

**URGENSI SYARAT KEDUDUKAN DOMINAN DALAM *TYING*
AGREEMENT MENURUT PASAL 15 UNDANG-UNDANG NOMOR 5
TAHUN 1999 TENTANG LARANGAN PRAKTEK MONOPOLI DAN
PERSAINGAN USAHA TIDAK SEHAT**

(Study Perbandingan Hukum Persaingan Usaha Indonesia dan Uni Eropa)

JURNAL ILMIAH

**(Diajukan untuk Memenuhi Sebagian Syarat-Syarat Memperoleh Gelar
Kesarjanaan Dalam Ilmu Hukum)**

Oleh:

BUNGA BAHARI

NIM. 125010101111078



**KEMENTERIAN RISET TEKNOLOGI DAN PENDIDIKAN TINGGI
UNIVERSITAS BRAWIJAYA**

FAKULTAS HUKUM

MALANG

2016

URGENSI SYARAT KEDUDUKAN DOMINAN DALAM *TYING AGREEMENT* MENURUT PASAL 15 UNDANG-UNDANG NOMOR 5 TAHUN 1999 TENTANG LARANGAN PRAKTEK MONOPOLI DAN PERSAINGAN USAHA TIDAK SEHAT (Study Perbandingan Hukum Persaingan Usaha Indonesia dan Uni Eropa)

Bunga Bahari, Dr. Hanif Nur Widhiyanti, S.H., M.Hum., M. Zairul Alam, S.H., M.H.

Fakultas Hukum Universitas Brawijaya
Email: baharibunga@gmail.com

ABSTRAKSI

Perjanjian *tying* diatur dalam Pasal 15 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha. Perjanjian tersebut digolongkan termasuk ke dalam perjanjian tertutup. Sedangkan dalam draf pedoman Pasal 15 KPPU, dijelaskan dapat dikatakan perjanjian *tying*, apabila suatu perusahaan atau pelaku usaha memiliki kekuatan pasar. Hal tersebut dapat dimiliki oleh perusahaan yang memiliki kedudukan dominan dalam pasar yang bersangkutan. Dalam pengaturan persaingan usaha Uni Eropa, perjanjian *tying* digolongkan masuk ke dalam pasal penyalahgunaan posisi dominan, yaitu pada Article 102 TFEU. Dimana dalam pengaturan persaingan usaha Uni Eropa, apabila suatu perusahaan atau pelaku usaha dikatakan melakukan perjanjian *tying* maka ia juga termasuk melakukan penyalahgunaan posisi dominan, karena *market power* hanya dimiliki oleh perusahaan atau pelaku usaha yang memiliki kedudukan dominan. Sehingga, dalam Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 perlu mempertimbangkan perjanjian *tying* termasuk kedalam penyalahgunaan posisi dominan yang bersifat *Rule of Reason*.

Kata Kunci: Persaingan Usaha, *Tying Agreement*, Posisi Dominan



***DOMINANT POSITION IN TERMS OF URGENCY tying AGREEMENT
UNDER ARTICLE 15 OF LAW NUMBER 5 YEAR 1999 ON THE
PROHIBITION OF MONOPOLY PRACTICES AND UNFAIR BUSINESS
COMPETITION (Comparative Study of Indonesia's Business Competition Law
and the European Union)***

***Bunga Bahari, Dr. Hanif Nur Widhiyanti, SH, M. Hum., M. Zairul Alam, SH,
M.H.***

Faculty of Law Brawijaya University

Email: baharibunga@gmail.com

ABSTRACTION

Tying agreements stipulated in Article 15 paragraph (2) of Law No. 5 of 1999 on Prohibition of Monopolistic Practices and Competition. This agreement included in the agreement that is classified closed. Whereas in Article 15 of the Commission's draft guidelines, as described can be said that tying agreements, if a company or business actors have the market power. It can be owned by a company which has a dominant position in the relevant market. In setting the EU's competition, the Tying agreement is classified into the chapters abuse of dominant position, namely in Article 102 TFEU. Where the EU competition regulation said that if a company or business actors do a tying activity, that can be said he/they is abusing his/their dominant position, as market power solely owned by companies or businesses that have a dominant position. This, in Act No. 5 of 1999 should consider tying agreements including into the abuse of a dominant position which is Rule of Reason.

Keywords: Competition, Tying Agreement, Dominant Position

PENDAHULUAN

Pada umumnya mengenai *tying agreements*, hukum persaingan negara-negara menentukan bahwa pada dasarnya praktek ini tidak dengan sendirinya *illegal*. Hal lain yang membuat praktek *tying* bisa dibenarkan adalah jika si penjual bisa menunjukkan bahwa *tying* dilakukan atas dasar sensitivitas teknologi yang mengharuskan supaya produk tertentu digunakan untuk menghindari kerusakan.¹ *Tying* merupakan konsep teori yang memiliki *market power* besar. *Market power* itu sendiri merupakan kemampuan dari perusahaan untuk mempengaruhi barang dan jasa yang dijualnya. Dengan *market power* yang dimilikinya tersebut maka perusahaan dominan dapat mengendalikan harga.² Dengan posisi dominan tersebut, perusahaan dapat melakukan strategi yang bersifat independen terhadap perilaku pelaku usaha pesaing.

Menurut Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, konsep teori yang dilarang didalamnya yaitu terkait *Tying Agreements*, yang dimuat di salah satu pasalnya, yaitu berbunyi:³

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.

Pada pasal tersebut, yang telah dijelaskan dalam draf pedoman Pasal 15 Komisi Pengawas Persaingan Usaha, dijelaskan mengenai larangan bagi pelaku usaha untuk membuat perjanjian *tying*. Secara spesifik, pelaku usaha yang bertindak selaku pemasok (sektor hulu) tidak diperbolehkan untuk memberlakukan kewajiban bagi pelaku usaha lain (sebagai penerima pasokan dan/atau distributor) untuk membeli produk dan/atau jasa lain yang berbeda karakternya dengan produk pokoknya. Perbedaan karakteristik antara produk utama dan produk lainnya sebagaimana dapat dikur berdasarkan tingkat komplemen atau substitusinya merupakan faktor kunci dari praktek *tying*

¹ Arie Siswanto, *Hukum Persaingan Usaha*, Ghalia Indonesia, Jakarta Selatan, 2002, hlm 43

² Vegitya Ramadhani Putri, *Hukum Bisnis*, Setara Press, Malang, 2013, hlm 213

³Lihat Pasal 15 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat

tersebut. Pengaitan penjualan atau pembelian yang bersifat wajib antara produk dan/atau jasa yang sama sekali berbeda dalam satu paket potensial akan melanggar pasal ini.⁴ Sementara itu untuk bersaing dalam pasar pelaku usaha pesaing juga akan terseret untuk melakukan hal yang sama yaitu melakukan perjanjian *tying*.⁵

Pada putusan yang dikeluarkan oleh Komisi Pengawas Persaingan Usaha salah satunya terkait tentang *Tying*, yaitu pada Putusan Nomor 05/ KPPU-I/ 2014. Dalam putusan ini, Pelaku usaha yang terlibat yaitu PT Bank Rakyat Indonesia (Persero), Tbk, PT Asuransi Jiwa Bringin Jiwa Sejahtera dan PT Heksa Eka Life Insurance. Yang pada putusan tersebut obyek perkaranya adalah *tying in* produk perbankan berupa KPR (Kredit Pemilikan Rumah) PT Bank Rakyat Indonesia (Persero), Tbk dengan produk asuransi jiwa dari PT Asuransi Jiwa Bringin Jiwa Sejahtera dan PT Heksa Eka Life Insurance. Dalam Putusan KPPU tersebut, menyatakan bahwa tiga telapor tersebut telah melakukan perjanjian *tying* tanpa adanya pertimbangan penyalahgunaan posisi dominan.

Pada pengaturan di Uni Eropa, ketentuan tersebut termasuk dalam *article* 102 TFEU. Dalam *article* tersebut, dapat di lihat bahwa pengaturan *tying* digabungkan kedalam satu pasal pengaturan posisi dominan. Dimana untuk tujuan dari *article* 102 tersebut, konsep *tying* dan *bundling* dideskripsikan dalam *guidance paper tying* terjadi ketika suatu produk didesain sedemikian rupa yang hanya dapat bekerja jika ditambahkan dengan produk lain. Atau dimana kedua produk tersebut secara fisik terintegrasi sehingga dapat dijual bersama. Produk kontrak terjadi ketika pelanggan yang membeli produk juga untuk membeli produk tambahan.⁶ Sehingga dapat disimpulkan pengaturan *tying* di Indonesia, berbeda dengan pengaturan di Uni Eropa.

Pada kasus yang terjadi di Uni Eropa ini, yaitu terkait kasus yang dialami oleh Microsoft yang diputuskan dalam *Judgment Of The Court Of First Instance (Grand Chamber)* 17 September 2007. Pada kasus tersebut ditemukan adanya

⁴ Peraturan KPPU Pelaksanaan Pasal 15 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, hlm

⁵ Andy Fahmy Lubis, et.al., *Hukum Persaingan Usaha antara Teks dan Konteks*, 2009, hlm 120

⁶ Jones Alison and Surfin Brenda, *Eu Competition Law-Text, Cases, and Material*, Oford University Press, New York, 2011, hlm 456

pengikatan *internet explorer* (program penjelajah internet milik Microsoft) terhadap sistem operasi *windows* (produk microsoft yang menguasai kira-kira 80% pangsa pasar sistem operasi komputer). Pada kasus tersebut, Microsoft digolongkan termasuk kedalam *tying* dengan mempertimbangkan adanya penyalahgunaan posisi dominan didalamnya.⁷

Dari kedua contoh kasus diatas, terlihat perbedaan pembuktian terhadap kasus di Indonesia dan Uni Eropa. Oleh sebab itu, berangkat dari sebuah pemahaman bahwa perjanjian *tying* secara signifikan merugikan persaingan usaha, maka dari penjabaran diatas dapat disimpulkan ketentuan perjanjian *tying* tersebut dapat menimbulkan persaingan usaha tidak sehat.

RUMUSAN MASALAH

Berdasarkan hal-hal yang telah diuraikan dalam pendahuluan diatas, maka didapatkan permasalahan, sebagai berikut:

Bagaimana syarat Kedudukan Dominan terkait *Tying Agreement* dalam ketentuan Pasal 15 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 dan Article 102 huruf d *Treaty on the Functioning of the European Union*?

PEMBAHASAN

1. Metode Penelitian

Jenis penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah yuridis normatif. Penelitian yuridis normatif adalah suatu prosedur ilmiah untuk menemukan kebenaran berdasarkan logika keilmuan dari sisi normatifnya yang objeknya adalah hukum itu sendiri.⁸ Oleh karena itu, dalam penelitian ini dilakukan analisa terkait Urgensi Syarat Kedudukan Dominan dalam *Tying Agreement* menurut Pasal 15 ayat (2) Undang-Undang Nomer 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (Study Perbandingan Hukum Persaingan Usaha Indonesia dan Uni Eropa). Pada umumnya penelitian normatif menggunakan tiga jenis bahan hukum, yaitu bahan hukum primer, bahan hukum

⁷ Arie Siswanto, *Hukum Persaingan Usaha*, Ghalia Indonesia, Jakarta Selatan, 2002, hlm 45

⁸ Jhony Ibrahim, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Banyumedia, Malang, 2011, hlm 57

sekunder, dan bahan hukum tersier.⁹ Peraturan hukum yang digunakan dalam penelitian ini, diantaranya:

1. Pasal 15 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praaktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat
2. Article 102 *Treaty on the Functioning of the European Union* (TFEU)
3. Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 05/ KPPU-I/ 2014
4. *Judgment Of The Court Of First Instance (Grand Chamber) 17 September 2007 dalam kasus T-201/04, Microsoft v. Commission [2007] ECR II-3601*
5. Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Pasal 15 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat

2. Hasil Pembahasan

Dalam pengaturannya terkait *tying agreement*, termasuk kedalam perjanjian yang dilarang dalam peraturan persaingan usaha di Indonesia. Perjanjian yang dilarang tersebut yaitu suatu bentuk perbuatan yang mengikatkan diri baik secara formal (tertulis) maupun informal (tidak tertulis) yang melibatkan pelaku usaha yang seharusnya bersaing sehingga terbentuk semacam koordinasi yang mengatur harga, kuota, dan/atau alokasi pasar.¹⁰ Perjanjian *tying*, dinyatakan termasuk kedalam Pasal 15 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat terkait perjanjian tertutup. Pada konteks perjanjian tertutup, pada umumnya pelaku usaha bersedia menerima persaingan antar produk bersaing yang dihasilkan oleh produsen berbeda pada pasar yang sama (*interbrand competition*), kemudian secara sangat kuat mengendalikan persaingan antar distributor (*intra-brand competition*).¹¹

Setiap pelaku usaha selalu ingin mengembangkan usahanya semaksimal mungkin. Kondisi ini memaksa setiap pelaku usaha untuk meningkatkan kinerja

⁹Soerjono Soekanto, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2011, hlm. 13.

¹⁰Suharsil dan Mohammad Taufik Makarao, *Hukum Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat di Indonesia*, Ghalia Indonesia, Bogor, 2010, hlm 116

¹¹ *Ibid*, hlm 4

dan daya saing, tentu saja seharusnya melalui inovasi dan efisiensi sehingga dapat mengungguli pesaingnya. Sebagai konsekuensi keberhasilan mencapai hal itu, pelaku usaha akan memperoleh posisi dominan dan/atau mempunyai kekuatan pasar. Dan perjanjian tertutup merupakan salah satu strategi yang dapat ditempuh oleh pelaku usaha untuk meningkatkan kekuatan pasar yang mungkin akan mengganggu iklim persaingan dan pada akhirnya akan merugikan konsumen.

Perjanjian *tying* ini merujuk kepada perjanjian diantara dua pelaku usaha yang berada dalam pasar yang berbeda atau dua pelaku usaha yang menghasilkan dua produk yang tidak saling berkaitan, dimana pelaku usaha melakukan penolakan untuk menyuplai produk pertama, jika pembeli tidak bersedia membeli produk kedua.¹² Akibat adanya perjanjian *tying* tersebut, maka konsumen yang ingin membeli semua bagian produk yang dinginkannya, tetapi pembeli juga harus membeli produk yang mungkin tidak memerlukan produk tersebut karena tidak mempunyai kesamaan fungsi.

Melalui perjanjian *tying* tersebut, pelaku usaha dapat melakukan perluasan kekuatan monopoli pada produk pengikat. Dengan memiliki kekuatan monopoli dalam pasar tersebut, maka pelaku usaha dapat menciptakan hambatan bagi pelaku usaha lain atau dapat melenyapkan kompetitor (pelaku usaha lain), karena dengan adanya kekuatan monopoli pasar yang ada didalam produknya tersebut akan mempengaruhi pasar.¹³

Perjanjian *tying* ini, telah menyebabkan pembeli barang pengikat harus membeli juga barang terikat. Pengaturan untuk membeli barang terikat ini ditetapkan secara sepihak tanpa dapat dihindari oleh pembeli karena tidak adanya pilihan. Ini berarti produsen tidak mempunyai pesaing yang cukup signifikan, dalam kata lain ia mempunyai kedudukan yang lebih dominan. Kedudukan yang lebih dominan inilah yang dimanfaatkan untuk membawa perusahaan barang terikat pun bisa menikmati posisi dominan yang sama, maka itulah salah satu tujuan daripada perjanjian *tying*. Dengan kata lain perjanjian *tying* tidak akan

¹² Whish Richard, *Competition Law*, Lexis Nexis UK, London, 2003, hlm 659

¹³ Andy Fahmy Lubis, et.al, *Hukum Persaingan Usaha antara Teks dan Konteks*, 2009, hlm 120

mempunyai akibat negatif terhadap persaingan apabila perusahaan barang pengikat tidak mempunyai posisi dominan terlebih dahulu.¹⁴

Oleh karena itu dua alasan yang menyebabkan perjanjian *tying* dilarang, adalah ketika pelaku usaha yang melakukan perjanjian *tying* tidak menghendaki pelaku usaha lain memiliki kesempatan yang sama untuk bersaing secara adil dalam pasar, terutama bagi pelaku usaha pesaing produk terikat. Pelaku usaha yang melakukan perjanjian *tying* juga telah menghilangkan hak konsumen untuk memilih secara bebas produk yang ingin mereka beli.¹⁵ Ketiadaan pilihan ini disebabkan oleh pelaku usaha produk pengikat memiliki kekuatan pasar yang besar, untuk itulah perjanjian *tying* hanya akan berhasil secara signifikan, apabila produk pengikat mempunyai kekuatan pasar yang pada akhirnya akan dimiliki pula oleh pelaku usaha produk terikat.¹⁶

Dapat dilihat dalam Pasal 15 ayat (2), unsur-unsur yang ada dalam pasal tersebut, nampak bahwa Pasal 15 hanya menjelaskan bahwa apabila pelaku usaha atau perusahaan yang melakukan suatu perjanjian, dimana perjanjian tersebut memiliki persyaratan bahwa apabila pihak yang menerima barang dan atau jasa tertentu harus bersedia membeli barang dan atau jasa lain dari pelaku usaha pemasok. Dimana dalam penjabaran unsur yang ada dalam Pasal tersebut, tidak mempertimbangkan ada tidaknya *market power* dan/atau posisi dominan dalam sebuah perjanjian *tying*. Sehingga, apabila ditemukan pelaku usaha atau perusahaan yang membuat perjanjian tersebut, maka pelaku usaha atau perusahaan tersebut hanya sebatas telah melanggar Pasal tersebut.

Oleh karena itu, dengan adanya sisi manfaat dan sisi negatif dalam sebuah perjanjian *tying*, semestinya tidak semua perjanjian *tying* secara langsung dilarang. Dalam batasan tertentu perjanjian *tying* pun diperbolehkan. Namun tidak demikian menurut ketentuan Pasal 15 ayat (2) UU Nomor 5 tahun 1999, bahwa perjanjian *tying* digolongkan sebagai perbuatan anti persaingan yang dilarang secara *per se illegal*. Larangan *per se illegal* mempunyai arti bahwa perbuatan

¹⁴ Peraturan KPPU Pelaksanaan Pasal 15 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, hlm 21

¹⁵ Susanti Adi Nugroho, *Hukum Persaingan Usaha di Indonesia, Dalam Teori dan Praktik serta Penerapan Hukumnya*, 2012, hlm 216

¹⁶ Andy Fahmy Lubis, et.al, *Hukum Persaingan Usaha antara Teks dan Konteks*, 2009, hlm 121

tersebut dilarang, terlepas dari apakah perbuatan itu memiliki manfaat terhadap persaingan. Dalam Undang-Undang Persaingan Usaha tersebut, dirumuskan secara *per se illegal*, artinya yaitu bagi pelaku usaha yang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain untuk melakukan suatu praktek *tying agreement* tanpa harus melihat akibat dari praktek tersebut muncul, sehingga pada pasal ini sudah secara jelas dapat dikenakan kepada pelaku usaha yang melanggarnya.¹⁷ Dikarenakan, perbuatan anti persaingan dengan larangan *per se illegal* selalu dianggap secara substansial mengurangi atau menghambat persaingan.

Oleh karena itu dapat disimpulkan bahwa perjanjian *tying* tidak hanya memiliki dampak negatif, melainkan perjanjian *tying* juga memiliki dampak positif. Dimana pelaku usaha atau perusahaan yang membuat perjanjian ini, mempunyai kedudukan yang dominan, yang dapat menikmati posisi dominannya dengan adanya perjanjian *tying* tersebut. Jadi, berdasarkan Putusan yang di keluarkan oleh Komisi Pengawas Persaingan Usaha, dimana dalam putusan tersebut KPPU hanya melihat bahwa pelaku usaha telah melakukan anti persaingan, sehingga melanggar pasal tersebut. Akan tetapi Komisi Pengawas Persaingan Usaha, sememangnya tidak memperhitungkan adanya akibat didalamnya, yakni tidak melihat bahwa pelaku usaha tersebut telah melakukan adanya penyalahgunaan posisi dominan. Karena, dapat dilihat bahwa kekuatan pasar itu timbul jika perusahaan atau pelaku usaha tersebut memiliki kedudukan yang dominan. Namun, dalam putusan tersebut tidak melihat adanya penyalahgunaan posisi dominan didalamnya, melainkan hanya wujud perjanjian tertutup dalam proses pembuktiannya. Perjanjian *tying* ini antara pelaku usaha barang pengikat dan pelaku usaha terikat. Dengan bersifat *per se illegal*, yang mana KPPU tidak melihat ada tidaknya dampak perjanjian *tying* tersebut terhadap persaingan.

Dalam pengaturan posisi dominan di hukum persaingan usaha Indonesia, posisi dominan diatur dalam Pasal 25, dimana termasuk kedalam kegiatan yang dilarang. Sedangkan perjanjian *tying* digolongkan ke dalam perjanjian tertutup yang diatur dalam Pasal 15 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999. Dimana, ketika pelaku usaha barang pengikat mempunyai kekuatan pasar dan/atau

¹⁷ *Ibid*, hlm 122

kedudukan dominan, maka dengan adanya perjanjian *tying*, maka pelaku usaha pesaing, dari pada pelaku usaha barang terikat akan kesulitan untuk mengakses pasar. Jadi, dalam perjanjian *tying* tersebut dapat dikategorikan sebagai penyalahgunaan posisi dominan. Dimana perjanjian *tying* dalam draf pedoman Pasal 15 KPPU mendefinisikan bahwa perjanjian *tying* tersebut ada jika suatu perusahaan tersebut memiliki kedudukan dominan dalam pasar. Hal tersebut sudah jelas dinyatakan bahwa kekuatan pasar tersebut ada jika memiliki kedudukan dominan didalam suatu pasar yang bersangkutan tersebut. Sehingga dari kedudukan dominan itulah suatu perusahaan atau pelaku usaha dapat melakukan perjanjian *tying*. Karena, memang seharusnya larangan mengenai perjanjian *tying* semestinya digolongkan sebagai penyalahgunaan posisi dominan karena perjanjian ini hanya akan berhasil apabila pelaku usaha tersebut berada dalam posisi dominan.

Dalam pengaturan Persaingan Usaha di Uni Eropa, perjanjian *tying* termasuk kedalam perjanjian yang melanggar posisi dominan. Karna dalam Article 102, *tying agreement* termasuk ke dalam ketentuan huruf d yaitu:¹⁸ *“making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.”*

Yang mana dalam Article 102 huruf d tersebut, dijelaskan bahwa apabila membuat kesimpulan yang terkait dengan penerimaan kontrak oleh pihak lain kewajiban tambahan yang menurut sifatnya atau menurut penggunaan komersial, tidak memiliki koneksi atau tidak memiliki hubungan dengan subjek kontrak tersebut. Sehingga dapat disimpulkan di Uni Eropa, apabila terjadi kasus *tying*, maka pada kasus tersebut juga telah melakukan penyalahgunaan posisi dominan.

Dalam Article 101 huruf e dan Article 102 huruf d secara spesifik mengatakan bahwa perjanjian hubungan dapat berjumlah menjadi pelanggaran. Hubungan perjanjian adalah satu dimana merupakan sebuah masalah pemasok, apakah dengan penetapan kontrak atau dengan beberapa ketentuan, seorang pembeli untuk membeli semua atau sebagian dari permintaan untuk sebuah

¹⁸ Jones Alison and Sufrin Brenda, EU Competition Law, Oxford University Press, London, 2010, hlm 459

produk tambahan dari pemasok terhadap barang utama pertama. Sebuah hubungan dapat dicapai dengan berbagai cara, yang paling jelas adalah dengan menunjukkan penetapan kontrak, apakah pemasok kukuh bahwa seorang pelanggan harus membeli produk tambahan sebagai ketentuan untuk mendapatkan produk utama. Cara lain adalah dengan penolakan untuk memasok produk utama kecuali pelanggan membeli barang tambahan. Ada perdebatan mengenai ikatan hubungan ini bahwa mereka mengambil kebebasan pilihan pembeli, yang tidak dapat membeli barang tambahan seperti yang mereka mau, yang mana mereka dapat menyingkirkan kompetitor, dan memungkinkan pemproduksi untuk memaksakan ikatan untuk melebarkan kekuatan monopoly terhadap barang utama untuk barang tambahan. Permasalahan dari hubungan ini banyak mendapatkan kritik, bahwa hal ini dapat digunakan untuk tujuan-tujuan yang masuk akal, salah satunya untuk menjaga efisiensi dari barang utama, dan yang lain untuk memungkinkan skala ekonomi untuk dapat tercapai dan produsen dapat membedakan pelanggannya.¹⁹

Jadi, dapat disimpulkan bahwa perjanjian *tying* lebih tepat digolongkan ke dalam *Article 102*, karena dapat dikatakan sebagai perjanjian *tying* apabila suatu perusahaan atau pelaku usaha tersebut memiliki kedudukan yang dominan dalam pasar. Walaupun dalam *Article 101* dan *Article 102* memiliki pengaturan yang sama, yaitu dalam *Article 101* terdapat pada huruf e. Tetapi pada pembuktian kasus yang seringkali terjadi, perjanjian *tying* tersebut digolongkan masuk ke dalam *Article 102* karena perjanjian *tying* tersebut seringkali ditemukan pada perusahaan yang memiliki posisi dominan dalam pasar.

Dalam *Judgment Of The Court Of First Instance (Grand Chamber)* 17 September 2007, dinyatakan bahwa Komisi mengadopsi keputusan yang berkaitan dengan persidangan di bawah *Article 102* dari *Treaty of Functioning of the European Union* (TFEU). Kasus ini menyangkut Microsoft Corporation (selanjutnya "Microsoft"), yang mana *tying* berpotensi ilegal dari web browser Internet Explorer untuk klien dominan sistem operasi PC-nya Windows. Komisi menganggap bahwa perilaku yang memenuhi kondisi untuk ditemukannya adanya penyalahgunaan dalam *tying* yang termuat dalam Pasal 82 EC atau *Article 102*

¹⁹ Whish Richard, *Competition Law*, Red Elsevier, UK, 2003

TFEU. Dalam keputusan ini Komisi menyatakan beberapa argumen terhadap Microsoft. Selanjutnya selain argumen yang dinyatakan oleh Komisi, dalam hal ini, Microsoft juga menyatakan permohonannya, dimana menuduh pelanggaran Pasal 82 EC atau Article 102. Setelah itu, Komisi menegaskan bahwa, menurut kasus-hukum, sedangkan usaha adalah, sebagai suatu peraturan, bebas memilih mitra bisnis mereka, dalam keadaan tertentu penolakan untuk memasok oleh suatu usaha dalam posisi dominan dapat merupakan suatu penyalahgunaan dominan posisi dalam pengertian Pasal 82 EC.

Jadi, dalam putusan tersebut perjanjian *tying* termasuk ke dalam Pasal yang mengatur terkait penyalahgunaan posisi dominan. Sehingga, Microsoft disini tidak hanya digolongkan melakukan perjanjian *tying*, namun digolongkan juga melakukan penyalahgunaan kedudukan dominan yang ia miliki dalam pasar. Oleh karena itu, dalam putusan ini microsoft dikenakan *Article* 102 yang mana dalam kasus ini adanya perjanjian *tying* dan penyalahgunaan posisi dominan yang dilakukan oleh Microsoft. Dapat dikenakan melanggar pasal tersebut, karena dalam pasar bersangkutan, Microsoft memiliki kedudukan yang dominan, sehingga dapat melakukan perjanjian *tying* tersebut. Di mana perbuatan tersebut telah menghambat pelaku usaha pesaing untuk melakukan penjualan produk yang sama dalam pasar. Oleh karena itu, Komisi Eropa mengeluarkan putusan ini terhadap Microsoft.

Pada Artikel 102 ini melarang usaha yang melakukan penyalahgunaan posisi dominan diadakan dalam bagian penting dari pasar internal di mana pelecehan yang memiliki efek pada perdagangan antara negara-negara anggota. Meskipun sub-ayat (a) sampai (d) menetapkan contoh pelanggaran, yang tidak memberikan daftar lengkap. Dapat dilihat dari teks dari Artikel 102, ada lima elemen yang harus ditetapkan sebelum larangan berlaku, yaitu:²⁰

- a. Satu atau lebih usaha;
- b. Posisi dominan;

²⁰ Jones Alison and Sufrin Brenda, EU Competition Law, Oxford University Press, London, 2010, hlm 261

- c. Posisi dominan harus diadakan dalam pasar internal atau sebagian besar dari itu;
- d. Penyalahgunaan; dan
- e. Efek pada perdagangan antar-negara.

Jadi, posisi dominan yang dimaksudkan dalam Article 102 tersebut adalah tentang pengaturan terhadap larangan penyalahgunaan posisi dominan yang dilakukan oleh pengusaha atau perusahaan. Dimana dalam *article* tersebut terdapat pada huruf d yang terkait dengan *tying agreement*. Sehingga, dalam *article* tersebut apabila pengusaha atau perusahaan yang melakukan *tying agreement* ia digolongkan juga termasuk kedalam penyalahgunaan posisi dominan. Karena, dalam pengaturan di Uni Eropa menggolongkan bahwa perjanjian *tying* termasuk ke dalam penyalahgunaan posisi dominan, yang sudah jelas dinyatakan dalam *article* 102 huruf d tersebut. Dimana dalam kasus yang sering terjadi di Uni Eropa, perjanjian *tying* dilakukan oleh sebagian perusahaan atau pelaku usaha yang memiliki kedudukan dominan dalam pasar. Sehingga, jika terjadi perjanjian *tying*, maka digolongkan juga melakukan penyalahgunaan posisi dominan.

Oleh karena itu, dari penjelasan diatas perbedaan perbandingan antara Indonesia dengan Uni Eropa, maka dapat disimpulkan bahwa pengaturan dalam aturan persaingan usaha di kedua negara tersebut berbeda, yang mana seharusnya negara Indonesia harus mempertimbangkan kembali terhadap perjanjian *tying*, sehingga pada perjanjian tersebut seharusnya dapat digolongkan sebagai penyalahgunaan posisi dominan dan menggunakan pendekatan *rule of reason*, dimana pendekatan tersebut melihat adanya akibat yang ditimbulkan terhadap persaingan tersebut. Berbeda dengan pendekatan *per se illegal*, yang tidak melihat akibat terhadap persaingan tersebut. Karena, jika dilihat dalam Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha bahwa perjanjian *tying* timbul dikarenakan adanya *market power* dalam perbuatan tersebut, yang seharusnya apabila adanya suatu *market power*, maka disitu terdapat posisi dominan. Oleh sebab itu perlu adanya pertimbangan terhadap pengaturan *tying* dapat digolongkan termasuk penyalahgunaan posisi dominan.

KESIMPULAN

Pengaturan perjanjian tying di Indonesia diatur dalam Pasal 15 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999. Perjanjian tying dalam Undang-Undang tersebut termasuk dalam perjanjian tertutup. Definisi perjanjian tying, merupakan suatu strategi untuk dapat meraih kekuatan pasar secara cepat dengan cara mengikat produk yang tidak mempunyai posisi dominan kepada produk pengikat yang mempunyai kekuatan pasar dan/atau posisi dominan. Perjanjian tying, baru akan mencapai tujuannya apabila pelaku usaha menyalahgunakan posisi dominannya tersebut, karena perjanjian tying ini, tidak akan mempunyai akibat negatif terhadap persaingan apabila perusahaan barang pengikat tidak mempunyai posisi dominan terlebih dahulu. Namun, perjanjian tying tidak hanya memiliki dampak negatif terhadap persaingan, melainkan perjanjian tying juga memiliki dampak positif. Oleh karena itu, dalam penilaian sebuah perjanjian tying adanya kedudukan dominan tersebut menjadi sangat penting, dimana adanya kedudukan dominan maka terdapat juga market power didalamnya, karena jika dalam perjanjian tying mempertimbangkan adanya unsur tersebut, maka perjanjian tying lebih tepat digolongkan termasuk kedalam penyalahgunaan posisi dominan, sebab perjanjian ini hanya akan berhasil apabila pelaku usaha tersebut berada dalam posisi dominan, yang bersifat rule of reason, dimana pendekatan tersebut melihat adanya akibat yang ditimbulkan terhadap persaingan tersebut. Berbeda halnya dengan ketentuan dalam Pasal 15 ayat (2) yang menggolongkan perjanjian tying masuk ke dalam perjanjian tertutup yang sifatnya per se illegal yaitu tidak melihat akibat terhadap persaingan tersebut. Oleh karena itu, seharusnya perjanjian tying digolongkan sebagai rule of reason.

Berbeda halnya dengan pengaturan perjanjian tying di Uni Eropa, dimana ketentuan dalam pengaturan kedudukan dominan adalah hal yang sangat penting, karena dapat dikatakan sebagai perjanjian tying apabila suatu perusahaan atau pelaku usaha tersebut memiliki kedudukan yang dominan dalam pasar. Karena, dalam pengaturan di Uni Eropa, perjanjian tying termasuk ke dalam suatu kesalahan penyalahgunaan posisi dominan yang dinyatakan dalam article 102 huruf (d). Dimana dalam kasus yang sering terjadi di Uni Eropa, perjanjian tying dilakukan oleh sebagian perusahaan atau pelaku usaha yang memiliki kedudukan

dominan dalam pasar. Sehingga, jika terjadi perjanjian tying, maka dikategorikan melakukan suatu kesalahan penyalahgunaan posisi dominan

