

### **BAB III**

## **ANALISIS PERWUJUDAN *DE MINIMIS RULE* DALAM PENDEKATAN *PER SE ILLEGAL* PADA HUKUM PERSAINGAN USAHA INDONESIA**

### **A. Komparasi Hukum Persaingan Usaha Nasional dengan *Sherman Act 1890* dan *EU Competition Law***

#### **1. Pengaturan Hukum Persaingan Usaha dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli Dan Persaingan Usaha Tidak Sehat**

Pembentukan Undang - Undang Anti Monopoli di Indonesia terbentuk karena iklim persaingan usaha yang tidak sehat pada masa orde baru. Pada masa sebelum reformasi, perekonomian nasional memiliki struktur ekonomi yang di dominasi oleh pihak - pihak atau pelaku - pelaku usaha tertentu. Terkonsentrasinya perkenomian nasional di tangan beberapa pelaku usaha saja mengakibatkan adanya praktek monopoli yang menimbulkan persaingan usaha tidak sehat. Persaingan usaha tidak sehat dan praktek monopoli akan menimbulkan *barrier to entry* terhadap pelaku - pelaku usaha lainnya yang ingin memasuki suatu usaha tertentu.

Pelaku - pelaku usaha besar dan memiliki akses khusus terhadap kekuasaan akan mampu menguasai dalam skala besar perekonomian Indonesia. Pada kenyataannya di lapangan struktur pasar monopoli dan oligopoli sangat kental dalam berbagai sektor - sektor ekonomi pada saat itu. Dalam perjalannya kemudian, pelaku - pelaku usaha tersebut berkembang menjadi konglomerasi dan menguasai secara menyeluruh baik dari hulu hingga ke hilir dalam berbagai sektor. Disamping struktur pasar monopoli

dan oligopoli, kondisi perekonomian Indonesia pada saat itu kental dengan berbagai bentuk perilaku anti persaingan usaha, seperti perilaku untuk memonopoli suatu sektor, dengan cara kartel, penyalahgunaan posisi dominan, *merger / takeover*, diskriminasi, dan lain- lain.

Praktek monopoli dan persaingan usaha yang tidak sehat tersebut pada akhirnya memberikan dampak negatif pada kinerja ekonomi nasional. Hal tersebut dapat dilihat pada terbatasnya pilihan bagi konsumen, timbulnya kelangkaan pasokan, harga produk yang tidak terjangkau, lapangan kerja yang sedikit, lambatnya pertumbuhan industri nasional, buruknya daya saing produk, dan tingginya kesenjangan ekonomi dalam berbagai lapisan kehidupan masyarakat. Hal tersebut menjadi pemicu pada keruntuhan perekonomian nasional tahun 1997 yang telah dibangun selama puluhan tahun.

Krisis ekonomi pada tahun 1997 tersebut menjadi pendorong untuk dilaksanakannya suatu reformasi di sektor ekonomi, sebagai bagian dari reformasi menyeluruh yang didengungkan kala itu. Reformasi di sektor ekonomi mencakup pembuatan kebijakan ekonomi yang pro persaingan usaha sehat. Hal tersebut diwujudkan dengan cara pengesahan Undang- Undang Anti Monopoli dan pembentukan Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU). Hal ini bertujuan menciptakan adanya persaingan usaha yang adil, setara dan kompetitif di antara para pelaku usaha. Dengan adanya persaingan usaha yang sehat diharapkan mampu memberdayakan UMKM dan di sisi lain juga melindungi kepentingan konsumen.

Selain alasan yang telah diuraikan di atas, lahirnya Undang -Undang Anti Monopoli pada hakekatnya sesuai dan sejalan dengan semangat Undang -Undang Dasar tahun 1945, khususnya pasal 27, 31, 33, dan 34, serta semangat yang terdapat pada Pancasila. Kesesuaian tersebut terlihat secara eksplisit dari bunyi pasal 2 dan pasal 3 pada Undang- Undang Anti Monopoli yang menyatakan perihal asas dan tujuan pembentukan Undang- Undang Anti Monopoli.<sup>1</sup> Adapun tujuan pembentukan Undang - Undang Anti Monopoli sebagaimana dicantumkan pada pasal 3 sesungguhnya juga memiliki tujuan yang sama, yaitu peningkatan kesejahteraan masyarakat.<sup>2</sup>

Undang - Undang Anti Monopoli pada intinya berisikan larangan terhadap perjanjian, kegiatan, dan posisi dominan yang bertentangan dengan prinsip - prinsip persaingan usaha sehat. Adapun substansi dari Undang - Undang Anti Monopoli merupakan adaptasi dari *Sherman Act* 1890 (sering disebut juga sebagai *Antitrust Law*) di Amerika Serikat.

Sayangnya ketentuan dalam Undang - Undang Anti Monopoi tidak tegas dalam melarang perilaku persaingan usaha tidak sehat. Terdapat kebutuhan yang mendesak untuk mempertegas perilaku mana yang dilarang secara *rule of reason* dan perilaku mana yang termasuk kategori *per se illegal*. Dalam hal ketentuan secara *rule of*

---

<sup>1</sup> Pasal 2 Undang - Undang Anti Monopoli menyatakan, "Pelaku usaha di Indonesia dalam menjalankan kegiatan usahanya berasaskan demokrasi ekonomi dengan memperhatikan keseimbangan antara kepentingan pelaku usaha dan kepentingan umum."

<sup>2</sup> Pasal 3 Undang - Undang Anti Monopoli menyatakan, " a. Menjaga kepentingan umum dan meningkatkan efisiensi ekonomi nasional sebagai salah satu upaya untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat; b. Mewujudkan iklim usaha yang kondusif melalui pengaturan persaingan usaha yang sehat sehingga menjamin adanya kepastian kesempatan berusaha yang sama bagi pelaku usaha besar, pelaku usaha menengah, dan pelaku usaha kecil; c. Mencegah praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat yang ditimbulkan oleh pelaku usaha; dan d. Terciptanya efektifitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha

*reason*, maka perilaku yang dilarang tersebut harus mampu dibuktikan akibat negatifnya terhadap perekonomian nasional. Di sisi lain, ketentuan *per se illegal* hanya mensyaratkan pembuktian terhadap terjadinya suatu kegiatan yang bertentangan dengan prinsip - prinsip persaingan usaha sehat.

Sebagaimana telah diuraikan di atas, pasal 2 dan pasal 3 Undang - Undang Anti Monopoli yang menyebutkan asas dan tujuan Undang - Undang Anti Monopoli, harus dijadikan pedoman utama dalam interpretasi dan perwujudan setiap ketentuan dalam Undang - Undang Anti Monopoli. Sehingga, dalam setiap perwujudan ketentuan dalam Undang - Undang Anti Monopoli tidak melenceng dari tujuan utama dibentuknya Undang - Undang Anti Monopoli.

Di sisi lain, Undang - Undang Anti Monopoli dibentuk dalam rangka membantu mewujudkan struktur ekonomi sebagaimana termaktub di dalam pasal 33 Undang - Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945.<sup>3</sup> Tujuan untuk membentuk demokrasi ekonomi akan dapat tercapai ketika terciptanya persaingan usaha yang sehat. Adapun terdapat 3 sistem yang bertentangan dengan tujuan untuk menciptakan demokrasi ekonomi tersebut, yaitu:<sup>4</sup>

- (1.) Liberalisme perjuangan bebas (*Free Fight Liberalism*) yang pada sejarahnya telah melemahkan kedudukan Indonesia dalam ekonomi dunia.

---

<sup>3</sup> Penjelasan pasal 33 ayat (1) Undang - Undang Dasar Negara Republik Indonesia 1945 menyatakan bahwa "Ekonomi diatur oleh kerja sama berdasarkan prinsip gotong - royong." Termuat juga di dalamnya mengenai demokrasi ekonomi yang berusaha diwujudkan melalui Undang - Undang Anti Monopoli.

<sup>4</sup> Andi Fahmi Lubis, *op.cit* hal. 16

- (2.) Sistem penganggaran belanja yang menghambat perkembangan dan kemajuan ekonomi.
- (3.) Sistem pengkonsentrasian kekuatan ekonomi, karena segala bentuk monopoli akan merugikan masyarakat.

Dalam perjalanannya kemudian, UU Anti-Monopoli nasional menjadi amunisi utama bagi KPPU dalam melakukan pengawasan pada iklim persaingan usaha di Indonesia. Dengan berdasarkan UU Anti-Monopoli tersebut, selain dapat menegakkan norma-norma yang telah terangkum di dalam UU Anti-Monopoli, KPPU juga mendapatkan kemampuan untuk meregulasi aturan-aturan yang dirasa perlu untuk diatur dalam bentuk Peraturan KPPU. Di sisi lain, dengan lahirnya UU Anti-Monopoli di Indonesia, KPPU juga diberikan wewenang untuk menjadi semacam kuasi-pengadilan dimana KPPU juga memiliki wewenang untuk mengadili segala perkara yang berkaitan dengan Hukum Persaingan Usaha.

Di dalam penegakkan Hukum Persaingan Usaha berdasarkan UU Anti-Monopoli nasional, KPPU sejatinya memiliki dua jenis pendekatan hukum, yaitu pendekatan hukum *per se illegal* dan *rule of reason*. Pendekatan hukum *per se illegal* adalah pendekatan hukum yang menilai suatu tindakan sebagai ilegal, tanpa diperlukan adanya penyelidikan selanjutnya mengenai dampak dari tindakan tersebut terhadap persaingan usaha.<sup>5</sup> Di sisi lain, pendekatan hukum *rule of reason* adalah pendekatan hukum dengan menggunakan analisis ekonomi / pasar untuk menilai dampaknya

---

<sup>5</sup> Ibid. Hal. 82

terhadap persaingan usaha, agar bisa dinyatakan sebagai sebuah pelanggaran terhadap UU Anti-Monopoli.<sup>6</sup>

Walaupun demikian, sejatinya tidak ada pengaturan secara tegas yang menyatakan penggunaan pendekatan hukum *per se illegal* maupun *rule of reason*. Pendekatan hukum yang digunakan oleh KPPU lebih dilandaskan pada doktrin hukum dan praktek yang dianggap paling baik ( *Best Practice* ). Oleh karenanya, tidak jarang KPPU menggunakan pendekatan hukum alternatif, dimana KPPU melihat bahwa pendekatan hukum *per se illegal* dan *rule of reason* merupakan satu kesatuan, bukan dua hal yang berbeda.<sup>7</sup>

KPPU sendiri mendasarkan pendekatan hukum yang bersifat alternatif pada Pasal 35 UU Anti-Monopoli.<sup>8</sup> Pasal 35 UU-Anti Monopoli menjadikan dasar bagi KPPU bahwa KPPU memiliki kewenangan untuk menilai secara mandiri dan independen terhadap setiap kegiatan atau perjanjian yang dilakukan oleh para pelaku usaha dan dapat mengakibatkan dampak timbulnya praktek monopoli dan persaingan

---

<sup>6</sup> Ibid.

<sup>7</sup> Ibid. Hal. 81

<sup>8</sup> Pasal 35 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 menyatakan," Tugas Komisi Meliputi : (a.)melakukan penilaian terhadap perjanjian yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat sebagaimana diatur dalam Pasal 4 sampai dengan Pasal 16; (b.)melakukan penilaian terhadap kegiatan usaha dan atau tindakan pelaku usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat sebagaimana diatur dalam Pasal 17 sampai dengan Pasal 24; (c.) melakukan penilaian terhadap ada atau tidak adanya penyalahgunaan posisi dominan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat sebagaimana diatur dalam Pasal 25 sampai dengan Pasal 28; (d.) mengambil tindakan sesuai dengan wewenang Komisi sebagaimana diatur dalam Pasal 36; (e.) memberikan saran dan pertimbangan terhadap kebijakan Pemerintah yang berkaitan dengan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat; (f.) menyusun pedoman dan atau publikasi yang berkaitan dengan Undang-undang ini; (g.) memberikan laporan secara berkala atas hasil kerja Komisi kepada Presiden dan Dewan Perwakilan Rakyat.

usaha tidak sehat. Berdasarkan pasal tersebut, KPPU kemudian menggunakan pendekatan hukum alternatif yang menyesuaikan pada praktek yang dianggap terbaik ( *Best Practice* ) dan tetap berpedoman pada tujuan utama pembentukan UU-Anti Monopoli sebagaimana yang tercantum di dalam Pasal 3 UU-Anti Monopoli, antara lainnya menciptakan kesejahteraan ekonomi dan efisiensi yang berlandaskan demokrasi ekonomi.

## **2. Pengaturan Hukum Persaingan Usaha di Amerika Serikat**

Amerika Serikat merupakan negara modern pelopor dalam sejarah Hukum Persaingan Usaha Modern untuk menjalankan perekonomian dan iklim persaingan usaha negaranya. Hal tersebut diawali dengan diundangkannya *Sherman Act 1890*. *Sherman Act* adalah peraturan yang paling awal dan menjadi pemicu kelahiran berbagai peraturan perundang-undangan di beberapa negara. Salah satu negara yang kemudian mengadopsi peraturan-peraturan di dalam *Sherman Act* adalah Indonesia.

Amerika Serikat sendiri sejatinya memiliki 3 peraturan perundang-undangan yang berkaitan dengan pengawasan dan penegakkan Hukum Persaingan Usaha, yaitu

:

- a. *Sherman Act 1890*
- b. *Clayton Antitrust Act 1914*
  - i. Diamenden dengan *Robinson-Patman Act 1936*
  - ii. Diamenden dengan *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act 1976*

- c. *Federal Trade Commission Act 1914*
- d. *States Law* ( Contoh : *Massachusetts Antitrust Law & Virginia Antitrust Act* )

*Sherman Act* 1890 dibentuk dengan pertimbangan adanya kekhawatiran praktek monopoli yang semakin mendominasi dalam perekonomian bebas Amerika Serikat pada saat itu ( akhir 1800an ). Hal tersebut membuat *Congress* ( Badan Legislatif Amerika Serikat ) mengeluarkan *Sherman Act* untuk memberantas praktek-praktek anti-kompetisi, mengurangi dominasi pasar oleh segelintir orang, dan menjaga persaingan bebas sebagai aturan dari persaingan usaha. *Sherman Act* menjadi acuan dan pedoman utama dalam berbagai penegakkan litigasi di Amerika Serikat.

Walaupun demikian, mengingat sistem hukum di Amerika Serikat, dimana terdapat pemisahan antara wewenang yang dimiliki oleh Federal ( Pemerintah Pusat ) dengan wewenang yang dimiliki oleh negara bagian, maka *Sherman Act* tidak serta merta dapat dilaksanakan. Oleh karenanya kemudian, berbagai negara bagian mengadopsi peraturan-peraturan yang terdapat di dalam *Sherman Act*, salah satu contohnya adalah *Massachusetts Antitrust Law* yang mengadopsi *Sherman Act* itu diberlakukan di Negara Bagian *Massachusetts* dan *Virginia*.

*Sherman Act* pada hakekatnya ditujukan untuk mengatur para pelaku usaha yang terdapat dalam persaingan usaha di Amerika Serikat. *Sherman Act* sendiri pada pokoknya dapat dibagi ke dalam 3 bagian, yaitu :



a. Section 1<sup>9</sup>

Menyatakan tindakan-tindakan yang dianggap sebagai suatu perbuatan anti-kompetisi dan larangannya.

b. Section 2<sup>10</sup>

Menyatakan mengenai larangan terhadap usaha, rencana, maupun praktek monopoli.

c. Section 3<sup>11</sup>


---

<sup>9</sup> *Sherman Act Section 1* menyatakan, " Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal. Every person who shall make any contract or engage in any combination or conspiracy hereby declared to be illegal shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court. "

<sup>10</sup> *Sherman Act Section 2* menyatakan, " Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court. "

<sup>11</sup> *Sherman Act Section 3* menyatakan, " (a) Every contract, combination in form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce in any Territory of the United States or of the District of Columbia, or in restraint of trade or commerce between any such Territory and another, or between any such Territory or Territories and any State or States or the District of Columbia, or with foreign nations, or between the District of Columbia and any State or States or foreign nations, is declared illegal. Every person who shall make any such contract or engage in any such combination or conspiracy, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or both said punishments, in the discretion of the court. (b) Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce in any Territory of the United States or of the District of Columbia, or between any such Territory and another, or between any such Territory or Territories and any State or States or the District of Columbia, or with foreign nations, or between the District of Columbia, and any State or States or foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished

Menyatakan wilayah yurisdiksi pemberlakuan *Sherman Act* terdapat *District of Columbia* dan Amerika Serikat.

Dalam perkembangannya kemudian, *Sherman Act* dirasa tidak lagi memadai dalam menghadapi kenyataan di dunia persaingan usahanya. Untuk mengatasi ketidakmampuan tersebut, maka diperlukan suatu peraturan perundang-undangan baru. Di sisi lain, diperlukan juga kehadiran suatu lembaga khusus yang memiliki wewenang untuk melakukan pengawasan dalam persaingan usaha dan menegakkan Hukum Persaingan Usaha itu sendiri.

Maka, pada tahun 1914, *Clayton Antitrust Act 1914* dan *Federal Trade Commision Act 1914* diundangkan oleh *Congress*, tanpa mencabut *Sherman Act*. *Clayton Act* diharapkan mampu memasukkan berbagai macam tindakan yang sebelumnya tidak diatur di dalam *Sherman Act*. Di sisi lain, dengan adanya landasan hukum berupa *Federal Trade Commision Act*, maka pembentukan lembaga khusus berkaitan dengan persaingan usaha menemukan validitas hukumnya untuk segera dapat melakukan pengawasan dan penegakkan Hukum Persaingan Usaha.

*Clayton Act* diundangkan dengan harapan dapat mengisi kekosongan yang terdapat pada *Sherman Act*. Sebagai contoh, *Clayton Act* memberikan tambahan kegiatan-kegiatan yang dianggap sebagai kegiatan anti-persaingan usaha, misalnya, diskriminasi harga, perjanjian tertutup, *tying agreement*, serta akuisisi dan merger yang berpotensi menimbulkan monopoli di pasar.

---

*by fine not exceeding \$100,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$1,000,000, or by imprisonment not exceeding 10 years, or by both said punishments, in the discretion of the court.*

Dalam perkembangannya kemudian, *Clayton Act* mengalami perubahan-perubahan yang diperlukan untuk mengikuti perkembangan zaman dan dinamika yang terjadi dalam persaingan usaha. Pada tahun 1936, *Congress* mengundangkan *Robinson-Patman Act 1936* yang bertujuan untuk mengatur diskriminasi harga di antara distributor-distributor yang berkedudukan setara, untuk mengurangi tingkat kompetisi di pasar. Selanjutnya, *Clayton Act* mengalami perubahan kembali dengan diundangkannya *Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act* pada tahun 1976 yang meregulasi kewajiban para pelaku usaha untuk memberikan notifikasi pada setiap merger atau akuisisi yang akan dilakukan ( *Pre-Merger Notification* ).

Di sisi lain, *Congress* juga mengundangkan *Federal Trade Commision Act 1914* sebagai dasar hukum untuk melegitimasi pembentukan suatu lembaga yang memiliki kewenangan untuk melakukan pengawasan, penegakkan Hukum Persaingan Usaha, dan menjadi regulator dalam menghadapi dinamika persaingan usaha di Amerika Serikat. Lembaga yang kemudian dinamakan *Federal Trade Commision* ini, selain memiliki kewenangan dalam Hukum Persaingan Usaha, dimana bertujuan untuk menjaga iklim persaingan usaha dari tindakan-tindakan monopoli dan anti-persaingan usaha, juga memiliki kewenangan untuk memberikan perlindungan konsumen. Hal tersebut yang menjadi pembeda antara *Federal Trade Commision* dengan KPPU di Indonesia. *Federal Trade Commision Act* juga mengatur larangan terhadap setiap metode curang dalam kompetisi dan praktek-praktek yang tidak wajar.

Hukum Persaingan Usaha di Amerika Serikat juga memiliki dua pendekatan hukum yang sama seperti di Indonesia dan Uni Eropa. Pendekatan hukum tersebut

adalah pendekatan hukum *Per se Illegal* dan *Rule of Reason*. Pengertian dari kedua pendekatan hukum itu pun sama seperti di Indonesia dan Uni Eropa.

Walaupun demikian, dalam perjalanannya, terdapat perbedaan pandangan dalam menggunakan pendekatan hukum ini di kalangan majelis hakim. Hal tersebut dapat terlihat pada perubahan-perubahan dalam penggunaan pendekatan hukum, apakah *per se illegal* atau *rule of reason* dalam suatu perkara.

Sebagai contoh, pergantian penggunaan pendekatan hukum dapat terlihat berkaitan dengan kasus *Vertical Territorial & Customer Restrictions*. Pada tahun 1967, melalui putusan *United States v. Arnold, Schwinn Co.*, pengadilan di Amerika Serikat menyatakan bahwa kasus mengenai *Vertical Territorial & Customer Restrictions* harus diselediki dengan pendekatan *per se illegal*. Namun, 10 tahun kemudian, pada tahun 1977, putusan *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.* menganulir putusan pada kasus *Arnold, Schwinn Co.* dan menyatakan bahwa *Vertical Territorial & Customer Restrictions* menggunakan pendekatan *rule of reason*, bukan *per se illegal*. Putusan ini menjadi inisiator mulainya tren pengadilan-pengadilan selanjutnya untuk menilai kembali putusan sebelumnya yang menggunakan pendekatan *per se illegal* dan mengutamakan justifikasi empiris secara konkret.

Contoh lainnya, dapat dilihat mengenai inkonsistensi penggunaan pendekatan hukum yang berkaitan dengan tindakan *vertical price fixing* atau dalam konteks ini *Minimum Resale Price Maintenance*. Pada tahun 2007, *Supreme Court* ( Mahkamah Agung Amerika Serikat ) mengeluarkan putusan pada kasus *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.* yang menganulir preseden ( putusan terdahulu

yang diikuti oleh hakim-hakim selanjutnya dalam kasus yang sama ) berusia 96 tahun, yaitu kasus *Dr. Miles Medical Co. v. John D. Park & Sons Co.* Kasus *Leegin* menjadikan *Minimum Resale Price Maintenance* sebagai kegiatan dengan pendekatan hukum *Rule of Reason* dan bukan pendekatan hukum *per se illegal* sebagaimana yang diamanatkan dalam preseden kasus *Dr. Miles*.

Berkaca pada dua kasus di atas, *Supreme Court* berpendapat bahwa penggunaan *per se illegal* harus lebih diperhatikan dan disesuaikan dengan kondisi. Walaupun *per se illegal* adalah pendekatan hukum yang baik dalam menghemat waktu dan tenaga yang digunakan, namun diperlukan pedoman yang lebih baik daripada sekadar memenuhi formalitas aturan di dalam peraturan perundang-undangan. Penggunaan data-data ekonomi menjadi krusial dalam menentukan suatu pelanggaran Hukum Persaingan Usaha.

Walaupun demikian, *per se illegal* hingga hari ini masih tetap menjadi salah satu bagian pendekatan hukum dalam Hukum Persaingan Usaha. Hingga saat ini, pendekatan hukum *per se illegal* masih digunakan dalam berbagai kasus, misalnya *Horizontal Price Fixing* dan *Output Reduction*.

Berkaca pada tren yang ada, khususnya apabila melihat pada dua kasus yang disebutkan di atas, maka sejatinya dapat terlihat bahwa tren Hukum Persaingan Usaha di Amerika Serikat lebih menekankan pada efek yang ditimbulkan dari suatu tindakan tersebut, apakah pro-persaingan usaha atau anti-persaingan usaha. Hal tersebut dapat tercermin pada seringnya putusan yang menggunakan pendekatan hukum *per se illegal* di masa lampau, tidak lagi diikuti oleh putusan yang terbaru dan

menyatakan penggunaan pendekatan hukum *rule of reason*. Penggunaan *per se illegal* tidak lagi semata-mata pelaksanaan formalitas peraturan perundang-undangan, namun juga perlu ada kajian lebih dalam apakah suatu tindakan tersebut merupakan tindakan yang anti-persaingan usaha.

### 3. Pengaturan Hukum Persaingan Usaha di Uni Eropa

Uni Eropa dibentuk untuk menciptakan suatu pasar bebas bagi seluruh anggotanya. Dalam pasar bebas, seluruh sumber ekonomi dapat bergerak secara bebas pula tanpa adanya hambatan berupa batas - batas negara. Dengan adanya Uni Eropa terdapat 4 kebebasan (*four freedoms*) yang mengikat anggotanya, yaitu kebebasan memilih tempat tinggal serta lalu lintas jasa yang bebas, kebebasan untuk berpindah tempat kerja, kebebasan dalam perpindahan barang, dan lalu lintas modal yang bebas.<sup>12</sup> Salah satu ketentuan khusus yang mengatur pasar bebas dan memiliki peran krusial bagi Uni Eropa adalah Hukum Persaingan Usaha.<sup>13</sup>

Hukum Persaingan Usaha dalam Uni Eropa termaktub pada *article 101 Treaty on The Functioning of The European Union ( TFEU )*, sebelumnya adalah *article 81*, dan *article 102 TFEU* (sebelumnya adalah *article 82*). Adapun *article 101 TFEU* pada pokoknya mengatur mengenai kegiatan - kegiatan dan perjanjian- perjanjian yang bertentangan dengan prinsip -prinsip persaingan usaha sehat.<sup>14</sup> Sedangkan

---

<sup>12</sup> Valentine Korah, 2000, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 7th ed. Oxford, Portland.

<sup>13</sup> Paul Craig & Grainne de Burca, 2003, *EU Law, Text, Cases, and Material*, 3rd ed, Oxford University Press, New York. hal. 936

<sup>14</sup> *Article 101* menyatakan " (1). *The following shall be prohibited as incompatible with the common market: all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the*

*Article 102 TFEU* pada pokoknya mengatur mengenai praktek penyalahgunaan posisi dominan.<sup>15</sup> Hukum Persaingan Usaha di Uni Eropa juga memiliki pengaturan seperti *rule of reason* dan *per se illegal*. Dalam terminologi Hukum Persaingan Usaha Uni Eropa istilah *rule of reason* digantikan dengan istilah *by effect*, sedangkan istilah *per se illegal* digantikan dengan istilah *by object*.

*Article 101 TFEU* itu sendiri terbagi dalam 3 ayat. Ayat pertama mengatur mengenai larangan - larangan terhadap:

- a. Perjanjian penetapan harga (*prices fixing agreement*)
- b. Perjanjian diskriminasi harga (*prices discriminations agreement*)
- c. Penetapan harga jual kembali (*resale prices maintenance*)
- d. Penguasaan pasar

---

*prevention, restriction or distortion of competition within the common market, and in particular those which: a. directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions; b. limit or control production, markets, technical development, or investment; c. share markets or sources of supply; d. apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage; e. make 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.*(2). Any agreements or decisions prohibited pursuant to this Article shall be automatically void. (3). The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the cases of:- any agreement or category of agreements between undertakings;- any decision or category of decisions by associations of undertakings;- any concerted practice or category of concerted practices, which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not:(a) impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives;(b) afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of a substantial part of the products in question.

<sup>15</sup> *Article 102* menyatakan " 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 insofar 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 other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.

- e. Kartel harga dan wilayah
- f. Kecurangan dalam menetapkan biaya produksi

Dalam *Article 101* ayat (2) TFEU, menyatakan bahwa segala perjanjian, keputusan, atau kegiatan yang dilarang di dalam *Article 101* ayat (1) TFEU dengan sendirinya batal demi hukum (*void*). Sedangkan *Article 101* ayat (3) TFEU menyatakan ketentuan -ketentuan mengenai pengecualian terhadap ketentuan di dalam *Article 101* ayat (1) TFEU, yaitu: Setiap perjanjian, keputusan, atau kegiatan yang dilarang tersebut memiliki kontribusi positif terhadap perbaikan produksi atau distribusi barang, atau untuk mempromosikan perkembangan teknis atau ekonomi, dimana di saat yang sama tetap memberikan hasil yang menguntungkan bagi konsumen.

Di sisi lain *Article 102* TFEU mengatur secara khusus penyalahgunaan posisi dominan. Di dalam *Article 102* TFEU mengatur jenis - jenis penyalahgunaan posisi dominan (*abuse of dominant position*), yaitu:

- a. Secara langsung maupun tidak langsung menetapkan harga jual atau beli yang tidak adil atau syarat perdagangan lainnya yang tidak adil.
- b. Membatasi produksi, pasar, perkembangan teknologi.
- c. Menerapkan syarat - syarat yang berbeda - beda terhadap pelaku usaha lain, dimana hal tersebut menempatkan mereka dalam posisi yang tidak menguntungkan secara kompetitif.
- d. Membuat perjanjian tertutup



Adapun *Article 101* TFEU dan *Article 102* TFEU dapat digunakan secara bersamaan. Hal tersebut dimungkinkan mengingat adanya kemungkinan pelaku usaha melanggar ketentuan - ketentuan *Article 101* TFEU, sekaligus melakukan penyalahgunaan posisi dominan sebagaimana yang telah di atur di dalam ketentuan *Article 102* TFEU.

Selain mengatur mengenai substansi dari Hukum Persaingan Usaha Uni Eropa juga memberikan pendekatan- pendekatan hukum dalam melakukan investigasi terhadap setiap pelanggaran *Article 101* TFEU ataupun *Article 102* TFEU. Pendekatan - pendekatan hukum yang dimaksud adalah pendekatan hukum *by object* dan *by effect*. Pendekatan hukum *by object* adalah pendekatan hukum dimana pembuktian terhadap dampak negatif yang ditimbulkan tidak diperlukan, melainkan cukup membuktikan terjadi atau tidaknya suatu kegiatan, perjanjian, keputusan yang dilarang. Sebaliknya pendekatan hukum *by effect* adalah pendekatan hukum yang menekankan adanya pembuktian terhadap dampak negatif pada ekonomi, selain juga membuktikan terjadi atau tidaknya suatu kegiatan, perjanjian, keputusan yang dilarang.

Namun terdapat suatu pengaturan khusus yang dimiliki Hukum Persaingan Usaha di Uni Eropa terkait perwujudan pendekatan hukum *by object*. Pengaturan khusus tersebut dikenal dengan istilah *de minimis rule*. *De minimis rule* adalah ketentuan yang mengatur mengenai hal - hal yang harus dipenuhi terlebih dahulu sebelum suatu perjanjian, keputusan, atau kegiatan yang dilarang dapat dikenakan pendekatan hukum *by object*.

Secara spesifik, *De Minimis Rule* diatur di dalam *Commission Notice on Agreements of Minor Importance which do not Appreciably Restrict Competition Under Article 101 (1) of the Treaty on the Functioning of the European Union* (untuk selanjutnya disebut sebagai "*De Minimis Notice*"). Pada pokoknya, *De Minimis Notice* memberikan pengaturan yang memuat suatu kelonggaran terhadap hal-hal yang dilarang di dalam *Article 101 TFEU* apabila perbuatan-perbuatan yang dilarang tersebut tidak memberikan dampak negatif cukup besar terhadap perdagangan intra-Uni Eropa. *De Minimis Notice* menggunakan ketentuan berupa *market share threshold*, dimana dalam setiap perbuatan yang melanggar *Article 101 TFEU*, perlu adanya penilaian terlebih dahulu terhadap besaran *market share* yang dimiliki oleh pelaku usaha tersebut.

Walaupun demikian, definisi negatif yang dinyatakan dalam *De Minimis Notice* bukan berarti bahwa setiap pelaku usaha yang berada di atas *market share threshold* dapat diartikan akan memiliki dampak negatif terhadap perdagangan atau kondisi persaingan usaha. Definisi negatif dalam *De Minimis Notice* hanya menciptakan *safe harbour* bagi para pelaku usaha yang berada di bawah *market share threshold*.

Argumentasi yang mendasarkan perlunya pengaturan *De Minimis* terletak pada Pasal 3 *De Minimis Notice*.<sup>16</sup> *De Minimis Notice* mendasarkan pengaturannya pada pemikiran bahwa pelaku usaha - pelaku usaha dengan skala kecil - menengah tidak

---

<sup>16</sup> Pasal 3 *De Minimis Notice* menyatakan, " Agreements may in addition not fall under Article 81(1) because they are not capable of appreciably affecting trade between Member States. This notice does not deal with this issue. It does not quantify what does not constitute an appreciable effect on trade. It is however acknowledged that agreements between small and medium-sized undertakings, as defined in the Annex to Commission Recommendation 96/280/EC(3), are rarely capable of appreciably affecting trade between Member States. Small and medium-sized undertakings are currently defined in that recommendation as undertakings which have fewer than 250 employees and have either an annual turnover not exceeding EUR 40 million or an annual balance-sheet total not exceeding EUR 27 million.

akan mampu memberikan dampak yang cukup besar terhadap perdagangan atau iklim persaingan usaha. Argumentasi itu mengacu pada *Annex to Commission Recommendation 96/280/EC(3)* yang juga memberikan definisi dari pelaku usaha dengan skala kecil - menengah.

Menurut *Annex to Commission Recommendation 96/280/EC(3)*, pelaku usaha yang termasuk dalam golongan skala kecil - menengah adalah :

- a. Pelaku usaha yang memiliki pegawai kurang dari 250 orang
- b. Memiliki pendapatan tahunan tidak lebih dari 40 juta euro atau neraca total tidak lebih dari 27 juta euro

Walaupun *Annex to Commission Recommendation 96/280/EC(3)* telah memberikan definisi dan menjadi salah satu pertimbangan dalam pembentukan *De Minimis Notice*, pengaturan perihal definisi tersebut tidak menjadi pengaturan di dalam *De Minimis Notice*. *De Minimis Notice* memilih untuk menggunakan pengaturan tersendiri.

Pengaturan mengenai besaran *market share threshold* terdapat pada Pasal 8, 9, 10, dan 11 dari *De Minimis Notice*. Pasal 8 mengatur secara khusus perihal besaran *market share threshold* yang dimiliki oleh pelaku usaha terkait, untuk dapat dikatakan apakah suatu perbuatan tersebut dapat diberikan kelonggaran berdasarkan pengaturan *De Minimis*. Pasal 9 mengatur *market share threshold* dalam kaitannya dengan *parallel network*. Pasal 10 mengatur dalam hal pelaku usaha melebihi pengaturan *market share threshold*, namun tidak dalam jangka waktu tertentu. Pasal 11 *De Minimis Notice* memberikan pengaturan dalam hal *market share* yang

dimiliki oleh pelaku usaha terkait, melebihi *market share threshold* sebagaimana ditentukan di dalam pasal 8, 9, dan 10 *De Minimis Notice*, tidak lebih dari 2% selama masa 2 tahun kalender secara berturut-turut.

Pasal 8 *De Minimis Notice* pada pokoknya mengatur secara khusus mengenai *Market Share Threshold*. Pengaturan yang terdapat dalam Pasal 8 *De Minimis Notice* menyatakan bahwa perjanjian di antara para pelaku usaha, tidak termasuk dalam pengaturan *Article 101 TFEU* dengan ketentuan sebagaimana berikut ini :<sup>17</sup>

- a. Dalam hal agregat / jumlah *market share* yang dimiliki para pihak dalam perjanjian yang dilarang tidak melebihi dari 10% dalam segala pasar bersangkutan yang terdampak dari perjanjian tersebut , dimana perjanjian tersebut diadakan di antara para pelaku usaha yang merupakan pesaing aktual ataupun pesaing potensial dalam pasar bersangkutan yang berkaitan. ( Perjanjian antar pesaing )
  
- b. Dalam hal *market share* yang dimiliki masing-masing pihak dalam perjanjian yang dilarang tidak melebihi dari 15% dalam segala pasar

---

<sup>17</sup> Pasal 8 *De Minimis Notice* menyatakan, " The Commission holds the view that agreements between undertakings which affect trade between Member States do not appreciably restrict competition within the meaning of Article 81(1): (a) if the aggregate market share held by the parties to the agreement does not exceed 10 % on any of the relevant markets affected by the agreement, where the agreement is made between undertakings which are actual or potential competitors on any of these markets (agreements between competitors)(4); or (b) if the market share held by each of the parties to the agreement does not exceed 15 % on any of the relevant markets affected by the agreement, where the agreement is made between undertakings which are not actual or potential competitors on any of these markets (agreements between non-competitors). In cases where it is difficult to classify the agreement as either an agreement between competitors or an agreement between non-competitors the 10 % threshold is applicable.

bersangkutan yang terdampak dari perjanjian tersebut, dimana perjanjian tersebut diadakan di antara para pelaku usaha yang bukan merupakan pesaing aktual ataupun pesaing potensial dalam pasar bersangkutan yang berkaitan. ( Perjanjian antar non-pesaing)

Telah diatur pula dalam pasal 9 *De Minimis Notice* perihal ketentuan bilamana terdapat kesulitan untuk menentukan apakah suatu perjanjian termasuk dalam klasifikasi perjanjian antar pesaing atau perjanjian antar non-pesaing. Dalam hal terdapat kesulitan untuk melakukan klasifikasi apakah perjanjian tersebut termasuk perjanjian antar pesaing atau perjanjian antar non-pesaing, maka *market share threshold* yang digunakan adalah sebesar 10%.

Di sisi lain, Pasal 10 *De Minimis Notice* pada pokoknya mengatur *market share threshold* yang diberlakukan dalam kaitannya dengan *parallel network* dan munculnya *cumulative foreclosure effect*.<sup>18</sup>

Pasal 11 *De Minimis Notice* juga mengatur yang pada pokoknya mengenai *market share threshold* dengan rentang waktu selama 2 tahun.<sup>19</sup> Menurut pasal 11 *De Minimis Notice*, suatu perjanjian yang dilarang tidak akan dianggap memiliki

---

<sup>18</sup> Pasal 9 *De Minimis Notice* menyatakan, " Where in a relevant market competition is restricted by the cumulative effect of agreements for the sale of goods or services entered into by different suppliers or distributors (cumulative foreclosure effect of parallel networks of agreements having similar effects on the market), the market share thresholds under point 7 are reduced to 5 %, both for agreements between competitors and for agreements between non-competitors. Individual suppliers or distributors with a market share not exceeding 5 % are in general not considered to contribute significantly to a cumulative foreclosure effect(5). A cumulative foreclosure effect is unlikely to exist if less than 30 % of the relevant market is covered by parallel (networks of) agreements having similar effects."

<sup>19</sup> Pasal 10 *De Minimis Notice* menyatakan, " The Commission also holds the view that agreements are not restrictive of competition if the market shares do not exceed the thresholds of respectively 10 %, 15 % and 5 % set out in point 7 and 8 during two successive calendar years by more than 2 percentage points. "

dampak negatif bagi perdagangan apabila tidak melebihi maksimal 2 persen dari ketentuan *market share threshold* yang diatur di dalam Pasal 8, 9, dan 10 *De Minimis Notice* selama 2 tahun kalender secara berturut-turut. Singkatnya, suatu perjanjian akan diberikan *safe harbour*, sekalipun melebihi *market share threshold*, sepanjang kelebihanannya tidak lebih dari 2 persen dan hanya terjadi maksimal 2 tahun secara berturut-turut.

Dalam menilai besaran dari *market share* yang dimiliki pelaku usaha yang terkait pada suatu perjanjian yang dilarang tersebut, penting untuk diketahui terlebih dahulu pasar bersangkutan (*relevant market*), sebagaimana telah diatur di dalam Pasal 12 *De Minimis Notice*.<sup>20</sup> Pasar bersangkutan tersebut melingkupi pasar bersangkutan berdasarkan produk (*relevant product market*) dan pasar bersangkutan berdasarkan wilayah geografis (*relevant geographic market*). Penghitungan *market share* itu sendiri dapat menggunakan acuan dari data nilai penjualan atau apabila diperlukan data nilai pembelian. Apabila informasi data nilai tidak tersedia, maka juga diperkenankan untuk menggunakan informasi terpercaya lainnya seperti data volume penjualan atau data volume pembelian.

Namun, tidak semua perjanjian yang dilarang oleh *Article 101 TFEU* dengan pendekatan hukum *by object* dapat diberikan kelonggaran (*safe harbour*). Hal

---

<sup>20</sup> Pasal 12 *De Minimis Notice* menyatakan, " In order to calculate the market share, it is necessary to determine the relevant market. This consists of the relevant product market and the relevant geographic market. When defining the relevant market, reference should be had to the notice on the definition of the relevant market for the purposes of Community competition law(6). The market shares are to be calculated on the basis of sales value data or, where appropriate, purchase value data. If value data are not available, estimates based on other reliable market information, including volume data, may be used. "

tersebut telah diatur di dalam pasal 13 *De Minimis Notice*.<sup>21</sup> Pengecualian-  
pengecualian *De Minimis* juga diatur di dalam *Guidance on restrictions of  
competition "by object" for the purpose of defining which agreements may benefit  
from the De Minimis Notice* ( selanjutnya disebut dengan "*Guidance of De Minimis  
Notice.*" ). *Guidance of De Minimis Notice* merupakan pedoman resmi yang  
dikeluarkan oleh Uni Eropa untuk mempermudah pelaksanaan dan penafsiran dari  
*De Minimis Notice*.

Sebagaimana telah diuraikan sebelumnya, terdapat 2 jenis perjanjian yang diatur  
secara khusus berkaitan dengan pengaturan *De Minimis*. Perjanjian yang pertama  
adalah perjanjian antar pesaing, baik pesaing aktual maupun pesaing potensial.  
Sedangkan perjanjian yang kedua adalah perjanjian antar non-pesaing.

Di dalam pasal 13 *De Minimis Notice* telah diatur perjanjian-perjanjian apa saja  
yang tidak dapat memanfaatkan *Safe Harbour*. Sebagai contoh yang disebutkan  
dalam pasal 13 *De Minimis Notice*, perjanjian antar pesaing yang tidak tercakup di  
dalam *De Minimis Notice* adalah perjanjian-perjanjian yang memuat obyek sebagai  
berikut:

---

<sup>21</sup> Pasal 13 *De Minimis Notice* menyatakan, " In view of the clarification of the Court of Justice referred to in point 2, this Notice does not cover agreements which have as their object the prevention, restriction or distortion of competition within the internal market. The Commission will thus not apply the safe harbour created by the market share thresholds set out in points 8, 9, 10 and 11 to such agreements. For instance, as regards agreements between competitors, the Commission will not apply the principles set out in this Notice to, in particular, agreements containing restrictions which, directly or indirectly, have as their object: a) the fixing of prices when selling products to third parties; b) the limitation of output or sales; or c) the allocation of markets or customers. Likewise, the Commission will not apply the safe harbour created by those market share thresholds to agreements containing any of the restrictions that are listed as hardcore restrictions in any current or future Commission block exemption regulation\_ which are considered by the Commission to generally constitute restrictions by object."

- a. Penetapan harga ( *Price Fixing* ) dalam penjualan produk kepada pihak ketiga.
- b. Pembatasan penjualan ( *Sales or Output Limitation* ).
- c. Pembagian alokasi pasar atau pembeli ( *Market or Customer Division* ).

Secara spesifik pemberlakuan prinsip-prinsip *De Minimis* dalam *De Minimis Notice* sejatinya telah diatur di dalam *Guidance of De Minimis Notice*. *Guidance of De Minimis Notice* sebagaimana telah diuraikan sebelumnya, memberikan pengaturan terhadap pengecualian-kecualian pada perjanjian antar pesaing maupun perjanjian non-pesaing.

Perjanjian antar pesaing itu sendiri dibagi ke dalam berbagai jenis. Pembagian-pembagian jenis-jenis perjanjian berdasarkan pada isi dari perjanjian tersebut. Pembagian perjanjian terdiri dari:

- a. Penetapan Harga ( *Price Fixing* )

Penetapan Harga ( *Price Fixing* ) adalah pembatasan dimana para pesaing setuju untuk menetapkan harga produk yang dijual atau dibeli. Tidak diperlukan adanya tujuan atau kesepakatan eksplisit untuk menetapkan harga penjualan atau pembelian dalam perjanjian tersebut. Sepanjang terdapat kesepakatan pada parameter-parameter tertentu dalam komposisi harga seperti misalnya pemberian diskon kepada pembeli, juga dianggap sebagai penetapan harga. Adapun secara spesifik



diatur bahwa halangan-halangan di bawah ini yang berkaitan dengan *price fixing* tetap mendapatkan manfaat dari *De Minimis Notice* adalah :

- i.* Dalam konteks *Joint Purchasing Agreement* ( Perjanjian antar pesaing untuk membeli secara bersama ) , dimana para pihak sepakat untuk menetapkan harga beli terhadap pemasok dalam produk yang tunduk kontrak suplai.
  
- ii.* Dalam konteks Perjanjian Spesialisasi ( termasuk juga *Joint Purchasing Agreement* ) , dimana para pihak sepakat untuk menetapkan harga yang dibebankan kepada pelanggan langsung ( *Immediate Customers* ), dalam kaitannya dengan proses distribusi
  
- iii.* Dalam konteks Perjanjian Penelitian & Pengembangan ( *R&D Agreement* ), dimana para pihak sepakat penetapan harga atau biaya lisensi yang dibebankan kepada pelanggan langsung ( *Immediate Customers* ) atau pemegang lisensi langsung ( *Immediate Licensees* ). Dimana dalam kasus ini, para pihak yang secara bersama mengeksploitasi hasil dari penelitian & pengembangan bersama , termasuk juga di dalamnya bentuk pendistribusian bersama produk , atau lisensi bersama pada

teknologi atau proses yang didapatkan dari penelitian & pengembangan bersama.

b. Pembagian Pasar ( *Market Sharing* )

Pembagian Pasar ( *Market Sharing* ) adalah pengaturan yang dilakukan antar pesaing untuk melakukan alokasi pasar ( baik berdasarkan pasar geografis maupun produk ) atau pembeli. Dalam hal pelaksanaan perjanjian antar pesaing ( perjanjian distribusi ) menunjukkan adanya tujuan mengalokasikan pasar maka perjanjian tersebut juga dapat dipertimbangkan sebagai pembagian pasar. Hal-hal di bawah ini tidak menghalangi suatu perjanjian mendapatkan manfaat dari *De Minimis Notice* :

- i. Dalam konteks perjanjian penelitian & pengembangan ( *R&D Agreement* ), dimana para pihak mengalokasikan di antara mereka tugas individual ( seperti produksi dan distribusi ) atau membatasi masing-masing berkaitan dengan eksploitasi dari hasil yang didapatkan ( Seperti pembatasan dalam kaitannya dengan wilayah atau pelanggan tertentu ). Contoh lainnya adalah ketika para pihak sepakat untuk membatasi penjualan aktif produk

kontrak ( *Contract Products* )<sup>22</sup> atau teknologi kontrak ( *Contract Technologies* )<sup>23</sup> pada wilayah atau pelanggan tertentu yang telah dialokasikan secara eksklusif kepada salah satu pihak melalui spesialisasi dalam konteks eksploitasi.

- ii. Seperti perjanjian transfer teknologi ( *Technology Transfer Agreement* )<sup>24</sup>, pembatasan penjualan aktif dan pasif dari produk kontrak di wilayah (atau ke pelanggan) yang telah dialokasikan secara eksklusif ke salah satu pihak, jika merupakan bagian dari Perjanjian Non-Timbal Balik ( *Non-Reciprocal Agreement* )<sup>25</sup>, tidak dianggap sebagai Pembatasan Ketat ( *Hardcore Resctrictions* ). Contoh lain adalah, dalam kesepakatan non-timbal balik, melarang para pihak memproduksi di wilayah eksklusif pihak lain.

---

<sup>22</sup> Produk Kontrak ( *Contract Products* ) adalah produk yang dihasilkan dari penelitian & pengembangan bersama atau produksi atau disediakan dengan menerapkan teknologi kontrak ( *Contract Technologies* )

<sup>23</sup> Teknologi Kontrak ( *Contract Technologies* ) adalah teknologi atau proses yang dihasilkan dari penelitian & pengembangan bersama.

<sup>24</sup> Perjanjian Transfer Teknologi ( *Technology Transfer Agreements* ) adalah perjanjian dimana pemberi lisensi ( *Licensor* ) memberikan lisensi hak kekayaan intelektual miliknya kepada penerima lisensi untuk tujuan memproduksi barang atau jasa.

<sup>25</sup> Perjanjian Non-Timbal Balik ( *Non-Reciprocal Agreement* ) adalah Perjanjian transfer teknologi dimana seseorang melakukan memberikan lisensi hak teknologi, atau bila dua perusahaan saling memberikan lisensi semacam itu, tetapi lisensi tersebut tidak berkaitan dengan teknologi saingan dan tidak dapat digunakan untuk produksi produk pesaing.

c. Pembatasan Penjualan ( *Output Restrictions* )

Pembatasan Penjualan ( *Output Restrictions* ) adalah perjanjian antar pesaing untuk sepakat melakukan pembatasan jumlah kapasitas suplai atau produksi ( baik terhadap salah satu pihak atau keseluruhan ). Hal-hal di bawah ini tidak menghalangi suatu perjanjian mendapatkan manfaat dari *De Minimis Notice* :

- i. Sehubungan dengan perjanjian produksi, dimana para pihak menyetujui output yang secara langsung terkait dengan perjanjian produksi ( misalnya, volume kapasitas dan produksi usaha patungan atau jumlah yang disepakati dari produk *outsourced* )
  
- ii. Mengenai perjanjian spesialisasi ( dan produksi bersama ), ketentuan mengenai jumlah produk yang disepakati dalam konteks perjanjian spesialisasi sepihak atau timbal balik atau penetapan kapasitas dan volume produksi dalam konteks kesepakatan produksi bersama. Contoh lainnya adalah penetapan target penjualan dimana para pihak tersebut sepakat untuk bersama-sama mendistribusikan produk yang tercakup dalam kerja sama mereka.

iii. Terkait perjanjian penelitian & pengembangan, penetapan target produksi dimana produk kontrak ( *Contract Products* ) diproduksi bersama, dan penetapan target penjualan dimana pihak-pihak tersebut menyetujui bentuk distribusi bersama dari produk kontrak atau lisensi gabungan dari teknologi kontrak ( *Contract Technologies* ).

iv. Terkait dengan perjanjian konsorsium antara perusahaan pelayaran kapal, dengan penyesuaian kapasitas tertentu.

v. Terkait dengan Perjanjian Transfer Teknologi, pembatasan output produk kontrak yang dikenakan hanya pada penerima lisensi (baik pada penerima lisensi dengan perjanjian non-timbal balik atau hanya pada salah satu pemegang lisensi dalam perjanjian timbal balik) .

d. Persengkongkolan Tender ( *Bid Rigging* )

Persengkongkolan Tender ( *Bid Rigging* ) adalah ketika dua atau lebih pelaku usaha bersepakat untuk menanggapi suatu penawaran atau tender dengan cara tidak melakukan penawaran, menarik penawaran, menempatkan penawaran dengan harga yang tidak masuk akal.

e. Perjanjian Boikot Kolektif( *Collective Boycott Agreements* )

Perjanjian Boikot Kolektif( *Collective Boycott Agreements* ) adalah ketika dua atau lebih pelaku usaha sepakat untuk mengeluarkan pelaku usaha lain ( *Actual Competitor* ) atau juga mencegah pelaku usaha lain ( *Potensial Competitor* ) untuk masuk ke dalam pasar yang sama.

f. Pembagian Informasi - Kuantitas dan Harga yang Akan Datang( *Information Sharing – Future Prices and Quantities* )

Pembagian Informasi - Kuantitas dan Harga yang Akan Datang( *Information Sharing – Future Prices and Quantities* ) adalah pertukaran informasi mengenai data khusus tentang kuantitas dan harga yang akan datang.

g. Pembatasan Terhadap Pelaksanaan R&D atau Penggunaan Teknologi Sendiri( *Restrictions On Carrying Out R&D or Using Own Technology* )

Pembatasan Terhadap Pelaksanaan R&D atau Penggunaan Teknologi Sendiri( *Restrictions On Carrying Out R&D or Using Own Technology* ) adalah kesepakatan antar pesaing untuk membatasi pelaksanaan R&D ( *Research & Development* ) atau melanjutkan penggunaan teknologi milik sendiri dalam rangka pemberlanjutan R&D. Hal-hal di bawah ini tidak

menghalangi suatu perjanjian mendapatkan manfaat dari *De Minimis Notice* :

- i. Dalam konteks perjanjian penelitian & pengembangan, dimana para pihak sepakat untuk membatasi kebebasan mereka, selama periode perjanjian, untuk melaksanakan, secara independen atau bekerjasama dengan pihak ketiga, penelitian dan pengembangan di bidang yang tercakup di dalam kerjasama penelitian & pengembangan.
  
- ii. Dalam konteks perjanjian transfer teknologi, dimana para pihak setuju membatasi kemampuan pemegang lisensi untuk memanfaatkan teknologinya sendiri atau kemampuan salah satu pihak melaksanakan penelitian dan pengembangan ketika ini sangat diperlukan untuk mencegah pengungkapan pengetahuan kepada pihak ketiga.

Selain perjanjian antar pesaing, pemberlakuan *De Minimis Notice* juga di berlakukan terhadap perjanjian antar non-pesaing. Sama seperti perjanjian antar pesaing, perjanjian non-pesaing juga terdapat pembagian-pembagian. Pembagian-pembagian dalam perjanjian dalam non-pesaing adalah sebagai berikut:

- a. Pembatasan Penjualan terhadap Pembeli ( *Sales Restrictions on Buyers* )

Pembatasan Penjualan terhadap Pembeli ( *Sales Restrictions on Buyers* ) adalah perjanjian yang membatasi ke mana ( lokasi ) dan terhadap siapa ( pelanggan ) pembeli dapat melakukan penjualan produk yang terkait dengan perjanjian, baik secara aktif maupun pasif. Dalam hal pembeli tersebut tidak menjual produk terkait ke lokasi atau orang tertentu, seringkali akan dibebankan hal-hal yang memberatkan ( misalnya pengurangan diskon, pengurangan jumlah suplai, atau bahkan pembatalan kontrak ). Walaupun demikian, pembatasan lokasi di mana pembeli tersebut mendirikan usaha tidak termasuk dalam kategori ini. Hal-hal di bawah ini tidak menghalangi suatu perjanjian mendapatkan manfaat dari *De Minimis Notice* :

- i. Bilamana pemasok mengoperasikan sistem distribusi eksklusif dan tidak pada saat yang sama mengoperasikan sistem distribusi selektif untuk produk yang sama, pembatasan ini bukan pembatasan ketat ( *hardcore restriction* ) untuk melarang pembeli menjual secara aktif di wilayah tersebut atau kepada kelompok pelanggan yang dialokasikan secara eksklusif kepada perusahaan lain ,distributor ,atau disediakan untuk pemasok.
- ii. Dalam sistem distribusi selektif, bukan pembatasan ketat untuk melarang distributor resmi, di dalam wilayah di mana sistem distribusi selektif beroperasi, mulai dari penjualan ke distributor



yang bukan anggota sistem distribusi selektif. Hal ini tidak berlaku untuk pembatasan terhadap distributor terpilih untuk menjual kembali suku cadang kendaraan bermotor ke tukang reparasi independen.

- iii. Mengenai pembatasan penjualan kembali komponen, bukan pembatasan ketat jika pembeli dilarang menjual komponen, yang disertakan untuk tujuan penggabungan produk lain, kepada pelanggan yang akan menggunakannya untuk memproduksi jenis barang yang sama dengan produk yang dihasilkan oleh pemasok. Contohnya adalah situasi dimana produsen mesin fotokopi memasok komponen ke produsen printer untuk menggabungkan komponen tersebut ke dalam printer. Produser mesin fotokopi dapat melarang produsen printer untuk menjual komponen kepada produsen mesin fotokopi tanpa resiko larangan tersebut akan dianggap sebagai pembatasan oleh objek.
- iv. Demikian pula, bukan pembatasan ketat untuk melarang pembeli, yang beroperasi sebagai pedagang grosir, untuk menjual kembali secara pasif atau aktif ke konsumen akhir.

b. Pembatasan Penjualan terhadap Pemegang Licensi ( *Sales Restrictions on Licensees* )

Pembatasan Penjualan terhadap Pemegang Licensi ( *Sales Restrictions on Licensees* ) adalah perjanjian yang berkaitan dengan alih teknologi ( *Transfer of Technology* ) dimana terdapat pembatasan terhadap penjualan pasif pemegang lisensi kepada wilayah atau grup pelanggan tertentu. Walaupun demikian, ketika pemegang lisensi merupakan anggota dari sebuah sistem distribusi selektif dan beroperasi di tingkat *retailer*, pembatasan terhadap penjualan aktif maupun pasif milik pemegang lisensi kepada konsumen akhir ( *End User* ) termasuk dalam kategori ini. Hal-hal di bawah ini tidak menghalangi suatu perjanjian mendapatkan manfaat dari *De Minimis Notice* :

- i. Pembatasan penjualan pasif pemegang lisensi ke wilayah eksklusif atau ke grup pelanggan eksklusif yang disiapkan khusus untuk pemberi lisensi.
- ii. Perjanjian dengan penerima lisensi bahwa produk kontrak hanya dapat diproduksi untuk penggunaannya sendiri (asalkan pemegang lisensi tidak dibatasi dalam menjual produk kontrak secara aktif dan pasif sebagai suku cadang untuk produknya sendiri).

- iii. Perjanjian dengan penerima lisensi hanya dapat menghasilkan produk kontrak untuk pelanggan tertentu, di mana lisensi diberikan untuk menciptakan sumber pemasok alternatif bagi pelanggan tersebut (disebut dual sourcing).
  - iv. Perjanjian yang melarang pemegang lisensi pada tingkat grosir untuk menjual ke pengguna akhir.
  - v. Perjanjian yang melarang anggota sistem distribusi selektif menjual ke distributor yang tidak sah.
- c. Pembatasan Penjualan terhadap Pemasok ( *Sales Restrictions on The Supplier* )

Pembatasan Penjualan terhadap Pemasok ( *Sales Restrictions on The Supplier* ) adalah perjanjian yang disetujui antara pihak pemasok ( *Supplier* ) suatu komponen dan pihak pembeli yang menyatukan komponen-komponen tersebut untuk membatasi kemampuan pemasok dalam menjual komponen sebagai suku cadang ( *Spare Parts* ) kepada

konsumen akhir ( *End User* ) atau tukang reparasi ( *Repairers* ) atau penyedia jasa lainnya yang tidak dipercayakan oleh pihak pembeli terhadap perbaikan atau pelayanan produk-produknya. Perjanjian ini seringkali terdapat pada sektor kendaraan bermotor.

d. Penetapan Harga Jual Kembali ( *Resale Price Maintenance* )

Penetapan Harga Jual Kembali ( *Resale Price Maintenance* ) adalah perjanjian dimana pihak pembeli diberikan pembatasan untuk mengatur sendiri harga batas bawah produk. Pembatasan harga jual batas atas atau merekomendasikan harga jual tidak termasuk dalam kategori ini, apabila tidak terdapat harga jual batas bawah yang dihasilkan dari tekanan atau insentif dari para pihak.

## **B. Perwujudan *De Minimis Rule* dalam Pendekatan Hukum *Per se Illegal* pada Hukum Persaingan Usaha Indonesia**

Sebagaimana telah diuraikan sebelumnya, Hukum Persaingan Usaha di Indonesia juga memiliki dua jenis pendekatan hukum. Pendekatan hukum tersebut terdiri dari *Per se Illegal & Rule of Reason*.

Walaupun tidak disebutkan secara spesifik bahwa suatu kegiatan atau perjanjian yang dilarang tersebut akan dikenakan pendekatan hukum *Per se Illegal* atau *Rule of Reason*, namun dalam penegakkan Hukum Persaingan Usaha di Indonesia, kedua pendekatan hukum tersebut tetap digunakan. Pendekatan *Per se Illegal* digunakan ketika tidak ada perintah dari peraturan perundang-undangan untuk melihat dampak

dari suatu kegiatan atau perjanjian yang dilarang tersebut. Sebaliknya, pendekatan hukum *Rule of Reason* akan digunakan ketika perintah di dalam peraturan perundang-undangan mensyaratkan untuk melihat dampak yang ditimbulkan.

Sejatinya, ketidaktegasan tersebut juga hadir dalam Hukum Persaingan Usaha di luar Indonesia, baik di Amerika Serikat maupun di Uni Eropa. Baik Hukum Persaingan Usaha di Amerika Serikat maupun Uni Eropa tidak menyatakan secara eksplisit untuk menggunakan pendekatan hukum *Per se Illegal* ataupun *Rule of Reason*. Namun, dalam perjalanannya, peraturan-peraturan yang terbaru mempertegas posisi dari pendekatan hukum *Per se Illegal* maupun *Rule of Reason*.

Dalam konteks Hukum Persaingan Usaha Amerika Serikat, hal tersebut dapat terlihat pada putusan-putusan seperti dalam kasus *Continental T.V., Inc. v. GTE Sylvania, Inc.* dan *Leegin Creative Leather Products, Inc. v. PSKS, Inc.*<sup>26</sup> Dalam putusan-putusan tersebut, para hakim yang mengadili perkara tersebut, menganulir preseden ( putusan terdahulu yang diikuti hakim selanjutnya dalam perkara yang sama ) berusia puluhan tahun, dengan mengganti pendekatan hukum *Per se Illegal* menjadi *Rule of Reason*. Dalam setiap putusan tersebut, hakim memberikan argumentasi ( *Ratio Decidendi* ) yang memberikan penegasan terhadap kehadiran pendekatan hukum *Rule of Reason* dalam penggantian dari pendekatan hukum *Per se Illegal*.

---

<sup>26</sup> Patut dibaca pertimbangan putusan-putusan yang menganulir pendekatan hukum *per se illegal* menjadi *rule of reason*.

Mengacu pada sistem hukum Amerika Serikat yang mengedepankan putusan ( *Case Law* ), maka pertimbangan-pertimbangan hakim dalam berbagai putusan berkaitan dengan Hukum Persaingan Usaha memberikan ketegasan posisi pendekatan hukum *Rule of Reason* dan *Per se Illegal*.

Berbeda dengan Amerika Serikat yang mempertegas posisi pendekatan hukum *Rule of Reason* dan *Per se Illegal* melalui putusan-putusan hakim, Uni Eropa lebih memilih untuk menggunakan peraturan-peraturan yang terbaru. Sebagai contoh adalah *De Minimis Notice*. Dengan lahirnya *De Minimis Notice*, maka selain memberikan pengaturan perihal *De Minimis Rule*, peraturan ini juga mempertegas keberadaan pendekatan hukum *Per se Illegal* dan *Rule of Reason*.

Kehadiran *De Minimis Notice* menjadi salah satu pedoman dalam menerapkan pendekatan hukum *Per se Illegal* di Uni Eropa. Setiap kasus yang dikenakan pendekatan hukum *Per se Illegal*, tidak semata-mata dapat diterapkan secara langsung, karena memenuhi syarat-syarat yang ditentukan di dalam *De Minimis Notice* tersebut.

Pertanyaan kemudian mengemuka, bagaimana perwujudan *De Minimis Rule* apabila prinsip tersebut ingin diterapkan di dalam Hukum Persaingan Usaha di Indonesia.

Untuk menjawab hal tersebut, patut untuk diperhatikan terlebih dahulu perihal unsur-unsur utama yang terdapat pada pendekatan *Per se Illegal* di Uni Eropa dengan prinsip *De Minimis Rule*-nya. Terdapat tiga elemen kunci yang terdapat pada

pendekatan *Per se Illegal* di Uni Eropa yang menggunakan prinsip *De Minimis Rule*, yaitu :

- a. Terdapat pengaturan mengenai ambang batas pembagian pasar ( *Market Share Threshold* )
- b. Terdapat pengaturan atau pedoman mengenai jenis-jenis kegiatan atau perjanjian yang dapat menerima manfaat dari *De Minimis Rule*.
- c. Terdapat pengaturan mengenai mekanisme pembuktian menggunakan pendekatan hukum *Per se Illegal* dengan *De Minimis Rule*

Mengacu pada 3 unsur utama di atas, maka bilamana *De Minimis Rule* ingin diterapkan dalam Hukum Persaingan Usaha di Indonesia, ketiga unsur utama di atas harus pula diterapkan di Indonesia. Untuk menindaklanjutinya, KPPU sebagai lembaga yang berwenang untuk mengawasi, menegakkan Hukum Persaingan Usaha, dan menjadi regulator di Indonesia dapat membuat Peraturan KPPU sebagai dasar perwujudan *De Minimis Rule*.

Peraturan KPPU yang dimaksud harus mencakup *Market Share Threshold*, jenis-jenis kegiatan atau perjanjian yang dapat menerima manfaat dari *De Minimis Rule*, dan mekanisme pembuktian selanjutnya.

Mengenai pengaturan *Market Share Threshold*, KPPU harus melakukan kajian terlebih dahulu, untuk menentukan besaran ambang pembagian pasar yang dapat mengganggu iklim persaingan usaha. KPPU tidak boleh gegabah dengan hanya sekadar mengadopsi *De Minimis Notice*, karena tidak menutup kemungkinan adanya

variabel-variabel yang berbeda dan dapat memberikan perbedaan yang signifikan pula.

Kajian KPPU terhadap *Market Share Threshold* menjadi sangat krusial, karena hal tersebut akan menentukan akurasi dari manfaat pendekatan *Per se Illegal*. Apabila *Market Share Threshold* terlalu rendah, maka terdapat kemungkinan kegiatan yang dilakukan pelaku usaha dimana sejatinya tidak akan berdampak pada iklim persaingan usaha, karena terlalu kecil pengaruhnya, akan dikenakan pendekatan *Per se Illegal*. Sebaliknya, apabila *Market Share Threshold* terlalu tinggi, maka terdapat kemungkinan kegiatan yang dilakukan oleh pelaku usaha dimana sejatinya memiliki dampak terhadap persaingan usaha nasional akan lepas dari jeratan hukum. Baik terlalu tinggi maupun terlalu rendah akan dapat menimbulkan efek anti-persaingan usaha.

Pengaturan *Market Share Threshold* yang tepat akan mampu memberikan keadilan bagi para pelaku usaha yang memiliki *Market Share* tidak signifikan ( pelaku usaha kecil-menengah ). Keberadaan pelaku usaha yang tidak signifikan , dengan sendirinya dapat dianggap tidak akan mampu memberikan dampak negatif bagi pasar. Bilamana pelaku usaha kecil-menengah tersebut tidak memberikan dampak negatif bagi pasar, namun kemudian dikenakan jeratan hukum hanya karena semata-mata pendekatan hukum *Per se Illegal*, maka hal tersebut akan menjadi tidak adil. Dengan adanya *De Minimis Rule*, pelaku usaha kecil-menengah tersebut dapat melakukan berbagai inovasi dan kreativitas tanpa perlu khawatir dengan jeratan hukum dari Hukum Persaingan Usaha.



Peraturan KPPU tersebut juga perlu mengatur mengenai jenis-jenis kegiatan atau perjanjian yang akan mendapatkan manfaat dari kelonggaran *De Minimis Rule*. Dengan memberikan pengaturan, maka akan menjadi jelas juga, jenis-jenis kegiatan yang memang secara ketat diatur dan tidak akan mendapatkan manfaat dari *De Minimis Rule*.

Peraturan KPPU tersebut juga harus mengatur mengenai mekanisme pembuktian dalam pendekatan *Per se Illegal* dengan prinsip *De Minimis Rule*. Mekanisme pembuktian tersebut akan menjadi panduan bagi para praktisi hukum dalam menggunakan pendekatan *Per se Illegal* dengan prinsip *De Minimis Rule*.

Perlu diperhatikan bahwa terdapat perbedaan metode pembuktian antara *Per se Illegal* biasa, pendekatan hukum *Per se Illegal* dengan prinsip *De Minimis Rule*, dan pendekatan hukum *Rule of Reason*.

Pendekatan hukum *Per se Illegal* biasa hanya memerlukan pembuktian yang menyatakan terjadi atau tidak suatu kegiatan atau perjanjian yang disangkakan. Terlepas apakah kegiatan atau perjanjian tersebut memberikan dampak, maka hal tersebut tidak lagi relevan untuk dibuktikan dalam pendekatan hukum *Per se Illegal*.

Sedangkan pendekatan hukum *Per se Illegal* dengan prinsip *De Minimis Rule* memerlukan pembuktian mengenai besaran *Market Share* yang dimiliki oleh pelaku usaha tersebut, apakah besaran *Market Share* tersebut telah melebihi *Market Share Threshold*, selain juga membuktikan apakah kegiatan atau perjanjian tersebut melanggar ketentuan Hukum Persaingan Usaha.

Di sisi lain, pendekatan hukum *Rule of Reason* memerlukan pembuktian apakah kegiatan atau perjanjian tersebut memiliki dampak negatif bagi persaingan usaha / pasar, selain juga membuktikan apakah kegiatan atau perjanjian tersebut benar-benar terjadi dan melanggar ketentuan Hukum Persaingan Usaha.

Pengaturan *De Minimis Rule* sebagaimana yang telah diuraikan di atas akan mampu memberikan keadilan bagi pelaku usaha, khususnya pelaku usaha kecil-menengah, dan bagi persaingan usaha itu sendiri. Pelaku usaha kecil-menengah tidak perlu lagi khawatir dan merasakan ketidakadilan karena mendapatkan jeratan hukum, ketika kegiatan dagangnya sejatinya tidak merugikan persaingan usaha / pasar. Di sisi lain, penegakkan Hukum Persaingan Usaha yang terlalu ketat dan formalistik, tanpa menekankan pada tujuan Hukum Persaingan Usaha Nasional, hanya akan menghambat pasar dan menjadi kontra-produktif.<sup>27</sup>

### **C. Implikasi Hukum Perwujudan *De Minimis Rule* dalam Pendekatan Hukum *Per se Illegal* pada Hukum Persaingan Usaha Indonesia**

Dengan adanya perwujudan *De Minimis Rule* dalam pendekatan Hukum *Per se Illegal* pada Hukum Persaingan Usaha Indonesia, maka tentu akan terdapat implikasi hukum yang terjadi. Implikasi hukum tersebut berupa perubahan metode pembuktian, khususnya yang berkaitan dengan pendekatan *Per se Illegal*.

---

<sup>27</sup> Baca Pasal 3 Undang-Undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat

Perubahan metode pembuktian tersebut disebabkan karena adanya *De Minimis Rule* yang menempatkan *Market Share Threshold* sebagai salah satu unsur dalam menentukan apakah suatu kegiatan atau perjanjian merupakan pelanggaran terhadap Hukum Persaingan Usaha. Selain adanya ketentuan mengenai *Market Share Threshold*, prinsip *De Minimis Rule* juga mengatur mengenai kegiatan atau perjanjian yang dapat menerima manfaat dari *De Minimis Rule* tersebut.

Dengan adanya penambahan tersebut, maka dengan sendirinya akan terdapat perubahan dalam mekanisme pembuktian. Pertama, KPPU sebagai investigator harus membuktikan apakah kegiatan atau perjanjian yang disangkakan benar-benar terjadi. Kedua, KPPU juga harus dapat menyimpulkan apakah kegiatan atau perjanjian yang disangkakan tersebut termasuk ke dalam kegiatan atau perjanjian yang mendapatkan manfaat dari prinsip *De Minimis Rule*. Ketiga, dalam hal kegiatan atau perjanjian yang disangkakan termasuk ke dalam kegiatan atau perjanjian yang mendapatkan manfaat dari prinsip *De Minimis Rule*, maka KPPU selaku investigator harus dapat membuktikan bahwa pelaku usaha tersebut melebihi *Market Share Threshold* yang ditentukan.

Pembuktian apakah kegiatan atau perjanjian yang disangkakan benar-benar terjadi sudah tentu menjadi hal yang paling utama dalam setiap pelanggaran hukum. Namun, dengan adanya prinsip *De Minimis Rule*, perwujudan pendekatan hukum *Per se Illegal* tidak lagi menjadi formalitas yuridis semata, karena pada kelanjutannya memerlukan pembuktian terhadap besaran *Market Share* yang dimiliki oleh pelaku usaha tersebut.

Pembuktian apakah kegiatan atau perjanjian yang disangkakan termasuk ke dalam kegiatan atau perjanjian yang mendapatkan manfaat dari prinsip *De Minimis Rule* juga menjadi krusial. Dengan diketahuinya posisi kegiatan atau perjanjian yang disangkakan, apakah termasuk ke dalam ruang lingkup prinsip *De Minimis Rule* atau tidak, dapat memberikan pengaruh pada pembuktian yang selanjutnya.

Dalam hal kegiatan atau perjanjian yang disangkakan tersebut tidak mendapatkan manfaat dari prinsip *De Minimis Rule*, maka pendekatan hukum yang digunakan adalah pendekatan hukum *Per se Illegal*. Pembuktian tidak lagi memerlukan penilaian mengenai *Market Share* yang dimiliki pelaku usaha yang disangkakan, sepanjang kegiatan atau perjanjian yang disangkakan terjadi dan memenuhi unsur-unsur yang disyaratkan di dalam peraturan perundang-undangan.

Sebaliknya, dalam hal kegiatan atau perjanjian yang disangkakan tersebut mendapatkan manfaat dari prinsip *De Minimis Rule*, maka pendekatan hukum yang digunakan adalah pendekatan hukum *Per se Illegal* yang mengacu pada prinsip *De Minimis Rule*. Hal ini berimplikasi pada pembuktian yang tidak sekadar membuktikan apakah kegiatan atau perjanjian yang dilakukan tersebut terjadi, namun juga membuktikan apakah *Market Share* yang dimiliki oleh pelaku usaha yang disangkakan tersebut melebihi *Market Share Threshold*.

Pembuktian selanjutnya adalah pembuktian perihal besaran *Market Share* yang dimiliki oleh pelaku usaha yang disangkakan. Apakah *Market Share* yang dimiliki oleh pelaku usaha tersebut telah melebihi *Market Share Threshold* yang telah ditentukan sebelumnya.

Dalam hal *Market Share* yang dimiliki pelaku usaha tersebut di bawah ketentuan *Market Share Threshold*, maka pelaku usaha tersebut dapat bebas dari jeratan hukum, semata karena tidak memenuhi unsur yang disyaratkan dalam ketentuan *Market Share Threshold*. Sekalipun kegiatan atau perjanjian yang dilakukan oleh pelaku usaha tersebut telah terbukti terjadi dan melanggar ketentuan di dalam Undang-Undang Anti-Monopoli, namun karena pelaku usaha tersebut memiliki *Market Share* di bawah ketentuan *Market Share Threshold*, maka pelaku usaha tersebut dinyatakan tidak melanggar Hukum Persaingan Usaha, karena dianggap tidak memiliki dampak terhadap persaingan usaha.

Untuk dapat menentukan besaran *Market Share* yang dimiliki oleh pelaku usaha, maka KPPU selaku investigator tidak bisa lepas dari penilaian pada pasar yang bersangkutan. Besaran *Market Share* akan sangat dipengaruhi oleh pasar yang bersangkutan. Apabila KPPU selaku investigator keliru memaknai pasar yang bersangkutan, maka besaran *Market Share* juga dapat dipastikan akan keliru.

Oleh karena hal tersebut, bukti-bukti berupa dokumen ekonomi menjadi sangat krusial dalam pembuktian dengan menggunakan prinsip *De Minimis Rule*. Selain untuk membuktikan apakah suatu kegiatan atau perjanjian yang disangkakan tersebut terjadi atau tidak, bukti berupa dokumen ekonomi juga digunakan untuk melihat besaran *Market Share*, dan menjadi sumber penentuan pasar bersangkutan terkait dengan pelaku usaha yang dimaksud.

Walaupun pembuktian dengan prinsip *De Minimis Rule* terlihat akan memakan biaya dan waktu yang besar, namun hasil yang diberikan akan lebih mampu

memberikan keadilan dibandingkan dengan pendekatan hukum *Per se Illegal* semata. Pendekatan hukum *Per se Illegal* yang seakan hanya bersifat formalistik yuridis dan ketat dapat memberikan ketidakadilan serta memiliki kecenderungan untuk kontraproduktif dengan persaingan usaha itu sendiri. Oleh karenanya, prinsip *De Minimis Rule* merupakan instrumen yang tepat untuk mendampingi pendekatan hukum *Per se Illegal*.