memberlakukan *minus margin* yang mengakibatkan salah satu pemasoknya menghentikan pasokannya kepada pesaing Carrefour yang menjual dengan harga lebih murah dibandingkan dengan harga jual di gerai Carrefour untuk produk yang sama. Carrefour dinyatakan terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 19 huruf a UU No. 5 Tahun 1999.

VI.3.2 MEMBATASI PASAR DAN PENGEMBANGAN TEKNOLOGI

Pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan dapat membatasi pasar. UU No. 5 Tahun 1999 tidak memberikan batasan mengenai apa yang dimaksudkan dengan 'membatasi' pasar. Pengertian membatasi pasar yang dilakukan oleh pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan sebagai penjual atau pembeli dapat diartikan di mana pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan mempunyai kemungkinan besar untuk mendistorsi pasar yang mengakibatkan pelaku usaha pesaingnya sulit untuk dapat bersaing di pasar yang bersangkutan.

Bentuk-bentuk membatasi pasar dapat dilakukan berupa melakukan hambatan masuk pasar (*entry barrier*), mengatur pasokan barang di pasar atau membatasi peredaran dan atau penjualan barang dan atau jasa di pasar yang bersangkutan²⁸³ dan melakukan jual rugi yang akan menyingkirkan pesaingnya dari pasar.²⁸⁴ Termasuk melakukan perjanjian tertutup²⁸⁵ dan praktik diskriminasi²⁸⁶ dapat dikategorikan suatu tindakan membatasi pasar.

283 Lihat Pasal 19 huruf c UU No. 5 Tahun 1999.

284 Lihat Pasal 20 UU No. 5 Tahun 1999.

285 Lihat Pasal 15 UU No. 5 Tahun 1999.

286 Lihat Pasal 19 huruf d UU No. 5 Tahun 1999.

Misalnya definisi diskriminasi tidak ada ditetapkan di dalam UU No. 5 Tahun 1999. Secara umum tindakan diskriminasi dapat diartikan bahwa seseorang atau pelaku usaha memperlakukan pelaku usaha lain secara istimewa, dan pihak lain pelaku usaha lain tidak boleh menikmati keistimewaan tersebut, atau ditolak. Bentuk lain diskriminasi adalah apabila pelaku usaha yang menguasai suatu fasilitas jaringan teknologi tertentu (*essential facilities doctrine*) yang seharusnya dapat dibagikan kepada pelaku usaha pesaingnya asalkan tidak mengganggu sistem jaringan teknologi tersebut jika di-*share*-kan kepada pelaku usaha pesaingnya. Tentu pelaku usaha yang menikmati jaringan teknologi harus membayar sejumlah uang sebagai ganti rugi penggunaan jaringan tersebut.

Penyalahgunaan yang lain yang diatur di dalam 25 ayat (1) huruf b adalah membatasi pengembangan teknologi. Sebenarnya pengembangan teknologi adalah merupakan hak monopoli pelaku usaha tertentu yang menemukannya menjadi hak atas kekayaan intelektual penemunya.²⁸⁷ Hal ini sejalan dengan ketentuan Pasal 50 huruf b UU No. 5 Tahun 1999 yang mengecualikan hak atas kekayaan intelektual. Oleh karena itu, pengertian pembatasan pengembangan teknologi harus diinterpretasikan sebagai upaya pelaku usaha tertentu terhadap pengembangan teknologi yang dilakukan oleh pelaku usaha pesaingnya untuk meningkatkan produksi barang baik segi kualitas maupun kuantitas.

VI.3.3 MENGHAMBAT PESAING POTENSIAL

Bentuk penyalahgunaan posisi dominan yang dilakukan oleh pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan adalah menghambat pelaku usaha yang lain yang berpotensi menjadi pesaing di pasar yang bersangkutan. Ketentuan ini ada kesamaan dengan larangan Pasal 19 huruf a tentang menolak dan atau menghalangi pelaku usaha tertentu untuk melakukan kegiatan usaha yang sama pada pasar bersangkutan. Dalam hukum persaingan usaha dikenal apa yang disebut dengan pesaing faktual dan pesaing potensial.²⁸⁸

Pesaing faktual adalah pelaku usaha-pelaku usaha yang melakukan kegiatan usaha yang sama di pasar yang bersangkutan. Sedangkan pesaing potensial adalah pelaku usaha yang mempunyai potensi yang ingin masuk ke pasar yang bersangkutan, baik oleh pelaku usaha dalam negeri maupun pelaku usaha dari luar negeri. Hambatan masuk pasar bagi pesaing potensial yang dilakukan oleh perusahaan swasta dan hambatan masuk pasar oleh karena kebijakan-kebijakan negara atau pemerintah.

Hambatan masuk pasar oleh pelaku usaha posisi dominan swasta adalah penguasaan produk suatu barang mulai proses produksi dari hulu ke hilir hingga pendistribusian – sehingga perusahaan tersebut demikian kokoh pada sektor tertentu mengakibatkan pelaku usaha potensial tidak mampu masuk ke pasar yang bersangkutan.

Sedangkan hambatan masuk pasar akibat kebijakan negara atau pemerintah ada dua, yaitu hambatan masuk pasar secara struktur dan strategis. Hambatan masuk pasar secara struktur adalah dalam kaitan sistem paten dan lisensi. Sedangkan hambatan masuk pasar secara strategis adalah kebijakan-kebijakan yang memberikan perlindungan atau perlakuan khusus bagi pelaku usaha tertentu, akibatnya pesaing potensial tidak dapat masuk ke dalam pasar.²⁸⁹ Jadi, dalam hukum persaingan usaha ukuran yang sangat penting adalah bahwa pesaing potensial bebas keluar masuk pasar yang bersangkutan.

²⁸⁷ Heermann, di dalam Knud Hansen, *op.cit.*, hal. 359.

²⁸⁸ M. Udin Silalahi, *Perusahaan Saling Mematikan & Berserkongkol: Bagaimana Cara Memenangkan?*, *op.cit.*, hal.

220.

²⁸⁹ *Ibid.*, hal. 223.

Selain pelaku usaha dominan dapat melakukan penyalahgunaan posisi dominannya sebagaimana ditentukan di dalam Pasal 25 ayat (1) tersebut, pelaku usaha tersebut dapat juga melakukan perilaku yang diskriminatif, baik diskriminasi harga dan nonharga dan jual rugi (*predatory pricing*).²⁹⁰

VI.3.4 PRAKTIK DISKRIMINASI

Sebagaimana disebutkan di atas bahwa ketentuan Pasal 19 dan Pasal 25 ayat (1) sebenarnya mengatur hal yang sama, yaitu mengatur tentang larangan penyalahgunaan posisi dominan. Salah satu larangan ketentuan Pasal 19 yang tidak diatur dalam Pasal 25 ayat (1) adalah larangan pelaku usaha melakukan praktik diskriminasi yaitu ketentuan Pasal 19 huruf d. Praktik diskriminasi dapat dilakukan oleh satu pelaku usaha secara mandiri atau dua atau tiga pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan atau daya tawar yang kuat yang mempunyai posisi secara kolektif.

Pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan dapat melakukan penyalahgunaan posisi dominannya berupa diskriminasi. Secara gramatikal, diskriminasi didefinisikan sebagai suatu tindakan perlakuan yang berbeda terhadap pihak tertentu. Jadi, praktik diskriminasi merupakan tindakan atau perlakuan dalam berbagai bentuk yang berbeda yang dilakukan satu pelaku usaha terhadap pelaku usaha tertentu.²⁹¹ Dalam pelaksanaan tender, penyelenggara tender dapat melakukan praktik diskriminasi, seperti PT Chevron Indonesia Company terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 19 huruf d dalam tender Export Pipeline End Engineering & Design Contract (No. C732791) di lingkungan Chevron Indonesia Company melakukan diskriminasi terhadap PT Wood Group Indonesia yaitu melakukan inkonsistensi dalam mengevaluasi dokumen penawaran Terlapor II dan PT Wood Group Indonesia.²⁹²

Jadi, praktik diskriminasi dapat dilakukan oleh pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan atau posisi tawar yang tinggi terhadap pelaku usaha tertentu. Akan tetapi praktik diskriminasi yang dapat diputus melanggar Pasal 19 huruf d adalah sebagai perbuatan yang tidak mempunyai justifikasi secara sosial, ekonomi, teknis maupun pertimbangan efisiensi lainnya.²⁹³ Karena pendekatan penerapan larangan praktik diskriminasi adalah dengan pendekatan *rule of reason* di mana harus dibuktikan terlebih dahulu akibat praktik diskriminasi tersebut bagi pelaku usaha tertentu.

Oleh karena itu dampak praktik diskriminasi harus dapat dibuktikan. Dampak praktik diskriminasi antara lain meliputi, namun tidak terbatas pada:

1. ada pelaku usaha pesaing yang tersingkir dari pasar bersangkutan; atau
2. ada pelaku usaha pesaing yang tereduksi perannya (dapat proporsi makin kecil) di pasar bersangkutan; atau
3. ada satu (sekelompok) pelaku usaha yang dapat memaksakan kehendaknya di pasar bersangkutan; atau
4. terciptanya berbagai hambatan persaingan (misalnya hambatan masuk atau ekspansi) di pasar bersangkutan; atau
5. berkurangnya persaingan usaha yang sehat di pasar bersangkutan; atau
6. dapat menimbulkan terjadinya praktik monopoli; atau
7. berkurangnya pilihan konsumen.

²⁹⁰ Lihat Bab V Tentang Kegiatan yang Dilarang.

²⁹¹ Peraturan Komisi No. 3 Tahun 2011 tentang Pedoman Pelaksanaan Pasal 19 huruf d tentang Praktik Diskriminasi, hal. 5.

²⁹² Putusan KPPU No. 05/KPPU-1/2012 tentang Dugaan Pelanggaran Pasal 19 huruf d dan Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999.

²⁹³ Peraturan Komisi No. 03 Tahun 2011, *op.cit.*, hal. 13.

VI.3.5 DISKRIMINASI HARGA

Pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan secara sepihak dapat melakukan diskriminasi harga terhadap pembeli yang satu dengan pembeli yang lain untuk suatu barang yang sama. Pasal 6 UU No. 5 Tahun 1999 melarang pelaku usaha untuk melakukan diskriminasi harga terhadap pelaku usaha tertentu untuk membayar dengan harga yang berbeda dari harga yang harus dibayar oleh pelaku usaha lain untuk barang dan atau jasa yang sama.

Akan tetapi sebenarnya diskriminasi harga dapat dilakukan apabila ada suatu alasan pembenaran untuk memberikan harga yang berbeda (*an objective justification for the difference*). Karena di dalam praktik, di dalam dunia bisnis, ada banyak faktor-faktor pasar yang mengizinkan mengatur membayar harga yang berbeda kepada pembeli yang berbeda untuk produk yang sama.²⁹⁴ Namun demikian bagi pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan melanggar larangan penyalahgunaan posisi dominan jika pihak ketiga ditempatkan pada kerugian ekonomi yang nyata sebagai hasil dari kebijakan harga yang diadopsi.²⁹⁵

VI.3.6 PREDATORY PRICING (JUAL RUGI)

Salah satu perilaku pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan adalah dapat melakukan praktik jual rugi (*predatory pricing*). Pengertian jual rugi adalah melakukan pemasokan barang dan atau jasa dengan cara melakukan jual rugi atau menetapkan harga yang sangat rendah dengan maksud untuk menyingkirkan atau mematikan usaha pesaingnya di pasar bersangkutan sehingga dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat. Tujuan pelaku usaha melakukan jual rugi adalah untuk menyingkirkan pesaingnya dari pasar.

Oleh karena itu praktik jual rugi biasanya dilakukan dalam waktu jangka panjang sampai pesaingnya tersingkir dari pasar. Jual rugi dalam jangka pendek akan menguntungkan konsumen. Akan tetapi apabila pelaku usaha pesaing tersingkir dari pasar, maka pelaku usaha dominan akan menaikkan harga secara signifikan untuk menutupi kerugian sebelumnya (*recoupment*). Harga jual adalah harga monopoli yang cukup tinggi yang merugikan konsumen. Praktik ini adalah upaya untuk memaksimalkan keuntungan dan menutup kerugian yang ditimbulkan ketika melakukan jual rugi atau harga rendah.²⁹⁶ Pertanyaannya adalah kapan suatu pelaku usaha dapat dikatakan melakukan jual rugi?

Ketentuan larangan jual rugi sebagaimana ditetapkan dalam Pasal 20 adalah ketika pelaku usaha berupaya menyingkirkan pesaingnya dari pasar, karena itulah tujuannya melakukan jual rugi. Karena setelah pesaingnya tersingkir dari pasar, maka pelaku usaha dominan tersebut akan menaikkan harga jualnya kembali dengan harga yang signifikan untuk mengembalikan kerugian sebelumnya. Sebagaimana ditetapkan oleh Pengadilan Uni Eropa sebagai berikut:

“The Court of Justice has held that in order to establish predatory pricing it is necessary to show that the alleged predator is selling (i) at below average total costs and (ii) with the intention of eliminating a competitor.”²⁹⁷

Artinya, Pengadilan memutuskan bahwa agar untuk menciptakan jual rugi adalah perlu untuk menunjukkan bahwa yang diduga melakukan *predator* adalah menjual (i) di bawah biaya total rata-rata dan (ii) dengan tujuan menyingkirkan pesaingnya. Oleh karena itu perlu dibuktikan tujuan

²⁹⁴ Sir Christopher Bellamy QC & Graham Child, *op. cit.*, hal. 728.

²⁹⁵ *Ibid.*

²⁹⁶ Peraturan Komisi No. 6 Tahun 2011 tentang Pedoman Jual Rugi, hal. 7.

²⁹⁷ Sir Christopher Bellamy CQ and Graham Child, *op. cit.*, hal. 724-725.

untuk menyingkirkan pesaingnya. Apabila harga dikenakan di atas biaya variabel rata-rata, maka bukti tujuan untuk mengeluarkan pesaing diperlukan.²⁹⁸ Jadi, yang dapat melakukan jual rugi dalam jangka panjang sampai pesaingnya tersingkir dari pasar adalah pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan atau yang mempunyai *superior market power*.

VI.4 HUBUNGAN AFILIASI DENGAN PELAKU USAHA YANG LAIN

Salah satu penilaian posisi dominan suatu pelaku usaha dapat juga dinilai dari afiliasi suatu pelaku usaha dengan pelaku usaha yang lain. Hubungan terafiliasi ini diatur di dalam Pasal 26 tentang Jabatan Rangkap dan Pasal 27 tentang Kepemilikan Saham Silang UU No. 5 Tahun 1999. Hubungan afiliasi yang diakibatkan adanya jabatan rangkap oleh seseorang pada beberapa perusahaan atau kepemilikan saham silang di beberapa perusahaan dapat mempengaruhi kebijakan pelaku usaha tersebut, karena pengaruh tersebut dapat mengendalikan perusahaan tersebut. Pada akhirnya pengaruh tersebut dapat mempengaruhi persaingan di pasar bersangkutan di industri tertentu.

Khusus pada BUMN jabatan rangkap dilarang berdasarkan UU No. 19 Tahun 2003 tentang BUMN, bahwa anggota Komisaris dilarang memangku jabatan rangkap sebagai: a) anggota Direksi BUMN, Badan Usaha Milik Daerah, Badan usaha milik swasta, dan jabatan lain yang dapat menimbulkan benturan kepentingan; dan/atau b) jabatan lainnya sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan lainnya.²⁹⁹

VI.4.1 JABATAN RANGKAP

Jabatan rangkap tidak dilarang secara *per se* oleh UU No. 5 Tahun 1999. Akan tetapi hubungan afiliasi melalui jabatan rangkap ini dapat memberikan pengaruh terhadap perilaku pelaku usaha yang diafiliasi. Salah satu bentuk perilaku yang dapat mengakibatkan praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat adalah jabatan rangkap sebagai direksi dan/atau komisaris. Suatu jabatan rangkap terjadi apabila seseorang yang sama duduk dalam dua atau beberapa dewan direksi perusahaan atau menjadi wakil dua atau beberapa perusahaan yang bertemu dalam dewan direksi satu perusahaan.³⁰⁰

Jabatan rangkap dapat terjadi akibat keterkaitan keuangan atau kepemilikan saham perusahaan. Jabatan rangkap dapat terjadi antara perusahaan yang melakukan kegiatan usaha yang sama secara horizontal dan antara perusahaan dengan perusahaan yang lain secara vertikal dan bahkan antara perusahaan yang tidak mempunyai keterkaitan kegiatan usaha satu sama lain yang disebut dengan jabatan rangkap konglomerat.³⁰¹ Oleh karena itu jabatan rangkap bukanlah suatu kebetulan. Akan tetapi keberadaan seseorang sebagai yang menduduki jabatan rangkap sadar atas kedudukan tersebut. Jabatan rangkap lahir bukan karena dibentuk akan tetapi lahir karena suatu perjanjian.³⁰² Perjanjian antara pemegang saham yang mengambil alih dengan perusahaan yang diambilalih. Dapat juga terjadi pemegang saham meminta kepada pelaku usaha yang diambil alih untuk menempatkan seseorang dari perusahaan pengambil alih di perusahaan yang diambil alih di dewan direksi atau dewan komisaris.

Pertanyaannya adalah mengapa pelaku usaha ingin melakukan jabatan rangkap? Ada banyak alasan mengapa melakukan jabatan rangkap, tetapi menurut teori ilmu sosial ada 4 teori utama

²⁹⁸ *Ibid.*, hal. 727.

²⁹⁹ Pasal 33 UU No. 19 Tahun 2003 tentang *Badan Usaha Milik Negara*.

³⁰⁰ Peraturan Komisi No. 7 Tahun 2009 tentang *Pedoman Pelaksanaan Pasal 26 tentang Jabatan Rangkap*, hal. 5.

³⁰¹ Vidir Petersen, *Interlocking Directorates in the European Union: An Argument in their Restrictions*, Eur. Bus. L. Rev., hal. 3.

³⁰² *Ibid.*, hal. 10.

mengapa pelaku usaha melakukan jabatan rangkap, yaitu berikut ini³⁰³

1. Teori keunggulan (*predominant theory*) dalam organisasi industri dan sosiologi, adalah bahwa perusahaan menggunakan jabatan rangkap untuk mengurung (*cooptation*) (baca: menguasai). Perusahaan menggunakan jabatan rangkap sebagai alat untuk mengakses dan bertukar informasi dan sumber daya dalam hal mengurangi ketidakpastian dan meningkatkan obligasi di antara mereka dan pesaingnya.
2. Perusahaan menggunakannya sebagai alat monitoring. Pelaku usaha menunjuk seseorang duduk di dewan direksi perusahaan lain untuk melakukan monitoring perilaku pelaku usaha tersebut.
3. Jabatan rangkap untuk meningkatkan reputasi perusahaan. Komposisi dewan direksi dan komisaris adalah penting bagi pemegang saham dan investor, dan menunjuk orang yang terkenal, individu yang dihormati di industri dalam dewan direksi dapat memberikan suatu pengakuan perusahaan.
4. Jabatan rangkap digerakkan oleh ambisi individu itu sendiri. Seseorang ingin membuat karier profesional sebagai seorang direktur, untuk itu, dia harus mencari kesempatan untuk dirinya sendiri. Oleh karena itu, jabatan rangkap diciptakan karena keinginan direktur tersebut untuk remunerasi keuangan dan reputasi sebagai direktur.

Menurut Mezruchi, ada tiga alasan utama mengapa melakukan jabatan rangkap, yaitu yang pertama adalah kolusi, kooptasi, dan monitoring, yang kedua kemajuan karier (*carrier advancement*), dan yang ketiga adalah kohesi sosial (*social cohesion*).³⁰⁴ Mengenai kooptasi dan pemantauan adalah mungkin untuk menentukan kooptasi sebagai “penyerapan unsur berpotensi mengganggu dalam struktur pengambilan keputusan organisasi”. Dalam perspektif ini, perusahaan mengundang pada wakil dewan mereka dari berbagai sumber daya dalam rangka untuk mengurangi ketidakpastian lingkungan dan mempertahankan posisi mereka di pasar.

Ada beberapa bahaya yang dapat ditimbulkan oleh adanya jabatan rangkap³⁰⁵, yaitu:

1. menimbulkan keterkaitan langsung maupun tidak langsung dengan jumlah dana (keuangan) yang sangat signifikan kepemilikan bersama secara silang atas saham;
2. dapat mempengaruhi persaingan usaha dalam berbagai cara seperti pengawasan administratif terhadap investasi yang dapat melahirkan strategi bersama di antara perusahaan terkait dengan masalah harga/tarif, alokasi pasar, praktik monopoli serta kegiatan pasar lainnya;
3. menimbulkan perjanjian integrasi vertikal pada kegiatan yang dilakukan oleh pemasok dan pelanggan, dapat menghilangkan semangat untuk melakukan kegiatan usaha di daerah pesaing serta menimbulkan persetujuan timbal balik di antara mereka; dan
4. jabatan direksi apabila tidak diawasi secara efektif, dapat digunakan sebagai alat untuk mengontrol/mengendalikan anak perusahaan secara berlebihan.

Pasal 26 UU No. 5 Tahun 1999 melarang seseorang menjadi komisaris dan direksi pada suatu perusahaan dan merangkap jabatan di perusahaan yang lain sebagai direksi atau komisaris apabila perusahaan-perusahaan tersebut;

- a. berada dalam pasar bersangkutan yang sama; atau

³⁰³ *Ibid.*, hal. 10-12.

³⁰⁴ Francesca di Donato dan Riccardo Tiscini, *Cross Ownership and Interlocking Directorates Between Bank and Listed Firms: An Empirical Analysis of the Effects on Debts Leverage and Cost of Debt in Italian Case*, Corporate Ownership and Control, Volume 6, Issue 3, Spring, 2009, hal. 475.

³⁰⁵ Heerman di dalam Knud Hansen *et al.*, *op. cit.*, hal. 365-368.

- b. memiliki keterkaitan yang erat dalam bidang dan atau jenis usaha; atau
- c. secara bersama dapat menguasai pangsa pasar barang dan atau jasa tertentu, yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaa tidak sehat.

Prinsip ketentuan Pasal 26 tersebut tidak melarang mutlak jabatan rangkap. Jabatan rangkap baru dilarang apabila akibat jabatan rangkap tersebut menguasai pangsa pasar barang dan atau jasa tertentu yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat. Artinya, dengan keberadaan seseorang menjabat direksi atau komisaris di dua perusahaan yang berbeda yang melakukan kegiatan usaha yang sama, terjadi perilaku antipersaingan usaha di pasar yang bersangkutan. Penerapan Pasal 26 terlebih dahulu dilakukan penilaian atas posisi dominan pelaku usaha di mana seseorang menduduki jabatan rangkap pada dua perusahaan yang berbeda.

Apabila pelaku usaha diduga melakukan tindakan antipersaingan karena adanya jabatan rangkap, maka dalam pembuktian perilaku antipersaingan tersebut harus diawali dengan penilaian apakah pelaku usaha tersebut mempunyai posisi dominan sebagaimana diatur dalam Pasal 1 angka 4 jo. Pasal 25 ayat (2). Jika pelaku usaha yang saling terkait tersebut mempunyai posisi dominan, hal berikutnya yang perlu dinilai adalah apakah seseorang yang menduduki jabatan rangkap mempunyai pengaruh terhadap perusahaan terkait, terkait dengan kebijakan perusahaan mengenai harga, strategi pemasaran perusahaan, manajemen perusahaan dan lain-lain. Dengan demikian penegakan ketentuan Pasal 26 adalah dengan menggunakan pendekatan *rule of reason*.

a. Jabatan Rangkap Horizontal

Larangan jabatan rangkap secara horizontal menurut Pasal 26 UU No. 5 Tahun 1999 adalah melarang seseorang menduduki jabatan sebagai direksi atau komisaris pada suatu perusahaan, dan pada waktu yang bersamaan menjadi direksi atau komisaris pada perusahaan yang lain. Pertanyaannya adalah bagaimana persaingan di antara dua perusahaan yang berbeda tetapi terdapat seorang yang menduduki sebagai direksi atau sebagai komisaris. Kedudukan seseorang tersebutlah yang dilarang. Larangan ini bersifat *rule of reason*, yaitu apabila keberadaan seseorang tersebut pada dua perusahaan yang melakukan kegiatan usaha yang sama dapat mengakibatkan praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat pada pasar yang bersangkutan.

Secara horizontal dua perusahaan yang saling bersaing melakukan strategi bersama yang berkaitan dengan harga, alokasi pasar dan penetapan produksi. Sedangkan secara vertikal dapat meningkatkan efisiensi (persaingan) dan dapat juga menghambat persaingan di antara pemasok dan pelanggan sehingga menghambat persaingan di antara pemasok dengan membuat perjanjian timbal balik di antara mereka.³⁰⁶ Bahkan keterkaitan antara jabatan direksi lembaga keuangan dengan jabatan direksi perusahaan nonkeuangan dapat mengakibatkan diskriminasi syarat pembiayaan bagi pesaing dan peran sebagai katalisator dalam upaya memperoleh penguasaan horizontal, vertikal atau konglomerasi.³⁰⁷

Dilihat dari perspektif hukum persaingan usaha, maka kedudukan seseorang tersebut perlu dinilai apakah menghambat persaingan usaha tidak sehat pada pasar bersangkutan atau tidak. Pertanyaannya adalah apakah jabatan rangkap tersebut dapat diawasi di depan (pencegahan) atau kemudian (represif)?

Penilaian terhadap jabatan rangkap biasanya dilakukan pada proses merger atau akuisisi saham perusahaan. Jika perusahaan melakukan pengambilalihan saham perusahaan yang lain, dan

³⁰⁶ Peraturan Komisi No. 7 Tahun 2009 tentang *Pedoman Pelaksanaan Pasal 26 tentang Jabatan Rangkap*, hal. 5.

³⁰⁷ *Ibid.*, hal. 5.

akibat pengambilalihan saham tersebut ditempatkan komisaris atau direksi, maka penempatan tersebut dapat dinilai, apakah nanti dapat mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat di pasar yang bersangkutan atau tidak, maka dinilai kembali melalui besarnya saham yang dimiliki dan pangsa pasar yang dikuasai oleh pelaku usaha yang mengambil alih dan pangsa pasar yang diambil alih (secara horizontal). Artinya, pelaku usaha yang mengambil alih dan yang diambil alih berada pada pasar bersangkutan yang sama.³⁰⁸

Dalam proses penggabungan perusahaan atau pengambilalihan saham perusahaan, maka pangsa pasar perusahaan yang akan bergabung atau pangsa pasar perusahaan yang mengambil alih saham perusahaan dan pangsa pasar perusahaan yang akan diambil alih akan dilakukan penilaian, sebelum dan setelah penggabungan atau pengambilalihan saham perusahaan tersebut. Apabila pangsa pasar perusahaan hasil penggabungan atau hasil pengambilalihan saham perusahaan persentasenya menjadi signifikan berpotensi melakukan praktik monopoli dan atau persaingan usaha yang tidak sehat, maka rencana penggabungan atau rencana pengambilalihan saham perusahaan akan dicegah oleh lembaga persaingan usaha, kalau tidak, maka rencana penggabungan atau pengambilalihan saham perusahaan tersebut akan diijinkan.

Akan tetapi pengawasan penggabungan, peleburan dan pengambilalihan saham perusahaan diatur dengan pengawasan kemudian yang dikenal dengan *post* notifikasi. Namun demikian untuk mengatasi kelemahan sistem *post* notifikasi, diatur juga konsultasi sebelum penggabungan, peleburan dan pengambilalihan saham perusahaan kepada KPPU.³⁰⁹

Oleh karena itu terhadap pelaku usaha yang akan melakukan penggabungan atau pengambilalihan saham perusahaan lain dilakukan penilaian konsentrasi pasarnya, yaitu dengan penetapan posisi dominan suatu pelaku usaha di pasar yang bersangkutan. Jika konsentrasi pasar hasil penggabungan atau pengambilalihan saham perusahaan rendah tidak dilakukan penilaian menyeluruh.

Sebaliknya jika konsentrasi pasarnya tinggi, maka akan dilakukan penilaian menyeluruh terkait dengan hambatan masuk pasar, perilaku antipersaingan, efisiensi dan kepailitan. Kemudian setelah dilakukan penilaian menyeluruh, maka KPPU akan menetapkan apakah rencana penggabungan atau pengambilalihan tersebut diperbolehkan atau ditolak.

Terhadap seseorang yang sedang menduduki posisi sebagai direksi dan atau sebagai komisaris pada dua perusahaan yang melakukan kegiatan usaha yang sama, unsur penilaiannya adalah apakah dua perusahaan di mana seseorang menduduki posisi direksi atau komisaris pangsa pasarnya dominan pada pasar yang bersangkutan yang dapat mengakibatkan praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.

Selain penilaian terhadap pangsa pasar kedua perusahaan tersebut juga penilaian pengaruh seseorang yang menduduki jabatan rangkap baik sebagai direksi atau komisaris pada kedua perusahaan tersebut, yaitu apakah pengaruhnya secara langsung atau tidak langsung pada perusahaan tersebut. Bagaimana pengaruhnya terhadap kebijakan perusahaan di bidang harga, manajemen dan mengenai informasi penting tentang perusahaan tersebut. Pembuktian ini tidak mudah, karena tidak bisa didapat bukti langsung mengenai hal-hal tersebut.

b. Jabatan Rangkap Vertikal

Jabatan rangkap secara vertikal terjadi di dua perusahaan yang tidak bergerak di bidang usaha yang

³⁰⁸ Pasal 26 huruf a UU No. 5 Tahun 1999.

³⁰⁹ Pengawasan Penggabungan, Peleburan dan Pengambilalihan Saham Perusahaan menurut Peraturan Pemerintah No. 57 Tahun 2010.

sama. Ini disebut perusahaan-perusahaan memiliki keterkaitan yang erat dalam bidang dan atau jenis usaha,³¹⁰ yaitu dalam proses produksi suatu barang dari pasar hulu sampai ke pasar hilir. Misalnya perusahaan produsen dengan perusahaan pemasok bahan baku, atau dengan perusahaan distributor atau agen terdapat seorang menjadi direksi di perusahaan produsen, dan orang yang sama menjadi komisaris pada perusahaan pemasok bahan baku, atau pada perusahaan distributor atau agen.

Jabatan rangkap secara vertikal dapat mengakibatkan hambatan persaingan secara vertikal melalui keberadaan seorang yang menduduki jabatan di suatu perusahaan produsen dan juga menduduki sebagai komisaris pada perusahaan pemasok bahan baku misalnya. Misalnya PT Garuda Indonesia sebagai perusahaan yang melayani jasa penerbangan mempunyai anak perusahaan PT Abacus yang menciptakan sistem pelayanan *online ticketing* bagi agen-agen Garuda untuk melayani jasa pembelian tiket bagi konsumen. 2 (dua) Direksi Garuda, Emirsyah Satar dan Wiradharma Bagus Oka sebagai Komisaris di PT Abacus Indonesia. Dengan demikian PT Abacus melalui Emirsyah Satar dan Wiradharma Bagus Oka dapat mengawasi dan menentukan kebijakan PT Abacus Indonesia.

Kasus VI.4

Contoh jabatan rangkap: PT Garuda Indonesia mempunyai saham 95% di PT Abacus, maka PT Garuda Indonesia menempatkan dua orang direksinya merangkap jabatan di PT Abacus, yaitu Emirsyah Satar dan Wiradharma Bagus Oka sebagai Komisaris di PT Abacus Indonesia. PT Garuda dinyatakan sah dan meyakinkan melanggar ketentuan Pasal 26 UU No. 5 Tahun 1999, karena keberadaan Emirsyah Satar dan Wiradharma ikut menentukan kebijakan dual access yang mengharuskan travel agent untuk mengakses sistem *Abacus* untuk pasar domestik, padahal *Abacus* adalah untuk pasar internasional (Putusan KPPU No. 01/KPPU-L/2003 tentang Garuda Indonesia)

Selain itu jabatan rangkap tersebut juga ditentukan oleh pangsa pasar perusahaan-perusahaan di mana seseorang merangkap jabatan sebagai direksi atau sebagai komisaris.³¹¹ Ketentuan pangsa pasar pelaku usaha dua atau tiga pelaku usaha ditetapkan mempunyai posisi dominan jika dua atau tiga pelaku usaha secara bersama-sama menguasai pangsa pasar lebih dari 75%. Penerapan Pasal 26 juga tergantung penguasaan pangsa pasar atau posisi dominan pelaku usaha tersebut di mana seseorang menduduki jabatan secara bersamaan sebagai direksi atau komisaris.

Seseorang yang menjabat di suatu perusahaan sebagai komisaris atau direktur dan pada waktu bersamaan menjabat juga di perusahaan yang lain baik sebagai komisaris atau direktur, maka jabatan rangkap (*interlocking directors*) yang demikian dapat mempengaruhi persaingan usaha dalam berbagai cara. Misalnya akibat seseorang menduduki jabatan rangkap di dua perusahaan, maka orang tersebut dapat melakukan pengawasan administratif di mana keputusan sehubungan dengan investasi dapat melahirkan strategi bersama terhadap kedua perusahaan sehubungan dengan harga, alokasi pasar dan kegiatan lainnya.³¹²

Jadi, jabatan rangkap direksi atau komisaris oleh seseorang dapat menimbulkan hambatan persaingan usaha bagi pelaku usaha pesaingnya, karena pelaku usaha-pelaku usaha yang dipimpin oleh orang tersebut akan menimbulkan perilaku yang sama ke pasar yang mengakibatkan pelaku usaha tersebut dapat bertindak sebagai satu pelaku usaha. Perilaku seperti ini dapat mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat di pasar yang bersangkutan bahkan merugikan pesaing-pesaingnya.

³¹⁰ Pasal 26 huruf b UU No. 5 Tahun 1999.

³¹¹ Lihat Pasal 26 huruf c UU No. 5 Tahun 1999.

³¹² Heermann, di dalam Knud Hansen *et al.*, *op.cit.*, hal. 366.

VI.4.2 KEPEMILIKAN SAHAM SILANG

Hubungan afiliasi pelaku usaha yang satu dengan yang lain dapat dilihat dari aspek kepemilikan saham suatu pelaku usaha di dua atau lebih pelaku usaha yang bergerak di bidang usaha yang sama atau dengan pelaku usaha yang lain. Dampak dari kegiatan kepemilikan saham mayoritas silang dapat mengakibatkan pengendalian di beberapa perusahaan yang pada akhirnya penguasaan posisi dominan di pasar yang bersangkutan.

Ketentuan Pasal 27 menetapkan bahwa pelaku usaha dilarang memiliki saham mayoritas³¹³ pada beberapa perusahaan sejenis yang melakukan kegiatan usaha dalam bidang yang sama pada pasar yang bersangkutan yang sama, atau mendirikan beberapa perusahaan yang memiliki kegiatan usaha yang sama pada pasar bersangkutan yang apabila mengakibatkan satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha menguasai lebih dari 50% pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu; atau dua atau tiga pelaku usaha atau kelompok pelaku usaha menguasai lebih dari 75% pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu.

Kepemilikan saham silang di beberapa perusahaan yang melakukan kegiatan usaha yang sama dapat dilakukan oleh pelaku usaha dengan mengakuisisi saham perusahaan tersebut atau melakukan kerja sama atau *joint venture*. Hal ini dapat mengakibatkan hilangnya persaingan secara horizontal, karena beberapa perusahaan tersebut dikuasai sahamnya secara mayoritas oleh pelaku usaha tertentu. Pendirian beberapa perusahaan yang memiliki kegiatan usaha yang sama dapat mengakibatkan posisi dominan antara lain melalui penggabungan atau peleburan beberapa perusahaan atau melalui kerja sama *joint venture* antara dua perusahaan atau lebih yang dapat berakibat negatif terhadap persaingan dan masyarakat, karena mengakibatkan integrasi horizontal dan menguasai pasar yang bersangkutan.³¹⁴

Berdasarkan ketentuan Pasal 27 tersebut pelaku usaha yang menguasai saham mayoritas di beberapa pelaku usaha dan mengakibatkan penguasaan pangsa pasar lebih dari 50% untuk monopoli dan lebih dari 75% untuk oligopolis dapat mengakibatkan posisi dominan.

Cara pelaku usaha menguasai saham mayoritas melalui:

1. pendirian perusahaan;
2. pengambilalihan atau akuisisi saham; dan
3. melalui pembelian saham di bursa.³¹⁵

Pendirian perusahaan, pengambilalihan saham atau pembelian saham di bursa tidak dilarang oleh peraturan perundang-undangan yang berlaku. Bagi perusahaan yang sehat dan bertumbuh, perusahaan melakukan hal-hal tersebut untuk mengekspansi perusahaannya.

Kepemilikan saham mayoritas di beberapa perusahaan tidak dilarang oleh peraturan perundang-undangan yang berlaku. UU No. 5 Tahun 1999 peduli terhadap akibat dari kepemilikan saham mayoritas tersebut terhadap penguasaan pangsa pasar pada pasar yang bersangkutan, apakah akibat kepemilikan saham mayoritas tersebut mengakibatkan penguasaan pangsa pasar yang bersangkutan atau tidak. Jadi, kepemilikan saham mayoritas di beberapa perusahaan tersebut berimplikasi penguasaan pangsa pasar lebih dari 50% atau lebih dari 75%.

Ketentuan Pasal 27 tersebut mempunyai dua substansi larangan, yang pertama mencegah

³¹³ Konsep dasar saham mayoritas adalah penguasaan saham lebih dari 50%. Akan tetapi di dalam Putusan KPPU No. 07/KPPU-L/2007 saham mayoritas diartikan jika pemegang saham tersebut dapat mengendalikan suatu perusahaan.

³¹⁴ Peraturan Komisi No. 7 Tahun 2011 tentang *Pedoman Pelaksanaan Pasal 27 tentang Kepemilikan Saham Silang*, hal. 1.

³¹⁵ *Ibid.*, hal. 8.

pelaku usaha menguasai pangsa pasar melalui saham mayoritas di beberapa perusahaan sejenis yang melakukan kegiatan usaha dalam bidang usaha yang sama pada pasar yang bersangkutan, dan yang kedua mendirikan beberapa perusahaan yang memiliki kegiatan usaha yang sama pada pasar yang bersangkutan.³¹⁶ Oleh karena itu penilaiannya dilakukan dalam 2 (dua) tahapan, yaitu pertama, terhadap kepemilikan saham silang secara mayoritas, dan kedua, penguasaan pangsa pasarnya lebih dari 50% atau lebih dari 75%.

a. Kepemilikan Saham Mayoritas di Beberapa Perusahaan

Kepemilikan saham mayoritas oleh satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha di beberapa perusahaan tidak dilarang oleh UU No. 5 Tahun 1999. Namun UU No. 5 Tahun 1999 melarang kepemilikan saham apabila kepemilikan saham mayoritas di beberapa perusahaan tersebut mengakibatkan penguasaan pangsa pasar lebih dari 50% untuk satu pelaku usaha atau mengakibatkan penguasaan pangsa pasar lebih dari 75% untuk dua atau tiga pelaku usaha (pasar oligopoli).

Pengertian saham mayoritas dalam konteks persaingan usaha bukan kepemilikan saham 50% plus 1. Akan tetapi satu pelaku usaha memiliki saham lebih besar daripada pelaku usaha yang lain. Misalnya, sebagaimana digambarkan dalam diagram Pemilikan Saham Mayoritas, PT AAA bergerak di bidang industri otomotif, pemegang sahamnya terdiri dari 4 (empat), yaitu PT XXX memiliki saham sebesar 35%, Bapak DDD 25%, PT EEE 15%, dan Publik menguasai saham 25%. Jadi, dalam PT AAA pemegang saham mayoritas adalah PT XXX. PT XXX menguasai pangsa pasar di industri sepeda motor 40%. PT BBB juga bergerak di bidang industri otomotif, pemegang sahamnya terdiri dari 4 pelaku usaha, yaitu PT XXX memiliki saham 55%, Bapak FF memiliki saham 20%, Bapak GGG memiliki saham 20%, dan Publik memiliki saham 5%.

Jadi, pemegang saham mayoritas pada PT BBB adalah PT XXX. PT BBB menguasai pangsa pasar 20%. PT CCC juga bergerak dibidang industri otomotif, pemegang sahamnya terdiri dari 4 pelaku usaha, yaitu PT XXX memiliki saham 65%, Bapak YYY memiliki saham 10%, Bapak ZZZ memiliki saham 20%, dan Publik memiliki saham 5%. Jadi, Pelaku usaha yang memiliki saham mayoritas pada PT CCC adalah PT XXX, dan PT CCC menguasai pangsa pasar 20%. Dengan demikian PT XXX adalah yang menguasai pasar industri otomotif yang menguasai pangsa pasar industri otomotif sebesar 80%, karena memiliki saham mayoritas di tiga perusahaan, yaitu pada PT AAA 35%, pada PT BBB 55%, dan pada PT CCC 65%, sedangkan sisanya 20% dikuasai oleh PT JJJ 10% dan PT TTT 10% (lihat diagram Pemilikan Saham Mayoritas yang Dilarang).

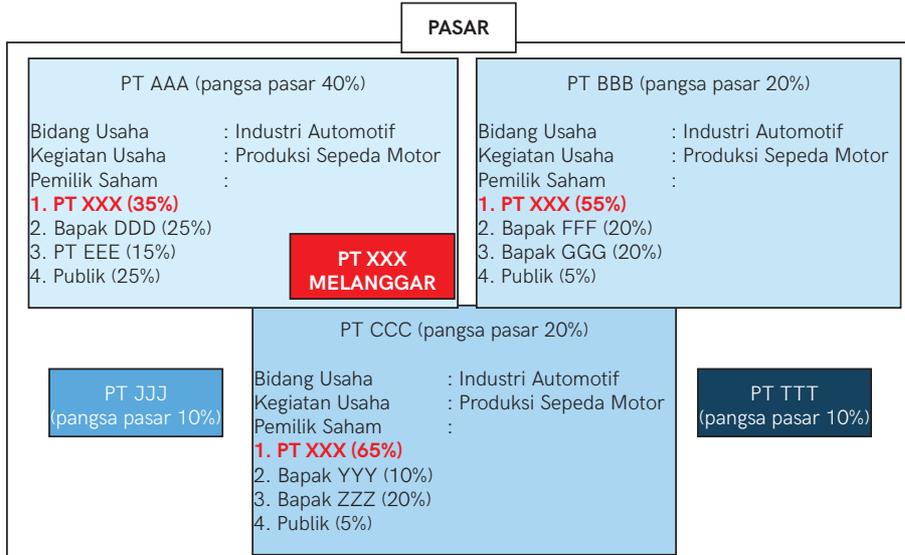
Jadi, praktik pemilikan saham silang paling berpotensi menghambat persaingan apabila:³¹⁷

1. Pemegang saham yang menguasai dua atau lebih perusahaan pada pasar bersangkutan yang sama dapat menentukan/menempatkan perwakilan dalam struktur direksi/komisaris perusahaan yang bersangkutan;
2. Pemegang saham yang menguasai dua atau lebih perusahaan pada pasar bersangkutan yang sama memiliki hak suara (*voting right*) serta dapat menjalankan (*exercise*) hak tersebut untuk menentukan kebijakan strategis dan operasional perusahaan yang bersangkutan;
3. Pemegang saham yang menguasai dua atau lebih perusahaan pada pasar bersangkutan yang sama memiliki dan menggunakan akses terhadap informasi intern (*private information*) perusahaan yang bersangkutan.

³¹⁶ Udin Silalahi, *Pengawasan Kepemilikan Silang Menurut UU No. 5 Tahun 1999 dalam Prosiding Seminar Eksaminasi Putusan No. 07/KPPU-L/2007 Kasus Posisi Dominan dan Kepemilikan Silang*, Jakarta: CSIS, 2008, hal. 135.

³¹⁷ Peraturan Komisi No. 7 Tahun 2011 tentang *Pedoman Pelaksanaan Pasal 27*, hal. 19.

Pemilikan Saham Mayoritas yang Dilarang



Sumber: Perkom No. 7/2011, hal. 20

Dapat disimpulkan bahwa, kepemilikan saham mayoritas tidaklah dibatasi dalam suatu besaran persentase tertentu, tetapi kepemilikan saham mayoritas di antara pemegang saham yang lain. Dengan kepemilikan saham mayoritas tersebut, pelaku usaha mempunyai kendali atas perusahaan tersebut.³¹⁸ Selain itu dikenal juga bentuk kendali yang lain yaitu walaupun pelaku usaha memiliki saham tidak dalam jumlah terbanyak tetapi cukup untuk pengambilan keputusan strategis dalam rapat umum pemegang saham.

Akan tetapi kepemilikan saham mayoritas tersebut tidak serta-merta dilarang, harus dilihat apakah mengakibatkan penguasaan pangsa pasar menjadi dominan atau tidak. Kalaupun pelaku usaha tersebut menjadi dominan atas penguasaan pangsa pasarnya, sepanjang posisi dominan tersebut tidak disalahgunakan, maka undang-undang tidak melarangnya. UU No. 5 Tahun 1999 melarangnya apabila posisi dominan yang dicapainya disalahgunakan, sehingga mengakibatkan pasar terganggu, terjadi praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.

Oleh karena itu, tahapan pembuktian apakah pelanggaran terhadap Pasal 27 adalah menghitung saham yang dimiliki oleh pelaku usaha di beberapa perusahaan. Kepemilikan saham mayoritas yang dimiliki oleh satu pelaku usaha di beberapa perusahaan harus dibuktikan terlebih dahulu³¹⁹ seperti tertera dalam diagram di atas yang memiliki saham mayoritas adalah PT XXX. Tahap berikutnya adalah pembuktian penguasaan pangsa pasar di pasar yang bersangkutan, apakah menguasai pangsa pasar lebih dari 50% atau lebih dari 75%, yaitu apa yang disebut dengan posisi dominan sebagaimana ditentukan dalam Pasal 25 ayat (2) huruf a dan huruf b. Pengertian pangsa pasar adalah persentase nilai jual atau beli barang atau jasa tertentu yang dikuasai oleh pelaku usaha pada pasar bersangkutan pada tahun kalender tertentu.³²⁰ Penguasaan pangsa pasar sebagaimana

³¹⁸ Baca Putusan KPPU Perkara No. 07/KPPU-L/2007 tentang *Temasek*, hal. 73.

³¹⁹ Hikmahanto Juwana di dalam Prosiding Seminar Eksaminasi Putusan No. 07/KPPU-L/2007 Kasus Posisi dominan dan Kepemilikan Silang, CSIS, Jakarta 2008, hal. 211.

³²⁰ Peraturan Komisi No. 7 Tahun 2011 tentang *Pedoman Pelaksanaan Pasal 27 tentang Kepemilikan Saham Silang*, hal. 20.

diatur dalam Pasal 25 ayat (2) huruf a dan huruf b tersebut mempunyai potensi untuk melakukan penyalahgunaannya.

Jadi, jika pelaku usaha sudah terbukti mempunyai posisi dominan (menguasai pangsa pasarnya), maka langkah berikutnya adalah membuktikan apakah posisi dominan tersebut disalahgunakan yang mengakibatkan pasar menjadi terganggu. Larangan penyalahgunaan posisi dominan baik secara langsung maupun tidak langsung sebagaimana diatur dalam Pasal 25 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999 berupa: a. menetapkan syarat-syarat perdagangan dengan tujuan untuk mencegah atau menghalangi konsumen memperoleh barang atau jasa yang bersaing; b. membatasi pasar atau teknologi; atau c. menghambat pesaing potensial masuk ke pasar yang bersangkutan.

Menurut Pedoman Pasal 27 bahwa pendekatan yang digunakan dalam menganalisa Pasal 27 UU No. 5 Tahun 1999 tersebut bersifat *per se illegal*, artinya terhadap pelanggaran tersebut dapat dikenakan sanksi hukum tanpa terlebih dahulu dinilai apakah tindakan tersebut menimbulkan praktik monopoli atau persaingan usaha tidak sehat.³²¹ Memang secara normatif Pasal 27 adalah ketentuan yang penerapannya dengan pendekatan *per se illegal*, tetapi dalam pelaksanaannya diterapkan dengan pendekatan *rule of reason*. Penerapan Pasal 27 tidak boleh bertentangan dengan ketentuan Pasal 25, Pasal 4, Pasal 13, Pasal 17 dan Pasal 18, yaitu dengan pendekatan *rule of reason*, karena Pasal-pasal tersebut adalah pasal-pasal yang mempunyai konsep (nafas) yang sama. Jika ketentuan Pasal 27 diterapkan secara *per se illegal*, maka hal itu akan menghambat pelaku usaha untuk bersaing secara sehat dan efektif, yaitu bersaing untuk melakukan efisiensi dan melakukan inovasi-inovasi untuk memproduksi barang yang berkualitas dan harga yang kompetitif atau lebih murah dari harga barang pesaingnya.

Jadi, konsep persaingan usaha menurut pasal-pasal tersebut adalah mendorong persaingan usaha yang sehat dan efektif. Sepanjang pelaku usaha mendapatkan posisi dominannya dicapai dengan persaingan usaha yang sehat, maka pencapaian atas pangsa pasar sampai lebih dari 50% atau lebih dari 75% tidak dilarang oleh UU No. 5 Tahun 1999. Namun UU No. 5 Tahun 1999 melarang apabila pelaku usaha tersebut menyalahgunakan posisi dominannya atau jika proses pencapaian posisi dominan tersebut dilakukan secara tidak sehat, maka UU No. 5 Tahun 1999 juga akan diterapkan. KPPU telah menerapkan Pasal 27 dengan pendekatan *rule of reason* dalam kasus kepemilikan saham silang yang dimiliki oleh Temasek Grup pada PT Indosat dan PT Telekom Seluler.³²²

Kasus VI.5

Contoh kasus yang paling tepat yang diputuskan oleh KPPU dalam kasus kepemilikan saham silang adalah dalam Putusan Perkara No. 05/KPPU-L/2002 tentang Kasus *Cineplex 21*, di mana induk perusahaan, yaitu PT Nusantara Sejahtera Raya mempunyai hubungan terafiliasi dengan anak perusahaannya, karena mempunyai saham lebih dari 50%, yaitu 98% di PT Intra Mandiri dan 70% di PT Wedu Mitra.

Oleh karena itu, KPPU menetapkan PT Nusantara Sejahtera Raya terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 27 UU No. 5 Tahun 1999, yaitu memiliki saham mayoritas:

1. di 8 (delapan) perusahaan perbioskopon, yaitu PT Kartika Insani Raya, PT Gading Adi

³²¹ *Ibid.*, hal. 28.

³²² Baca Putusan KPPU Perkara No. 07/KPPU-L/2007 tentang Temasek.

- Permai, PT Sanggar Usaha Mandiri, PT Pan Mitra Sembada, PT LIA Anugrah Semesta, PT Perisai Permata Buana, PT Kharisma Maju Abadi, dan PT Intra Mandiri dan melalui 2 dari 8 perusahaan tersebut adalah memiliki saham mayoritas di 3 perusahaan perbioskopian lainnya.
2. di dua perusahaan perbioskopian di Surabaya yaitu di PT Intra Mandiri sebesar 98% dan PT Wedu Mitra sebesar 70%. Akibat kepemilikan saham mayoritas tersebut PT Nusantara Sejahtera Raya mempunyai posisi dominan di pasar bersangkutan dan KPPU memerintahkan kepada PT Nusantara Sejahtera Raya untuk mengurangi kepemilikan sahamnya di PT Intra Mandiri dan atau di PT Wedu Mitra.³²³

b. Pendirian Beberapa Perusahaan

Hal yang kedua dilarang oleh ketentuan Pasal 27 adalah pendirian beberapa perusahaan oleh satu pelaku usaha yang melakukan kegiatan usaha yang sama. Pendirian beberapa perusahaan adalah membentuk dua atau lebih perusahaan yang mempunyai badan hukum masing-masing. Pendirian beberapa perusahaan tersebut oleh pelaku usaha tertentu yang mengakibatkan penguasaan pangsa pasar lebih dari 50% atau lebih dari 75%. Pendirian beberapa perusahaan dimaksudkan adalah pendirian perusahaan yang melakukan kegiatan usaha yang sama.

Akibat dari pendirian beberapa perusahaan tersebut adalah posisi dominan. Posisi dominan adalah keadaan pelaku usaha tidak mempunyai pesaing yang berarti di pasar yang bersangkutan dalam kaitan dengan pangsa pasar yang dikuasai.³²⁴ Ketentuan Pasal 25 ayat (2) mengatur penguasaan pangsa pasar yang dominan yaitu menguasai lebih 50% untuk satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha dan menguasai lebih dari 75% untuk dua atau tiga pelaku usaha. Penguasaan pangsa pasar lebih dari 50% atau lebih dari 75% dapat mengakibatkan praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat pada pasar bersangkutan.

Dengan demikian pendirian beberapa perusahaan oleh pelaku usaha tidak dilarang. Pendirian beberapa perusahaan harus mencapai posisi dominan, sementara posisi dominan sendiri tidak dilarang oleh UU No. 5 Tahun 1999, namun yang dilarang adalah penyalahgunaan posisi dominan. Oleh karena itu unsur utama Pasal 27 dalam pendirian beberapa perusahaan adalah mencapai posisi dominan.³²⁵ Apabila pelaku usaha melalui pendirian beberapa perusahaan tidak mencapai posisi dominan pada pasar bersangkutan, maka pelaku usaha tersebut tidak dapat melakukan penyalahgunaan posisi dominan.

Jadi, ketentuan Pasal 27 UU No. 5 Tahun 1999 walaupun menurut UU No. 5 Tahun 1999 bersifat *per se illegal*, maka sebaiknya dalam penerapannya digunakan pendekatan *rule of reason*. Hal ini untuk memberikan konsistensi di antara ketentuan Pasal 4, Pasal 13, Pasal 17, Pasal 18 dengan Pasal 25 dan Pasal 27 UU No. 5 Tahun 1999.³²⁶ Demikian juga Hikmahanto Juwana berpendapat bahwa larangan dalam Pasal 27 masuk dalam kategori sebagai larangan berdasarkan *rule of reason*, dan bukan *per se illegal*.³²⁷

Contoh pelaku usaha yang mendirikan beberapa perusahaan adalah sebagai berikut:

Bapak XXX mendirikan dua perusahaan, yaitu yang pertama PT AAA pemegang sahamnya adalah Bapak XXX, PT CCC dan PT EEE, yang menguasai pangsa pasar sebesar 45% dan yang kedua CV BBB pemegang sahamnya adalah PT XXX, PT HHH dan FFF yang menguasai pangsa pasar 15%.

³²³ Lihat Putusan Perkara No. 05/KPPU-L/2002, hal. 42.

³²⁴ Baca Pasal 1 angka 4 UU No. 5 Tahun 1999 tentang definisi posisi dominan.

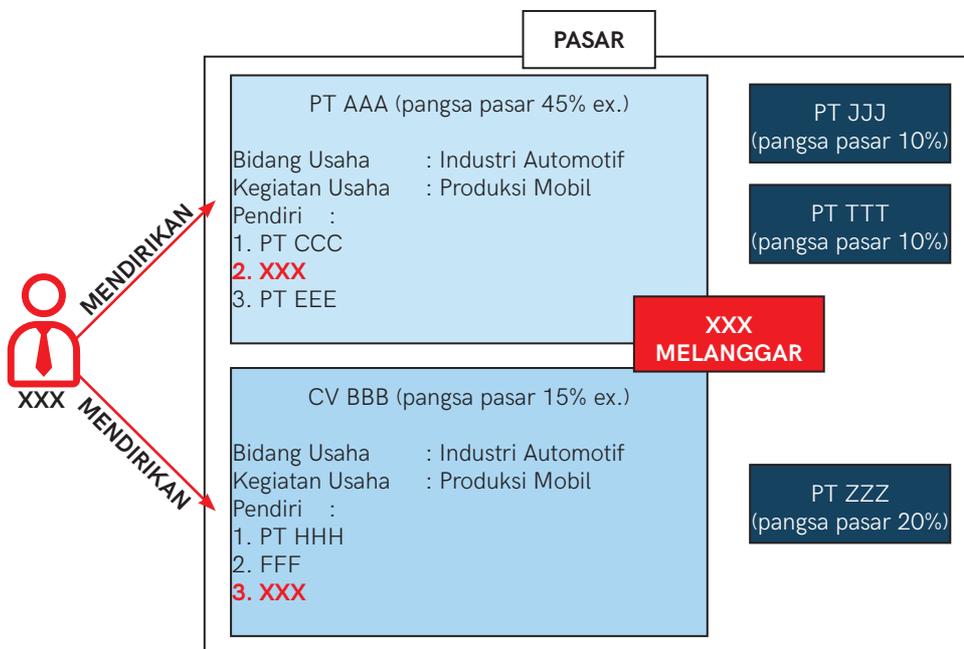
³²⁵ Peraturan Komisi No. 7 Tahun 2011 tentang *Pedoman Pelaksanaan Pasal 27*, hal. 1.

³²⁶ Lihat Udin Silalahi di dalam Prosiding Seminar Eksaminasi Putusan No. 07/KPPU-L/2007 Kasus Posisi dominan dan Kepemilikan Silang, *op. cit.*, hal. 137

³²⁷ Hikmahanto Juwana, *loc. cit.*

Sedangkan sisa pangsa pasar dikuasai oleh tiga perusahaan lain, yaitu PT JJJ menguasai pangsa pasar 10%, PT TTT menguasai pangsa pasar 10% dan PT ZZZ 10%. Jadi, Bapak XXX dengan melalui dua perusahaan yang didirikan menguasai pangsa pasar sebanyak 60%. Jadi Bapak XXX adalah pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan yang menguasai pangsa pasar sebesar 60% (lihat diagram Pendirian Beberapa Perusahaan yang Dilarang di bawah ini).

Pendirian Beberapa Perusahaan yang Dilarang



Sumber: Perkom No. 7/2011, hal. 26

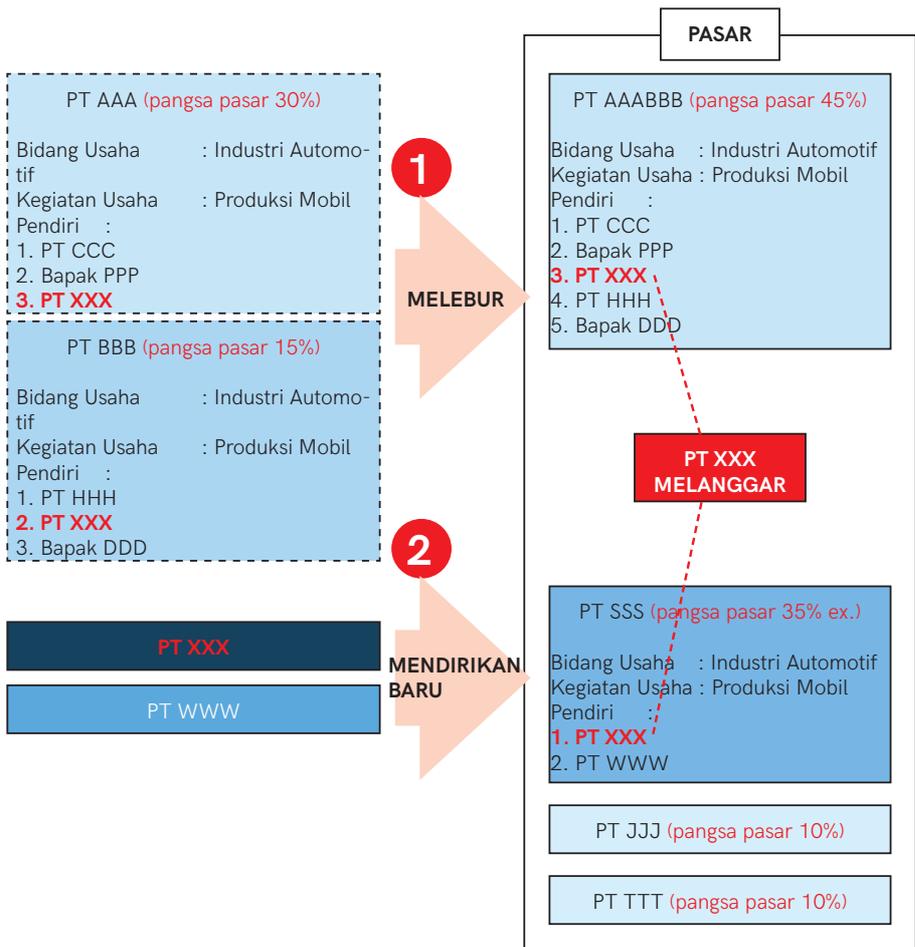
Bapak XXX sebagai pendiri dua perusahaan berdasarkan ketentuan Pasal 27 dilarang, dengan pendekatan *per se illegal*. Namun dilihat dari perspektif ekonomi kepemilikan dua perusahaan oleh Bapak XXX dengan menguasai pangsa pasar 60%, jika Bapak XXX tidak melakukan penyalahgunaan atas dominasinya, maka seharusnya Bapak XXX tidak dapat dikenakan atau tidak dapat dilarang dengan dasar telah melanggar Pasal 27. Jika terhadap Bapak XXX dikenakan Pasal 27 dengan pendekatan *per se illegal*, maka seharusnya dari awal pendiriannya harus dicegah untuk menghindari pencapaian posisi dominannya. Jika penerapan Pasal 27 digunakan dengan pendekatan *per se illegal*, maka hal itu akan membatasi pelaku usaha untuk membuka usaha atau mengembangkan usahanya.

Pendirian dua perusahaan bukan serta merta untuk melakukan persaingan usaha tidak sehat. Oleh karena itu, Pasal 27 seharusnya diterapkan dengan pendekatan *rule of reason*, dengan melihat perilaku Bapak XXX, apakah Bapak XXX melakukan penyalahgunaan posisi dominannya atau tidak. Kalau Bapak XXX melakukan penyalahgunaan posisi dominannya melalui dua perusahaannya, baru kemudian dikenakan Pasal 27 tersebut setelah dibuktikan pelanggaran.

Contoh lain melalui penggabungan dua perusahaan di mana salah satu pelaku usaha adalah sebagai pemegang saham perusahaan yang akan bergabung dan mendirikan perusahaan baru. Konsep

ini intinya adalah pada akhirnya terbentuk dua perusahaan yang dimiliki oleh satu pelaku usaha yang mempunyai saham mayoritas di dua perusahaan yang dibentuk. PT AAA adalah produsen mobil, menguasai pangsa pasar 30%, pendirinya terdiri dari: PT CCC, Bapak PPP dan PT XXX. PT AAA akan melebur dengan PT BBB yang menguasai pangsa pasar 15%, pendirinya adalah PT HHH, PT XXX dan Bapak DDD, menjadi PT AAABBB menguasai pangsa pasar menjadi 45%, pendiri PT AAABBB adalah PT CCC, Bapak PPP, PT HHH, PT XXX dan Bapak DDD. Sementara itu PT XXX bersama dengan PT WWW mendirikan perusahaan baru, yaitu PT SSS menguasai pangsa pasar 35%. Dengan demikian PT XXX menguasai pangsa pasar mobil 80%, yaitu dari penguasaan pangsa pasar PT AAABBB 45% ditambah dengan penguasaan pangsa pasar PT SSS sebesar 35%. Sementara sisanya dikuasai oleh PT JJJ 10% dan PT TTT 10% (lihat diagram Beberapa Perusahaan yang Dilarang di bawah ini).

Pendirian Beberapa Perusahaan yang Dilarang



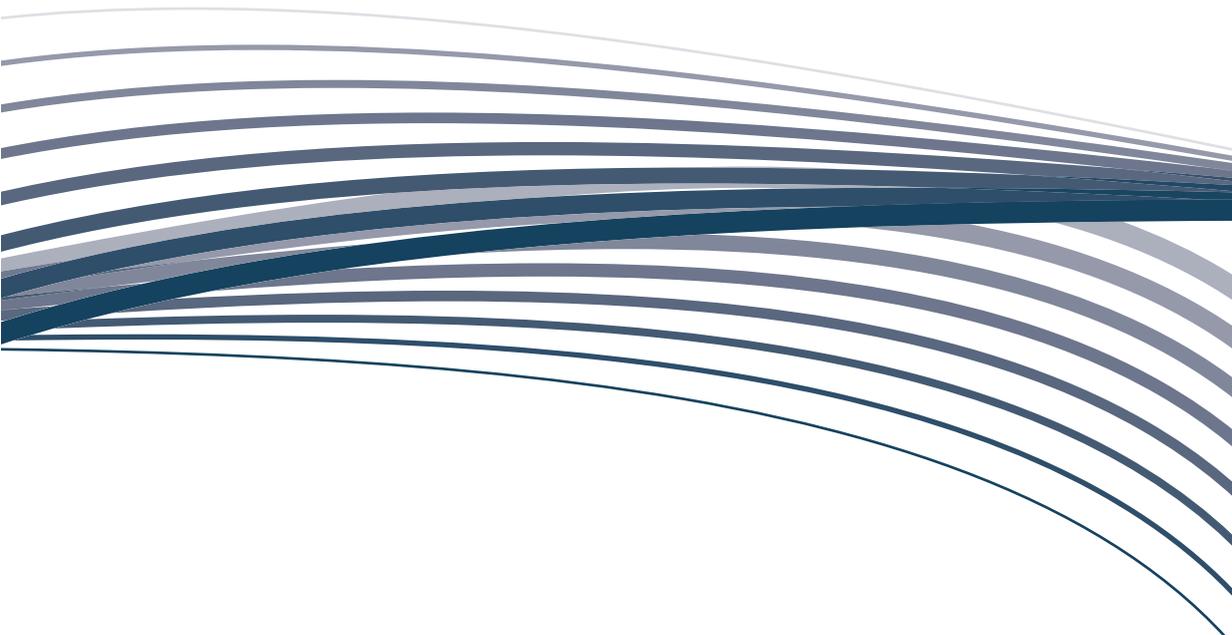
Sumber: Perkom No. 7/2011, hal. 26

264

Jadi, suatu posisi dominan suatu pelaku usaha tidak saja ditentukan sebagaimana oleh Pasal 25, tetapi juga dapat ditentukan oleh karena jabatan rangkap sebagaimana diatur di dalam Pasal 26 dan kepemilikan saham silang sebagaimana diatur di dalam Pasal 27 UU No. 5 Tahun 1999.

Oleh karena itu ketiga pasal ini ditempatkan pada Bab Posisi Dominan di dalam struktur ketentuan UU No. 5 Tahun 1999. Penilaian terhadap Pasal 26 dan Pasal 27 apakah jabatan rangkap dan kepemilikan saham silang, tetap dipengaruhi oleh struktur pasar yang bersangkutan, yaitu apakah akibat jabatan rangkap dan kepemilikan silang mempunyai posisi dominan, sehingga akibat posisi dominan yang dimiliki maka penyalahgunaan posisi dominannya melalui jabatan rangkap dan kepemilikan saham silang lebih efektif untuk mendistorsi pasar yang bersangkutan.

BAB VII
MERGER
(PENGGABUNGAN,
PELEBURAN, DAN
PENGAMBILALIHAN)



Pelaku usaha sebagai subjek ekonomi senantiasa berupaya untuk memaksimalkan keuntungan dalam menjalankan kegiatan usahanya (*maximizing profit*). Memaksimalkan keuntungan akan diupayakan oleh pelaku usaha dengan berbagai cara, dan salah satu cara yang dapat ditempuh oleh pelaku usaha adalah dengan metode merger dan akuisisi (selanjutnya akan disebut 'merger', kecuali disebutkan lain). Peningkatan keuntungan diharapkan dapat terjadi karena secara teori, merger dapat menciptakan efisiensi sehingga mampu mengurangi biaya produksi perusahaan hasil merger.

Efisiensi diharapkan dapat tercipta karena perusahaan hasil merger akan dapat mengeksploitasi skala ekonomi (*economies of scale*) dalam proses produksi. Skala ekonomi menjadi penting bila di dalam suatu pasar, biaya produksi yang diperlukan akan sangat tinggi dibandingkan dengan besarnya pasar³²⁸. Selain itu efisiensi dapat juga dicapai dengan skema merger melalui eksploitasi *economies of scope*, efisiensi *marketing*, atau sentralisasi *research and development*³²⁹.

Selain untuk alasan efisiensi, merger juga merupakan salah satu bentuk pelaku usaha untuk keluar dari pasar atau bagi pelaku usaha kecil jika dianggap tidak ada lagi yang dapat dilakukan untuk meneruskan usahanya³³⁰. Sehingga merger juga dapat menjadi salah satu jalan keluar jika pelaku usaha mengalami kesulitan likuiditas, sehingga kreditor, pemilik, dan karyawan dapat terlindungi dari kepailitan.³³¹

Merger juga menjadi jalan keluar bagi pelaku usaha dalam memenuhi peraturan pemerintah apabila masih ingin bertahan dalam pasar. Sebagai misal adanya program Arsitektur Perbankan Indonesia³³² yang dijalankan oleh Bank Indonesia yang menginginkan peningkatan kecukupan rasio cadangan dari bank umum, membuat para pelaku usaha pemilik bank dihadapi 2 (dua) pilihan, yaitu menyuntikan dana tambahan atau melakukan merger

Tujuan ekonomi pada dasarnya adalah tujuan kepentingan umum. Dan masih menjadi perdebatan apakah tujuan ekonomi merupakan satu-satunya alasan dibuatnya kebijakan merger. Perlu diskusi mengenai ruang lingkup tujuan kepentingan umum dalam penyusunan kebijakan merger antara kriteria nonkompetisi secara umum dengan pengajuan merger pada sektor-sektor tertentu.

Kebijakan merger adalah bagian dari kebijakan persaingan, yang juga merupakan bagian kebijakan publik yang cukup luas, yang mempengaruhi bisnis (kegiatan usaha), pasar, dan ekonomi. Mengapa kebijakan merger diperlukan? Ada dua alasan.

1. Merger mengurangi persaingan yang ada antara pihak-pihak yang melakukan merger dan mengurangi jumlah pesaing di dalam pasar, di mana pengurangan jumlah perusahaan pesaing ini memiliki efek substansial pada keseluruhan persaingan di pasar. Orientasi pasar akan tujuan konsumen dan efisiensi akan berkurang, bahkan pada kondisi di mana tidak terdapat hukum persaingan.
2. Penegakan ketentuan larangan dalam hukum persaingan belumlah sempurna. Mendeteksi dan membuktikan pelanggaran terhadap ketentuan larangan sulit dilakukan. Kebutuhan akan aturan hukum berkurang dengan memperoleh kondisi persaingan sehingga insentif dan kesempatan untuk berkolusi, penyalahgunaan posisi dominan, dan pelanggaran hukum lainnya dapat dicegah sejak dini, atau setidaknya mampu menekan efek negatif dari merger.

³²⁸ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law, Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, New York, 2004, hal. 848.

³²⁹ *Ibid.*

³³⁰ *Ibid.*

³³¹ *Ibid.*, hal. 849.

³³² <http://www.bi.go.id/web/id/info-penting/arsitektur-perbankan-indonesia/> tanggal 22 Januari 2007.

VII.1 PENGERTIAN MERGER

Secara sederhana, merger, akuisisi dan konsolidasi, dapat diartikan sebagai “*the act or an instance of combining or uniting*”³³³ Merger adalah bentuk penggabungan perusahaan atau bergabungnya dua atau lebih pelaku usaha yang independen³³⁴ atau berintegrasinya kegiatan yang dilakukan oleh dua pelaku usaha secara menyeluruh dan permanen³³⁵.

Secara peraturan perundang-undangan, merger, akuisisi, dan konsolidasi atau yang diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia menjadi penggabungan, peleburan, dan pengambilalihan memiliki perbedaan definisi. Definisi penggabungan dalam Pasal 1 butir 9 UU No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas disebutkan sebagai perbuatan hukum yang dilakukan oleh satu perseroan atau lebih untuk menggabungkan diri dengan perseroan lain yang telah ada yang mengakibatkan aktiva dan pasiva dari perseroan yang menggabungkan diri beralih karena hukum kepada perseroan yang menerima penggabungan dan selanjutnya status badan hukum perseroan yang menggabungkan diri berakhir karena hukum.

Sedangkan peleburan dalam Pasal 1 angka 10 UU No. 40 Tahun 2007 dinyatakan sebagai perbuatan hukum yang dilakukan oleh dua Perseroan atau lebih untuk meleburkan diri dengan cara mendirikan satu perseroan baru yang karena hukum memperoleh aktiva dan pasiva dari perseroan yang meleburkan diri dan status badan hukum perseroan yang meleburkan diri berakhir karena hukum. Dalam Pasal 1 angka 11 UU No. 40 Tahun 2007 disebutkan bahwa pengambilalihan adalah perbuatan hukum yang dilakukan oleh badan hukum atau orang perseorangan untuk mengambil alih saham Perseroan yang mengakibatkan beralihnya pengendalian atas perseroan tersebut.

Definisi dari ketentuan di UU No. 40 Tahun 2007 ini pula yang digunakan dalam PP No. 57 Tahun 2010 tentang Penggabungan atau Peleburan Badan Usaha dan Pengambilalihan Saham Perusahaan yang Dapat Mengakibatkan Terjadinya Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat yang menjadi acuan dalam pengaturan merger terkait persaingan usaha di Indonesia.

Dalam ekonomi, merger dan akuisisi meski memiliki perbedaan pengertian namun sering digunakan untuk saling menggantikan (*interchangeably*). Akuisisi adalah pembelian sebagian atau keseluruhan perusahaan lain. Sedangkan merger diartikan sebagai tindakan korporasi secara legal di mana dua atau lebih perusahaan bergabung dan hanya menyisakan satu perusahaan yang terdaftar secara legal³³⁶.

Secara komprehensif Henry Black³³⁷ memberi batasan merger sebagai berikut:

“Merger is an amalgamation of two corporations pursuant to statutory provision in which one of the corporations survives and the other disappears. The absorption of one company by another, the former losing its legal identity and latter retaining its own name and identity and acquiring assets, liabilities, franchises, and powers of former, and absorbed company ceasing exist as separate business entity.”

Fusi atau absorpsi terjadi melalui kombinasi 2 (dua) perusahaan atau lebih, di mana 1 (satu) di antaranya merupakan perusahaan yang lebih kecil yang akan kehilangan identitasnya dan bergabung atau menjadi bagian dari perusahaan lainnya yang tetap eksis (*survive*) dan tetap mempertahankan nama dan identitasnya.

³³³ Bryan A. Garner (ed.) (et al.), *Black's Law Dictionary, seventh edition*, West Group, St. Paul, Minn, 1999, hal. 1002.

³³⁴ Alison Jones and Brenda Sufrin, *op.cit.*, hal. 847.

³³⁵ Ernest Gellhorn and William E. Kovacic, *op. cit.*, hal. 348.

³³⁶ J. C. V. Horne & John M. Wachowicz, J. *Fundamentals of Financial Management* (13th ed.): Prentice Hall, 2008, hal. 604.

³³⁷ Henry Campbell Black, *op.cit.*, hal. 988.

VII.2 BENTUK UMUM MERGER

Merger secara umum dapat terjadi dalam 3 (tiga) macam bentuk³³⁸, yaitu:

1. Merger Horizontal
Merger horizontal terjadi apabila dua perusahaan yang memiliki lini usaha yang sama bergabung atau apabila perusahaan-perusahaan yang bersaing di industri yang sama melakukan merger. Dengan kata lain, merger horizontal adalah merger antar pesaing.
2. Merger Vertikal
Merger vertikal melibatkan suatu tahapan operasional produksi yang berbeda yang saling terkait satu sama lainnya, mulai dari hulu hingga ke hilir. Merger vertikal adalah merger antara dua atau lebih perusahaan yang tidak saling bersaing, namun berada dalam rantai pasok (*supply of chain*) yang sama. Merger vertikal dapat juga berbentuk 2 jenis, yakni *upstream vertical merger* dan *downstream vertical merger*.
3. Merger Konglomerat
Merger konglomerat terjadi apabila 2 (dua) perusahaan yang tidak memiliki lini usaha yang sama bergabung. Dengan kata lain, merger konglomerat terjadi antara perusahaan-perusahaan yang tidak bersaing dan tidak memiliki hubungan penjual-pembeli.

Pada berbagai bentuk merger yang umumnya terjadi, yaitu merger horizontal, vertikal dan konglomerat, maka merger horizontal merupakan bentuk merger yang perlu diwaspadai oleh hukum persaingan. Pada merger jenis ini, dua atau lebih perusahaan yang bergerak dalam lini usaha yang sama bergabung menjadi satu entitas bisnis yang lebih besar. Jika perusahaan dengan lini usaha yang sama bergabung, maka secara otomatis jumlah pesaing di pasar akan berkurang. Hal inilah yang dapat merusak iklim persaingan, sebab semakin sedikit jumlah pesaing di dalam pasar, maka akan semakin kecil fleksibilitas persaingan di pasar yang bersangkutan. Pada akhirnya, kondisi ini akan merugikan masyarakat dan kepentingan umum.

Akibat dari berkurangnya jumlah pesaing dalam pasar serta semakin kuatnya posisi dominan perusahaan hasil merger di dalam pasar, maka potensi terjadinya hambatan masuk pasar (*entry barrier*) bagi pelaku usaha baru akan semakin besar. Hal inilah yang sangat membahayakan. Merger menjadi sangat berbahaya apabila situasi *entry barrier* ini muncul di dalam pasar.

VII.3 MOTIVASI MERGER

Banyak alasan perusahaan untuk melakukan tindakan merger, namun utamanya adalah untuk menciptakan nilai lebih (*value*) bagi pemegang saham. Salah satu *value* yang tercipta dari merger adalah sinergi. Sinergi adalah kondisi ketika kinerja perusahaan hasil merger (gabungan) lebih tinggi dari kinerja ketika perusahaan berdiri sendiri terpisah³³⁹. Nilai lebih yang muncul dari merger berasal dari efisiensi yang berhasil dicapai. Pengurangan duplikasi fasilitas akan dapat menghasilkan efisiensi.

Salah satu sumber efisiensi lain adalah skala ekonomis (*economies of scale*), di mana biaya per unit akan menjadi lebih murah ketika perusahaan memproduksi dalam jumlah *output* yang lebih besar. Selain dari produksi dan operasional perusahaan, efisiensi juga dapat muncul karena terciptanya pengelolaan (*management*) yang lebih baik ketika perusahaan melakukan merger.

³³⁸ Lihat Elyta Ras Ginting, *op. cit.*, hal. 84, lihat juga Alison Jones and Brenda Sufrin, *op. cit.*, hal. 850-852, dan lihat juga ABA Section of Antitrust Law *Antitrust Law Developments*, 5th Edition, 2002, hal. 327, 362, 368.

³³⁹ J. C. V. Horne & John M. Wachowicz, *loc. cit.*

Namun di sisi lain, terutama untuk merger horizontal, merger juga berdampak pada peningkatan *market power*. Peningkatan *market power* muncul karena merger horizontal akan meningkatkan pangsa pasar perusahaan hasil merger, dan tereliminasi satu atau lebih pesaing, sehingga kemampuan perusahaan untuk menaikkan harga menjadi meningkat. Peningkatan *market power* ini akan berdampak pada penurunan kesejahteraan konsumen di pasar.

Dengan demikian, dapat disimpulkan bahwa merger dapat berdampak positif dalam bentuk efisiensi dan penurunan biaya namun pada saat yang bersamaan juga dapat meningkatkan *market power*³⁴⁰. Tujuan dari kebijakan merger adalah memastikan bahwa keuntungan efisiensi yang dihasilkan merger lebih tinggi daripada peningkatan *market power*-nya. Hal ini dapat dilakukan dengan cara melarang sama sekali sebuah aktivitas merger, atau memberikan beberapa rekomendasi perubahan sebelum merger diperbolehkan.

VII.4 PERLUNYA PENGATURAN MERGER

Membahas mengenai persaingan usaha tidak akan bisa tanpa membahas mengenai merger, karena merger dapat berpengaruh terhadap persaingan yang terjadi dalam suatu pasar. Selain itu larangan-larangan praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat yang diakibatkan oleh perjanjian maupun kegiatan yang diatur dalam UU No. 5 Tahun 1999 akan mudah untuk disimpangi melalui merger.

Dengan bahasa lain, merger menjadi alat yang sah dan legal bagi pelaku usaha untuk menyingkirkan pesaingnya dan/atau mengurangi persaingan karena walaupun pada dasarnya merger merupakan perbuatan hukum yang legal, tetapi merger akan menjadi ilegal manakala transaksi tersebut menimbulkan dampak-dampak negatif sebagaimana dijelaskan sebelumnya.

Sebagai suatu perilaku antipersaingan misal, Pasal 5 UU No. 5 Tahun 1999 melarang pelaku usaha untuk membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menetapkan harga atas suatu barang dan atau jasa yang harus dibayar oleh konsumen atau pelanggan pada pasar bersangkutan yang sama, secara umum kondisi dalam pasal ini disebut sebagai secara singkat sebagai penetapan harga (*price fixing*)³⁴¹, dan ketentuan penetapan harga berdasarkan undang-undang persaingan usaha di Indonesia diatur secara *per se illegal*³⁴² dengan pengecualian apabila perjanjian ini merupakan dalam suatu usaha patungan atau didasarkan undang-undang yang berlaku. Oleh karena hal-hal yang demikian, maka otoritas persaingan di seluruh dunia menilai perlu dilakukannya penilaian terhadap transaksi merger yang terjadi.

Penilaian terhadap transaksi merger tersebut kemudian dituangkan dalam suatu *merger review guidelines*, untuk menilai apakah transaksi merger yang terjadi dapat mengganggu persaingan atau tidak. Dalam hal ini, *merger review guidelines* bertindak sebagai acuan untuk menentukan boleh atau tidaknya suatu transaksi merger dilakukan, dengan mempertimbangkan aspek-aspek hukum dan ekonomi yang mungkin timbul sebagai konsekuensi dari transaksi tersebut. Karena itulah, transaksi merger secara prosedural sangat dihentikan, tetapi efek ke depan dari semua itu harus diperhitungkan oleh otoritas persaingan. Merger merupakan suatu bentuk perbuatan hukum yang

³⁴⁰ Isu ini dalam merger horizontal dikenal sebagai istilah Williamson trade-off. Lihat S. Martin, *Industrial Organization in Context*, Oxford Univ. Press, 2010, hal. 393.

³⁴¹ Perjanjian penetapan harga dilakukan oleh lebih dari 1 pelaku usaha untuk mengatur harga jual di atas harga kompetitif untuk memaksimalkan keuntungan yaitu keuntungan monopoli. Di beberapa negara, ketentuan mengenai penetapan harga termasuk dalam kategori pelanggaran kartel.

³⁴² *Per se illegal* adalah suatu kondisi di mana otoritas persaingan usaha tidak perlu membuktikan dampak yang terjadi atas pelanggaran terhadap pasal tersebut. Lawan dari *per se illegal* adalah *rule of reason*, di mana otoritas persaingan usaha harus membuktikan adanya dampak terhadap persaingan sebelum menyatakan adanya pelanggaran terhadap suatu pasal. Penerapan pengaturan *per se illegal* atau *rule of reason* dalam suatu pasal dapat bervariasi antar negara.

bersifat materil. Akibat dari transaksi merger akan membawa banyak pengaruh dari berbagai aspek yang sangat luas ruang lingkungannya.

Hal ini yang menyebabkan ketentuan merger tidak dapat dilepaskan dari hukum persaingan di negara mana pun yang telah menerapkan undang-undang persaingan. Penyusun undang-undang persaingan usaha Indonesia juga menyadari hal ini sehingga tidak lupa untuk memasukan larangan melakukan merger yang dapat mengakibatkan praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat sebagai salah satu norma dalam UU No. 5 Tahun 1999.

Pengaturan merger di dalam peraturan perundang-undangan merupakan suatu bentuk pencegahan (dan atau penanggulangan) kegiatan merger yang dapat mengurangi persaingan. Merger, sangat erat kaitannya dengan potensi terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat, karena pada dasarnya esensi dari merger adalah adanya penambahan nilai dari perusahaan-perusahaan yang melakukan merger.

Penilaian terhadap transaksi merger yang digunakan oleh suatu negara tercermin dalam *merger review guidelines* sebagai alat pengendalian mergernya. Kebanyakan negara-negara di dunia mengkomodir sistem *pre-notifikasi* sebagai sistem pelaporan merger, di mana pelaporan lebih didahulukan dibanding perbuatan.

Ketentuan merger sebagaimana telah diuraikan di atas pada dasarnya sudah cukup mengatur secara prosedural. Namun, seiring berkembangnya aktivitas bisnis dunia dewasa ini, ketentuan-ketentuan tersebut tampaknya sudah jauh tertinggal (*out of date*) oleh aktivitas bisnis itu sendiri. Karena itulah, peraturan mengenai merger (berupa suatu sistem pengendalian merger/*merger review control*) harus mampu mengakomodir berbagai strategi merger pelaku usaha yang sudah sangat beragam bentuknya. Bahkan, dengan iklim dunia usaha yang semakin memanas di era globalisasi saat ini, strategi-strategi usaha dalam bentuk merger mulai bermunculan mewarnai aktivitas dunia bisnis, baik secara nasional maupun internasional.

Akibat dari merger yang paling utama adalah menyebabkan berpindahannya kepemilikan dan kendali terhadap aset perusahaan, termasuk aset fisik dan *intangibles asset* (misalnya reputasi perusahaan, reputasi produk). Di sisi lain, merger juga dapat meningkatkan efisiensi bagi perusahaan dan lebih luas lagi, bagi perekonomian. Bukti empiris dari kegiatan merger adalah keuntungan dan nilai saham. Selain dari itu merger dapat meningkatkan profit (atau kemampuan untuk meningkatkan profit) dengan jalan efisiensi, dan juga kekuatan pasar yang dimilikinya.

Kebanyakan, merger tidak menyebabkan dampak yang serius pada meningkatnya kekuatan pasar. Tetapi, pada beberapa kasus yang aktual, ditemukan terdapat dampak serius pada kondisi persaingan sebagai akibat dari merger. Jika tidak terdapat alat yang dapat mengendalikan merger, maka tidak dapat diragukan lagi, pastilah aktivitas merger akan tumbuh dengan begitu pesat.

Tujuan daripada *merger control* (sistem pengendalian merger) adalah untuk mencegah efek antipersaingan dengan mengenakan hukuman yang wajar dan sesuai, termasuk ketentuan larangan apabila diperlukan. Terdapat hal yang tak kalah penting untuk dipertimbangkan sebelumnya, apakah *merger control* dimaksudkan untuk melindungi persaingan ataukah untuk melindungi konsumen.

Jika orientasinya adalah perlindungan terhadap konsumen, maka sebaiknya sistem pengendalian merger tersebut difokuskan terhadap merger yang dapat memperlemah persaingan dengan jalan meningkatkan kepentingan perusahaan (*higher profits*). Dengan jalan ini, *merger control* harus menghasilkan keuntungan bagi konsumen (harga murah, kualitas yang bagus, pilihan yang tepat, dan sebagainya).

Teori ekonomi mengatakan bahwa semakin sedikit jumlah pelaku usaha di dalam pasar bersangkutan, maka akan semakin besar potensi terjadinya kolusi di antara pelaku usaha (*coordinated*

behaviour). Untuk membuktikan hal tersebut, HHI dan CR₄ dapat digunakan untuk menguji ada/tidaknya kolusi di dalam pasar bersangkutan dimaksud. Perjanjian antar pelaku usaha, baik eksplisit maupun implisit, biasanya berkisar pada perjanjian dalam hal penentuan harga, margin, kegiatan promosi, pangsa pasar, kuantitas produksi, dan alokasi pasar/konsumen³⁴³. Penyusunan rumusan sistem pengendalian merger tidak hanya memerlukan analisa hukum yang mendalam, tetapi juga memerlukan pertimbangan dan analisa ekonomi yang cukup komprehensif, mengingat merger merupakan bagian dari kebijakan perekonomian nasional.

Adapun kondisi pasar yang kondusif terhadap munculnya praktik kolusi di antara para pelaku usaha di suatu pasar bersangkutan antara lain:³⁴⁴

1. karakteristik produk/ perusahaan yang homogen;
2. order yang relatif kecil, permintaan yang stabil dan kondisi biaya;
3. adanya praktik industrial;
4. adanya sejarah tentang adanya kolusi di masa lalu;
5. kekuatan pembelian;
6. kontrak dengan multi pasar;
7. hambatan masuk pasar (*barrier to entry*).

Pedoman merger di Amerika Serikat diawali dari premis mendasar bahwa ketentuan merger antipersaingan *Clayton Act* bermaksud untuk mencegah peningkatan *market power* yang mungkin timbul sebagai konsekuensi dari merger. Dengan menggunakan basis analisis dari mikro ekonomi monopoli dan oligopoli, pedoman merger difokuskan pada enam isu krusial, berikut ini.³⁴⁵

1. Gambaran pasar untuk analisis merger, sehingga dapat menentukan apakah partner merger saling berkompetisi dan ukuran pangsa pasar mereka dan pelaku usaha pesaing lainnya. Dengan kata lain, *merger control* haruslah melindungi persaingan, bukan melindungi para pesaing (*protecting competition, not competitors*)³⁴⁶.
2. Level konsentrasi pelaku usaha dalam pasar bersangkutan yang mungkin menimbulkan praktik antipersaingan dalam hal merger.
3. Efek potensial yang merugikan dari merger, baik itu melalui perbuatan koordinasi antara para pelaku usaha ataupun melalui kemungkinan bahwa perusahaan hasil merger secara unilateral dapat membawa dampak pada perubahan harga dan produksi.
4. Luas lingkup dan peranan pemain baru dalam pasar.
5. Karakteristik lain dari struktur pasar di mana perusahaan hasil merger mencoba meningkatkan *market power*.
6. Luas lingkup merger yang bersangkutan dengan *cost saving* dan efisiensi yang diperbolehkan sebagai alasan dari merger untuk meningkatkan *market power*, dan bukti efisiensi yang dapat digunakan sebagai pertimbangan.

³⁴³ Nils von Hinten-Reed, et. al, 2002, *The Use of Economics in Merger Control Analysis*, Global Counsel Competition Law Handbook 2002/03, <http://www.practicallaw.com>, hal. 39-43.

³⁴⁴ *Ibid*.

³⁴⁵ John E. Kwoka, Jr, dan Lawrence J. White (Ed.), *The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy*, fourth edition, New York, Oxford University Press, 2004, hal. 14.

³⁴⁶ William J. Kolasky, *Comparative Merger Control Analysis: Six Guiding Principles For Antitrust Agencies – New and Old*, U.S. Department of Justice, Paper dipresentasikan pada International Bar Association, Conference on Competition Law and Policy in a Global Context, Cape Town, Afrika Selatan, 18 Maret 2002, hal. 1-8.

Globalisasi ekonomi meningkat pada saat yang bersamaan di beberapa negara. Karenanya, pada saat menilai suatu transaksi merger, otoritas persaingan terlebih dahulu melakukan dengar pendapat (dengan partisipasi penuh ataupun terbatas) dengan pihak-pihak yang berkepentingan, konsultan, dan para ahli di bidangnya.³⁴⁷

VII.4.1 SUBSTANSI YANG PERLU DIAKOMODIR DALAM SISTEM

Dengan melihat sistem pengendalian yang digunakan di negara Jepang, tampaknya suatu hal yang masuk akal apabila pemerintah turut serta memasukkan kategori merger seperti apakah yang boleh dilakukan, dengan perhitungan ekonomis tertentu yang menjadi landasan pemikirannya. Ketentuan ini akan mempermudah peran KPPU dalam menilai boleh/tidaknya suatu transaksi merger dilakukan. Dengan demikian, KPPU hanya harus melakukan perhitungan ekonomis saja dalam pengendaliannya, tanpa harus meneliti aspek legalitas transaksi merger yang bersangkutan. Ada beberapa ketentuan yang belum diatur dan rasanya perlu diatur dalam peraturan perundang-undangan mengenai merger di Indonesia. Beberapa di antaranya ialah sebagai berikut.

a. Masalah Divestasi Saham

Merger pada dasarnya merupakan suatu bentuk investasi. Ketika suatu aktivitas merger dibatalkan (dengan berbagai alasan), maka sesungguhnya pada saat yang demikian terjadi suatu bentuk divestasi. Ketentuan mengenai hal ini harus diatur di dalam suatu peraturan perundang-undangan sebab berpotensi merugikan salah satu pihak yang melakukan merger.

b. Ketentuan mengenai *Holding Company*

Hubungan antara induk perusahaan dengan anak perusahaan dalam sebuah rangkaian *holding company* tidak sedikit yang menimbulkan permasalahan persaingan usaha. Selain dapat memperlemah persaingan di pasar (lemahnya pesaing di dalam pasar bersangkutan), hubungan ini juga berpotensi menaikkan *market power* (kekuatan pasar) dari perusahaan *holding* yang bersangkutan, terlebih apabila perusahaan *holding* tersebut melakukan merger.

c. Ketentuan mengenai *Spin-off* dan *Corporate Split*

Dalam suatu perusahaan *holding* , pemisahan ataupun pemecahan perusahaan merupakan hal yang biasa terjadi. Aktivitas ini sebenarnya erat kaitannya dengan masalah divestasi, namun aktivitas *spin-off* dan *corporate split* pada kenyataannya banyak digunakan sebagai bagian dari strategi bisnis perusahaan guna meningkatkan keuntungan. Pemisahan telah diatur secara umum dalam undang-undang perseroan terbatas yang baru ini.

d. Masalah Merger Lintas Negara (*Cross Border Merger*)

Era globalisasi cukup merangsang pelaku usaha untuk melakukan merger dengan pihak asing dalam rangka ekspansi bisnisnya. Ketentuan mengenai larangan membuat perjanjian dengan pihak luar negeri yang dapat menimbulkan praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat, sebenarnya sudah diatur di dalam Pasal 16 UU No. 5 Tahun 1999. Namun, ketentuan mengenai merger (yang pada hakekatnya merupakan suatu bentuk perjanjian) belum ada pengaturannya. Banyak aspek

³⁴⁷ Ilene K. Gotts (Ed.), *The Merger Review Process: A Step-by-step Guide to Federal Merger Review* , second edition, Chicago, Illinois, American Bar Association (ABA), 2001, hal. 18.

yang dapat ditimbulkan dari merger jenis ini, selain efek yang mengglobal di antara negara-negara yang bersangkutan, merger jenis ini juga dapat bersangkut paut dengan masalah perdagangan internasional.

e. Sinkronisasi Merger Perseroan Terbatas, Merger Bank dan Merger Perusahaan Terbuka

Tersebarinya pengaturan mengenai merger dalam berbagai peraturan perundang-undangan di Indonesia pada suatu saat mungkin akan menimbulkan dilematisasi hukum. Perbedaan pengaturan, kekosongan pengaturan, terlebih jika pengaturannya tumpang-tindih, akan mempersulit pemerintah dalam mengatur aktivitas merger, dan tentu saja, akan semakin banyak merger yang dapat membahayakan persaingan.

f. Strategi Merger (*Merger Game*)

Tak jarang merger digunakan oleh pelaku usaha sebagai strategi ampuh untuk meraup keuntungan yang sebesar-besarnya. Penyalahgunaan aktivitas merger sebagai strategi bisnis dikhawatirkan akan menimbulkan distorsi yang dapat merugikan banyak pihak, merusak persaingan, dan kemungkinan munculnya kekuatan ekonomi di satu tangan.

g. Akuisisi Aset

Saham dan aset merupakan aspek-aspek yang sangat fundamental bagi jalannya suatu perusahaan. Ketentuan mengenai akuisisi saham sudah diatur baik dalam undang-undang, maupun dalam berbagai peraturan pelaksanaannya. Namun, masalah akuisisi aset belum mendapatkan porsi dalam peraturan perundang-undangan Indonesia layaknya akuisisi saham. Oleh karenanya, akuisisi aset dapat menyebabkan berpindahnya hak kepemilikan aset kepada pelaku usaha yang mengakuisisi (*acquiring company*). Terlebih lagi, aktivitas akuisisi aset dewasa ini banyak diwarnai dengan perjanjian "*assets for shares exchange*" yang secara langsung menyebabkan berpindahnya kepemilikan saham.

h. Aspek Pajak

Aktivitas merger, akuisisi, dan konsolidasi merupakan aktivitas yang sarat akan modal. Oleh karena itu, aspek pajak dari transaksi merger tersebut perlu diatur supaya sektor perpajakan tidak terlupakan. Walaupun menjadi agak luas cakupannya, ketentuan tersebut dapat dituangkan dengan menunjuk pada peraturan organik sebagai peraturan pelaksanaannya.

i. *Leverage Buy Out (LBO)* dan *Management Buy Out (MBO)*

LBO adalah pembelian seluruh atau sebagian besar saham dari suatu perusahaan, dengan dana yang dipinjam dari pihak ketiga. Dana tersebut biasanya dibayar secara cicilan oleh perusahaan target (*acquired company*) LBO. Sedangkan MBO adalah sekelompok pelaku usaha dari suatu perusahaan tertentu membeli saham (seluruh atau bagian substansial) dari suatu perusahaan. LBO dan MBO ini merupakan suatu cara atau strategi pelaku usaha yang secara tidak langsung pada akhirnya dapat merugikan perusahaan target.

VII.4.2 TES SUBSTANSI (*SUBSTANTIVE TEST*)

Melihat praktik di banyak negara, ditemukan paling tidak terdapat 3 (tiga) alasan utama mencegah penutupan transaksi merger, yaitu bahwa merger dilakukan untuk menimbulkan atau

mempertahankan posisi dominan (*dominant test*) atau untuk mengurangi persaingan (*substantial lessening competition test*) atau menimbulkan kerugian terhadap kepentingan umum (*public interest test*).

a. *Dominance Position Test (DP Test)* dan *Significant Impede Effective Competition Test (SIEC Test)*

DP Test lebih dikenal sebagai tes substansi yang digunakan selama ini di Eropa, standar ini pada intinya mengatakan bahwa transaksi merger harus dicegah “*if it is likely to create or strengthening dominant position [of the merging firms]*”³⁴⁸. Beberapa kriteria harus dianalisa untuk menentukan ada atau tidak adanya posisi dominan. Pertama, pangsa pasar perseroan hasil merger sangat besar (*paramount*) sehingga dalam pasar bersangkutan tidak terdapat pesaing atau pesaing berarti. Ukuran untuk menentukan adanya posisi dominan berbeda antara satu negara dengan negara lain.

Di Jerman misalnya, dikatakan mempunyai posisi dominan di pasar apabila satu perseroan selama beberapa tahun menguasai 1/3 pasar atau lebih. Posisi dominan juga dapat dilihat dari aspek lain, misalnya kekuatan finansial, akses terhadap suplai dan pasar penjualan, serta hubungannya dengan perusahaan terkait.

Selain berdasarkan pangsa pasar, juga perlu dinilai sejauh mana perseroan hasil merger mempunyai kemampuan untuk mendapatkan keuntungan dengan cara menaikkan harga jauh di atas harga kompetitif atau mengurangi jumlah penjualan. Apabila strukturnya oligopolistik, maka dikatakan menguasai pasar secara dominan apabila dua atau tiga perseroan menguasai pasar 50% atau lebih, atau empat atau lima perseroan menguasai pasar 75% atau lebih. Juga perlu dinilai sejauh mana perseroan yang tidak bergabung dalam transaksi merger tidak mempunyai pilihan lain kecuali menyesuaikan kebijakannya dengan kebijakan perseroan yang merger.

Rezim kontrol merger Uni Eropa kemudian mengalami perubahan pada bulan Mei 2004 dengan diamandemennya *Merger Regulation (ECMR)* dan dikeluarkannya *Horizontal Merger Guidelines (HMG)* yang baru. Dalam Pasal 2 ayat (3) *ECMR No. 139/2004* ditetapkan bahwa:

“A concentration which would significantly impede effective competition, in the common market or in a substantial part of it, in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position, shall be declared incompatible with the common market”.

Sebelum diamandemen, pasal ini menjadi dasar bagi pelanggaran merger yang menciptakan atau menguatkan posisi dominan.

Kini posisi dominan bukanlah harga mati, dalam arti jika merger tersebut merintangi persaingan tanpa menciptakan atau menguatkan posisi dominan maka merger tersebut tetap akan dilarang. Setelah diamandemen, Uni Eropa beralih mempergunakan *significantly impede effect competition test (SIEC test)*. Pendekatan ini pada dasarnya tidak jauh berbeda dengan rezim *substantial lessening of competition test (SLC test)*.

b. *Substantial Lessening of Competition Test (SLC Test)*.

SLC Test digunakan oleh otoritas persaingan di Amerika Serikat yang kemudian diikuti oleh banyak negara. Pada intinya *SLC test* mengatakan bahwa transaksi merger harus dilarang “*if it is likely to substantially lessen competition or to facilitate its exercise*”³⁴⁹. Beberapa kriteria harus dianalisis untuk

³⁴⁸ OECD, *Substantive Criteria Used for the Assessment of Merger*, 2003.

³⁴⁹ *Ibid.*

menentukan apakah sebuah transaksi merger berpotensi mengurangi persaingan. Berkurangnya persaingan dapat terjadi apabila sebuah merger melahirkan kemampuan perseroan hasil merger untuk mendapatkan keuntungan tidak wajar secara unilateral (*unilateral effect*) dengan cara mengurangi hasil penjualan maupun menaikkan harga jauh di atas harga kompetitif untuk jangka waktu yang relatif lama.

Selain *unilateral effect*, transaksi merger juga perlu dianalisis sejauh mana transaksi tersebut menimbulkan *coordinated effect*, yaitu memberikan kemampuan kepada para pelaku usaha dalam pasar untuk mendapatkan keuntungan melalui tindakan koordinasi atau suatu *accomodating reaction of the others* sehingga merugikan konsumen³⁵⁰. Salah satu kondisi yang memungkinkan *coordinated-effect* adalah adanya kemampuan masing-masing pelaku usaha untuk saling mendeteksi serta kemampuan untuk menjatuhkan tindakan disiplin bagi pelaku yang menyimpang dari kesepakatan. Hal ini dimungkinkan apabila masing-masing pelaku mempunyai informasi penting yang cukup mengenai kondisi para pesaing.

Salah satu kriteria untuk menilai adanya kemampuan tersebut adalah adanya peningkatan konsentrasi pasar perseroan setelah merger. Dalam menghitung konsentrasi pasar, otoritas persaingan di Amerika Serikat, yaitu DoJ dan FTC, menggunakan *Herfindahl-Hirschman Index* (HHI). HHI dihitung dengan cara menjumlahkan hasil perkalian kuadrat pasar masing-masing perseroan di pasar bersangkutan. Tingkatan konsentrasi dibagi ke dalam tiga yaitu, pertama, tidak terkonsentrasi apabila HHI di bawah 1.000; kedua, terkonsentrasi secara moderat apabila HHI antara 1.000 sampai 1.800; dan ketiga, terkonsentrasi tinggi apabila HHI mencapai 1.800 lebih. Apabila konsentrasi pasar mencapai 1.800 lebih dan peningkatan konsentrasi pasar perseroan setelah merger (*delta*) mencapai lebih dari 100 poin dan faktor lain tidak berubah maka merger sangat berpotensi mengurangi persaingan dan karena itu layak dilarang³⁵¹.

c. *Public Interest Test (PI Test)*

PI test juga berlaku di banyak negara meskipun dalam cakupan terbatas pada sektor dan keadaan tertentu. Pada intinya *PI test* mengatakan bahwa merger perlu dilarang apabila merugikan kepentingan umum. Meskipun tidak dibahas secara mendalam seperti halnya *DP test* dan *SLC test* beberapa negara memperbolehkan isu kepentingan umum digunakan untuk menghentikan transaksi merger. Di Amerika Serikat, misalnya, kepentingan umum khususnya lapangan kerja dijadikan pertimbangan dalam menilai transaksi merger di sektor kereta api dan telekomunikasi³⁵².

Di Jerman, larangan transaksi merger oleh otoritas persaingan yaitu *Bundeskartellamt* dapat ditimpa (*overruled*) a *ministerial authorization* oleh Menteri Ekonomi. Meskipun demikian, otorisasi tersebut hanya dapat dikeluarkan apabila telah terpenuhi syarat-syarat tertentu misalnya kepentingan umum atau pembangunan ekonomi nasional justru lebih diuntungkan oleh sebuah transaksi merger.

d. Test Substansi dalam UU No. 5 Tahun 1999

Apa saja tes substansi yang diatur oleh UU No. 5 Tahun 1999? Apakah UU No. 5 Tahun 1999 menggunakan *DP test* atau *SLC test* atau mempunyai standar tes yang berbeda dengan tes substansi yang dipakai di banyak negara? UU No. 5 Tahun 1999 tidak secara tegas mengatur mengenai tes substansi untuk melarang atau memperbolehkan sebuah transaksi merger. UU No. 5 Tahun 1999 menentukan bahwa apabila dapat menimbulkan praktik monopoli dan atau persaingan usaha

³⁵⁰ *Ibid.*, hal. 300.

³⁵¹ United States, Departemen of Justice and Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, 1997.

³⁵² OECD, *Public Interest Consideration in Merger Control*, DAFF/COMP/WP3/WD (2016) 10.

tidak sehat maka transaksi merger harus dilarang bahkan dapat dibatalkan oleh KPPU. Sementara itu, UU No. 40 Tahun 2007 menentukan bahwa merger harus dicegah apabila transaksi tersebut memungkinkan terjadinya monopoli atau monopsoni.

Meskipun UU No. 5 Tahun 1999 menggunakan istilah yang berbeda dengan istilah yang dipakai oleh banyak negara tapi pada intinya mempunyai makna yang sama. Unsur praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat yang digunakan oleh UU No. 5 tahun 1999 pada intinya menggunakan tes substansi yang tidak berbeda dengan *SLC test* maupun *DP test*. Dalam *SLC test* unsur pentingnya adalah “berkurangnya persaingan” yang pada intinya sama dengan “terhambatnya persaingan” sebagai unsur penting dari tes “praktik monopoli”.

Dalam *DP test* unsur pentingnya adalah “posisi dominan” yang pada intinya sama dengan “menguasai produksi dan atau pemasaran” sebagai salah satu unsur penting dari tes “praktik monopoli”. Penjelasan ketentuan Pasal 126 UU No. 40 Tahun 2007 juga menunjukkan digunakannya *DP test* untuk menentukan apakah transaksi merger diperbolehkan. Ketentuan ini pada intinya melarang transaksi merger apabila transaksi tersebut memungkinkan pelaku usaha yang merger memonopoli pasar.

Terkait dengan *PI test*, UU No. 5 Tahun 1999 dengan tegas menyatakan bahwa transaksi merger yang merugikan kepentingan umum dilarang. “Kepentingan umum” adalah salah satu unsur penting dari unsur “praktik monopoli”. UU No. 5 Tahun 1999 tidak memberikan batas bahwa *PI test* hanya berlaku untuk sektor-sektor tertentu seperti yang dilakukan di beberapa negara antara lain Amerika Serikat, atau hanya boleh digunakan oleh otoritas tertentu seperti Menteri Ekonomi di Jerman. Ini berarti bahwa otoritas persaingan dalam hal ini KPPU dapat menggunakan *PI test* untuk menentukan apakah proposal merger boleh diteruskan atau harus dihentikan. Hal yang perlu dilakukan oleh KPPU adalah bahwa pengertian kepentingan umum harus didefinisikan sehingga pelaku usaha mempunyai pegangan yang jelas. Otoritas persaingan Afrika Selatan, misalnya, pernah melarang transaksi merger karena transaksi tersebut menyebabkan Pemutusan Hubungan Kerja (PHK) 40 % lebih.

VII.4.3 METODE PENGHITUNGAN KONSENTRASI

a. Pasar Bersangkutan

Pasar bersangkutan sesuai dengan Pasal 1 angka 10 UU No. 5 Tahun 1999 adalah:

“Pasar yang berkaitan dengan jangkauan atau daerah pemasaran tertentu oleh pelaku usaha atas barang dan atau jasa yang sama atau sejenis atau substitusi dari barang dan atau jasa tersebut”.

Pasar yang berkaitan dengan jangkauan atau daerah pemasaran tertentu dalam hukum persaingan dikenal sebagai pasar geografis. Sedangkan barang dan atau jasa yang sama atau sejenis atau substitusi (barang pengganti) dari barang dan atau jasa tersebut dikenal sebagai pasar produk. Karena itu analisis mengenai pasar bersangkutan dilakukan melalui analisis pasar produk dan pasar geografis. Analisis pasar produk pada intinya bertujuan untuk menentukan jenis barang dan atau jasa yang sejenis atau tidak sejenis tapi merupakan substitusinya yang saling bersaing satu sama lain.

Untuk melakukan analisis ini maka suatu produk harus ditinjau dari beberapa aspek, yaitu:

kegunaan, karakteristik, dan harga.³⁵³ Sedangkan analisis pasar geografis bertujuan untuk menjelaskan di area mana saja pasar produk yang telah didefinisikan saling bersaing satu sama lain. Analisis ini pada umumnya didasarkan pada pengalaman dan pengetahuan Komisi sebelumnya, regulasi yang berlaku, data sekunder yang tersedia, keterangan dari asosiasi pelaku usaha, pelaku usaha, konsumen dan atau *proxy* konsumen. Guna menambah keyakinan Komisi terhadap akurasi hasil analisis terhadap pasar bersangkutan, otoritas pengawas persaingan usaha dapat melakukan serangkaian survey pasar.

Survei dilakukan baik terhadap konsumen atau *proxi*-nya dan kepada produsen yang kemungkinan besar berada dalam pasar bersangkutan. Survei ini bertujuan untuk memperoleh keterangan mengenai perilaku konsumen dan produsen di pasar terhadap perubahan harga yang terjadi sehingga Komisi dapat memprediksi *substitutability* dari suatu barang dan atau jasa. Definisi pasar bersangkutan yang akurat sangat berpengaruh dalam melakukan analisis tahap berikutnya, yaitu pangsa pasar. Semakin luas pasar bersangkutan didefinisikan, maka semakin rendah kemungkinan penguasaan pangsa pasar oleh satu pelaku usaha. Demikian sebaliknya, semakin sempit definisi suatu pasar bersangkutan, maka semakin tinggi kemungkinan penguasaan pangsa pasar oleh satu pelaku usaha.

b. Pangsa Pasar

Pangsa pasar mengindikasikan persentase dari total penjualan suatu barang atau jasa yang dikuasai oleh masing-masing pelaku usaha yang akan merger dan para pesaingnya dalam pasar bersangkutan. Pangsa pasar merupakan indikator awal bagi otoritas pengawas persaingan usaha untuk menyimpulkan perlu tidaknya penilaian secara menyeluruh terhadap suatu merger. Perbedaan yang signifikan atas pangsa pasar sebelum dan sesudah terjadi merger akan menjadi perhatian bagi Komisi dalam melakukan penilaian. Merger dari dua atau lebih pelaku usaha yang menghasilkan pangsa pasar yang tinggi umumnya akan mengundang permasalahan persaingan usaha, dan sebaliknya sangat jarang terjadi permasalahan persaingan usaha dalam merger yang tidak memiliki pangsa pasar signifikan.

Secara umum, terdapat dua cara untuk menilai suatu konsentrasi pasar yaitu dengan menghitung Konsentrasi Rasio (CR_n) atau dengan menggunakan HHI.

b. i Konsentrasi Rasio (CR_n)

Konsentrasi Rasio menghitung agregat pangsa pasar dari sejumlah kecil dari para pelaku usaha terbesar dalam pasar. Umumnya konsentrasi rasio mempergunakan pangsa pasar dari tiga perusahaan terbesar (CR₃) atau empat (CR₄) atau lima (CR₅). Sebagai suatu misal rasio konsentrasi dari 3 perusahaan terbesar (CR₃) yang masing-masing memiliki 15% pangsa pasar akan menghasilkan CR₃ sebesar 45%.

b.ii *Herfindahl-Hirschman Index* (HHI)

HHI melakukan penghitungan kuadrat dari pangsa pasar seluruh perusahaan yang aktif dalam pasar. HHI dapat menggambarkan jumlah seluruh pelaku usaha dalam pasar dan juga pangsa pasarnya. Nilai HHI dapat bervariasi antara 0 sampai dengan 10.000 yang akan terjadi apabila hanya ada satu pelaku usaha yang menguasai 100% pangsa pasar. Konsentrasi pasar dianggap tinggi apabila misalnya dalam pasar bersangkutan terdapat 6 penjual dan pasar masing-masing adalah penjual A 30%, B 25%, C 20%, D 16%, E 5%, dan F 4% karena HHI mencapai 2.222 dengan perhitungan sebagai berikut:

³⁵³ Lihat pembahasan faktor yang dipertimbangkan dalam pasar produk di dalam Pedoman No. 3 Tahun 2009 tentang Pasar *Bersangkutan*, *op. cit.*, hal. 14.

$$A (302) + B (252) + C (202) + D (162) + E (52) = 2.222$$

Ketika dua perusahaan yaitu C dan D merger maka terjadi peningkatan konsentrasi karena HHI berubah menjadi 2.862 dengan penghitungan sebagai berikut:

$$A (302) + B (252) + \{C (20) + D (16)\}^2 + E (52) = 2.862$$

dan delta HHI mencapai 640, dengan penghitungan sebagai berikut:

$$2.862 - 2.222 = 640$$

Menurut pedoman merger Amerika Serikat delta di atas 100 poin dianggap tinggi. Sementara itu, jika delta di bawah 50 poin, maka merger tersebut belum dapat dikatakan akan membahayakan persaingan usaha. Misalnya saja, jika merger terjadi antara perusahaan E dan F, meskipun HHI menjadi 2.262 namun delta masih di bawah 50 poin, yakni sebesar 40 poin.

Penerapan rezim hukum persaingan tidak akan lepas dari adanya kontrol terhadap merger yang dilaksanakan oleh otoritas pengawas persaingan usaha. Tujuan adanya kontrol tersebut adalah untuk tetap menjaga agar tetap terjaga persaingan usaha yang sehat karena merger bagaimanapun juga adalah upaya legal memperbesar pangsa pasar secara cepat dan murah dibandingkan dengan mengupayakan pertumbuhan dari pelaku usaha itu sendiri.

Oleh karena itu sudah menjadi tugas dari otoritas pengawas persaingan usaha untuk mengidentifikasi tindakan merger yang dapat berdampak persaingan usaha yang tidak sehat dan menghentikannya bila perlu.

VII.5 PENGATURAN MERGER DALAM PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN INDONESIA

Ketentuan mengenai merger telah diatur dalam Undang-Undang No. 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas (UU No. 1 Tahun 1995) dalam Pasal 102 sampai dengan Pasal 109. Ketentuan pasal-pasal merger tersebut kemudian dituangkan ke dalam Peraturan Pemerintah No. 27 Tahun 1998 tentang Tata Cara Penggabungan, Peleburan, dan Pengambilalihan Perseroan Terbatas (PP No. 27 Tahun 1998). Ketentuan dalam PP No. 27 Tahun 1998 ini berisi hal-hal yang bersifat teknis dan procedural dalam aktivitas merger.

Secara umum, ketentuan merger dalam UU No. 1 Tahun 1995 dan PP No. 27 Tahun 1998 sudah cukup mengakomodir kebutuhan akan kepastian hukum dalam melakukan merger di Indonesia, hanya saja pengaturan dalam kedua ketentuan tersebut belum menyentuh pada aspek persaingan usaha.

Ketentuan mengenai merger berlaku secara umum bagi seluruh pelaku usaha yang berbentuk Perseroan Terbatas, oleh karena itu ketentuan merger ini memiliki cakupan yang sangat luas, bahkan dalam kasus-kasus tertentu merger merupakan strategi nasional untuk menciptakan daya saing ditingkat internasional³⁵⁴, dan bahkan merger dilakukan secara transnasional untuk tujuan tersebut. Mengingat cakupannya yang luas tersebut, secara khusus di Indonesia aktivitas merger di bidang usaha perbankan dan pasar modal memiliki peraturan tersendiri yang dikeluarkan oleh lembaga otoritasnya masing-masing.

³⁵⁴ Alison Jones and Brenda Surfin, *op.cit.*, hal. 848.

Ketentuan mengenai merger bagi emiten atau pelaku usaha yang sudah *listing* di pasar modal diatur melalui Peraturan Badan Pengawas Pasar Modal dan Lembaga Keuangan, sedangkan merger di bidang perbankan diatur dengan Undang-Undang No. 10 Tahun 1998 tentang Perbankan (UU No. 10 Tahun 1998) dan sebagai peraturan pelaksanaannya dikeluarkanlah Peraturan Pemerintah No. 28 Tahun 1999 (PP No. 28 Tahun 1999) dan Bank Indonesia juga menerbitkan beberapa peraturan terkait.

Keberadaan Undang-undang No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas (UU No. 40 Tahun 2007) sebagai pengganti UU No. 1 Tahun 1995 diharapkan dapat membawa kepastian hukum yang semakin nyata khususnya bagi pelaku usaha. UU No. 40 Tahun 2007 yang disahkan pada tanggal 16 Agustus 2007 ini mengalami beberapa penambahan dan banyak penyempurnaan dari UU No. 1 Tahun 1995, termasuk dalam hal pengaturan kegiatan merger yang diatur dalam Pasal 122 sampai dengan Pasal 137.

Adapun PP No. 27 Tahun 1998 sebagai peraturan pelaksanaan dari UU No. 1 Tahun 1995 kini sedang dalam tahap penyempurnaan, guna menyalurkan ketentuan-ketentuan yang baru yang dimuat dalam UU No. 40 Tahun 2007.

Jika ditelaah lebih rinci, terdapat beberapa perbedaan yang cukup signifikan dalam pengaturan merger di dalam UU No. 1 Tahun 1995 dengan UU Perseroan Terbatas yang baru, yaitu UU No. 40 Tahun 2007. Beberapa ketentuan yang baru dan ketentuan yang disempurnakan, antara lain adalah:

1. UU No. 1 Tahun 1995 hanya mengatur ketentuan mengenai merger saja, sedangkan UU No. 40 Tahun 2007 memiliki cakupan yang lebih luas karena tidak hanya mengatur ketentuan mengenai merger akan tetapi juga mengatur mengenai pemisahan perseroan (*corporate split*)³⁵⁵, sedangkan UU No. 1 Tahun 1995 tidak mengenal ketentuan ini.
2. UU No. 1 Tahun 1995 mengatur bahwa merger mengakibatkan perseroan yang menggabungkan atau meleburkan diri berakhir karena hukum, dan merger merger dapat dilakukan dengan atau tanpa mengadakan likuidasi terlebih dahulu. Ketentuan tersebut berdasarkan UU No. 40 Tahun 2007 dipersempit sehingga berakhirnya perseroan terjadi tanpa likuidasi terlebih dahulu.³⁵⁶
3. UU No. 40 Tahun 2007 mensyaratkan kewajiban perseroan untuk mengumumkan rencana merger, konsolidasi, dan akuisisi kepada karyawan perseroan dalam bentuk tertulis dalam waktu 30 hari sebelum merger³⁵⁷ suatu hal yang belum diatur oleh UU No. 1 Tahun 1995.

Menelaah ketentuan-ketentuan di dalam UU No. 40 Tahun 2007, tampaknya pengaturan mengenai perseroan terbatas di Indonesia sudah semakin komprehensif, walaupun khusus mengenai merger belum sepenuhnya sempurna, karena aktivitas merger menyangkut dengan berbagai aspek yang sangat luas, dalam hal ini kaitannya dengan masalah persaingan usaha. Karena sebagaimana kita ketahui, kegiatan bisnis bergerak sangat cepat, dan inovasi-inovasi bisnis berkembang dengan sifat

³⁵⁵ UU No. 40 Tahun 2007 Pasal 1 butir 12 "Pemisahan adalah perbuatan hukum yang dilakukan oleh Perseroan untuk memisahkan usaha yang mengakibatkan seluruh aktiva dan pasiva Perseroan beralih karena hukum kepada dua Perseroan atau lebih atau sebagian aktiva dan pasiva Perseroan beralih karena hukum kepada satu Perseroan atau lebih".

³⁵⁶ UU No. 40 Tahun 2007 Pasal 122 "(1) Penggabungan dan Peleburan mengakibatkan Perseroan yang menggabungkan atau meleburkan diri berakhir karena hukum; (2) Berakhirnya Perseroan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) terjadi tanpa dilakukan likuidasi terlebih dahulu".

³⁵⁷ UU No. 40 Tahun 2007 Pasal 127: "Direksi Perseroan yang akan melakukan Penggabungan, Peleburan, Pengambil-alihan, atau Pemisahan wajib mengumumkan ringkasan rancangan paling sedikit dalam 1 (satu) Surat Kabar dan mengumumkan secara tertulis kepada karyawan dari Perseroan yang akan melakukan Penggabungan, Peleburan, Pengambilalihan, atau Pemisahan dalam jangka waktu paling lambat 30 (tiga puluh) hari sebelum pemanggilan RUPS".

dan jumlah yang sangat bervariasi. Melalui merger, pelaku usaha mengharapkan dapat meningkatkan keuntungan keuangan dari perusahaan hasil merger, namun peningkatan keuangan tersebut dapat diperoleh melalui merger yang pro terhadap persaingan maupun yang antipersaingan³⁵⁸.

UU No. 5 Tahun 1999 yang diundangkan pada tanggal 5 Maret 1999 dan berlaku efektif mulai satu tahun kemudian, dimaksudkan untuk menciptakan kesempatan yang sama bagi setiap warga negara untuk berpartisipasi di dalam proses produksi dan pemasaran barang dan atau jasa, dalam iklim usaha yang sehat, efektif, dan efisien sehingga dapat mendorong pertumbuhan ekonomi dan bekerjanya ekonomi pasar yang wajar³⁵⁹. Selain itu UU No. 5 Tahun 1999 juga dimaksudkan untuk mencegah timbulnya pemusatan kekuatan ekonomi pada pelaku usaha tertentu yang dapat menghalangi persaingan usaha yang sehat dan wajar.³⁶⁰

Maksud dan tujuan dari UU No. 5 Tahun 1999 tersebut dituangkan dalam pasal-pasal yang mengatur bentuk-bentuk perjanjian yang dilarang, kegiatan yang dilarang dan penyalahgunaan posisi dominan, yang di dalamnya termasuk merger, yang dapat menimbulkan praktik monopoli dan persaingan usaha yang tidak sehat. Ketentuan mengenai merger dalam kaitannya dengan persaingan usaha yang tidak sehat telah diatur dalam UU No. 5 Tahun 1999 dalam Pasal 28 yang berbunyi:

- “(1) Pelaku usaha dilarang melakukan penggabungan atau peleburan badan usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.
- (2) Pelaku usaha dilarang melakukan pengambilalihan saham perusahaan lain apabila tindakan tersebut dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.
- (3) Ketentuan lebih lanjut mengenai penggabungan atau peleburan badan usaha yang dilarang sebagaimana dimaksud ayat (1), dan ketentuan mengenai pengambilalihan saham perusahaan sebagaimana dimaksud dalam ayat (2), diatur dalam Peraturan Pemerintah.”

Dan juga di dalam Pasal 29 yang berbunyi:

- “(1) Penggabungan atau peleburan badan usaha, atau pengambilalihan saham sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28 yang berakibat nilai aset dan atau nilai penjualannya melebihi jumlah tertentu, wajib diberitahukan kepada Komisi, selambat-lambatnya 30 (tiga puluh) hari sejak tanggal penggabungan, peleburan atau pengambilalihan tersebut.
- (2) Ketentuan tentang penetapan nilai aset dan atau nilai penjualan serta tata cara pemberitahuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), diatur dalam Peraturan Pemerintah.”

Sejalan dengan UU No. 5 Tahun 1999, UU No. 40 Tahun 2007 dalam Pasal 126 ayat (1) butir c, telah mengatur bahwa merger atau pemisahan wajib memperhatikan kepentingan masyarakat dan persaingan sehat dalam melakukan usaha³⁶¹.

Pengaturan pasal mengenai merger dalam UU No. 5 Tahun 1999 dapat dikatakan sebagai sebuah *lex imperfecta* karena baru dapat diimplementasikan setelah pemerintah menerbitkan

358 ABA Section of Antitrust Law, *op. cit.*, hal. 317.

359 UU No. 5 Tahun 1999, bagian menimbang butir b.

360 Lihat UU No. 5 Tahun 1999, bagian menimbang butir c.

361 Penjelasan UU No. 40 Tahun 2007 Pasal 126 ayat (1) butir c “Selanjutnya, dalam Penggabungan, Peleburan, Pengambilalihan, atau Pemisahan harus juga dicegah kemungkinan terjadinya monopoli atau monopsoni dalam berbagai bentuk yang merugikan masyarakat”.

Peraturan Pemerintah (PP) yang disyaratkan oleh Pasal 28 ayat (3) dan Pasal 29 ayat (2)³⁶². Pada tahun 2010 PP yang disyaratkan oleh Pasal 28 dan pasal 29 telah diterbitkan. Oleh karena itu, larangan tersebut sudah dapat dilaksanakan.

Peraturan Pemerintah No. 57 Tahun 2010 tentang Penggabungan atau Peleburan Badan Usaha dan Pengambilalihan Saham Perusahaan yang Dapat Mengakibatkan Terjadinya Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (PP No. 57 Tahun 2010) yang disyaratkan oleh Pasal 28 ayat (3) mengatur mengenai larangan merger yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat sebagaimana yang diatur dalam Pasal 28 ayat (1) dan (2). Di dalam PP No. 57 Tahun 2010 diatur mengenai pelarangan merger, penilaian merger yang dilakukan oleh KPPU, serta pemberitahuan atas penggabungan dan peleburan badan usaha serta pengambilalihan saham perusahaan, sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 29 ayat (1).

Berdasarkan Pasal 3 PP 57 No. Tahun 2010, Komisi akan melakukan penilaian terhadap penggabungan badan usaha, peleburan badan usaha, atau pengambilalihan saham perusahaan yang telah berlaku efektif secara yuridis, di mana penilaian tersebut akan menggunakan analisis:

1. konsentrasi pasar;
2. hambatan masuk pasar;
3. potensi perilaku antipersaingan;
4. efisiensi; dan/atau
5. kepaillitan.

UU No. 5 Tahun 1999 Pasal 28 tidak menyatakan secara jelas sistem pelaporan merger. Pasal tersebut hanya menyatakan bahwa pelaku usaha yang hendak melakukan merger berkewajiban untuk memastikan bahwa tindakan mergernya tidak mengakibatkan praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat. Apabila merger tersebut ternyata berdampak kepada persaingan usaha tidak sehat, maka merger tersebut dapat dibatalkan oleh KPPU sesuai dengan kewenangan yang dimilikinya, yaitu berdasarkan UU No. 5 Tahun 1999 Pasal 47 ayat (2) butir e yang mengatur bahwa KPPU dapat mengenakan sanksi administratif berupa penetapan pembatalan atas penggabungan atau peleburan badan usaha dan pengambilalihan saham. Selain itu KPPU juga dapat mengenakan sanksi denda³⁶³ dan ganti rugi.

Kasus VII.1

LG International Corp. diduga melakukan keterlambatan pemberitahuan pengambilalihan saham PT Binsar Natorang Energi. Pengambilalihan saham PT Binsar Natorang Energi oleh LG International Corp. telah berlaku efektif secara yuridis sejak tanggal 12 Juni 2014 berdasarkan Surat Direktorat Jenderal Administrasi Hukum Umum Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia. Oleh karena itu, LG International Corp. wajib untuk melakukan pemberitahuan selambat-lambatnya pada tanggal 24 Juli 2014. Namun, LG International Corp. baru melakukan pemberitahuan kepada KPPU pada tanggal 27 Agustus 2014. Dengan demikian, LG International Corp. telah melakukan keterlambatan selama 20 (dua puluh) hari kerja.

³⁶² Knud Hansen *et al.*, *op.cit.*, hal. 357.

³⁶³ Berdasarkan ketentuan UU No. 5 Tahun 1999 Pasal 47 ayat (2) butir g, KPPU dapat menjatuhkan denda serendah-rendahnya Rp. 1.000.000.000 (satu milyar rupiah) dan setinggi-tingginya Rp. 25.000.000.000 (dua puluh lima milyar rupiah).

Komposisi pemegang saham dari PT Binsar Natorang Energi sebelum pengambilalihan saham oleh LG International Corp. adalah 95% (sembilan puluh lima persen) saham dimiliki oleh PT Energy Jaya Persada dan 5% (lima persen) saham dimiliki oleh PT Bumi Sinergi Internasional.

Setelah pengambilalihan saham oleh LG International Corp., komposisi saham menjadi: LG International Corp. sejumlah 51% (lima puluh satu persen), PT Energy Jaya Persada sejumlah 44% (empat puluh empat persen), dan PT Bumi Sinergi Internasional sejumlah 5% (lima persen). Bahwa dengan memiliki saham sebesar 51% (lima puluh satu persen), maka LG International Corp. menjadi pengendali baru dari PT Binsar Natorang Energi.

Pemberitahuan kepada KPPU harus dilakukan apabila nilai aset dan atau nilai penjualan melebihi jumlah tertentu diatur dalam Pasal 5 ayat (2) PP No. 57 Tahun 2010 yang menentukan nilai aset sebesar Rp. 2.500.000.000.000,00 (dua triliun lima ratus miliar rupiah); dan/atau nilai penjualan sebesar Rp. 5.000.000.000.000,00 (lima triliun rupiah). Berdasarkan fakta-fakta nilai aset dan/atau nilai penjualan badan usaha pengambilalih dengan badan usaha yang diambilalih sebesar Rp. 3.826.916.343.127 untuk nilai aset dan Rp. 5.315.794.952.347 untuk nilai penjualan. Dengan demikian unsur nilai aset dan atau nilai penjualan yang melebihi jumlah tertentu terpenuhi.

Berdasarkan analisis sebagaimana dijabarkan di atas, LG International Corp. telah melakukan pelanggaran terhadap Pasal 29 UU No. 5 Tahun 1999, oleh karena itu Pasal 6 PP No. 57 Tahun 2010 telah dapat dikenakan kepada LG International Corp., dengan demikian unsur keterlambatan melakukan pemberitahuan kepada Komisi terpenuhi.

Komisi kemudian menyatakan bahwa Terlapor terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 29 UU No. 5 Tahun 1999 *juncto* Pasal 6 PP No. 57 Tahun 2010, dan menghukum Terlapor membayar denda sebesar Rp. 8.000.000.000,00 (delapan miliar rupiah).

Berbeda dengan ketentuan UU No. 5 Tahun 1999 Pasal 29 yang secara tegas menyatakan bahwa kewajiban bagi Pelaku Usaha untuk melaporkan telah terjadinya merger selambat-lambatnya 30 (tiga puluh) hari sejak tanggal terjadinya merger tersebut. Ketentuan ini jelas memperlihatkan bahwa undang-undang persaingan usaha Indonesia menganut sistem *post-merger notification*³⁶⁴. Padahal untuk mencegah terjadinya pembatalan merger, undang-undang persaingan usaha di banyak negara lain mewajibkan pelaku usaha yang hendak merger untuk memberitahukan rencana mergernya terlebih dahulu (*pre-merger notification*) kepada otoritas persaingan usaha, sehingga otoritas tersebut dapat melakukan penilaian apakah merger tersebut mengakibatkan praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat, sehingga bisa ditentukan apakah merger tersebut dapat diteruskan atau tidak.

Di dalam Pasal 5 PP No. 57 Tahun 2010, ditekankan kembali bahwa pemberitahuan secara tertulis kepada Komisi wajib dilakukan paling lama 30 (tiga puluh) hari kerja sejak tanggal telah berlaku efektif secara yuridis penggabungan badan usaha, peleburan badan usaha, atau pengambilalihan saham perusahaan. Namun tidak semua kegiatan merger wajib dilaporkan kepada

³⁶⁴ Knud Hansen *et al.*, berpendapat kewajiban melapor setelah terjadinya merger bukan berarti sistem ini menganut *post-merger notification*, melainkan hanya bertujuan untuk memberitahukan lembaga pengawas mengenai diwujudkan proses konsentrasi. Lihat Knud Hansen (*et al.*), *op.cit.*, hal. 366.

KPPU. Kewajiban pelaporan hanya berlaku bila hasil dari merger menyebabkan nilai aset melebihi Rp.2.500.000.000.000,00 (dua triliun lima ratus miliar rupiah); dan/atau nilai penjualan melebihi Rp.5.000.000.000.000,00 (lima triliun rupiah). Sementara pelaku usaha di bidang perbankan diatur dengan nilai yang lebih besar, yaitu jika nilai aset melebihi Rp.20.000.000.000.000,00 (dua puluh triliun rupiah).

Knud Hansen, et al.³⁶⁵, berpendapat bahwa larangan yang diatur dalam UU No. 5 Tahun 1999 harus diartikan bahwa rencana merger harus dilaporkan terlebih dahulu kepada KPPU untuk dilakukan pemeriksaan apakah merger tersebut berdampak buruk bagi persaingan atau tidak. Pemahaman ini didukung juga dengan sejarah hukum persaingan di negara-negara yang telah menerapkan *merger review* yang menunjukkan bahwa suatu merger yang telah selesai dilaksanakan akan sulit untuk dibatalkan dan perusahaan hasil merger dikembalikan pada keadaan semula sebelum merger, yang hal ini dikenal di Indonesia sebagai “nasi sudah menjadi bubur”.

Pembatalan merger juga merugikan bagi pelaku usaha yang telah mengeluarkan biaya yang cukup besar untuk persiapan dan pelaksanaan merger tersebut. Pembatalan merger juga dapat berdampak kepada kondisi ketidakpastian dalam berusaha sehingga justru dapat menghambat merger yang pro kepada persaingan yang sehat.

Untuk mendukung hal ini, PP No. 57 Tahun 2010 pada dasarnya juga memungkinkan bagi pelaku usaha untuk memberitahukan rencana merger kepada KPPU, yang disebut sebagai konsultasi³⁶⁶. Konsultasi ini juga dilakukan sebagaimana layaknya tata cara pemberitahuan setelah terjadinya merger, di mana KPPU akan melakukan penilaian. Berdasarkan penilaian tersebut, Komisi memberikan saran, bimbingan, dan/atau pendapat tertulis mengenai rencana merger. Namun, penilaian dari konsultasi tersebut bukan merupakan persetujuan atau penolakan terhadap rencana merger, dan tidak menghapuskan kewenangan Komisi untuk melakukan penilaian setelah merger berlaku efektif secara yuridis.

VII.6 DAMPAK MERGER TERHADAP PERSAINGAN

Sebagaimana telah disampaikan sebelumnya, kegiatan merger dapat menjadi propersaingan, namun juga dapat menjadi antipersaingan apabila tidak ada kontrol dari otoritas persaingan usaha. Keberadaan merger di dalam dunia usaha seharusnya membawa pengaruh yang cukup positif bagi perusahaan yang gagal dari segi operasional. Namun, pada praktiknya, kegiatan merger banyak disalahgunakan oleh pelaku usaha yang bermaksud untuk mengekspansi pasarnya.

Selain itu sering kali juga timbul benturan antara kepentingan merger dengan alasan efisiensi dan permasalahan persaingan usaha. Pelaku usaha akan selalu mempergunakan alasan efisiensi sebagai landasan merger dan otoritas persaingan usaha akan lebih melihat kepada permasalahan persaingan usahanya terlebih dahulu.

Merger yang mengarah kepada antipersaingan adalah merger yang dikhawatirkan oleh hukum persaingan. Karena secara langsung maupun tidak langsung, merger dapat membawa pengaruh yang relatif besar terhadap kondisi persaingan di pasar yang bersangkutan.

Pada kondisi di mana terdapat dua atau lebih perusahaan bergabung, maka pangsa pasar kedua perusahaan yang bergabung tersebut akan bersatu dan membentuk gabungan pangsa pasar yang lebih besar. Inilah yang menjadi fokus dari hukum persaingan. Merger dapat menimbulkan

³⁶⁵ *Ibid.*

³⁶⁶ PP No. 57 Tahun 2010 Pasal 10 ayat (1) menyatakan “Pelaku Usaha yang akan melakukan Penggabungan Badan Usaha, Peleburan Badan Usaha, atau Pengambilalihan saham perusahaan lain yang berakibat nilai aset dan/atau nilai penjualannya melebihi jumlah tertentu sebagaimana dimaksud Pasal 5 ayat (2) dan ayat (3) dapat melakukan konsultasi secara lisan atau tertulis kepada Komisi”.

atau bahkan memperkuat *market power* dengan meningkatkan konsentrasi pada produk relevan dan pasar geografis. Peningkatan *market power* ini dapat memperbesar kemampuan mereka untuk berkoordinasi baik secara implisit maupun eksplisit³⁶⁷.

Di Amerika Serikat, kekhawatiran utama dari merger adalah penciptaan atau penguatan *market power* dari perusahaan hasil merger³⁶⁸. Di Uni Eropa, beberapa dampak yang menjadi perhatian sebagai akibat dari suatu merger, antara lain:³⁶⁹

1. struktur pasar yang berdampak buruk;
2. ketakutan terhadap lahirnya bisnis raksasa;
3. sektor sensitif yang dikuasai asing;
4. pengangguran.

Penguasaan pangsa pasar erat kaitannya dengan posisi dominan. Dalam ajaran *Structure, Conduct and Performance* (SCP), persentase pangsa pasar menjadi patokan dalam penentuan posisi dominan suatu perusahaan. Apabila dua atau lebih perusahaan bergabung, maka perusahaan hasil merger tersebut dapat meraih atau memperkuat posisi dominan dalam pasar. Jika demikian halnya, maka peluang terjadinya penyalahgunaan posisi dominan pun akan semakin besar.

American Bar Association³⁷⁰ memisahkan dampak penggabungan merger horizontal ke dalam dua kategori:

1. *Unilateral Effect*

Merger ini menciptakan satu pelaku usaha tunggal yang memiliki kekuatan penuh atas pasar, memantapkan posisi satu pelaku usaha yang sebelumnya telah memiliki kekuatan atas pasar (posisi dominan), dan menghalangi para pelaku usaha baru untuk masuk ke pasar (*barriers to entry*);

2. *Coordinated Effect*

Merger ini memudahkan para pelaku usaha yang telah ada di dalam pasar untuk mengkoordinasikan perilaku para pelaku usaha tersebut sehingga mengurangi persaingan harga, kualitas, dan kuantitas. Contoh dampak merger ini adalah terciptanya kesepakatan eksplisit maupun implisit atas harga yang ditetapkan, pembagian wilayah dalam menjual barang dan/atau jasa. Dampak terkoordinasi ini sering terjadi dalam industri yang mempunyai ciri-ciri tertentu, yaitu produk yang homogen, penjualan dalam volume kecil, serta kesamaan dalam biaya produksi barang atau jasa.

Kasus VII.2

KPPU menyetujui Akuisisi Saham PT Axis Telekom Indonesia oleh PT XL Axiata, Tbk.

KPPU menyimpulkan bahwa akuisisi PT Axis Telekom Indonesia (AXIS) oleh PT XL Axiata, Tbk (XL) tidak menimbulkan kekhawatiran akan terjadinya praktik monopoli dan

³⁶⁷ Debra J. Pearlstein, et al. (ed.), *Antitrust Law Developments*, Fifth ed., Volume I, American Bar Association, 2002, hal. 317-319.

³⁶⁸ ABA Section of Antitrust Law.

³⁶⁹ Alison Jones and Brenda Sufrin, *op. cit.*, hal. 848-854.

³⁷⁰ Lihat ABA Section of Antitrust Law, *op. cit.*, hal. 342-344, 1992, *FTC and Departement of Justice Joint Horizontal Merger Guidelines*, dan Gunawan Widjaja, *Merger dalam Prespektif Monopoli*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2002, hal. 50.

persaingan usaha tidak sehat. Namun demikian, KPPU memberikan beberapa catatan atas akuisisi tersebut.

Catatan pertama adalah, mengingat besarnya penguasaan pangsa pasar oleh tiga pelaku usaha di sektor jasa telekomunikasi (Telkom, Indosat, dan XL) yang mencapai 89,05%, maka KPPU mewajibkan XL untuk memberikan laporan perkembangan pasar, produk, dan tarifnya setiap 3 (tiga) bulan selama jangka waktu 3 (tiga) tahun. KPPU juga mencatat bahwa pendapat tersebut diberikan setelah mempertimbangkan komitmen XL untuk tetap menjadi pelopor tarif kompetitif di pasar jasa telekomunikasi seluler, sehingga komitmen tersebut akan menjadi bagian yang tidak terpisahkan dari pendapat KPPU tersebut. Selain itu, KPPU juga mencatat bahwa pendapat yang disampaikan tersebut hanya terbatas pada pengambilalihan saham AXIS oleh XL, sehingga jika di masa mendatang ditemukan perilaku antipersaingan yang dilakukan oleh para pihak maupun anak perusahaannya, maka perilaku tersebut tidak akan dikecualikan dari aplikasi undang-undang persaingan.

Pendapat resmi tersebut ditetapkan KPPU pada tanggal 18 Februari 2014 sebagai tindak lanjut dari upaya konsultasi yang diajukan oleh XL pada tanggal 1 Agustus 2013. Konsultasi tersebut dilaksanakan seiring rencana pembelian 95% saham AXIS oleh XL yang ditempatkan di Teleglobal Investment BV dan Althem BV. Dengan akuisisi tersebut, maka aset XL (berdasarkan data tahun 2012) akan mencapai sekitar Rp 45,27 triliun dan dengan nilai gabungan penjualan sekitar Rp 23,38 triliun.

Dalam proses penilaian oleh KPPU yang dimulai sejak 18 November 2013, KPPU mempertimbangkan berbagai aspek, antara lain pasar bersangkutan, konsentrasi pasar, hambatan masuk, potensi perilaku antipersaingan, efisiensi, dan keadilan. Pasar yang menjadi perhatian analisa KPPU meliputi pasar jasa telekomunikasi seluler dan pasar jasa penyewaan menara di 14 (empat belas) provinsi. Hasil analisa menunjukkan terjadi peningkatan indeks konsentrasi pasar pada pasar jasa telekomunikasi seluler secara nasional. Dengan adanya akuisisi tersebut, maka pasar jasa telekomunikasi seluler Indonesia akan dikuasai oleh tiga pelaku usaha besar, yakni Telkomsel (41,04%), XL (26%), dan Indosat (22,01%), dengan total pangsa pasar yang mencapai 89,05%. Peningkatan indeks konsentrasi pasar juga terjadi di pasar jasa penyewaan menara di Provinsi Daerah Istimewa Yogyakarta. Namun dengan banyaknya pelaku usaha penyewaan menara di provinsi tersebut dan adanya kebijakan penggunaan menara bersama, maka potensi perilaku antipersaingan di pasar tersebut dapat diminimalisir.

Lebih lanjut, sebagai upaya pencegahan seiring dengan penguasaan pasar oleh tiga pelaku usaha tersebut, KPPU akan melakukan pengawasan intensif atas kondisi pasar jasa telekomunikasi seluler di Indonesia

BAB VIII
PENGECEUALIAN
DALAM
UU NO.5 TAHUN 1999



Persaingan dalam dunia usaha dimengerti sebagai kegiatan positif dan independen dalam upaya mencapai *equilibrium*.³⁷¹ Dalam kehidupan sehari-hari, setiap pelaku ekonomi yang masuk dalam pasar akan melalui proses persaingan di mana produsen mencoba memperhitungkan cara untuk meningkatkan kualitas dan pelayanan dalam upaya merebut pasar dan konsumen. Ketika keadaan ini dapat dicapai, maka produsen atau pelaku usaha tersebut akan berupaya untuk mempertahankan kondisi tersebut paling tidak tetap bertahan menjadi *incumbent* dengan pangsa pasar tertentu pada pasar bersangkutan. Dilema yang terjadi adalah ketika ada pelaku usaha yang berhasil menjadi seorang monopoli di pasar yang mengakibatkan produsen atau pelaku usaha tersebut menjadi tidak efisien dan mampu meningkatkan hambatan masuk pasar (*barrier to entry*)³⁷² bagi pesaingnya. Bila kondisi ini terjadi maka efeknya adalah penggunaan sumber daya yang tidak efektif dan bahkan mampu mengakibatkan pasar terdistorsi.³⁷³

Untuk memahami konsep persaingan serta alokasi sumber daya yang efisien maka ilmu ekonomi³⁷⁴ menguraikan beberapa hal mengenai sumber daya yaitu: adanya sumber daya yang dikonsumsi atau dipergunakan manusia, alternatif pengalokasian yang dipergunakan untuk memenuhi kebutuhan dan kepuasan manusia.³⁷⁵ Sumber daya tidak selamanya merupakan sesuatu yang bebas dan ketersediaannya yang terbatas menjadikannya masuk dalam kategori sumber daya ekonomi (*economic resources*), misalnya tanah, tenaga kerja atau modal.

Dalam pengaturan sumber daya ini implementasinya dapat dilihat dari cara memproduksi dan pendistribusiannya dalam masyarakat, karena pada dasarnya tidak semua sumber daya ini bebas, maka regulasi ataupun peraturan yang diciptakan pemerintah sangat menentukan agar terdapat keseimbangan bagaimana dan kepada siapakah pengaturan sumber daya tersebut dapat dialokasikan atau didistribusikan. Di samping itu dalam upaya mencapai tujuan ekonomi, yang dapat dilakukan melalui proses mekanisme pasar akan dapat diawasi melalui adanya hukum persaingan (*competition law*).

Persaingan dalam mekanisme pasar adalah berlaku bagi setiap pelaku pasar tanpa terkecuali. Hukum persaingan melindungi mekanisme proses persaingan tanpa mempertimbangkan siapakah yang menjadi pelakunya dengan tujuan yang baik agar alokasi sumber daya menjadi efisien. Mekanisme pasar yang berjalan melalui persaingan yang sehat dan *fair* serta konsisten dengan tujuan distribusi yang adil diharapkan mampu mencapai efisiensi nasional serta kesejahteraan umum. Di samping itu hukum persaingan diharapkan mampu mengawasi terjadinya diskriminasi harga, pemerataan informasi pasar bagi yang kurang mampu mempunyai akses, kesempatan atau akses kepada modal, teknologi dan berbagai kesempatan berusaha lainnya. Tetapi bila berbagai tujuan yang baik untuk mendukung mekanisme pasar ini tidak berhasil dicapai, maka dapat berakibat pada kegagalan mekanisme pasar yang kemungkinan dilakukan oleh pelaku pasar yang bertentangan dengan prinsip persaingan usaha yang sehat.

Hukum persaingan berupaya mengawasi agar perbuatan atau perjanjian yang bersifat

³⁷¹ George Stigler, *Perfect Competition, Historically Contemplated*, loc. cit.

³⁷² W. Kip Viscusi, et al., *Economics of Regulation and Antitrust*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts, London, England, 1998, 2nd Edition, hal. 158. Dikatakan bahwa: "The traditional wisdom in industrial organization is that serious and persistent monopolistic deviations of price from costs are likely only when two conditions coexist: sufficiently high seller concentration to permit (collusive) pricing and high barriers to entry of new competition.

³⁷³ *Ibid.*, hal. 8-9.

³⁷⁴ Alfred Marshal, ekonom terkenal dari Inggris mengatakan bahwa: "Economics is a study of men as they live and move and think in the ordinary business of life. But it concerns itself chiefly with those motives which affect, most powerfully and most steady, man's conduct in the business part of life. (The) steadiest motive to ordinary business work is the desire for the pay which is the material reward of work", A. Marshal, *Principles of Economics*, London, Mac Millan, 1920 sebagaimana dikutip dari Edwin Mansfield, *Principles of Microeconomics*, WW Norton & Company, New York, 3rd Edition, 1980, hal. 18.

³⁷⁵ Giles H. Burgess, Jr, *op. cit.*, hal. 18.

antipersaingan seperti kartel, monopoli, penggunaan posisi dominan, monopsoni dan lainnya dapat dicegah. Tetapi pada kenyataannya ada juga berbagai kegagalan pasar yang terjadi tetapi tidak dapat dijangkau, dicegah atau diatur melalui hukum persaingan.

Oleh sebab itu ada kebutuhan yang mendasar terhadap pentingnya pengaturan atau regulasi yang jelas mengenai jenis tindakan atau kegiatan, industri ataupun pelaku usaha tertentu yang tidak termasuk dalam pengaturan hukum persaingan. Sebagai contoh, dibutuhkan adanya regulasi terhadap industri yang masuk dalam kategori kepentingan umum (misalnya monopoli alamiah dalam penyediaan air bersih, listrik atau telekomunikasi). Di mana bila diperhitungkan secara ekonomi, maka proses produksi yang dilakukan oleh hanya satu perusahaan akan mampu mengurangi biaya produksi secara keseluruhan. Ada juga keadaan di mana akibat penggunaan sumber daya yang tidak diatur dengan baik terhadap sumber daya yang sifatnya universal akan mengakibatkan terjadinya *externalities*³⁷⁶ atau pengalokasian sumber daya yang tidak pada tempatnya, misalnya: bilamana cara memproduksi tidak tunduk pada ketentuan undang-undang lingkungan hidup maka akan berakibat pada kerusakan lingkungan yang sukar diperbaiki. Akibat yang mungkin terjadi ini dapat dimitigasi ataupun dielakkan bila pengaturannya diatur dengan regulasi yang baik. Dengan demikian sebenarnya adanya regulasi atau pengaturan dalam pasar persaingan dianggap sebagai alternatif yang dapat dipergunakan untuk mengurangi pemakaian sumber daya yang kurang efisien.

Pada dasarnya tidak semua regulasi dipersiapkan dengan tujuan untuk menyelesaikan masalah alokasi sumber daya (*allocative efficiency*).³⁷⁷ Regulasi yang dibuat harus juga difokuskan pada aspek lainnya, seperti perlindungan terhadap pihak ekonomi lemah dalam proses persaingan yang akhirnya dapat mengakibatkan pelaku usaha tersingkir dari pasar. Pertimbangan dapat juga difokuskan pada industri yang memang sebelumnya sudah diproteksi terlebih dahulu melalui undang-undang misalnya adanya undang-undang yang mengatur mengenai transportasi, air, telekomunikasi atau listrik. Keseluruhan unsur dan pertimbangan ini haruslah dipikirkan secara matang oleh pemerintah sehingga justru tidak berakibat pada kesenjangan kesempatan pada yang kurang mampu dalam pasar, proteksi yang berlebihan pada suatu industri atau bahkan pelaku tertentu menjadi sekedar proteksi yang tidak efektif pada suatu kelompok ekonomi tertentu.³⁷⁸

Tetapi apa pun argumentasi yang dikemukakan, terlepas dibutuhkan atau tidak, maka regulasi dalam proses persaingan diyakini sebagai salah satu jalan untuk mengatur mekanisme pasar dan menyeimbangkan berbagai faktor misalnya antara dampak persaingan dengan kepentingan sosial atau umum. Dengan kata lain, mekanisme pasar tidaklah memerlukan berbagai regulasi

³⁷⁶ Robert H. Bork, *The Antitrust Paradox, A Policy at War with Itself*, Basic Books Inc, New York, 1978, hal. 114-155. *Externalities refer to a cost that one economic actor imposes on another (or benefits that one receives from another) without paying in the market for doing so – ie: environment waste etc.* Dengan kata lain, dalam ilmu ekonomi Externalities dinyatakan sebagai biaya di mana suatu perusahaan membebaninya terhadap perusahaan lain (ataupun dapat saja berupa suatu keuntungan yang diterima oleh suatu perusahaan dari perusahaan lain) tanpa ikut serta membiayainya dalam suatu pasar atau industri – misalnya: pembuangan limbah dan lain-lain.

³⁷⁷ *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law, English Version, OECD, op. cit.*, hal. 24. *Efficiency in the context of industrial organization economics and competition law and policy, relates to the most effective manner of utilizing scarce resources. Two types of efficiency are generally distinguished: technological (or technical) and economic (or allocative). A firm may be more technologically efficient than another if it produces the same level of output with one or fewer physical number of inputs. Because of different production processes, not all firms may be technologically efficient or comparable. Economic efficiency arises when inputs are utilized in a manner such that a given scale of output is produced at the lowest possible cost. Unlike technological efficiency, economic efficiency enables diverse production processes to be compared. Competition is generally viewed by economists to stimulate individual firm(s) or economic agents in the pursuit of efficiency. Efficiency increases the probability of business survival and success and the probability that scarce economic resources are being put to their highest possible uses. At the firm level, efficiency arises primarily through economies of scale and scope and, over a longer period through technological change and innovation.*

³⁷⁸ Lawrence A. Sullivan dan Warren S. Grimes, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, West Group, St. Paul, Minnesota, 2000, hal. 698-699.

bila berjalan dan berfungsi dengan baik, sebaliknya bila kegagalan atau distorsi pasar terjadi maka melalui regulasi merupakan salah satu cara terbaik untuk memperbaikinya.

Di negara yang dalam proses mengadopsi sistem ekonomi pasar ataupun sedang dalam proses transisi menuju ekonomi pasar, dirasakan adanya kepentingan pembatasan terhadap perilaku yang bertujuan mengeksploitasi pasar. Di samping itu perlu juga menciptakan mekanisme pengontrolan di industri yang secara ekonomi tidak kompetitif sehingga eksploitasi pasar dapat dihindarkan.

Oleh sebab itu harus ada pengaturan terhadap kondisi yang menghambat persaingan dengan jalan mengontrol perilaku pelaku usaha, melalui regulasi yang mengatur industri apa sajakah yang dikategorikan sebagai *competitive* dan *non-competitive*, ataupun regulasi yang jelas mengenai industri yang diproteksi atau dikecualikan dari pengaturan undang-undang. Keseluruhan ini sangat ditentukan oleh kebijakan persaingan serta peraturan pelaksanaannya.³⁷⁹

Keputusan untuk memberlakukan regulasi juga dipengaruhi oleh berbagai faktor misalnya kepentingan sosial, politik dan kondisi perekonomian suatu negara. Oleh sebab itu bentuk, tujuan, karakter dan ruang lingkup pengaturan tersebut dapat saja berubah sesuai kondisi yang ada pada saat itu. Sebagai contoh, selama beberapa dekade pasar di Indonesia sangat dipengaruhi oleh pemberian hak khusus kepada sekelompok pengusaha tertentu dan demikian juga pada saat yang bersamaan Pemerintah mempunyai kebijakan untuk memproteksi usaha kecil dan menengah yang didasarkan pada interpretasi Pasal 33 UUD 1945.³⁸⁰

Kebijakan ini melahirkan konglomerasi ataupun pada kesempatan lain menciptakan mekanisme bapak angkat untuk koperasi dan UKM. Sesudah terjadinya krisis ekonomi pada tahun 1998, terjadi perubahan yang cukup signifikan saat pemerintah melakukan deregulasi di berbagai bidang. Berbagai faktor kegagalan perekonomian saat itu dianggap berasal dari ketidakjelasan kebijakan persaingan yang diterapkan oleh pemerintah sehingga mendorong kebutuhan lahirnya undang-undang antimonopoli beserta peraturan lainnya.³⁸¹

Di samping itu ada 2 ketetapan MPR yang mengisyaratkan juga selama ini telah terjadi distorsi ekonomi yang mengakibatkan ekonomi Indonesia tidak berjalan kompetitif. Untuk itu MPR mengeluarkan dua ketetapan untuk mengatur tentang kebijakan ekonomi yang lebih kompetitif, yaitu Ketetapan MPR RI No X/MPR/1998 dan Ketetapan MPR RI No XVI/MPR/1998. Tap MPR RI No X/MPR/1998 mengatur tentang Pokok-Pokok Reformasi Pembangunan dalam Rangka Penyelamatan dan Normalisasi Kehidupan Nasional sebagai Haluan Negara, dalam Bab II Kondisi Umum Bagian A. Ekonomi yang menyebutkan: "Keberhasilan pembangunan yang telah dicapai selama 32 tahun Orde Baru telah mengalami kemerosotan yang memprihatinkan, karena terjadinya krisis moneter pada pertengahan tahun 1997, dan berlanjut menjadi krisis ekonomi yang lebih luas. Landasan ekonomi yang dianggap kuat, ternyata tidak berdaya menghadapi gejolak keuangan eksternal dan kesulitan-kesulitan makro dan mikro ekonomi. Hal ini disebabkan karena penyelenggaraan perekonomian nasional kurang mengacu pada amanat Pasal 33 UUD 1945 dan cenderung menunjukkan corak yang sangat monopolistik. Para pengusaha yang dekat dengan elit kekuasaan mendapatkan prioritas khusus yang berdampak timbulnya kesenjangan sosial. Kelemahan fundamental itu juga disebabkan pengabaian perekonomian kerakyatan yang sesungguhnya bersandar pada basis sumber daya alam dan sumber daya manusia sebagai keunggulan komparatif dan kompetitif. Munculnya konglomerasi dan kelompok kecil pengusaha kuat yang tidak didukung oleh semangat kewirausahaan sejati mengakibatkan ketahanan ekonomi menjadi sangat rapuh dan tidak kompetitif".

³⁷⁹ Corwin D. Edwards, *Maintaining Competition Requisites of a Governmental Policy*, 1st Edition, McGraw Hill Book Company, Inc, 1949, hal. 14-15.

³⁸⁰ Laporan Kebijakan Persaingan Indonesia (*Indonesian Competition Report*).

³⁸¹ Lihat pendapat Prof. Sadli dalam Hall Hill, *The Indonesian Economy Since 1966*, Cambridge University Press, 2nd Edition, 2000, hal. 93.

Berdasarkan uraian di atas maka kebijakan persaingan dapat dilakukan melalui 2 cara yaitu

1. Melalui regulasi yang bertujuan untuk menjaga kelangsungan mekanisme pasar

Bahwa peraturan yang dibuat adalah untuk mencapai tujuan seperti sebagaimana diamanatkan dalam persaingan, tetapi peraturan tersebut diberlakukan khusus untuk industri yang diproteksi. Regulasi ini sejalan dengan peraturan lainnya yang bertujuan meningkatkan kinerja industri tetapi melalui adanya pembatasan masuk ke pasar (*new entry to market*), termasuk regulasi mengenai harga atau pelayanan. Sebagai contoh, industri atau pasar yang diatur (*regulated market*) vital dalam memenuhi kebutuhan rakyat banyak, seperti air, listrik atau telekomunikasi. Dengan dibatasinya *entry* atau pelaku lain masuk ke pasar, maka pelaku yang telah ada di pasar (*incumbent*) wajib untuk menjadi efisien, inovatif dan meningkatkan pelayanan sebab tidak perlu lagi mengalokasikan sumber dayanya atau kemampuannya untuk bersaing kecuali hanya fokus pada untuk tujuan-tujuan yang diatur dalam regulasi atau peraturan dimaksud.

2. Memberlakukan hukum persaingan untuk mengatur perilaku dan kegiatan dalam persaingan atau bahkan untuk mengganti atau mendukung peraturan yang telah ada sebelumnya

Bagaimanakah pasal dalam undang-undang persaingan dapat dipersiapkan untuk mengatasi kegagalan pasar dengan tidak bertentangan dengan tujuan undang-undang itu sendiri, misalnya dengan cara memberlakukan pengecualian (*exemption*) dalam undang-undang tersebut. Sementara itu di lain pihak, kita perlu tidak boleh lupa bahwa undang-undang persaingan ditujukan untuk mengawasi proses persaingan yang berlaku bagi semua pelaku usaha tanpa terkecuali?³⁸² Oleh sebab itu harmonisasi berbagai regulasi yang dibuat harus mempertimbangan bahwa peraturan pengecualian tersebut tidak akan berbenturan dengan persaingan usaha, sistem ekonomi yang dianut maupun peraturan yang lebih tinggi di atasnya. Di antaranya dengan melihat pada pertimbangan norma hukum yang berlaku serta aspirasi kepentingan umum sehingga peraturan pengecualian itu dapat merasionalisasi berbagai kepentingan yang ada.

VIII.1 PENGECUALIAN

Hukum persaingan adalah elemen esensial sehingga dibutuhkan adanya undang-undang sebagai “*code of conduct*” bagi pelaku usaha untuk bersaing di pasar sesuai dengan aturan undang-undang. Negara berkepentingan bahwa kebijakan persaingan adalah ditujukan untuk menjaga kelangsungan proses kebebasan bersaing itu sendiri yang diselaraskan dengan *freedom of trade* (kebebasan berusaha), *freedom of choice* (kebebasan untuk memilih) dan *access to market* (terobosan memasuki pasar).³⁸³ UU No. 5 Tahun 1999 juga bertujuan untuk meningkatkan efisiensi nasional melalui pengalokasian sumber daya dengan berlandaskan demokrasi ekonomi dengan memperhatikan keseimbangan antara kepentingan pelaku usaha dan kepentingan umum.³⁸⁴

Di samping tujuan tersebut, sesuai dengan Pancasila dan UUD 1945 secara eksplisit UU No. 5 Tahun 1999 juga menegaskan bahwa ada kebijakan persaingan yang berorientasi pada jaminan

³⁸² Lawrence A. Sullivan dan Warren S.Grimes, *op. cit.*, hal. 700.

³⁸³ A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy, *loc. cit.*

³⁸⁴ Lihat Bab II Asas dan Tujuan, Pasal 2 yang mengatakan bahwa pelaku usaha di Indonesia dalam menjalankan kegiatan usahanya berasaskan demokrasi ekonomi dengan memperhatikan keseimbangan antara kepentingan pelaku usaha dan kepentingan umum.

kesempatan berusaha yang sama bagi pelaku usaha besar, pelaku usaha menengah dan pelaku usaha kecil.³⁸⁵ Oleh sebab itu kebijakan persaingan (*competition policy*)³⁸⁶ suatu negara dalam penegakan hukum persaingan akan sangat menentukan efektif berlakunya undang-undang persaingan. Kebijakan ini diterjemahkan dengan mempertimbangkan industri manakah yang perlu diregulasi atau industri manakah yang terbuka untuk bersaing.

Pada umumnya kebijakan persaingan dipengaruhi oleh berbagai pertimbangan misalnya: adanya perlindungan terhadap hak kekayaan intelektual (HAKI), perdagangan, perlindungan terhadap usaha kecil atau menengah serta kepentingan nasional terhadap perekonomian yang dikelola oleh badan-badan usaha milik negara (BUMN). Hukum persaingan juga mengenal adanya pengecualian (*exemption*) untuk menegaskan bahwa suatu aturan hukum dinyatakan tidak berlaku bagi jenis pelaku tertentu ataupun perilaku/kegiatan tertentu.

Oleh sebab itu diperlukan adanya suatu acuan yang dipergunakan untuk pengecualian apakah suatu kegiatan, industri/badan, pelaku usaha yang bagaimanakah yang dikecualikan dari pengaturan hukum persaingan. Pemberian pengecualian dalam hukum persaingan umumnya didasarkan pada beberapa pertimbangan, antara lain:

1. adanya instruksi atau perintah dari UUD 1945;
2. adanya instruksi atau perintah dari undang-undang ataupun peraturan perundangan lainnya;
3. instruksi atau pengaturan berdasarkan regulasi suatu badan administrasi.³⁸⁷

Untuk itu perlu kita mengetahui alasan apakah yang menjadi dasar pertimbangan diberikannya pengecualian dalam undang-undang persaingan. Pada umumnya pengecualian yang diberikan berdasarkan 2 alasan, yaitu:

1. Industri atau badan yang dikecualikan telah diatur oleh peraturan perundang atau diregulasi badan pemerintah yang lain dengan tujuan memberikan perlindungan khusus berdasarkan kepentingan umum (*public interests*), misalnya transportasi, air minum, listrik, telekomunikasi, dan lain-lain.
2. Suatu industri memang membutuhkan adanya perlindungan khusus karena praktik kartelisme tidak dapat lagi dihindarkan dan dengan pertimbangan ini maka akan jauh lebih baik memberikan proteksi yang jelas kepada suatu pihak daripada menegakkan undang-undang persaingan itu sendiri.³⁸⁸

Berdasarkan pertimbangan dan alasan ini maka umumnya berbagai negara memberikan atau mengatur tentang pengecualian di dalam undang-undang persaingan mereka. Dengan kata lain, pengecualian merupakan hal yang umum dalam undang-undang persaingan dan tidak dianggap

³⁸⁵ Lihat Pasal 3, Tujuan pembentukan undang-undang ini adalah untuk: a. menjaga kepentingan umum dan meningkatkan efisiensi ekonomi nasional sebagai salah satu upaya untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat; b. mewujudkan iklim usaha yang kondusif melalui pengaturan persaingan usaha yang sehat sehingga menjamin adanya kepastian kesempatan berusaha yang sama bagi pelaku usaha besar, pelaku usaha menengah, dan pelaku usaha kecil; c. mencegah praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat yang ditimbulkan oleh pelaku usaha ; dan d. terciptanya efektivitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha.

³⁸⁶ Edward M. Graham dan J.D. Gravid Richardson, *Global Competition Policy*, Institute for International Economics, Washington DC, 1997, hal. 23. *Competition policy is concerned with the interfirm behavior as well as the behavior of each other firm alone.*

³⁸⁷ Thomas Jorde et al, *Gilbert Law Summaries - Antitrust*, Harcourt Brace Legal and Professional Publications, Inc, 9th Edition, 1996, hal. 114.

³⁸⁸ *Ibid.*

sebagai hal yang dirasa dapat menghambat persaingan usaha itu sendiri.³⁸⁹

VIII.2 PENGECCUALIAN DAN PERTIMBANGANNYA

Pengecualian dari diberlakukannya aturan hukum persaingan dapat ditemukan dalam berbagai bentuk. Salah satu di antaranya adalah proteksi yang disebut dengan monopoli alamiah (*natural monopoly*). Keadaan ini diberlakukan untuk sesuatu yang bersifat dan berhubungan dengan sarana publik (*public utilities*) di mana upaya masuk pasar (*entry*), tarif dan pelayanan akan diatur dalam regulasi.

Pertimbangan dan alasan pembenaran hal ini dilakukan adalah bila produksi dilakukan oleh satu pelaku saja akan jauh lebih efisien, di mana biaya rata-rata produksi (*average cost*) akan menurun bila *output* ditingkatkan, sehingga lebih efisien kalau industri di monopoli oleh satu pelaku usaha saja. Regulasi dibutuhkan karena ada kemungkinan dalam suatu yang dimonopoli maka pelaku monopoli alamiah mungkin memberlakukan harga monopoli yang dapat mengakibatkan terjadinya *deadweight loss*³⁹⁰ dan mengakibatkan perpindahan *consumer surplus* kepada *producer surplus*.³⁹¹ Regulasi dibutuhkan untuk menentukan industri mana yang akan dilakukan oleh hanya satu perusahaan dan kemudian baru diatur mengenai tarif, harga, pelayanan serta nilai investasinya. Secara ekonomi dasar untuk memberikan monopoli alamiah dalam suatu industri adalah bila biaya investasi (*sunk cost*) yang dibutuhkan cukup besar sehingga pengelolannya diputuskan untuk diberikan kepada BUMN³⁹², misalnya untuk sarana publik seperti air, listrik atau telekomunikasi.³⁹³ Oleh sebab itu pelaku usaha yang mendapat kesempatan “monopoli alamiah” wajib mendapat pengontrolan dalam hal kinerja dan pelayanan yang diharapkan.³⁹⁴

Pada umumnya pemberian status pengecualian ini diberikan kepada industri strategis yang dikelola oleh negara melalui BUMN. Kinerja BUMN banyak ditentukan oleh birokrasi dan kurang terbiasa dengan persaingan akan sangat berpengaruh terhadap efektifitas dari pemberian hak monopoli alamiah ini. Pelaku monopoli alamiah memang tidak akan menemukan pesaing sehingga

³⁸⁹ Sebagai contoh, Amerika Serikat memberlakukan pengecualian terhadap Perjanjian Perburuhan (*labor exemption*) dan industri asuransi (*insurance exemption*) dengan mengeluarkan *McCarran-Ferguson Act*, disamping pengecualian lain terhadap pertanian dan perikanan, usaha kecil dan menengah, asosiasi ekspor dan olah raga dan lainnya. Sementara Jepang terfokus pada pengecualian terhadap pertanian dan koperasi.

³⁹⁰ *Deadweight Welfare Loss is a measure of the dollar value of consumer's surplus lost (but not transferred to producers) as a consequence of a price increase*, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, op. cit., hal. 18. Lihat Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, Little Brown and Company, 4th Edition, 1992, hal. 277 – 279.

³⁹¹ Lawrence A Sullivan op. cit., hal. 10-16. Lihat juga Robert H. Lande, *Chicago's False Foundation: Wealth Transfers (Not Just Efficiency) Should Guide Antitrust*, *Antitrust Law Journal*, Volume 58, 1989, hal. 631. Robert H. Lande, *Wealth Transfer as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged*, *Hasting Law Journal*, Volume 34, 1982, hal. 68-151. Lande berpendapat bahwa bila efisiensi dicapai maka yang terjadi sebenarnya adalah perpindahan “*consumer surplus*” dari tangan konsumen ke tangan produser. Dengan kata lain: “*The formation and use of market power to force consumers to pay supra competitive prices constituted the “stealing” of their property. Higher prices to consumers were condemned because they unfairly extracted wealth from consumers and turned it into monopoly profit. Unequal distribution of wealth would be resulting from monopolistic over charges. Competitive prices were “fair” whereas monopoly prices were not; therefore, consumers were entitled to own that quantity of wealth known today as “consumer surplus.” The unfair prices, in effect, robbed consumers of that wealth. Therefore, Sherman Act in large part is in an attempt to prevent such “unfair” transfers of wealth from consumers to monopolies.*”

³⁹² Lihat UU No.1 Tahun 1995 Tentang Badan Usaha Milik Negara (BUMN).

³⁹³ Monopoli alamiah juga sering diberlakukan untuk infrastruktur umum dengan pengaturan pemerintah karena jauh lebih efisien, misalnya untuk listrik, telekomunikasi atau transportasi. Pertimbangannya adalah *sunk cost* yang tinggi akan merugikan bila banyak pesaing dalam satu pasar. Lihat juga Richard Posner, *Natural Monopoly and Its Regulation*, Cato Institute, 1999. Lihat juga William W. Sharkey, *The Theory of Natural Monopoly*, Cambridge University Press, 1982, hal. 25-26.

³⁹⁴ Edward M. Graham dan J.David Richardson, op. cit, hal. 21. *A natural monopoly exists when there are still cost savings from higher volume production even at the point where a single firm serves an entire market. In this case, price-setting and attribute-selection market power may be the inevitable companions of technological efficiency.*

besar kemungkinannya mereka akan bertindak tidak efisien dan malahan menimbulkan kerugian bagi negara dan masyarakat umum sebagai konsumen. Oleh sebab itu, argumentasi mengenai monopoli alamiah lebih ditentukan dari kinerja pelaku yang memperoleh statusnya dibandingkan bila industri tersebut diserahkan kepada mekanisme pasar.

Khusus mengenai pemberian status pengecualian yang berkaitan dengan negara dalam hukum persaingan dikenal adanya “*State Action Doctrine*”³⁹⁵ di mana perbuatan atau tindakan yang dilakukan oleh pemerintah (atau yang diberikan kewenangan) dari atau mewakili pemerintah akan dikecualikan dari ketentuan undang-undang persaingan. Doktrin yang dikenal di Amerika Serikat ini berasal dari putusan MA AS dalam kasus *Parker vs. Brown* tahun 1943 sebagai respon terhadap upaya untuk memberlakukan aturan hukum persaingan terhadap usaha atau kegiatan yang dilakukan oleh pemerintah yang sebelumnya tidak terbayangkan ketika Amerika Serikat mengundangkan *Sherman Act* pada tahun 1890.³⁹⁶

MA Amerika Serikat berpendapat bahwa doktrin ini sesuai dengan keinginan Kongres bahwa tujuan undang-undang persaingan adalah untuk memproteksi persaingan tetapi dengan tidak membatasi kewenangan negara. Berdasarkan pemahaman inilah maka terdapat beberapa kegiatan yang dikecualikan dari pengaturan undang-undang hukum persaingan. Sejak saat itu ruang lingkup doktrin ini diperluas dengan pertimbangan tujuan dari peraturan perundang-undangan yang dimaksud apakah sudah dan memang sesuai dengan maksud dari peraturan tersebut (*clear articulation*). Doktrin ini kemudian diperluas lagi dengan mengijinkan pemberian status pengecualian yang lebih luas kepada badan-badan usaha yang dibentuk pemerintah yang bahkan bukan sepenuhnya merupakan badan yang dibentuk pemerintah. Doktrin ini terbukti banyak memberikan keuntungan kepada pemerintah sepanjang status ini dipergunakan sesuai dengan tujuannya terutama dari pendekatan efisiensi pada level nasional.

Sejak itu melalui berbagai putusan pengadilan di Amerika menetapkan beberapa kriteria untuk menentukan siapa sajakah yang dapat dikecualikan menurut doktrin ini yaitu:³⁹⁷

1. pihak yang melakukannya adalah negara (*state*) itu sendiri;
2. pihak yang mewakili negara atau institusi;
3. pihak ketiga atau swasta atau privat yang ditunjuk dan diberikan kewenangan oleh negara.

Di samping dampak positif, perlu diingatkan adanya dampak negatif bila pengawasan tidak dijalankan dengan baik sesuai dengan kebijakan persaingan yang bahkan dapat berdampak juga terhadap ekonomi secara nasional. Oleh sebab itu memberlakukan *State Action Doctrine* ini harus dibatasi agar pemerintah tidak bertindak oportunist misalnya dengan memastikan apakah kegiatan tersebut benar-benar bertujuan untuk kepentingan umum, hajat hidup orang banyak atau memang diperintahkan oleh konstitusi (*active supervision*). Dalam implementasinya pengawasan juga penting dilakukan untuk menghindari terjadinya perilaku antipersaingan yang bersifat privat (bukan negara) tetapi dengan menggunakan alasan doktrin ini.³⁹⁸

Pengecualian dalam hukum persaingan juga dapat diberikan dengan alasan proteksi kepada suatu industri atau pelaku usaha tertentu yang dianggap masih memerlukan perlindungan.

³⁹⁵ *State action doctrine is a legal principle that applies only to state and local governments, not to private entities. Under state action doctrine, private parties outside of government do not have to comply with procedural or substantive due process (being exempted). The state action doctrine provides immunity from antitrust liability when a state indicates that it has a substantial desire to limit competition in a particular situation.*

³⁹⁶ *Parker vs. Brown*, 317 U.S. 341 (1943), 317 U.S. 341.

³⁹⁷ Jeffery D. Schwartz, *The Use of the Antitrust State Doctrine in the Deregulated Electric Utility*, American University Law Review, Vol. 49, 1999.

³⁹⁸ Timothy J. Muris, Robert Pitofsky, *Public Servant and Scholar*, 52 Case Wes. Res. L. Rev. 25 (2001).

Pemerintah merasa perlu memberikan proteksi dengan alasan industri ini belum mampu menghadapi persaingan yang disebabkan faktor, misalnya keterbatasan modal, belum mampu efisien, kendala distribusi, kurang inovatif sehingga tidak akan mampu bertahan di pasar. Jenis pelaku usaha yang masuk dalam kategori seperti ini adalah koperasi³⁹⁹ dan usaha kecil dan menengah⁴⁰⁰ yang masuk dalam usaha industri kecil rumah tangga dalam skala sederhana.

Sedangkan pemberian proteksi terhadap jenis pelaku usaha tertentu pada umumnya bukan saja diberikan berdasarkan kemampuan, tetapi juga dengan melihat jumlah mereka dalam perekonomian nasional apakah jumlahnya signifikan atau mayoritas dalam suatu pasar atau tidak.⁴⁰¹

Di samping itu undang-undang persaingan umumnya memberikan pengecualian atas dasar perjanjian, misalnya perjanjian HAKI ataupun keagenan. Bila diperhatikan kedua masalah ini sering kontradiktif karena kedua aspek ini yaitu HAKI dan keagenan telah diatur dan berperan penting dalam proses persaingan. HAKI merupakan insentif dan alasan diberikan hak monopoli dan proteksi karena HAKI membutuhkan sumber daya dan waktu dalam upaya mendapatkannya. Undang-undang di bidang HAKI sendiri menjamin bahwa penemuan paten dan lain-lain akan diberikan perlindungan sebelum dapat menjadi milik publik (*public domain*). Faktor ini menjadi penentu bagi perusahaan karena insentif ini dianggap sebagai jalan menguasai pasar tetapi tidak merupakan pelanggaran undang-undang.⁴⁰² Perlakuan yang sama berlaku dalam perjanjian waralaba (*franchise*) sedangkan dalam perjanjian keagenan, maka analisis ekonomi menunjukkan bahwa dampak dari perjanjian ini diyakini memberikan efisiensi dan menguntungkan dari segi ekonomi.

VIII.3 PENGECCUALIAN DALAM UU NO. 5 TAHUN 1999

Untuk melakukan pengawasan terhadap pelaksanaan atas ketentuan UU No. 5 Tahun 1999, berdasarkan ketentuan Pasal 30 ayat (1) ditentukan pula pembentukan KPPU dengan Keputusan Presiden No. 75 Tahun 1999 tentang Komisi Pengawas Persaingan Usaha. UU No. 5 Tahun 1999 mengatur beberapa ketentuan antara lain yang berkaitan dengan:

- a. Perjanjian yang dilarang;
- b. Kegiatan yang dilarang;
- c. Posisi dominan; dan
- d. Sanksi terhadap pelanggaran ketentuan yang diatur.

Salah satu kewenangan dari KPPU adalah mengeluarkan pedoman yang berisikan tentang bagaimana menyamakan penafsiran dan bagaimana interpretasi KPPU terhadap isi pasal UU No. 5 Tahun 1999 tersebut.⁴⁰³ KPPU bukan hanya bertindak mengawasi penegakan hukum saja tetapi juga memastikan pengawasan terhadap pengecualian yang diatur dalam pasal-pasal UU No. 5 Tahun 1999.

UU No. 5 Tahun 1999 juga memberikan beberapa pengecualian dalam pengaturan pasal-pasalnya. Pengecualian diberikan kepada pelaku usaha tertentu, kegiatan usaha tertentu serta perjanjian tertentu. Banyak pertimbangan yang dijadikan alasan pemberian status ini di antaranya

399 Lihat UU Koperasi No. 25 Tahun 1992.

400 Lihat UU UMKM No. 20 Tahun 2008 Tentang Usaha Mikro, Kecil dan Menengah.

401 Roderick Brazier dan Sahala Sianipar, eds, *Undang-Undang Antimonopoli Indonesia dan Dampaknya Terhadap Usaha Kecil dan Menengah*, The Asia Foundation, 1999.

402 Lawrence A Sullivan op. cit., hal. 801. *Both antitrust and intellectual property can be multi-valued systems, the predominant goal of each is the same: consumer welfare, resulting from efficient resources allocation. Beyond allocative efficiency, both systems support the all important goal of dynamic efficiency: the fostering changes, innovations, and technological progress.*

403 Pasal 35 huruf g UU No. 5 Tahun 1999: menyusun pedoman dan atau publikasi yang berkaitan dengan undang-undang ini.

yang paling kuat adalah alasan latar belakang *philosophis yuridis* berdasarkan Pasal 33 ayat (1) UUD 1945 di mana dikatakan bahwa: "Perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasar atas asas kekeluargaan" dan dalam ayat (4) dinyatakan bahwa

"perekonomian nasional diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi dengan prinsip kebersamaan, efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional".

Oleh sebab itu, demokrasi ekonomi dalam pemahaman Indonesia adalah berdasarkan pada perekonomian yang disusun sebagai usaha bersama berdasar atas asas kekeluargaan di mana:

1. Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara;
2. Bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat;
3. Potensi, inisiatif dan daya kreasi setiap warga negara dikembangkan sepenuhnya dalam batas-batas yang tidak merugikan kepentingan umum.

Dari pemahaman di atas, maka sudah jelas UUD 1945 secara tegas sejak awalnya telah menginstruksikan diakui dan harus dilakukannya proteksi terhadap bidang-bidang usaha atau perekonomian tertentu. Dalam implementasi pengertian dan pemberian proteksi ini maka Pemerintah Indonesia mengacu kepada beberapa aspek dalam upaya menegakkan demokrasi ekonomi dengan menghindari hal-hal yang dianggap bertentangan dengan sistem perekonomian yang berorientasi pada Pancasila dan ekonomi kerakyatan, yaitu:

1. Sistem *free fight liberalism* yang menimbulkan eksploitasi terhadap manusia dengan hanya mengandalkan tujuan ekonomi;
2. Dominasi negara dan aparaturnya yang mematikan potensi dan daya kreasi unit-unit ekonomi di luar sektor negara;
3. Persaingan tidak sehat dan pemusatan kekuatan ekonomi pada satu kelompok dalam berbagai bentuk monopoli dan monopsoni yang merugikan masyarakat dan bertentangan dengan cita-cita keadilan sosial.

Oleh sebab itu instruksi UUD 1945 yang jelas tersebut maka dengan diberlakukannya UU No. 5 Tahun 1999, pengecualian diberlakukan sebagai bagian dari undang-undang yang melingkupi berbagai aspek:

1. Pengaturan monopoli alamiah yang dikelola oleh negara⁴⁰⁴;
2. Pengecualian terhadap perbuatan atau kegiatan⁴⁰⁵;
3. Pengecualian terhadap perjanjian tertentu⁴⁰⁶;
4. Pengecualian terhadap pelaku usaha tertentu.⁴⁰⁷;

Pengaturan mengenai pengecualian dalam UU No. 5 Tahun 1999 diatur dalam Bab IX, Pasal 50, di mana pengecualian dalam UU No. 5 Tahun 1999 adalah sebagaimana dijabarkan di bawah ini.

⁴⁰⁴ Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999.

⁴⁰⁵ Pasal 50 huruf a UU No. 5 Tahun 1999.

⁴⁰⁶ Pasal 50 huruf b-g UU No. 5 Tahun 1999.

⁴⁰⁷ Pasal 50 huruf h UU No. 5 Tahun 1999.

VIII.3.1 PERBUATAN DAN ATAU PERJANJIAN YANG BERTUJUAN MELAKSANAKAN PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN YANG BERLAKU

a. Hukum dan Kebijakan Persaingan Usaha

Hukum dan kebijakan persaingan usaha diterapkan terhadap seluruh sektor dan seluruh pelaku usaha, baik dalam perdagangan barang maupun jasa. Berkaitan dengan hal tersebut, seluruh sektor dan seluruh pelaku usaha, baik swasta maupun publik (BUMN atau BUMD) mendapat perlakuan yang sama dalam hukum persaingan. Terdapat alasan hukum dan alasan ekonomi yang sangat mendasar mengenai penerapan hukum persaingan usaha secara umum.

Alasan hukum, bahwa terhadap pelaku usaha yang melakukan kegiatan yang sama atau yang dapat disamakan akan mendapat perlakuan yang sama menurut prinsip dan standar hukum persaingan usaha yang berlaku, antara lain memberikan jaminan adanya keadilan (*fairness*), kesamaan kesempatan (*equality*) dan perlakuan yang sama atau non diskriminasi. Pendekatan berdasarkan alasan hukum diharapkan dapat menjamin konsistensi dalam penafsiran dan penerapan hukum serta meningkatkan transparansi, akuntabilitas dan kepercayaan terhadap institusi penegak hukum yang bertanggungjawab dalam mengimplementasi hukum persaingan usaha. Pendekatan ini juga akan mendorong proses penegakan hukum (*due process of law*) dilaksanakan sesuai dengan peraturan perundangan-undangan yang berlaku.

Alasan ekonomi, pengecualian penerapan hukum persaingan usaha di suatu sektor dapat memicu distorsi yang berdampak pada efisiensi ekonomi di sektor lain. Pengecualian penerapan hukum persaingan usaha, di sisi lain, dapat dan perlu dilakukan oleh Negara untuk mewujudkan kesejahteraan rakyat pada umumnya. Bagi Negara Republik Indonesia, pengecualian secara tegas diatur dalam Pasal 33 ayat (2), ayat (3), dan ayat (4) UUD 1945 yang berbunyi:

- (2) Cabang-cabang produksi yang penting bagi Negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh Negara.
- (3) Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh Negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.
- (4) Perekonomian nasional diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi dengan prinsip kebersamaan, efisiensi keadilan, keberlanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional."

Pelaksanaan ketentuan Pasal 33 ayat (2), (3) dan (4) tersebut tidak hanya diatur dalam UU No. 5 Tahun 1999 tetapi juga diatur dalam berbagai undang-undang sektoral, sehingga penerapan kebijakan adanya ketentuan pengecualian dalam Pasal 50 huruf a dimaksud agar tidak terjadi saling kontradiksi kebijakan yang diatur dalam UU No. 5 Tahun 1999 dan yang diatur dalam undang-undang sektoral tersebut.

b. Kebijakan Persaingan Usaha Dikaitkan dengan Kebijakan Lainnya di Bidang Ekonomi

Kebijakan persaingan di bidang usaha dapat mendorong pelaku usaha untuk bertindak semakin efisien dalam menyediakan pilihan produk, baik berupa barang maupun jasa yang lebih baik dengan harga yang murah. Hukum persaingan yang berlaku di Indonesia mengandung berbagai aspek kebijakan yang tidak semata-mata untuk mencapai tujuan ekonomi. Berbagai aspek kebijakan tersebut antara lain merefleksikan kepentingan masyarakat, budaya atau sejarah yang perlu ditampung atau diakomodir dalam hukum persaingan usaha.

Keterkaitan UU No. 5 Tahun 1999 dengan undang-undang sektoral dapat bersifat komplementer tetapi juga dapat menimbulkan kontradiksi karena terdapat perbedaan tujuan yang ingin dicapai oleh masing-masing peraturan perundang-undangan tersebut. Perbedaan tujuan yang ada tidak menutup kemungkinan timbulnya permasalahan untuk memilih secara tepat peraturan perundang-undangan yang harus diterapkan. Untuk dapat menerapkan peraturan perundang-undangan secara tepat, benar dan adil perlu dipertimbangkan beberapa hal sebagai berikut:

1. Se jauh mana hukum dan kebijakan di bidang persaingan usaha sebagai prioritas yang harus diterapkan;
2. Jika ketentuan pengecualian yang harus diterapkan, maka harus jelas alasan dan parameter yang menjadi dasar pemilihan ketentuan pengecualian tersebut, dan
3. Dalam hal apa kebijakan yang diatur dalam peraturan perundang-undangan yang lain dapat tetap dilaksanakan walau tidak sejalan dengan UU No. 5 Tahun 1999.

c. Tujuan Ketentuan Pengecualian dalam Pasal 50 Huruf a

Ketentuan pengecualian dalam Pasal 50 huruf a UU No. 5 Tahun 1999 dimaksudkan untuk:

1. Menyeimbangkan kekuatan ekonomi yang tidak sama, misalnya kegiatan yang dilakukan oleh pelaku usaha kecil dalam rangka meningkatkan kekuatan penawarannya ketika menghadapi pelaku usaha yang memiliki kekuatan ekonomi lebih kuat, dalam kasus demikian terhadap pelaku usaha kecil dapat diberikan pengecualian dalam penerapan hukum persaingan usaha.
2. Menghindari terjadinya kerancuan dalam penerapan UU No. 5 Tahun 1999 apabila terjadi konflik kepentingan yang sama-sama ingin diwujudkan melalui kebijakan yang diatur dalam berbagai peraturan perundang-undangan.
3. Mewujudkan kepastian hukum dalam penerapan peraturan perundang-undangan misalnya pengecualian bagi beberapa kegiatan lembaga keuangan untuk mengurangi risiko dan ketidakpastian. Sektor keuangan perlu dijaga stabilitasnya, mengingat pentingnya peran sektor keuangan dalam proses pengembangan ekonomi.
4. Melaksanakan ketentuan Pasal 33 ayat (2), (3) dan (4) UUD 1945.

d. Pengertian Peraturan Perundang-Undang

Pengertian Peraturan Perundang-undangan harus mengacu pada UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. Berdasarkan ketentuan Pasal 1 angka 2 UU No. 12 Tahun 2011 Peraturan Perundang-undangan diartikan sebagai Peraturan tertulis yang memuat norma hukum yang mengikat secara umum dan dibentuk atau ditetapkan oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang melalui prosedur yang ditetapkan dalam Peraturan Perundang-Undang.

Selanjutnya, berdasarkan Pasal 7 ayat (1) ditentukan bahwa jenis dan hierarki Peraturan Perundang-undangan mencakup:

1. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
2. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;
3. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
4. Peraturan Pemerintah;
5. Peraturan Presiden;
6. Peraturan Daerah Provinsi; dan
7. Peraturan Daerah Kabupaten, Kota.

Selain itu, berdasarkan penjelasan Pasal 7 ayat (2) disebutkan pula berbagai jenis peraturan yang digolongkan dalam peraturan perundang-undangan, yakni yang mencakup Peraturan yang ditetapkan oleh:

1. Majelis Permusyawaratan Rakyat;
2. Dewan Perwakilan Rakyat;
3. Dewan Perwakilan Daerah;
4. Mahkamah Agung;
5. Mahkamah Konstitusi;
6. Badan Pemeriksa Keuangan;
7. Komisaris Yudisial
8. Bank Indonesia;
9. Menteri;
10. Badan;
11. Lembaga, atau komisi yang setingkat yang dibentuk oleh Undang-Undang atau Pemerintah atas perintah Undang-Undang;
12. Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi;
13. Gubernur;
14. Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota;
15. Bupati/Walikota; dan
16. Kepala Desa atau yang setingkat.

Ketentuan Pasal 50 huruf a merupakan pengecualian (*exceptions*) atau "pembebasan" (*exemptions*) dalam sistem Peraturan Perundang-undangan. Ketentuan yang bersifat pengecualian atau pembebasan ini, dimaksudkan untuk menghindari terjadinya benturan dari berbagai kebijakan yang saling tolak belakang namun sama-sama diperlukan dalam menata perekonomian nasional.

Ketentuan yang bersifat pengecualian atau pembebasan sebagaimana diatur dalam Pasal 50 huruf a, sering tidak dapat dihindari karena selain terikat pada hukum atau perjanjian internasional, juga karena kondisi perekonomian nasional menuntut kepada Pemerintah untuk menetapkan ketentuan pengecualian untuk menyeimbangkan antara perlunya penguasaan bidang produksi yang menguasai hajat hidup orang banyak dan pemberian perlindungan pada pengusaha berskala kecil. Jadi ketentuan sebagaimana diatur dalam Pasal 50 huruf a dapat dibenarkan secara hukum dan tidak mungkin dapat dihindari sama sekali.

Pemberian perlakuan khusus bagi cabang-cabang produksi yang menguasai hajat hidup orang banyak untuk dikuasai oleh Negara, secara tegas diatur dalam Pasal 33 ayat (2), dan ayat (3) UUD 1945. Ketentuan dalam Pasal 33 ayat (2), dan ayat (3) sejalan dengan yang diatur dalam Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999. Selanjutnya, walaupun berdasarkan ketentuan dalam Pasal 176, Pasal 177, dan Pasal 178 UU No. 32 Tahun 2004 tentang Pemerintahan Daerah, daerah diberi kewenangan ekonomi untuk mengatur dan mengurus perekonomian daerah, namun pengaturan dan pengurusan di bidang ekonomi harus tetap berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan termasuk yang diatur dalam Pasal 33 ayat (4) UUD 1945 yang berbunyi sebagai berikut:

"Perekonomian nasional diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi dengan prinsip kebersamaan, efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional".

Dengan demikian kebijakan otonomi daerah di bidang perekonomian tidak boleh bertentangan dengan kebijakan perekonomian nasional karena materi peraturan perundang-undangan yang dibuat di daerah merupakan bagian dari sistem hukum nasional.

Ketentuan ini didasarkan pada ketentuan Pasal 6 ayat (1) huruf c UU No. 12 Tahun 2011 yang menentukan adanya asas kenusantaraan dalam materi muatan peraturan perundang-undangan, yakni yang menentukan bahwa setiap materi muatan peraturan perundang-undangan senantiasa memperhatikan kepentingan seluruh wilayah Indonesia dan materi muatan peraturan perundang-undangan yang dibuat di daerah merupakan bagian dari sistem hukum nasional yang berdasarkan Pancasila. Jadi, kedudukan Pasal 50 huruf a, merupakan ketentuan peraturan perundang-undangan yang mempunyai daya laku secara nasional dan peraturan yang dibuat di daerah tidak boleh bertentangan dengan ketentuan tersebut.

e. Unsur-Unsur Pasal 50 Huruf a

Beberapa unsur yang terdapat dalam ketentuan Pasal 50 huruf a yang berbunyi “perbuatan dan atau perjanjian yang bertujuan melaksanakan peraturan perundang-undangan yang berlaku” adalah sebagai berikut:

1. Perbuatan

Kata “perbuatan” dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI) diartikan sebagai sesuatu yang diperbuat (dilakukan). Selanjutnya jika dikaitkan dengan ketentuan dalam Bab IV UU No. 5 Tahun 1999 yang mengatur tentang “Kegiatan yang Dilarang” yang kemudian dijabarkan dalam ketentuan Pasal 17 sampai dengan Pasal 24 berupa suatu larangan bagi pelaku usaha untuk melakukan sesuatu, maka kata “kegiatan” maknanya sama dengan “perbuatan” untuk melakukan sesuatu.

Demikian juga jika dikaitkan dengan ketentuan dalam Bab V yang mengatur mengenai “Posisi Dominan” yang kemudian dijabarkan dalam ketentuan Pasal 25 sampai dengan Pasal 29 isinya berupa larangan bagi pelaku usaha menggunakan posisi dominan, dalam arti larangan melakukan suatu perbuatan. Oleh karena itu “kata perbuatan” dalam Pasal 50 huruf a tidak tepat jika diartikan secara harafiah artinya hanya tertumpu dengan kata “perbuatan” tetapi harus diartikan lebih luas yang dapat mencakup “esensi atau makna dasar” yang terkandung dalam kata “perbuatan”.

Berdasarkan uraian tersebut, kata “perbuatan” mempunyai makna yang sama dengan melakukan “kegiatan”. Jadi, kegiatan yang dilarang dalam Bab IV dapat diterjemahkan juga dengan melakukan “perbuatan” yang dilarang, sehingga ketentuan yang diatur dalam Bab IV (Pasal 17 sampai dengan Pasal 24) jika kegiatan dilakukan bertujuan melaksanakan peraturan perundang-undangan yang berlaku, juga termasuk yang dikecualikan oleh ketentuan Pasal 50 huruf a.

Selanjutnya, pengertian kata “perbuatan” dalam Pasal 50 huruf a mencakup juga pengecualian terhadap hal-hal yang dilarang sebagaimana diatur dalam Bab V Posisi Dominan, sepanjang pelaku usaha dalam melakukan perbuatan tersebut yakni menggunakan posisi dominan berdasarkan kewenangan dari Undang-Undang atau dari peraturan perundang-undangan yang secara tegas mendapat delegasi dari undang-undang. Di sini perlu ditegaskan wewenang yang

didelegasikan oleh undang-undang bukan oleh “peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang”.

Penegasan wewenang yang didelegasikan oleh undang-undang sangat penting, mengingat “peraturan perundang-undangan” jenisnya sangat banyak termasuk berbagai peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang, sedangkan terdapat suatu ketentuan bahwa peraturan perundang-undangan yang lebih rendah tingkatannya tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi tingkatannya.

Dalam hal terdapat peraturan perundang-undangan yang tidak secara langsung diamatkan sebagai peraturan pelaksana dari suatu undang-undang, maka peraturan tersebut tidak dapat mengesampingkan UU No. 5 Tahun 1999. Dengan demikian apabila materi peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang tersebut bertentangan dengan UU No. 5 Tahun 1999 maka tidak dapat diterjemahkan sebagai pengecualian sebagaimana diatur dalam Pasal 50 huruf a UU No. 5 Tahun 1999. Sebaliknya, walaupun peraturan perundang-undangan yang dijadikan dasar bagi pelaku usaha untuk melakukan perbuatan dan atau perjanjian adalah dalam bentuk Peraturan Menteri misalnya, tetapi jika Peraturan Menteri tersebut ditetapkan atas delegasi langsung dari undang-undang, maka perbuatan dan atau perjanjian tersebut walaupun akibatnya tidak sejalan dengan ketentuan UU No. 5 Tahun 1999, pelaku usaha yang bersangkutan tidak dapat dikenakan sanksi hukum. Hal tersebut karena, tindakan hukum pelaku usaha adalah untuk melaksanakan peraturan perundang-undangan yang berlaku, jadi termasuk dalam kategori pengecualian sebagaimana dimaksud dalam Pasal 50 huruf a.

2. Perjanjian

Definisi perjanjian yang dirumuskan dalam Pasal 1 angka 7 adalah suatu perbuatan satu atau lebih pelaku usaha untuk mengikatkan diri terhadap satu atau lebih pelaku usaha lain dengan nama apa pun, baik tertulis maupun tidak tertulis.

Pemahaman terhadap “perjanjian” ini pun sama dengan untuk “perbuatan” artinya perjanjian yang dilakukan oleh pelaku usaha, memang secara tegas wewenangnya didasarkan atas ketentuan undang-undang atau ketentuan “peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang” tetapi berdasarkan delegasi secara tegas dari undang-undang. Selanjutnya yang dimaksud dengan pelaku usaha adalah sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1 angka 5 UU No. 5 Tahun 1999 adalah orang perseorangan atau badan usaha baik yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum.

3. Bertujuan melaksanakan

Dengan frasa “bertujuan melaksanakan” dapat diartikan bahwa pelaku usaha melakukan sesuatu tindakan bukan atas otoritas sendiri tetapi berdasarkan perintah dan kewenangan yang secara tegas diatur dalam undang-undang atau dalam peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang tetapi mendapat delegasi secara tegas dari undang-undang.

Dengan demikian “perbuatan dan atau perjanjian” yang dikecualikan dalam ketentuan Pasal 50 huruf a adalah perbuatan dan atau perjanjian yang dilakukan oleh pelaku usaha karena berdasarkan perintah dan kewenangan yang diberikan oleh undang-undang atau oleh peraturan

perundang-undangan di bawah undang-undang tetapi berdasarkan delegasi secara tegas dari undang-undang, untuk dilaksanakan. Melaksanakan peraturan perundang-undangan tidak dapat ditafsirkan sama dengan berdasarkan peraturan perundang-undangan. “Melaksanakan” selalu dikaitkan dengan kewenangan yang secara tegas diberikan pada subjek hukum tertentu oleh undang-undang (peraturan perundang-undangan) sedangkan “berdasarkan” tidak terkait dengan pemberian kewenangan, tetapi semata-mata hanya menunjukkan untuk suatu hal tertentu diatur dasar hukumnya.

Contoh I: Melaksanakan Peraturan Perundang-undangan yang Berlaku (Pemberian Kewenangan).

1. Ketentuan Pasal 5 ayat (2) UUD Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang berbunyi “Presiden menetapkan Peraturan Pemerintah untuk menjalankan undang-undang sebagaimana mestinya”.
2. Ketentuan Pasal 34 ayat (3) UU No. 5 Tahun 1999 yang berbunyi “Komisi dapat membentuk kelompok kerja”.

Kedua contoh tersebut menunjukkan pemberian kewenangan kepada subjek hukum tertentu untuk melakukan suatu perbuatan.

Contoh II: Tindakan Berdasarkan Peraturan Perundang-undangan yang Berlaku (bukan merupakan pemberian kewenangan):

Ketentuan Pasal 42 UU No. 5 Tahun 1999 mengatur alat-alat bukti pemeriksaan Komisi berupa:

- a. keterangan saksi,
- b. keterangan ahli,
- c. surat dan atau dokumen,
- d. petunjuk,
- e. keterangan pelaku usaha.

Ketentuan Pasal 42 tersebut bukan pemberian kewenangan kepada Komisi untuk melakukan suatu perbuatan, tetapi semata-mata berupa penegasan tentang jenis alat bukti yang dapat digunakan oleh Komisi dalam melakukan pemeriksaan. Jadi, jika Komisi dalam memberikan putusan berdasarkan alat-alat bukti tersebut, keabsahan alat bukti tidak dapat disangkal karena sudah ditentukan berdasarkan peraturan perundang-undangan.

Dari kedua contoh di atas, yaitu melaksanakan peraturan perundang-undangan yang berlaku berupa pemberian kewenangan dan tindakan berdasarkan peraturan perundang-undangan yang bukan merupakan pemberian kewenangan, didapat bahwa peraturan perundang-undangan selain undang-undang (misalnya Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden, atau Peraturan Menteri) dapat dijadikan dasar pemberian kewenangan, tetapi untuk ketentuan Pasal 50 huruf a harus dibatasi hanya kewenangan yang didasarkan pada ketentuan undang-undang atau pada peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang tetapi berdasarkan delegasi secara tegas dari undang-undang. Pembatasan tersebut sesuai dengan ketentuan bahwa peraturan perundang-undangan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi tingkatannya.

Berdasarkan pemahaman bahwa terdapat perbedaan yang esensial antara "Peraturan Perundang-undangan" dan "Undang-Undang" maka ketentuan pengecualian dalam Pasal 5 ayat (2) tidak dapat diterapkan jika perjanjian yang dilakukan sesuai ketentuan Pasal 5 ayat (1) tidak didasarkan pada instrumen hukum "Undang-Undang", misalnya hanya didasarkan pada Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden, atau Peraturan Menteri, maka pelaku usaha tersebut dianggap telah melanggar ketentuan UU No. 5 Tahun 1999, karena Pasal 5 ayat (2) secara tegas menyebut berdasarkan Undang-Undang.

4. Peraturan Perundang-undangan yang berlaku
Peraturan perundangundangan yang berlaku harus mengacu pada ketentuan Pasal 7 ayat (1) UU No. 12 Tahun 2011 dalam Pasal 7 ayat (1) ditentukan bahwa jenis dan hierarki Peraturan Perundangundangan mencakup:
 - a. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
 - b. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;
 - c. Undang-Undang / Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
 - d. Peraturan Pemerintah;
 - e. Peraturan Presiden;
 - f. Peraturan Daerah, Provinsi; dan 9 Peraturan Daerah Kabupaten/ Kota.

Selanjutnya dalam Pasal 8 diatur mengenai peraturan perundangundangan selain yang diatur dalam Pasal 7 ayat (1). Jenis dari peraturan perundang-undangan yang dimaksud adalah Peraturan yang dikeluarkan oleh :

- a. Majelis Permusyawaratan Rakyat;
- b. Dewan Perwakilan Rakyat;
- c. Dewan Perwakilan Daerah;
- d. Mahkamah Agung;
- e. Mahkamah Konstitusi;
- f. Badan Pemeriksa Keuangan;
- g. Komisi Yudisial;
- h. Bank Indonesia;
- i. Menteri;
- j. Badan;
- k. Lembaga, atau Komisi yang setingkat yang dibentuk oleh Undang-Undang atau Pemerintah atas perintah Undang-Undang;
- l. Dewan Perwakilan Daerah Provinsi;
- m. Gubernur;
- n. Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota;
- o. Bupati/Walikota;
- p. Kepala Desa atau yang setingkat.

Termasuk pengertian peraturan perundang-undangan yang berlaku adalah instrumen hukum dalam bentuk "Keputusan" yang bersifat mengatur yang ditetapkan oleh pejabat yang berwenang (misalnya Presiden, Menteri, Gubernur, Bupati/Walikota) yang ditetapkan sebelum berlakunya UU No. 12 Tahun 2011.

Hal tersebut karena berdasarkan ketentuan dalam Pasal 100 UU No. 12 Tahun 2011 ditegaskan bahwa: semua Keputusan Presiden, Keputusan Menteri, Keputusan Gubernur, Keputusan Bupati/Walikota, atau keputusan pejabat lainnya sebagaimana dimaksud dalam Pasal 97 yang sifatnya mengatur, yang sudah ada sebelum undang-undang ini berlaku, harus maknai peraturan, sepanjang tidak bertentangan dengan Undang-Undang ini.

Mengingat bahwa terdapat bermacam-macam jenis peraturan perundang-undangan, maka perlu ada kepastian hukum, jenis peraturan perundang-undangan yang mana yang berdasarkan ketentuan Pasal 50 huruf a dikecualikan dari berlakunya ketentuan dalam UU No. 5 Tahun 1999. Kepastian hukum mengenai "jenis peraturan perundang-undangan yang berlaku" yang dimaksud dalam Pasal 50 huruf a secara tepat sangat penting mengingat beberapa prinsip dalam sistem peraturan perundang-undangan yang harus ditaati, yakni:

1. Setiap pembentukan peraturan perundang-undangan harus mempunyai landasan hukum yang jelas;
2. Tidak semua peraturan perundang-undangan dapat dijadikan landasan hukum, tetapi hanya peraturan yang sederajat atau yang lebih tinggi tingkatannya;
3. Adanya prinsip hanya peraturan yang lebih tinggi atau sederajat dapat menghapuskan atau mengesampingkan berlakunya peraturan yang sederajat tingkatannya atau lebih rendah tingkatannya;
4. Harus ada kesesuaian antara jenis peraturan perundang-undangan dengan materi muatan yang harus diatur.

Perlu terdapat pemahaman bahwa pengecualian yang diatur dalam Pasal 50 huruf a hanya berlaku bagi pelaku usaha yang dibentuk atau ditunjuk oleh pemerintah, mengingat pengecualian yang diatur dalam Pasal 50 huruf a secara tegas dikatakan "untuk melaksanakan peraturan perundang-undangan yang berlaku" jadi perbuatan pelaku usaha tersebut jelas karena adanya "kewenangan" yang diberikan oleh peraturan perundang-undangan. Dalam pemberian kewenangan selalu terdapat penegasan kepada siapa diberikan kewenangan tersebut. Jadi, pengecualian dalam Pasal 50 huruf a, tidak dapat diterapkan kepada semua pelaku usaha.

Dari hal-hal yang diuraikan di atas, berarti bahwa walaupun "perbuatan dan atau perjanjian bertujuan untuk melaksanakan peraturan perundang-undangan yang berlaku", yang diatur dalam Pasal 50 huruf a, namun harus tetap pada prinsip bahwa peraturan perundang-undangan yang berlaku yang dilaksanakan tersebut hierarkinya lebih tinggi atau yang sederajat, atau peraturan perundang-undangan yang lebih rendah dari undang-undang tetapi mendapat delegasi secara tegas dari undang-undang.

Jadi pengecualian tidak berlaku jika pelaku usaha melakukan perbuatan dan atau perjanjian untuk melaksanakan peraturan perundang-undangan yang lebih rendah dari undang-undang kecuali peraturan yang dilaksanakan tersebut berdasarkan delegasi secara tegas dari undang-undang yang bersangkutan. Dengan kata lain, karena yang dikecualikan adalah ketentuan yang diatur dalam undang-undang yakni UU No. 5 Tahun 1999, maka "peraturan perundang-undangan yang berlaku" dalam ketentuan Pasal 50 huruf a harus diartikan UUD 1945 dan atau undang-undang sektoral yang terkait atau ketentuan yang diatur dalam peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang tetapi mendapat delegasi secara tegas dari undang-undang yang bersangkutan.

Jadi kedudukan ketentuan "Peraturan Perundang-undangan yang berlaku" dalam Pasal 50 huruf a jika dikaitkan dengan sistem Peraturan Perundang-undangan di Indonesia, tidak boleh ditafsirkan secara luas dengan mengacu untuk melaksanakan seluruh jenis peraturan perundang-undangan. Dengan demikian, ketentuan Pasal 50 huruf a hanya dapat diterapkan jika:

1. Pelaku usaha melakukan perbuatan dan atau perjanjian karena melaksanakan ketentuan undang-undang atau peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang tetapi mendapat delegasi secara tegas dari undang-undang; dan
2. Pelaku usaha yang bersangkutan adalah pelaku usaha yang dibentuk atau ditunjuk oleh Pemerintah.

f. Contoh Ketentuan Undang-Undang yang Dikecualikan dari Penerapan Ketentuan Larangan dalam UU No. 5 Tahun 1999, karena Substansi yang Diatur sebagaimana Dimaksud dalam Pasal 50 Huruf a

1. Undang-Undang No. 5 Tahun 1997 tentang Psikotropika

Dalam UU No. 5 Tahun 1997 tentang Psikotropika memuat ketentuan sebagai berikut:

Pasal 5 mengatur bahwa "Psikotropika hanya dapat diproduksi oleh pabrik obat yang telah memiliki izin sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku".

Pasal 12 menyebutkan bahwa "Penyaluran psikotropika dalam rangka peredaran sebagaimana dimaksud dalam Pasal 8 hanya dapat dilakukan oleh pabrik obat, pedagang besar farmasi, dan sarana penyimpanan sediaan farmasi pemerintah".

Pasal 13 mengatur bahwa "Psikotropika yang digunakan untuk kepentingan ilmu pengetahuan hanya dapat disalurkan oleh pabrik obat dan pedagang besar farmasi kepada lembaga penelitian dan/atau lembaga pendidikan atau diimpor secara langsung oleh lembaga penelitian dan/atau lembaga pendidikan yang bersangkutan."

Pabrik obat tersebut dalam melakukan kegiatan memproduksi, mengedarkan, dan menyalurkan psikotropika tidak dapat dikategorikan melakukan monopoli karena kewenangannya diberikan oleh undang-undang.

2. Undang-Undang No. 35 Tahun 2009 tentang Narkotika

Pasal 15 ayat (1) Undang-Undang No. 22 Tahun 1997 tentang Narkotika yang berbunyi:

"Menteri Kesehatan memberi ijin kepada 1 (satu) perusahaan pedagang besar farmasi milik negara yang telah memiliki ijin sebagai importir sesuai dengan peraturan perundang-undangan untuk melaksanakan impor narkotika".

Dalam hal Menteri Kesehatan menunjuk satu perusahaan pedagang besar farmasi milik negara untuk melakukan impor narkotika maka penunjukan tersebut tidak bertentangan dengan ketentuan UU No. 5 Tahun 1999, karena penunjukan tersebut dilakukan sesuai dengan

ketentuan Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999 dan bagi pedagang besar farmasi yang ditunjuk apabila melakukan perbuatan atau perjanjian untuk melaksanakan impor narkotika termasuk yang dikecualikan oleh ketentuan Pasal 50 huruf a UU No. 5 Tahun 1999.

3. Undang-Undang No. 19 Tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara
Pasal 66 ayat (1) menentukan:

“(1) Pemerintah dapat memberikan penugasan khusus kepada BUMN untuk menyelenggarakan fungsi kemanfaatan umum dengan tetap memperhatikan maksud dan tujuan kegiatan BUMN”.

Jadi jika terdapat BUMN yang melakukan perbuatan dan/atau perjanjian berdasarkan penugasan dari pemerintah sebagaimana dimaksud dalam Pasal 66 ayat (1) UU No. 19 Tahun 2003 tentang BUMN, termasuk yang dikecualikan dalam Pasal 50 huruf a, dengan demikian tidak melanggar UU No. 5 Tahun 1999.

4. Undang-Undang No. 40 Tahun 2004 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional (SJSN)
Pasal 5 ayat (3) menentukan:

“Badan Penyelenggara Jaminan Sosial sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) adalah

- a. Perusahaan Perseroan (Persero) Jaminan Sosial Tenaga Kerja (Jamsostek);
- b. Perusahaan Perseroan (Persero) Dana Tabungan dan Asuransi Pegawai Negeri (Taspen);
- c. Perusahaan Perseroan (Persero) Asuransi Sosial Angkatan Bersenjata RI (ASABRI)
- d. Perusahaan Perseroan (Persero) Asuransi Kesehatan Indonesia (ASKES)”

Dalam hal keempat persero tersebut melakukan perbuatan dan/atau perjanjian dalam melaksanakan penyelenggaraan Jaminan Sosial Nasional, maka perbuatan dan/atau perjanjian tersebut termasuk dalam kategori pengecualian sebagaimana dimaksud dalam Pasal 50 huruf a karena:

1. kewenangan penyelenggaraan jaminan sosial dilaksanakan berdasarkan delegasi yang ditentukan undang-undang;
2. monopoli yang diberikan kepada keempat persero tersebut dimungkinkan berdasarkan ketentuan Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999

Contoh kasus yang dikecualikan dari ketentuan Pasal 50 huruf a

Kasus VIII.1

Berdasarkan klarifikasi terhadap ketentuan Pasal 50 huruf a, jika terdapat pelaku usaha yang dibentuk atau ditunjuk oleh pemerintah melakukan perbuatan dan atau perjanjian untuk melaksanakan peraturan perundang-undangan (misalnya Peraturan Presiden atau Peraturan Menteri) tetapi materi yang diatur dalam peraturan tersebut tidak didelegasikan oleh undang-undang untuk diatur, terhadap pelaku usaha yang melaksanakan peraturan tersebut tidak dapat dikenakan sanksi, karena yang bersangkutan melaksanakan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Tindakan yang dapat diambil oleh Komisi adalah sebagaimana ketentuan dalam Pasal 35 huruf c UU No. 5 Tahun 1999 yakni memberikan saran dan pertimbangan kepada pemerintah atau menteri yang bersangkutan terhadap kebijakan pemerintah yang berpotensi mengakibatkan praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat, untuk mencabut peraturan yang materinya bertentangan dengan UU No. 5 Tahun 1999.

Tetapi masalahnya menjadi beda jika yang melakukan perbuatan dan atau perjanjian tersebut bukan pelaku usaha yang dibentuk atau ditunjuk oleh pemerintah, maka terhadap pelaku usaha tersebut dapat dikenakan sanksi karena tidak termasuk yang dikecualikan dalam ketentuan Pasal 50 huruf a untuk kategori "melaksanakan" yang berarti diberi kewenangan oleh peraturan yang bersangkutan.

Undang-Undang No. 17 Tahun 2008 tentang Pelayaran khususnya Pasal 26 ayat (1) dan ayat (2) menetapkan bahwa:

- (1) Penyelenggaraan pelabuhan umum dilaksanakan oleh Pemerintah dan pelaksanaannya dapat dilimpahkan kepada badan usaha milik negara yang didirikan untuk maksud tersebut berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku.
- (2) Badan Hukum Indonesia dapat diikutsertakan dalam penyelenggaraan pelabuhan umum sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) atas dasar kerja sama dengan badan usaha milik negara yang melaksanakan pengusahaan pelabuhan.

Contoh Penerapan Pasal 26 ayat (1) dan ayat (2) tersebut adalah sebagai berikut:

PT X menjalankan fungsi untuk menyelenggarakan pelabuhan umum, serta dapat mengikutsertakan dan bekerja sama dengan badan hukum Indonesia, yang dalam hal ini adalah PT Y dalam menyelenggarakan fungsi tersebut.

Tindakan

Bentuk kerja sama antara PT X dan PT Y dituangkan dalam *Authorization Agreement* berupa kerja sama pengelolaan (pengoperasian dan pemeliharaan) untuk masa konsesi 20 (dua puluh) tahun. Dalam klausula 32.4 *Authorization Agreement* menyebutkan bahwa para pihak setuju tidak akan ada pembangunan terminal peti kemas internasional lainnya yang dilaksanakan di Pelabuhan A sebagai tambahan atas Terminal Peti Kemas I, II, dan III sampai *throughput* di Pelabuhan A telah mencapai 75% (tujuh puluh lima persen) dari kapasitas rancang bangun tahunan yaitu 3,8 juta Teus. Terminal peti kemas yang terdapat di Pelabuhan A adalah Unit Terminal Peti Kemas I dan II yang dikelola oleh PT Y, serta Unit Terminal Peti Kemas III yang dikelola berdasarkan kerja sama antara PT X dengan Operasi Terminal Peti kemas Z (OTP Z). PT Y dan OTP Z menerapkan kebijakan kepada pengguna jasa untuk harus mengikatkan diri dengan perjanjian eksekutif agar memperoleh pelayanan bongkar muat peti kemas.

Potensi yang terkait dengan UU No. 5 Tahun 1999

Dalam *Authorization Agreement* terdapat klausula 32.4, yang pada dasarnya menyatakan mengenai pelimpahan kewenangan atau pelimpahan "hak monopoli" dengan memberikan jaminan untuk menguasai 75% pangsa pasar bersangkutan dari PT X. Hal ini berpotensi menghambat konsumen dan pelaku usaha pesaingnya untuk melakukan hubungan usaha. Selain itu PT Y

menggunakan posisi dominan yang dimilikinya untuk menghalangi pelaku usaha pesaingnya untuk memasuki pasar bersangkutan.

Pengecualian

Tindakan PT X untuk bekerja sama dan mengikutsertakan PT Y dalam menjalankan pengelolaan pelabuhan merupakan perintah dari undang-undang dalam hal ini adalah UU Pelayaran Pasal 26 ayat (2). Kerja sama yang dilakukan PT X dan PT Y yang dituangkan dalam *Authorization Agreement* merupakan bentuk pelaksanaan penyelenggaraan pelabuhan umum sehingga dikecualikan dari ketentuan UU No. 5 Tahun 1999. Hanya saja dalam klausula 30.1 yang menyatakan bahwa *Authorization Agreement* tunduk pada hukum Negara RI, serta klausula 30.2 yang menyatakan bahwa apabila suatu ketentuan dari perjanjian ini dianggap tidak sah atau batal, ketentuan tersebut dianggap bukan merupakan bagian dari perjanjian; maka dengan memperhatikan ketentuan tersebut di atas, dan dengan memperhatikan ketentuan Pasal 52 ayat (2) UU No. 5 Tahun 1999 yaitu “Pelaku usaha yang telah membuat perjanjian dan/atau melakukan kegiatan yang tidak sesuai dengan ketentuan undang-undang ini diberi waktu 6 (enam) bulan sejak undang-undang ini diberlakukan untuk melakukan penyesuaian, seharusnya ketentuan klausula 32.4 tersebut sudah disesuaikan dengan UU No. 5 Tahun 1999, sehingga isinya tidak lagi bertentangan dengan ketentuan larangan praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.

VIII.3.2 PERJANJIAN YANG BERKAITAN DENGAN HAK ATAS KEKAYAAN INTELEKTUAL SEPERTI LISENSI, PATEN, MEREK DAGANG, HAK CIPTA, DESAIN PRODUK INDUSTRI, RANGKAIAN ELETRONIK TERPADU, DAN RAHASIA DAGANG, SERTA PERJANJIAN YANG BERKAITAN DENGAN WARALABA

Perjanjian sebagaimana diatur dalam definisi yang dirumuskan dalam Pasal 1 angka 7⁴⁰⁸ diartikan sama dengan perbuatan, artinya perjanjian yang dilakukan oleh pelaku usaha. Dalam pasal pengecualian ini ada dua perjanjian yang harus diperhatikan untuk dikecualikan, satu berkaitan dengan Hak Atas Kekayaan Intelektual (HAKI) serta perjanjian yang berkaitan dengan waralaba (*franchise*). Dalam hukum persaingan HAKI maupun waralaba sering dianggap bersifat paradoks karena memberikan hak untuk memonopoli secara eksklusif yang bahkan dilindungi pula oleh undang-undang.

Sementara itu undang-undang persaingan berupaya mengatur agar monopoli yang diijinkan haruslah seimbang dan tidak dieksploitasi. Prinsip dasarnya adalah HAKI bertujuan untuk peningkatan kualitas kehidupan manusia dan untuk mendapatkannya harus melalui penelitian, waktu dan biaya yang tidak murah. Sehingga wajar memberikan insentif untuk menikmati hasil temuannya dan mendapatkan keuntungan secara ekonomi melalui pemberian monopoli dalam kurun waktu tertentu sebelum menjadi milik publik (*public domain*). Pada intinya HAKI mengatur tentang penghargaan atas karya orang lain yang berguna bagi masyarakat banyak. Ini merupakan titik awal dari pengembangan lingkungan yang kondusif untuk pengembangan inovasi, kreasi, desain dan berbagai bentuk karya intelektual lainnya. HAKI bersifat privat, namun HAKI hanya akan bermakna jika diwujudkan dalam bentuk produk di pasaran, digunakan dalam siklus permintaan, penawaran dan sesudahnyalah barulah akan berperan penting dalam ekonomi yang memberikan

⁴⁰⁸ Pasal 1 angka 7: “Suatu perbuatan satu atau lebih pelaku usaha untuk mengikatkan diri terhadap satu atau lebih pelaku usaha lain dengan nama apa pun, baik tertulis maupun tidak tertulis”.

insentif kepada pelaku usaha yang mewujudkannya untuk menikmati hasilnya.⁴⁰⁹

Pengertian lain mengenai HAKI adalah hak eksklusif yang diberikan suatu peraturan kepada seseorang atau sekelompok orang atas karya ciptanya yang diakui dan terdaftar secara resmi menurut peraturan yang berlaku. HAKI mencakup Hak Cipta, Hak Paten dan Hak Merek. Namun jika dilihat lebih rinci HAKI merupakan bagian dari benda, yaitu benda tidak berwujud (benda immateriil atau *intangible goods*). Pengelompokan HAKI dari segi hukum dapat dikategorikan sebagai berikut:⁴¹⁰

1. Hak Cipta
 - a. Hak Cipta (*Copy Rights*);
 - b. Hak yang bertentangan dengan hak cipta (*Neighbouring Rights*);
2. Hak Milik Perindustrian (*Industrial Property Rights*)
 - a. Hak Paten (*Patent Right*);
 - b. Model dan Rancang Bangun (*Utility Models*);
 - c. Desain Industri (*Industrial Design*);
 - d. Merek Dagang (*Trade Mark*);
 - e. Nama Niaga/Nama Dagang (*Trade Names*);
 - f. Sumber Tanda atau Sebutan Asal (*Indication of Source or Appellation of Origin*);

Dewasa ini di Indonesia baru tiga area dalam HAKI yang diatur dalam undang-undang, yaitu:

1. Hak Cipta yang diatur dalam UU No. 6 Tahun 1982 (sebagaimana telah diubah dengan UU No. 7 Tahun 1987, UU No. 12 Tahun 1997, UU No. 19 Tahun 2002) dan terakhir diatur dalam UU No. 28 Tahun 2014;
2. Hak Paten diatur dalam UU No. 6. Tahun 1989 (sebagaimana diubah dengan UU No. 13 Tahun 1997 dan UU No. 14 Tahun 2001) dan terakhir UU No. 13 Tahun 2016;
3. Hak Merek diatur dalam UU No. 19 Tahun 1992 (sebagaimana diubah dengan UU No. 14 Tahun 1997 dan UU No. 15 Tahun 2001) dan terakhir UU No. 20 Tahun 2016.

Dari uraian di atas dapat dikatakan bahwa UU HAKI Indonesia yang mencakup Hak Cipta, Hak Paten, dan Hak Merek sebetulnya sudah sejalan dengan elemen yang ada dalam persetujuan mengenai HAKI. Namun demikian perlu juga dikaji kembali khusus mengenai Indikasi Geografis dalam Pasal 22 Persetujuan TRIPS⁴¹¹ mengenai Perlindungan atas Indikasi Geografis menyebutkan bahwa Indikasi geografis, sebagaimana dimaksud dalam persetujuan ini, adalah tanda yang mengidentifikasi suatu barang sebagai berasal dari wilayah salah satu anggota, atau suatu daerah di dalam wilayah tersebut, di mana tempat asal barang tersebut merupakan hal yang sangat penting bagi reputasi dari barang yang bersangkutan karena kualitas dan karakteristiknya.⁴¹² Apabila mengamati makna pasal tersebut, ditunjukkan adanya syarat utama, yaitu tanda yang mengidentifikasi suatu barang sebagai berasal dari wilayah salah satu anggota, atau suatu daerah di dalam wilayah tersebut, di mana tempat asal barang tersebut.

⁴⁰⁹ Zen Umar Purba, *Peta Mutakhir Hak Kekayaan Intelektual Indonesia*. Direktorat Jenderal Hak Kekayaan Intelektual. Departemen Kehakiman dan Hak Asasi Manusia, 2000, hal. 1.

⁴¹⁰ Arimbi Heroepoetri, *Aspek Hukum Hak Kekayaan Intelektual dan Masyarakat Adat*, WALHI, Jakarta, 1998, hal. 1.

⁴¹¹ H.O.K Saidin, *Aspek Hukum Hak Kekayaan Intelektual*, PTRaja Grafindo Persada, Cetakan ke IV, Jakarta, 2004, hal. 386.

⁴¹² *Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)*. Annex 1 C.

a. Hak Cipta

a.i Subyek Hak Cipta

Subyek hak cipta adalah pencipta dan pemegang hak cipta. Pencipta adalah seorang atau beberapa orang yang secara sendiri-sendiri atau bersama-sama menghasilkan suatu ciptaan yang bersifat khas dan pribadi. Sedangkan pemegang Hak Cipta adalah pencipta sebagai pemilik Hak Cipta, pihak yang menerima hak tersebut secara sah dari Pencipta atau pihak lain yang menerima lebih lanjut hak dari pihak yang menerima hak tersebut secara sah. Pencipta adalah orang yang namanya disebut dalam Ciptaan, disebutkan dalam surat pencatatan ciptaan, dan/atau tercantum dalam daftar umum Ciptaan sebagai Pencipta (pasal 31).

Negara adalah pemegang Hak Cipta atas ekspresi budaya negara. Negara untuk kepentingan Pencipta juga sebagai pemegang Hak Cipta atas Ciptaan yang tidak diketahui Penciptanya dan Ciptaan tersebut belum dilakukan Pengumuman, dan Negara sebagai pemegang Hak Cipta atas Ciptaan yang telah diterbitkan tetapi tidak diketahui Penciptanya dan pihak yang melakukan Pengumuman.

a.ii Obyek Hak Cipta

Obyek Hak Cipta meliputi Ciptaan dalam bidang ilmu pengetahuan, seni, dan sastra, terdiri atas;

- a. Buku, pamphlet, perwajahan karya tulis yang diterbitkan, dan semua hasil karya tulis lainnya;
- b. Ceramah, kuliah, pidato, dan Ciptaan sejenis lainnya;
- c. Alat peraga yang dibuat untuk kepentingan pendidikan dan ilmu pengetahuan;
- d. Lagu dan/atau musik dengan atau tanpa teks;
- e. Drama, drama musical, tari, koreografi, pewayangan, dan pantomim;
- f. Karya seni rupa dalam segala bentuk seperti lukisan, gambar, ukiran, kaligrafi, seni pahat, patung, atau kolase;
- g. Karya seni terapan;
- h. Karya arsitektur;
- i. Peta;
- j. Karya seni batik atau seni motif lain;
- k. Karya fotografi;
- l. Potret;
- m. Karya sinematografi;
- n. Terjemahan, tafsiran, saduran, bunga rampai, basis data, adaptasi, aransemen, modifikasi dari karya lain dari hasil transformasi;
- o. Terjemahan, adaptasi, aransemen, transformasi, atau modifikasi ekspresi budaya tradisional;
- p. Kompilasi Ciptaan atau data, baik dalam format yang dapat dibaca dengan Program Komputer maupun media lainnya;
- q. Kompilasi ekspresi budaya tradisional selama kompilasi tersebut merupakan karya yang asli;
- r. Permain video; dan
- s. Program Komputer.

a.iii Masa Berlaku

Masa Berlaku hak cipta bervariasi antara 25 sampai 50 tahun. Untuk Ciptaan berupa karya seni terapan berlaku selama 25 tahun dan hak cipta atas ciptaan lainnya berlaku selama 50 tahun (Pasal 59). Sementara hak cipta yang dipegang atau dilaksanakan oleh Negara berlaku tanpa batas waktu. Kecuali hak cipta yang diatur dalam pasal 39, ini berlaku selama 50 tahun (Pasal 60).

b. Hak Paten

b.i Subyek Hak Paten

Subyek hak paten adalah inventor dan pemegang paten. Inventor adalah seorang atau beberapa orang yang secara bersama-sama melaksanakan ide yang dituangkan kedalam kegiatan yang menghasilkan invensi. Sementara pemegang paten adalah inventor sebagai pemilik hak paten, pihak yang menerima hak atas Paten tersebut dari pemilik Paten, atau pihak lain yang menerima lebih lanjut hak atas paten tersebut dari pemilik Paten, atau pihak lain yang menerima lebih lanjut hak atas Paten tersebut yang terdaftar dalam daftar umum Paten.

b.ii Obyek hak Paten

Invensi merupakan obyek hak paten, yaitu ide inventor yang dituangkan kedalam suatu kegiatan pemecah masalah yang spesifik di bidang teknologi berupa produk atau proses atau penyempurnaan dan pengembangan produk atau proses. Invensi dianggap baru jika pada Tanggal Penerimaan, Invensi tersebut tidak sama dengan teknologi yang diungkapkan sebelumnya (Pasal 5). Paten hanya dapat diberikan untuk invensi yang baru, di mana mengandung langkah inventif, dan dapat diterapkan dalam industri (Pasal 3 ayat (1)). Sedangkan paten sederhana dapat dimintakan untuk invensi baru yang merupakan pengembangan dari produk atau proses yang telah ada, dan dapat diterapkan dalam industri. (Pasal 3 ayat (2))

Namun demikian ada pembatasan pemberian paten. Undang-undang Paten menggariskan bahwa paten tidak diberikan untuk:

- a. Invensi tentang proses atau produk yang pengumuman dan penggunaan atau pelaksanaannya bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku, ketertiban umum atau kesusilaan;
- b. Invensi tentang metode pemeriksaan, perawatan, pengobatan, dan pembedahan yang diterapkan terhadap manusia dan hewan;
- c. Invensi tentang teori dan metode di bidang ilmu pengetahuan dan matematika;
- d. Invensi tentang makhluk hidup, kecuali jasa renik
- e. Invensi tentang proses biologis yang esensial untuk memproduksi tanaman atau hewan, kecuali proses nonbiologis atau proses mikrobiologis.

b.iii Masa Berlaku Hak Paten

Umumnya masa berlaku hak paten adalah 20 tahun terhitung sejak tanggal penerimaan permintaan paten (Pasal 22). Khusus untuk paten sederhana diberikan jangka waktu sampai 10 tahun sejak tanggal diberikan Surat Paten Sederhanan (Pasal 23).

c. Hak merek

c.i Subjek Hak Merek

Subyek hak merek adalah pemilik merek yang terdaftar dalam Daftar Umum Merek untuk jangka waktu tertentu menggunakan sendiri merek tersebut atau membuat izin kepada seseorang atau beberapa orang secara bersama-sama atau badan hukum. Pemilik merek dapat terdiri satu orang, atau bersama-sama atau badan hukum.

c.ii Jenis Merek

Undang-undang Merek mengenal 3 jenis merek, yaitu merek dagang, merek jasa dan merek kolektif. Merek dagang adalah merek yang digunakan pada barang yang diperdagangkan oleh seseorang atau beberapa orang secara bersama-sama atau badan hukum untuk membedakan dengan barang-barang sejenis lainnya.

Merek jasa adalah merek yang digunakan pada jasa yang diperdagangkan oleh seseorang atau beberapa orang secara bersama-sama atau badan hukum untuk membedakan dengan jasa-jasa sejenis lainnya. Sedangkan merek kolektif adalah merek yang digunakan pada barang atau jasa dengan karakteristik yang sama yang diperdagangkan oleh beberapa orang atau badan hukum secara bersama-sama untuk membedakan dengan barang atau jasa sejenis lainnya.

Khusus untuk merek kolektif, beberapa pendapat para ahli menganggap tidak dapat dikategorikan sebagai jenis merek, karena merek kolektif ini sebenarnya juga terdiri dari merek jasa dan merk dagang

c.iii Jangka Waktu Perlindungan

Undang-undang yang memuat ketentuan-ketentuan tentang merek pertama kali dikenal dengan diundangkannya Undang-Undang No. 21 Tahun 1961 tentang "Merek Perusahaan dan Perniagaan". Undang-undang ini dikenal dengan sebutan Undang-Undang Merek dan merupakan perubahan tentang ketentuan yang mengatur tentang merek sejak zaman kolonial dahulu yang disebut "*Reglement Industrial Eigendom Kolonial*".

Merek terdaftar mendapat perlindungan hukum untuk jangka waktu 10 tahun dan berlaku surut sejak tanggal penerimaan permintaan pendaftaran merek yang bersangkutan (Pasal 35 ayat (1)). Jangka waktu perlindungan merek dapat diperpanjang setiap kali untuk jangka waktu yang sama, atas permintaan pemilik merek. Permintaan tersebut ditujukan ke Kantor Merek dan diajukan secara elektronik atau non-elektronik oleh pemilik atau kuasanya dalam jangka waktu sekurang-kurangnya 6 bulan dan tidak lebih dari 12 bulan sebelum berakhirnya jangka waktu perlindungan bagi merek yang terdaftar tersebut (Pasal 35 ayat (2), (3), (4)).

HAKI sering menjadi topik yang kontroversial dalam hukum persaingan karena hak monopoli yang diberikannya adalah legal sesuai dengan ketentuan undang-undang. HAKI memberikan beberapa beberapa nilai ekonomi pada pemilik atau penemunya yaitu:

1. sebagai hak milik yang bersifat alamiah atau natural;
2. sebagai insentif di mana penemu atau pemilik berhak menerima kompensasi sebagai keberhasilan usaha mereka yang menguntungkan konsumen;
3. sebagai kelanjutan insentif di mana penemu atau pemilik akan terus melakukan penemuan atau peningkatan terhadap temuan awalnya.

HAKI merupakan benda yang bersifat tidak berwujud sehingga perlu mendapat perlindungan hukum, kalau tidak maka penumpang gelap (*free rider*) akan menggunakan kesempatan untuk menikmati hasil temuannya tanpa perlu mengeluarkan biaya. Oleh sebab itu, pencegahan dapat dilakukan dengan jalan:

1. memberikan hak yang dilakukan oleh pemerintah maupun peraturan perundang-undangan;
2. menjamin hal para penemu untuk melindungi penemuannya, kebebasan untuk menjual, menyewakan temuan atau hak-nya termasuk menikmati keuntungan yang bersifat eksklusif.

Dalam hal ini HAKI mengadopsi pilihan yang kedua karena diberikan ijin untuk melindungi temuannya sebagaimana hak milik yang dapat diperlakukan sebagai produk dengan mempertimbangkan adanya permintaan dan penawaran selayaknya hukum pasar. Pada umumnya penggunaan ijin atau kepemilikan HAKI bukanlah berarti secara absolut melanggar hukum persaingan tetapi diprediksi hak kepemilikannya dapat menjadi masalah bila tidak diatur dengan baik dan benar. Kemungkinan terjadinya pelanggaran ini dapat terjadi melalui:

1. Bila HAKI didapatkan hanya dalam bidang tertentu maka dapat berakibat pada upaya memonopoli;
2. Pemberian hak paten dapat saja menghambat persaingan bila dipergunakan dengan cara yang tidak benar dan disalahgunakan maka dapat mengakibatkan timbulnya hambatan dan diskriminasi (yang dilarang dalam hukum persaingan);
3. Pelaku usaha pesaing dapat secara tidak benar atau dengan sengaja melakukan apa yang disebut dengan “*pool*” (mengumpulkan) paten/HAKI.

Oleh sebab itu walaupun kepemilikan mutlak yang mendekati monopoli yang diijinkan tetapi pembatasan tetap dibutuhkan. Pembatasan HAKI dapat dilakukan dengan cara berikut ini.

1. Hak yang diberikan: Undang-Undang HAKI tidak memberikan kepada penemu atau pemilik HAKI kepemilikan yang mutlak tetapi memberikan beberapa hak tertentu, misalnya pemilik paten dapat membatasi orang lain untuk membuat, menggunakan atau menjualnya;
2. Ruang Lingkup: HAKI hanya melindungi bagian tertentu dari penemuan, seperti hak paten hanya memberikan perlindungan kepada paten yang diajukan atau didaftarkan;
3. Waktu: HAKI memberikan batasan waktu dan akan berakhir setelah periode tertentu (hak paten dan hak cipta) atau bila timbulnya keadaan tertentu (merek atau hak cipta);

Oleh sebab itu bagaimana sebaiknya batasan pengecualian diberikan dalam undang-undang persaingan? Dampak kekhawatiran terjadinya monopoli, sementara HAKI merupakan hak yang legal untuk memonopoli yang dijamin oleh undang-undang. HAKI yang legal dan sah dapat dijadikan alasan pembenaran bila pasar yang diduga dimonopoli tersebut didukung oleh HAKI yang sah pula. Pertanyaan yang timbul adalah apakah monopoli tersebut berifat absolut atau tidak? Dalam beberapa keadaan, tujuan kepemilikan HAKI akan sangat menentukan.

Di samping itu pemberian ijin untuk menjual oleh pemilik HAKI kepada pihak lain untuk menggunakan HAKI dianggap efisien dan mengurangi upaya monopolisasi HAKI. Tetapi bila tidak hati-hati, maka pemberian hak atau ijin yang tertuang dalam perjanjian dapat dikategorikan sebagai tindakan yang menghambat persaingan karena memberikan para pihak keuntungan ekonomi.

Dengan kata lain, pembatasan mutlak diperlukan untuk menghindari penyalahgunaan. Pembatasan dapat dilakukan dengan jalan pembatasan pada pemilik HAKI di mana pihak yang

membeli HAKI (terutama paten) dapat menjual kembali tanpa berarti melanggar HAKI karena pemilik dianggap telah menikmati hak monopolinya sebelum menjualnya. Adanya pembatasan dalam perjanjian penetapan harga jual kembali antara pemilik HAKI dan pembeli atau penerima haruslah dibatasi (walaupun rasionalnya sudah tentu pemilik HAKI berkeinginan untuk membatasi persaingan dengan penerima atau pembeli). Di samping itu antara pemilik dan pembeli atau penerima HAKI (hak paten) sudah tentu dilarang untuk melakukan perjanjian penetapan harga, membagi wilayah atau melakukan boikot serta tidak dapat melakukan perjanjian yang bersifat eksklusif di antara mereka.

Hal lain yang berkaitan antara HAKI dengan undang-undang persaingan adalah mengenai apa yang disebut dengan "grant back clauses" (kewajiban untuk tetap menjual hak paten yang akan ditingkatkan atau diperbaharui kepada satu pihak saja) atau akumulasi dari hak paten. Hal ini dianggap sebagai pelanggaran hukum persaingan karena adanya upaya untuk memperpanjang atau memperluas monopoli dalam hak paten tersebut. Di samping itu HAKI juga dapat berakibat pada kemungkinan terjadinya perjanjian eksklusif antara pemilik HAKI dengan para distributor yang setuju untuk tidak menjual produk mereka yang dianggap bersaing dengan produk lain sehingga dapat dikategorikan sebagai penyalahgunaan hak paten.

Kemungkinan lain adalah terjadinya perjanjian tertutup di mana penerima hak paten tidak dapat memperluas hak monopolinya dengan memaksa pelanggan untuk membeli produk yang tidak mempunyai paten ketika mereka menginginkan justru sebaliknya. Di samping itu apa yang disebut dengan "block booking" yaitu di mana penerima atau pembeli hak paten dipaksa untuk membeli beberapa hak paten padahal yang dibutuhkannya hanya satu. Dengan melihat begitu banyak kompleksitas yang dapat timbul dari hubungan antara HAKI dan pengecualian, maka pengecualian yang ditetapkan dalam undang-undang hukum persaingan harus diberikan pedoman yang jelas.

Oleh sebab itu dalam menentukan bagaimana HAKI dapat diberikan pengecualian dalam undang-undang persaingan haruslah dengan tetap mempertimbangkan bahwa pengecualian ini tidak bersifat mutlak. Perlu juga dipastikan bahwa HAKI yang mempunyai sifat alamiah diberikan hak monopoli tidak dipergunakan justru sebagai cara atau alat untuk mempertahankan atau memperluas pasar yang memang sudah dimonopoli atau bahkan memperkuat posisi dominannya.

Pada bulan Mei 2009, KPPU mengeluarkan Peraturan Komisi No. 2 Tahun 2009 dan Pedoman tentang Ketentuan Pasal 50 huruf b UU No. 5 Tahun 1999 mengenai Pengecualian Perjanjian HAKI. Berikut ini adalah rangkuman dari penjelasan isi pedoman tersebut.

KPPU menjelaskan dalam Pedoman bahwa ada tiga hal yang perlu diperdalam dari rumusan Pasal 50 huruf b tersebut. Pertama, penyebutan istilah 'lisensi' yang diikuti dengan istilah 'paten, merek dagang, hak cipta...dan seterusnya' seolah-olah menempatkan lisensi sebagai salah satu jenis hak dalam rezim hukum HAKI, padahal sesungguhnya tidaklah demikian adanya. Lisensi adalah salah satu jenis perjanjian dalam lingkup rezim hukum HAKI yang dapat diaplikasikan di semua jenis hak dalam rezim hukum HAKI. Kedua, penggunaan istilah merek dagang yang seolah-olah mengesampingkan merek jasa. Padahal maksudnya tidaklah demikian. Istilah 'merek dagang' dalam pasal tersebut digunakan sebagai padanan dari bahasa Inggris *trademark*; namun yang dimaksud dari istilah tersebut adalah mencakup merek dagang dan merek jasa. Ketiga, istilah 'rangkai elektronik terpadu' bukanlah salah satu jenis hak yang terdapat dalam rezim HAKI. Jenis hak yang benar adalah hak atas desain tata letak sirkuit terpadu.

Oleh sebab itu KPPU dalam Pedomannya menyatakan bahwa Pasal 50 huruf b menjelaskan: Pertama, bahwa perjanjian yang berkaitan dengan hak kekayaan intelektual yang dimaksud dalam pasal tersebut adalah perjanjian lisensi yang berada dalam lingkup hak paten, hak merek, hak cipta,

hak desain industri, hak desain tata letak sirkuit terpadu, dan hak rahasia dagang. Kedua, bahwa istilah 'merek dagang' hendaknya dimaknai sebagai merek yang mencakup merek dagang dan merek jasa. Ketiga, bahwa istilah 'rangkaian elektronik terpadu' hendaknya dimaknai sebagai desain tata letak sirkuit terpadu.

Hukum persaingan dan HAKI dianggap sebagai ketentuan hukum yang bersifat komplementer atau saling mengisi untuk keharmonisan sistem hukum nasional Indonesia. Kesamaan yang dimiliki oleh kedua rezim hukum tersebut di antaranya ialah pada tujuannya yaitu untuk memajukan sistem perekonomian nasional di era perdagangan bebas dan globalisasi, mendorong inovasi dan kreatifitas, serta untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat.

Walaupun pada kenyataannya HAKI dapat memberikan hak eksklusifitas (bahkan memonopoli) sebagai insentif dari penemuan HAKI tersebut. Di samping itu yang mungkin terjadi sebagaimana dijelaskan dalam Pedoman KPPU adalah: Pertama, pemusatan kekuatan ekonomi dapat terjadi ketika pemegang hak menjadi satu-satunya pihak yang mengadakan usaha untuk itu atau ketika pemegang hak hanya menunjuk perusahaan tertentu saja sebagai penerima lisensi. Kedua, penguasaan atas produksi dan/atau pemasaran dapat terjadi ketika barang dan/atau jasa tersebut hanya dibuat dan/atau dipasarkan oleh pemegang hak dan penerima lisensinya. Ketiga, persaingan usaha tidak sehat dapat terjadi ketika kegiatan usaha pemegang hak dan/atau penerima lisensi dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha. Keempat, kerugian terhadap kepentingan umum dapat terjadi ketika kegiatan usaha pemegang hak dan/atau penerima lisensi dipandang dapat mencederai kepentingan orang banyak. Namun demikian, untuk dapat efektif melakukan praktik monopoli pemegang hak harus secara aktif melakukan upaya hukum terhadap para pelaku pelanggaran HAKI yang dianggap mencederai hak eksklusifnya.

Berdasarkan asas dan tujuan diatur dalam Pasal 2 dan Pasal 3 UU No. 5 Tahun 1999 maka asas yang dimaksud ialah bahwa pelaku usaha di Indonesia dalam menjalankan kegiatan usahanya berasaskan demokrasi ekonomi dengan memperhatikan keseimbangan antara kepentingan pelaku usaha dan kepentingan umum. Sedangkan, tujuan yang dimaksud adalah:

- a. menjaga kepentingan umum dan meningkatkan efisiensi ekonomi nasional sebagai salah satu upaya untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat;
- b. mewujudkan iklim usaha yang kondusif melalui pengaturan persaingan usaha yang sehat, sehingga menjamin adanya kepastian kesempatan berusaha yang sama bagi pelaku usaha besar, pelaku usaha menengah, dan pelaku usaha kecil;
- c. mencegah praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat yang ditimbulkan oleh pelaku usaha; dan
- d. terciptanya efektivitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha."

Dengan demikian pengecualian yang diatur dalam Pasal 50 huruf b harus dimaknai secara selaras dan tidak boleh bertentangan dengan ketentuan dalam asas dan tujuan yang diatur dalam Pasal 2 dan 3 UU No. 5 Tahun 1999.

d. Perjanjian Lisensi

Perjanjian lisensi adalah perjanjian antara dua pihak atau lebih, yang mana satu pihak yaitu pemegang hak bertindak sebagai pihak yang memberikan lisensi, sedangkan pihak yang lain bertindak sebagai pihak yang menerima lisensi. Pengertian lisensi itu sendiri adalah izin untuk menikmati manfaat ekonomi dari suatu obyek yang dilindungi HAKI untuk jangka waktu tertentu. Sebagai imbalan

atas pemberian lisensi tersebut, penerima lisensi wajib membayar royalti dalam jumlah tertentu dan untuk jangka waktu tertentu. Mengingat hak ekonomis yang terkandung dalam setiap hak eksklusif adalah banyak macamnya, maka perjanjian lisensi pun dapat memiliki banyak variasi.

Ada perjanjian lisensi yang memberikan izin kepada penerima lisensi untuk menikmati seluruh hak eksklusif yang ada, tetapi ada pula perjanjian lisensi yang hanya memberikan izin untuk sebagian hak eksklusif saja, misalnya lisensi untuk produksi saja, atau lisensi untuk penjualan saja.

Perjanjian lisensi harus dibuat secara tertulis dan harus ditandatangani oleh kedua pihak. Perjanjian lisensi sekurang-kurangnya memuat informasi tentang:

1. tanggal, bulan dan tahun tempat dibuatnya perjanjian lisensi;
2. nama dan alamat lengkap serta tanda tangan para pihak yang mengadakan perjanjian lisensi;
3. obyek perjanjian lisensi;
4. Jangka waktu perjanjian lisensi;
5. dapat atau tidaknya jangka waktu perjanjian lisensi diperpanjang;
6. pelaksanaan lisensi untuk seluruh atau sebagian dari hak eksklusif;
7. jumlah royalti dan pembayarannya;
8. dapat atau tidaknya penerima lisensi memberikan lisensi lebih lanjut kepada pihak ketiga;
9. batas wilayah berlakunya perjanjian lisensi, apabila diperjanjikan; dan
10. dapat atau tidaknya pemberi lisensi melaksanakan sendiri karya yang telah dilisensikan.

Sesuai dengan ketentuan dalam paket undang-undang tentang HAKI, maka suatu perjanjian lisensi wajib dicatatkan pada Direktorat Jenderal Hak Kekayaan Intelektual yang kemudian dimuat dalam Daftar Umum dengan membayar biaya yang besarnya ditetapkan dengan Keputusan Menteri. Namun, jika perjanjian lisensi tidak dicatatkan, maka perjanjian lisensi tidak mempunyai akibat hukum terhadap pihak ketiga, yang dengan sendirinya tidak termasuk kategori pengecualian sebagaimana dimaksud dalam pedoman ini.

Perjanjian lisensi dapat dibuat secara khusus, misalnya tidak bersifat eksklusif. Apabila dimaksudkan demikian, maka hal tersebut harus secara tegas dinyatakan dalam perjanjian lisensi. Jika tidak, maka perjanjian lisensi dianggap tidak memakai syarat noneksklusif. Oleh karenanya pemegang hak atau pemberi lisensi pada dasarnya masih boleh melaksanakan sendiri apa yang dilisensikannya atau memberi lisensi yang sama kepada pihak ketiga yang lain.

Perjanjian lisensi dilarang memuat ketentuan yang langsung maupun tidak langsung dapat menimbulkan akibat yang merugikan perekonomian Indonesia atau memuat pembatasan yang menghambat kemampuan bangsa Indonesia dalam menguasai dan mengembangkan teknologi pada umumnya (referensi undang-undang Paten). Pendaftaran dan permintaan pencatatan perjanjian lisensi yang memuat ketentuan atau memuat hal yang demikian harus ditolak oleh Direktorat Jenderal Hak Kekayaan Intelektual.

Berdasarkan pada paparan tersebut di atas, setiap orang hendaknya memandang bahwa perjanjian lisensi yang dimaksud dalam Pasal 50 huruf b adalah perjanjian lisensi yang telah sesuai dengan persyaratan yang ditentukan dalam ketentuan hukum HAKI. Perjanjian lisensi yang belum memenuhi persyaratan tidak masuk dalam pengertian perjanjian yang dikecualikan dari ketentuan hukum persaingan usaha.

e. Batasan Pemberlakuan Pengecualian

Secara harfiah makna dari 'pengecualian' adalah tidak memberlakukan suatu aturan yang seharusnya diberlakukan. Dalam konteks hukum persaingan usaha yang pada intinya mengatur mengenai

larangan-larangan bagi pelaku usaha dalam kaitannya dengan perjanjian, kegiatan, dan posisi dominan, ketentuan 'pengecualian' seolah-olah berarti tidak memberlakukan secara mutlak ketentuan tentang larangan-larangan tersebut terhadap para pihak yang bersangkutan. Sesungguhnya hal tersebut tidaklah tepat, karena jika larangan-larangan tersebut tidak diberlakukan maka pelaksanaan persaingan usaha yang terjadi kelak dapat merupakan praktik monopoli atau persaingan usaha yang tidak sehat yang sesungguhnya sesuatu yang hendak dicegah dan diberantas dengan adanya undang-undang persaingan usaha.

Oleh karena itu, agar ketentuan 'pengecualian' tersebut selaras dengan asas dan tujuan pembentukan undang-undang persaingan usaha, maka setiap orang hendaknya memandang ketentuan 'pengecualian' tersebut tidak secara harfiah atau sebagai pembebasan mutlak dari segenap larangan yang ada. Setiap orang hendaknya memandang 'pengecualian' tersebut dalam konteks sebagai berikut:

1. Bahwa perjanjian lisensi HAKI tidak secara otomatis melahirkan praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat;
2. Bahwa praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat yang timbul akibat pelaksanaan perjanjian lisensi adalah kondisi yang hendak dicegah melalui hukum persaingan usaha;
3. Bahwa untuk memberlakukan hukum persaingan usaha terhadap pelaksanaan perjanjian lisensi HAKI haruslah dibuktikan: (a) perjanjian lisensi HAKI tersebut telah sesuai dengan persyaratan yang ditetapkan dalam perundang-undangan HAKI, dan (b) adanya kondisi yang secara nyata menunjukkan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat;
4. Bahwa pengecualian dari ketentuan hukum persaingan usaha terhadap perjanjian lisensi HAKI hanya diberlakukan dalam hal perjanjian lisensi HAKI yang bersangkutan tidak menampakkan secara jelas sifat antipersaingan usaha.

Dalam konteks tersebut maka langkah-langkah yang dilakukan untuk menganalisis apakah suatu perjanjian lisensi merupakan pengecualian yang dikecualikan adalah sebagai berikut:

1. Pertama, sebelum diperiksa lebih lanjut perlu diperjelas mengenai hal yang akan dianalisa mengenai kemungkinan penerapan pengecualian Pasal 50 huruf b. Apabila yang menjadi masalah ialah penolakan untuk memberikan lisensi dan bukan lisensi itu sendiri maka perlu dianalisa HAKI yang dimintakan lisensinya dapat dikategorikan merupakan prasarana yang sangat penting (*essential facilities*). Apabila tidak termasuk kategori *essential facilities* maka pengecualian dapat diberikan, namun sebaliknya apabila termasuk kategori *essential facilities* maka tidak dapat diberikan pengecualian sehingga ditindaklanjuti mengenai kemungkinan pelanggaran UU No. 5 Tahun 1999.
2. Kedua, hal yang perlu diperiksa adalah apakah perjanjian yang menjadi pokok permasalahan adalah perjanjian lisensi HAKI. Apabila perjanjian tersebut bukan perjanjian lisensi HAKI, maka pengecualian tidak berlaku.
3. Ketiga, perlu diperiksa apakah perjanjian lisensi HAKI tersebut telah memenuhi persyaratan menurut undang-undang, yaitu berupa pencatatan di Direktorat Jenderal Hak Kekayaan Intelektual. Apabila perjanjian lisensi HAKI tersebut belum dicatatkan, maka pengecualian tidak berlaku.
4. Keempat, perlu diperiksa apakah dalam perjanjian lisensi HAKI tersebut terdapat klausul-klausul yang secara jelas mengandung sifat antipersaingan. Apabila indikasi yang jelas tidak ditemukan, maka terhadap perjanjian lisensi HAKI tersebut berlaku pengecualian dari ketentuan-ketentuan hukum persaingan usaha.

Hal yang perlu dianalisis dari suatu perjanjian lisensi HAKI untuk mendapat kejelasan mengenai ada tidaknya sifat antipersaingan adalah klausul yang terkait dengan kesepakatan eksklusif (*exclusive dealing*). Dalam pedoman ini, perjanjian lisensi HAKI yang dipandang mengandung unsur kesepakatan eksklusif adalah yang di antaranya mengandung klausul mengenai:

1. Penghimpunan Lisensi (*Pooling Licensing*) dan Lisensi Silang (*Cross Licensing*);
2. Pengikatan Produk (*Tying Arrangement*);
3. Pembatasan dalam bahan baku;
4. Pembatasan dalam produksi dan penjualan;
5. Pembatasan dalam harga penjualan dan harga jual kembali;
6. Lisensi Kembali (*Grant Back*).

Hal yang penting untuk diperhatikan, bahwa adanya satu atau lebih dari satu unsur di atas dalam suatu perjanjian lisensi HAKI tidaklah menunjukkan bahwa perjanjian lisensi HAKI tersebut secara serta merta memiliki sifat antipersaingan. Harus ada kondisi tertentu yang harus diperiksa dari masing-masing klausul tersebut untuk menentukan apakah klausul tersebut mengandung sifat antipersaingan.

Lebih lanjut, di bawah ini diuraikan hal-hal yang perlu dipertimbangkan dalam menganalisa suatu klausul kesepakatan eksklusif, sebagai berikut:

1. Penghimpunan lisensi (*pooling licensing*) dan lisensi silang (*cross licensing*)
 Penghimpunan Lisensi (*pooling licensing*) merupakan tindakan para pelaku usaha untuk saling bekerja sama dengan para mitra usahanya untuk menghimpun lisensi HAKI terkait komponen produk tertentu. Sedangkan, Lisensi silang (*cross-licensing*) merupakan tindakan saling melisensikan HAKI antar para pelaku usaha dengan mitranya, biasanya hal tersebut dilakukan dalam kegiatan *research and development* (R&D). Dengan melakukan Penghimpunan lisensi dan/ atau lisensi silang para pelaku usaha dapat mengurangi biaya transaksi (*transaction cost*) hak eksklusif yang pada akhirnya membuat produk yang dihasilkan menjadi lebih murah.

Dalam menganalisis apakah klausul mengenai penghimpunan lisensi dan lisensi silang bersifat antipersaingan usaha atau tidak, maka setiap pihak hendaknya memandang bahwa pemberi lisensi (*licensor*) pada prinsipnya dapat melakukan penghimpunan lisensi dan lisensi silang untuk mengefisienkan kegiatan usahanya. Namun demikian, apabila dari tindakan tersebut membuat produksi atau pemasaran terhadap suatu produk dikuasai secara dominan oleh suatu pelaku usaha, sehingga pelaku usaha lain sulit untuk bersaing secara efektif, maka klausul tersebut dapat dipandang sebagai klausul yang jelas bersifat antipersaingan usaha.

2. Pengikatan produk (*tying arrangement*)
 Dalam menganalisis apakah klausul mengenai pengikatan produk bersifat antipersaingan usaha atau tidak, setiap pihak hendaknya memandang bahwa *licensor* pada prinsipnya dapat menggabungkan dua atau lebih produknya yang telah dilindungi HAKI untuk diperdagangkan kepada masyarakat. Namun demikian, konsumen tetaplah harus diberikan pilihan untuk membeli salah satu produk saja.

Oleh karena itu, klausul yang mengatur tentang penggabungan produk yang disertai dengan keharusan bagi penerima lisensi untuk menjual produk tersebut sebagai satu kesatuan kepada

konsumen, sehingga konsumen tidak dapat membeli salah satu produk saja, maka dapat dipandang sebagai klausul yang jelas bersifat antipersaingan usaha.

3. Pembatasan dalam bahan baku

Dalam menganalisis apakah klausul mengenai pembatasan bahan baku bersifat antipersaingan usaha atau tidak, maka setiap pihak hendaknya memandang bahwa pemberi lisensi (*licensor*) pada prinsipnya dapat memberikan pembatasan kepada penerima lisensi (*licensee*) mengenai kualitas bahan baku yang digunakan. Hal ini dipandang perlu untuk memaksimalkan fungsi teknologi, menjaga keselamatan, dan untuk mencegah bocornya rahasia.

Walaupun demikian, setiap pihak pun hendaknya memahami bahwa pembatasan terhadap sumber penyedia bahan baku dapat mengakibatkan tidak adanya kebebasan bagi *licensee* untuk memilih kualitas bahan baku dan pemasok (*supplier*) bahan baku; yang pada akhirnya dapat membuat pelaksanaan perjanjian lisensi tersebut justru tidak efisien secara ekonomi.

Selain itu, pembatasan tersebut juga dapat merugikan perusahaan-perusahaan yang menyediakan bahan baku, karena menghambat akses ke pasar tersebut. Oleh karena itu, klausul dalam perjanjian lisensi yang memuat kewajiban *licensee* untuk menggunakan bahan baku dari sumber yang ditentukan oleh *licensor* secara eksklusif, padahal bahan baku serupa telah tersedia di dalam negeri dalam jumlah dan harga yang memadai serta dengan kualitas yang sama, dapat dipandang sebagai klausul yang jelas bersifat anti persaingan usaha.

Dalam menganalisis apakah klausul mengenai pembatasan dalam proses produksi bersifat antipersaingan usaha atau tidak, setiap pihak hendaknya memandang bahwa pada prinsipnya *licensor* dapat memberikan pembatasan bagi *licensee* dalam hal proses produksi atau penjualan produk yang bersaing dengan produk milik *licensor*. Dalam hal pembatasan tersebut dibuat berdasarkan maksud untuk menjaga kerahasiaan *know how*, atau untuk mencegah penggunaan teknologi secara tidak sah, maka pembatasan tersebut dapat dianggap tidak termasuk mengganggu persaingan usaha. Tetapi, apabila pembatasan tersebut akan menghambat *licensee* dalam menggunakan teknologi secara efektif, maka pembatasan tersebut dapat menghilangkan para pesaing dari kesempatan dalam perdagangan.

Oleh karena itu, klausul dalam perjanjian lisensi yang memuat pembatasan dalam hal proses produksi atau penjualan produk yang bersaing dengan produk milik *licensor*, sehingga menghambat *licensee* dalam menggunakan teknologi secara efektif, dapat dipandang sebagai klausul yang secara jelas bersifat antipersaingan usaha.

4. Pembatasan dalam produksi dan penjualan

Dalam menganalisis apakah klausul mengenai pembatasan dalam penjualan bersifat antipersaingan usaha atau tidak, setiap pihak hendaknya memandang bahwa pada prinsipnya *licensor* dapat menetapkan pembatasan terhadap wilayah atau jumlah produk yang diproduksi dengan menggunakan teknologi milik *licensee* yang boleh di pasarkan. Walaupun demikian, setiap pihak pun hendaknya memahami bahwa apabila pembatasan tersebut membuat *licensee* tidak dapat melakukan inovasi teknologi, maka hal tersebut dapat membuat pengembangan produk menjadi tidak efisien.

Oleh karena itu, klausul dalam perjanjian lisensi yang memuat pembatasan wilayah dan jumlah produk yang dapat dipasarkan yang terbukti menghambat *licensee* dalam melakukan inovasi

teknologi, sehingga pengembangan produk menjadi tidak efisien, dapat dipandang sebagai klausul yang jelas bersifat antipersaingan usaha.

5. Pembatasan dalam harga penjualan dan harga jual kembali
 Dalam menganalisis apakah klausul mengenai pembatasan harga jual dan harga jual kembali bersifat antipersaingan usaha atau tidak, setiap pihak hendaknya memandang bahwa *licensor* dapat menentukan pada tingkat harga berapa produknya dapat di pasarkan sesuai dengan rasionalitas investasi dari produk yang bersangkutan. Walaupun demikian, setiap pihak pun hendaknya memahami bahwa pembatasan harga tersebut dapat mengakibatkan pembatasan persaingan kegiatan bisnis antara *licensee* dan distributor yang akan berdampak pada berkurangnya persaingan, yang pada akhirnya hal tersebut dapat membuat pengembangan produk menjadi tidak efisien.

Oleh karena itu, klausul dalam perjanjian lisensi yang memuat pembatasan harga jual dan harga jual kembali dengan cara menetapkan harga bawah, dapat dipandang sebagai klausul yang jelas bersifat anti persaingan usaha.

6. Lisensi kembali (*grant back*)
 Lisensi kembali (*Grant-back*) merupakan salah satu ketentuan dalam suatu perjanjian lisensi di mana penerima lisensi (*licensee*) disyaratkan untuk selalu membuka dan mentransfer informasi kepada pemberi lisensi (*licensor*) mengenai seluruh perbaikan dan pengembangan yang dibuat terhadap produk yang dilisensikan, termasuk di dalamnya *know-how* terkait pengembangan tersebut. Dalam menganalisis apakah klausul mengenai lisensi kembali bersifat antipersaingan usaha atau tidak, setiap pihak hendaknya memandang bahwa tindakan ini menghalangi penerima lisensi untuk memperoleh kemajuan dalam penguasaan teknologi dan mengandung unsur ketidakadilan karena melegitimasi pemberi lisensi untuk selalu memiliki hak atas suatu karya intelektual yang tidak dihasilkannya sendiri.

Oleh karena itu, klausul dalam perjanjian lisensi yang memuat kewajiban lisensi kembali (*Grant-back*), dapat dipandang sebagai klausul yang jelas bersifat anti persaingan usaha.

Pedoman KPPU juga memuat beberapa tolak ukur untuk memastikan penerapan Pasal 50 huruf b dengan menjawab beberapa pertanyaan sebagai berikut:

1. Apakah telah terdapat kesepakatan atau merupakan bentuk penolakan untuk memberikan lisensi (*refusal to license*)?

Sebelum diperiksa lebih lanjut perlu diperjelas mengenai hal yang akan dianalisa mengenai kemungkinan penerapan pengecualian Pasal 50 huruf b. Apabila yang menjadi masalah ialah penolakan untuk memberikan lisensi dan bukan lisensi itu sendiri maka perlu dianalisa HAKI yang dimintakan lisensinya dapat dikategorikan merupakan prasarana yang sangat penting (*essential facilities*). Apabila tidak termasuk kategori *essential facilities* maka pengecualian dapat diberikan, namun sebaliknya apabila termasuk kategori *essential facilities* maka tidak dapat diberikan pengecualian sehingga ditindaklanjuti mengenai kemungkinan pelanggaran UU No. 5 Tahun 1999.

2. Apakah hal yang ingin dikecualikan berbentuk perjanjian lisensi?

Pengecualian Pasal 50 huruf b hanya dapat diberikan pada perjanjian lisensi, sedangkan hal-hal lain yang terkait dengan HAKI maka pengecualian tidak dapat diterapkan sehingga pemeriksaan kasus dilanjutkan untuk memeriksa mengenai kemungkinan terjadinya bentuk praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat.

3. Apakah perjanjian lisensi tersebut telah didaftarkan pada pihak yang berwenang (Dirjen HAKI)?

Sebagaimana diketahui perjanjian lisensi seharusnya dicatatkan di Dirjen HAKI bahkan pada ketentuan terkait hak cipta dapat berpengaruh pada pihak ketiga.⁴¹³ Pada prinsipnya dalam beberapa ketentuan peraturan perundangan terkait HAKI telah melarang adanya ketentuan yang menyebabkan praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat.⁴¹⁴

Ketentuan tersebut serta merta telah menunjukkan konsistensi dengan semangat UU No. 5 Tahun 1999 sehingga pihak Dirjen HAKI seharusnya telah memperhatikan ketentuan tersebut sebelum mencatatkannya, sehingga pemeriksaan awal mengenai kemungkinan bertentangan dengan UU No. 5 Tahun 1999 dapat diminimalkan. Apabila perjanjian lisensi tersebut telah dicatatkan maka terdapat kemungkinan diberikan pengecualian sebagaimana ketentuan pasal 50 huruf b. Sebaliknya, apabila perjanjian lisensi tersebut tidak dicatatkan maka pengecualian tidak dapat diterapkan sehingga pemeriksaan kasus dilanjutkan untuk memeriksa mengenai kemungkinan terjadinya bentuk praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat.

4. Apakah perjanjian lisensi tersebut mencantumkan hal-hal yang bersifat antipersaingan?

Pemeriksaan selanjutnya ialah mengenai kemungkinan perjanjian lisensi tersebut mencantumkan hal-hal yang bersifat antipersaingan. Hal yang paling mudah diidentifikasi ialah ada/tidaknya ketentuan yang bersifat eksklusif, seperti pembatasan bahan baku, *pooling licensing & cross licensing*, *tying arrangement*, pembatasan produksi dan penjualan, pembatasan penjualan dan harga jual kembali, lisensi kembali (*grant back*). Apabila diketemukan hal yang bersifat eksklusif tersebut seterusnya perlu diperiksa mengenai latar belakang, tujuan, alasan dari pencatatan ketentuan tersebut.

Apabila tidak diketemukan sifat antipersaingan dalam perjanjian lisensi tersebut maka penerapan Pasal 50 huruf b UU No. 5 Tahun 1999 dapat dilaksanakan. Dengan kata lain perjanjian lisensi tersebut dikecualikan. Sebaliknya, apabila diketemukan sifat antipersaingan dalam perjanjian lisensi tersebut maka pengecualian tidak dapat diterapkan sehingga pemeriksaan kasus dilanjutkan untuk memeriksa mengenai kemungkinan terjadinya bentuk praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat.

⁴¹³ Lihat Pasal 47 ayat (2) UU No. 19 Tahun 2002 tentang Hak Cipta.

⁴¹⁴ Lihat beberapa ketentuan terkait HAKI antara lain: 1) UU No. 28 Tahun 2014 tentang Hak Cipta menyebutkan "Perjanjian lisensi dilarang memuat ketentuan yang dapat menimbulkan akibat yang merugikan perekonomian Indonesia atau memuat ketentuan yang mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat sebagaimana diatur dalam peraturan perundang-undangan yang berlaku." Pasal UU No. 13 Tahun 2016 tentang Paten menyebutkan perjanjian lisensi tidak boleh memuat ketentuan, baik langsung maupun tidak langsung, yang dapat merugikan perekonomian Indonesia atau memuat pembatasan yang menghambat kemampuan bangsa Indonesia dalam menguasai dan mengembangkan teknologi pada umumnya dan yang berkaitan dengan invensi yang diberi paten tersebut pada khususnya.

f. Perjanjian Waralaba

f.i Latar Belakang

Perkembangan jenis usaha dalam bentuk waralaba di Indonesia telah mengalami kemajuan yang pesat di berbagai bidang, antara lain di bidang makanan siap saji (*fast food*), jasa konsultasi, minimarket, jasa kesehatan, rekreasi dan hiburan, serta sistem pendidikan. Perkembangan jenis usaha dalam bentuk waralaba tidak dapat dihindari seiring dengan pertumbuhan ekonomi yang sangat pesat di era globalisasi. Terkait dengan perkembangan jenis usaha dan bentuk waralaba yang pesat tersebut, pemerintah menyadari perlu untuk memberi ruang gerak bagi perkembangan waralaba agar masyarakat dapat ikut berperan aktif dalam mendorong pertumbuhan ekonomi secara kondusif. Oleh karena itu, dalam UU No. 5 Tahun 1999 diadakan pengecualian untuk berlakunya ketentuan undang-undang tersebut terhadap perjanjian yang berkaitan dengan waralaba, yakni sebagaimana diatur dalam Pasal 50 huruf b.

Pengertian Waralaba, dalam Pasal 1 angka 1 Peraturan Pemerintah No. 42 Tahun 2007 tentang Waralaba, didefinisikan sebagai:

“Hak khusus yang dimiliki oleh orang perseorangan atau badan usaha terhadap sistem bisnis dengan ciri khas usaha dalam rangka memasarkan barang dan/atau jasa yang telah terbukti berhasil dan dapat dimanfaatkan dan/atau digunakan oleh pihak lain berdasarkan perjanjian waralaba.”

Pengertian tersebut secara prinsip berbeda dengan yang didefinisikan dalam Peraturan Pemerintah sebelumnya yakni Peraturan Pemerintah No. 16 Tahun 1997 tentang Usaha Waralaba yang telah dicabut dengan Peraturan Pemerintah No. 42 Tahun 2007 tentang Waralaba. Dalam Pasal 1 angka 1 Peraturan Pemerintah No. 16 Tahun 1997 tentang Usaha Waralaba, Waralaba didefinisikan adalah:

“Perikatan di mana salah satu pihak diberikan hak untuk memanfaatkan dan atau menggunakan hak atas kekayaan intelektual atau penemuan atau ciri khas usaha yang dimiliki pihak lain dengan suatu imbalan berdasarkan persyaratan yang ditetapkan pihak lain tersebut, dalam rangka penyediaan dan atau penjualan barang dan atau jasa”.

Jika melihat pada titik berat hubungan pemberi waralaba dengan penerima waralaba yakni timbul setelah terdapat perikatan, maka definisi dalam Peraturan Pemerintah No. 16 Tahun 1997 kiranya lebih relevan.

Penerima waralaba (*franchisee*) dalam menjalankan usahanya memakai sistem usaha yang diberikan oleh pemberi waralaba (*franchisor*) berdasarkan suatu perjanjian. Perjanjian antara pemberi waralaba dan penerima waralaba berisi hak dan kewajiban masing-masing pihak sesuai dengan kesepakatan yang mereka buat.

Asas kebebasan berkontrak merupakan salah satu dasar yang harus dipatuhi oleh masing-masing pihak. Akan tetapi, karena suatu usaha waralaba adalah suatu sistem pemasaran yang vertikal, yakni pemberi waralaba bersedia menyerahkan semua sistem usaha waralabanya kepada penerima waralaba, maka perjanjian waralaba mencakup juga perjanjian lisensi yang merupakan salah satu jenis dari Hak Kekayaan Intelektual (HAKI).

UU No. 5 Tahun 1999 memberikan pengecualian untuk tidak memberlakukan ketentuannya terhadap perjanjian yang berkaitan dengan waralaba yakni sebagaimana diatur dalam Pasal 50

huruf b. Termasuk yang dikecualikan dari ketentuan Pasal 50 huruf b UU No. 5 Tahun 1999 adalah perjanjian yang berkaitan dengan HAKI antara lain mengenai lisensi.

Namun perlu dipahami, dalam praktik ternyata terdapat perjanjian yang terkait dengan waralaba yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat. Keadaan yang demikian tentunya tidak termasuk dalam kategori sebagaimana dimaksud dalam ketentuan Pasal 50 huruf b.

Menyadari bahwa terdapat kemungkinan ada perjanjian yang berkaitan dengan waralaba yang dapat menimbulkan praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat, maka penerapan ketentuan pengecualian dalam Pasal 50 huruf b UU No. 5 Tahun 1999, perlu diterapkan secara hati-hati dan bijaksana sehingga tidak menyimpang dari tujuan pembentukan UU No. 5 Tahun 1999 sebagaimana dimaksud dalam ketentuan Pasal 3, antara lain untuk mewujudkan iklim usaha yang kondusif. Dengan demikian, perjanjian yang dikecualikan adalah perjanjian yang mengatur sistem waralaba dan pengalihan hak lisensi dari pemberi waralaba kepada penerima waralaba.

Sedangkan mengenai perjanjian yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat walaupun berkaitan dengan waralaba tidak termasuk yang dikecualikan. Oleh karena itu, jika dalam perjanjian yang berkaitan dengan waralaba terdapat unsur yang ternyata dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat, maka ketentuan UU No. 5 Tahun 1999 tetap dapat diterapkan terhadap pelaku usaha yang mengadakan perjanjian tersebut.

Penerapan ketentuan UU No. 5 Tahun 1999 tersebut pada prinsipnya sejalan dengan ketentuan Pasal 36 ayat (1) UU No. 20 Tahun 2008 tentang Usaha Mikro, Kecil, dan Menengah yang menentukan bahwa: “Dalam melaksanakan kemitraan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 26 para pihak mempunyai kedudukan hukum yang setara dan terhadap mereka berlaku hukum Indonesia.” Pasal 26 antara lain mengatur kemitraan dengan pola waralaba (Pasal 26 huruf c). Selanjutnya yang dimaksud dengan “berlaku hukum Indonesia” di bidang pengaturan usaha tentunya adalah UU No. 5 Tahun 1999. Untuk tidak keliru dalam menerapkan ketentuan Pasal 50 huruf b UU No. 5 Tahun 1999, Komisi menetapkan Keputusan tentang Pedoman Pelaksanaan Pasal 50 huruf b tentang Pengecualian Penerapan UU No. 5 Tahun 1999 tentang Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat terhadap perjanjian yang berkaitan dengan waralaba.

f.ii Pengertian Perjanjian

Pengertian Perjanjian dalam kaitannya dengan UU No. 5 Tahun 1999, harus tetap mengacu pada ketentuan Pasal 1 angka 7 undang-undang tersebut, yang berbunyi sebagai berikut:

“Perjanjian adalah suatu perbuatan satu atau lebih pelaku usaha untuk mengikatkan diri terhadap satu atau lebih pelaku usaha lain dengan nama apa pun baik tertulis maupun tidak tertulis.”

Selain mengacu pada ketentuan Pasal 1 angka 7 tersebut, untuk membuat perjanjian juga harus tetap memperhatikan asas-asas perjanjian sebagaimana diatur dalam Pasal 1320 dan 1338 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.”

f.iii Pengertian Waralaba

Pengertian waralaba dalam pedoman secara yuridis mengacu pada definisi waralaba sebagaimana diatur dalam Pasal 1 angka 1 Peraturan Pemerintah No. 42 Tahun 2007 tentang Waralaba. Pasal 1

angka 1 Peraturan Pemerintah No. 42 Tahun 2007 tentang Waralaba mendefinisikan waralaba sebagai:

“Hak khusus yang dimiliki oleh orang perseorangan atau badan usaha terhadap sistem bisnis dengan ciri khas usaha dalam rangka memasarkan barang dan/atau jasa yang telah terbukti berhasil dan dapat dimanfaatkan dan/atau digunakan oleh pihak lain berdasarkan perjanjian waralaba.”

Dari definisi waralaba tersebut unsur-unsur yang tercakup adalah:

1. Terdapat hak khusus yang dimiliki oleh orang perseorangan atau badan usaha;
2. Terdapat sistem bisnis dengan ciri khas dalam rangka memasarkan barang dan/atau jasa dan sistem tersebut telah terbukti berhasil; dan
3. Sistem bisnis tersebut dapat dimanfaatkan dan/atau digunakan oleh pihak lain (penerima waralaba) berdasarkan perjanjian.

Perlu digarisbawahi bahwa dalam definisi tersebut mengenai “badan usaha” tidak disyaratkan harus berbentuk badan hukum, apalagi badan hukum Indonesia.

Selanjutnya Pasal 3 Peraturan Pemerintah No. 42 Tahun 2007 tentang Waralaba menentukan bahwa waralaba harus memenuhi kriteria sebagai berikut:

1. Memiliki ciri khas usaha
“Ciri khas usaha” adalah suatu usaha yang memiliki keunggulan atau perbedaan yang tidak mudah ditiru dibandingkan dengan usaha lain sejenis, dan membuat konsumen selalu mencari ciri khas dimaksud. Misalnya, sistem manajemen, cara penjualan dan pelayanan, atau penataan atau cara distribusi yang merupakan karakteristik khusus dari pemberi waralaba.
2. Terbukti sudah memberikan keuntungan
“Terbukti sudah memberikan keuntungan” adalah menunjuk pada pengalaman pemberi waralaba yang telah dimiliki kurang lebih 5 (lima) tahun dan telah mempunyai kiat-kiat bisnis untuk mengatasi masalah-masalah dalam perjalanan usahanya, dan ini terbukti dengan masih bertahan dan berkembangnya usaha dengan menguntungkan.
3. Memiliki standar atas pelayanan barang dan/atau jasa yang ditawarkan yang dibuat secara tertulis
“Standar atas pelayanan dan barang dan/atau jasa yang ditawarkan yang dibuat secara tertulis” adalah standar secara tertulis supaya penerima waralaba dapat melaksanakan usaha dalam kerangka kerja yang jelas dan sama (*standard operational procedure*)
4. Mudah diajarkan dan diaplikasikan
“Mudah diajarkan dan diaplikasikan” adalah mudah dilaksanakan sehingga penerima waralaba yang belum memiliki pengalaman atau pengetahuan mengenai usaha sejenis dapat melaksanakannya dengan baik sesuai dengan bimbingan operasional dan manajemen yang berkesinambungan yang diberikan oleh pemberi waralaba.
5. Terdapat dukungan yang berkesinambungan
“Dukungan yang berkesinambungan” adalah dukungan dari pemberi waralaba kepada penerima waralaba secara terus menerus seperti bimbingan operasional, pelatihan, dan promosi.
6. Hak Kekayaan Intelektual yang telah terdaftar
“Hak Kekayaan Intelektual yang telah terdaftar” adalah HAKI yang terkait dengan usaha seperti merk, hak cipta, paten, dan rahasia dagang, sudah didaftarkan dan mempunyai sertifikat atau sedang dalam proses pendaftaran di instansi yang berwenang.

f.iv Syarat-Syarat Perjanjian Waralaba

Sebagaimana telah diuraikan sebelumnya bahwa pengertian dari waralaba yang dimaksud dalam pedoman adalah waralaba sebagaimana diatur dalam Pasal 1 angka 1 Peraturan Pemerintah No. 42 Tahun 2007 tentang Waralaba, yakni “hak khusus yang dimiliki oleh orang perseorangan atau badan usaha terhadap sistem bisnis dengan ciri khas usaha dalam rangka memasarkan barang dan/atau jasa yang telah terbukti berhasil dan dapat dimanfaatkan dan/atau digunakan oleh pihak lain berdasarkan perjanjian waralaba.”

Dalam perjanjian waralaba, pemberi waralaba biasanya menetapkan berbagai persyaratan kepada penerima waralaba yang dimaksudkan untuk menjaga ciri khas usaha, standar pelayanan, dan barang dan/atau jasa yang dipasarkan.

Persyaratan yang demikian biasanya untuk menjaga HAKI dan konsep waralaba itu sendiri sehingga dapat dikecualikan dari penerapan UU No. 5 Tahun 1999. Namun demikian, dalam praktik berbagai persyaratan perjanjian waralaba sering memuat klausula yang dapat juga menghambat atau memberikan batasan kepada penerima waralaba dalam menjalankan usahanya, sehingga berpotensi menimbulkan praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. Dalam hal terdapat persyaratan yang demikian maka perjanjian waralaba tersebut tidak dikecualikan dari penerapan UU No. 5 Tahun 1999.

Sejalan dengan tujuan pembentukan UU No. 5 Tahun 1999, pengembangan iklim usaha yang kondusif dan pemberian kesempatan berusaha bagi usaha mikro, kecil, dan menengah juga menjadi pertimbangan dalam pembentukan Undang-Undang No. 20 Tahun 2008 tentang Usaha Mikro, Kecil, dan Menengah. Kemitraan dengan pola waralaba dalam bentuk usaha mikro, kecil, dan Menengah digiatkan melalui UU No. 20 Tahun 2008 tentang Usaha Mikro, Kecil, dan Menengah. Pasal 7 ayat (1) undang-undang tersebut menyebutkan bahwa Pemerintah dan Pemerintah Daerah menumbuhkan iklim usaha dengan menetapkan peraturan perundang-undangan dan kebijakan yang meliputi aspek:

1. pendanaan;
2. sarana dan prasarana;
3. informasi usaha;
4. kemitraan;
5. perizinan usaha;
6. kesempatan berusaha;
7. promosi dagang; dan
8. dukungan kelembagaan.

Mengenai aspek kemitraan dalam Pasal 11 huruf f dan g undang-undang tersebut ditujukan untuk:

1. mendorong terbentuknya struktur pasar yang menjamin tumbuhnya persaingan usaha yang sehat dan melindungi konsumen;
2. mencegah terjadinya penguasaan pasar dan pemusatan usaha oleh orang perorangan atau kelompok tertentu yang merugikan usaha mikro, kecil, dan menengah.

Dalam Penjelasan Pasal 11 huruf g disebutkan bahwa: “Penguasaan pasar dan pemusatan usaha harus dicegah agar tidak merugikan Usaha Mikro, Kecil, dan Menengah.”

Pengaturan mengenai perjanjian waralaba sebagai dasar penyelenggaraan usaha waralaba diatur dalam Pasal 4 sampai dengan Pasal 6 Peraturan Pemerintah No. 42 Tahun 2007 tentang

Waralaba dan Pasal 26 huruf c serta Pasal 29 UU No. 20 Tahun 2008 tentang Usaha Mikro, Kecil, dan Menengah.

1. Pasal 4 mengatur bahwa :
 - “(1) Waralaba diselenggarakan berdasarkan perjanjian tertulis antara Pemberi Waralaba dengan Penerima Waralaba dengan memperhatikan hukum Indonesia.
 - (2) Dalam hal perjanjian sebagaimana dimaksud pada ayat (1) ditulis dalam bahasa asing, perjanjian tersebut harus diterjemahkan ke dalam Bahasa Indonesia.”

2. Pasal 5 menentukan bahwa dalam perjanjian waralaba paling sedikit memuat ketentuan tentang:
 - a. nama dan alamat para pihak;
 - b. jenis Hak Kekayaan Intelektual;
 - c. kegiatan usaha;
 - d. hak dan kewajiban para pihak;
 - e. bantuan, fasilitas, bimbingan operasional, pelatihan dan pemasaran yang diberikan pemberi waralaba kepada penerima waralaba;
 - f. wilayah usaha;
 - g. jangka waktu perjanjian;
 - h. tata cara pembayaran imbalan;
 - i. kepemilikan, perubahan kepemilikan, dan hak ahli waris;
 - j. penyelesaian sengketa; dan
 - k. tata cara perpanjangan, pengakhiran, dan pemutusan perjanjian.

3. Pasal 6 menyebutkan bahwa:
 - “(1). Perjanjian waralaba dapat memuat klausula pemberian hak bagi Penerima Waralaba untuk menunjuk Penerima Waralaba lain.
 - (2). Penerima waralaba yang diberi hak untuk menunjuk penerima waralaba lain harus memiliki dan melaksanakan sendiri paling sedikit 1 (satu) tempat usaha Waralaba.”

4. Pasal 26 huruf c UU No. 20 Tahun 2008 tentang Usaha Mikro, Kecil, dan Menengah menentukan Kemitraan dilaksanakan dengan pola:
 1. inti-plasma;
 2. subkontrak;
 3. waralaba;
 4. perdagangan umum;
 5. distribusi dan keagenan; dan
 6. bentuk-bentuk kemitraan lain, seperti: bagi hasil, kerja sama operasional, usaha patungan (*joint venture*), dan penyumberluaran (*outsourcing*).

5. Pasal 29 UU No. 20 Tahun 2008 tentang Usaha Mikro, Kecil, dan Menengah, terkait dengan waralaba memuat ketentuan sebagai berikut:
 - “(1) Usaha Besar yang memperluas usahanya dengan cara waralaba sebagaimana dimaksud dalam Pasal 26 huruf c, memberikan kesempatan dan mendahulukan Usaha Mikro, Kecil,

dan Menengah yang memiliki kemampuan.

- (2) Pemberi waralaba dan penerima waralaba mengutamakan penggunaan barang dan/atau bahan hasil produksi dalam negeri sepanjang memenuhi standar mutu barang dan jasa yang disediakan dan/atau dijual berdasarkan perjanjian waralaba.
- (3) Pemberi waralaba wajib memberikan pembinaan dalam bentuk pelatihan, bimbingan operasional manajemen, pemasaran, penelitian, dan pengembangan kepada penerima waralaba secara berkesinambungan.“

Ketentuan mengenai penggunaan produksi dalam negeri di samping diatur dalam Pasal 29 ayat (2) UU No. 20 Tahun 2008 juga diatur dalam Pasal 9 PP No. 42 Tahun 2007 tentang Waralaba yang menegaskan bahwa:

- “(1) Pemberi Waralaba dan Penerima Waralaba mengutamakan penggunaan barang dan/atau jasa hasil produksi dalam negeri sepanjang memenuhi standar mutu barang dan/atau jasa yang ditetapkan secara tertulis oleh Pemberi Waralaba.
- (2) Pemberi Waralaba harus bekerja sama dengan pengusaha kecil dan menengah di daerah setempat sebagai Penerima Waralaba atau pemasok barang dan/atau jasa sepanjang memenuhi ketentuan persyaratan yang ditetapkan oleh Pemberi Waralaba.“

Dalam rangka pemberdayaan usaha mikro, kecil, dan menengah dan penggunaan produksi dalam negeri, maka penerapan Pasal 50 huruf b UU No. 5 Tahun 1999, khususnya tentang pengecualian terhadap perjanjian yang berkaitan dengan waralaba, tetap harus memperhatikan prinsip larangan praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat, agar dapat menjamin kesempatan berusaha bagi seluruh pelaku usaha, mewujudkan iklim usaha yang kondusif sebagaimana dijamin dalam UU No. 5 Tahun 1999. Prinsip tersebut ditegaskan kembali dalam ketentuan Pasal 4 ayat (1) PP No. 42 Tahun 2007 tentang Waralaba yang menentukan bahwa:

“Waralaba diselenggarakan berdasarkan perjanjian tertulis antara Pemberi Waralaba dengan Penerima Waralaba dengan memperhatikan hukum Indonesia.”

Dengan demikian, pelaksanaan kegiatan usaha waralaba tetap tidak boleh melanggar ketentuan yang diatur oleh hukum Indonesia, antara lain adalah ketentuan dalam UU No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

f.v Unsur-Unsur Pasal 50 huruf b, Khususnya Mengenai Perjanjian yang Berkaitan dengan Waralaba

Unsur-unsur dalam ketentuan Pasal 50 huruf b khususnya mengenai perjanjian yang berkaitan dengan Waralaba, mencakup:

1. Perjanjian
Sebagaimana telah diuraikan, mengenai perjanjian harus mengacu pada ketentuan Pasal 1 angka 7 UU No. 5 Tahun 1999 yang menentukan bahwa:
“Perjanjian adalah suatu perbuatan satu atau lebih pelaku usaha untuk mengikatkan diri terhadap satu atau lebih pelaku usaha lain dengan nama apa pun, baik tertulis maupun tidak tertulis.”

Selanjutnya mengenai prinsip pembuatan perjanjian harus mengacu pada ketentuan Pasal 1320 dan Pasal 1338 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata.

2. “yang berkaitan dengan”

Frase “yang berkaitan dengan” harus dapat dibuktikan bahwa perjanjian yang dibuat oleh pemberi waralaba dan penerima waralaba benar-benar memenuhi kriteria waralaba sebagaimana ditentukan dalam peraturan perundangundangan. Dalam hal ini peraturan perundang-undangan yang dimaksud adalah:

- a) UU No. 5 Tahun 1999;
- b) UU No. 20 Tahun 2008 tentang Usaha Mikro, Kecil, dan Menengah (lihat Pasal 26 huruf c, Pasal 29, Pasal 35, Pasal 36 ayat (1), Pasal 39 ayat (1) dan ayat (2), dan Pasal 40);
- c) PP No. 42 Tahun 2007 tentang Waralaba.

3. Waralaba

Pengertian waralaba, kriteria waralaba, ketentuan yang harus dimuat dalam perjanjian waralaba, dan semua yang terkait dengan waralaba mengacu pada ketentuan PP No. 42 Tahun 2007 tentang Waralaba. Pasal 1 angka 1 mendefinisikan waralaba sebagai berikut:

“Waralaba adalah hak khusus yang dimiliki oleh orang perseorangan atau badan usaha terhadap sistem bisnis dengan ciri khas usaha dalam rangka memasarkan barang dan/atau jasa yang telah terbukti berhasil dan dapat dimanfaatkan dan/atau digunakan oleh pihak lain berdasarkan perjanjian waralaba.”

Dari ketiga unsur tersebut harus benar-benar dipertimbangkan baik oleh pemberi waralaba maupun penerima waralaba dalam memformulasikan suatu perjanjian di bidang waralaba, agar dapat diterapkan ketentuan Pasal 50 huruf b UU No. 5 Tahun 1999.

f.vi Penerapan Pasal 50 Huruf B, Khususnya Mengenai Perjanjian yang Berkaitan dengan Waralaba

1. Prinsip Penerapan Persaingan Usaha dalam Perjanjian Waralaba

Prinsip penerapan persaingan usaha dalam analisis terhadap perjanjian waralaba selalu diarahkan untuk mencapai tujuan sebagaimana diatur dalam Pasal 3 UU No. 5 Tahun 1999, yaitu untuk meningkatkan efisiensi ekonomi sebagai upaya meningkatkan kesejahteraan rakyat, menjamin kesempatan berusaha yang sama bagi seluruh pelaku usaha, mencegah praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat dan menciptakan efektivitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha.

Berdasarkan Pasal 50 huruf b perjanjian yang terkait dengan waralaba termasuk salah satu yang dikecualikan dari penerapan UU No. 5 Tahun 1999. Prinsip pengecualian terhadap perjanjian yang terkait dengan waralaba berangkat dari asas bahwa pada dasarnya ketentuan/klausul dalam perjanjian waralaba yang merupakan hal yang esensial untuk menjaga identitas bersama dan reputasi jaringan waralaba, atau untuk menjaga kerahasiaan HAKI yang terkandung dalam konsep waralaba dapat dikenakan pengecualian berdasarkan Pasal 50 huruf b. Berdasarkan prinsip tersebut maka dalam perjanjian waralaba diperbolehkan memuat ketentuan/klausul yang mengatur mengenai kewajiban-kewajiban bagi penerima waralaba dalam rangka menjamin konsep waralaba dan HAKI yang dimiliki oleh pemberi waralaba. Ketentuan/

klausul tersebut misalnya antara lain adalah kewajiban untuk menggunakan metoda usaha yang ditetapkan oleh pemberi waralaba, mengikuti standar perlengkapan dan penyajian yang ditentukan pemberi waralaba, tidak merubah lokasi waralaba tanpa sepengetahuan pemberi waralaba, dan tidak membocorkan HAKI yang terkait dengan waralaba kepada pihak ketiga, bahkan setelah berakhirnya masa berlakunya perjanjian waralaba.

Namun demikian perlu disadari bahwa dalam perjanjian waralaba dapat pula mengandung ketentuan/klausul yang berpotensi menghambat persaingan, seperti penetapan harga jual, pembatasan pasokan, keharusan untuk membeli produk lain yang tidak terkait dengan waralaba dari pemberi waralaba, pembagian wilayah, dan larangan untuk melakukan kegiatan usaha yang sama setelah berakhirnya perjanjian waralaba. Klausul/ketentuan yang demikian berpotensi bertentangan dengan pencapaian tujuan UU No. 5 Tahun 1999 yang menginginkan adanya efisiensi, kesempatan berusaha yang sama bagi seluruh pelaku usaha, dan pengembangan teknologi.

Dalam hal perjanjian waralaba memuat ketentuan/klausul yang menghambat persaingan, maka perjanjian waralaba tidak termasuk dalam pengecualian sebagaimana dimaksud dalam Pasal 50 huruf b dan Komisi akan melakukan penilaian lebih lanjut mengenai dampak dari hambatan persaingan tersebut terhadap efisiensi ekonomi.

Klausul/ketentuan mengenai pembatasan wilayah yang biasa terdapat dalam perjanjian waralaba untuk mengatur sistem jaringan waralaba biasanya termasuk dalam kategori yang dikecualikan. Pemberi waralaba pada dasarnya dapat mengatur wilayah eksklusif bagi penerima waralaba, dalam hal demikian maka pengecualian dapat diberikan terhadap ketentuan/klausul yang bertujuan untuk membatasi kegiatan pemberi waralaba di dalam wilayah yang telah diperjanjikan dan kegiatan penerima waralaba di luar wilayah yang diperjanjikan.

Namun demikian, pengecualian tidak dapat diberikan apabila hambatan berupa pembatasan wilayah tersebut mengarah pada perlindungan wilayah secara absolut. Dalam hal pemberi waralaba dan penerima waralaba, baik secara langsung maupun tidak langsung menghalangi konsumen untuk mendapatkan barang dan/atau jasa dengan alasan tempat kediaman konsumen di luar wilayah waralaba yang telah ditetapkan dalam perjanjian dan membagi pasar maka hal tersebut tidak termasuk dalam kategori pengecualian. Pengecualian terutama tidak dapat diterapkan apabila pembatasan wilayah mengakibatkan membatasi persaingan pada pasar bersangkutan sehingga berdampak pada efisiensi ekonomi.

Klausul/ketentuan mengenai kewajiban pasokan dalam perjanjian waralaba biasanya dimaksudkan untuk menjaga standar kualitas produk waralaba. Jaminan adanya standar minimum kualitas produk sangat penting dalam usaha waralaba agar tidak merusak identitas dari konsep waralaba itu sendiri. Untuk itu pemberi waralaba biasanya mewajibkan penerima waralaba untuk memasok hanya dari pemberi waralaba atau pihak tertentu produk yang menjadi esensi dari konsep waralaba, di mana khususnya terkait dengan HAKI yang telah dipatenkan yang menjadi bagian utama dari konsep waralaba.

Namun demikian perlu dipahami bahwa perjanjian pasokan yang demikian juga dapat menghambat persaingan karena membatasi pelaku usaha lain untuk dapat ikut memasok kepada penerima waralaba. Untuk itu maka ketentuan yang demikian, apabila tidak terkait dengan HAKI produk yang menjadi esensi dari konsep waralaba, tidak dikecualikan dari

penerapan UU No. 5 Tahun 1999. Perjanjian waralaba biasanya memuat pula klausul/ketentuan yang mengatur mengenai penetapan harga jual. Pengaturan mengenai penetapan harga jual biasanya dimaksudkan agar penerima waralaba tidak menetapkan harga yang dapat merusak identitas/imej dari waralaba. Untuk itu rekomendasi harga yang dibuat oleh pemberi waralaba kepada penerima waralaba dapat dikecualikan dari penerapan UU No. 5 Tahun 1999. Namun demikian perlu disadari bahwa penetapan harga yang mengarah pada kartel harga sehingga menghilangkan persaingan harga tidak dikecualikan dari penerapan UU No. 5 tahun 1999. Ketentuan/klausul yang mewajibkan penerima waralaba untuk membeli beberapa jenis barang dari pemberi waralaba dalam rangka menjaga standar kualitas dari konsep waralaba pada dasarnya tidak melanggar prinsip persaingan usaha.

Namun demikian, perlu dipahami bahwa kewajiban yang demikian dapat menghalangi produk substitusi dan menghambat persaingan. Untuk itu maka kewajiban untuk membeli barang lain yang tidak terkait dengan konsep waralaba, yang dapat menciptakan hambatan masuk (*entry barrier*) bagi pelaku usaha lain tidak dapat dikenakan pengecualian terhadap penerapan UU No. 5 Tahun 1999.

Ketentuan/klausul yang melarang penerima waralaba untuk melakukan kegiatan usaha yang sama yang dapat bersaing dengan jaringan usaha waralaba dapat dikenakan ketentuan pengecualian berdasarkan Pasal 50 huruf b. Larangan tersebut dimaksudkan untuk perlindungan HAKI pemilik waralaba dan menjaga identitas dan reputasi jaringan waralaba, khususnya bila pemberi waralaba telah melakukan transfer *know how*, baik berupa pengetahuan, pengalaman dan keahlian, serta kemampuan (*skill*) teknis kepada penerima waralaba.

Namun demikian perlu disadari bahwa hambatan untuk melakukan kegiatan usaha yang sama tersebut dalam jangka waktu panjang justru akan mempengaruhi persaingan dan berdampak negatif pada efisiensi ekonomi. Untuk itu maka ketentuan hambatan setelah berakhirnya perjanjian waralaba dalam waktu yang terlalu panjang tidak termasuk dalam pengecualian penerapan UU No. 5 Tahun 1999. Untuk menetapkan jangka waktu yang tidak melanggar persaingan usaha maka Komisi akan memperhatikan berbagai pertimbangan, antara lain teknologi dari waralaba dan investasi yang telah dikeluarkan. Apabila teknologi waralaba sudah merupakan domain publik dan investasi yang dikeluarkan tidak besar, maka jangka waktu untuk tidak melakukan kegiatan usaha yang sama biasanya adalah 1 (satu) tahun.

2. Penerapan Ketentuan Pasal 50 huruf b Terkait dengan Perjanjian Waralaba

Dalam menerapkan ketentuan Pasal 50 huruf b, khususnya perjanjian yang berkaitan dengan waralaba, KPPU harus mempertimbangkan dengan bijaksana agar tidak melanggar hakikat tujuan dibentuknya UU No. 5 Tahun 1999. Adapun pertimbangan yang perlu diperhatikan antara lain kriteria waralaba sebagaimana diatur dalam Pasal 3 PP No. 42 Tahun 2007 tentang Waralaba harus terpenuhi:

- a) Kriteria perjanjian waralaba dan pendaftarannya sebagaimana diatur dalam Pasal 4, Pasal 5, Pasal 10, Pasal 11 PP No. 42 Tahun 2007 tentang Waralaba harus terpenuhi;
- b) Pembuatan perjanjian harus tetap mengacu pada ketentuan Pasal 1 angka 7 UU No. 5 Tahun 1999 jo. Pasal 1320 dan Pasal 1338 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata;
- c) Perjanjian waralaba merupakan bentuk kemitraan sebagaimana diatur dalam Pasal 26 huruf c jo. Pasal 29, Pasal 35, dan Pasal 36 ayat (1) UU No. 20 Tahun 2008 tentang Usaha

- Mikro, Kecil, dan Menengah; dan
- d) Isi Perjanjian Waralaba tidak berpotensi melanggar prinsip larangan praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.

Beberapa contoh kriteria perjanjian waralaba yang berpotensi melanggar prinsip larangan praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat sehingga ketentuan Pasal 50 huruf b tidak dapat diterapkan:

1. Penetapan harga jual (*resale price maintenance*).

Pemberi waralaba membuat perjanjian dengan penerima waralaba yang memuat penetapan harga jual yang harus diikuti oleh penerima waralaba. Penerima waralaba sebagai pelaku usaha mandiri pada dasarnya memiliki kebebasan untuk menetapkan harga jual barang dan/atau jasa yang didapatnya dari pemberi waralaba. Dari perspektif persaingan usaha, penetapan harga jual dalam waralaba dilarang karena akan menghilangkan persaingan harga antara penerima waralaba.

Hal tersebut menimbulkan harga yang seragam di antara penerima waralaba dan akibatnya konsumen dihadapkan pada harga yang seragam pula. Penetapan harga yang demikian tidak dikecualikan dari penerapan UU No. 5 Tahun 1999. Namun demikian, untuk menjaga nilai ekonomis dari usaha waralaba, maka pemberi waralaba diperbolehkan membuat rekomendasi harga jual kepada penerima waralaba, sepanjang harga jual tersebut tidak mengikat penerima waralaba.

2. Persyaratan untuk membeli pasokan barang dan/atau jasa hanya dari pemberi waralaba atau pihak lain yang ditunjuk oleh pemberi waralaba. Perjanjian waralaba memuat persyaratan yang mengharuskan penerima waralaba untuk membeli barang atau jasa yang menjadi bagian dari konsep waralaba hanya dari pemberi waralaba atau pihak lain yang ditunjuk oleh pemberi waralaba.

Persyaratan tersebut dapat dikecualikan sepanjang dilakukan untuk mempertahankan identitas dan reputasi dari waralaba yang biasanya dimaksudkan untuk menjaga konsep waralaba yang telah diciptakan oleh pemberi waralaba. Meskipun demikian, pemberi waralaba tidak boleh melarang penerima waralaba untuk membeli pasokan barang dan/atau jasa dari pihak lain sepanjang barang dan atau jasa tersebut memenuhi standar kualitas yang disyaratkan oleh pemberi waralaba. Penetapan pembelian pasokan hanya dari pemberi waralaba atau pihak tertentu dapat menimbulkan hambatan bagi pelaku usaha lain yang mampu menyediakan pasokan dengan kualitas yang sama. Untuk itu pemberi waralaba tidak diperbolehkan menetapkan secara mutlak akses pembelian atau pasokan yang diperlukan oleh penerima waralaba sepanjang hal itu tidak mengganggu konsep usaha waralaba.

3. Persyaratan untuk membeli barang dan/jasa lain dari pemberi waralaba. Pemberi waralaba mengharuskan penerima waralaba untuk bersedia membeli barang atau jasa lain dari pemberi waralaba (*tie-in*). Perjanjian waralaba yang memuat kewajiban kepada penerima waralaba untuk membeli produk lain dari pemberi waralaba tidak dipandang sebagai pelanggaran persaingan usaha, sepanjang hal tersebut dimaksudkan untuk mempertahankan identitas dan reputasi waralaba. Perlu diketahui bahwa kewajiban untuk membeli produk lain

yang bukan menjadi bagian dari paket waralaba tidak dikecualikan dari penerapan UU No. 5 Tahun 1999.

4. Pembatasan wilayah.

Pemberi waralaba melakukan pembatasan wilayah dengan cara menetapkan wilayah tertentu kepada penerima waralaba. Dalam perjanjian waralaba biasanya memuat klausul tentang wilayah usaha. Klausul tersebut dimaksudkan untuk membentuk sistem jaringan waralaba.

Dalam hal demikian, maka pengaturan wilayah usaha tidak dipandang sebagai pelanggaran persaingan usaha, sehingga dapat dikecualikan. Namun demikian, pembatasan wilayah yang tidak dilakukan dalam rangka membentuk sistem jaringan waralaba melainkan untuk membatasi pasar dan konsumen tidak dikecualikan dari penerapan UU No. 5 Tahun 1999.

5. Persyaratan untuk tidak melakukan kegiatan usaha yang sama selama jangka waktu tertentu setelah berakhirnya perjanjian waralaba. Pemberi waralaba mensyaratkan agar penerima waralaba tidak melakukan kegiatan usaha yang sama dengan usaha waralaba selama jangka waktu tertentu setelah berakhirnya perjanjian waralaba.

Syarat tersebut dapat dikecualikan dari UU No. 5 Tahun 1999 sepanjang dimaksudkan untuk melindungi dan/atau berkaitan dengan HAKI pemberi waralaba atau untuk menjaga identitas dan reputasi usaha waralaba. Namun demikian, persyaratan tersebut dalam jangka waktu panjang dapat berakibat pada terhambatnya persaingan dan kemajuan teknologi. Oleh karena itu, persyaratan untuk tidak melakukan kegiatan usaha yang sama dengan usaha waralaba dalam jangka waktu yang lama tidak dikecualikan dari penerapan UU No. 5 Tahun 1999.

Dalam hal mempertimbangkan lamanya jangka waktu yang dipandang berpotensi melanggar UU No. 5 Tahun 1999 Komisi memperhatikan berbagai hal di antaranya adalah teknologi produk waralaba, biaya yang dikeluarkan untuk menghasilkan produk waralaba, sifat produk waralaba (apakah sudah menjadi *public domain* atau tidak).

Kasus VIII.2

Contoh Isi Perjanjian Waralaba

Pemberi waralaba minimarket mengadakan perjanjian waralaba usaha minimarket dengan penerima waralaba untuk mendirikan minimarket dengan menggunakan merek milik pemberi waralaba yang telah terdaftar di Direktorat Jenderal Hak Kekayaan Intelektual, Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia Republik Indonesia. Waralaba yang diberikan kepada penerima waralaba adalah hak untuk menggunakan nama/merek dagang pemberi waralaba beserta seluruh konsep dan mekanisme sistem kerja sesuai standar operasi yang dimiliki oleh pemberi waralaba. Hak waralaba yang diperoleh penerima waralaba dari pemberi waralaba baik secara langsung maupun tidak langsung tidak dapat diberikan ke pihak lain dengan alasan dan cara apa pun serta di tempat mana pun, kecuali apabila di dalam perjanjian waralaba memuat klausula sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6 PP No. 42 Tahun 2007.

Di dalam perjanjian waralaba biasanya ditetapkan kewajiban pemberi waralaba sebagai berikut:

1. Membantu penerima waralaba dalam periode praoperasi toko dalam hal:
 - a. rekomendasi kelayakan lokasi toko yang dimaksud;
 - b. bantuan seleksi tenaga kerja sesuai dengan kualifikasi karyawan Toko P;
 - c. perencanaan, pelaksanaan dan supervisi renovasi toko sesuai standar Toko P.
2. Memberikan latihan kepada penerima waralaba beserta seluruh karyawan toko dalam suatu program latihan terpadu dengan materi dan jadwal yang telah ditetapkan.
3. Memberikan pedoman praktis operasional dan administrasi toko sebagai referensi penerima waralaba dalam menyelenggarakan operasi rutin toko.
4. Mengirim barang sesuai dengan permintaan penerima waralaba dengan mengacu kepada ketentuan Pengelolaan Barang Dagangan sebagaimana ditetapkan dalam perjanjian ini.
5. Memberikan bantuan konsultasi kepada penerima waralaba agar pelaksanaan operasi toko tetap berjalan dalam standard operasional Toko P.
6. Mensuplai pengadaan barang perlengkapan rutin toko, seperti kantong plastik, stiker label, perlengkapan komputer dan sebagainya sesuai standar penggunaan Toko P.

Dalam perjanjian waralaba ditetapkan mengenai pengelolaan barang dagangan yang akan disuplai oleh pemberi waralaba kepada penerima waralaba, merupakan hak pemberi waralaba, yaitu:

1. Penentuan barang dagangan, termasuk komposisi jenis, tingkat harga jual dan sumber barang dagangan toko merupakan hak pemberi waralaba.
2. Seluruh barang dagangan toko harus dibeli dari pemberi waralaba dan dijual maksimal seharga yang tercantum dalam daftar harga barang dagangan yang berlaku saat itu dari pemasok pemberi waralaba ditambah *mark up* 2% dua persen.

Bilamana pemberi waralaba melihat adanya suatu nilai potensi yang baik atau dianggap perlu suatu tindakan preventif, sehingga diperlukan pembukaan toko baru dalam radius 100 (seratus) meter dari toko penerima waralaba, maka penerima waralaba akan diberikan prioritas berupa penawaran pertama secara tertulis, sebelum ditawarkan kepada pihak lain atau dibuka oleh pemberi waralaba.

Kewajiban penerima waralaba sebagai berikut:

1. Membayar nilai pembelian seluruh barang dagangan Toko P kepada pemberi waralaba sesuai dengan jumlah barang yang diterima oleh penerima waralaba.
2. Memeriksa kondisi kelayakan jual atas seluruh barang dalam Toko P.
3. Dilarang menerima, menyimpan, memajang dan menjual barang-barang lain selain barang dagangan toko yang sudah ditentukan sesuai dengan ketentuan dalam perjanjian ini.
4. Wajib melaksanakan administrasi barang dagangan sesuai ketetapan dalam Pedoman Praktis Operasional dan Administrasi Toko.
5. Dalam mengoperasikan Toko P wajib menggunakan piranti keras (*hardware*) dan paket

program komputer (*software*), serta sistem jaringan telekomunikasi sesuai dengan standar yang ditetapkan oleh pemberi waralaba, yang secara periodik akan terus disempurnakan oleh pemberi waralaba sesuai dengan perkembangan kebutuhan dan teknologi.

6. Wajib mengoperasikan toko miliknya sesuai dengan Pedoman Praktis Operasional dan Administrasi yang telah ditetapkan.
7. Wajib memberikan informasi/bukti-bukti transaksi dalam hal dilaksanakan audit intern oleh pemberi waralaba.

Analisis Penyelesaian Terhadap Contoh Kasus

Secara konseptual perjanjian waralaba dikecualikan jika memenuhi syarat-syarat perjanjian waralaba sebagaimana diatur dalam Pasal 3 PP No. 42 Tahun 2007 tentang Waralaba. Dalam contoh perjanjian di atas memuat kesepakatan yang dapat berpotensi mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat, yaitu klausula penetapan harga jual yang ditetapkan oleh pemberi waralaba.

Dalam perjanjian waralaba tersebut penerima waralaba diharuskan menjual barang-barang waralaba sesuai dengan daftar harga yang ditetapkan oleh pemberi waralaba ditambah dengan *mark up* 2%. Penetapan harga dalam perjanjian tersebut tidak melanggar UU No. 5 Tahun 1999, karena walaupun ditetapkan daftar harga jual, tetapi penerima waralaba diberikan kebebasan untuk menaikkan harga jual sebesar 2%. Sedangkan penetapan harga jual akhir dapat terkena ketentuan UU No. 5 Tahun 1999, karena penetapan harga jual akhir tidak memberikan kebebasan kepada penerima waralaba sebagai pelaku usaha mandiri untuk menentukan sendiri harga jual barang-barang usaha waralaba tersebut. Jika penetapan *mark up* 2% menjadi ketentuan yang baku, yaitu yang harus diikuti oleh penerima waralaba, sehingga penerima waralaba tidak bebas menentukan harga jual dan tidak terjadi *intra-brand competition*, maka ketentuan tersebut dapat dikenakan ketentuan pengecualian menurut Pasal 50 huruf b UU No. 5 Tahun 1999.

Dalam perjanjian waralaba pada contoh di atas tidak terdapat persyaratan untuk membeli pasokan barang dan atau jasa hanya dari pemberi waralaba atau pihak lain yang ditunjuk oleh pemberi waralaba, pembatasan wilayah, ataupun persyaratan untuk tidak melakukan kegiatan usaha yang sama selama jangka waktu tertentu setelah berakhirnya perjanjian waralaba.

Dengan demikian, perjanjian waralaba tersebut dapat dikenakan pengecualian berdasarkan ketentuan Pasal 50 huruf b UU No. 5 Tahun 1999.

Pengecualian yang diatur dalam Pasal 50 huruf b, tidak dapat diterapkan secara mutlak mengingat tidak tertutup kemungkinan terjadi pembuatan suatu perjanjian yang berkaitan dengan waralaba tetapi dalam perjanjian tersebut memuat suatu klausula yang berpotensi terjadinya monopoli atau persaingan usaha yang tidak sehat.

Pengecualian yang diatur dalam Pasal 50 huruf b, dapat diterapkan sepanjang memenuhi kriteria waralaba sebagaimana diatur dalam Pasal 26 huruf c, Pasal 29, Pasal 35, dan Pasal 36 ayat (1) UU No. 20 Tahun 2008 tentang Usaha Mikro, Kecil, dan Menengah dan ketentuan dalam PP No. 42 Tahun 2007 tentang Waralaba.

Ketentuan Pasal 50 huruf b tidak dapat diterapkan secara mutlak dengan pertimbangan agar tujuan pembentukan UU No. 5 Tahun 1999 sebagaimana diatur dalam Pasal 3 undang-undang tersebut, tidak menjadi sia-sia. Oleh karena itu, Perilaku pelaku usaha yang terkait dengan waralaba yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat tidak dikecualikan dari ketentuan sebagaimana diatur dalam Pasal 50 huruf b UU No. 5 Tahun 1999.

VIII.3.3 PERJANJIAN PENETAPAN STANDAR TEKNIS PRODUK BARANG DAN ATAU JASA YANG TIDAK MENGEKANG DAN ATAU MENGHALANGI PERSAINGAN

Suatu industri umumnya kerap sekali menerapkan standarisasi dengan tujuan untuk efisiensi. Standar teknis produk barang atau jasa ini umumnya ditetapkan baik oleh Kementerian Perdagangan atau Perindustrian dan juga melalui asosiasi industri tersebut. Standardisasi ini diaplikasikan untuk jenis, tipe, ukuran produk sehingga diharapkan mampu untuk mengurangi biaya ekonomi yang timbul. Hal ini termasuk kegiatan inspeksi rutin yang dilakukan oleh asosiasi atau suatu badan untuk menjaga kesepakatan industri tersebut.

Dalam hal ini kegiatan suatu badan dapat diselaraskan dengan pengawasan dari kementerian terkait, misalnya Kementerian Perdagangan dan Perindustrian. Bila kegiatan ini dilakukan misalnya dalam rangka memfasilitasi usaha untuk menghambat persaingan, misalnya dalam penetapan harga, barulah dinyatakan melanggar hukum. Standardisasi produk dapat digunakan sebagai cara untuk menetapkan harga.⁴¹⁵ Walaupun demikian, pembenaran dari tindakan penyeragaman melalui penetapan standar ini dilakukan adalah karena standardisasi ini juga diwajibkan oleh pemerintah sehingga tindakan standardisasi tidak semata mata dinyatakan ilegal walaupun berkaitan dengan harga atau produk itu sendiri.

Indonesia sendiri telah mengadopsi prinsip standarisasi ini dengan beberapa pertimbangan, antara lain ikut sertanya Indonesia dalam kerja sama ekonomi seperti *Asean Free Trade Area* (AFTA), *Asia Pacific Economic Cooperation* (APEC) dan *World Trade Organization* (WTO) dan mengukuhkan masuknya globalisasi perdagangan. Hal ini memperluas gerak arus transaksi barang dan atau jasa melintasi batas-batas wilayah suatu negara dan menjadikan pasar nasional bersifat terbuka terhadap barang dan atau jasa impor. Untuk mendukung pasar nasional dalam menghadapi proses globalisasi perdagangan tersebut, dipandang perlu untuk menyiapkan perangkat hukum nasional di bidang standarisasi yang tidak saja mampu menjamin perlindungan terhadap masyarakat khususnya di bidang keselamatan, keamanan, kesehatan, dan lingkungan hidup, tetapi juga meningkatkan pertumbuhan ekonomi nasional. Dalam Perjanjian *World Trade Organization* (WTO), sebagaimana telah diratifikasi oleh Pemerintah Indonesia dengan UU No. 7 Tahun 1994, khususnya mengenai *Agreement on Technical Barrier to Trade* (TBT) yang mengatur mengenai standarisasi ditegaskan bahwa negara anggota wajib menyesuaikan peraturan perundang-undangan nasional di bidang standarisasi.

Standardisasi dimaksudkan untuk meningkatkan perlindungan kepada konsumen, pelaku usaha, tenaga kerja, dan masyarakat lainnya baik untuk keselamatan, keamanan, kesehatan

⁴¹⁵ Lihat kasus *Milk and Ice Cream Can Institute vs. FTC*, 152 F.2d, 478 (7th Cir.1946) di mana para manufaktur pembuat kaleng es krim menyeragamkan ukurannya dan kemudian menetapkan harga yang serupa dengan berdasarkan perhitungan dari penyeragaman ukuran ini. Pengadilan menyatakan: "that much of this (standardization) effort was to comply with various governmental regulations and for health purposes, but the fact still remains that it was casier to reach the goal of uniform prices on a standard product than one which was not".

maupun pelestarian fungsi lingkungan hidup, serta untuk membantu kelancaran perdagangan dan mewujudkan persaingan usaha yang sehat dalam perdagangan.

Untuk dapat meningkatkan efektifitas pengaturan di bidang standardisasi diperlukan adanya peranan dan kerja sama yang sinergik antara konsumen, pelaku usaha, ilmuwan dan instansi pemerintah. Dengan adanya standardisasi nasional maka akan ada acuan tunggal dalam mengukur mutu produk dan atau jasa di dalam perdagangan, yaitu Standar Nasional Indonesia (SNI), sehingga dapat meningkatkan perlindungan kepada konsumen, pelaku usaha, tenaga kerja, dan masyarakat lainnya baik untuk keselamatan, keamanan, kesehatan maupun pelestarian fungsi lingkungan hidup.

Adapun beberapa pedoman yang dikeluarkan dalam rangka mendukung standardisasi ini adalah berupa pedoman di bidang standardisasi nasional meliputi ketentuan-ketentuan yang lebih rinci sebagai penjabaran dari Sistem Standardisasi Nasional untuk digunakan sebagai panduan di dalam melaksanakan kegiatan standardisasi. Pedoman tersebut antara lain berupa Pedoman Perumusan SNI, Pedoman Penulisan SNI, Pedoman Kaji Ulang SNI dan Pedoman Penerapan SNI.⁴¹⁶ Sesuai dengan *Agreement on Technical Barrier to Trade* dan *Sanitary and Phyto Sanitary* yang diatur dalam *Agreement on World Trade Organization* (Perjanjian Organisasi Perdagangan Dunia), ditegaskan bahwa negara anggota harus menjamin dalam peraturan teknis mengenai pemberlakuan standar secara wajib bahwa produk yang diimpor tidak boleh diperlakukan berbeda dengan produk dalam negeri atau produk yang diimpor dari negara lainnya. Berkaitan dengan hal dimaksud, setiap negara berkewajiban untuk menotifikasikan kepada WTO setiap rencana regulasi atau rencana pemberlakuan standar secara wajib, untuk memperoleh tanggapan dari negara-negara anggota Organisasi Perdagangan Dunia.

Regulasi dimaksud adalah peraturan perundang-undangan yang berlaku antara lain di bidang perindustrian, ketenagalistrikan, kesehatan, perlindungan konsumen dan peraturan perundang-undangan yang terkait dengan kegiatan standardisasi nasional.

Saat ini pemerintah Indonesia menerapkan SNI dengan mengadopsi *WTO Code of good practice*, yaitu:

1. *Openess* (keterbukaan): Terbuka agar semua *stakeholder* yang berkepentingan dapat berpartisipasi dalam pengembangan SNI;
2. *Transparency* (transparansi): Transparan agar semua *stakeholder* yang berkepentingan dapat mengikuti perkembangan SNI mulai dari tahap pemrograman dan perumusan sampai ke tahap penetapannya. Dapat dengan mudah memperoleh semua informasi yang berkaitan dengan pengembangan SNI;
3. *Consensus and impartiality* (konsensus dan tidak memihak): Tidak memihak dan konsensus agar semua *stakeholder* dapat menyalurkan kepentingannya dan diperlakukan secara adil;
4. *Effectiveness and relevance*: Efektif dan relevan agar dapat memfasilitasi perdagangan karena memperhatikan kebutuhan pasar dan tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku;
5. *Coherence*: Koheren dengan pengembangan standar internasional agar perkembangan pasar negara kita tidak terisolasi dari perkembangan pasar global dan memperlancar perdagangan internasional; dan

⁴¹⁶ SNI yang berkaitan dengan kepentingan keselamatan dan keamanan umum antara lain SNI tentang alat-alat yang berkaitan dengan gas bertekanan tinggi, kabel listrik, dan lain-lain. SNI yang berkaitan dengan kepentingan kesehatan masyarakat antara lain SNI tentang obat, bahan obat, alat dan perbekalan kesehatan, makanan yang dibubuhi zat tambahan dan lain-lain. SNI yang berkaitan dengan pelestarian fungsi lingkungan hidup antara lain SNI tentang nilai ambang batas, limbah, dan lain-lain. SNI yang berkaitan dengan pertimbangan ekonomis adalah SNI yang terkait dengan barang ekspor atau SNI yang dapat meningkatkan nilai tambah seperti SNI tentang karet remah.

6. *Development dimension* (berdimensi pembangunan): Berdimensi pembangunan agar memperhatikan kepentingan publik dan kepentingan nasional dalam meningkatkan daya saing perekonomian nasional.⁴¹⁷

Untuk itu Pemerintah mengeluarkan Peraturan Pemerintah No. 102 Tahun 2000 tentang Standardisasi Nasional (PP No. 102 Tahun 2000)⁴¹⁸ dengan pertimbangan mendukung peningkatan produktivitas, daya guna produksi, mutu barang, jasa, proses, sistem dan atau personel, yang dimaksudkan untuk meningkatkan daya saing, perlindungan konsumen, pelaku usaha, tenaga kerja dan masyarakat khususnya di bidang keselamatan, keamanan, kesehatan dan lingkungan hidup dan lain-lain.

Dalam Peraturan Pemerintah ini ditetapkan beberapa ketentuan, yaitu:

1. Standar adalah spesifikasi teknis atau sesuatu yang dibakukan termasuk tata cara dan metode yang disusun berdasarkan konsensus semua pihak yang terkait dengan memperhatikan syarat-syarat keselamatan, keamanan, kesehatan, lingkungan hidup, perkembangan ilmu pengetahuan dan teknologi, serta pengalaman, perkembangan masa kini dan masa yang akan datang untuk memperoleh manfaat yang sebesar-besarnya.
2. Standardisasi adalah proses merumuskan, menetapkan, menerapkan dan merevisi standar, yang dilaksanakan secara tertib dan bekerja sama dengan semua pihak.
3. Standar Nasional Indonesia (SNI), adalah standar yang ditetapkan oleh Badan Standardisasi Nasional dan berlaku secara nasional.
4. Rancangan Standar Nasional Indonesia (RSNI), adalah rancangan standar yang dirumuskan oleh panitia teknis setelah tercapai konsensus dari semua pihak yang terkait.
5. Perumusan Standar Nasional Indonesia adalah rangkaian kegiatan sejak pengumpulan dan pengolahan data untuk menyusun Rancangan Standar Nasional Indonesia sampai tercapainya konsensus dari semua pihak yang terkait.
6. Penetapan Standar Nasional Indonesia adalah kegiatan menetapkan Rancangan Standar Nasional Indonesia menjadi Standar Nasional Indonesia.
7. Penerapan Standar Nasional Indonesia adalah kegiatan menggunakan Standar Nasional Indonesia oleh pelaku usaha.
8. Revisi Standar Nasional Indonesia adalah kegiatan penyempurnaan Standar Nasional Indonesia sesuai dengan kebutuhan.
9. Pemberlakuan Standar Nasional Indonesia adalah keputusan pimpinan instansi teknis yang berwenang untuk memberlakukan Standar Nasional Indonesia secara wajib terhadap barang dan atau jasa.
10. Akreditasi adalah rangkaian kegiatan pengakuan formal oleh Komite Akreditasi Nasional (KAN), yang menyatakan bahwa suatu lembaga/laboratorium telah memenuhi persyaratan untuk melakukan kegiatan sertifikasi tertentu.
11. Sertifikasi adalah rangkaian kegiatan penerbitan sertifikat terhadap barang dan atau jasa.
12. Sertifikat adalah jaminan tertulis yang diberikan oleh lembaga/laboratorium yang telah diakreditasi untuk menyatakan bahwa barang, jasa, proses, sistem atau personel telah memenuhi standar yang dipersyaratkan.

⁴¹⁷ (Sumber Strategi BSN 2006-2009), Distribusi SNI menurut sector ICS terbagi menjadi 9 sektor sebagai berikut: *Agriculture and food technology, Construction, Electronics, information technology and communication, Engineering technology, Generalities, infrastructure and science, Materials technology Special technology, Transportation and distribution of foods.*

⁴¹⁸ Peraturan Pemerintah ini menggantikan Peraturan Pemerintah Nomor 15 Tahun 1991 tentang Standar Nasional Indonesia.

13. Tanda SNI adalah tanda sertifikasi yang dibubuhkan pada barang kemasan atau label yang menyatakan telah terpenuhinya persyaratan Standar Nasional Indonesia.
14. Sistem Standardisasi Nasional (SSN), adalah tatanan jaringan sarana dan kegiatan standardisasi yang serasi, selaras dan terpadu serta berwawasan nasional, yang meliputi penelitian dan pengembangan standardisasi, perumusan standar, penetapan standar, pemberlakuan standar, penerapan standar, akreditasi, sertifikasi, metrologi, pembinaan dan pengawasan standardisasi, kerja sama, informasi dan dokumentasi, pemasyarakatan dan pendidikan dan pelatihan standardisasi.
15. Badan Standardisasi Nasional (BSN), adalah Badan yang membantu Presiden dalam menyelenggarakan pengembangan dan pembinaan di bidang standardisasi sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Tujuan dari dilakukannya standardisasi nasional yang mencakup semua kegiatan yang berkaitan dengan metrologi teknik, standar, pengujian dan mutu adalah untuk:

1. meningkatkan perlindungan kepada konsumen, pelaku usaha, tenaga kerja, dan masyarakat lainnya baik untuk keselamatan, keamanan, kesehatan maupun pelestarian fungsi lingkungan hidup;
2. membantu kelancaran perdagangan;
3. mewujudkan persaingan usaha yang sehat dalam perdagangan.⁴¹⁹

Pelaksanaan dan pengawasan standardisasi dilakukan oleh Badan Standardisasi Nasional (BSN) dan pelaksanaan tugas dan fungsi BSN di bidang akreditasi dilakukan oleh Komite Akreditasi Nasional (KAN) yang bertugas menetapkan akreditasi dan memberikan pertimbangan serta saran kepada BSN dalam menetapkan sistem akreditasi dan sertifikasi. Sedangkan pelaksanaan tugas dan fungsi BSN di bidang standar nasional untuk satuan ukuran dilakukan oleh Komite Standar Nasional untuk Satuan Ukuran (KSNSU). KSNSU mempunyai tugas memberikan pertimbangan dan saran kepada BSN mengenai standar nasional untuk satuan ukuran.

Sesuai dengan tujuan utama standardisasi adalah melindungi produsen, konsumen, tenaga kerja dan masyarakat dari aspek keamanan, keselamatan, kesehatan serta pelestarian fungsi lingkungan, pengaturan standardisasi secara nasional ini dilakukan dalam rangka membangun sistem nasional yang mampu mendorong dan meningkatkan, menjamin mutu barang dan/atau jasa serta mampu memfasilitasi penerimaan produk nasional dalam transaksi pasar global. Dari sistem dan kondisi tersebut diharapkan dapat meningkatkan daya saing produk barang dan/atau jasa Indonesia di pasar global.

Adapun pelaksanaan tugas dan fungsi BSN di bidang standar nasional untuk satuan ukuran dilakukan oleh Komite Standar Nasional untuk Satuan Ukuran. BSN menyusun dan menetapkan sistem standardisasi nasional dan pedoman di bidang standardisasi nasional yang merupakan dasar dan pedoman pelaksanaan yang harus diacu untuk setiap kegiatan standardisasi di Indonesia. Adapun SNI disusun melalui proses perumusan Rancangan SNI oleh panitia teknis melalui konsensus dari semua pihak yang terkait yang kemudian menjadi SNI oleh Kepala BSN. BSN dibentuk berdasarkan Keputusan Presiden No. 103 Tahun 2001 yang merupakan lembaga pemerintah nondepartemen dengan tugas pokok mengembangkan dan membina kegiatan standardisasi di Indonesia. Badan ini menggantikan fungsi dari Dewan Standardisasi Nasional – DSN.

⁴¹⁹ Pasal 3 Peraturan Pemerintah No.102 Tahun 2000 tentang Standardisasi Nasional.

SNI diterapkan di seluruh wilayah Republik Indonesia dan bersifat sukarela diterapkan oleh pelaku usaha. Penerapan SNI dilakukan melalui kegiatan sertifikasi dan akreditasi yang diberikan sertifikat dan atau dibubuhi tanda SNI. Di samping bersifat sukarela, maka ada pelaku usaha yang menerapkan SNI yang diberlakukan secara wajib, harus memiliki sertifikat dan atau tanda SNI. Di samping itu pelaku usaha dilarang memproduksi dan atau mengedarkan barang dan atau jasa, yang tidak memenuhi atau tidak sesuai dengan SNI yang telah diberlakukan secara wajib dikenakan sama, baik terhadap barang dan atau jasa produksi dalam negeri maupun terhadap barang dan atau jasa impor.

Kegiatan standardisasi yang meliputi standar dan penilaian kesesuaian (*conformity assessment*) secara terpadu perlu dikembangkan secara berkelanjutan khususnya dalam memantapkan dan meningkatkan daya saing produk nasional, memperlancar arus perdagangan dan melindungi kepentingan umum. Untuk membina, mengembangkan serta mengkoordinasikan kegiatan di bidang standardisasi secara nasional menjadi tanggung jawab BSN.

Dengan melihat kepada perjanjian sebagaimana diatur dalam definisi yang dirumuskan dalam Pasal 1 angka 7⁴²⁰ diartikan sama dengan perbuatan, artinya perjanjian yang dilakukan oleh pelaku usaha. Ketentuan pengecualian untuk jenis perjanjian penetapan standar teknis produk barang dan atau jasa yang tidak mengekang dan atau menghalangi persaingan adalah dapat merujuk kepada jenis penetapan standar sebagaimana yang diamanatkan oleh PP No. 102 Tahun 2000 tentang Standardisasi Nasional.

Dari sudah pandang hukum persaingan, prasyarat untuk tunduk pada standardisasi ini dapat saja diartikan sebagai hambatan (*barrier*) bagi pelaku usaha, artinya bila pelaku usaha tidak mampu untuk tunduk sesuai standar maka menjadi hambatan untuk dapat masuk ke pasar. Tetapi bila mengacu kembali kepada Pedoman Pasal 50 huruf a di mana PP termasuk sumber peraturan yang dapat dikecualikan maka pengecualian ini dapat melihat pada jenis-jenis perjanjian yang berkaitan dengan penetapan standar teknis produk barang dan atau jasa mana sajakah yang dapat dikecualikan sebagaimana telah diatur dalam Pasal 50 huruf a tersebut. Sampai saat ini KPPU belum mengeluarkan pedoman mengenai pengaturan pengecualian ini.

VIII.3.4 PERJANJIAN DALAM RANGKA KEAGENAN YANG ISINYA TIDAK MEMUAT KETENTUAN UNTUK MEMASOK KEMBALI BARANG DAN ATAU JASA DENGAN HARGA LEBIH RENDAH DARIPADA HARGA YANG TELAH DIPERJANJIKAN

Perjanjian sebagaimana diatur dalam definisi yang dirumuskan dalam Bab I, Pasal 1 angka 7⁴²¹ diartikan sama dengan perbuatan, artinya perjanjian yang dilakukan oleh pelaku usaha. Perjanjian keagenan atau (*distributorship*) adalah sesuatu yang wajar dilakukan. Tindakan yang melanggar hukum persaingan mengenai perjanjian keagenan ini pada dasarnya telah diatur dalam hambatan yang sifatnya vertikal (*vertical restraint*) sebagaimana diatur dalam Pasal 8, 14, 15, 16 UU No. 5 Tahun

⁴²⁰ Pasal 1 angka 7: suatu perbuatan satu atau lebih pelaku usaha untuk mengikatkan diri terhadap satu atau lebih pelaku usaha lain dengan nama apa pun, baik tertulis maupun tidak tertulis.

⁴²¹ *Ibid.*

1999.⁴²² Dalam teori ekonomi, perjanjian tentang keagenan sebenarnya banyak juga memberikan efek positif berupa efisiensi ataupun menghindarkan adanya *free rider*⁴²³. UU No. 5 Tahun 1999 juga mengatur tentang penetapan harga jual kembali pada Pasal 8 yang mengatakan bahwa:

“Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain yang memuat persyaratan bahwa penerima barang atau jasa tidak akan menjual atau memasok kembali barang dan atau jasa yang diterimanya, dengan harga yang lebih rendah daripada harga yang telah diperjanjikan sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat”.

Oleh sebab itu, harus dilihat dengan hati-hati bahwa perjanjian keagenan (*distributorship, dealership agreement*) sifatnya dikecualikan atau dibenarkan, tetapi isi klausula dari perjanjian tersebut adalah tidak serta merta dibenarkan (tidak dikecualikan) dari pengaturan Pasal 8 yang melarang perjanjian mengenai penetapan harga jual kembali sebagaimana disebutkan di atas.

Dalam hal regulasi yang ada tercatat bahwa Menteri Perdagangan mengeluarkan Peraturan Menteri No. 11/M-DAG/PER/3/2006 tentang Ketentuan dan Tata Cara Penerbitan Surat dan Tanda Daftar Agen atau Distributor Barang dan atau Jasa. Dalam pertimbangan Pemerintah disebutkan bahwa era globalisasi dan pasar bebas memberi kesempatan yang sama bagi pelaku usaha untuk berpartisipasi dalam pemasaran barang dan/atau jasa guna terciptanya iklim usaha yang kondusif dan mengendalikan distribusi barang dan/atau jasa secara tertib dan lancar melalui agen dan/atau distributor, diarahkan untuk memberikan perlindungan konsumen, serta memberikan kepastian hukum dan kepastian berusaha. Dalam peraturan ini diatur hal-hal sebagai berikut ini:

1. Prinsipal adalah perorangan atau badan usaha yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum di luar negeri atau di dalam negeri yang menunjuk agen atau distributor untuk melakukan penjualan barang dan/atau jasa yang dimiliki/dikuasai. Prinsipal dibedakan menjadi prinsipal produsen dan prinsipal *supplier*.
2. Prinsipal produsen adalah perorangan atau badan usaha yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum, berstatus sebagai produsen yang menunjuk badan usaha lain sebagai agen, agen tunggal, distributor atau distributor tunggal untuk melakukan penjualan atas barang hasil

⁴²² Pasal 8: Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain yang memuat persyaratan bahwa penerima barang dan atau jasa tidak akan menjual atau memasok kembali barang dan atau jasa yang diterimanya, dengan harga yang lebih rendah daripada harga yang telah diperjanjikan sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat. Pasal 14: Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian yang dengan pelaku usaha lain yang bertujuan untuk menguasai produksi sejumlah produk yang termasuk dalam rangkaian produksi barang dan atau jasa tertentu yang mana setiap rangkaian produksi merupakan hasil pengolahan atau proses lanjutan, baik dalam satu rangkaian langsung maupun tidak langsung, yang dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat dan atau merugikan masyarakat. Pasal 15: (1) Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain yang memuat persyaratan bahwa pihak yang menerima barang dan atau jasa tertentu harus bersedia membeli barang dan atau jasa lain dari pelaku usaha pemasok; (2) Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pihak lain yang memuat persyaratan bahwa pihak yang menerima barang dan atau jasa tertentu harus bersedia membeli barang dan atau jasa lain dari pelaku usaha pemasok; (a) harus bersedia membeli barang dan atau jasa lain dari pelaku usaha pemasok; atau (b) tidak akan membeli barang dan atau jasa yang sama atau sejenis dari pelaku usaha lain yang menjadi pesaing dari pelaku usaha pemasok. Pasal 16: Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pihak lain di luar negeri yang memuat ketentuan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.

⁴²³ *Free rider is a person who is able to take advantage of the services offered by someone else without paying for them.* Misalnya bila ada seorang retailer menjual suatu produk dari distributor menawarkan produk tersebut sekaligus dengan pelayanan purna jual, ruang pameran dan iklan di mana keseluruhan sarana ini termasuk dalam harga jual produk tersebut. Sementara retailer yang lain menjual produk yang sama tetapi tidak menawarkan pelayanan yang demikian, maka retailer ini dapat menjual produk tersebut dengan harga lebih murah dari retailer yang lain karena tidak mengeluarkan biaya tambahan. Jenis-jenis fasilitas *free rider* yang umumnya menjadikan biaya tambahan bagi distributor adalah: iklan, ruang pameran, pelatihan untuk staff dan upaya menjaga kualitas dan reputasi.

- produksi dan/atau jasa yang dimiliki/dikuasai.
3. Prinsipal *supplier* adalah perorangan atau badan usaha yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang ditunjuk oleh prinsipal produsen untuk menunjuk badan usaha lain sebagai agen, agen tunggal, distributor atau distributor tunggal sesuai kewenangan yang diberikan oleh prinsipal produsen.
 4. Agen adalah perusahaan perdagangan nasional yang bertindak sebagai perantara untuk dan atas nama prinsipal berdasarkan perjanjian untuk melakukan pemasaran tanpa melakukan pemindahan hak atas fisik barang dan/atau jasa yang dimiliki/dikuasai oleh prinsipal yang menunjuknya.
 5. Distributor adalah perusahaan perdagangan nasional yang bertindak untuk dan atas namanya sendiri berdasarkan perjanjian yang melakukan pembelian, penyimpanan, penjualan serta pemasaran barang dan/atau jasa yang dimiliki/dikuasai.
 6. Hak eksklusif adalah hak istimewa yang diberikan oleh prinsipal kepada perusahaan perdagangan nasional sebagai agen tunggal atau distributor tunggal.
 7. Agen tunggal adalah perusahaan perdagangan nasional yang mendapatkan hak eksklusif dari prinsipal berdasarkan perjanjian sebagai satu-satunya agen di Indonesia atau wilayah pemasaran tertentu.
 8. Distributor tunggal adalah perusahaan perdagangan nasional yang mendapatkan hak eksklusif dari prinsipal berdasarkan perjanjian sebagai satu-satunya distributor di Indonesia atau wilayah pemasaran tertentu.
 9. Sub agen adalah perusahaan perdagangan nasional yang bertindak sebagai perantara untuk dan atas nama prinsipal berdasarkan penunjukan atau perjanjian dari agen atau agen tunggal untuk melakukan pemasaran.
 10. Subdistributor adalah perusahaan perdagangan nasional yang bertindak sebagai perantara untuk dan atas namanya sendiri berdasarkan penunjukan atau perjanjian dari distributor atau distributor tunggal untuk melakukan pemasaran dan seterusnya.

Untuk pendaftaran dan kewenangan dari setiap perusahaan perdagangan nasional yang membuat perjanjian dengan prinsipal barang atau jasa produksi luar negeri atau dalam negeri sebagai agen, agen tunggal, distributor atau distributor tunggal wajib didaftarkan di Kementerian Perdagangan untuk memperoleh Surat Tanda Pendaftaran. Kemudian agen, agen tunggal, distributor atau distributor tunggal yang telah memperoleh STP dapat menunjuk subagen atau subdistributor yang wajib didaftarkan di Kementerian Perdagangan untuk memperoleh STP.

Dalam hal ini Menteri memiliki kewenangan pengaturan pendaftaran keagenan atau distributor yang melimpahkan kewenangan itu kepada Direktur Jenderal Perdagangan Dalam Negeri yang juga melimpahkan kewenangan kepada Direktur Bina Usaha dan Pendaftaran Perusahaan.

Penunjukan agen, agen tunggal, distributor atau distributor tunggal dapat dilakukan oleh :

1. Prinsipal produsen;
2. Prinsipal *supplier* berdasarkan persetujuan dari prinsipal produsen;
3. Perusahaan Penanaman Modal Asing yang bergerak di bidang perdagangan sebagai distributor/*wholesaler*;
4. Kantor Perwakilan Perusahaan Perdagangan Asing.

Untuk Perusahaan Penanaman Modal Asing dalam melaksanakan kegiatan usaha perdagangan harus:

1. menunjuk perusahaan perdagangan nasional sebagai agen, agen tunggal, distributor atau distributor tunggal;
2. penunjukkan dibuat dalam bentuk perjanjian yang dilegalisir oleh notaris;
3. perjanjian dengan perusahaan perdagangan nasional harus mendapat persetujuan tertulis dari prinsipal produsen yang diwakilinya di luar negeri.

Kantor Perwakilan Perusahaan Perdagangan Asing yang sudah memiliki Surat Izin Usaha Perwakilan Perusahaan Perdagangan Asing (SIUP_{3A}) dalam melaksanakan kegiatan usaha perdagangan harus :

1. menunjuk perusahaan perdagangan nasional sebagai agen, agen tunggal, distributor atau distributor tunggal;
2. penunjukkan dalam bentuk perjanjian yang dilegalisir oleh notaris;
3. perjanjian dengan perusahaan perdagangan nasional harus mendapat persetujuan tertulis dari prinsipal produsen yang diwakilinya di luar negeri.

Untuk tata cara dan persyaratan pendaftaran permohonan pendaftaran agen, agen tunggal, subagen, distributor, distributor tunggal atau subdistributor barang dan/atau jasa produksi luar negeri atau dalam negeri disampaikan secara tertulis kepada Direktur Bina Usaha dan Pendaftaran Perusahaan, Departemen Perdagangan yang sesuai dengan persyaratan yang ditetapkan.⁴²⁴ Khusus untuk Pendaftaran agen/distributor barang dan/atau jasa produksi luar negeri permohonan atau perpanjangan pendaftaran sebagai agen, agen tunggal, distributor atau distributor tunggal barang dan/atau jasa produksi luar negeri disampaikan kepada Direktur Bina Usaha dan Pendaftaran Perusahaan, dengan melampirkan dokumen sebagaimana dimaksud dalam Pasal 8 dan wajib dilengkapi dengan :

1. Konfirmasi dari prinsipal yang telah dilegalisir oleh *notary public* dan surat keterangan dari Atase Perdagangan Republik Indonesia atau Kantor Perwakilan Republik Indonesia di negara

⁴²⁴ Pasal 8: Permohonan pendaftaran sebagai agen, agen tunggal, distributor atau distributor tunggal barang dan/atau jasa produksi luar negeri disampaikan kepada Direktur Bina Usaha dan Pendaftaran Perusahaan dengan melampirkan dokumen:

- a. Perjanjian yang telah dilegalisir oleh *notary public* dan surat keterangan Atase Perdagangan Republik Indonesia atau Pejabat Kantor Perwakilan RI di negara prinsipal, dengan memperlihatkan aslinya;
- b. Apabila perjanjian dilakukan oleh prinsipal supplier, prinsipal supplier berkewajiban menunjukkan kewenangan dari prinsipal produsen;
- c. Copy Surat Izin Usaha Perdagangan (SIUP);
- d. Copy Tanda Daftar Perusahaan (TDP) yang masih berlaku;
- e. Copy Angka Pengenal Impor Umum (API-U) yang masih berlaku, khusus untuk distributor atau distributor tunggal;
- f. Copy Akta Pendirian Perusahaan dan/atau Akta Perubahan yang telah mendapat pengesahan dari instansi berwenang;
- g. Copy pengesahan Badan Hukum dari Departemen Hukum dan Hak Asasi Manusia bagi Perseroan Terbatas;
- h. Khusus bagi agen atau agen tunggal, membuat surat pernyataan yang menyatakan bahwa tidak melakukan penguasaan dan penyimpanan barang yang diageni;
- i. Asli leaflet/brosur/katalog dari prinsipal untuk jenis barang dan/atau jasa yang diageni;
- j. Copy surat izin atau surat pendaftaran lainnya dari instansi teknis yang masih berlaku untuk jenis barang tertentu sesuai dengan peraturan yang berlaku;
- k. Copy Surat Izin Usaha Tetap/Surat Persetujuan BKPM apabila perjanjian dilakukan dengan Perusahaan Penanaman Modal Asing (PMA) yang bergerak di bidang distributor/*wholesaler*;
- l. Copy Surat Izin Usaha Perusahaan Perwakilan Perdagangan Asing (SIUP_{3A}) apabila perjanjian dilakukan dengan Kantor Perwakilan Perusahaan Perdagangan Asing.

- prinsipal dengan memperlihatkan aslinya;
- 2. Laporan kegiatan perusahaan setiap 6 (enam) bulan;
- 3. STP asli yang dimintakan perpanjangannya.

Agen, agen tunggal, subagen, distributor, distributor tunggal atau subdistributor berhak mendapatkan pendidikan dan pelatihan untuk meningkatkan keterampilan dan pelayanan purnajual dari prinsipal, serta secara teratur mendapatkan informasi tentang perkembangan produk. Bila diperlukan, agen, agen tunggal, distributor atau distributor tunggal dapat mempekerjakan tenaga ahli warga negara asing dalam bidang teknis sesuai dengan ketentuan yang berlaku. Agen, agen tunggal, distributor atau distributor tunggal wajib melindungi kepentingan dan kerahasiaan prinsipal terhadap barang dan/atau jasa yang diageni sesuai yang disepakati dalam perjanjian. Prinsipal produsen yang memasok barang yang pemanfaatannya berkelanjutan dalam batas waktu paling sedikit 1 (satu) tahun wajib menyediakan suku cadang atau pelayanan purnajual dan memenuhi jaminan atau garansi sesuai dengan perjanjian yang telah disepakati.⁴²⁵

Perikatan antara prinsipal dengan agen, agen tunggal, distributor atau distributor tunggal barang dan/atau jasa produksi dalam dan luar negeri berbentuk perjanjian yang dilegalisir *notary public* dan surat keterangan dari Atase Perdagangan Republik Indonesia atau Pejabat Kantor Perwakilan Republik Indonesia di negara prinsipal. Prinsipal dapat membuat perjanjian hanya dengan satu agen tunggal atau distributor tunggal untuk jenis barang dan/atau jasa yang sama dari suatu merek di wilayah pemasaran tertentu untuk jangka waktu tertentu.

Prinsipal dapat membuat perjanjian dengan satu atau lebih agen atau distributor untuk jenis barang dan/atau jasa yang sama dari suatu merek di wilayah pemasaran tertentu di luar wilayah pemasaran agen tunggal atau distributor tunggal. Dalam hal prinsipal membuat perjanjian lebih dari satu agen atau distributor, prinsipal wajib menyebutkan nama-nama agen atau distributor yang telah ditunjuk. Apabila terdapat perjanjian lebih dari satu agen tunggal atau distributor tunggal oleh prinsipal untuk jenis barang dan/atau jasa yang sama dari suatu merek dalam wilayah pemasaran tertentu, maka STP diberikan kepada pemohon pertama. Perjanjian tersebut paling tidak memuat:

1. Nama dan alamat lengkap pihak-pihak yang membuat perjanjian;
2. Maksud dan tujuan perjanjian;
3. Status keagenan atau kedistributoran;
4. Jenis barang dan/atau jasa yang diperjanjikan;
5. Wilayah pemasaran;
6. Hak dan kewajiban masing-masing pihak;
7. Kewenangan;
8. Jangka waktu perjanjian;
9. Cara-cara pengakhiran perjanjian;
10. Cara-cara penyelesaian perselisihan;
11. Hukum yang dipergunakan;
12. Tenggang waktu penyelesaian.

Dari ketentuan Peraturan Menteri tersebut maka terlihat beberapa aturan yang bertentangan dengan prinsip dalam hukum persaingan, misalnya antara prinsipal dapat membuat perjanjian hanya dengan satu agen tunggal atau distributor tunggal untuk jenis barang dan/atau jasa yang sama

⁴²⁵ Pasal 20 Kep. Men Perdagangan mengeluarkan Peraturan Menteri No. 11/M-DAG/PER/3/2006 tentang Ketentuan dan Tata Cara Penerbitan Surat dan Tanda Daftar Agen atau Distributor Barang dan atau Jasa.

dari suatu merek di wilayah pemasaran tertentu untuk jangka waktu tertentu (pembagian wilayah dan produk). Bila melihat beberapa unsurnya maka jenis perjanjian ini dapat mengacu kepada pengecualian sebagaimana jenis perjanjian yang dikecualikan dalam Pasal 50 huruf a yaitu dengan dasar hukum Peraturan Menteri. Pengecualian Pasal 50 huruf d memang ditujukan untuk perjanjian dalam rangka keagenan tetapi isinya tidak memuat ketentuan untuk memasok kembali barang dan atau jasa dengan harga lebih rendah daripada harga yang telah diperjanjikan (kecuali mengenai pembagian wilayah pemasaran dan produk).

Saat ini KPPU telah memiliki pedoman mengenai Pasal 50 huruf d yaitu Peraturan KPPU No. 7 Tahun 2010 tentang Pedoman Pelaksanaan Pasal 50 huruf d tentang Pengecualian dari Ketentuan UU No. 5 Tahun 1999.

Pasal 50 huruf d termasuk salah satu pasal yang tidak mudah diterapkan dalam kasus-kasus tertentu. Hal ini disebabkan karena bunyi teksnya memungkinkan berbagai penafsiran, khususnya tentang makna keagenan. Pasal tersebut berbunyi:

“Perjanjian dalam rangka keagenan yang isinya tidak memuat ketentuan untuk memasok kembali barang dan atau jasa dengan harga yang lebih rendah daripada harga yang telah diperjanjikan”.

Dalam perkembangan ilmu hukum, makna keagenan dapat ditafsirkan secara luas (*broad terms*) dan sempit (*narrow terms*), tergantung pada konteksnya. Keagenan dalam arti luas mencakup semua hubungan hukum antara yang diwakili (*principal*) dengan yang mewakili (*agent*) termasuk segala akibat hukumnya. Misalnya hubungan antara pemberi kuasa dengan penerima kuasa (*lastgeving*); hubungan antara Perseroan Terbatas dengan direksinya; hubungan antara majikan dengan buruh; hubungan antara *client* dengan pengacaranya; hubungan antara produsen dengan distributor dan sebagainya.

Dalam arti sempit biasanya hubungan keagenan hanya mencakup hubungan antara produsen dengan agen, di mana agen di sini merupakan seorang wakil yang bertindak atas nama (*on behalf*) produsen dalam hubungannya dengan pemasaran atau penjualan produk yang bersangkutan. Dalam hubungan ini, seorang agen secara hukum hanya mewakili produsen, dan oleh karenanya tidak terikat dalam hak dan kewajiban atas kontrak yang dibuatnya atas nama produsen. Apakah perjanjian keagenan yang disebutkan dalam Pasal 50 huruf d termasuk dalam kategori keagenan dalam arti luas atau keagenan dalam arti sempit? Ketidakjelasan ini berakibat pada sulitnya penerapan ketentuan pengecualian sebagaimana dimaksud dalam Pasal 50 huruf d.

Penjelasan terhadap masing-masing unsur dalam ketentuan Pasal 50 huruf d adalah:

1. Perjanjian

Pengertian “perjanjian” dalam ketentuan Pasal 50 huruf d ini mencakup pengertian sebagaimana disebutkan dalam Pasal 1 angka 7 UU No 5 Tahun 1999, yaitu suatu perbuatan satu atau lebih pelaku usaha untuk mengikatkan diri terhadap satu atau lebih pelaku usaha lain dengan nama apa pun baik tertulis maupun tidak tertulis.

Selanjutnya yang dimaksud dengan pelaku usaha adalah sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1 angka 5 UU No. 5 Tahun 1999 yaitu orang perseorangan atau badan usaha baik yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum.

2. Keagenan

a. Keagenan dalam arti luas mencakup semua hubungan hukum antara yang diwakili

(*principal*) dengan yang mewakili (*agent*), termasuk segala akibat hukumnya. Misalnya hubungan antara pemberi kuasa dengan pemberi kuasa (*lastgeving*), hubungan antara Perseroan Terbatas dengan Direksinya, hubungan antara majikan dengan buruh, hubungan antara *client* dengan pengacaranya, hubungan antara produsen dengan distributor dan sebagainya.

- b. Keagenan dalam arti sempit hanya mencakup hubungan antara produsen dengan agen, di mana agen hanyalah seorang wakil yang bertindak untuk dan atas nama (*on behalf*) produsen dalam hubungannya dengan pemasaran atau penjualan produk yang bersangkutan. Dalam hubungan ini, seorang agen secara hukum hanya mewakili produsen, dan oleh karenanya tidak terikat dalam hal dan kewajiban atas kontrak yang dibuatnya atas nama produsen.

Oleh karena itu, keagenan yang dimaksud dalam pedoman ini adalah keagenan dalam arti sempit, yaitu agen yang bertindak untuk dan atas nama prinsipal. Artinya, agen hanya mewakili produsen yang tidak terikat dalam hak dan kewajiban atas kontrak yang dibuatnya atas nama produsen. Hal ini sesuai dengan definisi agen yang diatur dalam Pasal 1 angka 4 Peraturan Menteri Perdagangan no 11/M-DAG/PER/3/2006 tentang Ketentuan dan Tata cara Penerbitan Surat Tanda Pendaftaran Agen Atau Distributor Barang dan atau Jasa.⁴²⁶

Secara umum berdasarkan berbagai peraturan perundang-undangan dan doktrin hukum, maka ciri-ciri agen adalah:

- a. Agen bertindak untuk dan atas nama produsen / prinsipal (*on behalf*);
- b. Tidak memiliki hak milik atas barang/jasa;
- c. Tidak memiliki hak untuk menentukan harga;
- d. Tidak menanggung risiko atas barang/jasa yang diperdagangkan.

Pengertian agen dalam Pasal 50 huruf d harus diartikan dalam arti sempit sehingga diperoleh suatu kepastian hukum atas aturan yang ada. Agen dalam Pasal 50 huruf d diartikan sebagai agen sesungguhnya/agen murni (*genuine agent*) yang bertindak untuk dan atas nama prinsipal, serta tidak menanggung risiko perjanjian yang dilakukan agen dengan pihak ketiga (karena ditanggung oleh prinsipal).

Jadi perjanjian keagenan pada tingkat pertama di mana agen bertindak untuk dan atas nama prinsipal seharusnya dikecualikan dari penerapan UU No. 5 Tahun 1999. Jika suatu agen bertindak sebagai pelaku usaha mandiri atau disebut agen semu, maka segala tindakan (perilaku) agen semu tersebut tidak dikecualikan dari penerapan UU No. 5 Tahun 1999, karena dia bertindak untuk dan atas namanya sendiri.

Pada dasarnya perjanjian keagenan, dalam hal ini perjanjian antara prinsipal dan agen, merupakan perjanjian pemberian kuasa sebagaimana diatur dalam Pasal 1792 KUHPerdata, sehingga apabila terjadi perjanjian antara agen dan pihak ketiga, maka pada dasarnya perjanjian tersebut hanya mengikat prinsipal dan pihak ketiga dengan siapa agen melakukan transaksi.

⁴²⁶ Agen adalah perusahaan perdagangan nasional yang bertindak sebagai perantara untuk dan atas nama prinsipal berdasarkan perjanjian untuk melakukan pemasaran tanpa melakukan pemindahan hak atas fisik barang dan atau jasa yang dimiliki / dikuasai oleh principal yang menunjukannya.

Pengertian perjanjian keagenan dapat mengacu pada buku Himpunan Peraturan Keagenan dan Distributor yang diterbitkan oleh Departemen Perdagangan RI (2006), bahwa “perjanjian keagenan adalah perjanjian antara prinsipal dan agen di mana prinsipal memberikan amanat kepada agen untuk dan atas nama prinsipal menjual barang dan atau jasa yang dimiliki atau dikuasai oleh prinsipal.”⁴²⁷

Isi perjanjian keagenan secara umum adalah sebagai berikut :

- a. Agen bertindak untuk dan atas nama prinsipal
 Dalam suatu perjanjian keagenan yang sesungguhnya (murni), agen bertindak untuk dan atas nama prinsipal. Artinya, perjanjian jual beli yang dilakukan agen dengan pihak ketiga untuk dan atas nama prinsipal atau produsen. Agen adalah hanya sebagai perpanjangan tangan dari prinsipal atau produsen.
- b. Harga jual suatu barang atau jasa ditetapkan oleh prinsipal
 Dalam suatu perjanjian keagenan di mana prinsipal menetapkan harga jual suatu barang atau jasa yang akan dijual atau dipasarkan oleh agen. agen memasarkan (menjual) barang prinsipal kepada pihak ketiga sesuai dengan harga yang ditetapkan oleh prinsipal. Agen tidak mengubah harga jual tersebut kepada pihak ketiga.
- c. Prinsipal menanggung risiko akibat perjanjian yang dilakukan agen dengan pihak ketiga
 Dalam perjanjian keagenan yang dikecualikan, prinsipal menanggung risiko jual beli yang dilakukan oleh agen dengan pihak ketiga. Hal ini disebabkan karena hubungan hukum yang timbul dari perjanjian antara agen dengan pihak ketiga sesungguhnya hanya mengikat prinsipal dan pihak ketiga yang dimaksud. Oleh karenanya risiko sebagai salah satu akibat dari hubungan hak dan kewajiban yang diakibatkan adanya perjanjian tersebut sepenuhnya ditanggung oleh prinsipal dan bukan agen.
- d. Hubungan prinsipal dengan agen sebagai hubungan kerja berada posisi tingkat pertama
 Dalam perjanjian keagenan ditetapkan, bahwa hubungan prinsipal dengan agen adalah merupakan hubungan kerja, namun bukan dalam arti hubungan antara perusahaan dengan karyawan (biasanya dalam konteks hubungan perburuhan). Dalam hubungan keagenan, prinsipal mengontrol seluruh perilaku agen dalam melaksanakan tugasnya. Agen harus melaksanakan setiap ketentuan yang ditetapkan oleh prinsipal. Jika agen dalam melakukan perjanjian dengan pihak ketiga menyimpang dari yang disepakati antara prinsipal dengan agen, maka agen akan menanggung risiko perjanjian tersebut, kecuali sebelumnya agen mendapatkan persetujuan dari prinsipal.
- e. Agen mendapat komisi atau *salary* dari hubungan kerja antara prinsipal dengan agen
 Dalam hubungan keagenan, agen berhak mendapatkan komisi dari prinsipal sesuai dengan yang diperjanjikan. Jadi, dalam kaitan hubungan kerja berupa keagenan, agen bukanlah karyawan prinsipal, melainkan hubungan khusus yang ditetapkan dalam perjanjian keagenan, seperti halnya hubungan pelayanan jasa pada umumnya. Oleh karenanya agen tidak mendapatkan gaji dari prinsipal melainkan mendapatkan

⁴²⁷ Departemen Perdagangan RI, *Himpunan Peraturan Keagenan dan Distributor*, (Jakarta Direktorat Bina Usaha dan Pendaftaran Perusahaan, Direktorat Jenderal Perdagangan Dalam Negeri 2006), hal. 8 & 17.

komisi tertentu yang telah ditetapkan sebelumnya.

Jadi secara umum dapat disimpulkan bahwa ciri-ciri suatu perjanjian keagenan yang dikecualikan adalah jika:

- a. Agen bertindak untuk dan atas nama prinsipal;
- b. Harga jual suatu barang atau jasa ditetapkan oleh prinsipal;
- c. Prinsipal menanggung risiko akibat perjanjian antara agen dengan pihak ketiga;
- d. Hubungan antara prinsipal dengan agen adalah hubungan kerja yang berada pada tingkat pertama;
- e. Agen mendapatkan komisi atau *salary* dari hubungan kerja tersebut

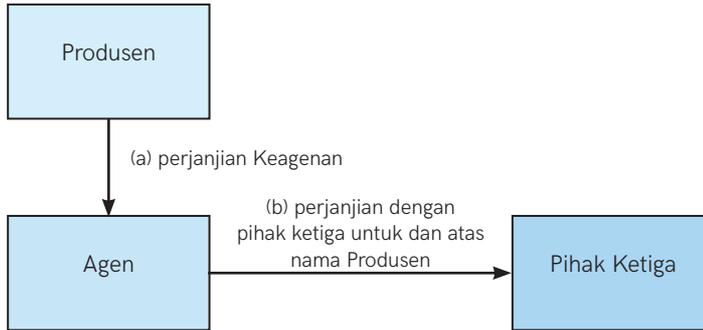
Dari penjelasan di atas, sebaliknya dapat disimpulkan suatu perjanjian keagenan yang tidak dikecualikan adalah jika:

- a. Agen bertindak untuk dan atas namanya sendiri;
- b. Agen bebas menetapkan harga jual barang atau jasa;
- c. Agen menanggung risiko akibat perjanjian dengan pihak ketiga dalam penjualan / pemasaran barang atau jasa prinsipal;
- d. Hubungan agen dengan prinsipal adalah suatu hubungan sebagai antara penjual dan pembeli;
- e. Agen tidak mendapatkan komisi atau *salary* dari prinsipal, tetapi berupa hasil keuntungan dari penjualan barang atau jasa prinsipal.

3. Isinya tidak memuat ketentuan untuk memasok kembali barang dan /atau jasa dengan harga yang lebih rendah daripada harga yang telah diperjanjikan

Harga yang diperjanjikan adalah harga yang telah ditetapkan oleh prinsipal dengan agen. Ketentuan Pasal 50 huruf d menuntut bahwa di dalam perjanjian keagenan tersebut tidak menetapkan suatu ketentuan untuk memasok kembali dengan harga yang lebih rendah daripada harga yang telah diperjanjikan. Tuntutan Pasal 50 huruf d sebenarnya adalah suatu konsekuensi dari perjanjian keagenan secara otomatis, bahwa di dalam suatu perjanjian keagenan tidak boleh memuat ketentuan untuk memasok kembali suatu barang atau jasa dengan harga yang lebih rendah daripada yang telah ditetapkan oleh prinsipal kepada agen. Artinya adalah sesuatu yang mustahil jika di dalam perjanjian keagenan terdapat klausula atau ketentuan untuk memasok kembali barang atau jasa tertentu dengan harga yang lebih rendah daripada harga yang telah diperjanjikan. Hal ini disebabkan karena agen memang tidak memiliki kewenangan untuk menetapkan harga. Penetapan harga sepenuhnya berada di tangan prinsipal. Agen hanya bertindak untuk dan atas nama prinsipal.

Ilustrasi Perjanjian Keagenan:



Berdasarkan ilustrasi di atas:

1. Menggambarkan hubungan antara produsen dengan agen, hubungan ini dikenal sebagai kontrak keagenan.
2. Menggambarkan hubungan antara agen dengan pihak ketiga, kontrak antara agen dengan pihak ketiga berdasarkan kepada *mandate* dari produsen dan dilakukan untuk dan atas nama produsen.

Seorang agen ketika berhubungan dengan pihak ketiga dilakukan atas *mandate* yang dibebankan oleh produsen. Risiko atas pelaksanaan mandat tersebut sepenuhnya ditanggung oleh produsen. Agen hanyalah pihak yang mewakili produsen dalam memasarkan atau menjual produk dari produsen di suatu daerah atau wilayah tertentu sesuai dengan yang diperjanjikan. Penentuan tentang hak dan kewajiban, termasuk harga, juga sepenuhnya menjadi hak produsen (prinsipal). Seorang agen hanyalah “penyambung lidah” produsen. Ia tidak menanggung risiko atas hubungan hukum antara produsen dengan pihak ketiga, dengan siapa seorang agen menutup perjanjian atas nama produsen.

Keterkaitan Pasal 50 huruf d dengan pasal lain dalam UU No. 5 Tahun 1999 dapat dijelaskan sebagai berikut. Sebagaimana telah diuraikan sebelumnya, bahwa yang dikecualikan menurut Pasal 50 huruf d adalah agen yang bertindak untuk dan atas nama prinsipal, dengan demikian, di antara agen tidak akan terjadi persaingan, khususnya dalam hal harga jual suatu barang dan atau jasa tertentu, karena masing-masing agen diberikan perintah yang sama oleh pihak prinsipal untuk menjual barang dan atau jasa dengan harga yang sama. Agen tidak dapat menaikkan atau menurunkan harga dari harga yang telah ditetapkan oleh prinsipal.

Selain itu, perjanjian keagenan yang dimaksud dalam Pasal 50 huruf d adalah perjanjian keagenan pada level pertama yaitu langsung ditetapkan oleh produsen (prinsipal). Untuk itu di dalam perjanjian keagenan harus jelas dan tegas ditetapkan hak dan kewajiban antara agen dengan prinsipal.

Dengan pemahaman ini berarti ketentuan Pasal 50 huruf d harus diterapkan secara terpisah (otonom), tidak dapat diterapkan bersamaan dengan ketentuan Pasal 8 dan Pasal 15 UU No. 5 Tahun 1999. Dalam Pasal 8 dijelaskan bahwa pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain yang memuat persyaratan bahwa penerima barang dan atau jasa tidak akan menjual atau memasok kembali barang dan atau jasa yang diterimanya dengan harga yang lebih rendah daripada harga yang telah diperjanjikan sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha yang tidak sehat.

Bila agen menjual barang dan atau jasa kepada pihak ketiga dengan harga yang lebih rendah daripada harga yang telah diperjanjikan atau di antara agen terjadi persaingan harga, maka agen tersebut tidak dikecualikan dari ketentuan Pasal 50 huruf d UU No. 5 Tahun 1999. Sedangkan Pasal 15 UU No. 5 Tahun 1999 mengatur tentang larangan melakukan perjanjian eksklusif dengan persyaratan tertentu. Penetapan harga yang dikecualikan oleh Pasal 50 huruf d bukan penetapan harga level kedua sebagaimana dimaksud dalam Pasal 15 ini, melainkan pada tingkat pertama, yaitu langsung ditetapkan oleh prinsipal.

Kasus VIII.3

Perusahaan SP yang memproduksi barang X membuat perjanjian keagenan dengan Perusahaan P, di dalam perjanjian keagenan tersebut ditetapkan bahwa Perusahaan P menyalurkan produk Perusahaan SP kepada pihak ketiga yaitu barang X. Perusahaan P bertindak untuk dan atas nama Perusahaan SP. Perusahaan P hanya dapat menjual atau memasarkan barang X dengan harga yang telah ditetapkan oleh Perusahaan SP dan Perusahaan SP menanggung risiko jual beli yang dilakukan Perusahaan P dengan pihak ketiga. Kemudian Perusahaan P mengadakan jual beli barang X dengan Perusahaan S dan Perusahaan P melaksanakan kewajibannya sesuai dengan yang ditetapkan dalam perjanjian keagenan tersebut.

Perjanjian keagenan antara Perusahaan SP dengan Perusahaan P dikecualikan dari penerapan ketentuan UU No. 5 Tahun 1999 karena perjanjian keagenan pada tingkat pertama ini tidak mengakibatkan persaingan harga yang mengakibatkan pesaing usaha tidak sehat, tetapi misalnya jika Perusahaan P boleh (bebas) menjual barang X tersebut di bawah harga yang telah ditetapkan oleh Perusahaan SP, maka perjanjian keagenan antara Perusahaan SP dengan Perusahaan P tidak dikecualikan dari ketentuan UU No. 5 Tahun 1999 karena terjadi persaingan harga ditingkat pertama tersebut. Artinya kedudukan Perusahaan P sebagai perusahaan yang mandiri dapat menetapkan sendiri harga jual barang X kepada pihak lain atau kepada konsumen, tanpa persetujuan Perusahaan SP

Kasus VIII.4

PT X ditunjuk oleh PT Z, produsen kendaraan bermotor roda 4 dengan merek "Jerapah", sebagai *dealer* utama PT Z. PT X mengeluarkan larangan kepada seluruh *subdealer* agar tidak menjual, memasok, mempromosikan serta memajang *display* mobil "Jerapah" di toko milik mixed channel, dan akan memutuskan hubungan kerja, mengenakan denda apabila ada *subdealer* yang terbukti menjual merek "Jerapah" kepada mixed channel. Ketika diperiksa oleh otoritas persaingan, PT X mengklaim bahwa yang dilakukannya adalah bagian dari perjanjian keagenan yang dikecualikan dari UU No. 5 Tahun 1999.

Pada dasarnya perjanjian mengenai larangan *subdealer* menjual mobil kepada mixed channel bukan merupakan perjanjian keagenan yang dikecualikan dari ketentuan UU No. 5 Tahun 1999. Perjanjian keagenan yang dikecualikan adalah perjanjian antara PT X dengan PT Z selaku prinsipal, di mana PT X ditunjuk sebagai agen yang bertindak untuk dan atas nama prinsipal. Dalam kasus ini PT X bukanlah agen yang dikecualikan sebagaimana dimaksud dalam UU No. 5 Tahun 1999.

Kualifikasi yang harus dipenuhi agar perjanjian keagenan dikecualikan dari UU No. 5 Tahun 1999 yaitu :

1. Agen bertindak untuk dan atas nama principal;
2. Agen tidak memiliki kebebasan untuk menetapkan harga;
3. Agen tidak menanggung risiko barang /jasa;
4. Agen dapat mengembalikan barang yang tidak terjual dengan tanpa beban biaya;
5. Hubungan antara prinsipal dengan agen adalah hubungan kerja yang berada pada tingkat pertama;
6. Agen mendapat komisi atau *salary* dari hubungan kerja tersebut.

Kasus VIII.5

Salah satu contoh agen yang mungkin dapat dikecualikan atau tidak dikecualikan menurut Pasal 50 huruf d adalah Agen Tunggal Pemegang Merk (ATPM) mobil. Untuk mengetahui dengan pasti apakah ATPM itu dikecualikan atau tidak dikecualikan harus dilihat isi perjanjian antara prinsipal dengan ATPM yang ada di Indonesia. Apakah ATPM seratus persen sebagai agen dari produsen yang tidak berhak mengubah harga penjualannya kepada *dealer* mobil ataukah ATPM tersebut berhak menentukan harga jual di Indonesia?

ATPM sebelumnya adalah agen tunggal pemegang merek dari suatu produsen mobil tertentu, ketika sektor otomotif diliberalisasi melalui Paket Deregulasi 24 Juni 1999, maka ATPM tidak lagi sepenuhnya menjadi agen, namun juga sekaligus sebagai distributor. Produsen otomotif asing mulai mengizinkan importir umum memasarkan merek kendaraan yang sudah diageni oleh ATPM. Sebagai akibat dari liberalisasi otomotif tersebut terjadi persaingan harga antara ATPM dengan importir umum pada pasar bersangkutan.

Secara faktual, ATPM bukan lagi sebagai agen tunggal, sehingga ijin ATPM yang dikeluarkan Pemerintah seharusnya sudah dicabut. ATPM dalam contoh kasus ini tidak lagi berkedudukan sebagai agen melainkan sebagai distributor yang bersaing dengan distributor-distributor lainnya, oleh karenanya tidak dikecualikan dari UU No. 5 tahun 1999.

Apabila perusahaan ATPM masih berkedudukan sebagai “agen tunggal pemegang merek” maka berdasarkan Undang-Undang Merek, sesungguhnya berhak mengajukan tuntutan atas pelanggaran merek kepada pengguna merek yang bersangkutan di wilayah RI sesuai dengan klausula “agen tunggal pemegang merek”, namun jika dia adalah distributor maka kedudukannya adalah sama dengan distributor-distributor lainnya dan oleh karena itu tunduk pula pada UU No. 5 Tahun 1999.

Salah satu contoh agen yang dikecualikan yang menjual barang atau jasa dari beberapa prinsipal, di mana masing-masing prinsipal mengadakan perjanjian dengan agen tersebut. PT X menjadi agen PT A, PT B dan PT C, yang menawarkan jasa PT A, PT B, dan PT C kepada konsumen. Di dalam perjanjian keagenan antara PT A dan masing-masing PT A, PT B dan PT C ditetapkan bahwa PT X menjual jasa PT A, PT B dan PT C untuk dan atas nama PT A, PT B dan PT C.

Agen tidak berhak menentukan harga jual jasa PT A, PT B dan PT C melainkan ditetapkan oleh masing-masing prinsipal. PT X hanya mendapatkan komisi dari hasil penjualan jasa masing-masing prinsipal. Jadi PT X sekaligus menjadi agen dari tiga perusahaan dan menjual jasa yang sejenis. Walaupun PT X menjual atau memasarkan jasa dari beberapa prinsipal, maka perjanjian keagenan antara PT X dengan PT A, PT B dan PT C dikecualikan dari penerapan UU No. 5 tahun 1999, karena PT X bertindak untuk dan atas nama PT A, PT B dan PT C dalam memasarkan jasa masing-masing.

Akan tetapi jika PT X dalam memasarkan jasa PT A, PT B dan PT C atas namanya sendiri, menentukan harga jual sendiri dan menanggung risiko sendiri atas penjualan jasa kepada pihak ketiga maka perjanjian keagenan antara PT X dengan PT A, PT B dan PT C tunduk pada UU No. 5 Tahun 1999.

Penerapan Pasal 50 huruf d dalam Putusan KPPU menggunakan metode deduktif sebagai berikut:

Premis Major

Di dalamnya berupa penjabaran tentang substansi ketentuan umum yang terdapat dalam Pasal 50 huruf d tersebut, yang dimaksud sebagai perjanjian keagenan yang dikecualikan berdasarkan bunyi Pasal 50 huruf d adalah perjanjian keagenan yang kedudukan agennya hanya sebagai seorang penerima kuasa biasa yang bertindak untuk dan atas nama prinsipal tanpa diberi wewenang untuk menentukan harga barang atau jasa yang menjadi obyeknya. Selanjutnya subyek atau agen yang dimaksud bukanlah agen mandiri melainkan agen yang sesungguhnya yang hanya bertindak untuk dan atas nama prinsipal, dengan demikian terhadap perjanjian keagenan lainnya tetap dapat diberlakukan UU No. 5 Tahun 1999.

Premis Minor

Di dalamnya berisi uraian peristiwa dalam kasus tertentu berupa fakta-fakta yang menjadi obyek pemeriksaan. Penguraianya berupa penjabaran dari unsur-unsur yang memenuhi kriteria yang dimaksud dalam Pasal 50 huruf d, unsur yang dimaksud adalah:

1. Adanya perjanjian antara prinsipal dengan agen;
2. Agen yang dimaksud adalah agen yang sesungguhnya atau bukan agen mandiri;
3. Di dalam perjanjian tersebut terdapat ketentuan bahwa agen hanya bertindak untuk dan atas nama prinsipal. Agen tidak memiliki wewenang kecuali hanya melaksanakan apa yang menjadi amanat dari prinsipal.

Pada bagian ini dikemukakan berbagai bukti yang menunjukkan bahwa agen adalah agen yang sesungguhnya, dalam arti bukan agen mandiri, dan dalam hubungannya dengan pihak ketiga, agen yang bersangkutan hanyalah seorang wakil yang tidak terikat secara hukum dengan pihak ketiga tersebut.

Simpulan

Di dalamnya berupa simpulan apakah perjanjian tersebut memenuhi tiga unsur yang dimaksud Pasal 50 huruf d UU No. 5 Tahun 1999, apabila perjanjian tersebut memenuhi ketiga unsur dalam Pasal 50 huruf d tersebut maka UU No. 5 Tahun 1999 tidak dapat diterapkan terhadap perjanjian tersebut, sebaliknya jika perjanjian tersebut tidak memenuhi ketiga unsur Pasal 50 huruf d maka kepadanya dapat diberlakukan UU No. 5 Tahun 1999.

Dalam penerapan Pasal 50 huruf d harus memenuhi unsur-unsur yang disebutkan pada poin kedua di atas, melihat premis minor yang harus ditemukan di dalam perjanjian keagenan. Perjanjian keagenan menjadi poin utama untuk melihat apakah perjanjian keagenan dikecualikan atau tidak dengan melihat isi perjanjian keagenan tersebut.

VIII.3.5 PERJANJIAN KERJA SAMA PENELITIAN UNTUK PENINGKATAN ATAU PERBAIKAN STANDAR HIDUP MASYARAKAT LUAS

Perjanjian kerja sama jenis ini sering dilakukan oleh perusahaan yang tergabung dan menjadi anggota asosiasi suatu industri. Rasionalnya adalah bahwa penelitian sering membutuhkan dana yang besar sehingga kerja sama dalam penelitian sering dilakukan secara patungan dan kemudian penemuan atau hak patennya akan dinikmati bersama.

Hampir seluruh penelitian ataupun penemuan HAKI akan membawa dampak positif bagi peningkatan atau perbaikan standar hidup masyarakat luas, karenanya diperlukan standardisasi jenis perjanjian yang bagaimanakah yang diijinkan untuk dikecualikan. Bila terdapat perjanjian seperti ini, maka harus dilihat apakah klausulanya kemudian memberikan hak eksklusif memonopoli HAKI (paten, misalnya) yang juga diijinkan dan diproteksi oleh undang-undang (lihat Pasal 50 huruf b).

Hal tersebut berlaku juga bahkan bila perjanjian itu sendiri dilakukan di antara sesama para pesaing yang berada dalam suatu pasar bersangkutan. Misalnya para pesaing bekerja sama untuk membuka apa yang disebut "*essential facilities*" yang diperlukan oleh pelaku usaha untuk mendukung produksinya.⁴²⁸ Dalam konteks persaingan usaha, "*essential facility*" diartikan secara umum sebagai fasilitas untuk memproduksi sehingga dianggap sangat penting atau wajib ada dan diperlukan ("*deemed necessary*") oleh seluruh pelaku usaha untuk beroperasi atau memproduksi dalam suatu industri dan fasilitas tersebut tidak mudah untuk dimiliki, dibuat atau dicontoh. Contoh untuk jenis barang '*essential goods*' ini, misalnya:

1. untuk industri kereta api: jalur atau rel yang tersedia;
2. untuk industri penerbangan: jumlah ruangan yang tersedia di pelabuhan udara;
3. untuk industri pembangkit tenaga listrik: jaringan distribusi dan transmisi.

⁴²⁸ Black Law Dictionary, hal. 379, Essential: Indispensably necessary; important in the highest degree; requisite. That which is required for the continued existence of a thing.

Perjanjian yang menyangkut kerja sama tidak dilarang sepanjang dapat dibuktikan bahwa tujuannya adalah untuk peningkatan atau perbaikan standar hidup masyarakat luas. Perjanjian yang bersifat kerja sama juga sering difasilitasi oleh asosiasi pelaku usaha yang bertujuan meningkatkan kemampuan bersaing di antara anggota asosiasi (pelaku usaha) sendiri. Di samping itu, pelaku usaha juga berpendapat bahwa modal yang dibutuhkan untuk membangun bersama fasilitas yang dibutuhkan akan jauh lebih murah bila dibandingkan dengan bila dikerjakan sendiri. Dengan tujuan bahwa setelah kerja sama yang bersifat membangun (padahal di antara sesama pesaing) setelahnya akan kembali bersaing secara normal.

Perjanjian yang jelas melanggar adalah apabila para pelaku usaha pesaing melakukan kesepakatan untuk melakukan penguasaan produksi dan atau pemasaran barang dan jasa⁴²⁹ atau bahkan membentuk kartel.⁴³⁰ Sehingga yang perlu dicermati adalah jangan sampai pengecualian yang diberikan dengan menggunakan alasan kerja sama penelitian yang akan meningkatkan standar hidup masyarakat luas justru dipergunakan sebagai fasilitasi kartel.

Sampai saat ini KPPU belum mengeluarkan Pedoman untuk Pasal 50 huruf c sehingga belum dapat dipastikan apa yang dimaksud dan bagaimana kategori jenis perjanjian penelitian yang bertujuan untuk peningkatan atau perbaikan standar hidup masyarakat luas.

VIII.3.6 PERJANJIAN INTERNASIONAL YANG TELAH DIRATIFIKASI OLEH PEMERINTAH REPUBLIK INDONESIA

Hukum internasional merupakan hukum yang sebagian besar terdiri dari prinsip-prinsip dan aturan yang mengikat negara–negara sebagai subjeknya dan karenanya ditaati dalam hubungan antara negara. Hukum internasional meliputi:

1. Peraturan–peraturan hukum tentang pelaksanaan fungsi antara lembaga–lembaga internasional, organisasi–organisasi internasional serta hubungannya antara negara–negara dan individu–individu;
2. Peraturan–peraturan hukum tertentu tentang individu–individu dengan kesatuan–kesatuan bukan negara, sepanjang hak–hak dan kewajiban individu dengan kesatuan kesatuan tersebut merupakan masalah kerja sama internasional.⁴³¹

Pada dasarnya berlakunya hukum internasional didasarkan pada 2 prinsip:

1. *Pacta Sunt Servanda*, yaitu perjanjian harus dan hanya ditaati oleh pihak–pihak yang membuat perjanjian.
2. Primat Hukum Internasional, yaitu perjanjian internasional mempunyai kedudukan yang lebih tinggi dari undang–undang nasional suatu negara yang menyetujui dan menandatangani perjanjian tersebut.

Dalam sistem hukum Jerman dan Perancis, suatu perjanjian internasional baru dapat berlaku apabila telah sesuai dengan ketentuan hukum nasional tentang Pengesahan Perjanjian, dan

⁴²⁹ Pasal 4 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999 mengenai Oligopoli yaitu: "Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain untuk secara bersama-sama melakukan penguasaan produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat".

⁴³⁰ Pasal 11 UU No. 5 Tahun 1999 mengenai Kartel: "Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian, dengan pelaku usaha pesaingnya, yang bermaksud untuk mempengaruhi harga dengan mengatur produksi dan atau pemasaran suatu barang dan atau jasa dari pasar bersangkutan."

⁴³¹ <http://www.legalitas.org>, *Perjanjian Internasional Dalam Sistem Perundang–Undangan Nasional*,: Lies Sulistianingsih, SH.

diumumkan secara resmi. Indonesia mempunyai persamaan dengan Jerman dan Perancis. Menurut Pasal 38 (1) Piagam Makamah Internasional, perjanjian internasional merupakan salah satu sumber hukum internasional. Perjanjian internasional yang dimaksud dalam Pasal 38 (1) Piagam Makamah Internasional adalah perjanjian-perjanjian yang dapat membuat hukum (*Law Making Treaties*). Konvensi Wina tentang Perjanjian Internasional mulai berlaku tahun pada 1980. Pasal 2 Konvensi Wina 1980 mendefinisikan perjanjian internasional sebagai persetujuan (*agreement*) antara dua negara atau lebih, dengan tujuan mengadakan hubungan timbal balik menurut hukum internasional.

Bentuk dan istilah perjanjian internasional antara lain adalah:

1. *Konvensi/Covenant*
Istilah ini digunakan untuk perjanjian-perjanjian resmi yang bersifat multilateral, termasuk perjanjian-perjanjian yang dibuat oleh lembaga dan organisasi internasional, baik yang berada di bawah PBB maupun yang independen (berdiri sendiri).
2. *Protokol*
Bisa termasuk tambahan suatu kovensi yang berisi ketentuan-ketentuan tambahan yang tidak dimasukkan dalam kovensi, atau pembatasan-pembatasan oleh negara penandatangan. Protokol juga dapat berupa alat tambahan bagi kovensi, tetapi sifat dan pelaksanaannya bebas, dan tidak perlu diratifikasi. Ada juga protokol sebagai perjanjian yang sama sekali berdiri sendiri (*independent*).
3. *Persetujuan (agreement)*
Persetujuan (*agreement*) biasanya bersifat kurang resmi dibanding perjanjian atau kovensi. Umumnya persetujuan (*agreement*) digunakan untuk persetujuan-persetujuan yang ruang lingkupnya lebih sempit atau yang sifatnya lebih teknis dan administratif, dan pihak-pihak yang terlibat lebih sedikit dibandingkan kovensi biasa. Persetujuan (*agreement*) cukup ditandatangani oleh wakil-wakil departemen pemerintahan dan tidak perlu ratifikasi.
4. *Arrangement*
Hampir sama dengan persetujuan (*agreement*), umumnya digunakan untuk hal-hal yang sifatnya mengatur dan temporer.
5. *Statuta*
Bisa berupa himpunan peraturan-peraturan penting tentang pelaksanaan fungsi lembaga internasional. Statuta juga bisa berupa himpunan peraturan-peraturan yang dibentuk berdasarkan persetujuan internasional tentang pelaksanaan fungsi-fungsi suatu institusi (lembaga) khusus di bawah pengawasan lembaga/badan-badan internasional. Dapat juga statuta sebagai alat tambahan suatu konvensi yang menetapkan peraturan-peraturan yang akan diterapkan.
6. *Deklarasi*
Istilah ini dapat berarti:
 - a. Perjanjian yang sebenarnya;
 - b. Dokumen tidak resmi, yang dilampirkan pada suatu perjanjian;
 - c. Persetujuan tidak resmi tentang hal yang kurang penting;
 - d. Resolusi oleh konferensi diplomatik.
7. *Mutual Legal Assistance*
Perjanjian yang diadakan antara dua negara atau lebih dalam rangka memberikan bantuan yang bersifat untuk saling membantu.

Ratifikasi suatu konvensi atau perjanjian internasional lainnya hanya dilakukan oleh kepala negara/kepala pemerintahan. Pasal 14 Konvensi Wina 1980 mengatur tentang kapan ratifikasi memerlukan persetujuan agar dapat mengikat. Kewenangan untuk menerima atau menolak ratifikasi melekat pada kedaulatan negara. Hukum internasional tidak mewajibkan suatu negara untuk meratifikasi suatu perjanjian.

Namun bila suatu negara telah meratifikasi perjanjian internasional maka negara tersebut akan terikat oleh perjanjian internasional tersebut. Sebagai konsekuensi negara yang telah meratifikasi perjanjian internasional tersebut akan terikat dan tunduk pada perjanjian internasional yang telah ditandatangani, sepanjang materi atau substansi dalam perjanjian sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan nasional mereka. Kecuali dalam perjanjian bilateral antara dua negara maka wajib diperlukan adanya ratifikasi.

Ratifikasi perjanjian internasional di Indonesia diatur dalam Undang-Undang No. 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional. Untuk melaksanakan perjanjian-perjanjian internasional tersebut, Indonesia menganut prinsip Primat Hukum Nasional, artinya bahwa hukum nasional mempunyai kedudukan lebih tinggi daripada hukum internasional. Adapun perjanjian internasional dilakukan oleh Presiden sebagai Kepala Pemerintahan. Dasar kewenangan Presiden dalam pembuatan perjanjian internasional diatur dalam Pasal 11 UUD 1945 mengatur tentang perjanjian internasional.⁴³² Berdasarkan Pasal 11 ayat (3) UUD 1945 tersebut, telah diterbitkan Surat Presiden No. 2826/Hk tentang Pengesahan Perjanjian Internasional yang berisi ketentuan - ketentuan sebagai berikut: Bila perjanjian internasional tersebut mengatur perjanjian tentang masalah-masalah yang terkait dengan politik dan kebijaksanaan negara Republik Indonesia, diratifikasi dengan undang-undang. Dalam hal perjanjian internasional tersebut mengatur tentang masalah-masalah yang bersifat teknis dan segera, diratifikasi dengan Keputusan Presiden. Pada tahun 2000 Surat Presiden No.: 2826 tersebut dihapus dengan juga adanya UU No. 24 Tahun 2000 tentang Perjanjian Internasional. Tentang kedudukan perjanjian internasional dalam sistem peraturan perundang-undangan nasional, meskipun dalam UU No. 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Pembuatan Perundang-undangan tidak masuk sebagai jenis peraturan perundang-undangan, namun perjanjian internasional juga diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan mengikat sebagaimana diperintahkan oleh peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi.⁴³³

Berdasarkan sistem hukum nasional Indonesia, maka dengan meratifikasi suatu konvensi baik regional maupun multilateral, perjanjian bilateral, negara sudah terikat untuk tunduk pada ketentuan-ketentuan dalam konvensi atau perjanjian tersebut. Suatu konvensi atau perjanjian internasional yang telah diratifikasi, baru dapat dilaksanakan apabila telah dimasukkan dalam suatu undang-undang yang dikenal sebagai Undang-Undang tentang Pengesahan Ratifikasi Perjanjian Internasional.

Dalam sistem hukum nasional Indonesia, meskipun suatu perjanjian internasional telah diratifikasi dengan Undang-Undang tentang Pengesahan Ratifikasi, tetapi perjanjian belum dapat dilaksanakan apabila tidak sesuai dengan isi ketentuan peraturan perundang-undangan nasional yang mengatur tentang materi yang sama dengan yang ditentukan dalam perjanjian yang diratifikasikan tersebut.

⁴³² Pasal 11 UUD 1945: 1. Presiden dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat menyatakan perang, membuat perdamaian, dan perjanjian dengan negara lain. 2. Presiden dalam membuat perjanjian internasional lainnya yang menimbulkan akibat yang luas dan mendasar bagi kehidupan rakyat yang terkait dengan beban keuangan Negara, dan/atau mengharuskan perubahan atau pembentukan undang-undang harus dengan persetujuan Dewan Perwakilan Rakyat. 3. Ketentuan lebih lanjut tentang perjanjian internasional diatur dalam undang-undang.

⁴³³ Pasal 7 ayat (4) UU No. 10 tahun 2004: "Jenis Peraturan Perundang-undangan selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi."

Perjanjian internasional yang telah diratifikasikan dengan peraturan perundang-undangan nasional, diakui keberadaannya sebagai bagian dari sistem hukum nasional dan mempunyai kekuasaan hukum yang mengikat, setelah diatur dengan Undang-Undang Ratifikasi suatu Perjanjian Internasional. Namun dalam hal ada perbedaan isi ketentuan suatu undang-undang nasional dengan isi perjanjian internasional yang telah diratifikasi, atau belum ada peraturan pelaksanaan UU No. 24 Tahun 2000 maka perjanjian internasional tersebut tidak dapat dilaksanakan.

Contohnya adalah Indonesia menandatangani *Uruguay Round Final Act* (GATT) di Marrakesh, Marokko pada 15 April 1994 dan diratifikasi oleh Indonesia pada tanggal 2 Desember 1994 melalui Undang-Undang No. 7 Tahun 1994 Tentang Pengesahan *Agreements on Establishing WTO*. Indonesia kemudian diterima sebagai anggota pada 1 Januari 1995 dan mengimplementasikan *WTO Valuation Agreements* pada 1 April 1997. Oleh sebab itu, perjanjian internasional yang merupakan implikasi dari kewajiban ini harus diberikan pengecualian. Hal ini berarti bahwa Indonesia sebagai anggota WTO wajib memberlakukan prinsip-prinsip WTO yaitu:

1. *Most Favoured Nation*, yaitu suatu kebijakan perdagangan harus dilakukan atas dasar non diskriminatif di mana semua negara anggota terikat untuk memberikan negara lainnya perlakuan yang sama dalam pelaksanaan kebijakan impor dan ekspor serta yang menyangkut biaya lainnya. Perlakuan itu haruslah segera dan tanpa syarat (*immediately and unconditionally*). Oleh sebab itu, suatu negara tidak boleh memberikan perlakuan istimewa kepada negara lain atau melakukan tindakan diskriminasi terhadapnya;
2. Prinsip *National Treatment* di mana produk suatu negara anggota yang diimpor ke dalam suatu negara harus diperlakukan sama seperti halnya produk dalam negeri. Prinsip ini berlaku luas karena berlaku juga untuk pajak dan pungutan lainnya, demikian juga terhadap perundang-undangan, peraturan, dan lain-lain;
3. Prinsip Larangan Restriksi (Pembatasan) Kuantitatif, yaitu larangan terhadap pembatasan jumlah ekspor ataupun impor dalam bentuk apa pun;
4. Prinsip Perlindungan melalui Tarif, di mana WTO hanya memperkenankan tindakan proteksi terhadap industri domestik melalui tarif (menaikkan tingkat tarif bea masuk) dan tidak melalui upaya perdagangan lainnya. Tingkat perlindungan ini diberikan tetapi tidak menghalangi kompetisi;
5. Prinsip Resiprositas yaitu prinsip fundamental WTO di mana perundingan tarif melalui dan didasarkan atas timbal balik yang menguntungkan kedua belah pihak melalui konsultasi yang dapat merupakan cara formal dan informal.

Dalam hal ini perjanjian internasional yang dikecualikan sesuai dengan Pasal 50 huruf e adalah perjanjian yang telah diratifikasi oleh pemerintah. Sampai saat ini KPPU belum mengeluarkan pedoman mengenai pasal ini.

VIII.3.7 PERJANJIAN DAN ATAU KEBUTUHAN YANG BERTUJUAN UNTUK EKSPOR YANG TIDAK MENGGANGGU KEBUTUHAN DAN ATAU PASOKAN PASAR DALAM NEGERI

Kegiatan ekspor dan import lazim dilakukan dalam lalu lintas perdagangan. Kegiatan ini peningkatan devisa dengan tidak mengganggu stabilitas pasokan dalam negeri. Kebutuhan dalam negeri ditentukan oleh pemerintah melalui keputusan Menteri Perdagangan. Adapun kebutuhan dalam negeri dapat berubah sewaktu-waktu sehingga ketentuan tentang dapat atau tidaknya dilakukan

ekspor akan sangat tergantung kepada keputusan pemerintah. Perjanjian ekspor biasanya dilakukan dengan pihak luar negeri yang menjadi importir atau partner dari usaha tersebut.

Pada umumnya ketentuan perjanjian seperti ini akan diatur berdasarkan keputusan Menteri Perdagangan yang melihat kepentingan bahwa ekspor (misalnya bahan baku atau bahan mentah untuk produksi) yang dilakukan tidak akan mengganggu kepentingan terhadap pasokan yang akan dapat mengganggu jalannya produksi secara keseluruhan.

Untuk pengaturan kegiatan ekspor ini ada Keputusan Menteri Perindustrian dan Perdagangan yang dapat dilihat untuk lebih memperjelas status perjanjian ekspor manakah yang dimaksud, yaitu Peraturan Menteri Perindustrian dan Perdagangan No. 13/M-DAG/PER/3/2012 tentang Ketentuan Umum di Bidang Ekspor. Berlandaskan reformasi ekonomi nasional dan bertujuan meningkatkan daya saing, peningkatan ekspor serta menjamin kepastian dan kesinambungan bahan baku industri kecil dan menengah, maka pemerintah memutuskan untuk memperbaharui ketentuan umum di bidang ekspor dengan mengubah status jenis barang tertentu yang semula termasuk kelompok barang yang dilarang dan bebas ekspornya menjadi kelompok barang yang diawasi ekspornya serta mengubah status jenis barang tertentu yang semula termasuk kelompok barang yang diawasi ekspornya menjadi kelompok barang yang dilarang dan bebas ekspornya (misalnya ada yang sebelumnya mendapat subsidi pemerintah).

Peraturan Menteri ini menegaskan kriteria sebagai berikut:

1. Ekspor adalah kegiatan mengeluarkan barang dari daerah pabean.
2. Daerah pabean adalah wilayah Republik Indonesia yang meliputi daerah darat, perairan dan ruang udara di atasnya, serta tempat-tempat tertentu di zona ekonomi eksklusif dan landas kontinen yang di dalamnya berlaku Undang-Undang mengenai Kepabeanan
3. Eksportir adalah orang perseorangan, lembaga atau badan usaha, baik berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum, yang melakukan ekspor
4. Barang adalah setiap benda baik berwujud maupun tidak berwujud, baik bergerak maupun tidak bergerak, dapat dihabiskan maupu tidak dapat dihabiskan, yang dapat untuk diperdagangkan, dipakai, dipergunakan, atau dimanfaatkan.
5. Barang bebas ekspor adalah barang yang tidak termasuk dalam kelompok barang dibatasi ekspor dan barang dilarang ekspor.
6. Barang dibatasi ekspor adalah barang yang dibatasi eksportir, jenis dan/atau jumlah yang diekspor.
7. Barang dilarang ekspor adalah barang yang tidak boleh diekspor.

Pada dasarnya ekspor barang bebas ekspor dapat dilakukan oleh orang perseorangan, lembaga, dan badan usaha, baik berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum, yang memenuhi persyaratan administratif. Bagi orang perseorangan diharuskan memiliki Nomor Pokok Wajib Pajak dan dokumen lain yang dipersyaratkan dalam peraturan perundang-undangan. Sedangkan lembaga atau badan usaha, selain persyaratan Nomor Pokok Wajib Pajak dan dokumen, diharuskan memiliki Surat Izin Usaha Perdagangan (SIUP) atau izin usaha dari kementerian teknis/lembaga pemerintahan non kementerian/instansi, Tanda Daftar Perusahaan.

Ekspor barang yang dibatasi ekspornya dilakukan oleh lembaga atau badan usaha yang telah memenuhi persyaratan-persyaratan di atas dan persyaratan yang ditetapkan berdasarkan pengaturan jenis barangnya, yaitu berupa pengakuan sebagai eksportir terdaftar, persetujuan ekspor, laporan surveyor, surat keterangan asal, dan atau dokumen lain yang dipersyaratkan dalam peraturan perundang-undangan.

Terhadap barang ekspor tertentu, Menteri Perindustrian dan Perdagangan dalam hal ini Direktur Jenderal Perdagangan Luar Negeri menetapkan harga patokan ekspor secara berkala.

Dasar hukum yang mengatur mengenai ekspor bersumber pada Peraturan Menteri dapat saja berubah sesuai dengan kebijakan ekonomi maupun keputusan pemerintah. Oleh sebab itu perjanjian yang dapat dikecualikan haruslah merujuk kepada jenis perjanjian sebagaimana yang telah diisyaratkan oleh Pasal 50 huruf a dengan melihat kepada kriteria dasar hukum yang menjalankan undang-undang. Sampai saat ini KPPU belum mengeluarkan Pedoman mengenai Pasal 50 huruf f.

VIII.3.8 PELAKU USAHA YANG TERGOLONG DALAM USAHA KECIL

Sektor koperasi dan UKM sering menjadi perhatian politik ekonomi Indonesia. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia No. XVI/MPR/1998 tentang Politik Ekonomi dalam rangka Demokrasi Ekonomi, telah mengamanatkan bahwa pembangunan ekonomi nasional didasarkan pada ekonomi kerakyatan yang melibatkan pengembangan bagi usaha mikro, kecil, menengah, dan koperasi.⁴³⁴

Hal ini dikuatkan dalam TAP MPR RI No. IV/MPR/1999 dan UU No. 25 Tahun 2000 tentang Program Pembangunan Nasional (PROPENAS) Tahun 2000-2004. Pemerintah memastikan bahwa pembangunan ekonomi nasional berdasarkan pada ekonomi kerakyatan. Pembangunan ekonomi kerakyatan dengan arah kebijakan yang berorientasi pada pengusaha kecil dalam bentuk pemberian bantuan fasilitas dari negara terutama perlindungan dari persaingan usaha yang tidak sehat, pendidikan, pelatihan, informasi bisnis dan teknologi, permodalan serta lokasi usaha. Dalam rangka mencapai tujuan pemberdayaan usaha kecil tersebut, maka pemerintah bertugas dan berperan dalam⁴³⁵:

1. Menumbuhkan iklim usaha yang kondusif bagi usaha kecil melalui penetapan peraturan perundang-undangan dan kebijakan pendanaan, persaingan, prasarana, informasi, kemitraan, perijinan usaha, dan perlindungan.
2. Melakukan pembinaan dan pengembangan usaha kecil bersama-sama dunia usaha dan masyarakat terutama dalam bidang produksi dan pengolahan, pemasaran, sumber daya manusia dan teknologi.
3. Menyediakan pembiayaan bagi pemberdayaan usaha kecil bersama-sama dunia usaha dan masyarakat berupa kredit perbankan, pinjaman lembaga keuangan bukan bank, modal ventura, pinjaman dari penyisihan sebagian laba BUMN, hibah dan jenis pembiayaan lainnya.
4. Memfasilitasi kemitraan usaha kecil dengan usaha menengah dan besar melalui pola: intiplasma, subkontrak, dagang umum, waralaba, keagenan, dan bentuk-bentuk kemitraan lainnya.
5. Menugaskan Menteri yang membidangi usaha kecil untuk mengkoordinasikan dan mengendalikan pemberdayaan usaha kecil.
6. Melaksanakan sanksi pidana dan administratif kepada usaha menengah dan besar yang merugikan pemberdayaan usaha kecil.

UKM dianggap memainkan peranan penting dan menjadi soko guru dalam perekonomian Indonesia. Untuk mendukung UKM bahkan dalam RPJM program pemberdayaan koperasi dan UKM dalam RPJM diarahkan pada 5 program pokok, yaitu⁴³⁶:

⁴³⁴ Mubyarto, *Membangun Sistem Ekonomi*, BPFE Jogjakarta, Edisi Pertama, 2000, hal.26.

⁴³⁵ "Pengembangan Usaha Kecil dan Menengah dan Koperasi", Disampaikan Pratomo M, pada seminar Departemen Koperasi dan UKM, Jakarta, Nopember 2006.

⁴³⁶ *Ibid.*

1. Program penciptaan iklim usaha yang kondusif bagi UKM.
Tujuan program ini adalah untuk memfasilitasi terselenggaranya lingkungan usaha yang efisien secara ekonomi, sehat dalam persaingan, dan nondiskriminatif bagi kelangsungan dan peningkatan kinerja usaha UKM, sehingga dapat mengurangi beban administratif, hambatan usaha dan biaya usaha maupun meningkatkan rata-rata skala usaha, mutu layanan perijinan/pendirian usaha, dan partisipasi *stakeholders* dalam pengembangan kebijakan UKM.
2. Program pengembangan sistem pendukung usaha bagi UKM.
Tujuan program ini adalah mempermudah, memperlancar dan memperluas akses UKM kepada sumber daya produktif agar mampu memanfaatkan kesempatan yang terbuka dan potensi sumber daya lokal serta menyesuaikan skala usahanya sesuai dengan tuntutan efisiensi. Sistem pendukung dibangun melalui pengembangan lembaga pendukung/penyedia jasa pengembangan usaha yang terjangkau, semakin tersebar dan bermutu untuk meningkatkan akses UKM terhadap pasar dan sumber daya produktif, seperti sumber daya manusia, modal, pasar.
3. Program pengembangan kewirausahaan dan keunggulan kompetitif teknologi, dan informasi, termasuk mendorong peningkatan fungsi intermediasi lembaga-lembaga keuangan bagi UKM.
Tujuan program ini adalah untuk mengembangkan jiwa dan semangat kewirausahaan dan meningkatkan daya saing UKM sehingga pengetahuan serta sikap wirausaha semakin berkembang, produktivitas meningkat, wirausaha baru berbasis pengetahuan dan teknologi meningkat jumlahnya, dan ragam produk-produk unggulan UKM semakin berkembang.
4. Program Pemberdayaan Usaha Skala Mikro.
Tujuan program ini adalah untuk meningkatkan pendapatan masyarakat yang bergerak dalam kegiatan usaha ekonomi di sektor informal yang berskala usaha mikro, terutama yang masih berstatus keluarga miskin dalam rangka memperoleh pendapatan yang tetap, melalui upaya peningkatan kapasitas usaha sehingga menjadi unit usaha yang lebih mandiri, berkelanjutan dan siap untuk tumbuh dan bersaing. Program ini akan memfasilitasi peningkatan kapasitas usaha mikro dan keterampilan pengelolaan usaha serta sekaligus mendorong adanya kepastian, perlindungan dan pembinaan usaha.
5. Program Peningkatan Kualitas Kelembagaan Koperasi.
Tujuan program ini adalah untuk meningkatkan kualitas kelembagaan dan organisasi koperasi agar koperasi mampu tumbuh dan berkembang secara sehat sesuai dengan jati dirinya menjadi wadah kepentingan bersama bagi anggotanya untuk memperoleh efisiensi kolektif, sehingga citra koperasi menjadi semakin baik. Dengan demikian diharapkan kelembagaan dan organisasi koperasi di tingkat primer dan sekunder akan tertata dan berfungsi dengan baik, infrastruktur pendukung pengembangan koperasi.

Oleh karena itu, arah kebijakan pengembangan koperasi dan UKM pada dasarnya akan sangat terkait erat dengan konsep penguatan kelembagaan dan peningkatan kapasitas atau kemampuan dari koperasi dan UKM itu sendiri. UKM itu sendiri kiranya tidak perlu memperdebatkan definisi yang konkrit tetapi hal yang terpenting adalah bagaimana UKM itu sendiri memiliki peranan yang signifikan dalam meningkatkan perekonomian suatu negara. Beberapa nilai strategis usaha kecil bagi perkembangan perekonomian negara adalah⁴³⁷:

437 M. Tohar, *Membuka Usaha Kecil*, (Yogyakarta:Penerbit Kanisius,1999) hal. 29.

1. Adanya indikasi yang menunjukkan bahwa banyak produk tertentu yang dikerjakan oleh sektor riil yang justru hasilnya tersebut digunakan oleh industri menengah dan besar dengan alasan margin yang lebih ekonomis.
2. Merupakan pemerataan konsentrasi dari kekuatan ekonomi dalam masyarakat.
3. Prosedur hukum UKM sangat sederhana dalam proses pendiriannya.
4. UKM umumnya lebih mampu untuk *survive* atau bertahan karena dalam bidang usahanya, terkadang UKM merupakan perintis produk baru yang belum ada pesaingnya.
5. Diversifikasi usaha terbuka luas sepanjang waktu karena pasar UKM yang masih luas sehingga dapat digali melalui kreatifitas pelaku UKM.
6. Relatif tidak membutuhkan investasi terlalu besar, tenaga kerja tidak perlu berpendidikan tinggi dan sarana produksi lainnya relatif tidak terlalu mahal.

Oleh sebab itu melihat berbagai fakta di lapangan serta faktor yang disebutkan di atas, maka kriteria atau definisi mengenai UKM sering diperdebatkan. Penentuan definisi ini menjadi penting karena akan mempengaruhi ketentuan hukum serta ketentuan penanganannya dalam bidang ekonomi dan usaha. Faktor lain yang mempengaruhi klasifikasi terhadap kriteria atau definisi UKM juga dipengaruhi oleh faktor modal, aset dan omset dari kegiatan usaha atau kegiatan ekonomi yang dijalankannya. Sebagai contoh dapat dilihat pada kewajiban besarnya modal dasar yang ditetapkan ketika akan mendirikan Perseroan Terbatas yang diatur oleh undang-undang.⁴³⁸ Kriteria mengenai klasifikasi yang jelas mengenai koperasi dan UKM akan sangat berpengaruh kepada kepastian hukum terhadap jenis usaha ini dilihat dari segi pertanggung jawaban setoran modal usahanya.⁴³⁹

Sementara kalau menurut pendekatan kemampuan pengusahanya maka menurut Keputusan Menteri Keuangan (KepMenKeu) No. 197/PMK.03/2013 mendefinisikan bahwa pengusaha kecil adalah pengusaha yang selama satu tahun buku melakukan penyerahan barang kena pajak dan/ atau jasa kena pajak dengan jumlah peredaran bruto dan atau penerimaan bruto tak lebih dari Rp 4.800.000.000,00.

Dalam Undang Undang No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal (UU No. 25 Tahun 2007) disinggung pada Bab 8 tentang “Pengembangan Penanaman Modal bagi Usaha Mikro, Kecil, Menengah dan Koperasi” pada Pasal 13 menyebutkan bahwa:

1. Pemerintah wajib menetapkan bidang usaha yang dicadangkan⁴⁴⁰ untuk usaha mikro, kecil, menengah dan koperasi serta bidang usaha yang terbuka untuk usaha besar dengan syarat hasil kerja sama dengan UKM dan koperasi.
2. Pemerintah melakukan pembinaan dan pengembangan UKM dan koperasi melalui program kemitraan⁴⁴¹, peningkatan daya saing, pemberian dorongan inovasi dan perluasan pasar, serta penyebaran informasi yang seluas-luasnya.

⁴³⁸ Pasal 32 UU No. 40 Tahun 2007: “(1) Modal dasar Perseroan paling sedikit Rp. 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah). (2) Undang-Undang yang mengatur kegiatan usaha tertentu dapat menentukan jumlah minimum modal Perseroan yang lebih besar daripada ketentuan modal dasar sebagaimana dimaksud pada ayat (1). (3) Perubahan besarnya modal dasar sebagaimana dimaksud pada ayat (1), ditetapkan dengan Peraturan Pemerintah”.

⁴³⁹ Harian Kompas, *Jaring Pengaman Keuangan bagi Usaha Mikro*, Senin 6 Desember 2004.

⁴⁴⁰ Yang dimaksud dengan usaha yang “dicadangkan” menurut penjelasan Pasal 13 UU No. 25 Tahun 2007 tersebut adalah bidang usaha yang khusus diperuntukkan bagi UKM dan koperasi agar mampu dan sejajar dengan pelaku ekonomi lainnya.

⁴⁴¹ Kemitraan didefinisikan sebagai kerja sama dalam keterkaitan usaha, baik langsung maupun tidak langsung, atas dasar prinsip saling memerlukan, mempercayai, memperkuat dan menguntungkan yang melibatkan pelaku UMK dengan usaha besar (lihat UU No. 20 Tahun 2008 tentang UMKM)

Kriteria mengenai usaha menengah menurut Intruksi Presiden (Inpres) No. 10 Tahun 1999 tentang Pemberdayaan Usaha Menengah didefinisikan sebagai berikut:

1. Usaha produktif⁴⁴² milik warga negara Indonesia, yang berbentuk badan usaha orang perorangan, badan usaha yang tidak berbadan hukum, atau badan usaha berbadan hukum termasuk koperasi;
2. Berdiri sendiri, dan bukan merupakan anak perusahaan atau cabang perusahaan yang dimiliki, dikuasai atau berafiliasi, baik langsung maupun tidak langsung, dengan usaha besar;
3. Memiliki kekayaan bersih lebih besar dari Rp. 200.000.000,00, sampai dengan Rp. 10.000.000.000,00, tidak termasuk tanah dan bangunan tempat usaha, atau memiliki hasil penjualan paling banyak Rp. 100.000.000,00 per tahun;

Pada bulan Juli 2008 Pemerintah mengeluarkan Undang-Undang No. 20 Tahun 2008 tentang Usaha Mikro, Kecil dan Menengah. Undang-undang ini berhasil menetapkan beberapa definisi mengenai kategori dari beberapa jenis usaha, sebagaimana yang disebutkan dalam Pasal 1 angka 1, 2,3, dan 4, yaitu :

1. Usaha mikro adalah “Usaha produktif milik orang perorangan dan/atau badan usaha perorangan yang memenuhi kriteria Usaha Mikro sebagaimana diatur dalam Undang-Undang ini.”

Kriteria usaha mikro adalah:

- a. memiliki kekayaan bersih paling banyak Rp 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah) tidak termasuk tanah dan bangunan tempat usaha; atau
- b. memiliki hasil penjualan tahunan paling banyak Rp 300.000.000,00 (tiga ratus juta rupiah).

2. Usaha kecil adalah “usaha ekonomi produktif yang berdiri sendiri, yang dilakukan oleh orang perorangan atau badan usaha yang bukan merupakan anak perusahaan atau bukan cabang perusahaan yang dimiliki, dikuasai, atau menjadi bagian baik langsung maupun tidak langsung dari Usaha Menengah atau Usaha Besar yang memenuhi kriteria Usaha Kecil sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang ini.”

Kriteria usaha kecil adalah:

- a. memiliki kekayaan bersih lebih dari Rp 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah) sampai dengan paling banyak Rp 500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah) tidak termasuk tanah dan bangunan tempat usaha; atau
- b. memiliki hasil penjualan tahunan lebih dari Rp 300.000.000,00 (tiga ratus juta rupiah) sampai dengan paling banyak Rp 2.500.000.000,00 (dua milyar lima ratus juta rupiah).

3. Usaha Menengah adalah “usaha ekonomi produktif yang berdiri sendiri, yang dilakukan oleh orang perorangan atau badan usaha yang bukan merupakan anak perusahaan atau cabang perusahaan yang dimiliki, dikuasai, atau menjadi bagian baik langsung maupun tidak langsung dengan Usaha Kecil atau Usaha Besar dengan jumlah kekayaan bersih atau hasil penjualan tahunan sebagaimana diatur dalam Undang-Undang ini.”

⁴⁴² Usaha produktif menurut Keputusan Menkeu No. 40/KMK 06/2003 tentang Pendanaan Kredit Usaha Mikro dan Kecil adalah usaha pada semua sektor ekonomi yang dimaksudkan untuk dapat memberikan nilai tambah dan meningkatkan pendapatan usaha.

Kriteria usaha menengah adalah:

- a. memiliki kekayaan bersih lebih dari Rp 500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah) sampai dengan paling banyak Rp 10.000.000.000,00 (sepuluh milyar rupiah) tidak termasuk tanah dan bangunan tempat usaha; atau
- b. memiliki hasil penjualan tahunan lebih dari Rp 2.500.000.000,00 (dua milyar lima ratus juta rupiah) sampai dengan paling banyak Rp 50.000.000.000,00 (lima puluh milyar rupiah).

Kriteria yang disebutkan di atas masih dapat dirubah nilai nominalnya sesuai dengan perkembangan perekonomian yang diatur dengan PP.

Sebagai perbandingan, kategori usaha besar adalah usaha ekonomi produktif yang dilakukan oleh badan usaha dengan jumlah kekayaan bersih atau hasil penjualan tahunan lebih besar dari usaha menengah, yang meliputi usaha nasional milik negara (BUMN) atau swasta, usaha patungan, dan usaha asing yang melakukan kegiatan ekonomi di Indonesia.

Inti dari undang-undang ini pada dasarnya adalah bertujuan untuk memberikan kepastian hukum mengenai status atau kriteria UMKM, mengatur kemitraan usaha antara pengusaha besar dan kecil, lembaga, perizinan usaha, sarana, informasi usaha, aspek promosi dagang dan fasilitasi pengembangan usaha dari pemerintah dan pemda serta pembiayaan dan penciptaan lapangan kerja.

Kriteria UMKM yang disebutkan undang-undang setidaknya membantu lebih memperjelas fokus kepada jenis usaha yang ada di mana selama ini penggunaan istilah UKM (menjadi UMKM) yang sering tumpang tindih. Pembagian yang lebih jelas ini dalam konteks kepemilikan apakah perseorangan, kelompok dan bukan masuk dalam kategori perusahaan, juga dengan memperhatikan modal atau pembatasan nilai aset bahkan kinerja dengan melihat pada omzet ataupun hasil penjualan tahunan. Kriteria mengenai kekayaan, kepemilikan dan jenis menjadi penting bagi UMKM karena akan berpengaruh pada tanggung jawab dan kemampuan dalam melakukan usaha. Dengan kata lain, kendala jenis usaha kecil umumnya yang terdengar klasik seperti keterbatasan modal, kualitas SDM, kelemahan penguasaan teknologi, ketidakpastian mengenai status badan hukum akhirnya dapat berakibat pada pilihan ekonomi politik pemerintah menjadi sering salah arah atau tidak memberikan perlindungan memadai kepada UMKM dalam hal persaingan usaha.

Pemberian pengecualian kepada UMKM dalam undang-undang persaingan adalah perlakuan yang sangat wajar di berbagai negara. Pertimbangannya adalah didasarkan pada politik ekonomi negara tertentu. Di samping itu, secara ekonomi dianggap bahwa UMKM dari segi modal dan aset tidak akan mampu memonopoli suatu pasar karena kemampuannya yang terbatas dari segi aset dan permodalan.⁴⁴³ Sebagai pedoman dalam pemberian pengecualian kepada UMKM (sesuai istilah UU No. 20 Tahun 2008) maka kriteria UMKM yang diberikan adalah harus sesuai dengan ketentuan UU No. 20 Tahun 2008 di atas.

Saat ini KPPU telah mengeluarkan Pedoman Pengecualian Pasal 50 huruf h, yaitu Peraturan KPPU No. 9 Tahun 2011 tentang Pedoman Pasal 50 huruf h Pengecualian terhadap Pelaku Usaha yang Tergolong Usaha Kecil dari UU No. 5 Tahun 1999.

Kegiatan ekonomi diatur dalam berbagai undang-undang sektoral seperti sektor usaha kecil yang menjadi perhatian politik ekonomi Indonesia sebagaimana terdapat dalam Tap MPR No. XVI/MPR/1998 tentang Politik Ekonomi Dalam Rangka Demokrasi Ekonomi yang menyatakan bahwa pembangunan ekonomi nasional berdasar pada ekonomi kerakyatan.

⁴⁴³ Sebagai catatan harus dibandingkan dengan Pasal 32 ayat (1) UU No. 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas di mana dikatakan bahwa modal dasar perseroan pendirian PT adalah sebesar Rp 50 juta (lima puluh juta rupiah).

Usaha kecil mempunyai peran yang strategis dalam pembangunan ekonomi nasional karena selain berperan dalam pertumbuhan ekonomi dan penyerapan tenaga kerja juga berperan dalam pendistribusian hasil-hasil pembangunan. Dalam krisis ekonomi yang terjadi di Indonesia beberapa tahun yang lalu banyak usaha berskala besar yang mengalami stagnasi namun saat itu usaha kecil terbukti lebih tangguh dalam menghadapi krisis tersebut. Mengingat peran usaha kecil tersebut, maka dalam UU No. 5 Tahun 1999 diatur ketentuan mengenai pengecualian bagi usaha kecil dalam Pasal 50 huruf h. Untuk dapat memahami hakekat yang diatur dalam Pasal 50 huruf h sehingga dapat diterapkan secara tepat, benar, dan adil, perlu dilakukan telaah terhadap pasal tersebut, maka dalam penerapannya harus melihat ketentuan peraturan perundang-undangan lain yang mengatur mengenai pelaku usaha kecil.

Pada prinsipnya ketentuan mengenai pelaku usaha kecil dalam UU No. 5 Tahun 1999 telah disesuaikan dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang lain. Hal ini tercermin dalam penjelasan Pasal 50 huruf h yang menyatakan:

“Pelaku usaha yang tergolong dalam usaha kecil adalah sebagaimana dimaksud Undang-undang No. 9 Tahun 1995 tentang Usaha Kecil”

Lebih lanjut, ketentuan tersebut perlu disesuaikan dengan berlakunya UU No. 20 Tahun 2008 mengenai Usaha Mikro, Kecil, dan Menengah.

Secara filosofi, perlindungan usaha kecil adalah melindungi usaha kecil dari pelaku persaingan tidak sehat yang dilakukan oleh pelaku usaha yang lebih besar. Tujuan dari perlindungan ini adalah untuk memenuhi asas kesetaraan *level playing field*. Namun demikian, agar lebih komprehensif diperlukan penelaahan yang mendalam mengenai permasalahan tersebut.

Ketentuan Pasal 50 huruf h berbunyi sebagai berikut

“Dikecualikan dari Ketentuan Undang-Undang No. 5 Tahun 1999: pelaku usaha yang tergolong dalam usaha kecil”.

Penjelasan Pasal 50 huruf h berbunyi sebagai berikut

“Pelaku usaha yang tergolong usaha kecil adalah sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang No. 9 Tahun 1995”

Berikut penjabaran unsur Pasal 50 huruf h:

1. Unsur pelaku usaha
 Sesuai ketentuan Pasal 1 angka 5 UU No. 5 Tahun 1999 mengatur bahwa pelaku usaha adalah setiap orang perorangan atau badan usaha, baik yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum negara Republik Indonesia, baik sendiri maupun bersama-sama melalui perjanjian, menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang ekonomi.
2. Unsur tergolong usaha kecil
 Sesuai penjelasan Pasal 50 huruf h menjelaskan bahwa pelaku usaha yang tergolong usaha kecil adalah sebagaimana dimaksud dalam UU No. 9 Tahun 1995. Lebih jauh, sesuai ketentuan Pasal 40 UU No. 20 tahun 2008 mengatur bahwa pada saat UU No. 20 Tahun 2008 mulai berlaku, UU No. 9 Tahun 1995 dicabut dan dinyatakan tidak berlaku. Untuk itu, penafsiran terminologi usaha kecil harus mengacu pada UU No. 20 Tahun 2008.

Penafsiran terminologi usaha kecil adalah sebagai berikut. Usaha kecil yang perlu dilindungi adalah usaha kecil yang sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6 ayat (2) UU No. 20 Tahun 2008 yang menyatakan bahwa kriteria usaha kecil adalah sebagaimana berikut:

1. memiliki kekayaan bersih lebih dari Rp 50.000.000,00 (lima puluh juta rupiah) sampai dengan paling banyak Rp 500.000.000,00 (lima ratus juta rupiah) tidak termasuk tanah dan bangunan tempat usaha; atau
2. memiliki hasil penjualan tahunan lebih dari Rp 300.000.000,00 (tiga ratus juta rupiah) sampai dengan paling banyak Rp 2.500.000.000,00 (dua milyar lima ratus juta rupiah).

Usaha mikro yang skalanya lebih kecil dari usaha kecil juga diberikan pengecualian sesuai dengan Pasal 50 huruf h UU No. 5 Tahun 1999.

Selanjutnya, dalam Pasal 1 angka 2 UU No. 20 tahun 2008, usaha mikro dan usaha kecil dinyatakan sebagai usaha produktif yang berdiri sendiri milik orang perorangan dan/atau badan usaha perorangan yang bukan merupakan anak perusahaan atau bukan cabang perusahaan yang dimiliki, dikuasai, atau menjadi bagian baik langsung maupun tidak langsung dari usaha yang lebih besar dan memenuhi kriteria, masing-masing, usaha mikro dan usaha kecil seperti yang disebutkan di dalam UU tersebut.

Untuk itu, usaha mikro dan usaha kecil yang memenuhi ketentuan Pasal 6 UU No. 20 Tahun 2008 namun tidak memenuhi ketentuan Pasal 1 angka 2 UU No. 20 Tahun 2008, tidak dapat diberikan pengecualian sesuai ketentuan Pasal 50 huruf h UU No. 5 Tahun 1999.

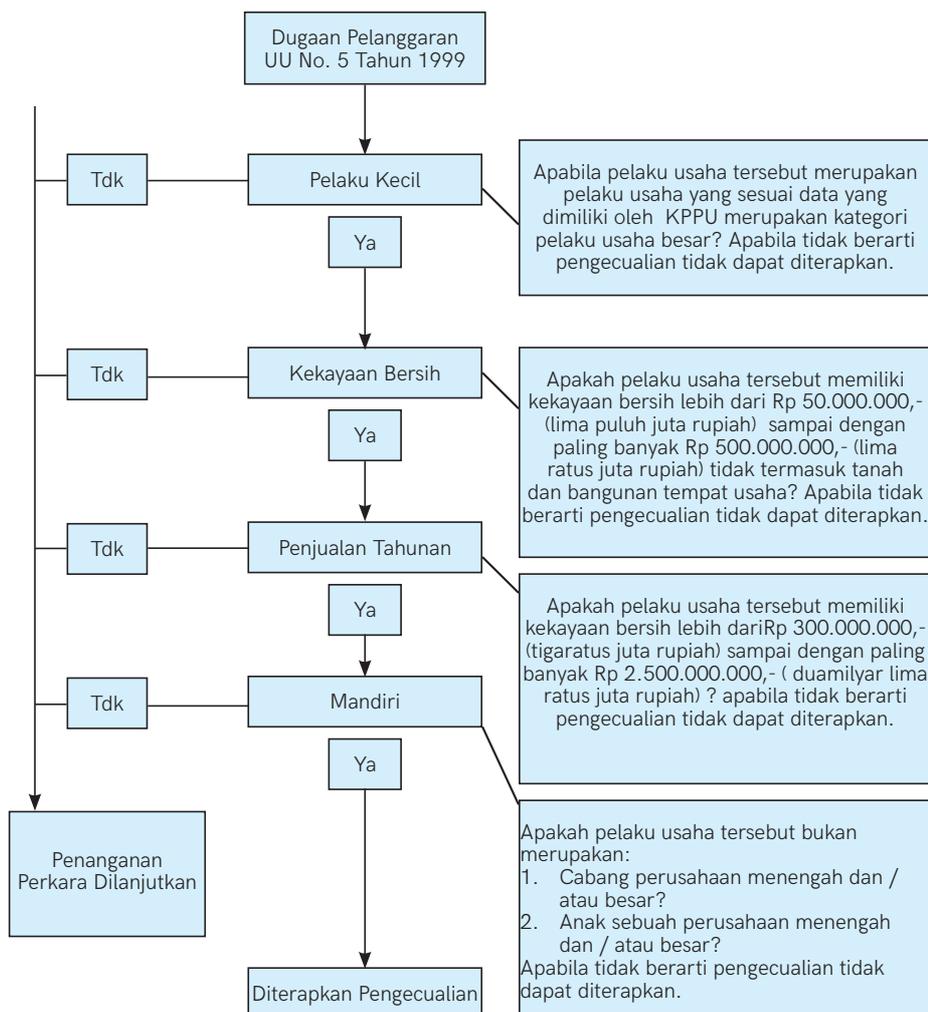
Lebih jauh, usaha mikro dan usaha kecil yang dapat diberikan pengecualian sesuai ketentuan Pasal 50 huruf h UU No. 5 Tahun 1999 adalah usaha yang berdiri sendiri secara organisasi dan manajemen, sehingga tidak termasuk usaha yang berbentuk sebagai berikut:

1. Cabang sebuah perusahaan menengah dan /atau besar,
2. Anak sebuah perusahaan menengah dan/atau besar.

Contoh pelaksanaan ketentuan Pasal 50 huruf h dalam praktik adalah sebagai berikut:

1. Usaha kecil sebagai cabang pelaku usaha menengah dan/atau besar
 - a. Sebuah perusahaan bank yang berskala besar yang berkantor di pusat DKI Jakarta namun memiliki cabang-cabang di seluruh wilayah Indonesia hingga tingkat kecamatan. Cabang-cabang tersebut dapat berbentuk sebuah kantor kecil yang hanya beranggotakan 2-3 orang karyawan. Nilai aset dan penghasilan omzet pertahun dari cabang-cabang tersebut ialah, masing-masing, di bawah Rp 500.000.000,00 dan di bawah Rp 2.500.000.000,00. Menurut ketentuan Pasal 6 UU No. 20 Tahun 2008 cabang-cabang tersebut termasuk usaha kecil, namun demikian menurut Pasal 1 angka 2 UU No. 20 Tahun 2008 cabang-cabang tersebut tidak dapat dikategorikan sebagai usaha kecil yang mandiri, oleh karena itu tidak dapat diberikan pengecualian sesuai ketentuan Pasal 50 huruf h UU No. 5 Tahun 1999.
 - b. Sebuah pelaku usaha kecil yang merupakan kantor perwakilan dari sebuah pelaku usaha multinasional, sesuai aset dan omzet pertahun pelaku usaha tersebut dapat dikategorikan pelaku usaha kecil menurut ketentuan Pasal 6 UU No. 20 Tahun 2008, namun demikian tidak dapat diberikan pengecualian karena merupakan bagian dari sebuah pelaku usaha besar.

2. Usaha kecil sebagai anak pelaku usaha menengah dan/atau besar
- Sebuah perusahaan besar di sektor otomotif yang memiliki banyak anak perusahaan dalam skala kecil di bidang-bidang yang berbeda dengan usaha inti dari perusahaan tersebut (*core bisnis* yang berbeda), seperti di sektor perdagangan dan distribusi. Perusahaan-perusahaan tersebut walaupun aset dan omzetnya kecil tetap tidak dikecualikan karena merupakan anak perusahaan menengah dan/atau besar.
 - Sebuah perusahaan perbankan nasional yang memiliki anak perusahaan dalam skala kecil di bidang-bidang yang berbeda dengan usaha inti dari perusahaan tersebut (*core bisnis* yang berbeda), seperti di sektor asuransi dan pembayaran. Perusahaan-perusahaan tersebut walaupun aset dan omzetnya kecil tetap tidak dikecualikan karena merupakan anak perusahaan menengah dan/atau besar.



VIII.3.9 KEGIATAN USAHA KOPERASI YANG SECARA KHUSUS BERTUJUAN UNTUK MELAYANI ANGGOTANYA

Sejak awal kemerdekaan, koperasi memang telah menjadi soko guru dan pilar ekonomi Indonesia. Pertumbuhan koperasi di Indonesia dimulai sejak tahun 1896⁴⁴⁴ yang selanjutnya berkembang dari waktu ke waktu sampai sekarang. Perkembangan koperasi di Indonesia mengalami pasang naik dan turun dengan titik berat lingkup kegiatan usaha secara menyeluruh yang berbeda-beda dari waktu ke waktu sesuai dengan iklim lingkungannya.

Pertumbuhan koperasi di Indonesia dipelopori oleh R. Aria Wiriatmadja, seorang Patih di Purwokerto (1896), yang mendirikan koperasi yang bergerak di bidang simpan pinjam. Selanjutnya Boedi Oetomo yang didirikan pada tahun 1908 menganjurkan didirikannya koperasi untuk keperluan rumah tangga. Demikian pula Syarikat Islam yang didirikan tahun 1911 juga telah mengembangkan koperasi yang bergerak di bidang keperluan sehari-hari dengan cara membuka toko-toko koperasi.

Pertumbuhan yang pesat di bidang koperasi di Indonesia ini telah menyatu dengan kekuatan sosial dan politik yang ada pada waktu itu. Untuk mengukur keberhasilan atau kegagalan koperasi maka seperti tatanan ekonomi lainnya akan ditentukan oleh keunggulan komparatif (*comparative advantage*)⁴⁴⁵ dari koperasi itu sendiri. Jika pertumbuhan koperasi yang pertama di Indonesia menekankan pada kegiatan simpan pinjam di antara para anggotanya⁴⁴⁶ maka selanjutnya tumbuh pula koperasi yang menekankan pada kegiatan penyediaan barang-barang konsumsi dan dan kemudian koperasi yang menekankan pada kegiatan penyediaan barang-barang untuk keperluan produksi.

Pertumbuhan koperasi dari berbagai jenis kegiatan usaha tersebut selanjutnya ada kecenderungan menuju kepada suatu bentuk koperasi yang memiliki beberapa jenis kegiatan usaha. Koperasi serba usaha ini mengambil langkah-langkah kegiatan usaha yang paling mudah mereka kerjakan terlebih dulu, seperti kegiatan penyediaan barang-barang keperluan produksi bersamasama dengan kegiatan simpan pinjam dan beberapa kegiatan lainnya⁴⁴⁷.

Pada Tahun 1958, Undang-Undang No. 70 tentang Koperasi lahir yang pada dasarnya berisikan peraturan mengenai perkoperasian di Indonesia yang meliputi tentang tata cara pembentukan dan pengelolaan koperasi. Kemudian ditindaklanjuti dengan terbitnya peraturan-peraturan pemerintah yang maksudnya mendorong pengembangan koperasi dengan fasilitas-fasilitasnya yang menarik seperti PP dari Mendikbud tahun 1959 yang mewajibkan pelajar menabung dan berkoperasi. Pada tahun 1967 pengaturan tentang koperasi disempurnakan dengan lahirnya Undang-Undang No. 12 tentang Pokok-pokok Koperasi yang kemudian disempurnakan lagi dengan Undang-Undang No. 25 Tahun 1992.⁴⁴⁸ Disebutkan bahwa lapangan usaha koperasi di Indonesia dalam UU No. 25 Tahun 1992 bergerak di segala sendi kehidupan ekonomi masyarakat yang menyangkut kepentingan orang

444 Ahmed Riazuddin, *Cooperative Movement in South East Asia Obstacles to Development* dalam Dr. Mauritz Bonow (Ed), *The Role of Cooperatives in Social and Economic Development*, International Cooperative Alliance: London, 1964, hal. 57.

445 *The idea that economics agents are most efficiently employed in activities in which their relative efficiencies are superior to others. The importance of comparative advantage is that it suggests that even if someone is very bad at some activity, perhaps even worse than anyone else at it, it could still be profitably efficient for him/her to pursue it, if he/she is even more inept at other activities.* The Penguin Dictionary of Economics, 7 th edition, Graha Bannock, st.all, Penguin Books, 2003. Wagiono Ismangil, 1989, Koperasi Menatap Masa Depan, Beberapa Permasalahan Managerial. Pidato Ilmiah Disampaikan Pada Lustrum ke VII Fakultas Ekonomi Universitas Sriwijaya, Palembang, 8 Januari 1989.

446 Ibnu Soedjono, *The Role of Cooperatives in The Indonesian Society. Dalam H.J. Esdert (ED). Can Cooperatives Become the Motive Force in the Economic of Indonesia?* Friedrich Ebert Stiftung : Jakarta., 1983, hal. 7.

447 Masngudi, *Peranan Koperasi Sebagai Lembaga Pengantar Keuangan.* Tidak diterbitkan. Disertasi Doktor pada Universitas Gajah Mada Yogyakarta, 1989, hal. 1-2.

448 Tiktik Sartika Partomo, Abd. Rachman Soejojodono, *Ekonomi Skala Kecil/Menengah dan Koperasi*, Jakarta, Ghalia Indonesia, 2002. hal. 49.

banyak.⁴⁴⁹

Dalam Undang-Undang No. 25 Tahun 1992 tentang Perkoperasian ditegaskan bahwa Pemerintah bertugas untuk ⁴⁵⁰:

1. menciptakan dan mengembangkan iklim dan kondisi yang mendorong pertumbuhan serta pemasyarakatan koperasi.
2. memberikan bimbingan dan kemudahan kepada koperasi.
3. memberikan perlindungan kepada koperasi. Pembinaan koperasi dilakukan dengan memperhatikan keadaan dan kepentingan ekonomi nasional, serta pemerataan kesempatan berusaha dan kesempatan kerja.

Dalam upaya menciptakan dan mengembangkan iklim dan kondisi yang mendorong pertumbuhan dan pemasyarakatan koperasi, Pemerintah berkewajiban untuk ⁴⁵¹:

1. memberikan kesempatan usaha seluas-luasnya kepada koperasi.
2. meningkatkan dan memantapkan kemampuan koperasi agar menjadi koperasi yang berkualitas, tangguh dan mandiri.
3. mengupayakan tata hubungan usaha yang saling menguntungkan antara koperasi dengan badan usaha lainnya.
4. membudayakan koperasi dalam masyarakat.

Dalam rangka memberikan perlindungan kepada koperasi, Pemerintah mengatur mekanisme untuk ⁴⁵²:

1. menetapkan bidang kegiatan ekonomi yang hanya boleh diusahakan oleh koperasi.
2. menetapkan bidang kegiatan ekonomi di suatu wilayah yang telah berhasil diusahakan oleh koperasi untuk tidak diusahakan oleh badan usaha lainnya.

Dari ketentuan tersebut terlihat bahwa koperasi secara politik ekonomi telah diberikan perlindungan dan pembatasan yang jelas sejak awal. Bahkan terlihat bahwa dalam upaya pemberdayaan koperasi kemudian, pengurusan koperasi oleh pemerintah sering disesuaikan dengan program pemerintah sendiri dan tidak selalu berdasarkan kebutuhan koperasi.

Kriteria koperasi dalam hal ini adalah berdasarkan pada UU No. 25 Tahun 1992 yang mengatakan bahwa yang dimaksud dengan melayani anggotanya adalah memberi pelayanan hanya kepada anggotanya⁴⁵³ dan bukan kepada masyarakat umum untuk mengadakan kebutuhan pokok,

449 R.T. Sutantya Rajardja Hadhikusuma, *Hukum Koperasi di Indonesia*, PT Raja Grafindo Persada, 2002, hal. 102.

450 Dalam UU No. 25 Tahun 1992 tentang Koperasi, Pada Bab IV "Landasan Pemberdayaan Koperasi dan UKM" secara konkrit menyatakan bahwa kelompok usaha kecil, menengah dan koperasi merupakan wujud kehidupan ekonomi sebagian besar rakyat Indonesia. Keberadaan kelompok ini tidak dapat dipisahkan dari pertumbuhan perekonomian secara nasional. Kelompok usaha kecil, menengah dan koperasi mampu menyerap lebih dari 64 juta tenaga kerja dan memberikan kontribusi sebesar lebih kurang 58,2% dalam pembentukan Produk Domestik Bruto, dengan demikian sudah seyogyanya pemerintah turut serta dalam upaya mengembangkan dan melindungi pelaku UKM. Disampaikan Pratomo M, pada Seminar "Pengembangan Usaha Kecil dan Menengah", Departemen Koperasi dan UKM, Jakarta, Nopember 2005.

451 Lihat Pasal 61 UU No. 25 Tahun 1992 Tentang Perkoperasian.

452 Pasal 63 UU No. 25 Tahun 1992.

453 Pasal 1 ayat (1): Koperasi adalah badan usaha yang beranggotakan orang-seorang atau badan hukum koperasi dengan melandaskan kegiatannya berdasarkan prinsip koperasi sekaligus sebagai gerakan ekonomi rakyat yang berdasar atas asas kekeluargaan. 2. Perkoperasian adalah segala sesuatu yang menyangkut kehidupan koperasi. 3. Koperasi primer adalah koperasi yang didirikan oleh dan beranggotakan orang-seorang. 4. Koperasi sekunder adalah koperasi yang didirikan oleh dan beranggotakan koperasi. 5. Gerakan koperasi adalah keseluruhan organisasi koperasi dan kegiatan perkoperasian yang bersifat terpadu menuju tercapainya cita-cita bersama koperasi.

kebutuhan sarana produksi termasuk kredit dan bahan baku, serta pelayanan untuk memasarkan dan mendistribusikan hasil anggota yang tidak mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.

Kriteria koperasi diperjelas dalam UU No. 25 Tahun 1992 mengenai fungsi dan peran yaitu:

1. membangun dan mengembangkan potensi dan kemampuan ekonomi anggota pada khususnya dan masyarakat pada umumnya untuk meningkatkan kesejahteraan ekonomi dan sosialnya;
2. berperan serta secara aktif dalam upaya mempertinggi kualitas kehidupan manusia dan masyarakat;
3. memperkokoh perekonomian rakyat sebagai dasar kekuatan dan ketahanan perekonomian nasional dengan koperasi sebagai sokogurunya;
4. berusaha untuk mewujudkan dan mengembangkan perekonomian nasional yang merupakan usaha bersama berdasar atas asas kekeluargaan dan demokrasi ekonomi.

Koperasi berlandaskan prinsip sebagai berikut:

1. keanggotaan bersifat sukarela dan terbuka,
2. pengelolaan dilakukan secara demokratis,
3. pembagian sisa hasil usaha dilakukan secara adil sebanding dengan besarnya jasa usaha masing-masing anggota,
4. pemberian balas jasa yang terbatas terhadap modal,
5. kemandirian.

Koperasi yang berstatus badan hukum dengan alasan pengembangan atau efisiensi usaha dapat menggabungkan diri menjadi satu dengan koperasi lain atau bersama koperasi lain meleburkan diri dengan membentuk koperasi baru. Keanggotaan koperasi juga didasarkan pada kesamaan kepentingan ekonomi dalam lingkup usaha koperasi dan mempunyai kewajiban dan hak yang sama terhadap koperasi sebagaimana diatur dalam anggaran dasar. Modal koperasi adalah berasal dari modal sendiri dan modal pinjaman.⁴⁵⁴

Lapangan usaha yang dapat dimasuki oleh koperasi adalah yang berkaitan langsung dengan kepentingan anggota untuk meningkatkan usaha dan kesejahteraan anggota. Kelebihan kemampuan pelayanan koperasi dapat digunakan untuk memenuhi kebutuhan masyarakat yang bukan anggota koperasi dan prinsip yang penting adalah bahwa koperasi menjalankan kegiatan usaha dan berperan utama di segala bidang kehidupan ekonomi rakyat.

Melihat krusialnya kepentingan status koperasi pada perekonomian Indonesia, maka pemberian status pengecualian dalam UU No. 5 Tahun 1999 menjadi bukti bahwa koperasi mendapat tempat khusus baik dalam politik ekonomi dan proteksi. Pemerintah menciptakan dan mengembangkan iklim dan kondisi yang mendorong pertumbuhan serta permasyarakatan koperasi dengan memberikan bimbingan, kemudahan, dan perlindungan kepada koperasi.⁴⁵⁵

Dalam upaya menciptakan dan mengembangkan iklim dan kondisi yang mendorong pertumbuhan dan pemasyarakatan koperasi, Pemerintah memberikan kesempatan usaha yang seluas-luasnya kepada koperasi dengan cara:

⁴⁵⁴ Pasal 41 UU No. 25 Tahun 1992: (2) Modal sendiri dapat berasal dari: a. simpanan pokok; b. simpanan wajib; c. dana cadangan; d. hibah. (3) Modal pinjaman dapat berasal dari: a. anggota; b. Koperasi lainnya dan/atau anggotanya; c. bank dan lembaga keuangan lainnya; d. penerbitan obligasi dan surat hutang lainnya; e. sumber lain yang sah.

⁴⁵⁵ Pasal 60 UU No. 25 Tahun 1992.

1. meningkatkan dan memantapkan kemampuan koperasi agar menjadi koperasi yang sehat, tangguh, dan mandiri;
2. mengupayakan tata hubungan usaha yang saling menguntungkan antara koperasi dengan badan usaha lainnya;
3. membudayakan koperasi dalam masyarakat.

Isyarat untuk memberikan perlindungan sangat jelas sebagaimana ditetapkan dalam undang-undang dengan pemerintah menetapkan bidang usaha mana saja yang hanya dapat dimasuki oleh koperasi dilakukan dengan memperhatikan keadaan dan kepentingan ekonomi nasional, serta pemerataan kesempatan berusaha dan kesempatan kerja.⁴⁵⁶ Oleh sebab itu dalam pedoman pengecualian UU No. 5 Tahun 1999 yang perlu ditegaskan adalah jenis koperasi yang bagaimana yang dapat dikecualikan yang harus sesuai dengan ketentuan dalam UU No. 25 Tahun 1992 tentang Koperasi misalnya tentang kegiatannya yang harus dari dan untuk anggotanya. Sampai saat ini KPPU belum mengeluarkan pedoman mengenai pengecualian untuk Pasal 50 huruf i.

VIII.3.10 PENYELENGGARAAN MONOPOLI OLEH BUMN

Pasal 51 mengatur bahwa:

“Monopoli dan atau pemusatan kegiatan yang berkaitan dengan produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa yang menguasai hajat hidup orang banyak serta cabang-cabang produksi yang penting bagi negara diatur dengan undang-undang dan diselenggarakan oleh Badan Usaha Milik Negara dan atau badan atau lembaga yang dibentuk atau ditunjuk oleh Pemerintah.”

Pelaksanaan ketentuan Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999 diatur dalam Peraturan KPPU No. 3 Tahun 2010 tentang Pedoman Pelaksanaan Ketentuan Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999.

Ketentuan Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999 secara yuridis memiliki keterkaitan yang erat dengan UUD 1945 khususnya dengan Pasal 33. Hal tersebut tidak hanya tercermin pada bagian Mengingat UU No. 5 Tahun 1999 yang menyebutkan Pasal 33 UUD 1945, melainkan juga tercermin dalam ketentuan Pasal 3 UU No. 5 Tahun 1999.

Pasal 33 UUD Negara RI Tahun 1945 tentang Perekonomian Nasional dan Kesejahteraan Sosial, khususnya dalam ayat (2), ayat (3), dan ayat (4) berbunyi sebagai berikut:

Ayat (2):

“Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara”.

Ayat (3):

“Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat”.

Ayat (4):

⁴⁵⁶ Pasal 63 ayat (1) Dalam rangka pemberian perlindungan kepada Koperasi, Pemerintah dapat: a. menetapkan bidang kegiatan ekonomi yang hanya boleh diusahakan oleh Koperasi; b. menetapkan bidang kegiatan ekonomi di suatu wilayah yang telah berhasil diusahakan oleh Koperasi untuk tidak diusahakan oleh badan usaha lainnya. (2) Persyaratan dan tata cara pelaksanaan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) diatur lebih lanjut dengan Peraturan Pemerintah.

“Perekonomian nasional diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi dengan prinsip kebersamaan, efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional”.

Sejalan dengan Pasal 33 UUD 1945 tersebut, UU No. 5 Tahun 1999 yang juga mengatur mengenai kegiatan ekonomi, dibentuk dengan tujuan (Pasal 3) untuk:

1. menjaga kepentingan umum dan meningkatkan efisiensi ekonomi nasional sebagai salah satu upaya untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat;
2. mewujudkan iklim usaha yang kondusif melalui pengaturan persaingan usaha yang sehat sehingga menjamin adanya kepastian kesempatan berusaha yang sama bagi pelaku usaha besar, pelaku usaha menengah, dan pelaku usaha kecil;
3. mencegah praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat yang ditimbulkan oleh pelaku usaha dan;
4. terciptanya efektivitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha.

Ketentuan Pasal 51 mengatur mengenai monopoli dan atau pemusatan kegiatan yang berkaitan dengan produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa yang menguasai hajat hidup orang banyak serta cabang-cabang produksi yang penting bagi negara, di mana untuk itu perlu diatur dengan undang-undang dan diselenggarakan oleh BUMN dan atau badan atau lembaga yang dibentuk atau ditunjuk oleh pemerintah. Peranan negara dalam kegiatan ekonomi dapat diwujudkan dengan perbuatan administrasi negara, baik yang bersifat umum (yuridis) maupun perbuatan administrasi negara yang bersifat nonhukum (*factual*). Kedua perbuatan administrasi negara tersebut ditujukan untuk melindungi hak dasar masyarakat.

Salah satu bentuk perbuatan administrasi negara dalam kegiatan ekonomi yang bersifat yuridis adalah pengaturan monopoli dan/atau jasa yang menguasai hajat hidup orang banyak serta cabang produksi yang penting bagi negara sebagaimana dimaksud dalam Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999. Monopoli dan/atau pemusatan kegiatan oleh negara harus diatur dengan undang-undang dan diselenggarakan secara efisien serta implikasi pelaksanaannya tidak mengakibatkan praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.

Mengingat luasnya materi muatan Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999, maka perlu dirumuskan pedoman pelaksanaannya. Pedoman tersebut dirumuskan agar perbuatan administrasi negara tidak mengarah pada pelampauan wewenang atau penyalahgunaan wewenang sehingga tidak merugikan kepentingan umum.

Berdasarkan pemahaman tersebut, maka penyusunan pedoman pelaksanaan Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999 dimaksudkan untuk menyamakan persepsi di kalangan para pemangku kegiatan, baik itu Pemerintah, Dewan Perwakilan Rakyat (DPR), pelaku usaha, Komisi Pengawasan Persaingan Usaha (KPPU), maupun masyarakat pada umumnya.

Unsur-Unsur dalam Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999 dijabarkan berikut ini.

1. Monopoli dan/atau pemusatan kegiatan
 - a. Monopoli

Monopoli pada dasarnya menggambarkan suatu keadaan penguasaan pelaku usaha atas barang dan atau jasa tertentu yang dapat dicapai tanpa harus melakukan ataupun mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.

b. Pemusatan kegiatan

Unsur pemusatan kegiatan dalam Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999 dapat didefinisikan sebagai pemusatan kekuatan ekonomi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 angka 3 UU No. 5 Tahun 1999, yaitu:

“Penguasaan yang nyata atas suatu pasar bersangkutan oleh satu atau lebih pelaku usaha sehingga dapat menentukan harga barang dan atau jasa.”

Berdasarkan definisi tersebut, pemusatan kegiatan pada dasarnya menggambarkan suatu keadaan penguasaan yang nyata atas suatu pasar bersangkutan yang dicerminkan dari kemampuannya dalam menentukan harga yang dapat dicapai oleh satu atau lebih pelaku usaha tanpa harus melakukan ataupun mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.

Dengan memperhatikan uraian pemahaman unsur-unsur tersebut di atas, maka baik monopoli maupun pemusatan kegiatan bukan merupakan kegiatan yang dilarang UU No. 5 Tahun 1999 dan dapat dilakukan ataupun dicapai oleh satu atau lebih pelaku usaha dengan tetap memperhatikan prinsip-prinsip persaingan usaha yang sehat.

Monopoli dan/atau pemusatan kegiatan dapat dilakukan negara terhadap kegiatan yang berkaitan dengan: (a) produksi dan/atau pemasaran barang dan/atau jasa yang menguasai hajat hidup orang banyak dan (b) cabang-cabang produksi yang penting bagi negara.

2. Produksi dan/atau pemasaran barang dan/atau jasa yang menguasai hajat hidup orang banyak
Berdasarkan teori hukum dan penafsiran sistematis terhadap unsur ini, maksud barang dan/atau jasa yang menguasai hajat hidup orang banyak adalah yang memiliki fungsi:
 - a. Alokasi, yang ditujukan pada barang atau jasa yang berasal dari sumber daya alam yang dikuasai negara untuk dimanfaatkan bagi sebesar-besarnya kemakmuran rakyat;
 - b. Distribusi, yang diarahkan pada barang dan/atau jasa yang dibutuhkan secara pokok oleh masyarakat, tetapi pada suatu waktu tertentu atau terus menerus tidak dapat dipenuhi pasar; dan atau
 - c. Stabilisasi, yang berkaitan dengan barang dan/atau jasa yang harus disediakan untuk kepentingan umum, seperti barang dan/atau jasa dalam bidang pertahanan keamanan, moneter, dan fiskal, yang mengharuskan pengaturan dan pengawasan bersifat khusus.
3. Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara
Pengertian cabang-cabang produksi yang penting bagi negara adalah ragam usaha produksi atau penyediaan barang dan atau jasa yang memiliki sifat:
 - a. Strategis, yaitu cabang produksi atas barang dan/atau jasa yang secara langsung melindungi kepentingan pertahanan negara dan menjaga keamanan nasional; atau
 - b. Finansial, yaitu cabang produksi yang berkaitan erat dengan pembuatan barang dan/atau jasa untuk kestabilan moneter dan jaminan perpajakan, dan sektor jasa keuangan yang dimanfaatkan untuk kepentingan umum.

Monopoli dan/atau pemusatan kegiatan oleh negara terhadap kegiatan yang berkaitan dengan produksi dan/atau pemasaran barang dan/atau jasa yang menguasai hajat hidup orang banyak serta cabang-cabang produksi yang penting bagi negara harus diatur dengan undang-undang.

4. Diatur dengan undang-undang
Pengertian diatur dengan undang-undang merupakan syarat legal dari negara untuk melakukan monopoli dan/atau pemusatan kegiatan atas barang dan/atau jasa yang menguasai hajat hidup orang banyak serta cabang-cabang produksi yang penting bagi negara.

Hal ini berarti monopoli dan/atau pemusatan kegiatan oleh negara tersebut hanya dapat dilakukan setelah diatur terlebih dahulu dalam bentuk undang-undang (bukan peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang).

Undang-undang tersebut harus mencantumkan secara jelas tujuan monopoli dan/atau pemusatan kegiatan serta mekanisme pengendalian dan pengawasan negara dalam penyelenggaraan monopoli dan/atau pemusatan kegiatan tersebut, sehingga tidak mengarah pada praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat.

Adapun pelaksanaan monopoli dan/atau pemusatan kegiatan oleh negara terhadap kegiatan yang berkaitan dengan produksi dan atau pemasaran atas barang dan atau jasa yang menguasai hajat hidup orang banyak serta cabang produksi yang penting bagi negara, dapat diselenggarakan oleh Badan Usaha Milik Negara dan/atau badan atau lembaga yang dibentuk atau ditunjuk oleh pemerintah.

5. Diselenggarakan oleh Badan Usaha Milik Negara dan/atau badan atau lembaga yang dibentuk untuk ditunjuk oleh pemerintah

- a. Diselenggarakan oleh Badan Usaha Milik Negara

Badan Usaha Milik Negara menurut Pasal 1 angka 1 UU No. 19 Tahun 2003 adalah:

“Badan usaha yang seluruh atau sebagian besar modalnya dimiliki oleh negara melalui penyertaan secara langsung yang berasal dari kekayaan negara yang dipisahkan.”

Penyelenggaraan monopoli dan/atau pemusatan kegiatan produksi dan/atau pemasaran barang dan/atau jasa oleh negara terhadap kegiatan yang berkaitan dengan produksi dan atau pemasaran atas barang dan atau jasa yang menguasai hajat hidup orang banyak serta cabang produksi yang penting bagi negara, diutamakan dan terutama diselenggarakan oleh BUMN

Keberadaan Badan Usaha Milik Daerah (BUMD) adalah tidak sama dan tidak termasuk dalam ruang lingkup dari pengertian Badan Usaha Milik Negara. Hal ini disebabkan pengaturannya yang bersifat khusus dan tata cara pendirian dan pertanggungjawabannya diatur berbeda sesuai dengan peraturan perundang-undangan tersendiri yaitu yang terkait dengan pemerintahan daerah.

Dalam hal ini di mana BUMN tidak memiliki kemampuan untuk menyelenggarakan penguasaan monopoli negara, maka berdasarkan Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999 penyelenggaraan monopoli dan atau pemusatan kegiatan dapat diselenggarakan oleh badan atau lembaga yang dibentuk pemerintah.

- b. Diselenggarakan oleh badan atau lembaga yang dibentuk pemerintah

Pemerintah dalam pengertian peraturan perundang-undangan adalah pemerintah pusat

yang terdiri atas presiden dan seluruh aparatur administrasi negara tingkat pusat. Dengan demikian, badan atau lembaga yang dibentuk pemerintah adalah badan atau lembaga yang ditetapkan dan diatur dengan peraturan perundang-undangan yang dibentuk pemerintah pusat.

Badan atau lembaga yang dibentuk pemerintah menjalankan tugas pelayanan kepentingan umum (*public service*) yang kewenangannya berada dari pemerintah pusat dan dibiayai oleh dana negara (APBN) atau dana publik lainnya yang memiliki keterkaitan dengan negara.

Badan atau lembaga yang dibentuk pemerintah memiliki ciri melaksanakan:

- i. Pemerintahan negara;
- ii. Manajemen keadministrasian negara;
- iii. Pengendalian atau pengawasan terhadap Badan Usaha Milik Negara; dan atau
- iv. Tata usaha negara.

Badan atau lembaga yang dibentuk pemerintah dalam menyelenggarakan monopoli dan/atau pemusatan kegiatan wajib memenuhi hal-hal sebagai berikut:

- i. Pengelolaan dan pertanggungjawaban kegiatannya dipengaruhi, dibina, dan dilaporkan kepada pemerintah;
- ii. Tidak semata-mata ditujukan untuk mencari keuntungan;
- iii. Tidak memiliki kewenangan melimpahkan seluruh atau sebagian monopoli dan/atau pemusatan kegiatan kepada pihak lain. BUMN dan badan atau lembaga yang dibentuk pemerintah dapat menyelenggarakan monopoli dan/atau pemusatan kegiatan secara bersama-sama sesuai dengan kebutuhan dan pertimbangan berdasarkan peraturan perundang-undangan.

Dalam hal BUMN, badan atau lembaga yang dibentuk pemerintah tidak memiliki kemampuan untuk menyelenggarakan monopoli dan atau pemusatan kegiatan, maka pemerintah dapat menunjuk badan atau lembaga tertentu.

- c. Diselenggarakan oleh badan atau lembaga yang ditunjuk pemerintah
Badan atau lembaga yang ditunjuk pemerintah memiliki ruang lingkup yang luas, termasuk di dalamnya adalah badan atau lembaga perdata yang tidak memiliki keterkaitan dengan tugas dan fungsi negara.

Menurut teori hukum administrasi negara, penunjukan adalah wewenang dari pejabat administrasi negara yang berwenang dan bersifat penetapan untuk menyelenggarakan atau menjalankan kegiatan tertentu secara sepihak. Dengan demikian, badan atau lembaga yang ditunjuk pemerintah adalah badan atau lembaga yang ditetapkan oleh pejabat administrasi negara yang berwenang.

Prosedur dan persyaratan penunjukan badan atau lembaga yang ditunjuk pemerintah sebagai penyelenggara monopoli dan/atau pemusatan kegiatan dimaksud dilakukan berdasarkan peraturan perundang-undangan yang mengatur mengenai pengadaan barang dan/atau jasa pemerintah sehingga tidak mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.

BUMN dan badan atau lembaga yang ditunjuk pemerintah dapat menyelenggarakan monopoli dan/atau pemusatan kegiatan secara bersama-sama sesuai kebutuhan dan pertimbangan berdasarkan peraturan perundang-undangan.

BUMN ataupun badan atau lembaga yang dibentuk ataupun ditunjuk oleh Pemerintah sebagai penyelenggara monopoli dan atau pemusatan kegiatan sebagaimana dimaksud, tidak dapat melimpahkan kembali hak penyelenggaraan monopolinya dan/atau pemusatan kegiatannya baik sebagian maupun seluruhnya kepada pihak lain.

Dengan memperhatikan uraian tersebut di atas, maka terkait dengan penyelenggara monopoli dan/atau pemusatan kegiatan barang dan/atau jasa yang menguasai hidup orang banyak serta cabang produksi yang penting bagi negara, Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999 menentukannya secara sistematis dengan tetap mendasarkan pada alasan-alasan yang rasional berupa pertimbangan profesionalitas, legalitas, dan efektifitas pencapaian sasaran tujuan penyelenggaraan monopoli dan atau pemusatan kegiatan.

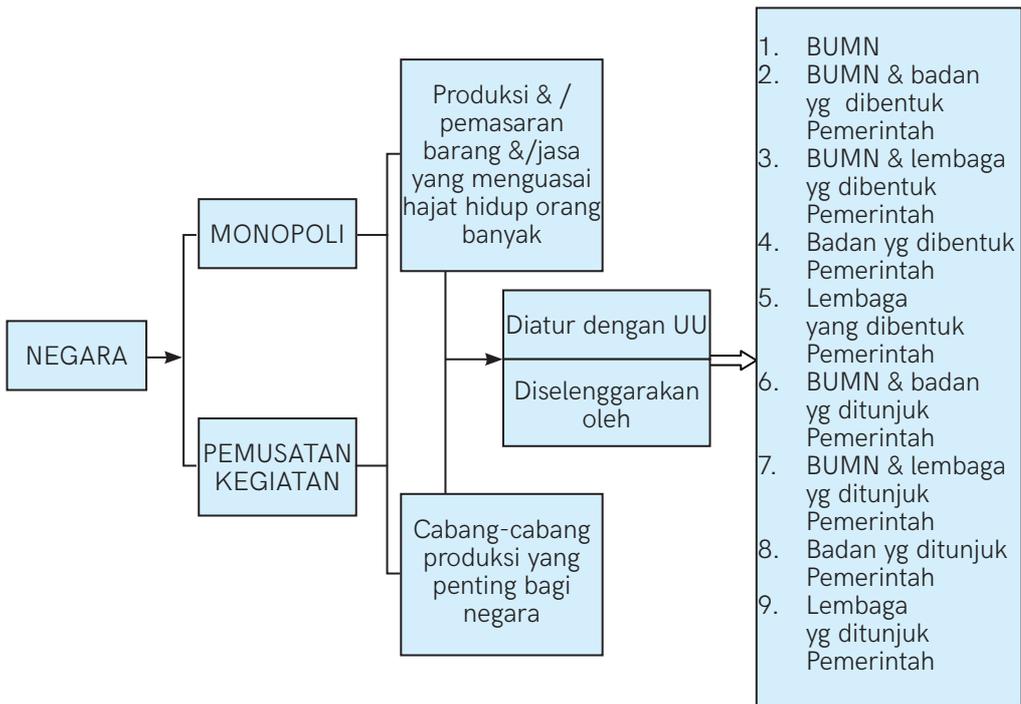
Secara sistematis sesuai dengan Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999, urutan yang dapat dijadikan acuan bagi pemerintah untuk menentukan pihak penyelenggara monopoli dan/atau pemusatan kegiatan yang berkaitan dengan produksi dan/atau pemasaran barang dan/atau jasa yang menguasai hajat hidup orang banyak serta cabang produksi yang penting bagi negara adalah sebagai berikut:

- i. Diselenggarakan oleh BUMN.
- ii. Diselenggarakan oleh BUMN dan badan yang dibentuk pemerintah.
- iii. Diselenggarakan oleh BUMN dan lembaga yang dibentuk pemerintah.
- iv. Diselenggarakan oleh badan yang dibentuk pemerintah.
- v. Diselenggarakan oleh lembaga yang dibentuk pemerintah.
- vi. Diselenggarakan oleh BUMN dan badan yang ditunjuk pemerintah.
- vii. Diselenggarakan oleh BUMN dan lembaga yang ditunjuk pemerintah.
- viii. Diselenggarakan oleh badan yang ditunjuk pemerintah.
- ix. Diselenggarakan oleh lembaga yang ditunjuk pemerintah.

Pasal 51 juga menetapkan bahwa pengecualian juga diselenggarakan badan atau lembaga yang ditunjuk pemerintah. Arti dari badan atau lembaga yang ditunjuk pemerintah memiliki ruang lingkup yang luas, termasuk di dalamnya adalah badan atau lembaga perdata yang tidak memiliki keterkaitan dengan tugas dan fungsi negara. Menurut teori hukum administrasi negara, penunjukan adalah kewenangan dari pejabat administrasi negara yang berwenang dan bersifat penetapan untuk menyelenggarakan atau menjalankan kegiatan tertentu secara sepihak (*delegation of authority*).

Dengan demikian, badan atau lembaga yang ditunjuk pemerintah adalah badan atau lembaga yang ditetapkan oleh pejabat administrasi negara yang berwenang. Prosedur dan persyaratan penunjukan badan atau lembaga yang ditunjuk pemerintah sebagai penyelenggara monopoli dan/atau pemusatan kegiatan dimaksud dilakukan berdasarkan peraturan perundang-undangan yang mengatur mengenai pengadaan barang dan/atau jasa pemerintah sehingga tidak mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.

Penjabaran Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999 yang mengatur mengenai monopoli dan/atau pemusatan kegiatan produksi dan/atau pemasaran barang dan/atau jasa yang menguasai hajat hidup orang banyak dan cabang produksi yang penting bagi negara dapat digambarkan sebagai berikut:



Kasus monopoli atas barang yang menguasai hajat hidup orang banyak dan diatur dengan undang-undang

Pemerintah dengan persetujuan DPR menilai gas sebagai barang yang menguasai hajat hidup orang banyak sehingga harus dimonopoli dan diatur dalam UU tentang Gas. UU tersebut menentukan bahwa gas harus dikuasai oleh negara dan pengusahaannya (yang meliputi eksplorasi, eksploitasi, dan distribusi) diseleggarakan oleh BUMN. Selanjutnya pemerintah menerbitkan PP sebagai pelaksanaan UU Gas tersebut yang menunjuk BUMN PT X sebagai penyelenggara monopoli perusahaan gas di seluruh wilayah Indonesia.

Pembahasan:

Dalam contoh kasus di atas pemerintah dengan persetujuan DPR telah menetapkan bahwa gas harus dimonopoli dan diatur dalam UU tentang Gas. Berdasarkan UU Gas, monopoli gas tersebut diselenggarakan oleh BUMN dan pengusahaannya dilakukan sesuai dengan UU tentang Gas. Dalam pelaksanaannya kemudian pemerintah menerbitkan peraturan pemerintah (sebagai peraturan pelaksanaan dari UU Gas) yang menunjuk BUMN PT X untuk menyelenggarakan monopoli atas perusahaan gas. Pemberian hak monopoli kepada BUMN PT X untuk menyelenggarakan monopoli atas perusahaan gas. Pemberian hak monopoli kepada BUMN PT X atas perusahaan eksplorasi, eksploitasi, dan distribusi gas yang diatur dengan undang-undang adalah selaras atau tidak berbenturan dengan apa yang dimaksud di dalam pedoman pelaksanaan Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999.

Kasus VIII.8

Kasus monopoli yang mengarah pada praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat

BUMN PT X merupakan pemegang hak monopoli perusahaan gas. Di samping melalui salah satu anak perusahaannya (yaitu PT Y), PT X juga bekerja sama dengan rekanan (yang tidak terafiliasi) dalam mendistribusikan gas di berbagai daerah.

Dalam mendistribusikan gas di wilayah-wilayah yang padat populasinya, BUMN PT X langsung menunjuk PT Y yang merupakan anak perusahaannya. Pada wilayah yang padat populasinya tersebut, BUMN PT X tidak memberikan kesempatan kepada distributor lain (yang memiliki kompetensi yang relatif sama) untuk menawarkan pola kerja sama dengan BUMN PT X. Selain itu, dalam praktiknya BUMN PT X juga menetapkan harga jual gas yang tinggi (mahal) dengan kualitas pelayanan yang menurut konsumen mengecewakan.

Pembahasan:

Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999 mengakui kewenangan negara dalam memberikan hak monopoli kepada BUMN dan/atau badan/lembaga yang dibentuk atau ditunjuk pemerintah untuk menyelenggarakan monopoli atas barang dan atau jasa yang menguasai hajat hidup orang banyak serta cabang produksi yang penting bagi negara. Namun terhadap tindakan yang dilakukan oleh pemegang hak monopoli yang bertentangan dengan prinsip-prinsip persaingan usaha yang sehat, tidak dikecualikan.

Ketika PT X menunjuk PT Y (yang merupakan anak perusahaannya) untuk memonopoli distribusi gas di wilayah yang padat populasinya, tanpa memberikan kesempatan perusahaan lain yang sejenis untuk menawarkan bentuk kerja sama yang kompetitif, maka potensi benturan dengan prinsip persaingan yang sehat dapat terjadi, khususnya terkait dengan dugaan menghambat persaingan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 19 UU No. 5 Tahun 1999.

Penyelenggaraan monopoli atas barang dan atau jasa yang menguasai hajat hidup orang banyak serta cabang produksi yang penting bagi negara harus dilakukan secara efisien sebagaimana diuraikan dalam ketentuan pedoman Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999.

Praktik penetapan harga yang tinggi (mengeksplorasi) disertai dengan minimnya kualitas pelayanan yang dilakukan oleh BUMN PT X sebagai monopoli, berpotensi berbenturan dengan prinsip persaingan yang sehat terutama terkait dengan dugaan pelanggaran mengenai monopoli sebagaimana diatur dalam Pasal 17 UU No. 5 Tahun 1999

Kasus VIII.9

Kasus monopoli dan/atau pemusatan kegiatan produksi dan/atau pemasaran yang dilakukan Badan Usaha Milik Negara dan diserahkan sebagian atau seluruhnya kepada anak perusahaan atau pihak lain

BUMN PT X yang memiliki hak memonopoli perusahaan gas di dalam negeri dalam praktiknya melimpahkan sebagian perusahaannya dengan mensubkontrakkan kepada anak perusahaan (PT Y) dan rekannya (PT Z) dengan kompensasi besaran *fee* tertentu.

Pembahasan:

Pelimpahan hak monopoli dari negara kepada BUMN PT X dapat dipahami secara yuridis. Namun, perlimpahan hak monopoli dari dan oleh BUMN PT X kepada pihak lain tidak dapat dibenarkan, sebagaimana dimaksud dalam Pedoman Pasal 51.

BAB IX**KOMISI PENGAWAS
PERSAINGAN USAHA
DAN PENEGAKAN
HUKUM PERSAINGAN
DI INDONESIA**

IX.1 PERANAN KPPU DALAM PENEGAKAN HUKUM PERSAINGAN DI INDONESIA

Untuk mengawasi pelaksanaan UU No. 5 Tahun 1999 dibentuklah suatu komisi. Pembentukan ini didasarkan pada Pasal 34 UU No. 5 Tahun 1999 yang menginstruksikan bahwa pembentukan susunan organisasi, tugas, dan fungsi komisi ditetapkan melalui Keputusan Presiden (Keppres). Komisi ini kemudian dibentuk berdasarkan Keppres No. 75 Tahun 1999⁴⁵⁷ dan diberi nama Komisi Pengawas Persaingan Usaha atau KPPU.

Dengan demikian, penegakan hukum persaingan berada dalam kewenangan KPPU. Namun demikian, tidak berarti bahwa tidak ada lembaga lain yang berwenang menangani perkara monopoli dan persaingan. Pengadilan Negeri (PN) dan Mahkamah Agung (MA) juga diberi wewenang untuk menyelesaikan perkara tersebut. PN diberi wewenang untuk menangani perkara keberatan terhadap putusan KPPU dan menangani pelanggaran hukum persaingan yang menjadi perkara pidana karena tidak dijalkannya putusan KPPU yang sudah *inkracht*. MA diberi kewenangan untuk menyelesaikan perkara pelanggaran hukum persaingan apabila terjadi kasasi terhadap putusan PN tersebut.

Sebagai suatu lembaga independen, dapat dikatakan bahwa kewenangan yang dimiliki Komisi sangat besar yang meliputi juga kewenangan yang dimiliki oleh lembaga peradilan. Kewenangan tersebut meliputi penyidikan, penuntutan, konsultasi, memeriksa, mengadili, dan memutus perkara.

IX.1.1 KEDUDUKAN KPPU DALAM SISTEM KETATANEGARAAN

Dalam konteks ketatanegaraan, KPPU merupakan lembaga negara komplementer (*state auxiliary organ*)⁴⁵⁸ yang mempunyai wewenang berdasarkan UU No. 5 Tahun 1999 untuk melakukan penegakan hukum persaingan. Secara sederhana *state auxiliary organ* adalah lembaga negara yang dibentuk di luar konstitusi dan merupakan lembaga yang membantu pelaksanaan tugas lembaga negara pokok (eksekutif, legislatif, dan yudikatif)⁴⁵⁹ yang sering juga disebut dengan lembaga independen semu negara (*quasi*). Peran sebuah lembaga independen semu negara (*quasi*) menjadi penting sebagai upaya responsif bagi negara-negara yang tengah transisi dari otoriterisme ke demokrasi.⁴⁶⁰

Lembaga *quasi* tersebut menjalankan kewenangan yang sebenarnya sudah diakomodasi oleh lembaga negara yang sudah ada, tetapi dengan keadaan ketidakpercayaan publik (*public distrust*) kepada eksekutif, maka dipandang perlu dibentuk lembaga yang sifatnya independen, dalam arti tidak merupakan bagian dari tiga pilar kekuasaan. Lembaga-lembaga ini biasanya dibentuk pada sektor-sektor cabang kekuasaan seperti yudikatif (*quasi-judicial*), eksekutif (*quasi-public*) yang fungsinya bisa berupa pengawasan terhadap lembaga negara yang berada di sektor yang sama atau mengambil alih beberapa kewenangan lembaga negara di sektor yang sama.

Jika dibandingkan dengan *state auxiliary organ* lainnya seperti Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK), maka terdapat persamaan dan perbedaan antara KPK dengan KPPU. Beberapa persamaan di antara keduanya adalah kedua Komisi ini dibentuk berdasarkan ketentuan undang-undang. KPK dibentuk dengan UU No. 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi (UU KPK), sedangkan KPPU dibentuk dengan UU No. 5 Tahun 1999. Namun demikian, sejalan dengan pemikiran Jimly Asshiddiqie, kedua Komisi ini berbeda dalam hal kedudukan. KPK disebut sebagai Komisi negara yang independen berdasarkan konstitusi atau yang memiliki *constitutional importance*.⁴⁶¹ Hal ini dikarenakan, walaupun pembentukan KPK dengan undang-undang, keberadaan

457 Keppres ini kemudian diubah dengan Peraturan Presiden No. 80 Tahun 2008.

458 Budi L. Kagramanto, "Implementasi UU No. 5 Tahun 1999 oleh KPPU", *Jurnal Ilmu Hukum Yustisia*, 2007, hal. 2.

459 Jimly Asshiddiqie, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, Konpress 2006, hal.

24.

460 <http://www.reformasihukum.org/> di unduh 6 Juli 2009.

461 Jimly Asshiddiqie *loc. cit.*,

KPK memiliki sifat *constitutional importance* berdasarkan Pasal 24 ayat (3) UUD 1945. Sementara itu, KPPU merupakan lembaga independen lain yang dibentuk berdasarkan undang-undang.⁴⁶²

Perbedaan lain yang berkaitan dengan latar belakang pembentukan kedua Komisi ini adalah bahwa KPK dibentuk sebagai respon tidak efektifnya Kepolisian dan Kejaksaan dalam memberantas korupsi yang semakin merajalela. Diharapkan dengan adanya KPK dapat mendorong penyelenggaraan *good governance*. Sehingga keberadaan KPK sangat penting, hanya saja diperlukan koordinasi dengan instansi yang memiliki kewenangan yang serupa. Sedangkan pembentukan KPPU bertujuan untuk menjamin iklim usaha yang kondusif, dengan adanya persaingan yang sehat, sehingga ada kesempatan berusaha yang sama bagi pelaku usaha besar, pelaku usaha menengah, dan pelaku usaha kecil. Selain itu, KPPU dibentuk juga untuk mendorong terciptanya efisiensi dan efektivitas dalam kegiatan usaha.

Selanjutnya, KPPU merupakan suatu organ khusus yang mempunyai tugas ganda selain menciptakan ketertiban dalam persaingan usaha juga berperan untuk menciptakan dan memelihara iklim persaingan usaha yang kondusif. Meskipun KPPU mempunyai fungsi penegakan hukum khususnya hukum persaingan, namun KPPU bukanlah lembaga peradilan khusus persaingan usaha. Dengan demikian, KPPU tidak berwenang menjatuhkan sanksi baik pidana maupun perdata. Kedudukan KPPU lebih merupakan lembaga administratif karena kewenangan yang melekat padanya adalah kewenangan administratif, sehingga sanksi yang dijatuhkan merupakan sanksi administratif.

KPPU diberi status sebagai pengawas pelaksanaan UU No. 5 Tahun 1999. Status hukumnya adalah sebagai lembaga independen yang terlepas dari pengaruh dan kekuasaan pemerintah dan pihak lain. Anggota KPPU diangkat dan diberhentikan oleh presiden atas persetujuan DPR. Anggota KPPU dalam menjalankan tugasnya bertanggung jawab kepada presiden. Hal ini sejalan dengan praktik di Amerika Serikat di mana *Federal Trade Commission* (FTC) bertanggung jawab kepada presiden.

Ketentuan ini wajar karena KPPU melaksanakan sebagian dari tugas-tugas pemerintah, sedangkan kekuasaan tertinggi pemerintahan ada di bawah presiden. Walaupun demikian, tidak berarti KPPU dalam menjalankan tugasnya dapat tidak bebas dari campur tangan pemerintah. Independensi tetap dijaga dengan keterlibatan DPR untuk turut serta menentukan dan mengontrol pengangkatan dan pemberhentian anggota KPPU.

Di samping tugas dan wewenang yang dimiliki KPPU yang begitu penting, dalam kenyataannya, KPPU masih mengalami kendala dalam pelaksanaan tugasnya. Kendala tersebut mengakibatkan KPPU belum dapat menjalankan tugasnya secara optimal. Contoh kendala yang dihadapi oleh KPPU adalah:

1. Walaupun KPPU berwenang untuk melakukan penelitian dan penyelidikan, namun KPPU tidak mempunyai wewenang untuk melakukan penggeledahan terhadap pelaku usaha yang diindikasikan melakukan pelanggaran terhadap UU No. 5 Tahun 1999.
2. Dalam melakukan penelitian dan penyelidikan, KPPU sering kali terkendala dengan sifat kerahasiaan perusahaan sehingga KPPU tidak bisa mendapatkan data perusahaan yang diperlukan.
3. Walaupun KPPU berwenang untuk meminta keterangan dari instansi pemerintah, namun sampai sekarang belum terjalin kerja sama yang baik antara KPPU dengan instansi pemerintah dalam hal penyelidikan terhadap dugaan persaingan usaha tidak sehat. Sehingga KPPU sering kali mengalami kesulitan dalam melakukan tugasnya karena kurangnya data pendukung.
4. Walaupun KPPU berwenang untuk memanggil pelaku usaha atau saksi, tetapi KPPU tidak bisa memaksa kehadiran mereka.

⁴⁶² *Ibid.*, hal. 26.

Adanya kendala tersebut mengakibatkan KPPU belum dapat secara optimal melaksanakan kewenangan yang dimilikinya. Selain mengatasi permasalahan-permasalahan di atas, tantangan yang harus dijawab selanjutnya adalah memperjelas status kelembagaan KPPU dalam sistem ketatanegaraan. Hal ini penting karena ketidakjelasan status KPPU dalam sistem ketatanegaraan menyebabkan Komisi ini menjadi rentan untuk diperdebatkan keberadaannya utamanya ketika Komisi ini menjalankan tugas dan fungsinya.

IX.1.2 TUGAS DAN WEWENANG KPPU

Pasal 35 UU No. 5 Tahun 1999 menentukan bahwa tugas KPPU meliputi:

1. melakukan penilaian terhadap perjanjian yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat;
2. melakukan penilaian terhadap kegiatan usaha dan atau tindakan pelaku usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat;
3. melakukan penilaian terhadap ada atau tidak adanya penyalahgunaan posisi dominan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha;
4. mengambil tindakan sesuai dengan wewenang Komisi sebagaimana diatur dalam Pasal 36;
5. memberikan saran dan pertimbangan terhadap kebijakan Pemerintah yang berkaitan dengan praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat;
6. menyusun pedoman dan atau publikasi yang berkaitan dengan UU No. 5 Tahun 1999; dan
7. memberikan laporan secara berkala atas hasil kerja Komisi kepada Presiden dan DPR.

Dalam menjalankan tugas-tugasnya tersebut, Pasal 36 UU No. 5 Tahun 1999 memberi wewenang kepada KPPU untuk:

1. menerima laporan dari masyarakat dan atau dari pelaku usaha tentang dugaan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat;
2. melakukan penelitian tentang dugaan adanya kegiatan usaha dan atau tindakan pelaku usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat;
3. melakukan penyelidikan dan atau pemeriksaan terhadap kasus dugaan praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat yang dilaporkan oleh masyarakat atau oleh pelaku usaha atau yang ditemukan Komisi sebagai hasil penelitiannya;
4. menyimpulkan hasil penyelidikan dan atau pemeriksaan tentang ada atau tidak adanya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat;
5. memanggil pelaku usaha yang diduga telah melakukan pelanggaran terhadap ketentuan UU No. 5 Tahun 1999;
6. memanggil dan menghadirkan saksi, saksi ahli, dan setiap orang yang dianggap mengetahui pelanggaran ketentuan UU No. 5 Tahun 1999;
7. meminta bantuan penyidik untuk menghadirkan pelaku usaha, saksi, saksi ahli atau setiap orang yang dianggap mengetahui pelanggaran ketentuan UU No. 5 Tahun 1999 yang tidak bersedia memenuhi panggilan Komisi;
8. meminta keterangan dari instansi Pemerintah dalam kaitannya dengan penyelidikan dan atau pemeriksaan terhadap pelaku usaha yang melanggar ketentuan UU No. 5 Tahun 1999;
9. mendapatkan, meneliti, dan atau menilai surat, dokumen atau alat bukti lain untuk keperluan penyelidikan dan atau pemeriksaan;
10. memutuskan dan menetapkan ada atau tidak adanya kerugian di pihak pelaku usaha lain atau masyarakat;

11. memberitahukan putusan Komisi kepada pelaku usaha yang diduga melakukan praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat; dan
12. menjatuhkan sanksi berupa tindakan administratif kepada pelaku usaha yang melanggar ketentuan UU No. 5 Tahun 1999.

Jadi, KPPU berwenang untuk melakukan penelitian dan penyelidikan dan akhirnya memutuskan apakah pelaku usaha tertentu telah melanggar UU No. 5 Tahun 1999 atau tidak. Pelaku usaha yang merasa keberatan terhadap putusan KPPU tersebut diberikan kesempatan selama 14 hari setelah menerima pemberitahuan putusan tersebut untuk mengajukan keberatan ke PN.

KPPU merupakan lembaga administratif. Sebagai lembaga semacam ini, KPPU bertindak demi kepentingan umum. KPPU berbeda dengan pengadilan perdata yang menangani hak-hak subyektif perorangan. Oleh karena itu, KPPU harus mementingkan kepentingan umum dari pada kepentingan perorangan dalam menangani dugaan pelanggaran hukum persaingan.⁴⁶³ Hal ini sesuai dengan tujuan UU No. 5 Tahun 1999 yang tercantum dalam Pasal 3 huruf a UU No. 5 Tahun 1999 yakni untuk “menjaga kepentingan umum dan meningkatkan efisiensi ekonomi nasional sebagai salah satu upaya untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat”.

IX.1.3 KOMISI PERSAINGAN DI BEBERAPA NEGARA

a. Australia

Lembaga yang serupa dengan KPPU di Australia adalah *the Australian Competition and Consumer Commission* (ACCC). Sebagaimana dengan KPPU, ACCC adalah sebuah lembaga independen (*independent statutory authority*) yang dibentuk untuk mengawasi pelaksanaan *the Trade Practices Act 1974* dan peraturan-peraturan yang lain. ACCC mempunyai seorang ketua, wakil ketua, anggota komisi tetap, anggota komisi yang diangkat secara *ex officio* dan *associate members*. Anggota ACCC disebut *the commission* (komisi). ACCC mempunyai lima komite untuk membantu tugas Komisi membuat keputusan. Komisi ini berisi anggota *full time* dan atau *associate* dan *ex officio commissioners* yang mempunyai keahlian dalam bidang-bidang tertentu. Komisi ini bertemu secara rutin, biasanya seminggu sekali, untuk membuat keputusan tentang masalah-masalah yang tengah diselidiki oleh ACCC.⁴⁶⁴

Mirip dengan KPPU, tanggung jawab utama ACCC adalah memastikan bahwa pelaku usaha dan masyarakat mematuhi hukum persaingan usaha. Namun demikian, dibandingkan dengan KPPU, akses masyarakat Australia kepada ACCC lebih mudah. Hal ini karena ACCC mempunyai kantor di semua ibu kota negara bagian di Australia dan *Townsville* untuk menangani keluhan masyarakat dan pertanyaan.⁴⁶⁵

Sebagaimana dengan KPPU, ACCC juga dapat melakukan penelitian, penyelidikan dan memberikan panduan kepada kalangan pelaku usaha dan konsumen tentang hak dan kewajiban yang mereka miliki berkaitan dengan hukum persaingan. Namun, kekuasaan ACCC lebih luas daripada KPPU karena ACCC mempunyai wewenang untuk memberikan *authorisations* kepada pelaku usaha yang ingin dikecualikan dari berlakunya hukum persaingan dengan alasan adanya manfaat bagi masyarakat. Namun, tidak ada *authorisation* untuk *misuse of market power*. *Authorisation* akan diberikan apabila tindakan pelaku usaha mendatangkan manfaat kepada masyarakat melebihi

⁴⁶³ Knud Hansen *et. al*, *op.cit*, hal. 389.

⁴⁶⁴ The Australian Competition and Consumer Commission, “Roles and Activities”, <<http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/54165>>, diakses 2 Mei 2009.

⁴⁶⁵ *Ibid*.

dampak negatif tindakan tersebut terhadap persaingan.⁴⁶⁶

ACCC juga mempunyai hak untuk menerima notifikasi untuk perbuatan *exclusive dealing*. Menurut Pasal 93 *the Trade Practices Act*, pelaku usaha yang melakukan *exclusive dealing* yang memberikan notifikasi kepada ACCC akan mendapatkan pengecualian dengan syarat adanya manfaat kepada masyarakat yang melebihi dampak negatif *exclusive dealing* tersebut terhadap persaingan.⁴⁶⁷ Menurut Pasal 29 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999, KPPU juga berhak menerima semacam “*notification*” untuk tindakan merger, akuisisi dan peleburan. Namun, menurut pasal ini, hak semacam itu terbatas untuk merger, akuisisi dan peleburan yang berakibat nilai aset dan atau nilai penjualannya melebihi jumlah tertentu.⁴⁶⁸ Di samping itu, notifikasi menurut pasal ini bukan untuk mengecualikan tindakan yang melanggar persaingan, tetapi untuk mencegah terjadinya merger, akuisisi dan peleburan yang menyebabkan terjadinya praktik monopoli.

Sebagian besar pelanggaran yang ditangani oleh ACCC berasal dari laporan masyarakat dan pelaku usaha yang secara langsung terkena dampak pelanggaran. Dalam menghadapi pelanggaran hukum persaingan, ada beberapa tindakan yang diambil oleh ACCC:

1. menyatakan telah terjadi pelanggaran;
2. menghentikan tindakan pelanggaran tersebut;
3. memfasilitasi pemulihan terhadap konsumen dan pelaku usaha yang terkena dampak pelanggaran;
4. membuat jera pelaku usaha agar tidak melakukan pelanggaran serupa di kemudian hari;
5. memberikan hukuman atau denda.⁴⁶⁹

Penentuan tindakan mana yang akan diambil tergantung pada apakah telah terbukti terjadi pelanggaran hukum persaingan, bagaimana tingkat keseriusan dan efek negatifnya terhadap persaingan dan konsumen. Dalam memeriksa perkara, ACCC menggunakan beberapa pendekatan informal seperti:

1. Bila pelanggaran yang disangkakan tidak terbukti, ACCC dapat menyediakan informasi pada pihak-pihak yang berkepentingan untuk menjelaskan duduk perkaranya.
2. Bila tidak ada informasi yang cukup untuk mendukung penyelidikan lebih lanjut, ACCC dapat menunda atau membatalkan penyelidikan dengan atau tanpa memberitahu pelaku usaha.
3. Bila pelanggaran terjadi secara tidak disengaja dan tidak menimbulkan dampak luas terhadap konsumen serta pelanggaran tersebut tidak terlalu menguntungkan pelaku usaha, ACCC dapat memberitahukan pelanggaran tersebut pada pelaku usaha dan memberikan informasi untuk mendorong perbaikan dan kepatuhan.
4. Bila pelaku usaha telah memperbaiki perilakunya yang melanggar *Trade Practices Act* dan mengambil tindakan untuk pencegahan agar pelanggaran tidak berulang, ACCC dapat menyelesaikan perkara tersebut secara informal.⁴⁷⁰

Di Indonesia, terhadap putusan KPPU dapat diajukan keberatan ke PN. Kemudian, terhadap

⁴⁶⁶ Terry A dan Giugni D, *Business, Society and the Society*, Harcourt Brace dan Company, Australia, 1997, hal. 648-649.

⁴⁶⁷ *Ibid.*

⁴⁶⁸ Pasal 29 ayat (1) mengatakan: “Penggabungan atau peleburan badan usaha, atau pengambilalihan saham sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28 yang berakibat nilai aset dan atau nilai penjualannya melebihi jumlah tertentu, wajib diberitahukan kepada Komisi, selambat-lambatnya 30 (tiga puluh) hari sejak tanggal penggabungan, peleburan atau pengambilalihan tersebut.”

⁴⁶⁹ The Australian Competition and Consumer Commission, “Roles and Activities”, <<http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/54165>>, diakses 2 Mei 2009.

⁴⁷⁰ *Ibid.*

putusan PN tersebut, dapat dimintakan kasasi ke MA. Di Australia, lembaga keberatan seperti ini tidak dikenal. Keputusan ACCC dapat langsung dimintakan banding ke *the Australian Competition Tribunal*. Selain itu, keputusan ACCC juga dapat direview oleh *Commonwealth administrative law principles*.⁴⁷¹

Bila dari hasil penelitian dan penyelidikannya dapat disimpulkan bahwa memang ada indikasi pelanggaran, ACCC akan memutuskan adanya pelanggaran dan memberitahukannya kepada pelaku usaha melalui surat. Dalam surat itu disebutkan tindakan yang harus dilakukan oleh pelaku usaha dan batas waktu harus dipatuhinya perintah tersebut. Apabila pelaku usaha tidak mengajukan banding ke *the Australian Competition Tribunal* dan tidak mengindahkan perintah tersebut, ACCC dapat memulai proses di pengadilan tanpa memberitahukan kepada pelaku usaha lagi. ACCC memulai proses litigasi di *Federal Court of Australia*. Putusan dari *Federal Court* ini dapat dimintakan banding ke *Full Court of the Federal Court*. Putusan dari *Full Court of the Federal Court* ini dapat dimintakan kasasi ke *High Court of Australia*. Sebagaimana dijelaskan di bawah, hal ini mirip dengan ketentuan di dalam UU No. 5 Tahun 1999. Pasal 44 ayat (4) menyatakan bahwa KPPU akan menyerahkan pelanggaran ke penyidik apabila pelaku usaha tidak mengajukan keberatan dan tidak mematuhi putusan KPPU.

b. Amerika Serikat

Di Amerika Serikat, Komisi yang menangani persaingan usaha disebut *the Federal Trade Commission* (FTC). Sebagaimana KPPU, FTC adalah suatu lembaga independen yang bertanggung jawab kepada Kongres. Struktur organisasi Komisi adalah: 5 (lima) komisioner yang dicalonkan oleh presiden dan dilantik oleh Senat dan bertugas selama 7 (tujuh) tahun. Presiden kemudian memilih satu komisioner sebagai ketua. Tidak boleh ada lebih dari 3 (tiga) komisioner yang berasal dari partai politik yang sama.⁴⁷²

FTC bertugas untuk menjaga pasar yang kompetitif untuk konsumen dan pelaku usaha. Berbeda dengan KPPU, FTC mempunyai beberapa biro yaitu Biro Perlindungan Konsumen (*Bureau of Consumer Protection*), Biro Persaingan (*the Bureau of Competition*) dan Biro Ekonomi (*the Bureau of Economics*).⁴⁷³

Tugas Biro Perlindungan Konsumen adalah untuk melindungi konsumen dari praktik-praktik yang tidak adil, menipu atau tidak jujur. Biro ini melaksanakan berbagai undang-undang perlindungan konsumen yang dikeluarkan Kongres dan peraturan perdagangan yang dikeluarkan oleh FTC. Kewenangan Biro ini dapat mencakup investigasi ke perusahaan individu (*individual company*) dan industri (*industry-wide investigations*). Selain itu, Biro ini juga membuat peraturan tentang proses beracara serta memberikan pendidikan bagi konsumen dan bisnis.⁴⁷⁴

Biro Persaingan di dalam FTC bertugas mencegah merger yang berakibat pada tidak adanya persaingan (*anticompetitive mergers*) dan praktik bisnis antipersaingan lainnya. Dengan melindungi persaingan, Biro ini mempromosikan kebebasan konsumen untuk memilih barang dan jasa di pasaran dengan harga dan kualitas yang sesuai dengan kebutuhan mereka untuk menunjang bisnis dengan memastikan tingkat persaingan yang adil di antara para pesaing. Biro ini melaksanakan tugas dengan me-review usulan merger (*proposed mergers*) dan efek antipersaingan lainnya. Apabila syarat-syarat telah dipenuhi, Biro Persaingan dapat merekomendasikan FCT untuk mengambil langkah

⁴⁷¹ *Ibid.*

⁴⁷² The Federal Trade Commission, "A Guide to the Federal Trade Commission" www.ftc.gov/bcp/edu/pubs/consumer/general/geno3.shtm, diakses tanggal 12 Mei 2009.

⁴⁷³ *Ibid.*

⁴⁷⁴ *Ibid.*

penegakan hukum formal untuk melindungi konsumen. Biro ini juga berfungsi sebagai sumber riset dan kebijakan dalam masalah persaingan dan menyediakan panduan untuk pelaku usaha.⁴⁷⁵

Biro Ekonomi membantu FTC mengevaluasi adanya efek ekonomi dari suatu perbuatan. Untuk melakukan hal tersebut, Biro ini melakukan analisis ekonomi, membantu investigasi dan pembuatan peraturan persaingan dan perlindungan konsumen. Biro ini juga menganalisa akibat peraturan pemerintah dalam hal persaingan dan konsumen serta memberikan analisa ekonomi dari proses pasar kepada Kongres. Biro Ekonomi juga menyediakan panduan dan bantuan untuk pelaksanaan perlindungan konsumen dan persaingan. Dalam bidang persaingan usaha, Biro ini berpartisipasi dalam investigasi terhadap dugaan tindakan antipersaingan dan menyediakan saran dari segi ekonomi. Jika penegakan hukum mulai dilaksanakan, Biro ini mengintegrasikan analisis ekonomi ke dalam proses penegakan hukum dengan cara antara lain menghadirkan saksi ahli dan bekerja sama dengan Biro Persaingan untuk menentukan tindakan pemulihan yang pantas. Dalam masalah perlindungan konsumen, Biro ini menyediakan bantuan ekonomi dan analisa terhadap tindakan Komisi yang potensial dalam kasus-kasus perlindungan konsumen. Biro Ekonomi juga menyediakan analisa terhadap tingkat sanksi yang pantas untuk membuat jera tindakan yang merugikan konsumen.⁴⁷⁶

Ketiga Biro tersebut berpartisipasi dalam aktivitas advokasi FTC. Ketiga Biro itu memberikan komentar, bila diminta, untuk lembaga atau badan yang lain tentang akibat dari suatu regulasi terhadap persaingan dan konsumen. Atas permintaan, komentar atau kesaksian sering diberikan untuk membantu Kongres membuat pertimbangan menunda rancangan undang-undang atau membantu proses pembuatan peraturan.⁴⁷⁷

c. Jepang

The Japanese Fair Trade Commission (JFTC) merupakan Komisi yang menangani persaingan usaha di Jepang. JFTC adalah Komisi administratif independen yang dibentuk meniru the FTC di AS.⁴⁷⁸ JFTC terdiri dari seorang ketua, dan 4 (empat) komisioner yang ditunjuk oleh Perdana Menteri Jepang dengan persetujuan dari Kongres. Sebagaimana KPPU, ketua JFTC dan empat komisionernya melaksanakan wewenang mereka secara independen dan tidak bisa digugat.⁴⁷⁹

Sebagaimana dengan KPPU, JFTC mempunyai wewenang untuk melakukan penelitian dan penyelidikan adanya pelanggaran hukum persaingan (*Japanese Antimonopoly Act*). JFTC menunjuk beberapa anggota stafnya sebagai penyelidik. JFTC mempunyai wewenang untuk memerintahkan kepada pelaku usaha untuk membuat laporan tertulis, menyerahkan dokumen-dokumen tertulis yang relevan, dan memanggil saksi ahli berkaitan dengan kasus yang bersangkutan. Di samping itu, berbeda dengan KPPU, JFTC mempunyai wewenang untuk masuk ke tempat-tempat bisnis pelaku usaha dan tempat-tempat lain yang relevan untuk menggeledah dokumen-dokumen bisnis dan lain sebagainya. Bahkan, dalam penyelidikan adanya kartel, JFTC dapat melakukan *on-the-spot investigation*, yakni penyelidikan secara mendadak di tempat-tempat pelaku usaha dan dapat memaksa pelaku usaha untuk menyerahkan dokumen-dokumen yang relevan. Barang siapa menolak untuk dilakukan penyelidikan semacam ini dapat dikenai hukuman penjara maksimal 6 (enam) bulan atau denda maksimal 200.000 yen.⁴⁸⁰

⁴⁷⁵ *Ibid.*

⁴⁷⁶ *Ibid.*

⁴⁷⁷ *Ibid.*

⁴⁷⁸ Masahiro Murakami, *The Japanese Antimonopoly Act*, 2003, hal. 64.

⁴⁷⁹ *Ibid.*, hal. 65.

⁴⁸⁰ *Ibid.*, hal. 65 dan 67-68.

Apabila JFTC menemukan bukti adanya pelanggaran, JFTC akan mengeluarkan rekomendasi yang berisi hasil temuannya, bentuk pelanggaran yang dituduhkan dan perintah penghentian tindakan (*cease and desist order*) yang melanggar kepada pelaku usaha. Apabila pelaku usaha menerima rekomendasi tersebut, JFTC menerbitkan keputusan rekomendasi yang berisi hasil penyelidikannya, pelaksanaan hukum dan tindakan-tindakan perbaikan sesuai dengan rekomendasi yang diberikan sebelumnya.

Apabila pelaku usaha tidak menerima/menolak rekomendasi tersebut, maka JFTC memulai proses hukum (persidangan) secara resmi dengan mengeluarkan komplain tertulis kepada pelaku usaha. Setelah proses hukum tersebut dilalui, JFTC menerbitkan putusan. Apabila JFTC akhirnya menemukan bukti bahwa pelanggaran terjadi setelah proses hukum tersebut selesai, maka JFTC mengeluarkan putusan resmi yang memerintahkan pelaku usaha untuk melakukan tindakan perbaikan.⁴⁸¹

Berbeda dengan di Indonesia di mana gugatan keberatan harus diajukan ke pengadilan negeri, di Jepang, pelaku usaha dapat mengajukan banding terhadap putusan JFTC kepada *the Tokyo High Court*. Pengadilan Tinggi ini bisa menguatkan putusan JFTC atau membatalkannya apabila ada alasan-alasan yang kuat.⁴⁸²

d. Singapura

Komisi yang menangani persaingan di Singapura disebut dengan *the Competition Commission of Singapore* (CCS).⁴⁸³ Berdasarkan Pasal 6 UU Persaingan Singapura, CCS mempunyai fungsi dan tugas sebagai berikut:

1. mempertahankan dan mengusahakan perilaku pasar yang efisien dan mempromosikan keseluruhan produktivitas, inovasi dan daya saing pasar di Singapura;
2. menghilangkan atau mengontrol praktik-praktik yang berdampak buruk pada persaingan di Singapura;
3. mempromosikan dan mempertahankan persaingan di pasar di Singapura;
4. mempromosikan budaya dan lingkungan persaingan yang kuat pada keseluruhan ekonomi Singapura;
5. bertindak secara internasional sebagai badan perwakilan nasional Singapura sehubungan dengan masalah persaingan;
6. memberikan nasihat kepada pemerintah atau otoritas publik lainnya dalam kepentingan dan kebijakan nasional terkait dengan masalah persaingan pada umumnya;
7. menjalankan fungsi lainnya atau melaksanakan tugas lainnya yang dibebankan kepada CCS atau oleh peraturan tertulis lainnya.

Ketentuan-ketentuan tersebut pada intinya memberikan CCS kewenangan untuk melakukan penyelidikan terhadap kemungkinan adanya pelanggaran atas larangan undang-undang persaingan, membuat pedoman dan membuat putusan-putusan.

⁴⁸¹ *Ibid.*, hal. 65-66.

⁴⁸² *Ibid.*, hal. 66.

⁴⁸³ Hukum persaingan usaha di Singapura diatur dalam *the Competition Act 2004*.

Rambu terhadap pelaksanaan fungsi dan tugas CCS tersebut di atas adalah berupa kewajiban CCS untuk mempertimbangkan tiga hal, yakni; mempertimbangkan perbedaan-perbedaan bentuk berbagai pasar; lingkungan ekonomi, industri dan perdagangan; dan mempertimbangkan cara sebaik mungkin memelihara fungsi efisiensi pasar di Singapura. Rambu-rambu tersebut di atas memberikan pedoman bagi CCS untuk mengambil tindakan yang diperlukan yang menurutnya merugikan persaingan tetapi tidak secara tegas diatur dalam pasal-pasal *Competition Act 2004*.

Sebaliknya, rambu-rambu tersebut juga memungkinkan CCS untuk tidak mengambil tindakan jika menurutnya, sekalipun mungkin melanggar ketentuan *Competition Act 2004*, tetapi tidak berdampak buruk pada efisiensi, produktivitas, inovasi dan daya saing pasar maupun persaingan di Singapura. Pasal 35 UU No. 5 Tahun 1999 memberikan kewenangan kepada KPPU antara lain untuk melakukan penilaian terhadap perjanjian, kegiatan, dan tindakan pelaku usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat, tetapi tidak memuat rambu-rambu sebagaimana terdapat pada *Competition Act 2004*.

Terhadap ketentuan-ketentuan dalam hukum persaingan Singapura, CCS dapat menjalankan kegiatannya yang menurutnya menguntungkan, penting, dan tepat untuk atau yang berkaitan dengan penyelenggaraan fungsinya dan menghentikan tugasnya berdasarkan hukum persaingan atau hukum tertulis lainnya dan, terutama, CCS dapat melaksanakan kewenangan-kewenangannya sebagaimana tercantum dalam *Second Schedule*.⁴⁸⁴ Kewenangan CCS sebagaimana tercantum dalam *Second Schedule* tersebut antara lain mencakup melakukan penyelidikan yang dianggapnya penting untuk menegakkan undang-undang persaingan dan meminta siapa saja untuk menyediakan informasi yang diperlukan untuk melaksanakan ketentuan-ketentuan dalam undang-undang persaingan.

Jika dibandingkan dengan kewenangan KPPU, kewenangan CCS sebagaimana ditentukan dalam *Competition Act 2004* lebih luas dan lebih terperinci. Misalnya, berdasarkan Pasal 64 ayat (1) *Competition Act 2004*, pejabat penyelidik ataupun pengawas dari CCS dapat memasuki rumah tanpa pemberitahuan terlebih dahulu jika pejabat tersebut mempunyai alasan yang masuk akal untuk curiga bahwa rumah tersebut adalah atau telah berisi perjanjian yang sedang diselidiki berkaitan dengan:

1. perjanjian yang menghambat, membatasi, atau merusak persaingan;
2. perbuatan pemanfaatan posisi dominan; dan
3. merger yang mengakibatkan, atau dapat mengakibatkan mengurangi persaingan secara substansial.⁴⁸⁵

Lebih dari itu, dalam memasuki rumah, pejabat penyelidik atau pengawas dapat juga melakukan tindakan sebagai berikut:

1. membawa peralatan yang menurutnya penting;
2. meminta siapa saja untuk berada dalam rumah tersebut (i) untuk membuat dokumen yang menurutnya penting terkait dengan segala sesuatu yang relevan dengan penyelidikan; dan (ii) apabila dokumen tersebut sudah dibuat, untuk memberikan penjelasan tentang hal tersebut;
3. meminta siapa saja untuk menyatakan, sejauh yang ia ketahui dan yakini, di mana dokumen tersebut ditemukan;
4. mengambil salinan, atau ringkasan setiap dokumen yang dibuat;
5. meminta informasi yang disimpan dalam bentuk elektronik dan dapat diakses dari rumah

⁴⁸⁴ Pasal 7 ayat (1) *Competition Act 2004*.

⁴⁸⁵ Lihat Pasal 34, 47, dan 54 *Competition Act 2004*.

tersebut dan yang menurut penyelidik dan pengawas berkaitan dengan segala hal yang relevan dengan penyelidikan, untuk dibuat dalam bentuk yang dapat dibawa, dan dapat dilihat dan dibaca; dan

6. mengambil langkah yang dianggap penting untuk pencegahan atau gangguan terhadap dokumen yang menurut pertimbangannya terkait dengan segala hal yang relevan untuk diselidiki.

Jika dibandingkan dengan kewenangan serupa yang dimiliki oleh KPPU berdasarkan UU No. 5 Tahun 1999 Indonesia, KPPU hanya diberi wewenang untuk mendapatkan, meneliti, dan atau menilai surat, dokumen atau alat bukti lain guna penyelidikan dan pemeriksaan.⁴⁸⁶

Tidak seperti UU No. 5 Tahun 1999 di Indonesia, *Competition Act* 2004 mengenal lembaga banding pada tingkat *Commission*, yakni dilakukan oleh *the Competition Appeal Board*.⁴⁸⁷ Dewan Banding ini terdiri dari tidak lebih dari 30 anggota yang ditunjuk oleh menteri dari waktu ke waktu. Penunjukan oleh menteri dilakukan berdasarkan kemampuan dan pengalaman dalam industri, perdagangan atau administrasi atau kualifikasi profesionalnya atau kalau tidak berdasarkan kecocokannya. Kewenangan yang diberikan kepada *Competition Appeal Board* ini antara lain meliputi;⁴⁸⁸

1. semua kewenangan yang dimiliki oleh CCS yang diperlukan untuk menjalankan fungsinya;
2. memiliki kewenangan, hak, dan keutamaan yang dimiliki oleh Pengadilan Negeri dalam *hearing* dari suatu tindakan, termasuk memaksa saksi untuk hadir dan pelaksanaan sumpah dari kesaksian tersebut atau; memaksa pembuatan dokumen; dan menentukan ongkos atau biaya yang mungkin harus dikeluarkan terkait dengan pelaksanaan banding;⁴⁸⁹
3. suatu panggilan yang ditandatangani oleh anggota Dewan yang diberikan wewenang untuk itu oleh Dewan adalah sama dengan setiap prosedur formal yang dapat diterbitkan dalam suatu tindakan untuk memaksa kehadiran saksi dan memaksa pembuatan dokumen;
4. ketika seseorang secara benar telah dipanggil untuk hadir di depan Dewan tidak hadir, orang tersebut dianggap bersalah karena kejahatan (*guilty of offence*);
5. Dewan dapat menguatkan atau mengesampingkan putusan yang diajukan banding atau setiap bagian darinya, dan dapat mengembalikan hal tersebut kepada CCS, mengenakan atau mencabut, atau merubah jumlah dari hukuman denda, dan dapat memberikan petunjuk, atau mengambil langkah lanjutan, sebagaimana CCS sendiri akan memberikan atau mengambilnya; atau membuat keputusan lain yang CCS sendiri akan membuatnya;
6. Putusan yang diambil oleh Dewan dalam banding mempunyai akibat yang sama, dan dapat dilaksanakan dengan cara yang sama sebagaimana keputusan yang diambil oleh CCS.

Pihak terhadap siapa putusan *Competition Appeal Board* diberikan berhak mengajukan banding ke *High Court* dan *Court of Appeal*. Banding tersebut diajukan terhadap penerapan hukum yang timbul dari putusan Dewan; atau semua putusan Dewan mengenai jumlah hukuman denda. Jika putusan *High Court* tidak memuaskan para pihak maka pihak yang tidak puas dapat memohon banding sebagaimana lazimnya banding dari putusan *High Court* dalam pelaksanaan yurisdiksi sipil biasa.⁴⁹⁰

⁴⁸⁶ Pasal 36 huruf i UU No. 5 Tahun 1999.

⁴⁸⁷ Art. 72 *Competition Act* 2004.

⁴⁸⁸ Art. 73 *Competition Act* 2004.

⁴⁸⁹ Art. 72 (15) *Competition Act* 2004.

⁴⁹⁰ Art. 74 (4) *Competition Act* 2004.

IX.2 HUKUM ACARA PERSAINGAN USAHA

IX.2.1 PENGALAMAN JERMAN

Sebagai pelaksana Undang-Undang Antipembatasan Persaingan Usaha Jerman (Undang-Undang Kartel) yang diundangkan pada tahun 1958 dibentuklah satu lembaga independen, yang berada di bawah Kementerian Ekonomi Federal, yang disebut dengan *Bundeskartellamt*, yaitu Badan Antimonopoli Jerman (BKartA). Walaupun BKartA berada di bawah Kementerian Ekonomi, tetapi BKartA bebas dalam memutuskan suatu kasus, tidak dapat dipengaruhi baik oleh pemerintah maupun pihak lain. Di dalam struktur hukum persaingan BKartA merupakan suatu peradilan tingkat pertama yang merupakan *administrative act*. Prosedurnya diatur di dalam Pasal 54 – Pasal 82 Undang-Undang Kartel. Keberatan terhadap keputusan BKartA dapat diajukan kepada Pengadilan Tinggi di mana BKartA berkedudukan, sekarang berkedudukan di kota Düsseldorf. Di Pengadilan Tinggi tersebut dibentuk satu pengadilan khusus menangani kasus-kasus persaingan usaha. Dan sebagai lembaga terakhir, tempat pengajuan kasasi adalah *Bundesgerichtshof*, yaitu Mahkamah Agung Jerman yang berkedudukan di kota Karlsruhe. Di MA dibentuk juga pengadilan khusus yang disebut dengan Senat Kartel. Ketua Senat Kartel biasanya adalah ketua MA.

Proses beracara pada BKartA adalah sebagai berikut. Di dalam struktur organisasi BKartA yang berwenang memutuskan suatu kasus adalah Seksi Pengambil Keputusan, yang terdiri dari seorang ketua dan dua orang anggota. Berdasarkan Pasal 51 ayat (2) suatu perkara diputuskan oleh Seksi Pengambil Keputusan tidak dapat dipengaruhi oleh siapa pun, baik itu presiden BKartA maupun pihak lain. Dan keputusan Seksi Pengambil Keputusan adalah merupakan keputusan BKartA.

Ada dua cara dalam mengajukan suatu kasus/perkara kepada BKartA, yaitu pertama, atas inisiatif BKartA, dan kedua, atas laporan atau yang diajukan oleh pihak tertentu. BKartA dapat membuka suatu proses atas permintaan/laporan pihak tertentu menjadi inisiatif BKartA untuk melindungi pelapor.

Pihak-pihak yang terkait atau yang menghadiri suatu proses (sidang) pada BKartA adalah:

1. pihak yang mengajukan perkara;
2. anggota-anggota kartel, pelaku usaha, asosiasi pelaku usaha atau asosiasi profesi yang dilaporkan;
3. setiap pribadi dan asosiasi-asosiasi yang kepentingannya sangat dipengaruhi oleh keputusan dan juga orang-orang atau asosiasi-asosiasi yang dipanggil oleh BKartA;
4. dalam hal merger dan akuisisi, pihak-pihak yang melakukan merger dan akuisisi.

Jika suatu kasus diajukan kepada BKartA, baik atas inisiatif BKartA maupun atas laporan pihak lain, dan BKartA menganggap cukup alasan untuk melanjutkan perkara tersebut sampai ketinggian penyidikan, maka Seksi Pengambil Keputusan akan melakukan penyelidikan terhadap suatu perkara yang diajukan tersebut.

Kewenangan yang dimiliki BKartA dalam menangani suatu kasus meliputi:

1. Penyidikan
BKartA dapat melakukan semua penyelidikan dan mengajukan bukti-bukti yang dianggap penting. Untuk mendukung bukti-bukti yang obyektif BKartA dapat memanggil saksi-saksi dan saksi ahli. Pernyataan saksi didokumentasi secara tertulis, yang telah diinvestigasi anggota BKartA, dan jika dokumen diikutsertakan, dokumen tersebut juga harus ditandatangani. Notulen mengenai tempat dan tanggal hari sidang dan juga nama-nama yang ikut berperan

serta pihak-pihak terkait harus dapat dibacakan. Notulen dibacakan kepada saksi untuk dimintakan ijin atau diajukan untuk direvisi. Ijin yang telah diberikan diberi catatan dan ditandatangani oleh saksi. BKartA dapat meminta Pengadilan Negeri untuk menyumpah saksi-saksi, jika BKartA menganggap penting dalam mengungkap suatu kebenaran pernyataan. Mengenai sumpah pengadilan negeri yang memutuskannya.

2. Penyitaan

BKartA dapat menyita benda-benda sebagai alat bukti yang mempunyai arti terhadap pemeriksaan perkara. Penyitaan diberitahukan secara langsung kepada pihak yang bersangkutan. Dalam tempo tiga hari BKartA mencari (mengajukan permohonan) surat keterangan pengadilan, di mana penyitaan dilakukan, jika pada saat penyitaan baik pihak yang terkait maupun salah satu pihak orang dewasa tidak ada, atau pihak yang bersangkutan dalam hal ketidakhadirannya salah satu pihak yang dewasa menentang penyitaan secara tegas dan mengajukan penolakannya. Para pihak dapat setiap waktu mengajukan penolakan penyitaan berdasarkan keputusan pengadilan. Mengenai hal ini harus diberitahukan ke pengadilan. Mengenai pengajuannya Pengadilan Negeri yang berwenang memutuskannya. Penolakan terhadap keputusan pengadilan dapat diajukan keberatan.

3. Mendapatkan informasi

Untuk memenuhi tugas yang dibebankan kepada BKartA dan sejauh dianggap penting Undang-Undang Kartel, maka BKartA dapat

- a. meminta dari perusahaan dan asosiasi-asosiasi ekonomi informasi mengenai hubungan ekonominya dan juga pemberian dokumen-dokumen;
- b. melihat dan memeriksa dokumen-dokumen perusahaan pada jam kantor;
- c. meminta informasi dari asosiasi ekonomi dan asosiasi profesi mengenai anggaran dasar, keputusan-keputusan mengenai jumlah dan nama-nama anggota yang menetapkan keputusan-keputusan tersebut.

4. Dengar pendapat, sidang secara lisan

Sebelum BKartA mengambil suatu keputusan atas suatu perkara, BKartA memberikan kesempatan:

- a. Kepada para pihak untuk menyampaikan pendapatnya atau sikapnya dan mereka yang diundang atas permintaan salah satu pihak dalam sidang secara lisan.
- b. Kepada wakil-wakil dari lingkungan ekonomi yang terkait untuk menyampaikan sikapnya pada proses terhadap kasus-kasus tertentu.
- c. Dalam hal Pasal 19 (posisi dominan) BKartA memutuskan sidang berdasarkan persidangan secara lisan; atas persetujuan para pihak dapat diputuskan tanpa sidang secara lisan. Berdasarkan permintaan salah satu pihak atau atas inisiatif BKartA seluruh sidang atau sebagian dapat dinyatakan tertutup untuk umum, jika sidang tersebut mengakibatkan mengganggu ketertiban umum, khususnya keamanan negara, atau membahayakan rahasia perusahaan-perusahaan.

Setelah BKartA mendapatkan bukti-bukti dan cukup informasi terhadap suatu kasus tertentu, maka BKartA akan memutuskan perkara tersebut.

Keputusan-keputusan BKartA disertai dengan alasan-alasannya, dan disertai dengan pemberitahuan mengenai sarana hukum yang diatur oleh undang-undang yang disampaikan kepada para pihak berdasarkan undang-undang administrasi. Keputusan-keputusan mengenai perusahaan yang berkedudukan di luar wilayah berlakunya undang-undang ini, BKartA menyampaikan keputusan tersebut kepada orang yang telah ditetapkan pada BKartA sebagai kuasanya. Apabila perusahaan tidak menyatakan kuasanya, maka BKartA menyampaikan keputusan-keputusan melalui pengumuman negara federal. Jika suatu proses/sidang tidak ditetapkan oleh BKartA melalui suatu keputusan, yang disampaikan kepada para pihak terkait, maka berakhirnya para pihak disampaikan secara tertulis

BKartA dapat menetapkan perintah sementara sampai menunggu putusan akhir mengenai:

1. pembebasan berdasarkan Pasal 5 sampai 8, 17 ayat (3) atau Pasal 18, perpanjangan berdasarkan Pasal 10 ayat (4), pembatalan atau perubahan berdasarkan Pasal 12 ayat (2),
2. ijin berdasarkan Pasal 42 ayat (1), pembatalan atau perubahan berdasarkan Pasal 42 ayat (2) kalimat kedua,
3. suatu keputusan berdasarkan Pasal 12 ayat (1), Pasal 15 ayat (3), Pasal 16, Pasal 22, Pasal 23 ayat (3), Pasal 26 ayat (4), Pasal 29 ayat (3), Pasal 32, Pasal 36 ayat (1), Pasal 40 ayat (3) atau Pasal 42 ayat (2).

Keputusan-keputusan BKartA diumumkan pada pengumuman negara federal, kalau satu BKartA lokal memutuskan, juga diumumkan di dalam lembaran negara lokal:

1. yang ditolak atas permohonan terhadap pembebasan terhadap perjanjian-perjanjian dan keputusan-keputusan sebagaimana ditetapkan di dalam Pasal 5 sampai Pasal 8, atau terhadap pengakuan peraturan persaingan,
2. yang berisi gugatan BKartA berdasarkan Pasal 9 ayat (3) atau Pasal 29 ayat (3) dan (4),
3. yang mengeluarkan keputusan berdasarkan Pasal 12 ayat (1), Pasal 15 ayat (3), Pasal 16, Pasal 22 ayat (6), Pasal 23 ayat (3) dan juga Pasal 29 ayat (3) atau ayat (4).

Terhadap keputusan BKartA dapat diajukan keberatan (banding) melalui Pengadilan Tinggi di mana BKartA berkedudukan. Keberatan dapat juga diajukan berdasarkan fakta-fakta dan alat-alat bukti baru. Keberatan menjadi hak para pihak yang terkait dalam proses persidangan BKartA. Keberatan diijinkan juga terhadap kelalaian suatu keputusan yang diajukan BKartA, terhadap pelaksanaannya pemohon keberatan mengira mempunyai hak untuk itu. Sebagai kelalaian berlaku juga, jika BKartA tidak memberitahukan pengajuan terhadap pelaksanaan keputusan tanpa alasan yang cukup dalam batas waktu yang wajar. Kemudian kelalaian sekaligus diperhatikan suatu penolakan. Pengadilan Tinggi di mana BKartA berkedudukan memutuskan mengenai pengajuan keberatan.

Keberatan mempunyai efek penangguhan, kalau melalui keputusan yang digugat:

1. membatalkan atau merubah pembebasan berdasarkan Pasal 12 ayat 2 atau ijin berdasarkan Pasal 42 ayat 2, atau
2. diputuskan keputusan berdasarkan Pasal 12 ayat (1), Pasal 15 ayat (3), Pasal 16, Pasal 17 ayat (3) kalimat ketiga, Pasal 23 ayat (3), Pasal 26 ayat (4), Pasal 29 ayat (3) atau Pasal 4, Pasal 32 atau Pasal 34 ayat (1).

Jika suatu keputusan digugat, melalui keputusan tersebut ditetapkan perintah sementara berdasarkan Pasal 60, maka Pengadilan Tinggi dapat memerintahkan, bahwa keputusan yang digugat seluruh atau sebagian baru berlaku setelah berakhirnya proses gugatan. Perintah dapat setiap saat dibatalkan atau dirubah. Perintah pelaksanaan keputusan sementara berlaku juga terhadap proses persidangan di depan Pengadilan Tinggi.

BKartA dapat memerintahkan pelaksanaan suatu keputusan dengan segera dalam kasus sebagaimana ditetapkan Pasal 64 ayat (1) (efek penundaan), jika hal ini menyangkut kepentingan umum atau sebagian besar mengenai kepentingan salah satu pihak. Perintah pelaksanaan putusan dengan segera (sebagaimana dimaksud dalam pasal 64 ayat (1) sudah dapat diputuskan sebelum pengajuan keberatan (gugatan) ke Pengadilan Tinggi.

Atas permohonan, Pengadilan Tinggi dapat memulihkan efek penangguhan seluruhnya atau sebagian, jika:

1. tidak menunjukkan atau tidak ada lagi syarat-syarat terhadap perintah sebagaimana ditetapkan di dalam pasal 64 ayat (1), atau
2. terdapat keraguan berdasar terhadap keabsahan keputusan yang digugat, atau
3. pelaksanaan terhadap para pihak tidak *fair*, tidak mengakibatkan gangguan terhadap sebagian besar kepentingan umum.

Dalam kasus-kasus, di mana penggugat (pihak yang keberatan) tidak mempunyai efek penangguhan, BKartA dapat menanggukkan pelaksanaannya, penangguhan seharusnya terjadi, jika keputusan menyangkut masalah kepentingan umum. Pengadilan Tinggi dapat menetapkan efek penangguhan atas permohonan seluruhnya atau sebagian, jika ada keraguan terhadap keabsahan keputusannya.

Permohonan didasarkan atas fakta, dibuat oleh pemohon yang dapat dipercaya. Apabila keputusan sudah dilaksanakan pada waktunya, pengadilan dapat menetapkan pembatalan pelaksanaannya. Pemulihan dan penetapan efek penundaan dapat dibuat tergantung dari kemampuan suatu keamanan atau dari prasyarat yang lain. Pemulihan dan penetapan efek penundaan dapat juga dibatasi.

Keberatan terhadap keputusan BKartA diajukan secara tertulis dalam batas waktu satu bulan. Batas waktu dihitung mulai sejak penyerahan keputusan BKartA. Apabila diajukan dalam kasus sebagaimana ditetapkan dalam Pasal 36 ayat (1) terhadap pemberian ijin berdasarkan Pasal 42, maka batas waktu mulai terhadap keberatan atas keputusan BKartA dengan penyerahan keputusan Kementerian Keuangan. Sudah cukup, jika keberatan diajukan dalam jangka batas waktu satu bulan kepada Pengadilan Tinggi.

Apabila terhadap suatu permohonan tidak mengeluarkan keputusan (Pasal 63 ayat (3) kalimat kedua), maka pihak yang keberatan tidak terikat dengan batas waktu satu bulan tersebut. Keberatan harus disertai dengan alasan-alasan. Batas waktu terhadap alasan keberatan selama satu bulan. Batas waktu dimulai dengan pemasukan keberatan dan dapat diperpanjang atas permohonan kepada ketua Pengadilan Tinggi.

Alasan-alasan keberatan harus berisi:

1. penjelasan, sejauh mana keputusan BKartA digugat dan perubahan atau pembatalannya dimohonkan;
2. keterangan mengenai fakta dan alat-alat bukti, keberatan diajukan berdasarkan fakta dan alat-alat bukti tersebut.

Surat keberatan dan alasan keberatan harus ditandatangani oleh seorang pengacara yang mendapat ijin dari pengadilan Jerman. Hal ini tidak berlaku terhadap keberatan yang diajukan oleh BKartA. Artinya, BKartA tidak perlu didampingi oleh seorang pengacara.

Pihak-pihak yang terkait pada proses di depan Pengadilan Tinggi adalah:

1. pihak yang berkeberatan;
2. BKartA, yang mana keputusannya digugat;
3. perorangan dan asosiasi-asosiasi, di mana kepentingannya terkena secara mendasar melalui keputusan tersebut dan pihak-pihak yang diundang oleh BKartA pada proses BKartA.

Pengadilan Tinggi memutuskan gugatan suatu keberatan berdasarkan persidangan secara lisan; dengan persetujuan para pihak, keputusan dapat diputuskan tanpa persidangan secara lisan. Di depan Pengadilan Tinggi para pihak harus diwakili oleh seorang pengacara sebagai kuasa penuh yang mendapat ijin dari Pengadilan Negeri Jerman. Sedangkan BKartA dapat diwakili oleh salah seorang anggota BKartA.

Apabila para pihak pada waktu sidang yang ditetapkan tidak hadir, atau tidak ada yang mewakili, dan pemberitahuannya sudah disampaikan dalam waktu yang cukup, maka persidangan dapat dimulai dan diputuskan tanpa dihadiri oleh para pihak tersebut.

Dalam kasus keberatan, Pengadilan Tinggi meneliti fakta-faktanya atas inisiatifnya sendiri. Ketua sidang berusaha kepada suatu arah, bahwa kesalahan bentuk disingkirkan, permohonan yang kurang jelas diperjelas, permohonan-permohonan yang saling berkaitan diajukan, keterangan fakta-fakta yang kurang dilengkapi, semuanya diberikan untuk penetapan dan penilaian fakta-fakta penjelasan yang sangat mendasar.

Pengadilan Tinggi dapat memberikan kesempatan kepada para pihak, dalam batas waktu yang ditentukan untuk mengemukakan pokok-pokok yang diperlukan, mengajukan alat-alat bukti dan menunjukkan surat-surat penting ditangganya, dan juga alat bukti lainnya. Jika para pihak tidak mengindahkan batas waktu yang ditetapkan, Pengadilan Tinggi dapat memutuskan berdasarkan keadaan fakta yang ada tanpa pertimbangan alat-alat bukti yang tidak disertakan.

Setelah Pengadilan Tinggi mendapatkan bukti-bukti dari pihak-pihak yang bersangkutan, maka Pengadilan Tinggi memutuskan suatu keputusan secara bebas dari hasil semua proses dari keyakinan yang kuat. Suatu keputusan hanya dapat berdasarkan kepada suatu fakta dan alat-alat bukti, yang dikemukakan oleh para pihak.

Jika Pengadilan Tinggi menganggap keputusan BKartA tidak berdasar, maka keputusan tersebut dibatalkan. Apabila keputusan sebelumnya diselesaikan melalui pembatalan atau dengan cara lain, maka Pengadilan Tinggi mengemukakan pengajuan, bahwa keputusan BKartA tersebut tidak berdasar, jika pemohon keberatan mempunyai kepentingan hak pada penetapan tersebut. Apabila suatu keputusan BKartA diputuskan berdasarkan larangan-larangan Undang-Undang Kartel karena perubahan fakta-fakta yang disusulkan atau karena dengan cara lain, maka Pengadilan Tinggi menyampaikan permohonan, apakah, dalam ukuran yang mana dan sampai kepada titik pokok yang mana keputusan tersebut beralasan.

Apabila Pengadilan Tinggi menganggap penolakan atau kelalaian keputusan tidak berdasar, maka BKartA diwajibkan menyampaikan perubahan keputusan yang diajukannya. Keputusannya juga tidak berarti atau tidak berdasar, jika BKartA membuat kesalahan dalam ukuran penilaiannya, khususnya jika BKartA penilaiannya melampaui batas-batas yang ditetapkan atau melalui pelanggaran undang-undang ini. Jadi, Pengadilan Tinggi dapat membatalkan seluruh atau sebagian keputusan BKartA atau menguatkan keputusannya.

Terhadap keputusan-keputusan yang dikeluarkan oleh Pengadilan Tinggi umumnya dapat diajukan kasasi (keberatan hukum) kepada MA, jika Pengadilan Tinggi mengizinkan kasasi.

Kasasi (keberatan hukum) diizinkan, jika:

1. untuk memutuskan suatu masalah hukum menjadi arti yang sangat mendasar, atau
2. memerlukan contoh hukum atau jaminan suatu jurisprudensi yang standar.

Mengenai ijin atau tidak diijinkannya kasasi ditetapkan di dalam keputusan Pengadilan Tinggi. Tidak diijinkannya kasasi harus disertai dengan alasan-alasan mendasar.

Pengajuan kasasi terhadap keputusan Pengadilan Tinggi tidak memerlukan ijin, jika ada salah satu proses di bawah ini tidak dipenuhi dan tidak diperingatkan:

1. jika keputusan pengadilan tersebut isinya tidak sesuai dengan peraturan perundang-undangan;
2. jika dalam keputusan salah satu hakim ikut mempengaruhi yang tidak berwenang berdasarkan undang-undang;
3. jika proses hak hukum salah satu pihak tidak dilaksanakan;
4. jika salah satu pihak yang mewakili di dalam proses tersebut tidak berdasarkan peraturan perundang-undangan, sejauh dia tidak disetujui secara tegas atau secara diam-diam oleh ketua yang memimpin persidangan;
5. jika keputusan diputuskan atas dasar sidang secara lisan yang mana melanggar peraturan-peraturan mengenai masyarakat umum, atau
6. jika keputusan tidak memperlihatkan alasan-alasannya.

Tidak diterimanya kasasi dapat digugat secara terpisah melalui kasasi yang tidak diterima tersebut. Mengenai kasasi tidak diterima, MA memutuskan melalui satu keputusan dengan menyertakan alasan-alasannya. Keputusannya dapat dikeluarkan tanpa melalui sidang secara lisan. Kasasi yang tidak diterima dalam batas waktu satu bulan diajukan kepada Pengadilan Tinggi secara tertulis. Batas waktu mulai terhitung pada saat penyerahan keputusan yang digugat.

Terhadap kasasi yang tidak diterima, berlaku Pasal 64 ayat (1) dan ayat (2), Pasal 66 ayat (3) dan (4) no. 1 dan Pasal 5, Pasal 67, 68, Pasal 72 dan Pasal 73 no. 2 Undang-Undang Kartel dan juga Pasal 192 sampai Pasal 197 Undang-Undang Sistem Pengadilan mengenai nasehat dan pemungutan suara. Apabila kasasi tidak diizinkan, maka keputusan Pengadilan Tinggi dengan penyerahan keputusan MA mempunyai kekuatan hukum. Jika kasasi diizinkan, maka batas waktu kasasi mulai dengan penyerahan keputusan MA.

Kasasi menjadi hak BKartA seperti pada proses keberatan pada Pengadilan Tinggi. Kasasi hanya dapat diajukan berdasarkan keputusan Pengadilan Tinggi yang melanggar Undang-Undang; dalam hal ini berlaku juga Pasal 550, Pasal 551 no. 1 sampai no. 3, 5 sampai 7 Hukum Acara Perdata Jerman. Kasasi tidak dapat didasarkan kepada, bahwa BKartA melakukan pelanggaran terhadap kewenangannya pada Pasal 48 dengan tidak syah. Artinya, kasasi tidak dapat diajukan dengan dasar, bahwa BKartA tidak melakukan kewenangannya.

Kasasi dalam batas waktu satu bulan diajukan kepada Pengadilan Tinggi secara tertulis. Batas waktunya mulai dengan penyerahan keputusan yang digugat.

MA terikat kepada penetapan fakta yang diputuskan di dalam keputusan yang digugat, kecuali jika schubungan dengan penetapan tersebut diajukan alasan-alasan kasasi yang diizinkan dan mempunyai alasan kuat. Jadi, MA dalam hal ini melakukan uji materiil keputusan Pengadilan Tinggi. Terhadap kasasi berlaku juga Pasal 64 ayat (1) dan (2), Pasal 66 ayat (3), (4) no. 1 dan ayat (5), Pasal

67 sampai Pasal 69, Pasal 71 sampai Pasal 73 Undang-Undang Kartel. Terhadap penerbitan perintah sementara adalah kewenangan Pengadilan Tinggi.

IX.2.2 HUKUM ACARA DI KPPU

Hukum acara di KPPU ditetapkan oleh KPPU dan sejak berdiri di tahun 2000, hukum acara tersebut telah mengalami perubahan dari SK No. 05/KPPU/KEP/IX/2000 tentang Tata Cara Penyampaian Laporan dan Penanganan Dugaan Pelanggaran Terhadap UU No. 5 Tahun 1999 (SK 05) menjadi Peraturan Komisi No 1 Tahun 2006 tentang Tata Cara Penanganan Perkara di KPPU (Perkom No. 1 Tahun 2006) yang mulai efektif berlaku 18 Oktober 2006. Saat ini, Perkom No. 1 Tahun 2006 pun telah diganti dengan Perkom No. 1 Tahun 2010 tentang Tata Cara Penanganan Perkara yang berlaku efektif pada 5 April 2010.

Memahami hukum acara yang berlaku akan memudahkan pemahaman terhadap isi putusan karena putusan KPPU mencoba untuk menggambarkan tahapan-tahapan yang dilalui di dalam hukum acara yang berlaku sehingga berpengaruh terhadap struktur putusan KPPU. Namun demikian, hukum acara untuk permasalahan hukum persaingan hanya diatur dalam UU No. 5 Tahun 1999 dan Perkom No. 1 Tahun 2010 tentang Tata Cara Penanganan Perkara. Tidak dijelaskan apakah apabila dalam praktik ketentuan tersebut tidak memadai dapat digunakan hukum acara berdasar ketentuan KUHAP.

KUHAP dirujuk dalam hal ini karena fungsi penyelidikan dan pemeriksaan tidak dikenal dalam hukum acara perdata. Selain itu juga karena yang ingin dicari oleh KPPU adalah kebenaran materiil, sedangkan yang akan dicari dalam hukum perdata adalah kebenaran formil. Dalam mencari kebenaran materiil, diperlukan keyakinan KPPU bahwa pelaku usaha melakukan atau tidak melakukan perbuatan yang menyebabkan terjadinya praktik monopoli atau persaingan usaha tidak sehat.⁴⁹¹

Untuk menimbulkan keyakinan, maka Komisi harus memastikan ada tidaknya perbuatan yang menyebabkan terjadinya praktik monopoli atau persaingan usaha. Dalam proses mencari kepastian tersebut, Komisi berwenang memanggil pelaku usaha yang dengan alasan yang cukup diduga telah melakukan pelanggaran.⁴⁹² Dugaan yang cukup beralasan adalah dugaan yang dihasilkan dari proses penyelidikan yang dilakukan oleh Komisi.⁴⁹³ Pelaku usaha diberi hak untuk mengemukakan pendapatnya sebagai upaya pembelaan diri terhadap tuduhan Komisi. Setelah adanya dugaan dan mendengarkan pembelaan pelaku usaha, demi mendapatkan kebenaran materiil, maka Komisi dapat melakukan pembuktian dengan cara memanggil saksi, saksi ahli dan setiap orang yang dianggap mengetahui pelanggaran. Di samping itu, akta juga dapat dipergunakan sebagai alat bukti.

Setelah melakukan penyelidikan, mendengarkan pembelaan dari pelaku usaha dan melakukan pembuktian, maka Komisi dapat mengambil keputusan. Keputusan berupa ada tidaknya pelanggaran yang dilakukan pelaku usaha yang diperiksa serta ada tidaknya kerugian di pihak pelaku usaha lain sebagai akibat dari pelanggaran tersebut. Dengan melihat pada proses penyelidikan sampai dengan pengambilan keputusan yang dilakukan oleh Komisi, maka jelaslah bahwa kebenaran yang dicari dalam perkara monopoli dan persaingan usaha adalah kebenaran materiil yang berdasar pada bukti-bukti yang nyata, serta keyakinan Komisi yang tidak terbantahkan.

⁴⁹¹ Destivano Wibowo dan Harjon Sinaga, *Hukum Acara Persaingan Usaha*, PT Raja Grafindo Persada, 2005, hal. 365.

⁴⁹² Knud Hansen *et al.*, *op. cit.*, hal. 384.

⁴⁹³ *Ibid.*, hal. 384.

IX.3 PEMERIKSAAN OLEH KPPU

Dalam melaksanakan tugasnya mengawasi pelaksanaan UU No. 5 Tahun 1999, KPPU berwenang untuk melakukan penyelidikan dan pemeriksaan kepada pelaku usaha, saksi ataupun pihak lain baik karena adanya laporan (Pasal 39) maupun melakukan pemeriksaan berdasarkan inisiatif KPPU sendiri (Pasal 40), terhadap pelaku usaha yang diduga melakukan praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.

IX.3.1 PEMERIKSAAN ATAS DASAR LAPORAN

Pemeriksaan atas dasar laporan adalah pemeriksaan yang dilakukan karena adanya laporan dari masyarakat yang dirugikan atau atas dasar laporan dari pelaku usaha yang dirugikan oleh tindakan pelaku usaha yang dilaporkan. Setelah menerima laporan, KPPU menetapkan majelis komisi yang akan bertugas memeriksa dan menyelidiki pelaku usaha yang dilaporkan. Dalam menjalankan tugasnya, majelis komisi dibantu oleh staf komisi.

Untuk mengetahui apakah pemeriksaan yang dilakukan oleh KPPU karena adanya laporan ataupun atas dasar inisiatif dari KPPU, dapat dilihat dari nomor perkaranya. Untuk perkara atas dasar laporan No. perkara tersebut adalah: nomor perkara/KPPU-L (laporan)/Tahun.

IX.3.2 PEMERIKSAAN ATAS DASAR INISIATIF KPPU

Pemeriksaan atas dasar inisiatif adalah pemeriksaan yang dilakukan atas dasar inisiatif dari KPPU sendiri karena adanya dugaan atau indikasi pelanggaran terhadap UU No. 5 Tahun 1999. Untuk perkara atas dasar inisiatif dari KPPU nomornya adalah sebagai berikut: No. perkara/KPPU-I (Inisiatif)/Tahun.

Dalam pemeriksaan atas inisiatif, KPPU pertama-tama akan membentuk suatu majelis komisi untuk melakukan pemeriksaan terhadap pelaku usaha dan saksi. Dalam menjalankan tugas ini, majelis komisi dibantu oleh staf komisi. Selanjutnya majelis komisi menetapkan jadwal dimulainya pemeriksaan pendahuluan.

IX.3.3 JENIS PEMERIKSAAN OLEH KPPU

a. Pemeriksaan Pendahuluan

Pemeriksaan pendahuluan dapat dimulai setelah KPPU mengeluarkan surat penetapan atau keputusan tentang dapat dimulainya pemeriksaan pendahuluan. Pasal 39 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999 menentukan bahwa jangka waktu pemeriksaan pendahuluan adalah 30 (tiga puluh) hari sejak tanggal surat penetapan dimulainya suatu pemeriksaan pendahuluan. Untuk pemeriksaan berdasarkan inisiatif, jangka waktu pemeriksaan pendahuluan dihitung sejak tanggal surat penetapan majelis komisi untuk memulai pemeriksaan pendahuluan. Sedangkan untuk pemeriksaan berdasarkan laporan, KPPU terlebih dahulu wajib melakukan penelitian terhadap kejelasan laporan. Apabila laporan telah lengkap, KPPU akan mengeluarkan penetapan yang bersisi tentang dimulainya waktu pemeriksaan pendahuluan dan jangka waktu pemeriksaan pendahuluan. Jangka waktu pemeriksaan dihitung sejak tanggal surat penetapan Komisi.

b. Pemeriksaan Lanjutan

Tahap berikutnya setelah tahap pemeriksaan pendahuluan adalah tahap pemeriksaan lanjutan. Sebelum dilakukan pemeriksaan lanjutan, KPPU mengeluarkan surat keputusan untuk dimulainya

pemeriksaan lanjutan. Pemeriksaan lanjutan dilakukan oleh KPPU bila telah ditemukan adanya indikasi praktik monopoli atau persaingan usaha tidak sehat, atau apabila KPPU memerlukan waktu yang lebih lama untuk melakukan penyelidikan dan pemeriksaan secara lebih mendalam mengenai kasus yang ada. Pasal 43 UU No. 5 Tahun 1999 menentukan bahwa jangka waktu pemeriksaan lanjutan adalah 60 (enam puluh) hari sejak berakhirnya pemeriksaan pendahuluan, dan dapat diperpanjang paling lama 30 (tiga puluh) hari.

Pelaku usaha yang sedang diperiksa oleh KPPU mempunyai status hukum yang berbeda tergantung jenis perkaranya apakah laporan atau inisiatif. Apabila pemeriksaan perkara berdasarkan adanya laporan, maka pelaku usaha yang diperiksa disebut sebagai “terlapor.” Sedangkan untuk perkara yang berdasar inisiatif, pelaku usaha yang diperiksa disebut “saksi.”

IX.3.4 TAHAP PEMERIKSAAN OLEH KPPU

a. Panggilan

Sebelum proses pemeriksaan dilaksanakan, KPPU terlebih dahulu menyampaikan panggilan kepada pelaku usaha, saksi atau pihak lain untuk hadir dalam proses pemeriksaan. Surat panggilan dari KPPU biasanya memuat tanggal, hari, jam sidang serta tempat persidangan yang akan dilaksanakan.⁴⁹⁴

Pelaku usaha atau saksi yang telah dipanggil namun tidak hadir dalam persidangan di KPPU dapat diancam dengan tindakan tidak kooperatif yang melanggar Pasal 42 UU No. 5 Tahun 1999, kemudian perkara diserahkan kepada kepolisian (Pasal 41 ayat (3) UU No. 5 Tahun 1999). Ini berarti bahwa perkara berubah menjadi perkara pidana.

b. Pemeriksaan

b. i Administratif

Prosedur administratif meliputi pemeriksaan identitas dan pembacaan hak yang dimiliki oleh pelaku usaha, saksi atau pihak lain. Menurut Pasal 39 ayat (3) UU No. 5 Tahun 1999, Komisi wajib menjaga kerahasiaan informasi yang diperoleh dari pelaku usaha apabila memang informasi tersebut termasuk rahasia perusahaan. Menurut Pasal 39 ayat (5) UU No. 5 Tahun 1999, dalam melakukan pemeriksaan, anggota Komisi dilengkapi dengan surat tugas. Menurut ketentuan Pasal 7 ayat (2) huruf h dan Pasal 8 ayat (2) huruf j Perkom No. 1 Tahun 2010, pihak yang diperiksa tersebut baik pelapor maupun terlapor berhak didampingi oleh kuasa hukumnya yaitu advokat sebagaimana diatur dalam UU No. 18 Tahun 2003 tentang Advokat.

b. ii Pokok permasalahan

Dalam memeriksa pokok permasalahan, terdapat dua tahap yaitu pemeriksaan oleh KPPU dan pemberian kesempatan pada pelaku usaha untuk menyampaikan keterangan atau dokumen. Pemeriksaan yang dilakukan oleh KPPU sifatnya searah, artinya KPPU memberikan pertanyaan-pertanyaan kepada pelaku usaha, sedangkan pelaku usaha tidak diberi kesempatan memberikan tanggapan atas dokumen yang diperoleh KPPU atau saksi yang telah diperiksa.⁴⁹⁵

Pelaku usaha diberi kesempatan untuk memeriksa dan membaca Berita Acara Pemeriksaan (BAP). Apabila diperlungsung dan disetujui KPPU, pelaku usaha dapat memberikan koreksi atas BAP tersebut. Sebelum sidang ditutup, baik dalam pemeriksaan pendahuluan maupun pemeriksaan

⁴⁹⁴ Destivano Wibowo dan Harjon Sinaga, *op. cit.*, hal. 27.

⁴⁹⁵ *Ibid.*, hal. 36.

lanjutan, KPPU memberikan kesempatan pada pelaku usaha atau saksi untuk memberikan keterangan atau dokumen tambahan. Bagi pelaku usaha, keterangan atau dokumen tambahan ini berfungsi sebagai bentuk pembelaan.

b. iii Pembuktian

Pasal 42 UU No. 5 Tahun 1999 menentukan bahwa yang dapat dijadikan alat bukti dalam pemeriksaan oleh KPPU terdiri dari keterangan saksi, keterangan ahli, surat dan atau dokumen, petunjuk, keterangan terlapor/saksi pelaku usaha. Keterangan ahli diperlukan dalam pemeriksaan perkara yang rumit. Saksi ahli dapat dihadirkan atas inisiatif pelaku usaha maupun KPPU. Walaupun tidak ada definisi yang pasti tentang saksi ahli dalam perkara monopoli dan persaingan usaha tidak sehat, dapat disimpulkan bahwa pengertian ahli di sini adalah orang yang mempunyai keahlian di bidang praktik monopoli dan persaingan usaha, dan memahami bidang usaha yang dilakukan oleh pelaku usaha yang sedang diperiksa.⁴⁹⁶

Pelaku usaha maupun saksi dapat memberikan dokumen untuk menguatkan posisinya/keterangannya. Setiap dokumen yang diserahkan akan diterima oleh KPPU. Majelis KPPU kemudian akan memberikan penilaian terhadap dokumen tersebut. Dokumen pelaku usaha dianggap mempunyai sifat yang obyektif, oleh karena itu dalam perkara monopoli dan persaingan usaha, dokumen pelaku usaha mempunyai kekuatan pembuktian yang khusus.⁴⁹⁷

Petunjuk dapat dijadikan sebagai alat bukti asalkan petunjuk itu mempunyai kesesuaian dengan petunjuk lainnya atau sesuai dengan perbuatan atau perjanjian yang diduga melanggar UU No. 5 Tahun 1999. Suatu petunjuk yang didapat dalam bentuk tertulis, kekuatan pembuktiannya dikategorikan sama dengan kekuatan pembuktian surat atau dokumen. Penggunaan alat bukti petunjuk dalam perkara monopoli dan persaingan usaha tidak dapat disamaratakan, melainkan ditentukan kasus per kasus.⁴⁹⁸

Alat bukti petunjuk merupakan *indirect evidence* yang dapat diterima dalam hukum persaingan. Di negara lain juga demikian. Misalnya, di Australia, untuk menentukan adanya kesepakatan (*meeting of the minds*) yang diharuskan dalam pembuktian adanya perjanjian yang melanggar hukum persaingan, bukti situasional (*circumstantial evidence*) bisa dipakai yakni yang berupa: petunjuk perbuatan yang paralel, petunjuk tindakan bersama-sama, petunjuk adanya kolusi, petunjuk adanya struktur harga yang serupa (dalam kasus *price fixing*) dan lain sebagainya.⁴⁹⁹

c. Pembacaan Putusan

Pasal 43 ayat (3) UU No. 5 Tahun 1999 mensyaratkan bahwa setelah 30 (tiga puluh) hari pemeriksaan, maka KPPU wajib memutuskan apakah telah terjadi pelanggaran ataupun tidak. Dalam penjelasan Pasal 43 ayat (3) UU No. 5 Tahun 1999 disebutkan bahwa pengambilan keputusan itu diambil dalam suatu sidang majelis yang beranggotakan sekurang kurangnya 3 (tiga) orang anggota Komisi.

Putusan Komisi tersebut harus dibacakan dalam sidang yang terbuka untuk umum dan segera diberitahukan kepada pelaku usaha (Pasal 43 ayat (4) UU No. 5 Tahun 1999). Berdasarkan penjelasan Pasal 43 ayat (4) UU ini yang dimaksudkan dengan pemberitahuan kepada pelaku usaha tersebut adalah penyampaian petikan putusan Komisi kepada pelaku usaha atau kuasa hukumnya.

⁴⁹⁶ *Ibid.*, hal. 46.

⁴⁹⁷ Knud Hansen, *et al*, *op. cit.*, hal. 395.

⁴⁹⁸ *Ibid.*, hal. 395.

⁴⁹⁹ Terry A dan Giugni D, *op. cit.*, hal. 678 – 679.

UU No. 5 Tahun 1999 tidak menyebutkan secara rinci apakah petikan putusan tersebut harus disampaikan secara langsung kepada pelaku usaha (*in person*) atau dapat dilakukan dengan metode lain. Dengan berpegang pada asas efisiensi serta keterbukaan, maka pada dasarnya Komisi harus berusaha memberitahukan putusannya pada pelaku usaha yang bersangkutan pada hari yang sama dengan hari pembacaan putusan yang terbuka untuk umum.⁵⁰⁰ Dengan mengingat pada pendeknya waktu (yakni 14 hari) yang dimiliki oleh pelaku usaha untuk mengajukan upaya hukum keberatan terhadap putusan Komisi, maka selayaknyalah pemberitahuan putusan tidak harus dilakukan dengan *in person* melainkan dapat dilakukan dengan bantuan sarana komunikasi yang modern seperti *email* atau faks.

IX.4 PELAKSANAAN PUTUSAN KPPU

IX.4.1 BEBERAPA MACAM TANGGAPAN PELAKU USAHA TERHADAP PUTUSAN KPPU

Terhadap putusan KPPU terdapat tiga kemungkinan, yaitu:

1. Pelaku usaha menerima keputusan KPPU dan secara sukarela melaksanakan sanksi yang dijatuhkan oleh KPPU. Pelaku usaha dianggap menerima putusan KPPU apabila tidak melakukan upaya hukum dalam jangka waktu yang diberikan oleh UU untuk mengajukan keberatan (Pasal 44 ayat (2)). Selanjutnya dalam waktu 30 (tiga puluh) hari sejak diterimanya pemberitahuan mengenai putusan KPPU, pelaku usaha wajib melaksanakan isi putusan tersebut dan menyampaikan laporan pelaksanaannya kepada KPPU. Dengan tidak diajukannya keberatan, maka putusan KPPU akan memiliki kekuatan hukum tetap (Pasal 46 ayat (1) UU No 5 Tahun 1999) dan terhadap putusan tersebut, dimintakan fiat eksekusi kepada PN (Pasal 46 ayat (2) UU No. 5 Tahun 1999).
2. Pelaku usaha menolak putusan KPPU dan selanjutnya mengajukan keberatan kepada PN. Dalam hal ini pelaku usaha yang tidak setuju terhadap putusan yang dijatuhkan oleh KPPU, maka pelaku usaha dapat mengajukan keberatan ke PN dalam jangka waktu 14 hari setelah menerima pemberitahuan tersebut (Pasal 44 ayat (2) UU No. 5 Tahun 1999). Selain menggunakan UU No. 5 Tahun 1999, tata cara pengajuan keberatan mengikuti juga Peraturan Mahkamah Agung (Perma) No. 3 Tahun 2005.
3. Pelaku usaha tidak mengajukan keberatan, namun menolak melaksanakan putusan KPPU. Apabila pelaku usaha tidak mengajukan keberatan sebagaimana diatur dalam Pasal 44 ayat (2) UU No. 5 Tahun 1999, namun tidak juga mau melaksanakan putusan KPPU dalam jangka waktu 30 (tiga puluh) hari, KPPU menyerahkan putusan tersebut kepada penyidik untuk melakukan penyidikan sesuai dengan ketentuan yang berlaku. Dalam hal ini putusan KPPU akan dianggap sebagai bukti permulaan yang cukup bagi penyidik untuk melakukan penyidikan (Pasal 44 ayat (5) UU No. 5 Tahun 1999).

Putusan KPPU memerlukan fiat eksekusi. Putusan KPPU merupakan salah satu sumber penting hukum persaingan usaha di Indonesia karena merupakan bentuk implementasi terhadap UU No. 5 Tahun 1999. Oleh karena itu, wajar kiranya ketentuan bahwa setiap putusan Komisi yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap harus dimintakan penetapan eksekusi dari PN. Hal ini dapat diartikan bahwa kekuatan dan pelaksanaan putusan tersebut berada di bawah pengawasan ketua PN.

⁵⁰⁰ Knud Hansen *et al.*, *op. cit.*, hal. 396.

Mekanisme fiat eksekusi ini dapat menepis anggapan tentang terlalu luasnya kekuasaan yang dimiliki oleh KPPU. Ada pendapat yang mengatakan bahwa dengan diberikannya wewenang melakukan kewenangan rangkap sebagai penyelidik, penuntut sekaligus hakim kepada KPPU akan berakibat KPPU menjadi lembaga *super power* seolah-olah tanpa kontrol. Hal ini tidak sepenuhnya benar karena walaupun KPPU punya kewenangan yang sangat besar dalam menyelesaikan perkara monopoli dan persaingan usaha tidak sehat, ada lembaga lain yang mengontrol wewenang itu dalam bentuk pemberian fiat eksekusi yaitu PN.

Fiat eksekusi dalam hal ini dapat diartikan persetujuan PN untuk dapat dilaksanakannya putusan KPPU. Persetujuan ini tentu tidak akan diberikan apabila ketua PN menganggap KPPU telah salah dalam memeriksa perkara tersebut. Dengan demikian maka mekanisme fiat eksekusi ini dapat menjadi kontrol terhadap putusan-putusan yang dihasilkan oleh KPPU yang tidak diajukan upaya keberatan oleh pihak pelaku usaha.

Untuk putusan yang diajukan upaya keberatan, peran kontrol yang dilakukan oleh pengadilan akan lebih terlihat. Hal ini karena hakim yang memeriksa upaya keberatan akan memeriksa fakta serta penerapan hukum yang dilakukan oleh KPPU. Dengan demikian, KPPU pasti akan sangat berhati-hati dalam memeriksa perkara karena kesalahan dalam mengkonstatir, mengkualifisir dan mengkonstituir akan mengakibatkan putusannya dibatalkan oleh hakim PN atau MA.

IX.4.2 UPAYA HUKUM OLEH PELAKU USAHA

a. Upaya Hukum Keberatan

Pelaku usaha yang tidak menerima keputusan Komisi dapat mengajukan upaya keberatan ke PN dalam tenggang waktu 14 hari setelah menerima pemberitahuan putusan Komisi (Pasal 44 ayat (2) UU No. 5 Tahun 1999 jo. Pasal 4 ayat (1) Perma No. 3 Tahun 2005). Upaya hukum tersebut diajukan ke PN tempat kedudukan hukum usaha pelaku usaha (Pasal 1 angka 19 UU No. 5 Tahun 1999 jo. Pasal 2 ayat (1) Perma No. 3 Tahun 2005).

PN harus memeriksa keberatan tersebut dalam waktu 14 (empat belas) hari terhitung sejak diterimanya keberatan tersebut (Pasal 45 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999). Setelah dilakukan pemeriksaan oleh PN, maka PN wajib memberikan putusan dalam waktu 30 (tiga puluh) hari terhitung sejak dimulainya pemeriksaan keberatan (Pasal 45 ayat (2) UU No. 5 Tahun 1999 jo. Pasal 5 ayat (5) Perma No. 3 Tahun 2005).

Pengajuan keberatan merupakan upaya hukum baru yang diperkenalkan oleh UU No. 5 Tahun 1999. Sebelumnya, hukum acara di Indonesia hanya mengenal 2 (dua) jenis upaya hukum, yakni upaya hukum biasa yang meliputi banding dan kasasi, dan upaya hukum luar biasa, yakni peninjauan kembali. Mengingat jenis upaya hukum tadi dan mekanisme keberatan yang tunduk kepada hukum acara perdata, sebaiknya upaya hukum keberatan secara terminologi diubah menjadi keberatan saja atau gugatan keberatan.

a. i Pengertian Upaya Hukum Keberatan terhadap Putusan KPPU

Ketentuan yang khusus mengatur keberatan terdapat dalam Perma No. 3 Tahun 2005 yang mendefinisikan keberatan sebagai “upaya hukum bagi pelaku usaha yang tidak menerima putusan KPPU” (Pasal 1 ayat (1)). Pasal 2 ayat (1) Perma No 3 Tahun 2005 menyatakan “Keberatan terhadap putusan KPPU hanya diajukan oleh pelaku usaha terlapor kepada PN di tempat kedudukan hukum usaha pelaku usaha terlapor.” Dengan demikian dapat dikatakan bahwa upaya hukum keberatan merupakan suatu upaya hukum bagi pelaku usaha yang dihukum (yang dinyatakan melanggar UU

No. 5 Tahun 1999) oleh KPPU dan terhadap putusan KPPU tersebut kemudian pelaku usaha tidak menerima atau merasa keberatan terhadap putusan KPPU tersebut.

a. ii Prosedur Keberatan

Prosedur pengajuan upaya hukum keberatan diatur dalam Perma No. 3 Tahun 2005 tentang Tata Cara Pengajuan Upaya Hukum Keberatan Terhadap Putusan KPPU. Sebelum Perma tersebut diberlakukan, tidak ada hukum acara yang rinci dan tegas yang mengatur tentang pengajuan upaya hukum keberatan. Hal ini menyebabkan beberapa masalah dalam pelaksanaan di lapangan seperti diuraikan dalam kasus berikut ini

Kasus IX.1

Perkara PT Indomobil Sukses International Tbk. Dalam kasus ini terdapat lebih dari satu pelaku usaha dengan kedudukan hukum berbeda mengajukan upaya hukum keberatan di PN yang berbeda. Apabila melihat ketentuan Pasal 1 angka (19) UU No. 5 Tahun 1999 upaya keberatan diajukan di tempat kedudukan hukum pelaku usaha. Pada kasus Indomobil, karena tiap pelaku usaha mengajukan keberatan di PN yang berbeda beda, maka ada kemungkinan setiap Pengadilan Negeri akan menjatuhkan putusan yang berbeda atas putusan KPPU yang sama. Hal ini tentunya akan mempengaruhi kewibawaan lembaga peradilan dan menciptakan ketidakpastian hukum.

Untuk mengatasi permasalahan tersebut maka MA dalam Pasal 4 ayat (4) Perma No. 3 Tahun 2005 dengan tegas menyebutkan bahwa apabila para pelaku usaha yang dihukum oleh KPPU mempunyai tempat kedudukan hukum yang berbeda (yang berarti berada pada wilayah PN yang berbeda pula), maka KPPU dapat mengajukan permohonan tertulis kepada MA untuk menunjuk salah satu PN untuk memeriksa perkara keberatan tersebut (penggabungan perkara). Dengan demikian, maka akan menjamin adanya kepastian hukum terhadap putusan keberatan yang dikeluarkan oleh PN karena terhadap satu putusan KPPU yang dimintakan upaya keberatan hanya akan ada satu putusan keberatan yang dikeluarkan oleh satu PN.

Dengan semakin berkembang perkara persaingan usaha, terdapat juga permasalahan lain yang masih ada kaitannya dengan penggabungan perkara misalnya permohonan keberatan yang diajukan oleh lebih dari satu terlapor yang diajukan di PN yang sama namun berbeda No. registrasi. Untuk mengatasi permasalahan ini, penggabungan perkara sebaiknya ditentukan oleh ketua PN saja dan tidak usah sampai ke ketua MA. Maksudnya, ini berlaku terhadap perkara keberatan yang diajukan di PN yang sama oleh dua atau lebih terlapor dengan No. perkara berbeda.

Kasus IX.2

Perkara PT Holdiko Perkasa. Dalam perkara ini KPPU menduga PT Holdiko Perkasa melakukan tindakan persekongkolan yang menimbulkan persaingan usaha tidak sehat dengan pelaku usaha peserta tender dalam tender penjualan saham dan *convertible bonds* PT Indomobil Sukses Internasional. PT Holdiko mengajukan keberatan ke Pengadilan Negeri Jakarta Selatan atas putusan KPPU yang menyatakan PT Holdiko terbukti melanggar UU No. 5 Tahun 1999 dan oleh karenanya dijatuhi denda Rp 5 Miliar.

Masalah dalam perkara ini berkaitan dengan pertanyaan apakah KPPU merupakan pihak dalam perkara keberatan. Dalam perkara ini KPPU tidak memposisikan diri sebagai pihak dengan alasan keberatan yang diajukan adalah terhadap putusan KPPU, bukan keberatan terhadap KPPU. Atas hal tersebut, kuasa hukum pemohon (PT Holdiko Perkasa) mengajukan protes dengan menyatakan bahwa apabila KPPU bukan pihak, seharusnya KPPU tidak berhak memberikan jawaban atas keberatan permohonan keberatan pemohon.

Ketidakjelasan posisi KPPU apakah sebagai pihak dalam perkara atau bukan tidak hanya menimbulkan kesulitan dalam proses jawab menjawab tetapi juga dalam hal pembuktian. Apabila KPPU bukan pihak dalam perkara maka KPPU tidak berhak mengajukan alat bukti.

Dalam proses keberatan sebelum berlakunya Perma No 3 Tahun 2005 ini posisi KPPU tidak jelas. Ditinjau dari peran KPPU dalam perkara keberatan dapat disimpulkan bahwa KPPU bukanlah pihak. Hal ini karena yang memeriksa alat bukti yang diajukan oleh pemohon keberatan adalah KPPU bukan oleh majelis hakim. Pihak dalam perkara perdata tidak mempunyai kewenangan memeriksa alat bukti yang diajukan oleh pihak lain karena hal itu mutlak menjadi kewenangan hakim.

Setelah alat bukti diperiksa oleh KPPU, majelis hakim akan menilai apakah alat bukti yang diajukan memadai atau tidak. Bila majelis hakim berpendapat bahwa bukti yang diajukan belum cukup maka majelis hakim akan memerintahkan KPPU untuk melakukan pemeriksaan tambahan melalui suatu putusan sela.

Permasalahan apakah KPPU sebagai pihak atau bukan dalam perkara keberatan menjadi penting untuk dipecahkan berkaitan dengan masalah pembuktian. Hal ini berkaitan dengan pertanyaan kepada siapa (selain pemohon) hakim akan memperoleh keterangan dan siapa yang akan diberi beban pembuktian? Dalam suatu perkara gugatan *contentiosa* harus ada dua pihak yang berperkara, artinya pembuktian juga akan dilakukan oleh kedua belah pihak tersebut. Penilaian pembuktian yang diberikan hakim juga akan berasal dari dua pihak. Sehingga putusan hakim akan obyektif dan adil karena didasarkan oleh keterangan kedua belah pihak secara proporsional (*audi et alteram partem*).

Permasalahan yang timbul dalam hal ini adalah karena KPPU tidak dapat melakukan pembuktian, tetapi mengapa diberi kewenangan untuk menilai pembuktian pihak lawan (pemohon) sehingga akan sulit untuk memastikan bahwa putusan hakim adalah putusan yang *fair*. Rasionya adalah sebagai berikut, apabila alat bukti yang diajukan oleh pemohon dinilai KPPU maka penilaian KPPU akan bias, karena KPPU punya kepentingan dalam perkara yang tengah berlangsung. Seseorang yang punya kepentingan cenderung akan mendahulukan kepentingannya sendiri. Dengan demikian dapat terjadi KPPU akan memberikan penilaian pembuktian yang menguntungkan posisinya.

Mengingat kedudukan KPPU dalam perkara keberatan adalah sangat krusial, maka perlu ditentukan apakah KPPU merupakan pihak dalam perkara keberatan atau bukan. Permasalahan ini telah secara tegas dijawab oleh MA melalui Pasal 2 ayat (3) Perma No. 3 Tahun 2005 yang menyatakan bahwa dalam perkara keberatan KPPU adalah pihak dalam perkara.

Hukum acara yang digunakan dalam menyelesaikan perkara keberatan terhadap putusan KPPU adalah prosedur gugatan perdata. Hal ini ditentukan dalam Pasal 4 ayat (2) Perma No. 3 Tahun 2005 yang selengkapnya menyatakan sebagai berikut "Keberatan diajukan melalui kepaniteraan PN yang bersangkutan sesuai dengan prosedur pendaftaran perkara perdata dengan memberikan salinan keberatan kepada KPPU." Dengan demikian sumber hukum acara yang digunakan dalam pengajuan keberatan adalah HIR kecuali ditentukan lain.

Dimungkinkannya ketentuan lain yang mengatur hukum acara persaingan usaha menimbulkan beberapa perbedaan dengan hukum acara perdata biasa. Perbedaan ini di antaranya

adalah ditetapkannya tenggang waktu. Pasal 5 ayat (5) Perma No. 3 Tahun 2005 menentukan bahwa majelis hakim harus memberikan putusan dalam waktu 30 (tiga puluh) hari sejak dimulainya pemeriksaan perkara keberatan. Berdasarkan ketentuan itu, maka majelis hakim harus jeli dalam membuat jadwal dan perencanaan yang matang dan harus dipatuhi oleh semua pihak. Perencanaan ini meliputi penentuan hari dan tanggal persidangan serta agenda yang akan dilakukan dalam tiap persidangan. Agar jangka waktu 30 (tiga puluh) hari pemeriksaan keberatan berlangsung efisien, sebaiknya hari sidang pertama pemeriksaan ditentukan setelah berkas perkara benar-benar dinyatakan lengkap dari para pihak termasuk KPPU maupun pelaku usaha terlapor.

Perbedaan lainnya adalah tidak adanya proses mediasi pada saat sidang pertama. Dalam perkara perdata, proses mediasi ini adalah wajib dilakukan berdasarkan Perma No. 1 Tahun 2016 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan. Pasal 3 ayat (6) Perma No. 1 Tahun 2016 menentukan bahwa tenggang waktu untuk proses mediasi itu adalah 30 (tiga puluh) hari, setelah 30 (tiga puluh) hari para pihak wajib menghadap kembali pada hakim pada sidang yang telah ditentukan. Apabila berhasil diperoleh kata sepakat dalam proses perdamaian, Akta Perdamaian mesti dibuat untuk memperkuat perdamaian para pihak. Sedangkan, apabila tidak ada kata sepakat maka hakim akan meneruskan sidang dengan acara selanjutnya.

Berkaitan dengan pemeriksaan keberatan terhadap putusan KPPU, ketentuan Pasal 4 ayat (2) Perma No. 1 Tahun 2016 mengecualikan upaya keberatan atas putusan KPPU dari kewajiban menerapkan mediasi. Hal ini sebelumnya diperkuat juga oleh Pasal 5 ayat (3) Perma No. 3 Tahun 2005 yang menentukan bahwa pemeriksaan keberatan terhadap putusan KPPU dilakukan tanpa melalui proses mediasi.

Selain perbedaan tersebut di atas, masih terdapat perbedaan lagi antara hukum acara perdata dan hukum acara persaingan usaha, yang terlihat dalam hal pengajuan replik dan duplik. Dalam proses acara perdata, setelah salinan gugatan disampaikan kepada tergugat, maka tergugat diharapkan memberikan tanggapan atas dalil-dalil yang diajukan penggugat dalam gugatannya. Tahap selanjutnya adalah replik dan duplik yang diajukan oleh masing masing pihak.

Dalam pemeriksaan keberatan terhadap putusan KPPU yang dilakukan dengan mengacu kepada ketentuan di dalam Perma No. 3 Tahun 2005, setelah pelaku usaha mengajukan keberatan, KPPU wajib menyerahkan putusan dan berkas perkaranya kepada PN yang memeriksa keberatan, kemudian pemeriksaan keberatan dilakukan hanya atas dasar putusan dan berkas perkara yang telah diserahkan oleh KPPU. Apabila majelis hakim berpendapat perlu diadakannya pemeriksaan tambahan, maka melalui putusan sela perkara dikembalikan kepada KPPU untuk dilakukan pemeriksaan tambahan.

Dengan demikian KPPU tidak dimungkinkan mengajukan dalil-dalilnya untuk menguatkan putusannya, dan selanjutnya tidak dimungkinkan pula bagi pelaku usaha untuk menguatkan dalil-dalil keberatannya. Artinya, pengajuan replik dari pelaku usaha dan duplik dari KPPU tidak dimungkinkan seperti halnya proses beracara dalam pemeriksaan perkara perdata pada umumnya, dan selanjutnya pembuktian langsung kepada pengadilan dan pengajuan kesimpulan.

Perbedaan selanjutnya adalah mengenai kompetensi relatif PN yang memeriksa perkara keberatan. Gugatan keberatan terhadap putusan KPPU diajukan di PN yang wilayah hukumnya meliputi tempat kedudukan hukum usaha pelaku usaha tersebut. Ini berbeda dengan pengajuan gugatan perdata pada umumnya, di mana gugatan dilakukan di pengadilan di tempat tinggal tergugat (*actor sequitur forum rei*) sesuai dengan Pasal 118 ayat (1) HIR. Asas *actor sequitur forum rei* tidak dapat diterapkan dalam pengajuan keberatan terhadap putusan KPPU, sehingga domisili hukum KPPU tidak menjadi syarat untuk menentukan kompetensi relatif PN dalam perkara keberatan.

Pendaftaran keberatan diajukan kepada PN yang berwenang untuk memeriksanya dan didaftarkan kepada kepaniteraan PN yang bersangkutan. No. registrasi keberatan mempunyai No. dan kode khusus dibedakan dari perkara perdata pada umumnya. Kode perkara tersebut adalah: No. Perkara/KPPU/Tahun Singkatan PN yang memeriksa.

Setelah keberatan didaftarkan pada kepaniteraan PN, Pasal 4 ayat (2) Perma No. 3 Tahun 2005 menentukan bahwa pelaku usaha yang mengajukan keberatan harus memberikan salinan keberatan kepada KPPU. Ketentuan ini bertujuan memberikan kesempatan kepada KPPU untuk mempelajari hal hal yang menjadi keberatan pelaku usaha tersebut, sehingga ketika di persidangan KPPU sudah menyiapkan jawaban dan bukti bukti yang diperlukan sehingga persidangan diharapkan dapat dilakukan dengan cepat dan efisien. Ketentuan ini mirip dengan prosedur hukum acara perdata yang menentukan bahwa setelah gugatan penggugat didaftarkan di kepaniteraan PN, maka salinan gugatan tersebut akan dikirimkan kepada tergugat. Ketentuan ini bertujuan selain sebagai pemberitahuan adanya gugatan juga berfungsi untuk menjelaskan pada tergugat tentang duduk perkara serta untuk kepentingan pembelaan tergugat.

Selanjutnya, ketua PN menunjuk majelis hakim yang akan memeriksa keberatan terhadap putusan KPPU. Mengenai penunjukan majelis hakim ini, Pasal 5 ayat (1) Perma No. 3 Tahun 2005 menentukan agar ketua PN sedapat mungkin menunjuk hakim-hakim yang mempunyai pengetahuan yang cukup di bidang hukum persaingan usaha. Namun demikian, tidak ada penjelasan lebih lanjut mengenai ukuran cukup pada kalimat "hakim yang mempunyai pengetahuan yang cukup dibidang hukum persaingan usaha" tersebut serta bagaimana bila dalam suatu PN tidak ada hakim yang mempunyai pengetahuan tersebut.

Selain ketidakjelasan tentang masalah pengetahuan hakim, hukum acara KPPU juga tidak menjelaskan tentang pemanggilan pihak yang mempunyai kedudukan hukum di luar negeri. Hal ini menjadi isu yang sangat penting dalam perkara divestasi kapal tanker VLCC milik PT Pertamina (Persero) di mana Goldman Sachs Pte. Ltd. mempunyai kedudukan hukum di luar negeri.

Apabila pihak yang dipanggil mempunyai kedudukan hukum di luar negeri, lazimnya panggilan disampaikan melalui saluran diplomatik, di mana panggilan disampaikan melalui Departemen Luar Negeri untuk disampaikan kepada Kementerian Luar Negeri di mana pihak yang dipanggil tersebut memiliki kedudukan hukum. Jangka waktu pemanggilan itu sendiri biasanya memakan waktu tiga bulan. Padahal pemeriksaan keberatan harus diputus dalam waktu 30 (tiga puluh) hari. Dalam perkara Goldman Sachs tersebut pemanggilan hanya dilakukan melalui pengumuman di harian *the Jakarta Post*.

Tidak adanya mekanisme yang jelas dalam masalah ini sangat merugikan pelaku usaha yang berkedudukan di luar negeri. Ketidakhadiran mereka dalam sidang keberatan yang dikarenakan tidak sampainya panggilan atau tidak cukupnya waktu panggilan dengan hari sidang menyebabkan pelaku usaha tersebut tidak dapat hadir pada hari sidang. Akibatnya mereka tidak dapat mengajukan pembelaan yang semestinya. Akibatnya, permohonan keberatan mereka dapat ditolak oleh majelis hakim. Dengan demikian perlu diatur dengan jelas tentang jangka waktu pemanggilan serta cara pemanggilan yang sesuai untuk pelaku usaha yang berkedudukan di luar negeri.

a. iii Kedudukan Pengadilan Negeri dalam Memeriksa Perkara Keberatan

Tugas PN dalam memeriksa masalah keberatan adalah menilai kembali putusan KPPU, dengan mempertimbangkan fakta dan penerapan hukumnya. Kedudukan PN dalam hal ini menyerupai kedudukan Pengadilan Tinggi (PT) dalam menangani masalah banding yang memeriksa kembali perkara dari awal baik mengenai fakta maupun penerapan hukumnya.

Oleh karena itu, pemeriksaan keberatan terhadap putusan KPPU dapat dikatakan seolah-olah sebagai pemeriksaan banding karena menurut Perma No. 3 Tahun 2005 :

1. Pasal 5 ayat (4) “Pemeriksaan keberatan dilakukan hanya atas dasar putusan KPPU dan berkas perkara sebagaimana dimaksud dalam ayat (2)”;
2. Pasal 6 ayat (1) “Dalam hal Majelis Hakim berpendapat perlu pemeriksaan tambahan, maka melalui putusan sela memerintahkan kepada KPPU untuk dilakukan pemeriksaan tambahan”.

a. iv Pemeriksaan Tambahan

Pemeriksaan tambahan diatur dalam Bab IV Perma No. 3 Tahun 2005. Majelis hakim yang memeriksa perkara keberatan mempunyai wewenang untuk menentukan perlu tidaknya diadakan pemeriksaan tambahan. Apabila dipandang perlu, maka KPPU diperintahkan untuk melakukan pemeriksaan tambahan tersebut. Perintah tersebut harus memuat alasan mengapa pemeriksaan tambahan diperlukan, hal-hal apa saja yang harus diperiksa serta waktu yang diperlukan mengingat adanya *time frame* yang ketat dalam penyelesaian perkara keberatan.

Pemeriksaan tambahan dilakukan hanya untuk bukti-bukti yang ada dalam berkas perkara dalam putusan yang telah diputus oleh KPPU. Namun apabila majelis hakim merasa kurang jelas, sehingga menganggap perlu dilakukan pemeriksaan tambahan maka KPPU akan melakukan pemeriksaan tambahan dengan menyebutkan hal-hal yang harus diperiksa oleh KPPU.

Dalam hal dilakukan pemeriksaan, maka pemeriksaan oleh hakim ditangguhkan. Setelah KPPU menyerahkan berkas pemeriksaan tambahan, maka sidang pemeriksaan keberatan dilanjutkan selambat lambatnya tujuh hari setelah KPPU menyerahkan berkas pemeriksaan tambahan.

Walapun sudah diatur dalam Perma No. 3 Tahun 2005, dalam praktik pemeriksaan tambahan ini sering kali menemui kesulitan karena Perma tersebut tidak mengatur bagaimana apabila terdapat bukti baru dan saksi baru yang diajukan oleh pemohon. Apakah hal tersebut diperkenankan?

Selain itu, Perma No. 3 Tahun 2005 juga tidak mengatur secara detail berapa lama waktu yang diberikan untuk melakukan pemeriksaan tambahan. Hal ini dapat berakibat timbulnya ketidakpastian tentang lamanya waktu yang diperlukan untuk menyelesaikan perkara. Selain itu, apabila majelis hakim menentukan jangka waktu bagi KPPU untuk melakukan pemeriksaan tambahan, dan ternyata KPPU belum/tidak selesai melakukan pemeriksaan tambahan sebagaimana telah ditentukan oleh majelis hakim, apakah putusan KPPU dapat dinyatakan batal demi hukum? Atau adakah sanksi lain yang dapat dijatuhkan kepada KPPU?

Dengan tidak jelasnya jangka waktu pemeriksaan tambahan dan untuk memberikan kepastian hukum, terdapat wacana untuk mengembalikan semula secara penuh pemeriksaan keberatan ke PN. Dengan kata lain, pemeriksaan tambahan dihapuskan dan PN menjadi lembaga yang mempunyai wewenang penuh memeriksa perkara keberatan.

Permasalahan lain yang dihadapi KPPU adalah dalam melaksanakan penyelidikan, KPPU sering kali mengalami permasalahan dengan instansi pemerintah dalam memperoleh data.⁵⁰¹ Pasal 36 UU No. 5 Tahun 1999 memang memberikan wewenang kepada KPPU untuk meminta keterangan dari instansi pemerintah untuk mendapatkan data dan informasi demi kepentingan penyelidikan atau pemeriksaan terhadap pelaku usaha yang diduga melanggar ketentuan UU No. 5 Tahun 1999. Namun demikian, instansi yang terkait erat dengan KPPU seperti Direktorat Jenderal Bea Cukai Kementerian Keuangan, Direktorat Jenderal Hak atas Kekayaan Intelektual (Dirjen HAKI)

⁵⁰¹ Suhendra, "Penyelidikan KPPU Masih Terbantur Masalah Antar Instansi," 12/03/2008, <<http://www.detikfinance.com/read/2008/03/12/135149/907246/4/>>, diakses tanggal 12 Mei 2009.

Kementerian Hukum dan Hak Asasi Manusia atau institusi pasar modal sering kali keberatan memberikan data yang diperlukan KPPU dengan alasan bahwa data tersebut bersifat rahasia.

Sebagai contoh adalah masalah penyelidikan kasus Kartel Kedelai, Bea Cukai menganggap data ekspor impor masalah tersebut bersifat rahasia.⁵⁰² Akibatnya, penyelidikan oleh KPPU menjadi terhambat. Untuk mengatasi masalah tersebut, maka perlu dibuat nota kesepahaman atau *Memorandum of Understanding* (MoU) antara KPPU dan instansi pemerintah untuk menyepakati masalah keterbukaan data. Dengan demikian pemeriksaan yang dilakukan KPPU dapat benar-benar objektif karena didukung oleh ketersediaan data yang akurat.

Hal-hal tersebut perlu mendapatkan pengaturan yang jelas dan tegas demi tercapainya kepastian hukum dalam penegakan hukum persaingan usaha. Selain itu juga demi melindungi hak/kepentingan pelaku usaha maupun KPPU sendiri.

a. v Putusan Pengadilan terhadap Upaya Keberatan

Putusan PN dalam pemeriksaan perkara keberatan dapat berupa:

1. Menguatkan putusan KPPU

PN berpendapat bahwa majelis KPPU telah benar dalam memeriksa perkara, baik berkenaan dengan fakta maupun penerapan hukumnya sehingga majelis hakim PN sependapat dengan putusan majelis KPPU. Putusan PN yang menguatkan putusan majelis KPPU tidak merubah terhadap apa yang telah diputuskan oleh KPPU.

2. Membatalkan putusan KPPU

Apabila PN berpendapat bahwa majelis KPPU telah salah dalam memeriksa perkara, atau pelaku usaha tidak terbukti melakukan pelanggaran terhadap UU No. 5 Tahun 1999 maka PN dapat membatalkan putusan majelis Komisi. Dalam hal ini maka putusan majelis KPPU dianggap tidak pernah ada.

3. Membuat putusan sendiri

PN mempunyai kewenangan untuk membuat putusan sendiri dalam menangani perkara keberatan. Putusan PN dapat berupa menguatkan sebagian putusan majelis KPPU, sedangkan isi putusan yang selebihnya dibatalkan.

Ditinjau dari sifatnya, putusan PN dalam perkara keberatan dapat berupa:

1. Putusan *declaratoir*

Putusan PN semacam ini menetapkan suatu keadaan misalnya pembatalan perjanjian. Bila PN menyatakan perjanjian yang dibuat pelaku usaha batal, maka dalam hal ini tidak diperlukan tindakan hukum apa pun untuk mengeksekusi putusan.

2. Putusan *condemnatoir*

Putusan PN ini menghukum pelaku usaha untuk membayar ganti rugi atau denda. Dalam hal ini, apabila pelaku usaha tidak mau melaksanakan putusan tersebut maka diperlukan tindakan hukum berupa eksekusi.

⁵⁰² *Ibid.*

b. Pelaku Usaha Tidak Melaksanakan Putusan KPPU dan Tidak Mengajukan Upaya Keberatan

Seperti telah disebutkan pada bagian terdahulu, ada kemungkinan pelaku usaha yang dinyatakan bersalah oleh KPPU tidak mau melaksanakan putusan KPPU dan tidak mengajukan keberatan ke PN. Dalam hal ini, Komisi dapat minta fiat eksekusi ke PN tempat kedudukan pelaku usaha agar putusannya mempunyai kekuatan hukum yang sama dengan putusan pengadilan.

Jadi putusan Komisi dapat dipaksakan eksekusinya dengan minta bantuan alat kekuasaan negara. Dalam hal sanksi yang dijatuhkan oleh KPPU adalah pembatalan perjanjian maka dengan sendirinya perjanjian akan batal bila sudah ada fiat eksekusi dari PN. Sedangkan untuk sanksi yang berupa ganti rugi dan denda maka harta pelaku usaha dapat disita dan dijual lelang untuk membayar ganti rugi dan denda tersebut.

c. Upaya Hukum Kasasi dan Peninjauan Kembali

Apabila pelaku usaha tidak menerima putusan PN dalam perkara keberatan, berdasarkan Pasal 45 ayat (3) UU No. 5 Tahun 1999, pelaku usaha dalam waktu 14 hari sejak diterimanya putusan keberatan dari PN dapat mengajukan kasasi ke Mahkamah Agung (MA). Hal ini berbeda dengan hukum acara perkara perdata biasa yang harus melewati terlebih dahulu tahap upaya banding di PT.

MA dalam waktu 30 hari sejak permohonan kasasi diterima harus memberikan putusannya. Selain kasasi, upaya hukum lain yang dapat dilakukan adalah Peninjauan Kembali (PK). Tata cara penanganan kasasi dan PK di MA dilakukan berdasarkan pada sistem peradilan umum sebagaimana diatur dalam UU MA.

Pasal 30 Undang-Undang Mahkamah Agung menyatakan bahwa MA dalam tingkat kasasi dapat membatalkan putusan atau penetapan pengadilan dari semua lingkungan peradilan dengan alasan:

- a. Tidak berwenang atau melampaui batas wewenang;
- b. Salah menerapkan atau melanggar hukum yang berlaku; dan
- c. Lalai memenuhi syarat-syarat yang diwajibkan oleh peraturan perundang-undangan yang mengancam kelalaian itu dengan batalnya putusan yang bersangkutan.

IX.4.3 PELAKSANAAN PUTUSAN (EKSEKUSI)

Tidak semua putusan dalam perkara monopoli dan persaingan usaha tidak sehat dapat dieksekusi. Putusan PN dan MA yang mengabulkan keberatan dan kasasi pelaku usaha tidak dapat dieksekusi karena putusan itu hanya bersifat *constitutive*. Putusan tersebut hanya menyatakan bahwa putusan KPPU yang menyatakan pelaku usaha melanggar UU No. 5 Tahun 1999 batal dan dengan demikian timbul keadaan hukum baru. Dengan demikian, putusan KPPU yang berupa pembatalan perjanjian, ataupun sanksi administratif lainnya tidak jadi dilaksanakan terhadap pelaku usaha.

Hukum acara perdata masih mengenal satu jenis putusan lagi yaitu putusan *declaratoir* yang berisi pernyataan tentang suatu keadaan. Pada dasarnya, setiap putusan hakim selalu mengandung amar *declaratoir* apabila gugatan dikabulkan. Hal ini terlihat dari pernyataan bahwa tergugat terbukti bersalah.⁵⁰³ Sebenarnya, sangat tipis perbedaan antara putusan deklaratif dan konstitutif karena pada dasarnya amar yang berisi putusan konstitutif mempunyai sifat yang deklaratif.

Putusan perkara monopoli dan persaingan usaha yang dapat dieksekusi adalah putusan

⁵⁰³ M Yahya Harahap, *Hukum Acara Perdata tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian dan Putusan Pengadilan*, Sinar Grafika, 2004, hal. 876.

condemnoir yang menyatakan bahwa pelaku usaha melanggar UU No. 5 Tahun 1999 dan karenanya dijatuhi sanksi. Sanksi yang dapat dijatuhkan oleh Komisi hanyalah sanksi administratif dan pengenaan denda, sedangkan PN dan MA dapat menjatuhkan sanksi pidana maupun ganti rugi dan pidana denda.

Dalam waktu 30 (tiga puluh) hari sejak menerima pemberitahuan putusan yang telah mempunyai kekuatan hukum tetap, pelaku usaha yang dikenai sanksi harus menjalankannya dan melaporkan pelaksanaan putusan tersebut kepada KPPU. Apabila pelaku usaha tidak melaksanakan putusan tersebut maka UU No. 5 Tahun 1999 memberikan dua upaya hukum yaitu:

1. KPPU meminta penetapan eksekusi kepada ketua PN (Pasal 46 ayat (2)), tujuannya adalah untuk melaksanakan sanksi administratif yang dijatuhkan oleh KPPU.
2. KPPU menyerahkan putusan tersebut kepada penyidik untuk dilakukan penyidikan (Pasal 44 ayat (4)), tujuannya untuk menerapkan sanksi pidana.

Pelaksanaan eksekusi riil (eksekusi putusan yang menghukum pelaku usaha untuk melakukan perbuatan tertentu) dilakukan dengan cara KPPU meminta kepada PN agar memerintahkan pelaku usaha untuk melakukan perbuatan tertentu seperti membatalkan penggabungan, pengambil alihan saham dan peleburan badan usaha, membatalkan perjanjian yang mengakibatkan praktik monopoli dan lain sebagainya. Sedangkan, pelaksanaan eksekusi pembayaran sejumlah uang dilakukan dalam hal putusan yang dijatuhkan pada pelaku usaha berupa pembayaran ganti rugi dan atau denda. Prosedur eksekusi ini diawali dengan penyampaian peringatan disusul perintah eksekusi dan penjualan lelang.

UU No. 5 Tahun 1999 tidak memberikan kewenangan kepada KPPU untuk meletakkan sita jaminan (*conservatoir beslag*) terhadap harta pelaku usaha. Dengan demikian untuk menjamin pelaksanaan putusan, KPPU harus minta pada ketua PN untuk meletakkan sita eksekusi terhadap harta pelaku usaha yang kemudian akan diikuti dengan penjualan lelang.

IX.4.4 SANKSI

UU No. 5 Tahun 1999 menetapkan 2 (dua) macam sanksi yaitu sanksi administratif dan sanksi pidana yang terdiri dari pidana pokok dan pidana tambahan.

a. Sanksi Administratif

Sanksi administratif merupakan satu tindakan yang dapat diambil oleh Komisi terhadap pelaku usaha yang melanggar UU No 5, Tahun 1999. Sanksi administratif ini diatur dalam Pasal 47, yang berupa:

- 1) Penetapan pembatalan perjanjian sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 sampai 13, Pasal 15 dan Pasal 16;
- 2) Perintah untuk menghentikan integrasi vertikal sebagaimana dimaksud dalam Pasal 14;
- 3) Perintah untuk menghentikan penyalahgunaan posisi dominan;
- 4) Penetapan pembatalan atas penggabungan atau peleburan badan usaha dan pengambilalihan saham sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28;
- 5) Penetapan pembayaran ganti rugi;
- 6) Pengenaan denda minimal Rp 1.000.000.000 (satu miliar rupiah) dan setinggi tingginya Rp 25.000.000.000 (dua puluh lima miliar rupiah).

Komisi dapat menjatuhkan sanksi administratif tersebut secara kumulatif ataupun alternatif. Keputusan mengenai bentuk sanksi tergantung pada pertimbangan Komisi dengan melihat situasi dan kondisi masing masing kasus. Namun demikian, sampai tahun 2008, terdapat ketidakjelasan mengenai sanksi tersebut. Untuk mengatasi hal tersebut KPPU menerbitkan aturan teknis soal denda dan ganti rugi. Peraturan ini tercantum dalam Keputusan KPPU No. 252/KPPU/Kep/VII/2008 tentang Pedoman Pelaksanaan Ketentuan Pasal 47 UU No. 5 Tahun 1999, tanggal 31 Juli 2008.

Ketentuan soal denda sebenarnya sudah diatur dalam Pasal 47 UU No. 5 Tahun 1999. Namun, Pasal tersebut tidak merinci secara teknis penghitungan besarnya yang dapat dijatuhkan KPPU. Penghitungan atas kerugian ekonomis yang ditimbulkan karena pelanggaran hukum persaingan memerlukan banyak pertimbangan dan harus didasarkan pada unsur kehati-hatian.

Kalau tidak ada pedoman penghitungan, KPPU dalam menetapkan denda tidak didasarkan atas suatu dasar yang akurat. Dapat terjadi untuk suatu kasus pelanggaran yang kecil KPPU memberikan sanksi denda atau ganti rugi dalam jumlah yang terlampau besar. Akibatnya, pelaku usaha terbebani oleh jumlah denda atau ganti yang terlalu besar yang tidak sebanding dengan pelanggaran yang telah dilakukan. Oleh karena itu, Peraturan KPPU No. 4 Tahun 2009 tersebut diharapkan bisa mengatasi masalah ini.

Ketentuan yang diatur dalam keputusan tersebut diantaranya adalah penentuan nilai dasar denda. Dalam lampiran Peraturan KPPU No. 4 Tahun 2009 disebutkan bahwa nilai dasar denda akan terkait dengan tiga hal, yakni proporsi dari nilai penjualan, tingkat pelanggaran, dikalikan dengan jumlah tahun pelanggaran. Penentuan tingkat pelanggaran dilakukan kasus per kasus untuk setiap tipe pelanggaran dengan mempertimbangkan seluruh situasi yang terkait dengan kasus tersebut.

Proporsi dari nilai penjualan yang diperhitungkan adalah maksimal 10% dari nilai penjualan tersebut. Untuk menentukan apakah proporsi nilai penjualan yang dipertimbangkan dalam suatu kasus seharusnya berada dalam titik tertinggi atau terendah dalam skala tersebut, KPPU akan mempertimbangkan berbagai macam faktor, yakni skala perusahaan, jenis pelanggaran, gabungan pangsa pasar dari para pelaku usaha, cakupan wilayah geografis pelanggaran dan telah atau belum dilaksanakannya pelanggaran tersebut.

Dalam pedoman itu juga dinyatakan bahwa perjanjian penetapan harga horizontal (*horizontal price fixing*), pembagian pasar dan pembatasan produksi yang biasanya dilakukan secara rahasia, serta persekongkolan tender adalah pelanggaran yang berat dalam persaingan usaha. Dengan demikian, perjanjian tersebut akan memperoleh denda yang berat. Untuk itu, proporsi nilai penjualan yang akan dihitung untuk pelanggaran tersebut merupakan proporsi tertinggi pada skala tersebut.

b. Sanksi Pidana Pokok

Pasal 48 UU No. 5 Tahun 1999 menentukan bahwa sanksi pidana pokok meliputi pidana denda minimal Rp. 25.000.000.000 (dua puluh lima miliar rupiah) dan maksimal Rp. 100.000.000.000 (seratus miliar rupiah). Pidana denda tersebut dapat diganti dengan pidana kurungan selama-lamanya 6 (enam) bulan. Sanksi pidana ini diberikan oleh pengadilan (bukan merupakan kewenangan Komisi) apabila :

1. Terjadi pelanggaran terhadap ketentuan Pasal 4, 9-14, 16-19, 25,27, dan 28. Pelaku diancam dengan pidana serendah-rendahnya Rp. 25.000.000.000 (dua puluh lima miliar rupiah) dan setinggi-tingginya Rp. 100.000.000.000 (seratus miliar rupiah) atau pidana kurungan pengganti denda selama-lamanya 6 (enam) bulan.
2. Terjadi pelanggaran terhadap ketentuan Pasal 5-8, 15, 20-24 dan 26. Pelaku diancam pidana denda serendah-rendahnya Rp. 5.000.000.000 (lima miliar rupiah) dan setinggi tingginya Rp. 25.000.000.000 (dua puluh lima miliar rupiah) atau pidana kurungan pengganti denda selama-lamanya 5 (lima) bulan.

3. Terjadi pelanggaran terhadap ketentuan Pasal 41. Ancaman pidananya adalah serendah-rendahnya Rp. 1.000.000.000 (satu miliar rupiah) dan setinggi tingginya Rp. 5.000.000.000 (lima miliar rupiah) atau pidana kurungan pengganti denda selama-lamanya 3 bulan.

c. Pidana Tambahan

Pasal 49 UU No. 5 Tahun 1999 menentukan bahwa pidana tambahan yang dapat dijatuhkan terhadap pelaku usaha dapat berupa:

1. Pencabutan izin usaha; atau
2. Larangan kepada pelaku usaha yang telah terbukti melakukan pelanggaran terhadap undang-undang ini untuk menduduki jabatan direksi atau komisaris sekurang-kurangnya 2 (dua) tahun; atau
3. Penghentian kegiatan atau tindakan tertentu yang menyebabkan timbulnya kerugian pada pihak lain.

Dalam penjelasan umum UU No. 5 Tahun 1999 disebutkan bahwa Komisi hanya berwenang menjatuhkan sanksi administratif, sedangkan yang berwenang menjatuhkan sanksi pidana adalah pengadilan. Suatu perkara yang ditangani oleh KPPU dapat kemudian diserahkan kepada penyidik dan karenanya dapat dijatuhi pidana dalam hal :

1. Pelaku usaha tidak menjalankan putusan Komisi yang berupa sanksi administratif (Pasal 44 ayat (4)); dan
2. Pelaku usaha menolak untuk diperiksa, menolak memberikan informasi yang diperlukan dalam penyelidikan dan atau pemeriksaan, atau menghambat proses penyelidikan dan atau pemeriksaan (Pasal 41 ayat (2)).

Terhadap kedua pelanggaran tersebut, Komisi menyerahkan kepada penyidik untuk dilakukan penyidikan. Putusan Komisi merupakan bukti permulaan yang cukup bagi penyidik untuk melakukan penyidikan (Pasal 41 ayat (3) jo. Pasal 44 ayat (5)).

IX. 5 GUGATAN PERWAKILAN ATAU KELOMPOK (*CLASS ACTION*)

Dalam putusan perkara Temasek sebagai dampak dari Putusan KPPU, maka terjadi beberapa gugatan kelompok (*class action*) di beberapa daerah di Indonesia. Keadaan ini telah memberikan beberapa wacana baru dalam penegakan hukum persaingan usaha di Indonesia. Sebagaimana di beberapa negara lain, hukum juga melalui peraturan Mahkamah Agung telah mengatur beberapa hal dalam gugatan kelompok.

Class action diartikan sebagai gugatan yang diajukan oleh satu atau beberapa orang yang bertindak sebagai wakil kelompok (*class representative*) untuk dan atas nama kelompok tanpa mendapatkan surat kuasa dari yang diwakilinya namun dengan mendefinisikan identifikasi anggota kelompok secara spesifik. Anggota kelompok tersebut mempunyai kesamaan fakta yang mengakibatkan adanya kesamaan kepentingan dan penderitaan.⁵⁰⁴

Class action yang dalam bahasa Indonesia disebut dengan gugatan perwakilan kelompok, memang sudah secara resmi diadopsi ke dalam hukum Indonesia, terutama dalam UU No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen dan UU No. 32 Tahun 2009 tentang Perlindungan dan

⁵⁰⁴ M Yahya Harahap, *ibid.* hal. 139.

Pengelolaan Lingkungan Hidup. Namun demikian, belum ada peraturan mengenai penggabungan (konsolidasi) perkara *class action* yang diajukan kepada pihak yang sama di pengadilan yang berbeda. Masalah konsolidasi (penggabungan) sudah dikenal dalam hukum acara perdata yang biasanya disebut dengan kumulasi. Meskipun HIR dan RBG tidak mengatur tentang kumulasi, peradilan Indonesia sudah lama menerapkannya.⁵⁰⁵ Kumulasi berarti penggabungan beberapa gugatan dalam satu gugatan yang pada dasarnya gugatan gugatan tersebut berdiri sendiri.

Kumulasi dapat terdiri dari dua macam, yaitu kumulasi subyektif dan kumulasi obyektif. Kumulasi subyektif dapat terjadi jika penggugat yang terdiri lebih dari satu orang melawan tergugat yang terdiri dari satu orang, atau seorang penggugat melawan beberapa tergugat sekaligus. Sedang kumulasi obyektif dapat terjadi dalam hal penggugat mengajukan lebih dari satu tuntutan dalam satu perkara sekaligus.⁵⁰⁶ Namun demikian, kumulasi yang dikenal dalam hukum acara perdata ini adalah dalam model gugatan konvensional bukan gugatan *class action*.

Perma No. 1 Tahun 2002 tentang Acara Gugatan Perwakilan Kelompok belum mengatur tentang konsolidasi perkara *class action*. Terdapat perbedaan antara hukum acara perdata di dalam HIR dengan UU No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen mengenai kompetensi pengadilan untuk mengadili. HIR menyatakan bahwa gugatan dilayangkan ke domisili tergugat (*actor sequitur forum rei*). Sementara UU No. 8 Tahun 1999 Perlindungan Konsumen menyebutkan bahwa pengadilan tempat konsumen berdomisili yang berwenang untuk mengadili perkara konsumen. Dengan demikian kesulitan yang muncul adalah dalam perkara *class action* terkait dengan perkara perlindungan konsumen, ke pengadilan manakah perkara itu harus didaftarkan?

Selain itu, masalah lain yang timbul adalah apabila dalam perkara yang sama diajukan gugatan *class action* di beberapa pengadilan sekaligus, bagaimana penyelesaiannya? Apabila tiap-tiap pengadilan itu mengadili sendiri-sendiri, yang dikhawatirkan adalah putusan yang dihasilkan bertentangan satu dengan yang lain. Hal ini tentu akan menimbulkan ketidakpastian dan kekacauan hukum. Pertanyaannya apakah konsolidasi perkara dikenal dalam kaitannya dengan *class action* ini? Untuk lebih memahami masalah tersebut, berikut ini diuraikan beberapa contoh gugatan *class action* dengan obyek sengketa yang sama, namun diperiksa oleh PN yang berbeda.

Berkaitan dengan kasus Temasek, terdapat gugatan *class action* yang diajukan di PN yang berbeda-beda seperti: PN Bekasi, PN Tangerang dan PN Jakarta Pusat. Contoh: gugatan beregister 111/Pdt.G/2008/PN.Jkt.Pst diajukan oleh 9 (sembilan) orang yang masing masing sebagai pengguna Kartu As, Simpati, Mentari, IM3, Matrix, Kartu Halo, XL Explore, XL Bebas dan XL Jempol. Mereka semua bertindak sebagai wakil kelas dari seluruh Indonesia yang menggunakan jasa para operator seluler tersebut. Para penggugat melalui kuasa hukumnya mendasarkan gugatannya pada pertimbangan putusan KPPU yang menyatakan adanya kerugian konsumen akibat penerapan tarif secara eksekusif.⁵⁰⁷ Kesamaan fakta yang dimiliki oleh para penggugat adalah bahwa mereka sama-sama konsumen pengguna jasa operator seluler. Fakta lain adalah mereka sama-sama menderita kerugian akibat penerapan tarif yang tinggi.

Contoh lain gugatan *class action* dalam perkara persaingan usaha adalah 5 penggugat yang mengklaim sebagai wakil kelompok konsumen Astro di wilayah DKI Jakarta, Bogor dan Depok. Gugatan itu dilayangkan kepada tujuh tergugat. Penghentian siaran Astro dinilai melanggar hak konsumen. Lima orang konsumen Astro mengajukan gugatan *class action*. Mereka menuntut *Direct Vision* untuk menyiarkan kembali siaran Astro.

⁵⁰⁵ *Ibid.*, hal. 103.

⁵⁰⁶ Sudikno Mertokusumo, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Liberty, 2006, hal.76.

⁵⁰⁷ Hukum Online, "Akibat 'Kekosongan Hukum', *Class Action* terhadap Temasek dkk Menjamur", 29/7/2008, <<http://www.hukumonline.com/detail.asp?id=19813&ccl=Berita>>, diakses tanggal 12 Maret 2009.

Masih dalam perkara Astro, sejumlah konsumen Astro di Sumatera Utara juga mengajukan gugatan perwakilan kelompok (*class action*) di PN Medan. Gugatan *class action* tersebut telah terdaftar dalam register perkara No 472/Pdt.G/2008/PN-Mdn tgl 18 November 2008 ditujukan kepada PT Direct Vision dan juga (AAAN) Kuala Lumpur, All Asia Multimedia Network PLC (AAMN) Kuala Lumpur dan Measat Broadscat Network System SDN BHD berkantor di Kuala Lumpur Malaysia. Para penggugat sama-sama menderita kerugian karena berhentinya tayangan Astro. Perbuatan menghentikan tayangan ini dinilai para penggugat sebagai perbuatan melawan hukum yang diatur dalam pasal 1365 KUH Perdata dan UU No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen.

Dalam perkara Astro, model *class action* dipilih karena penggugat memiliki kesamaan fakta (*common issue*) dan kepentingan hukum yang sama (*suitability of representation*), yakni sama-sama konsumen Astro dan menderita kerugian akibat tayangan Astro yang dihentikan. Dikatakan para tergugat telah melakukan perbuatan melawan hukum (Pasal 1365 KUHPerdata). Intinya, pasal itu membolehkan pihak yang dirugikan untuk mengajukan gugatan ganti rugi karena tergugat melanggar hukum. Astro disebut telah melanggar hak konsumen sebagaimana diatur dalam UU No. 8 Tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen. Konsumen harus mendapat informasi yang jelas tentang produk dan jasa. Konsumen juga harus mendapat kepastian hukum dalam menggunakan barang dan jasa.

Dapatkah dalam gugatan *class action* perkara Temasek dan Astro tersebut dikumulasikan dengan menggunakan ketentuan dalam hukum acara perdata? Menurut penulis, hukum acara perdata dapat diterapkan. Hal ini mengacu pada asas sederhana, cepat dan biaya ringan yang dianut dalam sistem peradilan Indonesia. Dengan dibolehkannya kumulasi terhadap gugatan *class action* maka pengadilan akan mampu menyelesaikan beberapa perkara sekaligus melalui satu proses. Dengan demikian, proses beracara menjadi lebih cepat, prosedurnya lebih sederhana dengan demikian biayanya menjadi lebih terjangkau. Selain itu yang tidak kalah penting adalah dengan dikumulusikannya gugatan *class action* maka akan mencegah terjadinya putusan yang saling bertentangan antara pengadilan yang satu dengan yang lain dalam masalah yang sama.

BAB X**PENGAWASAN
DAN PENEGAKAN
KEMITRAAN UMKM
DAN PELAKU
USAHA BESAR**

Pada tahun 2008 diundangkan Undang-Undang No. 20 tentang Usaha Mikro, Kecil dan Menengah (UU No. 20 Tahun 2008). Tujuan dikeluarkannya UU ini adalah untuk memberdayakan Usaha Mikro, Kecil dan Menengah (UMKM).⁵⁰⁸ Walaupun UMKM telah menunjukkan peranannya dalam perekonomian nasional, namun ternyata masih menghadapi berbagai hambatan dan kendala baik internal maupun eksternal dalam berbagai hal, misalnya, berkaitan dengan produksi dan pengolahan, pemasaran, sumber daya manusia, permodalan, serta iklim usaha, dan lain sebagainya. Usaha pemerintah seperti ditetapkan kebijakannya tentang pencadangan usaha, pendanaan, dan pengembangannya ternyata belum optimal dan belum dapat memberikan perlindungan, kepastian berusaha, dan fasilitas yang memadai untuk pemberdayaan UMKM. Oleh karena itu, UMKM perlu diperdayakan dengan cara penumbuhan iklim usaha yang mendukung pengembangan UMKM dan pengembangan dan pembinaan UMKM. Pemberdayaan tersebut dilaksanakan oleh pemerintah, pemerintah daerah, dunia usaha, dan masyarakat secara menyeluruh, sinergis, dan berkesinambungan.⁵⁰⁹

Menurut Pasal 5 UU No. 20 Tahun 2008, tujuan pemberdayaan UMKM adalah untuk:

- a. mewujudkan struktur perekonomian nasional yang seimbang, berkembang, dan berkeadilan;
- b. menumbuhkan dan mengembangkan kemampuan UMKM menjadi usaha yang tangguh dan mandiri (menumbuhkan iklim usaha); dan
- c. meningkatkan peran UMKM dalam pembangunan daerah, penciptaan lapangan kerja, pemerataan pendapatan, pertumbuhan ekonomi, dan pengentasan rakyat dari kemiskinan⁴.

Untuk menumbuhkan iklim usaha UMKM, pemerintah dan pemerintah daerah menetapkan peraturan perundang-undangan dan kebijakan yang meliputi aspek pendanaan, sarana dan prasarana, informasi usaha, kemitraan, perizinan usaha, kesempatan berusaha, promosi dagang, dan dukungan kelembagaan.⁵¹⁰

Menurut Pasal 11 UU No. 20 Tahun 2008, dalam kemitraan diharapkan terjadi kemitraan antar UMKM, antara UMKM dan usaha besar, hubungan yang saling menguntungkan dalam pelaksanaan transaksi usaha antar UMKM, hubungan yang saling menguntungkan dalam pelaksanaan transaksi usaha antara UMKM dan usaha besar, dan terbentuk struktur pasar yang menjamin tumbuhnya persaingan usaha yang sehat dan melindungi konsumen. Selain itu, dalam kemitraan, harus ada usaha untuk mencegah terjadinya penguasaan pasar dan pemusatan usaha oleh orang perorangan atau kelompok tertentu yang merugikan UMKM.

Kemitraan antar UMKM dan kemitraan antara UMKM dengan usaha besar mencakup proses alih keterampilan di bidang produksi dan pengolahan, pemasaran, permodalan, sumber daya manusia, dan teknologi.⁵¹¹ Adapun pola-pola kemitraan adalah: inti-plasma, subkontrak, waralaba, perdagangan umum, distribusi dan keagenan, dan bentuk-bentuk kemitraan lain, seperti: bagi hasil, kerja sama operasional, usaha patungan (*joint venture*), dan penyumberluaran (*outsourcing*).⁵¹²

Dalam UU No. 20 Tahun 2008, dalam kemitraan, usaha besar diwajibkan untuk membina dan mengembangkan UMKM, memberikan dukungan kepada UMKM, memberikan kesempatan dan

⁵⁰⁸ Penjelasan UU No. 20 Tahun 2008.

⁵⁰⁹ *Ibid.*

⁵¹⁰ *Ibid.* Pasal 7 ayat (1).

⁵¹¹ Pasal 25 ayat (1) UU No. 20 Tahun 2008.

⁵¹² Pasal 26 UU No. 20 Tahun 2008.

mendahulukan UMKM yang memiliki kemampuan, dan lain sebagainya.⁵¹³ Di samping itu, dalam pelaksanaan kemitraan, para pelaku usaha yang terlibat dilarang melanggar hukum persaingan. Pasal 35 menyatakan usaha besar dilarang memiliki dan/atau menguasai UMKM sebagai mitra usahanya. Begitu juga usaha menengah dilarang melakukan hal yang sama.

Agar kemitraan sebagaimana tersebut di atas tidak melanggar hukum persaingan, maka kemitraan harus diawasi. Pasal 36 ayat (2) UU No. 20 Tahun 2008 secara tidak langsung menunjuk KPPU untuk melakukan pengawasan.⁵¹⁴

Peraturan Pemerintah No. 17 Tahun 2013 tentang Pelaksanaan Undang-Undang No. 8 Tahun 2008 tentang Usaha Mikro, Kecil, dan Menengah (PP No. 17 Tahun 2013) dalam Pasal 31 ayat (1) secara tegas menunjuk KPPU sebagai pengawas agar pelaksanaan kemitraan menjunjung tinggi prinsip-prinsip kemitraan, yakni saling membutuhkan, saling mempercayai, saling memperkuat dan saling menguntungkan, dan juga menjunjung tinggi etika bisnis yang sehat.⁵¹⁵ Pasal 31 ayat (3) PP No. 17 Tahun 2013 memberikan wewenang kepada KPPU untuk mengeluarkan peraturan guna mengatur tentang tata cara pengawasan kemitraan. Pasal 32 – 35 PP ini juga mempertegas wewenang kepada KPPU untuk menangani perkara pelanggaran hukum persaingan dalam pelaksanaan kemitraan.

Sejauh ini, KPPU telah melakukan sosialisasi di beberapa daerah tentang tugas pengawasan pelaksanaan kemitraan ini. Bahkan KPPU mengajak masyarakat agar ikut membantu mengawasi gerak-gerik pelaku usaha besar agar tidak melakukan eksploitasi terhadap pelaku usaha kecil dan mikro dalam kemitraan dan melaporkannya ke KPPU.⁵¹⁶

Berikut ini akan dibahas implementasi wewenang KPPU tersebut dalam melakukan pengawasan dan penegakan hukum dalam pelaksanaan kemitraan. Namun, perlu dicatat, bahwa sampai dengan dibuatnya tulisan ini, belum pernah ada perkara pelanggaran hukum persaingan usaha dalam pelaksanaan kemitraan.

X.1 CAKUPAN DAN PELAKSANAAN PENGAWASAN KEMITRAAN

Berdasarkan ketentuan-ketentuan dalam UU No. 20 Tahun 2008 dan PP No. 17 Tahun 2013 tersebut di atas, KPPU telah mengeluarkan Peraturan KPPU No. 1 Tahun 2015 (Perkom 1 Tahun 2015) tentang Tata Cara Pengawasan Kemitraan dan Peraturan KPPU No. 3 Tahun 2015 tentang Tata Cara Penanganan Perkara Pelaksanaan Kemitraan (Perkom No. 3 Tahun 2015).

KPPU telah melakukan sosialisasi di beberapa daerah tentang arti penting dan tujuan pengawasan KPPU terhadap pelaksanaan kemitraan.⁵¹⁷ Tujuan pengawasan kemitraan adalah untuk melindungi struktur pasar dari adanya pemusatan ekonomi oleh kelompok usaha tertentu melalui pemilikan dan penguasaan mitra usaha. Di samping itu juga mendorong terbentuknya struktur pasar yang menjamin tumbuhnya persaingan usaha yang sehat dan melindungi konsumen. Pengawasan juga bertujuan untuk mengembangkan kerja sama untuk meningkatkan posisi tawar UMKM. Selain itu juga sebagai upaya untuk mencegah terjadinya perilaku eksploitasi atau penyalahgunaan posisi tawar (*abuse of bargaining position*) sehingga kemampuan UMKM dalam bersaing menjadi menurun

513 Pasal 27 – 29 UU No. 20 Tahun 2008.

514 Pasal 36(2) menyatakan: "Pelaksanaan kemitraan diawasi secara tertib dan teratur oleh lembaga yang dibentuk dan bertugas untuk mengawasi persaingan usaha sebagaimana diatur dalam peraturan perundang-undangan."

515 Lihat Pasal 10 PP No. 17 Tahun 2013.

516 Lihat "KPPU Ajak Pemda Awasi Pelaksanaan Kemitraan Usaha," *Neraca*, <http://www.neraca.co.id/article/72558/kppu-ajak-pemda-awasi-pelaksanaan-kemitraan-usaha> (diakses tanggal 28 Nopember 2016). Lihat juga "Lindungi UMKM, KPPU – Pemkab Jalin Kerja Sama Anti Monopoli dan Kemitraan UMKM," <http://banyuwangikab.go.id/berita-daerah/lindungi-umkm-kppu-pemkab-jalin-kerja-sama-anti-monopoli-dan-kemitraan-umkm.html> (diakses tanggal 28 Nopember 2016).

517 Misalnya di Medan. Lihat "KPPU: Perjanjian Kemitraan Bisa Dorong Persaingan Usaha Sehat," <http://waspada.co.id/sumut/kppu-perjanjian-kemitraan-bisa-dorong-persaingan-usaha-secara-sehat/> (diakses tanggal 28 Nopember 2016).

(*disadvantage compare to its competitor*), dan mencegah terjadinya eksploitasi terhadap pihak lain (UMKM) yang dapat dimanfaatkan untuk mengurangi tingkat persaingan di pasar produk (pesaing).

Dalam Pasal 3 Perkom No. 1 Tahun 2015 ditegaskan kembali larangan “penguasaan” usaha besar dan usaha menengah terhadap UMKM. Pasal 3 menjelaskan pengertian “penguasaan” tersebut, yakni, memiliki sebagian besar atau seluruh saham, modal, atau aset UMKM, atau menguasai pengambilan keputusan terhadap UMKM yang jadi mitranya. Ditegaskan pula bahwa penguasaan pengambilan keputusan merupakan bentuk pengendalian terhadap UMKM. Pengendalian bisa dilakukan secara tidak langsung melalui pemilikan dan/atau penguasaan saham, modal atau aset, hak suara, perjanjian kemitraan dan syarat-syarat perdagangan.

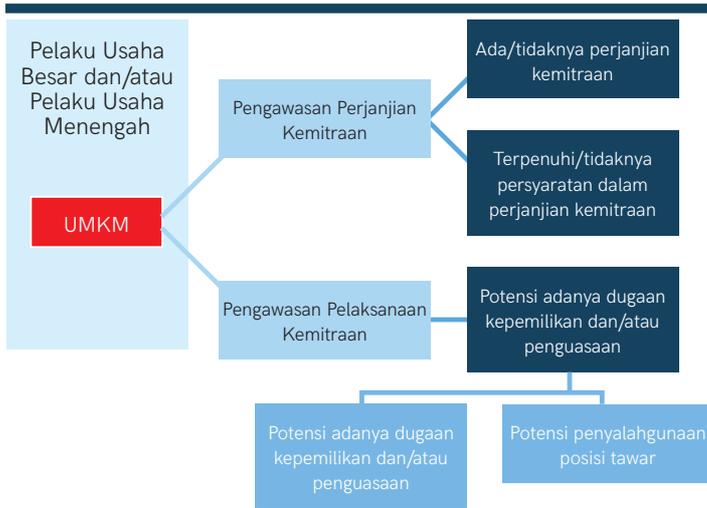
Pasal 6 Perkom No. 1 Tahun 2015 menentukan cakupan pengawasan KPPU dalam pelaksanaan kemitraan, yakni kemitraan yang dilakukan melalui pola-pola: inti-plasma, subkontrak, waralaba, perdagangan umum, distribusi dan keagenan, bagi hasil, kerja sama operasional, usaha patungan, penyumberluaran (*outsourcing*), dan lain sebagainya. Pasal 8 – 28 Perkom No. 1 Tahun 2015 mendefinisikan berbagai pola kemitraan. Intinya, KPPU mengawasi agar pola-pola kemitraan tersebut dilaksanakan sesuai ketentuan-ketentuan yang berlaku.

Inisiatif pengawasan pelaksanaan kemitraan tidak hanya berasal dari KPPU, tetapi juga dapat berasal dari kementerian dan instansi teknis, media massa, masyarakat, dan/atau sumber lain. Sayangnya, sampai dengan dituliskan artikel ini, belum pernah ada inisiatif dari mana pun untuk dilakukannya pengawasan pelaksanaan kemitraan oleh KPPU.

Dalam rangka pembuatan setiap bentuk kemitraan, para pihak harus membuat perjanjian kemitraan. Perjanjian ini harus memenuhi syarat-syarat dalam Pasal 29 dan 30 Perkom No. 1 Tahun 2015. Intinya, perjanjian tersebut harus dibuat dalam bahasa Indonesia, namun, apabila salah satu pihak adalah orang asing, maka dibuat dalam bahasa Indonesia dan bahasa asing. Perjanjian kemitraan harus memenuhi prinsip kemandirian UMKM dan tidak menciptakan ketergantungan UMKM terhadap usaha besar. Perjanjian kemitraan harus memuat: kegiatan usaha, hak dan kewajiban para pihak, bentuk pengembangan, jangka waktu dan penyelesaian sengketa. Di samping itu, perjanjian kemitraan harus dilaporkan kepada instansi teknis sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Pada intinya, ada 2 (dua) hal yang harus ditemukan dalam pengawasan KPPU. Pertama, apakah terjadi penguasaan oleh usaha besar atau usaha menengah terhadap UMKM atau tidak. Kedua, apakah perjanjian dan/atau perjanjian kemitraan serta syarat-syarat perdagangan yang dibuat sudah memenuhi syarat-syarat tertentu.

Objek Pengawasan



Sumber: KPPU, "Peranan KPPU dalam Pengawasan dan Pengakuan Hukum Pelaksanaan Kemitraan"

Untuk menentukan ada tidaknya penguasaan usaha besar dan usaha menengah terhadap UMKM, KPPU dapat melihat pemilikan dan/atau penguasaan seluruh atau sebagian besar saham, modal atau aset, hak suara, perjanjian dan/atau perjanjian kemitraan, dan syarat-syarat perdagangan. KPPU dapat melihat apakah terjadi akuisisi terhadap UMKM atau apakah terjadi pendirian perusahaan baru.⁵¹⁸

Dalam pengawasan terhadap perjanjian dan/atau perjanjian kemitraan serta syarat-syarat perdagangan, KPPU akan memperhatikan beberapa hal sebagai berikut: prinsip kemitraan, etika bisnis sehat, apakah perjanjian-perjanjian dan syarat-syarat perdagangan tersebut bertentangan dengan prinsip dasar kemandirian UMKM, apakah perjanjian-perjanjian dan syarat-syarat perdagangan tersebut menciptakan ketergantungan UMKM terhadap usaha besar, apakah perjanjian-perjanjian dan syarat-syarat perdagangan tersebut merugikan salah satu pihak, apakah kedudukan hukum para pihak yang setara, dan apakah perjanjian-perjanjian dan syarat-syarat perdagangan tersebut menciptakan penguasaan atau kepemilikan modal, saham, atau aset mitra usahanya.⁵¹⁹ Apabila setelah dianalisis memang terdapat pelanggaran, maka hasil pengawasan KPPU akhirnya ditindaklanjuti menjadi perkara inisiatif.

X.2 TATA CARA PENGAWASAN KEMITRAAN

Untuk memulai pengawasan kemitraan, KPPU membentuk Unit Kerja yang diberi tugas untuk menjalankan pengawasan pelaksanaan kemitraan. Kemudian Unit Kerja ini membentuk Tim Pengawasan Pelaksanaan Kemitraan (TPPK). TPPK dapat melibatkan Kementerian Koperasi dan Usaha Kecil dan Menengah dan/atau kementerian teknis/lembaga pemerintah nonkementerian terkait.⁵²⁰

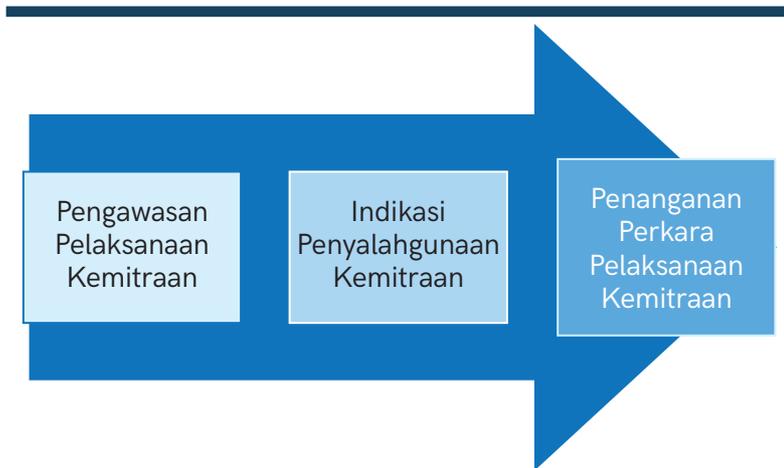
⁵¹⁸ Pasal 31 ayat (1) – (3) Perkom No. 1 Tahun 2015.

⁵¹⁹ Pasal 31 ayat (4) Perkom No. 1 Tahun 2015.

⁵²⁰ Pasal 32 Perkom No. 1/ 2015.

Kemudian, TPPK bertugas mencari data dan/atau informasi berkaitan dengan kemungkinan pelanggaran prinsip kemitraan dan etika bisnis yang sehat dalam pelaksanaan kemitraan. Dalam melaksanakan tugas ini, TPPK mempunyai beberapa wewenang, misalnya melakukan monitoring terhadap hubungan kemitraan yang dilakukan UMKM dan usaha besar, melakukan wawancara, melakukan pertemuan, meminta data dan informasi serta laporan dari UMKM dan usaha besar, meminta keterangan dari pemerintah, melakukan analisis hasil pengawasan, membuat laporan hasil pengawasan, dan melaporkan hasil pengawasan dalam Rapat Komisi KPPU,⁵²¹ dan wewenang-wewenang lain yang diatur dalam Pasal 34 Perkom No.1 Tahun 2015.

Pengawasan -> Penegakan hukum



Setelah TPPK selesai melakukan pengawasan, TPPK melaporkan dalam Rapat Komisi KPPU. Kemudian KPPU bisa memberikan rekomendasi yang berupa: pembinaan, pendaftaran perjanjian kemitraan dan pencabutan izin usaha oleh instansi yang berwenang, saran atau pertimbangan, dan/atau tindak lanjut perkara inisiatif sesuai dengan Peraturan KPPU No. 3 Tahun 2015 tentang Tata Cara Penanganan Perkara Pelaksanaan Kemitraan (Perkom No. 3 Tahun 2015).

X.3 TATA CARA PENANGANAN PERKARA PELAKSANAAN KEMITRAAN

Menurut Pasal 2 Perkom No. 2 Tahun 2015, ada 2 (dua) macam penanganan perkara pelaksanaan kemitraan, yakni penanganan perkara berdasarkan laporan tertulis dari setiap orang atau pelaku usaha, dan penanganan perkara berdasarkan inisiatif dari KPPU sendiri. Apabila berdasarkan laporan, maka penanganan perkara dilakukan melalui beberapa tahap sebagai berikut:

1. Klarifikasi,
2. Penyelidikan,
3. Pemberkasan, dan
4. Sidang Majelis Komisi.

⁵²¹ Pasal 33 Perkom No. 1/ 2015.

Penanganan perkara berdasarkan inisiatif KPPU dilakukan melalui beberapa tahap sebagai berikut:

- a. Kegiatan inisiatif,
- b. Penyelidikan,
- c. Pemberkasan, dan
- d. Sidang Majelis Komisi.

Diawali dengan Rapat Komisi untuk menentukan tahapan penanganan perkara. Dalam hal ini Rapat Komisi berwenang untuk menghentikan atau memperpanjang jangka waktu penyelidikan, menetapkan pemeriksaan pendahuluan, menetapkan status terlapor, perjanjian dan/atau kegiatan serta ketentuan UU No. 5 Tahun 1999 yang diduga dilanggar terlapor, menetapkan monitoring pelaksanaan peringatan tertulis, menetapkan pemeriksaan lanjutan, menetapkan musyawarah majelis komisi, dan menetapkan pemeriksaan tambahan.⁵²²

Setelah itu, ketua KPPU akan melaksanakan keputusan Rapat Komisi tersebut. Untuk itu ketua mempunyai beberapa wewenang, antara lain: menerbitkan keputusan KPPU terkait dengan wewenang-wewenang Rapat Komisi tersebut di atas, menerbitkan surat peringatan tertulis pertama, kedua dan ketiga, membentuk tim monitoring pelaksanaan peringatan tertulis, meminta bantuan Kepolisian Negara untuk melakukan pengawalan dan pengamanan dalam proses penyelidikan dan/atau pemeriksaan apabila terlapor dan saksi yang dipanggil dan diperiksa menolak dipanggil atau menolak diperiksa, menghambat proses penyelidikan dan/atau pemeriksaan, dan lain sebagainya. Ketua KPPU juga berwenang untuk berkoordinasi dengan Kepolisian apabila ditemukan tindak pidana dalam proses penyelidikan dan/atau pemeriksaan, terlapor tidak melaksanakan putusan KPPU yang telah berkekuatan hukum tetap, dan lain sebagainya.⁵²³

Ketua KPPU kemudian mengugaskan majelis komisi untuk menangani perkara. Majelis komisi mempunyai tugas melakukan pemeriksaan pendahuluan, membuat dan melaporkan hasil pemeriksaan pendahuluan kepada Rapat Komisi, melaksanakan pemeriksaan lanjutan, melakukan musyawarah majelis komisi untuk menilai, menyimpulkan dan memutuskan ada tidaknya pelanggaran UU No. 5 Tahun 1999, dan menyusun, menandatangani dan membacakan putusan KPPU.⁵²⁴ Untuk melaksanakan tugas tersebut, maka majelis komisi mempunyai beberapa wewenang sebagaimana yang diatur dalam Pasal 6 ayat (2) Perkom No. 3 Tahun 2015.

Perkom No. 3 Tahun 2015 mengatur juga hak dan kewajiban para pihak yang terlibat. Misalnya, Terlapor mempunyai hak untuk mendapatkan *due process of law*. Terlapor selain mempunyai kewajiban-kewajiban, juga berhak untuk memperoleh pemberitahuan yang layak dalam semua tahapan penanganan perkara, mendapatkan peringatan tertulis, memberikan tanggapan dan/atau pembelaan, mendapatkan salinan Putusan KPPU dan mengajukan keberatan terhadap Putusan KPPU ke Pengadilan Negeri.⁵²⁵ Perkom No. 3 Tahun 2015 juga mengatur hak dan kewajiban saksi dan ahli dan penerjemah tersumpah.⁵²⁶

Perkom No. 3 Tahun 2015 juga mengatur tugas dan wewenang investigator penyidik, investigator penuntut dan panitera,⁵²⁷ alat bukti yang bisa dipakai dalam penanganan perkara,⁵²⁸

⁵²² Pasal 3 Perkom No. 3 Tahun 2015.

⁵²³ Pasal 4 ayat (1) dan (2) Perkom No. 3 Tahun 2015.

⁵²⁴ Pasal 6 ayat (1) Perkom No. 3 Tahun 2015.

⁵²⁵ Pasal 8 ayat (1) Perkom No. 3 Tahun 2015.

⁵²⁶ Pasal 9 - 11 Perkom No. 3 Tahun 2015.

⁵²⁷ Pasal 12 - 14 Perkom No. 3 Tahun 2015.

⁵²⁸ Pasal 15, 18 - 20 Perkom No. 3 Tahun 2015.

syarat-syarat saksi⁵²⁹ dan ahli.⁵³⁰

Berdasarkan Pasal 32 sampai dengan Pasal 34 PP No. 17 Tahun 2013, tata cara penanganan perkara pelaksanaan kemitraan adalah sebagai berikut:

1. Pemeriksaan dilakukan oleh KPPU;
2. Pemeriksaan berdasarkan laporan atau inisiatif;
3. Pemeriksaan Pendahuluan;
4. Peringatan tertulis (maksimal 3 kali);
5. Pemeriksaan Lanjutan;
6. Putusan mengenai sanksi administratif (pencabutan izin usaha dan/atau denda).

Kemudian Pasal 35 PP No. 17 Tahun 2013 menegaskan KPPU untuk mengatur lebih lanjut tata cara tersebut, maka diterbitkanlah Perkom No. 3 Tahun 2015. Adapun proses penanganan perkara pelaksanaan kemitraan menurut Perkom No. 3 Tahun 2015 adalah sebagai berikut:

1. Ada laporan atau inisiatif KPPU;
2. Penyelidikan;
3. Pemberkasan;
4. Gelar laporan;
5. Sidang Majelis Komisi Pemeriksaan Pendahuluan;
6. Monitoring Pelaksanaan Peringatan Tertulis;
7. Sidang Majelis Komisi Pemeriksaan Lanjutan;
8. Musyawarah Majelis Komisi;
9. Putusan.⁵³¹

Putusan KPPU diambil dalam musyawarah majelis komisi dengan cara musyawarah atau *voting*. Dalam pengambilan putusan KPPU, diperbolehkan *dissenting opinion*, yang dibuat secara tertulis dan merupakan bagian yang tidak terpisahkan dari putusan KPPU. Majelis komisi wajib membacakan putusan KPPU dalam sidang yang terbuka untuk umum.⁵³²

Petikan putusan KPPU harus disampaikan kepada terlapor paling lambat 14 hari setelah putusan tersebut diambil.⁵³³ Terlapor selanjutnya diberi kesempatan untuk mengajukan keberatan ke PN dalam waktu maksimal 14 hari setelah diterimanya petikan putusan KPPU atau setelah Putusan KPPU diunggah di situsnya.⁵³⁴ Kemudian, pihak yang keberatan terhadap putusan PN boleh mengajukan kasasi ke MA dalam waktu 14 hari setelah putusan PN tersebut dikeluarkan.⁵³⁵ Tata cara pengajuan upaya keberatan dan kasasi mengacu kepada Peraturan MA yang berlaku.

Apabila terlapor tidak mengajukan keberatan dalam waktu yang ditentukan tersebut di atas, maka putusan KPPU menjadi berkekuatan hukum tetap dan terlapor wajib melaksanakannya.⁵³⁶ Dalam hal ini, ketua KPPU harus mengajukan Permohonan Penetapan Eksekusi Putusan KPPU kepada PN tempat kedudukan hukum Terlapor.⁵³⁷ Apabila terlapor tidak melaksanakan putusan

529 Pasal 16 Perkom No. 3 Tahun 2015.

530 Pasal 17 Perkom No. 3 Tahun 2015.

531 Pasal 21 – 52 Perkom No. 3 Tahun 2015.

532 Pasal 54 ayat (1) Perkom No. 3 Tahun 2015.

533 Pasal 55 ayat (1) Perkom No. 3 Tahun 2015.

534 Pasal 57 Perkom No. 3 Tahun 2015.

535 Pasal 58 Perkom No. 3 Tahun 2015.

536 Pasal 63 ayat (1) Perkom No. 3 Tahun 2015.

537 Pasal 64 Perkom No. 3 Tahun 2015.

KPPU yang telah berkekuatan hukum tetap, maka ketua KPPU akan berkoordinasi dengan Kepolisian RI untuk dapat dilakukan tindakan tertentu.⁵³⁸ Akibat dari tidak dilaksanakannya putusan KPPU yang telah berkekuatan hukum tetap adalah terlapor dapat dituntut secara pidana.

Menurut Pasal 32 ayat (1) dan 34 ayat (1) PP No. 17 Tahun 2013, dan sesuai dengan Pasal 36 dan 47 UU No. 5 Tahun 1999, KPPU dapat menjatuhkan sanksi administrasi kepada pelaku usaha yang terbukti telah melanggar UU No. 5 Tahun 1999. Sanksi administrasi tersebut bisa berupa pencabutan izin usaha, pembatalan perjanjian kemitraan, dan/atau denda administratif minimal 1 (satu) milyar dan maksimal 25 (dua puluh lima) milyar rupiah.

⁵³⁸ Pasal 65 Perkom No. 3 Tahun 2015.

BAB XI
**REZIM PERSAINGAN
USAHA DI ASEAN**

A series of horizontal, wavy lines in various shades of blue and grey, flowing from left to right across the bottom half of the page.

XI.1 Sejarah Berdirinya ASEAN

ASEAN (*Association of South East Asian Nations*) adalah organisasi antar negara yang berada di kawasan Asia Tenggara. Pada tanggal 5 Agustus 1967, lima negara dari negara-negara Asia Tenggara, yaitu Indonesia, Singapura, Malaysia, Filipina dan Thailand mengadakan pertemuan (Konferensi) di Bangkok dan menghasilkan Persetujuan Bangkok tanggal 8 Agustus 1967. ASEAN dibentuk dengan tujuan untuk mempromosikan kerjasama politik dan ekonomi dan stabilitas regional. Laos dan Myanmar mengakui keanggotaan penuh Juli 1997 dan Kamboja menjadi anggota kesepuluh ASEAN pada tahun 1999. Tanggal 7 Januari 1984 Brunei Darussalam masuk sebagai anggota baru dan 28 Juli 1985 Vietnam masuk sebagai anggota ASEAN. Myanmar dan Laos menjadi anggota ASEAN pada tanggal 28 Juli 1997 dan Kamboja pada tanggal 16 Desember 1998. Sampai sekarang ASEAN beranggotakan 10 Negara.

Deklarasi ASEAN 1967 adalah dokumen pendiri ASEAN yang mengadopsi prinsip-prinsip perdamaian dan kerjasama yang didedikasikan ASEAN. Tujuan mendirikan ASEAN adalah:

1. Mempercepat pertumbuhan ekonomi dan kemajuan sosial budaya di Asia Tenggara
2. Memajukan perdamaian dan stabilitas regional
3. Memajukan kerjasama dan saling membantu kepentingan bersama dalam bidang ilmu pengetahuan dan teknologi.
4. Memajukan kerjasama dalam bidang pertanian, industri, perdagangan, pengangkutan, dan komunikasi
5. Memajukan penelitian bersama mengenai masalah-masalah di Asia Tenggara
6. Memelihara kerjasama yang lebih erat dengan organisasi-organisasi internasional dan regional.

Piagam ASEAN dimulai pada 15 Desember 2008 dengan adanya Komunitas ASEAN yang terdiri dari tiga pilar, Politik Keamanan, Ekonomi dan Sosial-Budaya. Setiap pilar memiliki cetak biru sendiri yang disetujui di tingkat puncak. Dalam perkembangannya, ASEAN berusaha mendorong perkembangan pengintegrasian kawasan untuk meningkatkan kekuatan secara keseluruhan. Zona perdagangan bebas ASEAN diaktifkan tanggal 1 Januari 2002. Tujuannya untuk mewujudkan bea masuk nol persen. Pada bulan Oktober 2003, Deklarasi Bali dinyatakan antara lain berbunyi untuk membangun ASEAN sebagai masyarakat ekonomi, keamanan dan kebudayaan sebelum tahun 2020. Sejak tahun 2005, para menteri ekonomi dari 10 negara anggota ASEAN telah menandatangani tiga persetujuan tentang pembangunan masyarakat ekonomi (*ASEAN Economic Community*), yang menyangkut bidang-bidang perdagangan, pariwisata, penerbangan, pergudangan, distribusi serta penerbangan dan visa. Guna mempercepat tercapainya agenda Masyarakat Ekonomi ASEAN (MEA), sebuah ASEAN Economic Community Blueprint disahkan pada tahun 2007.

XI.2 Masyarakat Ekonomi ASEAN (MEA)

MEA (Masyarakat Ekonomi ASEAN) adalah sebuah agenda integrasi ekonomi negara-negara ASEAN yang bertujuan untuk menghilangkan, jika tidak, meminimalisasi hambatan-hambatan di dalam melakukan kegiatan ekonomi lintas kawasan, misalnya dalam perdagangan barang, jasa dan investasi. Tujuannya agar daya saing ASEAN dapat meningkat serta menyaingi negara-negara lainnya untuk menarik investor asing. Karena penanaman modal asing dibutuhkan untuk meningkatkan lapangan pekerjaan dan meningkatkan kesejahteraan masyarakat.

Tujuan utama diadakannya MEA 2015 adalah untuk menghilangkan secara signifikan hambatan-hambatan kegiatan ekonomi lintas kawasan dan diimplementasikan melalui 4 pilar utama yaitu:

1. ASEAN sebagai pasar tunggal dan basis produksi internasional (*single market and production base*) dengan elemen aliran bebas barang, jasa, investasi, tenaga kerja terdidik, dan aliran modal yang lebih bebas
2. ASEAN sebagai kawasan dengan daya saing ekonomi yang tinggi (*competitive economic region*), dengan elemen peraturan kompetisi, perlindungan konsumen, hak atas kekayaan intelektual, perkembangan infrastruktur, perpajakan, dan *e-commerce*
3. ASEAN sebagai kawasan dengan perkembangan ekonomi yang merata (*Equitable Economic Development*) dengan elemen pengembangan usaha kecil dan menengah, dan prakarsa integrasi ASEAN untuk negara-negara CMLV (Kamboja, Myanmar, Laos, dan Vietnam)
4. ASEAN sebagai kawasan yang terintegrasi secara penuh dengan perekonomian global (*integration into the global economy*) dengan elemen pendekatan yang koheren dalam hubungan ekonomi di luar kawasan, dan meningkatkan peran serta dalam jejaring produksi global.

XI.3 Hukum Persaingan Usaha di ASEAN

Diskusi terkait hukum dan kebijakan persaingan di ASEAN dimulai dengan dilaksanakannya konferensi pertama terkait persaingan usaha pada tahun 2003 yang diinisiasi oleh Indonesia dan Thailand, yang saat itu merupakan dua negara memiliki hukum persaingan usaha, dengan dukungan dari Sekretariat ASEAN. Diskusi di konferensi tersebut mendukung kebutuhan bagi suatu dialog rutin antar negara atas substansi tersebut. Setelah beberapa pertemuan, berbagai negara sepakat untuk membentuk suatu forum informal bersama, yang dinamakan *ASEAN Consultative Forum on Competition* (ACFC) pada tahun 2004 dan mulai melakukan pertemuan rutinnya pada tahun 2006.

Kebijakan persaingan usaha merupakan salah satu bagian dari pilar 'highly competitive economic region', dengan beberapa target yakni (i) pengenalan kebijakan persaingan; (ii) pembentukan pedoman persaingan usaha di kawasan; (iii) pembentukan jaringan kerja sama antar otoritas persaingan usaha; dan (iv) pengembangan kapasitas lembaga atas substansi tersebut.

Sejalan dengan salah satu target AEC Blueprint 2015 tersebut, anggota ACFC menyepakati agar mereka mengtransformasi forum informasi tersebut menjadi badan sektoral resmi di bawah naungan ASEAN, yang dinamakan *ASEAN Experts Group on Competition* (AEGC). AEGC saat ini beranggotakan perwakilan berbagai otoritas persaingan usaha di ASEAN, dan telah melakukan sidang pertamanya di tahun 2008 guna mewujudkan berbagai target lain di AEC Blueprint 2015.

Pasca 2015, guna mendukung suksesnya kebijakan integrasi ekonomi regional melalui MEA 2015, negara-negara anggota ASEAN khususnya dalam AEGC, berkomitmen untuk menerapkan hukum persaingan usaha di ASEAN yang selanjutnya diterjemahkan ke dalam Rencana Aksi Kompetisi ASEAN (*ASEAN Competition Action Plan, ACAP*) 2025 dan disahkan oleh Dewan MEA pada tahun 2016. Melalui ACAP 2025, kebijakan strategis yang tercantum dalam Cetak Biru MEA dituangkan lebih rinci ke dalam tujuan, inisiatif, dan hasil yang diharapkan dengan batas waktu dan sasaran yang telah ditentukan.

Sebagai inisiatif regional yang mendukung visi utama ASEAN menuju wilayah kompetitif, inovatif, dan dinamis dengan kebijakan kompetisi yang efektif dan progresif, ACAP 2025 bertujuan untuk memastikan tersedianya prasyarat-prasyarat yang diperlukan untuk penegakan persaingan yang efektif di negara anggota ASEAN. Sejalan dengan itu, tujuan strategis ACAP 2025 meliputi:

- Didirikannya rejim persaingan yang efektif di semua negara anggota ASEAN;
- Ditingkatkannya kapasitas badan-badan yang terkait dengan kompetisi di negara anggota ASEAN untuk menerapkan hukum maupun kebijakan kompetisi dengan efektif;

- Adanya pengaturan kerjasama regional hukum dan kebijakan kompetisi;
- Dibinanya kawasan ASEAN yang sadar kompetisi; dan
- Bergerak menuju harmonisasi yang lebih besar antara kebijakan dan hukum persaingan di ASEAN.

Sepuluh tahun sejak berdirinya, AEGC telah membuat langkah-langkah signifikan untuk menciptakan lapangan bermain yang seimbang untuk bisnis dengan memfasilitasi pemberlakuan dan penegakan undang-undang persaingan, mendukung pengembangan kapasitas dan kelembagaan badan persaingan, serta menanamkan budaya persaingan usaha yang sehat. Capaian-capaian AEGC antara lain meliputi: *ASEAN Regional Guidelines on Competition Policy*, *Guidelines on Developing Core Competencies in Competition Policy and Law for ASEAN*, *Handbook on Competition Policy and Law in ASEAN for Business*, *Toolkit for Competition Advocacy in ASEAN*, *ASEAN Self-Assessment Toolkit on Competition Enforcement and Advocacy*, dan *Capacity Building Roadmap*.

Hingga tahun 2017, undang-undang persaingan yang komprehensif telah berlaku di hampir semua negara-negara anggota ASEAN. Indonesia dan Thailand adalah yang pertama kali memberlakukan undang-undang persaingan pada tahun 1999, diikuti oleh Singapura dan Vietnam pada tahun 2004 dan Malaysia pada tahun 2010. Empat negara lainnya adalah Brunei Darussalam, Laos, Myanmar dan Filipina telah memberlakukan undang-undang kompetisi mereka pada tahun 2015 dan sekarang sedang dalam proses pembentukan otoritas persaingan masing-masing dan mengembangkan peraturan / pedoman untuk penegakan hukum yang efektif. Sementara itu, Kamboja sedang dalam proses penyusunan undang-undang persaingan yang akan segera disahkan. Selain itu, Indonesia, Thailand dan Vietnam sedang dalam proses memperkuat undang-undang mereka untuk memastikan penegakan hukum mereka lebih efektif.

Dalam suatu ekonomi pasar yang terintegrasi di tingkat regional memerlukan hukum persaingan dan lembaga pengawasnya. Dalam hal ini, negara-negara anggota ASEAN mempunyai pemikiran sama bahwa hukum persaingan yang efektif bersifat suatu perintah, walaupun beberapa mereka memiliki perbedaan mengenai bagaimana hukum persaingan sebaiknya diterapkan. Walaupun ada perbedaan di antara anggota negara-negara ASEAN terhadap perlu tidaknya hukum persaingan ASEAN oleh karena dipengaruhi oleh keadaan dan kondisi masing-masing negara, negara-negara anggota ASEAN sepakat bahwa diperlukan adanya hukum persaingan dan lembaga antimonopoli di negara masing-masing, karena:

1. Hukum dan kebijakan persaingan mengatur perilaku pelaku usaha di tingkat regional, yaitu mengatur kegiatan ekonomi apa saja yang boleh dan yang dilarang dilakukan oleh pelaku usaha, baik itu secara horizontal, vertikal maupun diagonal. Dan mengatur pelaksanaan merger dan akuisisi di tingkat regional, yaitu sejauh mana dua atau lebih pelaku usaha dapat melakukan merger atau akuisisi yang tidak mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat di negara anggota ASEAN, di mana merger dan akuisisi tersebut akan dilaksanakan;
2. Hukum dan kebijakan persaingan menerima peran penting negara untuk mengatur perilaku pelaku usaha. Negara tidak lagi sebagai pelaku usaha, tetapi sebagai fasilitator dan pengawas melalui kebijakan dan peraturan perundang-undangan yang diterbitkannya. Dalam hal ini perilaku pelaku usaha di wilayah negara ASEAN secara integral perlu didelegasikan oleh masing-masing negara kepada satu lembaga, yaitu lembaga antimonopoli sebagai pengawas pelaksana hukum persaingan ASEAN. Oleh karena itu, kelak dalam hukum persaingan ASEAN harus ditetapkan pembentukan lembaga antimonopoli tersebut;
3. Melalui hukum persaingan usaha dan lembaga antimonopoli, persaingan akan lebih kompetitif. Dengan adanya hukum persaingan tersebut pelaku usaha akan lebih efisien dalam memproduksi

barang atau jasanya, supaya tetap dapat bersaing pada pasar yang bersangkutan. Hal ini ujung-ujungnya akan menguntungkan konsumen, karena konsumen mempunyai alternatif untuk memilih harga yang lebih murah pada pasar yang bersangkutan.

Dalam memfasilitasi pemberlakuan undang-undang persaingan di negara-negara anggota ASEAN, sebuah Pedoman Regional ASEAN mengenai Kebijakan Persaingan diluncurkan pada Pertemuan Menteri Ekonomi ASEAN ke-42 di tahun 2010. Panduan ini menetapkan berbagai pilihan kebijakan dan kelembagaan yang menjadi panduan referensi untuk negara-negara anggota ASEAN dalam upaya menciptakan persaingan sehat dan berfungsi untuk mengenalkan, menerapkan dan mengembangkan kebijakan persaingan sesuai dengan konteks hukum dan ekonomi masing-masing di negara-negara anggota ASEAN.

Berikut ini diuraikan berbagai hukum persaingan usaha beserta institusi yang memiliki otoritas dalam mempromosikan dan menegakkan hukum persaingan usaha di tingkat nasional. Namun demikian, penting untuk dicatat bahwa beberapa negara anggota ASEAN, termasuk Indonesia, saat ini sedang melakukan revisi terhadap undang-undang yang mentor persaingan usaha di negaranya masing-masing. Hal ini dapat menimbulkan perubahan-perubahan kerangka institutional maupun ketentuan substantif dan penagakannya di kemudian hari.

XI.3.1 Brunei Darussalam

Dengan komitmen untuk memperkenalkan Hukum Persaingan Usaha yang selaras dengan yang disampaikan pada *ASEAN Economic Community (AEC) 2015*, maka diberlakukanlah *The Competition Order of Brunei Darussalam*. Brunei Competition Order bertujuan untuk mempromosikan efisiensi pasar dan kesejahteraan konsumen terhadap pembangunan ekonomi di Brunei Darussalam.

XI.3.1.a. Hukum

Hukum yang mengatur tentang persaingan usaha di Brunei Darussalam disebut dengan *Constitution of Brunei Darussalam, Competition Order 2015*, yang disahkan pada tanggal 7 Januari 2015. Pengenalan dari ketentuan hukum persaingan usaha ini ditujukan untuk mencegah praktik manipulasi pasar dan kartel yang dapat mempengaruhi keseimbangan pasar.

Dalam hal ini juga, *Brunei Competition Order* ini juga diharapkan dapat menciptakan lingkungan bisnis yang lebih sehat dan untuk menarik investor asing untuk menanam saham guna membantu meningkatkan kesejahteraan rakyat.

Brunei Competition Order memberi beberapa fungsi dan juga kewenangan kepada *Competition Commissions* dan *Competition Tribunal* untuk meningkatkan perkembangan hukum persaingan usaha. *The Brunei Competition Order* melarang 3 kegiatan yang berindikasi kejahatan, yaitu:

- a. *Anti Competition Agreements*
- b. *Abuse of dominant Power*
- c. *Anti competitive Mergers*

Pelaksanaan *Brunei Competition Order* dan pemberlakuan larangan utama di bawah Order akan dimulai secara bertahap, dimulai dengan pengaturan kelembagaan untuk otoritas persaingan dan advokasi. Sementara, upaya advokasi lainnya termasuk pengembangan materi advokasi seperti video tentang larangan perjanjian anti persaingan, selebaran dan situs web.

Implementasi dari semua aspek di dalam *Brunei Competition Order* ini akan dimulai dari beberapa fase/bagian. dan susunan struktural beserta proses rekrutmen keanggotaannya sedang berjalan sampai saat ini. Saat ini, Divisi Persaingan sedang mengerjakan draft akhir untuk Pedoman Persaingan Usaha, yang akan diterbitkan pada kuartal dua tahun 2017. Dalam kerangka legislatif, empat peraturan lain yang terkait dengan hukum persaingan usaha yang telah rampung, yaitu;

- i) Peraturan Persaingan 2015,
- ii) Peraturan Persaingan (Ketentuan Peralihan) 2015,
- iii) Peraturan Persaingan (Banding) 2015, dan
- iv) Peraturan Persaingan (Pelanggaran) 2015.

XI.3.1.b. Otoritas

Divisi Persaingan dibentuk pada bulan Juli 2016 untuk bergabung dengan divisi yang bertanggung jawab atas urusan konsumen di Departemen Perencanaan dan Pengembangan Ekonomi di bawah Kantor Perdana Menteri. Divisi Persaingan dan Urusan Konsumen ini adalah badan administratif, advokasi, investigasi dan juga akan menjadi sekretariat Komisi Persaingan Brunei.

Lebih lanjut, pada tanggal 1 Agustus 2017, Competition Commission of Brunei Darussalam resmi dibentuk dengan dipilihnya Ketua dan Anggota Komisi tersebut. Komisi akan bertanggung jawab untuk melakukan dengar pendapat, membuat keputusan kasus dan menentukan adu penalti. Di bawah *Brunei Competition Order* 2015, Pengadilan Banding juga diharapkan dapat dibentuk pada tahap selanjutnya.

Divisi Persaingan telah menggelar kerja advokasi sesuai dengan Rencana Komunikasi Persaingan sejak November 2016 melalui sesi perjanjian. Rencana tersebut dengan jelas mendefinisikan pemangku kepentingan utama yang ditargetkan dengan pesan kunci yang disesuaikan. Rencananya akan dilakukan dalam tiga tahap:

- a. Fase Satu: kementerian / lembaga kunci dan anggota dewan legislatif;
- b. Fase Dua: komunitas bisnis dan asosiasi; dan
- c. Fase Tiga: masyarakat umum, media, akademisi dan konsumen.

XI.3.2 Kamboja

Mengadopsi hukum persaingan usaha menjadi salah satu komitmen yang diterapkan oleh Pemerintah Kamboja sebagai anggota ASEAN. Sejalan dengan komitmen ini, Menteri Perekonomian Kamboja telah membuat Tim Penyusun Undang-Undang Hukum Persaingan Usaha yang tugasnya merancang hukum persaingan, menjadi fasilitator di setiap proses pemberlakuan undang-undang ini, dan mendiskusikan kasus-kasus terkait persaingan usaha.

XI.3.2.a. Hukum

Rancangan Undang-Undang Persaingan mengacu pada Pedoman Regional ASEAN mengenai Persaingan. Tujuan diciptakannya undang-undang ini adalah menangani kasus-kasus persaingan usaha yang dinilai tidak sah dan juga untuk mempromosikan hukum persaingan usaha, serta melindungi para pelaku bisnis menengah kecil di Kamboja.

Kementerian Perdagangan Kamboja berkomitmen untuk mempercepat proses penyusunan dan bertujuan untuk menyerahkan rancangan undang-undang tersebut ke Dewan Menteri dan

kemudian ke Parlemen pada akhir tahun 2017. Seperti yang telah dijadwalkan, rancangan undang-undang ini akan disahkan pada tahun 2017.

Rancangan Undang-Undang Persaingan juga dikonsultasikan dengan beberapa kementerian dan lembaga terkait, termasuk sektor swasta. Di antaranya adalah, Kementerian Perdagangan Kamboja melakukan kunjungan studi ke KPPU pada Februari 2017 untuk belajar dari pengalaman KPPU dan tantangan dalam menegakkan undang-undang persaingan.

XI.3.2.b. Otoritas

Berdasarkan draf undang-undang saat ini, sebuah Komisi Persaingan Kamboja akan dibentuk, dan sesuai dengan Keputusan Pemerintah No. 127 tertanggal Juni, 2016, Departemen Persaingan (DOC), Direktorat Jenderal CAMCONTROL Kementerian Perdagangan, akan dibentuk sebagai badan yang bertanggung jawab untuk menegakkan hukum. Untuk meningkatkan kapasitas lembaga muda, DOC telah menyelenggarakan Lokakarya untuk Agen Kompetisi Muda di ASEAN.

XI.3.3. Indonesia

Sebagai salah satu negara yang memelopori kelahiran undang-undang yang mengatur persaingan usaha di tahun 1999, Indonesia merupakan salah satu negara yang berhasil menerapkan hukum persaingan usaha dengan cukup aktifnya lembaga KPPU dalam mempromosikan dan menegakkan UU No. 5 Tahun 1999 tentang Persaingan Usaha di Indonesia.

XI.3.3.a. Hukum

Dalam hal substansi, secara obyektif dapat dikatakan bahwa UU No. 5 Tahun 1999 belum sempurna. Hal ini diakui pula oleh para pihak yang terlibat dalam penyusunan undang-undang ini. Oleh karenanya, perlu dilakukan perbaikan-perbaikan terhadap undang-undang tersebut di masa datang. Terlepas dari beberapa kekurangan dari UU No. 5 Tahun 1999, undang-undang ini telah mengisi kekosongan hukum di bidang persaingan usaha di Indonesia.

Di samping itu, KPPU telah mengeluarkan produk hukum yang menjadi indikator berkembangnya hukum persaingan usaha di Indonesia, antara lain Peraturan KPPU No. 1 Tahun 2009 tentang Pranotifikasi Penggabungan, Peleburan, dan Pengambilalihan, Peraturan KPPU No. 2 Tahun 2009 tentang Pedoman Pengecualian Penerapan UU No. 5 Tahun 1999 dengan Hak atas Kekayaan Intelektual, Peraturan KPPU No. 3 Tahun 2010 tentang Pedoman Pelaksanaan Ketentuan Pasal 51 mengenai pengecualian terhadap BUMN. Sementara aturan khusus yang menyangkut hukum acara misalnya adalah Peraturan KPPU No. 1 Tahun 2010 tentang Tata Cara Penanganan Perkara.

Peraturan yang paling banyak mendapat perhatian karena banyaknya kasus-kasus yang dilaporkan mengenai persekongkolan tender dan kartel adalah Peraturan KPPU No. 2 Tahun 2010 tentang Pedoman Pasal 22 tentang Larangan Persekongkolan dalam Tender dan Peraturan KPPU No. 4 Tahun 2010 tentang Pedoman Pelaksanaan Ketentuan Pasal 11 tentang Kartel. Demikian juga mengenai dengan Peraturan KPPU No. 13 Tahun 2010 tentang Pedoman Pelaksanaan tentang Penggabungan atau Peleburan Badan Usaha, dan Pengambilalihan Saham Perusahaan.

XI.3.3.b. Otoritas

Komisi Pengawas Persaingan Usaha atau KPPU, yang didirikan pada tahun 2000, adalah badan penolong negara yang bertanggung jawab untuk menegakkan undang-undang persaingan; UU No. 5 Tahun 1999, di semua sektor di Indonesia. Komisi memiliki lima kantor perwakilan di kota-kota

besar di seluruh Indonesia untuk membantu menegakkan hukum persaingan usaha. KPPU memiliki mandat baru berdasarkan Undang-Undang Nomor 28 Tahun 2008 tentang Usaha Mikro, Kecil dan Menengah (UMKM) yang memberi kesempatan untuk mengawasi dan memberlakukan potensi pelanggaran horizontal dalam kemitraan bisnis antara UMKM dan perusahaan berukuran besar.

Dalam hal tindakan penegakan hukum, pada 2016, 209 keluhan formal telah dipecahkan, 22 keputusan pelanggaran telah dikeluarkan dan 16 nasehat kebijakan kepada pemerintah dibuat. KPPU telah melakukan kegiatan penjangkauan intensif kepada pemangku kepentingan multi, termasuk peradilan. Selanjutnya, KPPU berhasil mengumpulkan 56% denda keuangan, menyumbang USD 17,9 juta untuk pendapatan nasional Indonesia, dua kali lipat dari anggaran pemerintah yang diterima KPPU pada tahun 2016 sebesar USD 9,2 juta.

Sementara itu, KPPU, sebagai salah satu bagian dari komponen struktural, merupakan lembaga yang baru didirikan pada tahun 1999 (keanggotaan Komisinya baru diangkat tahun 2000). Terlepas dari penilaian berbagai pihak atas kinerjanya, secara obyektif, perlu diakui bahwa KPPU sebagai lembaga yang baru telah berusaha mengemban amanat UU No. 5 Tahun 1999 melalui berbagai kegiatan. Termasuk penanganan perkara dan penyampaian saran serta pertimbangan ke Pemerintah.

Sejak berdiri hingga saat ini, KPPU telah melahirkan banyak sekali putusan terhadap perkara dugaan pelanggaran UU No. 5 Tahun 1999. Di samping itu, KPPU juga mengembangkan Daftar Periksa Kompetisi yang telah digunakan dalam proses pembuatan kebijakan pemerintah pusat dan daerah. Perihal kondisi komponen substansi dan komponen struktural dari sistem hukum persaingan usaha di Indonesia saat ini, secara obyektif dapat disimpulkan, belum tercapai suatu kondisi ideal yang diharapkan. Dan untuk mencapai itu, tentunya dibutuhkan waktu dan upaya yang berkesinambungan.

XI.3.4 Laos

Pemerintah Laos menyatakan bahwa banyak sekali kejahatan persaingan usaha yang terjadi di pasar yang mengakibatkan pasar tersebut menduduki posisi dominan dan memonopolisasi pasar bersangkutan lainnya. Dampak lainnya, kegiatan monopoli dan posisi dominan dapat mempengaruhi akses ekonomi, seperti membuat harga jual barang menjadi lebih tinggi ataupun menjadi lebih rendah dari harga yang semestinya untuk tujuan tertentu.

XI.3.4.a. Hukum

Undang-undang Persaingan Laos disahkan oleh Majelis Nasional pada tanggal 14 Juli 2015 dan ditandatangani oleh Presiden Republik Demokratik Rakyat Laos pada 28 Agustus 2015. Undang-Undang Persaingan Laos lalu diberitahukan dalam Berita Resmi dan mulai berlaku pada tanggal 9 Desember 2015. Undang-Undang ini dibentuk untuk menciptakan ketentuan hukum persaingan usaha guna memudahkan *The Decree on Trade Competition* dalam menjalankan fungsinya untuk meniadakan praktik monopoli dan menciptakan lingkungan yang sehat di antara pelaku usaha di Laos.

XI.3.4.b. Otoritas

Guna mencegah praktik monopoli dalam berbagai sektor, di tahun 2004, Pemerintahan Laos memperkenalkan *the Decree on Trade Competition* sebagai lembaga untuk mencegah terjadinya praktik monopoli yang dapat mengganggu perekonomian negara. Hal ini didasarkan oleh fakta bahwa, baik

pihak swasta maupun negeri tidak memiliki wawasan yang cukup luas mengenai praktik monopoli ini, sehingga memang implementasi dari lembaga ini memang kurang dapat berjalan sesuai harapan.

Setelah diberlakukannya *Decree on Trade Competition 2015*, Departemen Perdagangan Dalam Negeri bersama dengan Departemen Perindustrian dan Perdagangan, saat ini sedang melakukan persiapan untuk menegakkan undang-undang persaingan tersebut, yang mencakup pembentukan Komisi Persaingan Laos (LCC), sesuai dengan Pasal 48-51 *Decree on Trade Competition 2015*.

Komisaris LCC akan terdiri dari perwakilan dari sektor terkait sebagaimana diatur dalam Pasal 49 Undang-undang. Pedoman Persaingan untuk mendukung pelaksanaan undang-undang saat ini sedang dikembangkan. Selain itu, beberapa kegiatan telah dilakukan seperti melakukan penilaian persaingan kerja serta menyelenggarakan lokakarya untuk sektor publik dan swasta sebagai bagian dari upaya persaingan.

XI.3.5 Malaysia

XI.3.5.a. Hukum

Competition Act 2010 telah diundangkan oleh Parlemen Malaysia pada bulan Mei 2010 dan mulai berlaku pada tanggal 1 Januari 2012. Undang-undang ini dilaksanakan oleh *Malaysia Competition Commission* (MyCC), yang didirikan berdasarkan undang-undang tersebut. *Competition Act 2010* mencakup semua kegiatan komersial, baik di dalam maupun di luar Malaysia, yang memiliki dampak negatif pada segala bentuk pasar di Malaysia.

Namun demikian, ketentuan *Competition Act 2010* tidak berlaku untuk kegiatan- kegiatan komersial yang diatur oleh:

- Undang-Undang Pembangunan Perminyakan 1974
- Undang-Undang Komunikasi dan Multimedia 1998;
- Undang-Undang Komisi Energi 2001; dan
- Undang-Undang Komisi Penerbangan Malaysia 2015.

Competition Act 2010 juga memberdayakan MyCC dengan fungsinya sebagai otoritas khusus dalam mengimplementasikan dan mengembangkan ketentuan-ketentuan yang terkandung dalam *Competition Act 2010* tersebut, juga sebagai pedoman dalam penegakan hukum persaingan usaha, dan bertindak sebagai juri dalam kasus-kasus persaingan usaha.

Dari segi regulasi lainnya, 6 pedoman telah dikeluarkan sejak dibentuknya MyCC, yaitu:

- Pedoman Regulasi Leniency;
- Pedoman Kesepakatan Anti-Persaingan (Bab 1 Larangan);
- Pedoman Pelanggaran Posisi yang Dominan (Bab 2 Larangan);
- Pedoman Definisi Pasar, Pedoman tentang Prosedur Pengaduan;
- Pedoman Regulasi Leniency; dan
- Pedoman Sanksi Keuangan.

XI.3.5.b. Otoritas

MyCC adalah Sebuah badan independen yang didirikan di bawah naungan *The Competition Commission Act 2010* dengan tujuan untuk meningkatkan kegiatan persaingan usaha. Fungsi utamanya adalah melindungi proses persaingan untuk kepentingan bisnis, konsumen, dan ekonomi.

MyCC bertindak sebagai pelaksana dan pengembang dari pengetahuan umum yang memiliki keterkaitan dengan hukum persaingan usaha, hukum bisnis di dalam sektor ekonomi Malaysia, juga

menginformasikan dan mengedukasi masyarakat umum tentang cara-cara di dalam persaingan usaha yang dapat memberi keuntungan bagi masyarakat dan juga bagi perekonomian di Malaysia.

Dalam hal investigasi dan penegakan, mulai tahun 2012 hingga 2017, MyCC telah menerima total 293 keluhan, dimana 250 diantaranya telah diselesaikan. MyCC saat ini menyelidiki 13 kasus dan 12 pengaduan sedang dalam penilaian. Sampai sekarang, MyCC telah mengeluarkan 6 keputusan akhir terkait dengan sektor floriculturist, makanan, teknologi informasi, dan transportasi dan penerbangan sebagai berikut:

- Cameron Highland Floriculturist Association (CHFA) - 6 Des 2012;
- Malaysian Airline System Berhad, AirAsia Berhad & AirAsiaX Sdn. Bhd - 31 Maret 2014;
- Pabrik Es Tabung (Tabung Es) - 30 Januari 2015;
- Persatuan Pembuat Kek dan Roti Sibiu - 12 Februari 2015;
- Penggantian Depoh Kontena (CDO Penang) - 1 Juni 2016;
- MyE.G. Layanan Berhad. (MyEG) - 24 Juni 2016.

MyCC juga melakukan review pasar, dua telah selesai. Pertama, adalah Penelitian tentang *Price Fixing* oleh Badan Profesional yang disimpulkan pada tahun 2013 dimana wilayah ini merupakan salah satu wilayah prioritas yang diidentifikasi oleh Komisi karena badan / asosiasi profesional memiliki peran penting dalam meningkatkan daya saing ekonomi Malaysia. Kedua, adalah Tinjauan Pasar Broiler Domestik di Semenanjung Malaysia yang disimpulkan pada tahun 2014. Kajian ini berfokus pada struktur pasar broiler domestik saat ini dan interaksi petani, pedagang grosir dan pengecer di seluruh rantai pasokan broiler. Saat ini, MyCC sedang melakukan “Review Pasar pada Sektor Farmasi”.

Dengan semangat mendidik masyarakat tentang hukum persaingan, MyCC juga mengembangkan antara lain, Buku Panduan berjudul *Competition Act 2010 A Guide for Business*, *Competition Act 2010: Buku Pegangan untuk Umum*, Tanya Jawab untuk UKM. MyCC juga telah menyelenggarakan 200 program advokasi untuk sektor swasta dan publik di seluruh Malaysia.

Beberapa program penting yang dilaksanakan oleh MyCC adalah termasuk Konferensi Persaingan Malaysia 2017, keterlibatan dengan Perusahaan Multinasional mengenai Kepatuhan Kompetisi, Seminar Menentang Pemberian Rigging dan Pelanggaran Posisi Dominan dalam Pengadaan Pemerintah, Forum tentang undang-undang Persaingan di Sektor Farmasi, Seminar UKM “Membantu UKM Memahami Hukum Persaingan dan Kompetisi Moot Court 1st tentang Hukum Persaingan 2016.

XI.3.6 Myanmar

XI.3.6.a. Hukum

Undang-undang Persaingan Usaha Myanmar diundangkan pada tanggal 24 Februari 2015 dan mulai berlaku pada tanggal 24 Februari 2017. Kementerian Perdagangan Myanmar telah melakukan berbagai kegiatan seperti mengadakan seminar, lokakarya, dan menyebarkan materi advokasi, untuk mempromosikan kesadaran mengenai persaingan usaha di beberapa wilayah di seluruh Myanmar. Di samping itu, perkembangan peraturan mengenai persaingan usaha hampir selesai.

XI.3.6.b. Otoritas

Pembentukan Komisi Persaingan Myanmar sedang berlangsung saat ini. Setelah didirikan, Komisi

Persaingan Myanmar akan menjadi satu-satunya otoritas yang bertanggung jawab atas penegakan kebijakan dan undang-undang mengenai persaingan usaha.

Dalam hal ini, Kementerian Perdagangan bekerja untuk mengidentifikasi sektor prioritas Komisi Persaingan Myanmar dan sedang mempersiapkan program pengembangan kapasitas untuk melatih staf Komisi untuk menegakkan hukum. Saat ini, Myanmar memimpin ASEAN Expert Group on Competition (AEGC) untuk periode 2017-2018.

XI.3.7 Filipina

Lembaga penegak persaingan usaha di Filipina dimulai pada awal masa Kolonial Perancis dengan diciptakannya Peraturan tentang Monopoli dan Pembatasan Kegiatan Usaha pada tahun 1870. Peraturan inilah yang kemudian diikuti oleh lembaga penegak hukum persaingan usaha berikutnya, yang menggambarkan pendekatan sektoral pada rezim penegakan persaingan usaha. Lembaga penegak ini disebut dengan *Philippine Competition Commission* (PCC). PCC menjadi lembaga yang ditunjuk langsung oleh Presiden Benigno S. Aquino III, untuk menjalankan *Republic Act 10667* atau *The Philippine Competition Act* (PCA), yang disahkan pada tanggal 21 Juli 2015. PCA melarang Perjanjian yang bersifat *anti-competitive*, pelanggaran yang berkaitan dengan posisi dominan, merger, dan pembatasan persaingan di suatu pasar.

XI.3.7.a. Hukum

Philippine Competition Act, merupakan undang-undang persaingan utama di Filipina, yang telah diundangkan pada bulan Juli 2015, lebih dari dua dekade setelah undang-undang persaingan yang komprehensif diajukan kepada Kongres Filipina. Undang-undang, yang mulai berlaku pada bulan Agustus 2015 ini, melarang dan menghukum tiga kategori besar perilaku pasar, yakni:

- Perjanjian anti persaingan (misalnya, penetapan harga, penawaran curang);
- Penyalahgunaan posisi pasar dominan (misalnya, *predatory pricing*, perilaku diskriminatif; dan
- Merger dan akuisisi yang anti persaingan, yang secara substansial dapat mencegah, membatasi, atau mengurangi persaingan di pasar.

Di samping itu, *Philippine Competition Act* adalah dasar hukum pembentukan Komisi Persaingan Filipina (*Philippine Competition Commission*, PCC).

XI.3.7.b. Otoritas

Komisi Persaingan Filipina (*Philippine Competition Commission*, PCC), merupakan badan kuasi-yudisial independen yang memiliki mandat untuk menegakkan *Philippine Competition* dan menerapkan kebijakan persaingan nasional. Badan ini secara formal didirikan pada bulan Februari 2016, yang memiliki yurisdiksi utama dan asli dalam penegakan semua isu terkait persaingan di semua sektor bisnis. PCC adalah lembaga atau badan independen yang berada langsung di bawah kewenangan Presiden. Visi dari PCC adalah sebagai pelindung masyarakat dalam hal persaingan usaha dan meningkatkan kesejahteraan umum melalui pendekatan yang strategis dan inovatif di samping menjalankan segala usaha yang tetap berlandaskan pada asas kredibilitas dan kejujuran.

Setahun sejak berdirinya (per Januari 2017), PCC telah memiliki prestasi yang signifikan, yaitu: (i) penerbitan peraturan pelaksanaan dan peraturan (IRR) PCA; (ii) pedoman prosedural yang berkaitan dengan penegakan dan review merger; (iii) 80 notifikasi untuk merger dan akuisisi senilai

PHP1,7 triliun atau US\$35,56 miliar; (iv) zero backlog atas tinjauan merger dan akuisisi; (v) delapan rujukan yang diterima untuk kemungkinan perilaku anti persaingan di industri telekomunikasi, semen, energi, beras, truk, perkapalan, dan asuransi; dan (vi) tinjauan komprehensif tentang lanskap kompetisi nasional, berkoordinasi dengan Otoritas Ekonomi dan Pembangunan Nasional, yakni badan perencanaan sosial ekonomi pemerintah.

Sebagai lembaga persaingan yang relatif baru, PCC membangun kemitraan dengan lembaga persaingan yang mapan di berbagai negara untuk memperkuat kapasitasnya dalam melakukan investigasi, tinjauan merger, analisis persaingan, dan keterampilan terkait lainnya. Menyadari bahwa advokasi memainkan peran penting dalam penegakan persaingan yang efektif, PCC menerapkan kampanye intensif untuk menginformasikan masyarakat umum mengenai the *Philippine Competition Act*. Hal ini mencakup publikasi dan produk multimedia untuk meningkatkan kesadaran para pemangku kepentingan tentang undang-undang tersebut, PCC, dan fungsinya.

XI.3.8 Singapura

Fokus dari hukum persaingan di Singapura adalah untuk mempromosikan fungsi yang efisien di dalam suatu pasar untuk meningkatkan persaingan yang sehat dalam hal perekonomian Singapura.

XI.3.8.a. Hukum

Undang-Undang Persaingan (*the Competition Act*) di Singapura diberlakukan pada tahun 2004 guna menyediakan hukum generic dalam melindungi konsumen dan bisnis dari praktik-praktik anti-kompetitif yang dilaksanakan oleh entitas privat. Secara garis besar, Undang-Undang Persaingan Singapura melarang kegiatan usaha yang anti-kompetitif. Kegiatan-kegiatan yang dilarang tersebut meliputi perjanjian yang dilarang, persaingan yang dibatasi dan didistorsi, posisi dominan, dan merger yang berkaitan dengan persaingan.

XI.3.8.b. Otoritas

Komisi yang bertugas untuk menegakkan Undang-Undang Persaingan Singapura adalah *Competition Commission Singapore* (CCS), yang menegakkan hukum persaingan dengan cara menentang kegiatan yang bersifat anti-kompetitif dan kegiatan yang dapat menimbulkan kerugian ekonomi yang signifikan bagi negara. Misi dari CCS adalah menciptakan pasar ekonomi yang dapat berjalan, sehingga menciptakan lapangan pekerjaan dan juga menguntungkan bagi konsumen (yang dalam hal ini adalah masyarakat Singapura).

Pada tahun 2016, CCS menangani sekitar 40 kasus persaingan di berbagai industri, termasuk keputusan pelanggaran awal yang dikeluarkan untuk kasus kartel yang melibatkan distribusi produk ayam segar dan keputusan pelanggaran untuk kasus kartel di sektor jasa keuangan, yang juga menutup dua kasus penyalahgunaan dominasi, yakni:

- Kasus pertama pengiriman makanan secara online ditutup setelah menilai bahwa persaingan di industri ini tidak dirugikan, dengan industri ini terus berkembang seiring dengan beberapa pendatang baru yang memperoleh pangsa pasar secara agresif;
- Kasus kedua melibatkan praktik industri terbatas dalam penyediaan suku cadang lift dan ditutup setelah CCS menerima komitmen sukarela dari salah satu pihak yang diselidiki.

CCS juga meninjau tujuh pengaduan mengenai merger, dimana enam diantaranya

adalah bersifat lintas batas, mencakup berbagai industri termasuk manufaktur, jasa keuangan dan transportasi. Tinjauan dua tahunan terhadap Pedoman CCS juga telah selesai pada bulan November 2016. Salah satu dari reformasi tersebut mencakup Prosedur Jalur Cepat yang baru, yang akan memungkinkan perusahaan yang sedang diselidiki untuk mengadakan perjanjian dengan CCS dimana mereka akan menerima pertanggungjawaban mereka lebih awal, dengan mengakui partisipasi mereka dalam aktivitas anti-kompetitif, sebagai imbalan atas pengurangan hukuman finansial.

Reformasi lainnya termasuk perubahan tahun referensi untuk perhitungan omset yang relevan untuk denda keuangan, dan penyempurnaan program keringanan pajak CCS dan penilaian substantif terhadap merger. Sementara dalam hal advokasi, CCS terus melibatkan instansi pemerintah dan pemangku kepentingan swasta mengenai persaingan. Jangkauan dengan instansi pemerintah diadakan untuk meningkatkan kesadaran akan dampak negative dari bid rigging pada pengadaan publik.

Materi kolateral CCS kemudian dirubah untuk membantu pemangku kepentingan dalam memahami undang-undang persaingan di Singapura. CCS juga menjadi tuan rumah bagi Konferensi Tahunan *International Competition Network* (ICN) di tahun 2016. Acara ini merupakan konferensi yang pertama kalinya diadakan di Asia Tenggara, yang melibatkan lebih dari 500 peserta dari lebih dari 80 yurisdiksi.

Di sisi lain, CCS juga bekerja sama dengan pihak pemerintah, komunitas ekonomi, dan masyarakat umum untuk mengadili kasus-kasus persaingan usaha dan juga mempromosikan budaya dan lingkungan persaingan yang sehat dan kuat.

XI.3.9 Thailand

Thailand adalah negara pertama di ASEAN yang memberlakukan undang-undang persaingan usaha atau yang dikenal dengan nama *The Trade Competition Act B.E. 2542* pada tahun 1999. Setelah disahkannya undang-undang ini, dibentuklah *the Office of Trade Competition Commission* (OTCC) yang berfungsi mengawasi berjalannya persaingan di Thailand.

XI.3.9.a. Hukum

Undang-Undang Persaingan Thailand 1999 merupakan hukum utama yang menentukan kerangka kerja kebijakan persaingan di Thailand. Undang-undang ini meliputi beberapa praktik persaingan seperti perjanjian anti-kompetitif, posisi dominan, merger, dan beberapa pembatasan-pembatasan kegiatan usaha atau praktik persaingan usaha tidak sehat lainnya.

Namun, telah dilakukan upaya reformasi terhadap Undang-Undang Persaingan Thailand sejak tahun 2014 untuk memastikan kerangka kerja komprehensif yang mampu mengatasi dinamika pasar yang terus berubah dan sejalan dengan praktik terbaik internasional. Perubahan besar yang diharapkan dalam undang-undang tersebut antara lain meliputi perluasan cakupan undang-undang, serta meningkatkan jumlah penalti dan meningkatkan kekuatan Komisi Persaingan untuk mengajukan tuntutan hukum terhadap pelanggar.

Pada Oktober 2016, Kabinet mengeluarkan sebuah resolusi untuk mengamandemen Undang-Undang Persaingan dan pada Maret 2017, rancangan undang-undang yang telah diubah tersebut disetujui oleh Dewan Legislatif Nasional dan akan mulai berlaku 90 hari setelah dipublikasikan dalam Lembaran Berita Nasional. Dengan demikian, Undang-Undang Persaingan Thailand yang baru diharapkan mulai berlaku pada akhir tahun 2017.

XI.3.9.b. Otoritas

The Office of Trade Competition Commission (OTCC), yang didirikan di bawah naungan Kementerian Keuangan, adalah penanggung jawab kewenangan atas penegakan hukum persaingan di segala aspek perekonomian di Thailand Hingga tahun 2016, terdapat total 100 kasus yang telah diselidiki oleh OTCC yang terdiri dari: 18 penyalahgunaan posisi pasar dominan, 28 kesepakatan anti persaingan, dan 54 praktik perdagangan yang tidak adil.

Saat ini, OTCC sedang mempersiapkan untuk mendirikan Komisi Persaingan Usaha Thailand sebagaimana ditetapkan dalam Undang-Undang Persaingan yang baru. Beberapa program pelatihan pun telah dilakukan untuk meningkatkan kapasitas staf untuk secara efektif menerapkan Undang-Undang Persaingan yang telah direvisi.

XI.3.10 Vietnam

Kompetisi adalah satu hal yang dikenal bergerak dinamis dalam perkembangan ekonomi, sosial, dan pengembangan teknologi. Di situasi perekonomian Vietnam sekarang ini, keadilan dan keseimbangan dalam persaingan menjadi peran yang sangat fundamental, untuk meyakinkan kemanfaatan dari proses berjalannya suatu pasar di tengah masyarakat.

XI.3.10.a. Hukum

Dalam usaha untuk menciptakan lingkungan dan pertumbuhan ekonomi yang baik, pada 3 Desember 2004, disahkanlah Undang-Undang Persaingan Usaha No. 27/2004/QH11. Setelah Hukum Persaingan Vietnam diadopsi oleh Majelis Nasional pada tahun 2004 dan mulai berlaku pada tahun 2005.

Secara garis besar, hukum persaingan di Vietnam memiliki tugas utama, sebagai berikut:

1. Mengawasi kegiatan usaha yang membatasi persaingan atau kegiatan yang dihasilkan dari pembatasan persaingan, khususnya dalam konteks peningkatan suatu pasar dan integrasi ekonomi global;
2. Melindungi iklim ekonomi dari kegiatan persaingan yang tidak sehat yang hanya menguntungkan perusahaan-perusahaan tertentu;
3. Menciptakan dan menyusun lingkungan perekonomian dan usaha yang kompetitif.

XI.3.10.b. Otoritas

Pelaksana dari hukum persaingan usaha di Vietnam ini adalah sebuah badan yang disebut *Vietnam Competition Authority (VCA)* yang memainkan peran badan investigasi sementara *Vietnam Competition Council (VCC)* memiliki fungsi untuk memutuskan kasus antimonopoli berdasarkan Berkas investigasi VCA.

Tahun 2016 menandai tonggak penting bagi VCA. Selain menyelesaikan peninjauan setelah 10 tahun sejak diberlakukannya Undang-Undang Persaingan Vietnam (2005-2015), VCA telah menerima persetujuan Majelis Nasional untuk mengamandemen Undang-undang Persaingan Vietnam. Rancangan undang-undang yang telah diubah akan diajukan ke Majelis Nasional untuk diadopsi pada pertengahan tahun 2018. Dengan demikian, VCA telah memfokuskan sebagian besar sumber dayanya untuk meninjau kembali Undang-undang tersebut.

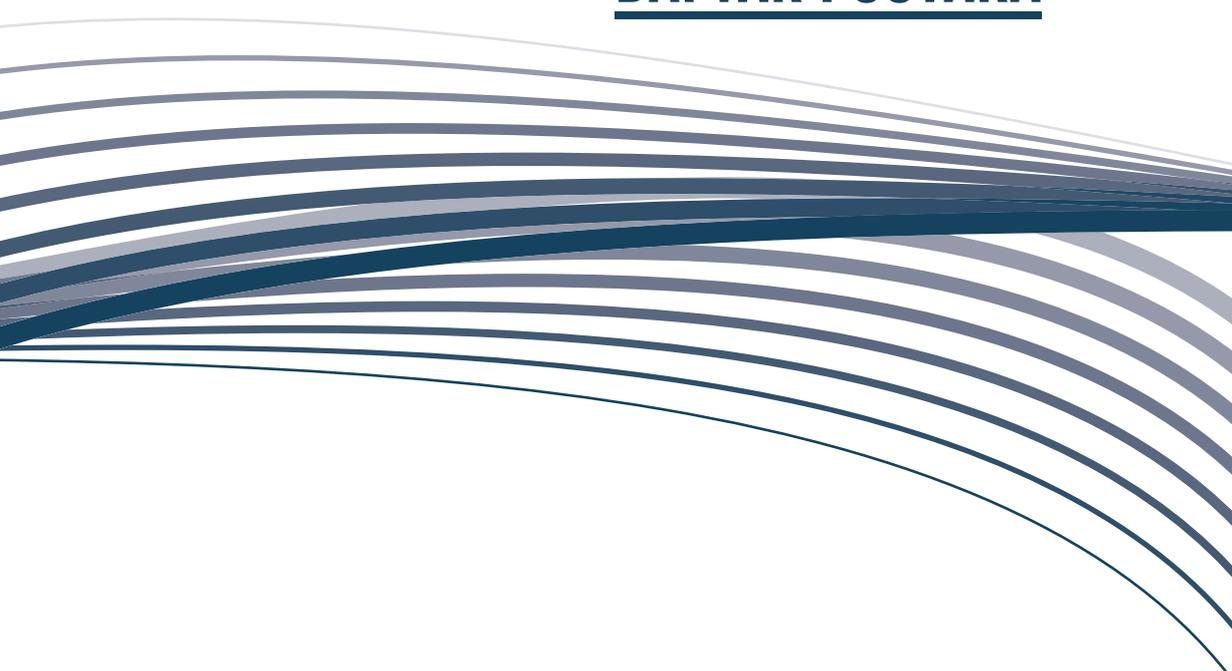
VCA baru-baru ini telah menyimpulkan sebuah penyelidikan resmi mengenai kasus yang berkaitan dengan pariwisata dan telah menyerahkan berkas kasus ke VCC untuk dipertimbangkan.

Kasus tersebut dimulai atas dasar keluhan yang diterima perusahaan yang diduga telah menyalahgunakan kekuatan pasarnya dengan menerapkan kondisi komersial istimewa untuk transaksi serupa untuk mencegah pesaing baru memasuki pasar. VCA juga melakukan investigasi pada beberapa sektor termasuk asuransi kapal nelayan, TV berbayar, pariwisata, dan tebu dan mengumpulkan informasi mengenai beberapa area yang menunjukkan perilaku kasar.

Tabel. Perbandingan Hukum dan Kebijakan Hukum Persaingan di ASEAN

| Negara | Hukum/Undang-Undang | Badan/Otoritas |
|------------------|--|--|
| Brunei | Brunei Competition Order 2015 | Competition and Consumer Affairs Division, Department of Economic Planning and Development |
| Kamboja | Draft, akan diberlakukan pada tahun 2017 | Ministry of Commerce |
| Indonesia | Undang-Undang No. 5/1999 tentang Persaingan Usaha | Komisi Pengawas Persaingan Usaha |
| Laos | Lao Competition Law 2015 | Department of Internal Trade, Ministry of Industry and Commerce |
| Malaysia | Undang-Undang Persaingan 2010 | Malaysia Competition Commission |
| Myanmar | Myanmar Competition Law 2015 | Ministry of Commerce |
| Filipina | Philippine Competition Act 2015 | Philippine Competition Commission |
| Singapura | Undang-Undang Persaingan 2004 (amandemen 2006) | Competition Commission of Singapore |
| Thailand | Undang-Undang Persaingan 1999 | Office of Trade Competition Commission |
| Vietnam | Undang-Undang Persaingan No.27/2004 (amandemen 2005) | Vietnam Competition Authority |

DAFTAR PUSTAKA



BUKU

ABA Section of Antitrust Law, *Antitrust Law Developments*, 5th Edition, 2002.

Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS). Annex 1 C.

Andersen, William R. and Rogers, C. Paul III, *Antitrust Law: Policy and Practice*, Matthew Bender, Third ed., 1999.

Anggraini, A. M. Tri, *Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Tidak Sehat: Per se Illegal atau Rule of Reason*, Program Pascasarjana FH-UI, Jakarta, 2003.

Areeda, P. dan Turner D., 'Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act', *Harvard Law Review*, Vol. 88, No. 4, 1975.

Areeda, P. dan Turner, D., *Undang-Undang Antitrust*, Bab 6-7 (1978; Supp. 1987).

Areeda, Phillip E. dan Kaplow, Louis, *Antitrust Analysis, Problems, Cases*, 4th Edition, Little Brown Company, Boston, 1988.

Asch, Peter, *Industrial Organization and Antitrust Policy*, John Willey & Sons Inc, Canada, 1983.

Asshiddiqie, Jimly, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*, Konpress, 2006.

Baumol, William J. dan Blinder, Alan S., *Economics, Principles and Policy*, Third edition, Harcourt Brace Jovanovich Publisher Orlando, Florida, 1985.

Bellamy, Sir Christopher, QC and Child, Graham, *European Community Law of Competition*, Sweet & Maxwell, London, 2001.

Berna, Maggiiolino, *Monopolists' Refusal To Deal In IP: US Courts And EU Institutions Line Up Along Some Cultural And Jurisdictional Cleavages*.

Black, Henry Campbell, *Black's Law Dictionary*, 6th ed. West Publishing Co. St. Paul – Minn, USA, 1990.

Bork H., Robert, *The Goals of Antitrust Policy*, *The American Economic Review*, Volume 57, Issue 2, Papers and Proceedings for the 79th Annual Meeting of the American Economic Associations, May 1967.

Bork, Robert and Bowman, Ward S., *The Crisis in Antitrust*, *Columbia Law Review*, Volume 65, 1965.

Bork, Robert H., "The Rule of Reason and the Per se Concept: Price Fixing and Market Division", *The Yale Law Journal*, No. 5, Vol. 74, April 1965.

Bork, Robert H., *The Antitrust Paradox, A Policy at War with Itself*, Basic Books Inc, New York, 1978.

Borrell, Joan-Ramon, et al, "The leniency programme: obstacles on the way to collude," *Journal of Antitrust Enforcement*, Januari, 2015.

Bowman, Ward S., Jr., "Tying Arrangement and Leverage Problem", *The Yale Law Journal*, Vol. 19, 1957.

Brazier, Roderick dan Sianipar, Sahala.eds, *Undang-Undang Antimonopoli Indonesia dan Dampaknya Terhadap Usaha Kecil dan Menengah*, The Asia Foundation, 1999.

Brunet, Edward, "Streamlining Antitrust Litigation by 'Facial Examination' of Restraints: The Burger Court and the Per Se-Rule of Reason Distinction", *Washington Law Review*, Vol. 1, 1984.

Buku 1: Agenda Pembangunan Nasional.

Burgess, Giles H. Jr, *The Economics of Regulation and Antitrust*, Harper Collins College Publishers, 1995.

Burke, T., et al., *Competition in Theory and Practice*, Routledge, Chapman and Hall, Inc, 1991.

Carlton, Dennis W. & Perloff, Jeffrey M., *Industrial Organization*, Harper Collins College

Publishers, 1994.

Carstensen, Peter C., *Predatory Pricing in the Courts: Reflection on Two Decision*, 61 Notre Dame L. Rev. 928, 1986.

Church, Jeffrey dan Ware, Roger, *Industrial Organization: A Strategic Approach*, McGraw-Hill, 2000.

Clarke, Philip dan Corones, Stephen, *Competition Law and Policy: Cases and Materials*, Oxford University Press, 2000.

Craig, Paul and de Burca, Grainne, *EU Law, Text, Cases and Material*, Third Edition, New York, Oxford University Press, 2003.

Departemen Perdagangan RI, *Himpunan Peraturan Keagenan dan Distributor*, Direktorat Bina Usaha dan Pendaftaran Perusahaan, Direktorat Jenderal Perdagangan Dalam Negeri, Jakarta, 2006.

Departemen Perindustrian dan Perdagangan dan GTZ, *Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, 2000.

"Development in the Law-The Civil Jury: The Jury's Capacity to Decide Complex Civil Cases", *Harvard Law Review*, Vol. 110, 1997

Devlin, Alan, *A Proposed Solution to Problem of Parallel: Pricing in Oligopolistic Market*, *Stanford Law Review*, Feb. 2007.

Dowd, James Murphy, *Oligopsony Power: Antitrust Injury and Collusive Buyer Practices in Input Market*, 76 B.U.L. Rev. 1075, 1996.

Easterbrook, Frank H., "The Limits of Antitrust", *Texas Law Review*, Vol. 63, No. 1, 1984.

Edwards, Corwin D., *Maintaining Competition Requisites of a Governmental Policy*, 1st Edition, McGraw Hill Book Company, Inc, 1949.

Emmerich, Voelker, *Kartellrecht*, 8. Auflage, Verlag C.H Beck, Muenchen.

Fox, Eleanor, *Memorandum Kepada Pembuat Kebijakan di Indonesia, Memorandum Kepada Pembuat Kebijakan di Indonesia*, tidak dipublikasikan, 1999.

FTC and Departement of Justice *Joint Horizontal Merger Guidelines*, 1992.

Fukuyama, Francis, *The end of History and The Last of Man, Kemenangan Kapitalisme dan Demokrasi Liberal*, diterjemahkan oleh Amirullah, Cetakan Ketiga, Qalam, Yogyakarta, 2004.

Garner, Bryan A. (ed.) (et.al), *Black's Law Dictionary, seventh edition*, West Group, St. Paul. Minn, 1999.

Gellhorn, Ernest dan Kovacic, William E., *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*, West Publishing, Co, St. Paul Minnesota, 1994.

Gifford, Daniel J. and Raskind, Leo J., *Federal Antitrust Law Cases and Material*, Anderson Publishing Co, 1998.

Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law, English Version, OECD, Paris, 1996.

Gotts, Ilene K. (Ed.), *The Merger Review Process: A Step-by-step Guide to Federal Merger Review*, second edition, Chicago, Illinois, American Bar Association (ABA), 2001.

Graham, Edward M. dan Richardson, Gravid J. D., *Global Competition Policy*, Institute for International Economics, Washington DC, 1997.

Grasso, Roberto, "The E.U. Leniency Program and U.S. Civil Discovery Rules: A Fraternal Fight?" *Michigan Journal of International Law*, Vol. 29, issue 3, 2008.

Hadhikusuma, R.T. Sutantya Rajardja, *Hukum Koperasi di Indonesia*, PT.Raja Grafindo Persada, 2002.

- Hansen, Knud, *et al.*, *Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, Katalis-Publishing-Media Services, 2002.
- Harahap, M. Yahya, *Hukum Acara Perdata tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian dan Putusan Pengadilan*, Sinar Grafika, 2004.
- Harian Kompas, *Jaring Pengaman Keuangan bagi Usaha Mikro*, Senin 6 Desember 2004.
- Hartley, James E., *et al.*, "The Rule of Reason", American Bar Association (ABA), Monograph No. 23, 1999.
- Heroepoetri, Arimbi, *Aspek Hukum Hak Kekayaan Intelektual dan Masyarakat Adat*, WALHI, Jakarta, 1998.
- Horne, J. C. V., Wachowicz, John M., J. *Fundamentals of Financial Management*, 13th ed., Prentice Hall, 2008.
- Hovenkamp, Herbert, *Antitrust*, West Publishing, Co., St. Paul Minnesota, 1993.
- Hovenkamp, Herbert, *Distributive Justice and The Antitrust Laws*, 51 *George Washington Law Review*, November 1982.
- Hovenkamp, Herbert, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and It's Practice*, Second ed., 1995.
- Immenga, Ulrich und Mestmaecker, Ernst-Joachim, *Wettberwerbsrecht*, 5. Auflage, Verlag C.H. Beck, Muenchen, 2012.
- Jacquemin, Alexis, *Theories of Industrial Organization and Competition Policy: What are the Links*, Working Paper, European Commission, 2000.
- Jones, Alison and Sufrin, Brenda, *EC Competition Law, Text, Cases, and Materials*, Oxford University Press, New York, 2004.
- Jones, William K., *Book Review: Concerted Behavior under the Antitrust Laws* (by Philip Areeda, Boston Little Brown dan Co. , 1986), *Harvard Law Review*, June 1986.
- Jorde, Thomas, *et al.*, *Gilbert Law Summaries - Antitrust*, 9th Edition, Harcourt Brace Legal and Professional Publications. Inc, 1996.
- Juwana, Hikmahanto di dalam Prosiding Seminar Eksaminasi Putusan No. 07/KPPU-L/2007 Kasus Posisi dominan dan Kepemilikan Silang, CSIS, Jakarta, 2008.
- Kagramanto, Budi L., "Implementasi UU No 5 Tahun 1999 Oleh KPPU", *Jurnal Ilmu Hukum Yustisia*, 2007.
- Kagramanto, L. Budi, *Aspek Yuridis Pelaksanaan Merger Pada Bank Umum*, Tesis S-2/Magister Hukum Pada Program Pasca Sarjana, Program Studi Ilmu Hukum – UNAIR, Surabaya, 1999.
- Kartadjoemena, H.S., *GATT, WTO dan Hasil Uruguay Round*, UI Press, Jakarta, 1997.
- Katz, Avery Wiener, *Foundation of the Economic Approach to Law*, Oxford University Press, 1998.
- Kayne, Veronica G., *et. al.*, *Vertical Restraints: Resale Price Maintenance Territorial and Customer Restraint*, Practising Law Institute, January-February 2007.
- Kaysen, Carl dan Turner, Donald F., *Antitrust Policy: an Economic and Legal Analysis*, Harvard University Press, Cambridge, 1971.
- Khemani, R. Sheyam and Shapiro, D. M., *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*, OECD, Paris, 1996.
- Khemani, R. Shyam, *A Framework For the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, World Bank, Washington DC, USA & OECD, Paris, 1998.
- Kolasky, William J., *Comparative Merger Control Analysis: Six Guiding Principles For Antitrust Agencies – New and Old*, U.S. Department of Justice, Paper dipresentasikan pada International Bar Association, Conference on Competition Law and Policy in a Global Context, Cape Town, Afrika

Selatan, 18 Maret 2002.

Korah, Valentine, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 7th edition, Portland Oregon, Oxford.

Kovaleff, Theodore P., ed., *The Antitrust Impulse*, Vol. I, 1994.

Kusnadi, H., *Ekonomi Mikro*, FE Unbraw, Malang, 1977.

Kusske, Kathryn A. "Refusal to Deal as a Per Se Violation of the Sherman Act: Russell Stover Attacks the Colgate Doctrine," 33 *American University Law Review* 463, 1984.

Kwoka, John E., Jr, dan Lawrence J. White (Ed.), *The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy*, fourth edition, Oxford University Press, New York, 2004.

Lande, Robert H., *Chicago's False Foundation: Wealth Transfers (Not Just Efficiency) Should Guide Antitrust*, *Antitrust Law Journal*, Volume 58, 1989.

Lande, Robert H., *Wealth Transfer as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged*, *Hasting Law Journal*, Volume 34, 1982.

Lande, Robert H., *Wealth Transfers As The Original And Primary Concern Of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged*, *Hastings Law Journal*, April 1999.

Laporan Kebijakan Persaingan Indonesia: Indonesian Competition Report, Elips, 2000.

Levi, E., tentang *Undang-Undang Antitrust dan Monopoli*, 14 U. Chi. L. Rev. 153, 1947.

Liyang, Hou, *Refusal to Deal within EU Competition Law*, Legal researcher and PhD candidate at the Centre for Law and ICT, Katholieke Universiteit, Leuven, Belgium. *ICRI is part of the Interdisciplinary Institute for Broadband Technology*.

Lockerby, Michael J., "Discriminatory Treatment Under The PMPA, Federal Antitrust Law, And State Law", Petroleum Marketing Attorneys' Meeting Washington, D.C. April 1, 2008.

Mansfield, Edwin, *Principles of Microeconomics*, WW Norton & Company, New York, 3rd Edition, 1980.

Martin, S., *Industrial Organization in Context*, Oxford Univ. Press, 2010.

Martin, Stephen, *Industrial Economics, Economic Analysis and Public Policy*, 2nd edition. Blackwell Publishers, Oxford, 1994.

Masngudi, *Peranan Koperasi Sebagai Lembaga Pengantar Keuangan*. Tidak diterbitkan. Disertasi Doktor pada Universitas Gajah Mada, Yogyakarta. 1989.

Matsushita, Mitsuo, *International Trade and Competition Law in Japan*, New York: Oxford University Press, Inc., 1993.

McFalls, Michael S., "The Role and Assesment of Classical Market Power in Joint Venture Analysis", 66 *Antitrust* 651, 1998.

Mertokusumo, Sudikno, *Hukum Acara Perdata Indonesia*, Liberty, 2006.

Mubyarto, *Membangun Sistem Ekonomi*, Edisi Pertama, BPFE Jogyakarta, 2000.

Murakami, Masahiro, *The Japanese Antimonopoly Act*, 2003.

Muris, Timothy J., Pitofsky, Robert: *Public Servant and Scholar*, 52 *Case Wes. Res. L. Rev.* 25, 2001.

Neals, Peter, "Per Se Legality: a New Standard in Antitrust Adjudication Under the Rule of Reason", *Ohio St. Law Journal*, Vol. 61, No. 347, 2000.

OECD Pedoman untuk Mengatasi Persekongkolan Tender Dalam Pengadaan Publik, Februari 2009.

OECD, *Bribery in Procurement, Methods, Actors and Counter-Measures*, 2007.

OECD, *Roundtable on Monopsony and Buyer Power*, Note by the United States, DAF/COMP/WD, October 2008.

- OECD, *Substantive Criteria Used for the Assessment of Merger*, 2003.
- Partnership for Business Competition, *Persaingan Usaha dan Hukum Yang Mengaturinya di Indonesia*, Elips Project, Jakarta, Februari 2001.
- Partomo, Tiktik Sartika, Soejoedono, Abd. Rachman, *Ekonomi Skala Kecil/Menengah dan Koperasi*, Jakarta, Ghalia Indonesia, 2002.
- Pass, Christopher dan Lowes, Bryan, dalam Elyta Ras Ginting; *Hukum Antimonopoli Indonesia: Analisis dan Perbandingan UU No. 5 Tahun 1999*, Citra Aditya Bakti, Bandung, 2001.
- Pearlstein, Debra J., et.al. (ed), *Antitrust Law Developments*, Fifth ed., Volume I, American Bar Association, 2002.
- Petersen, Vidir, *Interlocking Directorates in the European Union: An Argument in their Restrictions*, Eur. Bus. L. Rev. Francesca di Donato dan Riccardo Tiscini, *Cross Ownership and Interlocking Directorates Between Bank and Listed Firms: An Empirical Analysis of the Effects on Debts Leverage and Cost of Debt in Italian Case*, Corporate Ownership and Control, Volume 6, Issue 3, Spring, 2009.
- Pindyck, Robert S. dan Rubinfeld, Daniel L., *Microeconomics* 240, 3d ed. 1995.
- Piraino, Thomas A., Jr., "Making Sense of the Rule of Reason: a New Standard for Section 1 of the Sherman Act", *Vanderbilt Law Review*, Vol. 47, November 1994.
- Posner, Richard A., *Economic Analysis of Law*, Little Brown and Company, 4th Edition, 1992.
- Posner, Richard, *Natural Monopoly and Its Regulation*, Cato Institute, 1999.
- Pratomo, M., "Pengembangan Usaha Kecil dan Menengah dan Koperasi", disampaikan, pada seminar Departemen Koperasi dan UKM, Jakarta, Nopember, 2006.
- Pratomo, M., pada Seminar "Pengembangan Usaha Kecil dan Menengah", Departemen Koperasi dan UKM, Jakarta, Nopember 2005.
- Prodjodikoro, Wirjono, *Azas-azas Hukum Perjanjian*, PT. Ereto, Bandung, 1989.
- Prof. Sadli, Hall Hill, *The Indonesian Economy Since 1966*, Cambridge University Press, 2nd Edition, 2000.
- Program Leniency di EU dikembangkan dalam *the Commission notice on immunity from fines and reduction of fines in cartel cases of 18 July 1996*.
- Purba, Zen Umar, *Peta Mutakhir Hak Kekayaan Intelektual Indonesia*. Direktorat Jenderal Hak Kekayaan Intelektual. Departemen Kehakiman dan Hak Asasi Manusia. 2000.
- Ramli. Ahmad M., *Hak Atas Kepemilikan Intelektual: Teori Dasar Perlindungan Rahasia Dagang*, Mandar Maju, Bandung, 2000.
- Reder, Melvin W., 'Chicago economics: permanence and change', *Journal of Economic Literature*, Vol. 20, No.1, 1982.
- Rencana Pembangunan Jangka Menengah Nasional (RPJMN) 2015-2019*, Buku 2: Agenda Pembangunan Bidang.
- Rencana Strategis (Renstra) KPPU 2015-2019*.
- Riazuddin, Ahmed, *Cooperative Movement in South East Asia Obstacles to Development*. Dalam Dr. Mauritz Bonow (Ed). *The Role of Cooperatives in Social and Economic Development*. International Cooperative Alliance: London, 1964.
- Risalah Sidang BPUPKI dan Panitia Persiapan Kemerdekaan Indonesia (PPKI) tanggal 29 Mei 1945 – 19 Agustus 1945, Tim Penyunting: Saafroedin Sabar dkk., diterbitkan oleh Sekretariat Negara Republik Indonesia, Jakarta, 1992, dalam Johnny Ibrahim, *Hukum Persaingan Usaha: Filosofi, Teori dan Implikasi Penerapannya di Indonesia*, Bayumedia, Malang, Cetakan kedua, 2007.
- Ritter, Lennart et al., *EC Competition Law, A Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, Second ed., 2000.

Ross, Stephen F., *Principles of Antitrust Law*, (Westbury New York: The Foundation Press, Inc., 1993).

Rostow, E., *Monopoli menurut Undang-Undang Sherman*, 43 Ill. L. Rev. 745 (1949).

S.G. Coronos, *Competition Law in Australia*, Thomson, Lawbook, Fourth ed. 2007.

Saidin, H.O.K., *Aspek Hukum Hak Kekayaan Intelektual*, PT.Raja Grafindo Persada, Cetakan ke IV, Jakarta, 2004.

Scheffman, David, "The Cutting Edge of Antitrust: Market Power", *Antitrust Law Journal*, Vol. 60, 1991/1992.

Scherer, F.M., & Ross, David, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Houghton Mifflin Company, Boston, 1990.

Schwartz, Jeffery D., *The Use of the Antitrust State Doctrine in the Deregulated Electric Utility*, *American University Law Review*, Vol.49, 1999.

Shapiro, Carl, *Theories of Oligopoly Behavior*, di dalam *Handbook of Industrial Economics*, R.Schmalensee, R.D. Willig, (Eds.). Vol. 2. North-Holland, Amsterdam, 1989.

Sharkey, William W., *The Theory of Natural Monopoly*, Cambridge University Press, 1982.

Sheperd, William H., *The Economics of Industrial Organization*. Prentice-Hall, 1990.

Silalahi, Udin, *Pengawasan Kepemilikan Silang Menurut UU No. 5 Tahun 1999 dalam Prosiding Seminar Eksaminasi Putusan No. 07/KPPU-L/2007 Kasus Posisi Dominan dan Kepemilikan Silang*, Jakarta: CSIS, 2008.

Silalahi, Udin, *Perusahaan Saling Mematikan dan Bersekongkol: Bagaimana Cara Memenangkan?*, Elex Media Komputindo Jakarta, 2007.

Soedjono, Ibnoe, *The Role of Cooperatives in The Indonesian Society. Dalam H.J. Esdert (ED). Can Cooperatives Become the Motive Force in the Economic of Indonesia?* Friedrich Ebert Stiftung; Jakarta, 1983.

Stigler, George, *Perfect Competition, Historically Contemplated*, *The Journal of Political Economy* Volume 65, Issue 1, Februari, 1957.

Subekti, R., *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, Intermasa, Jakarta, 1985.

Sullivan, E. Thomas dan Harrison, Jeffrey L., *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*, New York: Matthew Bender dan Co., 1994.

Sullivan, Lawrence Anthony, *Antitrust*, West Publishing, Co., St. Paul Minnesota, 1977.

Sullivan, Lawrence A. dan Grimes, Warren S., *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, West Group, St.Paul, Minnesota, 2000.

Sumber Strategi BSN 2006-2009.

Terry, A. dan Giugni, D., *Business, Society and the Society*, Harcourt Brace dan Company, Australia, 1997.

The 2005 Discussion Paper of the EU DG Competition.

The Penguin Dictionary of Economics, 7th edition, Graha Bannock, st.all, Penguin Books, 2003.

Thornton, Robert J., *Retrospectives How Joan Robinson and B. L. Hallward Named Monopsony*, *Journal of Economic Perspectives* Vol. 18, Number 2- Spring 2004, University of Illinois at Chicago.

Tohar, M., *Membuka Usaha Kecil*, Yogyakarta, Penerbit Kanisius, 1999.

UNCTAD, *Model Law on Competition, UNCTAD Series on Issues in Competition Law and Policy*, 2007.

UNCTAD, TD/RBP/CONF. 4/2, 26 Mei 1995.

UNCTAD, TD/B/RBP/81/REV.5 of 20 February 1998 dalam Departemen Perindustrian dan Perdagangan dan GTZ.

van Cise, Jerrold G., "Antitrust Past-Present-Future", dalam Theodore P. Kovaleff, *The Antitrust Impulse: an Economic, Historical, and Legal Analysis*, Vol. I, (M.E. Sharpe, Inc.), 1994.

Viscusi, W. Kip. *et.al*, *Economica of Regulation and Antitrust*, The MIT Press, Cambridge, Massachusetss, London, England, 2nd Edition, 1998.

Wagiono, Ismangil, Koperasi Menatap Masa Depan, Beberapa Permasalahan Managerial. Pidato Ilmiah disampaikan pada Lustrum ke VII Fakultas Ekonomi Universitas Sriwijaya, Palembang 8 Januari 1989.

Wibowo, Destivano dan Sinaga, Harjon, *Hukum Acara Persaingan Usaha*, PT Raja Grafindo Persada, 2005.

Widjaja, Gunawan, *Merger dalam Prespektif Monopoli*, Raja Grafindo Persada, Jakarta, 2002.

Wiranti, Retno, "Leniency Programs dalam Perang Melawan Kartel," *Kompetisi*, Media Berkala KPPU, edisi 22, 2010.

Yani, Ahmad dan Wijaya, Gunawan, *Anti Monopoli*, Raja Grafindo Perkasa, Jakarta, 1998

INTERNET

Bongkar Kartel Dengan Leniency Program, (diakses tanggal 5 Desember 2016).

KPPU Ajak Pemda Awasi Pelaksanaan Kemitraan Usaha," *Neraca*, <http://www.neraca.co.id/article/72558/kppu-ajak-pemda-awasi-pelaksanaan-kemitraan-usaha> (diakses tanggal 28 Nopember 2016).

KPPU: Perjanjian Kemitraan Bisa Dorong Persaingan Usaha Sehat, <http://waspada.co.id/sumut/kppu-perjanjian-kemitraan-bisa-dorong-persaingan-usaha-secara-sehat/> (diakses tanggal 28 Nopember 2016).

"*Lindungi UMKM, KPPU – Pemkab Jalin Kerja Sama Anti Monopoli dan Kemitraan UMKM*," <http://banyuwangikab.go.id/berita-daerah/lindungi-umkm-kppu-pemkab-jalin-kerja-sama-anti-monopoli-dan-kemitraan-umkm.html> (diakses tanggal 28 Nopember 2016).

"*When a Good Idea Goes Bad: E.U. Cartel Fine for Trade Association Activities*," *Antitrust/Competition & Marketing Bulletin*, 6 Mei 2011, <http://www.fasken.com/eu-cartel-fined-trade-association-activities/> (diakses tanggal 10 Desember 2016).

<http://www.reformasihukum.org/> di unduh 6 Juli 2009.

<http://www.bi.go.id/web/id/info+penting/arsitektur+perbankan+indonesia/> tanggal 22 Januari 2007.

Bundeskartellamt, "*Effective Cartel Prosecution Benefits for the economy and consumers*," July, 2010 www.bundeskartellamt.de.

Denton, Ross, "*Trade Association Cartel Risk*," powerpoint, Baker & McKenzie, 17 April 2013, (diakses tanggal 10 Desember 2016).

ECN Model Leniency Programme, http://ec.europa.eu/competition/ecn/ml_p_revised_2012_en.pdf.

Hukum Online, "*Akibat 'Kekosongan Hukum', Class Action terhadap Temasek dkk Menjamur*," 29/7/2008, <<http://www.hukumonline.com/detail.asp?id=19813&cl=Berita>>, diakses tanggal 12 Maret 2009.

Hidayat, Avit, "KPPU Tengarai Ada Kartel di Asosiasi Kelapa Sawit," *Tempo*.Co, Jakarta, <https://m.tempo.co/read/news/2016/04/14/090762608/kppu-tengarai-ada-kartel-di-asosiasi-kelapa-sawit> (diakses tanggal 8 Desember 2016).

Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD), "Roundtable on Refusals to Deal", www.oecd.org/dataoecd/44/35/43644518.pdf, diunduh pada 19 April 2011.

Pitofsky, Robert, "The Essential Facilities Doctrine Under United States Antitrust Law," www.ftc.gov/os/comments/intelpropertycomments/pitofskyrobert.pdf, diunduh pada 17 April 2011.

Suhendra, "Penyelidikan KPPU Masih Terbentur Masalah Antar Instansi," 12/03/2008, <<http://www.detikfinance.com/read/2008/03/12/135149/907246/4/>>, diakses tanggal 12 Mei 2009.

Sulistianingsih, Lies, SH., *Perjanjian Internasional Dalam Sistem Perundang-Undangan Nasional*, <http://www.legalitas.org>.

Steuer, Richard M. , *Executive Summary of The Antitrust Laws*, Mayer Brown LLP, <http://library.findlaw.com>, Januari 1999.

The Australian Competition and Consumer Commission, "Roles and Activities", <<http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/54165>>, diakses 2 Mei 2009.

The Federal Trade Commission, "A Guide to the Federal Trade Commission" www.ftc.gov/bcp/edu/pubs/consumer/general/geno3.shtm, diakses tanggal 12 Mei 2009.

von Hinten-Reed, Nils, et. al, 2002, *The Use of Economics in Merger Control Analysis*, Global Counsel Competition Law Handbook 2002/03, <http://www.practicallaw.com>.
www.investopedia.com/terms/a/arbitrage.asp.

DAFTAR PERUNDANG-UNDANGAN

Commission Notice 97/C/372/03 on the definition of relevant market for the purposes of Community competition law.

Horizontal Merger Guidelines, United States, Department of Justice and Federal Trade Commission, 1997.

Kep. Men Perdagangan mengeluarkan Peraturan Menteri No. 11/M-DAG/PER/3/2006 tentang *Ketentuan dan Tata Cara Penerbitan Surat dan Tanda Daftar Agen atau Distributor Barang dan atau Jasa.*

Peraturan Menteri Perindustrian dan Perdagangan No. 13/M-DAG/PER/3/2012 tentang *Ketentuan Umum di Bidang Ekspor: Tarif Jenis Barang.*

Keputusan Menkeu No. 40/KMK 06/2003 tentang *Pendanaan Kredit Usaha Mikro dan Kecil.*

Pedoman KPPU No. 3 Tahun 2009 tentang *Penerapan Pasal 1 Angka 10 tentang Pasar Bersangkutan.*

Peraturan Komisi No. 1 Tahun 2015 tentang *Tata Cara Pengawasan Pelaksanaan Kemitraan.*

Peraturan Komisi No. 3 Tahun 2009 tentang *Pedoman Pelaksanaan Pasal 1 angka 10 tentang Pasar Bersangkutan.*

Peraturan Komisi No. 3 Tahun 2011 tentang *Pedoman Pelaksanaan Pasal 19 huruf d tentang Praktek Diskriminasi.*

Peraturan Komisi No. 6 Tahun 2010 tentang *Pedoman Pelaksanaan Pasal 25 tentang Posisi Dominan.*

Peraturan Komisi No. 6 Tahun 2011 tentang *Pedoman Jual Rugi.*

Peraturan Komisi No. 7 Tahun 2009 tentang *Pedoman Pelaksanaan Pasal 26 tentang Jabatan Rangkap.*

Peraturan Komisi No. 7 Tahun 2009 tentang *Pedoman Pelaksanaan Pasal 26 tentang Jabatan Rangkap.*

Peraturan Komisi No. 7 Tahun 2011 tentang *Pedoman Pelaksanaan Pasal 27 tentang Kepemilikan Saham Silang*.

Peraturan KPPU No. 11 Tahun 2011 tentang *Pedoman Pasal 17 tentang Praktek Monopoli*.

Peraturan KPPU No. 3 Tahun 2011 tentang *Pedoman Pasal 19 huruf d tentang Praktek Diskriminasi*.

Peraturan KPPU No. 4 Tahun 2010 tentang *Pedoman Pelaksanaan Pasal 11 tentang Kartel*.

Peraturan KPPU No. 2 Tahun 2010 tentang *Pedoman Pasal 22 tentang Larangan Persekongkolan dalam Tender*.

Peraturan KPPU No. 6 Tahun 2011 tentang *Pedoman Pasal 20 tentang Jual Rugi*.

Peraturan Pemerintah No. 102 Tahun 2000 tentang *Standardisasi Nasional menggantikan Peraturan Pemerintah No. 15 Tahun 1991 tentang Standar Nasional Indonesia*.

Peraturan Pemerintah No. 57 Tahun 2010 tentang *Penggabungan atau Peleburan Badan Usaha dan Pengambilalihan Saham Perusahaan yang Dapat Mengakibatkan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*.

Peraturan Pemerintah No. 17 Tahun 2013 tentang *Pelaksanaan UU No. 20 Tahun 2008 tentang Usaha Mikro, Kecil, Menengah*.

Peraturan Presiden No. 80 Tahun 2008 tentang *Komisi Pengawas Persaingan Usaha*.

Peraturan Pemerintah No. 17 Tahun 2013 tentang *Pelaksanaan UU No. 20 Tahun 2008 tentang Usaha Mikro, Kecil dan Menengah*.

Peraturan Pemerintah No. 57 Tahun 2010 tentang *Penggabungan atau Peleburan Badan Usaha dan Pengambilalihan Saham Perusahaan yang dapat mengakibatkan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*.

UU No. 1 Tahun 1995 tentang *Badan Usaha Milik Negara (BUMN)*.

UU No. 20 Tahun 2016 tentang *Merk dan Indikasi Geografis*.

UU No. 13 Tahun 2016 tentang *Paten*.

UU No. 28 Tahun 2014 tentang *Hak Cipta*.

UU No. 19 Tahun 2003 tentang *Badan Usaha Milik Negara*.

UU No. 20 Tahun 2008 tentang *Usaha Mikro, Kecil dan Menengah*.

UU No. 25 Tahun 1992 tentang *Koperasi*.

UU No. 40 Tahun 2007 tentang *Perseroan Terbatas*.

UU No. 5 Tahun 1999 tentang *Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*.

PUTUSAN

Bhan v. NME Hosps., Inc., 929 F. 2d 1404 (9th Cir. 1991).

BMI v. Columbia Broad. Sys., 441 U.S. 1, 23-25 (1979).

Board of Trade of City of Chicago et al. v. United States, 246 U.S. at 238, 38 S. Ct. at 244, 62 L. Ed. at 687.

Chicago Board of Trade v. United States, 246 U.S. 231, 38 S.Ct. 242, 62 L.Ed. 683 (1918).

Coca Cola Co. v. United States, 91 F. T. C. 517, 634-635 (1978).

Continental TV., Inc. v. GTE Sylvania Inc., 433 U.S. 36, 58-59 (1977).

FTC v. Indiana Fed'n of Dentist, 476 U.S. 447 (1986).

FTC v. Superior Court Trial Lawyers Ass'n, 493 U.S. 411, 438 (1990) (Brennen, J., dissenting and concurring).

Ginzburg M.D. v. Memorial Healthcare Sys., 993 F. Supp. 998, 1025-26 (S.D. Tex. 1997).

- Goldfarb v. Virginia State Bar*, 421 U.S. 773, 95 S. Ct. 2004, 44 L. Ed. 2d 572 (1975).
- Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984).
- Klor's, Inc. v. Broadway-Hale Stores, Inc.*, 359 U.S. 207, 210-14 (1957).
- Putusan Perkara No. 05/KPPU-L/2002 tentang Cineplex.
- Milk and Ice Cream Can Institute vs. FTC*, 152 F.2d, 478 (7th Cir.1946).
- National Society of Professional Engineers v. United States*, 435 U.S. 679, 98 S. Ct. 1355 (1978).
- Nationwide Trailer Rental Sistem, Inc. v. United States*, 355 U.S. 10, 78 S. Ct. 11, 2 L. Ed. 2d 20 (1957), aff'g 156 S. Supp. 800 (D. Kan.).
- NCAA v. Board of Regent of The Univ. of Oklahoma*, 468 U.S. 85, 113 (1984).
- NCAA v. Board of Regents of the Univ. of Oklahoma*, 468 U.S. 85, 117-20 (1984).
- Northern Pacific Ry. Co. v. United States*, 356 U.S. 1, 5 (1958).
- Palmer v. BRG of Georgia, Inc.*, 498 U.S. 46, 49-50 (1990) (per curium).
- Parker vs. Brown*, 317 U.S. 341 (1943), 317 U.S. 341.
- Plymouth Dealers'Association v. United States*, 279 F. 2d 128 (9th Cir. 1960).
- Putusan KPPU No. 05/KPPU-I/2012 tentang Tender Export Pipeline Front End Engineering & Design Contract.
- Putusan KPPU No. 07/KPPU-L/2007 tentang Temasek.
- Putusan KPPU No. 10/KPPU-I/2015 tentang Perdagangan Sapi Impor.
- Standard Oil Co. of N.J. v. United States*, 221 U.S. 1, 31 S. Ct. 502, 55 L. Ed. 619 (1911).
- Standard Oil, Co. v. United States*, 221 U.S. 1, 31 S.Ct. 502, 55 L. Ed. 619 (1911).
- Times-Picayune Publ'g Co. v. United States*, 345 U.S. 594, 611 (1953).
- Topco v United States*, 405 U.S., h. 621.
- United States v. Arnold Schwinn dan Co.*, 388 U.S. 365, 379 (1967).
- United States v. Chicago Board of Trade*, 246 U.S. 231 (1918).
- United States v. E. I. du Pont de Nemours dan Co.*, 351 U. S. 377, 399-400 (1956).
- United States v. Gasoline Retailers Association*, 285 F. 2d 688 (7th Cir. 1961).
- United States v. Jantzen Inc.*, 1966 CCH Trade Cas. 71,887 (D. Or. 1966).
- United States v. Joint Traffic Association*, 171 U.S. 505, 19 S. Ct. 25, 43 L. Ed., 259 (1898).
- United States v. Realty Multi-List, Inc.*, 629 F. 2d 1351 (5th Cir. 1980).
- United States v. Socony-Vacuum Oil, Co.*, 310 U.S. 150, 223 (1940).
- United States v. Trans-Missouri Freight Ass'n*, 166 U.S. 290, 343, 17 S. Ct. 540, 560, 41 L. Ed. 1007, 1028 (1897).
- United States v. Trans-Missouri Freight Association*, 166 U.S. 290, 17 S. Ct. 540, 41 L. Ed. 1007 (1897).
- United States v. United Liquors Corp.*, 149 F.Supp. 609 (W.D. Tenn. 1956), aff'd per curiam 352 U.S. 991, 77 S.Ct. 557, 1 L.Ed. 2d 540 (1957).
- US v Griffith* 334 U.S. 100.

BIOGRAFI PENULIS



Dr. Andi Fahmi Lubis, SE, ME

Dr. Andi Fahmi Lubis, SE, ME, lahir di Palembang, 21 Desember 1972. Menyelesaikan gelar Sarjana Ekonomi di Universitas Indonesia pada tahun 1997. Pada tahun 2007, menyelesaikan program doktoral di Program Pascasarjana Ilmu Ekonomi, Fakultas Ekonomi dan Bisnis Universitas Indonesia (FEB-UI) dengan spesialisasi Ekonomi Industri dan Perdagangan. Saat ini aktif menjadi staf pengajar di FEB-UI dan Wakil Ketua Umum Lembaga Kajian Persaingan dan Kebijakan Usaha (LKPU-FHUI), dan sebelumnya pernah menjadi Ketua Program Magister Perencanaan dan Kebijakan Publik (MPKP) FEB-UI (2012-2013). Di luar kesibukan tersebut, beliau membantu KPPU baik sebagai narasumber maupun tenaga ahli dalam penyusunan pedoman-pedoman UU No. 5 Tahun 1999. Di samping itu, beliau juga terlibat dalam kegiatan penelitian bekerja sama dengan beberapa institusi nasional dan internasional di antaranya adalah BAPPENAS, Kementerian Koordinator Bidang Perekonomian, Kementerian Perindustrian dan beberapa lembaga donor.

Prof. Dr. Ningrum Natasya Sirait SH, MLI

Prof. Dr. Ningrum Natasya Sirait SH, MLI, lahir di Bandung, 17 Januari 1962, memperoleh diploma year 12 Certificate dari Copland College, Canberra, Australia pada tahun 1981 dalam Program AFS, menyelesaikan gelar Sarjana Hukum dari Universitas Sumatera Utara pada tahun 1987, mendapat beasiswa Elips program dan memperoleh gelar Master of Legal Institution dari Law School University of Wisconsin, Madison Amerika Serikat pada tahun 1996, mendapat beasiswa dari Fulbright Scholarship Researcher di University of Wisconsin pada tahun 2000, serta memperoleh gelar Doktor dalam bidang ilmu hukum dari Universitas Sumatera

Utara pada tahun 2003 dengan predikat Cum Laude. Dikukuhkan sebagai Guru Besar USU pada Juni 2006. Sejak tahun 1989, ia mengajar di Universitas Sumatera Utara dalam berbagai bidang mata kuliah untuk Fakultas Hukum dan Program Magister dan Doktor Ilmu Hukum, Program Magister Kenotariatan, Program Magister Manajemen dan beberapa program Paska Sarjana di universitas lainnya. Ia aktif dan rutin menjadi pembicara dalam berbagai seminar nasional dan internasional, memberikan ceramah dan pelatihan, melakukan penelitian dan kajian dengan beberapa institusi lain seperti MA, KPPU serta telah mempublikasikan beberapa buku, jurnal, dan bahan pengajaran terutama yang berkaitan dengan persaingan usaha. Pernah menjabat sebagai Wakil Rektor Kerjasama dan Perencanaan USU pada tahun 2010 – 2016.

Prof. M. Hawin, SH., LL.M, Ph.D



Prof. M. Hawin, SH., LL.M, Ph.D, lahir di Bantul, Yogyakarta, 26 Desember 1962, menyelesaikan studi Sarjana Hukum di Universitas Gadjah Mada dengan predikat Cum Laude pada tahun 1989. Ia menyelesaikan program studi Master of Laws (LL.M) pada tahun 1996 bidang International Business Laws di Washington College of Law, American University, USA, dan meraih gelar doctor pada tahun 2003 di University of Queensland, School of Law, Australia dalam bidang Intellectual Property Law. Ia pernah menjadi anggota Tim Asistensi Hukum Menteri Perekonomian Republik Indonesia. Hawin pernah menjadi Dekan Fakultas Hukum

UGM. Saat ini ia menjabat sebagai Guru Besar di Fakultas Hukum UGM, Yogyakarta. Hingga sekarang beliau aktif mengikuti berbagai seminar, pelatihan dan penelitian baik sebagai peserta, panelis maupun pembicara. Ia pun telah banyak mempublikasikan beberapa hasil penelitiannya baik di dalam maupun di luar negeri.

Dr. jur. Udin Silalahi, SH, LL.M



Lahir di Sidamanik, 20 September 1958, mendapatkan gelar Sarjana Hukum dari Fakultas Hukum Universitas Atma Jaya, Yogyakarta. Ia menyelesaikan program magister dari Fakultas Hukum Universitas Friedrich-Alexander Erlangen-Nürnberg, Erlangen, Jerman dengan predikat cum laude, dan meraih gelar Doktor dalam ilmu hukum dari Fakultas Hukum Universitas Friedrich-Alexander Erlangen-Nürnberg, Erlangen, Jerman, dengan spesialisasi dibidang Hukum Persaingan Usaha dan lulus dengan predikat magna cum laude. Ia telah mempublikasikan banyak artikel dan buku dalam bidang Hukum Persaingan Usaha. Saat ini menjadi Dosen tetap di Fakultas Hukum dan Pascasarjana

Universitas Pelita Harapan dan dosen tidak tetap pada Pascasarjana Universitas Indonesia, pada Kajian Wilayah Eropa. Sebelum bergabung dengan Universitas Pelita Harapan, menjadi peneliti senior pada Departemen Ekonomi, Center for Strategic and International Studies (CSIS), Jakarta. Selain itu ia menjadi tenaga ahli Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) tahun 2002-2005, Tahun 2007-2010, Tahun 2012-2013 dan Badan Pembinaan Hukum Nasional (BPHN), Departemen Hukum dan HAM sejak Tahun 2002-2009.

Dr. Paramita Prananingtyas, SH, LL.M



Dr. Paramita Prananingtyas, SH, LL.M, merupakan sarjana hukum ekonomi generasi muda di UNDIP, merupakan bagian dari penanggung jawab proyek. Beliau mempelajari ilmu hukum di UNDIP (S.H.), University of Florida (LL.M.) dan Universitas Gadjah Mada (Dr). Saat ini dia mengabdikan sebagai dosen di Fakultas Hukum Universitas Diponegoro. Beliau memiliki pengalaman bekerja dan mengajar di berbagai area dan subjek hukum, termasuk hukum kompetisi dan isu-isu terkait, misalnya paten, hukum bisnis dan investasi, serta kerangka hukum untuk Badan Usaha Milik Negara. Oleh Mahkamah Agung Republik Indonesia, beliau dinobatkan

sebagai saksi ahli dalam penilaian keputusan-keputusan KPPU. Salah satu kontribusinya adalah tertuang dalam artikel mengenai penilaian terhadap keputusan KPPU yang menemukan bahwa penyedia bus TransJakarta bersalah dalam proses tender yang sarat konspirasi dan kolusi di tahun 2014-2015. Di samping itu, beliau telah mempublikasikan berbagai hasil riset dan artikel akademik mengenai hukum persaingan usaha.

Dr. Anna Maria Tri Anggraini, SH, MH



Anna Maria Tri Anggraini memulai karirnya sebagai dosen di Fakultas Hukum Universitas Trisakti pada tahun 1990 sampai sekarang, dengan mata kuliah Hukum Persaingan, Hukum Perlindungan Konsumen, dan Hukum Investasi. Selain itu, juga mengajar Hukum Persaingan di program pascasarjana beberapa Universitas seperti Universitas Indonesia, Universitas Gadjahmada, dan Universitas Krisnadwipayana Jakarta. Pada tahun 2003 menyelesaikan studi di program Doktor Universitas Indonesia dengan disertasi berjudul "Pendekatan Rule of Reason atau Perse Illegal dalam Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang

Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat". Pada tahun 2006 sampai dengan 2012 mendapat tugas sebagai Komisioner di Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU). Pada tahun 2009 diangkat pemerintah Indonesia sebagai Ketua Tim Interdep yang melibatkan stakeholders pemerintah, Kadin, narasumber dan akademisi untuk menyusun dan melahirkan PP Nomor 57 Tahun 2010 tentang Penggabungan atau Peleburan Badan Usaha dan Pengambilalihan Saham Perusahaan yang Dapat Mengakibatkan Terjadinya Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Pada tahun 2010-2011 diangkat sebagai Wakil Ketua KPPU, dan setelah mengakhiri tugasnya di KPPU, diangkat sebagai President of ASEAN Competition Institute (ACI) mulai tahun 2013-2017. Dia pernah menjabat sebagai Anggota Komite Pengawas Perpajakan mulai tahun 2013 sampai dengan tahun 2016. Pada bulan Agustus 2017 diangkat sebagai Anggota Badan Perlindungan Konsumen Nasional (BPKN) untuk masa periode 3 tahun (2017-2020).

Kurnia Toha, Ph.D



Kurnia Toha, lahir di Lampung. Ia menamatkan S1 di Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta pada tahun 1987, S2 di University of Washington, Seattle pada tahun 1998 dan meraih gelar doktor dari University of Washington tahun 2007. Ia bergabung dengan almamaternya sebagai staf pengajar semenjak menyelesaikan pendidikan Strata satu di Fakultas Hukum Universitas Indonesia. Selain itu juga aktif menjadi pengacara paruh waktu di berbagai firma hukum di Jakarta. Sejak tahun 1998 sampai saat ini menjadi penanggung jawab mata kuliah Hukum Persaingan Usaha. Selain dari itu ia juga mengajar Hukum Kepailitan, Hukum Tanah dan Hukum Pidana.

Prof. Dr. L. Budi Kagramanto, SH, MH, MM



Prof. Dr. L. Budi Kagramanto, SH., MH., MM., lahir di Yogyakarta, 6 Januari 1960, menyelesaikan studi Sarjana Hukum di Universitas Gadjah Mada pada tahun 1987, studi Magister Ilmu Hukum di Universitas Airlangga pada tahun 1999, studi Magister Manajemen di Universitas Wijaya Putra, Surabaya pada tahun 2000, dan mendapatkan gelar doktor dalam Ilmu Hukum, di Universitas Airlangga pada tahun 2007. Sebelum menjabat sebagai Guru Besar Ilmu Hukum, ia mengawali karir dalam bidang pendidikan sebagai dosen di Fakultas Hukum Universitas Airlangga dalam berbagai mata kuliah, menjadi dosen pembimbing dan penguji tesis, serta Promotor dan Ko Promotor, Penguji dan Penyanggah Disertasi, hingga saat ini. Selain itu pernah menjabat sebagai Dosen Luar Biasa Fakultas Hukum di Universitas Kartini dan Universitas Tritunggal, Surabaya. Ia juga telah banyak mempublikasikan berbagai karya ilmiah dan penelitian di berbagai bidang hukum ekonomi. Di samping itu, yang bersangkutan aktif sebagai pembicara dalam seminar, memberikan ceramah dan pelatihan, melakukan penelitian dan kajian, serta pengabdian masyarakat.



DR. Sukarmi, S.H., M.H, lahir di Nganjuk, 3 Mei 1967. Ia menyelesaikan pendidikan Strata Satu di Fakultas Hukum Universitas Brawijaya tahun 1990, Magister Ilmu Hukum Bisnis, Program Pascasarjana Universitas Padjadjaran Bandung tahun 1999 dan Doktor Hukum Bisnis Program Pascasarjana Universitas Padjadjaran Bandung tahun 2005. Ia menjabat sebagai dosen tetap di Fakultas Hukum Universitas Brawijaya Malang dan beberapa Perguruan Tinggi lain dan sejak Januari 2007 menjadi Anggota Komisi Pengawas Persaingan Usaha Republik Indonesia (KPPU-RI).

Syamsul Maarif, Ph.D



Syamsul Maarif, Ph.D. Ia meniti karir sejak 1979 dengan bekerja sebagai pengacara, pengajar dan konsultan sampai diangkat menjadi Hakim Agung pada Tahun 2009. Pada tahun 2000-2008 ia menjadi anggota KPPU dan menjadi Wakil Ketua KPPU periode Juni 2000-2001, sedangkan periode 2005 – 2006 menjadi Ketua KPPU. Sebagai pengacara, Syamsul pernah bergabung dengan Artono & Partners (Malang) dan Bahar & Partner (Jakarta), serta mendirikan kantor hukum Syam & Associates (1999). Sebagai pengajar, Syamsul yang banyak menulis di berbagai jurnal dalam dan luar negeri ini menjadi dosen di Universitas Indonesia,

Universitas Brawijaya, Universitas Islam Indonesia, dan Universitas Paramadina Mulya. Selain itu, ia pernah menjadi Konsultan di kantor Bank Dunia, Jakarta. Ia mendapatkan gelar sarjana hukum dari Universitas Brawijaya, Malang, pada 1984, kelahiran Mojokerto lima puluh tahun yang lalu ini, meneruskan pendidikan tingginya di McGill University, Montreal, dan meraih gelar Legum Magister (LL.M.) dan Doctor of Civil Law (DCL), masing-masing pada 1991 dan 1998.

KANTOR PUSAT

Komisi Pengawas Persaingan Usaha
Jalan Ir. H. Juanda 36
Jakarta 10120
Indonesia

Telepon: 62-21-350 7015, 350 7016, 350 7043
Faksimili: 62-21-350 7008
email: infokom@kppu.go.id

KANTOR PERWAKILAN DAERAH

Surabaya

Gedung Mandiri
Jl Basuki Rahmat no 129-137, Lt. 7, Ruang 703
Surabaya 60271
Telp. : 031-545 4146, 534 4410
Faks : 031-5341949
email : kpd_surabaya@kppu.go.id

Balikpapan

Gedung Keuangan Negara Balikpapan Lt.3
Jl. Jend. Ahmad Yani No.68,
Balikpapan 76113, Kalimantan Timur
Telp. : 0542-730 373,
Fax: 0542-415-939
email : kpd_balikpapan@kppu.go.id

Medan

Jalan. Ir. H. Juanda No. 9A
Medan, Sumatera Utara
Telp. : 061-414 8603,
Fax. : 061-414 8603
email : kpd_medan@kppu.go.id

Makassar

Gd. Keuangan Negara (GKN) II Lantai 6
Jl. Urip Sumohardjo Km.4
Makassar, Sulawesi Selatan 90174
Telp. : 0411-429927, 429957
Faks. : 0411-429958
email : kpd_makassar@kppu.go.id

Batam

Gedung Graha Pena Lt 6
Jl. Raya Batam Center Teluk Tering,
Batam Kota – Batam 29461, Kepulauan Riau
Telp. : 0778-469 337, 0778-469 433
email : kpd_batam@kppu.go.id



KPPU

KOMISI
PENGAWAS
PERSAINGAN
USAHA