



Hukum Persaingan Usaha Antara Teks & Konteks

Dr. Andi Fahmi Lubis, SE, ME
Dr. Anna Maria Tri Angraini, 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. Sukarmi, SH, MH
Syamsul Maarif, Ph.D
Dr. jur. Udin Silalahi, SH, LL.M

Hukum Persaingan Usaha Antara Teks & Konteks

Design

ROV Creative Media
Jl. Kembang Sakti I D6/12
Puri Indah - Jakarta 11610
Tel./Fax. : +62 21 580 3552
Email : rovcreativemedia@yahoo.com.sg

Printing

lorem ipsum dolor sit amet
lorem ipsum dolor sit amet
lorem ipsum dolor sit amet
lorem ipsum dolor sit amet
lorem ipsum dolor sit amet

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. Sukarmi, SH, MH
Syamsul Maarif, Ph.D
Dr. jur. Udin Silalahi, SH, LL.M

Editor

Dr. Andi Fahmi Lubis, SE, ME
Prof. Dr. Ningrum Natasya Sirait, SH, MLI

Hukum Persaingan Usaha Antara Teks & Konteks

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. Sukarmi, SH, MH
Syamsul Maarif, Ph.D
Dr. jur. Udin Silalahi, SH, LL.M

Editor

Dr. Andi Fahmi Lubis, SE, ME
Prof. Dr. Ningrum Natasya Sirait, SH, MLI

DAFTAR ISI

Daftar Kasus	vii	
Kata Pengantar perwakilan KPPU	ix	
Kata Pengantar perwakilan GTZ-ICL	xv	
Bab I	Pendahuluan	1
I.1.	Sejarah Pentingnya Persaingan Usaha	1
I.1.a.	Amerika Serikat	4
I.1.b.	Jepang	4
I.1.c.	Korea Selatan	5
I.1.d.	Jerman	5
I.1.e.	Australia	6
I.1.f.	Uni Eropa	11
I.1.g.	Indonesia	12
I.2.	Asas dan Tujuan	14
I.3.	Dasar-dasar Perlindungan Persaingan Usaha	16
I.4.	Tujuan-tujuan Perlindungan Persaingan Usaha	16
I.5.	Efisiensi Sebagai Tujuan Kebijakan Persaingan	17
I.6.	Kesejahteraan Masyarakat dan/ Konsumen sebagai Tujuan Utama Kebijakan Persaingan	18
Bab II	Konsep Ekonomi Dalam Hukum Persaingan Usaha	21
II.1.	Konsep Dasar Ilmu Ekonomi	21
II.1.1.	<i>Scarcity, Choices, dan Opportunity Cost</i>	22
II.1.1.a.	<i>Scarcity</i> (Kelangkaan)	22
II.1.1.b.	<i>Choices</i> (Pilihan-pilihan)	22
II.1.1.c.	<i>Opportunity Cost</i>	22
II.1.2.	Penawaran (<i>Demand</i>) dan Penerimaan (<i>Supply</i>)	23
II.1.2.a.	Penawaran (<i>Demand</i>)	24
II.1.2.b.	Penerimaan (<i>Supply</i>)	25
II.1.3.	Konsep Biaya	27
II.2.	Konsep Pasar Persaingan Dalam Ilmu Ekonomi	29
II.2.1.	Struktur Pasar	29
II.2.1.a.	Pasar Persaingan Sempurna	29
II.2.1.b.	Pasar Monopoli	31

II.2.1.c.	Pasar Monopolistik	34
II.2.1.d.	Pasar Oligopoli	35
II.2.2.	Kebijakan Persaingan	36
II.2.2.a.	Efisiensi Ekonomi	36
II.2.2.b.	Kebijakan Persaingan dan Intervensi Pemerintah	38
II.3.	Paradigma Dalam Organisasi Industri	40
II.3.1.	Paradigma Harvard	42
II.3.2.	Paradigma Chicago	43
II.4.	Perilaku Strategis Penentuan Harga	46
II.4.1.	<i>Predatory Pricing</i> (Menjual Rugi)	46
II.4.2.	<i>Price Discrimination</i> (Diskriminasi Harga)	48
II.5.	<i>Relevant Market</i> (Pasar Bersangkutan)	50
II.5.1.	Pasar Menurut Produk	50
II.5.2.	Pasar Menurut Geografis	54
Bab III	Penerapan Pendekatan " <i>Per Se Illegal</i> " dan " <i>Rule of Reason</i> " dalam Hukum Persaingan	55
III.1.	Pendekatan " <i>Per Se Illegal</i> " dan Penerapannya	56
III.2.	Pendekatan " <i>Rule of Reason</i> " dan Penerapannya	66
III.3.	Penerapan " <i>Per Se Illegal</i> " atau " <i>Rule of Reason</i> " secara alternatif	80
Bab IV	Perjanjian Yang Dilarang [Dalam Undang-Undang No. 5 Tahun 1999]	85
IV.1.	Perjanjian Yang Dilarang	85
IV.1.1.	Oligopoli	87
IV.1.2.	Penetapan Harga	90
IV.1.2.a.	Perjanjian Penetapan Harga (<i>Price Fixing Agreement</i>)	91
IV.1.2.b.	Perjanjian Diskriminasi Harga (<i>Price Discrimination Agreement</i>)	93
IV.1.2.c.	Harga Pemangsa atau Jual Rugi (<i>Predatory Pricing</i>)	95
IV.1.2.d.	Penetapan Harga Jual Kembali (<i>Resale Price Maintenance</i>)	98
IV.1.3.	Pembagian Wilayah (<i>Market Division</i>)	100
IV.1.4.	Pemboikotan (<i>Group Boycott</i>)	103
IV.1.5.	Kartel	106
IV.1.6.	<i>Trust</i>	109
IV.1.7.	Oligopsoni	110
IV.1.8.	Integrasi Vertikal	113
IV.1.9.	Perjanjian Tertutup	118
IV.1.10.	Perjanjian Dengan Pihak Luar Negeri	124
Bab V	Kegiatan Yang Dilarang [Dalam Hukum Persaingan Usaha]	127
V.1.	Monopoli	127
V.2.	Monopsoni	136
V.3.	Penguasaan Pasar	138

V.4.	Kegiatan Menjual Rugi (<i>Predatory Pricing</i>)	143
V.5.	Kecurangan Dalam Menetapkan Biaya Produksi	145
V.6.	Persekongkolan	146
Bab VI	Posisi Dominan dan Penyalahgunaannya	165
VI.1.	Posisi Dominan	165
VI.2.	Penetapan Posisi Dominan	175
VI.3.	Penyalahgunaan Posisi Dominan	178
VI.4.	Hubungan Afiliasi Dengan Pelaku Usaha Yang Lain	189
Bab VII	<i>Merger</i> (Penggabungan)	189
VII.1.	Pengertian <i>Merger</i>	190
VII.2.	Bentuk Umum <i>Merger</i>	191
VII.3.	Pengaturan <i>Merger</i> di dalam Peraturan Perundang-undangan	192
VII.4.	Dampak <i>Merger</i> Terhadap Persaingan	197
VII.5.	Perlunya Pengaturan <i>Merger</i>	199
VII.5.1.	Substansi Yang Perlu Diakomodir Dalam Sistem	203
VII.5.2.	Tes Substansi (<i>Substantive Test</i>)	205
VII.5.3.	Metode Perhitungan Konsentrasi	209
Bab VIII	Pengecualian Dalam Undang-Undang No. 5 Tahun 1999	213
VIII.1.	Pengecualian	218
VIII.2.	Pengecualian Dan Pertimbangan	220
VIII.3.	Pengecualian Dalam Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat	223
Bab IX	Komisi Pengawas Persaingan Usaha Dan Penegakan Hukum Persaingan di Indonesia	311
IX.1.	Peranan KPPU Dalam Penegakan Hukum Persaingan di Indonesia	311
IX.1.1.	Kedudukan KPPU Dalam Sistem Ketatanegaraan	311
IX.1.2.	Tugas dan Wewenang KPPU	314
IX.1.3.	Komisi Persaingan di Beberapa Negara	316
IX.2.	Hukum Acara di KPPU	324
IX.3.	Pemeriksaan oleh KPPU	325
IX.3.1.	Pemeriksaan Atas Dasar Laporan	326
IX.3.2.	Pemeriksaan Atas Dasar Inisiatif KPPU	326
IX.3.3.	Jenis Pemeriksaan oleh KPPU	326
IX.3.4.	Tahap Pemeriksaan oleh KPPU	327
IX.4.	Pelaksanaan Putusan KPPU	330
IX.4.1.	Beberapa Macam Tanggapan Pelaku Terhadap Putusan KPPU	330
IX.4.2.	Upaya Hukum oleh Pelaku Usaha	331
IX.4.3.	Pelaksanaan Putusan (Eksekusi)	341
IX.4.4.	Sanksi	342

IX.4.5. <i>Class Action</i>	345
Daftar Pustaka	349
Autobiografi	357

DAFTAR KASUS

Kasus III.1	Perkara Penetapan Tarif Angkutan Umum Bus Patas AC di Wilayah DKI Jakarta	62
Kasus III.2	Perkara Penetapan Tarif Angkutan Umum Laut Jalur Surabaya - Makasar	62
Kasus III.3	Perkara Kartel SMS	63
Kasus III.4	Perkara Cineplex 21	78
Kasus III.5	Perkara Penguasaan Pasar Oleh PT. Artha Boga Cemerlang (ABC)	79
Kasus III.6	Perkara Praktek Monopoli dan Penguasaan Pasar di Wilayah Pelabuhan dan Bandar Udara Hang Nadim, Batam	80
Kasus IV.1	Perkara Oligopoli Dalam Perdagangan Garam ke Sumatera Utara	90
Kasus IV.2	Perkara Penetapan Tarif Uang Tambang Trayek Jakarta - Pontianak - Jakarta	92
Kasus IV.3	Perkara Kartel Perdagangan Garam ke Sumatera Utara	94
Kasus IV.4	Perkara <i>Predatory Pricing</i> Antara William Inglis & Son Co. vs. ITT Continental Baking Co.	97
Kasus V.5	Perkara Distribusi Semen Gresik	99
Kasus IV.6	Perkara Pembagian Wilayah DPP AKLI Pusat	102
Kasus IV.7	Perkara Pemboikotan Northwest Wholesale Stationary, Inc. vs. Pacific Stationary & Printing Co.	105
Kasus IV.8	Perkara Kartel Kargo Surabaya - Makasar	108
Kasus IV.9	Perkara Standard Oil Company of New Jersey vs. US	110
Kasus IV.10	Perkara Oligopoli Penetapan Harga Daging dan Peternak Sapi	112
Kasus IV.11	Perkara Integrasi Vertikal Abacus PT. Garuda Indonesia	116
Kasus IV.12	Perkara Distribusi Semen Gresik	119
Kasus IV.13	Perkara PT. Garuda Indonesia	122

Kasus IV.14	Perkara PT. Artha Boga Cemerlang (ABC)	123
Kasus IV.15	Perkara Temasek	126
Kasus V.1	Perkara Standard Oil Co. vs. US Dan American Tobacco Co. vs. US	134
Kasus V.2	Beberapa Perkara Persekongkolan Tender Pengadaan/Pembelian Barang dan Jasa	154
Kasus V.3	Beberapa Perkara Persekongkolan Tender Penjualan Barang dan Jasa	154
Kasus VI.1	Perkara Temasek Group	178
Kasus VI.2	Perkara PT. Artha Boga Cemerlang (ABC)	181
Kasus VI.3	Perkara Penyalahgunaan Posisi Dominan Carefour	181
Kasus VI.4	Perkara Jabatan Rangkap PT. Garuda Indonesia	184
Kasus VI.5	Perkara Kepemilikan Saham Silang Cineplex 21	186
Kasus IX.1	Perkara Penjualan Saham PT. Indomobil Sukses Internasional Tbk.	332
Kasus IX.2	Perkara Penjualan Saham PT. Indomobil Sukses Internasional Tbk.	333

KATA PENGANTAR

Ekonomi dunia dewasa ini bergerak sangat dinamis, dengan globalisasi sebagai motor penggerakannya. Pelan tapi pasti, globalisasi telah menjadi pendorong utama bagi munculnya integrasi ekonomi dunia. Di satu sisi, globalisasi telah membuka peluang yang lebih luas bagi negara sedang berkembang untuk meningkatkan volume perdagangan dengan melakukan ekspansi usaha ke pasar internasional. Melalui globalisasi pula dapat dilakukan peningkatan investasi, baik langsung maupun tidak langsung yang akhirnya mendorong pertumbuhan ekonomi dan lapangan kerja.

Di sisi lain, globalisasi juga mendorong masuknya barang/jasa dari negara lain dan membanjiri pasar domestik. Pelaku usaha domestik kini harus berhadapan dengan pelaku usaha dari berbagai negara, dalam suasana persaingan tidak sempurna. Pelaku usaha besar dan transnasional dapat menguasai kegiatan ekonomi domestik melalui perilaku anti persaingan, seperti kartel, penyalahgunaan posisi dominan, *merger/takeover*, dan sebagainya.

Memperhatikan persaingan antar pelaku usaha yang bertambah ketat dan tidak sempurna (*imperfect competition*), maka nilai-nilai persaingan usaha yang sehat perlu mendapat perhatian lebih besar dalam sistem ekonomi Indonesia. Penegakan hukum persaingan merupakan instrumen ekonomi yang sering digunakan untuk memastikan bahwa persaingan antar pelaku usaha berlangsung dengan sehat dan hasilnya dapat terukur berupa peningkatan kesejahteraan masyarakat.

Secara teoritis, dalam kondisi pasar yang bersaing tidak sempurna, pelaku usaha secara individual atau melalui concerted action dapat menetapkan harga dan alokasi sumber daya ekonomi. Oleh karenanya, para ahli ekonomi industri telah menemukan sebuah dalil ekonomi yang menggambarkan hubungan (korelasi) antara *structure* (S), *conduct* (C), dan *performance* (P). Pada awalnya, organisasi industri diatur dengan sebuah paradigma yang mengatakan adanya hubungan searah antara *structure, conduct and performance* (SCP). Sebuah hubungan yang menggambarkan bahwa struktur (S) sebuah industri/sector akan mempengaruhi perilaku (C), yang pada gilirannya akan menghasilkan kinerja (P) industri/sector tersebut. Kinerja industri dapat berupa pertumbuhan industri, efisiensi, inovasi, deviden, profitabilitas, tingkat kepuasan konsumen dan sebagainya yang merupakan bagian dari kesejahteraan masyarakat.

Dalam perkembangan selanjutnya hubungan *structure, conduct and performance* tersebut ternyata tidak lagi bergerak satu arah sebagaimana disebutkan di atas. Hasil riset ekonomi menunjukkan adanya hubungan 2 (dua) arah, hubungan saling mempengaruhi. Sebagai contoh, melalui efisiensi (P), pelaku usaha dapat terdorong menetapkan harga lebih rendah (C) hingga ia menjadi monopoli (S). Dengan demikian kinerja dapat mengubah perilaku dan akhirnya struktur pasar. Akhirnya paradigma lama berubah karena monopoli tidak selalu mengakibatkan penurunan kesejahteraan rakyat.

Pendekatan SCP dikenal sangat luas dan banyak diimplementasikan di beberapa negara maju seperti Amerika Serikat dan Kanada. Awalnya pendekatan tersebut lebih menekankan pada upaya merubah struktur, dari monopoli menjadi banyak pelaku usaha yang terlibat dalam sebuah industri/sector. Dengan adanya perbaikan struktur diharapkan akan menghasilkan iklim persaingan yang jauh lebih baik yang akan bermuara pada terjadinya peningkatan kesejahteraan masyarakat. Hal ini kemudian yang melatarbelakangi mengapa hukum persaingan pada awalnya lebih dikenal sebagai hukum anti monopoli yang mengedepankan perubahan struktur sebagai syarat utamanya.

Dalam perkembangan terakhir, fokus peraturan perundangan/hukum persaingan lebih mengarah pada *conduct*/perilaku pelaku usaha. Paradigma baru ini lebih memandang *conduct*, yang selanjutnya disebut praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat, sebagai penyebab performansi industri rendah. Dengan demikian, boleh dikatakan bahwa hukum persaingan lahir berawal dari dalil ekonomi. Dan hukum persaingan berkembang secara dinamis seiring dengan perkembangan paradigma *Structure Conduct Performance* serta riset ekonomi dan hukum.

Dalam perkembangan sistem ekonomi Indonesia, persaingan usaha menjadi salah satu instrumen ekonomi sejak saat reformasi digulirkan. Hal ini ditunjukkan melalui terbitnya Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 merupakan tonggak bagi diakuinya persaingan usaha yang sehat sebagai pilar ekonomi dalam sistem ekonomi Indonesia berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar Tahun 1945. Kelahiran Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 juga merupakan koreksi terhadap perkembangan ekonomi yang memprihatinkan, yang terbukti tidak tahan terhadap goncangan/krisis pada tahun 1997. Krisis menjelaskan kepada kita bahwa fondasi ekonomi Indonesia saat itu sangat lemah. Bahkan banyak pendapat yang mengatakan bahwa ekonomi Indonesia dibangun secara melenceng dari nilai yang terkandung dalam Pancasila dan Undang-Undang Dasar Tahun 1945.

Pada masa sebelum reformasi, perekonomian didominasi oleh struktur yang terkonsentrasi. Pelaku usaha yang memiliki akses terhadap kekuasaan dapat menguasai dengan skala besar perekonomian Indonesia. Struktur monopoli dan oligopoly sangat mendominasi sektor-sektor ekonomi saat itu. Dalam perkembangannya, pelaku-pelaku usaha yang dominan bahkan berkembang menjadi konglomerasi dan menguasai dari hulu ke hilir di berbagai sektor. Disamping struktur yang terkonsentrasi, situasi perekonomian Indonesia ketika itu banyak diwarnai pula oleh berbagai bentuk perilaku anti persaingan, seperti perilaku yang berupaya memonopoli atau menguasai sektor tertentu, melalui kartel, penyalahgunaan posisi dominan, *merger/takeover*, diskriminasi dan sebagainya.

Akibatnya, kinerja ekonomi nasional cukup memprihatinkan. Hal tersebut ditandai dengan pilihan bagi konsumen yang terbatas, kelangkaan pasokan, harga yang tak terjangkau, lapangan kerja yang terbatas, pertumbuhan industri yang lambat, daya saing produk melemah serta kesenjangan ekonomi dalam berbagai bidang kehidupan rakyat. Kondisi ini berujung pada runtuhnya bangunan ekonomi Indonesia, yang telah dibangun selama puluhan tahun terhapus hanya dalam waktu singkat pada saat krisis 1997.

Kondisi tersebut pada akhirnya mendorong dilakukannya reformasi di sektor ekonomi, sebagai bagian dari reformasi di berbagai bidang kehidupan bernegara dan berbangsa. Sebagaimana diketahui, secara garis besar terdapat tiga hal penting yang menjadi inti dari perubahan yang disepakati oleh bangsa ini saat reformasi digulirkan, yang memiliki efek luar biasa bagi perkembangan bangsa ini ke depan. Tiga elemen penting tersebut adalah :

1. Membangun sistem politik yang demokratis melalui perbaikan peraturan perundangan tentang Pemilu, Partai Politik dan pembentukan Komisi Pemilihan Umum. Hal ini menjadi dasar bagi proses demokrasi bangsa ini ke depan melalui perubahan dari pendekatan sentralistis menjadi demokratis.
2. Membuat kebijakan ekonomi yang pro persaingan sehat, dengan pengesahan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dan pembentukan Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU). Dengan demikian diharapkan adanya *level playing field* antar pelaku usaha, pemberdayaan UMKM, dan perlindungan konsumen.
3. Mengakomodasi secara utuh *Good Governance* (GG) dalam sistem Pemerintahan dan *Good Corporate Government* (GCG) di lingkungan dunia usaha, yang dilakukan antara lain melalui pengaturan secara khusus, seperti Undang-Undang Tindak Pidana Korupsi (Tipikor) dan pembentukan Komisi Pemberantasan Korupsi (KPK). Korupsi adalah salah satu hal yang paling krusial dalam perkembangan bangsa ini, sehingga pemberantasannya menempati prioritas paling tinggi. Dengan adanya GCG dan upaya keras pemberantasan korupsi, maka bangsa ini diharapkan akan memiliki pemerintahan yang bersih, profesional, dan akuntabel.

Selain alasan objektif dan rasional sebagaimana dipaparkan di atas, lahirnya Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah sejalan dengan semangat Pancasila dan Undang-Undang Dasar Tahun 1945, khususnya Pasal 27, Pasal 31, Pasal 33 dan Pasal 34. Hal ini dapat dilihat dari bunyi Pasal 2 dan Pasal 3 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 mengenai asas dan tujuan pembentukan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999. Pasal 2 menyatakan, "*Pelaku usaha di Indonesia dalam menjalankan kegiatan usahanya berasaskan demokrasi ekonomi dengan memperhatikan keseimbangan antara kepentingan pelaku usaha dan kepentingan umum*".

Sedangkan tujuan pembentukan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah sebagaimana tercantum dalam Pasal 3, yang sesungguhnya memiliki tujuan akhir yang sama, yakni peningkatan kesejahteraan masyarakat. Dalam Pasal 3 disebutkan bahwa tujuan pembentukan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 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 praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat yang ditimbulkan oleh pelaku usaha; dan*
- d. *terciptanya efektivitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha.*

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 pada dasarnya berisi larangan terhadap perjanjian, kegiatan dan posisi dominan yang bertentangan dengan prinsip persaingan usaha yang sehat. Pengaturan ini dilakukan dengan sangat ketat untuk mencegah pelaku usaha melakukan persaingan usaha tidak sehat yang dipandang akan merugikan bagi masyarakat dan bangsa Indonesia.

Sayangnya rumusan ketentuan dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tidak tegas dan konsisten melarang perilaku yang mengakibatkan performa/kinerja industri/sector menurun sebagaimana diuraikan dalam paradigma *Structure Conduct Performance* yang baru. Oleh karena itu tidaklah berlebihan jika pada kesempatan ini disampaikan bahwa terdapat kebutuhan yang mendesak untuk mengelaborasi hukum persaingan usaha agar sesuai dengan paradigma *Structure Conduct Performance* tersebut dan sekaligus mengatur perilaku mana yang dilarang secara *rule of reason* dan perilaku mana yang *per se illegal*. Dengan demikian, apabila ketentuannya secara *rule of reason*, maka suatu perilaku yang dilarang harus dapat dibuktikan telah mengakibatkan salah satu atau beberapa unsur performansi industri/sector menurun, misalnya menurunnya kesejahteraan rakyat/konsumen, efisiensi atau mengurangi persaingan (*lessening competition*). Kiranya perlu diperjelas ketentuan

yang mengatakan “..... dapat mengakibatkan praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.” yang ada dalam berbagai pasal dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

Terlepas dari kelemahan Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 yang disebutkan di muka, secara umum analisis dengan menggunakan pendekatan ekonomi sangat dimungkinkan dalam implementasi Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, sehingga telah dapat digunakan untuk menjerat berbagai perilaku pelaku usaha yang merugikan masyarakat. Dalam rangka memberikan pemahaman yang lebih baik mengenai Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, khususnya dari sisi ilmu hukum, maka disusunlah buku ajar hukum ini. Dalam Buku ini diberikan teori ilmu hukum persaingan, yang sejak 10 tahun lalu telah membawa dimensi baru dalam disiplin ilmu hukum ekonomi di Indonesia.

Penulis buku ini adalah para pakar hukum yang sudah memiliki banyak pengalaman di bidang persaingan usaha. Buku ini merupakan sumbangan yang sangat berharga, tidak hanya dalam memahami dan mendalami substansi Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, tetapi juga dapat memberi gambaran perkembangan penerapan hukum persaingan di berbagai negara. Kiranya buku ini dapat pula menjadi literatur hukum persaingan usaha dalam pengembangan kurikulum fakultas hukum di seluruh perguruan tinggi di Indonesia.

Dalam kesempatan ini, saya sebagai ketua KPPU mengucapkan terima kasih dan penghargaan yang setinggi-tingginya kepada rekan-rekan yang telah bekerja keras dalam menyusun buku ini sehingga dapat diterbitkan. Harapan saya, semoga buku ini memberikan manfaat bagi pengguna, khususnya kalangan civitas akademika hukum dan ekonomi, kalangan dunia usaha, peneliti dan praktisi hukum dan ekonomi, serta seluruh *stakeholder* persaingan usaha umumnya sehingga persaingan usaha yang sehat ke depan akan semakin diterima dan dipahami oleh masyarakat dan dapat diimplementasikan dengan sebaik-baiknya, sehingga peningkatan kesejahteraan masyarakat dapat terus dilakukan.

Jakarta, 17 November 2009
Ketua Komisi Pengawas Persaingan Usaha



Dr. Benny Pasaribu, MEd.

KATA PENGANTAR

Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH mendukung kerjasama pembangunan internasional melalui proyek-proyek di lebih dari 100 negara di seluruh dunia. Melalui penugasan dari Pemerintah Republik Federal Jerman, GTZ mendampingi proses pembaruan yang kompleks serta menyediakan solusi tepat guna dan tepat waktu sesuai dengan tantangan-tantangan yang muncul dalam bidang-bidang politik, ekonomi, lingkungan dan kemasyarakatan di dalam dunia global.

Selama lebih dari 30 tahun, GTZ aktif di Indonesia dan menjadi fasilitator antara berbagai pemangku kepentingan baik dari dari sektor publik dan swasta maupun masyarakat sipil di tingkat lokal dan nasional. Karya GTZ yang khas dan berhasil di Indonesia berpegang pada asas-asas pembangunan yang berkesinambungan serta mengacu pada nilai-nilai dan pengalaman terbaik dari ekonomi pasar sosial di Jerman.

Persaingan usaha yang berfungsi dengan baik dan berlangsung jujur adalah prasyarat utama bagi pertumbuhan dan tersedianya lapangan kerja di dalam sebuah ekonomi pasar. Indonesia menduduki posisi penting di wilayah regional ASEAN dengan penerapan Undang-Undang tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (UU Nomor 5 Tahun 1999) pada tahun 1999 serta pembentukan Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) pada tahun 2000.

GTZ bekerjasama erat dengan dua partner utama, yaitu Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) dan Mahkamah Agung Republik Indonesia (MARI) dalam kerangka proyek "*Implementation of Competition Law*" (ICL) yang dimulai pada tahun 2005 dan bertujuan untuk meningkatkan pemahaman, kesadaran dan kemampuan berbagai kelompok pemangku kepentingan terkait penerapan hukum dan kebijakan persaingan usaha.

Di beberapa tahun terakhir, banyak kemajuan telah dicapai dalam rangka penerapan hukum persaingan usaha di Indonesia secara efektif dan efisien. Koordinasi dan kerjasama antar lembaga dan pemangku kepentingan lainnya telah meningkat sejalan dengan pemahaman di kalangan pelaku usaha dan konsumen akan manfaat dari persaingan usaha dan kaedah-kaedah ekonomi yang mendasarinya. Demikian juga di kalangan akademisi telah lama dirasakan adanya kebutuhan akan sebuah kodifikasi materi perkuliahan yang komprehensif dan memenuhi standar pemahaman internasional.

Oleh karena itu, mengacu pada prinsip pendekatan holistik guna mendorong partisipasi dari semua kalangan, GTZ menyambut baik prakarsa KPPU untuk menjawab kebutuhan akademisi dan mendukung pendidikan akademis dalam penyebaran dan pengembangan prinsip-prinsip hukum dan kebijakan persaingan usaha. Sebagai tindak lanjut dari seminar nasional yang diselenggarakan pada bulan Oktober 2008, proyek ini berkolaborasi dengan KPPU dan para pengajar ahli dari berbagai universitas untuk menyusun sebuah buku ajar hukum persaingan usaha yang dapat digunakan dalam proses ajar mengajar pada pendidikan tinggi lanjutan. Publikasi yang diberi judul "Hukum Persaingan Usaha – Antara Teks dan Konteks" ini adalah hasil dari kolaborasi tersebut.

Dengan memperhatikan konteks khusus kelembagaan dan peraturan hukum Indonesia, buku ajar ini tak pelak merupakan sumber materi yang berharga dan dapat menjadi titik tolak baik bagi para mahasiswa strata lanjutan maupun juga para dosen untuk mempelajari dan mengajarkan hukum persaingan usaha. Buku ini adalah buku ajar komprehensif di bidang hukum persaingan usaha yang pertama disusun di Indonesia dan menandai peringatan satu dasawarsa Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, serta merupakan sebuah pencapaian utama dalam seri studi khusus bidang hukum ini.

GTZ bangga telah menjadi bagian dari buku yang sangat penting ini dan dengan senang hati menyampaikan penghargaan kepada berbagai ahli yang telah menyumbangkan buah pemikiran dan publikasi mereka. Dengan berkembangnya hukum persaingan usaha menjadi salah satu pilar penting dalam hukum perekonomian, kami berharap bahwa publikasi ini akan berguna bagi mereka yang belajar maupun mengajarkan hukum persaingan usaha di universitas dan perguruan tinggi di Indonesia.



Dr. Soendoro Soepringgo, S.H.
Team Leader ICL



Sita Zimpel, M.A.
Technical Advisor ICL

BAB I

PENDAHULUAN

I.1. Sejarah Pentingnya Persaingan Usaha

Setelah runtuhnya sistem-sistem ekonomi perencanaan di Eropa Timur lebih dari satu dasawarsa yang lalu, banyak negara dunia ketiga juga mulai memilih kebijakan ekonomi yang baru. Negara-negara 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. Hal ini terlihat 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 80 negara di dunia yang telah memiliki Undang-Undang Persaingan Usaha dan Anti Monopoli dan lebih dari 20 negara lainnya sedang berupaya menyusun aturan perundangan yang sama. 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-proses pasar memerlukan saat-saat aksi dan reaksi pelaku-pelaku pasar yang tidak dapat diprediksi. Ini adalah satu-satunya cara untuk menjamin bahwa kekeliruan-kekeliruan perencanaan oleh individu tidak semakin terakumulasi sehingga akhirnya menghentikan fungsi pasar sebagai umpan balik sibernetic (*cybernetic*)¹.

Kecenderungan dan kegandrungan negara-negara di dunia terhadap pasar bebas telah diprediksikan sebelumnya oleh Francis Fukuyama pada era tahun 1990-an. Menurut Fukuyama, prinsip-prinsip liberal dalam ekonomi "pasar bebas", telah menyebar dan berhasil memproduksi kesejahteraan material yang belum pernah dicapai sebelumnya. Kedua hal tersebut terjadi di Negara-negara industri dan di Negara-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-kadang mendahului dan kadang-kadang mengikuti gerakan menuju kebebasan politik di seluruh dunia². Bagaimanapun juga, untuk memastikan terselenggaranya pasar bebas versi Fukuyama tersebut, rambu-rambu dalam bentuk aturan hukum, tetap perlu dipatuhi oleh para pelaku pasar.

Salah satu esensi penting bagi terselenggaranya pasar bebas tersebut adalah persaingan para pelaku pasar 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-pilihan produk dan jasa dalam harga yang lebih rendah. Persaingan hanya bila 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 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

¹ Knud Hansen, Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (Katalis-Publishing - Media Services, 2002) p.6.

² Francis Fukuyama: The end of History and The Last of Man, trans. Amirullah: Kemenangan Kapitalisme dan Demokrasi Liberal (Yogyakarta: Qalam, 2004) p.4.

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-negara berkembang pertama-tama harus menyediakan sejumlah prasyarat: yang pertama-tama diperlukan adalah mewujudkan pasar yang berfungsi dan mekanisme harga. Dalam konteks tersebut, yang dituju adalah penyediaan akses pasar sebebass mungkin dan pada saat yang sama menyediakan insentif untuk meningkatkan jumlah dari 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-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), karena dalam pasar yang hanya dikuasai oleh sejumlah pelaku usaha maka terbuka peluang untuk menghindari atau mematikan bekerjanya mekanisme pasar (*market mechanism*) sehingga harga-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, Korea Selatan, Jepang, Jerman, Australia, Uni Eropa* dan *Indonesia*.

I.1.a. 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, dikemudian 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”* (sejenis kartel atau penggabungan?) untuk memonopoli komoditi-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.

I.1.b. 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 dibawah Kementerian Perdagangan dan Industri (MITI) secara berkala menerbitkan laporan-laporan praktik dagang yang tidak adil dan bersifat anti-persaingan, baik yang dilakukan oleh perusahaan-perusahaan Jepang maupun oleh partner dagangnya di luar negeri.

I.1.c. Korea Selatan

Pada tanggal 31 Desember 1980 mengundangkan 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 diperhitungkan 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.

I.1.d. 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 Wettbewerbsbeschränkungen (GWB)* (Undang-Undang Perlindungan Persaingan) yang oleh para pelaku usaha di Jerman lebih suka menyebutnya dengan *Kartel Act* (Undang-Undang Kartel). Dengan bersatunya kembali dua Jerman tersebut maka kedua undang-undang tersebut berlaku di seluruh Jerman.

Praktek 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 mengundangkan Peraturan Kartel Tahun 1923. Peraturan Kartel tersebut mengatur larangan penyalahgunaan, tetapi pada waktu itu praktis tidak berpengaruh, karena kenyataannya hanya sedikit kasus-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 dimana titik poinnya terdapat larangan kartelisasi dan pengawasan *merger* dan akuisisi. Baru pada tahun 1957 *Gesetz gegen Wettbewerbsbeschaerkung* (Undang-undang Anti Hambatan Persaingan Usaha) berhasil diundangkan dan dinyatakan mulai berlaku sejak tanggal 1 Januari 1958. Dan undang-undang ini sejak diundangkan sampai sekarang sudah diamandemen tujuh kali dan telah dilakukan harmonisasi dengan hukum persaingan usaha Uni Eropa.

1.1.e. 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 praktek 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 diantara 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 inipun 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 amandemen yang substansial dilakukan pada tahun 1973 dan kemudian efektif diberlakukan pada tanggal 24 Agustus 1974. Masih terjadi juga amandemen 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.

Amandemen yang dituangkan efektif berlaku pada 1 Juli 1977³. 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 amandemen tahun 1977.

Disamping itu Australia juga memberlakukan *Competition Policy Reform Act* pada tahun 1995 yang melakukan perubahan cukup penting pada *Trade Practices Act* dimana pada intinya ruang lingkup bagian IV *Trade Practices Act* diperluas sampai dengan kegiatan usaha di tingkat *Commonwealth*, pemerintah Negara Bagian dan teritorial 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 mengenai usulan kenaikan harga dari berbagai organisasi usaha yang berada dibawah pengawasan mereka, mengajukan pemeriksaan terhadap praktek harga dan memberikan laporannya kepada Menteri *Commonwealth* dan memonitor harga, biaya dan keuntungan industri atau usaha dan melaporkannya kepada Menteri. Dalam pelaksanaan tugasnya ACCC lebih condong kepada upaya komunikasi, konsultasi dan menentukan peraturan sendiri (*self regulation*). 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 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.

³ Amandemen 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*).

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 dimana 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. Dibawah 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 dimana 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 ditantang 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. Disamping itu baik komisi maupun Tribunal juga dibatasi dalam memberikan putusan yang berhubungan dengan kepentingan umum, dimana 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.

I.1.f. 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 di atas 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 bebas⁴.

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 Usaha⁵. 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*.

1.1.g. 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 praktek usaha yang kasar serta berusaha untuk mempengaruhi semaksimal mungkin penyusunan undang-undang serta pasar keuangan.

⁴ Valentine Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 7th ed. (Portland, Oregon: Oxford, 2000)

⁵ Paul Craig and Grainne de Burca, *EU Law, Text, Cases and Material*, 3rd ed. (New York: Oxford University Press, 2003) p.936.

Dengan latar belakang demikian, maka disadari bahwa pembubaran ekonomi yang dikuasai Negara dan perusahaan monopoli saja tidak cukup untuk membangun suatu perekonomian yang 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. Disadari adanya keperluan bahwa Negara menjamin keutuhan proses persaingan usaha terhadap gangguan dari pelaku 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-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 penerima 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 perekonomian⁶ dan berakibat pada ekonomi biaya tinggi (*high cost economy*).

Indonesia sendiri baru memiliki aturan hukum dalam bidang persaingan usaha, setelah atas inisiatif DPR disusun RUU Larangan Praktek 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 Praktek 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.

⁶ William J. Baumol dan Alan S Blinder, *Economics, Principles and Policy*, 3rd ed. (Florida: Harcourt Brace Jovanovich Publisher Orlando, 1985) p.550

Berlakunya Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli Dan Persaingan Usaha Tidak Sehat 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 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 Rîsalah Sidang BPUPKI pada tanggal 31 Mei 1845 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 ekkses-ekkses individualisme Revolusi Perancis⁷.

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

- a. menjaga kepentingan umum dan meningkatkan efisiensi ekonomi nasional sebagai salah satu upaya untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat;

⁷ Saafroedin Sabar dkk., (Jakarta: Sekretariat Negara Republik Indonesia, 1992) in Johnny Ibrahim, Hukum Persaingan Usaha: Filosofi, Teori dan Implikasi Penerapannya di Indonesia, Cetakan kedua, (Malang: Bayumedia, 2007) p.192

- b. mewujudkan iklim usaha yang kondusif melalui pengaturan persaingan usaha yang sama bagi pelaku usaha besar, pelaku usaha menengah dan pelaku usaha kecil;
- c. mencegah praktek monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat yang ditimbulkan oleh pelaku usaha, dan
- d. terciptanya efektivitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha.

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 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-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 antimonopoli 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 kerjasama 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 perundang-undangan antimonopoli yang dapat mencegah timbulnya ketiga sistem tersebut, karena melindungi proses persaingan usaha, menjamin tata persaingan usaha dan mencegah terjadinya dominasi pasar.

I.4 Tujuan- Tujuan Perlindungan Persaingan Usaha

Perundang-undangan antimonopoli Indonesia tidak bertujuan melindungi persaingan usaha demi kepentingan persaingan itu sendiri. Oleh karena itu ketentuan Pasal 3 tidak hanya terbatas pada tujuan utama undang-undang antimonopoli, yaitu sistem persaingan usaha 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 antimonopoli, yang ingin dicapai melalui sistem persaingan usaha 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 usaha yang modern, proses persaingan usaha 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 usaha) 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 dimana pilihan mereka tidak terdistorsi. Efisiensi pada masa yang akan datang didapat dan dari insentif untuk inovasi yang menghasilkan peningkatan produk dan jasa maupun perbaikan dalam proses produksinya dimasa depan. Meningkatnya produksi dengan harga yang rendah, sebagaimana juga inovasi yang menghasilkan produk baru dan jasa yang lebih baik dimasa depan, akan meningkatkan surplus total.

Relevansi pertimbangan efisiensi bagi kebijakan kompetisi 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 dibutuhkannya⁸.

⁸ Laporan Kebijakan Persaingan Indonesia: Indonesian Competition Report, (Elips, 2000) p.5

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 kekayaan dari konsumen maupun produsen bertambah besar. Oleh sebab itu kebijakan persaingan yang mengurangi hambatan terhadap persaingan akan membantu usaha mencapai tujuan bermanfaat bagi masyarakat.

I.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 maksimisasi kesejahteraan konsumen harus menjadi satu satunya tujuan utama dari kebijakan persaingan, yang mereka maksudkan biasanya adalah perusahaan seharusnya tidak 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 sempurna, 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 *Anti-trust* adalah untuk mencegah perusahaan mendapatkan dan menggunakan kekuatan pasar untuk mencegah perusahaan mendapatkan dan menggunakan kekuatan pasar untuk memaksa konsumen membayar lebih mahal untuk produk dan pelayanan yang mereka dapatkan. Ia berpendapat bahwa kepedulian utama dari Konggres Amerika adalah perusahaan

akan menggunakan kekuatan pasar "secara tidak jujur" untuk mendapatkan keuntungan dari konsumen dan pembuat undang-undang tidak memikirkan tentang efisiensi ekonomi⁹. Ia juga menyimpulkan bahwa 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 Anti *trust* menyatakan bahwa hasil dari kapitalisme Amerika adalah barang dengan harga kompetitif adalah milik konsumen, bukan kartel.

F.M. Scherer, bersama dengan ekonom yang lainnya, menunjukkan manfaat dari persaingan bagi efisiensi maupun kesejahteraan konsumen, tetapi menyadari bahwa berbagai otoritas pembuat kebijakan persaingan telah memilih atau telah diberi mandat untuk menentukan kesejahteraan konsumen sebagai tujuan utamanya¹⁰.

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 UU 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.

⁹ Robert H. Lande, "Wealth Transfers As The Original And Primary Concern Of Antitrust : The Efficiency Interpretation Challenged", *Hastings Law Journal* April 1999.

¹⁰ Laporan Kebijakan Persaingan Indonesia: Indonesian Competition Report, (Elips, *loc.cit*)

BAB II

KONSEP EKONOMI DALAM HUKUM PERSAINGAN USAHA

Hukum persaingan usaha adalah hukum yang mengatur tentang interaksi perusahaan atau pelaku usaha di pasar, sementara tingkah laku perusahaan ketika berinteraksi dilandasi atas motif-motif ekonomi. Oleh karena itu, untuk memahami apa dan bagaimana hukum persaingan usaha 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 sumberdaya langka (*scarce resources*) yang diberikan oleh alam dan oleh generasi sebelumnya. 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 *limited needs* pada satu sisi dan *unlimited 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 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*

II.1.1.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 dimana saja dan kapan saja. Udara untuk pernafasan manusia, untuk daerah yang masih hijau belum langka, sebab tersedia dalam jumlah yang banyak, tersedia dimana saja dan kapan saja. Karena itulah, tidak dibutuhkan biaya sepeser pun untuk memenuhi kebutuhan tersebut. Berbeda halnya dengan mereka yang tinggal di daerah industri, dimana udara yang bersih tidak tersedia dalam jumlah yang banyak dan berkualitas baik, kapan saja dan dimana saja. Untuk itu, untuk menikmati udara bersih diperlukan biaya.

II.1.1.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, kemana 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.

II.1.1.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*). 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% pertahun, 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 mendepositokan 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, kebutuhan (*needs*) yang berhasil dipenuhi oleh sumber daya HH sebagai representasi dari konsumen memiliki problema 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.

II.1.2.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*).

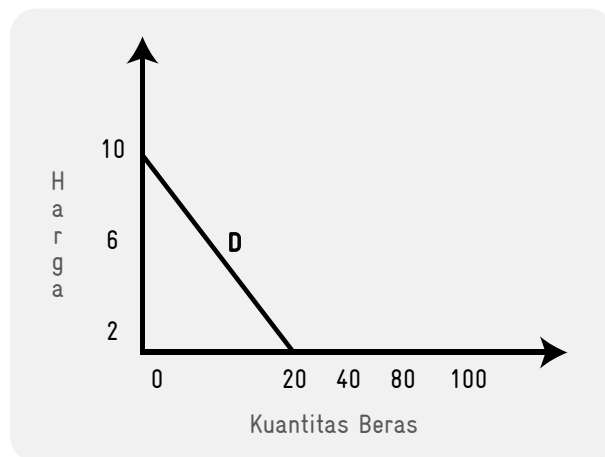
Quantity Demanded (Qd) dan Demand (D)

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 relations*). 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*.

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 dimasa mendatang
7. Distribusi pendapatan
8. Usaha-usaha produsen meningkatkan penjualan.



Gambar II.1
Kurva Permintaan

II.1.2.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*).

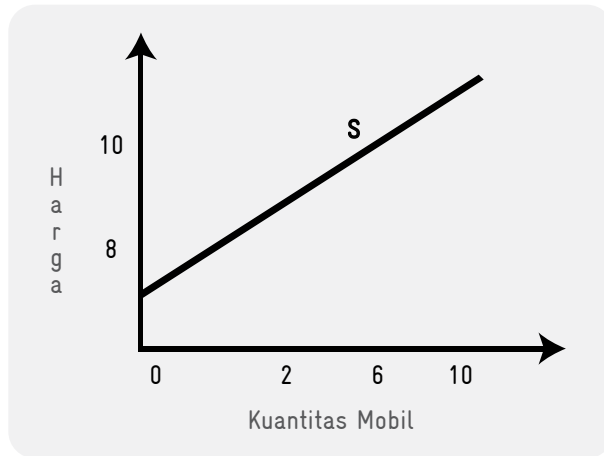
Quantity Supplied (Qs) dan *Supply (S)*

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".

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:

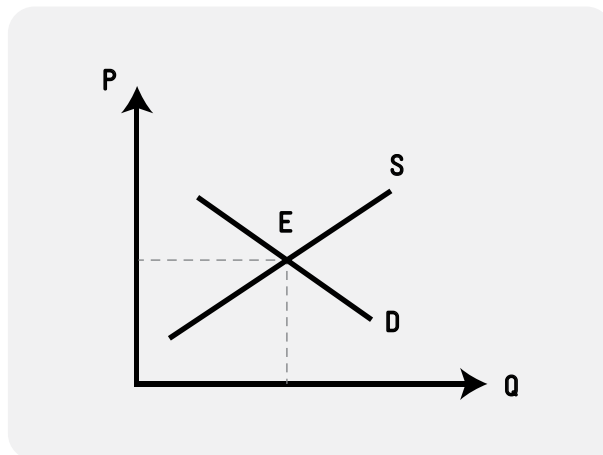
1. Harga barang itu sendiri
2. Harga faktor produksi
3. Teknologi produksi
4. Jumlah pedagang /penjual
5. Kebijakan pemerintah



Gambar II.2
Kurva Penawaran

Penentuan Harga Keseimbangan

Harga keseimbangan adalah harga dimana baik konsumen maupun produsen sama-sama tidak ingin menambah atau mengurangi jumlah yang di konsumsi dan di jual. Atau dengan kata lain, Jumlah yang diminta sama dengan Jumlah yang ditawarkan ($Qd = Qs$). Jika harga dibawah 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, dimana 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*).

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.

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.

Biaya Kewirausahaan

Wirausahaan (pengusaha) adalah orang yang mengkombinasikan 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.

A. *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.

B. *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. *Marginal Cost (MC)*

Yang paling penting di antara semua komponen biaya adalah konsep biaya marjinal (MC), 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 dimana perusahaan melakukan aktivitasnya sebagai produsen. Terdapat 4 (empat) bentuk struktur pasar dalam teori ekonomi dasar, yaitu:

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

Perbedaan keempat struktur pasar tersebut disebabkan adanya perbedaan *degree of market power* 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.

II.2.1.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 kemampuan setiap perusahaan sangat kecil untuk mempengaruhi harga pasar. Yang dapat perusahaan lakukan adalah menyesuaikan jumlah output agar mencapai laba maksimum. Ekstrim kedua adalah perusahaan hanya satu-satunya produsen (*monopoli*). Dalam posisi ini perusahaan mampu mempengaruhi harga dan jumlah output dalam pasar.

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

Karakteristik Pasar Persaingan Sempurna

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 berproduksi 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) 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 mudah 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 siapapun produk dibeli, harga yang berlaku adalah sama. Demikian halnya dengan perusahaan, hanya akan menghadapi satu harga yang sama dari berbagai pemilik 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*). Yang dapat dilakukan perusahaan adalah menyesuaikan jumlah output untuk mencapai laba maksimum

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

II.2.1.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 (*no closed 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*).

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 monopoli 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, dimana tamatan-tamatan universitas top di Indonesia kebanyakan bekerja di perusahaan konglomerat, di banding perusahaan kecil. Lokasi produksi yang khusus juga menyebabkan perusahaan memiliki kemampuan teknis (biaya transportasi yang sangat rendah) yang menyebabkan daya monopoli.

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 patent (*patent right*) atau hak cipta

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 dimana 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 apapun di dalam menentukan syarat jual beli.

2. Tidak memiliki barang pengganti yang mirip

Barang yang dihasilkan perusahaan monopoli tidak dapat digantikan oleh barang lain yang ada dalam perekonomian. Barang tersebut merupakan satu-satunya jenis barang yang seperti itu. Yang "mirip" dengannya dari segi kegunaan tidak ada sama sekali. Aliran listrik sampai saat ini adalah contoh dari barang pengganti yang "mirip", yang ada hanyalah barang pengganti yang sangat berbeda sifatnya, yaitu lampu minyak. Lampu minyak tidak dapat menggantikan 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.

II.2.1.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

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 Terdiferensiasi (*Differentiated Product*)

Yang dimaksud dengan produk yang terdiferensiasi 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.

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 terdiferensiasi, 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.

II.2.1.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*"¹¹. 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.

¹¹ Carl Shapiro, "Theories of Oligopoly Behavior", *Handbook of Industrial Economics* eds. R. Schmalensee, and R.D Willig, Vol. 2. (North-Holland, Amsterdam, 1989) p.303.

Karakteristik Pasar Oligopoli

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

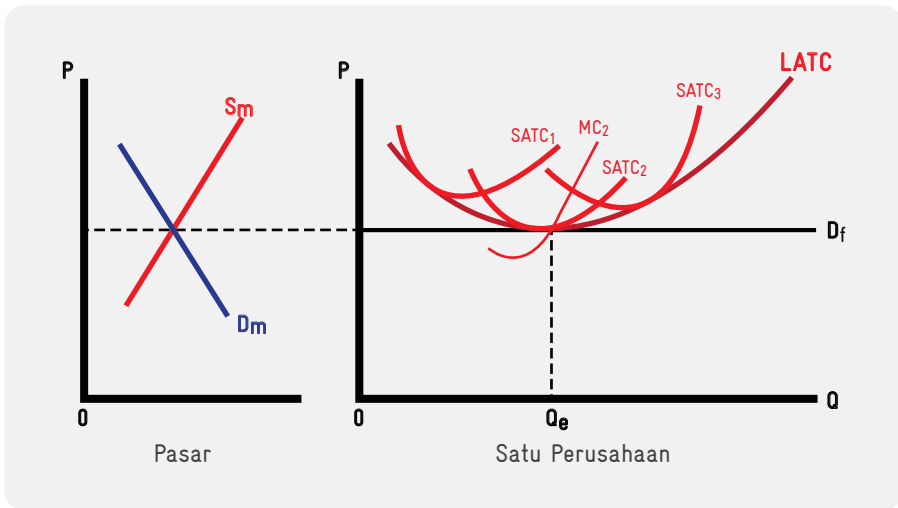
II.2.2.A. Efisiensi Ekonomi

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 dimana kedua efisiensi tersebut tercapai sekaligus.

Efisiensi alokatif adalah suatu kondisi dimana 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 dimana perusahaan memproduksi barang dan jasa dengan biaya yang paling rendah atau tingkat produksi yang paling efisien, yang diindikasikan oleh kondisi dimana tingkat produksi berada pada tingkat biaya rata-rata per unit ($Average Cost=AC$) 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:

$$P = MC = AC_{\min} = SRAC = LRAC$$

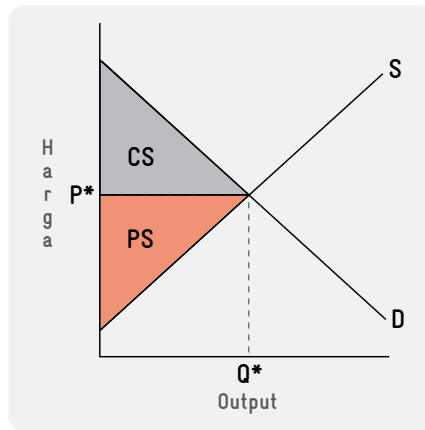
Secara grafis kondisi tersebut dapat ditunjukkan dalam gambar II.4. Secara sosial, kinerja yang dihasilkan oleh struktur pasar persaingan sempurna juga sangat baik (*desirable*). Dengan tercapainya efisiensi alokatif dan efisiensi produktif, maka kesejahteraan (*welfare*) pasar juga akan optimal. Kesejahteraan 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.

Apabila struktur pasar bersifat tidak sempurna (*imperfect market*), maka akan terjadi inefisiensi ekonomi. 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.



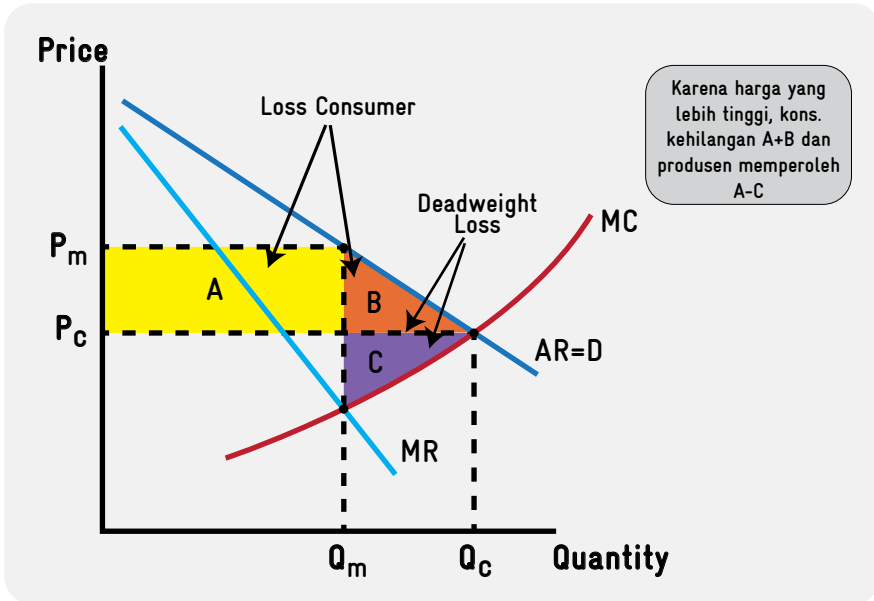
Gambar 11.5
Kesejahteraan di Pasar

11.2.2.B. Kebijakan Persaingan dan Intervensi Pemerintah

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, dimana regulasi ekonomi mengintervensi secara langsung keputusan perusahaan, seperti berapa harga yang harus ditetapkan, dan berapa banyak kuantitas yang harus disediakan.

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 seringkali 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.



Gambar II.6
Biaya Sosial Monopoli

Dibanding pengukuran inefisiensi ekonomi yang ditunjukkan oleh berkurangnya kesejahteraan pasar (*deadweight loss*), pengukuran berkurangnya kesejahteraan konsumen relatif lebih mudah dilakukan, sehingga dalam prakteknya kebijakan persaingan seringkali 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 anti-persaingan 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 anti-persaingan 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 anti persaingan.

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 seringkali bersumber dari regulasi pemerintah. Sehingga kebijakan persaingan diharapkan dapat menjadi pertimbangan utama bagi pemerintah ketika akan mengeluarkan regulasi yang berpotensi menimbulkan dampak di pasar.

Secara umum kebijakan persaingan terdiri dari dua elemen, yaitu:

- i) hukum persaingan usaha (*competition law*), dan
- ii) 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 instant, 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.

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 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 akhir¹².

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 diantara 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-UCLA (selanjutnya cukup disebut 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*)¹³.

¹² F.M. Scherer, *Industrial Market Structure and Economic Performance*, (Boston: Houghton Mifflin, 1980) p.4.

¹³ Istilah lain untuk menggambarkan aliran ini adalah *New Empirical Industrial Organization* (NEIO), lihat Jeffrey Church and Roger Ware, *Industrial Organization: A Strategic Approach*, (McGraw-Hill, 2000) p.440.

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 tersebut¹⁴.

Karakterisasi 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 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'¹⁵.

Hubungan sebab akibat yang terjadi secara searah tersebut dapat diekspresikan dalam formula sederhana, dimana 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 sebagainya¹⁶.

¹⁴ Alexis Jacquemin, *Theories of Industrial Organization and Competition Policy: What are the Links*, (European Commission: Working Paper, 2000) p.9.

¹⁵ William H. Sheperd, *The Economics of Industrial Organization*, (Prentice-Hall, 1990) p.5.

¹⁶ Variabel perilaku jarang sekali dimasukkan ke dalam formulasi karena variabel-variabel ini seperti strategi harga dan kolusi, sulit untuk diukur. Menurut Jacquemin, *op.cit.* p.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 dimana 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

II.3.2 Paradigma Chicago¹⁷

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 pemilikan 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 anti kompetisi 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 harga dari produknya. Implikasi dari argumen ini adalah pemerintah perlu turun tangan untuk dapat mencegah dan menghentikan perilaku strategis yang merugikan pasar tersebut¹⁸.

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

¹⁷ 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.

¹⁸ Stephen Martin, *Industrial Economics, Economic Analysis and Public Policy*, 2nd ed. (Oxford: Blackwell Publishers, 1994) pp.537-539.

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 *Reder*¹⁹ :

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 efisiensi²⁰.

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 anti-persaingan. Pendekatan Chicago umumnya menyangsikan kemungkinan keberhasilan dari perilaku strategis perusahaan baik

¹⁹ Melvin W Reder, "Chicago economics: permanence and change", *Journal of Economic Literature* Vol. 20 No.1 1982: p.15.

²⁰ William H. Sheperd, *op. cit* pp.17-43.

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 dasar tertentu, studi yang bersifat empirik sangat jarang dilakukan, walaupun ada 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 1976²¹. Menurut Demsetz, keuntungan di atas normal bukan karena adanya kolusi diantara 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.

²¹ Stephen Martin, *op. cit.* pp.218-221.

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 non kooperatif. Pertama, perilaku yang bersifat non kooperatif mengacu pada tindakan perusahaan yang mencoba meningkatkan *profit* mereka dengan meningkatkan posisi relatifnya terhadap pesaing. Mereka tidak melakukan kerjasama 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 dipasar dengan meminimalisir persaingan. Pada bagian ini akan ditekankan pada pembahasan mengenai perilaku penentuan harga.

II.4.1. *Predatory Pricing* (Menjual Rugi)

Predatory Pricing secara sederhana didefinisikan sebagai tindakan dari sebuah perusahaan yang mengeluarkan pesaingnya dengan cara menetapkan harga di bawah biaya produksi. Namun dalam prakteknya juga digunakan untuk mencegah pesaing masuk ke pasar. Begitu semua pesaing telah keluar, maka perusahaan tersebut langsung menaikkan harga. Selama periode praktek 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 praktek *predatory pricing* ini melebihi pesaingnya. Dalam periode ini, konsumenlah yang memperoleh manfaat dari praktek 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 praktek 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. Praktek 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 praktek ini sukses adalah membuat pesaing bangkrut dan membeli semua aset pesaing dengan harga penawaran.

Standar Penentuan Praktek *Predatory Pricing*

Literatur ekonomi dan hukum secara luas telah mengembangkan standar khusus untuk menentukan apakah sebuah perusahaan sedang melakukan praktek *predatory pricing* atau tidak. Salah satu literatur yang paling berpengaruh terhadap kasus ini adalah literatur Areeda dan Turner²². Mereka menilai bahwa standar penentuan praktek ini dapat dilihat ketika sebuah perusahaan menetapkan harga dibawah 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 dimana 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 praktek *predatory pricing* ini benar-benar terjadi atau tidak.

Semua jenis tes untuk mendeteksi keberadaan praktek 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 praktek ini.

²² P. Areeda, and D. Turner, "Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act" *Harvard Law Review* Vol.88 No.4 1975: pp.700-703.

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. Dan ini 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 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:

1. 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.

2. 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.

3. 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.

Apapun 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* 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 mengukur struktur pasar dan batasan dari perilaku anti-persaingan 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 menyamarkan permasalahan persaingan yang sebenarnya. Ini tentu saja menjadi suatu kasus dimana 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 tersebut²³.

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

Batasan dari sebuah pasar dapat dilihat dari dua sisi. Yaitu substitusi permintaan

²³ Pasal 1 angka 10, Ketentuan Umum UU No.5 Tahun 1999

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), dimana *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.

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 melihat :

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

Dimana 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.

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

dimana 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.

Substitusi Dari Sisi Permintaan (*Demand-Side Substitution*)

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 diantara 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 monopolis menetapkan harga diatas 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.

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

Substitusi dari sisi produsen juga mempengaruhi ruang lingkup pasar relevan, dimana 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, yaitu 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 dimana substitusi permintaan dan penawaran berada. Oleh kepentingan tertentu dalam mendefinisikan pasar geografis merupakan suatu tingkatan dimana rantai substitusi berada di pasar dan bagaimana peran yang dimainkan impor dalam mempengaruhi kemampuan pemasok lokal untuk menaikkan harga. Tipe bukti yang dapat digunakan untuk menentukan cakupan pasar geografis termasuk survei konsumen dan perilaku pesaing, estimasi elastisitas harga diberbagai 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.

BAB III

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 Antimonopoli²⁴. 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 kembali²⁵.

Kedua metode pendekatan yang memiliki perbedaan ekstrim tersebut juga digunakan dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. 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 praktek 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 praktek monopoli (Pasal 17) dianggap menggunakan pendekatan *rule of reason*. Sedangkan pemeriksaan terhadap perjanjian penetapan harga (Pasal 5) dianggap menggunakan pendekatan *per se illegal*.

²⁴ 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) pp. 395-399.

²⁵ R. Sheyam Khemani and D. M. Shapiro, *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law* (Paris: OECD, 1996) p. 51.

Namun demikian, perlu dipertanyakan kembali, apakah dalam pembahasan Rancangan Undang-undang tersebut juga mengkaji 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 Undang-undang yang tidak selaras dengan praktek penerapan kedua pendekatan dalam perkara-perkara antimonopoli dan persaingan usaha tidak sehat.

Di samping itu, tim perancang Undang-undang cenderung untuk lebih melimpahkan penerapan alternatif dari kedua pendekatan tersebut kepada KPPU, yang dinyatakan dalam Pasal 35 UU No. 5/1999. Pada dasarnya, tugas KPPU antara lain adalah melakukan penilaian terhadap semua perjanjian dan atau kegiatan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat²⁶.

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 konsumen²⁷. Sedangkan tujuan pembentukan UU No. 5/1999, 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*²⁸, yang diikuti kemudian dalam *United States v. Joint Traffic Association*²⁹.

²⁶ Pasal 35 UU Nomor 5 Tahun 1999 tentang Tugas Komisi yang meliputi, antara lain, meliputi: a) melakukan penilaian terhadap perjanjian yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat sbagaimana yang diatur dalam Pasal 4 sampai dengan Pasal 16; b) melakukan penilaian terhadap kegiatan usaha dan atau tindakan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat sebagaimana diatur dalam Pasal 17 sampai dengan Pasal 24; c) melakukan penilaian terhadap ada atau tidak adanya penyalah-gunaan posisi dominan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat sebagaimana diatur dalam Pasal 25 sampai dengan Pasal 28.

²⁷ A. M. Tri Anggraini, *Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Tidak Sehat: Per se Illegal atau Rule of Reason* (Jakarta: Program Pascasarjana FH-UI, 2003) p. 399.

²⁸ *United States v. Trans-Missouri Freight Association*, 166 U.S. 290, 17 S. Ct. 540, 41 L. Ed. 1007 (1897).

²⁹ *United States v. Joint Traffic Association*, 171 U.S. 505, 19 S. Ct. 25, 43 L. Ed., 259 (1898).

Perkara *Trans-Missouri* menyangkut delapan belas (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 setempat³⁰. Mahkamah Agung dalam keputusannya menetapkan, bahwa perjanjian di antara para anggota asosiasi tersebut adalah *per se illegal*, karena melanggar Pasal 1 *the Sherman Act* ³¹.

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..." ³².

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,..." ³³.

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

³⁰ *United States v. Trans-Missouri Freight Association*, *op. cit.* p. 292. Lihat pula Lawrence Anthony Sullivan, *Anti-trust* (St. Paul Minnesota: West Publishing, Co., 1977) p. 167.

³¹ 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..."

³² *Ibid.* p. 294.

³³ *Ibid.* p. 306.

"...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..."³⁴.

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..."³⁵.

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*³⁶, 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 cooperate 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..."³⁷.

Untuk mencapai tujuan tersebut, 31 perusahaan itu menetapkan Anggaran Dasar asosiasi, di mana mereka setuju asosiasi dijalankan oleh beberapa dewan

³⁴ *Ibid.* pp. 300-301.

³⁵ *Ibid.* p. 303

³⁶ *United States v. Joint Traffic Association*, 171 U.S. 505, 19 S. Ct. 25, 43 L. Ed. 259 (1898).

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.

Ketidak-sediaan 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 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..."*.³⁷ 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*³⁸, 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

³⁷ *Ibid.* p. 506.

³⁸ *Ibid.* p. 508.

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

Konstitusi Amerika Serikat, yang menetapkan:

"...no person shall be... deprive 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...". 40

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 ilegal⁴¹.

Dalam penerapan Undang-undang Anti *trust* 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 Undang-undang. Suatu proses 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 pasar⁴².

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

⁴⁰ *United States v. Joint Traffic*, 171 U.S. 505, 19 S. Ct. 25, 43 L. Ed., 259 (1898).

⁴¹ Lawrence Anthony Sullivan, *op. cit.* p. 169.

⁴² Carl Kaysen and Donald F. Turner, *Antitrust Policy: an Economic and Legal Analysis* (Cambridge: Harvard University Press, 1971) p. 142.

yang memadai terhadap perilaku tersebut, yakni bahwa perilaku tersebut hampir selalu bersifat anti persaingan, dan hampir selalu tidak pernah membawa manfaat sosial⁴³. 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 bersangkutan⁴⁴.

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 praktek 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 sah⁴⁵.

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 dilarang⁴⁶.

Tindakan yang dianggap merugikan konsumen dan telah diputuskan KPPU adalah perkara 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 Nomor 5 Tahun 1999.

⁴³ Herbert Hovenkamp, *Anti-trust* (St. Paul Minnesota: West Publishing, Co., 1993) p. 91.

⁴⁴ *Ibid.*

⁴⁵ Carl Kaysen and Donald F. Turner, *op.cit.* p. 143.

⁴⁶ Carl Kaysen and Donald F. Turner, *op.cit.*

Kasus III.1

KPPU dalam Putusan Perkara Inisiatif Nomor: 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 Nomor: 2640/-1.811.33 pada tanggal 4 September 2001 tentang Penyesuaian Tarif Angkutan. Berdasarkan Surat Gubernur ini, Organda menerbitkan Surat Keputusan Nomor: 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 ditindak-lanjuti berupa Surat Keputusan tentang Penyesuaian Tarif. Pembuktian tersebut seharusnya disertai dengan adanya pembuktian dampak negatif terhadap konsumen atau pesaingnya atas adanya kesepakatan tersebut.

Perkara serupa juga terjadi di bidang angkutan laut, di mana tujuh (7) 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 dilatar-belakangi 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 ditanda-tangani 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 Nomor 5 Tahun 1999.

Pelanggaran terhadap UU No. 5 Tahun 1999 yang menggunakan pendekatan *per se illegal* lainnya adalah perkara kartel SMS (*Short Message Service*) yang dilakukan oleh para operator penyelenggara jasa telekomunikasi.

Kasus III.3

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 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 Nomor 5 Tahun 1999 dengan dijatuhi denda berkisar Rp. 4 Milyar sampai dengan Rp. 25 Miliar.

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

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, bahwa pendekatan *per se illegal* dapat memperingatkan pelaku usaha sejak awal, mengenai perbuatan apa saja yang dilarang, serta berusaha menjauhkan mereka untuk mencoba melakukannya⁴⁷.

Namun demikian, tidak mudah untuk membuktikan adanya perjanjian, terutama jika perjanjian tersebut dilakukan secara lisan⁴⁸. Dalam hal ini, hakim hanya perlu membuktikan apakah terjadi suatu perjanjian. Namun demikian, terdapat kesulitan

⁴⁷ Carl Kaysen and Donald F. Turner, *Ibid*

⁴⁸ Pasal 1 butir 7 UU Nomor 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 apapun, baik tertulis maupun tidak tertulis".

untuk membuktikan suatu perjanjian yang dilakukan dengan cara lisan (tidak tertulis). Sebagai contoh, misalnya, dalam perkara *Barber Shop Association*⁴⁹, 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, 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.

JFTC (*Japan Fair Trade Commission*) menggugat aktivitas asosiasi tersebut dan memutuskan adanya pelanggaran terhadap Pasal 8 (1) huruf i *of 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 secara tidak langsung sebagai 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 System, Inc. v. United States*⁵⁰, 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*).

⁴⁹ FTC Decision, 11 Agustus 1965: p. 13 (1966) in Mitsuo Matsushita, *International Trade and Competition Law in Japan* (New York: Oxford University Press, Inc., 1993) pp. 144-145.

⁵⁰ *Nationwide Trailer Rental System, 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.). Lihat juga *Goldfarb v. Virginia State Bar*, 421 U.S. 773, 95 S. Ct. 2004, 44 L. Ed. 2d 572 (1975).

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*⁵¹. 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.*,⁵² 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.*,⁵³ terdapat suatu perjanjian penetapan prosentase diskon yang fungsional, dan cara bagaimana konsumen diklasifikasikan dalam menentukan apakah mereka berhak atas diskon. Tindakan ini dianggap sebagai suatu hambatan harga, meskipun tidak terdapat perjanjian tentang harga dasar dari para pesaing individu yang memperhitungkan diskon. Dalam *United States v. Gasoline Retailers Association*⁵⁴, 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

⁵¹ *Plymouth Dealers' Association v. United States*, 279 F. 2d 128 (9th Cir. 1960).

⁵² *United States v. Jantzen Inc.*, 1966 CCH Trade Cas. 71,887 (D. Or. 1966).

⁵³ *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).

⁵⁴ *United States v. Gasoline Retailers Association*, 285 F. 2d 688 (7th Cir. 1961).

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*.

III.2. Pendekatan Rule of Reason Dan Penerapannya

Berbeda halnya dengan *per se illegal*, penggunaan pendekatan *rule of reason* memungkinkan pengadilan untuk melakukan interpretasi terhadap Undang-undang. 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, mempengaruhi, atau bahkan menghambat proses persaingan⁵⁵.

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 Anti monopoli. 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...*”⁵⁶. 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, seringkali menimbulkan masalah sepanjang sejarah sistem pengadilan di Amerika Serikat⁵⁷. Di samping itu, tidak mudah untuk

⁵⁵ E. Thomas Sullivan and Jeffrey L., *Understanding Antitrust and Its Economic Implications* (New York: Matthew Bender dan Co., 1994) p. 85.

⁵⁶ 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: p. 781.

⁵⁷ “Development in the Law—The Civil Jury: The Jury’s Capacity to Decide Complex Civil Cases”, *Harvard Law Review* vol. 110 1997: p. 1489.

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 seringkali 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 1911.⁵⁸ Interpretasi tersebut menghasilkan suatu premis, bahwa pertimbangan hukum yang utama dalam menerapkan pendekatan tersebut adalah maksimalisasi kesejahteraan atau pemuasan kebutuhan konsumen⁵⁹. 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 kerjasama di bidang penjualan yang bermaksud mengeliminasi persaingan⁶⁰. 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 produksi⁶¹.

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 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 praktek-praktek penetapan harga serta bentuk-bentuk praktek penyimpangan lainnya⁶².

⁵⁸ *Standard Oil Co. of N.J. v. United States*, 221 U.S. 1, 31 S. Ct. 502, 55 L. Ed. 619 (1911).

⁵⁹ Robert H. Bork, *op.cit.* p. 375.

⁶⁰ *Ibid.* p. 783.

⁶¹ 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.*, hlm. 783.

⁶² Jerrold G. van Cise, "Anti-trust Past-Present-Future", *The Anti-trust Impulse: an Economic, Historical, and Legal Analysis*, ed. Theodore P. Kovaleff, Vol. I (M.E. Sharpe, Inc., 1994) p. 26.

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*⁶³.

Perkara *Standard Oil* bukan mengenai kartel, melainkan suatu bentuk kerjasama (*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 kerjasama (*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...."*⁶⁴

Pola perilaku dari para tergugat tersebut, oleh Mahkamah Agung dianggap bertentangan baik terhadap Pasal 1 maupun Pasal 2 *the Sherman Act*.

⁶³ Lawrence Anthony Sullivan, *Anti-trust* (op. cit.) p. 172.

⁶⁴ *Standard Oil Co. of N.J. v United States*, op. cit. p. 29.

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 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..."*⁶⁵

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 monopolis. 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..."*⁶⁶ 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..."*⁶⁷

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 perjanjian⁶⁸.

⁶⁵ *Ibid.* p. 51.

⁶⁶ *Ibid.* p. 57. Lihat pula Robert H. Bork, (*op. cit.* 1965) p. 802.

⁶⁷ *Ibid.* pp. 57-78.

⁶⁸ Robert H. Bork, (*op. cit.* 1965) p. 804.

Ketiga pengujian ini sebaiknya lebih dipandang sebagai suatu pedoman dalam proses litigasi, dari pada 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 tersebut⁶⁹.

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 praktek 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 harga⁷⁰ dan pembagian wilayah, di mana para pesaing sepakat untuk membagi wilayah di antara mereka⁷¹.

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*⁷². 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 anti persaingan, didasarkan pada teori bahwa penjual telah menggunakan kekuatan pasarnya dalam *tying product* untuk memaksa konsumen membeli *tied product*. Hal ini dikenal sebagai '*leverage theory*'.⁷³

⁷² "...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 dan 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 T.V., Inc. v. GTE Sylvania Inc.*, 433 U.S. 36, 58-59 (1977).

⁷³ "...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)

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.⁷⁴ Oleh karena itu, pengadilan menentukan *tying arrangement* secara *per se illegal* hanya jika faktor-faktor awal tertentu telah ditetapkan, seperti:

- a) kekuatan pasar *tying product*;
- b) eksistensi dua produk secara terpisah;
- c) paksaan yang nyata terhadap konsumen;
- d) dampak yang substansial terhadap perdagangan antar negara bagian.⁷⁵

Meskipun suatu perjanjian ditentukan dalam kategori *per se illegal*, namun jika penggugat dapat menetapkan alasan pembenar yang bersifat pro-kompetitif atas tindakannya, maka perjanjian tersebut akan diputuskan berdasar *rule of reason*.⁷⁶

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.⁷⁷ Mahkamah Agung Amerika juga enggan menerapkan *per se illegal* terhadap perjanjian yang mencakup pengaturan suatu asosiasi profesi.⁷⁸

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*.⁷⁹ Namun demikian, dalam keputusan berikutnya dipertimbangkan bahwa pengadilan harus memeriksa tentang kekuatan pasar sebelum menghukum tindakan boikot tertentu.⁸⁰

⁷⁴ Ward S. Bowman Jr., "Tying Arrangement and Leverage Problem", *The Yale Law Journal* vol. 19 1957: p. 67.

⁷⁵ *Jefferson Parish Hosp. Dist. No. 2 v. Hyde*, 466 U.S. 2 (1984).

⁷⁶ "...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).

⁷⁷ "...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).

⁷⁸ "...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)

⁷⁹ "...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).

⁸⁰ "...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) (J. Brennan, dissenting and concurring).

Sekali suatu perjanjian ditetapkan secara *per se illegal*, maka akan dinyatakan secara otomatis sebagai ilegal, yang biasanya tanpa penyelidikan tambahan mengenai dampaknya secara ekonomis.⁸¹ 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*.⁸² 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:

- a) tingkat kerugian kompetitif yang berasal dari aktivitas tergugat;
- b) adanya alasan yang sah dan berguna di balik kegiatan pelaku usaha; dan
- c) 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.⁸³

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.⁸⁴ Dalam melakukan evaluasi tentang kerugian kompetitif, adanya penyimpangan terhadap harga dan produk di tingkat persaingan yang umum, merupakan indikasi kuat atas dampak yang bersifat anti persaingan.⁸⁵

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

⁸¹ “...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. vs. United States*, 356 U.S. 1, 5 (1958)

⁸² *United States v. Chicago Board of Trade*, 246 U.S. 231 (1918).

⁸³ 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: p. 357, yang menyatakan, bahwa “... these three evaluations are made by ‘virtually all courts’ when applying the rule of reason...”

⁸⁴ Phillip E. Areeda, *op. cit.* p. 1503 menyatakan, bahwa “...we must go on to determine not only whether that harm is not only possible but likely and significant...”

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

dapat menetapkan tingkat persaingan terlebih dahulu secara terpisah dari produk dan harga.⁸⁶ Apalagi, terdapat suatu kenyataan, bahwa ada beberapa transaksi bisnis yang dievaluasi berdasarkan hukum anti *trust* sebelum secara nyata melakukan tindakan yang berdampak anti kompetitif.⁸⁷

Dalam mengevaluasi mengenai luasnya "kerugian kompetitif", biasanya akan selalu ditentukan pangsa pasar (*market share*) pihak tergugat di pasar terkait (*relevant market*). Semakin tinggi pangsa pasar suatu perusahaan di pasar,⁸⁸ maka semakin besar pula luasnya kerugian terhadap persaingan,⁸⁹ 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.⁹⁰ 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.⁹¹

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.⁹² Mahkamah Agung Amerika juga berusaha menempuh pendekatan *the rule of reason* dalam menerapkan prinsip-prinsip

⁸⁶ Michael S. McFalls, *The Role and Assesment of Classical Market Power in Joint Venture Analysis* (66 *Anti trust* 651, 1998) p. 658.

⁸⁷ Phillip E. Areeda, *op.cit.*, p. 1503 menyatakan, bahwa "...many alleged restraints are examined before they have had time to work their results...".

⁸⁸ David Scheffman, "The Cutting Edge of Antitrust: Market Power", *Antitrust Law Journal* vol. 60 1991/1992: p. 18.

⁸⁹ *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).

⁹⁰ Robert S. Pindyck and Daniel L. Rubinfeld, *Microeconomics* 240, 3rd ed.(1995). Menyatakan, bahwa "...where a firm is exerting monopoly power, it will be able to charge a higher price...".

⁹¹ Frank H. Easterbrook, "The Limits of Anti-trust", *Texas Law Review* vol. 63 no. 1, 1984: p. 20 menyatakan, bahwa "...firms that lack power cannot injure competition no matter how hard they try...".

⁹² Jerrold G. van Cise, *op.cit.* pp. 26-27.

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*).⁹³

The rule of reason merupakan 'standar' yang membolehkan pengadilan untuk menilai ketidak-jelasan 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.⁹⁴ 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.⁹⁵

Penerapan *the rule of reason* merupakan pilihan yang tepat dalam melakukan penyelidikan. Analisis diperlukan untuk menentukan praktek tertentu yang menghambat atau mendorong persaingan, atau apabila terdapat tendensi keduanya, maka pengadilan akan mengambil langkah-langkah yang pengaruhnya paling menguntungkan (efisien) bagi masyarakat secara luas.⁹⁶ Pendekatan tersebut juga kaya akan implikasi mengenai jenis-jenis analisis yang dibutuhkan untuk menjawab permasalahan, seperti dalam *Chicago Board of Trade vs. United States*,⁹⁷ 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.⁹⁸

Chicago Board of Trade vs. 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,

⁹³ *Ibid.* p. 27.

⁹⁴ Ernest Gellhorn and William E. Kovacic, *Anti-trust Law and Economics in a Nutshell*, (St. Paul Minnesota: West Publishing, Co., 1994), p. 169.

⁹⁵ *Ibid.* p. 24.

⁹⁶ *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).

⁹⁷ *Chicago Board of Trade v. United States*, 246 U.S. 231, 38 S.Ct. 242, 62 L.Ed. 683 (1918).

⁹⁸ Lawrence Anthony Sullivan, *Anti-trust*, *op.cit.*, p. 166.

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.⁹⁹ 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

⁹⁹ 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, hlm. 2

imposed is such as merely regulates and perhaps thereby promotes competition or whether it is such as may 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...".¹⁰⁰

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 *relevant market*. Semua perhitungan, penilaian, dan keputusan tentang implikasi persaingan akibat perilaku apapun tergantung pada ukuran (pangsa) pasar dan bentuk pasar terkait (*the relevant market*).¹⁰¹ Dalam suatu kasus yang menyangkut, misalnya, penyalah-gunaan 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 Geografik. Pasar produk menguraikan mengenai barang atau jasa yang diperjual-belikan. Sedangkan pasar geografik 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.

¹⁰⁰ *Ibid.* Lihat pula Lawrence Anthony Sullivan, *op.cit.*, p. 176.

¹⁰¹ "...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 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.* p. 41.

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" 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 anti persaingan tersebut.

Dalam prakteknya, 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?¹⁰² Dalam kasus serupa dikemukakan juga, apakah teh merupakan produk pengganti bagi air soda sebagai bahan pembuat *soft drink*?¹⁰³

Sedangkan pasar geografik 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 geografik yang sama. Sebaliknya, bila tidak, maka kedua lokasi tersebut berada di pasar geografik yang berbeda. Pasar geografik 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 geografik. 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 Nomor: 05/KPPU-L/2002.

¹⁰² *United States v. E. I. du Pont de Nemours and Co.*, 351 U. S. 377, 399-400 (1956).

¹⁰³ *Coca Cola Co. v. United States*, 91 F. T. C. 517, 634-635 (1978).

Kasus III.4

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 praktek monopoli dan penyalah-gunaan posisi dominan di bidang distribusi film-film dari major companies yang diberikan oleh pihak MPA (distributor film-film Hollywood: *21 Century Fox, Universal Studio, Warner Bros, 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 Undang-undang Nomor 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 praktek monopoli dan penyalah-gunaan posisi dominan di bidang distribusi film-film dari major companies yang diberikan oleh pihak MPA (distributor film-film Hollywood: *21 Century Fox, Universal Studio, Warner Bros, 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 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999.

Pemeriksaan Komisi meliputi pasar produk, yakni jasa penayangan film-film dari *major companies*, dan pasar geografik 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 Nomor 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 Nomor 5 Tahun 1999.

Perkara 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.5

Perkara ini berawal dari dugaan terjadi perilaku anti persaingan 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 Nomor 5/1999. Guna menghentikan perjanjian tersebut, Komisi membatalkan PGK yang dibuat oleh ABC dengan toko grosir/semi grosir.

Untuk menentukan pasar bersangkutan (*the relevant market*) dalam perkara tersebut, Komisi menetapkan PGK sebagai produk market yang meliputi wilayah (geografik) Jawa dan Bali. Penentuan pasar bersangkutan didahului dengan mengitung 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 praktek monopoli pembagian, dan penguasaan pasar oleh sekelompok pelaku usaha yang tergabung dalam koperasi-koperasi di beberapa wilayah pelabuhan dan bandar udara Hang Nadim, Batam.

Kasus III.6

Dugaan pelanggaran terhadap UU No. 5/1999 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. 5/1999.

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 geografik. Sedangkan pasar produk dari perkara ini adalah jasa layanan taksi. Putusan KPPU menyatakan, bahwa terdapat pelanggaran terhadap Pasal 5 UU No. 5/1999 tentang Penetapan Harga pada Bandara Hang Nadim, Pelabuhan Internasional Sekupang, Marina City dan Harbour Bay. Selain itu terdapat pelanggaran Pasal 9 UU No. 5/1999 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. 5/1999 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.

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 anti-trust,¹⁰⁴ namun dalam kenyataannya mereka menganggap,

¹⁰⁴ Edward Brunet, "Streamlining Anti-trust Litigation by 'Facial Examination' of Restraints: The Burger Court and the Per Se-Rule of Reason Distinction", *Washington Law Review* vol. 1, 1984: p. 22. Lihat pula James E. Hartley, et. al., *The Rule of Reason*, (American Bar Association (ABA), Monograph No. 23, 1999) p. 7.

bahwa keduanya merupakan satu kesatuan.¹⁰⁵ 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.¹⁰⁶ Walaupun ada perbedaan yang jelas antara *per se illegal* dan *rule of reason*, tetapi keduanya bisa saling melengkapi dan tidak merupakan inkonsistensi.¹⁰⁷ Seperti telah dijelaskan sebelumnya, bahwa penggunaan pendekatan *per se illegal* lebih singkat dari pada *rule of reason*.¹⁰⁸

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 anti persaingan; 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.¹⁰⁹

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 kontinyu dianggap masih selalu 'bergulat' dengan masalah karakterisasi atas kedua pendekatan tersebut.¹¹⁰

Pedoman tersebut meliputi antara lain, pertama, 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*

¹⁰⁵ James E. Hartley, et. al., *Ibid*, p. 9.

¹⁰⁶ Lihat *Standard Oil, Co. v. United States*, 221 U.S. 1, 31 S.Ct. 502, 55 L. Ed. 619 (1911).

¹⁰⁷ Hakim Burger telah mengantisipasi untuk mengakhiri perdebatan tentang perbedaan yang jelas antara analisis *per se* dengan *rule of reason* dalam pernyataan ketidak-setujuannya (*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...*"

¹⁰⁸ 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: p. 1753.

¹⁰⁹ E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *op.cit.* p. 85.

¹¹⁰ Herbert Hovenkamp, *Op.cit.* p. 92.

(meskipun hal ini meliputi, umpamanya, 'penetapan harga jual kembali' atau *'tying arrangement'*). Pedoman yang kedua, apakah rencana tersebut melibatkan suatu 'jaringan industri' ?¹¹¹ Jika demikian, maka akan digunakan analisis *rule of reason*. Pedoman yang ketiga, adalah 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*. Pedoman yang keempat adalah, 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.¹¹²

Undang-undang Nomor 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

¹¹¹ Lihat *National Society of Professional Engineers vs. United States*, 435 U.S. 679, 98 S. Ct. 1355 (1978).

¹¹² Herbert Hovenkamp, *op.cit.* pp. 92-93.

kata-kata “patut diduga” atau “yang dapat mengakibatkan” berarti menggunakan pendekatan *rule of reason*. Hal ini mengingat adanya ketentuan Pasal 35 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 yang menyatakan, bahwa tugas KPPU adalah menilai semua perjanjian maupun kegiatan pelaku usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek 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 praktek yang dianggap paling baik (*best practice*) untuk menilai suatu perjanjian atau kegiatan usaha tertentu, dengan tetap berpedoman pada tujuan pembentukan Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999, yang antara lain, adalah efisiensi dan kesejahteraan konsumen.

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 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, maka istilah perjanjian secara umum telah lama dikenal oleh masyarakat. Prof. 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.¹¹³ Sedangkan Prof. Subekti menyatakan bahwa perjanjian adalah suatu peristiwa, dimana seseorang berjanji kepada orang lain, atau dimana dua orang saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal.¹¹⁴

Selanjutnya Pasal 1313 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, Kitab Undang-Undang Hukum 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.¹¹⁵ Dari definisi tersebut dapat diketahui bahwa perjanjian merupakan salah satu sumber dari perikatan. Pasal 1233 KUH Perdata dikatakan bahwa suatu perikatan ada yang lahir karena perjanjian dan ada yang dilahirkan 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.

¹¹³ Wirjono Prodjodikoro, Azas-azas Hukum Perjanjian, (Bandung: PT. Ereto,1989) p. 9.

¹¹⁴ R. Subekti, Pokok-Pokok Hukum Perdata, Jakarta: Intermasa,1985) p. 1.

¹¹⁵ *Ibid.* p.1.

Dalam sistem hukum perjanjian, maka 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. Disamping 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 dalam UU ini. Menurut Pasal 1 ayat (7) Undang-undang 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 apapun, baik tertulis maupun tidak tertulis."

Dengan adanya definisi perjanjian yang dirumuskan oleh Undang-undang No.5 Tahun 1999, dapat diketahui bahwa Undang-Undang No. 5 tahun 1999 merumuskan bahwa perjanjian dapat dalam bentuk tertulis maupun tidak tertulis, keduanya 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.

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

Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 mengatur beberapa perjanjian yang dilarang untuk dilakukan oleh pelaku usaha, yaitu:

1. Oligopoli
2. Penetapan harga
 - a. Penetapan harga (Pasal 5 UU No.5/1999);
 - b. Diskriminasi harga (Pasal 6 UU No.5/1999);
 - c. Jual Rugi (Pasal 7 UU No.5/1999);
 - d. Pengaturan Harga Jual Kembali (Pasal 8 UU No.5/1999);
3. Pembagian wilayah (Pasal 9 UU No.5/1999);
4. Pemboikotan (Pasal 10 UU No.5/1999);
5. Kartel (Pasal 11 UU No.5/1999);
6. *Trust* (Pasal 12 UU No.5/1999);
7. Oligopsoni (Pasal 13 UU No.5/1999) ;
8. Integrasi vertikal (Pasal 14 UU No.5/1999);
9. Perjanjian Tertutup
 - a. *exclusive distribution agreement* (Pasal 15 ayat (1) UU No.5/1999);
 - b. *tying agreement* (Pasal 15 ayat (2) UU No.5/1999);
 - c. *vertical agreement on discount* (Pasal 15 ayat (3) UU No.5/1999);
10. Perjanjian dengan Pihak Luar Negeri.

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

4.1.1. Oligopoli

Perlu ditekankan disini 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, dimana 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.¹¹⁶

Sedikitnya jumlah perusahaan yang beroperasi di pasar dapat disebabkan oleh beberapa faktor, seperti karena adanya *barrier to entry* yang mampu menghalangi

¹¹⁶ Stephen Martin, *Industrial Economics*, *op.cit.* p.150

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.¹¹⁷

Ketentuan Hukum Persaingan kita merumuskan dalam Pasal 4 ayat (1) apa yang disebut dengan 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." Sedangkan Pasal 4 ayat (2) Undang-undang No.5/1999 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 Undang-undang No.5/1999 merupakan pasal yang ditafsirkan menggunakan prinsip *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 praktek 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 praktek monopoli dan 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 kerjasama atau kolusi pada pasar oligopoli dapat terjadi secara sengaja atau secara diam-diam tanpa adanya kesepakatan diantara para pelaku usaha (*tacit collusion*). Kolusi secara diam-diam dapat terjadi karena adanya "*meeting of mind*" diantara para pelaku usaha untuk kebaikan mereka bersama untuk menetapkan harga atau produksi suatu barang. Kolusis yang seperti ini disejajarkan dengan kolusi karenanya dilarang dalam Hukum Persaingan Usaha.¹¹⁸

¹¹⁷ *Ibid.*

¹¹⁸ Alan Devlin, "A Proposed Solution to Problem of Parallel Pricing in Oligopolistic Market", *Stanford Law Review*, Februari 2007: p.2.

Hal ini dapat terjadi sebagai saling pengertian diantara 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 Usaha.¹¹⁹

Areeda menyatakan bahwa penetapan harga pada pasar oligopoli mempunyai beberapa elemen. Pertama, harga pada oligopoli tidak dapat dihentikan secara efektif tanpa merestrukturisasi industri dimana harga tersebut terjadi. Oligopoli terjadi karena sedikit perusahaan, maka perlu adanya usaha agar bertambahnya pelaku usaha. Kedua, oligopoli sebenarnya merupakan *share monopoli*, karenanya perlu diperlakukan sebagai monopolisasi atau praktek monopoli. Ketiga, karena pasar yang oligopoli 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.¹²⁰

Selanjutnya pasar oligopoli umumnya terbentuk pada industri yang membutuhkan *capital intensive* dan keahlian tertentu seperti mobil, semen, kertas, dan peralatan mesin, dimana di dalam proses produksinya baru akan tercapai tingkat efisiensi (biaya rata-rata minimum) jika di produksi 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 Undang-undang No.5/1999 yang mengatur mengenai oligopoli dirumuskan secara *Rule of Reason*, agar penegak hukum dalam menegakan Undang-undang Persaingan Usaha 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.

¹¹⁹ *Ibid.*

¹²⁰ William K. Jones, "Book Review: Concerted Behavior under the Anti-trust Laws" (by Philip Areeda, Boston Little Brown dan Co. , 1986) Harvard Law Review, June 1986: p.2.

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 Sumatra Palm, UD Jangkar Waja, UD Sumber Samudera secara sah dan meyakinkan melanggar ketentuan Pasal 4 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

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

4.1.2. Penetapan Harga

Perjanjian penetapan harga yang dilarang oleh Undang-undang No.5 Tahun 1999 diatur di dalam Pasal 5 sampai dengan Pasal 8 Undang-undang No.5 Tahun 1999 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 dibawah ini.

4.1.2.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.¹²¹

Persaingan antar pelaku usaha dapat didasarkan pada kualitas barang, pelayanan atau servis dan/atau harga. Namun demikian, persaingan harga adalah satu 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, dimana 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.¹²² Pasal 5 ayat (1) Undang-undang No.5 Tahun 1999 dalam Pasal 5 ayat (1) 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.”

Apabila dilihat dari rumusnya, maka pasal yang mengatur mengenai penetapan harga ini dirumuskan secara *per se illegal*, sehingga penegak hukum

¹²¹ Philip Areeda, *Anti-trust Analysis, Problems, Text, Cases*, Little Brown and Company (1981) p.315.

¹²² Lennart Ritter et.al., *EC Competition Law, A Practitioner's Guide*, Kluwer Law International, 2nd ed., (2000) p.142.

dapat langsung menerapkan pasal ini kepada pelaku usaha yang melakukan perjanjian penetapan harga tanpa harus mencari alasan-alasan mereka melakukan perbuatan tersebut atau tidak diperlukan membuktikan perbuatan tersebut menimbulkan terjadinya praktek monopoli atau persaingan usaha tidak sehat.

Lebih lanjut menurut Pasal 5 ayat (2) Undang-undang No.5/1999 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.

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 petikemas 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 Lalulintas 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.

4.1.2.B. Perjanjian Diskriminasi Harga (*Price Discrimination Agreement*)

Perjanjian diskriminasi harga adalah perjanjian yang dibuat oleh pelaku usaha dengan pelaku usaha lainnya dimana 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 dimana 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.¹²³

Pasal 6 Undang-Undang No.5/1999 melarang setiap perjanjian diskriminasi harga tanpa memperhatikan tingkatan yang ada pada diskriminasi harga, dimana bunyi dari pasal tersebut antara lain: "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."

¹²³ Areeda, *op.cit.* pp.1054-1059.

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

Dengan adanya praktek diskriminasi harga seperti dirumuskan dalam Pasal 6 Undang-undang No.5/1999, maka dapat menyebabkan pembeli tertentu (dimana pembeli tersebut merupakan pelaku usaha juga) terkena 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.

Sedangkan bila melihat kepada rumusan Pasal 6 Undang-Undang No.5/1999, ketentuan yang mengatur mengenai diskriminasi harga ini, diatur secara Per Se, sehingga pelaku usaha yang melakukan perbuatan yang dilarang oleh Pasal 6 tersebut dapat dijatuhi sanksi hukum oleh penegak 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 Sumatera 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 diantaranya 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 Sumatra 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

pelaku usaha selain G3 dan G4 tidak diperlukan komponen biaya tambahan. Dengan demikian maka pada tanggal 13 Maret 2006, Majelis Komisi memutuskan sebagai berikut:

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

4.1.2.C. Harga Pemangsa atau Jual Rugi (*Predatory Pricing*)

Predator berkonotasi secara sengaja merusak persaingan atau pesaing melalui penetapan harga dibawah harga keuntungan jangka pendek (*short-run profit maximizing price*) atau penetapan harga dibawah biaya dengan harapan akan tertutupi dikemudian hari melalui keuntungan monopoli yang akan diterimanya.¹²⁴

Predatory pricing adalah salah satu bentuk strategi yang dilakukan oleh pelaku usaha dalam menjual produk dengan harga dibawah biaya produksi (*average cost atau marginal cost*). Areeda dan Turner mengatakan bahwa adalah bukan merupakan *predatory pricing* apabila harga adalah sama atau diatas biaya marginal dari produksi suatu barang.¹²⁵ 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.¹²⁶

Alasan dan keampuhan strategi *predatory pricing* masih menjadi kontroversi. Banyak ahli ekonomi yang mempertanyakan strategi *predatory pricing* atas dasar bahwa: strategik ini bisa sama mahalnnya 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.

¹²⁴ Stephen F. Ross, *Principles of Anti-trust Law*, (Westbury, New York: The Foundation Press, 1993) pp.55-56.

¹²⁵ Daniel J. Gifford and Leo J. Raskind, *Federal Antitrust Law Cases and Material*, (Anderson Publishing Co, 1998) p.438.

¹²⁶ Peter C. Carstensen, *Predatory Pricing in the Courts: Reflection on Two Decision* (61 Notre Dame L. Rev. 928, 1986) p. 2.

Disamping itu sebagaimana dinyatakan oleh Professor 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.¹²⁷

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.¹²⁸

Praktek *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 praktek *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 praktek *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 setinggi-tingginya untuk mengejar keuntungan yang

¹²⁷ Areeda, *op.cit.* p.190.

¹²⁸ *Ibid.* p.191.

sebesar-besarnya agar pengorbanan yang pernah dikeluarkan selama pelaku usaha tersebut melakukan praktek *predatory pricing* terbayarkan (*recoupment test*).

Menurut R. Sheyam 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.¹²⁹ Lebih lanjut beliau mengatakan bahwa hal ini bisa terjadi apabila pelaku usaha yang lain lemah, dan terdapat halangan untuk masuk kepasar baik bagi perusahaan baru maupun bagi perusahaan yang dikalahkan.¹³⁰ Oleh karena itu apabila pelaku usaha yang melakukan praktek *predatory pricing*, namun tidak mengurangi produksinya dan juga tidak menaikkan harga, maka mungkin tidak akan terjadi *predatory pricing* yang bertentangan dengan hukum.

Pasal 7 Undang-undang No.5/1999 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 dibawah 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 *predatori pricing* ini dalam praktek. 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. vs. ITT Continetal Baking Co.¹³¹

Secara singkat kasus ini diajukan oleh Inglis yang mendalilkan bahwa Continental berusaha menghilangkan persaingan dengan jalan menjual rugi roti dengan *private label* miliknya dibawah biaya tidak tetap rata-rata, sehingga menyebabkan Inglis bankrut. Ingris 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.

129 R. Sheyam Khemani, *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, (World Bank and OECD, 1998) pp. 77-78.

130 *Ibid.* p.78.

131 668 F.2d 1014 (9th Cir. 1981)

Untuk itu Continental mulai juga menjual roti dengan merek pribadi (*private label*). Inglis mendalilkan bahwa Continental menurunkan harga roti dengan merek pribadi 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 dibawah harga total rata-rata, tetapi diatas 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 dibawah harga tidak tetap rata-rata, maka Terlapor mempunyai kewajiban untuk membuktikan bahwa harganya tersebut adalah masuk akal terlepas dari akibatnya terhadap pesaing.

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

Pasal 8 Undang-undang No.5/1999 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 bekerjasama dengan pihak lain. Mendirikan retail sendiri memerlukan modal dan tenaga, sedangkan kerjasama dengan pihak lain namun tidak mempunyai kontrol secara langsung.¹³²

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 diatas harga maksimum yang disepakati, sehingga pelaku usaha masih bisa berkompetisi di harga jual sepanjang hal tersebut masih diatas harga predatori. Jenis kedua adalah minimum *resale price maintenance* (*floor price*) yaitu kesepakatan antar pelaku

¹³² S.G. Coronos, *Competition Law in Australia*, 4th ed. (Thomson Lawbook, 2007) p.526.

usaha dimana pembeli akan menjual kembali barang yang dia beli pada harga dimana tidak boleh dibawah 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.¹³³

Ketentuan yang mengatur mengenai *resale price maintenance* oleh Undang-undang No.5/1999 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.

Kasus IV.5

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,

¹³³ Veronica G. Kayne, et. al., *Vertical Restraints: Resale Price Maintenance Territorial and Customer Restraint*, Practising Law Institute, (2007) p.2.

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.

4.1.3. 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 diantara pelaku usaha untuk membagi wilayah pemasaran diantara mereka akan berakibat kepada eksploitasi terhadap konsumen, dimana konsumen tidak mempunyai pilihan yang cukup baik dari segi barang maupun harga. Undang-undang No.5/1999 melarang perbuatan tersebut dalam Pasal 9 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 praktek 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.¹³⁴

¹³⁴ Stephen F. Ross, *op.cit.* pp.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.

Dengan adanya perjanjian pembagian pasar ini, jelas dapat membuat pelaku usaha yang terlibat di dalam praktek ini akan berkembang dengan pesat pada wilayah tersebut, namun dia akan mengalami kesulitan dalam mengembangkan aktifitas usahanya secara lebih besar, karena wilayahnya terbatas. Tetapi hal ini dikompensasi dengan cara melakukan eksploitasi secara besar-besaran terhadap konsumen. Namun dalam kenyataannya, sesungguhnya kerjasama 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 dimana 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 dimana 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.¹³⁵ Perjanjian pembagian wilayah ini dilarang karena menyebabkan pelaku usaha yang terlibat dalam perjanjian menjadi memonopoli pada wilayah dimana dia dialokasikan.¹³⁶

Ketentuan yang mengatur mengenai perjanjian pembagian wilayah oleh Undang-undang No.5/1999 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.

¹³⁵ Veronica G. Kayne et,al. *op.cit.* p.9.

¹³⁶ *Ibid.* p.9.

Kasus IV.6

Untuk lebih jelasnya, maka akan diuraikan bagaimana penerapan Pasal 9 ini dalam praktek persaingan usaha di Indonesia. Dalam Putusan KPPU No. 53/KPPU-L/2008 mengenai Pemagian 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 Undang-undang Nomor 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 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 Propinsi 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 anti persaingan. 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.

4.1.4. Pemboikotan (*group boycott* atau *horizontal refuse 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 suplai 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 untuk memaksa agar mengikuti perbuatan si pemboikot atau bisa pula merupakan suatu hukuman bagi pelanggar.¹³⁷

Agar praktek 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 adanya dukungan atau keterlibatan secara luas para pelaku usaha yang ada di dalam pasar biasanya pemboikotan akan sulit untuk berhasil.

Pemboikotan pada umumnya dianggap anti persaingan 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

¹³⁷ Lennart Ritter et. al., *op.cit.* p.205.

dilakukan dengan menghentikan *supply* akan bahan pokok yang sangat diperlukan.¹³⁸

Namun dikatakan pula bahwa boikot dapat pula mempunyai dampak yang pro kompetisi yaitu menimbulkan efisiensi. Misalnya, perjanjian pembelian bersama yang dilakukan oleh pengusaha-penguasa kecil, mungkin akan menjadi efisien karena akan memenuhi skala ekonomi dan juga menghemat dari sisi penyimpanan.¹³⁹

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 anti persaingan (*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.

Memperhatikan dampaknya yang sangat besar terhadap persaingan, maka dalam berbagai hukum persaingan usaha persaingan di banyak negara, perjanjian pemboikotan dianggap sebagai hambatan terhadap persaingan usaha yang mendapatkan perhatian yang serius. Karena dengan terjadinya praktek 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 *UNTAD 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."

¹³⁸ R. Sheyam Khemani, *op.cit.* p35.

¹³⁹ *Ibid.* p35.

Undang-undang No. 5 Tahun 1999 mengkatagorikan perjanjian pemboikotan sebagai salah satu perjanjian yang dilarang, yang diatur dalam Pasal 10 ayat (1) dan (2) Undang-undang No.5/1999, 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.” Dan Pasal 10 ayat (2) nya, 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; (2) 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) Undang-undang No. 5 Tahun 1999 yang mengatur mengenai perjanjian pemboikotan ini dirumuskan secara *per se illegal* oleh pembuat undang-undang, 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.

Kasus IV.7

Untuk lebih jelasnya akan diuraikan secara lebih detail lagi dengan membahas kasus pemboikotan yang ada. Diantaranya adalah Northwest Wholesale Stationers, Inc. vs. Pacific Stationery & Printing Co.¹⁴⁰

Secara singkat duduk persoalan dalam kasus ini adalah sebagai berikut. Pelapor dalam kasus ini adalah Northwest Wholsale 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-retail lainnya. *Retailer* yang bukan anggota dapat membeli alat-lata kantor dengan harga yang sama dengan anggota. Namun pada setiap akhir tahun koperasi membagikan keuntungan kepada anggotanya dalam bentuk *percentase 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 perubahannya, hal mana bertentangan dengan anggaran dasar Northwest. Pada tahun 1978 sebagian besar anggota Northwest

¹⁴⁰ 472 US 284 (1985)

memutuskan untuk mengeluarkan Pacific. Pacific kemudian membawa perkara ini ke pengadilan berdasarkan group *boycott* yang membatasi kemampuan Pacific untuk berkompetisi karena 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*.

4.1.5. Kartel

Dalam suatu struktur pasar yang kompetitif, dimana pelaku usaha yang berusaha di dalam pasar tersebut jumlahnya banyak, serta tidak ada hambatan bagi pelaku usaha untuk masuk kedalam pasar, membuat setiap pelaku usaha yang ada di dalam pasar 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, dimana di dalam pasar tersebut hanya terdapat beberapa pelaku usaha saja, kemungkinan pelaku usaha berkerjasama untuk menentukan harga produk dan jumlah produksi dari masing-masing pelaku usaha menjadi lebih besar. Oleh karena itu biasanya praktek kartel dapat tumbuh dan berkembang pada pasar yang berstruktur oligopoli, dimana lebih mudah untuk bersatu dan menguasai sebagian besar pangsa pasar.¹⁴¹

Praktek kartel merupakan salah satu strategi yang diterapkan diantara 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 kerjasama horizontal (*pools*) untuk menentukan harga dan jumlah produksi barang atau jasa. Namun pembentukan kerjasama ini tidak selalu berhasil, karena para anggota seringkali berusaha berbuat curang untuk keuntungannya masing-masing.¹⁴²

Membanjirnya pasokan dari suatu produk tertentu di dalam suatu pasar, dapat membuat harga dari produk tersebut di pasar menjadi lebih murah, dimana kondisi ini akan menguntungkan bagi konsumen, tetapi tidak

¹⁴¹ Herbert Hovenkamp, *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and It's Practice*, 2nd ed. (1995) p.144.

¹⁴² Theodore P. Kovaleff, ed. *The Anti-trust Impulse* vol. I (1994) pp.78-80.

sebaliknya 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 praktek 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 praktek kartel adalah untuk mengeruk sebanyak mungkin surplus konsumen ke produsen. Oleh karena kartel menukar kompetisi dengan tindakan-tindakan yang kolusif diantara pesaing, maka dilarang dalam hukum persaingan usaha.¹⁴³

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 diantara pelaku usaha misalnya karena perbedaan biaya. Oleh karena itu perlu adanya kompromi diantara anggota kartel misalnya dengan adanya kompensasi dari anggota kartel yang besar kepada mereka yang lebih kecil.¹⁴⁴

Praktek 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.

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

¹⁴³ William R. Andersen and C. Paul Rogers III, *Anti-trust Law: Policy and Practice*, 3rd ed. (Matthew Bender, 1999) p.349.

¹⁴⁴ Areeda, *op. cit.*, pp.346-349

Undang-undang No. 5 Tahun 1999 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 praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat."

Perumusan kartel secara *rule of reason* oleh pembentuk Undang-undang 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 praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.

Dalam hal ini dapat diartikan pembentuk undang-undang persaingan usaha melihat bahwa sebenarnya tidak semua perjanjian kartel dapat menyebabkan persaingan usaha tidak sehat, seperti misalnya 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 undang-undang persaingan usaha 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 Pasar 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 praktek usaha persaingan tidak sehat sehingga melanggar Pasal 11 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

4.1.6. *Trust*

Untuk dapat mengontrol produksi atau pemasaran produk di pasar ternyata para pelaku usaha tidak hanya cukup dengan membuat perjanjian kartel diantara 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 dimana sejumlah perusahaan menyerahkan saham mereka pada suatu "badan *trustee*" yang kemudian memberikan sertifikat dengan nilai yang sama kepada anggota *trust*.¹⁴⁵ *Trust* pertama 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. Namun, karena *trust* juga mengakibatkan adanya pemusatan kekuasaan, maka *trust* dianggap suatu yang melanggar hukum.¹⁴⁶

Undang-undang No.5/1999, menyatakan bahwa *trust* merupakan salah satu perjanjian yang dilarang untuk dilakukan. Pasal 12 Undang-undang 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 Undang-undang 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 praktek monopoli atau persaingan usaha tidak sehat, atau semata-mata untuk pemusatan kekuatan tanpa membawa manfaat bagi masyarakat.

¹⁴⁵ Theodore P. Kovaleff. ed. *op.cit.* p.80.

¹⁴⁶ *Ibid.* pp.82-83.

Kasus IV.9

Salah satu putusan *landmark* mengenai *Trust* ini adalah kasus Standard Oil Company of New Jersey vs. 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.

Pada tahun 1870 – 1882, John D. Rockefeller dan William Rockefeller dan beberapa orang lainnya membuat tiga *partnership* yang bergerak dibidang perminyakan dan mengapalkannya kebeberapa 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 kopetitor untuk menjadi bagian dari perjanjian atau menjadi bangkrut. 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 dimana 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 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.

4.1.7. Oligopsoni

Oligopsoni adalah merupakan bentuk suatu pasar yang di dominasi 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 pasar akan mendistorsi pasar input.

Oligopsoni merupakan salah satu bentuk praktek anti persaingan yang cukup unik, karena dalam praktek oligopsoni yang menjadi korban adalah produsen atau penjual, dimana biasanya untuk bentuk-bentuk praktek anti persaingan 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. Oligopsoni sebenarnya merupakan bagian dari kartel yaitu kartel pembelian. Seperti pada Kartel, maka oligopsoni juga ada yang pro persaingan dan ada yang merugikan persaingan.

Dengan adanya praktek 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 praktek oligopsoni, mengakibatkan mereka hanya dapat menerima saja harga yang sudah ditentukan oleh pelaku usaha yang melakukan praktek oligopsoni.

UU No.5 Tahun 1999 memasukkan perjanjian oligopsoni ke dalam salah satu perjanjian yang dilarang untuk dilakukan oleh pelaku usaha. 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 praktek 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 anti persaingan. 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.10

Pada kesempatan ini juga akan dijelaskan lebih lanjut dengan membahas kasus oligopsoni *In re BEEF INDUSTRY ANTITRUST LITIGATION MDL DOCKET NO. 248. MEAT PRICE INVESTIGATORS ASSOCIATION, an Iowa unincorporated association and trust, et al., Plaintiffs-Appellants, vs. IOWA BEEF PROCESSORS, INC. (now known as IBP, Inc.), a Delaware Corporation, et al., Defendants-Appellees* (No. 89-1483.Aug. 1, 1990). 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* (pengepak) melakukan konspirasi baik secara horisontal 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 Yellow Sheet* mendasarkan publikasinya laporan dari harga komoditas tersebut pada saat itu. Para pengepak menggunakan harga *the Yellow Sheet* 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 pekerjaan 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 paralellism*, maka syaratnya haruslah terdapat parralel antar tergugat. Pengadilan menyatakan bahwa tidak terdapat *paralellism* antara para tergugat.

4.1.8. 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 efesiensi 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 kerjasama dengan pelaku-pelaku usaha lain yang secara vertikal berada pada level yang berbeda pada proses produksi, maka kerjasama ini disebut integrasi vertikal. Jadi integrasi vertikal terjadi ketika satu perusahaan melakukan kerjasama 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.¹⁴⁸

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 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.

¹⁴⁸ Areeda, *op.cit.* p.204.

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 ongkos yang akan hilang atau menurun, misalnya: dalam hal ongkos-ongkos transaksi, iklan, pemanfaatan informasi bersama, dan administrasi.

Integrasi antar pelaku usaha juga dengan sendirinya dapat juga dikaitkan dengan pengurangan resiko dalam bisnis. Dengan terjadinya integrasi vertikal (ke bagian hulu), maka resiko akan kekurangan bahan baku tentunya menurun. Dan dari segi pengelolaan, jika sebelumnya dikelola secara terpisah, maka setelah integrasi dapat menjadi manajemen tunggal. Dimana 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 memproduksi dapat bergabung dengan pelaku usaha lain yang mungkin memiliki kelebihan dalam pengelolaan sumber daya manusia tetapi kurang dalam proses produksi, dimana 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 antar pelaku usaha, seperti:

- 1) Integrasi vertikal ke arah hulu (*upstream*) dapat mengurangi kompetisi di antara penjual ditingkat hulu (*upstream level*), contohnya: seandainya pelaku usaha/perusahaan perakitan kendaraan dihadapkan pada suatu keadaan dimana 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 berkurangnya persaingan di antara perusahaan pembuat besi baja yang memasok untuk industri perakitan kendaraan;

- 2) Memfasilitasi kolusi di antara pelaku usaha di tingkat hulu (*upstream level*), dimana dengan semakin meluasnya integrasi vertikal dapat memfasilitasi kolusi diantara 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 kearah hilir (*downstream integration*) dapat memfasilitasi diskriminasi harga, dimana integrasi sampai di tingkat *retailer* dapat memungkinkan perusahaan manufaktur mempraktekan diskriminasi harga tanpa harus mengkhawatirkan terhadap tindakan dari perusahaan retail 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) Meningkatkan hambatan masuk (*entry barriers*) dimana pelaku usaha yang harus melalui dua tahap jika ingin masuk ke dalam pasar, dengan semakin meluasnya praktek 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.¹⁴⁹

¹⁴⁹ Stephen F. Ross, pp.383-384.

Oleh karena terdapat dampak negatif yang mungkin muncul dari suatu integrasi vertikal, maka UU No. 5 Tahun 1999 memasukan integrasi vertikal kedalam pengaturan kelompok perjanjian yang dilarang. Pasal 14 Undang-undang 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 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.11

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 ARGAs sebagai sistem informasi pengangkutan udara domestik. Sedangkan untuk sistem informasi penerbangan internasional, Terlapor bekerjasama 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 ARGA. 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 ARGA (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. Praktek integrasi vertikal meskipun dapat menghasilkan barang dan jasa dengan harga murah, tetapi dapat menimbulkan persaingan usaha tidak sehat yang merusak sendi-sendi perekonomian masyarakat. Praktek 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.

4.1.9. 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.¹⁵⁰ Eksklusif dealing atau perjanjian tertutup ini terdiri dari:

a. *Exclusive Distribution Agreement*

Exclusive distribution agreements yang dimaksud disini 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 *eksklusif dealing* juga dapat menyebabkan meningkatnya halangan untuk masuk ke pasar.¹⁵¹

Disamping 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 sesampainya di distributor konsumen melihat dan membeli barang lain, maka iklan yang dilakukan tidak ada pengaruhnya.¹⁵²

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

¹⁵⁰ Philip Clarke and Stephen Corones, *Competition Law and Policy: cases and materials*, (Oxford University Press, 2000) p.376.

¹⁵¹ E. Thomas Sullivan and Jeffrey L., p.176.

¹⁵² *Ibid.* p.177.

dan wilayah pasokan agar tidak terjadi bentrokan di sesama distributor atau tidak terjadi persaingan *intra-brand*.

Dengan 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) Undang-undang No. 5 Tahun 1999 melarang pelaku usaha untuk membuat *exclusive distribution agreement* dengan pelaku usaha lain. Adapun bunyi dari Pasal 15 ayat (1) Undang-undang No. 5 Tahun 1999 sebagai berikut, bahwa: "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.12

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) Undang-undang Nomor 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) Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999;

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 praktek *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, maka mau tidak mau harus melakukan hal yang sama yaitu melakukan praktek *tying agreement* juga.

Bagi konsumen yang tidak paham mengenai praktek *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. Praktek *tying agreement* juga dapat membuat konsumen kesulitan dalam menentukan harga sebenarnya dari produk yang dia beli, dimana 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 kepasar. Kedua, untuk meningkatkan penghasilan dengan menggunakan kekuatan monopoli pada salah satu barang atau jasa. Terakhir adalah untuk menjaga kualitas barang.¹⁵³

Oleh karena itu dapat disimpulkan ada dua alasan yang menyebabkan praktek *tying agreement* tersebut dilarang, yaitu: (1) pelaku usaha yang melakukan praktek *tying agreement* tidak menghendaki pelaku usaha lain memiliki kesempatan yang sama untuk bersaing secara *fair* dengan dia terutama pada *tied product* dan (2) pelaku usaha yang melakukan praktek *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 produk 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.¹⁵⁴

Pasal 15 ayat (2) Undang-undang 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) Undang-undang No. 5 Tahun 1999 juga dapat dilihat defenisi dari *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.

¹⁵³ 187 F. Supp. 543 (E.D. Pa. 1960).

¹⁵⁴ Daniel J. Gifford and Leo J. Raskind, *op.cit.* p.217.

Melihat rumusan pasal diatas, maka kita ketahui bahwa Undang-undang No. 5 Tahun 1999 bersikap cukup keras terhadap praktek *tying agreement*, hal itu dapat dilihat dari perumusan pasal yang mengatur mengenai *tying agreement* dirumuskan secara Per Se, yang artinya bagi pelaku usaha yang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain untuk melakukan suatu praktek *tying agreement* tanpa harus melihat akibat dari praktek tersebut muncul, pasal ini sudah secara sempurna dapat dikenakan kepada pelaku usaha yang melanggarnya.

Kasus IV.13

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 *dual access system* dengan menggunakan sistem Abacus. Bahwa dalam rangka penjualan tiket, maka telah dilakukan pengangkatan keagenan pasasi domestik Terlapor dituangkan dalam bentuk perjanjian yang disebut perjanjian keagenan pasasi antara Terlapor dengan biro perjalanan wisata. Bahwa karena Terlapor telah mengembangkan sistem ARGA untuk sistem reservasi dan sistem *booking* tiket penerbangan domestik, maka biro perjalanan wisata harus menggunakan sistem ARGA 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 ARGA untuk melaksanakan pekerjaannya tersebut. Bahwa untuk reservasi dan booking tiket penerbangan domestik Terlapor, digunakan sistem ARGA. Dengan demikian biro perjalanan wisata yang menjadi agen pasasi domestik Terlapor seharusnya hanya memperoleh sistem ARGA 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 ARGA, 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) Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999.

c. *Vertical Agreement on Discount*

Pasal 15 ayat (3) Undang-undang No. 5 Tahun 1999 menyatakan bahwa: "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:

- 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.

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) Undang-undang No. 5 Tahun 1999 dirumuskan secara *per se illegal*, sehingga ketika ada pelaku usaha membuat perjanjian yang digambarkan oleh Pasal 15 ayat (3) Undang-undang No.5/1999, 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.

Kasus IV.14

Salah satu kasus yang pernah diputus oleh KPPU sehubungan dengan ini adalah Kasus ABC, Putusan Perkara Nomor: 06/KPPU-L/2004 Menyatakan bahwa Terlapor terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 15 ayat (3) huruf b Undang-Undang Nomor 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 tipe AA) dengan menggunakan standing display akan diberikan 1 (satu) buah senter yang sudah diisi dengan 4 baterai dan toko yang selama 3 (tiga) bulan mendisplay 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;
 - a. Bahwa patut diduga PGK tersebut dilakukan oleh Terlapor;
 - b. 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 ditanda tangani 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.

4.1.10. Perjanjian dengan pihak luar negeri.

Terdapat beberapa persoalan sehubungan dengan pemberlakuan Undang-undang suatu negara terhadap orang atau badan hukum yang berada diluar negeri, yaitu; pertama, 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 Hukum Persaingan Usaha dapat berlaku pada pelaku usaha yang berada pada wilayah negara lain, apakah tidak lebih baik diselesaikan secara diplomasi. Kedua, kemungkinan tidak tepatnya pengadilan untuk memeriksa hubungan antara satu negara dengan negara-negara lainnya dalam hubungannya dengan perusahaan yang melakukan kegiatannya di negara tersebut. Ketiga, kemungkinan adanya kekebalan hukum atau kedaulatan suatu negara yang mempunyai saham pada perusahaan tersebut. Keempat, kemungkinan akan menimbulkan tindakan yang tidak fair atas pelaku usaha yang bertindak dengan itikad baik dan dilakukan berdasarkan kebijakan dari negara-negara yang berbeda. Kelima, kesulitan untuk mengontrol atau mengawasi keadaan yang ada diluar negeri dengan suatu kebijakan lokal. Terakhir, adanya 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.¹⁵⁵ 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 praktek 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 demikian untuk pada kesempatan ini akan dijelaskan mengenai kasus Temasek.

¹⁵⁵ Philip Areeda, *op.cit.* p.135.

Kasus IV.15

Kasus Temasek ini merupakan kasus kedua yang memberlakukan Hukum Persaingan Usaha 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 Telemedia 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, Singapore Telecommunication Ltd., Singapore, dan Singapore Telecom Mobile Pte.Ltd., Singapore. 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. Telekom. Kelompok Temasek oleh Komisi Pengawas Persaingan Usaha kemudian dinyatakan bersalah melanggar Pasal 27 a. karena telah melakukan kepemilikan silang terhadap Telkomsel dan Indosat sehingga mengakibatkan dampak anti persaingan usaha 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 anti persaingan usaha.

Kelompok Temasek mendalilkan bahwa KPPU tidak berwenang memeriksa Kelompok Temasek karena didirikan bukan berdasarkan Hukum Indonesia dan tidak melakukan 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.¹⁵⁶

Namun KPPU berpendapat bahwa KPPU berwenang melakukan pemeriksaan terhadap Kelompok Temasek yang pada intinya dengan alasan, diantaranya; 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 dimana anak perusahaan tidak mempunyai independensi untuk menentukan arah kebijakan perusahaan. Konsekuensi dari prinsip ini, maka pelaku usaha dapat dimintakan pertanggung jawaban 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*.¹⁵⁷

¹⁵⁶ Putusan No. 07/KPPU-L/2007, hlm. 270.

¹⁵⁷ Putusan No. 07/KPPU-L/2007, hlm 126.

BAB V

KEGIATAN YANG DILARANG DALAM HUKUM PERSAINGAN USAHA

V.1 Monopoli

Monopoli merupakan masalah yang menjadi perhatian utama dalam setiap pembahasan pembentukan Hukum Persaingan Usaha. 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 usaha, akan tetapi justru yang dilarang adalah perbuatan-perbuatan dari perusahaan yang mempunyai monopoli untuk menggunakan kekuatannya di pasar bersangkutan yang biasa disebut sebagai praktek 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.¹⁵⁸

Sebetulnya istilah *monopoly* berasal dari bahasa Inggris, yaitu *monopoly* dan istilah tersebut menurut sejarahnya berasal dari bahasa Yunani, yakni "*monos polein*" yang berarti sendirian menjual.¹⁵⁹ 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 pun juga acapkali digunakan dalam literatur. Sebetulnya pasar persaingan sempurna dapat ditempatkan pada satu

¹⁵⁸ Hal ini pernah disampaikan oleh Hakim Douglas dalam perkara : US v Griffith 334 U.S. 100.

¹⁵⁹ H. Kusnadi, *Ekonomi Mikro*, (Malang: FE Unbraw,1977) p.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* disini lain pengertiannya dengan *merger*: lihat pula L. Budi Kagramanto, *Aspek Yuridis Pelaksanaan Merger Pada Bank Umum*, (Surabaya: Tesis Magister Hukum Pada Program Pasca Sarjana, Program Studi Ilmu Hukum – UNAIR, 1999) pp.38-39.

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 monopolis ini disebut sebagai "penentu harga/penetapan harga (*price setter*)".

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 (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.¹⁶⁰

Berdasarkan kamus Ekonomi Collins yang dimaksud dengan monopoli adalah:¹⁶¹

"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:

- a. Sumber kunci, misalnya pelaku adalah merupakan satu-satunya pemilik sumber utama (*resources*);
- b. Monopoli yang diciptakan oleh pemerintah. Misalnya adanya pemberian hak tertentu kepada salah satu pelaku usaha yang dekat dengan penguasa untuk mengimpor atau mengeksport produk barang dan jasa tertentu.

¹⁶⁰ 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.

¹⁶¹ Christopher Pass and Bryan Lowes, in *Elyta Ras Ginting: Hukum Antimonopoli Indonesia: Analisis dan Perbandingan UU No. 5 Tahun 1999*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2001) p.19.

- Atau bisa juga pemerintah memberikan hak paten atau *copyright* kepada salah satu pelaku usaha;
- c. 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, Perum PLN, Pertamina dsb.

Demikian pula Black's Law Dictionary memberikan definisi tentang monopoli dari segi yuridis sebagai berikut:¹⁶²

" 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 ayat (1) Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 yang dimaksud dengan monopoli adalah :

"penguasaan atas produksi dan atau pemasaran barang dan atau atas penggunaan jasa tertentu oleh satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha".¹⁶³

Apabila istilah monopoli tersebut hanya mencakup struktur pasar dengan satu pemasok atau penerima di pasar bersangkutan, dan dengan mengingat jumlah kecil monopoli jenis tersebut dalam ekonomi secara riil/nyata, maka ketentuan Pasal 1 ayat (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,¹⁶⁴ perilaku pasar, pangsa pasar, harga pasar serta konsumen (lihat Pasal 1 angka 11 s.d. 15). Sedangkan di sisi lain dapat

¹⁶² Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, 6th. ed. (St. Paul -Minnesota: West Publishing Co., 1990) p.52.

¹⁶³ 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 dimana 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, hlm. 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 tren di pasar tertentu dan produsen pesaing lainnya terpaksa mengikuti tren tersebut. Monopoli ini bisa juga disebut sebagai *monopoly opinion*, yang tidak termasuk dalam pengertian dalam Pasal 1 Ayat 1 UU No. 5 Tahun 1999.

disimpulkan dari ketentuan Pasal 17 ayat (2) 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 ayat (1) Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 ini terdapat unsur-unsur yang dapat dikategorikan sebagai monopoli, yaitu:¹⁶⁵ 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 praktek 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

¹⁶⁴ Ada pula bentuk struktur pasar lainnya, yaitu *duopoli* (tidak diatur dalam UU No. 5 Tahun 1999) merupakan suatu struktur pasar dimana 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).

¹⁶⁵ Monopoli disini 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/ sempurna yang sebetulnya dalam kenyataan di lapangan jarang dan bahkan sulit/langka untuk ditemui.

- 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 :

- a) Melakukan perbuatan penguasaan atas suatu produk
- b) Melakukan perbuatan atas pemasaran suatu produk
- c) Penguasaan tersebut dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli
- d) Penguasaan tersebut dapat mengakibatkan terjadinya praktek 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 :

- a. 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;
- b. Pelaku usaha mendapatkan keuntungan secara tidak wajar, dan dia berpotensi untuk menetapkan harga seenaknya 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;
- c. 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.

- Eksplotasi 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;
- d. 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;
 - e. Terjadi *entry barrier*, dimana 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;
 - f. Menciptakan pendapatan yang tidak merata, dimana 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.¹⁶⁶

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 praktek 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 praktek monopoli. Namun dalam pelaksanaannya ternyata *Sherman Act* juga tidak melarang bentuk monopoli meskipun pada section 2 yang disebutkan di atas seolah-oleh 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.

Praktek Monopoli

Lantas bagaimana dengan istilah praktek monopoli itu sendiri, karena ternyata istilah praktek 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 praktek monopoli. Pada dasarnya praktek monopoli ini

¹⁶⁶ Ahmad Yani dan Gunawan Wijaya, *Anti Monopoli*, (Jakarta: Raja Grafindo Perkasa, 1998) p.30.

merupakan pemusatan kekuatan ekonomi oleh satu atau lebih pelaku usaha yang mengakibatkan dikuasainya 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 praktek monopoli yaitu :

- a. Terjadinya pemusatan kekuatan ekonomi pada satu atau lebih pelaku usaha;
- b. Terdapat penguasaan atas produksi atau pemasaran barang atau jasa tertentu;
- c. Terjadi persaingan usaha tidak sehat, serta
- d. 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 usaha.

Apakah setiap penguasaan atas dasar suatu barang atau jasa tertentu merupakan suatu pelanggaran? Jika kita perhatikan dengan seksama pengertian praktek monopoli di dalam UU No. 5 Tahun 1999 seperti yang disebutkan di atas, maka penguasaan yang dilarang adalah penguasaan yang 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 pemasaran 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.

Seperti 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 praktek monopoli). Praktek monopoli menurut pengertian *the 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 yang bersangkutan) tersebut. Jadi, dalam hal ini *Sherman Act* menekankan adanya niat untuk menguasai (melakukan praktek monopoli) dalam penerapan *Section 2 The Sherman Act 1890* ini.

Di dalam monopolisasi¹⁶⁷ ini terdapat masalah mendasar, yaitu :

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 (praktek monopoli) itu.

Dalam kasus berikut ini menetapkan tahapan seberapa besar perkembangan ajaran monopolisasi dan seberapa besar hukum anti *trust* berkembang pada saat itu. Terdapat kepentingan yuridis yang perlu diperhatikan, yakni untuk mengkarakterisasi tujuan dari *Section 2 The Sherman Act 1890* dan pengujian yang digunakan dalam kasus *Standard Oil* dan *American Tobacco*, dimana 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*.

Kasus V.1

A. *Standard Oil Co. vs. United States.*

Standard Oil (sebagai tergugat/terlapor) melakukan monopoli illegal, ternyata tergugat sebelumnya telah mendominasi produksi minyak domestik (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 *Section 2 The Sherman Act 1890*, sebagai berikut, bahwa dugaan utama terhadap niat untuk membatasi

¹⁶⁷ Analisis lebih luas tentang kasus monopolisasi, dasar pemikiran dari ajaran yang mendasari, dan sifat definisi perilaku monopolisasi, lihat III P. Areeda and D. Turner, *Undang-Undang Antitrust*, bab 6-7 (1978; Supp. 1987). Dua artikel yang menekankan pada perkembangan histories tentang hukum monopoli dan hubungannya dengan masalah-masalah *antitrust* adalah, karya E. Levi, *Undang-Undang Antitrust dan Monopoli*, 14 U. Chi. L. Rev. 153 (1947); dan karya E. Rostow, *Monopoli menurut Undang-Undang Sherman*, 43 Ill. L. Rev. 745 (1949).

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 dibawah 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.

B. *American Tobacco Co. vs. United States. (1911)*

Keputusan pengadilan dalam kasus *Standard Oil* kemudian segera diikuti dengan adanya monopoli yang sama dalam industri tembakau. Diantara 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 keempat kasus tersebut di atas, untuk meneliti apakah pelaku usaha/pengusaha mempunyai niatan untuk melakukan praktek 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 praktek 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.¹⁶⁸

V.2 Monopsoni

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 acapkali monopsoni itu identik dengan pembeli tunggal atas produk barang maupun jasa tertentu. Dalam teori ekonomi disebutkan pula, bahwa monopsoni merupakan sebuah pasar dimana hanya terdapat seorang pembeli atau pembeli tunggal. Dalam pasar monopsoni, biasanya harga barang atau jasa akan lebih rendah dari harga pada pasar yang kompetitif.¹⁶⁹ 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

¹⁶⁸ *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 praktek 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 praktek monopoli atau persaingan usaha tidak sehat.

¹⁶⁹ R. Sheyam Khemani, *op.cit.* p.30.

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 :

- a. 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.
- b. 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. Diantaranya pada pasar cengkeh, dimana 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 praktek 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 dimana suatu kelompok usaha menguasai pangsa pasar yang besar

untuk membeli suatu produk, sehingga perilaku pembeli tunggal tersebut akan dapat mengakibatkan terjadinya praktek 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 praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat. Praktek monopsoni yang dilarang oleh hukum persaingan usaha adalah monopsoni yang mengakibatkan terjadinya praktek monopoli serta persaingan usaha tidak sehat.

Namun demikian tidak semua monopsoni dilarang oleh undang-undang. Misalnya kondisi yang terjadi bila disatu daerah/wilayah hanya terdapat sebuah pabrik pengolahan rotan milik pabrik mebel yang berbahan baku rotan dan disekitarnya 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.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 Usaha.

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.¹⁷⁰

Oleh karena itu penguasaan pasar yang cukup besar oleh pelaku usaha biasanya selalu menjadi perhatian bagi penegak hukum persaingan usaha untuk mengawasi perilaku pelaku usaha tersebut di dalam pasar, karena penguasaan pasar yang besar oleh pelaku usaha tertentu biasanya dimanfaatkan untuk melakukan tindakan-tindakan anti persaingan yang bertujuan agar dia dapat tetap menjadi penguasa pasar dan mendapatkan keuntungan yang sebesar-besarnya (maksimal).

Dalam Pasal 19 UU No. 5 Tahun 1999 disebutkan, bahwa :

“Pelaku usaha dilarang melakukan satu atau beberapa kegiatan, baik sendiri maupun bersama pelaku usaha lain, yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat berupa:

- a. Menolak dan atau menghalangi pelaku usaha tertentu untuk dapat melakukan kegiatan usaha yang sama pada pasar yang bersangkutan¹⁷¹; atau
- b. Menghalangi konsumen atau pelanggan pelaku usaha pesaingnya untuk tidak melakukan hubungan usaha pesaingnya itu; atau
- c. Membatasi peredaran dan atau penjualan barang dan atau jasa pada pasar bersangkutan; atau
- d. Melakukan praktek 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 bentuk penjualan barang dan/atau jasa dengan cara :

- a. Jual rugi (*predatory pricing*) dengan maksud untuk “mematikan” pesaingnya;
- b. Melalui praktek penetapan biaya produksi secara curang serta biaya lainnya yang menjadi komponen harga barang, serta
- c. Perang harga maupun persaingan harga.

¹⁷⁰ Departemen Perindustrian dan Perdagangan dan GTZ, Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (2000) p.273.

¹⁷¹ Dalam penjelasan Pasal 19 huruf a UU No. 5 Tahun 1999 : “Menolak atau menghalangi pelaku usaha tertentu tidak boleh dilakukan dengan cara yang tidak wajar atau dengan alasan non-ekonomi, misalnya karena perbedaan suku, ras, status sosial dan sebagainya”.

Berbagai wujud penguasaan pasar seperti ini hanya dapat dilakukan oleh pelaku usaha yang mempunyai *market power*, yaitu pelaku usaha yang dapat menguasai pasar sehingga dapat menentukan harga barang dan/atau jasa di pasar bersangkutan. Kriteria penguasaan pasar tersebut tidak harus 100%, penguasaan sebesar 50 % atau 75 % saja sudah dapat dikatakan mempunyai *market power*.

Pasal 19 Undang-undang 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 praktek 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 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.

Kasus yang pernah ditangani oleh KPPU (Komisi Pengawas Persaingan Usaha) mengenai penguasaan pasar ini diantaranya adalah kasus Carrefour. Persaingan di pasar ritel untuk kurun waktu beberapa tahun belakangan ini terlihat semakin berat khususnya bagi peritel kecil, terutama sejak kehadiran peritel yang berskala usaha sangat besar seperti Carrefour, Giant, Hypermart, Super Alfa, Makro, dan lain-lain, atau yang lebih dikenal dengan sebutan *hypermarket*. Terdapat beberapa *hypermarket* yang ada, akan tetapi Carrefour yang paling sukses dalam mengembangkan usahanya di Indonesia, dan hal itu ditunjukkan dengan jumlah gerai terbanyak yang dimilikinya dibandingkan *hypermarket* lain, serta lokasi gerai yang strategis dengan tingkat kenyamanan dan kelengkapan fasilitas yang tinggi. Carrefour memiliki gerai pertama di Cempaka Putih pada bulan Oktober 1998, kini gerai Carrefour telah mencapai 17 gerai, dimana 11 gerai terdapat di hampir setiap tempat strategis Ibu Kota Jakarta, dan sisanya tersebar di beberapa kota utama di Indonesia seperti Bandung, Surabaya, Palembang dan Medan.

Keberhasilan Carrefour dalam menamkan *image* di masyarakat sebagai tempat berbelanja murah, merupakan suatu prestasi yang luar biasa dan tidak mudah untuk diraih, dengan tempat berbelanja yang nyaman, kelengkapan produk yang ditawarkan dengan harga yang bersaing merupakan kunci sukses yang dimiliki *hypermarket* asal Perancis ini, yang juga menempati kedudukan terhormat sebagai grup ritel terbesar di dunia setelah Wal Mart. Kemampuan akses lebih besar dalam menjual produk ke konsumen yang dimiliki Carrefour, memungkinkan pemasok Carrefour dapat menjual lebih banyak produknya di gerai-gerai Carrefour, sehingga

kondisi itu menciptakan ketergantungan dari para pemasok Carrefour agar produknya dapat dijual di gerai Carrefour. Kemudian sadar akan ketergantungan yang sangat tinggi dari pemasok kepada Carrefour, membuat Carrefour memiliki *bargaining power* yang besar untuk menyalahgunakan kekuatannya tersebut untuk memaksakan syarat-syarat perdagangan (*trading terms*) yang terkadang kurang begitu menguntungkan kepada para pemasoknya.

Terdapat beberapa syarat perdagangan yang diberlakukan Carrefour kepada pemasoknya, antara lain: *listing fee*, *fixed rebate*, *minus margin*, *term of payment*, *regular discount*, *common assortment cost*, *opening cost/new store* dan *penalty*. Pemasok menganggap *listing fee* dan *minus margin* merupakan syarat perdagangan yang dianggap paling memberatkan mereka. *Trading terms* mengenai *listing fee* tersebut mensyaratkan pemasok wajib membayar biaya dalam memasok produk baru ke per-gerai Carrefour, yang berfungsi sebagai jaminan apabila barang tidak laku dan hanya diterapkan sekali, dan tidak dikembalikan (*not refundable*) yang besarnya berbeda antara pemasok kecil dan pemasok besar.

Istilah *Listing Fee* atau *slotting allowances* sebenarnya merupakan istilah yang tidak asing lagi bagi kalangan yang bergerak di pasar ritel, dan praktek *listing fee* ini sesungguhnya bukanlah monopoli Carrefour saja yang mempraktikannya, karena ditemukan beberapa peritel besar lainnya pun menerapkan hal yang sama seperti Carrefour, sayangnya mungkin pemasoknya belum ada yang mempermasalahkannya. Merujuk kepada survey yang dilakukan Paul N. Bloom, Gregory T. Gundlach dan Joseph P. Canon diidentifikasi beberapa fakta menarik bahwa memang peritel besar lebih sering memberlakukan *listing fee* dibandingkan peritel kecil.

Kemudian masih dari hasil survey yang sama, ternyata ditemukan bahwa peritel besar begitu diuntungkan dengan pemberlakuan *listing fee* dibandingkan peritel kecil. Dan dari temuan tersebut disebutkan adanya hubungan yang positif antara *listing fee* dengan kekuatan pasar (*market power*) peritel. Hal ini gampang untuk dipahami, karena hanya peritel besar saja yang mungkin mampu menerapkan tarif *listing fee* yang tinggi dikarenakan mereka memiliki daya tawar yang tinggi pula di pasar ritel.

Listing fee juga merupakan salah satu metode yang digunakan oleh peritel besar untuk meningkatkan *market power* yang dimilikinya. *Listing fee* sebenarnya tidak hanya pengalihan keuntungan pemasok kepada peritelnya, tetapi juga suatu cara untuk menekan peritel kecil yang menjadi pesaing untuk meningkatkan biaya marjinalnya (*marginal cost*). Jadi di satu sisi *listing fee* dapat meningkatkan keuntungan dan pangsa pasar bagi peritel besar, tetapi disisi lain keuntungan dan pangsa pasar peritel kecil juga akan semakin berkurang.

Kemudian syarat perdagangan yang dianggap cukup memberatkan bagi pemasok juga adalah *minus margin*, dimana *minus margin* merupakan jaminan pemasok Carrefour bahwa harga jual produk mereka adalah harga jual yang paling murah, dimana apabila Carrefour mendapatkan bukti tertulis bahwa pesaingnya dapat menjual produk yang sama dengan harga yang lebih rendah daripada harga pembelian Carrefour, maka Carrefour meminta kompensasi dari pemasok sebesar selisih antara harga beli Carrefour dengan harga jual pesaingnya.

Sehingga pantaslah dengan pemberlakuan *minus margin* ini membuat produk-produk yang dijual di setiap gerai Carrefour terkadang dapat lebih murah dibandingkan produk-produk sama yang dijual ditempat lain. Dan hal tersebut rupanya membuat Carrefour sangat percaya diri untuk menggunakan slogan "Ada yang lebih murah-kami ganti selisihnya". Karena yang akan dibebani tanggung jawab atas slogan itu adalah para pemasoknya.

PT Sari Boga Snack, merupakan salah satu pemasok dari Carrefour, melaporkan mengenai permasalahan penerapan syarat-syarat perdagangan yang dianggap memberatkan pemasok tersebut kepada KPPU khususnya mengenai permasalahan *listing fee* dan *minus margin*. Akhirnya KPPU memproses perkara ini dengan dugaan awal terjadinya pelanggaran terhadap Pasal 19 huruf a (menolak dan atau menghalangi pelaku usaha untuk melakukan kegiatan usaha yang sama pada pasar bersangkutan), Pasal 19 huruf b (menghalangi konsumen atau pelanggan pelaku usaha pesaingnya untuk tidak melakukan hubungan usaha dengan pelaku usaha pesaingnya) dan Pasal 25 ayat (1) huruf a (posisi dominan dalam 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) UU No. 5 Tahun 1999 yang dilakukan oleh Carrefour dalam menetapkan syarat-syarat perdagangan kepada pemasoknya.

Berdasarkan hasil pemeriksaan yang dilakukan dan bukti-bukti yang ditemukan selama persidangan berlangsung, KPPU memutuskan Carrefour terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 19 huruf a UU No. 5 Tahun 1999 dan memerintahkan kepada Carrefour untuk menghentikan kegiatan pengenaan persyaratan *minus margin* kepada pemasok, serta membayar denda sebesar Rp. 1.500.000.000,- (satu miliar lima ratus juta rupiah), yang kebetulan Carrefour sedang dalam rangka perayaan ulang tahunnya yang ke-tujuh, sehingga dapat dikatakan ini merupakan salah satu kado istimewa yang diberikan KPPU kepada Carrefour. Berdasarkan putusan KPPU tersebut, diharapkan Carrefour tidak mencoba menyalahgunakan kembali *market power* yang dimilikinya kepada para pemasoknya. Bagi *hypermarket* lain putusan KPPU haruslah dipandang sebagai peringatan/*warning* agar tidak mengikuti jejak Carrefour yang harus berurusan dengan KPPU.

Kasus penyalahgunaan *market power* oleh Carrefour terhadap pemasoknya bukan yang pertama kali, tetapi tahun 2000 Carrefour pernah juga dijatuhi hukuman sanksi administratif sebesar NT\$ 4.000.000,- oleh *Fair Trade Commission Taiwan* karena telah melanggar hukum persaingan usaha Taiwan untuk permasalahan yang hampir sama. Kemudian *Fair Trade Commission Taiwan* menyusun *guideline* yang mengatur mengenai permasalahan penerapan tambahan biaya yang memberatkan kepada pemasok.

Oleh karena itu Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) harus memonitor semua gerak langkah yang diperbuat oleh pelaku usaha yang mempunyai *market power*, karena pelaku usaha seperti inilah yang dapat melakukan penguasaan pasar seperti yang dilarang dalam UU No. 5 Tahun 1999.

V.4 Kegiatan Menjual Rugi (*predatory pricing*)

Kegiatan jual rugi atau *predatory pricing* ini merupakan suatu bentuk penjualan atau pemasokan barang dan atau jasa dengan cara jual rugi (*predatory pricing*) yang bertujuan untuk mematikan pesaingnya. Berdasarkan sudut pandang ekonomi *predatory pricing* ini dapat dilakukan dengan menetapkan harga yang tidak wajar, dimana harga lebih rendah dari pada biaya variabel rata-rata. Dalam praktek penentuan biaya variabel rata-rata sangat sulit dilakukan, oleh karenanya kebanyakan para sarjana mengatakan, bahwa *predatory pricing* merupakan tindakan menentukan harga dibawah harga rata-rata atau tindakan jual rugi.¹⁷²

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.¹⁷³ Areeda dan Turner berpendapat, bahwa untuk sukses

¹⁷² Partnership for Business Competition, *Persaingan Usaha dan Hukum Yang Mengaturinya di Indonesia*, (Jakarta: Elips Project, 2001) p.44.

¹⁷³ 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 dibawah biaya variabel rata-rata (AVC); kemungkinan kedua adalah harga yang ditetapkan adalah diatas biaya tidak tetap rata-rata, namun dibawah biaya total rata-rata (ATC), dan ketiga ketika perusahaan menetapkan harganya diatas biaya rata-rata total. Areeda dan Donald Turner menyatakan bahwa harga diatas biaya tidak tetap rata-rata adalah suatu yang dibenarkan, sebaliknya mereka menyatakan bahwa harga dibawah biaya tidak tetap rata-rata adalah melanggar hukum persaingan usaha. Sedangkan pengadilan di Amerika sangat bervariasi, namun berada diantara kedua aspek tersebut. UNTAD, TD/B/RBP/81/REV.5 of 20 February 1998: p. 29 (margin no. 61) dalam Departemen Perindustrian dan Perdagangan dan GTZ, *Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (2000)* p.282.

melakukan jual rugi, maka pelaku usaha harus mempunyai pangsa pasar yang besar. Perusahaan yang menurunkan harganya pada level dimana pesaingnya akan mati, maka akan menaikkan produksinya. Dengan demikian, maka akan semakin besar kerugiannya. Oleh karena itu perilaku *predator hamper* tidak mungkin dilakukan perusahaan kecil, bahkan perusahaan yang besar saja, tetap akan mengalami kerugian pada saat dia melakukan jual rugi.¹⁷⁴

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 praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat."

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 dibawah 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 ada kalanya 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 ditahap awal dengan menerapkan harga yang sangat tinggi (*supra competitive*) ditahap berikutnya.

Berdasarkan rumusan Pasal 20 ini, dapat kita ketahui bahwa tidak semua kegiatan jual rugi atau sangat murah tidaklah 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

¹⁷² Stephen F. Ross, *op.cit.* pp.56-57.

terjadinya praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. Oleh karenanya *predatory pricing* (jual beli) dilarang secara *rule of reason* dikarenakan penerapan harga dibawah harga variabel rata-rata disatu sisi akan menguntungkan konsumen karena disini konsumen dapat menikmati barang dan atau jasa dengan harga yang sangat rendah, namun disisi lain *predatory pricing* (jual beli) tersebut akan sangat merugikan pelaku usaha pesaing dikarenakan tidak dapat bersaing dalam hal penentuan harga suatu barang atau jasa.

Kegiatan jual rugi (*predatory pricing*) seringkali 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 pengeksport 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 mema-tikan usaha pesaing di pasar yang bersangkutan. Ada juga yang berpendapat, bahwa jual rugi semacam ini biasa disebut sebagai praktek 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.

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.

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 dibawah 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.

V.6. Persekongkolan

Persekongkolan mempunyai karakteristik tersendiri, karena dalam persekongkolan (*conspiracy*/konspirasi) terdapat kerjasama yang melibatkan dua atau lebih pelaku usaha yang secara bersama-sama melakukan tindakan melawan hukum. Istilah persekongkolan (*conspiracy*) pertama kali ditemukan pada *Antitrust Law* di USA yang didapat melalui *Yurisprudensi* Mahkamah Tertinggi Amerika Serikat, berkaitan dengan ketentuan Pasal 1 *The Sherman Act 1890*, dimana dalam pasal tersebut dinyatakan ; "..... persekongkolan untuk menghambat perdagangan (*....conspiracy in restraint of trade.....*)". Mahkamah Tertinggi USA juga menciptakan istilah "*concerted action*" untuk mendefinisikan istilah persekongkolan dalam hal menghambat perdagangan, dan kegiatan saling menyesuaikan berlandaskan pada persekongkolan guna menghambat perdagangan serta pembuktiannya dapat disimpulkan dari kondisi yang ada. Berdasarkan pengertian di USA itulah, maka persekongkolan merupakan suatu perjanjian yang konsekuensinya adalah perilaku

yang saling menyesuaikan (*conspiracy is an agreement which has consequence of concerted action*).¹⁷⁵

Namun demikian ada juga yang menyamakan istilah persekongkolan (*conspiracy/konspirasi*) dengan istilah *Collusion* (kolusi), yakni sebagai : “*A secret agreement between two or more people for deceitful or produlent purpose* “. Artinya, bahwa dalam kolusi tersebut ada suatu perjanjian rahasia yang dibuat oleh 2 (dua) orang atau lebih dengan tujuan penipuan atau penggelapan yang sama artinya dengan konspirasi dan cenderung berkonotasi negatif/buruk.¹⁷⁶

Secara yuridis pengertian persekongkolan usaha atau *conspiracy* ini diatur dalam Pasal 1 angka 8 UU No. 5 Tahun 1999, yakni “sebagai bentuk kerjasama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pelaku usaha lain dengan maksud untuk menguasai pasar bersangkutan bagi kepentingan pelaku usaha yang bersekongkol”. Bentuk kegiatan persekongkolan ini tidak harus dibuktikan dengan adanya perjanjian, tetapi bisa dalam bentuk kegiatan lain yang tidak mungkin diwujudkan dalam suatu perjanjian.

Terdapat 3 (tiga) bentuk kegiatan persekongkolan yang dilarang oleh UU No. 5 Tahun 1999, yaitu persekongkolan tender (Pasal 22), persekongkolan untuk membocorkan rahasia dagang (Pasal 23), serta persekongkolan untuk menghambat perdagangan (Pasal 24). Untuk itulah, maka di bawah ini akan diuraikan satu-persatu berbagai kegiatan persekongkolan yang secara *per se illegal* dan *rule of reason* dilarang dalam UU No. 5 Tahun 1999.

a. Persekongkolan Tender (Pasal 22)

Penjelasan Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 menyatakan, bahwa tender merupakan tawaran untuk mengajukan harga, untuk memborong suatu pekerjaan, untuk mengadakan barang-barang atau untuk menyediakan jasa. Kegiatan bersekongkol menentukan pemenang tender jelas merupakan perbuatan curang, karena pada dasarnya tender dan pemenangnya tidak diatur dan bersifat rahasia.¹⁷⁷ Dalam hukum persaingan usaha salah satu hal yang menjadi obyek persekongkolan adalah masalah tender, dimana pengertian tender atau lelang dapat ditemukan dalam berbagai sumber:

1. Berdasarkan Keppres No. 80 Tahun 2003 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah (yang mencabut Keppres No. 18 Tahun

¹⁷⁵ Knud Hansen, *op.cit.* pp.323-324.

¹⁷⁶ Elyta Ras Ginting, *op.cit.* p.72.

¹⁷⁷ Walaupun ada tender yang dilakukan secara terbuka. Ayudha D. Prayoga, et al. ed. Persaingan Usaha dan Hukum Yang Mengatur di Indonesia, (Jakarta: Proyek ELIPS, 2000) p.122

2000 tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan barang/jasa Instansi Pemerintah), tender atau pengadaan barang/jasa adalah kegiatan pengadaan barang/jasa yang dibiayai dengan APBN/APBD, baik yang dilaksanakan secara swakelola maupun oleh penyedia barang/jasa.¹⁷⁸

2. Tender (*to put out contract*) adalah memborongkan pekerjaan/menyuruh pihak lain untuk mengerjakan atau memborong pekerjaan pekerjaan seluruhnya atau sebagian pekerjaan sesuai dengan perjanjian atau kontrak yang dibuat oleh kedua belah pihak sebelum pekerjaan pemborongan itu dilakukan.¹⁷⁹
3. Dalam Memori Penjelasan Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999, tender adalah tawaran mengajukan sebuah harga untuk memborong suatu pekerjaan, maupun untuk pengadaan barang-barang atau untuk menyediakan jasa-jasa tertentu. Berdasar pada pengertian tersebut, maka cakupan tawaran pengajuan harga dalam tender meliputi: (1) memborong/melaksanakan suatu pekerjaan tertentu, (2) pengadaan barang dan atau jasa, (3) membeli barang dan atau jasa, serta (4) menjual barang dan atau jasa.
4. Dalam praktek pengertian tender sama dengan pengertian "lelang" yang secara tidak langsung telah disebutkan dalam Keppres No. 80 tahun 2003, misalnya dalam metode pemilihan penyedia barang/jasa, dapat dilakukan dengan cara pelelangan umum dan pelelangan terbatas. Dalam Keppres tersebut yang dimaksud dengan, pelelangan umum adalah metoda pemilihan penyedia barang/jasa yang dilakukan secara terbuka dengan pengumuman secara luas melalui media massa dan papan pengumuman resmi untuk penerangan umum sehingga masyarakat luas, dunia usaha yang dan memenuhi kualifikasi dapat mengikuti lelang tersebut. Sedangkan pelelangan terbatas adalah metoda pemilihan penyedia barang/jasa yang dilakukan secara terbuka dengan pengumuman resmi dengan mencantumkan penyedia barang/jasa yang telah diyakini mampu, guna memberi kesempatan kepada penyedia barang/jasa lainnya yang memenuhi kualifikasi.

Jika pengertian tender atau lelang dari berbagai sumber ini disimpulkan, maka tender itu sendiri mempunyai cakupan yang lebih luas, karena tender merupakan serangkaian kegiatan atau aktivitas penawaran mengajukan harga untuk : memborong

¹⁷⁸ Yang dimaksud dengan pelaksanaan pengadaan barang/jasa secara swakelola adalah, bahwa pengadaan dilaksanakan sendiri secara langsung oleh instansi penanggung jawab anggaran, institusi pemerintah penerima kuasa dari penanggung jawab anggaran, misalnya perguruan tinggi Negara atau lembaga penelitian/ilmiah pemerintah serta kelompok masyarakat penerima hibah dari penanggung jawab anggaran. Penjelasan Pasal 1 angka (1) Keppres No. 80 Tahun 2003.

¹⁷⁹ Christopher Pass, et.al. *Collins Kamus Lengkap Ekonomi*, Edisi Kedua (Jakarta: Penerbit Erlangga, 1997) p. 54. Pedoman Pasal 22 tentang Larangan Persekongkolan Tender Berdasarkan UU No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (Jakarta: KPPU RI, 2007) p.9.

atau melaksanakan suatu pekerjaan, mengadakan/menyediakan barang-barang dan/atau jasa, membeli barang dan atau jasa, menjual barang dan/atau jasa. menyediakan kebutuhan barang dan/atau jasa secara seimbang dengan berbagai syarat yang harus dipenuhi, berdasarkan peraturan tertentu yang ditetapkan oleh pihak terkait.¹⁸⁰

Dalam pelaksanaan penawaran tender, tujuan utama yang ingin dicapai adalah memberikan kesempatan yang seimbang bagi semua penawar, sehingga menghasilkan harga yang paling murah dengan *output*/keluaran yang optimal dan berhasil guna. Diakui, bahwa harga murah bukanlah semata-mata ukuran untuk menentukan kemenangan dalam pengadaan barang dan/jasa. Melalui mekanisme penawaran tender sedapat mungkin dihindarkan kesempatan untuk melakukan konspirasi di antara para pesaing, atau antara penawar dengan panitia penyelenggara lelang. Dalam Pasal 3 Keppres No. 80 Tahun 2003 yang mengatur tentang Pedoman Pelaksanaan Pengadaan Barang/Jasa Pemerintah disebutkan pula, bahwa dalam rangka pengadaan barang/jasa wajib diterapkan berbagai prinsip, antara lain Efisiensi, Efektif, Terbuka dan bersaing, Transparan, Adil/tidak diskriminatif, serta Akuntabel.

Suasana bersaing secara sehat harus diciptakan, dan suasana seperti ini harus mulai nampak dalam proses tender, prosedur tender yang kompetitif, terbuka dan tidak terbatas untuk memberikan peluang sebesar mungkin bagi para peserta yang berkeinginan/berminat mengikuti kegiatan pengadaan/tender. Oleh karena itu panitia pengadaan diwajibkan untuk menyebarluaskan informasi pengadaan barang/jasa secara terbuka dalam proses pengadaan. Publikasi adanya kegiatan pengadaan barang/jasa secara terbuka oleh panitia ini meliputi publikasi/pengumuman mengenai tanggal batas akhir, syarat-syarat serta ketentuan kontrak beserta spesifikasi teknis dan prosedur secara terinci.

Baik UNCITRAL maupun Bank Dunia juga mensyaratkan prinsip transparansi dan non diskriminatif dalam kegiatan pengadaan barang dan jasa. Kedua prinsip tersebut wajib diterapkan pada setiap kegiatan pengadaan barang/jasa. Prinsip transparansi merupakan suatu tujuan yang ingin dicapai dalam proses pengadaan barang/jasa, dan oleh karenanya prinsip transparansi ini kemudian dijadikan pedoman/landasan dalam menjabarkan setiap aturan serta prosedur pengadaan. Bank Dunia pun juga melihat, bahwa pentingnya prinsip transparansi tersebut diterapkan dalam proses pengadaan, guna menekan inefisiensi serta ketidak efektifan setiap proses pengadaan untuk mendapatkan kualitas serta kuantitas barang dan/jasa yang sesuai dengan jumlah uang/dana yang dibelanjakan.¹⁸¹

¹⁸⁰ Berdasarkan pengertian pedoman Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999, pengertian tender mencakup pengertian-pengertian tersebut, yakni tawaran mengajukan harga untuk membeli atau mendapatkan barang dan atau jasa, atau menyediakan barang dan atau jasa, atau melaksanakan suatu pekerjaan.

¹⁸¹ Ayudha D.Prayoga, et.all. *op.cit.* pp. 102,104.

Dalam Keppres inipun juga diatur tentang kebijakan pemerintah sehubungan dengan pengadaan/tender barang dan atau jasa, yaitu untuk meningkatkan penggunaan produksi dalam negeri, rancang bangun serta rekayasa nasional yang sasarannya adalah dalam rangka memperluas kesempatan/lapangan kerja dan mengembangkan industri dalam negeri, meningkatkan peran serta usaha kecil dan menengah, meningkatkan profesionalisme, kemandirian serta tanggung jawab bagi pengguna dan penyedia barang/jasa serta panitia/pejabat pengadaan. Kebijakan pemerintah lainnya yang perlu ditempuh dalam rangka pengadaan barang/jasa adalah untuk meningkatkan penerimaan negara melalui sektor perpajakan, menumbuh kembangkan peran serta usaha nasional serta perlunya publikasi/pengumuman secara terbuka/transparan rencana pengadaan kepada masyarakat maupun pelaku usaha yang berminat dalam kegiatan pengadaan barang/jasa.

Hal lain yang perlu diperhatikan sehubungan dengan kegiatan pengadaan/tender barang maupun jasa adalah adanya kemungkinan terjadinya persekongkolan dalam proses tender tersebut. Banyak dijumpai dalam praktek, bahwa kegiatan tender barang/jasa selalu dikaitkan dengan persekongkolan. Nuansa persekongkolan/konspirasi senantiasa menyertai pada setiap kegiatan tender barang/jasa. Persekongkolan mempunyai karakteristik tersendiri, karena dalam persekongkolan (*conspiracy*/konspirasi) terdapat kerjasama yang melibatkan dua atau lebih pelaku usaha yang secara bersama-sama melakukan tindakan melawan hukum.

Dengan demikian persekongkolan dalam tender merupakan suatu bentuk kerjasama yang dilakukan oleh dua atau lebih pelaku usaha dalam rangka memenangkan peserta tender tertentu. Kegiatan bersekongkol/konspirasi dalam tender ini dapat dilakukan oleh satu atau lebih peserta yang menyetujui satu peserta dengan harga yang lebih rendah, dan kemudian melakukan penawaran dengan harga di atas harga perusahaan yang direkayasa sebagai pemenang. Kesepakatan semacam ini bertentangan dengan proses pelelangan yang wajar, karena penawaran umum dirancang untuk menciptakan keadilan dan menjamin dihasilkannya harga yang murah dan paling efisien.¹⁸² Oleh karena itu, persekongkolan dalam penawaran tender dianggap menghalangi terciptanya persaingan yang sehat di kalangan para penawar yang beriktikad baik untuk melakukan usaha di bidang bersangkutan.

¹⁸² R. Sheyam Khemani, *op.cit.* p.23.

Persekongkolan tender secara khusus diatur dalam Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999, yang berbunyi : “bahwa pelaku usaha dilarang bersekongkol dengan pihak lain untuk mengatur¹⁸³ dan atau menentukan pemenang tender, sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat”.

Oleh karena itu yang dilarang dalam Pasal 22 UU No 5 Tahun 1999 adalah persekongkolan (*conspiracy dan collusion*) antara pelaku usaha dengan pihak lain dalam penentuan pemenang tender, yakni melalui pengajuan untuk menawarkan harga dalam memborong suatu pekerjaan atau juga pengajuan penawaran harga untuk pengadaan barang dan jasa-jasa tertentu. Akibat dari persekongkolan dalam menentukan siapa pemenang tender ini, seringkali timbul suatu kondisi “*barrier to entry*” yang tidak menyenangkan/merugikan bagi pelaku usaha lain yang sama-sama mengikuti tender (peserta tender) yang pada gilirannya akan mengurangi bahkan meniadakan persaingan itu sendiri.

Dalam Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 juga dicantumkan adanya pihak lain selain pelaku usaha dalam persekongkolan, dimana dalam ketentuan Pasal 22 tersebut persekongkolan tender terdiri atas beberapa unsur, yakni unsur pelaku usaha, bersekongkol, adanya pihak lain, mengatur dan menentukan pemenang tender, serta persaingan usaha tidak sehat.

Istilah “pelaku usaha” diatur dalam Pasal 1 angka 5 UU Nomor 5 Tahun 1999 yaitu, 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 RI, baik sendiri maupun bersama-sama melalui perjanjian, menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang ekonomi.

Adapun istilah “bersekongkol” diartikan sebagai kerjasama yang dilakukan oleh pelaku usaha dengan pihak lain atas inisiatif siapapun dan dengan cara apapun dalam upaya memenangkan peserta tender tertentu. Istilah tersebut mengandung unsur-unsur sebagai berikut : kerjasama antara dua pihak atau lebih, secara terang-terangan maupun diam-diam melakukan tindakan penyesuaian dokumen dengan peserta lainnya, membandingkan dokumen tender sebelum penyerahan, menciptakan persaingan semu, menyetujui dan atau memfasilitasi terjadinya persekongkolan, tidak menolak melakukan suatu tindakan meskipun mengetahui atau sepatutnya

¹⁸³ Kata “mengatur” yang terdapat dalam pasal tersebut dapat diartikan sebagai suatu tindakan negatif (konotasinya negatif) yang berkaitan dengan persekongkolan. Dalam praktek suatu tender yang ditawarkan oleh pemerintah misalnya, harus diatur secara transparan/terbuka dengan prosedur tertentu guna menentukan siapa yang akan menjadi pemenang tender.

mengetahui bahwa tindakan tersebut dilakukan untuk mengatur dalam rangka memenangkan peserta tender tertentu, pemberian kesempatan eksklusif oleh penyelenggara tender atau pihak terkait secara langsung/tidak langsung kepada pelaku usaha yang mengikuti tender, dengan cara melawan hukum.¹⁸⁴

Kerjasama antara dua pihak atau lebih dengan diam-diam biasanya dilakukan secara lisan, sehingga membutuhkan pengalaman dari lembaga pengawas persaingan usaha guna membuktikan adanya kesepakatan yang dilakukan secara diam-diam. Dalam penawaran tender yang dikuasai oleh kartel akan semakin mempersulit upaya penyelidikan ini, kecuali terdapat anggota yang "berkhianat" membongkar adanya persekongkolan tersebut.

Adanya unsur "pihak lain" menunjukkan bahwa persekongkolan selalu melibatkan lebih dari satu pelaku usaha. Pengertian pihak lain dalam hal ini meliputi para pihak yang terlibat, baik secara *horizontal* maupun *vertikal* dalam proses penawaran tender. Berdasarkan keterlibatan pihak lain tersebut, maka ada 3 bentuk persekongkolan, yaitu :

1. Bentuk *pertama* adalah persekongkolan *horizontal*, yakni tindakan kerjasama yang dilakukan oleh para penawar tender, misalnya mengupayakan agar salah satu pihak ditentukan sebagai pemenang dengan cara bertukar informasi harga serta menaikkan atau menurunkan harga penawaran. Dalam kerjasama semacam ini, pihak yang kalah diperjanjikan akan mendapatkan sub kontraktor dari pihak yang menang atau dengan mendapatkan sejumlah uang sebagai sesuai kesepakatan diantara para penawar tender.
2. Bentuk *kedua* adalah persekongkolan tender secara *vertikal*, artinya bahwa kerjasama tersebut dilakukan antara penawar dengan panitia pelaksana tender. Dalam hal ini, biasanya panitia memberikan berbagai kemudahan atas persyaratan-persyaratan bagi seorang penawar, sehingga dia dapat memenangkan penawaran tersebut.
3. Bentuk *ketiga* adalah persekongkolan *horizontal* dan *vertikal*, yakni 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 dapat melibatkan dua atau tiga pihak yang terkait dalam proses tender, misalnya tender fiktif yang melibatkan panitia, pemberi pekerjaan, dan pelaku usaha yang melakukan penawaran secara tertutup.

¹⁸⁴ Lihat Pedoman Pasal 22 tentang Larangan Persekongkolan dalam Tender (Jakarta: KPPU, 2005) p.8.

Sehubungan dengan ketiga pola di atas, maka UNCTAD telah menetapkan, bahwa "Tender kolusif pada dasarnya bersifat anti persaingan, karena dianggap melanggar tujuan penawaran tender yang sesungguhnya, yaitu mendapatkan barang atau jasa dengan harga dan kondisi yang paling menguntungkan pihak penyelenggara."¹⁸⁵

Unsur *bid rigging* yang lain adalah "mengatur dan atau menentukan pemenang tender". Unsur ini diartikan sebagai 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 meliputi, antara lain menetapkan kriteria pemenang, persyaratan teknik, keuangan, spesifikasi, proses tender, dan sebagainya. Pengaturan dan penentuan pemenang tender dapat dilakukan secara horizontal maupun vertikal, artinya baik dilakukan oleh para pelaku usaha atau panitia pelaksana.

Unsur yang terakhir dari ketentuan tentang persekongkolan adalah terjadinya "persaingan usaha tidak sehat". Unsur ini menunjukkan, bahwa persekongkolan menggunakan pendekatan *rule of reason*, karena dapat dilihat dari kalimat "... sehingga dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat". Pendekatan *rule of reason* merupakan suatu pendekatan hukum yang digunakan lembaga pengawas persaingan usaha (seperti KPPU di Indonesia) untuk mempertimbangkan faktor-faktor kompetitif dan menetapkan layak atau tidaknya suatu hambatan perdagangan. Artinya untuk mengetahui apakah hambatan tersebut bersifat mencampuri, mempengaruhi, atau bahkan mengganggu proses persaingan.¹⁸⁶

Terdapat beberapa Putusan KPPU Dalam Perkara Pengadaan Maupun Penjualan Barang dan atau Jasa, dimana dalam bagian ini penulis membagi perkara persekongkolan tender tersebut ke dalam 2 (dua) bagian, yaitu perkara/kasus persekongkolan tender yang disebabkan adanya tawaran mengajukan harga terbaik untuk pengadaan (membeli) barang-barang dan atau jasa serta tawaran mengajukan harga terbaik untuk menjual barang-barang dan atau jasa. Kebanyakan perkara persekongkolan tender tersebut (baik itu untuk pengadaan maupun penjualan barang-barang dan atau jasa) telah diputus oleh KPPU dengan menggunakan pendekatan *rule of reason*.

¹⁸⁵ Sacker and Lohse, Law Concerning Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Competition (Jakarta: GTZ-Katalis Publishing, 2000) p.313.

¹⁸⁶ E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *loc.cit* p.85.

Kasus V.2

Terdapat beberapa Perkara Persekongkolan Tender Pengadaan/Pembelian Barang atau Jasa yang disebabkan adanya tawaran mengajukan harga terbaik untuk pengadaan/pembelian barang atau jasa, yakni antara lain :

- Putusan No. 01/KPPU-L/2000 : Perkara Tender Pengadaan Cashing dan Tubing di PT Caltex Pacific Indonesia (PT CPI)
- Putusan No. 07/KPPU-L-I/2000 : Perkara Tender Pengadaan Bakalan Sapi Impor di oleh Dinas Peternakan Jawa Timur
- Putusan No. 08/KPPU-L/2001 : Perkara Tender Pengadaan Barite & Bentonite di YPF Maxus Southeast Sumatra B.V. (YPF MSS B.V.)
- Putusan No. 06/KPPU-I/2005 : Perkara Persekongkolan Tender Proyek Multi Years di Riau

Keempat perkara tersebut menarik untuk disimak lebih lanjut, karena untuk perkara tender pengadaan *cashing* dan *tubing* di PT CPI ini merupakan perkara persekongkolan tender yang pertama kali di putus oleh KPPU yang melibatkan para pelaku usaha serta merupakan jenis persekongkolan tender horizontal. Sedangkan untuk perkara tender pengadaan bakalan sapi impor di Dinas Peternakan Jawa Timur dan perkara tender pengadaan barite dan bentonite di Sumatera ini merupakan perkara persekongkolan tender yang berasal dari laporan pelaku usaha peserta tender yang dirugikan. Khusus dalam perkara tender/Pengadaan Bakalan Sapi Impor oleh Dinas Peternakan Jawa Timur ini merupakan jenis persekongkolan tender vertikal. Sedangkan untuk perkara persekongkolan dalam pelaksanaan tender pengadaan barang/jasa pemerintah program pembangunan jalan/jembatan Multi Years di Propinsi Riau tersebut termasuk dalam jenis persekongkolan tender kombinasi antara horizontal dan vertikal.

Kasus V.3

Terdapat Perkara Persekongkolan Tender Penjualan Barang atau Jasa, yaitu :

- Putusan No. 03/KPPU-I/2002 : Perkara Tender Penjualan Saham PT. Indomobil Sukses Internasional (PT IMSI), dan
- Putusan No. 07/KPPU-L/2004 : Perkara Tender Penjualan 2 (dua) Unit Tanker Very Large Crude Carrier (VLCC) milik PT. Pertamina (Persero).

Kedua perkara tersebut merupakan perkara persekongkolan tender penjualan barang atau jasa yang acapkali menjadi pembicaraan hangat di kalangan pebisnis, pengamat bisnis, akademisi dan pihak KPPU sendiri sebagai suatu perkara yang menarik untuk diamati lebih lanjut. Disamping itu berdasarkan putusan KPPU para

juga telah mengajukan keberatan ke Pengadilan Negeri, hingga akhirnya perkara tersebut dibawa ke tingkat kasasi di Mahkamah Agung RI. Adapun perkara persekongkolan tender yang disebabkan adanya tawaran mengajukan harga terbaik untuk penjualan barang dan atau jasa tersebut antara lain dalam perkara :

1. Perkara Tender Penjualan Saham PT. Indo Mobil Sukses Internasional (PT IMSI).

Dalam Putusan No. 03/KPPU-I/2002 KPPU telah berhasil memutuskan perkara tender Penjualan Saham PT. Indo Mobil Sukses Internasional (PT IMSI). Perkara ini muncul pertama kali di media masa yang terbit akhir tahun 2001 hingga awal 2002, dan banyak pihak berharap agar lembaga otoritas semacam KPPU dapat langsung melakukan tindakan untuk membatalkan penjualan saham tersebut yang diduga dilakukan secara tidak benar dan tidak transparan.

Pada 20 Nopember 2001, BPPN dan PT Holdiko Perkasa mengumumkan tender penjualan 72,63 persen saham milik pemerintah RI di PT. Indomobil Sukses Internasional Tbk. (PT IMSI). Tiga peserta memasukkan penawaran akhir pada 4 Desember 2001, yaitu :

- a. PT. ALPHA Sekuritas Indonesia,
- b. PT BHAKTI Asset Management dan
- c. PT. Cipta Sarana Duta Perkasa (CSDP).

Kemudian pada 5 Desember 2001, PT CSDP dinyatakan menang dengan penawaran total sebesar Rp. 625 milyar (*padahal sewaktu diambil alih Pemerintah RI, nilai saham dan obligasi yang dijual sekitar 2,5 triliun*). Berdasarkan temuan sebetulnya ada beberapa kejanggalan sehubungan dengan perkara persekongkolan tender penjualan saham PT. Indomobil Sukses Internasional Tbk, yakni antara lain :

1. Reaksi pelaku usaha yang tidak kooperatif terhadap keberadaan KPPU, yang justru berakibat menimbulkan dampak yuridis bagi para pelaku usaha lain yang merasa dirugikan, sehingga KPPU merasa kesulitan untuk memperoleh informasi yang diperlukan dalam pemeriksaan;
2. Terjadi tumpang tindih kewenangan diantara beberapa lembaga yang terlibat di dalamnya, seperti BPPN, Bapepam serta KPPU, sehingga KPPU merasa kesulitan untuk mendapatkan beberapa dokumen yang dibutuhkan dalam tahap pemeriksaan;
3. Sistem peradilan di Indonesia belum mampu mengakomodir permasalahan tersebut. Misalnya tindakan PT CSDP mengajukan gugatan ke

Pengadilan Tata Usaha Negara Jakarta dan Pengadilan Negeri Jakarta Pusat untuk menghentikan pemeriksaan.

Beberapa kejanggalan tersebut diperkuat oleh data dan informasi yang mengarah pada indikasi awal yang kuat tentang adanya pelanggaran UU No. 5 Tahun 1999. Adanya kejanggalan tersebut, memaksa KPPU melakukan pemeriksaan berdasarkan inisiatif sesuai kewenangan yang diberikan dalam UU No. 5 Tahun 1999 berdasarkan beberapa alasan/pertimbangan, yaitu:

1. Harga jual yang dinilai rendah di antara peserta tender yang tidak sesuai dengan pedoman tender yang diatur, baik berdasarkan UU No. 5 Tahun 1999 maupun UU No. 8 Tahun 1995 (Pasar Modal);
2. Jadwal tender yang dinilai terlalu singkat sehingga berpotensi menimbulkan/memberikan peluang khusus kepada peserta tender tertentu serta menutup peluang bagi peserta tender lain yang ingin mengikuti kegiatan tender tersebut;
3. Terdapat ketidakjelasan serta ketidaktransparan atas tolok ukur/kriteria yang berpotensi menimbulkan kegiatan persekongkolan tender untuk memenangkan satu peserta tender tertentu;
4. Diketemukannya dokumen dengan klasifikasi *cover letter* yang banyak memiliki kalimat serta struktur bahasa dan pemilihan katanya sama yang kemudian diduga hal ini dilakukan oleh pihak yang sama yang berkepentingan dalam tender ini;
5. Terdapat *conflict interest* antara peserta tender dengan pihak luar, sehingga walaupun pelaksanaan tender ini sudah sesuai dengan prosedur tender, akan tetapi dibuat seolah-olah mempersulit pihak atau pelaku usaha lain yang berusaha masuk dan mengikuti kegiatan tender tersebut. Sehingga nantinya persaingan yang muncul dalam kegiatan tender ini jelas merupakan persaingan semu yang dilakukan atas dasar persekongkolan antara peserta tender, panitia serta pihak penyelenggara.

Berdasarkan pemeriksaan yang dilakukan oleh KPPU, maka terdapat bukti-bukti bahwa dalam kegiatan tender tersebut telah terjadi persekongkolan tender antara panitia tender (BPPN) serta PT Holdiko Perkasa dengan peserta tender, serta adanya persekongkolan tender yang dilakukan oleh para peserta tender itu sendiri (antar peserta tender). Bukti-bukti tersebut dapat ditampilkan melalui tindakan, yakni :

1. Panitia tender (BPPN dan PT Holdiko Perkasa) masih menerima dokumen tender dari peserta tender, walaupun peserta tender telah melampaui batas waktu penyerahan dokumen tender;
2. Terdapat 20 usulan *mark-up conditional share purchase loan* dan *transfer agreement* yang sama yang diajukan oleh masing-masing peserta tender;
3. Penyesuaian harga antara ketiga peserta tender yang bertujuan untuk memenangkan salah satu peserta tender serta sejumlah bukti lainnya.

Berdasarkan bukti-bukti tersebut, maka KPPU mengambil keputusan yang pada intinya :

1. 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.;
2. Menyatakan PT Trimegah Securitas (Terlapor II), PT. Cipta Sarana Duta Perkasa (Terlapor III), Pranata Hajadi (Terlapor IV), Jimmy Masrin (Terlapor V), PT Bhakti Asset Management (Terlapor VIII) serta PT Alpha Sekuritas Indonesia (Terlapor IX), secara bersama-sama melanggar Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999, karena melakukan kegiatan persekongkolan tender di antara mereka sehingga menimbulkan persaingan usaha tidak sehat, yakni berupa tindakan saling menyesuaikan dan atau membandingkan dokumen tender dan atau menciptakan persaingan semu (seolah-olah betul terjadi persaingan) serta memfasilitasi suatu tindakan untuk memenangkan PT. Cipta Sarana Duta Perkasa dalam tender penjualan saham dan *convertible bonds* PT Indo Mobil Sukses Internasional (PT. IMSI);
3. Menyatakan PT Multi Megah Internasional (Terlapor VI) dan PT. Parallax Capital Management (Terlapor VII) kedua PT tersebut tidak terbukti secara sah serta meyakinkan melanggar Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999.;
4. Menghukum Pranata Hajadi (Terlapor IV) dan Jimmy Masrin (Terlapor V) secara bersama-sama, dan masing-masing terlapor diwajibkan membayar denda sebesar Rp. 10,5 milyar;
5. Menghukum PT Cipta Sarana Duta Perkasa (Terlapor II) dan PT. Holdiko Perkasa (Terlapor I) masing-masing diwajibkan membayar denda sebesar Rp. 5 milyar;

- Menghukum PT. Deloitte & Touche FAS (Terlapor X) untuk membayar denda sebesar Rp. 10 milyar;
7. Menghukum PT. Alpha Sekuritas Indonesia (Terlapor IX) untuk membayar denda sebesar Rp. 1,5 milyar;
 8. Menghukum PT. Bhakti Asset Management (Terlapor VIII) untuk membayar denda sebesar Rp. 1 milyar;
 9. Menghukum PT. Cipta Sarana Duta Perkasa (PT. CSDP) untuk membayar ganti rugi kepada Negara sebesar Rp. 228 milyar;

Berdasarkan analisis atas perkara tersebut, maka ditarik kesimpulan :

- a. Adanya pelanggaran terhadap Pasal 22 UU Nomor 5 Tahun 1999, yaitu indakan yang dilakukan adalah mereka melakukan persekongkolan baik secara terang-terangan atau diam-diam;
- b. Terdapat perlakuan khusus/istimewa dan kerjasama untuk bersekongkol diantara peserta tender; Menciptakan persaingan semu, serta memfasilitasi tindakan untuk memenangkan salah satu peserta sebagai pemenang tender tertentu;
- c. Sanksi dari KPPU antara lain melarang beberapa pelaku usaha untuk mengikuti transaksi baru dalam bentuk apapun dengan penyelenggara tender serta menghukum masing-masing pelaku usaha untuk membayar denda dan atau sesuai tingkat pelanggarannya;
- d. Di tingkat banding, Pengadilan Negeri Jakarta Barat membatalkan Putusan KPPU melalui Putusan Nomor 001/KPPU/PDT.P/2002/ PN.Jkt. Bar. Alasan pengadilan: cakupan undang-undang anti monopoli hanya terbatas pada tender untuk memborong pekerjaan, pengadaan barang atau penyediaan jasa. Oleh karena itu, lazimnya dalam pengertian tender di sini adalah siapa yang dapat mengajukan harga penawaran terendah, maka akan ditunjuk sebagai pemenang. Sedangkan perkara tersebut merupakan penjualan saham dan konversi obligasi Indomobil, dan yang mengajukan penawaran tertinggi adalah salah satu peserta tender, sehingga sudah selayaknya jika perusahaan tersebut ditunjuk sebagai pemenang;
- e. Di tingkat Kasasi, Mahkamah Agung menguatkan Putusan Pengadilan Negeri dengan alasan: Pengadilan Negeri tidak mempertimbangkan segi formal Putusan KPPU Nomor 03/KPPU-I/2002 . Adapun segi formal

Putusan KPPU adalah penggunaan irah-irah (kepala putusan) "Demi Keadilan Berdasarkan Ketuhanan Yang Maha Esa";

- f. Berdasarkan Pasal 30 UU Nomor 5 Tahun 1999, KPPU bukan badan peradilan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 10 UU Nomor 14 Tahun 1970, dan KPPU juga tidak memiliki kewenangan secara khusus dari UU No. 5 Tahun 1999 serta peraturan lainnya untuk memuat irah-irah tersebut;
 - g. KPPU dianggap melampaui kewenangannya, sehingga Putusan tersebut mengandung cacat hukum, dan karenanya harus dinyatakan batal demi hukum.
2. **Perkara Tender Penjualan 2 (dua) Unit Kapal Tanker *Very Large Crude Carrier* (VLCC) Milik PT. Pertamina (Persero).**

Perkara tersebut berawal ketika PT Pertamina melakukan pengadaan 2 (dua) unit *Very Large Crude Carrier* (VLCC) dengan no. lambung kapal 1540 dan 1541 melalui tender yang pada akhirnya dimenangkan oleh Hyundai Heavy Industries Co. Ltd. dari Ulsan, Korea Selatan dengan harga US\$ 65 juta/unit. KPPU telah memutuskan perkara tersebut melalui Putusan No. 07/KPPU-L/2004 : Perkara Tender Penjualan 2 (dua) Unit Kapal Tanker *Very Large Crude Carrier* (VLCC) Milik PT. Pertamina (Persero). Pengadaan 2 unit kapal tanker raksasa (VLCC) telah direncanakan sejak 2002 melalui proses studi kelayakan pada saat status Pertamina masih berbentuk perusahaan Negara.

Berdasarkan beberapa fakta yang diperoleh melalui hasil pemeriksaan, Maka KPPU memutuskan sebagai berikut:

1. Menyatakan bahwa pihak Pertamina, *Goldman Sachs, Pte* serta *Frontline, Ltd.* tidak terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 16 UU No. 5 Tahun 1999 tentang larangan pelaku usaha membuat perjanjian dengan pihak lain di luar negeri yang memuat ketentuan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat;
2. Menyatakan bahwa Pertamina terbukti secara sah dan meyakinkan telah melanggar Pasal 19 huruf (d) UU No. 5 Tahun 1999 dalam hal penunjukkan langsung *Goldman Sachs, Pte.* Sebagai *financial advisor and arranger* (FAA);
3. Menyatakan, bahwa Pertamina dan *Goldman Sachs, Pte* telah terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 19 (d) UU No. 5 Tahun 1999 dalam hal penerimaan penawaran harga pada tahap III milik *Frontline, Ltd.*;

4. Menyatakan, bahwa PT. Corfina Mitrakreasi (Terlapor IV) tidak terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999;
5. Menyatakan, bahwa pihak Pertamina, *Goldman Sachs, Pte., Frontline, Ltd* serta PT. Pelayaran EQUINOX terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 22 UU No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan melakukan Persekongkolan tender;
6. Memerintahkan Pertamina paling lambat 2 bulan setelah putusan ini untuk melarang Direktur Keuangan melakukan semua kegiatan yang terkait dengan transaksi komersial, termasuk transaksi keuangan untuk dan atas nama Pertamina, baik interal maupun eksternal selama Direkstur Keuangan dijabat oleh Direkstur Keuangan pada saat penjualan dua unit VLCC;
7. Menghukum *Goldman Sachs, Pte.* untuk membayar denda sebesar Rp. 19.710 milyar kemudian *Frontline, Ltd* sebesar Rp. 25 milyar serta PT Pelayaran EQUINOX sebesar Rp. 16.560 milyar;
8. Menghukum Pertamina untuk tidak melakukan hubungan usaha dalam bentuk apapun dan atau menghentikan hubungan usaha yang telah ada dengan *Goldman Sachs, Pte, Fronline, Ltd.,* dan PT. Pelayaran EQUINOX selama mereka para terlapor belum membayar denda yangtelah ditetapkan dalam putusan ini;
9. Menghukum masing-masing terlapor untuk membayar ganti rugi, sebagai berikut:
 - a. Pihak *Goldman Sachs, Pte* sebesar Rp. 60 milyar dan
 - b. Pihak *Frontline, Ltd* sebesar Rp. 120 milyar.

Berdasarkan analisis terhadap perkara tersebut di atas, maka dapat disimpulkan, bahwa :

- a. Perkara ini merupakan jenis persekongkolan tender *horizontal* dan *vertical*;
- b. Terdapat indikasi tindak pidana korupsi yang dilakukan oleh pengurus PT Pertamina;
- c. Dalam perkara tersebut MA telah memberikan putusan hukum tetap dengan menguatkan putusan KPPU;
- d. Terdapat *barrier to entry* dan diskriminasi dalam kegiatan tender penjualan;
- e. Terdapat perlakuan khusus/istimewa, sehingga menimbulkan ketidakadilan bagi peserta tender lainnya;

- f. Terdapat upaya pengajuan keberatan ke PN dan Mahkamah Agung;
- g. Adanya kerugian yang dialami oleh peserta tender lainnya.

b. Persekongkolan Membocorkan Rahasia Dagang/Perusahaan (Pasal 23)

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*"¹⁸⁷. 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 dagangnya diatur secara tersendiri, tidak 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 Undang-Undang Nomor 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

¹⁸⁷ 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 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 hlm tersebut tidak secara umum diketahui atau terbuka untuk diketahui oleh pihak-pihak yang dalam kegiatan sehari-harinya biasa menggunakan informasi se-rupa 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* (Jakarta: UI Press, 1997) pp.271-272.

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 non teknik (*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.¹⁸⁸

Satu contoh yang berkaitan dengan kasus persekongkolan dalam rangka membocorkan rahasia dagang/perusahaan (Pasal 23) 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 SEWA 19 membuat perjanjian dengan PT Aquarius Musikindo dengan No. 001/JS/DW/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 DEWA 19 telah memutuskan untuk pindah ke EMI Music

¹⁸⁸ Ahmad M. Ramli, *Hak Atas Kepemilikan Intelektual: Teori Dasar Perlindungan Rahasia Dagang* (Bandung : Mandar Maju, 2000) pp.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.* p.73.

South East Asia karena alasan ingin *go internasional*. 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 Muskindo (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 Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) melakukan pemeriksaan terhadap EMI Music South East Asia, Arnel Affandy, S.H., Dewa 19 dan Iwan Sastra Wijaya, yang menghasilkan putusan perkara dengan Nomor: 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 PN 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 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

c. Persekongkolan Menghambat Perdagangan (Pasal 24)

Pasal 24 UU No. 5 Tahun 1999 terdapat 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 :

- a. Menghambat pelaku usaha pesaing dalam memproduksi,
- b. 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;
- c. Bertujuan untuk memperlambat waktu proses produksi, pemasaran, atau produksi dan pemasaran barang, jasa, atau barang dan jasa yang sebelumnya sudah dipersyaratkan, serta
- d. Kegiatan persekongkolan seperti ini dapat menimbulkan praktik monopoli dan/atau persaingan usaha yang tidak sehat.

Secara ekonomis, hambatan perdagangan (*restrain of trade*) yang dilarang berdasarkan pasal 24 UU No. 5 Tahun 1999 dapat dibedakan ke dalam:

Restrictive trade agreement, yaitu bentuk kolusi di antara para pemasok yang bertujuan menghapus persaingan secara keseluruhan ataupun sebagian, dan *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*.¹⁸⁹

¹⁸⁹ Collins, p.576 in Elyta Ras Ginting, *op.cit.* p.74.

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 usaha, menjadi perhatian pertama lembaga persaingan usaha, dalam hal ini di Indonesia, Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) adalah terhadap posisi dominan suatu perusahaan pada pasar yang bersangkutan. Siapa yang mempunyai posisi dominan pada pasar yang bersangkutan? Atau kalau 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. 5/1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (UU No. 5/1999) 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 (HPU) tidak dilarang, sepanjang pelaku usaha tersebut dalam mencapai posisi dominannya atau menjadi pelaku usaha yang lebih unggul (*market leader*) pada pasar yang bersangkutan

atas kemampuannya sendiri dengan cara yang fair. Konsep HPU 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. 5/1999 tentang larangan praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat (UU No. 5/1999) tidak melarang pelaku usaha menjadi perusahaan besar. UU No. 5/1999 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.5/1999, posisi dominan didefinisikan sebagai suatu keadaan dimana pelaku usaha tidak mempunyai pesaing yang berarti atau suatu pelaku usaha mempunyai posisi lebih tinggi daripada pesaingnya pada pasar yang bersangkutan dalam kaitan pangsa pasarnya, kemampuan keuangan, akses pada pasokan atau penjualan serta kemampuan menyesuaikan pasokan atau permintaan barang atau jasa tertentu. Ketentuan Pasal 1 angka 4 UU No. 5/1999 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:

- a) pangsa pasarnya;
- b) kemampuan keuangan;
- c) kemampuan akses pada pasokan atau penjualan; dan
- d) kemampuan menyesuaikan pasokan atau permintaan barang atau jasa tertentu,

Syarat yang ditetapkan oleh Pasal 1 angka 4 UU No. 5/1999 yang penting adalah bahwa pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan mempunyai posisi tertinggi diantara pesaingnya dalam kaitan pangsa pasar, kemampuan keuangan, kemampuan akses pasar pasokan atau penjualan, dan kemampuan menyesuaikan pasokan atau permintaan barang atau jasa tertentu. Oleh karena itu menurut hukum hanya satu pesaing (yang mempunyai posisi dominan) yang dapat menguasai posisi dominan di pasar bersangkutan.¹⁹⁰ Namun UU No. 5/1999 tidak menjelaskan, apakah syarat-syarat tersebut harus dipenuhi oleh suatu pelaku usaha secara kumulatif atau tidak. Artinya, apakah jika salah satu syarat tersebut dimiliki oleh pelaku usaha dapat dinyatakan bahwa pelaku usaha tersebut sudah mempunyai posisi dominan? Akan tetapi 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 kepemilikan pasang 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.¹⁹¹

Sehingga 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 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 independen¹⁹² 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 *the ECJ has defined a dominant position as*

*"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 appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of consumers".*¹⁹³

¹⁹⁰ Heermann in Knud Hansen, *op.cit.* p.41

¹⁹¹ Valentine Korah, *op.cit.* p.81

¹⁹² *Ibid.*

¹⁹³ Valentine Korah, *op.cit.* p.82

Posisi dominan dapat dimiliki oleh satu pelaku usaha sebagaimana disebut di atas, yaitu yang disebut dengan *monopolist*,¹⁹⁴ jika satu pelaku usaha tidak 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*.¹⁹⁵ *Oligopoly* adalah dimana keadaan suatu pasar tertentu terdapat dua atau lebih pelaku usaha yang mempunyai kekuatan pasar yang hampir sama atau seimbang. Para *oligopolist* tersebut secara bersama-sama dapat menyalahgunakan posisi dominannya sehingga mengakibatkan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat pada pasar yang bersangkutan. Dengan demikian para *oligopolist* tersebut tidak saling bersaing pada pasar yang bersangkutan, sebaliknya bahkan mereka menciptakan suatu kondisi dan menikmatinya, dimana mereka dapat mendominasi atau menjalankan pasar dalam perilaku yang sama, seperti seorang *monopolist*. Pertanyaannya adalah apakah kriteria struktur *oligopolist* tersebut? Hal ini dapat ditinjau dari dua aspek, yaitu dari aspek objektif dan subjektif.

Dari aspek objektif, bahwa para *oligopolist* 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 *oligopolist*.

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 *oligopolist* 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 81 ayat 1 EEC Treaty, yaitu bukan suatu perjanjian yang rahasia yang menentukan, tetapi kebersamaan kemauan para pelaku usaha untuk membatasi persaingan diantara mereka. Jadi, pertama-tama ada kesadaran para *oligopolist* dari ketergantungan yang satu dengan yang lain, keputusan kebijakan pasar mereka mengarah kepada perilaku oligopolistik.¹⁹⁶

¹⁹⁴ Pasal 25 Ayat (2) huruf a UU No. 5/1999

¹⁹⁵ Pasal 25 Ayat (2) huruf b UU No. 5/1999

¹⁹⁶ Valentine Korah, *op. cit.* p.45

Oleh karena itu salah satu kriteria, apakah para *oligopolist* 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 monopolis 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.

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.¹⁹⁷ Pangsa pasar adalah salah satu elemen penting dalam menetapkan, apakah suatu pelaku usaha mempunyai posisi dominan atau tidak. 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 praktek 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 praktek monopoli atau mempunyai posisi dominan, apabila menguasai pangsa pasar lebih dari 66,6%.¹⁹⁸ Menurut hukum persaingan Negara Republik Ceko-Slovakia dan Spanyol Menurut hukum persaingan Negara Republik Ceko-Slovakia dan Spanyol diduga memiliki posisi dominan jika menguasai pangsa pasar 40%.¹⁹⁹

Sementara Pasal 25 ayat 2 UU No. 5/1999 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.

¹⁹⁷ Pasal 1 Angka 13 UU N. 5/1999

¹⁹⁸ Pasal 19 ayat 2 UU Anti Hambatan Persaingan Usaha, Jerman

¹⁹⁹ Model Law on Competition, *UNCTAD Series on Issues in Competition Law and Policy* (2007) p.36.

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:

- a. 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
- b. Membatasi pasar dan pengembangan teknologi; atau
- c. 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*.²⁰⁰ Artinya, apabila suatu 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. 5/1999, yaitu mendorong pelaku usaha berkembang berdasarkan persaingan usaha yang sehat.

Akan tetapi di dalam prakteknya KPPU telah menerapkan ketentuan Pasal 25 ayat tersebut dengan pendekatan *rule of reason*.²⁰¹ Hal ini untuk menyesuaikan dengan ketentuan Pasal 4, Pasal 13, Pasal 17 dan Pasal 18 UU No. 5/1999 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 diantara 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 usaha, yaitu bukan untuk menghambat persaingan tetapi untuk mendorong persaingan usaha. Jadi, pelaku usaha yang dapat bersaing dengan sehat dan melakukan efisiensi

²⁰⁰ Definisi *per se illegal*, lihat Bab III

²⁰¹ Defenisi *rule of reason*, lihat Bab III

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 praktek 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, 13, 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, 13, 17, dan Pasal 18 UU No. 5/1999.

Sebaliknya, jika suatu pelaku usaha tidak menguasai pangsa pasar lebih dari 50% untuk satu pelaku usaha (monopoli), tetapi dalam prakteknya dapat melakukan praktek 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 1).²⁰² 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

²⁰² Udin Silalahi, *Perusahaan Saling Mematikan dan Bersekongkol: Bagaimana Cara Memenangkan?* (Jakarta: Elex Media Komputindo, 2007) p.196.

pasar lebih dari 75% untuk dua atau tiga pelaku usaha tidak berlaku mutlak, karena penguasaan pangsa pasar di bawah 50% untuk pasar monopoli dan dibawah 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%.²⁰³

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.²⁰⁴ 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 presentase nilai jual atau beli yang lebih tinggi atas suatu barang atau jasa tertentu dibandingkan dengan nilai jual atau beli pesaing-pesaingnya akan menunjukkan ke 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.²⁰⁵ 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:²⁰⁶

a. Modal dasar;

²⁰³ Heermann, in Knud Hansen, *op.cit.* p.41

²⁰⁴ Emmerich, Voelker, *Kartellrecht*, 8. Auflage, (Muenchen: Verlag C.H Beck) p.189.

²⁰⁵ *Ibid.* p.190.

²⁰⁶ Heermann, in Knud Hansen, *op.cit.* p.42

- b. *Cash flow*;
- c. Omset;
- d. Keuntungan;
- e. Batas kredit; dan
- f. Akses ke pasar keuangan nasional dan internasional.

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 praktek 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.

4. Kemampuan Menyesuaikan Pasokan atau Permintaan

Kemampuan pelaku usaha untuk menyesuaikan pasokan atau permintaan barang atau jasa tertentu pada pasar yang bersangkutan menjadi salah satu unsur dalam pengertian posisi dominant 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.

V1.2 Penetapan Posisi Dominan

Lembaga yang berwenang untuk menetapkan posisi dominan suatu pelaku usaha pada pasar yang bersangkutan, apakah suatu pelaku usaha sudah mempunyai posisi dominan, adalah Komisi Pengawas Persaingan Usaha (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*. 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 even-even tertentu. Misalnya pada pekan raya, pada saat penyelenggaraan olimpiade dll. Metode yang ketiga hampir tidak pernah dilakukan, karena hanya bersifat sementara, yaitu hanya selama even tertentu berlangsung.

Di dalam UU No. 5 Tahun 1999 metode pembatasan pasar yang bersangkutan ditetapkan di dalam Pasal 1 No. 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 (*geographich market*) yang akan diuraikan sebagai berikut:²⁰⁷

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. Pasal 1 angka 10 UU No. 5/1999 tidak memberikan penjelasan dan tidak ada petunjuk khusus mengenai barang yang sama atau sejenis serta barang substitusi. Untuk dapat menentukan, apakah suatu barang dengan barang yang lain dapat dinyatakan sama atau dapat dinyatakan menjadi substitusi terhadap barang tertentu, perlu dilihat dari 4 aspek, yaitu a) bentuk lahiriah dan sifat barang tersebut;

²⁰⁷ Pengertian Pasar Bersangkutan Lihat Bab II

b) fungsi barang tersebut, c) harga barang tersebut; dan d) fleksibilitas barang tersebut bagi konsumen.

a) Bentuk dan sifat 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.

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.

c) Harga

Unsur yang paling penting dalam menentukan apakah suatu produk dengan produk yang lain dinyatakan sama atau dapat sebagai barang pengganti adalah harga. Misalnya harga Coca Cola satu botol Rp.4000 sedangkan harga Pepsi satu botol Rp.3900, 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, apakah mie dapat menjadi barang substitusi terhadap beras. Artinya jika beras habis dipasar, 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.

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 dipasar. Untuk itu perlu penelitian yang komprehensif oleh KPPU untuk menentukan apakah suatu barang dapat ditetapkan satu jenis dengan barang yang lain, atau dapat sebagai barang pengganti.

Jika suatu produk sudah ditetapkan mempunyai barang sejenis atau barang 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.

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 No. 10 UU No. 5/1999 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 diwilayah tersebut. Fungsi pembatasan pasar secara geografis adalah untuk

menghitung pangsa pasar bersangkutan secara obyektif disekitar wilayah di mana barang tersebut dipasarkan. Oleh karena itu dapat terjadi, bahwa pasar suatu barang tertentu dapat mencapai pasar regional, nasional, internasional dan bahkan pasar global. Akan tetapi UU No. 5/1999 sudah membatasi penerapannya hanya di dalam negeri saja. Hal ini dapat dilihat dari ketentuan Pasal 1 No. 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 No. 5 tersebut dapat disimpulkan, bahwa jangkauan penerapan UU Antimonopoli tersebut maksimum seluas wilayah Indonesia saja.

Namun demikian, KPPU telah menetapkan bahwa jangkauan penerapan UU No. 5/1999 tidak terbatas seluas wilayah Indonesia dimana 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.²⁰⁸

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. 5/1999 walaupun Temasek Group tersebut tidak melakukan kegiatan usaha di Indonesia, tetapi mempunyai dampak persaingan di pasar Indonesia (Putusan KPPU No. 07/KPPU-L/2007).

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*).

VI.3 Penyalahgunaan Posisi Dominan

Pelaku usaha mempunyai posisi dominan tidak dilarang oleh UU No. 5/1999, asalkan pencapaian posisi dominan tersebut dilakukan melalui persaingan usaha yang sehat atau *fair*. Yang dilarang oleh UU No. 5/1999 adalah apabila pelaku usaha tersebut menyalahgunakan posisi dominannya.

²⁰⁸ Lihat Putusan KPPU Perkara No. 07/ KPPU-L/2007.

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. 5/1999.

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 disini sebetulnya 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 praktek 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 membatasi peredaran dan atau penjualan barang dan atau jasa pada pasar yang bersangkutan; atau
- c. Melakukan praktek diskriminasi terhadap pelaku usaha tertentu.

Sehingga hambatan persaingan usaha sebagaimana dimaksud Pasal 19 sebagian sudah diatur di dalam Pasal 25 ayat 1 UU No. 5/1999, 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 domiannya 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 hal-hal yang disebutkan di dalam Pasal 25 ayat 1 tersebut, akan dijelaskan di bawah ini.

a. 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.²⁰⁹ 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

²⁰⁹ Heermann, in Knud Hansen, *op.cit.* p.357

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 usaha negara lain. 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*).

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. 5/1999, 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. 5/1999.

b. Membatasi pasar dan pengembangan teknologi

Pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan dapat membatasi pasar. Pengertian membatasi pasar di dalam ketentuan ini tidak dibatasi. Pengertian membatasi pasar yang dilakukan oleh pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan

sebagai penjual atau pembeli dapat diartikan dimana 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 bersangkutan²¹⁰ dan melakukan jual rugi yang akan menyingkirkan pesaingnya dari pasar.²¹¹ Termasuk melakukan perjanjian tertutup²¹² dan praktek diskriminasi²¹³ dapat dikategorikan suatu tindakan membatasi pasar.

Misalnya definisi diskriminasi tidak ada ditetapkan di dalam UU No. 5/1999. 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. Atau 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 dibagikan 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 b adalah membatasi pengembangan teknologi. Sebenarnya pengembangan teknologi adalah merupakan hak monopoli pelaku usaha tertentu yang menemukannya menjadi hak atas kekayaan intelektual penemunya.²¹⁴ Hal ini sejalan dengan ketentuan Pasal 50 huruf b UU No. 5/1999 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.

c. 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

²¹⁰ Lihat Pasal 19 huruf c UU No. 5/1999.

²¹¹ Lihat Pasal 20 UU No. 5/1999.

²¹² Lihat Pasal 15 UU No. 5/1999

²¹³ Lihat Pasal 19 huruf d UU No. 5/1999

²¹⁴ Heermann, in Knud Hansen, *op.cit.* p.359

dengan larangan Pasal 19 huruf a yang menetapkan menolak dan atau menghalangi pelaku usaha tertentu untuk melakukan kegiatan usaha yang sama pada pasar bersangkutan. Di dalam hukum persaingan usaha dikenal apa yang disebut dengan pesaing faktual dan pesaing potensial.²¹⁵ 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.²¹⁶ Jadi, di dalam hukum persaingan usaha ukuran yang sangat penting adalah bahwa pesaing potensial bebas keluar masuk ke pasar yang bersangkutan.

Selain pelaku usaha yang 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 non harga dan jual rugi (*predatory pricing*).²¹⁷

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 didalam Pasal 26 tentang jabatan rangkap dan Pasal 27 tentang kepemilikan saham silang UU No. 5/1999.

²¹⁵ M. Udin Silalahi, Perusahaan Saling Mematikan & Bersekongkol: Bagaimana Cara Memenangkan? *op.cit.* p.220.

²¹⁶ *Ibid*, p.223

²¹⁷ Lihat Bab V

1. Jabatan Rangkap

Hubungan afiliasi melalui jabatan rangkap ini dapat memberikan pengaruh terhadap perilaku pelaku usaha yang diafiliasi. Pasal 26 melarang komisaris dan direksi suatu perusahaan merangkap jabatan di perusahaan yang lain apabila perusahaan-perusahaan tersebut; a) berada dalam pasar bersangkutan yang sama; atau 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 praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat. Prinsip ketentuan Pasal 26 tersebut tidak melarang mutlak jabatan rangkap. Jabatan rangkap baru dilarang apabila akibat jabatan rangkap tersebut dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat (*rule of reason*).

Pertanyaannya adalah apakah jabatan rangkap tersebut dapat diawasi di depan (pencegahan) atau kemudian (repressif)? Penilaian terhadap jabatan rangkap biasanya dilakukan pada proses *merger* atau akuisisi saham perusahaan. Jika perusahaan melakukan pengambilalihan saham perusahaan yang lain, dan 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 mengambilalih dan pangsa pasar yang diambilalih (secara horizontal). Artinya, pelaku usaha yang mengambilalih dan yang diambilalih berada pada pasar bersangkutan yang sama.²¹⁸ Selain itu jabatan rangkap juga dapat terjadi di dua perusahaan yang tidak bergerak dibidang usaha yang sama, melainkan adanya keterkaitan usaha dalam proses produksi barang tersebut dari pasar hulu sampai ke pasar hilir. Ini disebut perusahaan-perusahaan memiliki keterkaitan yang erat dalam bidang dan atau jenis usaha.²¹⁹

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. 5/1999, 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)

²¹⁸ Pasal 26 huruf a UU No. 5/1999

²¹⁹ Pasal 26 huruf b UU No. 5/1999

Selain itu jabatan rangkap tersebut juga ditentukan oleh pangsa pasar perusahaan-perusahaan dimana seseorang merangkap jabatan sebagai Direksi atau sebagai Komisaris.²²⁰ 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 dimana 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 tersebut (*interlocking directors*) yang demikian dapat mempengaruhi persaingan usaha dalam berbagai cara. Misalnya akibat seseorang menduduki jabatan rangkan di dua perusahaan, maka orang tersebut dapat melakukan pengawasan administratif dimana keputusan sehubungan dengan investasi dapat melahirkan strategi bersama terhadap kedua perusahaan sehubungan dengan harga, alokasi pasar dan kegiatan lainnya.²²¹

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.

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 dibidang usaha yang sama atau dengan pelaku usaha yang lain.

Ketentuan Pasal 27 menetapkan bahwa pelaku usaha dilarang memiliki saham mayoritas²²² 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: a.) Satu pelaku usaha atau satu

²²⁰ Lihat Pasal 26 huruf c UU No. 5/1999.

²²¹ Heermann, in Knud Hansen, *op.cit.* p.366

²²² 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.

kelompok pelaku usaha menguasai lebih dari 50% pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu; b.) Dua atau tiga pelaku usaha atau kelompok pelaku usaha menguasai lebih dari 75% pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu.

Berdasarkan ketentuan Pasal 27 tersebut pelaku usaha yang menguasai saham mayoritas di beberapa pelaku usaha dan mengakibatkan penguasaan pangsa pasar lebih dari 50% untuk monopolis dan lebih dari 75% untuk oligopolis dapat mengakibatkan posisi dominan. Kepemilikan saham mayoritas yang dimiliki oleh satu pelaku usaha di beberapa perusahaan harus dibuktikan terlebih dahulu,²²³ kemudian dengan pembuktian penguasaan pangsa pasar di pasar yang bersangkutan. Setelah pelaku usaha menguasai saham mayoritas, baru dibuktikan apakah menguasai pangsa pasar lebih dari 50% atau lebih dari 75%, yaitu apa yang disebut dengan posisi dominan. Jika pelaku usaha sudah terbukti mempunyai posisi dominan, maka langkah berikutnya adalah membuktikan apakah posisi dominan tersebut disalahgunakan yang mengakibatkan pasar menjadi terganggu.

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. 5/1999, yaitu memiliki saham mayoritas: a.) Di 8 (delapan) perusahaan perbioskopian, yaitu PT Kartika Insani Raya, PT Gading Adi 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. b.) 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.²²⁴

²²³ Hikmahanto Juwana, Prosiding Seminar Eksaminasi Putusan No. 07/KPPU-L/2007 Kasus Posisi Dominan dan Kepemilikan Silang (Jakarta: CSIS, 2008) p.211

²²⁴ Lihat Putusan Perkara No. 05/KPPU-L/2002, p.42

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. 5/1999. Oleh karena itu ketiga pasal ini ditempatkan pada Bab Posisi Dominan di dalam struktur ketentuan UU No. 5/1999. Penilaian terhadap Pasal 26 dan Pasal 27 apakah jabatan rangkap dan kepemilikan saham silang, tetap dipengaruhi 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. Jadi, ketentuan Pasal 27 UU No. 5/1999 walaupun menurut ketentuan UU No. 5/1999 bersifat *per se illegal*, maka sebaiknya dalam penerapannya digunakan pendekatan *rule of reason*. Hal ini untuk memberikan konsistensi diantara ketentuan Pasal 4, Pasal 13, Pasal 17, Pasal 18 dengan Pasal 25 dan Pasal 27 UU No. 5/1999.²²⁵ Demikian juga Hikmahanto Juwana berpendapat bahwa larangan dalam Pasal 27 masuk dalam kategori sebagai larangan berdasarkan *rule of reason*, dan bukan *per se illegal*.²²⁶

Jadi, walaupun ketentuan Pasal 27 secara normatif bersifat *per se* tetapi didalam prakteknya bersifat *rule of reason* sebagaimana telah diterapkan oleh KPPU pada kasus Temasek Group.

²²⁵ Lihat Udin Sitalahi, Prosiding Seminar Eksaminasi Putusan No. 07/KPPU-L/2007 Kasus Posisi dominan dan Kepemilikan Silang (Jakarta: CSIS, 2008) p.137

²²⁶ Hikmahanto Juwana, *op.cit.* p.211.

BAB VII

Merger (PENGGABUNGAN)

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*. Maksimalisasi 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 didalam suatu pasar, biaya produksi yang diperlukan akan sangat tinggi dibandingkan dengan besarnya pasar.²²⁷ Selain itu efisiensi dapat juga dicapai dengan skema *merger* melalui eksploitasi *economies of scope*, efisiensi *marketing*, atau sentralisasi *research and development*.²²⁸

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 usahanya²²⁹. Sehingga *merger* juga dapat menjadi salah satu jalan keluar jika pelaku usaha mengalami kesulitan likuiditas, sehingga kreditor, pemilik, dan karyawan dapat terlindungi dari kepailitan.²³⁰

Merger juga menjadi jalan keluar bagi pelaku usaha dalam memenuhi peraturan pemerintah apabila masih ingin bertahan dalam pasar. Sebagai misal adanya program Arsitektur Perbankan Indonesia²³¹ 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*.

²²⁷ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law, Text, Cases, and Materials* (New York: Oxford University Press, 2004) p.848.

²²⁸ *Ibid.* p.848.

²²⁹ *Ibid.* p.849.

²³⁰ *Loc.cit.* p.848.

²³¹ <http://www.bi.go.id/web/id/info+penting/arsitektur+perbankan+indonesia>, 22 Januari 2007.

Tujuan ekonomi pada dasarnya adalah tujuan kepentingan umum. Dan masih menjadi perdebatan apakah tujuan ekonomi merupakan satu-satunya alasan dibuatnya kebijakan *merger*. Tetapi kenyataannya, kepentingan politis justru menjadi faktor penentu dalam penyusunan *jurisdiction merger review* dalam sektor industri. Perlu diskusi mengenai ruang lingkup tujuan kepentingan umum dalam penyusunan kebijakan *merger* antara kriteria non kompetisi 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, dimana 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 dimana tidak terdapat hukum persaingan.
2. Penegakan ketentuan larangan hukum persaingan usaha 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*.

VII.1 Pengertian *Merger*

Secara sederhana, *merger*, akuisisi dan konsolidasi, atau yang diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia dan dipakai dalam peraturan perundang-undangan dengan istilah penggabungan²³², peleburan²³³, dan pengambilalihan²³⁴ (untuk selanjutnya dalam tulisan ini disebut "*merger*") dapat diartikan sebagai "*the act or an instance*

²³² Ketentuan UU No. 40/2007 Pasal 1 butir 9 "Penggabungan adalah 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".

²³³ Ketentuan UU No. 40/2007 Pasal 1 butir 10 "Peleburan adalah 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".

²³⁴ Ketentuan UU No. 40/2007 Pasal 1 butir 11 "Pengambilalihan adalah perbuatan hukum yang dilakukan oleh badan hukum atau orang perseorangan untuk mengambil alih saham Perseroan yang mengakibatkan beralihnya pengendalian atas Perseroan tersebut".

of combining or uniting.²³⁵ *Merger* adalah bentuk penggabungan perusahaan atau bergabungnya dua atau lebih pelaku usaha yang independen²³⁶ atau berintegrasinya kegiatan yang dilakukan oleh dua pelaku usaha secara menyeluruh dan permanen.²³⁷

Secara komprehensif Henry Black²³⁸ 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.

VII.2 Bentuk Umum *Merger*

Merger secara umum dapat terjadi dalam 3 (tiga) macam bentuk²³⁹, yaitu:

a. *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*,

b. *Merger Vertical.*

Merger vertical melibatkan suatu tahapan operasional produksi yang berbeda yang saling terkait satu sama lainnya, mulai dari hulu hingga ke hilir. *Merger* vertikal dapat juga berbentuk 2 jenis, yakni *Upstream Vertical Merger* dan *Downstream Vertical Merger*.

c. *Merger Konglomerat.*

Merger konglomerat terjadi apabila 2 (dua) perusahaan yang tidak memiliki lini usaha yang sama bergabung. Atau dengan kata lain, *merger* konglomerat terjadi antara perusahaan-perusahaan yang tidak bersaing dan tidak memiliki hubungan penjual-pembeli.

²³⁵ Bryan A. Garner, et.al. ed. *Black's Law Dictionary* 7th ed. (St. Paul, Minnesota: West Group, 1999) p.1002.

²³⁶ Alison Jones and Brenda Sufrin, *op.cit.* p. 847.

²³⁷ Earnest Gellhorn and William E. Kovacic, *Anti-trust Law and Economics* (St. Paul, Minnesota: West Publishing, 1994) p.348.

²³⁸ Henry Campbell Black, *op.cit.* p.988.

²³⁹ Lihat Elyta Ras Ginting, *Hukum Anti Monopoli Indonesia* (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2001) p.84, lihat juga Alison Jones and Brenda Sufrin, *op. cit.* pp.850-852, dan lihat juga ABA Section of Anti-trust Law, *Anti-trust Law Development*, 5th ed. (2002) pp. 327, 362, 368.

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 Pengaturan *Merger* di dalam Peraturan Perundang-undang Indonesia

Ketentuan mengenai *merger* telah diatur dalam Undang-Undang Nomor 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas (untuk selanjutnya disebut "UU No. 1/1995") dalam Pasal 102 sampai dengan Pasal 109. Ketentuan pasal-pasal *merger* tersebut kemudian dituangkan ke dalam Peraturan Pemerintah Nomor 27 Tahun 1998 tentang Tata Cara Penggabungan, Peleburan, dan Pengambilalihan Perseroan Terbatas (untuk selanjutnya disebut "PP No. 27/1998"). Ketentuan dalam PP No. 27/1998 ini berisi hal-hal yang bersifat teknis dan prosedural dalam aktivitas *merger*.

Secara umum, ketentuan *merger* dalam UU No. 1/1995 dan PP No. 27/1998 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 internasional²⁴⁰, dan bahkan *merger* dilakukan secara transnasional untuk tujuan tersebut. Mengingat

²⁴⁰ Alison Jones and Brenda Surfin, *op.cit.* p 848.

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.

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 Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perbankan (untuk selanjutnya disebut "UU No. 10/1998") dan sebagai peraturan pelaksanaannya dikeluarkanlah Peraturan Pemerintah Nomor 28 Tahun 1999 (untuk selanjutnya disebut "PP No. 28/1999") dan Bank Indonesia juga menerbitkan beberapa peraturan terkait.

Keberadaan Undang-undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas (untuk selanjutnya disebut "UU No. 40/2007") sebagai pengganti UU No. 1/1995 diharapkan dapat membawa kepastian hukum yang semakin nyata khususnya bagi pelaku usaha. UU No. 40/2007 yang disahkan pada tanggal 16 Agustus 2007 ini mengalami beberapa penambahan dan banyak penyempurnaan dari UU No. 1/1995, termasuk dalam hal pengaturan kegiatan *merger* yang diatur dalam Pasal 122 sampai dengan Pasal 137.

Adapun PP No. 27/1998 sebagai peraturan pelaksanaan dari UU No. 1/1995 kini sedang dalam tahap penyempurnaan, guna menyelaraskan ketentuan-ketentuan yang baru yang dimuat dalam No. UU 40/2007.

Jika ditelaah lebih rinci, terdapat beberapa perbedaan yang cukup signifikan dalam pengaturan *merger* di dalam UU No. 1/1995 dengan Undang-undang Perseroan Terbatas yang baru, yaitu UU No. 40/2007. Beberapa ketentuan yang baru dan ketentuan yang disempurnakan, antara lain adalah:

- a. UU No. 1/1995 hanya mengatur ketentuan mengenai *merger* saja, sedangkan UU No. 40/2007 memiliki cakupan yang lebih luas karena undang-undang ini tidak hanya mengatur ketentuan mengenai *merger* akan tetapi juga mengatur mengenai pemisahan perseroan (*corporate split*)²⁴¹, sedangkan UU No. 1/1995 tidak mengenal ketentuan ini;
- b. UU No. 1/1995 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.

²⁴¹ UU No. 40/2007 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".

Ketentuan tersebut berdasarkan UU No. 40/2007 dipersempit sehingga berakhirnya perseroan terjadi tanpa likuidasi terlebih dahulu.²⁴²;

- c. UU No. 40/2007 mensyaratkan kewajiban perseroan untuk mengumumkan rencana *merger*, konsolidasi, dan akuisisi kepada karyawan perseroan dalam bentuk tertulis dalam waktu 30 hari sebelum *merger*²⁴³ suatu hal yang belum diatur oleh UU No. 1/1995.

Menelaah ketentuan-ketentuan di dalam UU No. 40/2007, 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 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 anti-persaingan²⁴⁴.

Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (untuk selanjutnya disebut "UU No. 5/1999") 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 didalam 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 wajar²⁴⁵. Selain itu UU No. 5/1999 juga dimaksudkan untuk mencegah timbulnya pemusatan kekuatan ekonomi pada pelaku usaha tertentu yang dapat menghalangi persaingan usaha yang sehat dan wajar²⁴⁶.

Maksud dan tujuan dari UU No. 5/1999 tersebut dituangkan dalam pasal-pasal yang mengatur bentuk-bentuk perjanjian yang dilarang, kegiatan yang dilarang dan

²⁴² UU No. 40/2007 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.

²⁴³ UU No. 40/2007 Pasal 127: "Direksi Perseroan yang akan melakukan Penggabungan, Peleburan, Pengambilalihan, 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.

²⁴⁴ ABA Section of Anti *trust* Law, *op. cit.* p.317

²⁴⁵ UU No. 5/1999, bagian menimbang butir b.

²⁴⁶ Lihat UU No. 5/1999, bagian menimbang butir c.

penyalahgunaan posisi dominan, yang didalamnya termasuk *merger*, yang dapat menimbulkan praktek monopoli dan persaingan usaha yang tidak sehat. ketentuan mengenai *merger* dalam kaitannya dengan persaingan usaha yang tidak sehat telah diatur dalam UU No. 5/1999 dalam Pasal 28 dan Pasal 29 yang merupakan bagian dari Bab Posisi Dominan. Sejalan dengan undang-undang persaingan usaha, UU No. 40/2007 dalam Pasal 126 ayat (1) butir c, telah mengatur bahwa *merger* atau pemisahan wajib memperhatikan kepentingan masyarakat dan persaingan sehat dalam melakukan usaha²⁴⁷.

Pengaturan pasal mengenai *merger* dalam UU No. 5/1999 dapat dikatakan sebagai sebuah *lex imperfecta* karena baru dapat diimplementasikan setelah pemerintah menerbitkan Peraturan Pemerintah yang disyaratkan oleh Pasal 28 ayat (3) dan Pasal 29 ayat (2)²⁴⁸. Oleh karena itu, larangan tersebut belum dapat dilaksanakan karena masih berupa hukum yang belum sempurna.

Peraturan Pemerintah yang disyaratkan oleh Pasal 28 ayat (3) akan mengatur mengenai larangan *merger* yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat sebagaimana yang diatur dalam Pasal 28 ayat (1) dan (2)²⁴⁹. Sedangkan yang diperlukan sebagai implementasi Pasal 29 ayat (2) adalah Peraturan Pemerintah mengenai penetapan nilai asset dan atau nilai penjualan serta tata cara pemberitahuan kepada Komisi Pengawas Persaingan Usaha Republik Indonesia (untuk selanjutnya disebut "KPPU") sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 29 ayat (1)²⁵⁰.

UU No. 5/1999 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 *mergemya* tidak mengakibatkan praktek 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,

²⁴⁷ Penjelasan UU No. 40/2007 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".

²⁴⁸ Knud Hansen, et.al., *op.cit.* p.357.

²⁴⁹ UU No. 5/1999 Pasal 28 ayat (1) "Pelaku usaha dilarang melakukan penggabungan atau peleburan badan usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat"; (2) "Pelaku usaha dilarang melakukan pengambilalihan saham perusahaan lain apabila tindakan tersebut dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat".

²⁵⁰ UU No. 5/1999 Pasal 29 ayat (1) "Penggabungan atau peleburan badan usaha, atau pengambilalihan saham sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28 yang berakibat nilai asset dan atau nilai penjualannya melebihi jumlah tertentu, wajib diberitahukan kepada Komisi, selambat-lambatnya 30 (tiga puluh) hari sejak tanggal penggabungan, peleburan atau pengambilalihan tersebut".

yaitu berdasarkan UU No. 5/1999 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 denda²⁵¹ dan ganti rugi.

Berbeda dengan ketentuan UU No. 5/1999 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*²⁵². Padahal untuk mencegah terjadinya pembatalan *merger*, undang-undang persaingan usaha di banyak negara lain mewajibkan pelaku usaha yang hendak *merger* untuk memberitahukan rencana *mergemya* terlebih dahulu (*pre-merger notification*) kepada otoritas persaingan usaha, sehingga otoritas tersebut dapat melakukan penilaian apakah *merger* tersebut mengakibatkan praktek monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat, sehingga bisa ditentukan apakah *merger* tersebut dapat diteruskan atau tidak.

Knud Hansen, et.al²⁵³, berpendapat bahwa larangan yang diatur dalam UU No. 5/1999 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.

Usaha KPPU dengan mengeluarkan Peraturan KPPU No. 1 Tahun 2009 tentang Pra-Notifikasi Penggabungan, Peleburan, dan Pengambilalihan patut dihargai sebagai bentuk pelaksanaan terhadap amanat Pasal 28 ayat (3) dan Pasal 29 ayat (2) tersebut diatas. Oleh karena itu upaya merealisasikan peraturan

²⁵¹ Berdasarkan ketentuan UU No. 5/1999 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).

²⁵² 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 diwujudkannya proses konsentrasi. Lihat Knud Hansen, et.al., *op.cit.* p.366.

²⁵³ *Ibid.*

pemerintah yang akan menjadi dasar bagi penerapan ketentuan mengenai *merger* sebagaimana yang diatur dalam UU No. 5/2004 harus terus didorong agar pemerintah lebih serius dalam menghadapi kegiatan *merger* yang bersifat anti-persaingan atau setidaknya mengurangi persaingan.

Suatu undang-undang persaingan usaha yang efektif tidak cukup hanya memerangi perjanjian kartel dan perilaku penyalahgunaan perusahaan-perusahaan yang menguasai pasar, tetapi juga perlu memerangi konsentrasi yang berlebihan dari kekuasaan ekonomi.

Memang, menjadi terasa agak lambat apabila sampai saat ini di Indonesia belum terdapat suatu peraturan mengenai *merger* dan penengakan hukumnya, namun di Jerman, dan belakangan di Uni Eropa, pengawasan terhadap konsentrasi juga baru dilaksanakan bertahun-tahun sesudah undang-undang persaingannya sendiri diberlakukan²⁵⁴.

VII.4 Dampak *Merger* terhadap Persaingan

Sebagaimana telah disampaikan diatas, kegiatan *merger* dapat menjadi pro kepada persaingan, namun juga dapat menjadi anti-persaingan 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 prakteknya, 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 anti-persaingan 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 dimana 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

²⁵⁴ Knud Hansen, et.al., *op.cit.*

dari hukum persaingan. *Merger* dapat menimbulkan 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 eksplisit²⁵⁵.

Di Amerika Serikat, kekhawatiran utama dari *merger* adalah penciptaan atau penguatan market power dari perusahaan hasil *merger*²⁵⁶. Di Uni Eropa, beberapa dampak yang menjadi perhatian sebagai akibat dari suatu *merger*, antara lain²⁵⁷:

- a. Struktur pasar yang berdampak buruk;
- b. Ketakutan terhadap lahirnya bisnis raksasa;
- c. Sektor sensitif yang dikuasai asing;
- d. 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 Association²⁵⁸ memisahkan dampak penggabungan *merger* horizontal ke dalam dua kategori:

a. *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*);

b. *Coordinated Effect*.

Merger ini memudahkan para pelaku usaha yang telah ada didalam 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

²⁵⁵ Debra J. Pearlstein, et.al. ed., *Antitrust Law Developments*, 5th ed. Vol. I (American Bar Association, 2002) pp. 317-319.

²⁵⁶ ABA Section of *Antitrust Law*, *op.cit.*

²⁵⁷ Alison Jones and Brenda Sufrin, *op.cit.* pp.848-854.

²⁵⁸ Lihat ABA Section of *Antitrust Law*, *op.cit.* (FTC and Departement of Justice Joint Horizontal *Merger* Guidelines, 1992) pp.342-344, dan Gunawan Widjaja, *Merger dalam Prespektif Monopoli* (Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2002) p.50.

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.

VII.5 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 praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat yang diakibatkan oleh perjanjian maupun kegiatan yang diatur dalam UU No. 5/1999 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 misal, Pasal 5 UU No. 5/1999 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*)²⁵⁹, dan ketentuan penetapan harga berdasarkan undang-undang persaingan usaha di Indonesia diatur secara *per se illegal*²⁶⁰ 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*

²⁵⁹ 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.

²⁶⁰ *Per se illegal* adalah suatu kondisi dimana otoritas persaingan usaha tidak perlu membuktikan dampak yang terjadi atas pelanggaran terhadap pasal tersebut. Lawan dari *per se illegal* adalah *rule of reason*, dimana 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. Lihat Bab III.

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 dihalalkan, tetapi efek ke depan dari semua itu harus diperhitungkan oleh otoritas persaingan. *Merger* merupakan suatu bentuk perbuatan hukum yang bersifat materil. Akibat dari transaksi *merger* akan membawa banyak pengaruh dari berbagai aspek yang sangat luas ruang lingkupnya.

Hal ini yang menyebabkan ketentuan *merger* tidak dapat dilepaskan dari hukum persaingan usaha di negara manapun yang telah menerapkan undang-undang persaingan usaha. Penyusun undang-undang persaingan usaha Indonesia juga menyadari hal ini sehingga tidak lupa untuk memasukan larangan melakukan *merger* yang dapat mengakibatkan praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat sebagai salah satu norma dalam UU No. 5/1999.

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 praktek 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 *mergemya*. Kebanyakan negara-negara di dunia mengakomodir sistem pre-notifikasi sebagai sistem pelaporan *merger*, dimana 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 berpindahnya kepemilikan dan kendali terhadap aset perusahaan, termasuk aset fisik dan *intangibles aset* (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 anti persaingan 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 atautkah 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 diantara 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/konsumen²⁶¹ 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.

²⁶¹ Nils von Hinten-Reed, et.al. *The Use of Economics in Merger Control Analysis*, Global Counsel Competition Law Handbook 2002/03 <http://www.practicallaw.com>, pp. 39-43.

Adapun kondisi pasar yang kondusif terhadap munculnya praktek kolusi diantara para pelaku usaha di suatu pasar bersangkutan antara lain²⁶²:

- a. karakteristik produk/ perusahaan yang homogen
- b. order yang relatif kecil, permintaan yang stabil dan kondisi biaya
- c. adanya praktek industrial
- d. adanya sejarah tentang adanya kolusi di masa lalu
- e. kekuatan pembelian
- f. kontrak dengan multi pasar
- g. hambatan masuk pasar (*barrier to entry*).

Pedoman *merger* di Amerika Serikat diawali dari premis mendasar bahwa ketentuan *merger* anti persaingan *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, yakni²⁶³:

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*)²⁶⁴.
2. Level konsentrasi pelaku usaha dalam pasar bersangkutan yang mungkin menimbulkan praktek anti persaingan 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 dimana 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.

²⁶² *Ibid.*

²⁶³ John E. Kwoka, Jr and Lawrence J. White ed. *The Anti-trust Revolution: Economics, Competition, and Policy*, 4th ed. (New York: Oxford University Press, 2004) p.14

²⁶⁴ William J. Kolasky, *Comparative Merger Control Analysis: Six Guiding Principles For Anti-trust Agencies – New and Old* (U.S. Department of Justice) pp. 1-8. Paper dipresentasikan pada *International Bar Association, Conference on Competition Law and Policy in a Global Context* (Cape Town, Afrika Selatan, 18 Maret 2002).

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.²⁶⁵

VII.5.1. 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 diantaranya ialah:

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

²⁶⁵ Ilene K. Gotts ed. *The Merger Review Process: A Step-by-step Guide to Federal Merger Review*, 2nd ed. (Chicago, Illinois: American Bar Association (ABA), 2001) p.18.

kaitannya dengan masalah divestasi, namun aktivitas *spin-off* dan *corporate split* pada kenyataannya banyak digunakan sebagai bagian dari strategi bisnis perusahaan guna meningkatkan keuntungan. Pemisahaan telah diatur secara umum dalam undang-undang perseroan terbatas yang baru ini.

d. Masalah *Merger* Lintas Negara (*Cross Broarder 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 praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat, sebenarnya sudah diatur di dalam Pasal 16 UU 5/1999. Namun, ketentuan mengenai *merger* (yang pada hakekatnya merupakan suatu bentuk perjanjian) belum ada pengaturannya. Banyak aspek 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.5.2. Tes Substansi (*Substantive Test*)

Melihat praktek 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 (*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]*"²⁶⁶. Beberapa kriteria harus dianalisa untuk menentukan ada-tidaknya posisi dominan. Pertama, pangsa pasar perseroan hasil *merger* sangat besar (*paramount*) sehingga dalam pasar bersangkutan tidak terdapat pesaing atau pesaing berarti.

²⁶⁶ *Substantive Criteria Used for the Assessment of Merger* (OECD, 2003).

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 sejauhmana perseroan yang tidak bergabung dalam transisi *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 merintangai 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”²⁶⁷. Beberapa kriteria harus dianalisis untuk 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 sejauhmana 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 konsumen²⁶⁸. 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 dilarang²⁶⁹.

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

²⁶⁷ *Ibid.*

²⁶⁸ *Ibid.* p.300

²⁶⁹ Horizontal Merger Guidelines (United States: Departemen of Justice and Federal Trade Commission, 1997)

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 telekomunikasi. 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 menggunakan DP test atau SLC test atau mempunyai standar tes yang berbeda dengan tes substansi yang dipakai di banyak negara? Undang-undang No. 5 Tahun 1999 tidak secara tegas mengatur mengenai tes substansi untuk melarang atau memperbolehkan sebuah transaksi *merger*. Undang-undang No. 5 Tahun 1999 menentukan bahwa apabila dapat menimbulkan praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat maka transaksi *merger* harus dilarang bahkan dapat dibatalkan oleh KPPU. Sementara itu, Undang-undang 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”. Undang-undang 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.5.3. Metode Penghitungan Konsentrasi

a. Pasar Bersangkutan

Pasar bersangkutan sesuai dengan Pasal 1 ayat 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 usaha dikenal sebagai pasar geografis. Sedangkan barang dan atau jasa yang sama atau sejenis atau substitusi 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. 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. Survey dilakukan baik terhadap konsumen atau proxi-nya dan kepada produsen yang kemungkinan besar berada dalam pasar bersangkutan. Survey 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 (CRn) atau dengan menggunakan HHI.

1. Konsentrasi Rasio (CRn)

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%.

2). *Herfindahl-Hirschman Index*

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:

$$A (30^2) + B (25^2) + C (20^2) + D (16^2) + E (5^2) = 2.222$$

Ketika dua perusahaan yaitu C dan D *merger* maka terjadi peningkatan konsentrasi karena HHI berubah menjadi 2.862 dengan penghitungan sebagai berikut:

$$A (30^2) + B (25^2) + \{C (20) + D (16)\}^2 + E (5^2) = 2.862$$

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.

BAB VIII

PENGECUALIAN DALAM UU NO. 5 TAHUN 1999

Persaingan dalam dunia usaha dimengerti sebagai kegiatan positif dan independen dalam upaya mencapai *equilibrium*.²⁷⁰ Dalam kehidupan sehari-hari, setiap pelaku ekonomi yang masuk dalam pasar akan melalui proses persaingan dimana 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 monopolis di pasar yang mengakibatkan produsen atau pelaku usaha tersebut menjadi tidak efisien dan mampu meningkatkan hambatan masuk pasar (*barrier to entry*)²⁷¹ bagi pesaingnya. Bila kondisi ini terjadi maka efeknya adalah penggunaan sumber daya yang tidak efektif dan bahkan mampu mengakibatkan pasar terdistorsi.²⁷²

Untuk memahami konsep persaingan serta alokasi sumber daya yang efisien maka Ilmu Ekonomi²⁷³ 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.²⁷⁴ 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

²⁷⁰ George Stigler, "Perfect Competition, Historically Contemplated", *The Journal of Political Economy* Vol. 65, Issue 1 (Februari, 1957) pp. 1-3.

²⁷¹ W.Kip Viscusi. et.all. *Economica of Regulation and Antitrust*, 2nd ed. (Massachusetss, London: The MIT Press, Cambridge, 1998) p.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.*

²⁷² *Ibid.* pp. 8-9.

²⁷³ 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*, 3rd ed. (New York: WW Norton & Company, 1980) p.18.

²⁷⁴ Giles H.Burgess, Jr. *The Economic of Regulation and Antitrust* (Harper Collins College Publishers, 1995) p.18.

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 anti persaingan 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). Dimana bila diperhitungkan secara ekonomi, maka proses produksi yang dilakukan oleh hanya satu perusahaan akan mampu mengurangi biaya produksi secara keseluruhan. Ada juga keadaan dimana akibat penggunaan sumber daya yang tidak diatur dengan baik terhadap sumber daya yang sifatnya universal akan mengakibatkan terjadinya *externalities*²⁷⁵ atau

²⁷⁵ Robert H. Bork, *The Anti-trust Paradox, A Policy at War with Itself* (New York: Basic Books Inc, 1978) pp. 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 dimana suatu perusahaan membebaniya 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.

pengalokasian sumberdaya 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*).²⁷⁶ 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. Atau pertimbangan dapat juga difokuskan pada industri yang memang sebelumnya sudah diproteksi terlebih dahulu melalui undang-undang misalnya adanya UU 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.²⁷⁷ Tetapi apapun 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 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

²⁷⁶ *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, English Version, OECD, Paris, 1996, hlm. 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.*

²⁷⁷ Lawrence A. Sullivan and Warren S.Grimes, *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*, (St.Paul, Minnesota: West Group, 2000) pp. 698-699.

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 pelaksanaannya²⁷⁸.

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'1945.²⁷⁹ 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 Anti Monopoli beserta peraturan lainnya²⁸⁰.

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,

²⁷⁸ Corwin D. Edwards, Maintaining Competition Requisites of a Governmental Policy, 1st ed. (McGraw Hill Book Company, Inc, 1949) pp. 14-15.

²⁷⁹ Laporan Kebijakan Persaingan Indonesia (Indonesian Competition Report) (Elips Project, 2000).

²⁸⁰ Lihat pendapat Prof. Sadli dalam Hall Hill, The Indonesian Economy Since 1966, 2nd ed. (Cambridge University Press, 2000) p. 93.

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”.

Berdasarkan uraian di atas maka kebijakan persaingan dapat dilakukan melalui 2 cara yaitu:

- a. 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 sumberdayanya atau kemampuannya untuk bersaing kecuali hanya fokus pada untuk tujuan-tujuan yang diatur dalam regulasi atau peraturan dimaksud.

- b. 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 Hukum 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 Hukum Persaingan

ditujukan untuk mengawasi proses persaingan yang berlaku bagi semua pelaku usaha tanpa terkecuali?²⁸¹ 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. Diantaranya 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).²⁸² Undang-Undang Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (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.²⁸³ Di samping tujuan tersebut, sesuai dengan Pancasila dan UUD'45 secara eksplisit UU No.5 Tahun 1999 juga menegaskan bahwa ada kebijakan persaingan yang berorientasi pada jaminan kesempatan berusaha yang sama bagi pelaku usaha besar, pelaku usaha menengah dan pelaku usaha kecil.²⁸⁴ Oleh sebab itu kebijakan persaingan (*competition policy*)²⁸⁵ suatu negara dalam penegakan hukum persaingan akan sangat menentukan efektif berlakunya undang-undang Hukum Persaingan. Kebijakan ini diterjemahkan dengan mempertimbangkan industri manakah yang perlu diregulasi atau industri manakah yang terbuka untuk bersaing.

²⁸¹ Lawrence A. Sullivan and Warren S. Grimes, *op.cit* p. 700.

²⁸² *A Framework For the Design and Implementation of Competition Law and Policy, loc.cit.*

²⁸³ 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.

²⁸⁴ 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 praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat yang ditimbulkan oleh pelaku usaha ; dan d.) terciptanya efektivitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha.

²⁸⁵ Edward M. Graham and J. David Richardson, *Global Competition Policy, Institute for International Economics* (Washington DC, 1997) p. 23. *Competition policy is concerned with the interfirm behavior as well as the behavior of each other firm alone.*

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:

- a. Adanya instruksi atau perintah dari UUD;
- b. Adanya instruksi atau perintah dari UU ataupun peraturan perundangan lainnya;
- c. Instruksi atau pengaturan berdasarkan regulasi suatu badan administrasi.²⁸⁶

Untuk itu perlu kita mengetahui alasan apakah yang menjadi dasar pertimbangan diberikannya pengecualian dalam undang-undang Hukum Persaingan. Pada umumnya pengecualian yang diberikan berdasarkan 2 alasan, yaitu:

- a. 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.
- b. Suatu industri memang membutuhkan adanya perlindungan khusus karena praktek 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 Hukum Persaingan itu sendiri.²⁸⁷

Berdasarkan pertimbangan dan alasan ini maka umumnya berbagai Negara memberikan atau mengatur tentang pengecualian di dalam undang-undang Hukum Persaingan mereka. Dengan kata lain, pengecualian merupakan hal yang umum dalam undang-undang Hukum Persaingan dan tidak dianggap sebagai hal yang dirasa dapat menghambat persaingan usaha itu sendiri.²⁸⁸

²⁸⁶ Jorde, Thomas, et all. *Gilbert Law Summaries - Antitrust*, 9th ed. (Harcourt Brace Legal and Professional Publications, Inc, 1996) p. 114.

²⁸⁷ *Ibid.*

²⁸⁸ Sebagai contoh, Amerika Serikat memberlakukan pengecualian terhadap Perjanjian Perburuhan (*labor exemption*) dan industri asuransi (*insurance exemption*) dengan mengeluarkan *McCarran-Fergusson Act*, di samping 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.

VIII.2 Pengecualian dan Pertimbangannya

Pengecualian dari diberlakukannya aturan Hukum Persaingan dapat ditemukan dalam berbagai bentuk. Salah satu diantaranya adalah proteksi yang disebut dengan Monopoli Alamiah (*natural monopoly*). Keadaan ini diberlakukan untuk sesuatu yang bersifat dan berhubungan dengan sarana publik (*public utilities*) dimana 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, dimana 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*²⁸⁹ dan mengakibatkan perpindahan *consumer surplus* kepada *producer surplus*.²⁹⁰ 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 pengelolaannya diputuskan untuk diberikan kepada badan usaha milik Negara (BUMN)²⁹¹, misalnya untuk sarana publik seperti air, listrik atau telekomunikasi.²⁹² Oleh sebab itu pelaku usaha yang mendapat kesempatan "monopoli alamiah" wajib mendapat pengontrolan dalam hal kinerja dan pelayanan yang diharapkan.²⁹³

²⁸⁹ *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.* p. 18. Lihat Richard A. Posner, *Economic Analysis of Law*, 4th ed. (Little Brown and Company, 1992) pp. 277 – 279.

²⁹⁰ Lawrence A Sullivan, *op.cit.* pp. 10-16. Lihat juga Robert H. Lande, "Chicago's False Foundation: Wealth Transfers (Not Just Efficiency) Should Guide Antitrust", *Antitrust Law Journal*, Vol. 58, 1989: p.631. Robert H. Lande, "Wealth Transfer as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged", *Hasting Law Journal*, Vol. 34, 1982: pp.68-151. Lande berpendapat bahwa bila efisiensi dicapai maka yang terjadi sebenarnya adalah perpindahan "*consumer surplus*" dari tangan konsumen ketangan 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 overcharges. 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.*

²⁹¹ Lihat UU No.1/1995 Tentang Badan Usaha Milik Negara (BUMN).

²⁹² 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) pp. 25-26.

²⁹³ Edward M.Graham and J.David Richardson, *op.cit.* p 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.*

Pada umumnya pemberian status pengecualian ini diberikan kepada industri strategis yang dikelola oleh negara melalui badan usaha milik negara. 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 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*"²⁹⁴ dimana perbuatan atau tindakan yang dilakukan oleh pemerintah (atau yang diberikan kewenangan) dari atau mewakili pemerintah akan dikecualikan dari ketentuan undang-undang hukum 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 1890*.²⁹⁵ MA Amerika Serikat berpendapat bahwa doktrin ini sesuai dengan keinginan Kongres bahwa tujuan undang-undang Hukum 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 mengizinkan 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 yaitu²⁹⁶:

²⁹⁴ *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*

²⁹⁵ *Parker vs. Brown*, 317 U.S. 341 (1943), 317 U.S. 341

²⁹⁶ Jeffery D. Schwartz, "The Use of the Antitrust Stae Doctrine in the Deregulated Electric Utility", *American University Law Review*, Vol. 49, 1999.

- a. pihak yang melakukannya adalah Negara (*state*) itu sendiri;
- b. pihak yang mewakili Negara atau institusi;
- c. 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 oportunistik 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 anti persaingan yang bersifat privat (bukan Negara) tetapi dengan menggunakan alasan doktrin ini.²⁹⁷

Pengecualian dalam Hukum Persaingan juga dapat diberikan dengan alasan proteksi kepada suatu industri atau pelaku usaha tertentu yang dianggap masih memerlukan perlindungan. 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 koperasi²⁹⁸ dan usaha kecil dan menengah²⁹⁹ 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.³⁰⁰

Di samping itu undang-undang Hukum 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 memonopoli dan proteksi karena HAKI membutuhkan sumber daya dan waktu dalam upaya mendapatkannya. Undang-undang HAKI sendiri menjamin bahwa penemuan paten dan lain-lain akan diberikan

²⁹⁷ Timothy J. Muris, *Robert Pitofsky: Public Servant and Scholar* (52 Case Wes. Res. L. Rev. 25, 2001).

²⁹⁸ Lihat UU Koperasi No.25/1992.

²⁹⁹ Lihat UU UMKM No.20/2008 Tentang Usaha Mikro, Kecil dan Menengah.

³⁰⁰ Roderick Brazier dan Sahala Sianipar, eds. *Undang-Undang Antimonopoli Indonesia dan Dampaknya Terhadap Usaha Kecil dan Menengah* (The Asia Foundation, 1999).

perlindungan sebelum dapat menjadi milik public (*public domain*). Faktor ini menjadi penentu bagi perusahaan karena insentif ini dianggap sebagai jalan menguasai pasar tetapi tidak merupakan pelanggaran undang-undang.³⁰¹ 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 Pengecualian Dalam UU No.5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat

Untuk melakukan pengawasan terhadap pelaksanaan atas ketentuan UU No.5 Tahun 1999, berdasarkan ketentuan Pasal 30 ayat (1) ditentukan pula pembentukan Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) dengan Keputusan Presiden Nomor 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.³⁰² 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 diantaranya yang paling kuat adalah alasan latar belakang *philosophis yuridis* berdasarkan Pasal 33 ayat (1) UUD RI dimana 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,

³⁰¹ Lawrence A Sullivan *op.cit.* p. 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 evocative efficiency, both systems support the all important goal of dynamic efficiency: the fostering changes, innovations, and technological progress.*

³⁰² Pasal 35 (g) UU No.5 Tahun 1999: menyusun pedoman dan atau publikasi yang berkaitan dengan Undang-Undang ini;

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 dimana:

- a. Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara;
- b. Bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat;
- c. 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'45 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 sistim perekonomian yang berorientasi pada Pancasila dan ekonomi kerakyatan, yaitu:

- a. Sistem *Free Fight Liberalism* yang menimbulkan eksploitasi terhadap manusia dengan hanya mengandalkan tujuan ekonomi;
- b. Dominasi negara dan aparatur negara yang mematikan potensi dan daya kreasi unit-unit ekonomi di luar sektor negara;
- c. 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 instruksi UUD'45 yang dengan jelas maka dengan diberlakukannya UU No.5 Tahun 1999, pengecualian diberlakukan sebagai bagian dari undang-undang yang melingkupi berbagai aspek:

- a. Pengaturan monopoli alamiah yang dikelola oleh negara³⁰³
- b. Pengecualian terhadap perbuatan atau kegiatan³⁰⁴
- c. Pengecualian terhadap perjanjian tertentu³⁰⁵

³⁰³ Pasal 51 UU No.5 Tahun 1999.

³⁰⁴ Pasal 50 ayat (a) UU No.5 Tahun 1999.

³⁰⁵ Pasal 50 ayat (b-g) UU No.5 Tahun 1999.

d. Pengecualian terhadap pelaku usaha tertentu.³⁰⁶

Pengaturan mengenai pengecualian dalam UU No.5 Tahun 1999 diatur dalam Bab IX, Pasal 50 yang dikecualikan dari undang-undang ini adalah:

a. Perbuatan dan atau perjanjian yang bertujuan melaksanakan peraturan perundang-undangan yang berlaku;

KPPU telah mengeluarkan Pedoman No.253/KPPU/Kep/VII/2008 Tentang Pedoman Pelaksanaan Ketentuan Pasal 50 huruf (a) yang menegaskan mengenai jenis perbuatan atau kegiatan dan perjanjian apa saja yang dapat dikecualikan. Pada dasarnya ekonomi memang dilakukan oleh berbagai jenis pelaku usaha dengan kemampuan berbeda. Di samping itu ada juga berbagai regulasi sektoral yang berkaitan dengan peraturan lainnya, bahkan peraturan tersebut telah ada jauh sebelum UU No.5 Tahun 1999 diundangkan. Bila terdapat suatu undang-undang yang mewajibkan seorang pelaku usaha untuk melakukan suatu tindakan atau melaksanakan perjanjian, maka tindakan atau perjanjian tersebut akan dikecualikan. Dalam mencernakan pasal ini, perlu diperhatikan undang-undang apakah yang dimaksud sebab dalam tingkatan perundang-undangan yang berlaku,³⁰⁷ maka kedudukan undang-undang adalah setara. Sehingga perlu diteliti lebih lanjut maksud dari isi pasal ini yang menyatakan undang-undang yang bagaimanakah yang dapat mengecualikan UU No.5 Tahun 1999. Undang-undang sifatnya memaksa dan berlaku umum kepada publik sehingga memerlukan pengaturan yang lebih tinggi ataupun undang-undang juga untuk mengecualikan berlakunya ataupun dinyatakan dengan jelas apa dan siapakah yang dikecualikan dalam pengaturan pemberlakuan undang-undang tersebut. Dalam UU No.5 Tahun 1999 ada perjanjian yang dikecualikan yang disebutkan dalam Pasal 50 huruf a "melaksanakan peraturan perundang-undangan yang berlaku" sehingga pengertiannya luas dan Pasal 5 ayat (2) yang hanya didasarkan pada undang-undang.

KPPU berpendapat bahwa tujuan pengecualian dalam Pasal 50 huruf (a) ditujukan 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 yang demikian terhadap pelaku usaha kecil, dapat diberikan pengecualian dalam penerapan hukum persaingan usaha.

³⁰⁶ Pasal 50 ayat (h) UU No.5 Tahun 1999.

³⁰⁷ Lihat UU No.10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundangundangan pada Pasal 7 ayat (1) dan ayat (4).

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 resiko 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 ayat (4) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Pedoman ini juga menjelaskan mengenai peraturan perundang-undangan yang mengacu pada Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan. Dalam Pasal 1 angka 2 UU No.10/2004 perundang-undangan diartikan sebagai peraturan tertulis yang dibentuk oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang dan mengikat secara umum.³⁰⁸ Pasal 50 (a) merupakan ketentuan yang bersifat "pengecualian" (*exceptions*) atau "pembebasan" (*exemptions*) yang dimaksudkan untuk menghindari terjadinya konflik berbagai kebijakan yang saling tolak belakang namun sama-sama diperlukan dalam perekonomian nasional. Ketentuan ini sering juga timbul karena kondisi perekonomian yang dinamis menuntut

³⁰⁸ Selanjutnya, berdasarkan Pasal 7 ayat (1) ditentukan bahwa jenis dan hierarki Peraturan Perundang-undangan mencakup:

- a. Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;
- b. Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
- c. Peraturan Pemerintah
- d. Peraturan Presiden
- e. Peraturan Daerah

Pasal 7 ayat (2) menyebutkan bahwa Peraturan Daerah mencakup:

- a. Peraturan Daerah Provinsi
- b. Peraturan Daerah Kabupaten/Kota; dan
- c. Peraturan Desa/Peraturan yang setingkat.

Selain itu, berdasarkan penjelasan Pasal 7 ayat (4) disebutkan pula berbagai jenis peraturan yang digolongkan dalam peraturan perundang-undangan, yakni yang mencakup 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. Bank Indonesia;
- h. Menteri;
- i. Kepala Badan;
- j. Lembaga, atau komisi yang setingkat yang dibentuk oleh Undang-Undang atau pemerintah atas perintah Undang-Undang;
- k. Dewan Perwakilan Rakyat Provinsi;
- l. Gubernur;
- m. Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota;
- n. Bupati/Walikota; dan
- o. Kepala Desa atau yang setingkat.

Pemerintah menetapkan pengecualian yang bertujuan menyeimbangkan antara penguasaan bidang produksi yang menguasai hajat hidup orang banyak dan pemberian perlindungan pada pengusaha berskala kecil. 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) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 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 Undang-Undang Nomor 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 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. 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.

Beberapa unsur yang terdapat dalam ketentuan Pasal 50 huruf a yang berbunyi "perbuatan dan atau perjanjian yang bertujuan melaksanakan peraturan perundangundangan yang berlaku" adalah sebagai berikut :

- a. Perbuatan ;
- b. Perjanjian ;
- c. Bertujuan melaksanakan ; dan
- d. Peraturan Perundang-undangan yang berlaku.

ad 1 Perbuatan

Pedoman menetapkan bahwa perbuatan dalam hal ini dianalogikan dengan kegiatan sebagaimana yang diatur dalam Pasal 17 sampai 24 UU No.5 Tahun 1999. Bila pelaku usaha dalam melakukan perbuatan tersebut berdasarkan kewenangan Undang-Undang atau dari peraturan perundang-undangan yang secara tegas mendapat delegasi dari Undang- Undang. Peraturan perundang-undangan yang dijadikan dasar bagi pelaku usaha untuk melakukan perbuatan dan atau perjanjian misalnya dalam bentuk Peraturan Menteri sekalipun, 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. Sebaliknya bila 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.

ad.2 Perjanjian

Definisi Perjanjian yang dirumuskan dalam Pasal 1 angka 7³⁰⁹ diartikan sama dengan perbuatan, artinya perjanjian yang dilakukan oleh pelaku usaha.

ad 3 Bertujuan melaksanakan

Pedoman menetapkan bahwa "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.

Contoh I Melaksanakan Peraturan Perundang-undangan yang Berlaku (Pemberian Kewenangan) – (UU Pelayaran);

Contoh II Tindakan Berdasarkan Peraturan Perundang-undangan yang Berlaku (bukan merupakan pemberian kewenangan)

Pedoman membatasi juga bahwa 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.

ad 4 Peraturan perundang-undangan yang berlaku

Dalam BAB IV telah dibahas mengenai peraturan perundang-undangan yang berlaku yakni harus mengacu pada ketentuan Pasal 7 ayat (1) dan ayat (4) (beserta penjelasannya). Pedoman menetapkan bahwa berdasarkan ketentuan Pasal 56 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 ditegaskan bahwa: Semua Keputusan Presiden,

³⁰⁹ Pasal 1 angka 1 (7): suatu perbuatan satu atau lebih pelaku usaha untuk mengikatkan diri terhadap satu atau lebih pelaku usaha lain dengan nama apapun, baik tertulis maupun tidak tertulis

Keputusan Menteri, Keputusan Gubernur, Keputusan Bupati/Walikota, atau Keputusan Pejabat lainnya sebagaimana dimaksud dalam Pasal 54 yang sifatnya mengatur, yang sudah ada sebelum Undang-Undang ini berlaku, harus dibaca sebagai peraturan, sepanjang tidak bertentangan dengan Undang-Undang ini.

Pedoman juga menetapkan bahwa pelaksanaan Pasal 50 (a) dalam sistem peraturan perundang-undangan di Indonesia berdasarkan beberapa prinsip dalam sistem peraturan perundang-undangan yang harus ditaati, yakni:

- a. setiap pembentukan peraturan perundang-undangan harus mempunyai landasan hukum yang jelas;
- b. tidak semua peraturan perundang-undangan dapat dijadikan landasan hukum, tetapi hanya peraturan yang sederajat atau yang lebih tinggi tingkatannya;
- c. adanya prinsip hanya peraturan yang lebih tinggi atau sederajat dapat menghapuskan atau mengesampingkan berlakunya peraturan yang sederajat tingkatannya atau lebih rendah tingkatannya;
- d. harus ada kesesuaian antara jenis peraturan perundang-undangan dengan materi muatan yang harus diatur.

Pedoman menetapkan juga bahwa pengecualian yang diatur dalam Pasal 50 huruf a hanya berlaku bagi pelaku usaha yang dibentuk atau ditunjuk oleh Pemerintah dan tidak dapat diterapkan kepada semua pelaku usaha. Pengecualian tidak berlaku jika pelaku usaha melakukan perbuatan dan atau perjanjian untuk melaksanakan peraturan perundang-undangan yang lebih rendah dari Undang-Undang kecuali peraturanyang dilaksanakantersebut berdasarkan delegasi secara tegas dari Undang-Undang yang bersangkutan. Ketentuan Pasal 50 huruf a hanya dapat diterapkan jika :

- a. pelaku usaha melakukan perbuatan dan atau perjanjian karena melaksanakan ketentuan Undang-Undang atau peraturan perundangundangan di bawah Undang-Undang tetapi mendapat delegasi secara tegas dari Undang-Undang;
- b. pelaku usaha yang bersangkutan adalah pelaku usaha yang dibentuk atau ditunjuk oleh Pemerintah.

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 misalnya: Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1997 tentang Psicotropika dan Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1997 tentang Narkotika, Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara, Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2004 tentang Sistem Jaminan Sosial Nasional (SJSN).³¹⁰

³¹⁰ Penjelasan ini dapat dilihat lebih jelas dalam Pedoman KPPU Mengenai Pasal 50 (a), Nomor: 253/KPPU/Kep/VII/2008 yang menjadi bagian lampiran dari materi buku ini.

- b. Perjanjian yang berkaitan dengan hak atas kekayaan intelektual seperti lisensi, paten, merek dagang, hak cipta, desain produk industri, rangkaian elektronik terpadu, dan rahasia dagang, serta perjanjian yang berkaitan dengan waralaba;

Perjanjian sebagaimana diatur dalam definisi yang dirumuskan dalam Pasal 1 angka 7³¹¹ 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 Hukum 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 insentif kepada pelaku usaha yang mewujudkannya untuk menikmati hasilnya.³¹²

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 imateriil atau *intangible goods*). Pengelompokan HAKI dari segi hukum dapat dikategorikan sebagai berikut³¹³:

1. Hak Cipta

- a. Hak Cipta (*Copy Rights*);
- b. Hak yang bertentangan dengan hak cipta (*Neighbouring Rights*);

³¹¹ Pasal 1 angka 1 (7): suatu perbuatan satu atau lebih pelaku usaha untuk mengikatkan diri terhadap satu atau lebih pelaku usaha lain dengan nama apapun, baik tertulis maupun tidak tertulis.

³¹² Zen Umar Purba, *Peta Mutakhir Hak Kekayaan Intelektual Indonesia* (Direktorat Jenderal Hak Kekayaan Intelektual, Departemen Kehakiman dan Hak Asasi Manusia, 2000) p.1.

³¹³ Arimbi Heroepoetri, *Aspek Hukum Hak Kekayaan Intelektual dan Masyarakat Adat*. (Jakarta: WALHI, 1998) p.1.

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 dan UU No. 12 Tahun 1997) dan terakhir diatur dalam UU No. 19 Tahun 2002;
2. Hak Paten diatur dalam UU No. 6. Tahun 1989 (sebagaimana diubah dengan UU No. 13 Tahun 1997) dan terakhir UU NO. 14 Tahun 2001;
3. Hak Merek diatur dalam UU No. 19 Tahun 1992 (sebagaimana diubah dengan UU No. 14 Tahun 1997) dan terakhir UU No. 15 Tahun 2001.

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 TRIPS³¹⁴ mengenai Perlindungan atas Indikasi Geografis menyebutkan bahwa: Indikasi geografis, sebagaimana di maksud dalam persetujuan ini, adalah tanda yang mengidentifikasi suatu barang sebagai berasal dari wilayah salah satu Anggota, atau suatu daerah di dalam wilayah tersebut, dimana tempat asal barang tersebut merupakan hal yang sangat penting bagi reputasi dari barang yang bersangkutan karena kualitas dan karakteristiknya.³¹⁵ Mengamati makna pasal tersebut, ditujukan adanya syarat utama yaitu: tanda yang mengidentifikasi suatu barang sebagai berasal dari wilayah salah satu anggota, atau suatu daerah di dalam wilayah tersebut, dimana tempat asal barang tersebut.

a. Hak Cipta

1. Subyek Hak Cipta adalah Pencipta dan Pemegang Hak Cipta. Pencipta adalah seseorang atau beberapa orang secara bersama- sama yang atas inspirasinya lahir suatu ciptaan berdasarkan kemampuan pikiran, imajinasi, kecekatan, keterampilan atau keahlian yang dituangkan dalam bentuk yang

³¹⁴ H.O.K Saidin, Aspek Hukum Hak Kekayaan Intelektual, Cetakan keempat (Jakarta: PT.Raja Grafindo Persada, 2004) p.386.

³¹⁵ Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS). Annex 1 C.

khas dan bersifat pribadi. Sementara Pemegang Hak Cipta adalah Pencipta sebagai Pemilik Hak Cipta atau orang lain yang menerima lebih lanjut hak dari orang tersebut di atas. Yang dianggap sebagai Pencipta adalah orang yang namanya terdaftar dalam Daftar Umum Ciptaan dan pengumuman resmi tentang pendaftaran pada Departemen Kehakiman; dan orang yang namanya disebut dalam ciptaan atau diumumkan sebagai pencipta (Pasal 5).

Negara memegang Hak Cipta atas karya peningkatan pra-sejarah, sejarah dan benda budaya nasional lainnya. Negara juga memegang Hak Cipta terhadap luar negeri atas ciptaan berikut: hasil kebudayaan rakyat yang menjadi milik bersama, seperti cerita, hikayat, dongeng, legenda, babad, lagu, kerajinan tangan, koreografi, tarian, kaligrafi dan karya seni lainnya dipelihara dan dilindungi oleh Negara (Pasal 10). Bila suatu ciptaan tidak diketahui penciptanya dan ciptaan itu belum diterbitkan, maka Negara memegang Hak Cipta atas ciptaan tersebut untuk kepentingan penciptanya (Pasal 10 ayat 1).

2. Obyek Hak Cipta adalah Ciptaan yaitu hasil setiap karya Pencipta dalam bentuk yang khas dan menunjukkan keasliannya dalam lapangan ilmu pengetahuan, seni dan sastra. Ciptaan yang dilindungi adalah Ciptaan dalam bidang ilmu pengetahuan, seni dan sastra yang meliputi karya:
 - a. Buku, program komputer, pamflet, susunan perwajahan karya tulis yang diterbitkan dan semua hasil karya tulis lainnya;
 - b. Ceramah, kuliah, pidato dan ciptaan lainnya yang diwujudkan dengan cara diucapkan;
 - c. Alat peraga yang dibuat untuk kepentingan pendidikan dan ilmu pengetahuan;
 - d. Ciptaan lagu atau musik dengan atau tanpa teks, termasuk karawitan dan rekaman suara;
 - e. Drama, tari (koreografi), pewayangan, pantomim;
 - f. Karya pertunjukan;
 - g. Karya siaran;
 - h. Seni rupa dalam segala bentuk seni lukis, gambar, seni ukir, seni kaligrafi, seni pahat, seni patung, kolase, seni terapan yang berupa seni kerajinan tangan;
 - i. Arsitektur;
 - j. Peta,
 - k. Seni batik;
 - l. Fotografi;
 - m. Sinematografi;
 - n. Terjemahan, tafsir, saduran, bunga rampai dan karya lainnya dari hasil pengalihwujudan.

3. Masa Berlaku Hak Cipta. Masa berlaku Hak Cipta bervariasi antara 25 sampai 50 tahun. Untuk karya fotografi dan per-wajahan karya tulis yang diterbitkan berlaku selama 25 tahun dan hak cipta atas ciptaan lainnya berlaku selama 50 tahun (Pasal 26 dan 27). Sementara Hak Cipta yang dipegang atau dilaksanakan oleh Negara berlaku tanpa batas waktu. Kecuali hak cipta yang diatur dalam pasal 10A ayat 1, ini berlaku selama 50 tahun.

b. Hak Paten

1. Subyek Hak Paten

Subyek Hak Paten adalah Penemu dan Pemegang Paten. Penemu adalah seorang yang secara sendiri atau beberapa orang yang bersama-sama melaksanakan kegiatan yang menghasilkan penemuan. Sementara pemegang Paten adalah penemu sebagai pemilik hak paten atau orang yang menerima hak tersebut dari pemilik paten atau orang lain yang menerima lebih lanjut hak dari orang tersebut di atas, yang terdaftar dalam Daftar Umum Paten.

2. Objek Hak Paten

Penemuan (*invention*) merupakan obyek hak paten, yaitu kegiatan pemecahan masalah tertentu di bidang teknologi, yang dapat berupa proses atau hasil produksi atau penyempurnaan dan pengembangan proses atau hasil produksi. Suatu penemuan dianggap baru, jika pada saat pengajuan permintaan paten penemuan tersebut tidak sama atau tidak merupakan bagian dari penemuan terdahulu (Pasal 3). Dapat diminta Paten Sederhana atas penemuan berupa produk atau proses baru dan memiliki kualitas penemuan yang sederhana tetapi mempunyai nilai kegunaan praktis (Pasal 6). Namun demikian, ada pembatasan pemberian paten. UU tentang Paten menggariskan bahwa paten tidak diberikan untuk:

- a. Penemuan tentang proses atau hasil produksi yang pengumuman dan penggunaan atau pelaksanaannya bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku, ketertiban umum atau kesusilaan;
 - b. Penemuan tentang metode pemeriksaan, perawatan, pengobatan dan pembedahan yang diterapkan terhadap manusia dan hewan, tetapi tidak menjangkau produk apapun yang digunakan atau berkaitan dengan metode tersebut;
 - c. Penemuan tentang teori dan metode di bidang ilmu pengetahuan dan matematika.
3. Masa Berlaku Hak Paten. Umumnya masa berlaku hak paten adalah 20 tahun dihitung sejak tanggal penerimaan permintaan paten (Pasal 9). Khusus untuk paten sederhana diberikan jangka waktu sampai 10 tahun sejak tanggal diberikan Surat Paten Sederhana (Pasal 10).

c. Hak Merek

1. 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.

2. 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 merek dagang.

3. 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 7). 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 tertulis 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 36).

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:

- a. sebagai hak milik yang bersifat alamiah atau natural;
- b. sebagai insentif dimana penemu atau pemilik berhak menerima kompensasi sebagai keberhasilan usaha mereka yang menguntungkan konsumen;
- c. sebagai kelanjutan insentif dimana 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:

- a. memberikan hak yang dilakukan oleh pemerintah maupun peraturan perundang-undangan;
- b. 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:

- a. Bila HAKI didapatkan hanya dalam bidang tertentu maka dapat berakibat pada upaya memonopoli;
- b. 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);
- c. 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 melalui jalan:

- a. Hak yang diberikan: UU 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;
- b. Ruang Lingkup: HAKI hanya melindungi bagian tertentu dari penemuan, seperti: hak paten hanya memberikan perlindungan kepada paten yang diajukan atau didaftarkan;
- c. 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 Hukum 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 dimana 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 Hukum 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 dimana 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 dimana 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 hukum 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 yang akan menjadi lampiran dalam buku ini.

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 HKI, padahal sesungguhnya tidaklah demikian adanya. Lisensi adalah salah satu jenis perjanjian dalam lingkup rezim hukum HKI yang dapat diaplikasikan di semua jenis hak dalam rezim hukum HKI. 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 'rangkain elektronik terpadu' bukanlah salah satu jenis hak yang terdapat dalam rezim HKI. 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 diantaranya 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 praktek 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 praktek 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 Undang-Undang Persaingan Usaha.

Pengertian dan Persyaratan 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 HKI 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:

- (a) tanggal, bulan dan tahun tempat dibuatnya perjanjian lisensi;
- (b) nama dan alamat lengkap serta tanda tangan para pihak yang mengadakan perjanjian lisensi;
- (c) obyek perjanjian lisensi;
- (d) jangka waktu perjanjian lisensi;
- (e) dapat atau tidaknya jangka waktu perjanjian lisensi diperpanjang;
- (f) pelaksanaan lisensi untuk seluruh atau sebagian dari hak eksklusif;
- (g) jumlah royalti dan pembayarannya;
- (h) dapat atau tidaknya penerima lisensi memberikan lisensi lebih lanjut kepada pihak ketiga;
- (i) batas wilayah berlakunya perjanjian lisensi, apabila diperjanjikan; dan
- (j) dapat atau tidaknya pemberi lisensi melaksanakan sendiri karya yang telah dilisensikan.

Sesuai dengan ketentuan dalam paket Undang-Undang tentang HKI, 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 non eksklusif. 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 HKI. Perjanjian lisensi yang belum memenuhi persyaratan tidak masuk dalam pengertian perjanjian yang dikecualikan dari ketentuan hukum 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:

- a. Bahwa perjanjian lisensi HKI tidak secara otomatis melahirkan praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat;
- b. Bahwa praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat yang timbul akibat pelaksanaan perjanjian lisensi adalah kondisi yang hendak dicegah melalui hukum persaingan usaha;

- c. Bahwa untuk memberlakukan hukum persaingan usaha terhadap pelaksanaan perjanjian lisensi HKI haruslah dibuktikan: (1) perjanjian lisensi HKI tersebut telah sesuai dengan persyaratan yang ditetapkan dalam perundang-undangan HKI, dan (2) adanya kondisi yang secara nyata menunjukkan terjadinya praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat;
- d. Bahwa pengecualian dari ketentuan hukum persaingan usaha terhadap perjanjian lisensi HKI hanya diberlakukan dalam hal perjanjian lisensi HKI yang bersangkutan tidak menampakkan secara jelas sifat anti persaingan usaha.

Dalam konteks tersebut maka langkah-langkah yang dilakukan untuk menganalisis apakah suatu perjanjian lisensi merupakan pengecualian yang dikecualikan adalah sebagai berikut:

- a. 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 HKI 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.
- b. Kedua, hal yang perlu diperiksa adalah apakah perjanjian yang menjadi pokok permasalahan adalah perjanjian lisensi HKI. Apabila perjanjian tersebut bukan perjanjian lisensi HKI, maka pengecualian tidak berlaku.
- c. Ketiga, perlu diperiksa apakah perjanjian lisensi HKI tersebut telah memenuhi persyaratan menurut Undang-Undang, yaitu berupa pencatatan di Direktorat Jenderal Hak Kekayaan Intelektual. Apabila perjanjian lisensi HKI tersebut belum dicatatkan, maka pengecualian tidak berlaku.
- d. Keempat, perlu diperiksa apakah dalam perjanjian lisensi HKI tersebut terdapat klausul-klausul yang secara jelas mengandung sifat anti persaingan. Apabila indikasi yang jelas tidak ditemukan, maka terhadap perjanjian lisensi HKI tersebut berlaku pengecualian dari ketentuan-ketentuan hukum persaingan usaha.

Hal yang perlu dianalisis dari suatu perjanjian lisensi HKI untuk mendapat kejelasan mengenai ada tidaknya sifat anti persaingan adalah klausul yang terkait dengan kesepakatan eksklusif (*exclusive dealing*). Dalam pedoman ini, perjanjian lisensi HKI yang dipandang mengandung unsur kesepakatan eksklusif adalah yang

di antaranya mengandung klausul mengenai:

- a. Penghimpunan Lisensi (*Pooling Licensing*) dan Lisensi Silang (*Cross Licensing*);
- b. Pengikatan Produk (*Tying Arrangement*);
- c. Pembatasan dalam bahan baku;
- d. Pembatasan dalam produksi dan penjualan;
- e. Pembatasan dalam harga penjualan dan harga jual kembali;
- f. Lisensi Kembali (*Grant Back*).

Adalah penting untuk diperhatikan, bahwa adanya satu atau lebih dari satu unsur di atas dalam suatu perjanjian lisensi HKI tidaklah menunjukkan bahwa perjanjian lisensi HKI tersebut secara serta merta memiliki sifat anti persaingan. Harus ada kondisi tertentu yang harus diperiksa dari masing-masing klausul tersebut untuk menentukan apakah klausul tersebut mengandung sifat anti persaingan.

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 bekerjasama dengan para mitra usahanya untuk menghimpun lisensi HKI terkait komponen produk tertentu. Sedangkan, Lisensi Silang (*Cross-Licensing*) merupakan tindakan saling melisensikan HKI 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 anti persaingan usaha atau tidak, maka setiap pihak hendaknya memandang bahwa pemberi lisensi (*licensor*) pada prinsipnya dapat melakukan penghimpunan lisensi dan lisensi silang untuk mengefisiensikan 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 anti persaingan usaha.

2) Pengikatan Produk (*Tying Arrangement*)

Dalam menganalisis apakah klausul mengenai pengikatan produk bersifat anti persaingan usaha atau tidak, setiap pihak hendaknya memandang bahwa *licensor* pada prinsipnya dapat menggabungkan dua atau lebih produknya yang telah dilindungi

HKI 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 anti persaingan usaha.

3) Pembatasan dalam bahan baku

Dalam menganalisis apakah klausul mengenai pembatasan bahan baku bersifat anti persaingan 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 anti persaingan 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 anti persaingan usaha.

4) Pembatasan dalam produksi dan penjualan

Dalam menganalisis apakah klausul mengenai pembatasan dalam penjualan bersifat anti persaingan 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 di pasarkan yang terbukti menghambat *licensee* dalam melakukan inovasi teknologi, sehingga pengembangan produk menjadi tidak efisien, dapat dipandang sebagai klausul yang jelas bersifat anti persaingan usaha.

5) Pembatasan dalam harga penjualan dan harga jual kembali

Dalam menganalisis apakah klausul mengenai pembatasan harga jual dan harga jual kembali bersifat anti persaingan 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 dimana 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 anti persaingan usaha atau tidak, setiap pihak hendaknya memandang bahwa tindakan ini menghalangi penerima lisensi untuk memperoleh kemajuan dalam penguasaan teknologi dan mengandung 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 HKI 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 HKI maka pengecualian tidak dapat diterapkan sehingga pemeriksaan kasus dilanjutkan untuk memeriksa mengenai kemungkinan terjadinya bentuk praktek monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat.

3. Apakah perjanjian lisensi tersebut telah didaftarkan pada pihak yang berwenang (Dirjen HKI)?

Sebagaimana diketahui perjanjian lisensi seharusnya dicatatkan di Dirjen HKI bahkan pada ketentuan terkait Hak Cipta dapat berpengaruh pada pihak ketiga.³¹⁶ Pada prinsipnya dalam beberapa ketentuan peraturan perundangan terkait HKI telah melarang adanya ketentuan yang menyebabkan praktek monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat.³¹⁷

³¹⁶ Vide Pasal 47 ayat (2) Undang-undang Nomor 19 Tahun 2002 Tentang Hak Cipta

³¹⁷ Vide beberapa ketentuan terkait HKI antara lain: 1) Pasal 47 ayat (1) Undang-undang Nomor 19 Tahun 2002 Tentang Hak Cipta (UU 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 71 ayat (1) Undang-undang Nomor 14 Tahun 2002 Tentang Paten (UU 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.

Ketentuan tersebut serta merta telah menunjukkan konsistensi dengan semangat UU No.5 Tahun 1999 sehingga pihak Dirjen HKI seharusnya telah memperhatikan ketentuan tersebut sebelum mencatatkannya, sehingga pemeriksaan awal mengenai kemungkinan bertentangan dengan UU No.5 Tahun 1999 dapat diminimalisasi. 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 praktek 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 anti persaingan. Hal yang paling mudah diidentifikasi ialah ada/tidaknya ketentuan yang bersifat eksklusif seperti: Pembatasan bahan baku, *Pooling Licensing & Cross Licensing*, *Tying Arrangement*, Pembatasan Bahan Baku, 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 pencatuman ketentuan tersebut.

Apabila tidak diketemukan sifat anti persaingan 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 anti persaingan dalam perjanjian lisensi tersebut maka pengecualian tidak dapat diterapkan sehingga pemeriksaan kasus dilanjutkan untuk memeriksa mengenai kemungkinan terjadinya bentuk praktek monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat.

Beberapa contoh untuk penerapan ketentuan Pasal 50 (b) dapat dilihat dalam Lampiran Pedoman KPPU.

Pengecualian Perjanjian yang berkenaan dengan Perjanjian Waralaba

Usaha waralaba di Indonesia mengalami perkembangan yang pesat dan memasuki berbagai ranah usaha, misalnya: makanan siap saji (*fast food*), jasa konsultasi, *minimarket*, jasa kesehatan, rekreasi dan hiburan, serta sistem pendidikan, dimana yang terbanyak adalah dalam bidang makanan siap saji. Baik waralaba dari dalam dan luar negeri dapat dijumpai di berbagai daerah di Indonesia. Oleh sebab itu, pengaturan mengenai waralaba ini memang sangat dibutuhkan sebagai

rambu-rambu yang jelas dalam menjalankan usahanya. Waralaba juga masuk dalam ruang lingkup Hukum Persaingan Usaha karena karakternya yang berkaitan dengan perjanjian dan sifatnya yang dapat dianggap membatasi persaingan.

Perjanjian waralaba (*franchise*) menghendaki adanya semacam perjanjian tertutup³¹⁸ dalam klausulanya, ketika pihak *franchise* dan *franchisor* tidak memberikan ruang kepada pesaing lain untuk masuk dalam kegiatan usaha mereka. Alasan pembenaran dari pengecualian pada perjanjian waralaba adalah untuk pengontrolan kualitas mutu dari merek waralaba yang dimiliki oleh Pemberi Waralaba.

Untuk mengatur tentang waralaba maka pemerintah telah mengeluarkan Peraturan Pemerintah Nomor 42 Tahun 2007 Tentang Waralaba dengan pertimbangan meningkatkan kesempatan usaha nasional melalui perjanjian Waralaba. Dalam ketentuan ini maka diatur hal-hal sebagai berikut:

1. 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.
2. Pemberi Waralaba adalah orang perseorangan atau badan usaha yang memberikan hak untuk memanfaatkan dan/atau menggunakan Waralaba yang dimilikinya kepada Penerima Waralaba.
3. Penerima Waralaba adalah orang perseorangan atau badan usaha yang diberikan hak oleh Pemberi Waralaba untuk memanfaatkan dan/atau menggunakan Waralaba yang dimiliki Pemberi Waralaba.

Usaha Waralaba dapat diselenggarakan di seluruh wilayah Indonesia dengan kriteria sebagai berikut³¹⁹:

³¹⁸ Perjanjian Tertutup: Pasal 15

- (1) Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain yang memuat persyaratan bahwa pihak yang menerima barang dan atau jasa hanya akan memasok kembali barang dan atau jasa tersebut kepada pihak tertentu dan atau pada tempat tertentu.
- (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 perilaku usaha pemasok.
- (3) 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 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.

³¹⁹ Pasal 3 PP No.42/2007 Tentang Waralaba.

- a. memiliki ciri khas usaha;
- b. terbukti sudah memberikan keuntungan;
- c. memiliki standar atas pelayanan dan barang dan/atau jasa yang ditawarkan yang dibuat secara tertulis;
- d. mudah diajarkan dan diaplikasikan;
- e. adanya dukungan yang berkesinambungan; dan
- f. Hak Kekayaan Intelektual yang telah terdaftar.

Dalam Penjelasan Pasal 3 tersebut masing-masing kriteria diberi penjelasan sebagai berikut:

Huruf a

Yang dimaksud dengan “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.

Huruf b

Yang dimaksud dengan “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.

Huruf c

Yang dimaksud dengan “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*)

Huruf d

Yang dimaksud dengan “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.

Huruf e

Yang dimaksud dengan “dukungan yang berkesinambungan” adalah dukungan dari Pemberi Waralaba kepada Penerima Waralaba secara terus menerus seperti bimbingan operasional, pelatihan, dan promosi.

Huruf f

Yang dimaksud dengan “Hak Kekayaan Intelektual yang telah terdaftar” adalah Hak Kekayaan Intelektual 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.

Perjanjian Waralaba diselenggarakan berdasarkan perjanjian tertulis antara Pemberi Waralaba dengan Penerima Waralaba dengan memperhatikan hukum Indonesia dan memuat klausula paling sedikit:

- 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; dan seterusnya.

Di samping itu Perjanjian Waralaba dapat memuat klausula pemberian hak bagi Penerima Waralaba untuk menunjuk Penerima Waralaba lain dengan syarat bahwa Penerima Waralaba yang diberi hak untuk menunjuk Penerima Waralaba lain, harus memiliki dan melaksanakan sendiri paling sedikit 1 (satu) tempat usaha Waralaba. Pemerintah juga memastikan bahwa Pemberi Waralaba wajib memberikan pembinaan dalam bentuk pelatihan, bimbingan operasional manajemen, pemasaran, penelitian, dan pengembangan kepada Penerima Waralaba secara berkesinambungan. Kewajiban lainnya adalah 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 serta Pemberi Waralaba harus bekerjasama 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.

Secara administratif Pemberi Waralaba wajib mendaftarkan prospektus

penawaran Waralaba sebelum membuat perjanjian Waralaba dengan Penerima Waralaba dan Penerima Waralaba wajib mendaftarkan perjanjian Waralaba. Dengan adanya kewajiban pendaftaran ini akan mudah mendeteksi perjanjian Waralaba yang mana saja yang dapat di kecualikan dalam UU No.5 Tahun 1999 dimana secara administratif Menteri Perdagangan juga turut melakukan melakukan pengawasan terhadap pelaksanaan Waralaba.

Pemerintah berupaya dalam PP ini untuk meningkatkan pembinaan usaha dengan Waralaba di seluruh Indonesia dan mendorong pengusaha nasional terutama pengusaha kecil dan menengah untuk tumbuh sebagai Pemberi Waralaba nasional yang handal dan mempunyai daya saing. Pemerintah juga menyusun data Waralaba baik jumlah maupun jenis usaha yang diwaralabakan. Untuk itu, Pemberi Waralaba sebelum membuat perjanjian Waralaba dengan Penerima Waralaba, harus menyampaikan prospektus penawaran Waralaba kepada Pemerintah dan calon Penerima Waralaba. Disisi lain, apabila terjadi kesepakatan perjanjian Waralaba, Penerima Waralaba harus menyampaikan perjanjian Waralaba tersebut kepada Pemerintah. Peraturan Pemerintah ini diharapkan dapat memberikan kepastian berusaha dan kepastian hukum bagi Pemberi Waralaba dan Penerima Waralaba dalam memasarkan produknya.

Dalam konteks Hukum Persaingan Perjanjian Waralaba memang mempunyai ciri khas usaha yaitu 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.³²⁰ Oleh sebab itu upaya mempertahankan standarisasi atas atas pelayanan dan barang dan/atau jasa yang ditawarkan yang dibuat secara dalam perjanjian tertulis merupakan standar secara tertulis supaya Penerima Waralaba dapat melaksanakan usaha dalam kerangka kerja yang jelas dan sama (*Standard Operational Procedure*) yang menjadi inti usaha Waralaba. Aspek lain adalah upaya untuk mempertahankan usaha dengan memberikan dukungan yang berkesinambungan artinya dukungan Pemberi Waralaba kepada Penerima Waralaba secara terus menerus seperti bimbingan operasional, pelatihan, dan promosi. Kekuatan usaha Waralaba yang lain adalah memiliki HAKI yang terdaftar yang terkait dengan usaha seperti merek, hak cipta, paten, dan rahasia dagang, sudah didaftarkan dan mempunyai sertifikat atau sedang dalam proses pendaftaran di instansi yang berwenang.

Ada beberapa alasan pembenaran di atas yang didapat diterima untuk mendukung

³²⁰ Lawrence A. Sullivan and Warren S. Grimes, *op.cit.* pp.453-471.

pengecualian dalam UU No.5 Tahun 1999. Antara lain, Pemberi Waralaba melakukan pengendalian mutu dan evaluasi terhadap bisnis yang dilakukan oleh Penerima Waralaba serta didukung upaya pemerintah dalam PP ini tentang adanya kewajiban penggunaan produk dalam negeri dan tidak menggunakan produk luar negeri sepanjang tersedia produk pengganti dalam negeri dan memenuhi standar mutu produk yang dibutuhkan. Oleh sebab itu walaupun beberapa klausula dalam Perjanjian Waralaba dianggap eksklusif dan menutup kesempatan bagi pelaku usaha lain untuk menjadi supplier bagi produk yang dibutuhkan, tetapi secara universal, alasan pengecualian untuk Perjanjian Waralaba masih dibenarkan.

Sebagaimana sifat HAKI yang memberikan kewenangan untuk melakukan beberapa hal yang bersifat monopoli (dari pemilik waralaba) kemungkinan alasan pembuat undang-undang memasukkannya dalam pasal yang sama. Waralaba jelas mengandung beberapa pembatasan yang bersifat menghambat persaingan, seperti kewajiban menentukan standarisasi atau persyaratan untuk tidak menerima produk dari pemasok lain yang sama seperti hambatan masuk pasar (*barrier to entry*) dan merupakan perjanjian tertutup, pembagian wilayah diantara penerima waralaba yang ditentukan oleh pemilik waralaba dan lainnya. Oleh karena itu, dalam UU No.5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, diadakan pengecualian untuk berlakunya ketentuan Undang-Undang tersebut terhadap perjanjian yang berkaitan dengan waralaba, yakni sebagaimana diatur dalam Pasal 50 huruf b.

Pada bulan Mei 2009, KPPU mengeluarkan Surat Keputusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 57/KPPU/Kep/III/2009 Tentang Pedoman Pelaksanaan Pasal 50 Huruf b Tentang Pengecualian Penerapan UU No.5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli Dan Persaingan Usaha Tidak Sehat Terhadap Perjanjian Yang Berkaitan Dengan Waralaba.

Pengertian Waralaba, dalam Pasal 1 angka 1 Peraturan Pemerintah Nomor 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 beda dengan yang didefinisikan dalam Peraturan Pemerintah sebelumnya yakni Peraturan Pemerintah Nomor 16 Tahun 1997 tentang Usaha Waralaba yang telah dicabut dengan Peraturan Pemerintah Nomor 42 Tahun 2008 tentang Waralaba. Dalam Pasal 1 angka 1 Peraturan Pemerintah Nomor 16 Tahun 1997 tentang Usaha Waralaba, Waralaba didefinisikan adalah: "perikatan dimana 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 Nomor 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 (HKI).

Pedoman KPPU memberikan batasan mengenai jenis perjanjian apa saja yang berkaitan dengan waralaba yang dapat dikecualikan dari UU No.5 Tahun 1999 yaitu hanya pada perjanjian yang mengatur sistem waralaba dan pengalihan hak lisensi dari pemberi waralaba kepada penerima waralaba. Sedangkan mengenai perjanjian yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat walaupun berkaitan dengan waralaba tidak termasuk yang dikecualikan. Penerapan ini juga sejalan dengan Pasal 36 ayat (1) Undang-Undang Nomor 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).

Dalam Pedoman ini, KPPU juga menguraikan mengenai makna Perjanjian sebagaimana diatur dalam Pasal 1 angka 7 UU No.5 Tahun 1999³²¹. Waralaba yang dikatakan sebagai hak khusus yang dimiliki oleh orang perseorangan atau badan usaha terhadap sistem bisnis dengan ciri khas usaha mengenai "badan usaha" tidak disyaratkan harus berbentuk badan hukum, apalagi badan hukum Indonesia mencakup unsur-unsur sebagai berikut:

- a. terdapat hak khusus yang dimiliki oleh orang perseorangan atau badan usaha;

³²¹ Bab I Pasal I (7): "Perjanjian adalah suatu perbuatan satu atau lebih pelaku usaha untuk mengikatkan diri terhadap satu atau lebih pelaku usaha lain dengan nama apapun baik tertulis maupun tidak tertulis."

- dan/atau jasa dan sistem tersebut telah terbukti berhasil; dan
- c. sistem bisnis tersebut dapat dimanfaatkan dan/atau digunakan oleh pihak lain (penerima waralaba) berdasarkan perjanjian.

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 di pasarkan. 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 praktek berbagai persyaratan perjanjian waralaba sering memuat klausula yang dapat juga menghambat atau memberikan batasan kepada penerima waralaba dalam menjalankan usahanya, sehingga berpotensi menimbulkan praktek 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.

Di samping itu pedoman ini juga memuat pertimbangan mengenai pengembangan iklim usaha yang kondusif dan pemberian kesempatan berusaha bagi usaha mikro, kecil, dan menengah juga menjadi pertimbangan dalam pembentukan Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2008 tentang Usaha Mikro, Kecil, dan Menengah yang mensyaratkan bahwa Pemerintah dan Pemerintah Daerah³²² menumbuhkan iklim usaha dengan menetapkan Peraturan Perundang-undangan dan kebijakan yang meliputi aspek:

- a. pendanaan;
- b. sarana dan prasarana;
- c. informasi usaha;
- d. kemitraan;
- e. perizinan usaha;
- f. kesempatan berusaha;
- g. promosi dagang; dan
- h. dukungan kelembagaan.

Perjanjian Waralaba sebagai dasar penyelenggaraan usaha waralaba diatur dalam Pasal 4 sampai dengan Pasal 6 Peraturan Pemerintah Nomor 42 Tahun 2007 tentang Waralaba dan Pasal 26 huruf c serta Pasal 29 Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2008 tentang Usaha Mikro, Kecil, dan Menengah.

³²² Pasal 7 ayat (1) Undang-Undang No.20 Tahun 2008. Mengenai aspek Kemitraan dalam Pasal 11 huruf f dan g Undang-Undang tersebut ditujukan untuk:

- a. mendorong terbentuknya struktur pasar yang menjamin tumbuhnya persaingan usaha yang sehat dan melindungi konsumen;
- b. mencegah terjadinya penguasaan pasar dan pemusatan usaha oleh orang perorangan atau kelompok tertentu yang merugikan Usaha Mikro, Kecil, dan Menengah.

1. Pasal 4 menentukan 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 menentukan 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 Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2008 tentang Usaha Mikro, Kecil, dan Menengah menentukan Kemitraan dilaksanakan dengan pola:
 - a. inti-plasma;
 - b. subkontrak;
 - c. waralaba;
 - d. perdagangan umum;
 - e. distribusi dan keagenan; dan
 - f. bentuk-bentuk kemitraan lain, seperti: bagi hasil, kerjasama operasional, usaha patungan (*joint venture*), dan penyumberluaran (*outsourcing*).

5. Pasal 29 Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2008 tentang Usaha Mikro, Kecil, dan Menengah, terkait dengan waralaba menentukan 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) Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2008 juga diatur dalam Pasal 9 Peraturan Pemerintah Nomor 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 bekerjasama 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.

Penerapan Pasal 50 huruf b UU No.5 Tahun 1999, khususnya tentang pengecualian terhadap perjanjian yang berkaitan dengan waralaba, tetap harus memperhatikan prinsip larangan praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. Adapaun unsur-unsur dari ketentuan Pasal 50 huruf b adalah:

1. Perjanjian

Sebagaimana telah diuraikan, mengenai perjanjian harus mengacu pada ketentuan Pasal 1 angka 7 UU No.5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat yang menentukan bahwa: "perjanjian adalah suatu perbuatan satu atau lebih pelaku usaha untuk mengikatkan diri terhadap satu atau lebih pelaku usaha lain dengan nama apapun, baik tertulis maupun tidak tertulis." 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 Perundang-undangan. Pada saat ini Peraturan Perundang-undangan yang dimaksud adalah:

1. UU No.5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat;
2. Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2008 tentang Usaha Mikro, Kecil, dan Menengah (vide Pasal 26 huruf c, Pasal 29, Pasal 35, Pasal 36 ayat (1), Pasal 39 ayat (1) dan ayat (2), dan Pasal 40);
3. Peraturan Pemerintah Nomor 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 Peraturan Pemerintah Nomor 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 tentang Larangan praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

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 praktek 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 diluar 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, dimana 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, Komisi Pengawas Persaingan Usaha harus mempertimbangkan dengan bijaksana agar tidak melanggar hakikat tujuan dibentuknya UU No.5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Adapun pertimbangan yang perlu diperhatikan antara lain:

1. Kriteria waralaba sebagaimana diatur dalam Pasal 3 Peraturan Pemerintah Nomor 42 Tahun 2007 tentang Waralaba harus terpenuhi;
2. Kriteria perjanjian waralaba dan pendaftarannya sebagaimana diatur dalam Pasal 4, Pasal 5, Pasal 10, Pasal 11 Peraturan Pemerintah Nomor 42 Tahun 2007 tentang Waralaba harus terpenuhi;
3. 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;
4. Perjanjian waralaba merupakan bentuk kemitraan sebagaimana diatur dalam Pasal 26 huruf c jo. Pasal 29, Pasal 35, dan Pasal 36 ayat (1) Undang-Undang Nomor 20 Tahun 2008 tentang Usaha Mikro, Kecil, dan Menengah; dan
5. Isi Perjanjian Waralaba tidak berpotensi melanggar prinsip Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.
6. Beberapa contoh kriteria perjanjian waralaba yang berpotensi melanggar prinsip larangan praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat sehingga ketentuan Pasal 50 huruf b tidak dapat diterapkan:
 - a. 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.

- b. 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.

- c. 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 a (*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.

d. 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.

e. 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 Hak Kekayaan Intelektual (HKI) 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 diantaranya adalah teknologi produk waralaba, biaya yang dikeluarkan untuk menghasilkan produk waralaba, sifat produk waralaba (apakah sudah menjadi *public domain* atau tidak).

Beberapa contoh untuk penerapan ketentuan Pasal 50 (b) dapat dilihat dalam Lampiran Pedoman KPPU.

3. Perjanjian penetapan standar teknis produk barang dan atau jasa yang tidak mengekang dan atau menghalangi persaingan; atau

Suatu industri umumnya kerap sekali menerapkan standarisasi dengan tujuan untuk efisiensi. Standar teknis produk barang atau jasa ini umumnya ditetapkan baik oleh Departemen Perdagangan atau Perindustrian dan juga melalui asosiasi industri tersebut. Standarisasi 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 Departemen terkait, misalnya Departemen Perindustrian dan Perdagangan. Bila kegiatan ini dilakukan misalnya dalam rangka memfasilitasi usaha untuk menghambat persaingan, misalnya dalam penetapan harga, barulah dinyatakan melanggar hukum. Standarisasi produk dapat digunakan sebagai cara untuk menetapkan harga.³²³ Walaupun demikian, pembenaran dari tindakan penyeragaman melalui penetapan standar ini dilakukan adalah karena standarisasi ini juga diwajibkan oleh pemerintah sehingga tindakan standarisasi 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 kerjasama 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 Undang-undang Nomor 7 Tahun 1994,

³²³ Lihat kasus *Milk and Ice Cream Can Institute vs. FTC*, 152 F2d, 478 (7th Cir.1946) Dimana 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 easier to reach the goal of uniform prices on a standard product than one which was not"*.

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.

Standarisasi dimaksudkan untuk meningkatkan perlindungan kepada konsumen, pelaku usaha, tenaga kerja, dan masyarakat lainnya baik untuk keselamatan, keamanan, kesehatan 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 standarisasi diperlukan adanya peranan dan kerjasama yang sinergik antara konsumen, pelaku usaha, ilmuwan dan instansi Pemerintah. Dengan adanya standarisasi 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 standarisasi ini adalah berupa: Pedoman di bidang standarisasi nasional meliputi ketentuan-ketentuan yang lebih rinci sebagai penjabaran dari Sistem Standarisasi Nasional untuk digunakan sebagai panduan di dalam melaksanakan kegiatan standarisasi. Pedoman tersebut antara lain berupa Pedoman Perumusan SNI, Pedoman Penulisan SNI, Pedoman Kaji ulang SNI dan Pedoman Penerapan SNI.³²⁴ 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 Standarisasi Nasional.

³²⁴ 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.

Saat ini pemerintah Indonesia menerapkan SNI dengan mengadopsi WTO *Code of good practice*, yaitu:

- a. *Openness* (keterbukaan): Terbuka bagi agar semua stakeholder yang berkepentingan dapat berpartisipasi dalam pengembangan SNI;
- b. *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;
- c. *Consensus and impartiality* (konsensus dan tidak memihak): Tidak memihak dan konsensus agar semua stakeholder dapat menyalurkan kepentingannya dan diperlakukan secara adil;
- d. *Effectiveness and relevance*: Efektif dan relevan agar dapat memfasilitasi perdagangan karena memperhatikan kebutuhan pasar dan tidak bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku;
- e. *Coherence*: Koheren dengan pengembangan standar internasional agar perkembangan pasar negara kita tidak terisolasi dari perkembangan pasar global dan memperlancar perdagangan internasional; dan
- f. *Development dimension* (berdimensi pembangunan): Berdimensi pembangunan agar memperhatikan kepentingan publik dan kepentingan nasional dalam meningkatkan daya saing perekonomian nasional.³²⁵

Untuk itu Pemerintah mengeluarkan Peraturan Pemerintah Nomor 102 Tahun 2000 Tentang Standarisasi Nasional³²⁶ 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 dijelaskan beberapa ketentuan yang ditetapkan dalam PP tersebut, 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,

³²⁵ (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*

³²⁶ PP ini adalah menggantikan Peraturan Pemerintah Nomor 15 Tahun 1991 tentang Standar Nasional Indonesia;

- serta pengalaman, perkembangan masa kini dan masa yang akan datang untuk memperoleh manfaat yang sebesar-besarnya.
2. Standarisasi adalah proses merumuskan, menetapkan, menerapkan dan merevisi standar, yang dilaksanakan secara tertib dan bekerjasama dengan semua pihak.
 3. Standar Nasional Indonesia (SNI), adalah standar yang ditetapkan oleh Badan Standarisasi 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 Indonesiasampaitercapainya 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.
 13. Tanda SNI adalah tanda sertifikasi yang dibubuhkan pada barang kemasan atau label yang menyatakan telah terpenuhinya persyaratan Standar Nasional Indonesia.
 14. Sistem Standarisasi Nasional (SSN), adalah tatanan jaringan sarana dan kegiatan standarisasi yang serasi, selaras dan terpadu serta berwawasan nasional, yang meliputi penelitian dan pengembangan standarisasi,

perumusan standar, penetapan standar, pemberlakuan standar, penerapan standar, akreditasi, sertifikasi, metrologi, pembinaan dan pengawasan standarisasi, kerjasama, informasi dan dokumentasi, pemasyarakatan dan pendidikan dan pelatihan standarisasi.

17. Badan Standarisasi Nasional (BSN), adalah Badan yang membantu Presiden dalam menyelenggarakan pengembangan dan pembinaan dibidang standarisasi sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Tujuan dari dilakukannya standarisasi 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 perdagangan³²⁷.

Pelaksanaan dan pengawasan standarisasi dilakukan oleh Badan Standarisasi 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 standarisasi adalah melindungi produsen, konsumen, tenaga kerja dan masyarakat dari aspek keamanan, keselamatan, kesehatan serta pelestarian fungsi lingkungan, pengaturan standarisasi 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 Standarisasi Nasional dan Pedoman di bidang

³²⁷ Pasal 3 PP No.102 Tahun 2000 Tentang Standarisasi Nasional.

standarisasi nasional yang merupakan dasar dan pedoman pelaksanaan yang harus diacu untuk setiap kegiatan standarisasi 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 Non Departemen dengan tugas pokok mengembangkan dan membina kegiatan standarisasi di Indonesia. Badan ini menggantikan fungsi dari Dewan Standarisasi Nasional – DSN.

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 Standar Nasional Indonesia yang telah diberlakukan secara wajib dikenakan sama, baik terhadap barang dan atau jasa produksi dalam negeri maupun terhadap barang dan atau jasa impor.

Kegiatan standarisasi 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 standarisasi secara nasional menjadi tanggung jawab BSN.

Dengan melihat kepada perjanjian sebagaimana diatur dalam definisi yang dirumuskan dalam Pasal 1 angka 7³²⁸ 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.102/2000 Tentang Standarisasi Nasional. Dari sudah pandang hukum persaingan, prasyarat untuk tunduk pada standarisasi 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 (a) dimana PP termasuk sumber peraturan yang dapat dikecualikan maka pengecualian ini dapat melihat pada jenis-jenis perjanjian yang

³²⁸ Pasal 1 angka 1 (7): suatu perbuatan satu atau lebih pelaku usaha untuk mengikatkan diri terhadap satu atau lebih pelaku usaha lain dengan nama apapun, baik tertulis maupun tidak tertulis.

berkaitan dengan penetapan standar teknis produk barang dan atau jasa mana sajakah yang dapat dikecualikan sebagaimana telah diatur dalam Pasal 50 (a) tersebut. Sampai saat ini KPPU belum mengeluarkan Pedoman mengenai pengaturan pengecualian ini.

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 (7)³²⁹ 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 1999.³³⁰ Dalam teori ekonomi, perjanjian tentang keagenan sebenarnya banyak juga memberikan efek positif berupa efisiensi ataupun menghindarkan adanya *free rider*³³¹. UU No.5 Tahun 1999 juga mengatur tentang penetapan harga jual kembali pada Pasal 8 yang mengatakan bahwa: "Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan

³²⁹ *Ibid.*

³³⁰ *Pasal 8* : Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain yang membuat 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 hanya akan memasok kembali barang dan atau jasa tersebut kepada pihak tertentu dan atau pada tempat tertentu. (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 perilaku usaha pemasok. (3) 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 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 praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.

³³¹ *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 dimana 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.

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*) yang sifatnya yang bagaimana yang 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 pertimbangannya pemerintah 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 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. Sub Distributor 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 Departemen Perdagangan untuk memperoleh Surat Tanda Pendaftaran. Kemudian Agen, agen tunggal, distributor atau distributor tunggal yang telah memperoleh STP dapat menunjuk sub agen atau sub distributor yang wajib didaftarkan di Departemen 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 sebagaimana dimaksud pada ayat 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:

- a. menunjuk perusahaan perdagangan nasional sebagai agen, agen tunggal, distributor atau distributor tunggal;
- b. penunjukkan sebagaimana dimaksud pada huruf a dibuat dalam bentuk perjanjian yang dilegalisir oleh notaris;
- c. perjanjian dengan perusahaan perdagangan nasional harus mendapat persetujuan tertulis dari prinsipal produsen yang diwakilinya di luar negeri.

Kantor Perwakilan Perusahaan Perdagangan Asing sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 huruf d yang sudah memiliki Surat Izin Usaha Perwakilan Perusahaan Perdagangan Asing (SIUP3A) dalam melaksanakan kegiatan usaha perdagangan harus :

- a. menunjuk perusahaan perdagangan nasional sebagai agen, agen tunggal, distributor atau distributor tunggal;
- b. penunjukkan sebagaimana dimaksud pada huruf a dalam bentuk perjanjian yang dilegalisir oleh notaris;
- c. perjanjian dengan perusahaan perdagangan nasional sebagaimana dimaksud pada huruf b harus mendapat persetujuan tertulis dari prinsipal produsen yang diwakilinya di luar negeri.

Untuk Tata Cara dan Persyaratan Pendaftaran permohonan pendaftaran agen, agen tunggal, sub agen, distributor, distributor tunggal atau sub distributor 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.³³² 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 :

- a. konfirmasi dari Prinsipal yang telah dilegalisir oleh *Notary Public* dan surat keterangan dari Atase Perdagangan Republik Indonesia atau Kantor Perwakilan Republik Indonesia di negara prinsipal dengan memperlihatkan aslinya;
- b. laporan kegiatan perusahaan setiap 6 (enam) bulan;
- c. asli STP yang dimintakan perpanjangannya.

Agen, agen tunggal, sub agen, distributor, distributor tunggal atau sub distributor berhak mendapatkan pendidikan dan pelatihan untuk meningkatkan keterampilan dan pelayanan purna jual 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

³³² 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 (SIUP3A) apabila perjanjian dilakukan dengan Kantor Perwakilan Perusahaan Perdagangan Asing.

menyediakan suku cadang atau pelayanan purna jual dan memenuhi jaminan atau garansi sesuai dengan perjanjian yang telah disepakati.³³³

Perikatan antara prinsipal dengan agen, agen tunggal, distributor atau distributor tunggal barang dan/atau jasa produksi dalam dan luar negeri harus 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:

- a. Nama dan alamat lengkap pihak-pihak yang membuat perjanjian;
- b. Maksud dan tujuan perjanjian;
- c. Status keagenan atau kedistributoran;
- d. Jenis barang dan/atau jasa yang diperjanjikan;
- e. Wilayah pemasaran;
- f. Hak dan kewajiban masing-masing pihak;
- g. Kewenangan;
- h. Jangka waktu perjanjian;
- i. Cara-cara pengakhiran perjanjian;
- j. Cara-cara penyelesaian perselisihan;
- k. Hukum yang dipergunakan;
- l. Tenggang waktu penyelesaian.

Dari ketentuan Peraturan Menteri di atas 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 dari suatu merek di wilayah pemasaran tertentu untuk jangka waktu tertentu (pembagian wilayah dan produk). Bila melihat beberapa

³³³ 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.

unsurnya maka jenis perjanjian ini dapat mengacu kepada pengecualian sebagaimana jenis perjanjian yang dikecualikan dalam Pasal 50 (a) yaitu dengan dasar hukum Peraturan Menteri. Pengecualian Pasal 50 (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). Sampai saat ini KPPU belum mengeluarkan Pedoman untuk pasal ini sehingga pembatasan mengenai jenis perjanjian yang dianalogikan dengan perbuatan dapat mengacu kepada Pedoman Pasal 50 (a) sebagai tolak ukur.

5. Perjanjian kerja sama penelitian untuk peningkatan atau perbaikan standar hidup masyarakat luas; atau

Perjanjian kerjasama jenis ini sering dilakukan oleh perusahaan yang tergabung dan menjadi anggota asosiasi suatu industri. Rasionalnya adalah bahwa penelitian sering membutuhkan dana yang besar sehingga kerjasama 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 standarisasi jenis perjanjian yang bagaimanakah yang diijinkan untuk dikecualikan. Bila terdapat perjanjian seperti ini, maka harus dilihat apakah klausulnya kemudian memberikan hak eksklusif memonopoli HAKI (paten, misalnya) yang juga diijinkan dan diproteksi oleh undang-undang (lihat Pasal 50, huruf b).

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.³³⁴ 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:

- a. untuk industri kereta api: jalur atau rel yang tersedia;
- b. untuk industri penerbangan: jumlah ruangan yang tersedia di pelabuhan udara;
- c. untuk industri pembangkit tenaga listrik: jaringan distribusi dan transmisi.

³³⁴ *Black Law Dictionary*, p.379, *Essential: Indispensably necessary: important in the highest degree: requisite. That which is required for the continued existence of a thing.*

Perjanjian yang menyangkut kerjasama tidak dilarang sepanjang dapat dibuktikan bahwa tujuannya adalah untuk peningkatan atau perbaikan standar hidup masyarakat luas. Perjanjian yang bersifat kerjasama 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 kerjasama yang bersifat membangun (padahal diantara 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 jasa³³⁵ atau bahkan membentuk kartel.³³⁶ Sehingga yang perlu dicermati adalah jangan sampai pengecualian yang diberikan dengan menggunakan alasan kerjasama penelitian yang akan meningkatkan standar hidup masyarakat luas justru dipergunakan sebagai fasilitasi kartel.

Sampai saat ini KPPU belum mengeluarkan Pedoman untuk pasal 50 (e) sehingga belum dapat dipastikan apa yang dimaksud dan bagaimana kategori jenis perjanjian penelitian yang bertujuan untuk peningkatan atau perbaikan standar hidup masyarakat luas.

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 kerjasama internasional.³³⁷

³³⁵ Pasal 4 (1) UU No.9/1999 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 praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat".

³³⁶ Pasal 11 UU No.5 Tahun 1999, 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.

³³⁷ Lies Sulistianingsih, SH, Perjanjian Internasional Dalam Sistem Perundang-Undangan Nasional, <http://www.legalitas.org>

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 diumumkan secara resmi. Indonesia mempunyai persamaan dengan Jerman dan Perancis. Menurut Pasal 38 (1) Piagam Mahkamah Internasional, Perjanjian Internasional merupakan salah satu sumber hukum Internasional. Perjanjian Internasional yang dimaksud dalam Pasal 38 (1) Piagam Mahkamah 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:

a. 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 *independent* (berdiri sendiri).

b. 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*).

c. 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.

d. *Arrangement*

Hampir sama dengan persetujuan (*agreement*), umumnya digunakan untuk hal-hal yang sifatnya mengatur dan temporer.

e. 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.

f. Deklarasi

Istilah ini dapat berarti:

- i. Perjanjian yang sebenarnya
- ii. Dokumen tidak resmi, yang dilampirkan pada suatu perjanjian
- iii. Persetujuan tidak resmi tentang hal yang kurang penting
- iv. Resolusi oleh Konferensi Diplomatik

g. *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 ditanda tangani, 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. Adapaun Perjanjian Internasional dilakukan oleh Presiden sebagai kepala pemerintahan. Dasar kewenangan presiden dalam pembuatan Perjanjian

Internasional diatur dalam pasal 11 Undang-Undang dasar 1945 mengatur tentang perjanjian Internasional.³³⁸ Berdasarkan pasal 11 ayat (3) Undang-Undang Dasar 1945 tersebut, telah diterbitkan surat Presiden Nomor: 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 nomor: 2826 tersebut dihapus dengan juga adanya Undang-undang nomor: 24/2000 tentang Perjanjian Internasional, Tentang kedudukan Perjanjian Internasional dalam sistem peraturan perundang-undang Nasional, meskipun dalam Undang-Undang Nomor: 10 tahun 2004 tentang 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 tinggi³³⁹.

Berdasarkan sistem Hukum Nasional kita, 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.

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

³³⁸ Pasal 11 UUD/45: 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.

³³⁹ Pasal 7 ayat 4 undang-undang Nomor 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.

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 7/1974 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:

- a. *Most Favored Nation*, yaitu suatu kebijakan perdagangan harus dilakukan atas dasar non diskriminatif dimana 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;
- b. *Prinsip National Treatment* dimana produk suatu negara anggota yang diimpor kedalam 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;
- c. Prinsip Larangan *Restriksi* (Pembatasan) Kuantitatif, yaitu larangan terhadap pembatasan jumlah ekspor ataupun impor dalam bentuk apapun;
- d. Prinsip Perlindungan Melalui Tarif, dimana 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;
- e. Prinsip Resiprositas yaitu prinsip fundamental WTO dimana 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 (e) adalah perjanjian yang telah diratifikasi oleh pemerintah. Sampai saat ini KPPU belum mengeluarkan Pedoman mengenai pasal ini.

7. Perjanjian dan atau kebutuhan yang bertujuan untuk ekspor yang tidak mengganggu kebutuhan dan atau pasokan pasar dalam negeri; atau

Kegiatan ekspor dan impor 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 Keputusan Menteri Perindustrian dan Perdagangan Nomor: 558/MPP/Kep/12/1998 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).

Keputusan Menteri ini menegaskan kriteria sebagai berikut:

- a. Ekspor adalah kegiatan mengeluarkan barang dari Daerah Pabean;
- b. Eksportir adalah perusahaan atau perorangan yang melakukan kegiatan ekspor;
- c. Eksportir Terdaftar adalah perusahaan atau perorangan yang telah mendapat pengakuan Menteri Perindustrian dan Perdagangan untuk mengekspor barang tertentu sesuai dengan ketentuan yang berlaku;
- d. Daerah Pabean adalah Wilayah Republik Indonesia yang meliputi wilayah darat, perairan dan ruang udara di atasnya, serta tempat-tempat tertentu di zona ekonomi eksklusif dan landas kontinen yang di dalamnya berlaku Undang-undang Nomor 10 Tahun 1995 tentang Kepabeanan;

- e. Barang Yang Diatur Ekspornya adalah barang yang ekspornya hanya dapat dilakukan oleh Eksportir Terdaftar;
- f. Barang Yang Diawasi Ekspornya adalah barang yang ekspornya hanya dapat dilakukan dengan persetujuan Menteri Perindustrian dan Perdagangan atau Pejabat yang ditunjuk;
- g. Barang Yang Dilarang Ekspornya adalah barang yang tidak boleh diekspor;
- h. Barang Yang Bebas Ekspornya adalah barang yang tidak termasuk pengertian butir e, f dan g;
- i. Tempat Penimbunan Berikat adalah bangunan, tempat, atau kawasan yang memenuhi persyaratan tertentu di dalam Daerah Pabean yang digunakan untuk menimbun, mengolah, memamerkan, dan/atau menyediakan barang untuk dijual dengan mendapatkan perlakuan khusus di bidang Kepabeanan, Cukai, dan perpajakan yang dapat berbentuk Kawasan Berikat, Pergudangan Berikat, Entrepot untuk Tujuan Pameran, atau Toko Bebas Bea.

Pada dasarnya ekspor dapat dilakukan oleh setiap perusahaan atau perorangan yang telah memenuhi syarat administratif dan memiliki ijin sebagai berikut:

- a. Tanda Daftar Usaha Perdagangan (TDUP)/Surat Ijin Usaha Perdagangan (SIUP); atau
- b. Ijin Usaha dari Departemen Teknis/Lembaga Pemerintah Non Departemen berdasarkan peraturan perundang-undangan yang berlaku; dan
- c. Tanda Daftar Perusahaan (TDP).

Eksportir juga harus telah mendapat pengakuan sebagai Eksportir Terdaftar dari Menteri Perindustrian dan Perdagangan, dalam hal ini Direktur Jenderal Perdagangan Luar Negeri. Setiap eksportir yang melakukan ekspor Barang Yang Diawasi Ekspornya harus memenuhi persyaratan yaitu telah mendapat persetujuan ekspor dari Menteri Perindustrian dan Perdagangan, dalam hal ini Direktur Ekspor Produk Industri dan Pertambangan atau Direktur Ekspor Produk Pertanian dan Kimia dengan mempertimbangkan usulan dari Direktur Pembina Teknis yang bersangkutan dilingkungan Departemen Perindustrian dan Perdagangan dan atau instansi/Departemen lain yang terkait.

Terhadap barang ekspor tertentu, Menteri Perindustrian dan Perdagangan dalam hal ini Direktur Jenderal Perdagangan Luar Negeri menetapkan Harga Patokan Ekspor secara berkala sebagai dasar perhitungan Pajak Ekspor.³⁴⁰ Peraturan Menteri Perdagangan Nomor: 35/M-DAG/PER/8/2007 Tentang Penetapan Harga Patokan Ekspor (HPE) Atas Barang Ekspor Tertentu yang ditetapkan melalui Direktur Jenderal Perdagangan Luar Negeri. Penetapan Harga Patokan Ekspor (HPE) berpedoman pada harga rata-rata Internasional dan atau harga rata-rata FOB di beberapa pelabuhan di Indonesia dalam satu bulan sebelum penetapan HPE.

Dari kedua dasar hukum yang mengatur mengenai ekspor bersumber pada Keputusan Menteri dan atau Peraturan Menteri yang 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 (a) dengan melihat kepada kriteria dasar hukum yang menjalankan undang-undang. Sampai saat ini KPPU belum mengeluarkan Pedoman mengenai pasal 50 (f).

8. Pelaku usaha yang tergolong dalam usaha kecil;

Sektor Koperasi dan UKM sering menjadi perhatian politik ekonomi Indonesia. Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat Republik Indonesia Nomor: 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.³⁴¹

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

³⁴⁰ Lampiran KepMen Perindustrian dan Perdagangan No: 558/MPP/Kep/12/1998 Tentang Ketentuan Umum Di Bidang Ekspor: Tarif Jenis Barang , I.) Barang yang Diatur Ekspornya: Maniok, khusus ekspor tujuan negara Uni Eropa dst., Ex 4202 Tekstil dan Produk Tekstil, khusus untuk ekspor tujuan negara kuota (Amerika Serikat, Uni Eropa, Kanada, Norwegia dan Turki) dst. 4408 Lembaran kayu venir dan Lembaran kayu lapis (disambung maupun tidak) dan kayu lainnya digergaji membujur, dibelah, atau dikuliti, baik diketam, diampelas atau "finger-jointed" maupun tidak, dengan ketebalan tidak melebihi 6 mm. II.) Barang yang Diawasi Ekspornya: 0102 Binatang sejenis lembu, Tepung Gandum atau Meslin, Tepung Beras dst. Inti Kelapa Sawit (*Palm Kernel*), Gula Tebu atau Bit dan Sukrosa murni kimiawi, dalam bentuk padat, Minyak dan Gas Bumi, Pupuk Urea, Kulit Buaya dalam bentuk wet blue, Binatang Liar dan Tumbuhan Alam yang Dilindungi yang termasuk dalam Appendix II dan III CITES, Perak tidak ditempa atau dalam bentuk setengah jadi atau dalam bentuk dst, Baja Stainless, Tembaga, Kuningan, Aluminium dst. III.) Barang yang dilarang ekspornya: Hasil Perikanan dalam keadaan hidup: Anak Ikan Arwana, Udang Galah (udang air tawar) di bawah ukuran 8 cm, Beras berkulit (padi atau gabah), Beras digiling dst.

³⁴¹ Mubyarto, Membangun Sistem Ekonomi, Edisi Pertama (Yogyakarta: BPFE, 2000) p.26.

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 dalam³⁴² :

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, sumberdaya 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: inti-plasma, 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, yaitu³⁴³ :

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 non-diskriminatif 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.

³⁴² Pratomo M, "Pengembangan Usaha Kecil dan Menengah dan Koperasi", seminar Departemen Koperasi dan UKM (Jakarta, Nopember 2006).

³⁴³ *Ibid.*

2. Program pengembangan sistem pendukung usaha bagi UKM.

Tujuan program ini adalah mempermudah, memperlancar dan memperluas akses UKM kepada sumberdaya produktif agar mampu memanfaatkan kesempatan yang terbuka dan potensi sumberdaya 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 adalah³⁴⁴ :

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.³⁴⁵ 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 usahanya³⁴⁶. Sementara kalau

³⁴⁴ M.Tohar, *Membuka Usaha Kecil* (Yogyakarta: Penerbit Kanisius, 1999) p. 29.

³⁴⁵ Pasal 32 UU No.40 Tahun 2007: (1) Modal dasar Perseroan paling sedikit Rp50.000.000,00 (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.

³⁴⁶ "Jaring Pengaman Keuangan bagi Usaha Mikro" *Harian Kompas* Senin, 6 Desember 2004.

menurut pendekatan kemampuan pengusahanya maka menurut Keputusan Menteri Keuangan (KepMenKeu) Nomor 571/KMK/ 03/2003 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 600 juta.

Dalam Undang Undang Nomor 25 Tahun 2007 Tentang Penanaman Modal 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 dicadangkan³⁴⁷ untuk usaha mikro, kecil, menengah dan koperasi serta bidang usaha yang terbuka untuk usaha besar dengan syarat hasil kerjasama dengan UKM dan Koperasi.
2. Pemerintah melakukan pembinaan dan pengembangan UKM dan Koperasi melalui program kemitraan³⁴⁸, peningkatan daya saing, pemberian dorongan inovasi dan perluasan pasar, serta penyebaran informasi yang seluas-luasnya.

Kriteria mengenai Usaha Menengah menurut Intruksi Presiden (Inpres) Nomor 10 Tahun 1999, tentang Pemberdayaan Usaha Menengah di defenisikan sbb:

1. Usaha produktif³⁴⁹ 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 juta, sampai dengan Rp. 10 miliar, tidak termasuk tanah dan bangunan tempat usaha, atau memiliki hasil penjualan paling banyak Rp. 100 juta per tahun;

Pada bulan Juli 2008 pemerintah mengeluarkan Undang-undang Nomor 20 Tahun 2008 Tentang Usaha Mikro, Kecil dan Menengah. Undang-undang ini berhasil

³⁴⁷ Yang dimaksud dengan usaha yang "dicadangkan" menurut penjelasan Pasal 13 UU No 25/2007 tersebut adalah bidang usaha yang khusus diperuntukkan bagi UKM dan Koperasi agar mampu dan sejajar dengan pelaku ekonomi lainnya.

³⁴⁸ Kemitraan di defenisikan sebagai kerja sama antara usaha kecil dengan usaha menengah atau dengan usaha besar disertai pembinaan dan pengembangan oleh usaha menengah atau usaha besar dengan memperhatikan prinsip saling memerlukan, saling memperkuat dan saling menguntungkan.(Lihat UU No 5 Tahun 1995 Tentang Usaha Kecil Pasal 1 ayat 8)

³⁴⁹ Usaha Produktif Menurut Keputusan Menkeu Nomor 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.

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,- (lima puluh juta rupiah) tidak termasuk tanah dan bangunan tempat usaha; atau
 - b. Memiliki hasil penjualan tahunan paling banyak Rp 300.000.000,- (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,- (lima puluh juta rupiah) sampai dengan paling banyak Rp 500.000.000,- (lima ratus juta rupiah) tidak termasuk tanah dan bangunan tempat usaha; atau
 - b. Memiliki hasil penjualan tahunan lebih dari Rp 300.000.000,- (tiga ratus juta rupiah) sampai dengan paling banyak Rp 2.500.000.000,- (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; Kriteria Usaha Menengah adalah:
 - a. Memiliki kekayaan bersih lebih dari Rp 500.000.000,- (lima ratus juta rupiah) sampai dengan paling banyak Rp 10.000.000.000,- (sepuluh milyar rupiah) tidak termasuk tanah dan bangunan tempat usaha; atau
 - b. Memiliki hasil penjualan tahunan lebih dari Rp 2.500.000.000,- (dua milyar lima ratus juta rupiah) sampai dengan paling banyak Rp 50.000.000.000,- (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 dimana 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 Hukum 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.³⁵⁰ Sebagai pedoman dalam pemberian pengecualian kepada UMKM (sesuai istilah UU No.20/2008) maka kriteria UMKM yang diberikan adalah harus sesuai dengan ketentuan UU No.20/2008 di atas. Sampai saat ini KPPU belum mengeluarkan Pedoman untuk pengecualian Pasal 50 (g) ini.

9. Kegiatan usaha koperasi yang secara khusus bertujuan untuk melayani anggotanya;

Sejak awal kemerdekaan, Koperasi memang telah menjadi soko guru dan pilar

³⁵⁰ Sebagai catatan harus dibandingkan dengan Pasal 32 ayat (1) UU No.40 Tahun 2007 Tentang Perseroan Terbatas dimana dikatakan bahwa modal dasar perseroan pendirian PT adalah sebesar Rp 50 juta (lima puluh juta rupiah).

ekonomi Indonesia. Pertumbuhan Koperasi di Indonesia dimulai sejak tahun 1896³⁵¹ 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 dibidang 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.

Perkembangan yang pesat dibidang 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*)³⁵² dari Koperasi itu sendiri. Jika pertumbuhan Koperasi yang pertama di Indonesia menekankan pada kegiatan simpan-pinjam di antara para anggotanya³⁵³ 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. Perkembangan 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 bersama-sama dengan kegiatan simpan-pinjam dan beberapa kegiatan lainnya³⁵⁴.

Pada Tahun 1958, Undang-Undang No. 70 Tentang Koperasi lahir yang pada dasarnya berisikan peraturan mengenai perkoperasian di Indonesia yang meliputi tentang

³⁵¹ Ahmed Riazuddin, "Cooperative Movement in South East Asia Obstacles to Development", The Role of Cooperatives in Social and Economic Development, ed. Dr. Mauritz Bonow (London: International Cooperative Alliance, 1964) p. 57.

³⁵² *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, 7th ed. (Graha Bannock, st.all: Penguin Books, 2003). Wagiono Ismangil, Koperasi Menatap Masa Depan, Beberapa Permasalahan Managerial (Palembang: Lustrum ke VII Fakultas Ekonomi Universitas Sriwijaya, 8 Januari 1989).

³⁵³ Iboneo Soedjono, "The Role of Cooperatives in The Indonesian Society", Can Cooperatives Become the Motive Force in the Economic of Indonesia?, ed. H.J. Esdert (Jakarta: Friedrich Ebert Stiftung, 1983) p.7

³⁵⁴ Masngudi, Peranan Koperasi Sebagai Lembaga Pengantar Keuangan, (Yogyakarta: Disertasi Doktor pada Universitas Gajah Mada Yogyakarta, 1989) pp.1-2

tata cara pembentukan dan pengelolaan Koperasi. Kemudian ditindak lanjuti 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 1992.³⁵⁵ Disebutkan bahwa lapangan usaha Koperasi di Indonesia dalam UU No.25 Tahun 1992 bergerak disegala sendi kehidupan ekonomi masyarakat yang menyangkut kepentingan orang banyak.³⁵⁶

Dalam Undang-undang Nomor 25 Tahun 1992 tentang Perkoperasian ditegaskan bahwa pemerintah bertugas untuk³⁵⁷:

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 untuk³⁵⁸:

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

³⁵⁵ Tiktik Sartika Partomo dan Abd. Rachman Soejoedono, Ekonomi Skala Kecil/Menengah dan Koperasi (Jakarta: Ghalia Indonesia, 2002) p.49.

³⁵⁶ R.T.Sutantya Rajardja Hadhikusuma, Hukum Koperasi di Indonesia (Jakarta: PT.Raja Grafindo Persada, 2002) p. 102.

³⁵⁷ Dalam UU Nomor 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 seyogianya pemerintah turut serta dalam upaya mengembangkan dan melindungi pelaku UKM. Disampaikan Pratomo M, Seminar "Pengembangan Usaha Kecil dan Menengah" (Jakarta: Departemen Koperasi dan UKM, Nopember 2005).

³⁵⁸ Lihat Pasal 61 Undang Undang Nomor 25 Tahun 1992 Tentang Perkoperasian

mekanisme untuk³⁵⁹:

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 Koperasi No.25/1992 yang mengatakan bahwa yang dimaksud dengan melayani anggotanya adalah memberi pelayanan hanya kepada anggotanya³⁶⁰ dan bukan kepada masyarakat umum untuk mengadakan kebutuhan pokok, kebutuhan sarana produksi termasuk kredit dan bahan baku, serta pelayanan untuk memasarkan dan mendistribusikan hasil anggota yang tidak mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.

Kriteria Koperasi diperjelas dalam UU No.25/1992 mengenai fungsi dan peran yaitu:

- a. membangun dan mengembangkan potensi dan kemampuan ekonomi anggota pada khususnya dan masyarakat pada umumnya untuk meningkatkan kesejahteraan ekonomi dan sosialnya;
- b. berperan serta secara aktif dalam upaya mempertinggi kualitas kehidupan manusia dan masyarakat;
- c. memperkokoh perekonomian rakyat sebagai dasar kekuatan dan ketahanan perekonomian nasional dengan Koperasi sebagai sokogurunya;
- d. berusaha untuk mewujudkan dan mengembangkan perekonomian nasional yang merupakan usaha bersama berdasar atas asas kekeluargaan dan demokrasi ekonomi.

Koperasi berlandaskan prinsip sebagai berikut:

³⁵⁹ Pasal 63 Undang Undang Nomor 25 Tahun 1992.

³⁶⁰ Pasal 1 (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.

- a. keanggotaan bersifat sukarela dan terbuka;
- b. pengelolaan dilakukan secara demokratis;
- c. pembagian sisa hasil usaha dilakukan secara adil sebanding dengan besarnya jasa usaha masing-masing anggota;
- d. pemberian balas jasa yang terbatas terhadap modal;
- e. 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 pinjaman³⁶¹.

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.³⁶² Dalam upaya menciptakan dan mengembangkan iklim dan kondisi yang mendorong pertumbuhan dan permasyarakatan Koperasi, Pemerintah memberikan kesempatan usaha yang seluas-luasnya kepada Koperasi dengan cara;

- a. meningkatkan dan memantapkan kemampuan Koperasi agar menjadi Koperasi yang sehat, tangguh, dan mandiri;
- b. mengupayakan tata hubungan usaha yang saling menguntungkan antara Koperasi dengan badan usaha lainnya;
- c. membudayakan Koperasi dalam masyarakat.

³⁶¹ Pasal 41 UU No.25/1992: (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.

³⁶² Pasal 60 UU No.25/1992.

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 kerja³⁶³. Oleh sebab itu dalam Pedoman pengecualian dari UU No.5 Tahun 1999 yang perlu ditegaskan adalah jenis Koperasi yang bagaimana yang dapat dikecualikan yang harus sesuai dengan ketentuan dalam UU No.25/1992 Tentang Koperasi misalnya tentang kegiatannya yang harus dari dan untuk anggotanya. Sampai saat ini KPPU belum mengeluarkan Pedoman mengenai pengecualian untuk Pasal 50 (i).

Pasal 51: 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.

Sistem ekonomi Indonesia tegas menyatakan berlandaskan Pancasila dengan mengutamakan ekonomi kerakyatan. Ketentuan ini ditetapkan dalam Pasal 33 ayat (1) UUD RI menyatakan 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".³⁶⁴

UUD'45 juga memastikan peran negara yang sangat vital dalam mengelola perekonomian negara sehingga demokrasi ekonomi dalam pemahaman Indonesia disusun sebagai usaha bersama berdasarkan atas asas kekeluargaan dimana:

- a. Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara;
- b. Bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besar kemakmuran rakyat;

³⁶³ 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.

³⁶⁴ UUD'45 dengan Amandemen ke 4, Pasal 33: (1) Perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasar atas asas kekeluargaan. (2) Cabang-cabang produksi yang penting bagi Negara dan yang menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai 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 keadilan, kebersamaan efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional.

- c. 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'45 secara tegas sejak awalnya telah menginstruksikan bahwa ada cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak memang akan dikontrol dan dikuasai oleh negara. Negara wajib melakukan proteksi terhadap bidang-bidang usaha atau perekonomian tertentu dan pemerintah yang harus ditetapkan melalui undang-undang. Penggunaan istilah dikuasai oleh negara mengindikasikan keuntungan yang didapat harus ditujukan untuk sebesar-besarnya kemakmuran dan kesejahteraan rakyat. Pertanyaan selanjutnya adalah bagaimana interpretasi menguasai hajat hidup orang banyak serta cabang-cabang produksi yang penting bagi Negara serta siapa sebagai pelaksana dari ketentuan yang diselenggarakan oleh Badan Usaha Milik Negara dan atau badan atau lembaga yang dibentuk atau ditunjuk oleh pemerintah. Penjelasan ini dibutuhkan karena Negara merupakan suatu entitas atau badan abstrak dan berbeda dengan subjek pribadi yang merupakan entitas kongkrit. Pengertian dikuasai oleh Negara dapat diartikan antara lain:

- a. Negara adalah dan menjadi pengelola tunggal dari usaha tersebut;
- b. Negara memberikan kewenangannya kepada Pemerintah dan Pemerintahlah yang akan bertindak sebagai regulator untuk menjalankan atau mengawasi usaha atau badan usahatan tersebut;
- c. Negara dapat mendelegasikan kewenangannya kepada badan hukum yang ditunjuk oleh undang-undang;

Oleh sebab itu ada beberapa petunjuk atau rujukan untuk beberapa unsur yaitu:

- a. pemusatan kegiatan yang berkaitan dengan produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa;
- b. menguasai hajat hidup orang banyak;
- c. cabang-cabang produksi yang penting.

Pengertian dari menguasai hajat hidup orang banyak dapat diartikan sebagai suatu kebutuhan yang vital terhadap kehidupan masyarakat secara luas yang dihubungkan dengan pengelolaan bumi, air dan kekayaan alam lainnya. Penjelasan mengenai Pasal 33 dalam amandemen UUD'45 menyatakan:

"..Perekonomian berdasar atas demokrasi ekonomi, kemakmuran bagi segala orang. Sebab itu cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan yang menguasai hidup orang banyak harus dikuasai oleh negara. Kalau tidak, tampuk produksi jatuh ketangan orang-seorang yang berkuasa dan rakyat banyak ditindasnya. Hanya perusahaan yang tidak menguasai hajat hidup orang banyak boleh di tangan orang-

seorang. Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung dalam bumi adalah pokok-pokok kemakmuran rakyat. Sebab itu harus dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat”.

Rujukan bagi bumi dan air dan kekayaan alam di dalamnya dapat dilihat pada berbagai undang-undang diantaranya pada UU Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria dalam Pasal 1 menyebutkan, antara lain: “Dalam pengertian bumi, selain permukaan bumi, termasuk pula tubuh bumi di bawahnya serta yang berada di bawah air. Dalam pengertian air termasuk perairan pedalaman maupun laut wilayah Indonesia”³⁶⁵

Di samping itu pengertian bumi, air dan kekayaan alam yang dikuasai oleh Negara juga ditemukan dalam UU Nomor 23 Tahun 1997 tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup bahwa: sumber daya alam dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya bagi kemakmuran rakyat, serta pengaturannya ditentukan oleh Pemerintah. Pemerintah menerbitkan izin melakukan usaha dan/atau kegiatan yang menimbulkan dampak besar dan penting terhadap lingkungan hidup dan mewajibkan usaha dan/atau kegiatan tersebut memiliki analisis mengenai dampak lingkungan hidup.

Dalam konteks yang lain ditemukan juga dalam UU No. 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan dalam konsiderans menyebutkan bahwa: “hutan, sebagai karunia dan amanah Tuhan Yang Maha Esa yang dianugerahkan kepada Bangsa Indonesia, merupakan kekayaan yang dikuasai oleh Negara,...”. Pengertiannya adalah penguasaan hutan oleh Negara bukan merupakan pemilikan, dalam hal ini Negara memberikan wewenang kepada pemerintah untuk mengatur dan mengurus segala sesuatu yang berkaitan dengan hutan, kawasan hutan dan hasil hutan. Dengan kata lain pemerintah berwenang dalam hal pemberian izin dan hak kepada pihak lain untuk melakukan kegiatan di bidang kehutanan dengan pengecualian untuk hal-hal tertentu yang sangat penting, berskala dan berdampak luas serta bernilai strategis bagi negara dan masyarakat.

Undang-undang lainnya yang menyinggung mengenai hal ini adalah UU Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air yang menyatakan bahwa: “sumber daya air dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat”.

³⁶⁵ Beberapa peraturan atau perundang-undangan lain yang dapat dijadikan rujukan mengenai pengertian bumi, air dan kekayaan alam lainnya adalah:

- a. Undang-undang Nomor 5 Tahun 1960 tentang Peraturan Dasar Pokok-pokok Agraria;
- b. Undang-undang Nomor 23 Tahun 1997 tentang Pengelolaan Lingkungan Hidup;
- c. Undang-undang Nomor 41 Tahun 1999 tentang Kehutanan;
- d. Undang-undang Nomor 7 Tahun 2004 tentang Sumber daya Air;
- e. Undang-undang Nomor 22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi;
- f. Undang-undang Nomor 11 Tahun 1967 tentang Ketentuan-Ketentuan Pokok Pertambangan;
- g. Undang-Undang Nomor 27 Tahun 2003 tentang Panas Bumi;
- h. Peraturan Pemerintah Nomor 16 Tahun 2004 tentang Penatagunaan Tanah;

Maka atas dasar penguasaan oleh negara itulah kemudian ditentukan hak guna air yang dapat diberikan kepada perseorangan atau badan usaha dengan izin dari Pemerintah atau pemerintah daerah sesuai dengan kewenangannya.

Dalam UU No.22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi juga dinyatakan dalam pertimbangannya bahwa: "bahwa minyak dan gas bumi merupakan sumber daya alam strategis tidak terbarukan yang dikuasai oleh negara serta merupakan komoditas vital yang menguasai hajat hidup orang banyak dan mempunyai peranan penting dalam perekonomian nasional sehingga pengelolaannya harus dapat secara maksimal memberikan kemakmuran dan kesejahteraan rakyat.³⁶⁶ Pemerintah kemudian dapat melimpahkan wewenang tersebut kepada Badan Pelaksana dimana Badan Pelaksana yang menerima pelimpahan kewenangan dapat membuat perjanjian dengan pihak ketiga apakah itu BUMN, BUMD, Koperasi, Usaha Kecil dan atau Badan Usaha Swasta.³⁶⁷ Kemudian dinyatakan dalam Pasal 4 ayat (2) bahwa penguasaan oleh negara diselenggarakan oleh Pemerintah sebagai pemegang Kuasa Pertambangan dan dalam ayat (3) Pemerintah adalah sebagai pemegang Kuasa Pertambangan membentuk Badan Pelaksana. Dalam kegiatannya maka dapat di dilaksanakan dan dikendalikan melalui Kontrak Kerja Sama yang paling sedikit memuat persyaratan bahwa kepemilikan sumber daya alam tetap di tangan Pemerintah sampai pada titik penyerahan dan Dalam UU No.22 Tahun 2001 tentang Minyak dan Gas Bumi juga dinyatakan dalam pertimbangannya bahwa: "bahwa minyak dan gas bumi merupakan sumber daya alam strategis tidak terbarukan yang dikuasai oleh negara serta merupakan komoditas vital yang menguasai hajat hidup orang banyak dan mempunyai peranan penting dalam perekonomian nasional sehingga pengelolaannya harus dapat secara maksimal memberikan kemakmuran dan kesejahteraan rakyat. Pemerintah kemudian dapat melimpahkan wewenang tersebut kepada Badan Pelaksana dimana Badan Pelaksana yang menerima pelimpahan kewenangan dapat membuat perjanjian dengan pihak ketiga apakah itu BUMN, BUMD, Koperasi, Usaha Kecil dan atau Badan Usaha Swasta. Kemudian dinyatakan dalam Pasal 4 ayat (2)

³⁶⁶ UU Migas No.22 Tahun 2001: Bab I Ketentuan Umum Pasal 1, (17) Badan Usaha adalah perusahaan berbentuk badan hukum yang menjalankan jenis usaha bersifat tetap, terus-menerus dan didirikan sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku serta bekerja dan berkedudukan dalam wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia; (18). Bentuk Usaha Tetap adalah badan usaha yang didirikan dan berbadan hukum di luar wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia yang melakukan kegiatan di wilayah Negara Kesatuan Republik Indonesia dan wajib mematuhi peraturan perundang-undangan yang berlaku di Republik Indonesia; (23) Badan Pelaksana adalah suatu badan yang dibentuk untuk melakukan pengendalian Kegiatan Usaha Hulu di bidang Minyak dan Gas Bumi;

³⁶⁷ UU Migas No.22 Tahun 2001: Pasal 9 (1) Kegiatan Usaha Hulu dan Kegiatan Usaha Hilir sebagaimana dimaksud dalam Pasal 5 angka 1 dan angka 2 dapat dilaksanakan oleh: a. badan usaha milik negara; b. badan usaha milik daerah; c. koperasi; usaha kecil; d. badan usaha swasta. (2) Bentuk Usaha Tetap hanya dapat melaksanakan Kegiatan Usaha Hulu. Pasal 10: (1) Badan Usaha atau Bentuk Usaha Tetap yang melakukan Kegiatan Usaha Hulu dilarang melakukan Kegiatan Usaha Hilir. (2) Badan Usaha yang melakukan Kegiatan Usaha Hilir tidak dapat melakukan Kegiatan Usaha Hulu.

bahwa penguasaan oleh negara diselenggarakan oleh Pemerintah sebagai pemegang Kuasa Pertambangan dan dalam ayat (3) Pemerintah adalah sebagai pemegang Kuasa Pertambangan membentuk Badan Pelaksana. Dalam kegiatannya maka dapat di dilaksanakan dan dikendalikan melalui Kontrak Kerja Sama yang paling sedikit memuat persyaratan bahwa kepemilikan sumber daya alam tetap di tangan Pemerintah sampai pada titik penyerahan dan pengendalian manajemen operasi berada pada Badan Pelaksana, modal dan risiko seluruhnya ditanggung Badan Usaha atau Bentuk Usaha Tetap dan kegiatan usaha diselenggarakan melalui mekanisme persaingan usaha yang wajar, sehat, dan transparan.³⁶⁸

Banyak hal-hal yang masih diperdebatkan mengenai pengertian dikuasai oleh negara dan diselenggarakan oleh Pemerintah. Mahkamah Konstitusi pada saat *judicial review* dari UU No.22 Tahun 2001 menyatakan dan menilai bahwa tidak sesuai dengan Pasal 4 ayat (2) undang-undang *a quo* yang menyatakan bahwa penguasaan oleh negara diselenggarakan oleh Pemerintah sebagai pemegang Kuasa Pertambangan. Secara yuridis, wewenang penguasaan oleh negara hanya ada pada Pemerintah, yang tidak dapat diberikan kepada badan usaha sebagaimana tercantum dalam Pasal 1 angka 5 undang-undang *a quo*. Sementara, Badan Usaha dan Bentuk Usaha Tetap hanya melaksanakan kegiatan tersebut berdasarkan kontrak kerjasama dengan hak ekonomi atau keuntungan terbatas, yaitu hanya dalam hal pembagian atas sebagian manfaat minyak dan gas bumi sebagaimana diatur dalam Pasal 6 ayat (2). Dalam lapangan pengertian Hukum Administrasi Negara, pengertian pemberian wewenang (*delegation of authority*) adalah pelimpahan kekuasaan dari pemberi wewenang, yaitu negara, sehingga dengan pencantuman kata "diberi wewenang kepada Badan Usaha dan Bentuk Usaha Tetap" maka penguasaan negara menjadi hilang, dengan kata lain, Pemerintah telah menyerahkan kewenangannya kepada Badan Usaha tersebut sehingga dapat menghilangkan kekuasaannya.

Dari berbagai uraian di atas maka dapat dikatakan tidak terdapat adanya interpretasi tunggal (*single interpretation*) dari penguasaan oleh negara dan relevansinya dengan menguasai hajat hidup orang banyak serta cabang-cabang produksi yang penting bagi negara. Dalam mencoba menginterpretasi pengertian ini secara umum maka pemerintah sebagai pihak yang menerima kewenangan dari dan atas nama negara wajib memperhatikan kondisi saat dibuatnya peraturan perundang-undangan ataupun putusan hakim yang diterbitkan. Interpretasi penguasaan oleh negara dan menguasai hajat hidup orang banyak serta cabang-cabang produksi yang penting bagi negara harus memperhatikan faktor-faktor non-hukum, seperti:

- a. perkembangan ekonomi Indonesia

³⁶⁸ UU Migas No.22 Tahun 2001, Pasal 6 ayat (1) dan (2).

- b. kemampuan industri dalam negeri
- c. kebutuhan pemerintah
- d. iklim investasi
- e. perkembangan terakhir dari berbagai sektor industri

Secara umum interpretasi dikuasai negara mengindikasikan adanya partisipasi atau keikutsertaan peran Negara dalam bentuk:

1. Negara memberi kewenangan kepada Pemerintah ataupun badan usaha milik negara sebagai regulator;
2. Negara memberi kewenangan kepada Pemerintah ataupun badan usaha milik negara sebagai pelaku;

Dari penjelasan di atas maka setidaknya ketentuan pengecualian sebagaimana yang ditetapkan dalam Pasal 51 UU No.5 Tahun 1999 haruslah melihat pada batasan-batasan yang disebutkan dalam peraturan perundang-undangan yang lain. Faktor yang patut diperhatikan adalah pada Pasal 1 ayat (2) UU No.5 Tahun 1999 sebenarnya telah menyinggung apa yang dimaksud dengan pemusatan kegiatan yaitu pemusatan kegiatan pada bidang ekonomi yang erat kaitannya dengan praktek monopoli yang berbunyi: "praktek 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". Sedangkan dalam Pasal 1 ayat (3) dikatakan bahwa: "pemusatan kekuatan ekonomi adalah penguasaan yang nyata atas suatu pasar bersangkutan oleh satu atau lebih pelaku usaha sehingga dapat menentukan harga barang dan atau jasa" yang erat dengan kedudukan posisi dominan.

Fokus perhatian dalam hal ini adalah adanya pemusatan kekuatan ekonomi yang terjadi dari pemusatan kegiatan yang berkaitan dengan produksi pemasaran barang dan atau jasa yang diatur oleh undang-undang dan didelegasikan kepada pemerintah untuk dikuasai dan diusahakan. Jadi dalam Pasal 51 bukanlah bersifat pelarangan tetapi justru memberikan hak monopoli secara alamiah yang diatur oleh undang-undang atau pemusatan kegiatan ekonomi kegiatan yang berkaitan dengan produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa yang menguasai hajat hidup orang banyak termasuk cabang-cabang produksi yang penting bagi negara. Pengertian dari produksi dan/atau pemasaran barang dan/atau jasa yang menguasai hajat hidup orang banyak juga 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 khusus³⁶⁹.

Supaya menghindari eksploitasi ataupun bentuk “monopoli oleh negara” yang tidak terkontrol atau cenderung tidak efisien, maka memberikan penyelenggaraan monopoli/pemusatan kegiatan produksi/pemasaran barang dan jasa yang menguasai hajat hidup orang banyak dan cabang produksi yg penting bagi negara yang pelaksanaannya diatur oleh UU dan diselenggarakan oleh BUMN dan/atau badan/ lembaga lain yang dibentuk/ditunjuk oleh Pemerintah setidaknya dapat diberikan pembatasan melalui Pedoman yang dikeluarkan oleh KPPU³⁷⁰. Dari pertimbangan dan perhitungan ekonomi memperlihatkan bahwa monopoli alamiah yang dilakukan oleh suatu perusahaan jelas akan lebih menguntungkan apalagi bila hal tersebut berhubungan dengan hajat hidup orang banyak dan industri yang vital sepanjang implementasinya dapat diawasi dan dipertanggung jawabkan serta tetap efisien.

Oleh sebab itu, pengecualian dalam hal ini harus diverifikasi melalui beberapa parameter yaitu:

- a. Apakah dasar kriteria yang ditetapkan untuk menentukan kegiatan produksi yang berhubungan dengan hajat hidup orang banyak? Apakah berdasarkan skala volume, strategis, perhitungan sunk cost dan atau efisiensi?
- b. Apakah kriteria cabang produksi yang dikuasai oleh negara? Saat ini banyak industri strategis telah dimasuki oleh pihak asing, misalnya swastanisasi dari berbagai sektor usaha, industri seperti listrik atau telekomunikasi.
- c. Bagaimana kriteria penetapan penyelenggaraannya? Oleh BUMN atau lembaga lain yang ditunjuk atau dibentuk oleh pemerintah.

Beberapa alternatif yang dapat dilakukan misalnya melalui penunjukkan kepada perusahaan yang mempunyai kinerja yang efisien dan memenangkan persaingan dan

³⁶⁹ Draft Pedoman Pasal 51 UU No.5 Tahun 1999

³⁷⁰ UU No.5 Tahun 1999, Pasal 1, ayat (1) Monopoli adalah penguasaan atas produksi dan atau pemasaran barang dan atau atas penggunaan jasa tertentu oleh satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha. (2) Praktek 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. (3) Pemusatan kekuatan ekonomi adalah penguasaan yang nyata atas suatu pasar bersangkutan oleh satu atau lebih pelaku usaha sehingga dapat menentukan harga barang dan atau jasa,

kemudian ditunjuk sebagai pelaksana monopoli alamiah. Di samping itu pengontrolan dapat dilakukan melalui harga dan pelayanan yang diatur pemerintah atau diregulasikan, sehingga kinerja dan pemberian hak monopoli alamiah kepada perusahaan yang ditunjuk dapat bertanggung jawab.

Keputusan untuk menentukan BUMN manakah yang dikecualikan oleh UU No.5 Tahun 1999 harus dilakukan melalui penetapan oleh undang-undang. Sampai saat UU No.5 Tahun 1999 diberlakukan belum ada undang-undang ataupun peraturan pemerintah yang dikeluarkan untuk menunjuk kepada BUMN manakah yang dapat dikecualikan, oleh sebab itu sampai saat ini dapat diinterpretasikan bahwa tidak ada satu BUMN pun yang dapat dikecualikan tanpa adanya penetapan undang-undang.

Kriteria BUMN sebagai penerima kewenangan dari Negara yang mempunyai kekuasaan untuk menyelenggarakan kegiatan ekonomi dapat diverifikasi berdasarkan UU No.19 Tahun 2003 Tentang Badan Usaha Milik Negara yang merupakan salah satu pelaku kegiatan ekonomi dalam perekonomian nasional berdasarkan demokrasi ekonomi. Kriteria Badan Usaha Milik Negara (BUMN) adalah badan usaha yang seluruh atau sebagian besar modalnya dimiliki oleh negara melalui penyertaan secara langsung yang berasal dari kekayaan negara yang dipisahkan³⁷¹. BUMN didirikan adalah dengan maksud dan tujuan sebagai berikut:

- a. memberikan sumbangan bagi perkembangan perekonomian nasional pada umumnya dan penerimaan negara pada khususnya;
- b. mengejar keuntungan;
- c. menyelenggarakan kemanfaatan umum berupa penyediaan barang dan/atau jasa yang bermutu tinggi dan memadai bagi pemenuhan hajat hidup orang banyak;
- d. menjadi perintis kegiatan-kegiatan usaha yang belum dapat dilaksanakan oleh sektor swasta dan koperasi;
- e. turut aktif memberikan bimbingan dan bantuan kepada pengusaha golongan ekonomi lemah, koperasi, dan masyarakat.

Dalam UU No.19/2003 juga diatur bahwa BUMN dapat melakukan privatisasi

³⁷¹ Bentuk badan usaha yang lain dimana pemerintah dapat turut serta menjadi pemiliknya dalam UU No.19/2003 Tentang BUMN, Pasal 1 (2). Perusahaan Perseroan, yang selanjutnya disebut Persero, adalah BUMN yang berbentuk perseroan terbatas yang modalnya terbagi dalam saham yang seluruh atau paling sedikit 51% (lima puluh satu persen) sahamnya dimiliki oleh Negara Republik Indonesia yang tujuan utamanya mengejar keuntungan. (3) Perusahaan Perseroan Terbuka, yang selanjutnya disebut Persero Terbuka, adalah Persero yang modal dan jumlah pemegang sahamnya memenuhi kriteria tertentu atau Persero yang melakukan penawaran umum sesuai dengan peraturan perundangundangan di bidang pasar modal. (4) Perusahaan Umum, yang selanjutnya disebut Perum, adalah BUMN yang seluruh modalnya dimiliki negara dan tidak terbagi atas saham, yang bertujuan untuk kemanfaatan umum berupa penyediaan barang dan/atau jasa yang bermutu tinggi dan sekaligus mengejar keuntungan berdasarkan prinsip pengelolaan perusahaan. Pasal 9 juga menyatakan bahwa BUMN terdiri dari Persero dan Perum.

dengan maksud untuk³⁷²:

- a. memperluas kepemilikan masyarakat atas Persero;
- b. meningkatkan efisiensi dan produktivitas perusahaan;
- c. menciptakan struktur keuangan dan manajemen keuangan yang baik/kuat;
- d. menciptakan struktur industri yang sehat dan kompetitif;
- e. menciptakan Persero yang berdaya saing dan berorientasi global;
- f. menumbuhkan iklim usaha, ekonomi makro, dan kapasitas pasar.

Privatisasi yang berarti mengizinkan peran swasta untuk masuk dan ikut dalam bidang usaha yang dikelola BUMN wajib memperhatikan beberapa kriteria, misalnya³⁷³:

- 1 Persero yang dapat diprivatisasi harus sekurang-kurangnya memenuhi kriteria:
 - a. industri/sector usahanya kompetitif; atau
 - b. industri/sector usaha yang unsur teknologinya cepat berubah.
- 2 Sebagian aset atau kegiatan dari Persero yang melaksanakan kewajiban pelayanan umum dan/atau yang berdasarkan Undang-undang kegiatan usahanya harus dilakukan oleh BUMN, dapat dipisahkan untuk dijadikan penyertaan dalam pendirian perusahaan untuk selanjutnya apabila diperlukan dapat diprivatisasi.

Sedangkan yang tidak diijinkan untuk diprivatisasi³⁷⁴ adalah:

- a. Persero yang bidang usahanya berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan hanya boleh dikelola oleh BUMN;
- b. Persero yang bergerak di sector usaha yang berkaitan dengan pertahanan dan keamanan negara;
- c. Persero yang bergerak di sector tertentu yang oleh pemerintah diberikan tugas khusus untuk melaksanakan kegiatan tertentu yang berkaitan dengan kepentingan masyarakat;
- d. Persero yang bergerak di bidang usaha sumber daya alam yang secara tegas berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan dilarang untuk diprivatisasi.

Melihat kemungkinan bahwa BUMN juga dapat dimasuki atau dimiliki oleh swasta maka pembatasan pengecualian menurut Pasal 51 dalam UU No.5 Tahun 1999 harus dipastikan dalam Pedoman BUMN yang bagaimana yang dapat diberikan pengecualian apakah telah ditetapkan oleh undang-undang atau tidak. Dalam Pedoman

³⁷² UU No.19/2003 Pasal 74.

³⁷³ UU No.19/2003 Pasal 76.

³⁷⁴ UU No.19/2003 Pasal 77.

untuk pengecualian pada Pasal 50 (a) dikatakan bahwa Contoh Ketentuan Undang-Undang yang Dikecualikan dari Ketentuan Larangan dalam UU No.5 Tahun 1999 misalnya:

1. Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1997 tentang Psikotropika
 - a. Pasal 5 mengatur bahwa "Psikotropika hanya dapat diproduksi oleh pabrik obat yang telah memiliki izin sesuai dengan ketentuan peraturan perundang-undangan yang berlaku".
 - b. 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".
 - c. 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 Nomor 22 Tahun 1997 tentang Narkotika

Pasal 12 ayat (1) Undang-Undang Nomor 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 yang berlaku 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. 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 Nomor 19 Tahun 2005 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) Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2003 tentang Badan Usaha milik Negara, termasuk yang dikecualikan dalam Pasal 50 huruf a, dengan demikian tidak melanggar Undang - Undang Nomor 5 Tahun 1999.

4. Undang-Undang Nomor 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)

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:

- a. Kewenangan penyelenggaraan Jaminan Sosial dilaksanakan berdasarkan delegasi yang ditentukan Undang-Undang;
- b. Monopoli yang diberikan kepada keempat persero tersebut dimungkinkan berdasarkan ketentuan Pasal 51 UU No.5 Tahun 1999

Pasal 52 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 praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.

BUM 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 penyelenggaraan 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. Oleh sebab itu pembatasannya Pasal 51 UU Nomor 5 Tahun 1999 yang dapat diatur dalam Pedoman oleh KPPU adalah bahwa pihak yang berwenang menerima pengecualian adalah:

- a. Diselenggarakan oleh BUMN;
- b. Diselenggarakan oleh Badan atau Lembaga yang dibentuk pemerintah;
- c. Diselenggarakan oleh Badan atau Lembaga yang ditunjuk pemerintah;
- d. Diselenggarakan bersama oleh BUMN dan badan atau lembaga yang dibentuk pemerintah;
- e. Diselenggarakan bersama oleh BUMN dan badan atau lembaga yang ditunjuk oleh pemerintah;

Pada bulan Maret 2009, KPPU mengeluarkan Keputusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor : 89/KPPU/Kep/III/2009 Tentang Pedoman Pasal 51UU No.5 Tahun 1999. Dasar dari KPPU dalam penyusunan Pedoman adalah 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): 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 Negara RI Tahun 1945 tersebut, UU No.5 Tahun 1999 yang juga mengatur mengenai kegiatan ekonomi, dibentuk dengan tujuan (Pasal 3) 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 praktek monopoli, dan atau persaingan usaha tidak sehat yang ditimbulkan oleh pelaku usaha; dan
- d. 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, dimana untuk itu perlu diatur dengan undang-undang dan diselenggarakan oleh Badan Usaha Milik Negara 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 hukum (yuridis) maupun perbuatan administrasi negara yang bersifat non-hukum (faktual). 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 pemusatan kegiatan yang berkaitan dengan produksi dan pemasaran atas barang 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 Tentang *Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*. Monopoli dan/atau pemusatan kegiatan oleh negara harus diatur dengan undang-undang dan diselenggarakan secara efisien serta implikasi pelaksanaannya tidak mengakibatkan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat. Isi Pasal 51 UU Nomor 5 Tahun 1999 menyatakan:

"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."

Pedoman menjabarkan ketentuan Pasal 51 UU sebagai berikut:

Monopoli dan/atau Pemusatan Kegiatan

1.1. Monopoli

Dalam Pasal 1 angka 1 UU Nomor 5 Tahun 1999, definisi monopoli adalah:

"Penguasaan atas produksi dan atau pemasaran barang dan atau atas penggunaan jasa tertentu oleh satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha."

Berdasarkan definisi tersebut, monopoli pada dasarnya menggambarkan suatu keadaan penguasaan pelaku usaha atas barang dan atau jasa tertentu yang dapat dicapai tanpa harus melakukan ataupun mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.

1. 2. 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 Nomor 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 praktek 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: (1) produksi dan/atau pemasaran barang dan/atau jasa yang menguasai hajat hidup orang banyak dan (2) cabang-cabang produksi yang penting bagi negara.

1. 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.

2. 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.

3. 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.

4. Diselenggarakan oleh Badan Usaha Milik Negara dan/atau badan atau lembaga yang dibentuk atau ditunjuk oleh Pemerintah

- a. Diselenggarakan oleh Badan Usaha Milik Negara

Badan usaha milik negara menurut Pasal 1 angka 1 UU Nomor 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 dimana 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 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 berasal 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:

- (1). pemerintahan negara;
- (2). manajemen keadministrasian negara;
- (3). pengendalian atau pengawasan terhadap badan usaha milik negara; dan atau
- (4). tata usaha negara.

Badan atau lembaga yang dibentuk pemerintah dalam menyelenggarakan monopoli dan/atau pemusatan kegiatan wajib memenuhi hal-hal sebagai berikut:

- 1) pengelolaan dan pertanggungjawaban kegiatannya dipengaruhi, dibina, dan dilaporkan kepada pemerintah;
- 2) tidak semata-mata ditujukan untuk mencari keuntungan;
- 3) 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 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 kewenangan 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 praktek 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:

- (1) Diselenggarakan oleh BUMN.
- (2) Diselenggarakan oleh BUMN dan badan yang dibentuk pemerintah.
- (3) Diselenggarakan oleh BUMN dan lembaga yang dibentuk pemerintah.
- (4) Diselenggarakan oleh Badan yang dibentuk pemerintah.
- (5) Diselenggarakan oleh Lembaga yang dibentuk pemerintah.
- (6) Diselenggarakan oleh BUMN dan badan yang ditunjuk pemerintah.
- (7) Diselenggarakan oleh BUMN dan lembaga yang ditunjuk pemerintah.
- (8) Diselenggarakan oleh Badan yang ditunjuk pemerintah.
- (9) Diselenggarakan oleh lembaga yang ditunjuk pemerintah.

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 (UU Antimonopoli) dibentuk 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. Komisi ini kemudian dibentuk berdasarkan Keppres No 75 Tahun 1999 dan diberi nama Komisi Pengawas Persaingan Usaha atau KPPU.

Dengan demikian, penegakan hukum Antimonopoli dan persaingan usaha berada dalam kewenangan KPPU. Namun demikian, tidak berarti bahwa tidak ada lembaga lain yang berwenang menangani perkara monopoli dan persaingan usaha. Pengadilan Negeri (PN) dan Mahkamah Agung (MA) juga diberi wewenang untuk menyelesaikan perkara tersebut. PN diberi wewenang untuk menangani keberatan terhadap putusan KPPU dan menangani pelanggaran hukum persaingan yang menjadi perkara pidana karena tidak dijalkannya putusan KPPU yang sudah *in kracht*. MA diberi kewenangan untuk menyelesaikan perkara pelanggaran hukum persaingan apabila terjadi kasasi terhadap keputusan 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*)³⁷⁵ yang mempunyai wewenang berdasarkan UU No 5 Tahun 1999 untuk melakukan penegakan hukum persaingan usaha. Secara sederhana *state auxiliary organ* adalah lembaga negara yang dibentuk diluar konstitusi

³⁷⁵ Budi L. Kagramanto, "Implementasi UU No 5 Tahun 1999 Oleh KPPU", *Jurnal Ilmu Hukum Yustisia* 2007: p.2.

dan merupakan lembaga yang membantu pelaksanaan tugas lembaga negara pokok (Eksekutif, Legislatif, dan Yudikatif)³⁷⁶ 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 demokrasi³⁷⁷.

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 KPK maka terdapat persamaan dan perbedaan antara KPK dengan KPPU. Beberapa persamaan 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 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 independent berdasarkan konstitusi atau yang memiliki *constitutional importance*³⁷⁸. Hal ini dikarenakan walaupun pembentukan KPK dengan UU, namun keberadaan KPK memiliki sifat constitutional importance berdasarkan Pasal 24 ayat (3) UUD NRI 1945. Sedangkan KPPU merupakan lembaga independen lain yang dibentuk berdasarkan undang-undang³⁷⁹

Perbedaan yang lain berkaitan dengan latar belakang pembentukan kedua komisi ini. 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 komisi sangat penting, hanya saja perlu ada 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,

³⁷⁶ Jimly Asshiddiqie, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi* (Konpress, 2006) p.24.

³⁷⁷ 6 Juli 2009 [http:// www.reformasihukum.org](http://www.reformasihukum.org)

³⁷⁸ Jimly Asshiddiqie, *op.cit.* p.24.

³⁷⁹ *Ibid.* p.26.

dan pelaku usaha kecil. Selain itu, komisi ini 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 Usaha, namun KPPU bukanlah lembaga peradilan khusus persaingan usaha. Dengan demikian KPPU tidak berwenang menjatuhkan sanksi baik pidana maupun perdata. Kedudukan KPPU lebih merupakan lembaga administrative 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 yang 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 praktek di Amerika dimana FTC bertanggung jawab kepada Presiden. Ketentuan ini wajar karena KPPU melaksanakan sebagian dari tugas tugas pemerintah, sedangkan kekuasaan tertinggi pemerintahan ada dibawah 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.

Disamping 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 seringkali 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 kerjasama yang baik antara KPPU dengan instansi pemerintah dalam hal penyelidikan terhadap dugaan persaingan usaha tidak sehat. Sehingga KPPU seringkali 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.

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 tugas KPPU terdiri dari:

1. Melakukan penilaian terhadap perjanjian yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.
2. Melakukan penilaian terhadap kegiatan usaha dan atau tindakan pelaku usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.
3. Melakukan penilaian terhadap ada atau tidak adanya penyalahgunaan posisi dominan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek 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 praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.
6. Menyusun pedoman dan atau publikasi yang berkaitan dengan UU No.5/1999
7. Memberikan laporan secara berkala atas hasil kerja Komisi kepada Presiden dan DPR.

Dalam menjalankan tugas tugasnya tersebut, Pasal 36 UU No.5/1999 memberi wewenang kepada KPPU untuk:

1. Menerima laporan dari masyarakat dan atau dari pelaku usaha tentang dugaan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.
2. Melakukan penelitian tentang dugaan adanya kegiatan usaha dan atau tindakan pelaku usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.

3. Melakukan penyelidikan dan atau pemeriksaan terhadap kasus dugaan praktek 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 praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.
5. Memanggil pelaku usaha yang diduga telah melakukan pelanggaran terhadap ketentuan UU No.5/1999.
6. Memanggil dan menghadirkan saksi, saksi ahli, dan setiap orang yang dianggap mengetahui pelanggaran ketentuan UU No.5/1999.
7. Meminta bantuan penyidik untuk menghadirkan pelaku usaha, saksi, saksi ahli atau setiap orang yang dimaksud dalam nomor 5 dan 6 tersebut di atas 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.5/1999.
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 praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.
12. Menjatuhkan sanksi berupa tindakan administratif kepada pelaku usaha yang melanggar ketentuan UU No.5/1999.

Jadi, KPPU berwenang untuk melakukan penelitian dan penyelidikan dan akhirnya memutuskan apakah pelaku usaha tertentu telah melanggar UU No.5/1999 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 Pengadilan Negeri.

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 antimonopoli.³⁸⁰ Hal ini sesuai dengan tujuan UU No.5/1999 yang

³⁸⁰ Knud Hansen. et. al. *op.cit* p.389.

tercantum dalam Pasal 3 huruf a UU No.5/1999 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

Lembaga yang serupa dengan KPPU di Australia adalah *the Australian Competition and Consumer Commission (ACCC)*. Sebagaimana 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 tertentu. Komisi ini bertemu secara rutin, biasanya seminggu sekali, untuk membuat keputusan tentang masalah-masalah yang tengah diselidiki oleh ACCC³⁸¹.

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 ibukota negara bagian di Australia dan Townsville untuk menangani keluhan masyarakat dan pertanyaan³⁸².

Sebagaimana 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 otorisasi kepada pelaku usaha yang ingin dikecualikan dari berlakunya hukum persaingan dengan alasan adanya manfaat bagi masyarakat. Namun, tidak ada otorisasi untuk *misuse of market power*. Otorisasi akan diberikan apabila tindakan pelaku usaha mendatangkan manfaat kepada masyarakat melebihi dampak negatif tindakan tersebut terhadap persaingan³⁸³.

ACCC juga mempunyai hak untuk menerima notification untuk perbuatan exclusive dealing. Menurut Pasal 93 *the Trade Practices Act*, pelaku usaha yang melakukan

³⁸¹ The Australian Competition and Consumer Commission, *Roles and Activities*, 2 Mei 2009 <<http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/54165>>

³⁸² *Ibid.*

³⁸³ Terry A and Giugni D, *Business, Society and the Society* (Australia: Harcourt Brace dan Company, 1997) pp.648-649.

exclusive dealing yang memberikan notifikasi kepada the ACCC akan mendapatkan pengecualian dengan syarat adanya manfaat kepada masyarakat yang melebihi dampak negatif *exclusive dealing* tersebut terhadap persaingan.³⁸⁴ Menurut Pasal 29(1) UU Antimonopoli, KPPU juga berhak menerima semacam "*notification*" untuk tindakan penggabungan, akuisisi dan peleburan. Namun, menurut Pasal ini, hak semacam itu terbatas untuk penggabungan, akuisisi dan peleburan yang berakibat nilai aset dan atau nilai penjualannya melebihi jumlah tertentu.³⁸⁵ Di samping itu, notifikasi menurut Pasal ini bukan untuk mengecualikan tindakan yang melanggar persaingan, tetapi untuk mencegah terjadinya penggabungan, akuisisi dan peleburan yang menyebabkan terjadinya praktek 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:

- a. Menyatakan telah terjadi pelanggaran;
- b. Menghentikan tindakan pelanggaran tersebut;
- c. Memfasilitasi pemulihan terhadap konsumen dan pelaku usaha yang terkena dampak pelanggaran;
- d. Membuat jera pelaku usaha agar tidak melakukan pelanggaran serupa di kemudian hari;
- e. Memberikan hukuman atau denda.³⁸⁶

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, the ACCC menggunakan beberapa pendekatan informal seperti:

- a. Bila pelanggaran yang disangkakan tidak terbukti, ACCC dapat menyediakan informasi pada pihak-pihak yang berkepentingan untuk menjelaskan duduk perkaranya.
- b. Bila tidak ada informasi yang cukup untuk mendukung penyelidikan lebih lanjut, ACCC dapat menunda atau membatalkan penyelidikan dengan atau tanpa memberitahu pelaku usaha.

³⁸⁴ *Ibid.*

³⁸⁵ Pasal 29(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."

³⁸⁶ The Australian Competition and Consumer Commission, Roles and Activities, 2 Mei 2009 <<http://www.accc.gov.au/content/index.php/itemId/54165>>

- c. 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.
- d. 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.³⁸⁷

Di Indonesia, terhadap putusan KPPU dapat diajukan keberatan ke Pengadilan Negeri. Kemudian, terhadap putusan PN tersebut, dapat dimintakan kasasi ke Mahkamah Agung. 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*.³⁸⁸

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 Antimonopoli Indonesia. Pasal 44 ayat (4) menyatakan bahwa KPPU akan menyerahkan pelanggaran ke penyidik apabila pelaku usaha tidak mengajukan keberatan dan tidak mematuhi putusan KPPU.

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 komisioner yang dicalonkan oleh presiden dan dilantik oleh senat dan bertugas selama 7 tahun. Presiden kemudian memilih satu komisioner sebagai ketua. Tidak boleh ada lebih dari 3 komisioner yang berasal dari partai politik yang sama.³⁸⁹

³⁸⁷ *Ibid.*

³⁸⁸ *Ibid.*

³⁸⁹ The Federal Trade Commission, *A Guide to the Federal Trade Commission*, 12 Mei 2009 www.ftc.gov/bcp/edu/pubs/consumer/general/gen03.shtm

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*).³⁹⁰

Tugas Biro Perlindungan Konsumen adalah untuk melindungi konsumen dari praktek praktek yang tidak adil, menipu atau tidak jujur. Biro ini melaksanakan berbagai UU 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.³⁹¹

Biro Persaingan di dalam FTC bertugas mencegah *merger* yang berakibat pada tidak adanya persaingan (*anticompetitive mergers*) dan praktek bisnis anti kompetitif 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 mereview usulan *merger* (*proposed mergers*) dan efek anti kompetisi lainnya. Apabila syarat syarat telah dipenuhi, Biro Persaingan dapat merekomendasikan FCT untuk mengambil langkah penegakan hukum formal untuk melindungi konsumen. Biro ini juga berfungsi sebagai sumber riset dan kebijakan dalam masalah persaingan dan menyediakan panduan untuk pelaku usaha.³⁹²

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 anti persaingan 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

³⁹⁰ *Ibid.*

³⁹¹ *Ibid.*

³⁹² *Ibid.*

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.³⁹³

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.³⁹⁴

The Japanese Fair Trade Commission (JFTC) merupakan komisi yang menangani persaingan usaha di Jepang. JFTC adalah komisi *administrative independen* yang dibentuk meniru *the Federal Trade Commission* di AS.³⁹⁵

JFTC terdiri dari seorang ketua, dan 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.³⁹⁶

Sebagaimana KPPU, JFTC mempunyai wewenang untuk melakukan penelitian dan penyelidikan adanya pelanggaran Hukum Persaingan Usaha (*Japanese Antimonopoly Act*). JFTC menunjuk beberapa anggota stafnya sebagai penyidik. 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 menggeladahkan 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 bulan atau denda maksimal 200.000 yen.³⁹⁷

Apabila JFTC menemukan bukti adanya pelanggaran, JFTC akan mengeluarkan rekomendasi yang berisi hasil temuannya, bentuk pelanggaran yang dituduhkan dan

³⁹³ *Ibid.*

³⁹⁴ *Ibid.*

³⁹⁵ Masahiro Murakami, *The Japanese Antimonopoly Act* (2003) p.64.

³⁹⁶ *Ibid.* p.65.

³⁹⁷ *Ibid.* pp.65, 67-68.

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.³⁹⁸

Berbeda dengan di Indonesia dimana 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.³⁹⁹

Komisi yang menangani Persaingan di Singapura disebut *the Competition Commission of Singapore (CCS)*.⁴⁰⁰ Berdasarkan Pasal 6 UU Persaingan Singapura, mempunyai fungsi dan tugas sbb:

- a. mempertahankan dan mengusahakan perilaku pasar yang efisien dan mempromosikan keseluruhan produktivitas, inovasi dan daya saing pasar di Singapura;
- b. menghilangkan atau mengontrol praktek-praktek yang berdampak buruk pada persaingan di Singapura;
- c. mempromosikan dan mempertahankan persaingan di pasar di Singapura;
- d. mempromosikan budaya dan lingkungan persaingan yang kuat pada keseluruhan ekonomi Singapura;
- e. bertindak secara internasional sebagai badan perwakilan nasional Singapura sehubungan dengan masalah persaingan;
- f. memberikan nasihat kepada Pemerintah atau otoritas publik lainnya dalam kepentingan dan kebijakan nasional terkait dengan masalah persaingan pada umumnya;
- g. 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

³⁹⁸ *Ibid.* pp.65-66.

³⁹⁹ *Ibid.* p.66.

⁴⁰⁰ Hukum Persaingan Usaha di Singapore diatur dalam *the Competition Act 2004*.

melakukan penyelidikan terhadap kemungkinan adanya pelanggaran atas larangan UU Persaingan, membuat pedoman dan membuat putusan-putusan.

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 Antimonopoli Indonesia memberikan kewenangan kepada KPPU antara lain untuk melakukan penilaian terhadap perjanjian, kegiatan, dan tindakan pelaku usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek 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*.⁴⁰¹ Kewenangan CCS sebagaimana tercantum dalam *Second Schedule* tersebut antara lain mencakup melakukan penyelidikan yang dianggapnya penting untuk menegakkan hukum persaingan dan meminta siapa saja untuk menyediakan informasi yang diperlukan untuk melaksanakan ketentuan-ketentuan dalam hukum persaingan.

Jika dibanding 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 (i) perjanjian yang menghambat, membatasi, atau merusak persaingan; (ii) perbuatan pemanfaatan posisi dominan; dan (iii) merger yang mengakibatkan, atau

⁴⁰¹ Pasal 7 ayat (1) *Competition Act 2004*.

dapat mengakibatkan mengurangi persaingan secara substansial.⁴⁰²

Lebih dari itu, dalam memasuki rumah, pejabat penyelidik atau pengawas dapat:

- a. membawa peralatan yang menurutnya penting;
- b. 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;
- c. meminta siapa saja untuk menyatakan, sejauh yang ia ketahui dan yakini, di mana dokumen tersebut ditemukan;
- d. mengambil salinan, atau ringkasan setiap dokumen yang dibuat;
- e. meminta informasi yang disimpan dalam bentuk elektronik dan dapat diakses dari rumah tersebut dan yang menurut penyelidik dan pengawas berkaitan dengan segala hal yang relevan dengan penyelidikan, untuk dibuat dalam bentuk (i) yang dapat dibawa; dan dapat dilihat dan dibaca; dan
- f. 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 dipunyai oleh KPPU berdasarkan UU No.5/1999 Indonesia, KPPU hanya diberi wewenang untuk mendapatkan, meneliti, dan atau menilai surat, dokumen atau alat bukti lain guna penyelidikan dan pemeriksaan.⁴⁰³

Tidak seperti UU No.5/1999 di Indonesia, *Competition Act 2004* mengenal lembaga banding pada tingkat Commission, yakni dilakukan oleh *the Competition Appeal Board*.⁴⁰⁴ 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;⁴⁰⁵

- a. semua kewenangan yang dimiliki oleh CCS yang diperlukan untuk menjalankan fungsinya;
- b. memiliki kewenangan, hak, dan keutamaan yang dimiliki oleh Pengadilan Negeri dalam *hearing* dari suatu tindakan, termasuk memaksa saksi untuk

⁴⁰² Lihat Pasal 34, 47, dan 54 *Competition Act 2004*.

⁴⁰³ Pasal 36 huruf (j) UU Nomor 5 Tahun 1999.

⁴⁰⁴ Art. 72 *Competition Act 2004*.

⁴⁰⁵ Art. 73 *Competition Act 2004*.

- memaksa pembuatan dokumen; dan menentukan ongkos atau biaya yang mungkin harus dikeluarkan terkait dengan pelaksanaan banding;⁴⁰⁶
- c. 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;
 - d. ketika seseorang secara benar telah dipanggil untuk hadir di depan Dewan tidak hadir, orang tersebut dianggap bersalah karena kejahatan (*guilty of offence*);
 - e. 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;
 - f. 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.⁴⁰⁷

IX.2. Hukum Acara di KPPU

Hukum Acara di KPPU ditetapkan oleh KPPU dan sejak berdiri di tahun 2000, hukum acara tersebut telah mengalami satu kali 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 1/2006) yang mulai efektif berlaku 18 Oktober 2006.

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

⁴⁰⁶ Art. 72 (15) *Competition Act 2004*

⁴⁰⁷ Art. 74 (4) *Competition Act 2004*

putusan KPPU. Namun demikian, hukum acara untuk permasalahan hukum persaingan hanya diatur dalam UU Antimonopoli dan Keputusan KPPU No 5 Tahun 2000 tentang Tata Cara Penyampaian Laporan dan Penanganan Dugaan Pelanggaran terhadap UU No 5 Tahun 1999. Tidak dijelaskan apakah apabila dalam praktek 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 praktek monopoli atau persaingan usaha tidak sehat.⁴⁰⁸

Untuk menimbulkan keyakinan, maka Komisi harus memastikan ada tidaknya perbuatan yang menyebabkan terjadinya praktek monopoli atau persaingan usaha. Dalam proses mencari kepastian tersebut, Komisi berwenang memanggil pelaku usaha yang dengan alasan yang cukup diduga telah melakukan pelanggaran.⁴⁰⁹ Yang dimaksud dengan dugaan yang cukup beralasan adalah dugaan yang dihasilkan dari proses penyelidikan yang dilakukan oleh Komisi.⁴¹⁰ 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. Disamping 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.

IX.3. Pemeriksaan oleh KPPU

Dalam melaksanakan tugasnya mengawasi pelaksanaan UU No 5 Tahun 1999,

⁴⁰⁸ Destivanov Wibowo dan Harjon Sinaga, Hukum Acara Persaingan Usaha (Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2005) p.365

⁴⁰⁹ Knud Hansen, et al., *op.cit.* p.384.

⁴¹⁰ *Ibid*, p.384.

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 praktek 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 nomor 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: Nomor 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.5/1999 menentukan bahwa jangka waktu pemeriksaan pendahuluan adalah 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 praktek 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 Antimonopoli menentukan bahwa jangka waktu pemeriksaan lanjutan adalah 60 hari sejak berakhirnya pemeriksaan pendahuluan, dan dapat diperpanjang paling lama 30 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.⁴¹¹

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.5/1999, kemudian perkara diserahkan kepada kepolisian (Pasal 41 ayat 3 UU No.5/1999). Ini berarti bahwa perkara berubah menjadi perkara pidana.

⁴¹¹ Destivano Wibowo dan Harjon Sinaga, *op.cit.* p.27.

b. Pemeriksaan

1). Administratif

Prosedur administratif meliputi pemeriksaan identitas dan pembacaan hak yang dimiliki oleh pelaku usaha, saksi atau pihak lain. Menurut Pasal 39(3), Komisi wajib menjaga kerahasiaan informasi yang diperoleh dari pelaku usaha apabila memang informasi tersebut termasuk rahasia perusahaan. Menurut Pasal 39(5), dalam melakukan pemeriksaan, anggota Komisi dilengkapi dengan surat tugas. Menurut ketentuan Pasal 20 Keputusan KPPU No 05 Tahun 2000, pihak yang diperiksa tersebut berhak didampingi oleh kuasa hukumnya yaitu advokat sebagaimana diatur dalam UU Advokat No 18 Tahun 2003.

2). 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.⁴¹²

Pelaku usaha diberi kesempatan untuk memeriksa dan membaca BAP pemeriksaan. Apabila diperlukan dan disetujui KPPU, pelaku usaha dapat memberikan koreksi atas BAP tersebut. Sebelum sidang ditutup, baik dalam pemeriksaan pendahuluan maupun pemeriksaan 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.

3). Pembuktian

Pasal 42 UU No.5/1999 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 disini adalah orang yang mempunyai keahlian di bidang praktik monopoli dan persaingan usaha, dan memahami bidang usaha yang dilakukan oleh pelaku usaha yang sedang diperiksa.⁴¹³

⁴¹² *Ibid.* p.36.

⁴¹³ *Ibid.* p.46.

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.⁴¹⁴

Petunjuk dapat dijadikan sebagai alat bukti asalkan petunjuk itu mempunyai kesesuaian dengan petunjuk lainnya atau sesuai dengan perbuatan atau perjanjian yang diduga melanggar UU Antimonopoli. 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 disama ratakan, melainkan ditentukan kasus per kasus.⁴¹⁵

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.⁴¹⁶

c. Pembacaan Putusan

Pasal 43 ayat (3) UU No.5/1999 mensyaratkan setelah 30 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 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.

UU No.5/1999 tidak menyebutkan secara rinci apakah petikan putusan tersebut harus disampaikan secara langsung kepada pelaku usaha (in person) atau dapat

⁴¹⁴ Knud Hansen, et al., *op.cit.* p.395.

⁴¹⁵ *Ibid.* p.395.

⁴¹⁶ Terry A dan Giugni D, *Business, Society and the Society* (Australia: Harcourt Brace & Company, 1997) pp. 678 – 679.

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.⁴¹⁷ 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 e-mail atau fax.

IX.4. Pelaksanaan Putusan KPPU

IX.4.1. Beberapa Macam Tanggapan Pelaku Usaha terhadap Putusan KPPU

Terhadap putusan KPPU terdapat tiga kemungkinan, yaitu:

- a. 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 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 Pengadilan Negeri (Pasal 46 ayat (2) UU No. 5 Tahun 1999).
- b. Pelaku usaha menolak putusan KPPU dan selanjutnya mengajukan keberatan kepada Pengadilan negeri. Dalam hal ini pelaku usaha yang tidak setuju terhadap putusan yang dijatuhkan oleh KPPU, maka pelaku usaha dapat mengajukan keberatan ke Pengadilan negeri dalam jangka waktu 14 hari setelah menerima pemberitahuan tersebut (Pasal 44 ayat (2) UU No. 5 Tahun 1999).
- c. 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 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).

⁴¹⁷ Knud Hansen, et all., *op.cit.* p.396.

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.

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 penyidik, 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 Pengadilan Negeri (PN) dalam tenggang waktu 14 hari setelah menerima pemberitahuan putusan komisi (Pasal 44 ayat (2) UU No 5 Tahun 1999). Upaya hukum tersebut diajukan ke PN tempat kedudukan hukum usaha pelaku usaha (Pasal 1 angka (19) UU No. 5 Tahun 1999).

Pengadilan Negeri harus memeriksa keberatan tersebut dalam waktu 14 hari terhitung sejak diterimanya keberatan tersebut (Pasala 45 ayat (1) UU No 5 Tahun 1999). Setelah dilakukan pemeriksaan oleh PN, maka PN wajib memberikan putusan dalam waktu 30 hari terhitung sejak dimulainya pemeriksaan keberatan (Pasal 45 ayat (2) UU No. 5 Tahun 1999).

Pengajuan Keberatan merupakan upaya hukum baru yang diperkenalkan oleh UU No. 5 Tahun 1999. Sebelumnya, hukum acara di Indonesia hanya mengenal 2 jenis upaya hukum, yakni upaya hukum biasa yang meliputi banding dan kasasi, dan upaya hukum luar biasa, yakni peninjauan kembali.

1). Pengertian Upaya Hukum Keberatan terhadap Putusan KPPU

Ketentuan yang khusus mengatur keberatan terdapat dalam Perma No 1 Tahun 2003 yang mendefinisikan keberatan sebagai “upaya hukum bagi pelaku usaha yang tidak menerima putusan KPPU.” Pasal 2 ayat (1) Perma No 3 Tahun 2005 menyatakan “Keberatan terhadap putusan KPPU hanya diajukan oleh pelaku usaha terlapor kepada pengadilan negeri 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.

2). 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

- a. 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 PN akan menjatuhkan putusan yang berbeda atas putusan KPPU yang sama. Hal ini tentunya akan mempengaruhi kewibawaan lembaga peradilan dan menciptakan ketidak pastian 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. 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.

Kasus IX.2

- b. 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 PN Jakarta Selatan atas putusan KPPU yang menyatakan PT Holdiko terbukti melanggar UU Antimonopoli 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. Rasionalitasnya 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 diantaranya adalah ditetapkannya tenggang waktu. Pasal 5 ayat (5) Perma No 3 Tahun 2005 menentukan bahwa majelis hakim harus memberikan

putusan dalam waktu 30 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.

Perbedaan lainnya adalah tidak adanya proses mediasi pada saat sidang pertama. Dalam perkara perdata, proses mediasi ini adalah wajib dilakukan berdasarkan Perma No 2 Tahun 2003 tentang Prosedur Mediasi di Pengadilan. Pasal 5 ayat (2) Perma No 2 Tahun 2003 menentukan bahwa tenggang waktu untuk proses mediasi itu adalah 30 hari, setelah 30 hari para pihak wajib menghadap kembali pada hakim pada sidang yang telah ditentukan. Apabila berhasil diperoleh kata sepakat dalam proses perdamaian maka hakim akan membuat suatu putusan yang isinya menghukum para pihak untuk mematuhi hasil perdamaian. Sedangkan bila tidak ada kata sepakat maka hakim akan meneruskan sidang dengan acara selanjutnya.

Berkaitan dengan pemeriksaan keberatan terhadap putusan KPPU, ketentuan Perma No 2 Tahun 2003 tidak dapat diterapkan mengingat PN hanya mempunyai waktu 30 hari untuk memutus perkara, sedangkan mediasi yang disyaratkan membutuhkan waktu 30 hari. Oleh karena itu MA dalam Pasal 5 ayat(3) Perma No 3 Tahun 2005 menentukan bahwa pemeriksaan keberatan terhadap putusan KPPU dilakukan tanpa melalui proses mediasi.

Selain perbedaan tersebut diatas, 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, dimana 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. Nomor registrasi keberatan mempunyai nomor dan kode khusus dibedakan dari perkara perdata pada umumnya. Kode perkara tersebut adalah: Nomor Perkara/KPPU/Tahun Singkatan Pengadilan Negeri 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 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 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 departemen 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 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 diluar negeri. Ketidak hadirannya 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 diluar negeri.

3). Kedudukan PN 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 :

- a. Pasal 5 ayat (4) "Pemeriksaan keberatan dilakukan hanya atas dasar putusan KPPU dan berkas perkara sebagaimana dimaksud dalam ayat (2)".
- b. Pasal 6 ayat (1) "Dalam hal Majelis Hakim berpendapat perlu pemeriksaan tambahan, maka melalui putusan sela memerintahkan kepada KPPU untuk dilakukan pemeriksaan tambahan".

4). 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 praktek pemeriksaan tambahan ini seringkali menemui kesulitan karena Perma tersebut tidak mengatur bagaimana bila terdapat bukti baru dan saksi baru yang diajukan oleh pemohon. Apakah hal tersebut diperkenankan?

Selain itu, Perma 3 Tahun 2005 juga tidak mengatur secara detail berapa lama waktu yang diberikan untuk melakukan pemeriksaan tambahan. Hal ini dapat berakibat timbulnya ketidak pastian 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?

Permasalahan lain yang dihadapi KPPU adalah dalam melaksanakan penyelidikan, KPPU seringkali mengalami permasalahan dengan instansi pemerintah dalam memperoleh data.⁴¹⁸ Pasal 36 UU Antimonopoli memang memberikan wewenang

⁴¹⁸ Suhendra, *Penyelidikan KPPU Masih Terbentur Masalah Antar Instansi*, 12 Maret 2008 <http://www.detikfinance.com/read/2008/03/12/135149/907246/4/>

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 Antimonopoli. Namun demikian, instansi yang terkait erat dengan KPPU seperti Direktorat Jenderal Bea Cukai, Dirjen HKI atau institusi pasar modal seringkali 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.⁴¹⁹ Akibatnya, penyelidikan oleh KPPU menjadi terhambat. Untuk mengatasi masalah tersebut, maka perlu dibuat MoU antara KPPU dengan 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.

5). Putusan Pengadilan terhadap Upaya Keberatan

Putusan Pengadilan Negeri dalam pemeriksaan perkara keberatan dapat berupa:

a. Menguatkan putusan KPPU

Pengadilan negeri 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.

b. Membatalkan putusan KPPU

Apabila PN berpendapat bahwa Majelis KPPU telah salah dalam memeriksa perkara, atau pelaku usaha tidak terbukti melakukan pelanggaran terhadap UU No.5/1999 maka PN dapat membatalkan putusan majelis Komisi. Dalam hal ini maka putusan Majelis KPPU dianggap tidak pernah ada.

c. Membuat putusan sendiri

Pengadilan negeri mempunyai kewenangan untuk membuat putusan sendiri dalam menangani perkara keberatan. Putusan PN dapat berupa

⁴¹⁹ *Ibid.*

menguatkan sebagian putusan majelis KPPU, sedangkan isi putusan yang selebihnya dibatalkan.

Ditinjau dari sifatnya, putusan PN dalam perkara keberatan dapat berupa:

a. 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 apapun untuk mengeksekusi putusan.

b. 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.

6). 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.

b. 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 Pengadilan Tinggi.

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 UU MA 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.

XI.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 *constitutif*. Putusan tersebut hanya menyatakan bahwa putusan KPPU yang menyatakan pelaku usaha melanggar UU Antimonopoli 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.⁴²⁰ 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 *condemnatoir* yang menyatakan bahwa pelaku usaha melanggar UU No.5/1999 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.

⁴²⁰ M Yahya Harahap, Hukum Acara Perdata tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian dan Putusan Pengadilan (Sinar Grafika, 2004) p.876.

Dalam waktu 30 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.5/1999 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 praktek 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.5/1999 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.

XI.4.4. Sanksi

UU No 5 Tahun 1999 menetapkan 2 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 5/1999, tanggal 31 Juli 2008.

Ketentuan soal denda sebenarnya sudah diatur dalam Pasal 47 UU No 5 /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 mendasarkan 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, keputusan KPPU No. 252/2008 tersebut diharapkan bisa mengatasi masalah ini.

Ketentuan yang diatur dalam Keputusan tersebut diantaranya adalah penentuan nilai dasar denda. Dalam lampiran Keputusan KPPU No 252/2008 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.5/1999 menentukan bahwa sanksi pidana pokok meliputi pidana denda minimal Rp 25.000.000.000,- dan maksimal Rp.100.000.000.000,-. Pidana denda tersebut dapat diganti dengan pidana kurungan selama lamanya 6 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 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,- dan setinggi tingginya Rp 25.000.000.000,- atau pidana kurungan pengganti denda selama lamanya 5 bulan.
- 3) Terjadi pelanggaran terhadap ketentuan Pasal 41. Ancaman pidananya adalah serendah rendahnya Rp. 1.000.000.000,- dan setinggi tingginya Rp 5.000.000.000,- atau pidana kurungan pengganti denda selama lamanya 3 bulan.

c. Pidana Tambahan

Pasal 49 UU No.5/1999 menentukan bahwa pidana tambahan yang dapat dijatuhkan terhadap pelaku usaha dapat berupa:

- 1) Pencabutan ijin usaha, atau
- 2) Larangan kepada pelaku usaha yang telah terbukti melakukan pelanggaran terhadap UU ini untuk menduduki jabatan direksi atau komisaris sekurang kurangnya 2 tahun, atau

- 3) Penghentian kegiatan atau tindakan tertentu yang menyebabkan timbulnya kerugian pada pihak lain.

Di 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))
- 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.4.5. *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.⁴²¹

Class action yang dalam bahasa Indonesia disebut dengan gugatan perwakilan kelompok, memang sudah secara resmi diadopsi ke dalam hukum Indonesia, terutama dalam UU Perlindungan Konsumen dan Undang-Undang Pengelolaan Lingkungan Hidup.

⁴²¹ M Yahya Harahap, Hukum Acara Perdata tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian dan Putusan Pengadilan (Sinar Grafika, 2004) p.876.

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 menerapkannya⁴²² 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.⁴²³ 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 dilaungkan ke domisili tergugat (*actor sequitur forum rei*). Sementara UU 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 pengadilan negeri yang berbeda.

⁴²² *Ibid.* p.103.

⁴²³ Sudikno Mertokusumo, Hukum Acara Perdata Indonesia (Liberty, 2006) p.76.

Berkaitan dengan kasus Temasek, terdapat gugatan *class action* yang diajukan di pengadilan negeri 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 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 tariff secara eksekutif⁴²⁴. 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.

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 si tergugat melanggar hukum. Astro disebut telah melanggar hak konsumen sebagaimana diatur dalam

⁴²⁴ Hukum Online, Akibat 'Kekosongan Hukum', Class Action terhadap Temasek dkk Menjamur, 29 Juli 2008 <http://www.hukumonline.com/detail.asp?id=19813&cl=Berita>

UU No 8/1999 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 dikumuliskannya gugatan *class action* maka akan mencegah terjadinya putusan yang saling bertentangan antara pengadilan yang satu dengan yang lain dalam masalah yang sama.

DAFTAR PUSTAKA

- ABA Section of Antitrust Law. (2002). *Antitrust Law Developments* (5th ed.).
- Agreement on Trade Related Aspects of Intellectual Property Rights (TRIPS)*. Annex 1 C.
- Andersen, W.R., and Paul Rogers III, C. (1999). *Antitrust Law: Policy and Practice*. (3rd ed.). Matthew Bender.
- Anggraini, M.T. (2003). *Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Tidak Sehat: Per se Illegal atau Rule of Reason*. Jakarta: Program Pascasarjana FH-UI.
- Areeda, P. (1981). *Antitrust Analysis, Problems, Text, Cases*. Little Brown and Company.
- Areeda, P., and Turner, D. (1975). [Harvard Law Review]. *Predatory Pricing and Related Practices under Section 2 of the Sherman Act*, 88 (4).
- Asshiddiqie, J. (2006). *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi*. Konpress.
- Baumol, W.J., & Blinder, A.S. (1985). *Economics, Principles and Policy* (3rd ed.). Orlando, Florida: Harcourt Brace Jovanovich Publisher.
- Black, H.C. (1990). *Black's Law Dictionary* (6th ed.) St. Paul, Minnesota: West Publishing Co.
- Bonow, M. (Ed). (1964). *The Role of Cooperatives in Social and Economic Development*. London: International Cooperative Alliance.
- Bork, R.H. (1965). The Rule of Reason and the Per se Concept: Price Fixing and Market Division. *The Yale Law Journal*, 74 (5).
- (1978). *The Antitrust Paradox, A Policy at War with Itself*, New York: Basic Books Inc.
- Bowman, W.S. Jr. (1957). Tying Arrangement and Leverage Problem. *The Yale Law Journal*, 19.
- Brazier, R., & Sahala, S. (Eds.), *Undang-Undang Antimonopoli Indonesia dan Dampaknya Terhadap Usaha Kecil dan Menengah*. The Asia Foundation.
- Bannock, G. (2003). *The Penguin Dictionary of Economics* (7th ed.). Penguin Books.

- Brunet, E. (1984). [Washington Law Review]. *Streamlining Antitrust Litigation by 'Facial Examination' of Restraints: The Burger Court and the Per Se-Rule of Reason Distinction*, 1.
- Burgess, G.H. Jr. (1995). *The Economic of Regulation and Antitrust*. Harper Collins College Publishers.
- Carstensen P.C. (1986). *Predatory Pricing in the Courts: Reflection on Two Decision* (Rev. 928). 61 Notre Dame L.
- Clarke, P., and Stephen, C. (2000). *Competition Law and Policy: cases and materials*. Oxford University Press.
- Corones, S.G. (2007). *Competition Law in Australia* (4th ed.). Lawbook.
- Corwin, D.E. (1949). *Maintaining Competition Requisites of a Governmental Policy*. (1st ed). MnGraw Hill Book Company, Inc.
- Craig, P., & de Burca, G. (2003). *EU Law, Text, Cases and Material* (3rd ed.). New York: Oxford University Press.
- (1997). [Harvard Law Review]. *Development in the Law-The Civil Jury: The Jury's Capacity to Decide Complex Civil Cases*, 110.
- Devlin, A. (2007). [Stanford Law Review]. *A Proposed Solution to Problem of Parallel Pricing in Oligopolistic Market*.
- Dowd, J.M. (1996). *Oligopsony Power: Antitrust Injury and Collusive Buyer Practices in Input Market*. 76 B.U.L. Rev. 1075
- Easterbrook, F.H. (1984). [Texas Law Review]. *The Limits of Antitrust*, 63 (1).
- ELIPS, (2000). *Laporan Kebijakan Persaingan Indonesia: Indonesian Competition Report*.
- Fukuyama, F. (2004). *The end of History and The Last of Man, Kemenangan Kapitalisme dan Demokrasi Liberal*. (Amirullah, terjemahan). (Cetakan Ketiga). Yogyakarta: Qalam.
- Garner, B.A., et.al. (Ed.) . (1999). *Black's Law Dictionary* (7th ed.). St. Paul-Minnesota: West Group.
- Gellhorn, E., & Kovacic, W.E. (1994). *Antitrust Law and Economics* St. Paul: West Publishing
- (1994). *Antitrust Law and Economics in a Nutshell*. St. Paul-Minnesota: West Publishing, Co.
- Gifford, D.J., & Raskind, L. J. (1998). *Federal Antitrust Law Cases and Material*.

- Ginting, E.R. (2000). *Hukum Antimonopoli Indonesia: Analisis dan Perbandingan UU No. 5 Tahun 1999*, Bandung: Citra Aditya Bakti.
- (2001). *Hukum Anti Monopoli Indonesia*, Bandung: Citra Aditya Bakti.
- OECD. (1996). *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law* (English Ver.). Paris.
- Gotts, I.K. (Ed.). (2001) *The Merger Review Process: A Step-by-step Guide to Federal Merger Review* (2nd ed.). Chicago, Illinois: American Bar Association (ABA).
- Graham, E.M., & Richardson, J.D. (1997). *Global Competition Policy*. Washington DC: Institute for International Economics.
- Hadhikusuma, R.T. (2002). *Hukum Koperasi di Indonesia*, PT. Raja Grafindo Persada
- Hansen, K. (2002). *Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*. Katalis -Publishing-Media Services.
- Harahap, M.Y. (2004). *Hukum Acara Perdata tentang Gugatan, Persidangan, Penyitaan, Pembuktian dan Putusan Pengadilan*. Sinar Grafika.
- Hartley, J.E., et. al. (199). *The Rule of Reason* (Monograph No. 23). American Bar Association (ABA).
- Heroepotri, A. (1998). *Aspek Hukum Hak Kekayaan Intelektual dan Masyarakat Adat*. Jakarta: WALHI.
- Hill, H. (2000). *The Indonesian Economy Since 1966* (2nd ed.). Cambridge: Cambridge University Press
- Hovenkamp, H. (1995). *Federal Antitrust Policy: The Law of Competition and It's Practice* (2nd ed.).
- (1993). *Antitrust*. St. Paul, Minnesota: West Publishing, Co.
- Hukum Online. (29 Juli 2008). *Akibat 'Kekosongan Hukum', Class Action terhadap Temasek dkk Menjamur*.
- Ibrahim, J. (2007). *Hukum Persaingan Usaha: Filosofi, Teori dan Implikasi Penerapannya di Indonesia* (Cetakan kedua). Malang: Bayumedia.
- Jacquemin, A. (1992). *The Theory of Industrial Organization, in The New Industrial Economics*. Norman, G., & La Manna, M. (Eds.). Brookfield, VT: Elgar Publishing.
- Jones, A., & Brenda, S. (2004). *EC Competition Law, Text, Cases, and Materials*. New York: Oxford University Press.

- Jones, W.K. (1986). [Harvard Law Review]. *Concerted Behavior under the Antitrust Laws* [A Book Review by Philip, A.] Boston: Boston Little Brown & Co.
- Jorde, T., et al., (1996). *Gilbert Law Summaries-Antitrust* (9th ed.). Harcourt Brace Legal and Professional Publications. Inc.
- Juwana, H. (2008). *Prosiding Seminar Eksaminasi Putusan No. 07/KPPU-L/2007 Kasus Posisi Dominan dan Kepemilikan Silang*. Jakarta: CSIS.
- Kagramanto, B.L. (2007). Implementasi UU No 5 Tahun 1999 Oleh KPPU. *Jurnal Ilmu Hukum Yustisia*.
- Kartadjoemena, H.S. (1997). *GATT, WTO dan Hasil Uruguay Round*, Jakarta: UI Press.
- Kayne, V.G., et. al., (2007). *Vertical Restraints: Resale Price Maintenance Territorial and Customer Restraint*. Practising Law Institute.
- Kaysen, C., & Turner, D.F. (1971). *Antitrust Policy: an Economic and Legal Analysis*. Cambridge: Harvard University Press.
- Khemani, R.S. *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*. World Bank and OECD.
- Khemani, R.S., & Shapiro, D.M. (1996). *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*. Paris: OECD.
- Kolasky, W.J. (2002, March 18). *Comparative Merger Control Analysis: Six Guiding Principles For Antitrust Agencies – New and Old*, U.S. Department of Justice. Cape Town, South Africa: International Bar Association, Conference on Competition Law and Policy in a Global Context.
- Korah, V. (2000). *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice* (7th ed.). Portland Oregon: Oxford.
- Kovaleff, T.P. (Ed.). (1994). *The Antitrust Impulse* (vol. I).
- Kusnadi, H. (1977). *Ekonomi Mikro*. Malang: FE Unbraw.
- Kwoka, J.E. Jr., & White, L.J. (Ed.). (2004). *The Antitrust Revolution: Economics, Competition, and Policy* (4th ed.). New York: Oxford University Press.
- Lande, R.H. (1982). Wealth Transfer as the Original and Primary Concern of Antitrust: The Efficiency Interpretation Challenged. *Hasting Law Journal*, 34.
- (1993). *Chicago's False Foundation: Wealth Transfers (Not Just Efficiency) Should Guide Antitrust, in Monopoly and Competition Policy*.

- Laporan Kebijakan Persaingan Indonesia (Indonesian Competition Report)* Elips Project. (2000).
- Lohse, S. (2000). *Law Concerning Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Competition*. GTZ-Katalis Publishing.
- Mansfield, E. (1980). *Principles of Microeconomics* (3rd ed.). New York: WW Norton & Co.
- Martin, S. (1994). *Industrial Economics, Economic Analysis and Public Policy* (2nd ed.). Oxford: Blackwell Publishers.
- Matsushita, M. (1993). *International Trade and Competition Law in Japan*. New York: Oxford University Press, Inc.
- McFalls, M.S. (1998). *The Role and Assesment of Classical Market Power in Joint Venture Analysis* (66 *Antitrust* 651).
- Mertokusumo, S. (2006). *Hukum Acara Perdata Indonesia*. Liberty.
- Mubyarto, (2000). *Membangun Sistem Ekonomi* (Edisi Pertama). Yogyakarta: BPFE.
- Masahiro, M. (2003). *The Japanese Antimonopoly Act*.
- Murriss, T.J. (2001). *Robert Pitofsky: Public Servant and Scholar* (52 *Case Wes. Res. L. Rev.* 25).
- Neale, A.D., & Goyder, D.G. (1980). *The Antitrust Laws of the U.S.A* (3rd ed.).
- Neals, P., (2000). *Per Se Legality: a New Standard in Antitrust Adjudication Under the Rule of Reason*. *St. Law Journal*, 61 (347). Ohio.
- Partnership for Business Competition. (2001). *Persaingan Usaha dan Hukum Yang Mengaturinya di Indonesia*. Jakarta.
- Partomo, T.S., & Soejoedono, A.R. (2002). *Ekonomi Skala Kecil/Menengah & Koperasi*. Jakarta: Ghalia Indonesia.
- Pass, C., et.al., (2007). *Collins Kamus Lengkap Ekonomi* (Edisi Kedua). Jakarta: Penerbit Erlangga.
- Pearlstein, D.J., et.al., (Ed.). (2002). *Antitrust Law Developments* (5th ed., Vol. I). American Bar Association.
- Pindyck, R.S., & Rubinfeld, D.L. (1995). *Microeconomics 240* (3rd ed.).
- Piraino, T.A. Jr. (1994). [Vanderbilt Law Review]. *Making Sense of the Rule of Reason: a New Standard for Section 1 of the Sherman Act*, 47.

- Posner, R.A. (1992). *Economic Analysis of Law* (4th ed.). Little Brown and Co.
- Prayoga, A.D., et al., (Ed.). (2000). *Persaingan Usaha dan Hukum Yang Mengatur di Indonesia*. Jakarta: Proyek ELIPS.
- Prodjodikoro, W. (1989). *Azas-Azas Hukum Perjanjian*. Bandung: PT. Ereto.
- Purba, Z.U. (2000). *Peta Mutakhir Hak Kekayaan Intelektual Indonesia*. Direktorat Jenderal Hak Kekayaan Intelektual. Departemen Kehakiman dan Hak Asasi Manusia.
- Rachbini, D.J. (17 Oktober 2001). *KPPU: Persekongkolan Tender Pemerintah Semakin Parah*. Jakarta: Suara Karya.
- Ramli, A.M., (2000). *Hak Atas Kepemilikan Intelektual: Teori Dasar Perlindungan Rahasia Dagang*, Bandung: Mandar Maju.
- Reder, M.W. (1982). Chicago economics: permanence and change. *Journal of Economic Literature*, 20 (1).
- Reed, N.v.H., et.al., (2002). *The Use of Economics in Merger Control Analysis, Global Counsel Competition Law Handbook*.
- Ritter, L., et.al., (2000). *EC Competition Law, A Practitioner's Guide* (2nd ed.).
- Ross, S. F. (1993). *Principles of Antitrust Law*. Westbury-New York: The Foundation Press, Inc.
- Saidin, H.O.K. (2004). *Aspek Hukum Hak Kekayaan Intelektual* (Cetakan keempat). Jakarta: PT.Raja Grafindo Persada.
- Scheffman, D. (1991/1992). The Cutting Edge of Antitrust: Market Power. *Antitrust Law Journal*, 60.
- Scherer, F.M. (1980). *Industrial Market Structure and Economic Performance*. Houghton Mifflin.
- Schwartz, J.D. (1999). [American University Law Review]. *The Use of the Antitrust Stae Doctrine in the Deregulated Electric Utility*, 49.
- Shapiro, C. (1989). Theories of Oligopoly Behavior. In: Schmalensee. R., Willig, R.D. (Eds.), *Handbook of Industrial Economics* (vol. 2). North-Holland, Amsterdam.
- Sharkey, W.W. (1982). *The Theory of Natural Monopoly*. Cambridge University Press.
- Sheperd, W.H. (1990). *The Economics of Industrial Organization*. Prentice-Hall.

- Silalahi, U. (2007). *Perusahaan Saling Mematikan & Bersekongkol: Bagaimana Cara Memenangkan?*. Jakarta: Elex Media Komputindo.
- (2008). *Prosiding Seminar Eksaminasi Putusan No. 07/KPPU-L/2007 Kasus Posisi dominant dan Kepemilikan Silang*. Jakarta: CSIS.
- Soedjono, I. (1983). The Role of Cooperatives in The Indonesian Society. In Esdert, H.J. (Ed.), *Can Cooperatives Become the Motive Force in the Economic of Indonesia?* Jakarta: Friedrich Ebert Stiftung.
- Stigler, G. (1957). Perfect Competition, Historically Contemplated. *The Journal of Political Economy*, 65 (1).
- Subekti, R. (1985). *Pokok-Pokok Hukum Perdata*. Jakarta.
- Suhendra. (12 Maret 2008). *Penyelidikan KPPU Masih Terbantur Masalah Antar Instansi*. Dikutip dari <http://www.detikfinance.com/read/2008/03/12/135149/907246/4>.
- Sullivan, E. T., & Harrison, J.L. (1994). *Understanding Antitrust and Its Economic Implications*. New York: Matthew Bender & Co.
- Sullivan, L.A., & Grimes, W.S. (2000). *The Law of Antitrust: An Integrated Handbook*. St.Paul-Minnesota: West Group.
- Sullivan, L.A., (1977). *Antitrust*. St. Paul-Minnesota: West Publishing, Co.
- Terry, A., & Giugni, D. (1997). *Business, Society and the Society*. Australia: Harcourt Brace & Co.
- The Australian Competition and Consumer Commission. *Roles and Activities*. Retrieved from <http://www.accc.gov.au/content/index.phtml/itemId/54165>.
- The Federal Trade Commission. *A Guide to the Federal Trade Commission*. Retrieved from <http://www.ftc.gov/bcp/edu/pubs/consumer/general/gen03.shtm>.
- Tohar, M. (1999). *Membuka Usaha Kecil*. Yogyakarta: Penerbit Kanisius.
- Van Cise, J.G. *Antitrust Past-Present-Future*. In Kovaleff, T.P., *The Antitrust Impulse: an Economic, Historical, and Legal Analysis* (vol. I). M.E. Sharpe, Inc.
- Viscusi, W.K., et.all. (1998). *Economica of Regulation and Antitrust*. Cambridge, Massachusetts, London, England: The MIT Press.
- Wagiono, I. Koperasi Menatap Masa Depan, Beberapa Permasalahan Managerial. Pidato Ilmiah Disampaikan Pada Lustrum ke VII Fakultas Ekonomi Universitas Sriwijaya. Palembang, 8 Januari 1989.

Wibowo, D., & Sinaga, H. (2005). *Hukum Acara Persaingan Usaha*. Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada.

Widjaja, G. (2002). *Merger dalam Perspektif Monopoli*, Jakarta: PT. Raja Grafindo Persada.

Yani, A., & Wijaya, G. (1998). *Anti Monopoli*. Jakarta: PT. Raja Grafindo Perkasa.

Undang-Undang

UU Nomor 25 Tahun 1992 Tentang Perkoperasian

UU No.22 Tahun 2001 Tentang Migas

UU UMKM No.20/2008 Tentang Usaha Mikro, Kecil dan Menengah

Autobiografi



Andi Fahmi Lubis, lahir di Palembang, 21 Desember 1972. Menyelesaikan gelar Sarjana Ekonomi di Universitas Indonesia pada tahun 1997. Sempat menjadi peneliti di Pusat Antar Universitas (PAU) Ekonomi dan menjadi Kepala Laboratorium Komputasi FEUI (2003-2005), selain menjadi staf pengajar Fakultas Ekonomi di Universitas Indonesia. Dia pernah menjadi wakil editor pelaksana Jurnal Ekonomi dan Keuangan Indonesia (EKI) dan saat ini menjadi anggota dewan editor untuk Jurnal Kebijakan Ekonomi (JKE), jurnal yang diterbitkan oleh Program Studi Magister Perencanaan dan Kebijakan Publik FEUI. Pada tahun 2007, menyelesaikan program doctoral di Program Pascasarjana Ilmu Ekonomi FEUI dengan spesialisasi Ekonomi Industri dan Perdagangan. Saat ini menjabat sebagai Sekretaris Program Studi Magister Perencanaan dan Kebijakan Publik FEUI. Di luar kesibukan tersebut, yang bersangkutan masih berkesempatan menjadi mitra kerja KPPU baik sebagai narasumber maupun tenaga ahli dalam penyusunan pedoman UU No.5 Tahun 1999.



Anna Maria Tri Anggraini, lahir di Kudus, 16 Januari 1963, menyelesaikan studi Sarjana Hukum di Universitas Gadjah Mada pada tahun 1987 dan mengawali karir sebagai dosen di Fakultas Hukum Universitas Atma Jaya, Yogyakarta pada tahun 1988, dan sejak tahun 1990 diangkat sebagai dosen tetap di Fakultas Hukum Universitas Trisakti, Jakarta sampai dengan sekarang. Pada tahun 1995 menyelesaikan studi Magister Hukum di Program Pascasarjana Universitas Tarumanagara, Jakarta. Ia meraih gelar Doktor Ilmu Hukum pada tahun 2003 di Universitas Indonesia dengan disertasi yang diterbitkan berjudul *Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat: Perse Illegal atau Rule of Reason* oleh Pusat Studi Hukum Ekonomi Universitas Indonesia. Ia juga mengajar di Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia dan Universitas Krisnadwipayana. Sejak tahun 2006 diangkat sebagai Komisioner pada Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) melalui SK Presiden, sampai sekarang. Di samping itu, yang bersangkutan aktif sebagai pembicara dalam seminar, memberikan ceramah dan pelatihan, melakukan penelitian dan kajian, serta pengabdian masyarakat.



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.



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 magister pada tahun 1996 bidang International Business Laws di Washington College of Law, American University, USA, dan meraih gelar doktor 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. Saat ini ia menjabat sebagai Guru Besar Fakultas Hukum dan sebagai Ketua Program Magister Hukum Fakultas Hukum di Universitas Gadjah Mada, Yogyakarta. Hingga sekarang yang bersangkutan 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. Dalam penulisan ini ia dibantu oleh Herliana, SH., M.Com.Law dan Paripurna, SH., M.Hum., LL.M.



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. 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. Sejak tahun 1989, ia mengajar di Universitas Sumatera Utara dalam berbagai bidang mata kuliah untuk Fakultas Hukum dan Program Magister Ilmu Hukum, Program Magister Manajemen, Program Magister Kenotariatan, serta Program Master Akuntansi. Ia aktif menjadi pembicara dalam berbagai seminar, memberikan ceramah dan pelatihan, melakukan penelitian dan kajian, serta telah mempublikasikan beberapa buku, jurnal, dan bahan pengajaran.



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. 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.



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*. Pernah mengajar untuk program Pascasarjana di Universitas Jaya Baya, Universitas Islam Riau, Sekolah Tinggi Ilmu Hukum IBLAM dan Fakultas Hukum Universitas Katholik Atma Jaya, Jakarta. Ia telah mempublikasikan banyak artikel dan buku dalam bidamg Hukum Persaingan Usaha. Saat ini mengajar sebagai dosen tetap di Fakultas Hukum dan Pasca Sarjana Universitas Pelita Harapan, Karawaci Tangerang dan pengajar di Pasca Sarjana Universitas Indonesia, kajian wilayah Eropa.