

WACANA SINGKAT TENTANG HUKUM PERSAINGAN USAHA DI INDONESIA

Oleh **RIKRİK RIZKIYANA**

Kepala Subdirektorat Penanganan Perkara

Direktorat Penegakan Hukum

Sekretariat Komisi Pengawas Persaingan Usaha RI



A. Posisi Hukum Persaingan Usaha dalam Sistem Hukum Nasional.

Tidak dapat dipungkiri bahwa pesatnya dinamika bidang ekonomi nasional telah pula memacu pula perkembangan bidang hukum yang merupakan “*rule of the game*” dari kegiatan ekonomi. Berbagai perangkat hukum di bidang ekonomi sebelum ini yang berbasis kepada KUH Perdata dan KUH Dagang serta KUH Pidana yang *nota bene* merupakan peninggalan Pemerintah Kolonial Hindia Belanda yang berkiblat kepada mazhab Eropa Kontinental tidak lagi mampu mengakomodasi permasalahan dari dinamika kegiatan ekonomi yang ada. Oleh karenanya kecenderungan penyusunan berbagai produk peraturan perundang-undangan yang khusus (*lex specialist*) di bidang ekonomi tidak terbendung lagi.

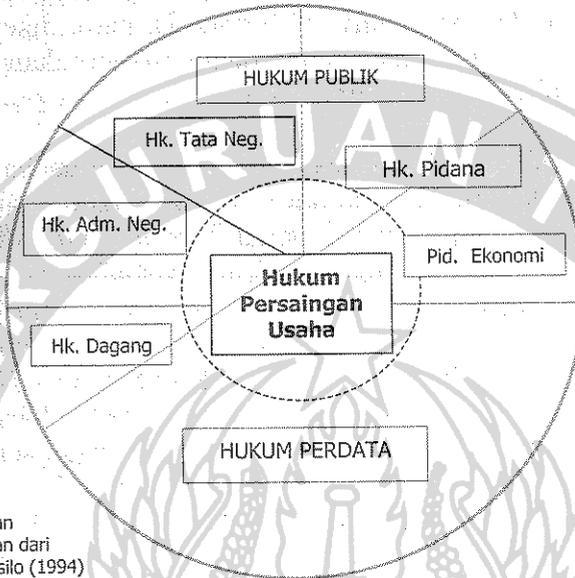
Kekhasan yang sangat menonjol dari produk perundang-undangan yang khusus (*lex specialist*) ini adalah kondisi karakteristik substansialnya dimana telah terlingkupinya seluruh aspek dari bidang-bidang hukum yang selama ini dikenal yaitu hukum perdata dan hukum publik di dalam sistem hukum nasional. Hal ini terjadi karena semakin banyak aspek-aspek kehidupan bersama yang diatur oleh hukum. Sehingga sebagian pakar hukum Indonesia menyatakan bahwa pembedangan hukum yang selama ini dianut (hukum perdata dan hukum publik) dalam sistem hukum nasional sudah tidak relevan lagi untuk dipertahankan. Pada akhirnya pembedangan hukum seharusnya didasarkan pembedangan dari kegiatan yang terkait, misalnya untuk kegiatan di bidang ekonomi maka bidang hukumnya adalah hukum ekonomi atau kegiatan yang lain yang menghasilkan spesialisasi hukum tersendiri misalnya saja, dikenal adanya: hukum lingkungan, hukum kependudukan, hukum kedokteran, hukum kesehatan dan sebagainya. Dan spesialisasi hukum tersebut mencakup beberapa bidang tata hukum sekaligus baik perdata maupun publik (lihat Hartono, S.R., 2000 & Brotosusilo, Agus, 1994). Hukum persaingan usaha sebagai bagian dari hukum ekonomi juga memiliki dimensi bidang hukum lainnya, sebagaimana terlihat dalam skema lingkaran di halaman berikut:

Skema tersebut menjelaskan keberadaan Hukum Persaingan Usaha yang merupakan bagian (atau dilingkupi) oleh berbagai bidang hukum yaitu:

a. Hukum Publik:

- Hukum Negara:
- Hukum Tata Negara (HTN) yang melingkupi perihal Instansi/Pejabat dan Peranannya, misalnya tentang keberadaan institusi pengawas pelaksanaan undang-undang persaingan usaha di dalam struktur ketatanegaraan.
- Hukum Administrasi Negara (HAN) yang melingkupi

Skema Lingkaran Hukum Persaingan Usaha



■ Diadopsi dan disempurnakan dari Agus Brotosusilo (1994)

perihal proses pelaksanaan peranan dari institusi-institusi terkait.

- Hukum Pidana yang melingkupi perihal keberadaan sanksi pidana yang masuk dalam kategori yang lebih khusus lagi yaitu pidana ekonomi.
- b. Hukum Perdata (termasuk di dalamnya Hukum Dagang) yang melingkupi perihal keberadaan perjanjian (kontrak, bila tertulis) dan para pelaku usaha (baik yang berbentuk badan hukum maupun persekutuan perdata lainnya).

Dengan demikian dapat disimpulkan bahwa dalam kerangka sistem hukum nasional, hukum persaingan usaha sebagai bagian dari hukum ekonomi tidak hanya berdimensi hukum perdata saja tapi lebih luas lagi yaitu melingkupi hukum publik (hukum negara dan pidana).¹

B. Jenis-jenis perilaku anti-persaingan.

Sebelum dibahas mengenai jenis-jenis perilaku anti-persaingan dan prakteknya di Indonesia, perlu dikemukakan di sini adanya teori pendekatan dalam menentukan ilegalnya suatu praktek persaingan usaha dari sudut pengaturan persaingan usaha.

Di dalam rezim pengaturan persaingan usaha terdapat dua pendekatan. Pendekatan yang pertama adalah pendekatan yang dikenal dengan istilah "*per se*" dan pendekatan yang kedua dikenal dengan "*rule of reason*".

Pada *illegal per se* (dengan sendirinya / "*by itself*" atau "*in itself*" (Ray August, 1997) dan *not subject to interpretation* (Roger Alan Boner dan Reinald Krueger, 1991)) beberapa bentuk persaingan usaha, misalnya penetapan harga (*price fixing*), harus dianggap secara otomatis (dengan sendirinya) bertentangan dengan atau melanggar hukum karena aspek negatifnya dapat langsung terlihat atau diduga. Pendekatan pelarangan ini, penekanannya terletak pada unsur formal dari perbuatannya. Sehingga tidak diperlukan adanya klausula kausalitas di dalam pengaturannya seperti klausula "...mengakibatkan kerugian perekonomian dan atau pelaku usaha lain."

Sedangkan dengan "*rule of reason*", beberapa bentuk tindakan persaingan usaha baru dianggap salah jika telah terbukti adanya akibat dari tindakan tersebut yang merugikan pelaku usaha lain atau perekonomian nasional secara umum. Dalam pendekatan *rule of reason*, mungkin saja dibenarkan adanya suatu tindakan usaha yang meskipun anti-persaingan (misalnya tindakan merger yang menghasilkan dominasi satu pelaku usaha) tetapi menghasilkan suatu efisiensi yang menguntungkan konsumen atau perekonomian nasional pada umumnya. Atau sebaliknya suatu tindakan usaha dianggap salah karena meskipun ditujukan untuk efisiensi tetapi ternyata dalam prakteknya mengarah kepada penyalahgunaan posisi dominan yang merugikan pelaku usaha, konsumen, dan perekonomian nasional

umumnya, seperti pada tindakan integrasi vertikal yang disertai dengan tindakan restriktif (menghasilkan *barriers to entry*). Oleh karenanya, penekanan pada *rule of reason* adalah unsur material dari perbuatannya. Dan pada *rule of reason*, tindakan restriktif tidak rasionil yang menjadi sasaran pengendaliannya dan penentuan salah tidaknya digantungkan kepada akibat tindakan usaha (persaingan) terkait terhadap pelaku usaha lain, konsumen dan atau perekonomian nasional pada umumnya. Maka dari itu untuk tindakan-tindakan tersebut dalam substansi pengaturannya dibutuhkan klausula kausalitas seperti di atas.

1. Monopolisasi.

Monopoli adalah situasi di mana hanya ada satu penjual di dalam pasar. Di dalam analisis ekonomi konvensional, kasus monopoli adalah oposisi terhadap kondisi persaingan yang sempurna. Sedangkan monopolisasi adalah upaya-upaya yang dilakukan oleh satu pelaku usaha dominan atau *group* pelaku usaha besar (oligopoly) untuk menjaga atau meningkatkan kontrol terhadap pasar melalui berbagai praktek anti-persaingan (PBC, 2001).

2. Perjanjian atau Pengaturan Usaha Restriktif.²

Ditinjau dari maksud perikatan atau perjanjian antar perusahaan dengan karakteristik produk yang dihasilkan atau jenis produk perusahaan-perusahaan bersangkutan, perjanjian antara perusahaan pada dasarnya terdiri dari dua macam yaitu perjanjian yang bersifat vertikal dan horisontal.

Perjanjian vertikal yaitu perjanjian antar perusahaan pada berbagai tahap dalam proses manufakturing atau proses distribusi, misalnya perjanjian-perjanjian antar para produsen dan *wholesaler*, atau antara produsen, *wholesaler* dan pengecer. Sedangkan perjanjian horisontal adalah perjanjian yang diadakan antara perusahaan-perusahaan yang bergerak secara umum di bidang

kegiatan yang sama, yaitu antara para produsen atau para *wholesaler*, atau antar para pengecer yang bergerak dalam jenis produk yang sama. Perjanjian-perjanjian tersebut dapat dengan sekaligus bersifat horisontal dan vertikal seperti perjanjian dalam penetapan harga.

Perjanjian-perjanjian, baik yang bersifat vertikal maupun horisontal (tertulis/lisan) apabila dilakukan dengan niat untuk mengurangi persaingan atau bahkan menghilangkan persaingan di pasar (perjanjian yang bersifat restriktif) berdampak buruk bagi perekonomian. Oleh karenanya di banyak negara dikeluarkan aturan-aturan yang melarang eksistensi perjanjian ini.

Pengurangan, pembatasan atau penghilangan persaingan usaha antar perusahaan tidak saja dihasilkan oleh perjanjian yang dibuat antar perusahaan tapi juga dapat dilakukan oleh pemerintah yang mengeluarkan peraturan yang menghasilkan kondisi atau akibat yang sama terhadap pasar. Peraturan yang dihasilkan itu disebut peraturan yang bersifat restriktif. Pengeluaran peraturan tersebut banyak mendapat tentangan, tidak saja oleh perusahaan pesaing di dalam negeri namun pula dilakukan oleh perusahaan di luar negeri yang mempunyai akses ke pasar negara yang bersangkutan yang biasanya dilakukan melalui pemerintah asal perusahaan tersebut. Maka banyak negara meminta agar dilarang adanya peraturan yang bersifat restriktif itu melalui perjanjian internasional.

Praktek-praktek perjanjian atau peraturan restriktif biasanya dilakukan dalam bentuk antara lain:

- a. *Price Fixing* (Perjanjian penetapan harga atau syarat-syarat penjualan lain).

Penetapan harga adalah salah satu di antara bentuk paling umum praktek bisnis restriktif dan terlepas apakah menyangkut barang atau jasa, di banyak negara dianggap sebagai pelanggaran *per se* sementara di beberapa negara lain diatur secara *rule of reason*.

Penetapan harga dapat terjadi di sembarang tingkatan di dalam proses produksi dan distribusi. Ia bisa mencakup perjanjian mengenai harga barang-barang primer, input antara atau produk final. Ia juga dapat mencakup perjanjian yang berkaitan dengan bentuk khusus potongan harga, termasuk *discount* dan rabat, susunan daftar harga dan tukar-menukar informasi harga.

b. *Collusive Tendering/Conspiracy Requirement* (Tender Kolusif).

Tender kolusif pada hakekatnya bersifat anti persaingan, karena bertentangan dengan maksud tender itu sendiri, yang adalah untuk membeli barang atau jasa berdasarkan harga dan persyaratan yang paling menguntungkan. Tender secara kolusif dapat berbentuk macam-macam, misalnya "perjanjian untuk menyerahkan penawaran harga yang sama, perjanjian mengenai siapa yang harus menyerahkan penawaran terendah, perjanjian untuk menyerahkan penawaran bohong-bohongan (penawaran bohong dengan sukarela), perjanjian untuk tidak bersaing satu sama lain, perjanjian mengenai norma bersama dalam menghitung harga atau persyaratan lelang, perjanjian untuk membungkam peserta lelang yang tidak ikut dalam perjanjian tersebut, perjanjian untuk memilih pemenangnya lebih dahulu atas dasar yang masuk akal atau atas dasar alokasi pelanggan atau alokasi geografis. Perjanjian-perjanjian seperti itu biasanya memberikan suatu sistem kompensasi bagi peserta lelang yang gagal berdasarkan suatu prosentase tertentu dari keuntungan peserta lelang yang menang untuk dibagi di antara peserta lelang yang gagal pada akhir jangka waktu tertentu.

c. *Market and Customer Allocation* (Alokasi Pasar atau Konsumen).

Pengaturan alokasi pasar dan konsumen di antara perusahaan mencakup penugasan kepada perusahaan

tertentu untuk secara eksklusif menggarap konsumen atau pasar tertentu. Pengaturan seperti ini dimaksudkan terutama untuk memperkokoh atau mempertahankan pola perdagangan tertentu para pesaing yang meninggalkan (*forgoing*) persaingan dalam hal konsumen atau pasar. Pengaturan demikian dapat bersifat membatasi untuk jenis produk tertentu atau jenis konsumen tertentu. Pengaturan alokasi konsumen dapat terjadi dalam perdagangan dalam negeri maupun luar negeri; dalam hal terakhir ini mereka seringkali mencakup pembagian pasar internasional atas dasar geografis, yang mencerminkan hubungan pemasok-pembeli yang terjalin sebelumnya.

d. *Restraints on Production or Sales* (Pembatasan produksi atau penjualan, termasuk dengan kuota).

Pengaturan pembagian pasar dapat juga dirancang atas dasar alokasi kuantitas ketimbang atas dasar wilayah atau kelompok konsumen. Pembatasan seperti itu seringkali diterapkan di sektor-sektor yang memiliki surplus kapasitas atau di mana tujuannya adalah menaikkan harga. Di bawah skema seperti itu perusahaan seringkali sepakat untuk membatasi pasokan sampai pada proporsi penjualan sebelumnya, dan untuk melaksanakan ini, kerap diciptakan pengaturan suatu *pooling arrangement* di mana perusahaan yang menjual kelebihan kuotanya diminta membayar kepada *pool* tersebut sebagai kompensasi kepada mereka yang menjual di bawah kuota.

e. *Concerted Refusals to Purchase or Supply – Boycotts* (Penolakan untuk Membeli atau Memasok).

Penolakan bersama untuk membeli atau memasok, atau mengancam untuk itu, adalah salah satu dari cara paling lazim yang ditempuh untuk memaksa mereka yang tidak menjadi anggota suatu grup atau kelompok agar mengikuti kelompok aksi yang ditetapkan. Boikot grup dapat horisontal (misalnya

anggota kartel dapat bersepakat di antara mereka untuk tidak menjual kepada atau membeli dari konsumen tertentu), atau dapat vertikal (mencakup perjanjian di antara para pihak dari berbagai tingkat produksi dan tingkat distribusi) untuk menolak berhubungan bisnis dengan pihak ketiga, biasanya pesaing dari salah satu yang disebutkan di atas.

f. *Collective Denial of Access to An Arrangements or Association* (Penolakan bersama terhadap pihak untuk mengikuti suatu Persetujuan atau suatu Asosiasi).

Keanggotaan suatu asosiasi profesi dan dagang adalah lazim dalam produksi dan penjualan dari barang dan jasa. Asosiasi seperti itu biasanya memiliki aturan tertentu mengenai persyaratan menjadi anggota dan biasanya siapa yang memenuhi persyaratan tersebut diperbolehkan menjadi anggota. Tetapi persyaratan menjadi anggota dapat dirumuskan sedemikian rupa sehingga dapat menghadang (menghalangi) masuknya pesaing (calon pesaing) baik melalui diskriminasi terhadapnya atau bertindak seperti "toko tutup". Namun demikian sebagaimana diatur di AS, profesional syah (handal) yang bersangkutan dapat dengan syah/benar menolak individu dari asosiasi profesional. Penolakan kolektif ke dalam suatu persetujuan dapat juga berbentuk penolakan masuk ke suatu fasilitas/kemudahan yang perlu dalam rangka bersaing secara efektif di pasar tersebut. Dalam kaitan ini, konsep "fasilitas/kemudahan yang perlu bagi persaingan" telah diterima di AS dengan menetapkan bahwa suatu kelompok pembeli lebih dari 30 persen pangsa pasar dapat mengeluarkan perusahaan seperti yang diinginkan.

Contoh perkara yang ditangani KPPU adalah monitoring di industri bahan bangunan.

3. Penyalahgunaan Posisi Dominan.³

a. *Predatory Behaviour Towards Competitors* (lihat juga *Rising Rival's Cost*).

Perilaku mematikan terhadap pesaing-pesaingnya, seperti penggunaan kebijakan harga di bawah biaya produksi, untuk mematikan pesaing-pesaingnya.

Salah satu bentuk paling umum perilaku mematikan pasar, biasanya adalah penerapan strategi harga yang mematikan. Perusahaan melakukan perbuatan seperti itu untuk menggusur perusahaan-perusahaan yang sedang bersaing ke luar dari jalur bisnis. Semakin besar diversifikasi kegiatan perusahaan tersebut arti produk dan pasar, semakin besar sumber daya keuangannya, semakin besar pula kemampuannya untuk melakukan perbuatan mematikan.

Contoh perkara yang ditangani KPPU adalah monitoring di industri makanan.

b. *Discriminations*.

Diskriminasi harga, dalam hal ini perbedaan harga tanpa alasan ekonomis kuat atau diskriminasi dalam persyaratan, kondisi dalam pemasokan atau pembelian harga barang atau jasa, termasuk dengan menggunakan kebijakan harga dalam transaksi di antara perusahaan yang berafiliasi dengan peninggian atau perendahan harga barang atau jasa yang dibeli atau dipasokkan dibandingkan dengan transaksi yang sama atau serupa terhadap perusahaan di luar afiliasinya.

Erat kaitannya dengan siasat harga mematikan adalah praktek diskriminasi harga. Jika taktik harga di bawah biaya produksi terhadap pesaing langsung, jelas-jelas bersifat mematikan (*predatory*), taktik diskriminasi harga dapat juga bersifat mematikan, seperti misalnya dalam hal pemberian potongan harga (*discount*) berdasarkan kuantitas, "sistem bonus" atau "discount karena kesetiaan".

c. *Price Resale Maintenance*.

Penetapan harga jual kembali suatu barang, pada umumnya oleh pabrikan atau oleh *wholesaler* biasanya dinamakan *resale price maintenance* (RPM). Sementara penerapan suatu harga jual kembali adalah dilarang, peraturan perundang-undangan di banyak negara tidak melarang harga jual kembali maksimum (dalam hal ini Inggris) ataupun harga yang dianjurkan atau *recomended prices* (dalam hal ini, Inggris dan Amerika Serikat). Di Amerika Serikat praktek harga jual kembali yang dianjurkan akan tidak syah jika diketemukan bukti adanya tekanan langsung maupun tidak langsung dalam penerapan kebijaksanaan tersebut. Di Inggris meskipun harga jual kembali yang dianjurkan itu tidak dilarang, tetapi *the Director General of Fair Trading* boleh melarang penyalahgunaan harga yang dianjurkan tersebut, misalnya jika harga tinggi yang tidak wajar itu dianjurkan dalam rangka menarik perhatian kepada suatu potongan harga yang kelihatan lebih tinggi. Di Kanada, publikasi oleh suatu pemasok produk suatu iklan yang menyebutkan harga jual kembali produk tersebut dianggap sebagai suatu usaha untuk mempengaruhi harga penjualan menjadi naik, kecuali jika diperjelas bahwa produk tersebut dapat dijual pada harga yang lebih rendah.

d. Jika tanpa ada alasan bisnis yang sah melakukan pembatasan seperti mencapai kualitas, keamanan, distribusi atau pelayanan yang memadai suatu perusahaan:

- (i) Menolak untuk bertransaksi secara penuh atau sebagian berdasarkan persyaratan komersil yang lazim.
- (ii) Membuat pemasokan barang-barang atau jasa-jasa tertentu tergantung pada penerimaannya atas pembatasan-pembatasan dalam distribusi atau

pembuatan barang-barang bersaing atau barang-barang lainnya;

(iii) Menerapkan pembatasan mengenai ke mana, kepada siapa, atau bentuk apa atau jumlah berapa, barang-barang yang dipasokkan atau barang-barang lainnya dapat dijual kembali atau diekspor;

(iv) Membuat pemasokkan barang atau jasa tertentu tergantung pada pembelian barang atau jasa lain dari pemasok atau yang ditunjuknya.

e. *Merger, takeovers, joint ventures* atau akuisisi kontrol lainnya (restrukturisasi antar perusahaan), termasuk *interlocking directorships*, apakah itu bersifat vertikal, horisontal atau konglomerasi.

Untuk bisa dikatakan bahwa suatu tindakan merupakan perbuatan atau perilaku penyalahgunaan posisi dominan melalui *Mergers, takeovers, joint ventures* atau akuisisi kontrol lainnya, termasuk *interlocking directorships*. Menurut pendapat UNCTAD ciri khas adanya potensi penyalahgunaan posisi dominan tersebut apabila dari adanya restrukturisasi dua atau lebih perusahaan tersebut menghasilkan suatu perusahaan dominan dan menurunkan tingkat persaingan secara berarti dalam suatu pasar yang didominasi oleh sedikit perusahaan.

Di samping adanya potensi penyalahgunaan posisi dominan, restrukturisasi antar perusahaan tersebut dapat pula mengakibatkan konsentrasi penguasaan ekonomi (*concentration of economic power*).

Merger ialah suatu tindakan penggabungan antara dua atau lebih perusahaan dimana identitas salah satu atau dua di antaranya hilang dan hasilnya adalah satu perusahaan. *Takeovers* suatu perusahaan oleh perusahaan lainnya biasanya menyangkut pembelian semua atau sebagian besar saham atau asset signifikan dari perusahaan lainnya sehingga

memungkinkan terlaksananya pengendalian dan itu dapat tanpa adanya perusahaan lainnya tadi. *Joint venture* menyangkut pembentukan suatu perusahaan terpisah oleh dua atau lebih perusahaan. Cara memperoleh pengendalian seperti itu dalam banyak kasus mengakibatkan konsentrasi kekuatan ekonomi yang dapat bersifat horisontal (misal, akuisisi terhadap seorang pesaing), vertikal (misal, antar perusahaan pada berbagai tahap proses manufaktur dan distribusi), atau konglomerat (melibatkan berbagai jenis kegiatan). Dalam beberapa hal lain konsentrasi seperti itu dapat sekaligus bersifat horisontal dan vertikal, dan perusahaan-perusahaan yang terlibat dapat berasal dari satu atau lebih negara.

Suatu *interlocking directorship* (rangkap jabatan direktur) adalah keadaan dimana seseorang adalah anggota dewan direksi dari dua atau lebih perusahaan atau wakil dari dua atau lebih perusahaan bertemu dalam dewan direksi dari salah satu perusahaan. *Interlocking directorship* dapat mempengaruhi persaingan dalam/dengan sejumlah cara. Dapat bermuara pada kontrol administratif, dalam putusan mengenai investasi dan produksi dapat dengan efektif menjurus pada pembentukan strategi bersama antar perusahaan mengenai harga, alokasi pasar dan kegiatan kolektif lainnya. *Interlocking directorates* pada tingkat vertikal dapat mengakibatkan integrasi vertikal kegiatan seperti misalnya, antara pemasok dan pelanggan menurun ekspansi ke bidang-bidang yang kompetitif, dan menjurus kepada pengaturan timbal balik di antara mereka. Kaitan antara direktur perusahaan keuangan dan perusahaan non-keuangan dapat berakibat pada kondisi keuangan yang bersifat diskriminatif bagi para pesaing dan berfungsi sebagai katalisator bagi akuisisi kontrol secara konglomerat atau secara vertikal-horisontal.

4. Praktek Bisnis Tidak Jujur (Curang).

Praktek ini merupakan praktek bisnis yang dilarang

berdasarkan asas *per se*. Kebanyakan praktek ini langsung merugikan konsumen, maka sebagian besar rezim pengaturan di beberapa negara memasukkan praktek ini ke dalam pengaturan dalam perlindungan konsumen. Praktek tersebut antara lain:

- a. Perbuatan yang bersifat bohong atau menyesatkan.
- b. Pernyataan menyesatkan mengenai sifat, ciri, standar atau mutu suatu barang, jasa tertentu, usaha tertentu.
- c. Pernyataan bohong dalam pemberian hadiah atau potongan harga.
- d. Iklan bohong.
- e. Penjualan barang atau jasa disertai janji potongan harga apabila pembeli membawa serta calon pembeli lain kepada penjual.
- f. Penjualan barang atau jasa dengan mendatangi tempat tinggal calon pembeli dengan cara tidak pantas.
- g. Penjualan piramidal.
- h. Penjualan barang-barang yang tidak memenuhi standar keselamatan barang atau konsumen.
- i. Penjualan barang yang tidak memenuhi standar informasi barang konsumsi.

5. Praktek Bisnis *Trans-National* yang Merugikan.

Melihat trend global yang ada, ternyata terminologi praktek bisnis trans-national yang merugikan tidak hanya yang terkait dengan aspek perekonomian saja tetapi lebih luas dari itu yaitu melingkupi pula *issue* hak asasi manusia dan lingkungan hidup. Beberapa contoh dari praktek bisnis trans-national yang merugikan antara lain:

- a. Penjualan dengan cara Dumping.
- b. Pemberian Subsidi yang tidak rasional.
- c. *Transfer Pricing*.
- d. Penjualan barang hasil pekerjaan narapidana.
- e. Ekspor dan Impor barang yang melanggar *Intellectual Property Rights*.
- f. Kuota impor dan ekspor.

g. Penjualan produk hasil perusahaan lingkungan.

C. Sekilas Tinjauan praktek Anti-Persaingan di Indonesia.

Sampai saat ini belum terdapat hasil penelitian yang cukup komprehensif membahas dampak dari penerapan UU No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat terhadap perubahan perilaku persaingan usaha dari para pelaku usaha di Indonesia. Sehingga sangat disayangkan belum ada data yang dapat diandalkan sebagai referensi bagi kita untuk mengukur seberapa jauh perilaku anti-persaingan masih menjadi perilaku yang lazim. Di bawah ini diungkapkan beberapa perilaku anti-persaingan di Indonesia yang terekam dari pengamatan penulis selama ini.

- Menurut data di Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU), kasus-kasus yang kini ditangani baik berdasarkan “pengaduan” publik maupun inisiatif penanganan perkara oleh KPPU sebagian besarnya menyangkut praktek tender kolusif. Ada beberapa perkiraan mengenai mengapa kasus-kasus tender kolusif ini yang kemudian dominan ditangani oleh KPPU saat ini. Perkiraan tersebut antara lain karena praktek tender kolusif merupakan jenis praktek anti-persaingan yang akibatnya langsung dirasakan oleh pelaku usaha korbannya (pesaingnya) yang biasanya pula dalam nilai yang cukup signifikan, lain dengan praktek anti-persaingan lainnya. Maka biasanya pengaturan dari salah tidaknya praktek tender kolusif ini didasarkan pada pendekatan *per se*. Namun sayangnya sesuai dengan UU No. 5/1999 Pasal 22, ilegal atau tidaknya praktek ini di Indonesia digantungkan kepada pendekatan *rule of reason* melalui klausula kausalitasnya (“*mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat*”).

Tingginya frekuensi pengaduan kasus-kasus tender kolusif agaknya dipacu pula oleh keputusan KPPU yang pertama kali yang menyangkut kasus tender kolusif (Negara v. Caltex). Hal ini mendorong pihak-pihak yang

merasa dirugikan dalam suatu proses tender, “berlomba-lomba” mengadukan kasusnya ke KPPU. Padahal kita semua mafhum bahwa praktek-praktek tender kolusif ini sudah “membudaya” di Indonesia terutama dalam proses tender pengadaan barang dan jasa bagi instansi-instansi pemerintah atau publik (termasuk di BUMN dan BUMD) yang di kenal dengan istilah “arisan”. Oleh karenanya, bisa jadi “ancaman pengaduan ke KPPU” menjadi senjata bagi pihak-pihak yang tidak mendapat bagian dari “arisan” tersebut.

Menurut hasil kajian tahun 1995 yang dilakukan penulis sendiri, didapat kesimpulan bahwa sebagian besar grup perusahaan (termasuk konglomerasi) di Indonesia, mempraktekkan rangkap jabatan atau dikenal dengan “*interlocking directorship*”. Alasan utama dari dilakukannya praktek ini selain memang ditujukan untuk mendapatkan “*absolute control*” terhadap perusahaan-perusahaan yang terafiliasi, terdapat juga alasan atas langkanya SDM yang mumpuni dalam mengelola perusahaan-perusahaan tersebut. Dapat dengan mudah dijumpai dalam buku yang bertemakan tokoh-tokoh bisnis “sukses” di Indonesia, bahwa dengan gamblangnya mereka (tokoh-tokoh ini) bahkan cenderung dengan penuh kebanggaan menyatakan bahwa mereka menjabat posisi direktur di beberapa perusahaan. Baik pada perusahaan-perusahaan yang terintegrasi secara vertikal maupun dalam struktur konglomerasi. Di beberapa negara, pelarangan praktek ini ditinjau secara *per se*, namun di Indonesia sesuai dengan UU No. 5/1999 dilakukan secara *rule of reason*. Sehingga dengan begitu praktek rangkap jabatan memiliki legalitasnya sampai kemudian terbukti mengakibatkan praktek monopoli dan atau persaingan tidak sehat.

Kasus yang cukup fenomenal dari praktek *interlocking directorship* ini adalah kasus yang melibatkan dua

perusahaan (asing) besar minuman berkarbonat dengan perusahaan *bottling*-nya di Indonesia. Dimana salah satu perusahaan minuman berkarbonat tersebut pernah satu ketika produknya menghilang di Indonesia, akibat perusahaan *bottling*-nya di Indonesia mengalihkan *manufacturing plant*-nya ke perusahaan lain yang dibentuknya sendiri. Perusahaan lain yang nota bene seluruh direktornya sama persis namun memiliki "*bottling agreement*" dengan perusahaan minuman berkarbonat lainnya.

- Praktek integrasi vertikal banyak dilakukan oleh grup perusahaan dan konglomerasi di Indonesia. Praktek ini sebenarnya ditujukan untuk mencapai suatu efisiensi akibat tidak kondusifnya persaingan pada bidang usaha di bawahnya (misalnya antara bidang pabrikan dengan bidang distribusinya). Maka dari itu pendekatan legal atau ilegalnya praktek ini di hampir semua negara termasuk di Indonesia dilakukan dengan *rule of reason*. Artinya, bahwa sebelum diputuskan legal atau tidaknya praktek integrasi vertikal, perlu adanya penilaian terlebih dahulu apakah praktek integrasi vertikal tersebut menyimpang dari tujuan efisiensi tersebut atau tidak (disertai tindakan anti-persaingan).

Namun faktanya, selama ini, kebanyakan prakteknya di Indonesia hampir selalu disertai dengan tindakan-tindakan anti-persaingan antara lain praktek diskriminasi harga dan pelayanan. Contoh kasus yang paling fenomenal di dalam praktek ini adalah yang (dahulu?) dilakukan oleh sebuah perusahaan tepung terigu yang dominan (akibat kebijakan pemerintah yang anti persaingan) di Indonesia. Di mana pemilik perusahaan terigu (sebagai perusahaan hulu) tersebut juga memiliki perusahaan makanan sebagai usaha hilirnya. Pada prakteknya perusahaan terigu tersebut banyak melakukan tindakan diskriminasi antara lain diskriminasi pasokan terigu kepada perusahaan makanan yang menjadi pesaing

dari perusahaan makanan yang terafiliasi dengannya. Akibatnya, perusahaan makanan tersebut tidak dapat bersaing dengan perusahaan makanan yang terafiliasi dengan perusahaan terigu tersebut sehingga lambat laun mati. Dari situlah timbul praktek monopolisasi atas bidang industri makanan tersebut, dimana perusahaan makanan yang terafiliasi tersebut akhirnya melakukan akusisi terhadap perusahaan makanan yang tidak dapat berkompetisi satu per satu. Hingga akhirnya perusahaan makanan terafiliasi itu sampai kini dapat sangat dominan di industri makanan tersebut.

Contoh kasus lainnya adalah yang terkait dengan praktek-praktek diskriminasi penyaluran kredit oleh perbankan. Sudah menjadi rahasia umum bahwa (sebelum krisis) bank-bank di Indonesia akan lebih mengutamakan penyaluran kredit ke perusahaan yang terafiliasi ketimbang perusahaan lainnya, artinya ada diskriminasi perlakuan di sini. Dipicu oleh penyimpangan praktek integrasi vertikal tersebutlah maka di mana-mana terjadi pelanggaran BMPK untuk perusahaan dalam group sendiri.

Karenanya praktek integrasi vertikal, jika tidak diawasi akan mengakibatkan *multiplier effect* terhadap timbulnya praktek-praktek anti-persaingan lainnya seperti diskriminasi, *interlocking directorship*, *hostile takeover*, dll.

- *Price fixing*, *Resale Price Maintenance (RPM)*, *territorial (market) allocation*, dan *exclusive dealing* menurut pengamatan penulis masih sangat dominan dipraktekkan oleh perusahaan-perusahaan *manufacturing* dan distribusi yang memiliki posisi dominan terhadap perusahaan *retailer*. Penetapan harga yang “direkomendasikan” serta penetapan syarat-syarat penjualan kembali, serta alokasi konsumen dan pasar sudah menjadi praktek yang wajar di dunia perdagangan di Indonesia. Dan seringkali, pelaku usaha dominan di setiap perjanjian

pemasokan dan pemasaran dengan retailer juga memasukkan klausula mengenai *tying arrangement* dan *exclusive dealing*. Untuk praktek-praktek tersebut, di beberapa negara, diterapkan pendekatan *per se* namun di Indonesia beberapa praktek masih ditinjau secara *rule of reason*. Padahal praktek-praktek tersebut telah jelas anti-persaingan. Sehingga pendekatan *rule of reason* menjadi beban yang cukup signifikan bagi KPPU dalam pembuktiannya.

- Kondisi oligopolistik pada industri-industri tertentu seperti pada industri semen, terigu, kertas, pakan ternak dan DOC, dll. seringkali menimbulkan praktek kartel. Dengan berkedok asosiasi industri tertentu banyak oligopolist-oligopolist melakukan praktek kartel. Untuk mengidentifikasi adanya praktek kartel sebenarnya “gampang-gampang susah”. “Gampang”nya adalah bahwa biasanya praktek kartel di suatu industri dapat terlihat dari beberapa indikasi antara lain adanya “keseragaman” tindakan usaha seperti menaikkan harga produk secara bersamaan tanpa ada faktor sebab-akibat yang rasional, misalnya tidak ada kenaikan harga bahan baku atau bahan pendukung (misalnya kenaikan BBM) tetapi harga produk bersamaan naiknya bahkan dengan tingkat kenaikan yang tidak wajar. Adanya kelangkaan produk secara bersamaan dan tidak rasional sebelum kenaikan tersebut akibat pengaturan bersama atas *output*. Adanya pembagian wilayah pemasaran tanpa adanya alasan beban “*transportation cost*”. Serta indikasi perilaku anti-persaingan lainnya.

Dan susahnyanya, praktek-praktek kartel itu sulit dibuktikan karena biasanya tidak ada bukti-bukti tertulis misalnya berupa perjanjian tertulis atau kebijakan anti-persaingan (dari pemerintah) tertulis yang dapat dijadikan pendukung bagi pembuktian atas keberadaan praktek kartel tersebut.

Memang diakui bahwa munculnya para oligopolist

serta praktek kartel saat ini merupakan hasil dari kebijakan dan kebijaksanaan pemerintah masa lalu yang kolusif terutama lewat mekanisme perizinan yang diskriminatif. Namun begitu, dengan adanya UU No. 5/1999 ini minimal, kini pemerintah tidak dapat dengan “bebas”nya menerapkan kebijakan dan kebijaksanaan anti persaingan tersebut.

- Sebenarnya banyak lagi perilaku dan praktek anti-persaingan lain yang terjadi di Indonesia dan itu hampir di seluruh bidang baik industri, perdagangan, perbankan, sampai dengan bidang pasar modal. Dan ini semua merupakan tugas dari KPPU untuk membenahi, mengusut, dan menerapkan sanksi sesuai dengan kewenangannya.

D. Sekilas Problematika Hukum Persaingan Usaha di Indonesia.

1. Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Salah satu faktor yang paling penting dalam upaya membenahan kondisi persaingan usaha dan memberantas praktek-praktek atau perilaku anti-persaingan adalah keberadaan infrastruktur hukum dalam kerangka sistem hukum persaingan usaha nasional yang ada. Sebagaimana telah diketahui, Indonesia telah memiliki Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (UU No. 5/1999) yang di dalamnya melahirkan Komisi Pengawas Persaingan Usaha. Namun begitu secara obyektif dapat dikatakan bahwa substansi dari UU No. 5/1999 tersebut masih jauh dari sempurna. Terdapat beberapa kesalahan dan kelemahan mendasar baik dari sisi ketentuan materiil maupun formil dari UU tersebut yang seringkali justru menjadi kendala dalam penegakan hukumnya (*law enforcement*). Secara ringkas dapat dikemukakan beberapa

kesalahan dan kelemahan dari UU tersebut antara lain:

- a. Judul dari UU No. 5/1999 tidak merepresentasikan seluruh permasalahan yang seharusnya menjadi lingkup suatu undang-undang di bidang persaingan usaha dan terkesan *populis*. Hal ini karena substansi dari undang-undang ini, sebenarnya tidak hanya mengatur aspek larangan praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat saja namun lebih dari itu yaitu melingkupi pula aspek-aspek lain dari *issue* persaingan usaha. Praktek monopoli hanya bagian kecil dari bidang persaingan usaha yang sebenarnya melingkupi pula perihal praktek bisnis restriktif dan penyalahgunaan posisi dominan. Dan jika mengacu kepada *Australian Trade Act* maka perihal praktek persaingan usaha tidak sehat adalah bidang yang terkait dengan perihal perlindungan konsumen, maka seharusnya perihal praktek persaingan usaha tidak sehat tersebut jika menganut rezim sistem hukum Indonesia yang memisahkan pengaturan perlindungan konsumen dengan persaingan usaha maka perihal persaingan usaha tidak sehat harus diadopsi oleh Undang-undang No. 8 tahun 1999 tentang Perlindungan Konsumen. Maka dapat dikatakan bahwa pencantuman istilah "praktek persaingan tidak sehat" atau "*unfair business practices*" dalam undang-undang ini salah kaprah. Tambahan lagi, bahwa, sebenarnya, konstitusi negara ini yaitu Undang-Undang Dasar 1945 (UUD 45), fakta yuridisnya, masih membolehkan adanya praktek monopoli sebagaimana tercermin dari Pasal 33. Begitu pula UU No. 5/1999 ini yang di dalam pengecualiannya masih diperbolehkan praktek monopoli dalam kondisi-kondisi tertentu. Sehingga ironis sekali apabila judul dari UU No. 5/1999 ini tetap dipertahankan. Judul yang tepat bagi undang-undang ini adalah "Undang-Undang tentang Persaingan Usaha" yang diharapkan menjadi

lebih sesuai, komprehensif, serta efisien dan efektif (mudah diingat).

b. Sistematika dan substansi dari batang tubuh UU No. 5/1999 terutama yang terkait dengan pengaturan praktek-praktek persaingan usaha mengakibatkan terjadinya tumpang tindih pengaturan atau paling tidak perulangan (*redundant*) pengaturan. Bahkan jika mengacu kepada jenis-jenis perilaku persaingan usaha yang telah dipaparkan di atas, UU ini tidak mengatur larangan terhadap perilaku-prilaku anti-persaingan tersebut secara komprehensif sehingga terdapat beberapa perilaku anti-persaingan yang tidak ter-cover secara baik dalam UU ini, sementara terdapat perilaku anti-persaingan yang diatur secara *redundant* dan berlebihan.

c. Kesalahan penggunaan istilah atau terminologi persaingan usaha, pelebaran pengertian dari suatu istilah, serta ketidak-konsistenan dalam penggunaan istilah dalam suatu pasal, serta kesalahan dan ketidakefektifan redaksional yang lain yang mewarnai formulasi dan substansi pengaturan dalam UU No. 5/1999 ini menjadi ancaman bagi tidak efektifnya atau “mandul”nya penerapan undang-undang ini sendiri.

d. Pencantuman klausula kausalitas “*dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat*” atau “*dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat*” pada hampir setiap pasal dalam bab aturan mengenai “Perjanjian yang dilarang”, “Kegiatan yang dilarang” maupun “Posisi Dominan” memperlihatkan bahwa:

- Diduga bahwa tidak ada pertimbangan yang cukup kuat kepada konsekuensi penggunaan pendekatan antara “*rule of reason*” atau “*per se*” untuk melihat kasus-kasus persaingan usaha. Sebagaimana diterangkan di bagian awal tulisan ini bahwa konsekuensi dari penggunaan pendekatan *rule of*

reason adalah bahwa beban pembuktian kepada salah atau tidaknya suatu tindakan persaingan menjadi sangat rumit ketimbang penggunaan pendekatan *per se*.

- Ada banyak tindakan usaha yang jelas-jelas anti-persaingan dan tidak ada sedikitpun tujuan efisiensi ekonomis di dalamnya yang sebaiknya tidak perlu lagi digunakan pendekatan *rule of reason* cukup *per se* saja, namun dengan tercantumnya klausula kausalitas di formulasi aturannya menjadi harus diperlakukan dengan pendekatan *rule of reason*.

- Penggunaan pendekatan "*rule of reason*" pada hampir seluruh praktek persaingan usaha yang diformulasikan dalam setiap aturannya di dalam pada pasal-pasal yang ada. Serta dengan mempertimbangkan kondisi sumber daya manusia di bidang persaingan usaha (termasuk di dalamnya, para anggota KPPU) yang masih jauh dari memadai. Dapat diprediksi bahwa penerapan UU No. 5/1999 ini akan mengalami berbagai kendala yang cukup pelik jika memang tidak bisa dikatakan bahwa undang-undang ini tidak akan efektif atau mandul.

- Dampak lanjutannya dari sangat dominannya pendekatan *rule of reason* dalam undang-undang ini ternyata secara tidak langsung memberikan peluang yang sangat besar kepada lembaga peradilan dan otoritas yang terkait dengan penanganan persaingan usaha untuk membuat pertimbangan yang salah atau bahkan kolusif dalam memutuskan salah atau tidaknya suatu tindak persaingan usaha.

- e. Berkaitan dengan ketentuan formil prosedur penanganan perkara persaingan usaha. Terdapat banyak kekurangan baik yang terkait dengan prosedur

beracara maupun tugas dan kewenangan KPPU sebagai lembaga penegak hukumnya. Masih terdapat kontroversi prosedur beracara di KPPU terutama dikaitkan dengan prinsip "due process of law"-nya. Tambahan lagi, saat ini sering terjadi benturan antara prosedur beracara di KPPU dengan prosedur beracara di Lembaga Peradilan dalam hal putusan KPPU diajukan keberatan ke lembaga peradilan. Belum lagi apabila melihat kondisi SDM peradilan Indonesia yang masih jauh dari layak, tentunya ini menjadi ancaman tersendiri bagi efektifitas undang-undang ini dalam perbaikan kondisi persaingan usaha di Indonesia.

- f. Khusus untuk pengaturan mengenai pengecualian, terdapat kesalahan fatal dalam penggunaan istilah "peraturan perundang-undangan" ketimbang penggunaan istilah "undang-undang" atau "produk peraturan setingkat dengan atau lebih dari undang-undang", menjadi ancaman tersendiri bagi ketidakefektifan atau "kemandulan" akibat *abuse* yang dilakukan oleh Pemerintah melalui berbagai peraturan produksinya.

Sementara itu ada upaya lainnya yang perlu dilakukan yaitu harmonisasi aturan perundang-undangan di sektor di luar perindustrian dan perdagangan terutama yang bertentangan dengan semangat persaingan usaha. Harmonisasi tersebut menjadi sangat penting karena produk undang-undang sektoral karena kekhususannya dapat saja dianalogikan memiliki prinsip *lex specialis derogat lex generalis*, mengecualikan keberlakuan undang-undang persaingan usaha. Dan upaya yang tidak kalah pentingnya pula adalah penertiban terhadap produk peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang yang kenyataannya sarat akan kebijakan anti-persaingan (terutama produk pemerintah sebelum masa reformasi). Meskipun peraturan perundang-undangan tersebut secara otomatis tidak berlaku bila bertentangan dengan undang-undang persaingan, namun

pencabutan secara formal produk perundang-undangan tersebut perlu dilakukan untuk mencegah kebingungan publik dan *abuse of interpretation* yang mungkin dilakukan oleh pengambil kebijakan.

2. Pemberdayaan Budaya Hukum dan Etika Usaha.

Kebijakan tentang persaingan usaha memerlukan dukungan berupa perubahan orientasi sikap dan budaya hukum serta etika dari tidak hanya pelaku usaha namun juga pelaku ekonomi lainnya termasuk konsumen berkaitan dengan *issue* persaingan usaha. Perubahan orientasi sikap itu terutama diharapkan dari pelaku-pelaku usaha besar yang *nota bene* kini merasa terancam oleh keberlakuan undang-undang persaingan usaha. Perlu diupayakan ditanamkan suatu sikap dan kesadaran bahwa kondisi persaingan usaha yang baik perlu ditumbuhkan dan dijaga agar dapat dicapai efisiensi dunia usaha yang tentunya bermanfaat dan melanggengkan usaha. Bahwa kebijakan persaingan usaha itu tidaklah anti-“besar” tetapi anti-inefisiensi dan tindakan restriktif serta penyalahgunaan posisi dominan. Sehingga apabila usaha mereka besar tapi efisien dan tidak melakukan tindakan restriktif dan penyalagunaan posisi dominan, mereka tidak perlu takut “terlibas” oleh keberlakuan undang-undang persaingan usaha. Dan yang paling penting pula untuk ditanamkan kesadaran pada para pelaku ekonomi adalah bahwa kebijakan persaingan usaha itu adalah satu cara untuk menegakkan keadilan dan demokrasi ekonomi bagi kepentingan seluruh pihak di Indonesia.

Masalah persaingan usaha, diakui adalah masalah yang kompleks, oleh karena untuk sampai ada kepada suatu perubahan orientasi sikap dan terciptanya budaya dan etika persaingan usaha membutuhkan waktu dan upaya yang keras dari dunia usaha itu sendiri dengan dibantu oleh otoritas yang ada. Baik melalui upaya edukasi publik maupun sosialisasi kebijakan persaingan usaha itu sendiri.

Dan hal yang penting untuk diketahui otoritas yang terkait dengan persaingan usaha dalam hal ini terutama KPPU dalam rangka menciptakan budaya dan etika usaha yang baik di tengah dunia usaha adalah bahwa pelaku ekonomi sangat terpengaruh oleh kenyataan yang terjadi di dunia usaha itu sendiri. Jika satu pelaku usaha tidak melihat bahwa kebijakan persaingan usaha yang ada tidak memberi manfaat atau sesuatu yang positif padanya, maka pelaku usaha itu akan bosan dan kembali tidak peduli terhadap kebijakan persaingan usaha tersebut. ■

(Endnotes)

¹Sebagai catatan. Keberadaan konvensi-konvensi atau kesepakatan-kesepakatan internasional di bidang perekonomian maupun bisnis tidak dapat dijadikan alasan bagi adanya pembidangan hukum yang tersendiri untuk mewadahnya. Alasannya adalah bahwa efektivitas dan positivitas dari konvensi dan kesepakatan internasional tersebut baru terjadi bila terdapat tindakan hukum nasional berupa ratifikasi dari DPR yang berarti tindakan pengadopsian ke dalam sistem hukum nasional, yang berarti pula setara dengan ketentuan yang berhierarki undang-undang.

² United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), *Model Law on Competition*, Geneva 2000.

³ Ibid. ■