

URGENSI SYARAT KEDUDUKAN DOMINAN DALAM *TYING AGREEMENT* MENURUT PASAL 15 AYAT (2) UNDANG-UNDANG NOMOR 5 TAHUN 1999 TENTANG LARANGAN PRAKTEK MONOPOLI DAN PERSAINGAN USAHA TIDAK SEHAT

SKRIPSI

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

RINGKASAN

Bunga Bahari, Hukum Ekonomi dan Bisnis, Fakultas Hukum, Universitas Brawijaya, Januari 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), Dr. Hanif Nur Widhiyanti, SH.,Mu.Hum., M. Zairul Alam, SH.,MH.

Pada skripsi ini, peneliti mengangkat permasalahan terkait *tying agreement*, dengan judul 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). Pilihan judul ini dilatar belakangi karena perjanjian *tying* yang diatur dalam Pasal 15 UU Nomor 5 Tahun 1999 berbeda unsurnya dengan ketentuan yang dinyatakan dalam draf pedoman Pasal 15 KPPU, yang menyatakan bahwa perjanjian *tying* dapat dilakukan jika perusahaan atau pelaku usaha tersebut memiliki *market power*. Hal tersebut dapat dilakukan oleh perusahaan yang memiliki kedudukan dominan dalam pasar yang bersangkutan. Dimana pengaturan tersebut berbeda halnya dengan pengaturan yang ada di Uni Eropa, yang menyatakan bahwa perjanjian *tying* tersebut termasuk bentuk dari penyalahgunaan posisi dominan, yaitu Article 82 EC atau Article 102 TFEU. Contoh kasus, yaitu dalam pengaturan persaingan usaha Indonesia dapat dilihat pada putusan yang dikeluarkan KPPU terkait BRI, sedangkan dalam pengaturan persaingan usaha Uni Eropa dapat dilihat pada putusan Microsoft. Berdasarkan latar belakang tersebut, ditarik rumusan masalah: Bagaimana Urgensi 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*. Karya tulis ini menggunakan metode penelitian yuridis normatif dengan metode pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), pendekatan kasus (*case approach*), dan pendekatan perbandingan (*comparative approach*). Data primer berupa Undang-Undang, putusan BRI, putusan Microsoft dan data sekunder berupa literatur dan website internet.

Dalam hasil penelitian, peneliti memperoleh jawaban atas permasalahan yang ada bahwa terkait perjanjian *tying* seharusnya dapat digolongkan sebagai bentuk kesalahan dari penyalahgunaan posisi dominan. Karena perjanjian *tying* akan berhasil jika ada kekuatan pasar yang mengikat dan kekuatan tersebut dimiliki oleh perusahaan yang dominan. Sedangkan dalam hukum persaingan di Uni Eropa, pengaturan perjanjian *tying* digolongkan sebagai bentuk kesalahan dari penyalahgunaan posisi dominan, dikarenakan dua unsur tersebut, yaitu *market power* dan kedudukan dominan.

SUMMARY

Bunga Bahari, a student of Economics and Business Law, Faculty of Law, University of Brawijaya, in March 2016, Urgency Terms notch Dominant In Tying Agreement According to Article 15 of Law No. 5 of 1999 on Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Competition (Study Comparative Competition Law Indonesia and the European Union), Dr. Hanif Nur Widhiyanti, SH., Mu.Hum., M. Zairul Alam, SH., MH.

In this paper, the researcher raised the issue related to tying agreement, titled Urgency Terms notch Dominant In Tying Agreement According to Article 15 of Law No. 5 of 1999 on Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Competition (Study Comparative Competition Law Indonesia and the European Union) , The background of this title selection for tying agreements stipulated in Article 15 of Law No. 5 of 1999 different elements with the terms set forth in Article 15 of the Commission's draft guidelines, which is stated that the agreement tying can be done if companies or businesses that have the market power. This can be done by companies that have a dominant position in the market concerned shall. Where such an arrangement unlike the case with the existing arrangements in the European Union, which states that the tying agreements, including the form of abuse of dominant position, namely Article 82 EC or Article 102 TFEU. Examples of cases, namely in the setting of the Indonesian competition can be seen in the Commission's decisions related to BRI, whereas in the setting of EU competition can be seen in Microsoft's decision. Based on the above mentioned, it has been drawn formulation of the problem: How Urgency requirements related Tying Agreement Dominant Position in the provisions of Article 15 paragraph (2) of Law No. 5 of 1999 and Article 102 letter d Treaty on the Functioning of the European Union?. This paper uses normative juridical research method to approach law (statute approach), the approach of the case (case approach), and the comparative approach (comparative approach). The primary data of the Act, the decision of BRI, Microsoft ruling and secondary data from literature and internet website.

In the research, researcher got answers to existing problems related to the agreement that the tying would otherwise be classed as a form of abuse of dominant position errors. Tying agreements will be successful in a condition if there is a market force that binds to and is owned by the power of dominant firms. While competition law in the European Union, an agreement setting tying classed as a form of abuse of dominant position errors, because these two elements, namely market power and dominant position.

BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Persaingan dalam suatu perekonomian modern adalah sesuatu yang penting dan wajar sehingga pelaku usaha sangat diwajibkan juga apabila menginginkan keuntungan yang optimal. Keuntungan tersebut harus diperoleh secara jujur dan wajar. Yang mana persaingan usaha yang tidak sehat ini sangat mematikan pelaku usaha, terutama apabila pelaku usaha yang memiliki kedudukan dominan, maka ialah yang dapat mengendalikan orientasi konsumen.¹ Oleh karena itu, undang-undang persaingan usaha memang sudah merupakan kebutuhan, baik itu di Indonesia maupun Global.²

Di dalam pasar, ada 2 (dua) strategi pemasaran yang dikenali yaitu, *Bundling* dan *Tying*. Kedua strategi tersebut yang sering ditemukan dalam permasalahan di masyarakat. *Bundling* dan *Tying* merupakan strategi pemasaran yang dibaratkan “serupa tapi tak sama”, dikarenakan dalam strategi tersebut memiliki strategi pemasaran dengan melakukan cara yang berbeda dalam pasar. *Tying* dan *bundling* merupakan sebuah aktivitas yang saling berkaitan. Mencakup aktivitas dimana perusahaan menyuplai produk (*tying products*) dalam kondisi pelanggan mendapatkan hal lain dari pemasok (*tied products*), atau memberikan harga murah atau perusahaan hanya memasok keduanya

¹ Happy Susanto, *Hak-Hak Konsumen Jika Dirugikan*, Transmedia Pustaka, Jakarta, 2008, hlm 54

² Sri Redjeki, *Hukum Ekonomi Indonesia*, Bayumedia, Malang, 2007

bersamaan, atau memastikan keduanya hanya berkerja bersama dan tidak bekerja seperti produk dari pesaing.³

Bundling merupakan konsep teori yang tidak selalu penjualnya mempunyai *market power* yang besar, sementara *tying* merupakan konsep teori yang memiliki *market power* yang besar dan terdapat unsur paksaan bagi pembeli untuk membeli produk lainnya yang dikarenakan apabila pembeli membeli produk pertama, penjual memberikan suatu persyaratan terhadap pembeli untuk membeli produk lainnya dari penjual, yang sebenarnya bisa dibeli oleh pembeli dari penjual lain.⁴ Persyaratan pembelian ini dianggap *illegal* apabila mengganggu persaingan, yang mana pelaku usaha yang melakukan perjanjian *tying* ini juga telah menghilangkan hak konsumen untuk memilih secara bebas produk yang mereka inginkan.⁵ Sehingga dapat dikatakan konsep *tying* tersebut sangat merugikan pelaku usaha lain dan konsumen, yang di mana menurut Undang-Undang Persaingan Usaha, *Tying* adalah salah satu wujud perbuatan anti persaingan.

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

³Jones Alison and Surfin Brenda, *Eu Competition Law-Text, Cases, and Material*, Oford University Press, New York, 2011, hlm 454

⁴Arie Siswanto, *Hukum Persaingan Usaha*, Ghalia Indonesia, Jakarta Selatan, 2002, hlm 42

⁵Susanti Adi Nugroho, *Hukum Persaingan Usaha di Indonesia, Dalam Teori dan Praktik serta Penerapan Hukumnya*, 2012, hlm. 216

menghindari kerusakan.⁶ Seperti yang dikatakan sebelumnya, *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.⁷ 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:⁸

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 15 ayat (2) ini 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 karakteremnya dengan produk pokoknya. Perbedaan karakteristik antara produk utama dan produk lainnya sebagaimana dapat dikur berdasarkan

⁶*Op cit*, hlm 43

⁷ Vegitya Ramadhani Putri, *Hukum Bisnis*, Setara Press, Malang, 2013, hlm 213

⁸Lihat Pasal 15 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat

tingkat komplemen atau substitusinya merupakan faktor kunci dari praktek *tying* 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.⁹ Sementara itu untuk bersaing dalam pasar pelaku usaha pesaing juga akan terseret untuk melakukan hal yang sama yaitu melakukan perjanjian *tying*.¹⁰

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. *Tying in* tersebut merupakan bentuk penguasaan pasar yang menghalangi perusahaan asuransi jiwa lainnya untuk melakukan kegiatan usaha yang sama pada pasar bersangkutan. Dalam putusan ini dikatakan telah melanggar pasal 15 ayat (2) dalam Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999, yang dalam pasal ini termasuk kedalam pendekatan *per se illegal* yang pendekatannya tersebut hanya melihat bahwa pelaku usaha tertentu selalu dianggap melanggar Undang-Undang tanpa harus membuktikan akibatnya lebih lanjut.¹¹ Jadi pendekatan yang menggunakan *per se ilegal* merupakan metode untuk membuktikan apakah terjadi suatu

⁹Peraturan KPPU Pelaksanaan Pasal 15 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, hlm

¹⁰ Andy Fahmy Lubis, et.al., *Hukum Persaingan Usaha antara Teks dan Konteks*, 2009, hlm 120

¹¹ Devi Meyliana, *Hukum Persaingan Usaha*, Setara Press, Malang, 2013

perjanjian atau kesepakatan yang dilakukan oleh para pelaku usaha baik secara tertulis maupun lisan.¹² Sehingga Komisi Pengawas Persaingan Usaha, pada putusannya tersebut hanya melihat dari segi unsur perbuatannya saja, yang didalamnya tidak mempertimbangkan ada/ atau tidaknya *market power* dan penyalahgunaan posisi dominan, karena dalam putusan ini *market power* dari barang tersebut dapat didapatkan di Bank lain yang memiliki pengaruh *market dominance* yang lebih besar.

Menurut Peraturan Komisi Pengawasan Persaingan Usaha No. 6 tahun 2010, konsepsi *market power* mensyaratkan adanya unsur, sebagai berikut:

- a. Kemampuan mempengaruhi harga
- b. Kemampuan bertindak independen

Tetapi hal ini berbeda dengan pengaturan *tying* dalam *Treaty on the Functioning of the European Union* (TFEU) yang mempertimbangkan adanya penyalahgunaan posisi dominan didalamnya. Dapat dilihat dalam **Article 102 TFEU** (*ex Article 82 TEC*), menyatakan bahwa:

Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between Member States. Such abuse may, in particular, consist in:

- (a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;*
- (b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;*
- (c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;*
- (d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary*

¹² Tri Anggraini, *Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat Per Se Ilegal atau Rule Of Reason*, Universitas Indonesia Fakultas Hukum Pascasarjana, 2003, hlm 258

obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

Pada *article* tersebut, dapat di lihat bahwa pengaturan *tying* termasuk sebagai salah satu bentuk dari penyalahgunaan posisi dominan. Dimana untuk tujuan dari *article* 102 tersebut, konsep *tying* dan *bundling* dideskripsikan dalam *guidance papertying* 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.¹³ 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 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.¹⁴

Di Uni Eropa, yang menjadi dasar pelarangan penyalahgunaan posisi dominan, menyatakan bahwa pelarangan ditujukan pada perusahaan yang memegang posisi dominan di pasar (*market dominance*) dan dengan demikian

¹³Jones Alison and Surfin Brenda, *Eu Competition Law-Text, Cases, and Material*, Oford University Press, New York, 2011, hlm 456

¹⁴Arie Siswanto, *Hukum Persaingan Usaha*, Ghalia Indonesia, Jakarta Selatan, 2002, hlm 45

memiliki kekuatan untuk mengontrol pasar. Jadi, dapat dilihat bahwa tujuan pelarangan penyalahgunaan posisi dominan di Uni Eropa terutama adalah untuk melindungi struktur yang lebih luas.¹⁵ Hal tersebut tergambar dalam dua tujuan utama aturan persaingan usaha di Uni Eropa yaitu:¹⁶

1. Mencegah praktik-praktik pembatasan terhadap perdagangan yang dapat memengaruhi proses penyatuan ekonomi negara anggota lain dalam pasar tunggal Eropa.
2. Untuk melindungi dan mempromosikan aturan persaingan Uni Eropa.

Sebelum menginjak pada permasalahan yang hendak dibahas dalam penelitian ini, permasalahan yang sering muncul juga dalam penulisan karya ilmiah adalah masalah orisinalitas penulisan. Sebelum melakukan penelitian tentang *Tying Agreement*, Penulis telah menemukan penelitian yang sejenis dengan penelitian ini. Adapun penelitian tersebut antara lain:

Tabel 1
Penelitian Terdahulu

No	Nama Peneliti dan asal Instansi	Judul Penelitian	Keterangan (Perbedaan)
1	Ade Andriansa, 2014, Fakultas Hukum Universitas Airlangga Surabaya	Dugaan Praktek Monopoli terkait Produk E-Pos di Bandar Udara Soekarno Hatta	Membahas terkait dugaan pelanggaran Pasal 15 ayat (2) yang dilakukan oleh PT. Angkasa Pura II Persero (persero) dan PT. Telekomunikasi Indonesia, Tbk dalam putusan KPPU Nomor

¹⁵ *Ibid*, hlm 46

¹⁶ Johnny Ibrahim, *Hukum Persaingan Usaha Filosofi, Teori, Dan Implikasi Penerapannya Di Indonesia*, Bayumedia, Malang, 2009, hlm. 180



			07/ KPPU-I/ 2013
2	Dhila Hadi Rilanda, 2008, Fakultas Hukum Universitas Brawijaya	Perbandingan Hukum antara Sherman Act dan Clayton Act dengan Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat Mengenai Tying Arrangement	Dalam penelitiannya, penulis menganalisis perbedaan antara Tying Arrangement di Amerika dan Indonesia

Sumber: Perpustakaan Pusat Universitas Brawijaya dan Internet

Penelitian yang dijelaskan dalam tabel diatas, memiliki tema yang sejenis yaitu terkait *tying agreement*. Kedua penelitian tersebut, yaitu:

1. Penelitian yang pertama, terkait dengan adanya dugaan praktek monopoli produk E-Pos di Bandar Udara Soekarno Hatta. Dalam penelitian ini, membahas dugaan pelanggaran Pasal 15 ayat (2) yang dilakukan oleh PT. Angkasa Pura II Persero (persero) dan PT. Telekomunikasi Indonesia, Tbk, dalam putusan yang dikeluarkan oleh KPPU Nomor 07/ KPPU-I/ 2013.
2. Penelitian yang kedua, terkait dengan perbandingan hukum antara Sherman Act dan Clayton Act dengan Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat Mengenai Tying Arrangement. Dalam penelitian ini penulis menganalisis perbedaan ketentuan Tying Arrangement di Amerika dan Indonesia.

Dari kedua penelitian yang dipaparkan diatas, perbedaan dari penelitian yang ditulis oleh penulis yaitu penelitian ini terkait dengan pentingnya syarat

kedudukan dominan dalam *tying agreement* menurut pasal 15 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat dan melakukan perbandingan pengaturan di negara Indonesia dan Uni Eropa. Sedangkan kedua penelitian diatas, membahas terkait dengan dugaan pelanggaran Pasal 15 ayat (2) yang dilakukan oleh PT. Angkasa Pura II Persero (persero) dan PT. Telekomunikasi Indonesia, Tbk dalam putusan KPPU Nomor 07/ KPPU-I/ 2013 dan menganalisis perbedaan antara *Tying Arrangement* di Amerika dan Indonesia.

Oleh karena 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. Sehingga, disini penulis akan membahas perbedaan ketentuan perjanjian *tying* di Indonesia dan Uni Eropa. Oleh sebab itu, penulis disini melakukan penelitian **Urgensi Syarat Kedudukan Dominan Dalam *Tying Agreement* Menurut Pasal 15 Ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli Dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (Study Perbandingan Hukum Persaingan Usaha Indonesia dan Uni Eropa).**

B. Rumusan Masalah

Berdasarkan hal-hal yang telah diuraikan dalam latar belakang, maka didapatkan permasalahan, sebagai berikut:

Bagaimana Urgensi 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*?

C. Tujuan Penelitian

Menganalisa Urgensiyarat kedudukan dominan terkait *Tying Agreement* dalam pasal 15 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 dan Article 102 huruf d *Treaty on the Functioning of the European Union*.

D. Manfaat Penelitian

Adapun penelitian yang dilakukan memberikan manfaat sebagai berikut :

1. Manfaat Teoritis

Memberikan pemikiran untuk pengembangan ilmu bagi Bangsa dan Negara dalam menyikapi persoalan terkait dengan Persaingan Usaha Tidak Sehat dengan cara memberikan pengetahuan tentang apa saja yang dilarang oleh Peraturan Perundang-undangan Persaingan Usaha Tidak Sehat khususnya terkait perjanjian yang dilarang.

2. Manfaat Praktis

a. Bagi Lembaga Komisi Pengawas Persaingan Usaha

Penelitian yang dilakukan ini diharapkan dapat menjadi bahan pertimbangan atas langkah-langkah yang telah atau sedang diambil oleh lembaga terkait dalam mencapai tujuannya dalam hal memberikan perlindungan hukum bagi para pelaku usaha dan konsumen. Selain itu diharapkan pula dapat menjadi masukan yang bersifat objektif atau sumbangan pemikiran bagi lembaga yang terkait untuk membantu peningkatan kinerja di masa mendatang, serta memperluas jaringan atau kerjasama antara lembaga terkait dengan lembaga lain yang berkaitan dengan peningkatan mutu pendidikan.

b. Bagi Fakultas Hukum Universitas Brawijaya

Penelitian ini diharapkan dapat memberikan suatu informasi bagi perkembangan pendidikan di Fakultas Hukum Universitas Brawijaya, bagi semua civitas akademika pada umumnya dan bagi Dosen dan Mahasiswa dalam konsentrasi Hukum Ekonomi dan Bisnis pada khususnya, serta sebagai bahan tambahan alternatif materi kuliah dan penyempurnaan kurikulum agar lebih efektif dan efisien.

c. Bagi Mahasiswa

Memberikan gambaran dan pemahaman yang lebih mendalam tentang aplikasi teori, konsep, dan proses manajemen dalam praktek dan sebagai bahan evaluasi tentang pengetahuan yang telah diserap dalam perkuliahan oleh mahasiswa dengan realitas kondisi serta evaluasi yang ada di lapangan. Serta dapat meningkatkan kompetensi, kecerdasan intelektual, dan emosional mahasiswa tersebut. Selain itu sebagai sarana memperluas pengetahuan dan pengalaman mahasiswa sebelum menuntaskan pendidikan di Fakultas Hukum Universitas Brawijaya.

d. Bagi Masyarakat

Penelitian ini diharapkan mampu memberikan sebuah pandangan dan referensi terhadap masyarakat mengenai salah satu tugas dan wewenang Lembaga Komisi Pengawas Persaingan Usaha dalam memberikan perlindungan hukum kepada para pelaku usaha dan konsumen. Selain itu, diharapkan dapat membangun kepercayaan masyarakat terhadap Lembaga Komisi Pengawas Persaingan Usaha.

BAB II

KAJIAN PUSTAKA

A. Peraturan Persaingan Usaha Di Indonesia Menurut Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli Dan Persaingan Usaha Tidak Sehat

Pada tanggal 5 Maret tahun 1999, presiden melegitimasi Rancangan Undang-Undang tentang anti monopoli dan persaingan usaha tidak sehat dengan nama Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Dimana peraturan tersebut dilegitimasi dengan empat tujuan, yaitu:¹⁷

- 1) Untuk menjaga publik keprihatinan dan meningkatkan efisiensi ekonomi nasional sebagai salah satu upaya untuk meningkatkan kesejahteraan masyarakat;
- 2) Untuk mencapai iklim usaha yang kondusif melalui bermain bisnis yang adil untuk menjamin akses yang sama dan adil untuk besar, menengah, dan pelaku usaha skala kecil;
- 3) Untuk mencegah monopoli potensial dan / atau praktik usaha tidak sehat;
- 4) Untuk menciptakan efektivitas dan efisiensi bisnis.

Dalam rangka untuk menciptakan landasan ekonomi yang kuat guna menciptakan perekonomian yang efisien dan bebas dari distorsi pasar, maka lahirlah Undang-Undang tersebut. Sebelum lahirnya Undang-Undang Nomor 5

¹⁷Nelly Ulfah Anisa Riza, Penyalahgunaan Posisi Dominan Menurut Undang-Undang No.5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli Dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, Arena Hukum, Volume 2, Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Jogja, 2011, diakses tanggal 25 Januari 2016

tahun 1999, pengaturan mengenai persaingan usaha juga telah diatur dalam beberapa peraturan perundang-undangan, namun peraturan tersebut belum terintegrasi dan komprehensif.¹⁸ Sehingga hukum persaingan usaha Indonesia secara formal termuat di dalam Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 yang dipublikasikan melalui Lembaran Negara RI Tahun 1999 No. 33. Meskipun aturan yang komprehensif secara formal baru muncul pada tahun 1999, upaya konkret untuk membuat konsep hukum persaingan usaha telah dilakukan oleh sementara pihak.

Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tersebut, terdiri atas 53 Pasal yang terbagi dalam sub bab-bab, sebagai berikut:¹⁹

BAB I	Ketentuan Umum
BAB II	Asas dan Tujuan
BAB III	Perjanjian yang Dilarang
BAB IV	Kegiatan yang Dilarang
BAB V	Posisi Dominan
BAB VI	Komisi Pengawas Persaingan Usaha
BAB VII	Tata Cara Penangan Perkara
BAB VIII	Sanksi
BAB IX	Ketentuan Lain
BAB X	Ketentuan Peralihan
BAB XI	Ketentuan Penutup

Disamping itu undang-undang tersebut diperlengkapi pula dengan penjelasan umum dan penjelasan pasal demi pasal. Dalam penjelasan umum undang-

¹⁸ Mustafa Kamal Rokan, *Hukum Persaingan Usaha, Teori dan Praktikanya di Indonesia*, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2010, hlm 13

¹⁹ Arie Siswanto, *Hukum Persaingan Usaha*, Ghalia Indonesia, Jakarta, 2002, hlm 75

undang nomor 5 tahun 1999 dinyatakan bahwa materinya mengandung 6 (enam) bagian pengaturan, yaitu perjanjian yang dilarang, kegiatan yang dilarang, posisi dominan, Komisi Pengawas Persaingan Usaha, penegakan hukum dan ketentuan lain-lain.²⁰

1. Substansi Utama dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999

a. Perjanjian yang dilarang

Diantara larangan yang dilakukan pelaku usaha sebagaimana diatur dalam Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 adalah terkait dengan larangan untuk mengadakan perjanjian-perjanjian tertentu yang dapat mengakibatkan terjadinya praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. Didalam peraturan Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, di salah satu pasalnya, yang dimaksud dengan Perjanjian, yaitu:²¹“Suatu perbuatan satu atau lebih pelaku usaha untuk mengikatkan diri terhadap satu atau lebih usaha lain dengan nama apapun, baik tertulis maupun tidak tertulis.”

Dari rumusan yuridis tersebut, dapat disimpulkan unsur-unsur perjanjian menurut konteks Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999, yaitu:²²

- a. Perjanjian terjadi karena suatu perbuatan
- b. Perbuatan tersebut dilakukan oleh pelaku usaha sebagai para pihak dalam perjanjian
- c. Perjanjiannya dapat dibuat secara tertulis atau tidak tertulis

²⁰ Rachmadi Usman, *Hukum Persaingan Usaha Di Indonesia*, PT Gramadia Pustaka Utama, Jakarta, 2004, hlm 33

²¹ Lihat Pasal 1 angka 7 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat

²² Rachmadi Usman, *Hukum Acara Persaingan Usaha Di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2013, hlm 188

d. Tidak menyebutkan tujuan perjanjian

Sebagaimana ketentuan dalam Kitab Undang-Undang Hukum Perdata, juga menggunakan kata “perbuatan”, ketentuan dalam KUHPerdata tersebut merumuskan pengertian, yaitu:²³“Perjanjian sebagai suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih.”Dalam ketentuan KUHP tersebut, para ahli menganggap rumusan yuridis dalam pasal tersebut lingkungannya terlalu luas.

Perjanjian menurut Prof. Wirjono, merupakan perhubungan hukum mengenai harta benda antara dua pihak dalam hal mana suatu pihak berjanji untuk melakukan sesuatu hal atau untuk tidak melakukan suatu hal, sedang pihak lainnya berhak menuntut pelaksanaan dari perjanjian itu.²⁴Sedangkan perjanjian menurut Prof Subekti adalah suatu peristiwa, dimana seseorang berjanji kepada orang lain, atau dimana dua orang saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal.²⁵

Pada konteks hukum persaingan usaha terkait dengan perjanjian, dalam Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999, adapun beberapa perjanjian yang dilarang sebagaimana diatur dalam Pasal 4 sampai dengan Pasal 16, yaitu:²⁶

1. Oligopoli

Menurut ilmu ekonomi merupakan salah satu bentuk struktur pasar, dimana di dalam pasar tersebut hanya terdiri dari sedikit perusahaan, yang mana setiap perusahaan tersebut memiliki kekuatan

²³ Lihat Pasal 1313 Kitab Undang-Undang Hukum Perdata

²⁴ Wirjono Prodjodikoro, *Azas-Azas Hukum Perjanjian*, PT Ereto, Bandung, 1989, hlm 9

²⁵ R. Subekti, *Pokok-Pokok Hukum Perdata*, Intermasa, Jakarta, 1985, hlm 1

²⁶ Ningrum Natasya Sirait, dkk, *Ikhtisar Ketentuan Persaingan Usaha, The Indonesia Netherlands National Legal Reform Program (NLRP)*, Jakarta, 2010, hlm 14.

yang cukup besar untuk mempengaruhi harga pasar dan perilaku setiap perusahaan akan mempengaruhi perilaku perusahaan lainnya dalam pasar. Ketentuan hukum persaingan usaha merumuskan Oligopoli dalam Pasal 4 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999.²⁷

2. Penetapan Harga

Perjanjian penetapan harga merupakan salah satu strategi yang dilakukan oleh para pelaku usaha yang bertujuan untuk menghasilkan laba yang setinggi-tingginya. Yang mana kekuatan untuk mengatur harga, pada dasarnya merupakan perwujudan dari kekuatan menguasai pasar dan menentukan harga yang tidak masuk akal.²⁸

Ketentuan hukum persaingan usaha merumuskan penetapan harga dalam Pasal 5-Pasal 8 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999, yang mana dalam rumusan pasal tersebut mengatur terkait:

- a. Perjanjian penetapan harga
- b. Perjanjian diskriminasi harga
- c. Harga pemangsa atau jual rugi
- d. Penetapan harga jual kembali

3. Pembagian Wilayah

Perjanjian terkait pembagian wilayah ini, para pelaku usaha dapat menguasai wilayah pemasaran atau alokasi pasar yang menjadi bagiannya tanpa harus menghadapi persaingan. Dengan demikian ia akan dengan mudah untuk menaikkan harga ataupun menurunkan produksinya atau barang yang dijual untuk mendapatkan keuntungan

²⁷Andi Fahmi Lubis, et.al, *Hukum Persaingan Usaha antara Teks dan Konteks*, 2009, hlm 87

²⁸*Ibid*, hlm 91

yang sebesar-besarnya. Ketentuan hukum persaingan usaha merumuskan pembagian wilayah ini ke dalam Pasal 9 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999.²⁹

4. Pemboikotan

Perjanjian pemboikotan merupakan salah satu bentuk usaha yang dilakukan para pelaku usaha untuk mengeluarkan pelaku usaha lain dari pasar yang sama, yang kemudian pasar tersebut dapat terhaga hanya untuk kepentingan pelaku usaha yang terlibat dalam perjanjian pemboikotan tersebut. pemboikotan pada umumnya merupakan tindakan kolektif sekelompok pesaing atau tindakan sepihak atau kolektif untuk menghentikan suplai dari konsumen tertentu yang tidak melakukan tindakan yang dikehendaki oleh pemboikot. Ketentuan hukum persaingan usaha terkait pemboikotan masuk dalam Pasal 10 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999.³⁰

5. Kartel

Praktek kartel merupakan salah satu strategi yang diterapkan diantara pelaku usaha untuk dapat mempengaruhi harga dengan mengatur jumlah produksi. Praktek ini dapat berjalan dengan sukses apabila pelaku usaha yang terlibat di dalam perjanjian kartel tersebut haruslah mayoritas dari pelaku usaha yang ikut serta di dalam pasar tersebut. Ketentuan hukum persaingan usaha terkait kartel dirumuskan dalam Pasal 11 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999.³¹

²⁹*Ibid*, hlm 100

³⁰*Ibid*, hlm 105

³¹*Ibid*, hlm 106-107

6. *Trust*

Trust merupakan tempat bagi pelaku usaha yang didisain untuk membatasi persaingan dalam bidang usaha atau industri tertentu. Terjadinya suatu *trust*, dapat dilihat dari dimana sejumlah perusahaan menyerahkan saham mereka pada suatu “badan *trustee*” yang kemudian memberikan sertifikat dengan nilai yang sama kepada anggota *trust*. Ketentuan hukum persaingan usaha dalam Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 menyatakan bahwa *trust* merupakan salah satu dari perjanjian yang dilarang, yang dirumuskan dalam Pasal 12.³²

7. Oligopsoni

Oligopsoni merupakan bentuk suatu pasar yang di dominasi oleh sejumlah konsumen yang memiliki kontrol atas pembelian. Yang mana oligopsoni ini merupakan salah satu bentuk praktek anti persaingan yang cukup unik, karena dalam prakteknya yang menjadi korban adalah produsen atau penjual. Dengan adanya praktek ini penjual tidak memiliki alternatif lain untuk menjual produk mereka selain kepada pihak pelaku usaha yang telah melakukan perjanjian oligopsoni. Ketentuan dalam hukum persaingan usaha Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999, oligopsoni merupakan salah satu bentuk dari perjanjian yang dilarang, yang dirumuskan dalam Pasal 13.³³

³²*Ibid*, hlm 109

³³*Ibid*, hlm 111

8. Integrasi Vertikal

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. Ketentuan terkait integrasi vertikal dalam hukum persaingan usaha diatur dalam Pasal 14 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999.³⁴

9. Perjanjian Tertutup

Perjanjian tertutup merupakan suatu perjanjian yang terjadi antara mereka yang berada pada level yang berbeda pada proses produksi suatu barang atau jasa. Ketentuan hukum persaingan usaha dalam Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999, perjanjian tertutup ini termasuk perjanjian yang dilarang yang dirumuskan dalam Pasal 15, yang mengatur terkait dengan *exclusive distribution agreement, tying agreement and vertical agreement on discount*.³⁵

10. Perjanjian Dengan Pihak Luar Negeri

Ketentuan hukum persaingan usaha terkait perjanjian dengan pihak luar negeri diatur dalam Pasal 16 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999, yang menyebutkan bahwa pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pihak lain di luar negeri yang memuat

³⁴ Ibid, hlm 113

³⁵ Ibid, hlm 118

ketentuan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.³⁶

Dalam perjanjian-perjanjian yang dilarang tersebut, perjanjian-perjanjian tersebut menggunakan sifat larangan yang berbeda-beda yaitu, ada yang menggunakan pendekatan *per se illegal* dan ada juga yang menggunakan pendekatan *rule of reason*.

b. Kegiatan yang dilarang

Kegiatan yang dilarang dalam persaingan usaha, yaitu suatu perbuatan yang dilakukan oleh pelaku usaha yang dilarang dalam aturan hukum persaingan usaha. Adapun kegiatan-kegiatan yang dilarang dalam Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, pada Pasal 17-Pasal29, yaitu:

1. Monopoli

Definisi monopoli secara umum yaitu 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). Dalam hukum persaingan usaha, mengenai larangan kegiatan monopoli ini diatur dalam Pasal 17 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999.³⁷

2. Monopsoni

Istilah monopsoni disini dimaksudkan sebagai seorang atau satu kelompok usaha yang menguasai pangsa pasar yang besar untuk membeli

³⁶*Ibid*, hlm 125

³⁷*Ibid*, hlm 128

suatu produk, atau seringkali monoposoni itu identik dengan pembeli tunggal atas produk barang maupun jasa tertentu. Dalam hukum persaingan usaha, ketentuan terkait monoposoni ini diatur dalam Pasal 18 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999.³⁸

3. Penguasaan Pasar

Penguasaan pasar merupakan suatu 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, seringkali pelaku usaha melakukan tindakan-tindakan yang melanggar ketentuan hukum yang berlaku, yang mana ketentuan tersebut ada dalam hukum persaingan usaha. Dalam Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999, ketentuan terkait penguasaan pasar diatur dalam Pasal 19-Pasal 21.³⁹

4. Persekongkolan

Dalam hukum persaingan usaha di Indonesia, terdapat 3 (tiga) bentuk kegiatan persekongkolan yang dilarang oleh Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999, yaitu persekongkolan tender (Pasal 22), persekongkolan untuk membocorkan rahasia dagang (Pasal 23), serta persekongkolan untuk menghambat perdagangan (Pasal 24).⁴⁰

5. Posisi Dominan

Dalam perspektif ekonomi, definisi posisi dominan adalah posisi yang ditempati oleh perusahaan yang memiliki pangsa pasar terbesar.

Yang mana dengan pangsa pasar tersebut perusahaan memiliki *market*

³⁸*Ibid*, hlm 136

³⁹*Ibid*, hlm 138

⁴⁰*Ibid*, hlm 147

power, sehingga dengan adanya *market power* tersebut perusahaan dominan dapat melakukan tindakan tanpa dapat dipengaruhi oleh perusahaan pesaingnya. Ketentuan hukum persaingan usaha dalam Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 terkait posisi dominan diatur dalam Pasal 25.⁴¹

6. Jabatan Rangkap

Dalam hukum persaingan usaha, ketentuan terkait jabatan rangkap diatur dalam Pasal 26 Undang-Undang Nomor tahun 1999. Yang mana pada prinsipnya ketentuan Pasal 26 ini tidak melarang mutlak jabatan rangkap, karena jabatan rangkap baru dilarang apabila akibat jabatan rangkap tersebut dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.⁴²

7. Pemilikan Saham

Pemilihan saham diatur dalam Pasal 27 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999. Ketentuan Pasal tersebut menetapkan bahwa pelaku usaha dilarang memiliki saham mayoritas.⁴³

8. Penggabungan, Peleburan dan Pengambilalihan

Dalam hukum persaingan usaha, penggabungan, peleburan dan pengambilalihan diatur dalam Pasal 28 dan Pasal 29 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999. *Merger* merupakan salah satu bentuk pelaku usaha untuk keluar dari pasar jika dianggap tidak ada lagi yang dapat dilakukan untuk meneruskan usahanya.⁴⁴

⁴¹*Ibid*, hlm 166

⁴²*Ibid*, hlm 184

⁴³*Ibid*, hlm 185

⁴⁴*Ibid*, hlm 189

Dalam kegiatan-kegiatan yang dilarang ini sama juga halnya seperti perjanjian yang dilarang, yang mana pada kegiatan ini ada yang menggunakan pendekatan *per se illegal* maupun *rule of reason*.

c. Posisi Dominan

Posisi dominan atau menjadi unggul di pasar bersangkutan adalah salah satu tujuan pelaku usaha. Oleh karena itu setiap pelaku usaha berusaha menjadi yang lebih unggul (*market leader*) pada pasar yang bersangkutan.⁴⁵ Penguasaan posisi dominan di dalam hukum persaingan usaha tidak dilarang, sepanjang pelaku usaha tersebut dalam mencapai posisi dominannya pada pasar yang bersangkutan atas kemampuannya sendiri dengan cara yang *fair*. Sesungguhnya Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tidak melarang pelaku usaha menjadi perusahaan besar. Namun 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.

Pada 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 atau strategi tanpa dapat dipengaruhi oleh perusahaan pesaingnya.

⁴⁵Rachmadi Usman, *Hukum Acara Persaingan Usaha Di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2013, hlm 510



Sementara itu dalam perspektif hukum, pengertian posisi dominan secara yuridis dikemukakan dalam ketentuan Pasal 1 angka 4 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999, yang menyatakan bahwa:

Posisi dominan adalah keadaan di mana pelaku usaha tidak mempunyai pesaing yang berarti di pasar bersangkutan dalam kaitan dengan pangsa pasar yang dikuasai, atau pelaku usaha mempunyai posisi tertinggi di antara pesaingnya di pasar bersangkutan dalam kaitan dengan kemampuan keuangan, kemampuan akses pada pasokan atau penjualan, serta kemampuan untuk menyesuaikan pasokan atau permintaan barang atau jasa tertentu.

Ketentuan Pasal 1 angka 4 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tersebut, mensyaratkan 4 (empat) yang dimiliki oleh suatu pelaku usaha sebagai pelaku usaha yang mempunyai posisi dominan yang lebih tinggi dibandingkan dengan pelaku usaha pesaingnya di pasar yang bersangkutan dalam kaitan:⁴⁶

- a. Pangsa pasarnya
- b. Kemampuan keuangan
- c. Kemampuan akses pada pasokan atau penjualan; dan
- d. Kemampuan menyesuaikan pasokan atau permintaan barang atau jasa tertentu

Dengan demikian pada prinsipnya setiap pelaku usaha mempunyai kemungkinan untuk menguasai pangsa pasar secara dominan, dimana dirinya dianggap menduduki posisi dominan atas pelaku usaha dalam menguasai pangsa pasar atau suatu posisi yang menempatkan pelaku usaha lebih tinggi atau paling tinggi diantara pelaku usaha atau sekelompok pelaku usaha pesaingnya.

⁴⁶*Op Cit*, hlm 166

Sementara ketentuan terkait posisi dominan juga diatur dalam Pasal 25

Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999, yang berbunyi:⁴⁷

- (1) 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;
 - b. Membatasi pasar dan pengembangan teknologi; atau
 - c. Menghambat pelaku usaha lain yang berpotensi menjadi pesaing untuk memasuki pasar bersangkutan.
- (2) Pelaku usaha memiliki posisi dominan sebagaimana dimaksud ayat (1) apabila:
 - a. Satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha menguasai 50% (lima puluh persen) atau lebih pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu; atau
 - b. Dua atau tiga pelaku usaha atau kelompok pelaku usaha menguasai 75% (tujuh puluh lima persen) atau lebih pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu.

Untuk dapat diterapkannya Pasal terkait posisi dominan tersebut, maka minimal harus 2 (dua) unsur terpenuhi, yaitu:⁴⁸

- a. Adanya posisi dominan;
- b. Adanya syarat penghalang.

Jika ternyata hanya terdapat salah satu unsur saja yang terpenuhi maka Pasal tersebut tidak dapat diterapkan, tetapi mungkin dapat diterapkan ke dalam pasal-pasal yang lain, misalkan terkait pasal-pasal yang berhubungan dengan kegiatan monopoli.⁴⁹

2. Sifat Klasifikasi Larangan dalam Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999

Dalam perjanjian yang dilarangan kegiatan yang dilarang, sifat larangan tersebut dalam hukum persaingan usaha pada prinsipnya menggunakan

⁴⁷ Lihat Pasal 25 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat

⁴⁸ Munir Fuady, *Hukum Anti Monopoli-Menyongsong Era Persaingan Usaha*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999, hlm 86

⁴⁹ *Ibid*, hlm 86

dua metode pendekatan, yaitu: pendekatan *per se illegal* dan pendekatan *rule of reason*.

a. Pendekatan *Per se Illegal*

Dalam pengadilan, suatu perilaku yang ditetapkan sebagai *per se illegal* akan dihukum tanpa proses penyelidikan yang rumit, karena jenis perilaku yang akan ditetapkan secara *per se illegal* hanya akan dilaksanakan setelah pengadilan memiliki pengalaman yang memadai terhadap perilaku tersebut, yakni bahwa perilaku tersebut hampir selalu bersifat anti persaingan, dan hampir selalu tidak pernah membawa manfaat sosial. Oleh karena itu, pada prinsipnya terdapat dua persyaratan dalam melakukan pendekatan ini, yaitu harus ditujukan lebih kepada “perilaku bisnis” dari pada situasi pasar, karena metode pendekatan seperti ini dianggap *fair*, jika perbuatan ilegal tersebut merupakan “tindakan sengaja” oleh perusahaan, yang seharusnya dihindari. Selanjutnya, adanya identifikasi secara mudah mengenai jenis praktek atau batasan perilaku yang terlarang. Jadi pembenaran substantif dalam *per se illegal* harus didasarkan pada fakta, bahwa perilaku tersebut dilarang karena dapat mengakibatkan kerugian bagi pesaing lainnya dan atau konsumen. Sehingga, hal tersebut dapat dijadikan pengadilan sebagai alasan pembenar dalam pengambilan keputusan.⁵⁰

b. Pendekatan *Rule of Reason*

Berbeda halnya dengan pendekatan *per se illegal*, penggunaan pendekatan ini memungkinkan pengadilan melakukan interpretasi terhadap Undang-Undang. Kedua metode pendekatan tersebut mengandung keunggulan dan kelemahan didalamnya. Keunggulan dari pendekatan ini adalah

⁵⁰*Ibid*, hlm 60-61

menggunakan analisis ekonomi untuk mencapai efisiensi guna mengetahui dengan pasti apakah suatu tindakan pelaku usaha memiliki implikasi kepada persaingan. Sebaliknya, jika menerapkan pendekatan *per se illegal*, maka tindakan pelaku usaha tertentu selalu dianggap melanggar Undang-Undang. Namun, pendekatan *rule of reason ini* juga mengandung kelemahan didalamnya, yaitu bahwa *rule of reason* yang digunakan oleh 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 rasional.⁵¹

Jadi, kedua metode pendekatan ini dalam perjanjian dilarang dan kegiatan yang dilarang ada yang menggunakan pendekatan *per se illegal* dan atau *rule of reason*, di mana dapat dilihat kedua pendekatan ini memiliki penerapan yang berbeda dalam prakteknya.

3. Pengaturan Tentang *Tying Agreement* menurut Pasal 15 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999

Tying Agreement, merupakan suatu perjanjian yang mengikat, dimana ada ketika penjual membutuhkan pembeli untuk membeli produk yang mana pembeli diharuskan untuk membeli produk tersebut karena sebagai syarat untuk memperoleh produk yang ingin dibeli oleh pembeli. Secara umum, *tying* dapat dikatakan sebagai pelanggaran antitrust, jika 4 (empat) kondisi terpenuhi, yaitu:⁵²

⁵¹*Ibid*, hlm 66

⁵²Shippey Karla, et.al, USA Business-The Portable Encyclopedia For Doing Business with the United States, World Trade Press, California USA, 1995, hlm 329

- a. Penjual memiliki kekuatan ekonomi yang cukup sehubungan dengan produk mengikat untuk menahan persaingan bebas untuk produk terikat
- b. Sebagian besar perdagangan dipengaruhi
- c. Penjual bukan merupakan perusahaan kecil, dan
- d. Penjual tidak mencoba untuk masuk ke dalam pasar baru atau untuk melindungi niat baik.

Perjanjian *tying* dapat dikatakan sebagai perjanjian yang tidak dilarang, jika perjanjian tersebut termasuk ke dalam kondisi, seperti berikut:⁵³

- a. Pembeli bebas untuk menggunakan atau tidak menggunakan produk terikat
- b. Merupakan alternatif yang masuk akal
- c. Penjual tidak menempati posisi monopoli di dalam pasar.

Dalam aturan hukum persaingan usaha, Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999, *tying agreement* tersebut digolongkan termasuk kedalam perjanjian tertutup Pasal 15, yang berbunyi:

- (1) 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.
- (2) Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pihak lain yang memuat persyaratan bahwa pihak yang menerima barang dan atau jasa tertentu harus bersedia membeli barang dan atau jasa lain dari pelaku usaha pemasok.
- (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:

⁵³Sullivan and Hovenkamp's, Casenote Legal Briefs-Antitrust, Aspen, New York, 2004, hlm 63

- 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.

Berdasarkan pasal 15 diatas, *tying agreement* termasuk kedalam Pasal 15 ayat (2), yang memuat unsur-unsur sebagai berikut:

- a. Pelaku Usaha
- b. Perjanjian
- c. Pelaku Usaha Lain
- d. Pihak yang Menerima
- e. Barang
- f. Jasa
- g. Pihak Tertentu
- h. Tempat Tertentu
- i. Barang dan Jasa Lain

Pada Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha, *Tying agreement* adalah suatu bentuk perjanjian distribusi berdasarkan dimana distributor diperbolehkan untuk membeli suatu barang tertentu (*tying product*) dengan syarat harus membeli barang lain (*tied product*).⁵⁴ *Tying agreement* tersebut merupakan suatu perjanjian berdasarkan perjanjian tersebut si penjual menjual produknya kepada pembeli dengan menetapkan persyaratan bahwa pembeli akan membeli produk lain dari penjual. Produk yang diinginkan oleh pembeli adalah produk pengikat (*tying product*) dan produk yang oleh penjual diwajibkan untuk dibeli oleh pembeli disebut sebagai produk ikatan (*tied product*). Dalam hal

⁵⁴*Ibid*, hlm 341

kewajiban untuk membeli produk ini ditetapkan secara sepihak tanpa dapat dihindari oleh pembeli karena tidak ada pilihan penjual lainnya, penjual akan memiliki posisi tawar yang tinggi dan menjadikan perjanjiannya berat sebelah.⁵⁵

Nilai tawar yang dimiliki oleh penjual akan menjadi tinggi karena penjual memiliki *market power* yang besar, akan tetapi dari segi positifnya adalah bilamana produknya memiliki kualitas yang lebih baik, sehingga menjadi keinginan pembeli sendiri untuk membeli produknya.

Dalam Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha tersebut dikatakan bahwa penjual memiliki *market power* yang besar. Dimana *market power* tersebut merupakan kemampuan yang dimiliki suatu perusahaan atau produsen tertentu untuk mengerahkan pengaruh signifikan atas jumlah barang dan jasa yang diperdagangkan atau harga dimana mereka dijual. Yang mana kekuatan pasar inilah yang menyebabkan kondisi pasar yang tidak efisien.⁵⁶

Jadi, perjanjian *tying* dalam Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 dengan Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha, memiliki definisi yang berbeda, dimana dalam pengaturan Undang-Undang bahwa apabila perusahaan atau pelaku usaha tersebut melakukan tindakan anti persaingan maka ia dianggap melanggar pasal tersebut. Sedangkan, dalam Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha menyebutkan bahwa adanya perjanjian *tying* tersebut, dimana penjual memiliki *market power* yang besar dan mempunyai kedudukan yang dominan.

⁵⁵Log Cit, hlm 341

⁵⁶<http://elkanagoro.blogspot.co.id/2014/10/kekuatan-pasar-market-power.html>, diakses tanggal 25 Januari 2016

B. Pengaturan Persaingan Usaha Di Uni Eropa Menurut *Treaty on the Functioning of the European Union* Tahun 2009

Dalam pengaturan persaingan usaha di Uni Eropa, dapat dilihat dari sejarah awalnya pembentukan Uni Eropa sampai dengan saat ini, yaitu:⁵⁷

1. *The Treaty of Paris* (ECSC), 1952
2. *The Treaty of Rome* (Euratom dan EEC), 1957
3. *Schengen Agreement*, 1985
4. *Single Act, Brussels*, 1987
5. *The Treaty of Maastricht (Treaty on European Union)*, 1992
6. Perluasan Keanggotaan
7. *The Treaty of Amsterdam*, 1997
8. *The Treaty of Nice*, 2000
9. Konvensi Masa Depan Eropa dan Traktat Akses 10 Negara Anggota Baru
10. Perjanjian Lisbon (TFEU), 2009

Dapat dilihat diatas sejarah pembentukan Uni Eropa hingga saat di berlakukan dasar hukum baru, yaitu Perjanjian Lisbon (TFEU). Perjanjian Lisbon membawa sejumlah perubahan dasar bagi peran UE atas 27 negara anggotanya. Perjanjian bersejarah ini membuat peran Uni Eropa dalam mengatur 27 negara anggotanya menjadi lebih besar dan membuat kebijakan negara-negara Eropa kian terintegrasi. Perjanjian Lisbon ditandatangani oleh para pemimpin anggota UE di Portugal pada 13 Desember 2007. Perjanjian itu menjadi dasar hukum reformasi

⁵⁷<http://www.indonesianmission-eu.org/website/page943418664200310095958555.asp#top>, diakses tanggal 21 Februari 2016

pengganti Traktat Maastricht (1992) dan Perjanjian Roma (1957) yang mendirikan Komunitas Eropa. Nama resmi Perjanjian Lisbon adalah Perjanjian Operasional Uni Eropa (TFEU).⁵⁸ Perjanjian Lisbon membawa sejumlah perubahan dasar bagi peran EU, diantaranya yaitu:⁵⁹

- a. Pemberlakuan suara mayoritas dalam Dewan Menteri
- b. Peningkatan peran Parlemen Eropa dalam proses legislatif melalui perluasan pengambilan kebijakan dalam Dewan Menteri.

Perjanjian ini mewakili era demokrasi yang meningkat di Uni Eropa dan memberi dukungan besar bagi peningkatan kewenangan Parlemen Eropa, terutama dalam kewenangan legislatif dan anggaran di parlemen. Dengan demikian, Parlemen Eropa juga akan dilibatkan dalam kebijakan-kebijakan domestik para anggota di bidang hukum dan dalam negeri, seperti imigrasi dan pemberian suaka, serta kebijakan perdagangan internasional. Salah satu wilayah yang merasakan pemberlakuan Perjanjian Lisbon adalah kebijakan di bidang pertanian dan kebijakan di bidang perikanan. Selain itu Perjanjian Lisbon juga menghapus sistem kepemimpinan UE lama sekaligus menciptakan pembentukan posisi Presiden Dewan Eropa untuk jangka waktu yang lebih lama. Perjanjian itu juga mengesahkan pembentukan jabatan Perwakilan Tinggi UE untuk Hubungan Luar Negeri dan Kebijakan Keamanan, yang akan menyuarakan kebijakan-kebijakan UE di manca negara. Tak kalah penting, Perjanjian Lisbon juga mengesahkan Piagam Hak Asasi Manusia UE menjadi dasar hukum yang mengikat.⁶⁰

⁵⁸http://dunia.news.viva.co.id/news/read/110133-uni_eropa_berlakukan_dasar_hukum_baru, diakses tanggal 21 Februari 2016

⁵⁹*Ibid*

⁶⁰*Ibid*

1. Substansi dalam *Treaty on the Functioning of the European Union* (TFEU)

Dalam Perjanjian Lisbon(TFEU), ada beberapa ketentuan dalam pengaturannya, yaitu.⁶¹

Part one – Principles

Title I - Categories and areas of Union competence

Title II – Provisions having general application

Part two – Non-discrimination and citizenship of the Union

Part three - Union policies and internal actions

Title I – The internal market

Title II – Free movement of goods

Title III – Agriculture and fisheries

Title IV – Free movement of persons, services and capital

Title V – Area of freedom, security and justice

Title VI – Transport

Title VII – Common rules on competition, taxation and approximation of laws

Title VIII – Economic and monetary policy

Title IX – Employment

Title X – Social policy

Title XI – The European Social Fund

Title XII – Education, vocational training, youth and sport

Title XIII – Culture

Title XIV – Public health

Title XV – Consumer protection

Title XVI – Trans-European networks

⁶¹http://www.jus.uio.no/english/services/library/treaties/09/9-01/tfeu_cons.xml#treaty-header1-1, diakses tanggal 19 Februari 2016

Title XVII – Industry

Title XVIII – Economic, social and territorial cohesion

Title XIX – Research and technological development and space

Title XX – Environment

Title XXI – Energy

Title XXII – Tourism

Title XXIII – Civil protection

Title XXIV – Administrative cooperation

Part four – Association of the overseas countries and territories

Part five – External action by the Union

Title I – General provisions on the Union's external action

Title II – Common commercial policy

Title III – Cooperation with third countries and humanitarian aid

Title IV – Restrictive measures

Title V – International agreements

Title VI – The Union's relations with international organisations and third countries and Union delegations

Title VII – Solidarity clause

Part six – Institutional and financial provisions

Title I – Institutional provisions

Title II – Financial provisions

Title III – Enhanced cooperation

Part seven – General and final provisions

Didalam pengaturan persaingan usaha di Uni Eropa, terdapat dua tujuan utama, yaitu untuk mencegah perbuatan-perbuatan yang bersifat menghalangi perdagangan dan perbuatan yang mempengaruhi proses penyatuan ekonomi tunggal antara uni eropa dengan negara-negara lainnya. Perbuatan-perbuatan tersebut yang dapat diletakkan sebagai suatu pelanggaran yaitu terdapat dalam

artikel 101 dan artikel 102. Dalam artikel 101 melarang suatu perjanjian anti persaingan yang menimbulkan akibat negatif bagi kebebasan perdagangan di Uni Eropa dengan negara lainnya, seperti larangan terhadap perjanjian kartel. Sedangkan dalam pasal 102 terkait dengan larangan penyalahgunaan posisi dominan yang dilakukan pengusaha atau perusahaan yang diletakkan sebagai suatu kesalahan menurut aturan yang berlaku. Karena kesejahteraan rakyat adalah prioritas utama dalam hukum kompetisi Uni Eropa.

a. Posisi Dominan Menurut Article 102

Pada article 102 TFEU ini mengatur terkait penyalahgunaan posisi dominan yang dilakukan oleh pengusaha atau perusahaan yang ada di Uni Eropa. Pada article ini, didalamnya mengatur juga terkait perjanjian *tying*, yang mana perbuatan tersebut merupakan kesalahan menurut article 102, yang berbunyi:⁶²

Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between Member States.

Such abuse may, in particular, consist in:

- (a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;*
- (b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;*
- (c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;*
- (d) 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.*

⁶²Lihat Article 102 Treaty on the Functioning of the European Union

Dimaksudkan dalam artikel 102, yaitu terkait penyalahgunaan posisi dominan yang bertentangan dengan pasar internal yang dapat mempengaruhi perdagangan antara negara-negara anggota. Penyalahgunaan tersebut salah satunya terkait dengan perjanjian *tying*.

Jika dilihat melalui perkembangan kasus-kasus di Eropa, perjanjian *tying* lebih diletakkan sebagai sebuah kesalahan menurut Article 102 TFEU, seperti dalam beberapa kasus yang terjadi di Uni Eropa, salah satunya yaitu kasus *Napier Brown v British Sugar*.⁶³ Kasus tersebut bermula adanya pengaduan *Napier Brown* seorang penjual gula di Inggris, yang mana *British Sugar* sebagai pengeluar terbesar penjual gula di Inggris telah menyalahgunakan posisi dominannya dalam usaha menolak *Napier Brown* sehingga bisa keluar daripada pasar eceran gula di Inggris. Jadi, dalam persaingan usaha di Uni Eropa, perjanjian *tying* termasuk salah satu kesalahan dari Artikel 102 terkait penyalahgunaan posisi dominan. Dimana dalam contoh kasus diatas telah dibuktikan bahwa kasus tersebut masuk ke dalam kesalahan yang diatur dalam Artikel 102.

2. *Tying Agreement*

Konsep perjanjian *tying* di Uni Eropa yaitu dimana pelaku terikat dengan ketentuan kontrak atau hal lain. Yang mana pembeli diharuskan untuk membeli semua bagian dari permintaan produk yang kedua tetapi harus membeli barang yang pertama terlebih dahulu. Jadi, jika ingin membeli produk kedua, pembeli harus mengambil produk yang pertama. Dalam hal ini adanya kebijakan

⁶³ *Napier Brown v. British Sugar*, Commission Decision 88/518/EEC, 1988 Official Journal of the European Communities (L 284/41)

kompetisi, dimana dalam kebijakan tersebut adanya kekurangan dalam perjanjian *tying* ini, yaitu:⁶⁴

1. Jika ada perusahaan yang memiliki *market*, ia akan menggunakan *market* *powernya* tersebut untuk “membujuk” pembeli untuk membeli produk tambahannya.
2. Sesungguhnya, tidak adanya bantahan atau ketentuan jika pelaku usaha menjual barang produknya, tetapi adanya bantahan atau tidak disetujui apabila pelaku usaha menjual produk yang saling berkaitan.

Dari pernyataan diatas, dapat dicontohkan dalam perusahaan manufaktur fotocopy, sebagai berikut, yaitu adanya unsur “memaksa” kepada pembeli, dimana perusahaan tersebut menyuruh pembelinya untuk sekalian membeli tinta dan kertasnya pada saat membeli.

Perjanjian *tying* ini, dapat ditempuh dengan berbagai cara, diantaranya yaitu:⁶⁵

1. Dengan adanya ketentuan kontrak dimana pelaku itu ”menyuruh” atau “bersikeras” kepada konsumen, bahwa konsumen harus membeli produk kedua untuk mendapatkan produk pertama.
2. Disini pelaku usaha tersebut, melakukan penolakan untuk menyuplai produk pertama, akan tetapi jika pembeli membeli produk kedua, maka pelaku usaha akan menyuplai produk pertamanya.

⁶⁴Whish Richard, *Competition Law*, Lexis Nexis UK, London, 2003, hlm 658.

⁶⁵*Ibid*, hlm 658-659.

3. Adanya permainan harga, yaitu seperti pembeli ditawarkan diskon tetapi harus membeli kedua produk. Sehingga, jika hanya membeli satu produk, maka harga sama.

Pada pengaturan persaingan usaha di Uni Eropa, terdapat perbuatan-perbuatan anti persaingan berdasarkan *Article 101* dan *Article 102 Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)*. *Article 101 TFEU* melarang perjanjian anti persaingan yang mempunyai akibat negatif terhadap kebebasan perdagangan di antara negara-negara anggota Uni Eropa. Selanjutnya *Article 102 TFEU* merupakan pengaturan terhadap larangan penyalahgunaan posisi dominan. Namun dalam *article 101 huruf e* dan *article 102 huruf d* memiliki definisi yang sama, tetapi dalam perjanjian *tying* termasuk ke dalam *article 102* yang terkait penyalahgunaan posisi dominan, di mana dinyatakan dalam huruf d, yang berbunyi:⁶⁶ “*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.*”

Menurut *Article 102 huruf d* tersebut ialah apabila membuat suatu kesimpulan penerimaan kontrak oleh pihak lain kewajiban tambahan, yang menurut sifatnya atau menurut penggunaan komersial, tidak memiliki koneksi atau hubungan dengan subjek kontrak tersebut. Sehingga, perjanjian *tying* dalam pengaturan Uni Eropa termasuk ke dalam satu Pasal yang mengatur juga terkait posisi dominan. Karena, timbulnya perjanjian *tying* tersebut dikarenakan adanya *market power* yang dimiliki suatu perusahaan atau pelaku usaha. Dimana

⁶⁶ Lihat *Article 102 Treaty on the Functioning of the European Union*.

kekuatan pasar tersebut diakibatkan karena perusahaan atau pelaku usaha tersebut memiliki kedudukan yang dominan. Jadi, dalam pengaturan Uni Eropa, perjanjian *tying* tersebut dikategorikan ke dalam *Article* 102 huruf d.



BAB III

METODE PENELITIAN

1. Jenis 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.⁶⁷ 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)

2. Pendekatan Penelitian

Beberapa pendekatan masalah yang digunakan dalam penelitian ini antara lain:

a. Pendekatan Perundang-undangan (*Statute Approach*)

Pendekatan yang dilakukan dengan menelaah semua undang-undang dan regulasi yang terkait dengan isu hukum yang sedang dibahas.⁶⁸ Penulis menggunakan pendekatan ini karena ingin mengetahui dan menganalisis konsistensi dan kesesuaian antara undang-undang yang satu dengan undang-undang yang lainnya atau antara undang-undang dengan Undang-Undang Dasar atau antara regulasi dengan undang-undang. Penulis menganalisis regulasi terkait konsistensi serta kesesuaian antara Pasal 15 ayat 2 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan

⁶⁷ Jhony Ibrahim, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Banyumedia, Malang, 2011, hlm 57

⁶⁸ Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, 2011, hlm 93

Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat dengan Draf Pedoman Pasal 15 oleh Komisi Pengawas Persaingan Usaha.

b. Pendekatan Kasus (*case approach*)

Penulis menggunakan pendekatan kasus karena dengan menggunakan pendekatan kasus penulis dapat melakukan telaah terhadap kasus yang melibatkan Bank Rakyat Indonesia dengan kasus yang terjadi oleh Microsoft. Kasus-kasus tersebut, berkaitan dengan isu hukum yang dihadapi dan diteliti yang telah menjadi putusan pengadilan yang telah memiliki kekuatan hukum yang tetap.⁶⁹ Dalam hal ini penulis hendak menganalisis mengenai Putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha terkait *Tying Arrangement*.

c. Pendekatan Perbandingan (*Comparative Approach*)

Pendekatan perbandingan adalah studi tentang prinsip-prinsip ilmu hukum dengan melakukan perbandingan berbagai macam sistem hukum, yang merupakan pendekatan dengan melakukan perbandingan hukum.⁷⁰ Pendekatan ini merupakan salah satu cara yang digunakan untuk penelitian normatif dalam membandingkan salah satu lembaga hukum dengan lembaga hukum lain.⁷¹ Perbandingan hukum tersebut yaitu terkait dengan aturan yang digunakan di hukum persaingan usaha Indonesia dengan aturan hukum persaingan usaha di Uni Eropa.

⁶⁹ *Op Cit*, hlm 94

⁷⁰ Dyah Ochtorina Susanti, *Penelitian Hukum (Legal Research)*, Sinar Grafika, Jakarta, 2014, hlm 131

⁷¹ Johnny Ibrahim, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Bayumedia, Malang, 2007, hlm 313

3. Jenis Bahan Hukum

Pada umumnya penelitian normatif menggunakan tiga jenis bahan hukum, yaitu bahan hukum primer, bahan hukum sekunder, dan bahan hukum tersier.

Adapun ketiga jenis bahan hukum tersebut akan diuraikan sebagai berikut :⁷²

a. Bahan hukum primer, yaitu bahan hukum yang terdiri dari aturan hukum yang diatur dan berlaku di Indonesia yang dapat dijadikan sebagai dasar acuan dan pertimbangan hukum. Peraturan hukum yang digunakan 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. 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

b. Bahan hukum sekunder, yaitu bahan hukum yang dibutuhkan penulis untuk memperkuat dan memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer, berupa penjelasan peraturan perundang-undangan, hasil-hasil penelitian, atau pendapat pakar hukum.⁷³ Bahan hukum ini juga berupa buku-buku literatur, dokumen, makalah, jurnal, skripsi, tesis, artikel-

⁷² Soerjono Soekanto, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2011, hlm. 13.

⁷³ Riduwan, *Metode dan Teknis Menyusun Tesis*, Alfabeta, Bandung, 2009, hlm 29

artikel dari media cetak maupun elektronik yang memuat segala hal yang berkaitan dengan penelitian ini.

- c. Bahan hukum tersier, yaitu bahan yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan bahan hukum sekunder, seperti kamus hukum, Kamus Besar Bahasa Indonesia, *Oxford*, atau ensiklopedia.

4. Teknik Penelusuran Bahan Hukum

Penulis memperoleh bahan hukum dengan cara studi kepustakaan (*library research*) melalui penelusuran bahan hukum, dengan mempelajari dan mengutip bahan hukum dari sumber-sumber yang tersedia, yaitu berupa studi literatur di Perpustakaan Universitas Brawijaya, Pusat Dokumentasi dan Informasi Hukum Fakultas Hukum Universitas Brawijaya (PDIH FH-UB), Peraturan terkait Persaingan Usaha, berdiskusi dengan para dosen pembimbing Penulis, serta artikel dalam website resmi milik Komisi Pengawas Persaingan Usaha.

5. Teknik Analisis Bahan Hukum

Bahan hukum yang telah dikumpulkan, selanjutnya akan dianalisa, kemudian dipilih dan dikelompokkan menurut kebutuhan Penulis. Setelah diperoleh yang sesuai, selanjutnya dikaitkan dengan permasalahan yang telah diangkat seputar *Tying Agreement* dalam Hukum Persaingan Usaha. Penulis akan menyajikan dalam bentuk yang penulisan yang lebih sistematis untuk menjawab perumusan masalah yang telah dirumuskan dengan tepat dan sesuai prosedur penelitian hukum normatif yang telah dilaksanakan.

Penulis melakukan analisis dengan menggunakan teknik Preskriptif Analitis, metode dengan argumentasi dan konsep dengan pemikiran penulis yang mengandung nilai dan dapat menjadi salah satu pertimbangan dalam menyelesaikan permasalahan, pada dasarnya meliputi 3 (tiga) aspek, yaitu: mengklasifikasi, membandingkan dan menghubungkan.

6. Definisi Konseptual

- a. *Tying Agreement* adalah bentuk perjanjian distribusi berdasarkan di mana distributor diperbolehkan untuk membeli suatu barang tertentu (*tying product*) dengan syarat harus membeli barang lain (*tied product*).
- b. *Market Power* adalah kemampuan dari perusahaan untuk mempengaruhi barang dan jasa yang dijualnya, sehingga dapat mengendalikan harga dan dapat melakukan strategi yang bersifat independen terhadap perilaku pelaku usaha pesaing.
- c. Posisi Dominan adalah keadaan di mana pelaku usaha tidak mempunyai pesaing yang berarti di pasar bersangkutan dalam kaitan dengan pangsa pasar yang dikuasai, atau pelaku usaha mempunyai posisi tertinggi di antara pesaingnya di pasar bersangkutan dalam kaitan dengan kemampuan keuangan, kemampuan akses pada pasokan atau penjualan, serta kemampuan untuk menyesuaikan pasokan atau permintaan barang atau jasa tertentu.

7. Sistematika Penulisan

BAB I: Pendahuluan

Bab ini terdiri dari latar belakang penelitian, rumusan masalah, tujuan penelitian, manfaat penelitian yang kemudian dibagi menjadi manfaat teoritis dan manfaat praktis.

BAB II: Tinjauan Pustaka

Bab ini akan menguraikan lebih mendalam mengenai teori dan istilah hukum yang mempunyai keterkaitan dengan judul penelitian. Dalam menyusun bab ini, penulis mencari dan menganalisis berbagai literatur yang diperoleh dari berbagai sumber, baik dari peraturan perundang-undangan, buku, artikel, jurnal, situs internet, maupun dari nara sumber. Manfaat dari bab ini adalah membantu dan mempermudah penulis untuk menjabarkan hasil penelitiannya kedalam pembahasan permasalahan dari penelitian tersebut.

BAB III: Metode Penelitian

Bab ini menjelaskan tentang cara-cara ilmiah untuk mendapatkan data yang valid, dengan tujuan dapat ditemukan, dikembangkan dan dibuktikan, dengan suatu pengetahuan tertentu sehingga pada waktunya dapat digunakan untuk memahami, memecahkan, dan mengantisipasi masalah. Komponen yang masuk dalam bab ini meliputi jenis penelitian, pendekatan penelitian, jenis dan sumber bahan hukum, teknik memperoleh bahan hukum, teknik analisis bahan hukum.

BAB IV: Hasil dan Pembahasan

Bab ini berisi uraian-uraian tentang hasil penelitian dan pembahasan yang dilakukan penulis sehubungan dengan topik permasalahan yang sudah dirumuskan sebelumnya. Hasil dan pembahasan ini disusun secara sistematis berdasarkan penelitian yang sudah dilakukan oleh penulis.

BAB V: Penutup

Dalam bab terakhir ini berisi kesimpulan dari penulisan penelitian secara keseluruhan yang didasarkan pada rumusan masalah dan pembahasannya. Kesimpulan tersebut akan mempermudah bagi pembaca untuk mengetahui secara singkat inti permasalahan yang dibahas oleh penulis. Selain itu, bab ini juga berisi saran-saran yang selanjutnya berguna untuk melengkapi dan menyempurnakan jawaban permasalahan penulisan penelitian tersebut, serta dapat menjadi tolak ukur bagi pihak-pihak yang terkait agar dalam menjalankan aktivitasnya dapat menjadi lebih baik dari sebelumnya, karena tidak mungkin saran itu bermaksud untuk menjatuhkan, namun akan menjadi pedoman dan pertimbangan untuk memperbaiki sesuatu yang kurang bahkan salah di kejadian sebelumnya.

BAB IV

HASIL DAN PEMBAHASAN

A. Urgensi Kedudukan Dominan dalam Pengaturan *Tying Agreement*

Menurut Pasal 15 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat

1. Analisa *Tying Agreement* menurut Pasal 15

Pada 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.⁷⁴ 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. Perjanjian tertutup adalah perjanjian di antara pelaku usaha selaku pembeli dan penjual untuk melakukan kesepakatan secara eksklusif yang dapat berakibat menghalangi atau menghambat pelaku usaha lain untuk melakukan kesepakatan yang sama. Perjanjian tertutup juga merupakan suatu perjanjian yang dibuat oleh pelaku usaha agar dapat menjadi sarana dan upaya bagi pelaku usaha untuk dapat melakukan pengendalian oleh pelaku usaha terhadap pelaku usaha lain secara vertikal (pengendalian vertikal), baik melalui

⁷⁴Suharsil dan Mohammad Taufik Makarao, *Hukum Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat di Indonesia*, Ghalia Indonesia, Bogor, 2010, hlm 116

pengendalian harga maupun melalui pengendalian non-harga.⁷⁵ Pengendalian melalui harga dapat dilakukan dengan cara melakukan penetapan harga, sementara hambatan vertikal lain yang merupakan hambatan bersifat non-harga seperti yang termuat dalam perjanjian eksklusif adalah pembatasan akses penjualan atau pasokan, serta pembatasan wilayah dapat dikategorikan sebagai 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 (*intrabrand competition*).⁷⁶ Persaingan *interbrand* adalah persaingan antara distributor atau pengecer untuk suatu produk yang berasal dari manufaktur atau produsen yang sama. Oleh karena itu, hambatan yang bersifat *interbrand* terjadi ketika akses penjualan distributor atau pengecer dibatasi oleh produsen. Sedangkan persaingan *intrabrand* adalah persaingan antar manufaktur atau produsen untuk suatu jenis atau kategori barang di pasar bersangkutan yang sama. Hambatan *intrabrand* terjadi apabila produsen menciptakan pembatasan persaingan terhadap produk pesaingnya.⁷⁷

Khususnya berkenaan dengan persaingan dalam jalur distribusi ini, perusahaan dengan kekuatan pasar (*market power*) dan atau perusahaan yang mempunyai posisi dominan yang kecil atau bahkan tidak memiliki pangsa pasar

⁷⁵Peraturan KPPU Pelaksanaan Pasal 15 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, hlm 3

⁷⁶*Ibid*, hlm 4

⁷⁷*Ibid*, hlm 7

yang signifikan akan sukar melakukan perjanjian dengan distribusi. Sebaliknya dalam hal perusahaan produksi barang yang memiliki pangsa besar dan atau posisi dominan yang signifikan dalam pasar, melalui perjanjian distribusi akan dapat secara signifikan mencegah adanya produk sejenis masuk ke pasar. Akibatnya konsumen didalam pasar tersebut tidak ada pilihan lain, hanya membeli merek tersebut, bahkan dimungkinkan konsumen menjadi korban atas kontrol harga dari perusahaan tersebut.

Setiap pelaku usaha selalu ingin mengembangkan usahanya semaksimal mungkin. Kondisi ini memaksa setiap pelaku usaha untuk meningkatkan kinerja dan daya saing, tentu saja seharusnya melalui inovasi dan efisiensi sehingga dapat mengungguli pesaingnya. Sebagai konsekwensi keberhasilan mencapai hal itu, pelaku usaha akan memperoleh posisi dominan dan/atau mempunyai kekuatan pasar. Dan perjanjian *tying* 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.

Pada ketentuannya, 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 karaktemya dengan produk pokoknya. Perbedaan karakteristik antara produk utama dan produk lainnya sebagaimana dapat dikur berdasarkan tingkat komplemen atau substitusinya yang merupakan faktor kunci dari praktek *tying* 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.⁷⁸

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.⁷⁹ 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.⁸⁰ 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

⁷⁸Ibid, hlm 12-13

⁷⁹ Whish Richard, *Competition Law*, Lexis Nexis UK, London, 2003, hlm 659

⁸⁰ Andy Fahmy Lubis, et.al, *Hukum Persaingan Usaha antara Teks dan Konteks*, 2009, hlm 120

membawa perusahaan barang terikat pun bisa menikmati posisi dominan yang sama, maka itulah salah satu tujuan daripada perjanjian *tying*.

Bagi konsumen yang tidak mengerti mengenai perjanjian *tying*, ketika dia membeli produk (pengikat) dan kemudian mendapatkan tambahan produk yang lain, itu dianggap sebagai suatu hadiah. Padahal sesungguhnya harga yang ia keluarkan adalah harga dari kedua barang tersebut. Konsumen tidak memiliki pilihan untuk hanya membeli satu produk tersebut, kecuali membeli keduanya. Selain perjanjian *tying* ini membuat konsumen sulit dalam menentukan harga, disini juga terdapat paksaan untuk harus membeli kedua produk tersebut secara bersamaan. Perjanjian *tying* juga membuat konsumen membeli barang yang sebenarnya tidak diperlukan. Dan bagi pelaku usaha pesaing, baik pelaku usaha barang pengikat maupun barang terikat, menemukan kesulitan untuk masuk kedalam pasar dan mampu bersaing secara adil dalam pasar.

Dengan demikian 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. Dengan adanya perjanjian *tying*, maka akan terjadi sebuah hambatan bagi pelaku usaha pesaing terutama produk ikatan untuk masuk ke pasar yang sama. Dengan adanya perjanjian *tying* tersebut, maka produk ikatan dapat meningkatkan keuntungan dengan menggunakan kekuatan monopoli pelaku usaha produk pengikat.

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.⁸¹ 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.⁸² Dengan kata lain perjanjian *tying* tidak akan mempunyai akibat negatif terhadap persaingan apabila perusahaan barang pengikat tidak mempunyai posisi dominan terlebih dahulu.⁸³

Namun, menurut ketentuan Pasal 15 ayat (2) Nomor 5 tahun 1999, pembuktian dugaan atas perjanjian *tying* tersebut, harus memenuhi unsur-unsur, sebagai berikut:⁸⁴

1. Pelaku Usaha

Pelaku usaha menurut Pasal 1 angka 5 adalah setiap orang perorangan atau badan usaha, baik yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum negara publik Indonesia, baik sendiri maupun bersama-sama melalui menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang ekonomi.

⁸¹Susanti Adi Nugroho, *Hukum Persaingan Usaha di Indonesia, Dalam Teori dan Praktik serta Penerapan Hukumnya*, 2012, hlm 216

⁸²Andy Fahmy Lubis, et.al, *Hukum Persaingan Usaha antara Teks dan Konteks*, 2009, hlm 121

⁸³Peraturan KPPU Pelaksanaan Pasal 15 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, hlm 21

⁸⁴*Ibid*

2. Perjanjian

Perjanjian menurut Pasal 1 angka 6 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.

3. Pelaku Usaha Lain

Pelaku usaha lain adalah pelaku usaha yang mempunyai hubungan vertikal maupun horisontal yang berada dalam satu rangkaian produksi dan distribusi baik di hulu maupun di hilir dan bukan merupakan pesaingnya.

4. Pihak yang Menerima

Pihak yang menerima adalah pelaku usaha yang menerima pasokan berupa barang dan/atau jasa dari pemasok.

5. Barang

Barang menurut Pasal 1 angka 16 adalah setiap benda, baik berwujud maupun tidak berwujud, baik bergerak maupun tidak bergerak, yang dapat diperdagangkan, dipakai, dipergunakan, atau dimanfaatkan oleh konsumen atau pelaku usaha.

6. Jasa

Jasa menurut Pasal 1 angka 17 adalah setiap layanan yang berbentuk pekerjaan atau prestasi yang diperdagangkan dalam masyarakat untuk dimanfaatkan oleh konsumen atau pelaku usaha.

7. Pihak Tertentu

Pihak tertentu adalah pihak lain yang membeli barang dan/atau jasa dari pihak yang menerima barang dan/atau jasa dari pemasok.

8. Barang dan Jasa Lain

Barang menurut Pasal 1 angka 16 adalah setiap benda, baik berwujud maupun tidak berwujud, baik bergerak maupun tidak bergerak, yang dapat diperdagangkan, dipakai, dipergunakan, atau dimanfaatkan oleh konsumen atau pelaku usaha.

Jasa menurut Pasal 1 angka 17 adalah setiap layanan yang berbentuk pekerjaan atau prestasi yang diperdagangkan dalam masyarakat untuk dimanfaatkan oleh konsumen atau pelaku usaha.

Dari penjabaran unsur-unsur Pasal 15 ayat (2) di atas, nampak bahwa Pasal 15 tersebut 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-unsur di atas 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. Akan tetapi, di dalam penjelasan Perkom tentang Larangan Perjanjian Tertutup, menyatakan bahwa salah satu latar belakang dilakukannya perjanjian tertutup adalah untuk meningkatkan *market power* dan menjaga persaingan intrabrand.

Adapun dijelaskan dalam draf pedoman pelaksanaan Pasal 15 KPPU terkait dengan akibat positif dan negatif pelaku usaha yang melakukan perjanjian tertutup, yang mana dengan perjanjian tertutup pelaku usaha dapat melakukan hal, sebagai berikut:⁸⁵

a. Meningkatkan kekuatan pasar (*market power*)

Definisi dari kekuatan pasar atau *market power* adalah kemampuan pelaku usaha untuk menetapkan harga melebihi biaya marjinal dari kegiatan produksi yang dilakukan, sehingga keuntungan yang dinikmati yaitu keuntungan di atas level harga persaingan atau keuntungan normal. Melalui perjanjian tertutup, maka akibat negatifnya adalah bahwa akses pelaku usaha lain untuk melakukan hal yang sama menjadi terbatas, sehingga akan mengurangi persaingan usaha langsung. Di samping itu perjanjian tertutup ini juga akan menghambat pelaku usaha baru untuk memasuki pasar. Oleh karena itu strategi ini dapat digunakan untuk mengurangi persaingan sehingga pelaku usaha dapat menetapkan harga lebih tinggi untuk mendapat keuntungan melebihi keuntungan yang wajar atau melebihi keuntungan pada posisi persaingan penuh.

b. Meningkatkan efisiensi

Perjanjian eksklusif, yang merupakan kontrak jangka panjang yang eksklusif antara produsen dan distributor sehingga secara positif akibatnya akan dapat mengurangi biaya observasi (*searching cost*), biaya transaksi, biaya monitoring sistem distribusi. Dengan adanya kepastian pasokan

⁸⁵ *Ibid*

distribusi baik bagi produsen maupun distributor sebagai akibat perjanjian eksklusif tersebut, maka efisiensi akan dapat dicapai.

c. Menjaga persaingan intrabrand

Pelaku usaha pada umumnya membiarkan persaingan antar produsen (interbrand competition) karena secara teknis memang lebih sulit untuk membuat kartel antar produk. Di sisi lain untuk menjaga sistem distribusi, dengan dibuatnya perjanjian tertutup secara positif mereka meminimalkan persaingan antar distributor (intrabrand competition) dengan melakukan perjanjian tertutup. Dengan demikian maka dengan perjanjian tertutup ada peluang untuk menambah kekuatan pasar, meskipun persaingan antar produk cukup ketat.

Selanjutnya dalam draf pedoman pasal 15 KPPU tersebut dijelaskan juga terkait dampak positif dan negatif pada Perjanjian Tertutup. Pelaku usaha yang melakukan perjanjian tertutup tidak dapat dihukum apabila hanya melakukan perjanjian tersebut, dikarenakan apabila perjanjian tertutup tersebut menimbulkan dampak positif. Pembedaan antara dampak positif dari dampak negatif dapat ditetapkan dengan cara, yaitu:⁸⁶

- a. Mempelajari latar belakang atau alasan mengapa pelaku usaha membuat perjanjian tertutup
- b. Menganalisis akibat/dampak dari dibuatnya perjanjian tertutup tersebut.

⁸⁶ *Ibid*

Dampak positif dibuatnya perjanjian tertutup tersebut secara umum antara lain:⁸⁷

1. Peningkatan spesialisasi antara produsen-distributor akan meningkatkan skala ekonomis masing-masing pihak, sekaligus mengurangi unsur ketidak-pastian dalam proses distribusi.
2. Pengurangan biaya transaksi antara produsen-distributor sehingga terjadi peningkatan efisiensi.
3. Peningkatan kepastian dalam melakukan usaha bagi pelaku usaha yang terikat dalam suatu perjanjian tertutup
4. Mengurangi perilaku distributor mengambil kesempatan (peluang) arbitrage. Hal ini terjadi bila seorang membeli produk yang cukup banyak, kemudian dijual ke pasar yang lain sehingga mendapat keuntungan dari perbedaan harga jual pada pasar yang berbeda. Dampak tindakan arbitrage ini akan mengganggu pangsa pasar produsen yang sama di wilayah lain.

Sedangkan dampak negatif yang bisa disebabkan oleh dilaksanakannya perjanjian tertutup secara umum antara lain:⁸⁸

1. Peningkatan hambatan masuk pasar bagi pelaku usaha potensial dan penutupan akses bagi pelaku usaha pesaing. Hambatan ini terjadi karena pelaku usaha yang tidak terlibat perjanjian tertutup tersebut terpaksa harus membangun jaringan distribusi sendiri atau mencari distributor independen. Proses pencarian dan membangun jaringan distribusi akan menimbulkan biaya (integration cost & switching cost) yang menjadi

⁸⁷ *Ibid*

⁸⁸ *Ibid*, hlm 20-21

faktor hambatan yang signifikan bagi pelaku usaha yang tidak terlibat dalam perjanjian tertutup.

2. Potensial terjadinya pembagian wilayah. Pembagian wilayah ini dapat terjadi bila alokasi distribusi antar produsen-distributor ke dalam beberapa wilayah, dimana untuk masing-masing wilayah terdapat beberapa distributor yang dominan. Bentuk perjanjian tertutup antar produsen-distributor, akan memudahkan bagi para distributor dalam mempertahankan wilayahnya masing-masing. Dengan demikian praktek perjanjian tertutup dapat memfasilitasi praktek kolusi pembagian wilayah terutama untuk pelaku usaha ditingkat hilir.
3. Memungkinkan bagi pelaku usaha untuk meningkatkan kekuatan pasar, yang kemudian akan melakukan diskriminasi harga untuk memaksimalkan profit.
4. Bagi konsumen, pada prinsipnya merupakan akibat dari pembatasan persaingan yang mengakibatkan pasar berstruktur tidak persaingan sempurna. Dalam pasar yang demikian, pelaku usaha pada umumnya akan menetapkan harga yang lebih tinggi dari harga persaingan untuk menambah keuntungan. Dalam kondisi yang demikian konsumen harus membayar harga yang lebih mahal, dan secara umum akan menimbulkan welfare loss.

Dalam draf pedoman pelaksanaan Pasal 15 KPPU, dijelaskan khusus untuk strategi *tying* terdapat dampak positif dan dampak negatif yang bisa muncul.

Adapun, dampak positif yang bisa muncul antara lain:⁸⁹

1. Penjualan berbagai produk secara bersamaan akan mengurangi biaya transaksi, terutama dalam proses pengumpulan informasi, negosiasi serta manajemen logistik.
2. Dalam kasus tertentu (misalnya untuk mesin yang rumit), produsen dapat mengikat pembeli sehingga kontrol kualitas terhadap bahan baku yang digunakan mesin tersebut dapat dilakukan. Dengan demikian tidak akan terjadi kesalahan penggunaan bahan baku yang memperburuk kinerja mesin.

Sedangkan, dampak negatif yang dapat terjadi dari *tying* di antaranya adalah:⁹⁰

1. Merupakan salah satu bentuk pembatasan akses pasar yang diberlakukan oleh pelaku perjanjian ini terhadap pelaku usaha pesaingnya. Pada umumnya produk yang dijual dengan strategi *tying* adalah produk yang kurang laku dan atau menghadapi persaingan yang sangat kuat karena adanya produk substitusi.
2. Merupakan hambatan masuk ke pasar, terutama bagi pelaku usaha yang tidak memiliki kemampuan untuk memproduksi produk yang disertakan atau disyaratkan diluar produk utamanya.

⁸⁹*Ibid*, hlm 21

⁹⁰*Ibid*

3. Dapat menciptakan pasar monopoli, terutama dalam layanan purna jual, sebagai akibat ketergantungan pembeli terhadap kondisi purna jual yang diberikan oleh produsen.
4. Sebagai sarana untuk menyamakan praktek penetapan harga dan atau praktek menjual rugi.

Oleh sebab itu, dengan adanya dua 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 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.⁹¹ Ketika perjanjian *tying* sesungguhnya mempunyai sisi manfaat yang positif terhadap persaingan maka semestinya perjanjian *tying* diletakkan dibawah larangan bersifat *rule of reason*. Larangan *rule of reason* memungkinkan pengadilan untuk melakukan penafsiran yang terkandung dalam undang-undang persaingan.⁹² Pendekatan *rule of reason* ini digunakan untuk

⁹¹ Andy Fahmy Lubis, et.al., *Hukum Persaingan Usaha antara Teks dan Konteks*, 2009, hlm 122

⁹² *Ibid*, hlm 66

membuat evaluasi mengenai dampak terhadap sebuah perjanjian atau kegiatan usaha tertentu, guna untuk menentukan apakah suatu perjanjian atau kegiatan tersebut sifatnya menghambat atau mendorong persaingan.⁹³ Demikian halnya dengan perjanjian *tying*, perlu adanya sebuah evaluasi apakah perjanjian *tying* tersebut telah menimbulkan dampak yang negatif terhadap persaingan. Sebagaimana, yang telah dijelaskan sebelumnya bahwa suatu perjanjian *tying* baru akan dianggap mempunyai dampak signifikan jika itu merugikan persaingan apabila pelaku usaha barang pengikat mempunyai kekuatan pasar dan/atau posisi dominan.

Dari pernyataan diatas perjanjian *tying* tidak hanya memiliki dampak negatif, akan tetapi perjanjian *tying* juga memiliki dampak positif yang ditimbulkan oleh adanya perjanjian *tying* tersebut. Dengan demikian dalam perjanjian *tying* terdapat suatu strategi untuk meraih kekuatan pasar secara cepat dengan cara mengikatkan produk yang tidak mempunyai posisi dominan kepada produk pengikat yang mempunyai posisi dominan. Dengan adanya perjanjian *tying* maka akan terjadi hambatan kepada pelaku usaha pesaing untuk masuk ke dalam pasar yang sama. Perjanjian *tying* ini menyebabkan pembeli membeli barang pengikat harus membeli juga barang terikat, yang mana ini ditetapkan secara sepihak tanpa dapat dihindari oleh pembeli karena tidak adanya pilihan. Sehingga, dapat dikatakan produsen tidak mempunyai pesaing yang cukup signifikan, dalam kata lain ia mempunyai kedudukan yang lebih dominan. Kedudukan dominan inilah yang dimanfaatkan untuk membawa perusahaan

⁹³*Ibid*, hlm 74

barang terikat pun bisa menikmati posisi dominan yang sama, maka itulah salah satu tujuan dari perjanjian *tying*.

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 *market power*⁹⁴ dan posisi dominan⁹⁵, yang dapat menikmati posisi dominannya dengan adanya perjanjian *tying* tersebut. Sehingga, dalam perjanjian tersebut, yang urgen dalam perjanjian *tying* ini yaitu mempertimbangkan adanya unsur syarat kedudukan dominan, dimana adanya kedudukan dominan tersebut maka terdapat *market power* didalamnya, karena jika dalam perjanjian *tying* mempertimbangkan adanya unsur tersebut, maka perjanjian *tying* lebih tepat digolongkan termasuk kedalam penyalahgunaan posisi dominan yang bersifat *rule of reason*.

2. Analisa Putusan BRI Nomor 5/ KPPU-I/ 2014 terkait *Tying Agreement*

Dalam putusan yang dikeluarkan oleh Komisi Pengawas Persaingan Usaha terkait *tying agreement* yaitu Putusan Nomor 5/KPPU-I/2014. Dimana kasus ini bermula saat konsumen melakukan pengajuan Kredit Pemilikan Rumah (KPR) pada Bank Rakyat Indonesia (BRI). KPR adalah salah satu produk perbankan yang mempersyaratkan adanya asuransi jiwa. Bahwa terkait kegiatan *bancassurance*, terdapat aturan Surat Edaran Bank Indonesia No. 12/ 35/ DPNP

⁹⁴ *Market Power* adalah kemampuan dari perusahaan untuk mempengaruhi barang dan jasa yang dijualnya, sehingga dapat mengendalikan harga dan dapat melakukan strategi yang bersifat independen terhadap perilaku pelaku usaha pesaing.

⁹⁵ Posisi Dominan adalah keadaan di mana pelaku usaha tidak mempunyai pesaing yang berarti di pasar bersangkutan dalam kaitan dengan pangsa pasar yang dikuasai, atau pelaku usaha mempunyai posisi tertinggi di antara pesaingnya di pasar bersangkutan dalam kaitan dengan kemampuan keuangan, kemampuan akses pada pasokan atau penjualan, serta kemampuan untuk menyesuaikan pasokan atau permintaan barang atau jasa tertentu.

tanggal 23 Desember 2010 (“SEBI”) untuk kerjasama antara bank dengan perusahaan asuransi dengan modal bisnis referensi dalam rangka produk Bank, antara lain diatur bahwa untuk mengakomodasi kebebasan nasabah Bank dalam memilih produk asuransi yang diwajibkan, Bank harus menawarkan pilihan produk asuransi dimaksut paling kurang 3 (tiga) perusahaan asuransi mitra Bank yang 1 (satu) diantaranya dapat merupakan pihak terkait Bank.⁹⁶ Tetapi halnya BRI hanya memiliki dua perusahaan rekanan karena produk atau manfaat asuransi jiwa yang ditawarkan masih dibawah manfaat produk yang ada sehingga BRI tidak menambah rekanan baru. Besarnya resiko dalam hal asuransi, maka PT Asuransi Jiwa Bringin Jiwa Sejahtera (Terlapor II) dan PT Heksa Eka Life Insurance (Terlapor III) melakukan pembagian risiko dengan komposisi pertanggungangan premi 60%:40%.⁹⁷ Mekanisme pembayaran premi dari nasabah ke terlapor II dan terlapor III adalah dibayarkan sebesar 100% kepada terlapor II terlebih dahulu dan setelah diproses baru dibayarkan kepada terlapor III. Dengan demikian nasabah hanya mengetahui pembayaran premi ke terlapor II.⁹⁸

Tentang *terms and conditions*, bahwa tindakan PT Bank Rakyat Indonesia (Persero), Tbk (Terlapor I) dalam menetapkan *terms and conditions* antara lain terkait premi, *free cover limit*, dan mekanisme pembayaran klaim yang mengacu pada dan dapat dipenuhi oleh terlapor II dan terlapor III, tetapi sulit untuk dipenuhi oleh pesaing potensial terlapor II dan terlapor III dan tidak *feasible*, telah menciptakan hambatan masuk ke pasar (*barriers to entry*) bagi para pelaku usaha potensial lain yang ingin masuk ke pasar bersangkutan (*competition for*

⁹⁶ Putusan KPPU Nomor 05/ KPPU-I/ 2014, hlm 3-4

⁹⁷ *Ibid*, hlm 8

⁹⁸ *Ibid*, hlm 9

market).⁹⁹ Kesulitan pesaing potensial untuk memenuhi persyaratan terlapor I antara lain terkait dengan rate premi, proses klaim dimana klaim dibayarkan terlebih dahulu dan setelah dokumen klaim, dan adanya offset premi dengan pembayaran klaim sehingga terdapat hambatan masuk (*entry barrier*) yang nyata bagi pelaku usaha potensial lain yang ingin masuk ke dalam pasar bersangkutan.

Di dalam unsur-unsur Pasal 15 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 terbukti dengan adanya Perjanjian KPR BRI yang dibuat antara terlapor I selaku pelaku usaha dengan debitur KPR BRI selaku pihak lain. Perjanjian KPR BRI tersebut terbukti memuat persyaratan bahwa debitur KPR BRI diwajibkan membeli barang lain yaitu menerima barang tertentu berupa KPR BRI diwajibkan membeli barang lain yaitu dengan membayar premi untuk asuransi jiwa dari Konsorsium terlapor II dan terlapor III selaku usaha pemasok. Oleh karena itu obyek perkara yang dipermasalahkan adalah *tying in* produk perbankan berupa Kredit Pemilikan Rumah (KPR) PT Bank Rakyat Indonesia (Persero), Tbk dengan produk asuransi jiwa dari PT Asuransi Jiwa Bringin Jiwa Sejahtera dan PT Heksa Eka Life Insurance. *Tying in* tersebut merupakan bentuk penguasaan pasar yang menghalangi perusahaan asuransi jiwa lainnya untuk melakukan kegiatan usaha yang sama pada pasar bersangkutan. Perilaku ini mengakibatkan tertutupnya pilihan bagi debitur KPR BRI untuk memilih perusahaan asuransi jiwa yang kompetitif.¹⁰⁰

Pada proses pembuktian kasus pada Pasal 15 ayat (2), Komisi Pengawas Persaingan Usaha, menitikberatkan bahwa perjanjian *tying* tersebut termasuk ke

⁹⁹*Ibid*, hlm 38-39

¹⁰⁰*Ibid*

dalam perjanjian tertutup. Yang mana dalam kasus ini terdapat 2 (dua) perjanjian, yaitu:

- a. Perjanjian Kredit Kepemilikan Rumah, antara Terlapor I dengan debitur KPR BRI.
- b. Perjanjian Kerjasama penutupan asuransi di antara Terlapor I dengan Terlapor II dan Terlapor III.

Selanjutnya Unsur Pemasok Jasa Lain, dibedakan menjadi 2 (dua), yaitu:

- a. Pihak Lain sebagai Penerima barang dan/atau jasa tertentu dalam perkara ini merupakan Perjanjian KPR antara Terlapor I dan debitur KPR BRI, Pihak Lain sebagai Penerima Barang dan/atau Jasa Tertentu adalah Debitur KPR BRI;
- b. Bahwa Pihak Lain sebagai Pemasok Barang dan/atau Jasa lain dalam Terlapor II dan Terlapor III.

Sehingga, unsur-unsur dari Pasal 15 ayat (2) tersebut, terbukti dengan adanya Perjanjian KPR BRI yang dibuat antara Terlapor I selaku pelaku usaha dengan debitur KPR BRI selaku pihak lain. Perjanjian KPR BRI tersebut terbukti memuat persyaratan bahwa debitur KPR BRI selaku pihak yang menerima jasa tertentu berupa KPR BRI yang diwajibkan membeli jasa lain yaitu dengan membayar premi untuk asuransi jiwa dari Konsorsium Terlapor II dan Terlapor III selaku pelaku usaha pemasok.

Oleh karena itu, 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.

Jadi berdasarkan Putusan KPPU Nomor 05/ KPPU-I/ 2014 tersebut, bahwa menurut UU Nomor 5 tahun 1999, adanya dugaan pelanggaran perjanjian *tying* dan adanya dugaan penguasaan pasar, merupakan dua kegiatan yang dilarang secara terpisah. Artinya, sebuah perjanjian *tying* tidak selalu diikuti dengan adanya upaya penguasaan pasar. Perjanjian *tying* dianggap terjadi apabila unsur 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 telah terpenuhi, tanpa harus mempertimbangkan ada tidaknya penguasaan pasar. Dengan kata lain dalam kasus KPPU tersebut, tidak mempertimbangkan mengenai posisi dominan, baik dari sisi Terlapor I, Terlapor II dan Terlapor III, namun lebih menitik beratkan kepada pembuktian adanya “paksaan” bagi pihak debitur KPR oleh Terlapor I hanya bisa mendapatkan asuransi jiwa (sebagai persyaratan pengajuan KPR) melalui Terlapor II dan Terlapor III.

3. Analisa Syarat Kedudukan Dominan dalam *Tying Agreement* di Indonesia

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, yang menyebutkan bahwa pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain yang memuat persyaratan bahwa pihak yang menerima barang dan atau jasa tertentu harus bersedia membeli barang dan atau jasa lain dari perilaku usaha pemasok. Ketika pelaku usaha barang pengikat mempunyai kekuatan pasar dan/atau kedudukan dominan, maka dengan adanya perjanjian *tying*, maka pelaku usaha pesaing, dari pada pelaku usaha barang terikat akan kesulitan untuk mengakses pasar.

Didalam kondisi yang demikian maka sesungguhnya perjanjian *tying* mengandung unsur penyalahgunaan posisi dominan dan melanggar ketentuan Pasal 25 mengenai kedudukan dominan,¹⁰¹ yang berbunyi:¹⁰²

Pelaku usaha dilarang menggunakan posisi dominan baik secara langsung maupun tidak langsung untuk:

- a. menetapkan syarat-syarat perdagangan dengan tujuan untuk mencegah dan atau menghambat 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

¹⁰¹Rachmadi Usman, **Hukum Persaingan Usaha**, Sinar Grafika, Jakarta, 2003, hlm 335.

¹⁰²Lihat Pasal 25 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat

(2) Pelaku usaha memiliki posisi dominan sebagaimana dimaksud ayat (1) apabila:

- a. satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha menguasai 50% (lima puluh persen) atau lebih pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu; atau
- b. dua atau tiga pelaku usaha atau kelompok pelaku usaha menguasai 75% (tujuh puluh lima persen) atau lebih pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu.

Dengan demikian, dalam perjanjian *tying*, pelaku usaha barang pengikat tidak mempunyai pesaing yang cukup signifikan, dalam kata lain ia mempunyai kedudukan yang lebih dominan. Kedudukan yang dominan inilah yang dimanfaatkan untuk membawa perusahaan barang terikat sehingga bisa menikmati posisi dominan yang sama. Dengan kata lain perjanjian *tying* tidak akan mempunyai akibat negatif terhadap persaingan apabila perusahaan barang pengikat tidak mempunyai posisi dominan terlebih dahulu.

Perjanjian *tying* tidak dapat dipisahkan dari struktur pasar, yaitu untuk meningkatkan penguasaan pasar (*market power*). Pengertian dari kekuatan pasar ialah kemampuan pelaku usaha untuk menetapkan harga melebihi biaya marjinal dari kegiatan pengeluaran yang dilakukan sehingga keuntungan yang dinikmati adalah keuntungan di atas tingkat harga persaingan atau keuntungan normal.¹⁰³ Maka melalui perjanjian *tying* inilah akan terjadi akibat negatifnya berupa akses pelaku usaha lain untuk melakukan hal yang sama menjadi terbatas sehingga akan mengurangi persaingan usaha langsung. Disamping itu, perjanjian *tying* juga akan menghambat pelaku usaha baru untuk memasuki pasar. Jika dilihat dari sudut pandang pelaku usaha, yang tidak terlibat dalam perjanjian *tying*, maka strategi perjanjian tertutup akan mengakibatkan mereka menghadapi

¹⁰³Peraturan KPPU Pelaksanaan Pasal 15 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, hlm 18

pembatasan akses distribusi sehingga kemampuan untuk ikut bersaing menjadi turun. Oleh karena itu, strategi ini dapat digunakan untuk mengurangi persaingan sehingga pelaku usaha dapat menetapkan harga lebih tinggi untuk mendapat keuntungan melebihi keuntungan yang wajar atau melebihi keuntungan posisi persaingan penuh. Selain itu, di sisi lain, untuk menjaga sistem distribusi, dengan dibuatnya perjanjian *tying* secara positif mereka mengurangkan persaingan antar pengedar (intrabrand competition) dengan melakukan perjanjian tertutup. Oleh itu dengan adanya perjanjian *tying* diantara mereka untuk menambah kekuatan pasar antar barang cukup ketat.¹⁰⁴

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*. Sebab, memang seharusnya larangan mengenai perjanjian *tying* semestinya digolongkan sebagai penyalahgunaan posisi dominan karena syarat kedudukan dominan urgen dalam perjanjian tersebut, dikarenakan perjanjian ini hanya akan berhasil apabila pelaku usaha tersebut berada dalam posisi dominan.

¹⁰⁴ *Ibid*, hlm 18

B. Urgensi Kedudukan Dominan Pengaturan *Tying Agreement* dalam *Article 102 Treaty on the Functioning of the European Union*

1. Analisa *Tying Agreement* menurut *Article 102*

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:¹⁰⁵ “*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. Karna kita ketahui posisi dominan berdasarkan pengaturan Uni Eropa memiliki pembentukan kekuatan pasar, yang terdiri dari: *market power, market share, market concentration and dependency*.

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

¹⁰⁵Jones Alison and Sufrin Brenda, *EU Competition Law*, Oxford University Press, London, 2010, hlm 459

pembeli untuk membeli semua atau sebagian dari permintaan untuk sebuah 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, dimana mereka dapat menyingkirkan kompetitor, dan memungkinkan pemproduksi untuk memaksakan ikatan untuk melebarkan kekuatan monopoli 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 tercapaian produsen dapat membedakan pelanggannya.¹⁰⁶

Dalam article 101 TFEU ini melarang perjanjian anti persaingan yang memiliki akibat negatif terhadap kebebasan perdagangan di antara negara-negara anggota Uni Eropa. Perjanjian ini memiliki tujuan untuk melindungi pasar Eropa dan mempromosikan persaingan di Uni Eropa, yang mana dalam perjanjian ini mempunyai objek yang menghambat atau menghalangi persaingan di antara

¹⁰⁶Whish Richard, *Competition Law*, Red Elsevier, UK, 2003

negara-negara anggota yang dilakukan oleh pengusaha atau perusahaan, melalui keputusan asosiasi, yang mana itu adalah sebuah kesalahan menurut article 101.

Yang dimaksudkan dalam artikel 101, yaitu larangan yang bertentangan dengan pasar internal dengan semua kesepakatan antara usaha, keputusan oleh asosiasi usaha dan praktek bersama yang dapat mempengaruhi perdagangan antara negara-negara anggota. Dimana setiap perjanjian atau keputusan yang dilarang menurut pasal ini secara otomatis batal. Dan ada beberapa ketentuan, yang mana dinyatakan tidak berlaku dalam hal perjanjian atau kategori perjanjian antara usaha, setiap keputusan atau kategori keputusan oleh asosiasi usaha, praktek bersama atau kategori praktik bersama.

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.

2. Analisa Putusan Microsoft

Dalam putusan, Komisi menemukan bahwa Microsoft melanggar Pasal 82 EC yaitu menyalahgunakan posisi dominan. Dalam hal ini Komisi pertama-pertama mengidentifikasi tiga pasar produk di seluruh dunia yang terpisah dan menganggap bahwa Microsoft memiliki posisi dominan. Kemudian menemukan

bahwa Microsoft telah terlibat dalam dua jenis perilaku “kasar”. Akibatnya memaksakan denda dan sejumlah pemulihan di Microsoft.¹⁰⁷

a. Pasar produk yang relevan dan pasar geografis

Putusan mengidentifikasi tiga pasar produk yang terpisah, yaitu pasar untuk masing-masing, sistem Operasi Clien PC, sistem Operasi Server bekerja kelompok dan Media Streaming Player. Pasar pertama kali didefinisikan dalam keputusan yang diperdebatkan adalah pasar untuk sistem Operasi Clien PC. Sistem operasi didefinisikan sebagai “perangkat lunak sistem” yang mengontrol fungsi dasar komputer dan memungkinkan pengguna untuk memanfaatkan perangkat lunak komputer dan menjalankan aplikasi di atasnya. PC Client didefinisikan sebagai tujuan umum komputer yang dirancang untuk digunakan oleh satu orang pada satu waktu dan mampu terhubung ke jaringan.¹⁰⁸

Mengenai pasar kedua, keputusan diperdebatkan mendefinisikan kelompok kerja sistem operasi server sebagai sistem operasi yang dirancang dan dipasarkan untuk memberikan kolektif “pelayanan infrastruktur dasar” ke nomor yang relatif kecil dari PC client yang terhubung ke jaringan kecil atau menengah. Mengidentifikasi Keputusan diperdebatkan, lebih khusus lagi, tiga jenis layanan tersebut, yaitu:¹⁰⁹

- a. Berbagi file yang tersimpan di server
- b. Berbagi printer

¹⁰⁷<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=62940&doclang=EN>, diakses tanggal 24 Februari 2016

¹⁰⁸ *Ibid*

¹⁰⁹ *Ibid*

- c. Administrasi kelompok dan pengguna yang mengatakan, administrasi sarana dimana yang bersangkutan dapat mengakses layanan jaringan.

Jenis terakhir layanan ini adalah bahwa untuk memastikan bahwa pengguna memiliki akses dan memanfaatkan sumber daya jaringan dengan cara yang aman, dengan cara otentikasi pengguna dan dengan memeriksa bahwa mereka berwenang untuk melakukan tindakan tertentu.

Pasar ketiga diidentifikasi dalam keputusan diperdebatkan adalah pasar pemutar media streaming. Pemutar media didefinisikan sebagai produk perangkat lunak yang mampu audio membaca dan konten video dalam bentuk digital, yang mengatakan decoding data yang sesuai dan menerjemahkannya ke dalam instruksi untuk perangkat keras (misalnya, pengeras suara atau display a). Streaming media player yang mampu membaca konten audio dan video “streaming” di Internet. Mengenai pasar geografis yang relevan, Komisi menemukan dalam keputusan diperdebatkan.¹¹⁰

b. Posisi Dominan

Dalam keputusan diperdebatkan, Komisi berkesimpulan bahwa Microsoft telah memiliki posisi dominan pada klien PC pasar sistem operasi setidaknya sejak tahun 1996 dan juga pada kelompok kerja pasar sistem operasi server sejak tahun 2002. Mengenai klien PC pasar sistem operasi,

¹¹⁰ *Ibid*

Komisi pada dasarnya bergantung pada faktor-faktor berikut untuk sampai pada kesimpulan, bahwa:¹¹¹

1. Pangsa pasar Microsoft lebih dari 90% ;
2. Kekuatan pasar Microsoft telah “menikmati stabilitas abadi dan kontinuitas”
3. Ada hambatan yang signifikan untuk masuk pasar, karena efek jaringan tidak langsung. Efek jaringan berasal, dari:
 - a. Dari fakta bahwa pengguna seperti platform di mana mereka dapat menggunakan sejumlah besar aplikasi; dan
 - b. Dari fakta bahwa desainer perangkat lunak menulis aplikasi untuk sistem operasi Clien PC yang paling populer di kalangan pengguna.

Komisi menyatakan untuk keputusan diperdebatkan bahwa posisi yang dominan hadiah “fitur yang luar biasa” bahwa Windows tidak hanya produk yang dominan di pasar untuk sistem operasi klien PC tetapi, di samping itu, adalah “de facto standar” untuk sistem tersebut. Mengenai kelompok kerja pasar server sistem operasi, Komisi bergantung, secara substansi, pada faktor-faktor berikut:¹¹²

- a. Pangsa pasar Microsoft, pada perkiraan konservatif, setidaknya 60% ;
- b. Posisi tiga pesaing utama Microsoft di pasar yang adalah sebagai berikut:

Novell, dengan software NetWare, memiliki 10 sampai 25%; vendor produk Linux memiliki pangsa pasar 5 sampai 15%; dan vendor produk UNIX memiliki pangsa pasar 5 sampai 15% ;

¹¹¹ *Ibid*

¹¹² *Ibid*

- c. Server kelompok kerja pasar sistem operasi ditandai dengan adanya hambatan masuk yang signifikan, karena khususnya untuk efek jaringan dan penolakan Microsoft untuk mengungkapkan informasi interoperabilitas;
- d. Ada hubungan komersial dan teknologi yang erat antara pasar terakhir dan klien PC pasar sistem operasi.

c. Penyalahgunaan posisi dominan

Perilaku “kejam” pertama di mana Microsoft ditemukan telah terlibat, terdiri penolakannya untuk memasok pesaingnya dengan informasi interoperabilitas¹¹³ dan untuk mengizinkan penggunaan informasi yang dimaksudkan untuk mengembangkan dan mendistribusikan produk-produk yang bersaing dengan produk-produk Microsoft sendiri pada pekerjaan kelompok server pasar sistem operasi.¹¹⁴

Perilaku “kejam” kedua, di mana Microsoft ditemukan telah terlibat terdiri dalam kenyataan bahwa dari Mei 1999 sampai tanggal pemberitahuan keputusan diperdebatkan Microsoft membuat ketersediaan sistem operasi Windows PC client tergantung pada perolehan simultan dari Windows Media perangkat lunak pemutar. Dalam keputusan diperdebatkan, Komisi menganggap bahwa perilaku

¹¹³ Informasi interoperabilitas adalah spesifikasi lengkap dan akurat untuk semua protokol (dilaksanakan) dalam kelompok kerja sistem operasi server Windows dan digunakan oleh server kelompok kerja Windows untuk memberikan layanan file dan print dan kelompok dan pengguna jasa administrasi, termasuk layanan domain controller Windows, layanan Active Directory dan "Kebijakan kelompok" pelayanan kepada jaringan kelompok kerja Windows.

¹¹⁴ *Ibid*

yang memenuhi kondisi untuk sebuah temuan dari penyalahgunaan *tying* untuk tujuan Pasal 82 EC, yaitu:¹¹⁵

- a. Menegaskan bahwa Microsoft memiliki posisi dominan di pasar sistem operasi PC client.
- b. Menganggap bahwa media streaming player dan sistem operasi klien PC merupakan produk yang terpisah.
- c. Menegaskan bahwa Microsoft tidak memberikan konsumen kesempatan untuk membeli Windows tanpa Windows Media Player.
- d. Berpendapat bahwa ikatan tersebut membatasi persaingan di pasar media player.
- e. Komisi menolak argumen Microsoft yang menyatakan bahwa:
 1. Mengikat tersebut menghasilkan keuntungan efisiensi mampu mengimbangi efek anti persaingan diidentifikasi dalam keputusan diperdebatkan; dan
 2. Microsoft tidak berminat anti-kompetitif mengikat.

Pengadilan melihat argumen microsoft tidak dapat diterima, pantas untuk mengingat kembali cara struktur komisi memperagumenkan keputusan bundling microsoft. Dalam Putusan Komisi berkata kalau *tying* itu dilarang tertuang dalam artikel 102 TFEU. Komisi meneliti tingkah laku microsoft terhadap 4 faktor tersebut, yaitu:¹¹⁶

¹¹⁵*Ibid*

¹¹⁶Jones Alison and Sufrin Brenda, *EU Competition Law*, Oxford University Press, London, 2010, hlm 469

- a. Komisi mengamati bahwa microsoft memiliki posisi dominan di dalam pasar PC operasi system. Microsoft tidak mengelak kalau dia memiliki posisi dominan.
- b. Komisi berkata kalau media player sama clienct PC, dua produk yang berbeda.
- c. Komisi mengatakan bahwa Microsoft tidak memberikan pilihan kepada konsumen untuk mendapatkan windows tanpa windows media plyayer.
- d. Komisi mengklaim, tying windows media plyaer yang dilakukan microsoft, menutupi persaingan pasar media player.

Diteliti pada dasarnya, bahwa kasus-kasus *tying* mempertimbangkan efek tertutupnya persaingan antar pelaku usaha pembuat. Menutup persaingan antar pelaku usaha dari pelaku usaha yang memilki produk terpisah dengan produk dominan yang dimiliki microsoft. Tetapi, dalam kasus ini ada beberapa alasan untuk tidak mengasumsikan analisis yang lebih jauh, bahwa *tying windows media player* merupakan perilaku yang cenderung menutup persaingan. Lebih jauh, hal ini memiliki effect domino di dalam persaingan dan produk-produk terkait seperti media encoding dan software management dan juga os PC clienct dimana media-media player yang cocok dengan kontek berkualitas merupakan aplikasi yg penting. Komisi meneliti dasar dimana Microsoft mengandalkan usahanya untuk mendemostrasikan bahwa perilaku yang cenderung “kejam” yang dilakukan Microsoft merupakan hal yang secara obyektif dapat dibenarkan.¹¹⁷

¹¹⁷*Ibid*, hlm 468

Pengadilan mempertimbangkan bahwa analisa dari komisi terhadap elemen” dari bundling, itu benar dan konsisten terhadap Artikel 102 TFEU dan dalam kasus hukum. Komisi berperilaku benar bergantung pada faktor-factoryang tertera dalam putusan, terhadap keputusan yang diperdebatkan, dan fakta bahwa *tying* tanpa dasar pembenaran yang obyektif untuk memutuskan apakah perlakuan Microsoft merupakan *tying* “kejam”. Perlu dingat bahwa, daftar dari praktek atau pelaksanaan yang abusive yang tertera pada paragraf kedua di Artikel 102 TFEU tidaklah mendalam, bahwa praktek-praktek yang dikatakan disini hanyalah sebagai contoh dari perilaku abusive dari posisi dominan.¹¹⁸

Pengadilan juga memegang bahwa unsur-unsur dari abusive *tying* yang diidentifikasi oleh Komisi yang tertera dalam putusan, terhadap keputusan yang di debatkan, tepat dan efektif dengan kondisi yang tertera pada Artikel 102 huruf (d) TFEU. Pengadilan menolak pernyataan Microsoft di kasus sekarang, Komisi memberikan kondisi yang berbeda dari dua perspektif, dari yang tertera pada Artikel 102 huruf d.¹¹⁹

Ketika komisi mengatakan bahwa penting untuk meneliti apakah usaha atau perbuatan dominan tidak memberikan pilihan kepada konsumen untuk mendapatkan *tying product* tanpa *tied product*, pada dasarnya memperlihatkan konsep asumsi bundling bahwa konsumen secara tidak sadar dipaksa untuk menerima “barang-barang wajib tambahan” seperti yang tertera dalam Artikel 102 huruf d. Selanjutnya, tidak bisa diklaim bahwa pengenalan Komisi terhadap keadaan yang berkaitan dengan tertutupnya persaingan dalam pasar, adalah

¹¹⁸ *Ibid*, hlm 468

¹¹⁹ *Ibid*, hlm 468

untuk membangun eksistensi dari abusive bundling, seperti yang tertera di Artikel 102 huruf (d).¹²⁰

Lebih jauh, pemohon tidak dapat mengklaim bahwa Komisi bergantung pada teori-teori spekulatif untuk mencapai kesimpulan. Bahwa efek tertutupnya persaingan ada pada kasus ini. Komisi mempertimbangkan, karena tidak dapat diasumsikan seperti kasus-kasus abusive lainnya, bahwa adanya *tying* terhadap produk-produk spesifik dan dengan produk dominan memiliki effect terjadinya ketiadaan persaingan yang terjadi secara alami. Komisi meneliti lebih jauh effect-effect nyata dimana effect-effect bundling yang ada di pasar media player streaming. Sebelumnya pengadilan mempertimbangkan pertanyaan-pertanyaan mengenai bundling harus dinilai dari referensi terhadap 4 (empat) kondisi yang tertera terhadap putusan yang didebatkan. Dan kondisi yang berkaitan dengan ketiadaan pembenaran yg obyektif. Selanjutnya, harus dipertimbangkan untuk dipertemukan, karena hal umum bahwa Microsoft memiliki posisi dominan dalam pasar, terhadap apa yang diduga sebagai tying product yakni os PC client, argumen-argumen yang diajukan Microsoft didalam pembelaan pertamanya, akan diteliti dalam hubungannya dengan 4 (empat) kondisi lain yang harus dipenuhi untuk memperkuat penemuan dari abusive tying. Dimana, Pengadilan akan melakukan beberapa hal berikut:¹²¹

- a. Pengadilan akan meneliti kondisi terkait dengan adanya dua produk terpisah didalam argumen yang Microsoft katakan, didalam permohonan kedua dan ketiganya.

¹²⁰ *Ibid*, hlm 468

¹²¹ *Ibid*, hlm 468

- b. Pengadilan akan meneliti kondisi untuk effect bahwa kesimpulan kontrak dibuat pokok untuk barang-barang wajib tambahan. Seperti yang microsf tatakan didalam permohonan ketiganya.
- c. Pengadilan akan menganalisa, kondisi terkait dengan adanya batasan persaingan pasar, seperti pendapat yang diutarakan microsoft dalam hubungan di permohonan yang pertama.
- d. Pengadilan akan meneliti, tentang membenaran obyektif yang pemohon percayai. Berdasarkan argumen yang ada dipermohon kedua.

Microsoft beargumen bahwa situasi tidak jatuh dalam artikel 102 (d) dan bahwa komisi telah menambahkan persyaratan penyitaan tidak secara tegas diatur dalam pasal 102 (d). Dapat dilihat di atas bahwa di microsoft pengadilan umum setuju dengan komisi yang mengikat dilarang menurut pasal 102 membutuhkan kehadiran unsur-unsur berikut:¹²²

- a. Yang mengikat dan barang diikat dua produk terpisah
- b. Penyelenggaraan bersangkutan dominan di pasar produk mengikat
- c. Penyelenggaraan bersangkutan tidak memberikan pelanggan pilihan untuk mendapatkan produk mengikat tanpa produk terikat; dan
- d. Mengikat forecloses persaingan

Oleh sebab itu, *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*

¹²²*Ibid*, hlm 469

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 suatu kesalahan 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.

3. Analisa Syarat Kedudukan Dominan dalam *Tying Agreement* di Uni Eropa

Di dalam pengaturan posisi dominan di Uni Eropa, diatur dalam aturan *Trade on the Functioning European Union* dalam *article 102*, yaitu sebagai berikut:

Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the internal market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the internal market in so far as it may affect trade between Member States.

Such abuse may, in particular, consist in:

- (a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions;*
- (b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers;*
- (c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage;*
- (d) 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.*

Penerapan Artikel 102 ini, Komisi dan Pengadilan telah sering sangat kontroversial, diantaranya sebagai berikut:¹²³

- a. Temuan dipertanyakan bahwa suatu usaha dominan untuk tujuan artikel.
- b. Penekanan pada bentuk perilaku usaha yang dominan, bukan pada dampaknya.

Artikel 102 ini melarang usaha yang melakukan penyalahgunaan posisi dominan diadakan dalam bagian penting dari pasar internal di mana pelecehan yang

¹²³*Ibid*, hlm 260

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:¹²⁴

- a. Satu atau lebih usaha;
- b. Posisi dominan;
- 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 suatu kesalahan penyalahgunaan posisi dominan. Karena, dalam pengaturan di Uni Eropa bahwa perjanjian *tying* termasuk ke dalam suatu kesalahan 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 dikategorikan melakukan suatu kesalahan penyalahgunaan posisi dominan.

¹²⁴*Ibid*, hlm 261

C. Perbandingan Kedudukan Dominan dalam Pengaturan *Tying Agreement* di Indonesia dan Uni Eropa

Hukum persaingan usaha Indonesia dengan hukum persaingan usaha di Uni Eropa, memiliki perbandingan dalam pengaturan pasalnya, yaitu dalam pengaturan *tying agreement* dan posisi dominan. Di dalam hukum persaingan Usaha di Indonesia, Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, pada *tying agreement* diatur pada pasal 15 ayat (2) yang mana dikatakan sebagai perjanjian tertutup sedangkan pengaturan posisi dominan diatur dalam pasal 25. Berbeda dengan pengaturan hukum persaingan usaha di Uni Eropa, dimana dalam pengaturannya, *tying agreement* adalah suatu kesalahan yang termuat dalam *article 102 Treaty On The Functioning Of The European Union*. Adapun ini tabel pembanding terkait peraturan dan contoh kasus antara Indonesia dan Uni Eropa:

Peraturan	Indonesia	Uni Eropa
	Unsur-unsur Pasal 15 ayat (2): a. Pelaku Usaha b. Perjanjian c. Pelaku Usaha Lain d. Pihak yang Menerima e. Barang f. Jasa g. Pihak Tertentu h. Barang dan Jasa Lain	Unsur-unsur <i>Article 102</i> huruf d: a. <i>making the conclusion of contracts</i> b. <i>the other parties</i> c. <i>supplementary obligations</i> d. <i>have no connection with the subject of such contracts.</i>
Pembuktian Dalam Kasus	Pada kasus BRI pembuktiannya menggunakan pendekatan <i>per se illegal</i> .	Pada kasus Microsoft pembuktiannya melihat "effect" yang ditimbulkan, bisa

		dikatakan menggunakan pendekatan <i>rule of reason</i>
--	--	--

1. Dari segi peraturan

Di Indonesia, pengaturan terkait *tying agreement* diatur dalam Pasal 15 ayat (2), yaitu termasuk kedalam perjanjian tertutup. Dimana unsur-unsur dalam pasal tersebut, yang telah dijabarkan pada tabel diatas tidak ada melihat adanya unsur kedudukan dominan dan *market power*. Dalam draf pedoman KPPU, pada pengertian perjanjian *tying*, kedua unsur tersebut adalah sesuatu yang penting, karena perjanjian tersebut dapat dikatakan sebagai perjanjian *tying*, jika perjanjian tersebut memiliki unsur *market power* dan kedudukan dominan, yang mana merugikan dan dapat menimbulkan persaingan usaha tidak sehat. Sedangkan, di Uni Eropa pengaturan terkait *tying* dikategorikan termasuk kesalahan dalam Article 102 huruf d yaitu penyalahgunaan posisi dominan, walaupun dalam Article 101 huruf e, memiliki artian yang sama dengan Article 102 huruf d, tetapi perjanjian *tying* itu sendiri lebih tepat masuk ke dalam Article 102, dikarenakan pengertian dari perjanjian *tying* tersebut. Jadi, dapat disimpulkan bahwa pengaturan di Indonesia dan Uni Eropa berbeda, karena dalam pengaturan di Indonesia perjanjian *tying* dan posisi dominan diatur didalam Pasal yang berbeda. Sedangkan, dalam pengaturan di Uni Eropa digolongkan menjadi satu kesatuan.

2. Dari segi pembuktian dalam kasus

Dalam tabel pembandingan diatas dapat dilihat dari segi pembuktian terhadap kasus, pada Putusan yang dikeluarkan oleh KPPU terkait *tying agreement*, dalam putusan tersebut KPPU hanya melihat satu unsur, yaitu BRI hanya melakukan perjanjian *tying*, tidak ada mempertimbangkan adanya unsur kedudukan dominan dan tidak melihat apakah perjanjian tersebut menimbulkan persaingan usaha tidak sehat. Karena, KPPU disini hanya melihat bahwa BRI telah melanggar pasal 15 ayat (2) yaitu Perjanjian Tertutup. Dalam Pasal tersebut, menggunakan pendekatan *per se illegal*, yang artinya bahwa perbuatan tersebut dianggap sebagai perbuatan anti persaingan dan perbuatan yang dilarang, yang mana dianggap secara substansial mengurangi atau menghambat persaingan. Sedangkan dalam Putusan Microsoft yang dikeluarkan oleh Komisi Eropa, dimana pada kasus tersebut Microsoft dikenakan Article 102, dikarenakan Microsoft telah melakukan perjanjian *tying*, sehingga Microsoft juga telah melakukan penyalahgunaan posisi dominan yang mana di dalam Article tersebut apabila melakukan perjanjian *tying*, maka dapat dikategorikan juga termasuk melakukan penyalahgunaan posisi dominan. Pada kasus tersebut, pembuktiannya dilihat dari adanya effect yang ditimbulkan dengan adanya perjanjian tersebut, dapat dikatakan menggunakan pendekatan *rule of reason*, yang artinya bahwa perbuatan tersebut dikatakan telah melakukan perbuatan anti persaingan dan perbuatan dilarang jika perbuatan tersebut menunjukkan adanya akibat yang bersifat anti persaingan atau adanya kerugian nyata yang ditimbulkan terhadap persaingan.

Sifat larangan dikenal ada 2 (dua) pendekatan, yaitu *per se illegal* dan *rule of reason*. Kedua sifat larangan tersebut memiliki maksud yang berbeda dari segi pembuktiannya. Di Indonesia terkait perjanjian *tying* menggunakan pendekatan *per se illegal* yang tertuang dalam Pasal 15 ayat (2). Sedangkan di Uni Eropa terkait perjanjian *tying*, dapat dikatakan menggunakan pendekatan *rule of reason* yang tertuang dalam *Article* 102 karena dilihat adanya “effect” yang ditimbulkan. Jadi, dapat disimpulkan dari sifat larangan keduanya dalam membuktikan itu menggunakan pendekatan yang berbeda. Dimana dalam Pasal 15, hanya melihat bahwa suatu perusahaan atau pelaku usaha melakukan perjanjian yang dilarang tersebut maka ia dapat digolongkan melanggar Pasal tersebut. Berbeda dengan ketentuan di Uni Eropa, dalam membuktikan suatu perusahaan atau pelaku usaha dapat dikatakan telah melakukan perjanjian yang dilarang tersebut, dengan melihat akibat yang ditimbulkan suatu perusahaan atau pelaku usaha tersebut, yaitu melihat adanya persaingan usaha tidak sehat, adanya perjanjian *tying* dan kedudukan dominan didalamnya. Jadi, dapat disimpulkan dari segi sifat larangannya, ketentuan pengaturan *tying* di Indonesia dan Uni Eropa tersebut berbeda cara penanganannya, sehingga di Indonesia mungkin bisa diterapkan pendekatan yang sama dengan Uni Eropa, agar apabila terdapat suatu kasus seperti ini, maka dapat dilihat dulu apakah perbuatan tersebut mengakibatkan timbulnya persaingan usaha tidak sehat, serta unsur-unsur lain yang bersangkutan.

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 dikategorikan termasuk dari bagian kesalahan 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 posisi dominan dalam perbuatan tersebut, yang seharusnya apabila adanya posisi dominan, maka disitu terdapat *market power* didalamnya. Oleh sebab itu perlu adanya pertimbangan terhadap pengaturan *tying* dapat digolongkan termasuk kesalahan penyalahgunaan posisi dominan.



BAB V

KESIMPULAN DAN SARAN

A. 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. Dampak negatif dengan adanya perjanjian tersebut salah satunya yaitu dapat merugikan pelaku usaha lain sedangkan salah satu bentuk dampak positifnya yaitu penjual berbagai produk secara bersamaan akan mengurangi biaya transaksi. Oleh karena itu, dalam penilaian sebuah perjanjian *tying* adanya kedudukan dominan tersebut menjadi sangat penting, dimana adanya kedudukan dominan maka terdapat *jugamarket 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

B. Saran

Perjanjian *tying* di hukum persaingan usaha Indonesia termasuk ke dalam perjanjian tertutup yang bersifat *per se illegal*. Dalam perjanjian *tying* tidak semuanya dilarang, yang mana perjanjian *tying* tersebut mempunyai dua sisi, yaitu memiliki dampak positif dan dampak negatif. Karena, secara teoritik

perjanjian *tying* baru akan efektif menguasai pasar apabila pelaku usaha barang mempunyai kedudukan dominan. Dengan kata lain perjanjian *tying* tidak akan mempunyai akibat negatif terhadap persaingan apabila perusahaan barang pengikat tidak mempunyai posisi dominan terlebih dahulu. Oleh sebab itu, dalam Undang-Undang Persaingan Usaha di Indonesia, mungkin harus mempertimbangkan terkait perjanjian *tying* termasuk ke dalam penyalahgunaan posisi dominan dan bersifat *rule of reason*.

UNIVERSITAS BRAWIJAYA



DAFTAR PUSTAKA

LITERATUR

- Abdul R. Saliman, *Hukum Bisnis Untuk Perusahaan Teori dan Contoh Kasus*, Kencana Prenada Media Group, Jakarta, 2010, hlm 219
- Ahmad Yani, Gunawan Widjaja, *Anti Monopoli*, PT RajaGrafindo Persada, 2002
- Arie Siswanto, *Hukum Persaingan Usaha*, Ghalia Indonesia, Jakarta Selatan, 2002
- Andy Fahmy Lubis, et.al., *Hukum Persaingan Usaha antara Teks dan Konteks*, 2009
- Cholid Narbuko, Abu Achmadi, *Metodologi Penelitian*, Bumi Pustaka, Jakarta, 1997
- Devi Meyliana, *Hukum Persaingan Usaha*, Setara Press, Malang, 2013
- Dyah Ochtorina Susanti, *Penelitian Hukum (Legal Research)*, Sinar Grafika, Jakarta, 2014
- Fordham Corporate Law Institute, *International Antitrust Law & Policy*, Juris, United States of America, 2003
- Happy Susanto, *Hak-Hak Konsumen Jika Dirugikan*, Transmedia Pustaka, Jakarta, 2008
- Johnny Ibrahim, *Hukum Persaingan Usaha Filosofi, Teori, Dan Implikasi Penerapannya Di Indonesia*, Bayumedia, Malang, 2009
- Johnny Ibrahim, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Bayumedia, Malang, 2007
- Johan, Bahder Nasution, *Metode Penelitian Ilmu Hukum*, Mandar Maju, Bandung, 2008

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

Jones Alison and Surfin Brenda, *Eu Competition Law-Text, Cases, and Material*, Oxford University Press, New York, 2011

Ningrum Natasya Sirait, dkk, *Ikhtisar Ketentuan Persaingan Usaha, The Indonesia Netherlands National Legal Reform Program (NLRP)*, Jakarta, 2010

Margono Suyud, *Penyelesaian Sengketa Bisnis*, Ghalia Indonesia, Jakarta 2010

Mustafa Kamal Rokan, *Hukum Persaingan Usaha*, Teori dan Praktiknya di Indonesia, PT RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2010

Munir Fuady, *Hukum Anti Monopoli-Menyongsong Era Persaingan Usaha*, PT Citra Aditya Bakti, Bandung, 1999

Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, Kencana, Jakarta, 2011

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

Rachmadi Usman, *Hukum Persaingan Usaha Di Indonesia*, PT Gramadia Pustaka Utama, Jakarta, 2004

Rachmadi Usman, *Hukum Acara Persaingan Usaha Di Indonesia*, Sinar Grafika, Jakarta, 2013

Riduwan, *Metode dan Teknis Menyusun Tesis*, Alfabeta, Bandung, 2009

Sri Redjeki, *Hukum Ekonomi Indonesia*, Bayumedia, Malang, 2007

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

Sullivan and Hovenkamp's, *Casenote Legal Briefs-Antitrust*, Aspen, New York, 2004

Shippey Karla, et.al, *USA Business-The Portable Encyclopedia For Doing Business with the United States*, World Trade Press, California USA

Soerjono Soekanto, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, RajaGrafindo Persada, Jakarta, 2011

Tri Anggraini, *Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat Per Se Illegal atau Rule Of Reason*, Universitas Indonesia Fakultas Hukum Pascasarjana, 2003

Vegitya Ramadhani Putri, *Hukum Bisnis*, Setara Press, Malang, 2013

Wirjono Prodjodikoro, *Azas-Azas Hukum Perjanjian*, PT Eresto, Bandung, 1989

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

PERUNDANG-UNDANGAN

Draft Pedoman Pelaksanaan Pasal 15 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat

Kitab Undang-Undang Hukum Perdata

Putusan KPPU Nomor 05/ KPPU-I/ 2014

Treaty on the Functioning of the European Union

Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.

Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat

Undang-Undang Republik Indonesia Nomor 12 Tahun 2011 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan

JURNAL HUKUM

Nelly Ulfah Anisa Riza, Penyalahgunaan Posisi Dominan Menurut Undang-Undang No.5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli Dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, Arena Hukum, Volume 2, Fakultas Hukum Universitas Gadjah Mada, Jogja, 2011, diakses tanggal 25 Januari 2016

INTERNET

https://en.wikipedia.org/wiki/United_States_v._Microsoft_Corp., diakses tanggal 30 Oktober 2015

<http://elkanagoro.blogspot.co.id/2014/10/kekuatan-pasar-market-power.html>, diakses tanggal 25 Januari 2016

