

PENDEKATAN *PER SE ILLEGAL* DAN *RULE OF REASON* DALAM HUKUM PERSAINGAN USAHA DI INDONESIA

Oleh :

SUPIANTO, S.H., M.H.
Dosen Fakultas Hukum UIJ

Abstract

In the competition law recognized the existence of several approaches in the application of the law, two of which approach is the approach per se illegal and rule of reason approach. Approach per se illegal and rule of reason applied to assess whether a particular course of business actors violating Competition Act. Restrictions are per se is the prohibition is absolute, clear and obvious to a particular act or agreement to provide certainty to businesses. An act or agreement that prohibited per se means certain that such actions would impair or eliminate competition. Instead the approach is a rule of reason, an act which is done by the business will be seen the extent of the negative impact on competition climate. The second method has a different approach is also used in competition law in Indonesia.

Keywords : *Per Se Illegal, Rule Of Reason, Approach, The Competition Law.*

BAB. 1 PENDAHULUAN

1.1. Latar Belakang

Kegiatan ekonomi atau kegiatan usaha merupakan suatu rangkaian kegiatan yang sarat dengan perjuangan dan persaingan yang sangat kuat. Dalam menjalankan kegiatan usaha tersebut, pelaku usaha selalu dalam kondisi yang siap dan waspada terhadap situasi pasar maupun terhadap para pesaing atau kompetitor. Setiap pelaku usaha selalu berkeinginan untuk menjadi pemenang dalam persaingan tersebut. Pelaku usaha akan menciptakan produk, mengemas dan memasarkannya dengan sebaik mungkin agar menarik konsumen untuk membeli suatu produk. Dalam ilmu ekonomi, pasar yang paling ideal adalah pasar yang bersaing secara sempurna (*perfect competition market*), yang memiliki ciri-ciri antara lain : barang yang diperjualbelikan homogen, jumlah penjual dan pembeli sangat banyak, tidak ada hambatan bagi setiap penjual untuk masuk atau keluar dari pasar serta penjual dan pembeli mengetahui seluruh informasi pasar secara sempurna.¹

Persaingan merupakan cara yang efektif untuk mengoptimalkan pendayagunaan sumber daya dalam

suatu kegiatan dunia usaha. Dengan adanya persaingan atau rivalitas, maka pelaku usaha akan berusaha menekan ongkos-ongkos produksi sehingga harga menjadi lebih murah dan kualitas produknya akan semakin meningkat. Hal tersebut dapat dimungkinkan karena persaingan akan mendorong pelaku usaha untuk melakukan inovasi terhadap produk yang dihasilkan. Cakupan persaingan yang dapat menjadi landasan fundamental bagi kinerja (*performance*) yang dinamakan keunggulan bersaing yang lestari (*sustainable competitive advantage*), dapat diperoleh melalui tiga strategi generik, yaitu keunggulan biaya, diferensiasi dan fokus biaya dan diferensiasi.² Oleh karena itu, persaingan usaha merupakan *conditio sine qua non* bagi terciptanya ekonomi pasar. Ulah pelaku usaha yang tidak bersaing secara sehat akan mengakibatkan pasar terdistorsi.³

Penyelenggaraan ekonomi nasional pada masa lalu, dinilai kurang mengacu pada amanat Pasal 33 UUD 1945, serta cenderung menunjukkan

¹ Sri Redjeki Hartono, *Hukum Ekonomi Indonesia*, Bayumedia Publishing, Malang, 2007, hal.141.

² Johny Ibrahim, *Hukum Persaingan Usaha – Filosofi, Teori dan Implikasi Penerapannya di Indonesia*, Bayu Media, Malang, 2009, hal. 103.

³ Mustafa Kamal Rokan, *Hukum Persaingan Usaha – Teori dan Praktiknya di Indonesia*, Rajagrafindo Persada, Jakarta, 2010, hal.6.

corak yang sangat monopolistik.⁴ Hal ini ditandai dengan munculnya konglomerasi dan sekelompok kecil pengusaha kuat yang dekat dengan kekuasaan dan mendapatkan kemudahan-kemudahan yang berlebihan tanpa didukung dengan semangat kewirausahaan sejati. Sistem perekonomian yang monopolistik ini merupakan salah satu faktor yang mengakibatkan ketahanan ekonomi menjadi sangat rapuh dan tidak mampu bersaing. Oleh karena itu, undang-undang yang mengatur tentang persaingan usaha merupakan suatu kebutuhan bagi terciptanya keseimbangan kepentingan yang wajar antara pelaku usaha dengan kepentingan publik dan pelaksanaan etika bisnis dengan penuh kesadaran.⁵

Upaya untuk mengatur praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat yang dilakukan oleh pemerintah Indonesia dalam suatu undang-undang khusus sebenarnya sudah jauh tertinggal dibandingkan dengan upaya yang telah dilakukan oleh Negara-negara lain. Sebagai perbandingan, Amerika Serikat telah mengeluarkan *The Sherman Antitrust Act* pada tahun 1890, *The Clayton Antitrust Act* tahun 1914,

Robinson Patman Act tahun 1936, *Celler-kefauver Act* tahun 1950 dan *The Federal Trade Commission Act* tahun 1914 untuk mengantisipasi dan mencegah praktek monopoli. Di Jerman telah ada Undang-Undang tentang *unfair competition* sejak tahun 1909, demikian pula di Philipina telah dibuat satu *chapter* khusus tentang *Frauds in Commerce & Trade* pada *Penal Code* Nomor 3815 yang telah direvisi pada tahun 1930.⁶

Hukum persaingan usaha mengenal adanya beberapa pendekatan dalam penerapan hukumnya, dua pendekatan diantaranya adalah pendekatan *perse illegal* dan pendekatan *rule of reason*.⁷ Landasan berfikir dari kedua pendekatan ini adalah apakah seseorang harus dihukum karena melakukan suatu perjanjian atau perbuatan dengan alasan bahwa

⁶ Ahmad Yani & Gunawan Widjaja, *Seri Hukum Bisnis Anti Monopoli*, Rajagrafindo Persada, Jakarta, 1999, hal.7

⁷ Pendekatan lain yang dikenal dalam hukum persaingan usaha adalah pendekatan *de minimis rule*, yaitu pendekatan yang merupakan pengecualian melakukan kartel bagi pelaku usaha sepanjang tidak mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat (*unfair competition*). Pendekatan ini dilakukan di Eropa terhadap pangsa pasar yang margin keuntungannya kurang dari lima persen. Pendekatan lain adalah pendekatan teori *teleologisch*, yaitu teori yang menerapkan ketentuan undang-undang anti monopoli sesuai dengan tujuan undang-undang yang bersangkutan. Teori ini dikenal di Negara Jerman. (Hermansyah, *Pokok-Pokok Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*, Kencana, Jakarta, 2009, hal.80)

⁴ Penjelasan UU No. 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, Alinea ke empat.

⁵ Sri Redjeki Hartono, *Op. Cit*, hal.142

perbuatan tersebut dianggap dapat membahayakan persaingan? Disisi lain, apakah diperlukan pembuktian -dengan asumsi mahal, lama dan sulit dilakukan- akan adanya pengurangan atau perusakan persaingan terhadap suatu perjanjian atau perbuatan yang hampir pasti merugikan atau merusak persaingan?.⁸ Pendekatan *per se illegal* maupun *rule of reason* diterapkan untuk menilai apakah suatu tindakan tertentu dari pelaku usaha melanggar undang-undang persaingan usaha.

Larangan-larangan yang bersifat *per se* adalah larangan yang bersifat mutlak, jelas dan jelas terhadap perbuatan atau perjanjian tertentu untuk memberikan kepastian kepada pelaku usaha. Suatu perbuatan atau perjanjian dilarang yang secara *per se* berarti dapat dipastikan bahwa perbuatan tersebut akan merusak atau menghilangkan persaingan. Sebaliknya dalam pendekatan yang bersifat *rule of reason*, suatu perbuatan yang dilakukan oleh pelaku usaha akan dilihat sejauh mana dampak negatifnya terhadap iklim persaingan. Apabila dampak yang ditimbulkan oleh kegiatan tersebut terbukti secara signifikan akan mengganggu atau menghambat

persaingan maka akan diambil tindakan hukum.

Kedua metode pendekatan yang memiliki perbedaan tersebut juga digunakan dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Hal ini dapat dilihat dari ketentuan pasal-pasalanya, 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 praktek monopoli yang bersifat menghambat persaingan. Sedangkan penerapan pendekatan *per se illegal* biasanya dipergunakan dalam pasal-pasal yang menyatakan istilah “dilarang”, tanpa anak kalimat “...yang dapat mengakibatkan...”. Oleh karena itu dalam penulisan ini lebih menekankan pada sejauh mana implikasi kedua metode pendekatan tersebut dalam hukum persaingan usaha di Indonesia.

1.2. Identifikasi Masalah

Berdasarkan latar belakang yang telah diuraikan diatas, permasalahan yang akan diteliti dalam penulisan makalah ini dapat dirumuskan sebagai berikut:

⁸ Mustafa Kamal Rokan, *Op. Cit.*, hal.59

1. Apakah implikasi pendekatan *per se illegal* dan pendekatan *rule of reason* dalam pengaturan larangan praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat di Indonesia?
2. Dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, aturan-aturan manakah yang termasuk kedalam pendekatan *per se illegal* dan pendekatan *rule of reason*?

BAB. 2 PEMBAHASAN

2.1. Hukum dan Pembaruan

Masyarakat

Pemeo Romawi menyatakan bahwa *ubi societas ibi ius* yang berarti bahwa dimana ada masyarakat maka disitu ada hukum, dimana ada hubungan antar manusia maka disitu akan muncul hukum yang mengatur hubungan tersebut. Hal ini menjelaskan bahwa hubungan antara manusia, masyarakat dan hukum merupakan hubungan yang tidak dapat dipisah-pisahkan. Tidak dapat dibayangkan bagaimana kehidupan manusia tanpa ada atau diluar masyarakat. Tujuan utama hukum dalam suatu masyarakat adalah untuk menjamin ketertiban. Terlepas dari tujuan-tujuan lain, ketertiban merupakan syarat pokok (*fundamental*) bagi adanya

suatu masyarakat. Ketertiban masyarakat sebagai tujuan hukum utama merupakan fakta objektif bagi yang berlaku bagi masyarakat manusia dalam segala bentuknya.⁹

Salah satu fungsi hukum, menurut Rescoe Pound adalah sebagai sarana transformasi masyarakat. Hukum seyogianya dijadikan sebagai *tool of social engineering* menuju masyarakat yang dicita-citakan.¹⁰ Dalam konteks sebagai *social engineering* ini, hukum bertugas untuk menata kepentingan-kepentingan yang ada dalam masyarakat. Penataan kepentingan-kepentingan yang ada dalam masyarakat bertujuan untuk mencapai keseimbangan yang proporsional, meskipun didalam masyarakat terdapat kepentingan yang beraneka ragam diantara kelompok-kelompok manusia sehingga rincian kepentingan yang pasti tidak dapat dilakukan.¹¹ Kepentingan-kepentingan tersebut, menurut Pound terdiri atas tiga kelompok, yaitu kepentingan umum,

⁹ Mochtar Kusumaatmadja, *Konsep-Konsep Hukum Dalam Pembangunan*, Alumni, Bandung, 2002, hal.3

¹⁰ Sunaryati Hartono, *Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional*, Alumni, Bandung, 1991, hal.80.

¹¹ Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Prenada Media Grup, Jakarta, 2009, hal.150.

kepentingan sosial dan kepentingan pribadi.¹²

Sebagai undang-undang yang relatif baru, Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat diharapkan dapat menghapus kebiasaan-kebiasaan yang dipandang tidak sesuai lagi yang selanjutnya diubah dengan pola-pola perilaku yang baru. Hal senada diungkapkan oleh Hikmahanto Juwana yang mengatakan bahwa Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 merupakan sebuah tonggak sejarah bagi yurisprudensi di Indonesia, sebab undang-undang tersebut telah mengubah budaya hukum yang berperangai *koperatif* menjadi perangai *kompetitif*.¹³ Oleh karena itu undang-undang persaingan usaha ini memegang peranan penting dalam membangun budaya hukum bagi pelaku usaha dan penegak hukum. Kehadiran undang-undang tersebut berorientasi tidak saja mengatur substansi persaingan usaha, tetapi lebih dari itu juga sebagai sarana merubah perilaku dan kebiasaan yang terdapat di masyarakat (*law is a tool of social engineering*) sebagaimana diungkapkan oleh Rescoe Pound diatas.

¹² Bernard L. Tanya dkk, *Teori Hukum – Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, CV. Kita, Surabaya, 2006, hal.128.

¹³ Hermansyah, *Pokok-Pokok Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*, Kencana, Jakarta, 2009, hal.149

2.2. Asas dan Tujuan UU No. 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat

Ketentuan Pasal 2 UU No. 5 Tahun 1999 menyatakan bahwa “Pelaku usaha di Indonesia dalam menjalankan kegiatan usahanya berasaskan demokrasi ekonomi dengan memerhatikan keseimbangan antara pelaku usaha dan kepentingan umum”. Asas yang digunakan dalam Hukum Persaingan Usaha di Indonesia adalah asas Demokrasi Ekonomi. Asas demokrasi ekonomi merupakan penjabaran dari ketentuan pasal 33 Undang-Undang Dasar (UUD) 1945. Setelah amandemen keempat, ketentuan Pasal 33 UUD 1945 secara tegas menyatakan bahwa perekonomian nasional diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi. Dengan demikian semua hal yang berkaitan dengan perekonomian, seperti sistem ekonomi, tujuan ekonomi yang hendak dicapai, pembangunan ekonomi, kebijakan maupun program, semuanya harus berdasar atas demokrasi ekonomi.

Pasal 33 ayat (4) UUD 1945 menyatakan bahwa Perekonomian nasional diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi dengan prinsip

keadilan, kebersamaan, efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional. Ketentuan Pasal 33 UUD 1945 ini menurut Sri Edi Swasono, merupakan satu-satunya pasal dalam UUD 1945 yang menunjuk pada sistem ekonomi sehingga merupakan asas dasar bagi perekonomian nasional.¹⁴ Penyelenggaraan perekonomian nasional didasarkan atas demokrasi ekonomi dengan prinsip kebersamaan, efisiensi berkeadilan berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional.

Pemaknaan terhadap pasal 33 UUD 1945, terlihat adanya tanggung jawab Negara dalam bidang ekonomi, sistem demokrasi ekonomi Indonesia dan tujuan demokrasi ekonomi Indonesia adalah terciptanya kesejahteraan rakyat dan keadilan sosial. Penerapan demokrasi ekonomi harus dilakukan secara konsisten dalam kegiatan usaha karena mempunyai arti penting dan strategis dalam rangka pembangunan ekonomi nasional.

¹⁴ Fendi Setyawan, *Demokrasi Ekonomi Indonesia*, Makalah disampaikan dalam "Peranan Hukum Dalam Pembangunan Ekonomi", Program S-2 Fakultas Hukum Universitas Jember, 2011.

Demokrasi ekonomi memiliki kaitan yang erat dengan penciptaan iklim usaha yang sehat. Demokrasi ekonomi pada prinsipnya menghendaki adanya kesempatan yang sama setiap warga Negara untuk berpartisipasi dalam kegiatan usaha baik dibidang produksi maupun pemasaran barang/jasa dalam iklim usaha yang sehat.

Pada prinsipnya keberadaan hukum persaingan usaha bertujuan untuk mengupayakan terciptanya persaingan usaha yang sehat (*fair competition*) yang dapat mendorong pelaku usaha untuk melakukan efisiensi agar mampu bersaing secara wajar dengan para pesaingnya. Tujuan pembentukan undang-undang persaingan usaha sebagaimana dinyatakan dalam Pasal 3 UU No. 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat adalah untuk :

- 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.

Berdasarkan tujuan diatas, terlihat bahwa tujuan pokok dari undang-undang persaingan usaha adalah efisiensi.¹⁵ Terdapat dua efisiensi yang hendak dicapai, yaitu efisiensi ekonomi nasional (*allocative efficiency*) dan efisiensi kegiatan usaha (*productive efficiency*). Efisiensi ekonomi nasional adalah efisiensi bagi masyarakat konsumen, hal ini dapat dicapai apabila produsen dapat menghasilkan produk-produk yang dibutuhkan oleh konsumen dan konsumen bersedia membayar harga barang yang dibutuhkan. Sedangkan efisiensi kegiatan usaha adalah efisiensi pelaku usaha dalam menghasilkan produk barang dan jasa dengan biaya serendah-rendahnya karena dapat menggunakan sumber daya sekecil mungkin dalam proses produksinya.

2.3. Pendekatan *Per Se Illegal* dan *Rule of Reason*, Sejarah Singkat dan Perkembangannya

Kata "*per se*" berasal dari bahasa Latin, dalam bahasa Inggris disebut *by it self, in itself, taken alone, by mean of it self, through itself, inherently, in isolation, unconnected with other*

¹⁵ Hermansyah, *Op. Cit.* hal.14

matters, simply as such, atau in its own nature without reference to its relation.

Dalam konteks penerapan hukum, istilah tersebut dikenal dengan *per se doctrine, perse illegal, per se rule* dan *per se violation*. Larangan yang bersifat *per se illegal* adalah bentuk larangan yang tegas dalam rangka memberikan kepastian bagi para pelaku usaha dalam memaknai norma-norma larangan dalam persaingan usaha.¹⁶ Larangan-larangan yang diatur secara tegas dan jelas dalam arti bahwa perbuatan-perbuatan yang dilarang tersebut dapat dipastikan akan berakibat buruk kepada persaingan. Pelaku usaha sejak awal telah mengetahui batasan-batasan norma yang dilarang sehingga dalam menjalankan usahanya dapat menghindari perbuatan tersebut. Pendekatan *per se illegal* adalah menyatakan setiap perjanjian atau kegiatan usaha tertentu sebagai ilegal, tanpa pembuktian lebih lanjut atas dampak yang ditimbulkan dari perjanjian atau kegiatan usaha tersebut.¹⁷

Pendekatan *per se illegal* harus memenuhi dua syarat dalam implementasinya, yaitu *pertama*, harus lebih ditujukan kepada perilaku pelaku

¹⁶ Johny Ibrahim, *Op. Cit.* hal.223.

¹⁷ Andi Fahmi Lubis, dkk, *Hukum Persaingan Usaha Antara Teks dan Konteks*, http://www.kppu.go.id/docs/buku/buku_ajar.pdf

usaha, karena keputusan melawan hukum yang dijatuhkan tanpa perlu pemeriksaan terhadap akibat yang ditimbulkan dan hal-hal lain yang melingkupinya. *Kedua*, identifikasi dapat dilakukan secara cepat dan mudah terhadap praktek atau batasan perilaku yang dilarang. Penilaian atas tindakan dari perilaku baik di pasar maupun dalam proses pengadilan harus dapat ditentukan dengan mudah.¹⁸

Pendekatan *rule of reason* adalah suatu pendekatan yang digunakan oleh lembaga otoritas persaingan usaha untuk membuat evaluasi mengenai akibat perjanjian atau kegiatan usaha tertentu, guna menentukan apakah suatu perjanjian atau kegiatan tersebut bersifat menghambat atau mendukung persaingan.¹⁹ Dalam pendekatan *rule of reason* ini, suatu perbuatan yang dilarang dilakukan oleh pelaku usaha, maka akan dilihat sejauh mana dampak dari perbuatan tersebut, oleh karena itu diperlukan pembuktian lebih lanjut apakah perbuatan tersebut berakibat menghambat persaingan. Suatu perbuatan dalam pendekatan *rule of reason*, tidak secara otomatis dilarang meskipun perbuatan yang dituduhkan tersebut kenyataannya terbukti telah dilakukan. Dengan demikian dalam

pendekatan ini memungkinkan lembaga otoritas persaingan usaha atau pengadilan untuk melakukan interpretasi terhadap undang-undang maupun terhadap pasar.²⁰

Pendekatan *per se illegal* maupun *rule of reason* telah lama diterapkan untuk menilai apakah suatu tindakan tertentu dari pelaku bisnis melanggar Undang-Undang Antimonopoli di Amerika Serikat. Pendekatan *per se illegal* pertama kali diterapkan dalam kasus *Trans Missouri v United States*. Dalam kasus tersebut, Hakim Peckham memberikan argumentasi bahwa pasal I *Sherman Act* secara tegas menyatakan bahwa semua kontrak yang menghalangi perdagangan, secara *per se* adalah melanggar undang-undang, sehingga perbuatan tersebut adalah illegal menurut pasal I *Sherman Act*. Hakim tidak perlu membuktikan akibat-akibat ekonomis yang ditimbulkan karena perbuatan membuat kontrak yang menghalangi terjadinya perdagangan dan persetujuan penetapan harga semata-mata adalah perbuatan melanggar undang-undang secara *per se*.²¹

Pendekatan *rule of reason* pertama kali dipergunakan dalam kasus *Mitchel v Reynolds* pada tahun 1711.

¹⁸ Mustafa Kamal Rokan, *Op. Cit.* hal.61

¹⁹ Andi Fahmi Lubis, dkk *Loc. Cit.*

²⁰ Mustafa Kamal Rokan, *Op. Cit.* hal.66

²¹ Johny Ibrahim, *Op. Cit.* hal.139-140

Dalam kasus ini hakim memutuskan bahwa tidak semua perjanjian yang menghalangi perdagangan adalah melanggar hukum, hanya perjanjian yang tidak masuk akal (*unreasonable ones*) saja yang melanggar hukum. Putusan Mahkamah Agung Amerika Serikat yang menjadi *landmark* dalam penerapan pendekatan *rule of reason* adalah kasus *Standard Oil Co. of New Jersey v United State* pada tahun 1911. Dalam kasus ini *Standard Oil Co.* bersama 33 perusahaan lainnya dituduh melanggar pasal 1 dan 2 *Sherman Act*, antara lain bahwa secara bersama-sama membatasi produksi minyak bumi untuk menentukan harga. Hakim Agung Amerika Serikat memutuskan bahwa hanya perjanjian yang terbukti mematikan persaingan saja yang dilarang, sedangkan perjanjian yang mendukung persaingan tetap berlaku. Sejak putusan tersebut, pendekatan *rule of reason* sering dipergunakan untuk menjadi acuan apakah perbuatan tertentu bersifat anti persaingan dan merugikan masyarakat atau tidak.²²

2.4. Implikasi Penerapan Pendekatan *Per Se Illegal* dan *Rule of reason* dalam Hukum Persaingan Usaha di Indonesia

Sebagaimana telah dijelaskan diatas bahwa 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. Keberadaan kedua prinsip tersebut merupakan salah satu bentuk adopsi hukum sebagai terminologi-terminologi hukum persaingan usaha Amerika Serikat (*Sherman Act*) pada Undang-Undang Persaingan Usaha di Indonesia. Dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, pendekatan *rule of reason* dapat dilihat dari ketentuan pasal-pasalnya, yakni pencantuman kata-kata “yang dapat mengakibatkan” dan atau “patut diduga”. Kata-kata tersebut mengharuskan perlunya penelitian secara lebih mendalam, apakah suatu tindakan dapat menimbulkan praktek monopoli yang bersifat menghambat persaingan. Sedangkan penerapan pendekatan *per se 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 praktek monopoli

²² *Ibid.*

(Pasal 17) dianggap menggunakan pendekatan *rule of reason*. Sedangkan pemeriksaan terhadap perjanjian penetapan harga (Pasal 5) dianggap menggunakan pendekatan *per se illegal*.

Perlu dipertanyakan kembali, apakah dalam pembahasan Rancangan Undang-undang tersebut juga mengkaji implikasi hukum atas kata-kata “yang dapat mengakibatkan” maupun “patut diduga” tersebut? Hal ini mengingat pembahasan di Dewan Perwakilan Rakyat (DPR) saat itu masih diwarnai dengan retorika melawan pengusaha besar, yang menguasai sektor-sektor ekonomi tertentu dari hulu ke hilir, dianggap telah merusak perekonomian bangsa dan merugikan rakyat banyak. Perancang Undang-undang cenderung untuk lebih melimpahkan penerapan alternatif dari kedua pendekatan tersebut kepada KPPU, yang dinyatakan dalam Pasal 35 UU No. 5 Tahun 1999. Tugas KPPU antara lain adalah melakukan penilaian terhadap semua perjanjian dan atau kegiatan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.

Pendekatan *per se illegal* memiliki beberapa kelebihan dan kekurangan dalam penerapannya. Kelebihan pendekatan ini antara lain,²³

pertama, adanya kepastian hukum terhadap suatu persoalan persaingan yang muncul. *Kedua*, suatu perjanjian atau kegiatan yang dilarang secara *per se* hampir pasti merugikan dan merusak persaingan, maka tidak perlu melakukan pembuktian lebih lanjut yang memerlukan waktu dan biaya yang mahal. *Ketiga*, pendekatan *per se illegal* memudahkan otoritas persaingan usaha untuk memutus perkara persaingan usaha, karena hukum persaingan usaha memiliki daya jangkauan yang luas yang memberikan kebebasan bagi otoritas persaingan usaha dalam hal ini KPPU untuk menilai apakah seseorang dinyatakan melanggar atau menghambat persaingan. Disisi lain penerapan yang berlebihan terhadap pendekatan *per se illegal* dapat menghalangi perjanjian-perjanjian antar perusahaan yang tidak membahayakan atau bahkan mendukung persaingan (*overinclusion*).²⁴

Pendekatan *per se illegal* ditinjau dari sudut proses administratif adalah lebih 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. Pembeneran substantif

²³ Mustafa Kamal Rokan, *Op. Cit.* hal.61-62

²⁴ Johny Ibrahim, *Op. Cit.* hal.140

dalam ketentuan yang bersifat *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 oleh pengadilan sebagai alasan pembenar dalam pengambilan keputusan. Oleh karena itu, 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.²⁵

Penyelidikan terhadap ada tidaknya pelanggaran terhadap ketentuan hukum persaingan melalui pendekatan *per se illegal* dianggap lebih memberikan kepastian hukum. Artinya, bahwa adanya larangan yang tegas dapat memberikan kepastian bagi pengusaha untuk mengetahui keabsahan suatu perbuatan. Contoh kasus dalam penerapan pendekatan *per se illegal* oleh KPPU adalah perkara Nomor 26/KPPU-L/2007 tentang adanya penetapan harga. Kasus selengkapnya sebagai berikut :²⁶

Perkara KPPU No.26/KPPU-L/2007 ini bermula dari laporan tentang adanya penetapan harga SMS off-net. Pelanggaran tersebut dilakukan oleh para operator jasa

telekomunikasi pada periode 2004 sampai dengan 1 April 2008. KPPU menemukan bukti adanya klausula perjanjian kerja sama (PKS) Interkoneksi yang menyatakan bahwa harga layanan SMS off-net berkisar pada Rp. 250,00 – Rp. 350,00. Tim Pemeriksa juga menemukan beberapa klausula penetapan harga SMS tidak boleh lebih rendah dari Rp. 250,00 dalam PKS Interkoneksi. Komisi melihat adanya dampak atas penetapan harga yang mengakibatkan kerugian konsumen dihitung berdasarkan selisih penerimaan harga kartel dengan penerimaan harga kompetitif SMS off-net setidaknya sebesar Rp. 2.827.700.000.000). Dalam putusannya, KPPU menyatakan bahwa 6 (enam) operator telekomunikasi melanggar Pasal 5 UU Nomor 5 Tahun 1999 dengan dijatuhi denda berkisar Rp. 4 Milyar sampai dengan Rp. 25 Milyar.

Untuk membuktikan adanya pelanggaran terhadap pasal 5 UU No.5 Tahun 1999, tentang penetapan harga dalam kasus diatas, KPPU hanya memerlukan alat bukti dokumen perjanjian penetapan harga diantara para operator seluler tanpa melihat dampak dari perjanjian tersebut terhadap persaingan. Dalam pendekatan *per se illegal*, adanya perjanjian tertulis tersebut telah dapat membuktikan adanya pelanggaran terhadap pasal 5 UU No.5 Tahun 1999 karena pasal tersebut secara tegas menyatakan “Pelaku usaha dilarang membuat

²⁵ Andi Fahmi Lubis, *Op. Cit.*

²⁶ *Ibid.*

perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menetapkan harga atas suatu barang dan atau jasa yang harus dibayar oleh konsumen atau pelanggan pada pasar bersangkutan yang sama”.

Berbeda halnya dengan *per se illegal*, penggunaan pendekatan *rule of reason* memerlukan pembuktian dan mengevaluasi mengenai akibat dari suatu perjanjian, kegiatan atau posisi dominan tertentu guna menentukan apakah suatu perjanjian atau kegiatan tersebut menghambat atau mendukung persaingan. Hal ini memungkinkan pengadilan untuk melakukan interpretasi terhadap undang-undang. Peran hakim sangat vital dalam menentukan apakah suatu kasus menggunakan pendekatan *per se illegal* atau menggunakan pendekatan *rule of reason*. Karena dalam praktik bisnis yang mengarah kepada monopoli kerap kali mengalami perubahan yang merupakan implikasi dari perkembangan dalam bidang ekonomi, sosial dan politik.

Salah satu keunggulan *rule of reason* adalah, menggunakan analisis ekonomi untuk mencapai efisiensi guna mengetahui dengan pasti, apakah suatu tindakan pelaku usaha memiliki implikasi kepada persaingan.²⁷ Disisi lain pendekatan *rule of reason*

membutuhkan waktu lama dalam membuktikan adanya suatu perjanjian, kegiatan atau posisi dominan yang menghambat persaingan usaha. Dengan demikian, kepastian hukum menjadi lama diperoleh pelaku usaha.

Pendekatan *rule of reason* dalam UU No. 5 Tahun 1999 ditandai dengan adanya kalimat “dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat” atau kalimat “...patut diduga...”. Kata “dapat” dalam kalimat “dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli...” dapat diartikan sebagai potensi dari akibat yang akan ditimbulkannya. Artinya akibat dari perbuatan tersebut belum terjadi atau belum tentu akan terjadi. Oleh karena itu diperlukan penelitian yang mendalam tentang suatu perjanjian atau kegiatan yang dapat mengakibatkan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.

Standar *rule of reason* yang diterapkan dalam UU No. 5 Tahun 1999 mencakup dua unsur, yaitu unsur praktek monopoli dan unsur persaingan usaha tidak sehat. Kedua unsur tersebut mengandung aspek dampak dari suatu perjanjian atau kegiatan usaha, kedua adalah aspek cara kegiatan tersebut dilaksanakan. Dalam aspek dampak, dapat terjadi penghambatan terhadap

²⁷ *Ibid.*

persaingan dan merugikan kepentingan umum. Untuk menentukan suatu perjanjian atau kegiatan yang dilarang dapat ditentukan setelah terjadi penghambatan persaingan. Dalam aspek cara, suatu perjanjian atau kegiatan yang dapat dianggap anti persaingan dan dilarang apabila perjanjian atau kegiatan tersebut dilakukan dengan tidak jujur dan melawan hukum.

Dalam beberapa keputusannya, KPPU melakukan penyelidikan atas perkara-perkara tertentu dengan pendekatan *rule of reason*, antara lain adalah perkara tentang Cineplex 21 dengan Putusan Nomor: 05/KPPU-L/2002. Kasus tersebut adalah sebagai berikut:²⁸

Putusan KPPU No. 05/KPPU-L/2002 ini bermula dari perkara yang melibatkan beberapa terlapor yang merupakan Group 21, yaitu: PT Camila Internusa Film (terlapor I), PT Satrya Perkasa Esthetika Film (terlapor II), dan PT Nusantara Sejahtera Raya (terlapor III). Dalam perkara ini, KPPU memutuskan, bahwa para terlapor (terutama terlapor I dan II), dianggap menghalangi konsumen untuk memperoleh jasa penayangan film dengan cara bersaing secara sehat, atau membatasi pasar atau menghambat pelaku usaha bioskop lain, yang berpotensi menjadi pesaingnya. Satu-satunya dugaan yang terbukti adalah mengenai kepemilikan saham mayoritas di beberapa perusahaan perbioskopon

di pasar terkait, sehingga salah satu terlapor dianggap melanggar Pasal 27 UU Nomor 5 Tahun 1999.

Untuk membuktikan bahwa pihak terlapor telah melanggar pasal 17, pasal 25 dan pasal 27 UU No. 5 Tahun 1999 sebagaimana kasus diatas, KPPU harus melakukan Pemeriksaan meliputi pasar produk, yakni jasa penayangan film-film dari *major companies*, dan pasar geografik yang meliputi Studio 21 yang tersebar di wilayah Jakarta, Tangerang, Bekasi (Jabotabek), dan kota-kota besar lainnya, seperti Surabaya, Semarang, Bandung, Medan, Denpasar, dan Makassar. Hal ini tentu saja memerlukan sumber daya yang kompeten dalam bidang ekonomi dan hukum. Selain itu penelitian tersebut juga membutuhkan waktu dan biaya yang relatif mahal.

2.5. Pendekatan *Per Se Illegal* dan *Rule of Reason* dalam UU No. 5 Tahun 1999

Secara umum hukum anti monopoli dan persaingan usaha di berbagai Negara menetapkan perbuatan penetapan harga secara horizontal (*horizontal price fixing*) dan perjanjian yang bersifat eksklusif atau memboikot pihak ketiga (*group boycotts or exclusionary provisions*) termasuk

²⁸ *Ibid.*

dalam pendekatan *per se illegal*.²⁹ Penetapan harga secara horizontal adalah penetapan harga yang dilakukan pelaku usaha yang memproduksi atau menjual produk atau jasa yang sama, baik dalam menaikkan harga, mengatur maupun mematok harga dari barang atau jasa.

Larangan yang bersifat *per se illegal* dalam UU No. 5 Tahun 1999, antara lain perjanjian dan kegiatan yang secara tegas dilarang dapat ditemukan dalam :

- a. Pasal 5 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999 mengatur tentang penetapan harga
- b. Pasal 6 UU No. 5 Tahun 1999 mengatur tentang perjanjian diskriminasi harga
- c. Pasal 15 UU No. 5 Tahun 1999 mengatur tentang perjanjian tertutup.
- d. Pasal 24 UU No. 5 Tahun 1999 mengatur tentang persekongkolan.
- e. Pasal 25 UU No. 5 Tahun 1999 mengatur tentang penyalahgunaan posisi dominan.
- f. Pasal 26 UU No. 5 Tahun 1999 mengatur tentang jabatan rangkap.

Terhadap pasal-pasal larangan yang menggunakan pendekatan *per se illegal* diatas, apabila terjadi pelanggaran maka KPPU cukup membuktikan bahwa telah terjadi pelanggaran saja tanpa perlu melihat efek dari pelanggaran yang telah dilakukan tersebut. Pelanggaran terhadap larangan yang bersifat *per se illegal* diatas, secara umum ancaman pidana pokoknya lebih rendah dibandingkan dengan pelanggaran terhadap larangan yang bersifat *rule of reason*. Hal ini dapat dipahami karena pembuktian pada *rule of reason* lebih rumit daripada pembuktian pada *per se illegal*.

Pendekatan *rule of reason* dalam UU No. 5 Tahun 1999 memiliki ciri-ciri sebagai berikut,³⁰ *pertama*, bentuk aturan menyebutkan adanya persyaratan tertentu yang harus terpenuhi sehingga memenuhi kualifikasi adanya potensi praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat, biasanya dalam bentuk anak kalimat “dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat”. *Kedua*, dalam aturan memuat anak kalimat “patut diduga atau dianggap”. Ketentuan-ketentuan yang menggunakan pendekatan *rule of reason* tersebut adalah :

²⁹ Mustafa Kamal Rokan, *Op.Cit.* hal.63-65

³⁰ Johny Ibrahim, *Op. Cit.* hal.227

1. Perjanjian yang bersifat Oligopoli, dalam Pasal 4 UU No. 5 Tahun 1999
2. Perjanjian pembagian wilayah pemasaran atau alokasi pasar, dalam Pasal 9 UU No. 5 Tahun 1999
3. Perjanjian yang bersifat Kartel dalam Pasal 11 UU No. 5 Tahun 1999,
4. Perjanjian yang bersifat Trust dalam Pasal 12 UU No. 5 Tahun 1999.
5. Perjanjian yang bersifat Oligopsoni, Pasal 13 UU No. 5 Tahun 1999.
6. Kegiatan usaha yang melakukan praktek monopoli, Pasal 17 UU No. 5 Tahun 1999.
7. Kegiatan usaha yang melakukan praktek monopsoni, Pasal 18 UU No. 5 Tahun 1999.
8. Kegiatan penguasaan pasar, Pasal 19 UU No. 5 Tahun 1999.
9. Kegiatan menjual dibawah harga pokok, Pasal 20 UU No. 5 Tahun 1999
10. Jabatan rangkap dalam perusahaan-perusahaan yang saling bersaing, Pasal 26 UU No. 5 Tahun 1999. Larangan jabatan rangkap dalam pasal ini selain diatur dengan pendekatan *per se*

illegal juga dengan pendekatan *rule of reason*.

11. Penggabungan, peleburan dan pengambilalihan perusahaan lain, Pasal 28 UU No. 5 Tahun 1999.

BAB. 3 KESIMPULAN

Berdasarkan pembahasan diatas, dapat ditarik kesimpulan sebagai berikut :

1. Pendekatan *per se illegal* dan *rule of reason* pada awalnya merupakan hasil penafsiran hakim atas hukum persaingan di Amerika Serikat. Secara konkrit, penyelesaian kasus yang menggunakan pendekatan *per se illegal* lebih cepat dibandingkan dengan kasus yang menggunakan *rule of reason*. Penyelesaian kasus yang diduga melanggar pasal-pasal yang menggunakan pendekatan *rule of reason*, memerlukan penelitian yang mendalam terhadap akibat dari perbuatan tersebut untuk membuktikan bahwa perbuatan yang dilakukan melanggar hukum dan menghambat persaingan. Penelitian tersebut membutuhkan tenaga, waktu dan biaya yang lebih mahal sehingga tidak efisien sebagaimana tujuan pembentukan undang-undang persaingan usaha.

2. Ketentuan pasal-pasal dalam UU No.5 Tahun 1999 secara umum lebih banyak menggunakan pendekatan *rule of reason* dibandingkan dengan *per se illegal*. Ketentuan yang menggunakan pendekatan *per se illegal* hanya enam pasal, antara lain ketentuan mengenai penetapan harga, perjanjian tertutup, persekongkolan, posisi dominan dan jabatan rangkap, selebihnya menggunakan *rule of reason*. Dalam undang-undang tidak ada ketentuan yang secara normatif yang mengatur apakah suatu aturan menggunakan pendekatan *per se illegal* atau *rule of reason*, oleh karena itu, penilaian apakah suatu perjanjian, kegiatan dan penyalahgunaan posisi dominan yang dilakukan oleh pelaku usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan tidak sehat, merupakan tugas KPPU sebagaimana diatur Pasal 35 UU No. 5 Tahun 1999.

DAFTAR PUSTAKA

- Ahmad Yani & Gunawan Widjaja, *Seri Hukum Bisnis Anti Monopoli*, Rajagrafindo Persada, Jakarta, 1999
- Andi Fahmi Lubis, dkk, *Hukum Persaingan Usaha Antara Teks dan*

Konteks, http://www.kppu.go.id/docs/buku/buku_ajar.pdf

Bernard L. Tanya dkk, *Teori Hukum – Strategi Tertib Manusia Lintas Ruang dan Generasi*, CV. Kita, Surabaya, 2006

Fendi Setyawan, *Demokrasi Ekonomi Indonesia*, Makalah disampaikan dalam Program S-2 Fakultas Hukum Universitas Jember, 2011.

Hermansyah, *Pokok-Pokok Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*, Kencana, Jakarta, 2009.

Johny Ibrahim, *Hukum Persaingan Usaha – Filosofi, Teori dan Implikasi Penerapannya di Indonesia*, Bayu Media, Malang, 2009

Mochtar Kusumaatmadja, *Konsep-Konsep Hukum Dalam Pembangunan*, Alumni, Bandung, 2002

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

Peter Mahmud Marzuki, *Pengantar Ilmu Hukum*, Prenada Media Grup, Jakarta, 2009.

Sri Redjeki Hartono, *Hukum Ekonomi Indonesia*, Bayumedia Publishing, Malang, 2007.

Sunaryati Hartono, *Politik Hukum Menuju Satu Sistem Hukum Nasional*, Alumni, Bandung, 1991.

Undang-Undang Dasar (UUD) 1945.

UU No. 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

UU No. 40 Tahun 2007 Tentang
Perseroan Terbatas (PT).

BIODATA PENULIS

Supianto, S.H., M.H. adalah dosen pada Fakultas Hukum Universitas Islam Jember. Lahir di Sukarejo pada tanggal 7 April 1973. Memperoleh gelar Sarjana

Hukum dari Fakultas Hukum Universitas Islam Jember (UIJ) 2007, dan gelar Magister Hukum dari Fakultas Hukum Universitas Jember (UNEJ) tahun 2012. Disamping sebagai akademisi, penulis juga menekuni profesi sebagai Advokat sejak tahun 2010. Penulis dapat dihubungi di alamat : supiantosh@yahoo.com, dan No. HP. 08155108868.