

## BAB II

### KAJIAN PUSTAKA HUKUM PERSAINGAN USAHA, *DE MINIMIS* *RULE, & PER SE ILLEGAL*

#### A. Hukum Persaingan Usaha Indonesia

Lahirnya Hukum Persaingan Usaha yang ditandai dengan diundangkannya Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 sebagai peraturan perundang-undangan utama dalam Hukum Persaingan Usaha merupakan puncak gunung es dari segala upaya untuk memberlakukan pengaturan mengenai permasalahan dalam persaingan antar pelaku usaha. Permasalahan berkaitan persaingan antar pelaku usaha sejatinya telah muncul sejak lama di Indonesia, mengingat mekanisme Indonesia di masa orde baru khususnya, yang mengenal istilah kapitalisme kekerabatan (*crony capitalism*), yang merupakan suatu pertumbuhan secara kapitalis dengan berdasarkan pada suatu hubungan kekerabatan atau relasi pada sosok yang memiliki kekuasaan atau wewenang, sehingga dapat memiliki kesempatan birokratif dalam rangka mengembangkan usahanya.<sup>1</sup> Sejatinya, keinginan untuk membuat suatu pengaturan komprehensif terhadap persaingan usaha, khususnya dari pelaku bisnis, sangat kuat, namun, tidak adanya *political will* dari para pengambil kebijakan mengakibatkan kualitas peraturan perundang-undangan yang terdapat di dalam hukum positif pada saat itu hanya bersifat sektoral dan tidak mampu memenuhi indikator yang ingin dicapai untuk menciptakan suatu persaingan sehat.<sup>2</sup> Pengaruh kapitalisme

---

<sup>1</sup> Sutriyo Iwantono, *Filosofi yang Melatarbelakangi Dikeluarkannya Undang-Undang No. 5/1999*, Pusat Pengkajian Hukum, Jakarta, Hal. 3-4

<sup>2</sup> Muladi, *Menyongsong Keberadaan UU Persaingan Sehat di Indonesia dalam UU Antimonopoli Seperti Apakah yang Sesungguhnya Kita Butuhkan?* Yayasan Pusat Pengkajian Hukum, Jakarta, 1998, Hal. 35

kekerabatan mencengkeram kuat pemerintahan Indonesia saat itu, sehingga keinginan untuk memberlakukan suatu pengaturan demi penciptaan pasar persaingan sehat menemui kesulitannya. Selain hal yang telah disebutkan di atas, mengutip pendapat Sutan Remy Sjahdeini, terdapat beberapa alasan mengapa Undang-Undang Anti-monopoli menemui kesulitan untuk dapat disetujui oleh pemerintah, yaitu :<sup>3</sup>

- a) Pemerintah memiliki suatu pandangan bahwa perusahaan-perusahaan besar sangat diperlukan untuk dapat menjadi lokomotif pembangunan. Dalam hal perusahaan-perusahaan besar mampu menjadi lokomotif pembangunan, maka perlu adanya pemberian perlakuan khusus. Perlakuan khusus ini berupa proteksi untuk menciptakan halangan bagi perusahaan lain (*barrier to entry*), singkatnya memberikan posisi dominan / monopoli.
- b) Pemberian perlakuan khusus berupa monopoli tersebut perlu diberlakukan karena perusahaan-perusahaan tersebut telah menjadi pioner dalam sektor bersangkutan. Tanpa adanya perlakuan khusus tersebut, pemerintah merasa kesulitan untuk mendapatkan investor yang bersedia menempatkan investasinya dalam sektor-sektor tersebut.
- c) Demi melanggengkan praktek KKN (korupsi, kolusi, dan nepotisme) dalam rangka menjaga kepentingan kapitalisme kekerabatan (*crony capitalism*) mantan Presiden Soeharta dan pejabat-pejabat yang dekat dengan lingkungan istana.

---

<sup>3</sup> Sutan Remy Sjahdeini, *Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, Yayasan Pengembangan Hukum Bisnis, Jakarta, 2000, Hal. 5

Namun, kesempatan untuk hal tersebut datang pada tahun 1998. Pembahasan untuk membentuk peraturan perundang-undangan yang mengatur secara spesifik dan khusus tentang persaingan usaha dilakukan, walaupun harus diakui bahwa sebagian alasannya karena desakan oleh *International Monetary Fund* (IMF).<sup>4</sup> Pembuatan peraturan perundang-undangan untuk mengatur persaingan usaha dilakukan secara singkat dengan tujuan pemerintah dan DPR pada waktu itu bahwa Indonesia harus memiliki Undang-Undang Persaingan terlebih dulu, adapun dalam hal terdapat kesalahan, maka dapat dilakukan koreksi dikemudian hari dan di sisi lain, hal tersebut juga dilakukan agar IMF dapat mengucurkan dana untuk membantu Indonesia menghadapi krisis moneter yang menghadang.

Diawali dengan adanya ratifikasi DPR terhadap Perjanjian Marrakesh melalui Undang-Undang Nomor 7 tahun 1994, yang mewajibkan Indonesia untuk membuka diri dan tidak lagi mengadakan perlakuan yang diskriminatif, misalnya berupa *barrier to entry*, serta di sisi lain adanya desakan dari IMF selaku kreditor dalam keadaan krisis moneter yang menerjang keras Indonesia pada waktu itu, maka Indonesia pada akhirnya memberlakukan undang-undang yang mengatur khusus anti-persaingan usaha.<sup>5</sup>

Di sisi lain, dalam rangka menindaklanjuti desakan IMF tersebut, pemerintah Indonesia pada saat itu juga melakukan langkah deregulasi terhadap peraturan-peraturan

---

<sup>4</sup> Hikmahanto Juwono, *Sekilas tentang Hukum Persaingan dan UU No. 5 Tahun 1999*, Fakultas Hukum Universitas Indonesia, Jakarta, 1999, Hal. 359

<sup>5</sup> Sutan Remy Sjahdeini, *loc. cit.*

di sektor ekonomi yang dinilai mendistorsi pasar untuk mencapai persaingan usaha yang sehat.<sup>6</sup>

Terlepas dari desakan IMF untuk membuat suatu peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang persaingan usaha, sejatinya tuntunan nasional juga mengemuka pada saat itu. Mengacu pada Pasal 33 UUD 1945 ayat 4 yang mengandung asas demokrasi ekonomi dan kekeluargaan, maka sudah sepatutnya dinyatakan bahwa praktek-praktek monopoli merupakan suatu pertentangan. Di sisi lain, konsep persaingan usaha yang kompetitif pada dasarnya mengandung unsur HAM, dimana di dalamnya terdapat unsur "pemajuan" (*promotion*) yang ditimbulkan dari kondisi persaingan (*condition of rivalry*) dan di sisi lain adanya "kebebasan untuk memilih" (*freedom of choice*).<sup>7</sup> Persaingan usaha yang sehat (*fair competition*) itu sendiri merupakan syarat mutlak bagi negara-negara yang memiliki orientasi pasar bebas dalam perekonomiannya, termasuk salah satu negara tersebut adalah Indonesia.<sup>8</sup>

### **B. Per Se Illegal**

Pendekatan *per se illegal* atau *rule of reason* sejatinya sudah diterapkan sejak lama dalam melakukan penilaian terhadap suatu tindakan pelaku bisnis dalam

---

<sup>6</sup> L. Budi Kagramanto, *Mengenal hukum Persaingan Usaha: Berdasarkan Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999*, Laros, Surabaya, 2008, Hal. 7

<sup>7</sup> Muladi, *op. cit*, Hal. 36

<sup>8</sup> Johnny Ibrahim, *Hukum Persaingan Usaha: Filosofi, Teori, dan Implikasi Perwujudannya di Indonesia*, Bayumedia Publishing, Malang, 2006, Hal. 1

hubungannya mengenai hukum persaingan usaha nasional.<sup>9</sup> Masuk atau tidaknya suatu larangan perbuatan dalam dunia persaingan usaha dalam pendekatan hukum *per se* illegal atau *rule of reason* memiliki dampak yang vital terhadap beban pembuktian.<sup>10</sup> Secara sederhana, pendekatan *rule of reason* memiliki definisi sebagai suatu pendekatan yang dipakai oleh institusi berwenang dalam kaitannya dengan persaingan usaha untuk membuat suatu evaluasi terhadap implikasi yang timbul dari perjanjian atau kegiatan usaha tertentu, dalam rangka menentukan adanya sifat menghambat atau sebaliknya mendukung persaingan usaha.<sup>11</sup> Di sisi lainnya, pendekatan *per se illegal* adalah penilaian terhadap sebuah perjanjian atau kegiatan usaha sebagai suatu hal yang dilarang atau ilegal, tanpa adanya keharusan untuk membuktikan adanya akibat yang ditimbulkan dari kegiatan atau perjanjian tersebut.<sup>12</sup> Pendekatan Hukum *Per Se* Illegal itu sendiri diawali dalam putusan-putusan pengadilan terdahulu di Amerika Serikat dalam perkara *States v. Trans-Missouri Freight Association*<sup>13</sup>, yang diikuti dalam *United States v. Joint Traffic Association*.<sup>14</sup>

Kedua pendekatan tersebut telah digunakan di dalam Hukum Persaingan Usaha nasional, secara spesifik pada Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999, yaitu pendekatan *per se* dan *rule of reason*. Hal tersebut dapat terlihat dari bunyi pasal-pasal yang terkandung pada Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999, yaitu adanya penulisan "yang

---

<sup>9</sup> Perlu diperhatikan juga mengenai penggunaan istilah hukum *Per Se Illegal* dan *Rule of Reason*, khususnya dalam kaitannya dengan hukum persaingan usaha yang diterapkan di Uni Eropa. Dalam hukum persaingan usaha di Uni Eropa, istilah hukum "*per se illegal*" disebut sebagai "*by object*", sedangkan istilah hukum "*rule of reason*" disebut sebagai "*by object*".

<sup>10</sup> Jones, Alison & Brendan Surfin. 2011. *EU Competition Law : Text, Cases, and Materials*, 4th Edition, Oxford University Press, New York. Hal. 203

<sup>11</sup> Andi Fahmi Lubis, *op.cit.* Hal. 55

<sup>12</sup> *Ibid.*

<sup>13</sup> *United States v. Trans - Missouri Freight Association*, 166 U.S. 290, 17 S. Ct. 540, 41 L. Ed. 1007 (1897)

<sup>14</sup> *United States v. Joint Traffic Association*, 171 U.S 505, 19 S. Ct. 25, 43 L. Ed., 259 (1898)

dapat mengakibatkan" dan "patut diduga" sebagai bentuk pendekatan *rule of reason*.<sup>15</sup> Di sisi lain, pendekatan *per se illegal* yang terkandung dalam undang-undang anti-persaingan usaha dapat terlihat pada berbagai pasal yang menyatakan secara tertulis kata "dilarang" tanpa anak kalimat berupa "...yang dapat mengakibatkan...". Sehingga, berdasarkan dengan pedoman singkat di atas, dapat disimpulkan bahwa pendekatan *rule of reason* dapat terlihat pada pengaturan mengenai praktek monopoli ( Pasal 17 ) dan kartel ( Pasal 11 ). Di sisi lain, pendekatan *per se illegal* dapat terlihat pada perjanjian penetapan harga ( Pasal 5 ).<sup>16</sup>

Sebagai salah satu bentuk pendekatan hukum dalam hukum persaingan usaha, *Per Se* itu sendiri merupakan bahasa latin yang memiliki arti “dengan sendirinya”. Mengutip Black’s Law Dictionary, *per se* memiliki arti :

“ *By himself or itself; in itself; taken alone; inherently; in isolation; unconnected with other matters. The term “per se” means by itself; simply as such; in its own nature without reference to its relation; and, in connection with libel, the term is applied to word which are actionable because they of themselves without anything more, are opprobrious .*”<sup>17</sup>

Berdasarkan pengertian tersebut, dapat diartikan secara sederhana, bahwa pendekatan *per se illegal* tidak memerlukan hal lain di luar dirinya sendiri. Dalam konteks hukum persaingan usaha, tidak perlu ada pembuktian di luar pembuktian untuk membuktikan tindakan tersebut telah dilakukan.

---

<sup>15</sup> Ibid.

<sup>16</sup> Undang-undang yang dimaksud adalah Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

<sup>17</sup> Henry Campbell, 2014, *Black’s Law Dictionary : Tenth Edition*, West Group, London. Hal.

Adapun terdapat beberapa pendapat para ahli hukum yang memberikan pendapatnya mengenai pengertian dari *per se illegal*. Menurut Kissane dan Benerofe, bahwa perbuatan dalam hukum persaingan usaha dapat disebut sebagai *per se illegal*, dalam hal pengadilan telah menjatuhkan putusan adanya bentuk perbuatan anti-persaingan, dimana tidak lagi diperlukan analisis lainnya terhadap fakta-fakta khusus guna memutuskan, bahwa tindakan tersebut telah melanggar hukum.<sup>18</sup> Sedangkan Yahya Harahap memberikan pengertian yang lebih sederhana bahwa *per se illegal* memiliki pengertian “sejak semula tidak sah”.<sup>19</sup> Dengan demikian, dapat diartikan bahwa perbuatan tersebut dengan sendirinya telah melanggar ketentuan yang telah diatur, dalam hal apabila suatu perbuatan tersebut memenuhi rumusan di dalam peraturan perundang-undangan hukum persaingan usaha. Titik beratnya adalah unsur formal dari suatu perbuatan tersebut.<sup>20</sup>

Adapun perwujudan pendekatan *per se illegal* pertama kali dilakukan dalam putusan-putusan pengadilan di Amerika Serikat. Terdapat tiga putusan terkemuka yang menunjukkan pelaksanaan pendekatan *per se illegal*. Putusan-putusan tersebut adalah :<sup>21</sup>

1. Perkara United States vs Trans-Missouri Freight Association

Perkara ini melibatkan 18 perusahaan kereta api di Amerika Serikat yang tergabung dalam asosiasi yang berdomisil di Missouri, dimana perusahaan-perusahaan kereta api tersebut menyerahkan kewenangannya kepengurusannya pada semua komite / badan perwakilan setiap anggota asosiasi. Komite tersebut

---

<sup>18</sup> Arie Siswanto, 2002, *Hukum Persaingan Usaha*, Ghalia Persada, Jakarta. Hal. 65

<sup>19</sup> L. Budi Kagramanto, 2007, *Larangan Persekongkolan Tender (Perspektif Hukum Persaingan Usaha)*, Surabaya, Srikandi. Hal. 223

<sup>20</sup> Ahmad Yani & Gunawan Widjaya, 1999, *Anti Monopoli*, Raja Grafindo Persada, Jakarta. Hal. 28

<sup>21</sup> Ibid. Hal. 224-226

memiliki kewenangan untuk menyusun dan mengumumkan struktur tarif (harga) resmi yang diberlakukan oleh perusahaan kereta api nantinya. Berdasarkan pada penetapan tarif tersebut lah, pemerintah Amerika Serikat kemudian mengajukan gugatan terhadap asosiasi. Mahkamah Agung Amerika Serikat kemudian menjatuhkan putusan bahwa tindakan asosiasi dalam menetapkan tarif dianggap telah melanggar *The Sherman Act 1890* secara *per se illegal*.

## 2. Perkara United States vs Joint Traffic Association

Perkara ini melibatkan 31 perusahaan kereta api yang juga membentuk asosiasi dengan prinsipnya adalah untuk saling melindungi usaha satu sama lain dan juga menetapkan tarif.

## 3. Perkara Pemerintah Negara Bagian Arizona vs Manisopa County Medical Society

Perkara ini berkaitan dengan penentuan tarif / biaya maksimal yang ditetapkan para dokter dan farmasi. Dalam perkara ini, Pengadilan Tinggi akhirnya memutuskan bahwa penentuan tarif maksimal tersebut secara *per se illegal* telah melanggar ketentuan undang-undang persaingan usaha.



Berdasarkan analisis yang dikemukakan oleh para hakim federal di Amerika Serikat, terdapat berbagai hal positif dalam perwujudan pendekatan *per se illegal*, yaitu<sup>22</sup>.

1. Adanya larangan yang tegas dan baku, sehingga memberikan suatu kepastian hukum bagi dunia persaingan usaha untuk melihat apakah suatu perbuatan tersebut termasuk dalam perbuatan yang sesuai dengan hukum persaingan usaha atau tidak.
2. Dengan adanya acuan yang jelas serta pasti, maka diharapkan akan memberikan dampak positif bagi dunia persaingan usaha, karena pelaku usaha diharapkan dapat menjalankan usahanya tanpa rasa khawatir akan pelanggaran hukum persaingan usaha.
3. Di sisi lain, pelaku usaha juga dapat melakukan tindakan pencegahan dalam konteks hukum persaingan usaha, dengan cara tidak melakukan perbuatan-perbuatan yang telah dilarang dalam hukum persaingan usaha.

Disamping hal-hal tersebut, pendekatan *per se illegal* pada hakekatnya juga memberikan suatu kemudahan terhadap penegakkan hukum persaingan usaha. Pendekatan *per se illegal* dianggap mudah dan mempunyai kejelasan dalam proses administratif.<sup>23</sup> Dalam pendekatan hukum *per se illegal*, maka proses pada tingkatan

---

<sup>22</sup> Gellhorn, Ernest & William E. Kovacic, 1994, *Antitrust Law and Economics, In a Nutshell*, 4th Edition, West Academic Publishing, Minnesota. Hal. 165-166

<sup>23</sup> Dianggap mudah mengingat pendekatan *per se illegal* memperkenankan pengadilan untuk tidak melakukan penyelidikan secara lebih dalam terhadap

tertentu dalam penegakkan hukum persaingan usaha dapat dipersingkat dan bersifat sederhana, karena hanya perlu membuktikan perbuatan yang melawan hukum tersebut tanpa harus membuktikan hal lainnya.

Terdapat dua syarat untuk melakukan pendekatan *per se illegal*, yaitu :<sup>24</sup>

1. Pendekatan harus ditujukan terhadap perilaku pelaku usaha, bukan pada kondisi pasar yang bersangkutan, karena putusan terhadap perbuatan tersebut, tidak ada sangkut pautnya dengan dampak terhadap pasar yang bersangkutan.
2. Adanya identifikasi secara cepat tentang jenis perbuatan atau batasan perbuatan yang dilarang. Penilaian terhadap suatu perbuatan harus dapat ditentukan secara mudah.

### ***C. De Minimis Rule***

*De Minimis Rule* atau istilah lengkapnya *De Minimis Non Curat Lex*, mengutip dari *Black's Law Dictionary* adalah

*“ The law does not care for, or take notice of, very small or trifling matters. The law does not concern itself about trifles.”*<sup>25</sup>

---

<sup>24</sup> L. Budi Kagramanto, *Larangan Persekongkolan Tender (Perspektif Hukum Persaingan Usaha)*. Hal. 235

Terjemahan bebasnya bahwa hukum tidak memerdulikan atau memerhatikan hal-hal yang remeh / kecil. Hukum tidak perlu merepotkan dirinya untuk hal-hal yang remeh / kecil.

Pemikiran ini mengemuka karena hukum bagaimanapun juga tidak akan mampu dan sempat untuk melakukan segala hal dalam praktek di lapangan. Oleh karenanya, maka hukum harus fokus terhadap permasalahan-permasalahan yang bersifat urgen dan penting serta di sisi lain, mengesampingkan hal-hal yang remeh / kecil.

*De Minimis Non Curat Lex* itu sendiri telah digunakan dalam berbagai bidang hukum bisnis / ekonomi. Secara spesifik dalam hukum bisnis / ekonomi terdapat pada hukum pajak dan hukum persaingan usaha. Dalam konteks hukum persaingan usaha, *De Minimis Rule* telah digunakan oleh Uni Eropa (*European Union*) dalam berbagai pendekatan hukum *per se* pada *Article 101 of the Treaty on the Functioning of The European Union* (TFEU) atau dahulu dikenal dengan *Article 81 (1) of the Treaty Establishing the European Community* (TEC). Aturan mengenai *De Minimis Rule* itu sendiri telah diatur di dalam *Commission Notice on Agreements of Minor Importance which do not appreciably restrict competition under article 81 (1) of the Treaty Establishing the European Community*. Aturan mengenai *De Minimis Rule* menyebutkan dengan jelas bahwa pelaku usaha kecil-menengah tidak akan dikenakan *Article 101* TFEU , dengan pembatasan *aggregate market share* (pembagian pasar keseluruhan) gabungan antar pelaku usaha yang bekerja sama sebesar 10%, dimana para pelaku usaha tersebut merupakan pesaing aktual atau potensial, atau besaran *market*

---

<sup>25</sup> Henry Campbell, *op.cit.*, hal.

*share* sebesar 15% dimiliki oleh masing-masing pelaku usaha, dimana keduanya bukan merupakan pesaing aktual atau potensial.

Walaupun demikian, *De Minimis Rule* tidak secara mutlak diterapkan dalam seluruh pendekatan *Per Se Illegal* pada TFEU, melainkan hanya terdapat pada penetapan harga (*price fixing*), pembagian wilayah (*market sharing*), dan pembatasan produksi (*limiting output*), dimana di dalamnya termasuk juga di dalamnya *horizontal agreement* dan *vertical agreement*. Terdapat beberapa pengecualian yang disebut dengan *blacklist of hardcore restriction* dalam *Guidance on Restrictions of Competition “by object” for the purpose of Defining which Agreements may Benefit from the De Minimis Notice*.