



UNIVERSITAS INDONESIA

**PENERAPAN *SINGLE ECONOMIC ENTITY* MENURUT
HUKUM PERSAINGAN USAHA DI INDONESIA, UNI EROPA
DAN AMERIKA SERIKAT**



TESIS

DHIFLA WIYANI

0606151734

**FAKULTAS HUKUM
PROGRAM PASCASARJANA**

**JAKARTA
JULI 2009**

**PENERAPAN *SINGLE ECONOMIC ENTITY* MENURUT
HUKUM PERSAINGAN USAHA DI INDONESIA, UNI EROPA
DAN AMERIKA SERIKAT**

TESIS

Diajukan sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar Magister Hukum

**NAMA : DHIFLA WIYANI
NPM : 0606151734**



**UNIVERSITAS INDONESIA
FAKULTAS HUKUM
PROGRAM PASCASARJANA
ILMU HUKUM
JAKARTA
JULI 2009**

HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

Tesis ini adalah hasil karya saya sendiri, dan semua sumber baik yang dikutip maupun yang dirujuk telah saya nyatakan dengan benar.

Nama : Dhifla Wiyani

NPM : 0606151734

Tanda Tangan : 

Tanggal : 14 Juli 2009

HALAMAN PENGESAHAN

Tesis ini diajukan oleh :
Nama : Dhifla Wiyani
NPM : 0606151734
Program Studi : Pascasarjana
Judul Tesis : Penerapan *Single Economic Entity* Menurut
Hukum Persaingan Usaha di Indonesia, Uni
Eropa dan Amerika Serikat

Telah berhasil dipertahankan di hadapan Dewan Penguji dan diterima sebagai bagian persyaratan yang diperlukan untuk memperoleh gelar Magister Hukum pada Program Studi Pascasarjana Fakultas Hukum, Universitas Indonesia.

DEWAN PENGUJI

Pembimbing : Kurnia Toha, SH. LL.M. Ph.D. (.....)
Penguji : Dr. Nurul Elmiyah, S.H., M.H. (.....)
Penguji : Anjar Pachta Wirana, S.H., M.H. (.....)

Ditetapkan di : Jakarta

Tanggal : 14 Juli 2009

KATA PENGANTAR

Puji syukur dipanjatkan kehadirat Allah SWT, karena disaat batas akhir penyelesaian tesis, tesis ini akhirnya bisa diselesaikan juga meski dengan susah payah. Berbagai cobaan dan hambatan yang datang membuat tesis ini terhambat dalam penyelesaiannya, memberikan makna sangat berarti bagi saya bahwa keinginan kita tidak bisa dikejar semuanya sekaligus. Namun selesainya tesis ini bagi saya adalah berkah dari Allah SWT yang tidak terduga, yang merupakan nikmat yang diberikan Allah kepada saya.

Selanjutnya saya sangat menyadari bahwa tanpa bantuan dan bimbingan dari berbagai pihak, sejak masa perkuliahan sampai pada penyusunan tesis ini, sangatlah sulit bagi saya untuk menyelesaikan tesis ini. Oleh karena itu, saya mengucapkan terima kasih yang sedalam-dalamnya kepada :

1. Kepada yang tersayang Papa (alm) H. Wys Djamaris dan Mama Hj. Jurnalis Amrad, SH, MH yang telah melahirkan saya, membimbing, memberikan makna dalam kehidupan saya hingga saat ini.
2. Kepada Suami tercinta H. Mohammad Ichlas El Qudsi, SSI, MSi, yang selalu memberikan support, semangat, maupun kritikan-kritikan yang mengena di saat yang dibutuhkan.
3. Kepada kedua buah hatiku Mohammad Zuhdi El Fathani dan Chalisa Jasmine Azhima yang sangat mengerti dengan kesibukan mamanya.
4. Kepada Bapak Kurnia Toha, SH. LL.M. Ph.D., selaku dosen pembimbing yang telah menyediakan waktu, tenaga dan pikirannya untuk mengarahkan saya dalam penyusunan tesis ini.
5. Kepada Ibu Dr. Nurul Elmiyah, SH, MH dan Bapak Anjar Pachta Winarsa, SH, MH, selaku dosen-dosen penguji.
6. Kepada Anjaz Hilman, SH, Ibnu Zubair, SH, dan Yani Matahari yang selalu siap membantu saya di kantor.

7. Kepada sobat-sobatku Simon Audrey, Indry Ananntah, Ryan Lubis, Panji, Anto, dan Didit yang selalu memompa semangatku dan memberikan bantuan-bantuan baik disengaja maupun tidak.
8. Kepada Irka, Diana, Andri Latif dan teman-teman sekelas saya yang lain yang tidak bisa disebutkan satu persatu disini, yang selalu saling mengingatkan untuk tetap semangat mengerjakan tesis ini.

Akhir kata, saya mengucapkan terimakasih yang amat dalam bagi pihak-pihak yang tidak tersebut namanya dalam lembaran kecil ini, namun saya yakin mereka berkontribusi bagi keberhasilan saya.

Jakarta, 14 Juli 2009



(Dhifla Wiyani)

**HALAMAN PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI TUGAS
AKHIR UNTUK KEPENTINGAN AKADEMIS**

Sebagai civitas akademik Universitas Indonesia, saya yang bertanda tangan di bawah ini :

Nama : Dhifla Wiyani
NPM : 0606151734
Program Studi : Pascasarjana
Departemen : Hukum Ekonomi/ Bisnis
Fakultas : Hukum
Jenis Karya : Tesis

Demi pengembangan ilmu pengetahuan, menyetujui untuk memberikan kepada Universitas Indonesia Hak Bebas Royalti Noneksklusif (Non-exclusive Royalty-Free Right) atas karya ilmiah saya yang berjudul :

Penerapan Single Economic Entity Menurut Hukum Persaingan Usaha di Indonesia, Uni Eropa dan Amerika Serikat

beserta instrumen/disain/perangkat. Berdasarkan persetujuan Hak Bebas Royalti Noneksklusif ini, Universitas Indonesia berhak menyimpan, mengalihkan bentuk, mengalihmediakan, mengelola dalam bentuk pangkalan data (database), merawat, serta mempublikasikan tugas akhir saya selama mencantumkan nama saya sebagai penulis atau pencipta dan juga sebagai pemilik Hak Cipta.

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sesungguhnya secara sadar tanpa paksaan dari pihak manapun.

Dibuat di : Jakarta

Pada Tanggal : 14 Juli 2009

Yang menyatakan


(Dhifla Wiyani)

ABSTRAK

Nama : Dhifla Wiyani
Program Studi : Pascasarjana Fakultas Hukum UI
Judul : *Penerapan Single Economic Entity Menurut Hukum Persaingan Usaha di Indonesia, Uni Eropa dan Amerika Serikat*

Era pasar bebas membuat perusahaan melakukan ekspansi ke berbagai negara. Banyak pula perusahaan yang mempunyai anak perusahaan dan mengintegrasikannya ke dalam bentuk perusahaan *holding*. Perusahaan *holding* sebagai pihak pengendali menentukan arah kebijakan terhadap anak perusahaannya. Pengendalian tersebut menghilangkan independensi anak perusahaan dalam menentukan kebijakannya. Perusahaan *holding* dan anak perusahaan mempunyai status badan hukumnya masing-masing. Permasalahan mulai muncul manakala anak perusahaan melanggar ketentuan hukum persaingan usaha suatu negara, akibat kebijakan yang salah dari perusahaan induknya. Dapatkah otoritas persaingan usaha suatu negara meminta pertanggungjawaban pada perusahaan pengendali?

Kata Kunci :

Single economic entity, Perusahaan holding, anak perusahaan dan pengendalian

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL	i
PERNYATAAN ORISINALITAS	ii
LEMBAR PENGESAHAN	iii
KATA PENGANTAR / UCAPAN TERIMAKASIH	iv
LEMBAR PERSETUJUAN PUBLIKASI KARYA ILMIAH	vi
ABSTRAK	vii
DAFTAR ISI	viii
BAB 1. PENDAHULUAN	1
1.1. Latar Belakang	1
1.2. Perumusan Masalah	8
1.3. Tujuan Penelitian dan Manfaat	9
1.4. Landasan Teori dan Kerangka Konsep	10
1.5. Metodologi Penelitian	14
1.6. Sistematika Penulisan	15
BAB 2. KEDUDUKAN PERUSAHAAN SEBAGAI <i>SINGLE ECONOMIC ENTITY</i>	16
2.1. Kehadiran Perusahaan Asing dalam Pasar Domestik.....	16
2.2. Pengertian <i>Single Economic Entity</i>	19
2.3. Kajian Umum Mengenai Tanggung Jawab Perusahaan <i> Holding</i> terhadap Anak Perusahaannya.....	22
2.3.1 Peran dan Kedudukan Perusahaan <i> Holding</i>	22
2.3.2 Kemandirian Anak Perusahaan Secara Yuridis	26
2.4. Pengendalian Sebagai Unsur Terpenting dalam Menerapkan <i>Single Economic Entity</i>	29
2.5. Penerapan <i>Single Economic Entity</i> di Uni Eropa dan Amerika Serikat	34
2.5.1 Penerapan <i>Single Economic Entity</i> di Uni Eropa	34
2.5.2 Penerapan <i>Single Economic Entity</i> di Amerika Serikat	41
2.5.3 Persamaan dan Perbedaan Penerapan <i>Single Economic Entity</i> di Uni Eropa dan Amerika Serikat.....	52
2.6. Konsekuensi Dari Diterapkannya Prinsip <i>Single Economic Entity</i> dalam Hukum Persaingan Usaha	56
BAB 3. PENERAPAN <i>SINGLE ECONOMIC ENTITY</i> PADA UNDANG-UNDANG NOMOR 5 TAHUN 1999.....	59
3.1. Fakta-Fakta Terkait Perkara Nomor: 07/KPPU-L/2007 Tentang Dugaan Pelanggaran Oleh Kelompok Usaha TEMASEK	59
3.2. Putusan KPPU Terkait Penerapan Prinsip <i>Single Economic Entity</i> Pada Perkara Nomor: 07/KPPU-L/2007	63
3.2.1 Prihal Yurisdiksi KPPU Untuk Terhadap Pelaku Usaha Asing	64
3.2.2 Pembuktian Unsur Pengendalian Sebagai Syarat Penerapan Prinsip <i>Single Economic Entity</i>	66

3.3	Analisa Penerapan <i>Single Economic Entity</i> Atas Putusan KPPU Pada Perkara Nomor: 07/KPPU-L/2007	68
BAB 4.	KESIMPULAN DAN SARAN	72
	DAFTAR PUSTAKA	75



BAB 1

PENDAHULUAN

1.1 Latar Belakang

Pengusaha adalah aktor sekaligus pelaku usaha yang selalu berhubungan dengan konsumen dalam menjalankan aktivitas bisnis. Konsumen adalah sumber mata air yang mendatangkan keuntungan bagi pengusaha, semakin banyak konsumen yang dapat diraih, maka semakin banyak pula keuntungan yang dapat diraup. Karena itu, pengusaha akan melakukan ekspansi terhadap pasar domestiknya, untuk mencari konsumen yang lebih banyak. Apabila pasar domestik sudah dikuasai, maka tidak menutup kemungkinan perluasan pasar dilakukan ke luar negeri.

Memperluas jangkauan pasar sampai ke luar negeri sangat mungkin dilakukan pada saat ini. Negara-negara di dunia pun sudah menggagasnya dengan membentuk lembaga perdagangan dunia yang disebut *World Trade Organization* (WTO). Pendirian WTO sendiri ditindaklanjuti oleh negara-negara dengan melakukan penandatanganan terhadap *General Agreement on Trade and Service* (GATS) di Marrakesh, Maroko, pada tanggal 15 April 1994. Perjanjian GATS tersebut kemudian diratifikasi pemerintah Indonesia melalui Undang-undang Nomor 7 Tahun 1994, sebagai suatu perwujudan dan kesiapan memasuki era perdagangan bebas.¹

Pemerintah Indonesia memang telah menyatakan membuka diri terhadap realitas pasar bebas pasca ratifikasi GATS, namun pada saat itu serangkaian praktek monopoli masih mewarnai pasar Indonesia, terutama oleh oknum penguasa Orde Baru. Bukan menjadi rahasia umum bahwa konglomerat yang mempunyai hubungan politik dengan penguasa, mempunyai andil besar terhadap berbagai keputusan untuk mendapatkan berbagai fasilitas monopoli dari pemerintah. Praktek monopoli ini berdampak pada banyaknya perusahaan yang menguasai pangsa pasar hingga mencapai diatas 50% dan bahkan ada yang mencapai angka 90%. Parahnya lagi hal tersebut bukan saja terjadi pada jenis produk misalnya sembako saja, melainkan

¹ Syahmin AK, *Hukum Dagang Internasional: Dalam Kerangka Studi Analisis*, (Jakarta: PT. RajaGrafindo, 2006), hal 12-14.

merambah hingga usaha ritel, semen sampai otomotif.² Hal ini tentunya bukan merupakan stimulus untuk mengundang masuknya investasi asing, tetapi memperburuk potret perekonomian Indonesia di wajah internasional. Praktek ini rupanya telah terjadi jauh sebelum tahun 1994, tepatnya pada masa pemerintahan Orde Baru, dan tidak pula berhenti manakala perjanjian GATS telah diratifikasi pemerintah Indonesia.³

Praktek monopoli di suatu negara akan menghambat aktivitas perdagangan bebas, karena di mata pemodal asing hal ini tidak akan memberikan manfaat dan keuntungan. Dan merupakan suatu keniscayaan pula untuk mengundang modal asing, tanpa didukung adanya iklim kompetisi sehat yang ditopang oleh regulasi persaingan usaha serta lembaga otoritas persaingan usaha yang independen.⁴

Era Reformasi tahun 1998, merupakan kesempatan emas bagi Indonesia untuk melakukan pelbagai perubahan. Berhembusnya angin perubahan pun melahirkan serangkaian agenda besar yang harus dibenahi pemerintahan saat itu, salah satunya adalah sektor ekonomi. Berbagai regulasi dibuat, dan salah satunya bertujuan untuk meninggalkan sistem monopoli dan pindah ke sistem persaingan.⁵ Salah satu upaya untuk mewujudkan tekad tersebut adalah dengan diberlakukannya Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha

² Penelitian yang dilakukan pada tahun 1999 menunjukkan, PT. Indofood melalui kelompok usaha Salim menguasai jenis produk mi instan dengan pangsa pasar 90%. Johnny Ibrahim, *Hukum Persaingan Usaha: Filosofi, Teori dan Implikasi Penerapannya di Indonesia*, cet. II, (Malang: Bayumedia, 2007), hal 241-242. Baca juga lebih lanjut: Colleen Loughlin, *et.al., Laporan Kebijakan Persaingan Indonesia*. (Jakarta: USAID-Government of Indonesia: 1999).

³ Ningrum Natasya Sirait, *Indonesia's Experience with Its Competition Law and Challenges Ahead*, (Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara: Medan, 2004), hal 6.

⁴ Undang-undang persaingan usaha di berbagai negara dikenal dengan dengan berbagai istilah seperti *Antimonopoly Law*, *Antitrust Law*, *Unfair Trade Practices Law* dan *Fair Competition Law*. Arie Siswanto, *Hukum Persaingan Usaha*, cet I, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 2002), hal 24-25. Hingga saat ini sudah lebih dari 80 negara di dunia yang telah memiliki undang-undang persaingan usaha, dan lebih dari 20 negara lainnya sedang berupaya menyusun aturan perundangan yang sama. Lihat: Johnny Ibrahim, *Op.Cit.*, I.

⁵ Udin Silalahi, Indonesia menganut sistem ekonomi pasar, yaitu ekonomi pasar yang terikat dengan peraturan undang-undang, bukan ekonomi pasar bebas. Artinya, pasar bebas dilaksanakan dalam koridor-koridor yang telah ditetapkan pemerintah. Koridor-koridor untuk mendukung sistem ekonomi pasar tersebut antara lain melalui Undang-Undang Bank Sentral Indonesia yang independen. Undang-Undang Paten, Undang-Undang Hak Cipta, Undang-Undang Merk, Undang-Undang Perlindungan Konsumen, Undang-Undang Kepailitan, Undang-Undang Usaha Kecil, Undang-Undang Koperasi, Undang-Undang Perpajakan, dll. Lihat: Udin Silalahi, *Perusahaan Saling Mematikan dan Bersekongkol: Bagaimana Cara Memenangkan?*, editor: Rayendra L. Toruan, (Jakarta: PT. Elex Media Komputindo, 2007), hal 30.

Tidak Sehat⁶ dan sekaligus membentuk Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU), sebagai lembaga pengawas persaingan di Indonesia. Alhasil, memasuki era pasar bebas dan sekaligus menciptakan iklim persaingan sehat nampaknya tidak semudah membalikkan telapak tangan.

Dengan meratifikasi GATS berarti Indonesia telah mengadopsi instrumen hukum internasional kedalam hukum nasionalnya. Substansi penting dari perdagangan bebas adalah arus barang dan jasa yang bebas melewati lintas batas negara, yang secara tidak langsung mengizinkan pelaku usaha asing untuk memasuki pasar domestik serta memberikan hak kepadanya untuk diperlakukan sama dengan pelaku usaha dalam negeri.⁷ Sedangkan dengan adanya UU 5/99, maka tujuan yang ingin dicapai adalah memelihara kondisi kompetisi yang bebas (*maintenance of free competition*), mencegah penyalahgunaan kekuatan ekonomi (*prevention of abuse of economic power*) dan melindungi konsumen (*protection of consumers*).⁸ Dengan terpeliharanya norma-norma diatas, maka gairah perusahaan asing untuk masuk ke pasar Indonesia menjadi semakin terbuka.

Kehadiran perusahaan asing seyogyanya menciptakan pertumbuhan ekonomi bagi pendapatan negara. Perusahaan asing juga diharapkan membawa perubahan terhadap perkembangan teknologi untuk pengembangan berbagai inovasi, karena itu harus kita sambut dengan baik. Terlebih pada tahun 2007, pemerintah mengeluarkan undang-undang penanaman modal yang baru, hal ini semakin tidak dapat membendung kehadiran perusahaan asing (*foreign company*) di Indonesia.

Hadirnya pelaku usaha asing di suatu negara dapat dilakukan dengan berbagai cara, misalnya: mendirikan perusahaan melalui kepemilikan saham asing baik sebagian atau keseluruhan, merger, akuisisi, pemberian lisensi, mendirikan agensi dan pendirian kantor perwakilan. Melalui akte pendirian, kita juga dapat melihat status badan hukum perusahaan tersebut; apakah berstatus badan hukum Indonesia, asing

⁶ Indonesia, *Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, UU No. 5 tahun 1999, LN No. 33 tahun 1999, TLN No. 3817. Untuk selanjutnya disebut UU 5/99; atau digunakan secara bergantian.

⁷ Salah satu asas yang terkandung dalam perjanjian GATS adalah: (1) *Prinsip Most Favored Nation*, artinya negara-negara memberikan perlakuan sama seperti yang diberikan kepada negara ketiga; (2) *National Treatment*, artinya memberikan persamaan perlakuan di dalam suatu negara, baik terhadap orang asing maupun terhadap warga negara sendiri. Lihat: Syahmin AK, *Op.Cit.*, hal 38-39

⁸ Arie Siswanto, *Op.Cit.*, hal 26-28.

atau merupakan bentuk usaha patungan/*joint venture* dengan kepemilikan saham bersama.

Namun, adapula perusahaan asing yang secara nyata 'tidak hadir' di Indonesia, karena kedudukannya sebagai perusahaan induk. Perusahaan induk tersebut mempunyai anak perusahaan yang menjalankan aktivitas bisnisnya di Indonesia. Dengan demikian segala kebijakan pada anak perusahaan tersebut sangat tergantung pada putusan perusahaan induknya yang berada di luar negeri.

Status perusahaan induk dalam ruang lingkup hukum perusahaan sering disebut sebagai perusahaan *holding* atau *holding company*. Paling tidak terdapat 3 (tiga) skenario yang berkaitan dengan keberadaan perusahaan asing di Indonesia, yaitu:

- 1) Perusahaan induk yang berstatus badan hukum dalam negeri, memiliki anak perusahaan di luar negeri.
- 2) Perusahaan induk yang berstatus badan hukum asing, memiliki anak perusahaan di dalam negeri.
- 3) Perusahaan induk yang berstatus badan asing, yang tidak secara nyata hadir di dalam negeri, tetapi produk barang dan jasanya terdapat di pasar domestik.⁹

Dari ketiga skenario diatas [terutama point (2) dan (3)] semakin menegaskan bahwa sangat dimungkinkan perusahaan yang menjalankan kegiatan usaha di Indonesia dapat dikendalikan oleh perusahaan induk yang berada di luar negeri.

Pendirian perusahaan *holding* merupakan suatu *trend* yang dapat mempermudah pelaku usaha untuk mengontrol anak perusahaan yang berdomisili didalam negeri maupun di negara lain. Fakta yang diperoleh melalui laporan *Conference on Trade and Development World Investment* pada tahun 2004 mencatat, negara Amerika Serikat melalui 61.000 perusahaan *holding company*-nya berhasil menguasai lebih dari 900.000 perusahaan asing dan afiliasinya di berbagai negara.¹⁰

⁹ Lihat: Michael G. Mckinnon, *Federal Judicial and Legislative Jurisdiction Over Entities Abroad: The Long-Arm of U.S. Antitrust Law and Viable Solutions Beyond The Timberlane/Restatement Comity Approach*. *Pepperdine law Review*, Vol 21, 1994, hal 1226.

¹⁰ U.N. Conference On Trade And Development (UNCTAD), *World Investment Report 2004: The Shift Toward Services*. at xvii, U.N. Doc. 17 E/O4/11.26, U.N. Sales No. E.04.II.D.33 (2004).

Pembentukan perusahaan *holding* menggambarkan semakin ketatnya persaingan bisnis yang terjadi di pasar domestik, regional dan di pasar internasional.

Untuk kasus di Indonesia, Yuri Seto yang melakukan penelitian pada Era Orde Baru, menyimpulkan konglomerasi perusahaan di Indonesia dalam bentuk *business group* atau perusahaan *holding*, terdapat 5 (lima) macam bentuk:

- 1) *Comprehensive business group*; artinya terjadi diversifikasi usaha yang sangat luas, meliputi sektor keuangan, industri, perdagangan dll. Contohnya: BCA dan Roda Mas.
- 2) *Financial business group*; artinya perusahaan yang berangkat dari sektor keuangan, kemudian melakukan diversifikasi ke sektor lain. Contohnya: Lippo, Panin, Ongko (BUN), dll.
- 3) *Multi industrial business group*; artinya perusahaan yang bertumpu pada sektor manufaktur dengan berbagai macam sektor, tetapi mempunyai kelemahan pada sektor keuangan. Bentuk ini ada yang mempunyai diversifikasi dalam sektor non industri seperti, Astra, Kedaung dll. Tetapi ada juga yang tidak berdiversifikasi ke dalam sektor non industri, misalnya Imora, Berkat, dll.
- 4) *Single industrial group*; artinya perusahaan yang didasarkan atas industri manufaktur tunggal dan didiversifikasi secara vertikal dan horizontal di dalam industri tersebut. Contohnya: Kalbe Farma, Gobel dan Gudang Garam.
- 5) *Non industrial business group*; artinya perusahaan yang didasarkan atas sektor industri seperti pengangkutan, konstruksi, *real estate*, ritel, dan didiversifikasi ke sektor-sektor lain.¹¹

Bentuk perusahaan *holding* ternyata menjadi pilihan bagi pelaku usaha yang ingin menguasai kerajaan bisnisnya mulai sisi hulu hingga hilir. Salah satu keistimewaan perusahaan *holding* adalah kemampuan untuk mengendalikan kebijakan

Dikutip dari: Binda Sahni. *The Interpretation of The Corporate Personality of Transnational Corporation*, Widener Law Journal, Vol 15, 2005.

¹¹ Dikutip dari tulisan Bob Widyohartono yang berjudul *Konglomerat: Antara Teori dan Realita*. Terdapat dalam buku: Kwik Kian Gie, et.al, *Konglomerasi Indonesia: Permasalahan dan Sepak Terjangnya*, (Pustaka Sinar Harapan: Jakarta, 1993), hal 53-72.

anak perusahaannya untuk sebagian atau seluruhnya. Pengendalian perusahaan *holding* tersebut melahirkan keputusan yang harus dijalankan anak perusahaan.

Setiap keputusan yang dibuat perusahaan *holding* tidak menjadi masalah sepanjang tidak melanggar ketentuan hukum persaingan usaha dimana anak perusahaan tersebut berdomisili. Namun apabila implementasi dari keputusan tersebut mengakibatkan anak perusahaan melanggar ketentuan hukum persaingan usaha, maka otoritas lembaga pengawas persaingan di negara tersebut akan mengambil tindakan terhadapnya dengan menerapkan ketentuan hukum positif yang berlaku.

Anak perusahaan dalam kasus ini biasanya akan beralih dengan mengatakan, bahwa tindakan yang dilakukannya merupakan kebijakan dari perusahaan *holding* sebagai prinsipalnya. Dalam kasus ini, independensi anak perusahaan memang telah tereduksi. Permasalahan mulai muncul manakala kita bertanya, dapatkah perusahaan *holding* juga dimintai pertanggungjawaban atas kebijakan yang telah dibuatnya? Adakah dasar hukum yang dapat membenarkan pertanggungjawaban diperluas kepada perusahaan *holding* yang hanya ingin membuat keputusan terbaik untuk anak perusahaannya? Dapatkah lembaga pengawas persaingan suatu negara menghukum pelaku usaha yang berada diluar yurisdiksinya? Hal ini mengingat baik perusahaan *holding* dan anak perusahaan mempunyai status badan hukum yang berbeda yurisdiksi kewenangannya.

Dalam doktrin hukum persaingan usaha modern, lembaga pengawas persaingan suatu negara dapat saja meminta pertanggungjawaban perusahaan *holding* yang berada di luar yurisdiksi kewenangannya, karena baik dirinya dan anak perusahaan merupakan satu kesatuan unit yang tidak dapat dipisahkan atau disebut dengan prinsip *single economic entity*.¹²

Selama satu dasawarsa KPPU berkiprah, untuk pertama kalinya dan secara eksplisit penerapan *single economic entity* dalam putusannya pada perkara nomor: 07/KPPU-L2007 tentang dugaan pelanggaran oleh Kelompok Usaha Temasek (TEMASEK). Dalam kasus ini TEMASEK didakwa melanggar pasal 17 atau (1) dan 27 huruf a UU 5/99. Putusan KPPU akhirnya menyatakan TEMASEK dan anak perusahaannya bersalah karena melakukan penguasaan lebih dari 50% pangsa pasar

¹² Alison Jones dan Brenda Sufrin, *EC Competition Law: Text, Cases and Materials*, 3rd ed, Oxford University Press, 2001, hal 141

industri telekomunikasi seluler, melalui mekanisme kepemilikan silang (*cross ownership*), sehingga dianggap menghambat persaingan.

Kepemilikan silang TEMASEK dilakukan melalui anak perusahaannya, yaitu *Indonesian Communication Limited* (ICL) dan *Singapore Telecommunication Ltd* (Singtel) dengan menguasai saham mayoritas atas PT. Indosat dan PT. Telkomsel yang merupakan pesaing potensial dalam industri telekomunikasi seluler di Indonesia. Kepemilikan silang ini berakibat terjadinya perlambatan terhadap perkembangan PT. Indosat, sehingga tidak dapat bersaing secara efektif dengan PT. Telkomsel sebagai kompetitornya.

KPPU dalam putusannya menggunakan prinsip *single economic entity* dalam menafsirkan saham mayoritas,¹³ untuk membuktikan adanya unsur pengendalian baik terhadap PT. Indosat maupun PT. Telkomsel. TEMASEK dalam pembelaannya mengatakan KPPU telah melampaui kewenangan yurisdiksinya, karena TEMASEK beserta anak perusahaannya secara formal bukan berstatus badan hukum yang didirikan di Indonesia.

Berbagai sanggahan dalam perkara TEMASEK ini juga mewarnai putusan KPPU, terutama mengenai penerapan *single economy entity*. Salah satunya adalah Dr. Ir. Benny Pasaribu yang juga merupakan anggota tim pemeriksa. Dalam pandangannya Benny menyimpulkan bahwa Pasal 1 angka 5 UU 5/99 didefinisikan sebagai '*business actor*', sehingga penggunaan istilah '*business group*' atau '*ultimate parent*' tidak dikenal. Saksi ahli tergugat Prof. Hikmahanto juga mengatakan bahwa penerapan *single economic entity* tidak dikenal dalam hukum persaingan usaha di Indonesia. Hikmahanto juga menambahkan bahwa, apabila prinsip *single economic entity* ingin digunakan untuk melihat aspek pengendalian dari perusahaan induk kepada anak perusahaan, maka syarat-syarat berikut harus dipenuhi:

- 1) terdapat manajemen bersama antara perusahaan induk dan anak perusahaan;

¹³ Terdapat beberapa hal menarik yang patut untuk dikaji selain penerapan *single economic entity*, antara lain pendekatan terhadap pasal 27 UU 5/99 yang seharusnya menggunakan pendekatan *per se rule* dalam penerapan hukumnya menggunakan pendekatan *rule of reason* dan diprioritaskannya kepentingan konsumen dalam penilaian atas pelanggaran pasal 27 UU 5/99. Lihat: Yakub Adi Krisanto, *Dampak Penerapan Hukum Persaingan Bagi Perlindungan Konsumen (Studi atas Keputusan KPPU No. 07/KPPU-L/2007 dan Keberpengaruhannya Terhadap Besaran Tarif Seluler di Indonesia)*, (tidak dipublikasikan).

- 2) rencana induk perusahaan juga meliputi kegiatan ekonomi dari anak-anak perusahaannya; dan
- 3) anak-anak perusahaan tidak diperkenankan untuk membantah tindakan manajemen perusahaan yang telah ditetapkan tersebut.¹⁴

Pakar hukum persaingan dari luar negeri pun dilibatkan sebagai saksi ahli tergugat untuk dalam kasus ini. Ia adalah Dr. Montag, yang juga menyanggah pendapat KPPU dengan mengatakan bahwa, agar induk dan anak perusahaan dianggap sebagai entitas ekonomi tunggal (dalam hukum Uni Eropa dan Jerman), maka harus jelas terlihat bahwa anak perusahaan tidak memiliki kebebasan bertindak maupun kebebasan ekonomi yang mutlak.¹⁵ Nampaknya pro dan kontra terhadap penerapan *single economic entity* dalam ruang lingkup hukum persaingan usaha harus dikaji dengan lebih mendalam.

Putusan KPPU dalam kasus TEMASEK banyak menggunakan rujukan dalam kasus-kasus yang terjadi di Uni Eropa dan Amerika Serikat, sekaligus memperluas wacana penerapan prinsip *single economic entity* dalam penerapan hukum persaingan usaha. Perlu juga kiranya terhadap kasus-kasus tersebut dibuat perbandingan dan dilakukan analisa untuk memperkokoh pemahaman kita dalam melihat penerapan *single economic entity*.

Dengan latar belakang masalah-masalah yang diuraikan diatas, penulis tertarik untuk menganalisa sejauh mana penerapan prinsip *single economic entity* dalam ruang lingkup hukum persaingan usaha. Untuk itu penulis ingin menuangkannya dalam bentuk sebuah tesis yang berjudul: **SINGLE ECONOMIC ENTITY MENURUT HUKUM PERSAINGAN USAHA DI INDONESIA, UNI EROPA DAN AMERIKA SERIKAT**

1.2 Pokok Permasalahan

Bertolak dari uraian mengenai latar belakang penulisan diatas maka disusun perumusan masalah sebagai berikut:

1. Kapan suatu perusahaan dianggap sebagai *single economic entity*?

¹⁴ Putusan Perkara No : 07/KPPU-L/2007 hal 156-157.

¹⁵ *Ibid*

2. Bagaimanakah pengaturan dan penerapan prinsip *single economic entity* pada Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat?
3. Bagaimanakah penerapan prinsip *single economic entity* di negara Amerika Serikat dan Uni Eropa?

1.3 Tujuan dan Manfaat Penelitian

Berdasarkan permasalahan di atas, tujuan pokok yang hendak dicapai dari penulisan tesis ini terdiri dari tujuan objektif dan tujuan subjektif. Tujuan objektif yang hendak dicapai yaitu:

1. Untuk mengetahui penerapan *single economic entity* pada suatu perusahaan dalam perspektif hukum persaingan usaha.
2. Untuk mengetahui ruang lingkup penerapan prinsip *single economic entity* dalam Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat dalam kasus-kasus yang ada di Indonesia.
3. Untuk mencari perbandingan penerapan prinsip *single economic entity* antara Indonesia dengan negara Amerika Serikat dan Uni Eropa

Sedangkan tujuan subjektifnya adalah untuk memenuhi persyaratan dalam meraih gelar S-2 Magister Hukum pada Program Pasca Sarjana, Fakultas Hukum, Universitas Indonesia.

Manfaat yang ingin dicapai dari penulisan tesis ini terdiri dari kegunaan teoritis dan kegunaan praktis, sebagai berikut:¹⁶

1. Kegunaan Teoritis, sebagai sumbangan pemikiran bagi pengembangan bidang ilmu hukum, khususnya hukum persaingan usaha dalam memahami penerapan prinsip *single economic entity* dalam Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, sebagai hukum positif yang berlaku saat ini.

¹⁶ Kegunaan teoritis menggambarkan manfaat penelitian bagi pengembangan ilmu tertentu atau untuk mendalami bidang ilmu tertentu dalam penelitian murni atau penelitian dasar. Kegunaan praktis penelitian, dalam hal ini manfaatnya bagi penyelesaian permasalahan atau penerapan suatu upaya tertentu. Lihat: Sri Mamuji, *et.al.*, *Metode Penelitian dan Penulisan Hukum dan Penulisan Hukum*, cet 1, (Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005), hal 22.

2. Kegunaan Praktis, sebagai sumbangan pemikiran dari sudut pandang hukum, dalam hal ini lembaga peradilan apabila dikemudian hari terjadi sengketa yang bersinggungan dengan penerapan prinsip *single economic entity*. Penulisan tesis ini diharapkan juga dapat memberikan sumbangan pemikiran bagi pihak yang berkaitan langsung dengan proses perumusan kebijakan-kebijakan hukum persaingan usaha.

1.4 Landasan Teori dan Kerangka Konsep

Penulis secara substansi tidak membahas Putusan Perkara NO: 07/KPPU-L/2007. Namun dari situ terdapat 2 (dua) hal penting yang dapat digunakan sebagai acuan dasar.¹⁷ *Pertama*, mengenai hubungan antara perusahaan *holding* dengan anak perusahaan sebagai suatu entitas bisnis yang tidak dapat dipisahkan. *Kedua*, TEMASEK mempunyai kemampuan untuk melakukan pengendalian terhadap anak perusahaannya yang berpotensi mencederai iklim kompetisi yang sehat. Dengan mengacu pada kedua hal tersebut, maka kajian sentral dari penulisan tesis ini adalah untuk mengkaji secara yuridis, sejauh mana suatu perusahaan yang tergabung dalam kesatuan entitas bisnis dapat dianggap melanggar ketentuan hukum persaingan usaha.

Sejauh ini memang belum diketahui apakah penerapan *single economic entity* harus melibatkan dua perusahaan yang berbeda yurisdiksi atau cukup satu negara saja. Untuk mencakup kedua kemungkinan tersebut, dapat digunakan 2 (dua) pendekatan, yaitu *general jurisdiction theory* dan *specific jurisdiction theory*. Pendekatan ini sekaligus sebagai landasan teori yang akan digunakan sebagai acuan untuk menjawab pokok permasalahan. Pendekatan *general jurisdiction theory* mensyaratkan 3 (tiga) hal, yaitu:

1. *When the defendant corporation are incorporate or registered to do business in the state*. Artinya tergugat sebagai perusahaan, tergabung atau terdaftar untuk melakukan kegiatan usahanya pada negara tempat ia digugat;
2. *When the defendant engages in 'continuous and systematic' activities in the forum*. Artinya apabila tergugat dalam melakukan aktivitasnya

¹⁷ Aspek penting yang penulis maksud hanya untuk membatasi cakupan dalam penulisan tesis ini.

mengikutsertakan diri secara terus-menerus dan tersistematisasi, pada negara tempat ia digugat;

3. *If the defendant physical presence in the forum.* Artinya, apabila terbukti keberadaan tergugat secara fisik di suatu negara tempat ia digugat.¹⁸

Sedangkan untuk *specific jurisdiction theory* membatasi kewenangan pengadilan untuk menilai intensitas hubungan tergugat terhadap yurisdiksi negara yang menggugatnya. Untuk itu disyaratkan 2 (dua) hal saja, yaitu:

1. *That the defendant have 'sufficient minimum contact' with the forum state resulting from an affirmative act of the defendat.* Artinya tindakan tergugat (kursif penulis: perusahaan *holding* di luar negeri) dianggap memiliki intensitas yang dianggap cukup pada negara tempat ia digugat,
2. *That assertion of jurisdiction is 'fair' under the circumstance.* Artinya apabila gugatan tersebut dianggap atau bersifat wajar pada situasi saat itu.

Pendekatan yang digunakan pada *specific jurisdiction theory*, mengenai standar ukuran dari '*sufficient minimum contract*' tidak mendapat penjelasan yang lebih rinci. Hal ini bertujuan untuk memudahkan pengadilan dalam memberikan intepretasi ketimbang menempatkannya secara kaku. Namun untuk menentukan standar '*fair*' atau kewajaran, pengadilan Amerika Serikat dalam menangani kasus *World-Wide Volkswagen Corp v. Woodson* pada tahun 1980 memberikan rujukan dengan mempertimbangkan 4 (empat) buah faktor, yaitu:

1. Kepentingan negara penggugat dalam mengadili sengketa tersebut (*the forum state's interest in adjudicating the dispute*);
2. Kepentingan penggugat yang telah memenuhi kesesuaian dan efektivitas (*the plaintiff's interest in obtaining convenient and effective relief*);

¹⁸ Michael G Mckinnon, *Federal judicial and Legislative Jurisdiction Over Entities Abroad: The Long Arm U.S Antitrust Law and Viable Solutions Beyond The Timberlane/Restatement Comity Approach*, Pepperdine Law Review, vol. 21, 1994, hal 1229-1233.

3. Kepentingan hukum kedua belah negara untuk memperoleh penyelesaian masalah secara efisien dan menghindari kontroversi (*the interstate judicial system's interest in obtaining the most efficient resolution of controversies*); dan
4. Kepentingan kedua belah negara untuk selanjutnya dapat lebih mempertegas kebijakan publik (*the shared interest of the several state in furthering fundamental substantive social policies*).¹⁹

Dengan menggunakan teori *general jurisdiction theory* dan *specific jurisdiction theory*, analisa terhadap penerapan prinsip *single economic entity* dalam UU 5/99 dapat dilakukan. Pendekatan *general jurisdiction theory* akan menganalisa ada atau tidaknya integrasi secara terus-menerus dan sistematis yang dilakukan suatu perusahaan *holding* terhadap anak perusahaannya. Sedangkan dengan pendekatan *specific jurisdiction theory* dapat dianalisa seberapa jauh intensitas yang memenuhi standar kewajaran antara hubungan perusahaan *holding* terhadap anak perusahaannya.

Untuk menunjang penulisan tesis ini, dibuatkan beberapa definisi operasional guna menguraikan pengertian dari berbagai istilah, yaitu:

- a) Perjanjian, adalah persetujuan secara eksplisit maupun implisit di antara pelaku usaha yang saling bersaing dengan tujuan saling menguntungkan.²⁰
- b) Perusahaan *holding* adalah suatu perusahaan yang bertujuan untuk memiliki saham dalam satu atau lebih perusahaan lain dan/atau mengatur satu atau lebih perusahaan lain tersebut.²¹
- c) Anak Perusahaan adalah perusahaan yang saham mayoritasnya dimiliki perusahaan lain, (misalnya perusahaan induk atau perusahaan *holding*).²²

¹⁹ *Ibid.*

²⁰ R.S. Khemani dan DM. Shapiro, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, 1990, *Op. Cit.*, hal 11.

²¹ Munir Fuadi, *Hukum Perusahaan Dalam Paradigma Hukum Bisnis (Berdasarkan Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007)*, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2008), hal 86.

²² Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary With Pronunciations: Definition of The Terms and Phrases of American and English Jurisprudence-Ancient and Modern*, 6th edition, (West Publishing Co: 1991).

- d) Kartel adalah perjanjian (sifatnya) formal di antara perusahaan-perusahaan dalam industri yang bersifat *oligopoly*.²³
- e) Perjanjian Penetapan Harga (*Price Fixing Agreement*) adalah perjanjian di antara (para) pihak penjual untuk menaikkan harga dengan tujuan menghambat persaingan antar perusahaan guna meraih keuntungan yang (lebih) tinggi.²⁴
- f) Produk adalah barang dan atau jasa yang dihasilkan melalui proses produksi.²⁵
- g) Pasar adalah tempat dimana para penjual dan pembeli baik secara langsung maupun tidak langsung dalam melakukan transaksi perdagangan atas suatu produk.
- h) Kekuatan Pasar (*Market Power*) adalah kemampuan dari pelaku usaha atau grup perusahaan untuk meningkatkan atau mengatur harga di atas tingkat harga persaingan yang mencerminkan harga pasar atau kekuatan monopoli.²⁶
- i) Monopoli adalah situasi pasar di mana hanya terdapat penjual tunggal dalam satu pasar.²⁷
- j) Praktek Anti Persaingan, artinya menunjuk pada praktek-praktek bisnis di mana perusahaan atau group perusahaan dapat mengupayakan pembatasan persaingan *inter-firm* (antar perusahaan) untuk meningkatkan keuntungan atau memelihara

²³ Untuk kepentingan penulisan ini perlu dijelaskan bahwa setiap anggota kartel dapat menyetujui beberapa kesepakatan termasuk harga. Kartel juga mempunyai persamaan arti dengan kolusi yang bertujuan saling memberikan keuntungan bagi anggotanya. *Ibid.*, hal 18-19.

²⁴ *Ibid.*, hal 69.

²⁵ Undang-undang 5 Tahun 1999 nampaknya mengklasifikasi produk atas barang dan jasa. Definisi barang menurut pasal 1 angka 16 adalah *setiap benda, baik berwujud maupun tidak berwujud, baik bergerak maupun tidak bergerak, yang dapat diperdagangkan, dipakai, dipergunakan atau dimanfaatkan oleh konsumen atau pelaku usaha*. Sedangkan definisi jasa menurut pasal 1 angka 17 adalah *setiap layanan yang berbentuk pekerjaan atau prestasi yang diperdagangkan dalam masyarakat untuk dimanfaatkan oleh konsumen atau pelaku usaha*. Untuk selanjutnya definisi barang dan/atau jasa secara bersama-sama akan ditulis dengan istilah produk, kecuali ditegaskan lain.

²⁶ R.S. Khemani dan DM. Shapiro, *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law*, 1990, *Op. Cit.*, hal 57.

²⁷ *Ibid.*, hal 59.

posisi pasar, tanpa menyediakan barang dan jasa yang diperlukan dengan tingkat biaya rendah atau kualitas yang lebih tinggi.²⁸

- k) Pasar yang bersangkutan adalah pasar yang berkaitan dengan jangkauan atau daerah pemasaran tertentu oleh pelaku usaha atas produk yang sama atau sejenis atau substitusi dari produk tersebut.²⁹
- l) Posisi dominan adalah keadaan dimana pelaku usaha mempunyai posisi tertinggi diantara pesaingnya di pasar bersangkutan dalam kaitan dengan kemampuan keuangan, kemampuan akses pada pasokan atau penjualan, serta kemampuan untuk menyesuaikan pasokan atau permintaan produk tertentu.³⁰

1.5 Metodologi Penelitian

Metode penelitian yang dipakai adalah deskriptis analitis melalui pendekatan yuridis normatif yang didasarkan pada asas-asas hukum, konsep-konsep dan norma-norma yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan persaingan usaha yang berlaku serta teori-teori hukum yang berkaitan dengan fakta-fakta yuridis yang relevan dengan masalah hukum yang akan dianalisis. Kajian sentral dari penulisan tesis ini adalah penerapan prinsip *single economic entity* dalam hukum persaingan usaha.

Penulisan tesis ini menggunakan bahan pustaka hukum yang digolongkan ke dalam: bahan hukum primer, sekunder dan tersier.³¹ Bahan hukum primer, yang meliputi produk perundang-undangan (seperti Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat) keputusan-keputusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha dan keputusan-keputusan pengadilan di luar Indonesia (terutama Amerika Serikat dan Uni Eropa) dalam memutuskan perkara hukum persaingan usaha, khususnya yang berkaitan dengan penerapan prinsip *single economic entity*. Bahan hukum sekunder meliputi buku-buku, artikel baik media massa cetak dan makalah dalam bentuk jurnal hukum yang sebagian besar

²⁸ *Ibid.*, hal 12.

²⁹ Mengacu pada definisi dari pasal 1 angka 10 Undang-undang 5 Tahun 1999.

³⁰ Mengacu pada definisi dari pasal 1 angka 4 Undang-undang 5 Tahun 1999.

³¹ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, (Jakarta: UI-Press, 1986), hal 52.

penulis akses melalui www.westlaw.com sebagai *search engine* yang disediakan di perpustakaan Universitas Atmajaya Jakarta. Untuk bahan hukum tersier diambil dari *Glossary of Industrial Organization Economics and Competition Law* dan kamus Ekonomi.

1.6 Sistematika Penulisan

Untuk dapat memperoleh suatu gambaran yang jelas mengenai penulisan secara keseluruhan, maka secara garis besar sistematika penulisan terdiri dari 4 (empat) bab, yang masing-masing mencakup:

Bab I, pada bab ini merupakan suatu uraian secara keseluruhan dari apa yang akan penulis pergunakan yakni: Latar Belakang, Permasalahan, Tujuan Penelitian, Kegunaan Penelitian, Kerangka Konseptual, Metode Penelitian, dan Sistematika Laporan Penelitian.

Bab II, pada bab ini dibahas beberapa hal pokok yang dimulai dengan memaparkan gambaran umum atas kehadiran perusahaan asing di pasar domestik suatu negara. Dilanjutkan tentang pengertian *single economic entity*, awal mula penggunaan prinsip tersebut dalam ruang lingkup hukum persaingan dan sejauh mana pertanggungjawaban perusahaan *holding* terhadap anak perusahaannya. Dan penerapan *single economic entity* pada kasus-kasus di negara Uni Eropa dan Amerika Serikat.

Bab III, pada bab ini akan dibahas ruang lingkup penerapan prinsip *single economic entity* pada Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat serta penerapannya dalam kasus-kasus di Indonesia.

Bab IV, merupakan penutup yang memuat beberapa kesimpulan dari jawaban terhadap pokok permasalahan yang dibahas serta beberapa saran seputar penerapan *single economic entity*.

BAB 2

KEDUDUKAN PERUSAHAAN SEBAGAI *SINGLE ECONOMIC ENTITY*

Penerapan *single economic entity* banyak diterapkan dalam kasus-kasus yang melibatkan dua perusahaan yang mempunyai yurisdiksi kewenangan yang berbeda. Kasus TEMASEK memunculkan isu-isu seputar praktek pembatasan persaingan yang bersifat lintas batas negara. Lalu muncul pertanyaan, apakah regulasi persaingan usaha Indonesia memungkinkan KPPU untuk menghukum pelaku usaha yang berada di luar jangkauan yurisdiksinya? Dalam putusannya KPPU menggunakan prinsip *single economic entity* untuk menyatakan TEMASEK dan anak-anak perusahaannya sebagai satu kesatuan ekonomi yang tidak dapat dipisahkan. Dalam hal ini TEMASEK terbukti mengendalikan PT. Telkomsel dan PT. Indosat. Pertanyaan selanjutnya adalah, apakah adanya pengendalian secara inheren tidak dapat dipisahkan ketika menerapkan prinsip *single economic entity*? Apabila memang demikian, sejauh mana pengendalian tersebut dapat dilakukan oleh perusahaan induk terhadap anak perusahaannya, supaya tidak menyalahi ketentuan hukum persaingan usaha?

Berbagai pertanyaan yang dikemukakan diatas akan dibahas dalam bab ini yang akan diawali dengan menggambarkan fenomena kehadiran perusahaan asing di pasar domestik, definisi dari prinsip *single economic entity*, kedudukan dan tanggung jawab perusahaan induk terhadap anak perusahaan, awal mula penerapan prinsip *single economic entity* di Uni Eropa dan Amerika Serikat, dan hal-hal lain menyangkut konsekuensi dari diterapkannya *single economic entity* dalam ruang lingkup hukum persaingan usaha.

2.1 Kehadiran Perusahaan Asing dalam Pasar Domestik

Pintu gerbang memasuki era pasar bebas sifatnya tinggal menunggu waktu saja. Kalaupun sampai saat ini masih ada negara yang menutup diri dari persaingan global, itu lebih dikarenakan rezim politik di negara tersebut masih bersifat otoriter. Indonesia sendiri pernah terjebak dalam rezim tersebut, yaitu pada periode Orde

Lama. Itu pun tidak secara mutlak menutup diri terhadap kegiatan perdagangan dengan negara lain.

Pada dasarnya membuka diri terhadap perdagangan internasional adalah langkah maju untuk meningkatkan persaingan di pasar dalam negeri. Namun menghadapi kancah perdagangan bebas, Indonesia harus waspada terhadap kekuatan besar modal asing yang dapat menciptakan iklim usaha tidak kondusif. Hal ini dikarenakan sistem ekonomi pasar bebas memiliki kelemahan, yaitu pelaku pasar hanya memikirkan keuntungan semata atau bermental haus akan laba. Mentalitas ini berpotensi mengakibatkan iklim persaingan akan kehilangan nilai-nilai fundamennya yang membawa akibat fatal yaitu: terjadi eksploitasi dan inefisiensi.³²

Kewaspadaan itu dipandang sangat perlu, mengingat praktek anti persaingan dapat dilakukan oleh pelaku usaha asing terhadap pasar domestik suatu negara. Kita mungkin ingat empat perusahaan multinasional (*Multi National Cooperation*) yaitu Cemex Sa De CV (Mexico), Heidelberger Zement (Jerman), Holcim (Swiss) dan Lafarge (Perancis) yang melakukan kartel semen di Indonesia. Hal ini menimbulkan pertanyaan sejauh mana UU 5/99 mampu menjaga persaingan industri semen dalam negeri agar tidak mengalami fluktuasi harga yang naik-turun.³³

Hadirnya UU 5/99 sempat mengundang keraguan, karena tidak diimbangi dengan kesiapan pelaku usaha sendiri. Ketidaksiapan pelaku usaha dikarenakan masih berakarnya praktek korupsi, kolusi dan nepotisme warisan Orde Baru. Hal tersebut masih mewarnai mentalitas pelaku usaha, dimana pasar tidak menghendaki demikian. Iklim pasar yang kompetitif menghendaki mentalitas pelaku usaha yang tahun uji agar dapat berkompetisi secara sehat dalam ruang lingkup domestik maupun internasional.

Siap atau tidak, memasuki era pasar bebas membuat pasar domestik mendapatkan kompetitor baru, yaitu pelaku usaha asing. Terlebih lagi dengan diundangkannya Undang-undang No. 25 Tahun 2007 tentang Penanaman Modal, semakin memberi andil dalam menyuburkan kehadiran perusahaan asing di Indonesia. Undang-undang No. 25 Tahun 2007 memberikan peluang bagi pemodal asing untuk mempunyai status 100% kepemilikan saham pada perusahaan-perusahaan di

³² Syahmin AK, *Op.Cit.*, hal 33.

³³ Udin Silalahi, *Perusahaan Saling Mematikan dan Bersekongkol: Bagaimana Cara Memenangkan?*, *Op.Cit.*, hal 85-91.

Indonesia. Terhadap bidang usaha yang dinyatakan oleh pemerintah bersifat tertutup dan terbuka dengan persyaratan sudah dituangkan dalam Peraturan Presiden Republik Indonesia Nomor 77 Tahun 2007 Tentang Daftar Bidang Usaha Yang Tertutup Dan Bidang Usaha Yang Terbuka Dengan Persyaratan di Bidang Penanaman Modal. Dari kacamata pemodal asing, Peraturan Presiden ini memberikan fondasi kokoh bagi kepastian hukum, agar investor asing dapat mempertimbangkan bisnis apa yang akan dijalankan sebelum menanamkan modalnya di Indonesia.

Derasnya arus investasi langsung dari luar negeri dapat dijadikan indikator terhadap kuat atau lemahnya kepentingan investor asing terhadap pasar domestik, khususnya Indonesia. Paling tidak, publik dapat memberikan penilaian, apakah modal asing tersebut digunakan untuk membangun kapasitas produksi baru (*greenfield investments*) atau malahan digunakan untuk membeli perusahaan-perusahaan milik Indonesia.³⁴

Kegiatan bisnis dalam suatu tatanan masyarakat industri dewasa ini sudah semakin kompleks (*economic reality of a complex industrial society*). Kompleksitas itu terlihat dari hadirnya perusahaan induk, anak perusahaan, sub anak perusahaan yang tergabung sebagai satu kesatuan yang terintegrasi.³⁵ Khusus di Indonesia, berkembangnya grup-grup usaha konglomerat terjadi sejak dasawarsa tujuh puluhan yang memunculkan berdirinya perusahaan *holding*.

Perusahaan *holding* sendiri sering disebut *holding company*, *parent company* atau *controlling company*. Untuk memperlengkap pengertian kita, *Black's Law Dictionary* memberikan definisi *holding company* yaitu:

"a company that usually confines its activities to owning stock in and supervising management of other company. A holding company usually owns a controlling interest in the companies whose stock in holds".³⁶

³⁴ Institut Liberal Friedrich-Naumann-Stiftung, *Jalan Menuju Tatanan Persaingan Global-Disertai Dokumen-Dokumen Kebijakan Persaingan yang Bersifat Internasional*, vol 10, 2003, hal 8.

³⁵ Binda Sahni, *Op.Cit.*, hal

³⁶ *Parent company* didefinisikan *company owning more than 50% of the voting shares. or otherwise a controlling interest, of another company called the subsidiary*. Lihat: Henry Campbell Blak, *Black's Law Dictionary With Pronunciations: Definition of The Terms and Phrases of American and English Jurisprudence-Ancient and Modern*. 6th edition, (West Publishing Co: 1991)

Definisi diatas memberikan penekanan bahwa kepemilikan perusahaan *holding* atas perusahaan lain (biasanya disebut anak perusahaan/*subsidiaries company*) dinyatakan dengan besaran kepemilikan saham atas perusahaan tersebut, yang sekaligus merepresentasikan kemampuan untuk mengatur anak perusahaannya. Kata '*controlling*' berarti juga kemampuan untuk mengendalikan kebijakan anak perusahaannya.

2.2 Pengertian *Single Economic Entity*

Pada bagian latar belakang telah disinggung bahwa aspek pengendalian menjadi sangat penting untuk menentukan apakah antara perusahaan *holding* dan anak perusahaan dikatakan sebagai satu kesatuan yang tidak dapat dipisahkan atau disebut *single economic entity*. Namun apakah dua perusahaan itu juga harus berstatus badan hukum yang berbeda?

Di dalam buku yang berjudul *EC Competition Law*, Jones dan Brenda Sufrin mendefinisikan *single economic entity* adalah:

"Companies belonging to the same group and having the status of parent and subsidiary may have distinct legal personalities".³⁷

David Feeney dalam salah satu artikelnya yang berjudul *The European Commission's Extraterritorial Jurisdiction over Corporate Mergers*, juga memberikan definisi *single economic entity*, yaitu:

"Where a parent company exerts influences on the actions of its subsidiary, the two entities are considered as one".³⁸

Dalam *Black's Law Dictionary*, tidak menggunakan terminologi *single economic entity*, tetapi yang digunakan adalah *economic entity*, yang kurang lebih mempunyai pengertian yang sama, yaitu:

"a group of companies that function as a single entity to pursue the objective of operational efficiency and profit"³⁹

³⁷ Alison Jones dan Brenda Sufrin, *EC Competition Law: Text, Cases and Materials*, 3rd ed. Oxford University Press, 2001, hal 141

³⁸ David J Feeney, *The European Commission's Extraterritorial Jurisdiction over Corporate Mergers*, Georgia State University Law Review, vol 19, 2002, hal 431.

Dari definisi diatas, penulis menyimpulkan bahwa *single economic entity* harus memenuhi 3 (tiga) syarat:

1. Pertama, para pihak yang terlibat adalah perusahaan *holding (parent company)* dan anak perusahaannya (*subsidiary*), yang masing-masing mempunyai status badan hukumnya sendiri (*legal personalities*).
2. Kedua, perusahaan *holding* dapat menggunakan pengaruhnya terhadap segala tindakan yang akan dilakukan (*exerts influences on the actions*) terhadap anak perusahaannya.
3. Ketiga, pengaruh yang diberikan perusahaan *holding* terhadap anak perusahaannya dianggap sebagai satu bagian yang tidak dapat dipisahkan (*companies belonging to the same group*).

Penulis memberi penyebutan bagi para pihak yang terlibat dalam *single economic entity* adalah pelaku usaha pengendali dan pelaku usaha yang dikendalikan.

Pengendalian merupakan unsur terpenting dalam menentukan dapat atau tidaknya para pihak sebagai satu kesatuan entitas bisnis, hal ini terlihat dari kata *exert influences on the action*. Williamson mengatakan bahwa unsur pengendalian/kontrol terjadi karena adanya kepemilikan saham:

*“The most important efforts in the case law to impose structure on such question have involved appealing ‘ownership and control’ in organization.”*⁴⁰

Williamson pun menegaskan bahwa dalam kasus-kasus yang menerapkan prinsip *single economic entity* secara tidak langsung menghubungkan kepemilikan saham dengan adanya kemampuan untuk melakukan pengendalian: *The case law is not explicit about how ownership and control are related, ut it is intuitively appealing to suggest that ownership implies control.*⁴¹ Hal yang perlu digarisbawahi, bahwa kepemilikan saham oleh perusahaan induk tidak serta merta mengindikasikan adanya kewenangan untuk mengendalikan setiap keputusan terhadap anak perusahaannya: *“It*

³⁹ Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary With Pronunciations: Definition of The Terms and Phrases of American and English Jurisprudence-Ancient and Modern*, 6th edition, (West Publishing Co: 1991)

⁴⁰ Dean V. Williamson, *Organization, Control and the Single Entity Defense in Antitrust*, US Department of Justice-Antitrust Division, Washington, 2006, hal 1-2.

⁴¹ *Ibid.*

*may be argued, nonetheless, that financial control based upon share ownership is not necessary for a parent to exercise the decisionmaking powers associated with managerial control.*⁴²

Prinsip *single economic entity* juga tidak mensyaratkan keharusan bahwa para pihak adalah perusahaan *holding* dengan anak perusahaan. Syarat penting yang harus dipenuhi adalah sepanjang terdapat lebih dari satu perusahaan (*a group of companies*), dimana salah satunya memiliki kemampuan mengendalikan perusahaan lainnya untuk kepentingan operasional dan mencari keuntungan.⁴³

Single economic entity juga tidak mengharuskan adanya perbedaan status badan hukum antara perusahaan *holding* dan anak perusahaan. Namun apabila memang terdapat perbedaan status badan hukum antara perusahaan *holding* dan anak perusahaan, mereka tetap dianggap sebagai *single economic entity*. Hal ini juga ditegaskan oleh *Organisation for Economic Cooperation and Development* (OECD) yang mengatakan:

*“Subsidiaries are generally understood as companies constitute as legal entities but subject to the control of another company. They form part of a ‘group’ which has legal personality but is represent by the parent company”.*⁴⁴

Terhadap penjelasan OECD dapat diberikan contoh, misalnya perusahaan *holding* berstatus badan hukum yang berkedudukan di Amerika Serikat dan mempunyai anak perusahaan yang tunduk pada yurisdiksi hukum Indonesia. Dengan adanya kemampuan untuk mengendalikan anak perusahaan, maka kehadiran perusahaan *holding* sudah terepresentasikan di Indonesia dan tentunya harus tunduk pada ketentuan hukum Indonesia.

⁴² Binda Sahni, *Op.Cit.*, hal 1

⁴³ Prinsip ini juga berlaku antara perusahaan induk dengan agen, dimana pihak agen adalah organ tambahan yang terintegrasi dengan perusahaan induknya. Lihat: Alison Jones dan Brenda Suftrin, *log.cit.*

⁴⁴ *Organisation for Economic Co-operation and Development* (OECD), *International Investment and Multinational Enterprises: Responsibility of Parent Companies for Their Subsidiaries*, 1980. Dikutip dari: Binda Sahni, *The Interpretation of The Corporate Personality of Transnational Corporation*, *Widener Law Journal*, Vol 15, 2005, hal 1-?

2.3 Kajian Umum Mengenai Tanggung Jawab Perusahaan *Holding* terhadap Anak Perusahaannya

Sejauh ini kita sudah mengetahui bahwa *single economic entity* tidak selalu mensyaratkan hubungan pengendalian dari perusahaan *holding* terhadap anak perusahaannya. Namun karena dalam banyak kasus selalu melibatkan kedua pihak tersebut, maka tidak ada salahnya pada bagian ini diberikan gambaran umum seputar tanggung jawab hukum perusahaan *holding* terhadap anak perusahaannya.

2.3.1 Peran dan Kedudukan Perusahaan *Holding*

Perusahaan *holding* identik dengan kepemilikan saham-saham yang terkonsentrasi pada suatu perusahaan tertentu atau cabang perusahaan lain dengan tujuan untuk mengendalikannya. Kehadiran perusahaan *holding* merupakan sesuatu yang lumrah, mengingat banyak perusahaan yang telah melakukan kegiatan bisnis dan sudah sedemikian besar dengan berbagai garapan kegiatan. Oleh karena itu perusahaan memandang perlu untuk memecah-mecah struktur perusahaannya menurut penggolongan bisnisnya.

Pelaku usaha yang akan memecah-mecah perusahaan menjadi anak-anak perusahaan, nantinya anak perusahaan tersebut memiliki status perseroan terbatas yang mandiri. Walaupun demikian, pemegang kontrol atas kebijakan anak perusahaan melalui mekanisme sentralisasi tetap berada di tangan perusahaan *holding* dalam batas-batas tertentu. Artinya walaupun anak perusahaan berstatus perseroan terbatas yang mandiri, tidak secara mutlak dan otomatis terpisah dari perusahaan *holding*.⁴⁵

Pada dasarnya terdapat beberapa aspek positif dan negatif bagi pelaku usaha yang ingin memecah-mecah atau menggabungkan beberapa perusahaan dalam struktur kepemilikan perusahaan *holding*. Aspek positif tersebut dapat dilihat dibawah ini::

- 1) Kemandirian resiko;
- 2) Hak Pengawasan yang lebih besar;
- 3) Pengontrolan yang lebih mudah dan efektif;

⁴⁵ Hasim Purba, Tinjauan Terhadap *Holding Company, Trust, Cartel, dan Concern*, (Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara)

- 4) Operasional yang lebih efisien;
- 5) Kemudahan sumber modal;
- 6) Keakuratan keputusan yang diambil.⁴⁶

Sedangkan aspek negatifnya adalah:

- 1) Pajak ganda;
- 2) Menjadi lebih birokratis;
- 3) *anagement One Man Show*;
- 4) *Conglomerate Game*;
- 5) Penutupan Usaha;
- 6) Resiko Usaha.⁴⁷

Ketika perusahaan akan didirikan, maka nantinya perusahaan tersebut akan memiliki status badan hukumnya tersendiri; karena proses pendirian suatu perusahaan harus melalui pengesahan suatu negara. Namun demikian, kedudukan para pemegang saham di perusahaan tersebut, bukan serta merta dianggap menjadi pemilik atas seluruh harta dan aset perusahaan. Hal ini dikarenakan dalam hukum perusahaan dikenal asas kemandirian hukum (*separate entity principle*).⁴⁸ Namun sebaliknya pula, yaitu pemegang saham tidak bertanggung jawab atas hutang piutang dan kewajiban lain yang lahir akibat tindakan perusahaan itu sendiri. Hal ini dikarenakan adanya asas pemisahan tanggung jawab secara terbatas (*limited liability principle*), antara pemegang saham dan perusahaan itu sendiri.⁴⁹ Oleh karena itu perusahaan diberi nama perseroan terbatas. Baik asas *separate entity principle* dan *limited liability principle* juga diberlakukan baik terhadap perusahaan *holding* maupun anak perusahaannya.

Mungkin tidak asing ditelinga apabila kita mendengar nama perusahaan besar yang memiliki banyak anak perusahaan seperti: Lippo Group, Sinar Mas Group, Orang Tua Group, dsb. Kemudian kita bertanya, bagaimana perusahaan tersebut menjalankan aktivitas bisnisnya? Ditinjau dari segi keterlibatan perusahaan *holding*

⁴⁶ Khusus point (1), walaupun masing-masing anak perusahaan memiliki prinsip kemandirian, dimana masing-masing anak perusahaan mempunyai tanggung jawab yang terpisah dari anak perusahaan lainnya, dalam beberapa hal dapat diterobos. Munir Fuady, *Op.Cit*, hal 93-94

⁴⁷ *Ibid.*, hal 94-95

⁴⁸ Prinsip ini pada banyak hukum perusahaan, termasuk di Indonesia sudah bisa diterobos dengan asas *piercing the corporate veil* untuk menghindari hal-hal yang tidak adil, terutama bagi pihak luar perusahaan dari tindakan sewenang-wenang atau tidak layak yang dilakukan atas nama perusahaan. *Ibid.*, hal 9

⁴⁹ Linda Sahni, *Op.Cit*. hal 1-?

dalam berbisnis dapat diklasifikasikan ke dalam 2 (dua) kriteria, yaitu perusahaan *holding* semata-mata dan perusahaan *holding* beroperasi.

Perusahaan *holding* semata mata dalam anggaran dasarnya memang menyebutkan aktivitas bisnis yang akan dijalankan. Namun secara *de facto*, perusahaan *holding* ini tidak menjalankan aktivitas bisnisnya secara nyata, sebagaimana tercantum dalam anggaran dasarnya. Sifat 'semata-mata' ini mencerminkan bahwa sebenarnya maksud dan tujuan perusahaan *holding* adalah untuk memegang saham dan mengontrol anak perusahaannya. Hal ini dapat terjadi karena jarang ada anggaran dasar sebuah perusahaan yang menyebutkan secara eksplisit bahwa maksud dan tujuan pendiriannya adalah untuk menjadi perusahaan *holding*.

Adalah kebalikan dari perusahaan *holding* semata-mata yaitu perusahaan *holding* beroperasi. Perusahaan *holding* beroperasi adalah suatu perusahaan yang didirikan dengan maksud dan tujuan untuk melakukan aktivitas bisnisnya sendiri dan secara bersamaan mengendalikan anak perusahaannya.⁵⁰ Hal ini terjadi biasanya karena sebelum menjadi perusahaan *holding*, sudah terlebih dahulu aktif menjalankan bisnisnya sendiri.

Keterlibatan perusahaan *holding* terhadap anak perusahaan juga dapat ditinjau dari jumlah kepemilikan saham (*equity*), yang dibagi kedalam 4 (empat) bentuk yaitu: perusahaan *holding* afiliasi, perusahaan *holding* subsidiari, perusahaan *holding* nonkompetitif dan perusahaan *holding* kombinasi. Pada bentuk perusahaan *holding* afiliasi, banyaknya kepemilikan saham perusahaan *holding* pada anak perusahaan tidak melebihi 51%. Kebalikan dari bentuk ini adalah bentuk perusahaan *holding* subsidiari, dimana banyaknya saham pada anak perusahaan mencapai 51% bahkan lebih.⁵¹

Bentuk yang ketiga adalah perusahaan *holding* nonkompetitif, yaitu suatu keadaan dimana kepemilikan saham perusahaan *holding* tidak mencapai lebih dari 51% di suatu anak perusahaan. Walaupun demikian, para pemegang saham lain tidak dapat melakukan apa pun menyangkut kebijakan anak perusahaan tersebut. Hal ini dapat terjadi dalam beberapa kondisi, misalnya jumlah saham tidak ada yang

⁵⁰ Munir Fuady. *Op.Cit.*, hal 96-97

⁵¹ *Ibid.*, hal 102

mencapai lebih dari 51%, baik saham yang dimiliki oleh perusahaan *holding* atau pemegang saham lainnya, akan tetapi prosentase saham yang dimiliki perusahaan *holding* jumlahnya masih lebih besar ketimbang pemegang saham lainnya. Atau dapat terjadi pula misalnya perusahaan *holding* hanya memegang sebagian kecil saham, namun perusahaan *holding* menjalin hubungan kontraktual tertentu dengan pemegang saham lain pada anak perusahaan tersebut; misalnya, ada saham pihak lain yang sahamnya digadaikan/difidusiakan kepada perusahaan *holding*. Kondisi yang paling ekstrim terjadi jika kepemilikan saham perusahaan *holding* di suatu anak perusahaannya bersifat minoritas, namun anggaran dasar anak perusahaan memberikan hak *veto* untuk membatalkan keputusan pemegang saham mayoritas lainnya.⁵²

Bentuk selanjutnya adalah perusahaan *holding* kombinasi. Bentuk ini banyak terjadi dalam praktek bisnis, yakni perusahaan *holding* yang memiliki kombinasi antara perusahaan *holding* afiliasi, subsidiari, dan nonkompetitif seperti disebutkan diatas. Dalam hal ini, suatu perusahaan *holding* memiliki saham pada beberapa anak perusahaan sekaligus, dimana ada yang memegang saham sampai 51% atau lebih dan ada yang kurang dari 51%, baik itu kompetitif atau nonkompetitif. Yang menjadi kelemahan dalam bentuk perusahaan *holding* kombinasi adalah tidak adanya stabilitas. Misalnya suatu ketika perusahaan *holding* dapat menjadi subsidiari, tetapi pada suatu ketika berubah menjadi afiliasi.⁵³

Dalam pendapat yang hampir sama, Thomas McNamara menyebutkan 5 (lima) kondisi berkaitan dengan kepemilikan saham perusahaan *holding* terhadap anak perusahaan yang berhubungan dengan kemampuan untuk mengendalikan anak perusahaan tersebut:

- 1) Perusahaan *holding* mempunyai keseluruhan saham yang terdapat pada anak perusahaannya (*a parent corporation owns all of the stock of a subsidiary corporation*);
- 2) Perusahaan *holding* menguasai mayoritas saham yang terdapat pada anak perusahaannya (*a parent corporation owns a majority of the stock of a subsidiary corporation*);

⁵² *Ibid.*, hal 103

⁵³ *Ibid.*

- 3) Walaupun perusahaan *holding* tidak menguasai saham mayoritas atas anak perusahaannya, namun memiliki kemampuan yang cukup besar untuk melakukan pengendalian secara efektif terhadapnya (*corporation owns less than a majority of the stock of another corporation, but owns a block large enough to claim the ability to exercise effective control*);
- 4) Apabila kepemilikan saham atas perusahaan lain tergolong kecil, namun karena berada di bawah naungan perusahaan *holding* yang memiliki jangkauan luas sehingga mampu melakukan pengendalian yang efektif terhadap perusahaan tersebut (*corporation owns a small percentage of the stock of another corporation but, because of widespread public holdings, is able to exercise effective control over it*); dan
- 5) Apabila satu perusahaan tidak memiliki saham terhadap perusahaan lain, namun karena terdapat perjanjian lisensi dan perjanjian pinjaman modal sehingga dianggap mampu melakukan pengendalian atas perusahaan tersebut (*a corporation does not own any of the stock of another corporation, but through licensing or loan agreements is able to exercise effective control*).⁵⁴

2.3.2 Kemandirian Anak Perusahaan Secara Yuridis

Anak perusahaan sekalipun terintegrasi ke dalam perusahaan *holding*, bukan berarti semua keputusan dan kebijakan sehari-hari perusahaan harus bergantung pada *policy* prinsipalnya. Seperti halnya perusahaan *holding* yang merupakan suatu badan hukum (*legal entity*) yang mandiri, maka anak perusahaan pun memiliki kemandirian/independensi.

Teori hukum perusahaan yang konvensional mengakui adanya prinsip kemandirian hukum. Oleh sebab itu, perusahaan *holding* dalam kedudukannya sebagai induk perusahaan ‘sebenarnya’ tidak mempunyai kewenangan untuk mencampuri kebijakan dan manajemen anak perusahaannya. Akan tetapi, perusahaan

⁵⁴ Thomas W McNamara, *Op.Cit.*, hal 1245

holding dapat melibatkan diri sewaktu-waktu, sehingga hal ini mereduksi independensi anak perusahaannya.

Keterlibatan perusahaan *holding* dapat dimungkinkan misalnya melalui pengurus organ dan hubungan kontraktual. Dalam hal keterlibatan perusahaan *holding* melalui pengurus organ pada anak perusahaan misalnya, keputusan rapat umum pemegang saham didominasi oleh pemegang saham perusahaan *holding*, sehingga diangkatlah direktur dan komisaris pada anak perusahaan berdasarkan pilihan (*nominee*) dari pemegang saham perusahaan *holding*. Hal ini dapat saja dibenarkan, sepanjang anggaran dasar anak perusahaan memperbolehkannya.

Keterlibatan perusahaan *holding* melalui hubungan kontraktual pada prinsipnya terjadi karena adanya kontrak yang bersifat kebendaan dan personal. Tanggung jawab perusahaan *holding* karena adanya kontrak yang bersifat kebendaan misalnya, dalam hal aset-aset dari perusahaan *holding* ikut menjadi *collateral* terhadap hutang-hutang yang dibuat oleh anak perusahaan. Ikatan kontraktual yang bersifat kebendaan yang dilakukan oleh perusahaan *holding* terhadap bisnis anak perusahaan, dapat dilakukan dalam bentuk-bentuk sebagai berikut:

- 1) Saham-saham anak perusahaan yang dipegang oleh perusahaan *holding* digadaikan atau difidusiakan untuk menjamin hutang-hutang yang dibuat oleh anak perusahaan dengan pihak ketiga.
- 2) Saham-saham perusahaan lain, tetapi masih dalam satu grup usaha yang sama, saham-saham mana dimiliki oleh perusahaan *holding*, kemudian digadaikan atau difidusiakan untuk menjamin hutang anak perusahaan.
- 3) Aset-aset dari perusahaan *holding* yang dijaminkan ke kreditor karena hutang yang diambil oleh anak perusahaan, lewat bentuk-bentuk jaminan hutang, seperti gadai, hipotik, ataupun fidusia.⁵⁵

Dalam hal tanggung jawab perusahaan *holding* karena adanya kontrak yang bersifat kebendaan misalnya, perusahaan *holding* bertindak sebagai penjamin hutang-

⁵⁵ Munir Fuady, *Op.Cit.*, hal 130.

hutang anak perusahaan dengan membuat *corporate guarantee*, *personal guarantee* atau garansi terbatas.⁵⁶

Teori-teori hukum yang mengajarkan bahwa anak perusahaan sebagai badan hukum yang mempunyai hak dan kewajiban terpisah dari prinsipalnya, saat ini sudah tidak dapat dipertahankan lagi secara utuh. Kemudian munculah teori-teori seputar pertanggungjawaban hukum yang dapat dibebankan kepada perusahaan *holding* atas perbuatan yang dilakukan oleh salah satu atau lebih anak perusahaannya. Muncul pula gagasan untuk membuat batas-batas, sejauh mana perusahaan *holding* dapat masuk ke dalam urusan bisnis anak perusahaannya, terutama mengenai sentralisasi hak dari anak perusahaan untuk menentukan kebijakannya sendiri baik dari sisi manajemen, keuangan, atau keduanya sekaligus.⁵⁷

Realitas sehari-hari menunjukkan bahwa perusahaan *holding* dapat mencampuri secara nonkonvensional terhadap kebijakan anak perusahaannya. Hal ini disatu sisi membuat hukum perusahaan (yang konvensional) harus mengalah. Namun, Philip Blumberg mengatakan bahwa hukum perusahaan yang tradisional dianggap sudah usang dan tidak dapat lagi berfungsi (*anachronistic and dysfunctional*) menghadapi era bisnis yang sudah bersifat lintas batas negara:

“...it is clear that existing legal forms of business organization ... were simply not designed to correspond with such extensive business structures as multinational enterprises”.⁵⁸

Keterlibatan perusahaan *holding* dalam mengambil keputusan bagi anak perusahaan berpotensi menimbulkan benturan-benturan, menyangkut para pihak-pihak terkait, yaitu:

- 1) Pihak perusahaan *holding* sebagai pemilik perusahaan;
- 2) Pihak pengurus perusahaan *holding*;
- 3) Pihak komisaris perusahaan *holding*;

⁵⁶ *Ibid.*, hal 127-129

⁵⁷ *Ibid.*, hal 132-133

⁵⁸ Peter T. Muchlinski. *Multinational Enterprises and the Law* 77 (Oxford University Press 2007) (1995). Dikutip oleh: Meredith Dearborn, *Enterprise Liability: Reviewing and Revitalizing Liability for Corporate Groups*, California Law Review, vol 97, 2009, hal 195.

- 4) Pihak pemegang saham minoritas dalam perusahaan *holding*;
- 5) Pihak anak perusahaan;
- 6) Pihak pengurus dari anak perusahaan;
- 7) Pihak komisaris dari anak perusahaan;
- 8) Pihak pemegang saham minoritas dalam anak perusahaan;
- 9) Pihak pekerja/karyawan pada perusahaan *holding*;
- 10) Pihak pekerja/karyawan pada anak perusahaan;
- 11) Pihak kreditor dari perusahaan *holding*;
- 12) Pihak kreditor dari anak perusahaan.⁵⁹

Keduabelas pihak diatas harus menjadi *concern* dari perusahaan *holding* sebagai pihak pengendali, artinya sepanjang tidak kebijakannya tidak merugikan pihak-pihak tersebut maka perusahaan *holding* dapat mencampuri urusan bisnis anak perusahaannya.

2.4 Pengendalian Sebagai Unsur Terpenting dalam Menerapkan *Single Economic Entity*

Tidak ada literatur yang membahas secara detail perihal pembuktian ada atau tidaknya unsur tersebut. Bahkan Dean Williamson mengatakan:

*“Both efforts in economics and in the law to sort out what constitute a ‘firm’ or ‘single entity’ have focused on ‘control’. A difficulty is that neither the law nor economics offer an operationally significant concept of control”.*⁶⁰

Tetapi fakta dalam aktivitas bisnis memungkinkan adanya pengendalian oleh perusahaan *holding* yang ada di luar negeri terhadap anak perusahaannya di negara lain. Hal ini dapat berakibat fatal manakala pengendalian tersebut mengakibatkan anak perusahaan digugat ke pengadilan karena dianggap melanggar ketentuan

⁵⁹ Munir Fuady, *Op.Cit.*, hal 133-134

⁶⁰ Dean V. Williamson, *Organization, Control and the Single Entity Defense in Antitrust*, US Department of Justice-Antitrust Division, Washington, 2006, hal 1

persaingan usaha. Apabila hal itu terjadi, maka lembaga pengawas persaingan dapat meminta perusahaan *holding* sebagai pihak pengendali untuk bertanggungjawab.⁶¹

Bentuk pertanggungjawaban perusahaan *holding* akibat tindakan yang dilakukan anak perusahaannya dan melibatkan yurisdiksi negara yang berbeda dapat dibedakan dalam 2 (dua) bentuk, yaitu: pertanggungjawaban langsung (*direct liability*) dan pertanggungjawaban tidak langsung (*indirect liability*). Pertanggungjawaban langsung adalah tindakan yang dilakukan oleh perusahaan *holding* sendiri pada forum negara yang menuntutnya. Misalnya, perusahaan *holding* itu sendiri yang melanggar ketentuan hukum persaingan di negara lain. Sedangkan pertanggungjawaban tidak langsung adalah apabila perusahaan *holding* terbukti melakukan pengenalan (*proff of control*) terhadap anak perusahaan.⁶²

Beberapa tindakan yang menyebabkan perusahaan *holding* dikenai pertanggungjawaban, misalnya kelalaian dalam mensupervisi anak perusahaannya (*lack of adequate supervision of the subsidiary*), kelalaian untuk memperingatkan resiko yang mungkin terjadi terhadap aktivitas bisnis anak perusahaannya (*failure to warn of a known risk*), kelalaian yang menyangkut hajat hidup orang banyak (*undertaking of an ultra-hazardous activity*) dan kelalaian yang berkaitan dengan produk cacat yang dipasarkan oleh anak perusahaan (*manufacturing of defective products that the subsidiary then markets or distributes*).⁶³ Maksud adanya kelalaian disini merupakan unsur tambahan saja, karena setiap subjek hukum yang digugat melakukan kelalaian adalah karena dirinya dianggap mampu untuk mengendalikan kelalaiannya tersebut. Artinya perusahaan *holding* dapat dimintai pertanggungjawaban apabila terbukti adanya kelalaian atau memang bermaksud menghambat persaingan.

⁶¹ Dearborn mengatakan ada golongan formalisme yang menolak hubungan perusahaan induk dengan anak perusahaannya: "*formalism ignores the economic reality of the relationship between parent corporations and their subsidiaries. The economic entity they form is an interconnected web of corporations that function toward a unified goal. This economic reality stands in contrast to the implications of the statutory grant of separate personhood to parents and their subsidiaries*". Meredith Dearborn, *Op.Cit.*

⁶² Teori ini disebut "*alter ego*". Mckinnon menjelaskan: "*alter ego relationship between two corporations requires proof of control by the parent over the internal business operations and affairs of the subsidiary*". Lihat: Michael G. Mckinnon, *Op.Cit.*, hal 1239.

⁶³ *Ibid.*

Telah ditegaskan sebelumnya bahwa unsur terpenting yang harus dibuktikan dari penerapan *single economic entity* adalah pengendalian. Oleh sebab itu, persinggungan antara hukum perusahaan dan hukum persaingan usaha, terkait penerapan *single economic entity* adalah membuktikan mekanisme pengendalian antara perusahaan *holding* dan anak perusahaannya sebagai satu kesatuan bisnis yang tidak dapat dipisahkan. Fakta yang ada terlebih dahulu sebagai bahan analisa lebih lanjut untuk membuktikan ada atau tidaknya suatu pengendalian adalah melalui kepemilikan saham.

Kepemilikan baik sebagian maupun keseluruhan perusahaan *holding* terhadap anak perusahaannya, mengakibatkan adanya kemampuan untuk melakukan pengendalian pada sisi finansial dan manajerial. Pengendalian finansial yang berdasarkan pada kepemilikan saham, sering disebut dengan istilah *capitalist control*. Pengendalian finansial juga memungkinkan perluasan perusahaan *holding* untuk melakukan pengendalian manajerial, atau disebut dengan istilah *functional control*.⁶⁴

Pengendalian perusahaan *holding* terhadap anak perusahaannya sangat erat kaitannya dengan keputusan yang akan diimplementasikan oleh para pihak, terutama yang berdampak pada kegiatan bisnis anak perusahaan. Dari sudut pandang perusahaan *holding*, erat longgarnya fungsi pengendalian yang dapat dilakukannya sangat tergantung dari kategori perusahaan *holding* yang dipilih, yang pada umumnya dibedakan atas perusahaan *holding* investasi dan perusahaan *holding* manajemen.⁶⁵

Pada perusahaan *holding* investasi kepemilikan saham pada anak perusahaan semata-mata hanya untuk kepentingan investasi, tanpa mencampuri urusan manajemen dari anak perusahaannya. Oleh karena itu, kewenangan mengelola bisnis sepenuhnya atau sebagian besar berada pada anak perusahaan. Dalam praktik bisnis yang biasa terjadi, eksistensi dari perusahaan *holding* investasi disebabkan oleh beberapa faktor:

- 1) Perusahaan *holding* tidak mempunyai kemauan/kemampuan/ pengalaman/pengetahuan terhadap bisnis anak perusahaannya.

⁶⁴ Binda Sahni, *Op.Cit.*, hal 1

⁶⁵ Munir Fuadi, *Op.Cit.*, hal 97-98.

- 2) Perusahaan *holding* hanya pemegang saham minoritas pada anak perusahaan.
- 3) Mitra usaha dalam anak perusahaan lebih mampu/lebih terkenal dalam bisnisnya.⁶⁶

Sedangkan pada perusahaan *holding* manajemen, terdapat keterlibatan yang cukup *intens* oleh perusahaan *holding* kepada anak perusahaannya. Keterlibatan tersebut bukan hanya sebagai pemegang saham pasif semata-mata, tetapi ikut mencampuri atau setidaknya tidaknya memonitor terhadap segala pengambilan keputusan bisnis dari anak perusahaannya. Keterlibatan perusahaan *holding* yang terlalu jauh ke dalam fungsi manajemen anak perusahaan, merupakan sebuah indikasi bahwa anak perusahaan tidak diberikan kesempatan untuk memilih komisaris dan direktur yang profesional yang dapat bekerja secara independen.⁶⁷

Keterlibatan perusahaan *holding* dalam pengambilan keputusan anak perusahaan secara yuridis dapat dimungkinkan dengan menggunakan 4 (empat) pola, yakni operasionalisas hak *veto*, ikut serta dalam dewan direksi secara langsung, ikut serta dalam dewan komisaris atau ikut serta secara tidak langsung dalam kepengurusan/komisaris, dan melalui hubungan tanpa adanya ikatan yuridis. Operasionalisasi hak *veto* terjadi manakala perusahaan *holding* sebagai pemegang saham pada anak perusahaan dianggap mempunyai kekuasaan tertinggi, yang dapat membatalkan secara sepihak keputusan yang telah disepakati. Mekanisme *veto* dapat dilakukan lewat rapat umum pemegang saham biasa atau rapat umum pemegang saham luar biasa. Operasionalisasi hak *veto* mempunyai konsekuensi yaitu:

- 1) Sangat dimungkinkan perusahaan *holding* memegang pengendalian penuh, sekalipun jumlah sahamnya adalah minoritas.

⁶⁶ *Ibid.*

⁶⁷ Keterlibatan penuh perusahaan *holding* ke dalam aktivitas bisnis anak perusahaan dapat mengakibatkan bisnis konglomerat tersebut akan kerosok dan mati secara perlahan atau bahkan mati mendadak. Sedangkan bagi pemilik usaha konglomerat yang cukup mampu mengelola bisnisnya, tetapi tidak mampu bertahan sampai ke generasi kedua, apalagi ke generasi berikutnya. *Ibid.* Baca juga lebih lanjut mengenai pemegang saham pasif pada: Ariel Ezrachi dan David Gilo, *EC Competition Law and The Regulation of Passive Investments Among Competitors*, Oxford Journal of legal Studies, vol 26, 2006.

- 2) Perusahaan *holding* sebagai pemegang saham selalu dianggap memenuhi kuorum rapat umum pemegang saham, bahkan dapat mengambil keputusan sendiri berdasarkan suara terbanyak.
- 3) Perusahaan *holding* dapat mempengaruhi mitra-mitranya, yaitu pemegang saham lainnya untuk berpihak kepadanya dalam hal pemberian suara.⁶⁸

Keterlibatan perusahaan *holding* dalam pengambilan keputusan juga dimungkinkan dengan mengikutsertakan diri dalam jajaran dewan direksi secara langsung. Sering terjadi bahwa direktur utama sebuah anak perusahaan diduduki oleh direktur perusahaan *holding* atau para nominasi yang telah ditentukan sebelumnya. Hal ini mengakibatkan perusahaan *holding* secara langsung dapat mendikte jalannya bisnis anak perusahaan. Pola seperti ini menimbulkan berbagai fenomena seperti: *management one man show*, manajemen perusahaan keluarga, manajemen tertutup dan usaha konglomerat sulit bertahan sampai ke generasi selanjutnya.⁶⁹

Perusahaan *holding* juga dapat terlibat dalam pengambilan keputusan terhadap anak perusahaan dengan mengikutsertakan diri secara langsung ke dalam jajaran dewan komisaris. Akibatnya, rapat umum pemegang saham sebagai organ terakhir yang akan memutuskan kebijakan suatu perusahaan, dengan adanya keikutsertaan *board* pada organ komisaris, maka direktur perusahaan tidak dapat bertindak secara independen. Apalagi ketika direktur akan melakukan kebijakan bisnis yang bertentangan dengan kehendak komisaris.⁷⁰

Keikutsertaan perusahaan *holding* untuk mengikutsertakan diri dalam jajaran kepengurusan/komisaris dapat juga dilakukan secara tidak langsung. Hal ini dapat terjadi karena perusahaan *holding* sebelumnya telah mempersiapkan orang-orang kepercayaannya yang akan duduk sebagai direktur atau komisaris pada anak perusahaan. Biasanya *person* yang telah disiapkan tersebut mempunyai hubungan tali kekeluargaan yang kuat. Akhirnya siapa pun yang duduk disana hanya akan

⁶⁸ *Ibid.*, hal 100.

⁶⁹ *Ibid.*, hal 101.

⁷⁰ *Ibid.*, 101.

menjalankan kewajibannya sesuai dengan kehendak atasannya, dalam hal ini perusahaan *holding*.⁷¹

Pola terakhir yang digunakan perusahaan *holding* untuk terlibat dalam pengambilan keputusan anak perusahaannya, dilakukan tanpa adanya ikatan yuridis. Misalnya, jika pemilik perusahaan *holding* adalah orang yang punya nama besar dan disegani. Sekalipun tidak ikut ke dalam dewan direksi atau komisaris, namun ia memiliki kemampuan untuk mendikte jalannya bisnis anak perusahaan. Rasa segan ini muncul karena adanya ikatan moral.⁷²

2.5 Penerapan *Single Economic Entity* di Uni Eropa dan Amerika Serikat

Untuk mengkaji penerapan prinsip *single economic entity* dalam ruang lingkup hukum persaingan usaha, ada baiknya melihat beberapa rujukan kasus-kasus yang terjadi, terutama di Uni Eropa dan Amerika Serikat. Alasan dipilihnya Uni Eropa karena kawasan ini sekarang telah mengintegrasikan hukum persaingan usahanya kedalam produk hukum yang telah disepakati dalam *Treaty of Rome*, sedangkan Amerika Serikat merupakan negara yang dianggap tua yang memiliki undang-undang persaingan usaha, yaitu *Sherman Act* pada tahun 1980.⁷³

2.5.1 Penerapan *Single Economic Entity* di Uni Eropa

Negara-negara Eropa, telah mengintegrasikan sistem hukum persaingan usaha pasca ditandatanganinya *the Treaty of Rome 1958* yang melahirkan sebuah badan yaitu *European Economic Community* (EEC).⁷⁴ Untuk menjamin terciptanya iklim

⁷¹ *Ibid.*

⁷² *Ibid.*, 102.

⁷³ Kongres Amerika Serikat mensahkan hukum persaingan usahanya atas prakarsa mantan menteri keuangan John Sherman, Senator Partai Republik dari Ohio. Nama lengkap undang-undang tersebut adalah *Act to Protect Trade and Commerce Against Unlawful Restraints and Monopolies*, yang dikenal dengan sebutan '*Sherman Act*'. Johnny Ibrahim, *Op.Cit.*, hal 134

⁷⁴ *The European Economic Community* (EEC) atau biasa disebut *European Common Market* didirikan berdasarkan *the Treaty of Rome* yang ditandatangani pada 25 maret 1957 dan mulai berlaku efektif 1 januari 1958. Keanggotaan EEC terdiri dari 10 (sepuluh) negara anggota. Anggota pertama terdiri dari 6 (enam) negara yaitu Belgia, Perancis, Jerman Barat, Itali, Luxembourg dan Belanda. Negara berikutnya yang menjadi anggota pada tahun 1973 adalah Inggris, Irlandia dan Denmark. Yunani menjadi anggota terakhir pada tahun 1981. Tujuan umum dari didirikannya EEC adalah membentuk negara kesatuan Uni Eropa yang kuat dalam bidang ekonomi. Tujuan khususnya adalah

pasar yang kondusif EEC membuat serangkaian peraturan, sanksi-sanksi dan kesepakatan-kesepakatan. EEC juga diawasi oleh lembaga yaitu *EEC Commission* (Komisi Uni Eropa) dan *Court of Justice*. Negara-negara anggota yang tergabung dalam EEC juga menyepakati bahwa segala kegiatan yang dilakukan dalam yurisdiksi negara masing-masing digolongkan kedalam Pasar Bersama (*common market*).

Setiap negara anggota Uni Eropa dapat menerapkan aturan persaingan Uni Eropa sekaligus aturan persaingannya sendiri terhadap kasus-kasus yang muncul dan dapat mengadili berdasarkan prosedur administrasi dan hukum acara peradilan di negaranya masing-masing. Sementara itu, Uni Eropa hanya menegakkan aturan persaingannya sendiri dan tidak boleh menggunakan aturan negara anggota. Jika muncul kasus-kasus yang menghambat persaingan yang dilarang baik oleh aturan persaingan negara anggota maupun Uni Eropa, maka aturan yang dikeluarkan Uni Eropa yang didahulukan.⁷⁵

Dua pilar utama hukum persaingan usaha di Uni Eropa yang tertuang pada *the Treaty of Rome* didasarkan pada pengaturan dalam pasal *article 85*⁷⁶ yang mengatur penyalahgunaan posisi dominan oleh pelaku usaha dan *article 86*⁷⁷ yang mengatur pelarangan terhadap perjanjian-perjanjian yang dapat merusak iklim kompetisi dalam

menjalin harmonisasi di bidang ekonomi yang menciptakan pertumbuhan, stabilitas keuangan, meningkatkan kesejahteraan hidup dan menjalin kerjasama antar negara. Lihat: Thomas W McNamara, *Defining Single Entity for Purposes of Section 1 of The Sherman Act Post Copperweld: A Suggested Approach*, San Diego Law Review, vol 22, 1985, hal 1245

⁷⁵ Upaya penegakan hukum persaingan di Uni Eropa oleh Jason Hoerner disebut *Dual Enforcement System*. Johnny Ibrahim, Op. Cit., 178-179.

⁷⁶ Article 85: *The following shall be prohibited as incompatible with the common market: all agreements between undertakings, decision by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the 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.*

⁷⁷ Article 86: *Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market in so far as it may affect trade between Member States. Such abuse may, in particular, consist in: (a) directly or indirectly imposing unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions; (b) limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers; (c) applying dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage; (d) making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligations which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contracts.*

yang menjadi pihak tergugat adalah Centrafarm BV (Centrafarm), sebuah perusahaan yang berstatus badan hukum Belanda.

Perkara muncul ketika Sterling menggugat Centrafarm karena terbukti memasarkan obat *acidum-nalidixicum* di Belanda tanpa seizin Sterling. Centrafarm membantah gugatan tersebut, karena ia membeli obat tersebut di negara Inggris dan Jerman yang didistribusikan oleh anak perusahaan Sterling. Lagipula harga obat yang dibeli lebih murah ketimbang harga di Belanda. Centrafarm juga mengatakan, bahwa kepemilikan hak paten oleh Sterling tidak dapat digunakan untuk mengadakan perjanjian dengan anak perusahaannya yang berdomisili di Uni Eropa karena melanggar ketentuan *article 85 Treaty of Rome*. Apalagi perjanjian tersebut menyangkut pembagian distribusi pemasaran dan penetapan harga secara berbeda antara wilayah yang satu dengan lainnya.

Terhadap kasus tersebut, Komisi Uni Eropa berpendapat bahwa *article 85 Treaty of Rome* tidak dapat diterapkan terhadap perjanjian yang dilakukan oleh perusahaan induk dan anak perusahaan:

“Article 85 ... is not concerned with agreements or concerted practices between undertakings belonging to the same concern and having the status of parent company and subsidiary, if the undertakings form an economic unit within which the subsidiary has no real freedom to determine its course of action on the market, and if the agreements or practices are concerned merely with the internal allocation of tasks as between the undertakings”⁸²

Penerapan *single economic entity* di Uni Eropa terjadi pada kasus *Chemical Industries v. Commission of the European Communities* (ICI/Komisi Persaingan Usaha Uni Eropa). ICI menemukan fakta upaya penetapan harga oleh beberapa perusahaan yang tidak terdaftar dalam komunitas Uni Eropa. Disamping itu perusahaan-perusahaan tersebut dikendalikan di bawah perusahaan *holding* yang juga tidak terdaftar dalam komunitas Uni Eropa. Komisi Uni Eropa berpendapat:

“...by makin use of its power to control its subsidiearies established in the Community, the [non-Community parent company] was able to

⁸² *Ibid.*

*ensure that [its] decision was implemented on [the European] market”.*⁸³

Komisi Uni Eropa juga menegaskan bahwa sekalipun anak perusahaan mempunyai status badan hukum yang berbeda yurisdiksinya dengan perusahaan *holding*, mereka tetap termasuk dalam satu kesatuan yang tidak dapat dipisahkan, karena anak perusahaan tidak mempunyai otonomi dalam memutuskan kebijakannya.

Penerapan *single economic entity* selanjutnya adalah kasus *Viho Europe BV v. Commission*.⁸⁴ pada tahun 1996, Perkara ini menghadirkan *Viho Europe BV* (*Viho*) sebagai penggugat, sebuah perusahaan yang berstatus badan hukum Belanda, yang mempunyai representasi di Jerman. Gugatan ditujukan kepada *Parker Pen Ltd* (*Parker*), perusahaan yang berstatus badan hukum Inggris.

Viho adalah perusahaan yang bergerak sebagai perantara di bidang ekspor dan impor. Sedangkan *Parker* adalah perusahaan penjualan alat tulis kantor. *Parker* mempunyai anak perusahaan di Jerman, Perancis, Belgia dan Belanda dengan kepemilikan saham sebesar 100%. *Parker* menjual produknya dengan mendistribusikannya kepada anak perusahaan dan distributor independen. Kebijakan pemasaran *Parker* di kontrol oleh 3 (tiga) orang, yaitu Direktur Area, Direktur Keuangan dan Direktur Pemasaran, yang keseluruhannya adalah anggota komisaris *Parker*.

Perkara diawali ketika *Viho* gagal melakukan kerjasama dengan *Parker*, dikarenakan *Parker* tidak memberikan hak yang sama di dalam pemasaran produknya, sebagaimana yang diberikan *Parker* kepada anak perusahaan dan distributor independen lainnya. Upaya lain dicoba *Viho* guna mendapatkan produk *Parker* melalui anak perusahaan *Parker* yang lain di Jerman, namun ditolak. Nampaknya, perintah dari pusat (*Parker* di Inggris) sudah menetapkan bahwa, untuk penjualan di Belanda hanya diberikan kepada anak perusahaan *Parker* yang ada di Belanda.

Viho mengajukan gugatan, karena menganggap perusahaan *Parker* telah melakukan pendistribusian wilayah pemasaran melalui perjanjian eksklusif, yang sesungguhnya dilarang oleh hukum persaingan Belanda. Pengadilan tingkat pertama

⁸³ Dikutip dari: David J Feeney, *Op.Cit.* hal 433.

⁸⁴ *Viho Europe BV v. Commission* [1996] ECR I-5457

telah menolak gugatan Viho, dengan alasan anak perusahaan Parker yang tidak independensi (*no real autonomy*) untuk memasarkan produk, dianggap bukan merupakan suatu pelanggaran.

Viho mengajukan banding kepada Komisi Uni Eropa dan dilakukan pengujian apakah Parker beserta anak perusahaannya dianggap melanggar ketentuan dalam *Article 85(1) of the EEC Treaty*. Dalam gugatan bandingnya, Vito mendalilkan bahwa kebijakan Parker di Inggris mengenai pendistribusian kepada anak perusahaannya dapat menyebabkan ‘pihak ketiga’ tidak memiliki hak untuk memasarkan produknya secara bebas, dalam ruang lingkup Pasar Bersama Eropa.

Komisi Uni Eropa melakukan investigasi dan pendalaman, apakah pendistribusian wilayah pemasaran yang dilakukan Parker merupakan suatu tindakan yang dikecualikan dalam *Article 85(1)*. Ketentuan ini sendiri berbunyi: “*The following shall be prohibited as incompatible with the common market: all agreements between undertakings....to share markets or sources of supply...*”. Komisi Uni Eropa dalam putusannya berpendapat bahwa sistem distribusi yang terintegrasi, yang telah dilakukan oleh Parker terhadap penjualan produknya di Jerman, Perancis, Belgia, Spanyol dan Belanda melalui anak perusahaannya tidak cukup untuk membuktikan dilanggarnya ketentuan *Article 85(1)*:

“*...the integrated distribution system set up by Parker to sell its products in Germany, France, Belgium, Spain and the Netherlands through subsidiary companies established there fulfilled the conditions laid down by the Court of Justice for the non-applicability of Article 85(1) of the Treaty on the grounds that 'the subsidiaries and the parent company form one economic unit...'”⁸⁵*

Dari petikan di atas, kita dapat melihat bahwa Komisi Uni Eropa menetapkan bahwa hubungan antara Parker dengan anak perusahaannya sebagai “*one economic unit*”, yang mempunyai pengertian sama dengan *single economic entity*.

Ketiadaan independensi dari anak perusahaan Parker juga bukan merupakan alasan untuk mengabulkan gugatan Viho:

⁸⁵ *Ibid*

“...within which the subsidiaries do not enjoy real autonomy in determining their course of action in the market and moreover that the assignment of a specific distribution area to each of the Parker subsidiaries does not exceed the limits of what can normally be regarded as necessary for the purpose of a proper distribution of tasks within a group”⁸⁶

Komisi Uni Eropa juga menekankan bahwa perjanjian yang terjadi antara perusahaan induk dengan anak perusahaan yang menyebabkan anak perusahaan tidak memperoleh independensi merupakan suatu perbuatan yang dikecualikan dan tidak dapat diterapkan kedalam Article 85 (1):

“As regards the appraisal under Article 85(1) of the Treaty of agreements concluded within a group of companies, the Court of Justice has held that ‘where a subsidiary does not enjoy real autonomy in determining its course of action in the market, the prohibitions set out in Article 85(1) may be considered inapplicable in the relationship between it and the parent company with which it forms one economic unit’⁸⁷

Dari putusan tersebut juga dapat disimpulkan bahwa, prinsip *single economic entity* bukan merupakan suatu pelanggaran terhadap ketentuan hukum persaingan usaha. Prinsip *single economic entity* hanya sebuah konsekuensi untuk meminta pertanggungjawaban kepada perusahaan induk apabila tindakannya dengan anak perusahaan menyebabkan terjadinya konsentrasi pasar yang dilarang dalam Article 86:

“...the Court of Justice held that ‘Article 85 does not apply where the concerted practice in question is between undertakings belonging to a single group as parent company and subsidiary if those undertakings form an economic unit within which the subsidiary has no real freedom to determine its course of action on the market’ and added

⁸⁶ *Ibid*

⁸⁷ *Ibid*

*that [h]owever, the conduct of such a unit on the market is liable to come within the ambit of Article 86.*⁸⁸

Kata “*undertakings*” dalam penjelasan diatas harus diartikan sebagai pihak yang secara mandiri melakukan perjanjian. Jumlah yang menjadi syarat dari para pihak tersebut harus lebih dari satu, tanpa memandang status badan hukum mereka

Prihal pembuktian ada atau tidaknya unsur pengendalian, Komisi Uni Eropa tidak menaruh perhatian yang khusus terhadap hal itu:

*“...case that Parker owns 100% of the capital of its subsidiaries ... which is appointed by the parent company and which controls, in particular, sales targets, gross margins, sales costs, cash flow and stocks”.*⁸⁹

Nampaknya dengan kepemilikan saham sebesar 100% pada anak perusahaannya, sudah cukup meyakinkan para hakim bahwa Parker memiliki kemampuan melakukan pengendalian.

2.5.2 Penerapan *Single Economic Entity* di Amerika Serikat⁹⁰

Negeri Paman Sam sesungguhnya tidak mengenal istilah *single economic entity*, melainkan *intracorporate conspiracy doctrine*.⁹¹ Doktrin *intracorporate conspiracy* sangat familiar dalam ruang lingkup hukum persaingan, tetapi penggunaan awalnya justru terjadi pada ruang lingkup hukum sipil dan pidana.⁹² Dalam penerapan

⁸⁸ *Ibid.*

⁸⁹ *Ibid.*

⁹⁰ Berikut ini adaiah kasus-kasus di Amerika Serikat yang telah berusaha, namun mengalami kegagalan untuk mendalihkan bahwa perusahaan *holding* dan anak perusahaan dapat dijerat menggunakan pasal 1 *Sherman Act*: *United States v. Yellow Cab Co.*, 332 U.S. 218 (1947); *Timken Roller Bearing Co. v. United States*, 341 U.S. 593 (1951); *Kiefer-Stewart Co. v. Joseph E. Seagram & Sons, Inc.*, 340 U.S. 211 (1951) dan *Perma Life Mufflers, Inc. v. International Parts Corp.*, 392 U.S. 1325 (1968)

⁹¹ Sering juga disebut *intraenterprise conspiracy doctrine* yang merujuk pada tindakan konspirasi antara perusahaan baik perusahaan *holding* dan anak perusahaan. Dapat juga diartikan konspirasi dalam satu perusahaan yang dilakukan oleh divisi, pegawai atau direktur.

⁹² Smith menjelaskan, “...the phrase ‘*intracorporate conspiracy doctrine*’ is often used in the area of antitrust law to refer to the exact opposite of this theory, namely that a corporation can conspire with its own employess. Thus, commentators often speak of the demise of the *intracorporate conspiracy doctrine* in the antitrust field to denote the rejection of the theory that a corporation can be said to have conspired with its won employees within the meaning of section 1 *Sherman Act*”. Douglas

hukum sipil, *intracorporate conspiracy doctrine* digunakan untuk menjerat perusahaan-perusahaan yang melakukan konspirasi dengan pihak internalnya untuk merugikan pihak pekerja.⁹³

Perlu diketahui juga bahwa, kongres Amerika Serikat saat membentuk *Sherman Act* secara prinsipil membedakan perilaku yang dapat menghambat persaingan ke dalam 2 (dua) bentuk, yaitu perilaku bisnis yang konsentratif (*concerted business conduct*) dan perilaku yang bersifat unilateral (*unilateral conduct/single firm conduct*).⁹⁴ *Concerted business conduct* adalah perbuatan yang dilakukan oleh dua atau lebih pelaku usaha yang independen. Sedangkan *unilateral conduct* adalah perbuatan yang dilakukan oleh satu pelaku usaha.⁹⁵ Kedua istilah diatas membawa polemik terhadap penerapan *single economic entity* di Amerika Serikat, dan hingga kini masih diperdebatkan.

Penolakan pengadilan Amerika Serikat terhadap *intracorporate conspiracy doctrine*, dikarenakan konstruksi hukum yang dibangun pihak penggugat untuk menjerat konspirasi antara perusahaan induk dan anak perusahaan tidak sesuai dengan prinsip-prinsip yang terdapat dalam pasal 1 *Sherman Act*. Yurisprudensi yang digunakan pengadilan dalam memandang pasal 1 *Sherman Act*, yaitu Putusan Mahkamah Agung dalam kasus *Albrecht v. Herald Co*, yang mengatakan:

"Section 1 of the Sherman Act reaches unreasonable restraint of trade effected by a 'contract, combination...or conspiracy' between separate entities. It does not reach conduct that is 'wholly unilateral'".⁹⁶

Dari petikan diatas menjadi menjelaskan, bahwa perjanjian antara perusahaan induk dengan anak perusahaan bukan merupakan pelanggaran terhadap pasal 1 *Sherman*

G. Smith, *The Intracorporate Conspiracy Doctrine and 42 U.S.C. S 1985 (3): The Original Intent*, Northwestern University Law Review, vol 90, 1996, hal 1185.

⁹³ *Intracorporate conspiracy doctrine* terdapat dalam section 1985 (3) of the Civil Rights Act of 1871. *Ibid*.

⁹⁴ *The Act prohibits conduct that Congress and the courts have identified as a significant threat to competition and distinguishes between concerted business conduct and unilateral, or single firm, conduct.* Thomas McNamara, *Op.Cit*.

⁹⁵ Kutipan penjelasan McNamara: *concerted business conduct is integrated activity by two or more independent firms. Unilateral conduct is the activity of a single firm.* *Ibid*.

⁹⁶ John T. O'Connor, *Copperweld Corporation v. Independence Tube Corporation: The Death of a Doctrine*, School of Law Pace Law Review, vol 5, 1985, hal 881.

Act. Nampaknya pasal 1 *Sherman Act* memiliki keterbatasan, yaitu diharuskan adanya 2 (dua) pihak yang independen. Pendapat ini juga dipertegas Sullivan, yang mengatakan: “*Section 1 can be violated only by two [or more] separate entities acting in concert, by a 'contract, combination, or conspiracy' in restraint of trade*”.⁹⁷

Prinsip *single economic entity* di Amerika Serikat untuk pertamakalinya diputuskan oleh Mahkamah Agung melalui kasus *United States v. Yellow Cab Co.*,⁹⁸ pada tahun 1947. Isu pokok kasus ini adalah seputar penguasaan pengelolaan taxi di empat negara bagian Amerika Serikat. Kasus ini berawal ketika Moris Mankin, seorang pengusaha taxi menggabungkan beberapa perusahaan operator taxi disekitar kota Chicago dan New York. Pada tahun 1929, Mankin memiliki saham pada perusahaan *Cab Manufacturing Corporation* (CCM), sebuah pabrik terletak di Kalamazzo, Michigan. Mankin pun bertindak sebagai Presiden sekaligus General Manager CCM. CCM memproduksi unit kendaraan taxi dan memasarkannya kebeberapa negara bagian.

Pada tahun yang sama, CCM memiliki saham sebesar 62% pada perusahaan *Parmelle Transportation Company* (Parmelee), sebuah perusahaan operator taxi (tidak memiliki izin), yang memberikan jasa pengantaran kepada penumpang di Chicago menuju stasiun kereta api, melalui perjanjian dengan asosiasi perkeretaapian setempat. Perusahaan *Chicago Yellow Cab Company, Inc* (Chicago Yellow) memiliki saham atas *Yellow Cab Company* (Yellow), perusahaan operator taxi ‘Yellow’ yang beroperasi di Chicago dan sekitarnya. Yellow mengantongi 53% izin pengoperasian taxi di Chicago. Sementara Parmelee melalui anak perusahaannya mengantongi 100% izin pengoperasian taxi di Pittsburgh, 58% di Minneapolis dan 15 % di New York.

Fakta pada bulan Oktober 1929 hingga Juni 1930 menunjukkan, bahwa seluruh operator taxi di Pittsburgh dimiliki oleh Parmelee melalui dua anak perusahaannya. Pada awal tahun 1929, Parmelee mendirikan beberapa perusahaan

⁹⁷ L. Sullivan, handbook of The Law of Antitrust, , § 108, at 311 (1977). Dikutip dari: Thomas W McNamara, *Op.Cit.*, hal 1245. Pandangan ini juga di tegaskan oleh pengadilan dalam kasus *Nelson Radio & Supply Co. v. Motorola*, dimana dikatakan: “...it is basic in the law of conspiracy that you must have two persons or entities to have a conspiracy. A corporation cannot conspire wity itself any more than a private individual can, and it is the general rule that the acts of the agent are the acts of the corporation”. Lihat: *Nelson Radio & Supply Co. v. Motorola, Inc.*, 200 F.2d 911, 914 (5th Cir. 1952), cert. denied, 345 U.S. 925 (1953).

⁹⁸ *United States v. Yellow Cab Co.*, 332 U.S. 218 (1947)

operator taxi di kota New York, yang mengantongi 2000 izin pengoperasian taxi dari 13.000 yang diberikan kota setempat. Pada akhir tahun 1931, Parmelle pun mendirikan perusahaan operator taxi di Minneapolis dan mengoperasikan 125 unit taxi dari 214 izin pengoperasian yang diberikan kota setempat.

Pada bulan Januari 1930, Markin mengintegrasikan *Cab Sales and Parts Corporation* (Cab Sales), sebuah perusahaan penyewaan taxi dan penjualan *sparepart* kendaraan untuk kelompoknya usaha sendiri; ia pun bertindak sebagai Manager. Markin juga mendirikan perusahaan *Checker Taxi Company* (Checker) agar dapat melakukan pengawasan/*checker* terhadap operator perusahaan taxi lainnya di kota Chicago dan sekitarnya. Perusahaan Checker didirikan tanpa memiliki pekerja, namun mengantongi 1000 izin pengoperasian taxi atau sebanyak sepertiga dari total keseluruhan kendaraan taxi yang disewakan oleh *Cab Sales* kepada pengemudi taxi.

Markin juga memiliki perusahaan *Deluxe Motor Cab Company* yang merupakan perusahaan operator taxi terbesar ketiga di Chicago, yang pada tahun 1929 mengantongi 400 izin pengoperasian taxi. Dengan demikian Markin menguasai tiga perusahaan operator taxi terbesar di Chicago, dan melalui Parmelle sebagai anak perusahaannya, ia juga menguasai di tiga kota besar lainnya; New York, Pittsburgh dan Minneapolis.

Pada bulan Februari 1930, CCM membuat perjanjian dengan Checker yang menyepakati bahwa pengemudi taxi yang ingin bekerja, harus membeli kendaraan dengan cara mencicil selama periode lima tahun kepada Cab Sales, seharga \$ 2.350/unit. Apabila pengemudi tidak dapat melunasi cicilannya, maka hak atas kepemilikan kendaraan tersebut akan ditutup. CCM juga menunjuk Cab Sales sebagai agen eksklusif, bagi yang ingin menjual taxi bekas seharga \$1.906/unit.

Berdasarkan fakta-fakta diatas, terdapat indikasi bahwa terjadi konspirasi yang dilakukan oleh Yellow, Chicago Yellow, Parmelee, Cab Sales, Checker, CCM and Markin. Gugatan dialamatkan kepada Yellow Cab karena melalui konspirasi yang dilakukan dalam kesatuan unit bisnisnya, dianggap melanggar ketentuan pasal 1 dan 2 *Sherman Act*, menyangkut perjanjian yang dilarang serta dugaan adanya praktek monopoli.

Dalam putusannya, Mahkamah Agung berpendapat bahwa pasal 1 *Sherman Act* hanya dapat diterapkan apabila terdapat perjanjian yang menyebabkan hambatan perdagangan yang tidak wajar (*unreasonable restraint of trade*):

“The test of illegality under the Act is the presence or absence of an unreasonable restraint on interstate commerce.”⁹⁹

Mahkamah Agung pun menegaskan bahwa, hambatan perdagangan yang tidak wajar akibat perjanjian yang dilakukan harus mensyaratkan adanya kemandirian/independensi dari masing-masing pihak. Artinya jika perusahaan yang bentuknya terintegrasi antara perusahaan induk dan anak perusahaan serta afiliasinya, maka hal tersebut dikecualikan dari tuduhan pelanggaran atas ketentuan *Sherman Act*:

“Such a restraint may result as readily from a conspiracy among those who are affiliated or integrated under common ownership as from a conspiracy among those who are otherwise independent. Similarly, any affiliation or integration flowing from an illegal conspiracy cannot insulate the conspirators from the sanctions which Congress has imposed”¹⁰⁰

Mahkamah Agung kembali menegaskan pendapatnya, bahwa konspirasi yang dilarang pasal 1 *Sherman Act* tidak berlaku bagi para pihak yang memiliki hubungan internal:

“The corporate interrelationships of the conspirators, in other words, are not determinative of the applicability of the Sherman Act”¹⁰¹

Menyangkut ada atau tidaknya penyalahgunaan posisi dominan yang dapat menyebabkan praktek monopoli, sebagaimana dilarang dalam pasal 2 *Sherman Act*, Mahkamah Agung merujuk pada putusan *United States v. Crescent Amusement Co* (1944):

“...is that ‘dominating power’ over the cab operating companies was not obtained by normal expansion to meet the demands of a business

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ *Ibid.*

growing as a result of superior and enterprising management, but by deliberate, calculated purchase for control".¹⁰²

Rujukan itu justru sangat membingungkan, karena Mahkamah Agung justru tidak melakukan pembuktian lebih lanjut apakah Yellow Cab memang menggunakan posisi dominannya.

Perihal pembuktian tentang ada atau tidaknya unsur pengendalian tidak dibahas dalam putusan ini. Memang Mahkamah Agung membenarkan adanya konspirasi yang diakibatkan adanya pengendalian. Namun, sebagaimana terus-menerus ditegaskan secara berulang, bahwa pengendalian dalam antara para pihak dalam satu kepemilikan bukan merupakan suatu pelanggaran *Sherman Act*:

"...common ownership and controls of the various corporate appellees are impotent to liberate the alleged combination and conspiracy from the impact of the Act".¹⁰³

Karena kasus ini adalah yang pertama mengkaji konspirasi antar pelaku usaha dalam satu kepemilikan, maka baik kata-kata *single economic entity* atau *intraenterprise conspiracy* tidak ditemukan.

Kasus berikutnya adalah *Kiefer-Stewart Co v. Joseph E. Seagram*¹⁰⁴ menyangkut perjanjian penetapan harga (*price fixing*). Perkara ini menghadirkan pihak penggugat yaitu *Kiefer-Stewart*, sebuah perusahaan yang menjalankan aktivitas bisnisnya sebagai pedagang perantara obat keras (*liquor*) di negara bagian Indiana. Pihak tergugat adalah Joseph E. Seagram (*Seagram*) yang mempunyai perusahaan afiliasi *Calvert*, yaitu perusahaan yang menjual *liquor* kepada pedagang perantara di Indiana.

Seagram digugat ke pengadilan karena dianggap telah melakukan perjanjian penetapan harga dengan *Calvert*, untuk menjual *liquor* hanya kepada pedagang perantara di Indiana, dengan penetapan harga maksimum (*fix maximum resale price*)

¹⁰² *Ibid.*

¹⁰³ *Ibid.*

¹⁰⁴ *Kiefer-Stewart Co v. Joseph E. Seagram & Sons Inc.*, 340 U.S 211 (1951).

yang telah ditentukan mereka.¹⁰⁵ Dalam persidangan, bukti-bukti mengindikasikan bahwa besaran harga yang telah ditetapkan *Seagram* membuat para pedagang perantara tidak dapat menjualnya kembali tersebut kepada konsumen.

Pengadilan tingkat pertama berpendapat bahwa penetapan harga untuk menjual kembali *liquor* pada harga maximum antara penggugat dan tergugat merupakan pelanggaran terhadap ketentuan *Sherman Act*; karena hal itu justru merusak kompetisi ketimbang persaingan. Dapat diberikan contoh, jika para pelaku usaha membuat penetapan harga maksimum sebesar Rp. 1.000,-; artinya harga yang akan dibayarkan oleh konsumen berkisar dibawah Rp. 1.000 (misalnya: Rp. 900, Rp. 800 dst). Lain halnya apabila para pelaku usaha membuat penetapan harga minimum sebesar Rp. 1.000,-; artinya harga yang akan dibayarkan oleh konsumen berkisar diatas Rp. 1.000,- (misalnya: Rp. 1100, Rp. 1250, dst)

Putusan Pengadilan tingkat pertama ditolak pada tingkat banding, yang berpandangan bahwa kesepakatan antara pihak yang berkompetisi untuk menjual kembali suatu barang pada harga maximum yang telah ditentukan tidak menyalahi ketentuan *Sherman Act*.¹⁰⁶ Pendapat ini dipatahkan oleh Mahkamah Agung yang mendasarkan putusannya pada *United States v. Socony-Vacuum Oil Co*, yang mengatakan perjanjian penetapan harga yang menghambat persaingan dapat langsung secara *per se* dinyatakan bersalah melanggar ketentuan *Sherman Act*:

“The Court of Appeals erred in holding that an agreement among competitors to fix maximum resale prices of their products does not violate the Sherman Act. For such agreements, no less than those to fix minimum prices, cripple the freedom of traders, and thereby restrain their ability to sell in accordance with their own judgment”.

Dari petikan diatas, Mahkamah Agung berpendapat bahwa, menjual kembali barang pada harga tertentu, yang akan membuat penjual menjadi tidak bebas (*cripple the freedom of traders*) untuk menjual barang pada harga yang mereka inginkan.

¹⁰⁵ *On the trial, evidence was introduced tending to show that respondents had fixed maximum prices above which the wholesalers could not resell. The jury returned a verdict for petitioner, and damages were awarded. Ibid, at 212*

¹⁰⁶ *“...an agreement among respondents to fix maximum resale prices did not violate the Sherman Act, because such prices promoted, rather than restrained, competition”. Ibid.*

Mahkamah Agung juga menolak keputusan banding yang menegaskan, bahwa sangat sulit untuk membuktikan bahwa antara *Seagram-Calvert* telah melakukan perjanjian penetapan harga. Padahal fakta persidangan di tingkat pertama membuktikan *Seagram* memang menolak untuk menjual kepada *liquor* kepada pedagang perantara jika tidak sesuai dengan harga maximum yang telah ditetapkan, namun tidak demikian kepada *Calvert* dengan alasan bahwa *Calvert* terlebih dahulu telah membeli dalam jumlah yang sangat banyak. Alasan tersebut tidak dapat dibenarkan karena *Calvert*, merupakan satu bagian yang sama dengan *Seagram* (*to go along with Seagram*). Pihak *Kiefer-Stewart* meyakinkan bahwa *Seagram* tidak bersikap independen ketika memberikan harga kepada *Calvert*, yang merupakan afiliasinya. Sementara pihak *Seagram* menyanggah hal itu dan menyarankan supaya jangan mendasarkan pada argumentasi berdasarkan pada putusan sebelumnya, melainkan harus membangun argumentasi pada saat sekarang.

Argumentasi yang dibangun hakim agung mengarahkan *Seagram-Calvert* bersalah dalam kasus ini. Pihak *Seagram-Calvert* ingin menghindari tersebut berdasarkan yurisprudensi yang ada sebelumnya. *Seagram-Calvert* pun membuat sebuah istilah bahwa hubungan mereka adalah "*mere instrumentalities of a single manufacturing-merchandising unit*":

"Respondents next suggest that their status as 'mere instrumentalities of a single manufacturing-merchandising unit' makes it impossible for them to have conspired in a manner forbidden by the Sherman Act".¹⁰⁷

Penulis berpendapat bahwa istilah tersebut mempunyai arti yang sama *single economic entity*.

Mahkamah Agung menolak argumentasi *Seagram-Calvert* yang mereka sebut *mere instrumentalities of a single manufacturing-merchandising unit*, dan menyatakan bahwa *Seagram-Calvert* bersalah melanggar ketentuan pasal 1 *Sherman Act*:

"But this suggestion runs counter to our past decisions that common ownership and control does not liberate corporations from the impact of the antitrust laws".

¹⁰⁷ *Ibid.*

Putusan Mahkamah Agung ini sebenarnya bertolak belakang dari putusan sebelumnya. Rancunya lagi, Hakim Black menegaskan bahwa putusan pada kasus *United States v. Yellow Cab Co* hanya dapat diterapkan, apabila dapat dibuktikan bahwa para pihak merupakan kompetitor:

“The rule is especially applicable where, as here, respondents hold themselves out as competitors”.

Kata-kata *“hold themselves out as competitors”* ini sangat membingungkan dan tidak dapat dimengerti apa yang menjadi maksud dari hal itu? Dalam tulisannya, John O’Connor berpendapat bahwa banyak ahli yang mendukung indikator *“holding out”* tersebut dan dipraktekkan pada beberapa putusan pengadilan, namun ada juga yang menolaknya.¹⁰⁸

Perkara selanjutnya terjadi pada tahun 1984 dalam kasus *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*¹⁰⁹ Sidang ini dipimpin oleh Chief Justice Berger dan merupakan kasus yang tersohor dalam sejarah pengadilan Amerika Serikat, karena ingin menerobos keterbatasan doktrin *intracorporate conspiracy*. Kasus ini merupakan titik balik dari penerapan *intracorporate conspiracy doctrine*.

Perkara ini bermula dari perusahaan bernama *Regal Tube Co* (Regal), yang berlokasi di Chicago. Regal berdiri antara tahun 1955 hingga 1968 dan memiliki anak perusahaan bernama *C.E. Robinson Co*. Pada tahun 1968, perusahaan *Lear Sigler, Inc* (Lear) membeli Regal dan dijadikan suatu bagian tersendiri bernama Lear Division. Pada tahun 1972, Regal dijual secara bersyarat kepada perusahaan bernama *Copperweld Corp* (Copperweld). Syarat tersebut berisi kesepakatan yang melarang Lear dan seluruh anak perusahaannya untuk melakukan persaingan dengan Regal di wilayah Amerika Serikat, selama lima tahun. Walaupun dulunya Regal adalah perusahaan induk dari Lear, tetapi Copperweld menempatkan Regal sebagai anak perusahaan untuk menghindari pajak berganda. Regal tetap melanjutkan aktivitas bisnisnya di Chicago, tetapi kantor pusat tetap berada pada Copperweld di Pittsburgh.

¹⁰⁸ Kempf dalam tulisannya yang berjudul *Bathtub Conspiracies: Has ‘Seagram’ distilled A More Potent Brew?* menyebut putusan pada kasus *Kiefer-Stewart* dengan istilah *“troublesome decision”* dan *“the highwater-mark of the doctrine”*. John T. O’Connor, Op.Cit., hal 887-886

¹⁰⁹ *Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp.*, 104 S. Ct. 2731 (1984).

Permasalahan mulai timbul ketika David Grohne mendirikan perusahaan bernama *Independence Tube Corp* (Independence). Grohne, dulunya adalah pegawai Lear dan menjabat sebagai Presiden. Tetapi setelah Regal di dijual kepada Copperweld, ia menjadi pegawai biasa di Lear.

Pada bulan Desember 1972, Independence mengadakan kontrak dengan perusahaan *Yoder Co.* (Yoder) untuk membangun gedung. Pihak Regal dan Copperweld mengetahui rencana Grohne, dan menyadari bahwa perjanjian Regal dan Copperweld tidak mengikat kepada Grohne. Copperweld kemudian mengirim surat ke Yoder yang isinya berupa peringatan, yang isinya akan menempuh setiap tindakan yang dianggap perlu untuk melindungi kerahasiaan teknologi, rahasia dagang, disain, dll; yang diperoleh Copperweld ketika membeli Regal. Setelah menerima surat dari Copperweld, pada bulan Februari 1973, Yoder membatalkan perjanjian dengan Independence. Independence akhirnya menjalin kontrak baru dengan pabrik yang memproduksi '*tubing mill*'. Bagi Independence ini merupakan keterlambatan selama 9 bulan, dibanding perjanjiannya dengan Yoder apabila tetap disepakati.

Pada tahun 1976, Independence menggugat Copperweld, Regal dan Yoder yang dianggap melanggar ketentuan pasal 1 *Sherman Act*. Para juri di pengadilan tingkat pertama menyatakan Regal dan Copperweld bersalah karena telah melakukan konspirasi dan harus membayar \$ 2 juta. Pengadilan tingkat pertama dalam putusannya mengatakan pertanggungjawaban dapat terjadi apabila ada keterpisahan antara kedua badan hukum, yang artinya mereka adalah dua aktor independen:

“when there is enough separation between the two entities to make treating them as two independent actors sensible.”¹¹⁰

Uniknya Yoder dibebaskan karena bukan merupakan anak perusahaan dari Copperweld, sebagaimana Regal yang memang berkedudukan sebagai anak perusahaan dari Copperweld.

Pengadilan Banding memperkuat putusan sebelumnya. Digarisbawahi pula bahwa terdapat kesulitan menerapkan *intraenterprise conspiracy doctrine*, seperti yang diperdebatkan pihak akademisi. Secara formal memang konspirasi dimungkinkan karena terdapat dua pihak sebagai pelaku, namun menjadi sulit karena pada

¹¹⁰ *Ibid.*

kenyataannya pihak-pihak tersebut adalah perusahaan induk dengan anak perusahaannya:

“The court observed that in ‘a purely formal sense’ a conspiracy was possible, because ‘there are two corporations and hence two actors,’ but, ‘as a practical matter there may be little difference between a wholly owned subsidiary and a fully integrated division’.”¹¹¹

Pada tingkat akhir, Mahkamah Agung justru bertolak belakang terhadap putusan sebelumnya. Mahkamah Agung lebih mengacu kepada putusan-putusan yang telah diberlakukan sebelumnya seperti pada kasus *Yellow Cab* dan *Keifer-Stewart*.¹¹² Pendapat ini didasarkan pada argumentasi bahwa *intraenterprise conspiracy doctrine* masih perlu dilakukan analisa lebih lanjut:

*“The coordinated activity of a parent and its wholly owned subsidiary must be viewed as that of a single enterprise for purposes of § 1 of the Sherman Act. A parent and its wholly owned subsidiary have a complete unity of interest. Their objectives are common, not disparate; their general corporate actions are guided or determined not by two separate corporate consciousnesses, but one.while this Court has previously seemed to acquiesce in the intra-enterprise conspiracy doctrine, it has never explored or analyzed in detail the justifications for such a rule”.*¹¹³

Dalam putusannya Mahkamah Agung menyatakan bahwa perjanjian antara perusahaan induk dan anak perusahaannya dianggap sebagai “*internal agreement*” dan tidak dapat dijangkau dengan ketentuan pasal 1 *Sherman Act* dengan 3 (tiga) alasan:

- 1) *a single firm’s officers do not pursue separate economic interests, so they do not suddenly bring together economic power that was previously pursuing divergent goals*

¹¹¹ *Ibid.*

¹¹² Pada saat kasus ini berjalan, ada kasus-kasus lain yang terkait dengan penerapan *intraenterprise conspiracy doctrine*, yaitu *Timken Roller Bearing Co. v. United States*, 341 U.S. 593 (1951) dan *Perma Life Mufflers v. Int’l Parts Corp.*, 392 U.S. 134 (1968).

¹¹³ *Copperweld., Ibid.*

- 2) *internal coordination just as likely results from efforts to compete as from efforts to 'stifle competition' and*
- 3) *coordination may be required for a business to compete properly.*¹¹⁴

Mahkamah Agung berpendapat bahwa, *single firm* dapat saja melanggar ketentuan *Sherman Act*, manakala ia melakukan praktek monopoli yang dilarang dalam pasal 2 *Sherman Act*. Mahkamah Agung pun menekankan bahwa perusahaan induk dan anak perusahaan mempunyai kepentingan yang sama (*a complete unity of interest*), bahkan dibuat analogi:

"They are not unlike a multiple team of horses drawing a vehicle under the control of a single driver".

Terdapat beberapa hal penting dari perkara ini: Pertama, pengadilan mulai melihat keterpisahan perusahaan induk dengan anak perusahaan secara formal dalam realitas ekonomi, sebelum menggolongkan mereka ke dalam *single economic entity*. Kedua, pengadilan mengakui bahwa tujuan ekonomi adalah mendapatkan keuntungan yang lebih besar bagi perusahaan; hal ini pula yang membenarkan perusahaan induk mengelola anak perusahaannya. Ketiga, pengadilan menyadari bahwa status badan hukum yang terpisah antara perusahaan induk dan anak perusahaannya tidak semata-mata merubah kesatuan mereka dalam hal persamaan tujuan (*interest*). Hal ini penting karena dalam kasus-kasus hukum persaingan yang terkait dengan *single economic entity*, mengharuskan kedua perusahaan adalah badan hukum yang mandiri.¹¹⁵

2.5.3 Persamaan dan Perbedaan Penerapan *Single Economic Entity* di Uni Eropa dan Amerika Serikat

Agar dapat menemukan persamaan dan perbedaan penerapan *single economic entity*, maka harus dipahami bunyi pasal-pasal yang digunakan pengadilan pada kasus-kasus yang dibahas sebelumnya. Pilar hukum persaingan usaha di Uni Eropa dan Amerika Serikat dibangun berdasarkan 2 (dua) pasal yang mempunyai persamaan sebagaimana tercantum di bawah ini:

¹¹⁴ *Ibid.*

¹¹⁵ Thomas W McNamara, *Op.Cit.*, hal 1245

Uni Eropa	Amerika Serikat
<p><u>Article 85 Treaty of Rome:</u></p> <p><i>“...shall be prohibited...all agreements between undertakings ... which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition within the common market...”</i></p>	<p><u>Article 1 Sherman Act:</u></p> <p><i>“Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several State, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal.”</i></p>
<p><u>Article 86 Treaty of Rome:</u></p> <p><i>“Any abuse by one or more undertakings of a dominant position within the common market or in a substantial part of it shall be prohibited as incompatible with the common market in so far as it may affect trade between Member States”</i></p>	<p><u>Article 2 Sherman Act:</u></p> <p><i>“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 misdemeanour”.</i></p>

Article 85 Treaty of Rome memiliki persamaan dengan *Article 1 Sherman Act*, yaitu melarang setiap perjanjian yang dapat menghambat persaingan. Setiap perjanjian pasti terdiri lebih dari satu orang. Hal ini dapat dilihat dari kata “*undertakings*” dan “*every contract*”. Para pihak berjanji tersebut memiliki persamaan kepentingan (*interest*) dan tujuan; dan hanya akan berhasil apabila masing-masing pihak melakukan prestasi yang telah disepakati. Apabila salah satu pihak tidak melakukannya, maka tujuan tidak akan tercapai. Posisi dari masing-masing pihak adalah independen, artinya akseptasi dari keduanya yang mendasari ada atau tidaknya perjanjian tersebut. Ketiadaan independensi dari salah satu pihak membuat dirinya akan menerima apa pun yang diputuskan kepadanya.

Article 86 Treaty of Rome dan *Article 2 Sherman* pun memiliki persamaan, yaitu melarang penyalahgunaan posisi dominan yang dapat menyebabkan praktek

monopoli. Pihak yang menjadi pelaku pada kedudukan ini tidak mengharuskan adanya pihak lain; walaupun dapat juga dilakukan lebih dari satu pihak. Hal ini dapat dilihat dari kata “*by one or more*” dan “*every person*”.

Setelah melihat kasus-kasus diatas, penerapan *single economic entity* oleh pengadilan Uni Eropa dan Amerika Serikat memiliki beberapa persamaan:

1. Kedudukan perusahaan induk dan anak perusahaan.

Pengadilan Uni Eropa dan Amerika berpendapat bahwa kedudukan perusahaan induk dan anak perusahaan adalah sebagai satu kesatuan yang tidak dapat dipisahkan, karena perusahaan induk mengendalikan aktivitas anak perusahaannya. Pada kasus Viho digunakan istilah “*one economic unit*” dan pada kasus Kiefer-Stewart digunakan istilah *mere instrumentalities of a single manufacturing-merchandising unit*. Berbagai istilah yang muncul ini mempunyai pengertian yang sama dengan *single economic entity*.

2. Kontrol perusahaan induk terhadap anak perusahaan bukan suatu konspirasi.

Penggugat banyak yang mendalilkan bahwa pengendalian perusahaan induk kepada anak perusahaannya dapat dianggap sebagai suatu konspirasi yang dilarang *Article 85 Treaty of Rome* dan *Article 1 Sherman*. Pada kasus Copperweid, dalil ini sempat dipertanyakan, namun hakim sulit membuktikan adanya keterpisahan antara perusahaan induk dan anak perusahaan dalam hal independensi. Akhirnya, baik pengadilan Uni Eropa dan Amerika Serikat menolak anggapan ini. Misalnya dalam kasus Viho dikatakan: “*Article 85(1) may be considered inapplicable in the relationship between it and the parent company...*”, kemudian pada kasus Yellow Cab dikatakan: “*...corporate interrelationships of the conspirators...are not determinative of the applicability of the Sherman Act*”.

3. Anak perusahaan tidak memiliki independensi

Kedudukan perusahaan induk dan anak perusahaan sebagai satu kesatuan unit bisnis, dikarenakan adanya unsur pengendalian. Legalitas perusahaan induk untuk memegang kendali dikarenakan adanya kepemilikan saham yang dituangkan dalam anggaran dasar. Hal ini mereduksi kewenangan anak perusahaan untuk membuat kebijakannya sendiri, karena tidak ada lagi independensi. Praktek peradilan Uni Eropa dan Amerika Serikat membenarkan ketiadaan independensi

dari anak perusahaan. Ketiadaan independensi anak perusahaan ini menguatkan dalil, bahwa anak perusahaan adalah bagian dari perusahaan induknya. Pada kasus Viho dikatakan "*subsidiaries do not enjoy real autonomy*", sedangkan pada kasus Kiefer-Stewart dikatakan bahwa Calvert sebagai perusahaan afiliasi pasti mengikuti apa yang diputuskan Seagram sebagai perusahaan induknya: "*arrangements would not be carried out because Calvert had "to go along with Seagram"*".

4. Larangan Praktek Monopoli oleh perusahaan induk dan anak perusahaan.

Pengadilan Uni Eropa dan Amerika Serikat sependapat bahwa pengendalian oleh perusahaan induk kepada anak perusahaan yang menyebabkan penyalahgunaan posisi dominan dan terjadinya praktek monopoli, maka keduanya dapat dijerat ketentuan pasal *Article 86 Treaty of Rome* dan *Article 2 Sherman*.

Penerapan *single economic entity* oleh pengadilan Uni Eropa dan Amerika Serikat juga memiliki perbedaan. Sebagaimana kita tahu bahwa istilah *single economic entity* muncul pada kasus-kasus di Uni Eropa. Sedangkan Amerika Serikat menggunakan istilah *intraenterprise conspiracy doctrine*. Dari segi istilah saja kita sudah menemukan perbedaan. Perbedaan istilah itu dikarenakan semangat dalam penerapan pada kasus-kasus yang melibatkan perusahaan induk dan anak perusahaan.

Penerapan prinsip *single economic entity* di Uni Eropa lebih bertujuan untuk meminta pertanggungjawaban perusahaan induk akibat kebijakannya, yang berakibat dilanggarnya ketentuan hukum persaingan usaha oleh anak perusahaannya. Fakta dalam kasus-kasus membuktikan bahwa status badan hukum perusahaan induk dan anak perusahaannya adalah berbeda, demikian juga dengan domisilinya. Sehingga, semangat yang terkandung dari penerapan *single economic entity* di Uni Eropa lebih dikarenakan konsekuensi ekstrateritorial bagi otoritas lembaga pengawas persaingan untuk menjangkau perusahaan induk yang ada di negara lain.

Penerapan *single economic entity* di Amerika Serikat lebih menekankan kepada pembuktian adanya konspirasi antara perusahaan induk dengan anak perusahaannya. Pengadilan Amerika Serikat terus berusaha untuk membuktikan apakah bisa didalilkan perusahaan induk melakukan konspirasi dengan anak perusahaannya, sementara mereka merupakan satu kesatuan yang mempunyai

kepentian sama. Anlisa ini terus dilakukan pengadilan hingga sekarang, terutama pasca kasus Copperweld pada tahun 1984.

2.6 Konsekuensi Dari Diterapkannya Prinsip *Single Economic Entity* dalam Hukum Persaingan Usaha

Konsekuensi dari penerapan *single economic entity* ini adalah pelaku usaha dapat diminta pertanggungjawaban atas tindakan yang dilakukan oleh pelaku usaha lain dalam satu kesatuan ekonomi, meskipun pelaku usaha yang satu beroperasi di luar yurisdiksi hukum persaingan usaha suatu negara, sehingga hukum persaingan usaha dapat bersifat ekstrateritorial.¹¹⁶ Dibandingkan dengan banyak bidang hukum yang lain, dimana yang berlaku adalah prinsip teritorial, dalam hukum persaingan prinsip yang diberlakukan terutama sekali adalah apa yang disebut dengan *effects doctrine* (prinsip efek).¹¹⁷

Menurut prinsip ini, lembaga pengawas persaingan usaha bisa melakukan tindakan menentang segala macam bentuk pembatasan persaingan yang berdampak pada persaingan di setiap pasar dalam negeri, tanpa memperhatikan di negara mana praktek-praktek yang merugikan persaingan tersebut terjadi.¹¹⁸

Effects doctrine pertama sekali diberlakukan oleh pemerintah Amerika Serikat, tepatnya dalam keputusan Mahkamah Agung dalam kasus *Alcoa*. Pada tahun 1945 pengadilan melarang praktek kartel kuota yang telah disepakati di Swiss oleh berbagai perusahaan asing untuk pasar aluminium Amerika. Pengadilan dalam hal ini menggunakan larangan kartel yang tertera dalam *Sherman Act* yang sampai saat itu hanya diberlakukan untuk kartel dalam negeri dan membuatnya juga berlaku untuk kartel luar negeri. Dengan demikian pengadilan tersebut telah meletakkan batu pertama bagi pemberlakuan hukum persaingan nasional secara internasional.¹¹⁹

EEC juga telah menjadikan *effects doctrine* sebagai prinsip dalam kegiatan ekonomi di wilayahnya. Dalam kasus *Teerfarben* tahun 1969, yang akhirnya pada

¹¹⁶ *Alison Jones dan Brenda Sufirin*, Op.Cit., hal 144

¹¹⁷ Institut Liberal Friedrich-Naumann-Stiftung, Op.Cit., hal 33-37.

¹¹⁸ *Ibid.*

¹¹⁹ *Ibid.*

EEC juga telah menjadikan *effects doctrine* sebagai prinsip dalam kegiatan ekonomi di wilayahnya. Dalam kasus *Teerfarben* tahun 1969, yang akhirnya pada tahun 1972 akhirnya diputuskan oleh Pengadilan Tinggi Eropa. Dalam kasus ini, komisi mendenda anggota sebuah persekongkolan harga (*price fixing*) yang berasal dari Swedia dan Inggris, meskipun pada saat itu kedua negara tersebut belum menjadi anggota EEC. Awalnya tidak mudah bagi Pengadilan Tinggi Eropa untuk menerapkan cara yang diadopsi dari Amerika ini.

Bahkan di tahun 1998 dalam kasus *Zellstoff* mengenai larangan persekongkolan harga dari perusahaan-perusahaan yang hanya membuka usahanya di negara ketiga. Pada saat itu Pengadilan Tinggi Eropa secara formal masih berpegang teguh pada prinsip teritorial. Namun akhirnya pengadilan tersebut membenarkan keputusan larangan yang dikeluarkan Komisi Eropa, dan dengan demikian secara implisit menerapkan *effects doctrine*.¹²⁰

Kantor Kartel Jerman (*Bundeskartellamt*) juga mendukung *effects doctrine*. Hal ini terlihat pada kasus *Organische Pigmente* atau pigmen organik yang akhirnya pada tahun 1979 diputuskan oleh Pengadilan Tinggi Jerman. Kasus ini menyangkut upaya *Bundeskartellamt* untuk mewajibkan merger antara dua perusahaan Amerika Serikat untuk melapor di Jerman.

Dalam kasus *Baycr/Firestone* yang putusan akhirnya ditentukan oleh Pengadilan Banding (*Kammergericht*) Berlin. Dalam kasus ini *Bundeskartellamt* berhasil membuat larangan terhadap merger yang telah disepakati dua anak perusahaan Perancis milik perusahaan multinasional, dengan merujuk pada *effects doctrine*.¹²¹

Salah satu putusan *Bundeskartellamt* yang juga terkenal adalah kasus *Philip Morris/Rothmans*. Dalam keputusan itu *Bundeskartellamt* melarang merger antara perusahaan Amerika dan perusahaan Inggris-Afrika Selatan. Awalnya keputusan ini banyak dicibir publik karena diperkirakan kedua perusahaan besar internasional tersebut tidak akan menghentikan rencana merger mereka hanya karena adanya gangguan kecil yang muncul dari sektor kebijakan persaingan dari Jerman. Namun *Bundeskartellamt* berhasil membuat *Rothmans* memisahkan diri dari sebuah anak

¹²⁰ *Ibid.*

¹²¹ *Ibid.*

perusahaan Jerman, sehingga dampak merger tersebut terhadap andil pasar dalam pasar rokok Jerman relatif kecil.¹²²

Jadi bisa disimpulkan bahwa jangkauan pengawas persaingan nasional tidak hanya sampai batas-batas dalam negeri saja. Dalam penerapan hukum persaingan internasional, *effects doctrine* makin menunjukkan hasilnya. Perlahan-lahan prinsip ini bahkan dapat diterima di negara-negara yang tidak memiliki kebijakan persaingan nasional



¹²² *Ibid.*

BAB 3

PENERAPAN *SINGLE ECONOMIC ENTITY* PADA UNDANG-UNDANG NOMOR 5 TAHUN 1999

Pada bagian ini akan dibahas penerapan prinsip *single economic entity* ruang lingkup hukum persaingan usaha di Indonesia. Untuk melakukan itu, akan dibahas putusan KPPU terhadap kasus-kasus yang terjadi di Indonesia dimana prinsip *single economic entity* itu diterapkan. Pembahasan akan dimulai dengan menguraikan kasus posisi untuk kemudian dianalisa putusnya terkait pembuktian terhadap unsur pengendalian yang dilakukan perusahaan induk terhadap anak perusahaannya.

3.1 Fakta-Fakta Terkait Perkara Nomor: 07/KPPU-L/2007 Tentang Dugaan Pelanggaran Oleh Kelompok Usaha TEMASEK

Para pihak yang menjadi tergugat adalah Temasek Holdings Pte. (TEMASEK), Singapore Technologies Telemedia Pte. Ltd. (STT), STT Communications Ltd (STTC), Asia Mobile Holding Company Pte. (AMHC), Asia Mobile Holdings Pte. Ltd. (AMH), Indonesia Communications Pte. Ltd. (ICPL), Singapore Telecommunications Ltd (SingTel), Singapore Telecom Mobile Pte. Ltd. (SingTel Mobile) yang berstatus badan hukum Singapura; Indonesia Communications Limited (ICL) yang berstatus badan hukum Mauritius dan PT. Telekomunikasi Selular (Telkomsel) yang berstatus badan hukum Indonesia.

TEMASEK yang didirikan tahun 1974 adalah perusahaan investasi di Asia yang berkedudukan di Singapura. Investasi Temasek berjumlah S\$ 129 miliar (US\$ 80 miliar) yang tersebar di Singapura, Asia, dan negara-negara OECD yang mencakup sektor telekomunikasi dan media, jasa keuangan, properti, transportasi dan logistik, energi dan sumber daya, infrastruktur, rekayasa dan teknologi, serta farmasi dan *bioscience*.

Sejak tahun 2004, nilai investasi portofolio TEMASEK terus bertambah dari sekitar S\$ 90 milyar menjadi S\$ 103 milyar pada tahun 2005. Pada tahun 2006 investasi portofolio meningkat pesat menjadi S\$129 milyar. Fokus utama investasi Temasek ditujukan pada sektor keuangan dan perbankan serta telekomunikasi dan

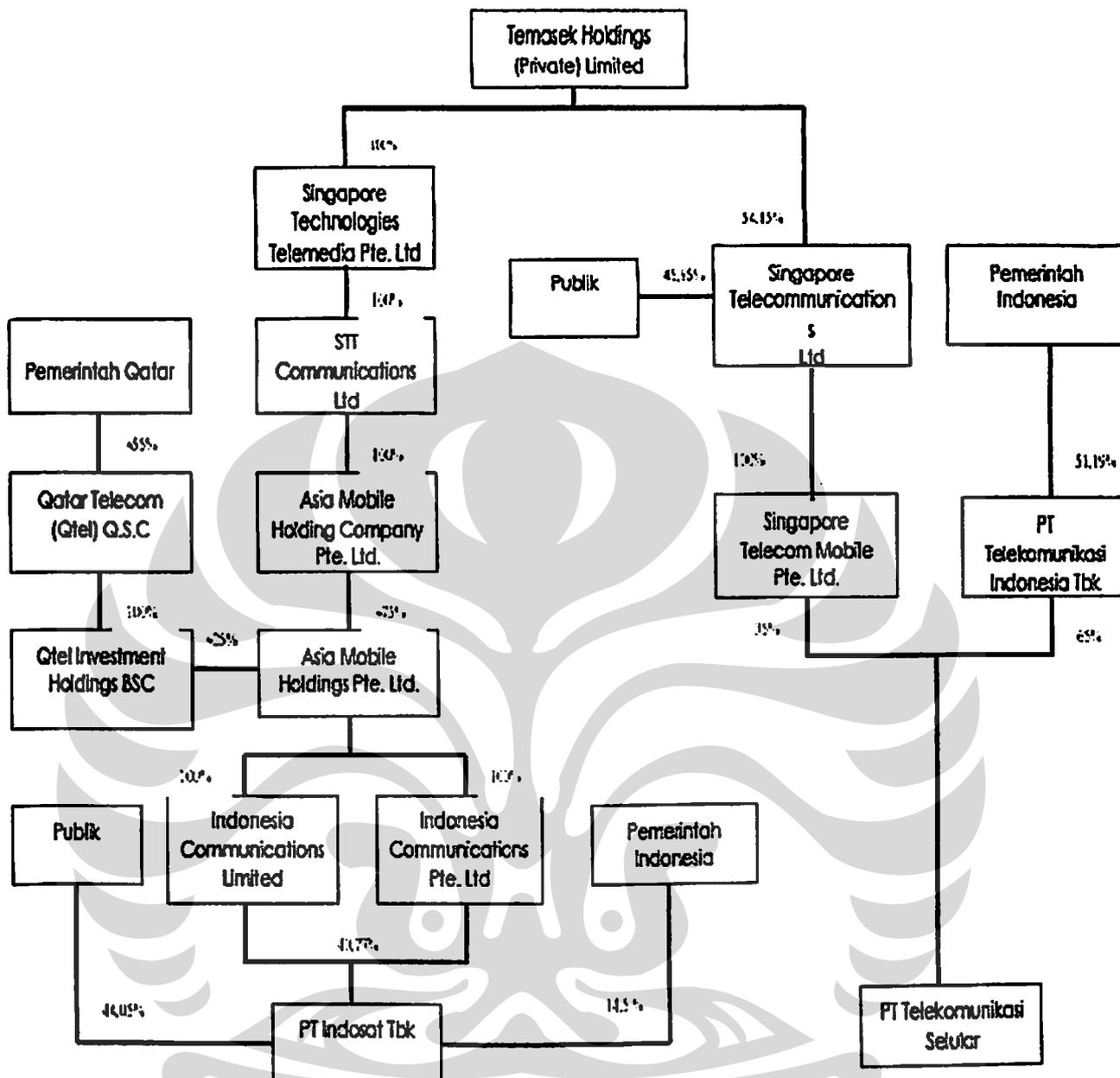
media. Pada tahun 2004, porsi investasi pada sektor telekomunikasi & media tercatat sebesar 36% dan sektor keuangan dan perbankan sebesar 21%. Akan tetapi pada tahun 2005, porsi investasi di sektor keuangan mulai meningkat melebihi porsi sektor telekomunikasi dan media, yaitu sebesar 35% dibandingkan dengan sektor telekomunikasi yang turun menjadi sekitar 26%. Dari data-data tersebut, mayoritas investasi yang dilakukan oleh Temasek terfokus pada industry keuangan dan telekomunikasi.

Sampai tahun 2006, operator layanan telekomunikasi seluler dijalankan oleh 6 (enam) pelaku usaha, yaitu: Telkomsel, Indosat, Excelcomindo, Mobile-8 / M-8 (Fren), Sampoerna Telekomunikasi Ind dan Natrindo Telepon Seluler (NTS). Dari keenam pelaku usaha tersebut, Telkomsel mempunyai pelanggan sebanyak 55,79% dan Indosat 26,18%.

Proses kepemilikan silang TEMASEK terhadap Telkomsel dan Indosat dimulai ketika Temasek melalui SingTel mengakuisisi saham Telkomsel dari KPN Belanda sebesar 22,3% pada akhir tahun 2001. Kemudian pada Juli 2002 SingTel meningkatkan kepemilikan sahamnya dengan mengakuisisi kepemilikan Telkom pada Telkomsel menjadi sebesar 35% dan sebagai kompensasinya PT. Telkom mengalihkan aset Telkom Mobile ke Telkomsel termasuk lisensi penggunaan DCS 1800.

Pada tanggal 15 Desember 2002, STT memenangkan tender divestasi 41,9% kepemilikan saham Indosat yang kemudian dimiliki melalui ICL. Pada 1 Agustus 2004 dan 1 Agustus 2005 Indosat melaksanakan *Employment Stock Owner Program* (ESOP) yang menyebabkan dilusi para pemilik sahamnya termasuk STT yang kepemilikan sahamnya menjadi 39,96%. STT kemudian melalui ICPL pada Tahun 2006 yang dilaporkan pada tanggal 4 Mei 2006 kepada Bapepam membeli saham Indosat di pasar modal sebesar 0,86% sehingga secara keseluruhan saham yang dikuasainya menjadi sebesar 41,16%. Pada tahun 2006 STT mendirikan AMHC yang kemudian bersama-sama Qatar Telecom menguasai AMH dengan komposisi kepemilikan AMHC sebesar 75% dan Qatar Telecom sebesar 25%. Kepemilikan STTC terhadap ICL kemudian dialihkan seluruhnya kepada AMHC.

Dengan demikian skema kepemilikan Temasek terhadap Telkomsel dan Indosat dapat dilihat dari gambar dibawah ini:



Gambar 1. Struktur Kepemilikan Dalam Tubuh Temasek

Dengan struktur kepemilikan silang tersebut mengakibatkan Temasek, SingTel, SingTel Mobile, STT, STTC, AMHC, AMH, ICL dan ICPL mempunyai kewenangan terhadap anak perusahaannya masing-masing sebagaimana dituangkan dalam anggaran dasar masing-masing perusahaan, secara berturut-turut adalah sebagai berikut:

- Temasek sebagai pemegang saham di SingTel memiliki kewenangan untuk mengangkat dan memberhentikan Direksi SingTel sesuai anggaran dasar SingTel;
- Bahwa Temasek sebagai pemegang saham di STT memiliki kewenangan untuk mengangkat dan memberhentikan Direksi STT anggaran dasar STT;
- Bahwa SingTel sebagai pemegang saham SingTel Mobile memiliki kewenangan untuk mengangkat dan memberhentikan Direksi SingTel Mobile anggaran dasar SingTel Mobile;
- Bahwa SingTel Mobile sebagai pemegang saham Telkomsel memiliki kewenangan untuk menempatkan 2 orang di Dewan Direksi Telkomsel dan 2 orang di Dewan Komisaris Telkomsel sesuai anggaran dasar Telkomsel;
- Bahwa STT sebagai pemegang saham STTC memiliki kewenangan untuk mengangkat dan memberhentikan Direksi STTC sesuai anggaran dasar STCC;
- Bahwa STTC sebagai pemegang saham AMHC memiliki kewenangan untuk mengangkat dan memberhentikan Direksi AMHC sesuai anggaran dasar AMHC;
- Bahwa AMHC sebagai pemegang saham AMH memiliki kewenangan untuk mengangkat dan memberhentikan Direksi AMH sesuai anggaran dasar AMH;
- Bahwa AMH sebagai pemegang saham ICPL memiliki kewenangan untuk mengangkat dan memberhentikan Direksi ICPL sesuai anggaran dasar ICPL;
- Bahwa AMH sebagai pemegang saham ICL memiliki kewenangan untuk mengangkat dan memberhentikan Direksi ICL sesuai anggaran dasar ICL;
- Bahwa ICL dan ICPL sebagai pemegang saham Indosat memiliki kewenangan untuk mengangkat dan memberhentikan Direksi dan Komisaris Indosat sesuai anggaran dasar Indosat

Sejak tahun 2002 hingga saat ini, dalam struktur kepengurusan Telkomsel, posisi direktur niaga dan direktur operasi selalu dinominasikan oleh SingTel Mobile. Hal ini menyebabkan, persetujuan anggaran tahunan terkait *capital expenditure* harus melewati *Capex Committee* yang beranggotakan tiga orang yang terdiri atas dua orang dari Telkom, dan satu orang dari SingTel. Menurut pengakuan Telkomsel, SingTel secara aktif mempengaruhi *Capex Committee* melalui staf yang ditugaskan untuk hal tersebut dan *Capex Committee* dapat berkonsultasi dengan tim yang berasal dari SingTel.

Dalam struktur kepengurusan Indosat, posisi wakil direktur utama dan direktur keuangan selalu dinominasikan dan dijabat oleh pihak ICL. Hal ini dikarenakan ICL sebagai investor dan dianggap paling menguasai teknologi. Sebelum STT masuk sebagai pemilik, proses pengadaan lebih cenderung pada *open tender*, yaitu pengadaan yang secara penuh benar-benar dilakukan oleh tim *procurement* Indosat dengan spesifikasi yang ditentukan *user*. Namun semenjak masuknya STT sebagai pemilik Indosat, fungsi pengadaan berada di bawah kendali Wakil Direktur Utama. Kebijakan Indosat mengenai metode pengadaan jaringan, awalnya dikendalikan langsung langsung dibawah Direktur Utama melalui mekanisme *non turn key* yang dikerjakan oleh perusahaan lokal. Namun semenjak fungsi pengadaan berada di bawah kendali Wakil Direktur Utama, mekanisme berubah menjadi *turn key* yang dikerjakan oleh asing. Hal ini berdampak pada terjadinya pembatalan terhadap metode pembangunan yang diterapkan oleh Direktur utama dan menyebabkan Direktur Utama mundur dari jabatannya. Hal mana juga menjadi indikasi yang mengendalikan Indosat adalah Wakil Direktur Utama, sementara Direktur Utama hanya sebagai symbol.

Pembatalan tersebut mengakibatkan tidak adanya keputusan untuk pengadaan pembangunan jaringan. Kondisi tersebut berlangsung selama 9 (sembilan) bulan pertama pada tahun 2006, sehingga kegiatan bisnis Indosat terhambat perkembangannya dan tertinggal dibanding dengan operator lain. Informasi mengenai keterlambatan pembangunan jaringan tersebut disampaikan oleh 4 (empat) Direksi Indosat kepada Komisaris Utama, namun tidak diambil tindakan apapun.

3.2 Putusan KPPU Terkait Penerapan Prinsip *Single Economic Entity* Pada Perkara Nomor: 07/KPPU-L/2007

KPPU menterjemahkan *single economic entity* dengan istilah entitas ekonomi tunggal,¹²³ yang artinya memandang induk dan anak perusahaan sebagai satu kesatuan entitas ekonomi. Penerapan prinsip *single economic entity* dalam kasus ini terletak pada pembuktian aspek formal¹²⁴, khususnya mengenai yurisdiksi KPPU dalam menjangkau tergugat, sebagai pelaku usaha yang berstatus badan hukum

¹²³ Perkara Nomor: 07/KPPU-L/2004, butir 4.2, hal 594

¹²⁴ *Ibid.*, hal 594-623

asing. Setelah membuktikan bahwa KPPU mempunyai kewenangan yurisdiksi terhadap pelaku usaha asing, kemudian dilanjutkan dengan membuktikan apakah pelaku usaha asing tersebut merupakan satu kesatuan entitas ekonomi dengan pelaku usaha yang ada di Indonesia. Bagian ini tidak akan membahas dampak yang ditimbulkan dari adanya kepemilikan silang tersebut.

3.2.1 Prihal Yurisdiksi KPPU Untuk Terhadap Pelaku Usaha Asing

KPPU memulai analisisnya dengan menganalisa ketentuan pasal 1 angka UU 5/99 yang berbunyi:

“Pelaku usaha adalah setiap orang perorangan atau badan usaha, baik yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum negara Republik Indonesia, baik sendiri maupun bersama-sama melalui perjanjian, menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang ekonomi”.

Penilaian yang dilakukan KPPU untuk menjawab permasalahan yurisdiksi tersebut dilakukan dengan melihat 3 (tiga) hal, yaitu: *Pertama*, dari isi ketentuan UU 5/99; *kedua*, dari segi praktek peradilan di Indonesia, dan *ketiga*, praktek di negara lain yang sudah terlebih dahulu menerapkan hukum persaingan usaha.

Mengenai isi ketentuan UU 5/99, KPPU memulai pendapatnya dengan menafsirkan tujuan dari UU 5/99 sebagaimana tertuang dalam bagian konsideran huruf c UU 5/99.¹²⁵ Menurut KPPU UU 5/99 mempunyai tujuan untuk melindungi berjalannya mekanisme pasar dengan mencegah timbulnya praktek monopoli atau persaingan usaha tidak sehat pada suatu pasar. Pasar dalam hal ini tentunya adalah pasar dalam negeri Indonesia, yang saat ini sudah terbuka sehingga siapa saja, baik pihak dalam negeri maupun pihak luar negeri, dapat berpartisipasi pada pasar Indonesia. Namun sebagai suatu negara yang berdaulat, Indonesia berhak untuk mempunyai hukum dan institusi untuk menjamin agar mekanisme pasar berjalan

¹²⁵ Konsideran c UU 5/99, “bahwa setiap orang yang berusaha di Indonesia harus berada dalam situasi persaingan yang sehat dan wajar sehingga tidak menimbulkan adanya pemusatan kekuatan ekonomi pada pelaku usaha tertentu, dengan tidak terlepas dari kesepakatan yang telah dilaksanakan oleh negara Republik Indonesia terhadap perjanjian-perjanjian internasional”.

secara efektif, efisien dan wajar.¹²⁶ Dalam bunyi konsideran tersebut KPPU menterjemahkan frase “setiap orang” yang mengindikasikan bahwa pihak luar negeri pun menjadi objek yang dapat dijangkau oleh UU 5/99, asalkan kegiatan usahanya dilakukan di Indonesia.¹²⁷ KPPU menterjemahkan frase “didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan usaha”, sebagaimana terdapat pada pasal 1 angka 5 UU 5/99 yang menunjukkan pelaku usaha yang tidak didirikan atau berdomisili dalam wilayah Indonesia terkena ketentuan UU 5/99, selama mereka melakukan kegiatan usaha di wilayah Republik Indonesia.¹²⁸

Mengenai segi praktek peradilan di Indonesia, KPPU merujuk pada putusan yang telah dikukuhkan Mahkamah Agung terhadap Perkara Nomor: 07/KPPU-L/2004 mengenai persekongkolan tender penjualan 2 (dua) *Very Large Crude Carrier* (VLCC) milik Pertamina yang dimenangkan oleh Frontline Ltd. Dalam kasus tersebut KPPU menghukum Frontline Ltd. sebuah badan usaha yang didirikan berdasarkan hukum Bermuda, berkedudukan di Norway, dan dengan pusat manajemen keuangan di New York, Amerika Serikat. Dengan demikian, dalam praktek peradilan di Indonesia sudah mengukuhkan pengertian pelaku usaha terhadap badan usaha yang didirikan dan berkedudukan di luar negeri, serta pengertian melakukan kegiatan usaha di Indonesia, yaitu bahwa kegiatan usaha tersebut tidak harus secara langsung dilakukan oleh badan usaha tersebut (yang berada di luar negeri), namun dapat juga dilakukan melalui pihak lain yang terpisah secara badan hukum.¹²⁹

Mengenai praktek di negara lain, KPPU merujuk kasus-kasus di Amerika dan Uni Eropa yang terkait seputar penerapan ekstratoritorial dalam hukum persaingan usaha.¹³⁰ Dari kasus-kasus tersebut KPPU ingin menunjukkan bahwa dengan adanya prinsip *effect doctrine*, maka pelaku usaha asing yang berkedudukan di luar negeri

¹²⁶ *Ibid.*, butir 4.2.4.1, hal 595

¹²⁷ *Ibid.*, butir 4.2.4.2, hal 595

¹²⁸ *Ibid.*, butir 4.2.4.4, hal 595

¹²⁹ *Ibid.*, butir 4.2.4.5-7, hal 596-599

¹³⁰ Untuk perkara di Amerika Serikat, kasus-kasus yang dirujuk adalah *American Banana Co. v. United Fruit Co.*, 213 U.S. 347 (1909), *United States v. Aluminum Co. of Am.*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945), *Hartford Fire Ins. Co v. California*, 509 US 764 S.Ct 2891 (1993) dan *United States v. Nippon Paper Industries Co.* 109 F.3d (1st Cir. 1997). Sedangkan untuk perkara di Uni Eropa, kasus-kasus yang dirujuk adalah *Béguelin (Case 22/71, Béguelin Import Co. v. GL Import Export* [1971] ECR 949, [1972] CMLR 81), *Dyestuff (Case 48/69, ICI v. Commission (Dyestuff)* [1972] ECR 619, [1972] CMLR 557 dan *Wood Pulp I (Wood Pulp* [1985] OJ L85/1, [1985] 3 CMLR 474). *Ibid.*, butir 4.2.4.10-18, hal 598-602.

dapat dimintai pertanggungjawaban, apabila tindakannya menimbulkan dampak di negara lain. Selain itu KPPU juga merujuk ketentuan yang ada di Singapura, dimana dalam pasal 33 (1) *The Competition Act* 2004 secara jelas menyatakan larangan dalam *Competition Act* tersebut berlaku terhadap perjanjian yang dibuat atau kegiatan yang dilakukan di luar Singapura atau oleh pihak yang berada di luar Singapura.¹³¹

3.2.2 Pembuktian Unsur Pengendalian Sebagai Syarat Penerapan Prinsip *Single Economic Entity*

Setelah KPPU mendalilkan legalitasnya terhadap yurisdiksi pelaku usaha asing, maka pembuktian selanjutnya adalah membuktikan pelaku usaha asing sebagai satu kesatuan entitas ekonomi dengan pelaku usaha di Indonesia.

TEMASEK memiliki saham sebesar 35% atas Telkomsel dan sebesar 41,16% atas PT. Indosat, Tbk. Dengan kepemilikan saham kurang dari 50%. Untuk menentukan apakah TEMASEK memiliki kendali terhadap anak perusahaannya maka ada 3 (tiga) hal yang harus dibuktikan.

- 1) Pertama, bahwa perusahaan induk memiliki representasi manajemen pada anak perusahaan;
- 2) kedua, perusahaan induk memiliki kemampuan untuk mempengaruhi arah kebijakan anak perusahaan;
- 3) ketiga, perusahaan induk memiliki akses informasi yang bersifat rahasia atau sensitif mengenai anak perusahaan.¹³²

KPPU membuktikan representasi manajemen Temasek terhadap anak perusahaannya dengan mengemukakan fakta-fakta dibawah ini: Pertama, SingTel Mobile memiliki hak atas dua posisi Direktur dan dua posisi Komisaris di Telkomsel. Alhasil sejak tahun 2002 dua posisi direktur yang selalu diisi oleh SingTel Mobile adalah Direktur Niaga dan Direktur Operasi. Kedua, ICL berhak atas 8 (delapan) dari 9 (sembilan) posisi Direktur dan Komisaris di PT Indosat, Tbk, sedangkan Pemerintah Republik Indonesia hanya memiliki hak atas satu posisi Direksi dan Komisaris.

¹³¹ *Ibid.*, butir 4.2.4.20, hal 603

¹³² *Ibid.*, butir 4.2.5.8, hal 606

Alhasil, Wakil Direktur Utama dan Direktur Keuangan selalu dijabat oleh orang yang dinominasikan ICL.

Mengenai kemampuan perusahaan induk untuk mempengaruhi arah kebijakan anak perusahaan dibuktikan dengan fakta-fakta berikut: Pertama, kebijakan-kebijakan perusahaan yang bersifat strategis harus disetujui oleh $\frac{3}{4}$ pemegang saham perusahaan, sehingga berdasarkan penerapan Undang-Undang Perseroan Terbatas, pemegang saham yang menguasai lebih dari 25% dapat memveto keputusan-keputusan tersebut. Kedua, SingTel Mobile sebagai pemilik saham Telkomsel dan ICL sebagai pemilik saham PT Indosat, Tbk, menunjukkan bahwa para pemegang saham tersebut melalui hak suara sesuai dengan jumlah kepemilikan sahamnya dapat menentukan tercapai tidaknya persetujuan dari $\frac{3}{4}$ keseluruhan pemegang saham perusahaan. Ketiga, SingTel Mobile dapat mempengaruhi Telkomsel dalam hal penentuan *Capital Expenditure (Capex)*. *Capex* Telkomsel harus disetujui oleh *Capex Committee* yang terdiri atas 3 (tiga) orang dan salah satunya adalah Komisaris yang dinominasikan SingTel Mobile. Keempat, SingTel melalui induk perusahaan SingTel Mobile, juga secara aktif membantu *Capex Committee* melalui Komisaris yang dinominasikan oleh SingTel Mobile, dengan menyediakan staf khusus untuk urusan tersebut yang juga dapat berhubungan secara langsung dengan manajemen Telkomsel. Kelima, ICL dapat mempengaruhi PT Indosat, Tbk dalam hal metode pengadaan jaringan yang dikendalikan oleh Wakil Direktur Utama yang dinominasikan oleh ICL. Inilah yang menjadi penyebab terjadinya keterlambatan pembangunan jaringan di PT Indosat, Tbk;

Mengenai kemampuan perusahaan induk untuk mengakses rahasia anak perusahaan didasarkan pada penentuan *Capex* pada Telkomsel dan penentuan metoda pengadaan jaringan pada PT Indosat, Tbk. merupakan informasi perusahaan yang bersifat rahasia dan sensitif. Karena informasi terhadap hal tersebut vital bagi masing-masing perusahaan dan informasi tersebut tidak dapat diakses oleh publik. Dalam hal tersebut SingTel memiliki akses terhadap informasi perencanaan *Capex* Telkomsel dan ICL memiliki akses terhadap informasi mengenai keterlambatan pembangunan jaringan PT. Indosat Tbk. akibat pemilihan metoda pengadaan jaringan yang telah dilaporkan kepada salah satu Komisaris PT. Indosat, Tbk. yang juga menjabat di manajemen ICL.

Dengan terpenuhinya ketiga kriteria tersebut, maka TEMASEK di samping memiliki sejumlah signifikan saham, juga memiliki kemampuan untuk mengendalikan Telkomsel dan PT Indosat, Tbk. sehingga dengan demikian dapat dipandang sebagai satu entitas ekonomi.

3.3 Analisa Penerapan *Single Economic Entity* Atas Putusan KPPU Pada Perkara Nomor: 07/KPPU-L/2007

Uni Eropa memandang *single economic entity* sebagai konsekuensi hukum untuk meminta pertanggungjawaban perusahaan induk karena pengendaliannya menyebabkan anak perusahaan di negara lain melanggar ketentuan hukum persaingan usaha setempat. Salah satu latar belakang dan menjadi kekentalan pengadilan Uni Eropa memandang *single economic entity* adalah terdapatnya dua pelaku usaha yang berbeda status badan hukum, contohnya: *Bequelin Import Co. v. G.L. Import-Export SA* yang melibatkan negara Perancis dan Belgia, *Centrafarm BV v Sterling Drug Inc* yang melibatkan Belanda dan Amerika Serikat, *Chemical Industries v. Commission of the European* yang melibatkan 8 (delapan) negara anggota Uni Eropa dan *Communities* dan *Viho Europe BV v. Commission* yang melibatkan Inggris dan Belanda. Hal ini berbeda dengan yang ada di Amerika Serikat, dimana penerapan *single economic entity* tidak terkait masalah yurisdiksi kewenangan. Mahkamah Agung Amerika Serikat masih berketat dapatkan perjanjian antara perusahaan induk dan anak perusahaan dijerat dengan ketentuan pasal 1 *Sherman Act*.

Penerapan *single economic entity* yang didalilkan KPPU dalam kasus TEMASEK menggunakan rujukan referensi yang terdapat pada kasus-kasus Uni Eropa. Bahkan pada bagian analisa hukum nomor 5 butir c, terlihat jelas bahwa KPPU mengutip, bahkan menterjemahkan pendapat Alison Jones dan Brenda Suftrin yang notabene menulis perkembangan *single economic entity* dari kaca mata Uni Eropa. Menurut penulis, karena dalam kasus TEMASEK ini melibatkan yurisdiksi lebih dari satu negara, maka KPPU memandang penerapan *single economic entity* harus terlebih dahulu membahas masalah yurisdiksi kewenangan KPPU terhadap pelaku usaha asing, baru kemudian membuktikan unsur pengendalian:

“Majelis Komisi berpendapat bahwa baik dalam sistem hukum nasional maupun secara internasional, hukum persaingan dapat

berlaku secara ekstrateritorial selama syarat-syarat dalam *effect doctrine*, doktrin implementasi atau *single economic entity doctrine*".¹³³

Terkait perluasan fungsi kontrol terhadap anak perusahaannya, maka TEMASEK mempunyai fungsi *capitalist control* karena didasarkan kepemilikan saham dan kewenangan yang terdapat dalam anggaran dasar masing-masing anak perusahaannya. Melalui kepemilikan saham tersebut, TEMASEK memperluas kewenangannya untuk melakukan *functional control* terhadap pengendalian manajerial melalui penempatan orang-orang di jajaran komisaris, direksi dan direktur.

Terkait bentuk perusahaan holding yang ada pada TEMASEK, maka dapat dikatakan ia termasuk perusahaan holding investasi. Alasannya adalah argumentasi TEMASEK sendiri dalam pembelaannya yang mengatakan:

"TEMASEK adalah Perusahaan Investasi Asia yang didirikan dan berpusat di Singapura....TEMASEK mengelola berbagai investasi portfolio secara global bernilai lebih dari S\$160 miliar (USD 100 miliar), terutama di Singapura, Asia dan Negara-negara OECD".¹³⁴

Terkait bentuk pertanggungjawaban TEMASEK terhadap dampak yang ditimbulkan di Indonesia, termasuk ke dalam pertanggungjawaban tidak langsung. Hal ini dikarenakan TEMASEK bukan pelaku langsung yang berdomisili di Indonesia; melainkan hanya sebagai aktor yang melakukan pengendalian terhadap Telkomsel dan Indosat.

Penerapan *single economic entity* dalam hukum persaingan usaha mensyaratkan 3 hal pokok: para pihak, adanya unsur pengendalian, konsekuensi dari pengendalian tersebut. Mengenai para pihak, dalam kasus ini para tergugat adalah perusahaan *holding* yang tak lain adalah TEMASEK beserta anak-anak perusahaannya, baik itu anak perusahaan langsung (*direct subsidiaries*) maupun tidak langsung (*indirect subsidiaries*). Dapat diambil contoh misalnya TEMASEK sebagai perusahaan induk mempunyai anak perusahaan langsung yaitu STT dan

¹³³ *Ibid.*, butir 4.2.4.21, hal 601

¹³⁴ *Ibid.*, hal 120-121

Singtel, sedangkan Telkomsel dan Indosat adalah anak perusahaan tidak langsung dari TEMASEK. Demikian pula SingTel Mobile sebagai perusahaan induk mempunyai anak perusahaan langsung yaitu Telkomsel; sedangkan ICPL dan ICL mempunyai anak perusahaan langsung yaitu Indosat. Oleh sebab itu syarat pertama menyangkut unsur para pihak, terpenuhi.

Mengenai ada atau tidaknya unsur pengendalian, dalam kasus ini harus dibuktikan apakah TEMASEK secara *de facto* mengendalikan anak perusahaannya, sehingga mengakibatkan Telkomsel dapat dikendalikan oleh SingTel Mobile dan Indosat dapat dikendalikan oleh ICPL dan ICL. Dalam teori yang telah disebutkan sebelumnya, ada 4 (empat) pola menyangkut keterlibatan perusahaan induk dalam mengendalikan anak perusahaan, yaitu operasionalitas hak *veto*, ikut serta dalam dewan direksi secara langsung, ikut serta dalam dewan komisaris atau ikut serta secara tidak langsung dalam kepengurusan/komisaris, dan melalui hubungan tanpa adanya ikatan yuridis. Berdasarkan fakta-fakta yang tercantum pada perkara ini, maka pengendalian melalui operasionalisasi hak *veto* terdapat pada TEMASEK melalui anak perusahaannya untuk memveto putusan Rapat Umum Pemegang Saham dalam hal perubahan Anggaran Dasar, *buy back* saham perusahaan, penggabungan, peleburan, pengambilalihan, pembubaran dan likuidasi perusahaan.¹³⁵

TEMASEK juga dapat melakukan pengendalian melalui keikutsertaannya secara langsung untuk duduk dalam jajaran direksi pada anak perusahaannya. Kewenangan yang dimiliki TEMASEK yang dipertegas dalam anggaran dasar masing-masing anak perusahaan adalah menominasikan direksi dan komisaris baik di Telkomsel maupun Indosat.¹³⁶ Anak perusahaan tersebut adalah SingTel Mobile dan ICL serta ICPL yang secara langsung mengendalikan Telkomsel dan Indosat:

- Bahwa SingTel Mobile sebagai pemegang saham Telkomsel memiliki kewenangan untuk menempatkan 2 orang di Dewan Direksi Telkomsel dan 2 orang di Dewan Komisaris Telkomsel sesuai anggaran dasar Telkomsel;

¹³⁵ *Ibid.*, hal 73.

¹³⁶ *Ibid.*

- Bahwa ICL dan ICPL sebagai pemegang saham Indosat memiliki kewenangan untuk mengangkat dan memberhentikan Direksi dan Komisaris Indosat sesuai anggaran dasar Indosat

Kasus-kasus di Uni Eropa dan Amerika Serikat, sama sekali tidak pernah menyinggung secara langsung mengenai bagaimana mekanisme pengendalian dari perusahaan induk kepada anak perusahaannya. Hal ini sangat ironis mengingat *single economic entity* menekankan pentingnya unsur pengendalian sebagai prasyaratnya. Nampaknya baik Uni Eropa dan Amerika Serikat masih beranggapan bahwa dengan adanya kepemilikan saham, maka secara tidak langsung terdapat pula unsur pengendalian. Hal ini tentu tidak sepenuhnya dapat diterima, karena kepemilikan saham, apalagi minoritas, tidak serta merta melahirkan kewenangan untuk membuat *decision making* terhadap anak perusahaan.

Lain halnya dalam perkara ini, KPPU membuktikan prinsip *single economic entity* untuk menafsirkan adanya saham mayoritas. KPPU menafsirkan saham mayoritas bukan dengan artian kepemilikan saham diatas 50%, melainkan dapat atau tidaknya pengendalian dilakukan sekalipun hanya memiliki saham dibawah 50% atau minoritas. Dengan demikian, sekalipun SingTel Mobile hanya memiliki saham di Telkomsel sebesar 35%, KPPU dalam putusannya mempertimbangkan 3 (tiga) hal, yaitu: aspek representasi manajemen, kemampuan mempengaruhi kebijakan perusahaan, dan akses informasi rahasia.

Ketiga hal yang dipertimbangkan KPPU merupakan terobosan yang sangat berarti bagi perkembangan hukum persaingan di Indonesia. Namun demikian, tanpa membuktikan ketiga hal tersebut, TEMASEK secara *de jure* memang memiliki hak untuk melakukan operasionalisasi hak veto dan hak mengikutsertakan nominasinya untuk duduk dalam jajaran direksi serta komisaris; dan hal itu sudah cukup untuk mengatakan bahwa TEMASEK, anak perusahaannya serta Telkomsel dan Indosat adalah *single economic entity*.

BAB 4

KESIMPULAN DAN SARAN

4.1 Kesimpulan

Dari uraian-uraian pada bab-bab terdahulu maka dapat disimpulkan bahwa :

1. Perusahaan induk mempunyai hak untuk mengendalikan kebijakan anak perusahaannya. Pengendalian ini menimbulkan dampak, manakala anak perusahaan melanggar ketentuan persaingan usaha suatu negara dimana ia menjalankan aktivitas bisnisnya. Perusahaan induk dalam hal ini dapat juga dikenai hukuman. Pendekatan ini dalam hukum persaingan usaha disebut *single economic entity doctrine*; yang memandang kedudukan perusahaan induk dan anak perusahaan sebagai satu kesatuan entitas ekonomi. Konsekuensi dari penerapan *single economic entity doctrine* ini adalah pelaku usaha dapat diminta pertanggungjawaban atas tindakan yang dilakukan oleh pelaku usaha lain dalam satu kesatuan ekonomi, meskipun pelaku usaha yang pertama beroperasi di luar yurisdiksi hukum persaingan usaha suatu negara, sehingga hukum persaingan usaha dapat bersifat ekstrateritorial. Syarat-syarat penerapan prinsip *single economic entity* adalah adanya para pihak, dalam hal ini perusahaan induk dan anak perusahaan. Hubungan para pihak ini adalah perusahaan induk sebagai pihak yang independen dan anak perusahaan yang tereduksi independensinya akibat kepemilikan saham oleh perusahaan induk, sehingga perusahaan induk mempunyai kewenangan untuk mengendalikan anak perusahaannya.
2. Penerapan *single economic entity* di Uni Eropa dan Amerika Serikat memiliki persamaan dan perbedaan. Persamaannya adalah: Pertama, kedudukan perusahaan induk dan anak perusahaan dianggap sebagai satu kesatuan entitas ekonomi yang tidak dapat dipisahkan karena adanya pengendalian. Kedua, unsur pengendalian oleh perusahaan induk terhadap anak perusahaan tidak dapat dianggap sebagai sebuah konspirasi yang melanggar ketentuan hukum persaingan usaha baik yang diatur dalam *article 85 Treaty of Rome* atau *article 1 Sherman Act*. Ketiga, pengendalian oleh perusahaan induk menyebabkan anak perusahaan dianggap tidak memiliki independensi untuk menentukan arah kebijakan perusahaannya.

Keempat, perusahaan induk dan anak perusahaan dapat saja melanggar ketentuan hukum persaingan apabila menyalahgunakan posisi dominannya dan menyebabkan praktek monopoli, sebagaimana diatur dalam ketentuan *Article 86 Treaty of Rome* atau *Article 3 Sherman Act*.

Perbedaannya adalah: di Uni Eropa penerapan prinsip *single economic entity* masih diwarnai kecenderungan untuk menjangkau pihak tergugat yaitu perusahaan induk dan anak perusahaan, dimana keduanya memiliki status badan hukum dari negara yang berbeda. Uni Eropa juga mengkombinasi penerapan *single economic entity* dengan *effect doctrine* untuk melihat, apakah kebijakan perusahaan induk menyebabkan dampak yang menghambat persaingan di negara lain. Sedangkan di Amerika Serikat penerapan prinsip *single economic entity* sejak awalnya diwarnai perdebatan teoritis mengenai, apakah perjanjian antara perusahaan induk dan anak perusahaan dapat menyebabkan terhambatnya persaingan dan dikategorikan sebagai sebuah konspirasi, sebagaimana dilarang dalam pasal 1 *Sherman Act*. Hingga saat ini, yurisprudensi Amerika Serikat masih menganggap bahwa perusahaan induk dan anak perusahaan tidak dapat dikategorikan sebagai pelanggaran pasal 1 *Sherman Act*; namun pada kasus *Copperweld* setidaknya pengadilan tingkat pertama memiliki pandangan yang berbeda dengan Mahkamah Agung.

3. Penerapan *single economic entity* di Indonesia dalam perkara nomor: 07/KPPU-L2007, memiliki kemiripan dengan Uni Eropa, karena diawali argumentasi KPPU terhadap yurisdiksinya menghukum pelaku usaha yang berada di luar Indonesia. Setelah itu KPPU membuktikan lebih lanjut bahwa kelompok usaha TEMASEK memegang kendali melalui anak perusahaannya, untuk menghambat Indosat dalam berkompetisi dengan Telkomsel yang adalah kompetitornya. KPPU menilai TEMASEK melakukan pengendalian terhadap Indosat dan Telkomsel dengan adanya representasi manajemen, kemampuan mempengaruhi kebijakan perusahaan, dan akses informasi rahasia.

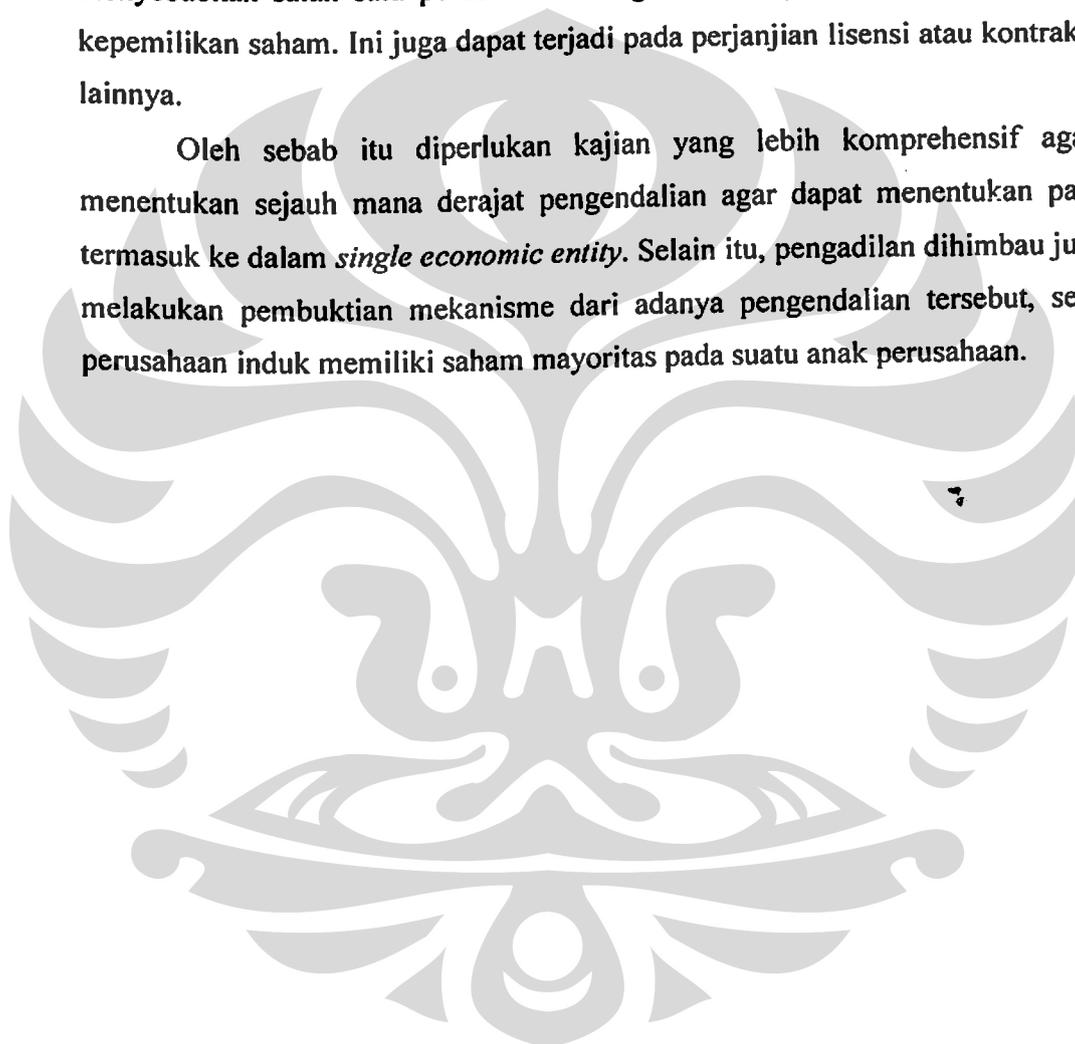
4.2 Saran

Prinsip *single economic entity* untuk membuktikan ada atau tidaknya unsur pengendalian oleh perusahaan induk kepada anak perusahaannya hanya dengan didasarkan pada kepemilikan saham, adalah sesuatu hal yang sangat sulit. Apalagi

manakala kepemilikan saham perusahaan induk terbagi secara tidak merata pada anak perusahaannya, sehingga semakin sulit untuk mengkategorikan dari sekian banyak anak perusahaan tersebut, mana yang termasuk *single economic entity* bersama perusahaan induknya.

Selain itu, dapatkah kita mengatakan apabila dua perusahaan melakukan perjanjian yang sifatnya '*long term agreement*' dikategorikan sebagai *single economic entity*? Hal ini penting, mengingat lamanya rentang waktu perjanjian dapat menyebabkan salah satu perusahaan mengendalikan perusahaan lain, tanpa adanya kepemilikan saham. Ini juga dapat terjadi pada perjanjian lisensi atau kontrak eksklusif lainnya.

Oleh sebab itu diperlukan kajian yang lebih komprehensif agar dapat menentukan sejauh mana derajat pengendalian agar dapat menentukan para pihak termasuk ke dalam *single economic entity*. Selain itu, pengadilan dihimbau juga untuk melakukan pembuktian mekanisme dari adanya pengendalian tersebut, sekali pun perusahaan induk memiliki saham mayoritas pada suatu anak perusahaan.



DAFTAR PUSTAKA

- _____, *Perusahaan Saling Mematikan dan Bersekongkol: Bagaimana Cara Memenangkan?* Editor: Rayendra L. Toruan. Jakarta: PT. Elex Media Komputindo. 2007
- AK, Syahmin. *Hukum Dagang Internasional: Dalam Kerangka Studi Analisis*. Jakarta: PT. RajaGrafindo. 2006.
- Anggraini, A.M Tri. *Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Tidak Sehat-Perse Illegal atau Rule of Reason*. Cet I. Jakarta: Program Pasca Sarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia. 2003
- Assant, Gilles. *Antitrust Intracorporate Conspiracies: A Comparative Study of French, EEC and American Laws*. European Competition Law Review. 1990
- Blak, Henry Campbell. *Blak's Law Dictionary With Pronunciations: Definition of The Terms and Phrases of American and English Jurisprudence-Ancient and Modern*. 6th edition, West Publishing Co. 1991
- Brorsson, Charlotte. *Towards International Competition Rules?* Juridiska Institutionen Gtenorgs Universitet.
- Bryann, A. Garner. *Black's Law Dictionary, 8th edition, West Publishing Co.*
- Dearborn, Meredith. *Enterprise Liability: Reviewing and Revitalizing Liability for Corporate Groups*. California Law Review. Vol 97. 2009
- Ezrachi, Ariel dan David Gilo, *EC Competition Law and The Regulation of Passive Investments Among Competitors*. Oxford Journal of legal Studies. Vol 26. 2006.
- Feeney, David J. *The European Commission's Extraterritorial Jurisdiction over Corporate Mergers*. Georgia State University Law Review. Vol 19. 2002
- Fuadi, Munir. *Hukum Perusahaan Dalam Paradigma Hukum Bisnis (Berdasarkan Undang-Undang Nomor 40 Tahun 2007)*. Bandung. PT. Citra Aditya Bakti. 2008.

- Gie, Kwik Kian, *Et.al. Konglomerasi Indonesia: Permasalahan dan Sepak Terjangnya*. Jakarta: Pustaka Sinar Harapan: Jakarta. 1993
- Hansen, Knud. *Et.Al. Undang-Undang No. 5 Tahun 1999: Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat [Law Concerning the Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Competition]*. Cetakan kedua. Jakarta: Katalis, 2002.
- Ibrahim, Johnny. *Hukum Persaingan Usaha: Filosofi, Teori dan Implikasi Penerapannya di Indonesia*. Cet II. Malang: Bayumedia. 2007
- Indonesia. *Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*. UU No. 5 tahun 1999. LN No. 33 tahun 1999. TLN No. 3817.
- Institut Liberal Friedrich-Naumann-Stiftung. *Jalan Menuju Tatanan Persaingan Global—Disertai Dokumen-Dokumen Kebijakan Persaingan yang Bersifat Internasional*. Vol 10. 2003
- Jones, Alison dan Brenda Suffin. *EC Competition Law: Text, Cases and Materials*, 3rd ed, Oxford University Press. 2001.
- Khemani R.S. dan D.M. Shapiro. *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law*. Paris: OECD. 1996
- Krisanto, Yakub Adi, *Dampak Penerapan Hukum Persaingan Bagi Perlindungan Konsumen (Studi atas Keputusan KPPU No. 07/KPPU-L/2007 dan Keberpengaruhannya Terhadap Besaran Tarif Seluler di Indonesia)*. Tidak dipublikasikan
- Loughlin, Colleen. *Et.al. Laporan Kebijakan Persaingan Indonesia*. Jakarta: USAID-Government of Indonesia. 1999
- Maarif, Syamsul Maarif. *Tantangan Penegakan Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*, Jurnal Hukum Bisnis. Vol. 19. Mei – Juni 2002.
- Mamuji, Sri. *Et.al. Metode Penelitian dan Penulisan Hukum dan Penulisan Hukum*. Cet 1. Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia. 2005

- Mckinnon, Michael G. *Federal Judicial and Legislative Jurisdiction Over Entities Abroad: The Long-Arm of U.S. Antitrust Law and Viable Solutions Beyond The Timberlane/Restatement Comity Approach*. *Pepperdine law Review*. Vol 21. 1994.
- McNamara, Thomas W. *Defining Single Entity for Purposes of Section 1 of The Sherman Act Post Copperweld: A Suggested Approach*. *San Diego law Review*. Vol 22. 1985.
- Mehra, Salil K. *Extraterritorial Antitrust Enforcement and the Myth of International Consensus*. *Duke Journal of Comparative and International Law*. Vol 10:191. 2000.
- O'Connor, John T. *Copperweld Corporation v. Independence Tube Corporation: The Death of a Doctrine*. *School of Law Pace Law Review*. Vol 5. 1985
- Purba, Hasim. *Tinjauan terhadap Holding Company, Trust, Cartel dan Concern*, <http://www.library.usu.ac.id>. Diakses pada tanggal 10 November 2008.
- Sahni, Binda, *The Interpretation of The Corporate Personality of Transnational Corporation*. *Widener Law Journal*. Vol 15. 2005
- Silalahi, Udin. *Undang-Undang Antimonopoli Indonesia, Peranan dan Fungsinya Di Dalam Perekonomian Indonesia*. *Jurnal Hukum Bisnis*. Vol 10. 2000.
- Sirait, Ningrum Natasya. *Indonesia's Experience with Its Competition Law and Challenges Ahead*. Medan: Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara. 2004
- Siswanto, Arie. *Hukum Persaingan Usaha*. Cet I. Jakarta: Ghalia Indonesia. 2002.
- Smith, Douglas G. *The Intracorporate Conspiracy Doctrine and 42 U.S.C. S 1985 (3): The Original Intent*. *Northwestern University Law Review*. Vol 90. 1996.
- Soekanto, Soerjono. *Pengantar Penelitian Hukum*. Jakarta: UI-Press. 1986
- Stiftung, Institut Liberal Friedrich-Naumann, *Jalan Menuju Tatanan Persaingan Global-Disertai Dokumen-Dokumen Kebijakan Persaingan yang Bersifat Internasional*. Vol 10. 2003.

Williamson, Dean V. *Organization, Control and the Single Entity Defense in Antitrust*. Antitrust Division, US Department of Justice. 2006.

Kasus-Kasus:

Perkara No: 07/KPPU-L/2007 tentang Dugaan Pelanggaran oleh Kelompok Usaha Temasek

Beguelin Import Co. v G.L. Import Export SA, 1972 CMLR 81 at 95 (1972).

Centrafarm BV v Sterling Drug Inc., 1974 ECR 1147 at 1168 to 1169 (1974).

Viho Europe BVv. Commission [1996] ECR I-5457

United States v. Yellow Cab Co., 332 U.S. 218 (1947)

Timken Roller Bearing Co. v. United States, 341 U.S. 593 (1951)

Kiefer-Stewart Co. v. Joseph E. Seagram & Sons, Inc., 340 U.S. 211 (1951)

Perma Life Mufflers, Inc. v. International Parts Corp., 392 U.S. 1325 (1968)

Copperweld Corp. v. Independence Tube Corp., 104 S. Ct. 2731 (1984).