

**PERBANDINGAN HUKUM TERHADAP *TYING AGREEMENT* DALAM
PASAL 15 AYAT (2) UNDANG-UNDANG NOMOR 5 TAHUN 1999
DENGAN ARTICLE 102 HURUF (D) *THE TREATY ON THE
FUNCTIONING OF THE EUROPEAN UNION***

TESIS

Untuk memenuhi sebagian persyaratan
memperoleh gelar Magister Ilmu Hukum (M.H)



Oleh:

HARDANI

146010100111009

**KEMENTERIAN RISET, TEKNOLOGI DAN PENDIDIKAN TINGGI
PROGRAM STUDI MAGISTER ILMU HUKUM
FAKULTAS HUKUM
UNIVERSITAS BRAWIJAYA
MALANG
2019**

TESIS

Judul :

**PERBANDINGAN HUKUM TERHADAP *TYING AGREEMENT* DALAM PASAL 15
AYAT (2) UNDANG-UNDANG NOMOR 5 TAHUN 1999 DENGAN ARTICLE 102
HURUF (D) *THE TREATY ON THE FUNCTIONING OF EUROPEAN UNION***

Oleh :
Hardani, S.H.

NIM. 146010100111009

telah dipertahankan di depan majelis penguji
pada tanggal 2 Agustus 2019
dan dinyatakan memenuhi syarat

Pembimbing I

Pembimbing II

Hanif N. Widhiyanti, S.H., M.Hum., PhD.
NIP.197808112002122001

Dr. Sukarmi, S.H., M.Hum.
NIP. 196705031991032002

Mengetahui :

Malang,

Universitas Brawijaya
Pascasarjana Ilmu Hukum
Dekan

Ketua Program Studi
Magister Ilmu Hukum

Dr. Muchammad Ali Safa'at, S.H., M.H
NIP. 197608151999031003

Dhiana Puspitawati, S.H., LL.M., P.hD.
NIP. 197406032010122001

PERNYATAAN ORISINALITAS TESIS

Saya menyatakan dengan sebenar-benarnya bahwa sepanjang pengetahuan saya, di dalam Naskah TESIS ini tidak terdapat karya ilmiah yang pernah diajukan oleh orang lain untuk memperoleh gelar akademik di suatu Perguruan Tinggi, dan tidak terdapat karya atau pendapat yang pernah ditulis atau diterbitkan oleh orang lain, kecuali yang secara tertulis dikutip dalam naskah ini dan disebutkan dalam sumber kutipan dan daftar pustaka.

Apabila ternyata di dalam naskah TESIS ini dapat dibuktikan terdapat unsur-unsur PLAGIASI, saya bersedia TESIS ini digugurkan dan gelar akademik yang telah saya peroleh (MAGISTER) dibatalkan, serta diproses sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku. (UU NO. 20 Tahun 2003, Pasal 25 ayat 2 dan pasal 70)

Malang, 2 Agustus 2019
Mahasiswa



Nama : Hardani, S.H.
Nim : 146010100111009
PS : Magister Ilmu Hukum
FH UB

RINGKASAN

PERBANDINGAN HUKUM TERHADAP *TYING AGREEMENT* DALAM PASAL 15 AYAT (2) UNDANG-UNDANG NOMOR 5 TAHUN 1999 DENGAN ARTICLE 102 HURUF (D) *THE TREATY ON THE FUNCTIONING OF THE EUROPEAN UNION*

Oleh:

HARDANI

Abstrak

Penelitian ini membahas tentang Perbandingan Hukum Terhadap *Tying Agreement* Dalam Pasal 15 Ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Dengan Article 102 Huruf (d) *The Treaty on the Functioning of the European Union*. Permasalahan dalam penelitian ini adalah pengaturan *tying agreement* dalam ketentuan Pasal 15 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 termasuk ke dalam perjanjian tertutup sehingga dalam pembuktiannya tidak mempertimbangkan ada tidaknya pelaku usaha yang memiliki posisi dominan (ditinjau dengan pendekatan *Per se Illegal*), berbeda halnya dengan yang diatur di dalam Article 102 Huruf (d) *The Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)* yaitu suatu perbuatan *tying agreement* termasuk ke dalam perjanjian yang melanggar posisi dominan sehingga dalam pembuktiannya melihat adanya “*effect*” yang ditimbulkan dari perjanjian *tying* tersebut (ditinjau dengan pendekatan *Rule Of Reason*). Penelitian ini menggunakan jenis penelitian yuridis normatif dengan menggunakan metode pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), pendekatan perbandingan (*comparative approach*), dan pendekatan kasus (*case approach*). Dari hasil analisis yang dilakukan maka dapat diketahui bahwa untuk menilai suatu perbuatan *tying agreement* signifikan dapat mengganggu pasar maka pelaku usaha harus memiliki posisi dominan dan menyalahgunakannya karena *tying agreement* pada Pasal 15 Ayat (2) UU No. 5/1999 memiliki keterkaitan dengan Pasal 25 Ayat (1) a dan 25 Ayat (1) c UU No. 5/1999. Dengan demikian suatu perbuatan *tying agreement* secara signifikan mengganggu pasar jika pelaku usaha memiliki posisi dominan sebagaimana yang dimaksud pada Pasal 25 Ayat (2) UU No. 5/1999.

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

SUMMARY

COMPARISON OF LAW TO TYING AGREEMENT IN ARTICLE 15 PARAGRAPH (2) LAW NUMBER 5 OF 1999 WITH ARTICLE 102 LETTERS (D) THE TREATY ON THE FUNCTIONING OF THE EUROPEAN UNION

By:

HARDANI

Abstract

This study discusses the Legal Comparison of Tying Agreement in Article 15 Paragraph (2) of Law Number 5 of 1999 With Article 102 Letter (d) The Treaty on the Functioning of the European Union. The problem in this study is the regulation of tying agreement in the provisions of Article 15 Paragraph (2) of Law Number 5 of 1999 included in a exclusive dealing so that in the proof of not taking into account the presence or absence of business actors who have a dominant position (reviewed using the Per se Illegal approach), It is different from what is regulated in Article 102 letter (d) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), which is an act of tying agreement including an agreement that violates the dominant position so that in its proof of seeing there is an "effect" arising from the tying agreement (reviewed with the Rule Of Reason approach). This research uses normative juridical research using the approach of legislation (statute approach), the comparative approach, and the approach of the case. From the results of the analysis conducted, it can be seen that in order to assess a tying agreement that can significantly disrupt the market, the business actor must have a dominant position and abuse it because of the tying agreement in Article 15 Paragraph (2) of Law Number 5 of 1999. Therefore, a tying agreement will significantly disrupt the market if the business actor has a dominant position as referred to in Article 25 Paragraph (2) of Law Number 5 of 1999.

Keywords: Tying Agreement, Competition Law, Dominant Position

KATA PENGANTAR

Assalamualaikum Warahmatullahi Wabarakatuh

Segala puji syukur penulis panjatkan kehadirat Allah Subhanahu Wa Ta'ala yang telah memberikan rahmat hidayah serta karunia yang tiada hentinya sehingga penulis akhirnya sampai pada tahap ini, dan tak lupa shalawat serta salam kepada Nabiullah Muhammad Shallallahu' Alaihi Wa Sallam yang menjadi panutan dalam berkehidupan. Tesis ini dibuat untuk memenuhi sebagian syarat di dalam memperoleh gelar Magister Ilmu Hukum di Program Studi Pascasarjana Universitas Brawijaya dengan judul **“Perbandingan Hukum Terhadap *Tying Agreement* Dalam Pasal 15 Ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Dengan Article 102 Huruf (d) *The Treaty On the Functioning of the European Union*”**

Keberhasilan ini bukanlah keberhasilan penulis semata, melainkan juga berkat bimbingan, dukungan, doa, serta masukan yang bermanfaat dari berbagai pihak, yang dengan tulus dan sabar mendengarkan berbagai keluhan dan hambatan yang dialami penulis di dalam penyelesaian Tesis ini. Sehingga kiranya pada kesempatan ini dengan penuh rasa hormat dan kerendahan hati penulis mengucapkan banyak terimakasih yang sedalam-dalamnya kepada:

1. Kedua Orang Tua Penulis Bapak H. Hasan Ali, S.Ip dan Ibu Hj. Siti Rosna, S.Pd yang penulis sangat sayangi, yang dengan penuh kasih sayang serta ketulusan hatinya untuk membesarkan, mendidik,

membimbing dan tidak hentinya memberikan doa serta motivasi kepada penulis sampai pada akhir penyelesaian Tesis ini.

2. Saudara penulis Kakak Harsul Marit S.Hut, Harmilan, SKM. M.Kes dan Adik Harjianto S.E, yang selalu memberikan semangat dalam penulisan ini.
3. Keponakan yang selalu dirindukan Cika Aprilia, Al Dzafran G dan Nur Zakiah G.
4. Bapak Prof. Dr. Ir. Nuhfil Hanani AR. MS., selaku Rektor Universitas Brawijaya Malang periode 2018-2022.
5. Bapak Dr. Muchamad Ali Sa'faat S.H., M.H., selaku Dekan Fakultas Hukum Universitas Brawijaya Malang.
6. Ibu Dhiana Puspitawati, S.H., LL.M., Ph.D., selaku Ketua Program Studi Pascasarjana Magister Ilmu Hukum Universitas Brawijaya Malang.
7. Ibu Hanif Nur Widhiyanti, S.H., M.Hum., Ph.D., selaku Dosen Pembimbing Utama atas segala keikhlasan, kesabaran, masukan, kritikan serta saran kepada penulis demi suksesnya penulisan Tesis ini.
8. Ibu Dr. Sukarmi, S.H., M.H., selaku Dosen Pembimbing Kedua atas segala keikhlasan, kesabaran, masukan, kritikan serta saran kepada penulis demi suksesnya penulisan Tesis ini.
9. Bapak Dr. Sihabudin, S.H., M.H., selaku Dewan Penguji atas segala masukan, kritikan serta saran kepada penulis demi suksesnya penulisan ini.

10. Bapak Dr. Bambang Winarno, S.H., S.U., selaku Dewan Penguji atas segala masukan, kritikan serta saran kepada penulis demi suksesnya penulisan ini.
11. Seluruh Dosen Civitas Akademika Pascasarjana Magister Ilmu Hukum Fakultas Hukum Universitas Brawijaya Malang.
12. Perhimpunan Advokat Indonesia (PERADI)
13. DPC PERADI RBA Malang yang selama ini telah menjalin silaturahmi dengan baik dengan penulis.
14. Kantor Advokat dan Konsultan Hukum Adhy Dharmawasn S.H., M.H & Partners yang sudah berbagi dan menjalani kehidupan bersama penulis selama di Malang.
15. Kantor Advokat dan Konsultan Hukum SUPREME LAW FIRM yang selama ini telah banyak memberikan pengalaman serta ilmu dalam dunia praktisi hukum.
16. Seluruh keluarga besar IPPMA Sulawesi Tenggara yang telah menjadi keluarga selama penulis di Malang.
17. Seluruh teman-teman ENCOMPASS Indonesia yang telah menjadi teman berbagi ilmu selama di Malang.
18. Sahabat Alumni Fakultas Hukum Universitas Muslim Indonesia Makassar angkatan 2009 yang selalu memotivasi dan memberikan masukan dalam penulisan tesis ini.

19. Sahabat Pascasarjana Magister Ilmu Hukum Universitas Brawijaya Malang angkatan 2014 yang selalu memberikan motivasi dan masukan dalam penulisan Tesis ini.
20. Pihak-pihak lain yang turut serta membantu dalam selesainya Tesis ini, yang tidak dapat penulis sebutkan satu persatu.

Penulis menyadari benar bahwa penelitian Tesis ini masih sangat jauh dari kata sempurna, sehingga masukan serta kritik yang membangun akan selalu penulis harapkan guna perbaikan Tesis ini dikemudian harinya.

Besar harapan penulis, semoga Tesis ini dapat bermanfaat bagi semua pihak yang memerlukannya. Semoga Allah S.W.T mengampuni kesalahan kita dan berkenan menunjukan jalan yang benar.

Akhir kata penulis memohon maaf yang sebesar-besarnya jika di dalam proses penulisan Tesis ini penulis melakukan kesalahan baik yang disengaja maupun tidak disengaja.

Wassalamu'alaikum Warahmatullahi Wabarakatuh

Malang, Agustus 2019

Penulis

DAFTAR ISI

Sampul.....	i
Halaman Pengesahan	ii
Halaman Pernyataan Orisinalitas Tesis.....	iii
Ringkasan.....	iv
<i>Summary</i>	v
Kata Pengantar	vi
Daftar Isi	x
BAB I PENDAHULUAN.....	1
A. Latar Belakang.....	1
B. Rumusan Masalah.....	14
C. Tujuan Penulisan.....	14
D. Manfaat Penulisan.....	14
E. Kerangka Teoritik	16
1. Teori Keadilan.....	16
2. Teori Kemanfaatan.....	23
F. Metode Penelitian	26
G. Desain Penelitian	30
H. Sistematika Penulisan	31
BAB II TINJAUAN PUSTAKA.....	33
A. Tinjauan Umum <i>Tying Agreement</i>	33
B. Tinjauan Umum Hukum Persaingan Usaha di Indonesia	36

1. Pengaturan <i>Tying Agreement</i> di Indonesia.....	36
2. Putusan KPPU Terhadap <i>Tying Agreement</i>	41
C. Tinjauan Umum Hukum Persaingan Usaha di Uni Eropa	44
1. Pengaturan <i>Tying Agreement</i> di Uni Eropa.....	53
2. Putusan Komisi Uni Eropa	56
D. Pendekatan <i>Per se Illegal</i> dan <i>Rule of Reason</i>	58
BAB III HASIL DAN PEMBAHASAN.....	62
A. Penyalahgunaan Posisi Dominan Dalam Pembuktian <i>Tying Agreement</i> (Perbandingan Pasal 15 (2) UU No 5/1999 dengan Article 102 Huruf (d) TFEU)	62
1. Filosofi Regulasi <i>Tying Agreement</i>	62
2. Penyalahgunaan Posisi Dominan Dalam Regulasi <i>Tying Agreement</i> di Indonesia	69
a. Analisa Pasal 15 (2) UU No. 5/1999	69
b. Analisa Putusan KPPU Terkait <i>Tying Agreement</i>	85
3. Penyalahgunaan Posisi Dominan Dalam Regulasi <i>Tying Agreement</i> di Uni Eropa	90
a. Analisa Article 102 Huruf (d) TFEU	90
b. Analisa Putusan Komisi Uni Eropa.....	93
4. Perbandingan Hukum Terhadap Penyalahgunaan Posisi Dominan Dalam Pembuktian <i>Tying Agreement</i> di Indonesia dan Uni Eropa	100
B. Konsep Pengaturan <i>Tying Agreement</i> Menurut UU No. 5/1999	102

1. Urgensi Syarat Penyalahgunaan Posisi Dominan Dalam Pembuktian <i>Tying Agreement</i>	102
2. <i>Tying Agreement</i> Sebagai Bagian Dari Regulasi Penyalahgunaan Posisi Dominan	104
BAB IV PENUTUP	108
A. Kesimpulan.....	108
B. Saran.....	109
DAFTAR PUSATAKA	110



BAB I

PENDAHULUAN

A. Latar Belakang

Munculnya Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat merupakan puncak dari berbagai upaya untuk mengatur masalah persaingan usaha antarpelaku usaha dan larangan melakukan praktik monopoli,¹ sehingga memberikan jaminan kepastian hukum yang sama kepada setiap pelaku usaha dalam berusaha dengan berupaya mencegah timbulnya praktik-praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat lainnya dengan harapan dapat menciptakan iklim usaha yang kondusif, dimana setiap pelaku usaha dapat bersaing secara wajar, fair dan sehat. Untuk itu dibutuhkan aturan hukum yang pasti dan jelas yang mengatur larangan praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.²

Tujuan dari Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat sebagaimana diatur pada Pasal 3 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 adalah untuk:

- (1) *Menjaga kepentingan umum dan meningkatkan efisiensi ekonomi nasional sebagai salah satu upaya untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat;*
- (2) *Mewujudkan iklim usaha yang kondusif melalui pengaturan persaingan usaha yang sama bagi pelaku usaha besar, pelaku usaha menengah dan pelaku usaha kecil;*

¹ Rachmadi Usman, *Hukum Persaingan Usaha Di Indonesia*, (Jakarta: Sinar Grafika, 2013), hlm.1.

² Nadir, *Hukum Persaingan Usaha Membidik Persaingan Usaha Tidak Sehat Dengan Hukum Anti Monopoli Dan Persaingan Tidak Sehat*, (Malang: Universitas Brawijaya Press, 2015), hlm. 74.

- (3) *Mencegah praktek monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat yang ditimbulkan oleh pelaku usaha, dan terciptanya efektivitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha.*³

Akan tetapi upaya dalam meningkatkan efisiensi ekonomi, menciptakan iklim usaha yang kondusif dan mencegah praktek monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat yang ditimbulkan oleh pelaku usaha tidak begitu mudah, dikarenakan banyaknya pelaku usaha baik secara pribadi maupun sekelompok pelaku usaha tidak mantaati aturan yang dibuat sehingga menimbulkan persaingan usaha tidak sehat yang dapat merugikan pelaku usaha lain (kompetitor) dan para konsumen. salah satu akibat tidak terciptanya iklim usaha yang kondusif dan terjadinya perilaku anti kompetitif adalah dengan cara *tying agreement*.

Dalam *Black's Law Dictionary*, *tying agreement* diartikan sebagai:⁴

“whereby a seller sells a product to a buyer only if the buyer purchases another product from the seller”

Tying agreement dalam *Black's Law Dictionary* lebih menekankan adanya suatu perjanjian yang dilakukan oleh penjual produk kepada pembeli produk dengan mewajibkan bahwa pembeli produk harus membeli produk lain dari si penjual (penjual barang). Sehingga dalam menganalisis *tying agreement* diberlakukan ketentuan sebagaimana yang dijelaskan di dalam kamus hukum *“black's law dictionary”* yaitu;

³ Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli Dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

⁴ Lihat *Black's Law Dictionary*

“The courts have developed an easily articulated text for so-called per se illegal tying arrangements, although the test varies from one circuit court to another in operation, the tests are similar, and the three-part test combines elements that are separated in the tests of other circuits. For purpose of analysis we use this five-part test: (1) There must be separate tying and tied product; (2) There must be evidence of actual coercion by the seller that in fact forced the buyer to accept the tied product; (3) The seller must possess sufficient economic power in the tying product market to coerce purchaser acceptance of the tied product; (4) There must be anticompetitive effects in the tied market; (5) There must be involvement of a not insubstantial amount of interstate commerce in the tied product market”

Tying agreement merupakan suatu perjanjian yang berdasarkan atas penjualan suatu produk dan/atau jasa dengan syarat bahwa pembeli harus juga membeli produk dan/atau jasa lain, yang sebenarnya bisa dibelinya dari penjual lain. 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 kewajiban untuk membeli produk ini diterapkan secara sepihak tanpa dapat dihindari oleh pembeli karena tidak ada pilihan penjual lainnya, penjual akan memiliki posisi tawar yang tinggi (*dominant bargaining power/position*) dan menjadikan perjanjian berat sebelah.⁵

Tying agreement menjadi hal yang serius apabila mempunyai *market power* terhadap barang utama (*tying product*). Melalui praktek *tying agreement*, pelaku usaha dapat melakukan perluasan kekuatan monopoli yang dimiliki pada *tying product* ke *tied product*. Dengan memiliki kekuatan monopoli untuk kedua produk sekaligus (*tying product* dan *tied product*) pelaku usaha dapat

⁵ Rachmadi Usman, *Op, Cit.*, hlm. 341.

menciptakan hambatan bagi calon pelaku usaha pesaing untuk masuk ke dalam pasar.

Hakikatnya *market power* yang dimiliki pelaku usaha ini dapat menyalahgunakan kemampuan pasarnya sehingga pembeli, penjual atau pemasok lain tidak mempunyai pilihan untuk memilih barang lainnya (*tied product*) dari sumber lain. Hal yang menjadi perhatian karena dalam hukum persaingan usaha diatur bagaimana interaksi yang wajar dan efisiensi dalam perekonomian.⁶

Kebijakan perdagangan dan kebijakan persaingan usaha pada intinya merupakan langkah dan *instrument* yang digunakan oleh pemerintah untuk menentukan *condition of competition* antara produsen dan konsumen barang dan jasa yang beroperasi di pasar masing-masing. Fungsi utamanya adalah untuk memerangi perilaku anti-kompetisi dalam rangka meningkatkan efisiensi ekonomi di mana konsumen menikmati biaya lebih murah, pilihan yang lebih banyak dan kualitas produksi yang lebih baik, sementara produsen menikmati biaya produksi yang lebih murah dengan iklim kompetisi yang lebih sehat.⁷

Pasal 15 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 mengatur larangan terhadap Perjanjian Tertutup (*exclusive dealing*), termasuk di dalamnya *exclusive distribution, tying agreement, dan vertical agreement on discount*, yang berbunyi sebagai berikut:⁸

- (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*

⁶ Nina Cornelia Santoso, Edmon Makarim dan Ditha Wiradiputra, *Tying Agreement dalam Hukum Persaingan Usaha (Analisis Putusan KPPU Nomor 07/KPPU-I/2013 Tentang Dugaan Pelanggaran Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 Terkait Penyediaan Jaringan Telekomunikasi dan Implementasi e-POS di Bandar Udara Soekarno-Hatta)*, Fakultas Hukum, Universitas Indonesia, 2014.

⁷ Dicky Ade Alfarisi, *Jurnal Persaingan Usaha Komisi Pengawas Persaingan Usaha Edisi 3*. (Jakarta: Komisi Pengawas Persaingan Usaha Republik Indonesia, 2010), hlm.29-30.

⁸ Lihat Pasal 15 Undang-undang No 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

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:
 - 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 ketentuan Pasal 15 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, *tying agreement* merujuk kepada perjanjian yang dibuat antara pelaku usaha dengan pelaku usaha lain yang memuat syarat bahwa pihak yang menerima barang atau jasa tertentu harus bersedia membeli barang atau jasa lain dari pelaku usaha pemasok.

Di dalam *tying agreement*, kewajiban untuk membeli barang ikatan (*tied product*) yang dilakukan oleh penjual produk ditetapkan secara sepihak tanpa dapat dihindari oleh pembeli produk karena tidak adanya pilihan. Sehingga produk utama yang dimiliki pelaku usaha tidak mempunyai pesaing yang cukup signifikan. Dengan demikian dapat dikatakan bahwa pelaku usaha tersebut memiliki posisi yang dominan.⁹

⁹ Pasal 1 (4) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat menjelaskan bahwa: “keadaan di mana pelaku usaha tidak mempunyai pesaing yang berarti di pasar bersangkutan dalam kaitan dngan pangsa pasar yang dikuasai, atau pelaku usaha mempunyai posisi tertinggi di antara pesaingnya di pasar bersangkutan dalam kaitan dengan kemampuan keuangan, kemampuan

Pasal 15 ayat (2) dijelaskan mengenai larangan bagi pelaku usaha untuk membuat *tying agreement*. Secara spesifik, pelaku usaha yang bertindak selaku pemasok (sektor hulu) tidak diperbolehkan untuk memberlakukan kewajiban bagi pelaku usaha lain (sebagai penerima pasokan dan/atau distributor untuk membeli produk dan /atau jasa lain yang berbeda karakternya dengan produk pokoknya. Perbedaan karakteristik antara produk utama dan produk lainnya sebagaimana dapat diukur berdasarkan 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.¹⁰

Tying agreement (perjanjian pembelian dengan mengaitkan produk lain dalam satu penjualan) yang diatur di dalam Pasal 15 ayat (2) Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 ini dapat menguntungkan karena penjualan berbagai produk secara bersamaan akan mengurangi biaya transaksi.

Bentuk *tying* ini juga merupakan salah satu bentuk pembatasan akses pasar dan yang diberlakukan oleh pelaku perjanjian ini terhadap pelaku usaha pesaingnya dan sangat berpengaruh ketika *tying agreement* ini dilakukan oleh pelaku usaha yang memiliki posisi dominan di pasar yang bersangkutan. Dengan demikian praktek perjanjian tertutup dalam bentuk ini dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat.

akses pada pasokan atau penjualan, serta kemampuan untuk menyesuaikan pasokan atau permintaan barang atau jasa tertentu”.

¹⁰ Lihat Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) No. 5 Tahun 2011.

Beberapa kasus yang pernah terjadi berkenaan dengan *tying agreement* antara lain :

1. Perkara No 02/KPPU-I/2013.¹¹ PT Pelindo II (Persero) selaku badan usaha pelabuhan yang mengelola/mengoperasikan terminal dan fasilitas pelabuhan pada 10 (sepuluh) provinsi dengan total sebanyak 12 (dua belas) pelabuhan dimana salah satu pelabuhan yang dikelola adalah pelabuhan Teluk Bayur di Padang-Sumatera Barat. Keberadaan Pelabuhan Teluk Bayur sebagai pelabuhan terbuka untuk perdagangan internasional telah meningkatkan kegiatan usaha yang terkait dengan jasa kepelabuhanan termasuk diantaranya kegiatan usaha bongkar muat barang.¹²

Awal mulanya kondisi kegiatan usaha bongkar muat barang di Pelabuhan Teluk Bayur dirasa pelaku usaha terkait cukup kondusif namun ketika PT PELINDO II (Persero) selaku badan usaha pelabuhan juga melakukan kegiatan usaha bongkar muat barang dengan membentuk unit/divisi khusus bongkar muat barang yaitu Perusahaan Bongkar Muat (PBM) dan Divisi Usaha Terminal (DUT) PT PELINDO II (Persero) Cabang Teluk Bayur maka dirasa mulai menimbulkan permasalahan, terlebih lagi selaku pengelola pelabuhan, PT PELINDO II (Persero) menetapkan persyaratan dalam perjanjian penyewaan lahan

¹¹ Putusan KPPU Nomor 02/KPPU-I/2013 tentang dugaan pelanggaran Pasal 15 ayat (2) dan Pasal 19 huruf a dan b Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 berkaitan dengan Jasa Bongkar Muat di Pelabuhan Teluk Bayur.

¹² Putusan KPPU Nomor 02/KPPU-I/2013, hlm. 3.

di Pelabuhan Teluk Bayur dengan mewajibkan penyewa lahan untuk menggunakan jasa bongkar muat yang dimiliki PT PELINDO II (Persero). Tindakan tersebut sangat memiliki potensi menimbulkan dampak persaingan usaha yang tidak sehat dalam pasar jasa bongkar muat barang di Pelabuhan Teluk Bayur - Provinsi Sumatera Barat.¹³

Alat bukti yang diajukan investigator, bahwa ada perjanjian sewa lahan milik PT Pelindo II (persero) juga terdapat klausul kewajiban pengguna/penyewa lahan yang harus memenuhi jumlah *throughput minimum* pertahun, jika tidak terpenuhi maka pihak pengguna/penyewa lahan akan dikenakan sanksi yang dihitung per/ton dari sisa jumlah *throughput minimum* yang tidak terpenuhi. Bahkan berdasarkan alat bukti juga terdapat perjanjian sewa lahan yang mengatur mengenai larangan untuk menangani bongkar muat pihak ketiga, apabila dikerjakan maka harus memperoleh izin dari PT Pelindo II (Persero).¹⁴

Berdasarkan fakta-fakta, analisa dan kesimpulan diatas maka KPPU memutuskan, bahwa terlapor terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 15 ayat (2) dan Pasal 19 huruf a dan b Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Di dalam amar putusannya KPPU menyatakan sabagai berikut :

- 1) Menyatakan bahwa Terlapor terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 15 ayat (2) Undang-Undang

¹³ Putusan KPPU Nomor 02/KPPU-I/2013, hlm. 3-4.

¹⁴ Putusan KPPU Nomor 02/KPPU-I/2013, hlm. 4.

- Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Pesaingan Usaha Tidak Sehat;
- 2) Menyatakan bahwa Terlapor terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 19 huruf a dan b Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Pesaingan Usaha Tidak Sehat;
 - 3) Memerintahkan kepada Terlapor untuk mencabut setiap klausul yang mengatur penyerahan kegiatan bongkar muat barang kepada Terlapor dalam perjanjian-perjanjian sewa lahan di Pelabuhan Teluk Bayur yang mengkaitkan antara penyewaan lahan dengan penggunaan jasa bongkar muat;
 - 4) Memerintahkan kepada Terlapor membayar denda sebesar Rp. 4.775.377.781,00 (empat miliar tujuh ratus tujuh puluh lima juta tiga ratus tujuh puluh tujuh ribu tujuh ratus delapan puluh satu rupiah) yang harus disetor ke Kas Negara sebagai seteron pendapatan denda pelanggaran di bidang persaingan usaha Satuan Kerja Komisi Pengawas Persaingan Usaha melalui bank Pemerintah dengan kode penerimaan 423755 (Pendapatan Denda Pelanggaran di Bidang Persaingan Usaha).¹⁵
2. Perkara Nomor 05/KPPU-I/2014. Kasus ini bermula ketika ada pembatasan pilihan di pihak debitur dalam permohonan Kredit Pemilikan Rumah (KPR) di Bank Rakyat Indonesia (BRI). Dalam proses permohonan KPR seorang debitur harus terikat pula kepada *life insurance*. Pada pengajuan KPR di BRI tersebut, pihak bank telah menentukan debitur hanya boleh menggunakan perusahaan asuransi yang telah ditetapkan oleh BRI, yaitu perusahaan asuransi Bringi dan perusahaan asuransi Heksa.¹⁶

Menurut Surat Edaran Bank Indonesia Nomor 12/35DPNP pada 23 Desember 2010 (SEBI), kerjasama antara bank dengan perusahaan asuransi dalam jasa perbankan, harus memberikan kebebasan kepada

¹⁵ Diktum Putusan KPPU Nomor 02/KPPU-I/2013, hlm.73.

¹⁶ Putusan KPPU Nomor 05/KPPU-I/2014, hlm. 2-8.

debitur dalam memilih perusahaan asuransi. Oleh karena itu, Bank harus menawarkan pilihan perusahaan asuransi paling kurang dari tiga perusahaan asuransi dan satu daripadanya boleh merupakan pihak terkait dengan Bank.¹⁷ Walaupun dalam kasus ini BRI hanya memberikan pilihan dua perusahaan asuransi yaitu Bringin dan Heksa, dimana pada hakekatnya keduanya perusahaan asuransi berada dibawah konsorsium yang sama, dimana Bringin adalah ketua konsorsium dan Heksa adalah ahli dari konsorsium.¹⁸

BRI terbukti menetapkan *terms and conditions* bagi debitur dengan melakukan pembatasan pilihan perusahaan asuransi dengan menunjuk perusahaan asuransi Bringin dan perusahaan asuransi Heksa. BRI juga terbukti melakukan hambatan terhadap pelaku usaha lain (perusahaan asuransi lain) untuk melakukan kegiatan usaha yang sama pada pasar yang bersangkutan. Di dalam putusan KPPU menyatakan “bahwa dalam perjanjian KPR BRI debitur KPR BRI diwajibkan untuk ikut serta dalam asuransi jiwa kredit yang diasuransikan pada PT Asuransi Jiwa Bringin Jiwa Sejahtera (Terlapor II) oleh karena itu KPPU menyatakan bahwa antara BRI dengan (konsorsium) perusahaan asuransi Bringin dan Heksa telah melakukan *tying agreement*,

¹⁷ Putusan KPPU Nomor 05/KPPU-I/2014, hlm. 2-8

¹⁸ Putusan KPPU Nomor 05/KPPU-I/2014, hlm. 12-16

sebagaimana diatur dalam ketentuan Pasal 15 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.¹⁹

Diamar putusannya KPPU menyatakan sebagai berikut:

- 1) Menyatakan bahwa Terlapor I, Terlapor II, dan Terlapor III terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 15 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999;
- 2) Menyatakan bahwa Terlapor I, Terlapor II, dan Terlapor III terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 19 huruf a Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999;
- 3) Menyatakan pembatalan perjanjian-perjanjian yang memuat persyaratan kewajiban Debitur KPR BRI hanya menggunakan asuransi jiwa dari konsorsium Terlapor II dan Terlapor III;
- 4) Memerintahkan kepada terlapor untuk menghentikan kegiatan yang menghalangi perusahaan asuransi jiwa lainnya untuk melakukan kegiatan usaha yang sama pada pasar bersangkutan;
- 5) Memerintahkan Terlapor I untuk membayar denda sebesar Rp. 25.000.000.000,- (Dua Puluh Lima Miliar Rupiah) yang harus disetor ke Kas Negara sebagai sebagai setoran pendapatan denda pelanggaran dibidang persaingan usaha Satuan Kerja Komisi Pengawas Persaingan Usaha melalui bank pemerintah dengan kode penerimaan 423755 (Pendapatan Denda Pelanggaran di Bidang Persaingan Usaha);
- 6) Memerintahkan terlapor II untuk membayar denda sebesar Rp. 19.000.000.000,- (Sembilan Belas Miliar Rupiah) yang harus disetor ke Kas Negara sebagai setoran pendapatan denda pelanggaran dibidang persaingan usaha Satuan Kerja Komisi Pengawas Persaingan Usaha melalui bank pemerintah dengan kode penerimaan 423755 (Pendapatan Denda Pelanggaran di Bidang Persaingan Usaha);
- 7) Memerintahkan terlapor III untuk membayar denda sebesar Rp. 13.000.000.000,- (Tiga Belas Miliar Rupiah) yang harus disetor ke Kas Negara sebagai setoran pendapatan denda pelanggaran dibidang persaingan usaha Satuan Kerja Komisi Pengawas Persaingan Usaha melalui bank pemerintah dengan kode penerimaan 423755 (Pendapatan Denda Pelanggaran di Bidang Persaingan Usaha);²⁰

¹⁹ Putusan KPPU Nomor 05/KPPU-I/2014, hlm 141

²⁰ Dictum Putusan KPPU Nomor 05/KPPU-I/2014, hlm. 155-156

Dari beberapa kasus yang menjadi contoh pada putusan KPPU tidak mempertimbangkan adanya posisi dominan di dalam *tying agreement* yang dilakukan antar pelaku usaha, yang bilamana pelaku usaha *tying product* dapat mempengaruhi pasar dan menutup akses pesaing untuk masuk kedalam pasar bersangkutan.

Sementara hakekatnya sebuah *tying agreement* hanya akan mencapai tujuannya apabila *tying product* mempunyai kedudukan dominan dalam pasar bersangkutan. Dengan kata lain *tying agreement* secara signifikan akan mengganggu pasar jika *tying product* mempunyai posisi dominan dan menyalahgunakannya. Sementara pengaturan *tying agreement* dalam pasal 15 ayat (2) adalah tergolong sebagai perjanjian tertutup dan tidak meminta adanya pembuktian posisi dominan dan penyalahgunaan posisi dominan dalam penerapannya.

Tying agreement dalam ketentuan Pasal 15 ayat (2) mengatur hal berbeda dengan apa yang dimaksud sebagai *tying* dalam *Black's Law Dictionary*, sebagaimana telah disebutkan dalam bagian sebelumnya. Menurut *Black's Law Dictionary* sebuah perbuatan disebut sebagai *tying* apabila *tying product* mempunyai kekuatan ekonomi yang cukup dalam mengikat pasar produk untuk memaksa pembeli menerima produk yang terikat.

Selanjutnya dalam persaingan usaha di Uni Eropa *tying agreement* termasuk ke dalam perjanjian yang melanggar posisi dominan karena dalam

Article 102 *The Treaty on the Functioning of the European Union* (TFEU), *tying agreement* termasuk ke dalam ketentuan huruf (d) yaitu :²¹

“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”.

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. Posisi dominan berdasarkan pengaturan di Uni Eropa memiliki pembentukan kekuatan pasar yang terdiri dari *market power, market share, market concentration and dependency*.

Dapat disimpulkan bahwa, seharusnya larangan mengenai *tying agreement* sepatutnya juga melakukan pertimbangan terhadap adanya kedudukan dominan dan penyalahgunaan posisi dominan dari pelaku usaha *tying product*.²²

Berdasarkan uraian di atas penulis tertarik untuk memahami lebih lanjut mengenai bagaimanakah syarat penyalahgunaan posisi dominan dalam pembuktian *tying agreement* dengan membandingkan Pasal 15 ayat (2) Undang-

²¹ Jones Alison and Sufirin Brenda, *EU Competition Law*, (London, Oxford University Press: 2010), hlm.459

²² Hanif Nur Widhiyanti, *Analisis Putusan Kppu Nomor 05/Kppu-I/2014 Berkenaan Dengan Kedudukan Dominan Dalam Larangan Tying Agreement Menurut Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Pasal 15(2)*, (Malang: 2015), hlm. 7.

Undang Nomor 5 Tahun 1999 dengan Article 102 Huruf (d) *The Treaty on the Functioning of the European Union*, dan bagaimana seharusnya pengaturan *tying agreement* di Indonesia.

B. Rumusan Masalah

1. Bagaimanakah syarat penyalahgunaan posisi dominan dalam pembuktian *tying agreement* ? (Perbandingan Pasal 15 ayat (2) UU No 5 Tahun 1999 dengan 102 huruf (d) TFEU)
2. Bagaimanakah seharusnya pengaturan *tying agreement* di dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999?

C. Tujuan Penulisan

Adapun tujuan penulisan ini adalah sebagai berikut:

1. Untuk mendeskripsikan, dan menganalisis syarat penyalahgunaan posisi dominan dalam pembuktian *tying agreement* (Perbandingan Pasal 15 ayat (2) UU No 5/1999 dengan Article 102 huruf (d) TFEU)
2. Untuk mendeskripsikan, dan menganalisis konsep pengaturan *tying agreement* di dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

D. Manfaat Penulisan

Penulisan ini diharapkan dapat memberikan manfaat untuk kepentingan teoritis dan praktis yaitu :

1. Manfaat Teoritis

Manfaat teoritis dari penelitian diharapkan dapat memberikan suatu tambahan wawasan dan ilmu pengetahuan terhadap pengembangan ilmu hukum secara umumnya, dan terhadap hukum persaingan usaha secara khusus. Di sisi lain, juga turut bermanfaat bagi pengembangan hukum persaingan usaha, khususnya terkait *tying agreement* yang berlaku di Indonesia

2. Manfaat Praktis

- a. Bagi akademisi, diharapkan dapat memberikan suatu sumbangsi pemikiran mengenai *tying agreement*, khususnya pengaturan *tying agreement* sebagaimana diatur dalam hukum persaingan usaha di Indonesia. Penelitian ini diharapkan juga dapat sumbangsi untuk memberikan wacana dan suatu tambahan pengetahuan bagi dunia akademik untuk mempelajari hukum persaingan usaha nasional.
- b. Bagi praktisi diharapkan dapat meberikan sumbangsi kepada praktisi hukum persaingan usaha dalam menghadapi kasus-kasus yang bersinggungan dengan hukum persaingan usaha. Di sisi lain KPPU selaku Komisis Pengawas Persaingan Usaha dalam menjalankan tugasnya diharapkan dapat memberikan pengetahuan dan manfaat bagi pelaku usaha dalam melakukan usahanya di Indonesia terkait regulasi yang diterapkan terutama dalam hal *tying agreement*.
- c. Bagi masyarakat khususnya pelaku usaha, dapat memberikan pemahaman kepada masyarakat pada umumnya dan pelaku usaha pada khususnya

mengenai perkembangan-perkembangan yang terjadi di dalam dunia hukum persaingan usaha. Sehingga bagi masyarakat khususnya pelaku usaha, penelitian ini diharapkan dapat memberikan gambaran dalam menjalankan usaha di Indonesia agar pelaku usaha atau kelompok pelaku usaha dalam menjalankan usahanya dapat berhati-hati dengan cara memperhatikan regulasi yang ada.

E. Kerangka Teoritik

1. Teori Keadilan

Keadilan adalah salah satu tujuan yang ingin dicapai dalam membentuk hukum itu sendiri di masyarakat. Kata yang paling sering digunakan oleh para ahli hukum ketika memuji atau mencela hukum atau pelaksanaannya adalah kata adil dan tidak adil, ide keadilan dan moralitas dua hal yang berdampingan. Ada alasan yang amat kuat mengapa keadilan memiliki kedudukan paling menonjol dalam kritis atas tatanan hukum, perlu melihat bahwa keadilan adalah segmen lain moralitas, hukum dan pelaksanaan bisa jadi memiliki atau tidak memiliki jenis kelebihan yang berbeda pula.²³ Kerumitan tertentu di dalam struktur keadilan, bisa dikatakan bahwa kerumitan tersebut terbentuk dari dua bagian, satu aspek seragam atau konstan, yang terpisah dalam kaidah, perlakuan hal-hal yang serupa dengan

²³ H. L.A Hart, *Konsep Hukum*, (Bandung: Nusa Media Cet V, 2009), hlm. 244

cara yang serupa dan suatu kriteria tidak tentu atau variable yang digunakan untuk memastikan kapan hal-hal terkait dipandang serupa atau berbeda.²⁴

Mempelajari hukum tanpa mempelajari keadilan sama dengan mempelajari tubuh tanpa nyawa. Hal ini berarti menerima perkembangan hukum sebagai fenomena fisik tanpa melihat desain rohnya. Akibatnya bisa dilihat bahwa studi hukum kemudian tidak berbeda dengan studi ilmu pasti rancang bangun yang kering dengan sentuhan keadilan.²⁵

Aristoteles yang merupakan salah satu tokoh pionir dalam pencetusan teori keadilan telah memberikan sumbangsi dalam bentuk pendapat yang menarik untuk dicermati. Pendapat Aristoteles mengenai keadilan dalam hukum dapat ditemukan dalam karyanya yang berjudul *nicomachean ethics, and rethoric*. Sumbangsi Aristoteles dalam dunia ilmu hukum adalah berasal dari pendapatnya mengenai pengertian keadilan itu sendiri. Keadilan menurut Aristoteles dapat dibagi kedalam empat jenis, yaitu :²⁶

a. Keadilan distributif

Keadilan yang mengatur pembagian sesuatu hal (barang, jasa, penghargaan, dan sebagainya) kepada seseorang didasarkan pada kedudukannya dalam masyarakat. Keadilan yang melihat pada jasa-jasa yang telah dilakukan seseorang, sehingga seseorang tersebut memiliki hak untuk mendapatkan suatu keistimewaan.

²⁴ Ibid., hlm. 247-248

²⁵ Ali Safa'at, *Pemikiran Keadilan*, (Plato, Aristoteles, dan John Rawls), hlm. 11

²⁶ Teguh Prasetyo & Abdul H Barkatullah, *Filsafat, Teori, & Ilmu Hukum : Pemikiran menuju Masyarakat yang Berkeadilan dan Bermartabat*, (Jakarta: Rajagrafindo Persada, 2014), hlm. 203-205

b. Keadilan korektif

Hukum perlu menemukan suatu ukuran dalam upaya untuk menanggulangi dan memperbaiki dari suatu perbuatan jahat, tanpa melihat orang tersebut. Upaya tersebut dapat berupa hukuman, seperti ganti rugi, memperbaiki kesalahan/penyelewengan, dan sebagainya.

c. Keadilan komutatif

Keadilan dimana setiap orang dinilai dan dipandang sama/rata tanpa melihat suatu hal apapun yang terdapat pada orang tersebut. Sederhananya, dalam keadilan komutatif, semua diberikan sama banyaknya tanpa ada pembedaan perlakuan atau pemberian keistimewaan yang berbeda terhadap seseorang dari pada yang lain.²⁷

d. Keadilan menurut undang-undang

Keadilan yang didapatkan dari penetapan sebagai hukum, terlepas hal tersebut memenuhi rasa keadilan yang berkembang di masyarakat. Singkatnya, keadilan yang dimaksud tidak lebih dari keadilan procedural/administrative yang seringkali dikedepankan oleh para pakar penganut aliran positivism.

Keadilan Aristoteles, menurut Aristoteles disamping keadilan sebagai keutamaan umum (yaitu ketaatan kepada hukum alam dan positif) terdapat

²⁷ L. J. Van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, (Jakarta: Pradnya Pratama, 1996), hlm. 11-12

juga keadilan sebagai keutamaan moral khusus, yang menentukan sikap manusia pada bidang tertentu. Sebagai keutamaan khusus keadilan itu ditandai oleh sifat-sifat yang berikut:²⁸

- a. Keadilan menentukan bagaimanakah hubungan yang baik antara orang satu dengan orang yang lain.
- b. Keadilan berada ditengah dua ekstrem, yaitu diusahakan supaya dalam mengejar keuntungan terciptalah keseimbangan antara dua pihak; jangan orang mengutamakan pihaknya sendiri dan jangan juga mengutamakan pihak lain.
- c. Untuk menentukan dimanakah terletak keseimbangan yang tepat antara orang-orang digunakan ukuran kesamaan ini dihitung secara aritmetika atau geometri.

Selanjutnya pendapat lain mengenai keadilan menurut Aristoteles, keadilan yang mengatur hubungan dengan sesama manusia meliputi beberapa bidang :²⁹

- a. Terdapat keadilan mengenai pembagian jabatan-jabatan dan harta benda publik. Pembagian itu harus sesuai dengan bakat dan kedudukan orang dalam negara. Di sini berlaku kesamaan geometris. Jika akhilleus dua kali lebih penting dari pada ayax maka akhilleus harus menerima hormat dua kali lipat dari pada ayax.

²⁸ Aristoteles dikutip Theo Huijbers, *Filsafat Hukum Dalam Lintas Sejarah*, (Bandung: Kanisius cetakan kedelapan, 1995), hlm. 29

²⁹ *Ibid.*, hlm. 30.

Prinsip ini dirumuskan sbb : kepada yang sama penting diberikan yang sama, kepada yang tidak sama penting, diberikan kepada yang tidak sama penting.

- b. Terdapat keadilan dalam transaksi jual beli. Dalam kontrak jual beli harga barang tergantung dari kedudukan resmi kedua pihak secara konkret: harga barang berbanding terbalik dengan posisi kedua orang dalam masyarakat. Itu berarti bahwa B harus melakukan prestasi seratus kali lipat prestasi A, supaya adil, bila A mempunyai kedudukan yang seratus kali lebih penting dari pada B. Hal ini menjelaskan bahwa Aristoteles belum mempunyai pandangan atas hidup ekonomi berdasarkan harga barang, yang tergantung dari permintaan dan penawaran.
- c. Keadilan dalam hukum pidana diukur secara geometris juga. Kalau seorang bisa dipukul oleh yang berkedudukan tinggi, hal tersebut tidak mengakibatkan apapun. Tetapi jika sebaliknya seorang yang bisa memukul seorang berkedudukan tinggi, maka orang itu harus dihukum sesuai kedudukan dari yang dirugikan. Perlu diperhatikan, bahwa Aristoteles tidak menerima *Ius Talionis*, yang lazim dipraktikkan dalam kebudayaan kuno, yakni hak untuk membalas secara setimpal : mata demi mata, gigi demi gigi.
- d. Terdapat juga keadilan dalam bidang privat yaitu dalam hukum kontrak dan dalam bidang delik privat. Kesamaan yang dituju dalam bidang-bidang ini ialah kesamaan aritmetis. Kalau seorang

mencuri ia harus dihukum sesuai dengan apa yang terjadi, dengan tidak mengindahkan kedudukan kedua pihak. Berdasarkan prinsip ini Aristoteles menolak kemungkinan untuk mendapatkan bunga dari uang. Menurut Aristoteles uang adalah alat untuk menentukan secara jelas harga barang, lain tidak. Maka uang tidak boleh membungakan uang (*pecunia non parit pecuniam*).

- e. Terdapat semacam keadilan juga dalam penafsiran hukum, dimana hukum diterapkan pada perkara-perkara yang konkret memang benar bahwa undang-undang selalu bersifat umum, sehingga tidak pernah dapat meliputi semua persoalan yang konkret. Oleh karena itu Aristoteles menghendaki, agar seorang hakim yang mengambil tindakan *in concreto* hendaknya mengambil tindakan seakan-akan ia menyaksikan sendiri peristiwa konkret yang diadilinya. Dalam menerapkan hukum dalam perkara-perkara yang konkret itu kesamaan geometris atau aritmetris tidak berperan lagi. Apa yang diberlakukan adalah *epikeia*: suatu rasa tentang apa yang pantas. Sebagai demikian *epikeia* termaksud prinsip-prinsip regulative, yang memberikan pedoman bagi praktek hidup negara menurut hukum.

Jasa Aristoteles sebagai pemikir tentang hukum cukup menyolok, dialah pertama-tama yang membedakan antara hukum alam dan hukum positif, lagi pula untuk pertama kalinya mengerjakan suatu teori keadilan. Namun

pengertian hukum yang dihasilkannya kurang lengkap. Tinjauan beberapa segi tentang hukum adalah sebagai berikut :³⁰

- 1) Hukum alam. Hukum alam yang diakui Aristoteles disamakan dengan kebebasan yang dinikmati seorang warga polis yang ikut serta dalam kegiatan politik. Pribadi-pribadi lain yang hidup yang lain tidak memiliki hak-hak yang sama. Itu berarti bahwa hukum alam dalam arti hak-hak manusia belum ada. Hal ini nampak juga dalam kenyataan bahwa orang-orang dari polis lain tidak mempunyai hak-hak alam itu. Kalau seorang asing melakukan suatu tindakan pidana ia diperlakukan sebagai seorang yang tidak batas polis. Dikemukakannya bahwa persahabatan (*filia*) seorang yang tidak berasal dari polis dengan seorang polis harus ikut dipertimbangkan bila orang asing itu harus menghadap hakim karena perkara pidana.
- 2) Hukum privat. Negara mengakui segala bidang kehidupan, negara juga merupakan satu-satunya instansi yang berwibawa untuk membentuk hukum. Itu berarti bahwa hukum privat yang sesungguhnya belum ada. Tanggapan Aristoteles tentang negara masih bersifat totaliter.
- 3) Hukum positif. Hukum positif adalah semua hukum yang ditentukan oleh penguasa negara. Hukum itu selalu harus ditaati, sekalipun ada hukum yang tidak adil. Prinsip-prinsip keadilan dapat menentukan suatu korelasi dalam hukum positif, tetapi tidak dapat meniadakannya.

³⁰ *Ibid.*, hlm. 31.

Selanjutnya pendapat lain yang sangat terkenal dan dikemukakan oleh Aristoteles keadilan distributif dan komotatif. Teori keadilan yang dikemukakan oleh Aristoteles bahwa setiap orang perlu mendapatkan bagian yang sama. Keadilan menurut Aristoteles adalah kelayakan tindakan manusia. Kelayakan merupakan titik tengah di antara kedua ujung ekstrim yang berlaku banyak dan yang terlalu sedikit. Kedua ujung itu menyangkut 2 orang maupun 2 benda sehingga sekurang-kurangnya terdapat empat hal. Bila kedua orang itu mempunyai perasamaan dalam ukuran yang telah ditetapkan masing-masing harus memperoleh benda yang sama. Kalau tidak sama maka masing-masing orang menerima bagian yang tak sama. Teori keadilan Aristoteles berdasarkan prinsip persamaan (*equality*).

Teori keadilan ini digunakan untuk menganalisis permasalahan yang diteliti, dengan melihat aspek keadilan yang timbul dari peraturan *tying agreement* yang terdapat dalam pasal 15 ayat 2 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, sehingga pelaku usaha baik yang tidak memiliki kedudukan dominan juga turut merasakan keadilan.

2. Teori Kemanfaatan

Utilitarianisme atau *utilisme* adalah aliran yang meletakkan kemanfaatan sebagai tujuan utama hukum. Kemanfaatan di sini diartikan sebagai kebahagiaan (*happiness*). Dengan demikian, baik buruk maupun adil

tidaknya suatu hukum, dapat dilihat dari hukum itu sendiri, apakah hukum itu memberi kebahagiaan kepada manusia atau tidak.³¹

Kemanfaatan merupakan salah satu tujuan hukum, hukum yang baik adalah yang mendatangkan kemanfaatan bagi manusia. Kemanfaatan dapat juga diartikan kebahagiaan (*happiness*), sehingga dalam pelaksanaan dan penegakan hukum, masyarakat mengharapkan adanya kemanfaatan. Kerena hukum untuk manusia, maka pelaksanaan/penegakannya haruslah memberi manfaat atau kegunaan bagi masyarakat, jangan sampai justru akan berakibat sebaliknya, penegakan hukum malah menimbulkan keresahan masyarakat. Baik buruknya hukum tergantung sampai sejauh mana hukum itu memberikan kemanfaatan atau kebahagiaan bagi manusia.³²

Jeremi Bentham berpendapat bahwa negara dan hukum semata-mata ada hanya untuk manfaat sejati, yaitu kebahagiaan mayoritas rakyat. Kemudian menurut John Rawls dengan teorinya yang disebut *Teori Rawls* atau *Justice as Fairness* (keadilan sebagai kejujuran) menyatakan bahwa:³³

“Hukum itu haruslah menciptakan suatu masyarakat yang ideal, yaitu masyarakat yang mencoba memperbesar kebahagiaan dan memperkecil ketidak bahagian (*the greatest happiness of the greatest number people*)”

³¹ Darji Darmodiharjo dan Shidarta, *Pokok-pokok Filsafat Hukum Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, (Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2004) hlm. 117

³² Margono, *Asas Keadilan, Kemanfaatan, dan Kepastian Hukum dalam Putusan Hakim*, (Jakarta Timur: Sinar Grafika, 2019) hlm. 110

³³ *Ibid.*,

Kemanfaatan itu sendiri dapat diartikan sebagai optimalisasi dari tujuan sosial dari hukum, setiap hukum di samping dimaksudkan untuk mewujudkan ketertiban dan keteraturan sebagai tujuan akhir, tetapi juga mempunyai tujuan sosial tertentu, yaitu kepentingan yang diinginkan untuk diwujudkan melalui hukum, baik yang berasal dari orang perseorangan maupun masyarakat dari negara.³⁴

Disisi lain dapat dikatakan bahwa kepastian hukum, keadilan dan kemanfaatan kerap terjadi pertentangan. Hal ini terjadi karena adanya kecenderungan antara kepastian hukum dan keadilan sehingga kemanfaatan terabaikan, demikian pula sebaliknya. Hal demikian ini tidak dapat dihindarkan, pertentangan akan selalu terulang antara tuntutan kepastian hukum, keadilan dan tuntutan kemanfaatan.

Kepastian hukum serta keadilan bukanlah jaminan bagi tegaknya supremasi hukum dalam arti hukum yang mencerminkan kebutuhan dan memberi kepuasan atau kemanfaatan bagi masyarakat pada umumnya perlu juga diwujudkan. Dengan kata lain keadilan dan kepastian hukum dapat terpenuhi, namun kalau kemanfaatan tidak ada maka itu pun sia-sia.

Menurut Rudolf Jhering, tujuan hukum terletak pada motif yang praktis di mana hukum sengaja dilihat oleh manusia untuk mencapai hasil atau tujuan tertentu yang diinginkan masyarakat. Dengan demikian pendapat Jhering

³⁴ *Ibid.*,

tersebut termasuk yang menyetujui pendapat Betham, yang menyatakan bahwa hukum bertujuan untuk mendatangkan kebahagiaan yang besar bagi masyarakat dan mengurangi penderitaan masyarakat.³⁵

Teori kemanfaatan hukum digunakan untuk menganalisis dan menjawab permasalahan yang diteliti, sehingga pengaturan terkait *tying agreement* memberikan manfaat bagi antar pelaku usaha, pelaku usaha penjual/pembeli maupun masyarakat.

F. Metode Penelitian

1. Jenis penelitian

Jenis penelitian hukum yang penulis lakukan adalah yuridis normatif. Jenis penelitian yuridis normatif adalah jenis penelitian dimana hukum dikonsepsikan sebagai apa yang tertulis pada peraturan perundang-undangan (*law in books*) atau sebagai kaidah yang merupakan pedoman perilaku manusia dan dianggap pantas.³⁶ Penggunaan jenis penelitian ini dilandaskan pada peraturan perundang-undangan yang menjadi hukum positif di Indonesia, terkhusus Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat sebagai sumber hukum utama pada hukum persaingan usaha nasional di Indonesia, tanpa mengesampingkan peraturan-peraturan di bawahnya sebagaimana yang di

³⁵ *Ibid.*,

³⁶ Amiruddin & Zainal Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, (Jakarta; Raja Grafindo Persada, 2012), hlm. 118

dalam Undang-Undang No 12 Tahun 2011 tentang pembentukan Peraturan Perundang-Undangan, termasuk peraturan KPPU.

2. Pendekatan Penelitian

Berkaitan dengan jenis penelitian ini adalah yuridis normatif, maka dalam kaitan hal tersebut, dalam penelitian ini menggunakan pendekatan perundang-undangan (*statute approach*), pendekatan perbandingan (*comparative approach*) dan pendekatan kasus (*case approach*). Pendekatan perundang-undangan (*statute approach*) digunakan untuk melakukan analisis dan memahami peraturan perundang-undangan dan atau hukum positif yang berkaitan dengan hukum persaingan usaha, dimana secara khusus adalah Undang-Undang No 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Pendekatan perbandingan (*comparative approach*) merupakan salah satu cara yang digunakan dalam penelitian normatif untuk membandingkan salah satu lembaga hukum (*legal institutions*) dari sistem hukum yang satu dengan dengan lembaga hukum (yang kurang lebih sama dari sistem hukum) yang lain. Sedangkan pada pendekatan kasus (*case approach*) dalam penelitian normatif bertujuan untuk mempelajari penerapan norma-norma atau kaidah-kaidah hukum yang dilakukan dalam praktik hukum.

3. Teknik Pengambilan Bahan Hukum

Dalam penelitian hukum ini merupakan penelitian jenis yuridis normatif, maka penulis menggunakan teknik pengambilan bahan hukum primer, sekunder, dan tersier dengan cara sebagaimana berikut :

a. Bahan hukum primer merupakan bahan hukum yang terdiri dari berbagai peraturan perundang-undangan dengan urutan sebagaimana telah diatur di dalam undang-undang nomor 12 tahun 2011 tentang pembentukan peraturan perundang-undangan yang digunakan secara khusus adalah:

- 1) Undang-Undang No 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat
- 2) Peraturan KPPU No. 5 Tahun 2011
- 3) Yurisprudensi KPPU No. 02/KPPU-I/2013
- 4) Yurisprudensi KPPU No. 05/KPPU-I/2014
- 5) Article 102 *The Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU)*

b. Bahan hukum sekunder merupakan bahan hukum yang didapatkan dari jurnal hukum, buku teks (literatur), pendapat para sarjana hukum, kasus-kasus hukum, serta simposium yang dilaksanakan oleh para pakar hukum berkaitan dengan Hukum Persaingan Usaha.³⁷

4. Teknik Analisis Bahan Hukum

Bahan hukum yang telah didapatkan dalam penelitian studi kepustakaan dan segenap peraturan perundang-undangan , serta artikel maupun jurnal-jurnal hukum dalam penulisan ini, akan penulis uraikan dan hubungkan

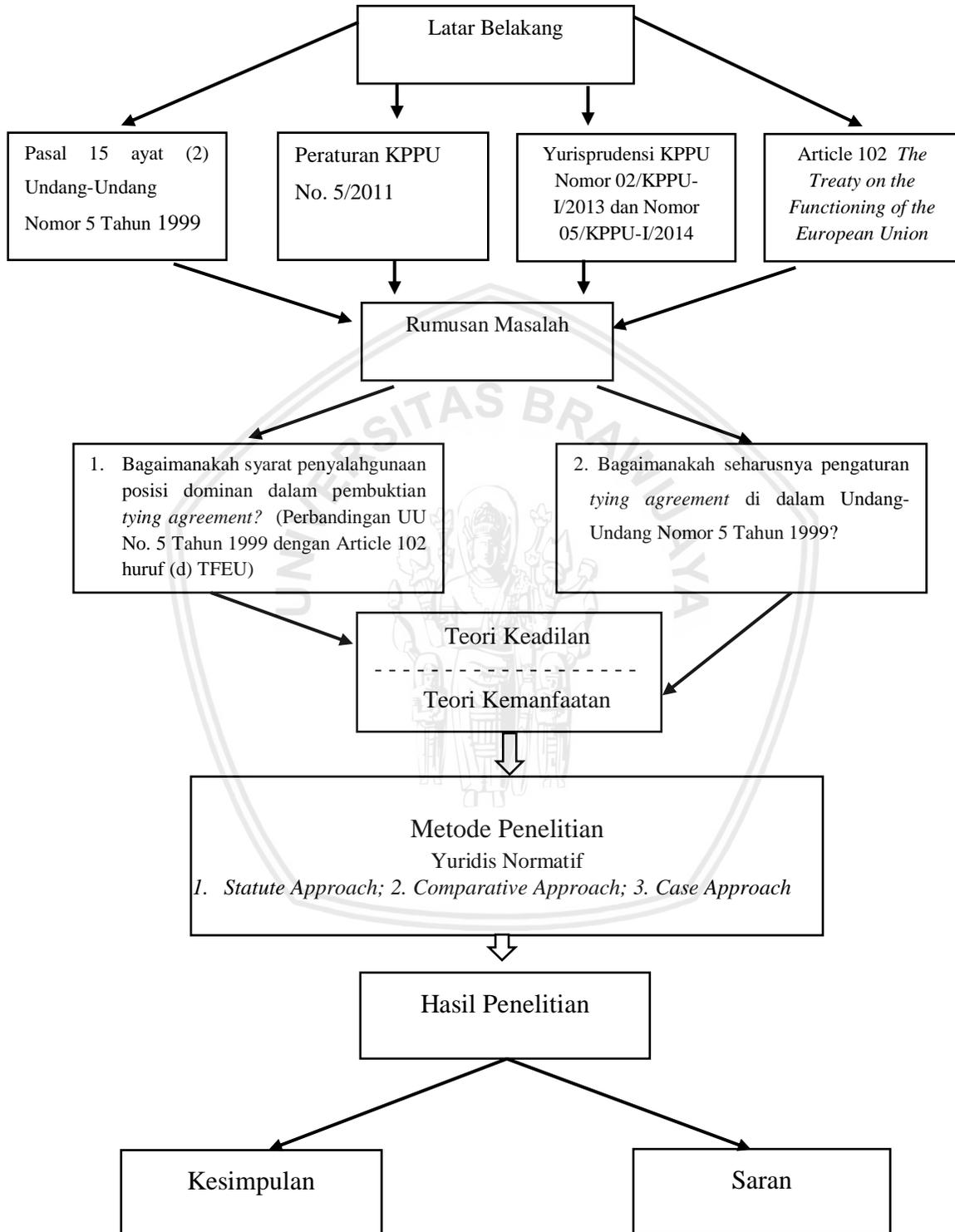
³⁷ Johnny Ibrahim, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, (Malang; Banyumedia Publoshing, 2012), hlm. 392

sedemikian rupa dengan menggunakan teknik interpretasi dan argumentasi, sehingga mampu menyajikan suatu penulisan yang sistematis dan komprehensif dalam memberikan solusi atau rumusan masalah yang dikemukakan di awal penelitian ini. Adapun cara pengolahan bahan hukum yang digunakan di dalam penelitian ini, dilakukan secara deduktif, yaitu dengan cara menarik suatu kesimpulan didasarkan pada suatu permasalahan bersifat umum pada problematika konkret yang dihadapi.³⁸



³⁸ *Ibid.* hlm. 393

G. Desain Penelitian



H. Sistematika Penulisan

Pada sub-bab ini, penulis akan memberikan pemahaman singkat mengenai penyusunan laporan penelitian. Berikut di bawah ini adalah pemaparan mengenai sistematika penulisan dan alur pembahasan yang terbagi dalam :

Bab I : Pendahuluan

Bab pendahuluan menguraikan tentang konsep penulisan laporan penelitian yang terdiri dari latar belakang, rumusan masalah, tujuan penelitian, manfaat penelitian, kerangka teoritik, metode penelitian, desain penelitian, sistematika penulisan.

Bab II : Tinjauan Pustaka

Bab tinjauan pustaka akan menguraikan secara komprehensif mengenai perbandingan tinjauan umum *tying agreement*, tinjauan umum hukum persaingan usaha di Indonesia, tinjauan umum hukum persaingan usaha di Uni Eropa dan pendekatan *per se illegal* dengan *rule of reason*.

Bab III : Hasil dan Pembahasan

Bab hasil penelitian akan menguraikan dan memberikan pemahaman secara komprehensif mengenai pembahasan tentang penyalahgunaan posisi dominan dalam pembuktian *tying agreement* (perbandingan hukum *tying agreement* dalam Pasal 15 ayat (2) UU

No 5/1999 dengan Article 102 huruf (d) TFEU) dan konsep pengaturan *tying agreement* menurut UU No.5/1999

Bab IV : Penutup

Bab penutup berisikan kesimpulan-kesimpulan dan saran yang menjawab pertanyaan-pertanyaan dalam rumusan masalah yang diangkat dalam penelitian ini sebagai solusi dari permasalahan yang dikemukakan diawal dan diselesaikan melalui keseluruhan pembahasan dalam penelitian ini.



BAB II

TINJAUAN PUSTAKA

A. Tinjauan Umum *Tying Agreement*

Tying agreement adalah 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 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 (*dominant bargaining power/position*) dan menjadikan perjanjiannya berat sebelah. Nilai tawar yang dimiliki market power oleh penjual akan tetapi dari segi positifnya adalah bilamana produknya memiliki kualitas yang lebih baik, sehingga menjadi keinginan pembeli sendiri untuk membeli produk.³⁹

Dalam *Black's Law Dictionary*, *tying agreement* diartikan sebagai:⁴⁰

“whereby a seller sells a product to a buyer only if the buyer purchases another product from the seller”

“The courts have developed an easily articulated test for so-called per se illegal tying arrangements, although the test varies from one circuit court to another in operation, the tests are similar, and the three-part test combines elements that are separated in the tests of other circuits. For purpose of analysis we use this five-part test: (1) There must be separate

³⁹ Pedoman Pelaksanaan Pasal 15 UU No.5/1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli Dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

⁴⁰ Lihat *Black's Law Dictionary*

tying and tied product; (2) There must be evidence of actual coercion by the seller that in fact forced the buyer to accept the tied product; (3) The seller must possess sufficient economic power in the tying product market to coerce purchaser acceptance of the tied product; (4) There must be anticompetitive effects in the tied market; (5) There must be involvement of a not insubstantial amount of interstate commerce in the tied product market”

Tying agreement dalam *Black’s Law Dictionary* lebih menekankan adanya suatu perjanjian yang dilakukan oleh penjual produk kepada pembeli produk dengan mewajibkan bahwa pembeli produk harus membeli produk lain dari si penjual (penjual barang). Sehingga dalam menganalisis suatu *tying agreement* harus memperhatikan bahwa pelaku usaha (*penjual produk*) harus memiliki kekuatan ekonomi yang cukup pada *tying product* untuk memaksa pembeli menerima *tied product*.

Pengertian *tying* dari beberapa ahli hukum persaingan usaha dijelaskan sebagai berikut;

Herbert Hovenkamp dalam bukunya *Antitrust* mendefinisikan bahwa *tying arrangement* sebagai:

“A tying arrangement, or tie-in, is a sale or lease of one product (the “tying” product) on the condition that the buyer or lessee take a second product (the “tied” product) as well”⁴¹

Stephen F. Ross dalam bukunya *Principles of Antitrust Law* mendefinisikan *tying arrangement* sebagai:

Tying arrangement (or “tied sales”) occur when a seller conditions the purchase of one good or service on the buyer’s purchase of another good

⁴¹Herbert Hovenkamp, *Antitrust*, Second Edition (St. Paul, Minn.: West Publishing Co, 1993) hlm. 149. Diartikan sebagai “Suatu *tying arrangement* atau *tie-in* adalah penjualan dari suatu produk (*tying product*) dengan syarat bahwa pembeli juga membeli produk kedua (*tied product*)”.

or service. (the product the buyer wants to buy is called the “tying” product. The product the purchaser is forced to buy in order to acquire the tying product is the “tied” product”⁴²

John H. Shenefield dan Irwin M. Stelzer dalam buku *The Antitrust Laws: A*

Primer mendefinisikan *tying arrangement* sebagai:

“A tying arrangement is defined as the conditioning of the sale of one product on the buyer’s purchase of another product”⁴³

Jonathan M Jacobson dalam buku *Antitrust Law Developments (sixth) tying*

arrangement didefinisikan sebagai :

“A tying arrangement is “an agreement by a party to sell one product [the tying product] but only on the condition that buyer also purchase a different (or tied) product, or at least agrees that he will not purchase that product from any other supplier”⁴⁴

Dalam buku Hukum Persaingan Usaha antara teks dan Konteks, *tying agreement* diartikan bahwa :

“Tying agreement terjadi apabila suatu perusahaan mengadakan perjanjian dengan pelaku usaha lainnya yang berada pada level yang berbeda dengan mensyaratkan penjualan ataupun penyewaan suatu barang atau jasa hanya akan dilakukan apabila pembeli atau penyewa tersebut juga akan membeli atau barang lainnya”⁴⁵

Tying agreement merupakan suatu perjanjian yang berdasarkan atas penjualan suatu produk dan/atau jasa dengan syarat bahwa pembeli harus juga

⁴² Stephen F. Ross, *Principles of Antitrust*, (westbury, New York: the Foundation Press Inc., 1993) hlm. 273. Diartikan sebagai “suatu tying arrangement terjadi pada saat penjual mengondisikan penjualan suatu barang atau jasa berdasarkan pembelian pembeli atas suatu barang atau jasa”.

⁴³ John H. Shenefield dan Irwin M. Stelzer, *The Antitrust Laws : A Primer*, (Washington D.C : The AEI Press, 2001) hlm. 77. Diartikan sebagai “persyaratan dalam penjualan suatu produk didasarkan pembelian pembeli atas produk lain”.

⁴⁴ Jonathan M Jacobson, *Antitrust Law Developments (sixth)*, (USA: ABA Publishing, 2007) hlm. 172. Diartikan sebagai “ tying arrangement adalah perjanjian salah satu pihak untuk menjual suatu produk (*tying product*) hanya jika dengan syarat pembeli juga membeli produk yang lain (*tied product*) atau paling tidak setuju untuk membeli produk tersebut dari pihak lain”.

⁴⁵ Andi Fahmi Lubis *et.al., Op.Cit.*, hlm 120

membeli produk dan/atau jasa lain, yang sebenarnya bisa dibelinya dari penjual lain. 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 kewajiban untuk membeli produk ini diterapkan secara sepihak tanpa dapat dihindari oleh pembeli karena tidak ada pilihan penjual lainnya, penjual akan memiliki posisi tawar yang tinggi (*dominant bargaining power/position*) dan menjadikan perjanjian berat sebelah.⁴⁶

B. Tinjauan Umum Hukum Persaingan Usaha Di Indonesia

1. Pengaturan *Tying Agreement* di Indonesia

Dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 terdapat 11 (sebelas) macam perjanjian yang dilarang untuk dibuat oleh pelaku usaha dengan pelaku usaha lain, sebagaimana diatur dalam pasal 4 samapai pasal 16. Perjanjian-perjanjian yang dilarang dibuat tersebut dianggap sebagai praktik monopoli dan/atau persaingan usaha yang tidak sehat, apabila perjanjian-perjanjian yang dilarang ini ternyata tetap dibuat oleh pelaku usaha, maka perjanjian yang demikian diancam batal demi hukum atau dianggap tidak pernah ada, karena yang dijadikan sebagai objek perjanjian adalah hal-hal yang tidak halal yang dilarang oleh Undnag-undang.⁴⁷

⁴⁶ Rachmadi Usman, *Op, Cit.*, hlm. 341.

⁴⁷ A M Tri Angraini, *Hukum Persaingan Usaha Studi Konsep Pembuktian Terhadap Perjanjian Penetapan Harga dalam Persaingan Usaha*, (Malang: Setara Press, 2013) hlm. 27.

Dari pasal 4 sampai dengan pasal 16 Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 terdapat beberapa perjanjian yang dilarang, sebagai berikut:

- a. Oligopoli (Pasal 4);
- b. Penetapan harga (Pasal 5);
- c. Diskriminasi harga dan diskon (Pasal 6-8);
- d. Pembagian wilayah (Pasal 9);
- e. Pemboikotan (Pasal 10);
- f. Kartel (Pasal 11);
- g. Trust (Pasal 12);
- h. Oligopsoni (Pasal 13);
- i. Integrasi vertikal (Pasal 14);
- j. Perjanjian tertutup (Pasal 15);
- k. Perjanjian dengan luar negeri (Pasal 16).

Pasal 15 Undang-Undang No 5 Tahun 1999 mengatur suatu perjanjian tertutup atau *exclusive dealing* yaitu suatu perjanjian yang terjadi antara mereka yang berada pada level yang berbeda pada proses produksi atau jaringan distribusi suatu barang atau jasa.⁴⁸

Pada prinsipnya seorang pelaku usaha bebas untuk menentukan sendiri pihak penjual atau pembeli atau pemasok suatu produk di pasar sesuai dengan berlakunya hukum pasar. Karena itu, setiap perjanjian yang menggeroti kebebasan tersebut bertentangan dengan hukum pasar dan dapat

⁴⁸ Andi Fahmi Lubis, *et. al.*, *Op. Cit.*, hlm. 118

mengakibatkan timbulnya persaingan curang. Perjanjian yang dapat membatasi kebebasan pelaku usaha tertentu untuk memilih sendiri pembeli. Penjual atau pemasok disebut dengan istilah “perjanjian tertutup”.⁴⁹

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, larangan terhadap *exclusive dealing* termasuk di dalamnya *exclusive distribution*, *tying agreement* dan *vertical agreement on discount* diatur dalam ketentuan Pasal 15, sebagai berikut:⁵⁰

1. Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha lain yang memuat persyaratan bahwa pihak yang menerima barang dan atau jasa hanya akan memasok kembali barang dan atau jasa tersebut kepada pihak tertentu dan atau pada tempat tertentu.
2. Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pihak lain yang memuat persyaratan bahwa pihak yang menerima barang dan atau jasa tertentu harus bersedia membeli barang dan atau jasa lain dari 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:
 - 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.

⁴⁹ Munir Fuady, *Hukum Anti Monopoli Menyongsong Era Persaingan Sehat*, (Bandung; PT Citra Aditya Bakti, 2003), hlm. 68-69

⁵⁰ Lihat Pasal 15 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

Perjanjian tertutup agar dapat dilarang menurut Pasal 15 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, maka haruslah dipenuhi unsur-unsur sebagai berikut:⁵¹

1. Adanya suatu perjanjian;
2. Perjanjian tersebut dibuat dengan pelaku usaha lain;
3. Perjanjian tersebut memenuhi salah satu unsur sebagaimana dimaksud dalam angka 1 sampai dengan angka 3 tersebut diatas;
4. Tidak disyaratkan bahwa perjanjian tersebut harus dapat mengakibatkan terjadinya monopoli atau persaingan curang. Dengan demikian, yang dianut dalam pasal ini doktrin *Per Se*.

Pasal 15 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, *tying agreement* terjadi apabila suatu perusahaan mengadakan perjanjian dengan pelaku usaha lainnya yang berada pada level yang berbeda dengan mensyaratkan penjualan ataupun penyewaan suatu barang atau jasa hanya akan dilakukan apabila pembeli atau penyewa tersebut juga akan membeli atau menyewa barang lainnya.⁵²

Melalui praktik *tying agreement*, pelaku usaha dapat melakukan perluasan kekuatan monopoli yang dimiliki pada *tying product* (barang atau jasa yang pertama kali dijual) ke *tied product* (barang atau jasa yang dipaksa harus dibeli juga oleh konsumen) dengan demikian memiliki kekuatan

⁵¹ Ahmad Yani & Gunawan Widjaja, *Seri Hukum Bisnis Anti Monopoli*, (Jakarta; PT Rajagrafindo Persada, 1999) hlm. 27-28

⁵² Andi Fahmi Lubis, *et. al.. Op. Cit*, hlm 127.

monopoli untuk kedua produk sekaligus (*tying product dan tied product*), pelaku usaha dapat menciptakan hambatan bagi calon pelaku usaha pesaing untuk masuk ke dalam pasar. Perusahaan kompetitor agar dapat bersaing, mau tidak mau harus melakukan hal yang sama yaitu melakukan praktik *tying agreement* juga. Bagi konsumen yang tidak faham mengenai praktik *tying agreement*, mungkin ketika dia membeli suatu produk dan kemudian mendapatkan tambahan produk lain, dianggap sebagai suatu hadiah. Padahal sesungguhnya harga dia bayarkan merupakan harga dari kedua produk yang dia terima tersebut. Praktik *tying agreement* juga dapat membuat konsumen kesulitan dalam menemukan harga sebenarnya dari produk yang dia beli, di mana sebelumnya dia hanya ingin membeli satu produk, tetapi karena dipaksa harus membeli produk yang lain sehingga membuat konsumen menjadi bingung berapa harga dari masing-masing produk.⁵³

Terdapat beberapa tujuan dari *tying agreement*. Pertama untuk mempersulit masuk ke pasar. Kedua, untuk meningkatkan penghasilan dengan menggunakan kekuatan monopoli pada salah satu barang atau jasa. Terakhir adalah untuk menjaga kualitas barang.⁵⁴

⁵³ Andi Fahmi Lubis, dkk. *Op. Cit.*, hlm127-128

⁵⁴ Andi Fahmi Lubis, dkk. *Op. Cit.*, hlm 127-128

Khusus untuk strategi *tying* (perjanjian pembelian dengan mengaitkan produk lain dalam satu penjualan), dampak positif yang biasa muncul antara lain:⁵⁵

- a. Penjualan berbagai produk secara bersamaan akan mengurangi biaya transaksi, terutama dalam proses pengumpulan informasi, negosiasi serta manajemen logistic.
- b. Dalam kasus tertentu (misalnya untuk mesin yang rumit), produsen dapat mengikatkan 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.

Dampak negatif yang terjadi dari *tying* diantaranya adalah:

- a. Merupakan salah satu bentuk pembatasan akses pasar yang diberlakukan oleh pelaku perjanjian ini terhadap pelaku usaha pesaingnya. Pada umumnya produk yang dijual dapat menghadapi persaingan yang sangat kuat karena adanya produk substitusi.
- b. Merupakan hambatan masuk kepasar, terutama bagi pelaku usaha yang tidak memiliki kemampuan untuk memproduksi produk yang disertakan atau disyaratkan diluar produk utamanya.
- c. Dapat menciptakan pasar monopoli, terutama dalam layanan purna jual, sebagai akibat ketergantungan pembeli terhadap kondisi purna jual yang diberikan oleh produsen.
- d. Sebagai sarana untuk menyamakan praktek penetapan harga dan atau praktek menjual rugi.

2. Putusan KPPU Terhadap *Tying Agreement*

- a. Posisi kasus Putusan KPPU Nomor 02/KPPU-I/2013. Awal mulanya kondisi kegiatan usaha bongkar muat barang di Pelabuhan Teluk Bayur dirasa pelaku usaha terkait cukup kondusif namun ketika PT PELINDO II (Persero) selaku badan usaha pelabuhan juga melakukan kegiatan usaha bongkar muat barang dengan membentuk unit/divisi khusus bongkar muat

⁵⁵ Lihat Pedoman Pasal 15 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999

barang yaitu Perusahaan Bongkar Muat (PBM) dan Divisi Usaha Terminal (DUT) PT PELINDO II (Persero) Cabang Teluk Bayur maka dirasa mulai menimbulkan permasalahan, terlebih lagi selaku pengelola pelabuhan, PT PELINDO II (Persero) menetapkan persyaratan dalam perjanjian penyewaan lahan di Pelabuhan Teluk Bayur dengan mewajibkan penyewa lahan untuk menggunakan jasa bongkar muat yang dimiliki PT PELINDO II (Persero). Tindakan tersebut sangat memiliki potensi menimbulkan dampak persaingan usaha yang tidak sehat dalam pasar jasa bongkar muat barang di Pelabuhan Teluk Bayur - Provinsi Sumatera Barat.⁵⁶

Alat bukti yang diajukan investigator, bahwa ada perjanjian sewa lahan milik PT Pelindo II (persero) juga terdapat klausul kewajiban pengguna/penyewa lahan yang harus memenuhi jumlah *throughput minimum* pertahun. Jika tidak terpenuhi, maka pihak pengguna/penyewa lahan akan dikenakan sanksi yang dihitung per/ton dari sisa jumlah *throughput minimum* yang tidak terpenuhi. Bahkan berdasarkan alat bukti juga terdapat perjanjian sewa lahan yang mengatur mengenai larangan untuk menangani bongkar muat pihak ketiga, apabila dikerjakan maka harus memperoleh izin dari PT Pelindo II (Persero).⁵⁷

- b. Posisi kasus Putusan KPPU Nomor 5/KPPU-I/2014. Bermula ketika adanya pengajuan Kredit Kepemilikan Rumah (KPR) pada Bank Rakyat Indonesia. KPR adalah salah satu produk perbankan yang

⁵⁶ Putusan KPPU Nomor 02/KPPU-I/2013, hlm. 3-4.

⁵⁷ Putusan KPPU Nomor 02/KPPU-I/2013, hlm. 4.

mempersyaratkan adanya asuransi jiwa. Bahwa terkait kegiatan *bancassurance*, terdapat aturan Surat Edaran Bank Indonesia No. 12/35/DPNP tanggal 23 Desember 2010 (SEBI) untuk kerjasama antara bank dengan perusahaan asuransi dengan model 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 dimaksud paling kurang dari 3 (tiga) perusahaan asuransi mitra Bank yang 1 (satu) diantaranya dapat merupakan pihak terkait Bank.

Namun BRI hanya menawarkan 2 (dua) perusahaan asuransi, yaitu PT Asuransi Jiwa Beringin Jiwa Sejahtera dan PT Heksa Eka Life Insurance. Dimana kedua perusahaan asuransi tersebut merupakan satu konsorsium dimana PT Asuransi Jiwa Beringin Jiwa Sejahtera menjadi ketua konsorsium. Konsorsium antara PT Asuransi Jiwa Beringin Jiwa Sejahtera dan PT Heksa Eka Life Insurance dimulai pada tahun 2003. Karena besarnya resiko dalam hal asuransi, maka PT Asuransi Jiwa Beringin Jiwa Sejahtera dan PT Heksa Eka Life Insurance melakukan pembagian risiko dengan komposisi pertanggungjawaban premi 60% : 40%.

Adanya perjanjian kerjasama antara BRI dengan PT Asuransi Jiwa Beringin Jiwa Sejahtera dan PT Heksa Eka Life Insurance, di mana pihak BRI menetapkan *terms and conditions* antara lain terkait dengan tariff premi, *free cover limit*, dan mekanisme pembayaran klaim yang mengacu

pada dan dapat dipenuhi oleh PT Asuransi Jiwa Beringin Jiwa Sejahtera dan PT Heksa Eka Life Insurance, tetapi untuk dipenuhi oleh pesaing potensial PT Asuransi Jiwa Beringin Jiwa Sejahtera dan PT Heksa Eka Life Insurance 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 the market*).

Kondisi yang demikian, membawa adanya kesulitan bagi pesaing potensial dari PT Asuransi Jiwa Beringin Jiwa Sejahtera dan PT Heksa Eka Life Insurance untuk memenuhi persyaratan BRI antara lain dengan *rate* premi, proses klaim di mana klaim dibayarkan terlebih dahulu dan setelah dokumen, dan adanya *offset* premi dengan pembayaran klaim sehingga terdapat hambatan masuk (*entry to barrier*) yang nyata bagi pelaku usaha potensial lain yang ingin masuk ke dalam pasar bersangkutan.

C. Tinjauan Umum Hukum Persaingan Usaha Di Uni Eropa

Pengaturan persaingan Uni Eropa memiliki keunikan khusus karena Uni Eropa bukanlah suatu negara, tetapi merupakan kerjasama ekonomi dari sebagian besar negara-negara Eropa.⁵⁸ Saat ini Uni Eropa beranggotakan 27 (dua puluh tujuh) negara yang pada awalnya adalah suatu Masyarakat (*community*) yang dibentuk dalam komunitas batu bara dan baja di Eropa (*European Coal and Steel Community* – ECSC) diawali oleh 6 negara anggota yaitu Perancis, Jerman,

⁵⁸ Johnny Ibrahim, *Hukum Persaingan Usaha Filosofi, Teori, dan Implikasi Penerapannya di Indonesia*, (Malang: Banyumedia, 2007), hlm. 178

Italia, Belanda, Belgia, dan Luksemburg. Karena negara tersebut mengambil langkah penting yang berlatar belakang antar pemerintahan (*intergovernmentalism*), dengan meletakkan kedaulatan yang berintegritas lebih tinggi dari kedaulatan nasional (*supranational authority*) sebagai lembaga mandiri yang berkekuatan mengikat bagi para konstituen negara-negara anggotanya. Atas kesamaan kepentingan tersebut maka pada tahun 1951 ditandatangani perjanjian di Paris, yang dikenal sebagai ECSC *treaty* atau Traktat Paris. Melalui traktat ECSC, *Community* mencoba melakukan pendekatan integrasi sektor ekonomi lainnya yang pada akhirnya menuju integrasi ekonomi secara menyeluruh.

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

Tujuan utama dibentuknya Masyarakat Eropa (EC) adalah terciptanya pasar bebas, ketentuan-ketentuan khusus yang mengaturnya adalah pasal 3 (a)

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

Dalam pasar bebas semua sumber ekonomi harus bergerak secara bebas, tidak ada hambatan oleh batasan negara. Oleh karena itu Traktat Roma menetapkan empat kebebasan (*four freedoms*) yang mengikat yaitu kebebasan berpindah barang, kebebasan berpindah tempat kerja, kebebasan memilih tempat tinggal dan lalu lintas jasa yang bebas, lalu lintas modal yang bebas.⁵⁹

Pasar bebas mempunyai kebijakan yang komersial umum, relasi komersial dengan negara-negara ketiga dan kebijakan persaingan. Salah satu dari ketentuan-ketentuan khusus yang mengatur pasar bebas yang mempunyai peran sangat penting bagi Masyarakat Eropa adalah hukum persaingan usaha. Dasar kebijakan hukum persaingan usaha oleh Masyarakat Eropa diatur dalam Pasal 3 (g) *EC Treaty*, bahwa persaingan dijamin di pasar antara anggota masyarakat Uni Eropa tidak terdistorsi. Sebagai peraturan pelaksana Pasal 3 (g) *EC Treaty* tersebut ditetapkan di dalam Pasal 81 dan Pasal 82 tersebut diterbitkan Peraturan No. 17/1962 di mana ditetapkan Komisi Uni Eropa diberikan kewenangan untuk menetapkan denda, ganti rugi kepada para individu dan pelaku usaha yang melanggar ketentuan Pasal 81 dan Pasal 82 *EC Treaty*. Pasal 81 dan Pasal 82 *EC*

⁵⁹ Valentine Korah, *An Introductory Guide to Ec Law and Practice*, 7th (New York: Oxford University Press, 2000)

Treaty tersebut saat ini sudah digantikan dengan Pasal 101 dan Pasal 102 TFEU (*the Treaty on the Functioning of the European Union*).⁶⁰

Sementara setiap negara anggota (*member state*) memiliki lembaga penegak hukum persaingannya masing-masing. Uni Eropa memiliki sebuah lembaga (*directorate*) yang mengawasi pelaksanaan aturan persaingannya sendiri (*community competition law*). Setiap negara dapat menerapkan aturan persaingan Uni Eropa sekaligus aturan persaingannya sendiri terhadap kasus-kasus yang muncul dan dapat mengadili berdasarkan prosedur administrasi dan hukum acara peradilan di negaranya masing-masing. Sementara itu, Uni Eropa hanya menegakkan aturan persaingannya sendiri dan tidak boleh menggunakan aturan negara anggota. Jika muncul kasus-kasus yang menghambat persaingan (*restraint of trade*) yang dilarang baik oleh aturan persaingan negara anggota maupun Uni Eropa dan negara anggota berjalan dan ditegakkan bersama-sama dalam suatu sistem harmonis dalam wadah yang oleh Jason Hoerner disebut sebagai *Dual Enforcement System*.⁶¹

Dari dua tujuan utama aturan persaingan Uni Eropa yang pertama adalah mencegah praktik-praktik pembatasan (*restrictive practices*) terhadap perdagangan yang dapat memengaruhi proses penyatuan ekonomi negara

⁶⁰ Andi Fahmi Lubis, *et.al.*,. *Hukum Persaingan Usaha Antara Teks & Konteks Edisi 2*, (Jakarta: KPPU, 2017) hlm. 32-33

⁶¹ *Ibid*, hlm. 179

anggota lain (*separate member state*) dalam pasar tunggal Eropa. Kedua adalah untuk melindungi dan mempromosikan aturan persaingan usaha Uni Eropa.⁶²

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

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 Amstrerdam*, 1997
8. *The Treaty of Nice*, 2000
9. Konvensi Masa Depan Eropa dan Traktat Akses 10 Negara Anggota Baru
10. Perjanjian *Libson (TFEU)*, 2009

Dapat dilihat dari sejarah pembentukan Uni Eropa hingga saat di berlakukannya dasar hukum baru, yaitu perjanjian *Libson (TFEU)*. Perjanjian libson membawa sebuah perubahan dasar bagi Uni Eropa atas 27 negara anggotanya. Perjanjian bersejarah ini membuat peran Uni Eropa dalam mengatur 27 negara anggotanya menjadi lebih besar dan membuat kebijakan negara-negara

⁶² *Ibit*, hlm. 180

Eropa kian terintegrasi. Perjanjian *Libson* (*TFEU*) ditandatangani oleh para pemimpin anggota Uni Eropa di Portugal pada tanggal 13 Desember 2007. Perjanjian itu menjadi dasar hukum reformasi pengganti Traktat *Maastricht* (1992) dan Perjanjian Roma (1957) yang mendirikan komunitas Eropa. Nama resmi perjanjian *Libson* adalah Perjanjian Operasional Uni Eropa (*TFEU*).⁶³ Perjanjian *Libson* membawa sejumlah perubahan dasar bagi peran Uni Eropa, diantaranya:

- 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 *Libson* adalah kebijakan dibidang pertanian dan dan kebijakan dibidang perikanan.

Selain itu perjanjian *Libson* juga menghapus system kepemimpinan Uni Eropa lama sekaligus menciptakan pembentukan posisi Presiden Dewan Eropa

⁶³ <http://www.indonesianmission-eu.org/website/page943418664200310095958555.asp#top>

untuk jangka waktu yang lebih lama. Perjanjian itu juga mengesahkan pembentukan jabatan Perwakilan Tinggi Uni Eropa untuk Hubungan Luar Negeri dan Kebijakan Keamanan, yang akan menyuarakan kebijakan-kebijakan Uni Eropa di manca negara. Tak kalah penting, perjanjian *Libson* juga mengesahkan Piagam Hak Asasi Manusia Uni Eropa menjadi dasar hukum yang mengikat.⁶⁴

Perjanjian libson terdiri dari beberapa ketentuan dalam pengaturannya, yaitu:⁶⁵

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, service and capital

Title V – Area of freedom, security and justice

⁶⁴ http://dunia.news.viva.co.id/news/read/110133-uni_eropa_berlakukan_dasar_hukum_baru

⁶⁵ Lihat *Consolidated Version of The Treaty on the Functioning of the European Union*

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

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

1. Pengaturan Tying Agreement di Uni Eropa

Article 102 sebagaimana diatur di dalam *The Treaty on the Functioning of the European Union* yaitu menjelaskan tentang penyalahgunaan posisi dominan yang dilakukan pengusaha atau perusahaan yang diletakkan sebagai suatu kesalahan menurut aturan yang berlaku. Article 102 *The Treaty on the Functioning of the European Union* dijelaskan 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 obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts”.*

Article 102 TFEU dalam terjemahannya yang secara bebas mengartikan bahwa:

Setiap penyalahgunaan oleh satu atau lebih pelaku usaha dari posisi dominan di dalam pasar internal atau sebagian besar dari itu akan dilarang sebagai tidak sesuai dengan pasar internal sejauh itu dapat mempengaruhi perdagangan antara Negara-negara Anggota. Penyalahgunaan tersebut dapat terdiri dari:

- a. secara langsung atau tidak langsung memaksakan harga beli atau jual yang tidak adil atau kondisi perdagangan tidak adil lainnya,

- b. membatasi produksi, pasar atau pengembangan teknis untuk prasangka konsumen;
- c. menerapkan kondisi yang berbeda untuk transaksi yang setara dengan pihak perdagangan lainnya, dengan demikian menempatkan mereka pada kerugian kompetitif;
- d. membuat kesimpulan kontrak tunduk pada penerimaan oleh pihak lain dari kewajiban tambahan yang, berdasarkan sifatnya atau sesuai dengan penggunaan komersial, tidak memiliki hubungan dengan subjek kontrak tersebut

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 *tying agreement*, yang mana perbuatan tersebut merupakan kesalahan menurut Article 102 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”.

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

Konsep *tying agreement* di Uni Eropa yaitu di mana pelaku terikat dengan ketentuan kontrak atau hal lain, yang mana pembeli diharuskan untuk membeli semua bagian dari permintaan produk yang kedua, pembeli harus mengambil produk yang pertama. Dalam hal ini kebijakan kompetisi, dimana

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

dalam kebijakan tersebut adanya kekurangan dalam *tying agreement* ini, yaitu:⁶⁷

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

Tying agreement ini, dapat ditempuh dengan berbagai cara, diantaranya yaitu:⁶⁸

- a. Dengan adanya ketentuan kontrak di mana pelaku itu “menyuruh” atau “bersikeras kepada konsumen, bahwa konsumen harus membeli produk kedua untuk mendapatkan produk pertama.
- b. Di sini pelaku usaha tersebut melakukan penolakan untuk menyuplai produk pertama, akan tetapi jika pembeli membeli produk kedua, maka pelaku usaha akan menyuplai produk pertamanya.
- c. Adanya permainan harga, yaitu seperti pembeli ditawarkan diskon tetapi harus membeli kedua produk. Sehingga, jika hanya membeli satu produk maka harga sama.

⁶⁷ Whish Richard, *Competition Law*, (London: Lexis Nexis UK, 2003) hlm. 658

⁶⁸ *Ibid*, hlm. 658-659

Pengaturan *tying agreement* di Uni Eropa termasuk ke dalam satu pasal yang mengatur juga terkait posisi dominan. Karena timbulnya *tying agreement* tersebut dikarenakan adanya *market power* yang dimiliki oleh suatu perusahaan atau pelaku usaha. Di mana kekuatan pasar tersebut diakibatkan karena perusahaan atau pelaku usaha tersebut memiliki kedudukan yang dominan.

2. Putusan Komisi Uni Eropa

Kasus Nomor COMP/C-3/37.792 – Microsoft. Pada bulan Maret 2004 Komisi Uni Eropa menjatuhkan putusan mengenai investigasi kasus persaingan usaha kepada Microsoft atas perilakunya yang telah menolak memberikan lisensi kepada pesaingnya terkait dengan teknologi protocol dalam sistem operasi Windows server, dan strategi penjualan paket streaming media palyback (Windows Media Player) dalam system operasinya. Komisi kemudian memerintahkan kepada Microsoft untuk memberikan lisensi teknologi protocol tersebut kepada pesaingnya dan mengeluarkan produk system operasi yang tidak termasuk di dalamnya produk *streaming* media *playback* tersebut. Komisi kemudain menjatuhkan denda sebesar 497 juta Euro (atau sekitar 605 juta US Dolar). Putusan bersalah yang dijatuhkan kepada Microsoft karena telah melakukan *abuse of dominance* position melalui *refusal to supply* dan praktek *tying*.⁶⁹

⁶⁹ Lihat Commission Decision of 24.03.04 relating to proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/C-3/37/792 – Microsoft)
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1562262036189&uri=CELEX:32007D0053>

Terkait dengan praktek *tying*, maka ada dua produk yang menjadi objek perhatian dalam kasus ini yaitu Client PC OS yaitu Microsoft Windows sebagai produk pengikat (*tying product*) dan Windows Media Player sebagai produk terikat (*tied product*).

Produk relevan pertama yang merupakan produk terikat (*tied product*) adalah produk streaming media players yang dalam putusan didefinisikan adalah sebagai aplikasi *Client* untuk melakukan proses *decode*, *decompress*, dan *play (processing)* audio digital dan file video yang diunduh atau di-streaming melalui internet. Media player juga mampu untuk memutar audio maupun video melalui cakram optik seperti CD maupun DVD.⁷⁰

Produk Microsoft pada pasar bersangkutan ini adalah Windows Media Player (WMP) yang sampai dengan putusan dibuat pada tahun 2004 telah sampai dengan versi ke -9. Pesaing langsung dari produk ini antara lain *Real One Player (RealNetwork)*, *Quicktime Player (Apple)*, *Winamp (Nullsoft)*, *MusicMatch*, *Media Jukebox*, *Ashampoo*, dan *VLC Media Player*. Fungsi utamanya sama, namun masing-masing produk tersebut terkadang memiliki fitur yang berbeda yang tidak dimiliki oleh pesaing lainnya. Hal yang paling terlihat adalah perbedaan jenis ekstensi file yang dapat diputar dalam media player tersebut. Sedangkan untuk produk pengikat (*tying product*) adalah produk Microsoft Windows yang merupakan *Client PC Operating*

⁷⁰ Ahmad Adi Nugroho, *Strategi Bundling/Tying Sebagai Upaya Abuse of Dominance*, (Jakarta: Jurnal KPPU, 2010) hlm. 69

System yang telah memiliki posisi dominan diukur dari tingginya pangsa pasar (*market share*) yang dimiliki.⁷¹

Operating System	2000		2001		2002	
	Unit	Penerimaan	Unit	Penerimaan	Unit	Penerimaan
Windows	92,1	92,8	93,2	95,4	93,8	96,1
Apple (MAC OS)	3,9	3,3	3,1	2,4	2,9	2,2
Linux	1,7	0,5	2,3	0,4	2,8	0,4
Lainnya	2,4	3,3	1,3	1,8	0,5	1,4
Total	100	100	100	100	100	100

Sumber: IDC Worldwide Client and Server Operating Forecast 2002-2007 yang dimuat dalam putusan 2004⁷²

Tingginya pangsa pasar yang dimiliki oleh Microsoft dan tingginya pula *barrier to entry* menyebabkan EC dapat mengenakan Article 82 *EC treaty* yang mana sekarang telah digantikan dengan Article 102 TFEU (*The Treaty on the Functionign of the European Union*).

D. Pendekatan *Per se Illegal* dan *Rule of Reason*

Pendekatan *per se illegal* maupun *rule of reason* telah lama diterapkan untuk menilai apakah suatu tindakan tertentu dari pelaku bisnis melanggar undang-undang persaingan usaha. Pendekatan *rule of reason* adalah suatu pendekatan yang digunakan oleh lembaga otoritas persaingan usaha untuk

⁷¹ *Ibid.*, hlm. 70

⁷² *Ibid.*,

membuat evaluasi mengenai akibat perjanjian atau kegiatan usaha tertentu, guna menemukan apakah suatu perjanjian atau kegiatan tersebut bersifat menghambat atau mendukung persaingan. Sebaliknya, pendekatan *per se illegal* menyatakan setiap perjanjian atau kegiatan usaha tertentu sebagai *illegal*, tanpa pembuktian lebih lanjut atas dampak yang ditimbulkan dari perjanjian atau kegiatan usaha tersebut. Kegiatan yang dianggap sebagai *per se illegal* biasanya meliputi penerapan harga secara kolusif atas produk tertentu, serta pengaturan harga penjualan kembali.⁷³

Suatu pendekatan *per se illegal* dalam pengadilan akan dihukum tanpa proses penyidikan yang rumit. Jenis perilaku yang ditetapkan secara *per se illegal* hanya akan dilaksanakan setelah pengadilan memiliki pengalaman yang menandai terhadap perilaku tersebut, yakni bahwa perilaku tersebut hampir selalu bersifat anti persaingan, dan hampir selalu tidak pernah membawa manfaat sosial. Pendekatan *per se illegal* ditinjau dari sudut proses administratif adalah mudah. Hal ini disebabkan karena metode ini membolehkan pengadilan untuk menolak melakukan penyelidikan secara rinci, yang biasanya memerlukan waktu lama dan biaya yang mahal guna mencari fakta di pasar yang bersangkutan.⁷⁴

Pada prinsipnya terdapat dua syarat dalam melakukan pendekatan *per se illegal*, yakni pertama, harus ditujukan lebih kepada “perilaku bisnis” dari situasi pasar, karena keputusan melawan hukum dijatuhkan tanpa disertai pemeriksaan

⁷³ Andi Fahmi Lubis, *et..all.*, *Op. Cit*, hlm. 66

⁷⁴ *Ibid.*,

lebih lanjut yaitu menilai dari dampak yang ditimbulkan, misalnya mengenai akibat dan hal-hal yang melingkupinya. Metode pendekatan seperti ini dianggap *fair*, jika perbuatan *illegal* tersebut merupakan “tindakan sengaja” oleh perusahaan, yang seharusnya dapat dihindari. Kedua, adanya identifikasi secara cepat atau mudah mengenai jenis praktek atau batasan perilaku usaha, baik dipasar maupun dalam proses pengadilan harus dapat ditentukan dengan mudah. Meskipun demikian diakui, bahwa terdapat perilaku yang terletak dalam batas-batas yang tidak jelas antara perilaku terlarang dan perilaku yang sah.

Pembenaran substantif dalam *per se illegal* harus didasarkan pada fakta atau asumsi, bahwa perilaku tersebut dilarang karena dapat mengakibatkan kerugian bagi pesaing lainnya dan atau konsumen. Hal tersebut dapat dijadikan pengadilan sebagai alasan pembenar dalam pengambilan keputusan. Maka, terdapat dua hal penting yang harus diperhatikan oleh pengadilan, pertama, adanya dampak merugikan yang signifikan dari perilaku tersebut. Kedua, kerugian tersebut harus tergantung pada kegiatan yang dilarang.⁷⁵

Kedua metode pendekatan yang memiliki perbedaan ekstrim tersebut juga digunakan dalam UU No. 5 Tahun 1999. Hal ini dapat dilihat dari ketentuan pasal-pasalnya, yakni pencantuman kata-kata “yang dapat mengakibatkan” dan atau “patut diduga”. Kata-kata tersebut menyiratkan perlunya penelitian secara lebih mendalam, apakah suatu tindakan dapat menimbulkan praktik monopoli yang bersifat menghambat persaingan. Sedangkan penerapan pendekatan *per se*

⁷⁵ *Ibid*, hlm. 61

illegal biasanya dipergunakan dalam pasal-pasal yang menyatakan istilah “dilarang”, tanpa anak kalimat “yang dapat mengakibatkan”. Oleh karena itu, penyelidikan terhadap beberapa perjanjian atau kegiatan usaha, misalnya kartel (Pasal 11) dan praktik monopoli (Pasal 17) dianggap menggunakan pendekatan *rule of reason*. Sedangkan pemeriksaan terhadap perjanjian penetapan harga (Pasal 5) dan terhadap perjanjian tertutup (Pasal 15) dianggap menggunakan pendekatan *per se illegal*.⁷⁶



⁷⁶ *Ibid.*, hlm. 66

BAB III

HASIL DAN PEMBAHASAN

A. Penyalahgunaan Posisi Dominan Dalam Pembuktian *Tying Agreement*

(Perbandingan Pasal 15 Ayat (2) Dengan Article 102 Huruf (d) TFEU)

1. Filosofi Regulasi *Tying Agreement*

Tying agreement merupakan salah satu strategi penjualan yang dilakukan oleh pelaku usaha dan atau kelompok pelaku usaha yang berpotensi mengakibatkan terjadinya anti persaingan.⁷⁷ Adanya paksaan oleh penjual kepada pembeli untuk membeli produk ikatan (*tied product*) sebagai syarat untuk mendapatkan produk utama (*tying product*) yang diinginkan pembeli, maka dalam hal ini terjadilah *tying arrangement*.⁷⁸

Dalam Black's Law Dictionary *tying* diartikan sebagai:

“Whereby a seller sells a product to a buyer only if the buyer purchases another product from the seller”

“The courts have developed an easily articulated text for so-called per se illegal tying arrangements, although the test varies from one circuit court to another in operation, the tests are similar, and the three-part test combines elements that are separated in the tests of other circuits. For purpose of analysis we use this five-part test: (1) There must be separate tying and tied product; (2) There must be evidence of actual coercion by the seller that in fact forced the buyer to accept the tied product; (3) The seller must possess sufficient economic power in the tying product market to coerce purchaser acceptance of the tied product; (4) There must be anticompetitive effects in the tied market; (5) There must be involvement of a not insubstantial amount of interstate commerce in the tied product market”

⁷⁷ Arie Siswanto, *Hukum Persaingan Usaha*, (Bogor: Ghalia Indonesia, 2004). Hlm 42

⁷⁸ Robert E. Metz, *Antitrust: Tying Arrangement: Tying of Goods and Service Justified by a Sound Business Reason*, (California Law Review Vol. 49, No. 14, 1961) hlm 746

Definisi *tying* dalam *Black's Law Dictionary* lebih menekankan adanya suatu perjanjian yang dilakukan oleh penjual produk kepada pembeli produk dengan mewajibkan bahwa pembeli produk harus membeli produk lain dari si penjual (penjual barang). Sehingga dalam menganalisis suatu *tying agreement* harus memperhatikan bahwa pelaku usaha (penjual produk) harus memiliki kekuatan ekonomi yang cukup signifikan pada *tying product* untuk memaksa pembeli menerima *tied product*.

Beberapa jenis perjanjian, seperti *tying arrangement* dan *group boycotts*, mungkin dapat diputuskan baik berdasarkan *per se illegal* atau *rule of reason*, tergantung kepada pemeriksaan awal dari suatu perjanjian.⁷⁹ *Tying arrangement* terjadi ketika penjual memperlakukan penjualan suatu produk utama (*tying product*) dengan mewajibkan pembelian produk lainnya (*tied product*). *Tying arrangement* pada awalnya dianggap anti persaingan, didasarkan pada teori bahwa penjual telah menggunkan kekuatan pasarnya dalam *tying product* untuk memaksa konsumen membeli *tied product*. Dengan demikian ini dikenal sebagai "*leverage theory*."⁸⁰

Namun demikian, *leverage theory* memerlukan suatu pemeriksaan yang teliti, seperti pertanyaan yang sering keluar mengenai apakah konsumen dapat dipaksa pembelian *two tied product* dengan harga lebih mahal dari pada jumlah masing-masing harga prdouk tersebut. Maka pengadilan dalam

⁷⁹ Andi Fahmi Lubis, et.al., *Op.Cit.*, hlm 66.

⁸⁰ Leverage theory: "*The term leverage generally refers to a tactic by which a firm with power in one market exploits that power in another. The term also refers to leveraging power from one product to another, as in tying cases*"

menentukan *tying arrangement* secara *per se illegal* hanya jika faktor-faktor awal tertentu telah ditetapkan, seperti adanya: kekuatan pasar *tying product*, eksistensi produk secara terpisah, paksaan nyata terhadap konsumen, dampak yang substansial terhadap perdagangan antar negara bagian.⁸¹

Beberapa unsur-unsur yang dapat diperhatikan dalam menganalisa perbuatan *tying agreement*:

a) Unsur paksaan;

Paksaan yang biasanya disebut “*coercion*” adalah istilah yang biasa digunakan dalam ketentuan *tying arrangement*. Dalam bukunya *Antitrust*, Herbert Hovenkamp menjelaskan bahwa suatu *tying arrangement* dikatakan *illegal* hanya jika pelaku usaha memaksa pembeli untuk membeli *tied product* yang sebenarnya tidak diinginkan sebagai syarat untuk mendapatkan *tying product*.⁸² Apabila dalam suatu perjanjian atau ketentuan penjualan suatu barang dan/atau jasa mensyaratkan bahwa pembeli harus membeli produk utama (*tying product*) dan produk tambahan (*tied product*) sekaligus, maka dapat disimpulkan telah terdapat unsur paksaan.⁸³ Sehingga unsur paksaan merupakan unsur penting untuk membuktikan ada tidaknya suatu praktik *tying*, maka tidak ada tindakan yang dapat dinyatakan sebagai praktik *tying* apabila tidak ada bukti bahwa pembeli dipaksa untuk membeli

⁸¹ Andi Fahmi Lubis, et.al., *Op.Cit.*, hlm. 79

⁸² Herbert Hovenkamp, *Op.Cit.*, hlm.160.

⁸³ Stephen F. Ross, *Op.Cit.*, hlm. 285

produk tambahan (*tied product*) sebagai syarat untuk mendapatkan produk utama (*tying product*).⁸⁴

b) Unsur produk yang terpisah;

Penjualan dengan menggunakan praktik *tying* melibatkan dua produk yang benar-benar terpisah.⁸⁵ Pengujian yang dapat dilakukan untuk mengetahui apakah satu produk benar-benar terpisah dengan produk lain adalah dengan melihat orientasi konsumen, apakah konsumen mempertimbangkan persaingan produk tambahan (*tied product*) dalam pasar produk tambahan.⁸⁶ Penjualan kombinasi pada dasarnya bertujuan untuk mencapai efisiensi yaitu pelaku usaha dapat mengurangi biaya produksi atau distribusi dengan cara mengkombinasikannya dengan barang lain.⁸⁷ Dalam hal menentukan apakah dua produk benar-benar terpisah, Stephen F. Ross memberikan penjelasan sebagai berikut:⁸⁸

“In determining when two products are truly separated, Hyde cited with approval the approach taken by the influential district court opinion in United States v. Jerold Electronics Corp. In that case, Jerold had pioneered technology in community television antenna systems and refused to sell the components for its system separately. The district judge rejected Jerold’s contention that its system was a single product. In so holding, the judge correctly focused on several key factors. First, firms other than Jerold sold the product separately, thus suggesting that consumers valued competition in tied market. Second, Jerold priced the goods individually, rather than as a package. If the products were really

⁸⁴ Jonathan M. Jacobson, *Op.Cit.*, hlm. 1117.

⁸⁵ Stephen F. Ross, *Op.Cit.*, hlm. 287

⁸⁶ *Ibid.*,

⁸⁷ Herbert Hovenkamp, *Op.Cit.*, hlm.159

⁸⁸ Stephen F. Ross, *Op.Cit.* hlm. 288

inseverable (like left and right shoes), separate pricing would not be feasible. Third, Jerrold's "packages" were customized, suggesting a bundling of separated products rather than one single product"

Berdasarkan penjelasan Stephen F. Ross, terdapat beberapa faktor yang dijadikan acuan untuk menentukan apakah dua produk benar-benar merupakan produk yang terpisah, yaitu :

- 1) Konsumen mempertimbangkan persaingan yang terdapat dalam pasar produk tambahan (*tied product*).
- 2) Terdapat harga yang berbeda untuk kedua produk. Dalam hal ini apabila kedua produk benar-benar tidak dipisahkan maka pada dasarnya tidak diperlukan pembedaan harga.

Selain itu, dalam bukunya *Antitrust*, Herbert Hovenkamp menjelaskan bahwa penting untuk mengidentifikasi suatu produk sebagai produk "tunggal" dalam konteks *tying arrangement*, contohnya adalah sepatu kiri dan sepatu kanan diidentifikasi sebagai produk "tunggal" karena kita dibiasakan untuk membeli sepatu secara sepasang.⁸⁹ Alasan mengapa sepatu dijual secara sepasang adalah karena sepatu yang dijual secara sepasang akan lebih murah dan hampir semua orang yang membeli sepatu ingin membelinya berpasangan.⁹⁰ Dalam kasus ini, hal yang berpengaruh dalam menentukan suatu produk adalah produk "tunggal" atau "terpisah" adalah unsur efisiensi ekonomi dalam penjualan produk yang bersangkutan, dan contoh kasus penjualan sepatu yang dijual secara berpasangan dianggap sebagai produk "tunggal" karena harga

⁸⁹ Herbert Hovenkamp, *Op.Cit.*, hlm. 159

⁹⁰ *Ibid.*,

penjualan akan lebih murah dan lebih efisien serta pembeli sendiri mengharapkan untuk membelinya secara berpasangan.

c) Unsur kekuatan ekonomi;

Pelaku usaha harus memiliki kekuatan ekonomi dalam pasar produk utama yang dapat menimbulkan persaingan usaha tidak sehat sebagai akibat dari *tying arrangement*.⁹¹ Tanpa adanya kekuatan ekonomi, pelaku usaha tidak dapat menyingkirkan pelaku usaha lain dari pasar.⁹² Pernyataan Hyde tentang kekuatan ekonomi dalam kaitannya dengan *tying arrangement* yang dikutip oleh Stephen F. Ross dalam bukunya *The Principle of Antitrust Law* :⁹³

“appreciable economic power in the tying market..... is the power ‘to force a purchaser to do something that he would not do in a competitive market’

d) Unsur pengaruh terhadap persaingan usaha di pasar *tyed product*;

Dalam perkembangannya, pengadilan Amerika Serikat belum menemukan konsensus sejauh mana seorang penggugat harus membuktikan bukti mengenai dampak persaingan usaha tidak sehat yang ditimbulkan oleh pelaku usaha yang melakukan *tying arrangement*. Walaupun begitu, *Supreme Court* dalam kasus *Eastman Kodak*, menyatakan bahwa *tying arrangement* sudah melanggar hukum apabila pelaku usaha mempunyai kekuatan ekonomi yang cukup di pasar *tying product* dan apabila *tying arrangement* tersebut mempengaruhi

⁹¹ Stephen F. Ross, *Op.Cit.*, hlm. 290

⁹² *Ibid.*,

⁹³ *Ibid.*, hlm.294

perdagangan dalam pasar *tied product* tanpa membutuhkan bukti adanya persaingan usaha tidak sehat dalam *tied product*. Penggugat hanya perlu membuktikan bahwa kondisi pasar telah berlangsung secara kompetitif dan karena adanya *tying arrangement*, telah mempengaruhi atau berpotensi mempengaruhi persaingan yang telah ada. Oleh karenanya, apabila tergugat (pelaku usaha yang melakukan *tying arrangement*) dapat membuktikan bahwa tidak terdapat pengaruh terhadap persaingan penjualan *tied product*, maka dapat dikatakan tidak ada hambatan terhadap persaingan⁹⁴

Berdasarkan diskripsi pada bab II, maka secara garis besar sifat klasifikasi larangan dalam hukum persaingan usaha menggunakan dua pendekatan yaitu *per se illegal* dan *rule of reason*. *Per se illegal* dan *rule of reason* adalah dua bentuk pendekatan yang digunakan untuk menilai apakah suatu perjanjian atau kegiatan yang dilakukan pelaku usaha telah melanggar ketentuan Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. *Per se illegal* adalah suatu pendekatan yang menyatakan suatu perjanjian atau kegiatan tertentu sebagai perbuatan yang dilarang tanpa dibuktikan lebih lanjut dampak yang ditimbulkan oleh perjanjian atau kegiatan tersebut. Sedangkan *Rule of reason* adalah suatu pendekatan yang digunakan oleh KPPU untuk membuat evaluasi mengenai akibat suatu perjanjian atau kegiatan tertentu, apakah perbuatan atau kegiatan tersebut telah menimbulkan akibat yang disebutkan oleh Undang-

⁹⁴ Jonathan M. Jacobson, *Op.Cit.*, hlm. 200-201.

Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.⁹⁵ Sehingga untuk menentukan apakah perbuatan *tying agreement* melanggar ketentuan Undang-Undang No. 5/1999 maka mestinya dilakukan dengan pendekatan *rule of reason*.

Menurut Herbert Hovenkamp, suatu *tying agreement* tidak dapat menimbulkan harga monopoli apabila tidak memiliki kekuatan pasar karena konsumen pada dasarnya dapat beralih kepada pelaku usaha lain yang menjualnya secara terpisah sehingga pembeli tidak perlu membeli produk yang tidak diinginkannya.⁹⁶

Dengan demikian akibat dari perbuatan *tying agreement* tersebut hanya akan terjadi apabila pelaku *tying agreement* memiliki posisi dominan yang disalahgunakan, dan apabila *tying product* tidak dalam kedudukan yang dominan, maka perbuatan *tying agreement* tidak signifikan mengganggu pasar.

2. Penyalahgunaan Posisi Dominan Dalam Regulasi *Tying Agreement* di Indonesia

a. Analisa Pasal 15 Ayat (2) UU No. 5/1999

Tying agreement dalam Undang-Undang No 5 Tahun 1999 merupakan bagian dari perjanjian yang dilarang. Perjanjian yang dilarang yaitu:⁹⁷

⁹⁵ Ningrum Natasya Sirait, *et.al.*, *Ikhtisar Ketentuan Persaingan Usaha* (Jakarta : The Indonesia Netherlands National Legal Reform Program (NLRP), 2010), hal 172

⁹⁶ Herbert Hovenkamp, *Op.Cit.*, hlm. 151

⁹⁷ Suharsil dan Mohammad Taufik Makarao, *Hukum Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat Di Indonesia*, (Bogor: Ghalia Indonesia, 2010) hlm. 116

“suatu bentuk perbuatan yang dilakukan pelaku usaha untuk mengikat diri baik secara formal (tertulis) maupun informal (tidak tertulis) yang melibatkan pelaku usaha yang seharusnya bersaing sehingga terbentuk semacam kordinasi yang mengatur harga, kuota, dan/atau alokasi pasar”

Tying agreement dalam pengaturannya termasuk kedalam Pasal 15 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat yaitu ke dalam Perjanjian Tertutup. Perjanjian tertutup dalam Peraturan KPPU No. 5 Tahun 2011 adalah: ⁹⁸

“perjanjian yang dibuat oleh pelaku usaha maupun kelompok pelaku usaha yang bertujuan agar dapat menjadi sarana dan upaya bagi pelaku usaha maupun kelompok usaha untuk dapat melakukan pengendalian vertical (pengendalian vertikal), baik melalui pengendalian harga maupun melalui pengendalian non-harga”.

Strategi dalam pembuatan perjanjian tertutup ini pada umumnya pelaku usaha yang melakukan lebih banyak terjadi di level distribusi produk barang dan/atau jasa. Perjanjian tertutup pada umumnya yaitu pelaku usaha bersedia menerima antar produk bersaing dengan yang dihasilkan oleh produsen berbeda pada pasar yang sama (*interbrand competition*), kemudian secara sangat kuat mengendalikan persaingan antar distributor (*intra-brand competition*).⁹⁹ Persaingan *interbrand* adalah persaingan antara distributor atau pengecer untuk suatu produk yang berasal dari manufaktur atau produsen yang sama. Hambatan yang bersifat *interbrand* terjadi ketika akses penjualan distributor atau pengecer dibatasi oleh produsen.

⁹⁸ Lihat Peraturan KPPU No. 5 Tahun 2011

⁹⁹ Lihat Peraturan KPPU No 5 Tahun 2011 Tentang Pedoman Pasal 15 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat

Sedangkan persaingan *intra-brand* adalah persaingan antara manufaktur atau produsen untuk suatu jenis atau kategori barang dipasar bersangkutan yang sama. Hambatan *intra-brand* ini terjadi apabila produsen menciptakan pembatasan persaingan terhadap produk pesaingnya.¹⁰⁰

Berkenaan dengan persaingan dalam jalur distribusi ini, perusahaan yang memiliki kekuatan pasar (*market power*) dan atau perusahaan yang mempunyai posisi dominan kecil atau bahkan tidak memiliki pangsa pasar yang signifikan akan sulit melakukan perjanjian dengan distribusi. Sebaliknya dalam hal perusahaan produksi barang yang dimiliki pangsa pasar dan atau posisi dominan yang signifikan dalam pasar, melalui perjanjian distribusi akan dapat secara signifikan mencegah adanya produk sejenis masuk ke pasar. Akibatnya konsumen di dalam pasar tersebut tidak ada pilihan lain (penawaran atas produk 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 lebih unggul dari pesaingnya. Sebagai konsekuensi keberhasilan mencapai hal itu, pelaku usaha akan memperoleh posisi domain dan/atau mempunyai kekuatan pasar. Dan

¹⁰⁰ *Ibid.*, hlm 4

pejanjian *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 karakternya dengan produk pokoknya, perbedaan karakteristik antara produk utama dan produk lainnya sebagaimana dapat diukur berdasarkan tingkat komplemen atau substitusinya yang merupakan faktor kunci dari praktek *tying* tersebut. Pengaitan penjualan atau pembelian yang sama sekali berbeda dalam suatu paket potensial akan melanggar pasal ini.¹⁰¹

Tying agreement ini merujuk kepada perjanjian di antara dua pelaku usaha yang berada dalam pasar yang berbeda atau dua pelaku usaha yang menghasilkan dua produk yang tidak saling berkaitan, di mana pelaku usaha melakukan penolakan untuk menyuplai produk pertama, jika pembeli tidak bersedia membeli produk kedua.¹⁰²

Pelaku usaha yang membuat *tying agreement* tersebut, berpotensi melakukan perluasan kekuatan monopoli pada produk pengikat. Dengan

¹⁰¹ *Ibid*, hlm 12-13

¹⁰² Whish Richard, *Competition Law*, (Lexis Nexis UK, London, 2003,) hlm 659

kekuatan monopoli yang dimilikinya dalam pasar tersebut, maka pelaku usaha atau kelompok pelaku usaha dapat menciptakan hambatan bagi pelaku usaha lain atau dapat menghalangi para kompetitor (pelaku usaha lain), karena dengan adanya kekuatan monopoli pasar yang ada di dalam produknya tersebut akan mempengaruhi pasar.¹⁰³ Sehingga perbuatan *tying agreement* menyebabkan pembeli *tying product* diharuskan membeli juga *tied product*. Pengaturan untuk membeli *tying product* ini ditetapkan secara sepihak tanpa dapat dihindari oleh pembeli karena tidak adanya pilihan lain. Artinya, produsen tidak mempunyai pesaing yang cukup signifikan, dengan kata lain ia mempunyai kedudukan yang lebih dominan. Kedudukan yang lebih dominan inilah yang dimanfaatkan oleh pelaku usaha untuk membawa perusahaan *tied product* bisa menikmati posisi dominan yang sama, maka itulah salah satu tujuan dari pada *tying agreement*.

Bagi konsumen yang tidak mengerti mengenai *tying agreement*, 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 *tying agreement* ini membuat konsumen sulit dalam menentukan harga, disini juga terdapat

¹⁰³ Andy Fahmy Lubis, dkk, *Op. Cit.* hlm.120

paksaan untuk harus membeli kedua produk tersebut secara bersamaan. *Tying agreement* 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 ke dalam pasar dan mampu bersaing secara adil dalam pasar.

Dengan demikian *tying agreement* merupakan suatu strategi untuk dapat meraih kekuatan pasar secara cepat dengan cara mengikatkan produk yang tidak mempunyai posisi dominan kepada produk pengikat yang mempunyai kekuatan pasar dan/atau posisi dominan. Dengan adanya *tying agreement*, maka akan terjadi sebuah hambatan bagi pelaku usaha pesaing terutama produk ikatan untuk masuk ke pasar yang sama. Dengan adanya *tying agreement* tersebut, maka produk ikatan dapat meningkatkan keuntungan dengan menggunakan kekuatan monopoli pelaku usaha produk pengikat.

Tying agreement dalam perbuatannya merupakan hal yang dilarang, karena ketika pelaku usaha melakukan *tying agreement* 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 *tying agreement* juga telah menghilangkan hak konsumen untuk memilih secara bebas produk yang

ingin mereka beli.¹⁰⁴ Ketiadaan pilihan ini disebabkan oleh pelaku usaha produk pengikat memiliki kekuatan pasar yang besar, untuk itulah *tying agreement* hanya akan berhasil secara signifikan, apabila produk pengikat mempunyai kekuatan pasar yang pada akhirnya akan dimiliki pula oleh pelaku usaha produk terikat.¹⁰⁵ Dengan kata lain *tying agreement* tidak akan mempunyai akibat negatif terhadap persaingan apabila perusahaan barang pengikat tidak mempunyai posisi dominan terlebih dahulu.

Namun, menurut ketentuan Pasal 15 ayat (2) Nomor 5 Tahun 1999, pembuktian dugaan atas *tying agreement* tersebut, harus memenuhi unsur-unsur, sebagai berikut:¹⁰⁶

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.

¹⁰⁴ Susanti Adi Nugroho, *Hukum Persaingan Usaha Di Indonesia, Dalam Teori dan Praktik Serta Penerapan Hukumnya*, (Jakarta: Kencana Prenada Grup Medika, 2012) hlm. 216

¹⁰⁵ Andi Fahmi Lubis, *et.al.*, *Op.Cit.*, hlm 121

¹⁰⁶ Peraturan KPPU No 5 Tahun 2011

2. Perjanjian

Perjanjian menurut Pasal 1 angka 6 adalah suatu perbuatan satu atau lebih pelaku usaha untuk meningkatkan diri terhadap satu atau lebih pelaku usaha lain dengan nama apapun, baik yang tertulis maupun tidak tertulis.

3. Pelaku Usaha Lain

Pelaku usaha lain adalah pelaku usaha yang mempunyai hubungan vertikal maupun horizontal yang berbeda 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 pelayanan 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

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 pelayanan 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 tertutup, 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. Di mana dalam penjabaran unsur-unsur di atas tidak mempertimbangkan ada tidaknya *market power* dan/atau posisi dominan dalam sebuah *tying agreement*. 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 Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha (Perkom) tentang larangan perjanjian

tertutup, menyatakan bahwa salah satu latar belakang dilakukannya perjanjian tertutup adalah untuk meningkatkan *market power* dan menjaga persaingan *intra-brand*.

Peraturan KPPU No 5 Tahun 2011 Tentang Pedoman Pasal 15 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 menjelaskan terkait dengan akibat positif dan negatif pelaku usaha yang melakukan perjanjian tutup, yang mana dengan perjanjian tertutup pelaku usaha dapat melakukan hal, sebagai berikut:

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

c. Menjaga persaingan *intra*brand

Pelaku usaha pada umumnya membiarkan persaingan antarprodusen (*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 (*intra*brand 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 peraturan KPPU No 5 Tahun 2011 dijelaskan juga terkait dampak positif dan negatif pada perjanjian tertutup. Pelaku usaha yang melakukan perjanjian tertutup tidak dapat dihukum apabila hanya melakukan perjanjian tertutup tersebut, diakrenakan apabila perjanjian

tertutup tersebut menimbulkan dampak positif. Perbedaan antara dampak positif dan dampak negatif dapat ditetapkan dengan cara, yaitu:

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

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) *arbitge*. 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 *arbitge* ini akan mengganggu pangsa pasar produsen yang sama di wilayah lain.

⁸⁷ *Ibid.*,

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

1. Peningkatan hambatan masuk 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 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, di mana 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.

⁸⁸ *ibid.*, hlm 20-21

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 menambahkan keuntungan. Dalam kondisi yang demikian konsumen harus membayar harga yang lebih mahal, dan secara umum akan menimbulkan *welfare loss*.

Dalam peraturan KPPU No. 5 Tahun 2011 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

⁸⁹ *Ibid.*, hlm 21

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.
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 menyamarkan praktek penetapan harga dan atau praktek menjual rugi.

Dengan adanya dua sisi manfaat dan sisi negatif dalam sebuah *tying agreement*, semestinya tidak semua *tying agreement* secara langsung dilarang. Dalam batasan tertentu *tying agreement* pun diperbolehkan. Namun tidak demikian menurut ketentuan Pasal 15 ayat (2) UU Nomor 5 tahun 1999, bahwa *tying agreement* 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-

⁹⁰ *Ibid.*,

Undang Persaingan Usaha tersebut, dirumuskan secara *per se illegal*, artinya yaitu bagi pelaku 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 *Tying agreement* sesungguhnya mempunyai sisi manfaat terhadap persaingan maka semestinya *tying agreement* diletakkan di bawah larangan yang bersifat *rule of reason* memungkinkan pengadilan untuk melakukan penafsiran yang terkandung dalam Undang-Undang Persaingan Usaha.⁹² Pendekatan *rule of reason* ini digunakan untuk 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 *tying agreement*, perlu adanya sebuah evaluasi apakah *tying agreement* tersebut telah menimbulkan dampak yang negatif terhadap persaingan. Sebagaimana, yang telah dijelaskan sebelumnya bahwa suatu *tying agreement* baru akan dianggap mempunyai dampak signifikan jika itu merugikan persaingan apabila pelaku usaha barang pengikat mempunyai kekuatan pasar dan/atau posisi dominan.

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

⁹² *Ibid*, hlm 66

⁹³ *Ibid*, hlm 74

Dari pernyataan di atas *tying agreement* tidak hanya memiliki dampak negatif, akan tetapi *tying agreement* juga memiliki dampak positif yang ditimbulkan oleh adanya *tying agreement* tersebut. Dengan demikian dalam *tying agreement* terdapat suatu strategi untuk meraih kekuatan pasar secara cepat dengan cara mengikat produk yang tidak mempunyai posisi dominan kepada produk pengikat yang mempunyai posisi dominan.

Dengan demikian seharusnya untuk menentukan apakah suatu perbuatan *tying agreement* dapat dikatakan melanggar ketentuan Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999, maka penilai suatu perbuatan *tying* dilakukan dengan menggunakan pendekatan *rule of reason* dalam pembuktiannya sehingga dapat dilihat apakah pelaku usaha (*tying product*) dalam melakukan *tying agreement* tersebut secara signifikan mengganggu pasar atau menimbulkan dampak negatif atau sebaliknya perbuatan *tying* tersebut justru berdampak positif bagi pelaku usaha lain dan bagi para konsumen.

b. Analisa Putusan KPPU Terkait *Tying Agreement*

1. Putusan KPPU No. 2/KPPU-I/2013 Terhadap PT PELINDO II

Dalam putusan yang dikeluarkan oleh Komisi Pengawas Persaingan Usaha terkait *tying agreement* yaitu putusan Nomor 2/KPPU-I/2013. Kasus ini bermula ketika PT PELINDO II (Persero) selaku badan usaha pelabuhan juga melakukan kegiatan usaha bongkar muat barang dengan membentuk unit/divisi khusus bongkar muat

barang yaitu PBM (Perusahaan Bongkar Muat) DUT (Divisi Usaha Terminal), dalam kegiatan usahanya PT PELINDO II (Persero) selaku pengelola pelabuhan juga menetapkan persyaratan dalam perjanjian penyewaan lahan di Pelabuhan Teluk Bayur dengan mewajibkan penyewa lahan untuk menggunakan jasa bongkar muat yang dimiliki PT PELINDO II (Persero) tersebut. Sehingga tindakan yang dilakukan oleh PT PELINDO II (Persero) sangat memiliki potensi yang menimbulkan persaingan usaha tidak sehat dalam pasar jasa bongkar muat barang di Pelabuhan Teluk Bayur – Provinsi Sumatera Barat. Alat bukti yang diajukan Investigator yaitu: bahwa adanya perjanjian sewa lahan milik PT PELINDO II (Persero) juga terdapat klausul kewajiban pengguna/penyewa lahan yang harus memenuhi jumlah *throughput minimum* pertahun. Jika tidak terpenuhi, maka pihak pengguna/penyewa lahan akan dikenakan sanksi yang dihitung per/ton dari sisa jumlah *throughput minimum* yang tidak terpenuhi. Bahkan berdasarkan alat bukti yang diajukan investigator terdapat perjanjian sewa lahan yang mengatur mengenai larangan untuk menangani bongkar muat pihak ketiga, apabila dikerjakan maka harus memperoleh izin dari PT PELINDO II (Persero) dan wajib membayar *supervise* kepada PT PELINDO II (Persero).

Yang menjadi objek perkara ini adalah perjanjian sewa lahan antara PT PELINDO II (Persero) dan Pihak Ketiga di Pelabuhan Teluk Bayur yang memuat ketentuan bahwa PT PELINDO II (Persero)

mewajibkan Pihak Ketiga Menyerahkan sepenuhnya pekerjaan bongkar muat barang milik Pihak Ketiga kepada Perusahaan Bongkar Muat milik PT PELINDO II (Persero). Maka untuk membuktikan terjadi atau tidaknya pelanggaran Pasal 15 ayat (2) UU No. 5/1999, Komisi mempertimbangkan unsur-unsur sebagai berikut: Unsur pelaku usaha **Terpenuhi**, Unsur perjanjian **Terpenuhi**, Unsur pelaku usaha lain **Terpenuhi**, Unsur pihak yang menerima **Terpenuhi**, unsur barang (*tying product*) **Terpenuhi**, Unsur barang dan atau jasa lain (*tied product*) **Terpenuhi**.

2. Putusan KPPU No. 5/KPPU-I/2014 Terhadap BRI

Selanjutnya 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 mempersyarat adanya asuransi jiwa. Bahwa terkait kegiatan *bancassurance*, terdapat aturan Surat Edaran Bank Indonesia No. 12/35/DPNP 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 dimaksud paling kurang 3 (tiga) perusahaan asuransi mitra Bank yang 1 (satu) diantaranya dapat merupakan pihak terkait Bank. 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 pertanggungungan premi 60%:40%. 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.

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 mengacau pada dan dapat dipenuhi oleh terlapor II dan terlapor III, tetapi sulit unruk 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 ining masuk ke pasar bersangkutan (*competition for market*). Kesulitan pesaing potensial untuk memenuhi persyaratan terlapor I antara lain terkait dengan rate premi, proses kalim

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 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* produk perbankan berupa Kredit Kepemilikan 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* 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.

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 15 Ayat (2) UU No 5/1999 tersebut. Akan tetapi Komisi Pengawas Persaingan Usaha tidak memperhitungkan adanya akibat di dalamnya, 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 di dalamnya, melainkan hanya wujud perjanjian tertutup dalam proses pembuktiannya. *Tying agreement* ini antara pelaku usaha barang pengikat dan pelaku usaha terikat. Dengan bersifat *per se illegal*, yang mana KPPU tidak melihat ada tidaknya dampak *tying agreement* tersebut terhadap persaingan.

3. Penyalahgunaan Posisi Dominan Dalam Regulasi *Tying Agreement* di Uni Eropa

a. Analisa Article 102 Huruf (d) TFEU

Dalam pengaturan Persaingan Usaha di Uni Eropa, *tying agreement* termasuk kedalam perjanjian yang melanggar posisi dominan. Karena dalam Article 102, *tying agreement* termasuk ke dalam ketentuan huruf (d) yaitu:¹⁰⁷

“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 subjects of such contracts.”

¹⁰⁷ Jones Alison and Sufirin Brenda, *EU Competition Law*, (London: Oxford University Press, 2010). Hlm.459

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

Penerapan Article 102 TFEU, komisi dan pengadilan sering terjadi kontroversial, berkenaan tentang :

1. Temuan dipertanyakan bahwa suatu usaha dominan untuk tujuan artikel
2. Penekanan pada bentuk perilaku usaha yang dominan, bukan pada dampaknya.

Article 102 TFEU melarang usaha yang melakukan penyalahgunaan posisi dominan diadakan dalam bagian penting dari pasar internal di mana pelecehan yang memiliki efek pada perdagangan antara negara-negara anggota. Meskipun ayat (a) sampai (d) menetapkan contoh pelanggaran, yang tidak memberikan daftar lengkap. Dapat dilihat dari teks dari Article

102 TFEU, ada lima elemen yang harus ditetapkan sebelum larangan berlaku, yaitu :

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

Dengan demikian, posisi dominan yang dimaksudkan dalam Article 102 tersebut adalah tentang pengaturan terhadap larangan penyalahgunaan posisi dominan yang dilakukan oleh pengusaha atau perusahaan. Di mana dalam article tersebut terdapat pada huruf d yang terkait *tying agreement*. Sehingga dalam Article 102 huruf (d) TFEU apabila pelaku usaha usaha atau perusahaan melakukan suatu perbuatan *tying agreement* maka perbuatan tersebut tergolong kedalam perbuatan penyalahgunaan posisi dominan, yang sudah jelas dinyatakan dalam Article 102 huruf (d) TFEU.

Dengan demikian pengaturan *tying agreement* pada Article 102 TFEU dalam pembuktiannya melihat adanya “*effect*” yang ditumbuhkan, Maka dalam pembuktiannya terdapat unsur-unsur sebagai berikut:

- a. *making the conclusion of contract*
- b. *the other parties*

c. supplementary obligation

d. have no connection with the subjek of contracts.

b. Analisa Putusan Komisi Uni Eropa

Dalam putusan, Komisi Uni Eropa menemukan bahwa Microsoft melanggar Article 82 EC (Article 82 EC telah digantikan menjadi Article 102 TFEU) yaitu penyalahgunaan 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.¹⁰⁸

1. Pasar produk yang relevan dan pasar geografis

Putusan mengidentifikasi tiga pasar produk yang terpisah, yaitu pasar untuk masing-masing, system Operasi Clien PC, system Operasi Server bekerja kelompok dan Media Streaming Player. Pasar pertama kali didefinisikan dalam keputusan yang diperdebatkan adalah pasar untuk system Operasi Clien PC. Sistem operasi didefinisikan sebagai “perangkat lunak system” yang mengontrol fungsi dasar computer dan memungkinkan pengguna untuk memanfaatkan perangkat lunak computer dan menjalankan aplikasi di atasnya. PC Client didefinisikan sebagai tujuan umum computer

¹⁰⁸ <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=62940&doclang=EN>, diakses tanggal 15 Juli 2019

yang dirancang untuk digunakan oleh satu orang pada satu waktu dan mampu terhubung ke jaringan.¹⁰⁹

Mengenai pasar kedua, keputusan diperdebatkan mendefinisikan kelompok kerja system operasi server sebagai system 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:

- a. Berbagi file yang tersimpan di server
- b. Berbagi printer
- c. Administrasi kelompok dan pengguna yang mengatakan administrasi saran dimana bersangkutan dapat diakses layanan jaringan.

Jenis terakhir layanan ini 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

¹⁰⁹ *Ibid.*,

konten video dalam bentuk digital, yang mengatakan decoding data yang sesuai dan menerjemahkannya ke dalam instruksi untuk perangkat keras (misalnya penguat suara atau display). Streaming media player yang mampu membaca konten audio dan video “streaming” di internet. Mengenai pasar geografis yang relevan, komisi menemukan dalam keputusan diperdebatkan.¹¹⁰

2. Posisi Dominan

Dalam keputusan diperdebatkan, Komisi berkesimpulan bahwa Microsoft telah memiliki posisi dominan pada klien PC pasar system operasi setidaknya sejak tahun 1996 dan juga pada kelompok kerja pasar system operasi server sejak tahun 2002. Mengenai klien PC pasar system operasi, komisi pada dasarnya bergantung pada faktor-faktor berikut untuk sampai pada kesimpulan, bahwa:¹¹¹

- a. Pasar pasar Microsoft lebih dari 90%
- b. Kekuatan pasar Microsoft telah menikmati stabilitas abadi dan kontinuitas
- c. Ada hambatan yang signifikan untuk masuk pasar karena efek jaringan tidak langsung. Efek jaringan berasal dari
 1. Berasal dari fakta bahwa pengguna seperti platform di mana mereka dapat menggunakan sejumlah besar aplikasi; dan

¹¹⁰ *Ibid.*,

¹¹¹ *Ibid.*,

2. Dari fakta bahwa desainer perangkat lunak menulis aplikasi untuk system operasi Clien PC yang paling populer di kalangan pengguna.

Mengenai kelompok kerja pasar server system operasi, Komisi bergantung, secara sunstansi pada faktir-faktor berikut:¹¹²

- a. Pangsa pasar Microsoft, pada perkiraan konservatif setidaknya 60%
- b. Posisi tiga pesaing utama Microsoft di pasar adalah sebagai berikut: Novel dengan software Netware memiliki 10 sampai 25%; vendor Linux memiliki pangsa pasar 5 sampai 15% dan vendor produk UNIX memiliki pansa pasar 5 sampai 15%;
- c. Server kelompok kerja pasar system 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 clien PC pasar system operasi.

3. Penyalahgunaan posisi dominan

Tingginya pangsa pasar yang dimiliki oleh Microsoft dan tingginya pula *barrier to entry* menyebabkan EC dapat mengenakan

¹¹² *Ibid.*,

Article 82 EC Treaty terkait dengan penyalahgunaan posisi dominan dalam pasar Client PC OS tersebut. Microsoft telah memiliki posisi dominan sejak 1996 dan secara konsisten tumbuh dan berkembang. Posisi dominan yang dimiliki oleh Microsoft sangat kuat dan bertahan lama (*durable*). Pelanggaran yang digarispawahi dalam putusan ini adalah pada poin (d) yang mengharuskan adanya kontrak tambahan dari kontrak yang ada. EC berkesimpulan bahwa praktek tying media player dilakukan sejak Windows 98 Second Edition pada Mei 1999 telah menyalahi ketentuan dalam Antitrust. Beberapa indikator yang digunakan antara lain:¹¹³

- a. Streaming media player dan operating system sejatinya adalah dua produk yang berbeda sehingga dapat dipisahkan.
- b. Konsumen tidak memiliki pilihan untuk mendapatkan produk pengikat tanpa harus membeli produk yang diikat pula.
- c. Praktek tying yang dilakukan oleh Microsoft terhadap produk OS dan media player telah menutup persaingan di level media player

Menurut article 82, produk yang tidak sejatinya menjadi satu produk tidak dapat dijual secara tying dan Microsoft mengemukakan argumen bahwa WMP merupakan satu produk yang terintegrasi dengan Windows. Namun demikian majelis komisi EC menolak

¹¹³ *Ibid.*,

pendekatan integrasi tersebut karena keberadaan pengembang aplikasi media player lain dengan stand-alone basis yang menandakan bahwa ada segmen konsumen yang menghendaki pembelian produk media player secara terpisah. Selain itu Microsoft juga mengembangkan produk WMP yang dapat diaplikasikan di platform *Apple Mac* yang menandakan bahwa sebenarnya WMP dan Windows merupakan produk yang terpisah. Selain itu juga ada segmen konsumen lainnya tidak menginginkan keberadaan media player dalam sistem operasi mereka. Oleh karena itu Client PC dan WMP merupakan dua produk dengan fungsi yang berbeda. Apabila ada konsumen yang menginginkan komputer yang dapat melakukan render media streaming dan media tersebut harus melalui sistem operasi untuk dapat diputar maka tidak berarti Client dan WMP merupakan dua produk yang terintegrasi dalam satu buah brand saja. Streaming media players dan Client merupakan dua industri yang masing-masing berdiri sendiri. Dapat dilihat pada pasar media player masih ada beberapa pesaing WMP seperti *Real Network* dan *Apple*. Namun pada pasar OS, keberadaan Windows sangatlah dominan. Oleh karena itu ditakutkan ada mekanisme jual rugi pada produk WMP karena telah kerugian tersebut telah tertutup oleh keuntungan yang diperoleh dari penjualan OS. Hal ini mengancam keberadaan para pesaing Microsoft yang bergerak di industri pengembang media player lain. Salah satu elemen dalam Article 82 EC Treaty adalah

konsumen tidak memiliki pilihan untuk mendapatkan *tying product* tanpa *tied product*.

Dengan model lisensi yang dilakukan oleh Microsoft dengan tidak memberikan lisensi kepada OS tanpa WMP telah menyebabkan konsumen tidak memiliki alternatif untuk mendapatkan produk Client PC OS tanpa ada WMP di dalamnya. Argumen yang dikeluarkan oleh Microsoft untuk membantah tuduhan ini adalah terkait dengan efisiensi yang dihasilkan dalam distribusi.

Menurut microsoft akan lebih baik jika OS dan media player ini dipaket menjadi satu sehingga konsumen tidak mengalami kesulitan untuk menambah sendiri produk media player pada OS-nya. Namun demikian argumen ini tidak memberikan keuntungan bagi konsumen karena konsumen dapat juga tetap memiliki alternatif ketika di pasar disediakan produk OS yang dipaket dengan media player dengan produk OS yang tidak dipaket, sehingga konsumen bebas untuk memilih. Terkait dengan efisiensi distribusi yang dihasilkan dari praktek *tying* yang dilakukan oleh Microsoft tidak ada alasan bagi microsoft untuk melakukan *tying* karena perkembangan teknologi yang ada sekarang distribusi produk media player melalui lisensi juga dapat dilakukan. Selain itu tidak ada legitimasi yang mengharuskan Microsoft yang harus memasang media player dalam windows-nya karena masih ada produk-produk lain di pasar media

player yang sebanding dengan WMP seperti yang ditawarkan oleh *Real Network* dan *Apple*.

Putusan *tying agreement* yang dikeluarkan Komisi Uni Eropa termasuk kedalam suatu penyalahgunaan posisi dominan. Sehingga Microsoft dalam kasus ini tidak hanya digolongkan melakukan perbuatan *tying agreement*, akan tetapi Microsoft digolongkan juga sebagai penyalahgunaan posisi dominan. Dalam putusan Komisi Uni Eropa Article 82 EC (telah digantikan menjadi Article 102 TFEU) yaitu adanya perbuatan *tying* dan penyalahgunaan posisi dominan yang dilakukan oleh Microsoft. Sehingga dalam putusan Komisi Uni Eropa menerapkan pendekatan *rule of reason* untuk membuktikan suatu perbuatan *tying agreement* yang secara signifikan mengganggu pasar.

4. Perbandingan Hukum Terhadap Penyalahgunaan Posisi Dominan Dalam Pembuktian *Tying Agreement* di Indonesia dan Uni Eropa

Pengaturan *tying agreement* di Indonesia termasuk kedalam perjanjian tertutup yang diatur dalam Pasal 15 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha tidak sehat, sedangkan pengaturan *tying agreement* di Uni Eropa termasuk ke dalam penyalahgunaan posisi dominan yang dimuat di dalam Article 102 Huruf (d) *The Treaty on the Functioning of the European Union*. Sehingga dalam pembuktian *tying* memiliki perbedaan untuk menentukan apakah suatu

perbuatan *tying* melanggar ketentuan hukum persaingan usaha. Dari contoh kasus yang telah dibahas sebelumnya dapat dilihat perbandingan antara *tying agreement* dalam ketentuan pasal 15 ayat (2) UU No 5/1999 dengan Article 102 Huruf (d) TFEU yaitu sebagai berikut :

	Indonesia	Uni Eropa
Pengaturan <i>tying agreement</i>	Pasal 15 Ayat (2) UU No. 5/1999	Article 102 Huruf (d) TFEU
Unsur-unsur dalam pembuktian <i>tying</i>	<ul style="list-style-type: none"> 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 	<ul style="list-style-type: none"> a. <i>making the conclusion of contracts</i> b. <i>the other parties</i> c. <i>supplementary obligation</i> d. <i>have no connection with the subject of such contracts</i>
Kasus	Pada kasus PT Pelindo II dan BRI dalam pembuktiannya menggunakan pendekatan <i>per se illegal</i>	Pada kasus microsoft pembuktiannya dengan menggunakan pendekatan <i>rule of reason</i> , yaitu dengan melihat “ <i>effect</i> ” yang ditimbulkan

B. Konsep Pengaturan *Tying Agreement* Menurut UU No. 5/1999

1. Urgensi Syarat Penyalahgunaan Posisi Dominan

Pengaturan *tying* yang di dalam Article 102 huruf (d) TFEU merupakan suatu bentuk penyalahgunaan posisi dominan sebagaimana yang termuat dalam Article 102 TFEU yaitu :

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.*

Sebagaimana yang diterjemahkan secara bebas yaitu :

Setiap penyalahgunaan oleh satu atau lebih usaha dari posisi dominan di dalam pasar internal atau sebagian besar dari itu akan dilarang sebagai tidak sesuai dengan pasar internal sejauh itu dapat mempengaruhi perdagangan antara Negara-negara Anggota. Penyalahgunaan tersebut dapat, khususnya, terdiri dari:

- a. secara langsung atau tidak langsung memaksakan harga beli atau jual yang tidak adil atau kondisi perdagangan tidak adil lainnya,
- b. membatasi produksi, pasar atau pengembangan teknis untuk prasangka konsumen;
- c. menerapkan kondisi yang berbeda untuk transaksi yang setara dengan pihak perdagangan lainnya, dengan demikian menempatkan mereka pada kerugian kompetitif;
- d. membuat kesimpulan kontrak tunduk pada penerimaan oleh pihak lain dari kewajiban tambahan yang, berdasarkan sifatnya atau sesuai dengan penggunaan komersial, tidak memiliki hubungan dengan subjek kontrak tersebut

Sebagaimana yang telah disebutkan pada bab sebelumnya bahwa dalam hal kebijakan kompetisi, di mana dalam kebijakan tersebut adanya kekurangan dalam *tying agreement* ini, yaitu:¹¹⁴

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

Tying agreement ini, dapat ditempuh dengan berbagai cara, di antaranya yaitu:¹¹⁵

- a. Dengan adanya ketentuan kontrak di mana pelaku itu “menyuruh” atau “bersikeras kepada konsumen, bahwa konsumen harus membeli produk kedua untuk mendapatkan produk pertama.
- b. Di sini pelaku usaha tersebut melakukan penolakan untuk menyuplai produk pertama, akan tetapi jika pembeli membeli produk kedua, maka pelaku usaha akan menyuplai produk pertamanya.

¹¹⁴ Whish Richard, *Op. Cit.*, hlm. 658

¹¹⁵ *Ibid*, hlm. 658-659

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

Dengan demikian pengaturan *tying* di dalam Article 102 Huruf (d) TFEU dapat disimpulkan bahwa di Uni Eropa, apabila terjadi kasus *tying*, maka pada kasus tersebut juga telah melakukan penyalahgunaan posisi dominan. Karena diketahui posisi dominan berdasarkan pengaturan Uni Eropa memiliki pembentukan kekuatan pasar, yang terdiri dari: *market power, market share, market concentration and dependency*. Dengan demikian pendekatan yang digunakan untuk menilai suatu perbuatan *tying* di Uni Eropa adalah dilakukan dengan pendekatan *rule of reason*.

2. *Tying Agreement* Sebagai Bagian Dari Regulasi Penyalahgunaan Posisi

Dominan

Pengaturan *tying agreement* di Indonesia ditinjau dengan pendekatan *per se illegal* karena perbuatan *tying agreement* masuk kedalam perjanjian tertutup (*exclusive agreement*) Pasal 15 UU No. 5/1999 yang sifatnya menghambat pelaku usaha lain untuk masuk ke pasar. sedangkan di Uni eropa terkait *tying agreement* ditinjau dengan pendekatan *rule of reason* karena dalam Article 102 TFEU dalam penerapannya melihat adanya “*Effect*” yang ditimbulkan. *Tying agreement* dikategorikan termasuk kejahatan dalam Article 102 huruf (d) TFEU yaitu penyalahgunaan posisi dominan.

Berbeda halnya *tying agreement* dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dalam pengaturannya tidak tergolong dalam ketentuan posisi dominan. Sedangkan untuk menilai apakah suatu perbuatan *tying agreement* signifikan mengganggu pasar maka perlu adanya pelaku usaha yang memiliki poisisi dominan dan menyalahgunakannya.

Relevansi Pasal 15 Ayat (2) dengan Pasal 25 Ayat (1) UU No. 5/1999 dapat dilihat pada tabel berikut :

Pasal 15 Ayat (2)	Pasal 25 Ayat (1)
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.	Pelaku usaha dilarang menggunakan posisi dominan baik secara langsung maupun Tidak langsung untuk: <ul style="list-style-type: none"> a. Menetapkan syarat-syarat perdagangan dengan tujuan untuk mencegah dan atau menghalangi konsumen memperoleh barang dan atau jasa yang bersaing, baik dari segi harga maupun kualitas; atau b. membatasi pasar dan pengembangan teknologi; atau c. menghambat pelaku usaha lain yang berpotensi menjadi pesaing

	untuk memasuki pasar bersangkutan.
--	---------------------------------------

Setelah melihat relevansi Pasal 15 Ayat (2) dengan Pasal 25 Ayat (1) UU No. 5/1999 dapat disimpulkan bahwa *tying agreement* potensial melanggar ketentuan posisi dominan yaitu Pasal 25 (1) a dan 25 (1) c.

Dengan demikian suatu perbuatan *tying agreement* secara signifikan mengganggu pasar jika pelaku usaha memiliki posisi dominan sebagaimana dimaksud pada Pasal 25 ayat (2) apabila:

- a. Pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha menguasai 50% (lima puluh persen) atau lebih pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu;
- 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 berdasarkan asas demokrasi ekonomi dengan memperhatikan keseimbangan antara kepentingan pelaku usaha dan kepentingan umum serta mewujudkan cita-cita Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, maka perlu diperhatikan bahwa pengaturan *tying agreement* di bawah pengaturan Pasal 15 (perjanjian tertutup) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dalam pembuktiannya seharusnya ditinjau dengan pendekatan *rule of reason* dengan mempertimbangkan adanya pelaku usaha yang memiliki posisi dominan dan menyalahgunakannya. Dalam hal ini posisi

dominan yang dimaksud dapat dilihat pada ketentuan Pasal 25 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, karena semestinya suatu perbuatan *tying agreement* dikatakan melanggar Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 bilamana perbuatan *tying agreement* tersebut secara signifikan dapat mengganggu pasar, dengan kata lain untuk dapat secara signifikan mengganggu pasar maka pelaku usaha harus memiliki posisi dominan.

Sehingga pengaturan *tying agreement* pada Pasal 15 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 di bawah perjanjian tertutup harus ditinjau dengan pendekatan *rule of reason* dengan mempertimbangkan adanya pelaku usaha yang dimaksud dalam ketentuan Pasal 25 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 di dalam pembuktiannya.

Dengan demikian kemanfaatan akan dirasakan oleh pelaku usaha maupun bagi para konsumen, sebagaimana pendapat Jeremi Bentham bahwa negara dan hukum semata-mata ada hanya untuk manfaat sejati, yaitu kebahagiaan mayoritas rakyat. Kemanfaatan merupakan salah satu tujuan hukum, hukum yang baik adalah yang mendatangkan kemanfaatan bagi manusia. Kemanfaatan dapat juga diartikan kebahagiaan (*happiness*), sehingga dalam pelaksanaan dan penegakan hukum, masyarakat mengharapkan adanya kemanfaatan.

BAB IV

PENUTUP

A. Kesimpulan

1. *Tying agreement* dalam Pasal 15 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat termasuk ke dalam perjanjian tertutup, dan dalam pembuktiannya dilakukan dengan pendekatan *per se illegal* yaitu suatu perbuatan dikatan bersalah tanpa adanya pembuktian dampak dari persaingan usaha tidak sehat. Sedangkan dalam hukum persaingan usaha di Uni Eropa *tying agreement* termasuk ke dalam penyalahgunaan posisi dominan sebagaimana diatur dalam Article 102 huruf (d), sehingga dalam pembuktiannya melihat adanya “*effect*” yang ditimbulkan atau dapat dikatakan dalam menilai suatu perbuatan *tying* dilakukan dengan pendekatan *rule of reason*.
2. *Tying agreement* tanpa adanya posisi dominan yang disalahgunakan tidak akan signifikan mengganggu pasar. Maka seharusnya *tying agreement* dalam pembuktiannya harus mempertimbangkan adanya pelaku usaha yang memiliki posisi dominan sebagaimana yang dimaksud dalam ketentuan Pasal 25 ayat (2) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Karena *tying agreement* potensial melanggar ketentuan Pasal 25 (1) a dan Pasal 25 (1) c UU No. 5/1999.

B. Saran

KPPU melakukan perubahan terhadap Perkom Nomor 5/2011 Tentang Pedoman Pasal 15 (Perjanjian Tertutup) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat yaitu dalam pendekatan Pasal 15 (2) UU No 5/1999 harus melihat adanya pelaku usaha yang memiliki market power atau posisi dominan.



DAFTAR PUSTAKA

A. Peraturan Perundang-Undangan

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat

Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 5 Tahun 2011 Tentang Pedoman Pasal 15 (Perjanjian Tertutup) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat

The Treaty on the Functioning of the European Union

B. Buku

Ahmad Yani & Gunawan Widjaja, *Seri Hukum Bisnis Anti Monopoli*, Jakarta: PT Rajagrafindo Persada, 1999

Amiruddin & Zainal Asikin, *Pengantar Metode Penelitian Hukum*, Jakarta: Raja Grafindo Persada, 2012

A M Tri Angraini, *Hukum Persaingan Usaha Studi Konsep Pembuktian Terhadap Perjanjian Penetapan Harga dalam Persaingan Usaha*, Malang: Setara Press, 2013

Andi Fahmi Lubis, dkk *Hukum Persaingan Usaha Antara Teks & Konteks Edisi 2*, Jakarta: KPPU, 2017

Arie Siswanto, *Hukum Persaingan Usaha*, Bogor: Ghalia Indonesia, 2004

Curzon, *Jurisprudance*, M&E Hand Boek, 1979

Darji Darmodiharjo dan Shidarta, *Pokok-pokok Filsafat Hukum Apa dan Bagaimana Filsafat Hukum Indonesia*, Jakarta: Gramedia Pustaka Utama, 2004

- Ending prasetyawati, *Konstruksi Hukum Pembiayaan Konsumen Yang Berkeadilan*, Malang: Univ. Brawijaya, 2010
- Hanif Nur Widhiyanti, *Analisis Putusan Kppu Nomor 05/Kppu-I/2014 Berkenaan Dengan Kedudukan Dominan Dalam Larangan Tying Agreement Menurut Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Pasal 15(2)*, (Malang: 2015)
- Herbert Hovenkamp , *Antitrust*, Second Edition st. Paul. Minn : Wess Publishing Co, 1993
- J.H Rapar, *Filsafat Politik Plato*, Jakarta : Rajawali Press, 2019
- John H. Shenefield dan Irwin M. Stelzer, *The Antitrust Laws : A Primer*, Washington D.C : The AEI Press, 2001
- Johnny Ibrahim, *Teori dan Metodologi Penelitian Hukum Normatif*, Malang; Banyumedia Publoshing, 2012
- _____, *Hukum Persaingan Usaha Filosofi, Teori, dan Implikasi Penerapannya di Indonesia*, Malang: Banyumedia, 2007
- Jonathan M Jacobson, *Antitrust Law Developments (sixth)*, USA: ABA Publishing, 2007
- Jones Alison and Sufirin Brenda, *EU Competition Law*, London: Oxford University Press, 2010
- L.A Hart, *Konsep Hukum*, Bandung: Nusa Media Cet V, 2009
- L. J. Van Apeldoorn, *Pengantar Ilmu Hukum*, Jakarta: Pradnya Pratama, 1996
- Majjid khadduri, *The Islamic Conception of Justice*, Baltimore and London: The John Hopkins University Press, 1984

- Margono, *Asas Keadilan, Kemanfaatan, dan Kepastian Hukum dalam Putusan Hakim*, (Jakarta Timur: Sinar Grafika, 2019) hlm. 110
- Munir Fuady, *Hukum Anti Monopoli Menyongsong Era Persaingan Sehat*, Bandung; PT Citra Aditya Bakti, 2003
- Nadir, *Hukum Persaingan Usaha Membidik Persaingan Usaha Tidak Sehat Dengan Hukum Anti Monopoli Dan Persaingan Tidak Sehat*, Malang: Universitas Brawijaya Press, 2015
- Ningrum Natasya Sirait, *et.al., Ikhtisar Ketentuan Persaingan Usaha* (Jakarta : The Indonesia Netherlands National Legal Reform Program (NLRP)
- Notohamidjo, Masalah : Keadilan, *Hakikat dan Penggunaannya dalam Bidang Masyarakat Kebudayaan, Negara Dan Antar Negara*, Semarang: Tirta Amerta, Cet. 1, 1971
- Rachmadi Usman, *Hukum Persaingan Usaha Di Indonesia*, Jakarta: Sinar Grafika, 2013
- Robert E. Metz, *Antitrust: Tying Arrangement: Tying of Goods and Service Justified by a Sound Business Reaso*, California Law Review Vol. 49, No. 14, 1961
- Stephen F. Ross, *Principles of Antitrust*, westbury, New York: the Foundation Press Inc., 1993
- Suharsil dan Mohammad Taufik Makarao, *Hukum Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat Di Indonesia*, Bogor: Ghalia Indonesia, 2010
- Susanti Adi Nugroho, *Hukum Persaingan Usaha Di Indonesia, Dalam Teori dan Praktik Serta Penerapan Hukumnya*, Jakarta: Kencana Prenada Grup Medika, 2012

Teguh Prasetyo & Abdul H Barkatullah, *Filsafat, Teori, & Ilmu Hukum : Pemikiran menuju Masyarakat yang Berkeadilan dan Bermartabat*, Jakarta: Rajagrafindo Persada, 2014

Theo huijbers, *Filsafat Hukum*, Yogyakarta: kanisius, 1991

_____, *Filsafat Hukum Dalam Lintas Sejarah*, Bandung: Kanisius cetakan kedelapan, 1995

Valentine Korah, *An Introductory Guide to Ec Law and Practice*, New York: Oxford University Press, 2000

Whish Richard, *Competition Law*, London: Lexis Nexis UK, 2003

C. Jurnal dan Internet

Ahmad Adi Nugroho, *Strategi Bundling/Tying Sebagai Upaya Abuse of Dominance*, Jakarta: Jurnal KPPU, 2010

Dicky Ade Alfarisi, *Jurnal Persaingan Usaha Komisi Pengawas Persaingan Usaha Edisi 3*

Nina Cornelia Santoso, Edmon Makarim dan Ditha Wiradiputra, *Tying Agreement dalam Hukum Persaingan Usaha (Analisis Putusan KPPU Nomor 07/KPPU-I/2013 Tentang Dugaan Pelanggaran Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 Terkait Penyediaan Jaringan Telekomunikasi dan Implementasi e-POS di Bandar Udara Soekarno-Hatta*, Fakultas Hukum, Universitas Indonesia, 2014.

<http://www.indonesianmissioneu.org/website/page943418664200310095958555.asp#top>

http://dunia.news.viva.co.id/news/read/110133uni_eropa_berlakukan_dasar_hukum_baru

[Commission Decision of 24.03.04 relating to proceeding under Article 82 of the EC Treaty \(Case COMP/C-3/37/792 – Microsoft\)](http://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?qid=1562262036189&uri=CELEX:32007D0053)

<https://eurlex.europa.eu/legalcontent/EN/TXT/?qid=1562262036189&uri=CELEX:32007D0053>

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=62940&doclang=EN>

LAIN-LAIN

Black's Law Dictionary

Putusan KPPU No. 2/KPPU-I/2013

Putusan KPPU Nomor 5/KPPU-I/2014

