

**DAMPAK PENYALAHGUNAAN POSISI DOMINAN  
OLEH MICROSOFT TERHADAP  
PERSAINGAN USAHA DI UNI EROPA**

**TESIS**

**Diajukan sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar  
Magister Sains (M.Si)**

**Nani Indriani  
0606025342**



**UNIVERSITAS INDONESIA  
PROGRAM STUDI KAJIAN WILAYAH EROPA  
PROGRAM PASCASARJANA  
JAKARTA  
DESEMBER 2009**



## HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

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

Nama : Nani Indriani

NPM : 0606025342

Tanda Tangan :

Tanggal : 17 Desember 2009

## HALAMAN PENGESAHAN

Tesis ini diajukan oleh:

Nama : Nani Indriani

NPM : 0606025342

Program Studi : Pascasarjana Kajian Wilayah Eropa

Judul Tesis : Dampak Penyalahgunaan Posisi Dominan oleh Microsoft Terhadap Persaingan Usaha di Uni Eropa.

Telah berhasil dipertahankan di hadapan Dewan Penguji dan diterima sebagai bagian persyaratan yang diperlukan untuk memperoleh gelar Magister Sains pada Program Studi Kajian Wilayah Eropa, Universitas Indonesia.

### DEWAN PENGUJI

Pembimbing 1 : Dr. Jur. Udin Silalahi, S.H., LL.M. (.....)

Pembimbing 2 : Edward Tanujaya, S.E., M.Sc. (.....)

Penguji 1/ : Prof. Dr. Okke Fina K.S. Zaimar (.....)  
Ketua Sidang

Penguji 2/ : Edward M.L. Panjaitan, S.H., LL.M. (.....)  
Sekretaris Sidang

Ditetapkan di : Jakarta

Tanggal : 13 Januari 2010

## KATA PENGANTAR

Puji syukur kehadiran Tuhan yang Mahaesa, karena berkat kasih dan rahmatNya, penulis dapat menyelesaikan tesis yang berjudul PERSAINGAN USAHA DI UNI EROPA: ANALISIS KASUS MICROSOFT.

Penulisan tesis diajukan sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar Magister Sains (Msi.) pada Program Studi Kajian Wilayah Eropa Program Pascasarjana Universitas Indonesia.

Penulis menyadari bahwa tanpa doa, dukungan, bantuan dan bimbingan dari berbagai pihak yang telah menyediakan waktu, tenaga, pikiran sejak masa perkuliahan hingga pada penulisan tesis ini, sangatlah sulit bagi penulis menyelesaikan tesis ini.

Oleh sebab itu, izinkanlah penulis mengucapkan terima kasih yang tulus kepada:

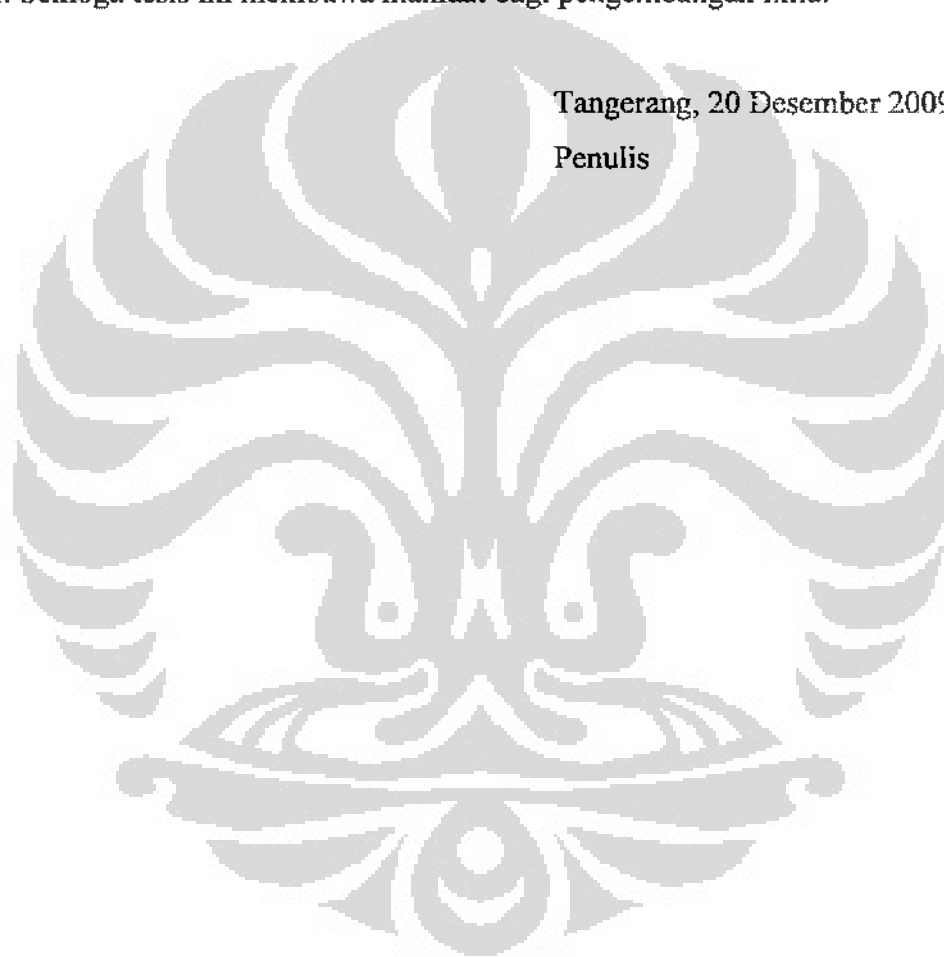
1. Ibu Prof. Dr. Okke Fina K.S. Zaimar, selaku Ketua Program Studi Kajian Wilayah Eropa Pascasarjana Universitas Indonesia.
2. Bapak Edward M.L. Panjaitan, S.H., LL.M., selaku sekretaris Program Studi Kajian Wilayah Eropa Pascasarjana Universitas Indonesia sekaligus pembaca.
3. Bapak Dr. Jur. Udin Silalahi, S.H., LL.M., selaku pembimbing pertama dalam penulisan tesis.
4. Bapak Edward Tanujaya, S.E., M.Sc., selaku pembimbing kedua dalam penulisan tesis.
5. Segenap tim sekretariat di Program Studi Kajian Wilayah Eropa Pascasarjana Universitas Indonesia.
6. Segenap dosen pengajar di Program Studi Kajian Wilayah Eropa Pascasarjana Universitas Indonesia.
7. Keluarga besarku, yang selalu memberi dukungan dan kekuatan baru untukku.

8. Rekan, pimpinan kerja, teman-teman yang selalu memberi dukungan bagiku.
9. Sctiap pribadi yang kukenal, yang memberi dukungan bagiku.

Doa dan harapan penulis, semoga Tuhan yang Mahaesa berkenan membalas segala kebaikan semua pihak yang telah ikut serta hingga selesainya tesis ini. Semoga tesis ini membawa manfaat bagi pengembangan ilmu.

Tangerang, 20 Desember 2009

Penulis



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

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

Nama : Nani Indriani  
NPM : 0606025342  
Program Studi : Pascasarjana Kajian Wilayah Eropa  
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:

**DAMPAK PENYALAHGUNAAN POSISI DOMINAN OLEH  
MICROSOFT TERHADAP PERSAINGAN USAHA DI UNI EROPA.**

beserta perangkat yang ada (jika diperlukan). Dengan Hak Bebas Royalti Noneksklusif ini Universitas Indonesia berhak menyimpan, mengalihmedia/formatkan, mengelola dalam bentuk pangkalan data (*database*), merawat, dan memublikasikan tugas akhir saya tanpa meminta izin dari saya selama tetap mencantumkan nama saya sebagai penulis/pencipta dan sebagai pemilik Hak Cipta.

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sebenarnya.

Dibuat di : Jakarta  
Pada tanggal : 17 Desember 2009  
Yang menyatakan

(Nani Indriani)

## ABSTRAK

Nama : Nani Indriani

Program Studi : Kajian Wilayah Eropa Program Pascasarjana

Judul : Dampak Penyalahgunaan Posisi Dominan oleh Microsoft terhadap Persaingan Usaha di Uni Eropa

Penyalahgunaan posisi dominan oleh Microsoft dilakukan dengan cara mengikatkan (*tying*) *Windows Media Players* ke dalam *operating system*. Sehingga sistem operasi yang dimiliki pesaing usaha Microsoft hanya dapat dioperasikan dengan sistem operasi yang dimiliki Microsoft. Akibatnya konsumen tidak bebas memilih dan pesaing usaha tidak dapat bersaing karena produk yang diproduksinya tidak dapat dipergunakan bila tidak menggunakan sistem operasi Windows, sehingga sangat merugikan bagi pesaing usaha (kompetitor) Microsoft. Posisi Microsoft sebagai pemimpin pasar dalam bidang teknologi informasi tetap tidak berubah setelah adanya keputusan pengadilan tapi memberi dampak persaingan yang sehat pada dunia usaha di Uni Eropa.

Kata kunci:

penyalahgunaan posisi (*abuse of dominant positions*)

## ABSTRACT

Name : Nani Indriani  
Study Programme : Graduate Programme in European Studies  
Title : Impact of Abuse Dominant Position by Microsoft versus Competition Business in European Union

Microsoft has abused its dominant position by tying Windows Media Players into Windows operating system so operating system which is owned by Microsoft's competitor only can operate with Microsoft's system. Due to this behaviour, a consumer has no choices and the competitor can not compete. The product of the competitor can not operate if it does not use Windows operating system so the competitor of Microsoft was very disadvantaged. Microsoft's position as a market leader in information technology still fixed due to the Commission Decision and giving fair impact in European Union's market.

Keyword:  
abuse of dominant positions



## DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL .....	i
LEMBAR PERNYATAAN ORISINALITAS .....	ii
LEMBAR PENGESAHAN .....	iii
KATA PENGANTAR .....	iv
LEMBAR PERSETUJUAN PUBLIKASI KARYA ILMIAH .....	vi
ABSTRAK .....	vii
DAFTAR ISI .....	ix
<b>1. PENDAHULUAN .....</b>	<b>1</b>
1.1. Latar Belakang .....	1
1.1.1. Perkembangan Eropa .....	1
1.1.2. Hukum Persaingan Usaha Uni Eropa .....	3
1.1.3. Microsoft di Uni Eropa .....	4
1.2. Permasalahan .....	7
1.3. Tujuan Penelitian .....	8
1.4. Kegunaan Penelitian .....	9
1.4.1. Kegunaan Teoritis .....	9
1.4.2. Kegunaan Praktis .....	9
1.5. Ruang Lingkup Penelitian .....	9
1.6. Metodologi Penelitian .....	10
1.6.1. Spesifikasi Penelitian .....	10
1.6.2. Teknik Pengumpulan Data .....	10
1.6.3. Teknik Pendekatan .....	11
1.6.4. Sumber Hukum .....	11
1.6.4.1. Sumber Hukum Primer .....	11
1.6.4.2. Sumber Hukum Sekunder .....	11
1.6.4.3. Sumber Hukum Tersier .....	12
1.7. Kerangka Teori .....	12
1.7.1. Persaingan Usaha (Pasal 81 <i>EC Treaty</i> ) .....	12
1.7.2. Posisi Dominan (Pasal 82 <i>EC Treaty</i> ) .....	13
1.8. Kerangka Pemikiran .....	14
1.9. Sistematika Penulisan .....	17
<b>2. SUMBER HUKUM PERSAINGAN USAHA DI UNI EROPA...</b>	<b>19</b>
2.1. Sumber Hukum Persaingan Usaha di Uni Eropa .....	19
2.1.1. Pasal 3(g) <i>EC Treaty</i> .....	19
2.1.2. Tujuan Traktat Roma .....	22
2.2. <i>Anti-competitive Agreement</i> .....	24
	ix

2.2.1. Pasal 81 ayat 1 EC Treaty .....	24
2.2.2. Pasal 81 ayat 3 EC Treaty .....	31
2.2.3. Regulasi 17/1962 .....	34
2.2.4. Akibat dalam Perdagangan di antara Negara Anggota ....	35
2.3. Posisi Dominan ( <i>Dominant Position</i> ) .....	36
2.3.1. Pengertian Posisi Dominan ( <i>Dominant Position</i> ) .....	36
2.3.2. Definisi Pasar ( <i>Market</i> ) .....	37
2.4. Penyalahgunaan Posisi Dominan ( <i>Abuse of Dominant Position</i> ) ..	42
2.4.1. Pengertian Penyalahgunaan Posisi Dominan .....	44
2.4.2. Penyalahgunaan Posisi Dominan Eksploitatif ( <i>Exploitative Abuse</i> ) .....	46
2.5. Teori Persaingan Usaha .....	56
2.5.1. <i>Perfect Competition</i> .....	56
2.5.2. <i>Market Failure</i> .....	57
2.5.3. <i>Chicago School</i> .....	57
2.5.4. <i>Workable Competition</i> .....	58
<b>3. PENYALAHGUNAAN POSISI DOMINAN MICROSOFT DAN AKIBAT PUTUSAN MICROSOFT TERHADAP DUNIA USAHA DI UNI EROPA .....</b>	<b>59</b>
3.1. Kronologi Kasus Microsoft Windows .....	59
3.2. Keputusan Komisi Eropa terhadap Kasus Microsoft .....	63
3.2.1. <i>Relevant Market</i> .....	66
3.2.1.1. <i>Relevant Product Market</i> .....	66
3.2.1.2. <i>Relevant Geographic Market</i> .....	69
3.2.2. <i>Abuses</i> (Penyalahgunaan) .....	71
3.2.2.1. <i>Refusal to supply</i> .....	72
3.2.2.2. <i>Tying Windows Media Player dengan Windows</i> .....	72
3.3. Kronologi Produk Windows .....	73
3.3.1. Latar Belakang <i>Operating System Microsoft's</i> .....	73
3.3.2. Klien <i>PC Operating Systems</i> yang dipasarkan Microsoft ..	75
3.3.3. <i>Work group server operating systems</i> yang dipasarkan ... <i>Microsoft</i> .....	76
3.3.4. Pihak lain " <i>Klien PC Operating Systems</i> " .....	77
3.3.4.1. <i>Mac Operating System</i> .....	77
3.3.4.2. Produk Linux .....	77
3.3.5. Pihak lain " <i>Work group server operating systems</i> " .....	77
3.3.5.1. NetWare .....	77
3.3.5.2. UNIX product .....	78
3.3.5.3. LINUX product .....	78

3.3.5.4. Mac OS X .....	78
3.3.5.5. OS/2 Warp server .....	78
3.4. Efek terhadap Perdagangan di antara Negara Anggota dan .....	
Para Pihak pada EEA .....	79
3.5. Analisis .....	79
<b>4. PENUTUP .....</b>	<b>84</b>
Kesimpulan .....	84
<b>DAFTAR PUSTAKA .....</b>	<b>86</b>



# BAB I

## PENDAHULUAN

### 1.1. Latar Belakang

#### 1.1.1. Perkembangan Eropa

Saat ini Uni Eropa anggotanya terdiri atas 27 (dua puluh tujuh) Negara. Uni Eropa pada awalnya adalah suatu Masyarakat (*Community*) yang berkepentingan untuk batu bara dan baja di Eropa (*European Coal and Steel Community - ECSC*) dengan negara anggota Perancis, Jerman, Italia, Belanda, Belgia, dan Luksemburg. Keenam negara itu mengambil langkah penting yang berlatar belakang antar pemerintahan (*intergovernmentalism*), dengan meletakkan kedaulatan yang terintegrasi di atas kedaulatan nasional (*supranational authority*) sebagai lembaga mandiri yang berkekuatan mengikat para konstituen negara-negara anggotanya. Perkembangan ECSC menjadi sangat berarti dan dalam kenyataannya menjadi langkah awal menuju terintegrasinya Eropa. ECSC sukses menggalang kerjasama dan melahirkan kepercayaan di antara para anggotanya terutama Perancis dan Jerman. Atas kesamaan kepentingan tersebut maka pada tahun 1951 ditandatangani perjanjian di Paris, yang dikenal sebagai ECSC Treaty atau Traktat Paris.<sup>1</sup> Melalui traktat ECSC, *Community* mencoba melakukan pendekatan integrasi sektor ekonomi lainnya yang pada akhirnya menuju integrasi ekonomi secara menyeluruh.<sup>2</sup>

---

<sup>1</sup> Paul Craig and Gráinne de Búrca, *EU Law, Text, Cases, And Materials*, Third Edition, (New York: Oxford University Press, 2003), 10.

<sup>2</sup> Routledge.Cavendish lawcards series, ed. 5, 2006, 3.

Pada konferensi menteri luar negeri dari enam negara penandatangan traktat ECSC pada tahun 1955 di Mesina, Italia, tercapai persetujuan untuk mengintegrasikan ekonomi dan terbentuklah *European Atomic Energy Community* - EURATOM dan *Economic European Community* - EEC, ditandatangani pada tahun 1957 selanjutnya dikenal sebagai Traktat Roma. Tonggak penting lainnya terjadi pada tahun 1986 dengan ditandatanganinya *Single European Act* - SEA yang mengarah terbentuknya "pasar tunggal."

Baru pada tahun 1992 *Treaty on European Union* - TEU ditandatangani di Maastricht sehingga dikenal sebagai Traktat Maastricht, dan traktat ini melahirkan sebutan *European Union* (EU) dengan ketiga pilarnya.

Ketiga pilar itu adalah:

- a. Pilar Pertama terkait dengan perubahan sebutan Traktat EEC menjadi Traktat *European Community* - EC.
- b. Pilar Kedua berkepentingan dengan *Common Foreign and Security Policy*.
- c. Pilar Ketiga berkepentingan dengan *Justice and Home Affairs*.

Traktat EU penting lainnya adalah Traktat Amsterdam yang ditandatangani pada tahun 1997 bertujuan menyederhanakan tahapan-tahapan pembuatan keputusan dalam Uni Eropa dan mengubah penyebutan kepentingan pada Pilar ketiga menjadi *Police and judicial co-operation in criminal matters*.

Traktat Nice yang ditandatangani pada tahun 2001, terutama berkepentingan dengan persiapan perluasan keanggotaan Uni Eropa. Pada tahun 2004, sepuluh negara bergabung sebagai anggota baru Uni Eropa dan tahun 2007 Uni Eropa telah beranggotakan dua puluh tujuh negara.

### 1.1.2. Hukum Persaingan Usaha Uni Eropa

Kepentingan utama dibentuknya Masyarakat Eropa (EC) adalah terciptanya pasar bebas. Ketentuan-ketentuan khusus yang mengaturnya adalah Pasal 3(1)(a) yang melarang adanya cukai; Pasal 3(1)(b) mengatur *Community's common commercial policy* seperti dalam bidang agrikultur, perikanan dan transpor; pasal 3(1) (g) secara khusus mewajibkan *Community* memasyarakatkan bahwa 'persaingan dalam *internal market* tidak terganggu', dan Pasal 3(1)(h) mengatur tentang perkiraan tingkat kebutuhan hukum dalam pasar bebas.<sup>3</sup>

Dalam pasar bebas semua sumber ekonomi harus mempunyai kebebasan bergerak secara menyeluruh, tidak ada rintangan oleh batasan negara. Oleh sebab itu Traktat Roma menetapkan empat kebebasan (*four freedoms*) yang mengikat yaitu kebebasan perpindahan barang; kebebasan berpindah tempat kerja; kebebasan memilih tempat tinggal dan lalu lintas jasa yang bebas; lalu lintas modal yang bebas.<sup>4</sup> Pasar bebas mempunyai kebijakan yang komersial umum, relasi komersial dengan negara-negara ketiga dan kebijakan persaingan.<sup>5</sup>

Salah satu dari ketentuan-ketentuan khusus yang mengatur pasar bebas yang mempunyai peranan sangat penting bagi Masyarakat Eropa adalah Hukum Persaingan Usaha.<sup>6</sup> Kebijakan Hukum Persaingan Usaha oleh Masyarakat Eropa diatur dalam pasal 3(g) EC, bahwa persaingan dalam pasar bebas tidak terganggu.<sup>7</sup> Pasal 81 dan 82 EC Treaty merupakan Ketentuan Umum Hukum Persaingan Usaha Uni Eropa.

<sup>3</sup> Josephine Steiner, Lorna Woods, Christian Twigg-Flesner, *EU Law Ninth Edition*, (New York: Oxford University, 2006), 309.

<sup>4</sup> Valentine Korah. *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, ed. ke-7 (Portland Oregon: Oxford, 2000), 1.

<sup>5</sup> Josephine Steiner, Lorna Woods, Christian Twigg-Flesner, *op.cit.*, 309.

<sup>6</sup> Paul Craig and Grainne de Burca, *op.cit.*, 936.

<sup>7</sup> Josephine Steiner, Lorna Woods, Christian Twigg-Flesner, *op.cit.*, 570.

Prosedur Hukum Persaingan Usaha diatur dalam Regulasi 17/1962, yang berada di bawah tugas Komisi Eropa dan mempunyai kewenangan untuk menentukan denda, ganti rugi kepada para individu yang melanggar pasal 81 dan 82 EC Treaty.<sup>8</sup> Hukum Persaingan Usaha berlaku untuk setiap pelaku usaha baik perseorangan ataupun pelaku usaha yang berbadan hukum maupun tidak berbadan hukum yang melakukan kegiatan usahanya di Uni Eropa. Prinsipnya berlaku untuk semua kegiatan ekonomi kecuali ditetapkan lain dalam EC Treaty atau diatur secara khusus.<sup>9</sup>

### 1.1.3 Microsoft di Uni Eropa

Keberadaan Uni Eropa yang terus bertumbuh merupakan salah satu pasar yang potensial untuk pemasaran berbagai produk. Salah satu produk yang mengisi pasar Uni Eropa untuk teknologi adalah Microsoft. Microsoft dengan program Windows-nya kini menguasai 90 (sembilan puluh) persen produk piranti lunak yang digunakan di lebih dari satu miliar komputer pribadi di dunia.<sup>10</sup>

*Microsoft Corporation*, suatu perusahaan yang berkedudukan hukum di Redmond, Washington, Amerika Serikat adalah pembuat, pemberi lisensi dan merupakan penyedia berbagai jenis produk piranti lunak (*software*) untuk perlengkapan komputer. Microsoft didirikan pada tahun 1975 dan merupakan suatu merek dagang terdaftar dari *Microsoft Corporation* di Amerika Serikat dan/atau negara-negara lain.<sup>11</sup>

<sup>8</sup> Routledge.Cavendish lawcards series, ed. 5, 2006, op.cit, 54.

<sup>9</sup> M. Udin Silalahi, "Hukum Persaingan Usaha Uni Eropa." *Jurnal Kajian Wilayah Eropa*, vol. IV, no.1 (2008):97

<sup>10</sup> Kompas 18 Sep 2007.

<sup>11</sup> <http://www.microsoft.com/presspass/press/2001/Jan01/01-23SunPR.msp>, diunduh pada 5 Nov 2007

Microsoft (Kode NASDAQ “MSFT”) merupakan perusahaan pemimpin pasar dalam bidang piranti lunak, jasa layanan dan teknologi internet untuk perseorangan maupun kepentingan bisnis (perdagangan) komputer di dunia. Perusahaan ini memiliki dan menawarkan berbagai produk dan jasa layanan yang dirancang untuk mempermudah pemakai melalui *software* yang canggih, setiap saat, di manapun dan apapun perangkatnya.<sup>12</sup>

Perputaran modalnya berdasarkan tahun pajak Juli 2002 sampai Juni 2003 adalah USD 32.187 juta (EUR 30.701 juta) dan menghasilkan keuntungan bersih sebesar USD 13.217 juta (EUR 12.607 juta). Di seluruh dunia Microsoft mempekerjakan 55.000 orang. Microsoft Eropa Timur Tengah dan Afrika mengendalikan aktivitasnya dalam *European Economic Area* (EEA) dari Paris La Défense.<sup>13</sup>

Sejak awal 1980 Microsoft telah mengembangkan sistem operasi (*operating systems*) bagi para pengguna komputer pribadi (PCs). Beberapa versi sistem operasi PC seperti MS-DOS diikuti oleh Windows 3.0 dan Windows 3.1. yang telah ada tambahan kegunaan grafik untuk menjalankan MS-DOS. Versi-versi berikutnya seperti Windows 95, Windows 98 dan Windows 98 *Second Edition* (Windows 98 SE) masih bergantung pada teknologi MS-DOS walaupun tingkat ketergantungannya telah berkurang banyak<sup>14</sup>

MS-DOS, Windows 95, Windows 98 dan Windows 98 SE merupakan pemakai *operating systems*. Windows 98 juga mengalasi Windows

---

<sup>12</sup> <http://www.microsoft.com/presspass/press/2001/Jan01/01-23SunPR.mspx>, diunduh pada 5 Nov 2007

<sup>13</sup> Commission Decision of 24.03.2004 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (case COMP/C-3/37.792 Microsoft), 4.

<sup>14</sup> Commission Decision of 24.03.2004 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (case COMP/C-3/37.792 Microsoft), 24.



*Millenium Edition (Windows Me)* yang dirilis pada Juni 2000 sebagai pengguna *PC operating system* untuk *home usage only*.

Pada saat yang bersamaan Microsoft juga telah mengembangkan *operating system family* yang lain yaitu Windows NT dengan berbagai versi hingga ke Windows 4.0. Windows NT dikembangkan untuk tujuan pengguna PCs dan server. Microsoft menegaskan bahwa “sejak awal, *Windows NT* dirancang untuk keperluan klien dan *server versions* didasarkan pada *code base* yang sama dan difokuskan pada *application programming interfaces (APIs)* yang sama pula untuk *software developers*.”<sup>15</sup>

Windows 2000, yang dikenal sebagai Windows NT 5 pada awalnya merupakan pengembangan dan diluncurkan pada tahun 2000. Versi Windows 2000 untuk pengguna PCs ditujukan untuk penggunaan profesional dan disebut Windows 2000 Profesional. Tentang server, Microsoft membedakan antara Windows 2000 Server, Windows 2000 Advanced Server dan Windows 2000 Datacenter Server. Kejelitan Microsoft dalam memahami keinginan konsumen untuk memakai suatu produk yang dapat memenuhi kebutuhannya memungkinkan Microsoft memproduksi produk seperti yang diharapkan konsumen. Posisi dominan Microsoft di pasar Uni Eropa ternyata disalahgunakan.

Uni Eropa adalah negara yang anti terhadap penyalahgunaan posisi dominan suatu pelaku usaha, hal ini menjadikan adanya putusan yang diterbitkan oleh *Commission Decision* pada 24 Maret 2004 dengan nomor *case COMP/C-3/37.792 Microsoft* dan diperkuat oleh *Court of First Instance*<sup>16</sup> pada 17 September 2007 untuk kasus utama.

---

<sup>15</sup> *Commission Decision of 24.03.2004 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (case COMP/C-3/37.792 Microsoft)*, 24.

<sup>16</sup> *Court of First Instance* merupakan pengadilan tingkat pertama di Uni Eropa

Berdasarkan uraian di atas, maka penulis akan melakukan analisis yang dituangkan dalam Tesis dengan judul: **DAMPAK PENYALAHGUNAAN POSISI DOMINAN OLEH MICROSOFT TERHADAP PERSAINGAN USAHA DI UNI EROPA.**

## **1.2. Permasalahan**

Masyarakat Uni Eropa sangat berkepentingan terhadap hukum persaingan usaha, hal ini didukung sepenuhnya oleh semua negara anggotanya yang begitu mematuhi ketentuan yang berada dalam traktat yaitu pasal 81 dan 82 EC Treaty. Walaupun tujuan hukum persaingan usaha tidak secara eksplisit tercantum di dalam traktat tetapi pada dasarnya ada dua tujuan yang mendasar dan saling melengkapi yaitu: meningkatkan ekonomi pasar yang kompetitif dan mencegah hambatan-hambatan yang akan terjadi bila pasar tunggal terintegrasi.<sup>17</sup>

Ketentuan yang diatur dalam pasal 81 dan 82 EC Treaty merupakan kebijakan umum yang wajib dipatuhi oleh para pelaku usaha bila menjalankan usahanya di Uni Eropa. Kebijakan ini pula yang dipakai oleh Komisi Eropa untuk menerbitkan keputusannya dan *Court of First Instance*<sup>18</sup> memberikan denda kepada Microsoft karena berdasarkan penyelidikan Microsoft ditetapkan telah melakukan pelanggaran terhadap kedua pasal tersebut di atas. Padahal hukum persaingan usaha merupakan salah satu bagian terpenting dalam hukum Uni Eropa.<sup>19</sup>

*Commission Decision* menerbitkan keputusan untuk Microsoft pada 24 Maret 2004 dan dikuatkan oleh keputusan *Court of First Instance* di

---

<sup>17</sup> Bellamy & Child. *European Community Law of Competition*, Fifth Edition, edited by P.M.Roth QC (London: Sweet & Maxwell, 2001), 38-39.

<sup>18</sup> *Court of First Instance* merupakan pengadilan tingkat pertama.

<sup>19</sup> Paul Craig and Gráinne de Búrca, *op.cit*, 936.

Luksemburg pada 17 September 2007 yang memberi denda 497m Euro atau 690 juta Dollar Amerika Serikat (sekitar Rp 6,21 triliun).

Keputusan yang dijatuhkan tersebut untuk Kasus Utama (*European Court for First Instance - ECFI*). ECFI berpendapat bahwa Microsoft telah melakukan persaingan usaha yang tidak sehat karena produknya telah dilengkapi berbagai program yang memberi kenikmatan kepada pemakainya sehingga tidak ada ruang atau celah untuk pemilik program serupa untuk memasarkan programnya karena semua aplikasi program telah disediakan oleh Microsoft. Hal demikian, jelas sangat merugikan pemilik program selain Microsoft.

Berdasarkan uraian yang penulis kemukakan, maka dirumuskan permasalahannya sebagai berikut:

- a. Bagaimana Microsoft melakukan penyalahgunaan posisi dominannya sehingga memenuhi unsur persaingan usaha tidak sehat sebagaimana dimaksud oleh pasal 82 EC dan apakah akibatnya terhadap pasar?
- b. Bagaimana akibat putusan microsoft terhadap dunia usaha di Uni Eropa?

### **1.3. Tujuan Penelitian**

Sesuai dengan permasalahan yang penulis kemukakan dan perumusan masalah yang ada maka Tesis ini bertujuan untuk:

- a. Mengetahui akibat putusan penyalahgunaan posisi dominan Microsoft sehingga memenuhi unsur persaingan usaha tidak sehat sebagaimana dimaksud Pasal 82 EC *Treaty* dan apa akibatnya terhadap pasar.

- b. Mengetahui pertimbangan hukum Pengadilan Uni Eropa atas keputusannya terhadap Microsoft.

#### 1.4. Kegunaan Penelitian

Tesis ini diharapkan memberi kegunaan sebagai berikut:

##### 1.4.1. Kegunaan Teoritis

Memberikan gambaran keterkaitan antara penerapan di Uni Eropa sebagai *primary legislation* yang dalam pelaksanaannya dilakukan dengan peraturan perundang-undangan sebagai *secondary legislations* serta pemahaman tentang *fair trade* dan persaingan usaha di Uni Eropa.

##### 1.4.2. Kegunaan Praktis

- a. Bagi pelaku usaha diharapkan dapat lebih mengetahui dan memahami dengan benar keberlakuan traktat dan peraturan perundangan dalam penerapannya yang berkaitan langsung dengan dunia usaha.
- b. Bagi praktisi hukum diharapkan dapat menambah referensi (pustaka) yang akan dipergunakan dalam mengambil suatu keputusan yang berdampak hukum.
- c. Bagi akademisi diharapkan dapat menambah konsistensi dalam menganalisis terhadap pertimbangan hukum yang akan menjadi acuan dalam menerbitkan keputusan hukum beserta sanksinya.

## **1.5. Ruang Lingkup Penelitian**

Ruang lingkup Tesis ini membahas, menganalisis dari sisi Hukum Persaingan Usaha Uni Eropa berdasarkan Pasal 3(g), Pasal 81 dan Pasal 82 *EC Treaty* untuk kasus Microsoft yang keputusannya telah diterbitkan oleh *Commission Decision* pada 24 Maret 2004 dengan Nomor *case COMP/C-3/37.792 Microsoft* dan diperkuat oleh *Court of First Instance* pada 17 September 2007<sup>20</sup> untuk kasus utama Microsoft. Sedangkan dari sisi yang lain, dianalisis berdasarkan ekonomi. Hal ini dilakukan oleh penulis karena hukum persaingan usaha sangat berkaitan erat dengan ekonomi pada umumnya.

## **1.6. Metodologi Penelitian<sup>21</sup>**

Penulisan Tesis ini mempergunakan metode deskriptif analitis. Melalui studi kasus dikumpulkan data sekunder yang pengumpulannya melalui studi dokumentasi atau bahan pustaka. Studi dokumentasi merupakan penelitian yang berusaha mengumpulkan data tertulis dengan cara melakukan telaah bahan-bahan tertulis yang ada kaitannya dengan permasalahan yang sedang menjadi objek penulisan ini.

### **1.6.1. Spesifikasi Penelitian**

Penelitian ini dispesifikasikan sebagai penelitian deskriptif analitis karena penelitian ini bertujuan memberikan gambaran secara rinci dan menyeluruh tentang aspek-aspek Hukum Persaingan Usaha.

---

<sup>20</sup> <http://www.microsoft.com/presspass/press/2007/Sep07/09-17Statement.msp>, diunduh pada 17 April 2009 jam 10.00 WIB

<sup>21</sup> Soekanto, Soerjono. *Pengantar Penelitian Hukum*. Jakarta: UI-Press, 1986.

### 1.6.2. Teknik Pengumpulan Data

Untuk memperoleh data yang diperlukan dalam penelitian ini, penulis melakukan studi kepustakaan (fisik) dan *browsing* melalui internet.

Studi kepustakaan ini dilakukan untuk memperoleh data sekunder yang akan dipergunakan dalam penelitian. Melalui data sekunder yang diperoleh, penulis mempelajari, mengkaji dan menganalisis untuk permasalahan yang sedang diteliti.

### 1.6.3. Teknik Pendekatan

Pendekatan yang dipergunakan yuridis normatif, yaitu penelitian yang berusaha menyelaraskan berbagai sumber hukum di Uni Eropa dan Traktat sebagai *primary legislations* yang dalam pelaksanaannya akan diaplikasikan dalam bentuk *secondary legislations*.

### 1.6.4. Sumber Hukum

Data atau sumber hukum yang dipergunakan adalah data sekunder yang terdiri atas:

- 1.6.4.1. Sumber Hukum Primer, yaitu bahan hukum yang mempunyai kekuatan hukum mengikat yaitu:
  - a. Traktat Roma (*EC Treaty*) dan Pasal 3(g) *EC Treaty*.
  - b. Pasal 81 (lama 85) yang mengatur tentang larangan praktik-praktik monopoli (*restrictive practices*).
  - c. Pasal 82 (lama 86) yang mengatur tentang penyalahgunaan posisi dominan (*abuse of a dominant position*).
  - d. Regulasi 17/1962.

e. *Commission Decision* tanggal 24 Maret 2004 untuk kasus COMP/C-3/37.792 Microsoft.

1.6.4.2. Sumber Hukum Sekunder, yaitu karya atau tulisan ilmiah tentang hukum yang dapat memperjelas terhadap sumber hukum primer.

1.6.4.3. Sumber Hukum Tersier, yaitu karya atau tulisan lain yang dapat menambah kejelasan atau keterangan kepada bahan hukum primer dan sekunder, misalnya kamus bahasa, kamus istilah hukum, ensiklopedi.

## 1.7. Kerangka Teori

Kerangka Teori yang penulis pergunakan dalam membahas permasalahan ini:

### 1.7.1. Persaingan Usaha (Pasal 81 EC Treaty)<sup>22</sup>

1. *The following shall be prohibited as incompatible with the common market:*

*all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the 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, market, technical development, or investment;*

<sup>22</sup> Valentine Korah, *op.cit*, 386.

- 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 contract.*
- 2. Any agreements or decisions prohibited pursuant to this Articles shall be automatically void.*
- 3. The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of:*
- any agreement or category of agreements between undertakings;*
  - any decision or category of decisions by associations of undertakings;*
  - any concerted practices or category of concerted practices;*
- which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not:*
- a. impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives;*
  - b. afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of substantial part of the products in question.*



### 1.7.2. Posisi Dominan (Pasal 82 EC Treaty)<sup>23</sup>:

*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.*

Pasal 82 berisi empat unsur utama yang harus ada:<sup>24</sup>

- a. pelaku usaha (*an undertaking*)
- b. dalam posisi dominan (*in a dominant position*)
- c. menyalahgunakan posisinya (*an abuse of that position*)
- d. penyalahgunaannya harus memberi dampak perdagangan diantara negara anggota (*the abuse must affect trade between Member States*).

<sup>23</sup> Ibid., 387.

<sup>24</sup> Josephine Steiner, Lorna Woods, Christian Twigg-Flesner, op.cit, 607.

## 1.8. Kerangka Pemikiran

Bergabungnya dua puluh tujuh negara dalam Uni Eropa (UE) telah menciptakan pasar baru yang potensial bagi berbagai produk karena luasnya lingkup pasar dari dua puluh tujuh negara yang bergabung ke dalam satu mekanisme perdagangan. Para pembuat peraturan telah mengkondisikan suatu peraturan yang akan diberlakukan di Uni Eropa dengan mengacu kepada sumber hukum yang telah diperjanjikan antara lain traktat. Adanya perjanjian telah memberikan wewenang yang luas terhadap lembaga-lembaga UE untuk memutuskan ataupun merumuskan kebijakan UE tentang pasar bersama. Ada empat kebebasan (*four freedoms*) yang mengikat para negara anggota UE yaitu kebebasan perpindahan barang; kebebasan berpindah tempat kerja; kebebasan memilih tempat tinggal dan lalu lintas jasa yang bebas; lalu lintas modal yang bebas.<sup>25</sup> Selain empat kebebasan tersebut sebagai dasar pedoman untuk kegiatan perekonomian UE diatur dalam pasal 3 (g) EC Treaty yaitu pembentukan sistem yang melindungi persaingan usaha yang sehat dan dari larangan dengan prasyarat izin untuk kartel dan bantuan negara.<sup>26</sup>

Sebagai dasar Hukum Persaingan Usaha UE, pasal 3 (g) EC Treaty yang berbunyi bahwa persaingan dalam pasar bersama UE tidak terganggu (*competition in the internal market is not distorted*) menjadi acuan bagi pasal-pasal yang mengatur tentang persaingan usaha yaitu Pasal 81 dan 82 yang menjadi peraturan utama dan sebagai peraturan pelaksanaannya berupa Regulasi 17/1962.

Perkembangan teknologi terjadi sangat dinamis dan telah menciptakan berbagai peluang pasar baru bagi para pebisnis. Peluang pasar terhadap

<sup>25</sup> Valentine Korah, op.cit. 1.

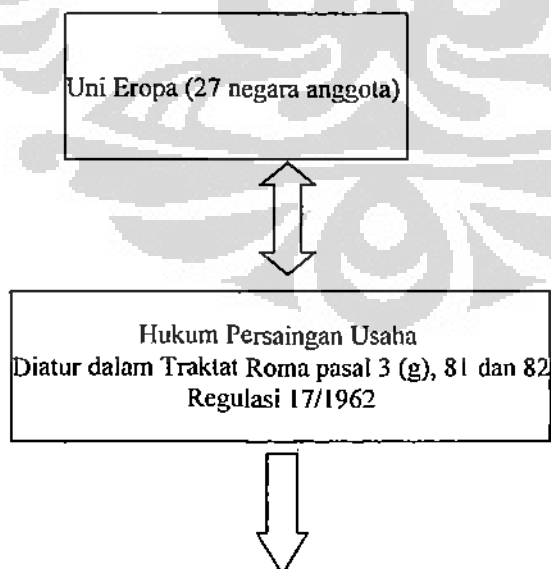
<sup>26</sup> M. Udin Silalahi, op.cit, 96.

teknologi informasi di dunia saat ini telah diambil oleh Microsoft sebagai pemimpin sekaligus pendominasi pasar perangkat lunak.

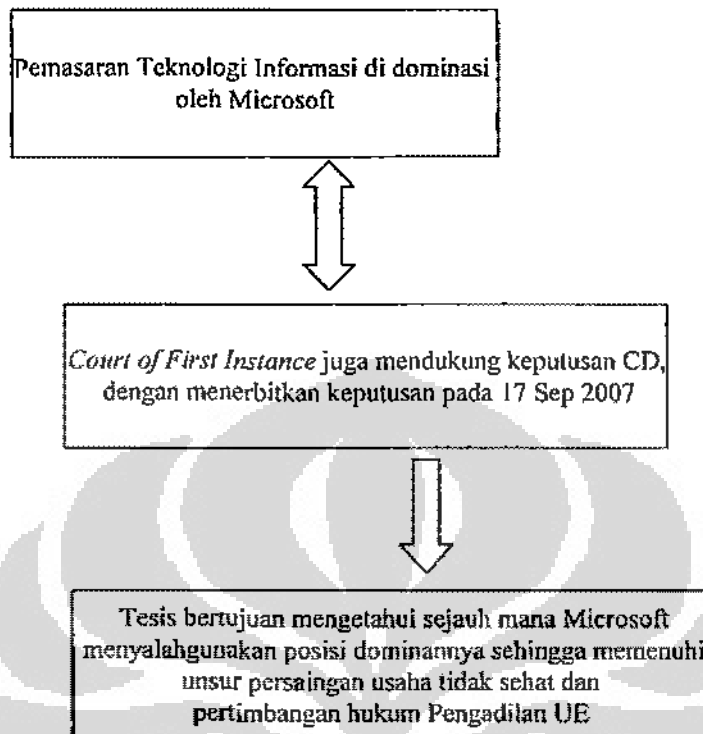
Uni Eropa sebagai suatu gabungan negara-negara demokratis yang merasakan dominasi Microsoft dalam perekonomiannya berkepentingan melakukan penyelidikan dengan tujuan menjaga stabilitas pasarnya. Penyelidikan dilakukan oleh komisi khusus yang merupakan bagian dari struktur kelembagaan EC.

Melalui tesis ini penulis bertujuan mengetahui sampai sejauh mana Microsoft menyalahgunakan posisi dominannya sehingga memenuhi unsur persaingan usaha tidak sehat dan pertimbangan hukum Pengadilan UE terhadap Microsoft. Mengacu pasal 82 *EC Treaty* yaitu tentang ketentuan larangan penyalahgunaan posisi dominan, dapat dijelaskan bahwa posisi dominan merupakan suatu kekuatan ekonomi yang diciptakan oleh pelaku usaha yang mempunyai kemampuan untuk menghambat persaingan yang sehat dalam pasar yang bersangkutan.<sup>27</sup>

Kerangka Pemikiran dalam gambar:



<sup>27</sup> M. Udin Silalahi, op.cit, 104.



### 1. 9. Sistematika Penulisan

Penulisan tesis ini sebagai berikut:

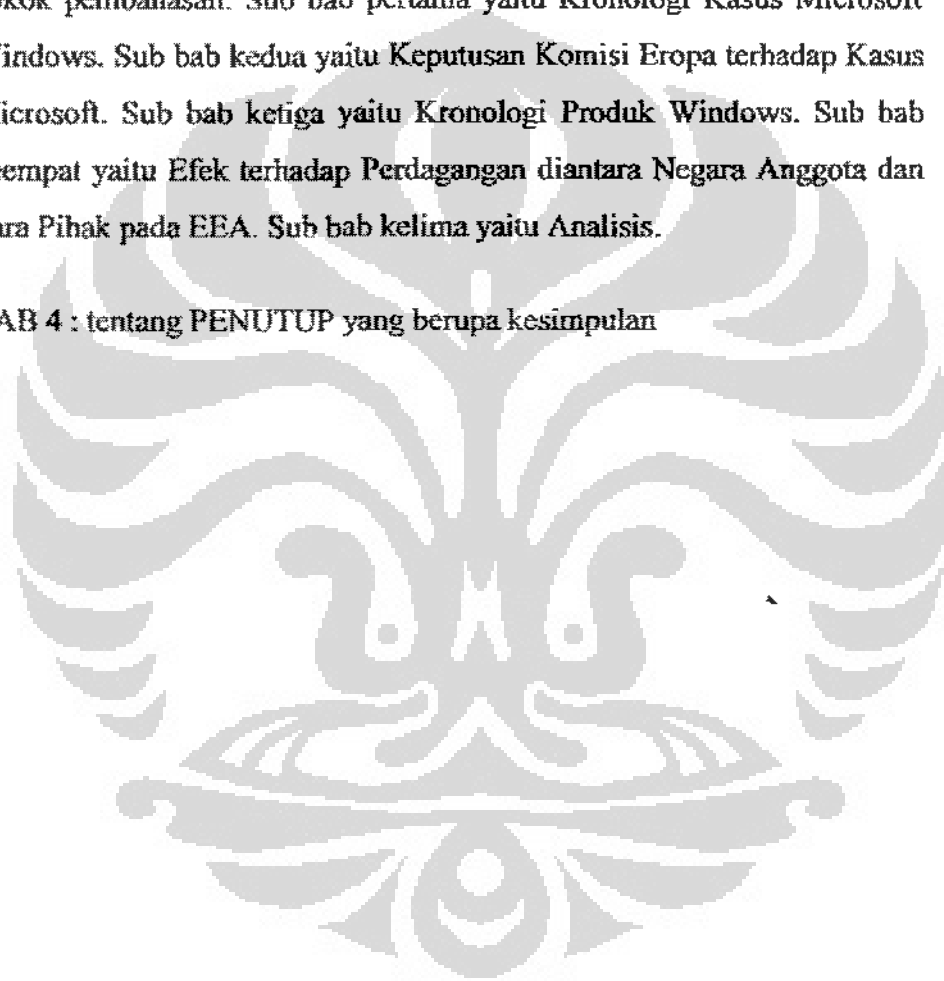
BAB 1 : tentang PENDAHULUAN, dan dibagi menjadi sembilan sub bab bagian pokok pembahasan, yang terdiri atas latar belakang masalah, permasalahan, tujuan penelitian, kegunaan penelitian, ruang lingkup penelitian, metodologi penelitian, kerangka teori, kerangka pemikiran dan sistematika penulisan.

BAB 2 : tentang SUMBER HUKUM PERSAINGAN USAHA DI UNI EROPA, dibagi menjadi lima sub bab bagian pokok pembahasan. Sub bab pertama: Sumber Hukum Persaingan Usaha Eropa. Sub bab kedua: *Anti-competitive Agreements*. Sub bab ketiga: Posisi Dominan

(*Dominant Position*). Sub bab keempat: Penyalahgunaan Posisi Dominan (*Abuse of Dominant Positions*). Sub bab kelima: Teori Persaingan Usaha.

BAB 3 : tentang PENYALAHGUNAAN POSISI DOMINAN MICROSOFT DAN AKIBAT PUTUSAN MICROSOFT TERHADAP DUNIA USAHA DI UNI EROPA, yang terdiri atas lima sub bab bagian pokok pembahasan. Sub bab pertama yaitu Kronologi Kasus Microsoft Windows. Sub bab kedua yaitu Keputusan Komisi Eropa terhadap Kasus Microsoft. Sub bab ketiga yaitu Kronologi Produk Windows. Sub bab keempat yaitu Efek terhadap Perdagangan diantara Negara Anggota dan Para Pihak pada EEA. Sub bab kelima yaitu Analisis.

BAB 4 : tentang PENUTUP yang berupa kesimpulan



## BAB 2

### SUMBER HUKUM PERSAINGAN USAHA DI UNI EROPA

#### 2.1. SUMBER HUKUM PERSAINGAN USAHA UNI EROPA

##### 2.1.1. Pasal 3(g) EC Treaty

*European Economic Community* (EEC) atau Masyarakat Ekonomi Eropa didirikan oleh enam negara yaitu Perancis, Jerman, Italia, Belgia, Belanda dan Luksemburg, melalui penandatanganan *EEC Treaty* pada 25 Maret 1957 yang dikenal sebagai Traktat Roma dan berlaku sejak 1 Januari 1958.<sup>28</sup> Traktat Roma ini menjadi istimewa karena mewakili gerakan kerjasama internasional pada abad ke-20 dan secara khusus memberi dorongan kepada Eropa untuk bangkit dari kehancuran ekonomi yang disebabkan oleh Perang Dunia Kedua.<sup>29</sup>

Kelembagaan semacam EEC sebenarnya telah dirintis dalam bentuk *European Coal and Steel Community* (ECSC) oleh enam negara tersebut pada 1951 yang dikenal sebagai Traktat Paris. ECSC hanya berfokus pada pasar batu bara dan baja, sedangkan EEC dirancang untuk terciptanya masyarakat ekonomi (*economic community*), sebagaimana cita-cita para negara pendiri bahwa EEC dibentuk untuk kepentingan ekonomi. Pada kata pengantar *EEC Treaty* ditetapkan bahwa "*Determined to lay the foundations of an ever closer union among the peoples of Europe*" dan "*Resolved by thus*

<sup>28</sup> Bellamy & Child, *op.cit.*, 2.

<sup>29</sup> Josephine Steiner, Lorna Woods, Christian Twigg-Flesner, *op.cit.*, 3 – 4.

*pooling their resources to preserve and strengthen peace and liberty”.*<sup>30</sup>

Melalui kata pengantar yang dicantumkan oleh EEC Traktat diketahui bahwa EEC dibentuk untuk mempererat jalinan yang telah ada diantara sesama bangsa Eropa. Bermiat untuk menyatukan, memelihara dan memperkuat perdamaian serta kebebasan.

*Single European Act* yang ditandatangani pada 1986 menetapkan *single (“internal”) market*, melalui *Treaty on European Union (TEU)* yang ditandatangani di Maastricht dan berlaku sejak 1 November 1993. Istilah EEC kemudian berubah menjadi *European Community (EC)*. Melalui *Treaty of Amsterdam* yang berlaku sejak 1 Mei 1999, pasal-pasal dalam *EC Treaty* diberi nomor ulang. Traktat Roma (*EC Treaty*) menciptakan pasar bebas berdasarkan perserikatan ekonomi di antara negara anggota dan efektif berlaku sejak 1 Januari 1993.<sup>31</sup>

Kerangka dasar Traktat Roma dituangkan secara strategis dalam Pasal 3 yang menandakan pentingnya ketentuan ini bagi Hukum Uni Eropa (*Community law*). Dalam pasal ini aktivitas Masyarakat (*Community*) mencakup larangan di antara Negara Anggota, ketentuan kepabeanan, pembatasan ekspor impor barang, dan semua kegiatannya yang mempunyai akibat sejenis; penghapusan hambatan terhadap kebebasan bergerak atas barang, orang, jasa dan modal; pemakaian ketentuan umum tentang pertanian dan perikanan

<sup>30</sup> Ibid., 3 - 4.

<sup>31</sup> Bellamy & Child, *op.cit.*, 2.

serta transpor; dan mendorong untuk terbentuknya jaringan trans Eropa.

Pasal 3 g, "*a system ensuring that competition in the internal market is not distorted,*" sebagai penerapan keberlakuan hukum persaingan usaha yang diatur mulai pasal 81 (lama 85) sampai dengan 89 (lama 94) dengan penjelasan bahwa 1. Penafsiran terhadap pasal 81 sampai dengan 89 sangat berkepentingan bagi tercapainya tujuan umum traktat itu sendiri; 2. Kemungkinan adanya keterkaitan pada ketentuan-ketentuan lain dari Traktat, misalnya peraturan tentang kebebasan perpindahan barang (*free movement of goods*); 3. Kebijakan persaingan usaha dalam EC dipengaruhi oleh kebijakan Masyarakat dalam arca yang lain.<sup>32</sup>

Ketentuan-ketentuan dalam Traktat yang berubah yaitu: Bagian Satu tentang "*Principles*" (Pasal 1 sampai dengan 16); Bagian Tiga "*Community Policies*" (pasal 23 sampai dengan 181) dan Bagian Lima "*Institutions of the Community*" (Pasal 189 sampai dengan 280).<sup>33</sup>

**Bagian Satu Traktat Roma.** Pasal 1 sampai dengan 16 tentang kerangka kerja dasar Traktat. Pasal-pasal penting tersebut:

1. Pasal 1, *establishes the Community*
2. Pasal 2, *aims of the Community*
3. Pasal 3, *activities of the Community*
4. Pasal 5, *subsidiarity*

<sup>32</sup> Ibid., 13 - 15

<sup>33</sup> Ibid., 13 - 14.



5. Pasal 6, perlindungan lingkungan
6. Pasal 10 (lama 5), tugas para negara anggota
7. Pasal 12 (lama 6), larangan diskriminasi berdasarkan kebangsaan.<sup>34</sup>

**Bagian Dua dan Tiga Traktat Roma.** Bagian dua dari Traktat Roma tentang "*Citizenship of the Union*," yang ditambahkan oleh Traktat Maastricht dalam pasal 17 sampai dengan 22 memberikan penekanan pada hak sebagai warga negara dari negara anggota Uni Eropa. Bagian tiga, lebih menekankan pada ketentuan-ketentuan yang mendasar seperti *four freedoms*, yaitu kebebasan bergerak lalu lintas barang (pasal 23 sampai dengan 31), orang (pasal 39 sampai dengan 48), jasa (pasal 49 sampai dengan 55), dan modal (pasal 56 sampai dengan 60). Bagian ini juga berisi larangan yang berkaitan dengan ketentuan umum agrikultur (pasal 32 sampai dengan 38) dan ketentuan umum transpor (pasal 70 sampai dengan 80).<sup>35</sup>

### 2.1.2. Tujuan Traktat Roma<sup>36</sup>

Traktat Roma mempunyai tujuan yang sangat luas, yang pada intinya untuk terciptanya *single, internal market* terhadap kebebasan Bergeraknya barang, jasa, orang, dan modal di antara negara-negara anggota Uni Eropa. Hal ini tercermin melalui peningkatan ke jenjang yang lebih tinggi untuk suatu pekerjaan, perlindungan sosial dan kesederajatan

<sup>34</sup> Ibid., 14.

<sup>35</sup> Ibid., 18 – 19.

<sup>36</sup> Ibid., 14.

antara laki-laki dan perempuan, memajukan koordinasi ekonomi di antara para negara anggota hingga tercipta perekonomian dan keuangan tunggal. Tujuan tersebut tertuang dalam Pasal 2 (perubahan) *EC Treaty* sebagai berikut:

*The Community shall have as its task, by establishing a common market and an economic and monetary union and by implementing common policies or activities referred to in Articles 3 and 4, to promote throughout the Community a harmonious, balanced and sustainable development of economic activities, a high level of employment and of social protection, equality between men and women, sustainable and non-inflationary growth, a high degree of competitiveness and convergence of economic performance, a high level of protection and improvement of the quality of the environment, the raising of the standard of living and quality of life, and economic and social cohesion and solidarity among Member States.*

Bahwa Masyarakat melakukan tanggung jawabnya melalui pembentukan pasar bersama, kesatuan ekonomi dan keuangan serta kebijakan yang diterapkan atau aktivitasnya merujuk kepada Pasal 3 dan 4 Traktat Roma, untuk mendorong di dalam Masyarakat. Pembangunan kegiatan ekonomi yang harmonis seimbang dan berkesinambungan tingkat lapangan kerja dan perlindungan sosial yang tinggi, kesetaraan antara laki-laki dan perempuan, pertumbuhan yang berkelanjutan dan noninflasioner, tingkat persaingan dan konvergensi performa ekonomi yang tinggi, tingkat perlindungan dan perbaikan kualitas lingkungan, peningkatan standar taraf hidup dan kualitas hidup, serta kohesi dan solidaritas ekonomi dan sosial di antara Negara Anggota.

## 2.2. ANTI-COMPETITIVE AGREEMENT

*Anti-competitive agreement* merupakan perjanjian anti persaingan usaha diantara para pelaku usaha yang peraturannya diatur pada ketentuan berikut.

### 2.2.1. Pasal 81 ayat 1 EC Treaty

*The following shall be prohibited as incompatible with the common market:*

*all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States and which have as their object or effect the 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, market, 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 contract.*

Berbagai elemen yang ada dalam Pasal 81(1) seperti pelaku usaha (*undertakings*), perjanjian (*agreements*), keputusan (*decisions*) dan perilaku yang saling menyesuaikan/menyeragamkan (*concerted practices*) mempunyai arti sebagai berikut:

**Pelaku Usaha (*Undertaking*)**<sup>37</sup> mempunyai pengertian yang luas dan *EC Treaty* tidak mendefinisikannya, tetapi hukum persaingan usaha dalam Pasal 81 dan 82 *EC Treaty* berkepentingan terhadap pengertian istilah *undertaking*. Pengertian yang luas itu harus selalu mencakup aktivitas ekonomi tanpa memperhatikan status *legal* nya atau dalam pembiayaannya. Termasuk dalam *undertaking* menurut *Court of First Instance* misalnya perusahaan tertutup (*limited companies*), kerjasama (*partnership*), asosiasi perdagangan (*trade associations*), kerjasama pertanian (*agricultural co-operatives*), perdagangan tunggal (*sole traders*), pekerja mandiri profesional (*self-employed professional*) dan perusahaan negara (*State corporations*). *Undertaking* yang ikut serta dalam memasok jasa, barang, mempunyai nilai ekonomi atau aktivitas komersial merupakan *undertaking* sebagaimana dimaksud oleh Pasal 81(1).

**Perjanjian (*Agreement*)**<sup>38</sup> dalam Pasal 81(1) tidak menimbulkan kontrak hukum yang mengikat. Suatu perjanjian lisan (*gentleman's agreement*) merupakan komitmen moral yang mempunyai kekuatan mengikat dan pengertian ini yang dimaksud oleh Pasal 81(1).

*Court of First Instance* menyatakan bahwa:

*the concept of an agreement within the meaning of Article 81(1)...centres around the existence of a concurrence of wills between at least two parties, the form in which it is manifested being unimportant so long as it constitutes the faithful expression of the parties' intention.*

Konsep perjanjian sebagaimana dimaksud oleh Pasal 81(1)... persetujuan oleh sedikitnya dua pihak, bentuk yang diwujudkan

<sup>37</sup> Bellamy & Child, op.cit., 45 - 46.

<sup>38</sup> Ibid., 52.

menjadi tidak penting sejauh merupakan ungkapan tujuan yang sesungguhnya dari para pihak

**Keputusan Asosiasi Pelaku Usaha (*Decisions by associations of undertakings*)<sup>39</sup>**

Asosiasi perdagangan dengan berbagai variasinya merupakan bentuk umum dari *associations of undertakings*. Kata *association* dalam Pasal 81(1) mencakup kerjasama bidang pertanian (*agricultural co-operatives*), badan perundangan profesional (*professional regulatory bodies*), asosiasi yang tidak berbadan hukum (*associations without a legal personality*, asosiasi nirlaba (*non profit making associations*), kumpulan asosiasi (*associations of associations*) dan asosiasi di luar Masyarakat (*an association outside the Community*).

*Decision* termasuk dalam ketentuan *association in question* dan mengikat negara anggota.

Perilaku yang saling menyesuaikan/menyeragamkan (*Concerted practices*)<sup>40</sup> dalam Pasal 81(1) didefinisikan oleh *Court of Justice* mencakup:

*"...a form of co-ordination between undertakings which, without having reached the stage where an agreement properly so called has been concluded, knowingly substitutes practical co-operation between them for the risks of competition."*

*Court of Justice* memberikan pengertian "*agreement*" dan "*concerted practices*" yang digunakan dalam Pasal 81(1) sebagai berikut:

---

<sup>39</sup> *Ibid.*, 59

<sup>40</sup> *Ibid.*, 61.

*"to catch forms of collusion having the same nature and .....only distinguishable from each other by their intensity and the forms in which they manifest themselves."*

Pengertian penting dari *concerted practices* adalah kesamaan dalam bertindak yang tidak melanggar ketentuan hukum persaingan usaha. Konsep ini dikembangkan dan ditegaskan lagi dalam beberapa kasus utama mengenai kartel.

Pasal 81(1) dianggap telah dilanggar apabila tiga kondisi di bawah ini terpenuhi, yaitu:<sup>41</sup>

- a. ada perjanjian diantara para pelaku usaha;
- b. perjanjian itu mempunyai akibat terhadap negara anggota;
- c. objek dari perjanjian atau pembatasan itu menghambat dalam pasar Uni Eropa.

Pelanggaran terhadap Pasal 81(1) dirinci dalam sub paragraf (a) sampai dengan (c) sebagai berikut:

Pasal 81(1)(a) perjanjian yang *"directly or indirectly fix purchase or selling prices or any other trading conditions"*, dijelaskan dengan *price-fixing* dan *other trading conditions* sebagai berikut:

Penetapan harga (*price-fixing*). Harga merupakan instrumen utama dari persaingan usaha di pasar pada umumnya, oleh sebab itu Pasal 81(1)(a) melarang penetapan harga (*price fixing*). Suatu perjanjian untuk penetapan harga (*fix price*) pada dasarnya merupakan pembatasan sendiri atas persaingan usaha sebagaimana dimaksud oleh Pasal 81(1). Larangan oleh Pasal

<sup>41</sup> Valentin Korah, op.cit., 35.

81(1) mencakup diskon, biaya tambahan (*surcharges*), batasan (*margins*), rabat (*rebates*) dan jangka waktu kredit (*credit terms*).

**Harga yang disarankan (*price recommendations*).** Pasal 81(1) juga melarang harga yang disarankan (*price "recommendations"*), sebagai contoh "*target*" harga yang disepakati (*prices to be achieved*), "*basic*" harga yang berlaku (*prices to be applied*) atau kenaikan harga (*price increases to be sought*). Perjanjian horisontal yang diumumkan untuk harga yang disarankan (*recommended prices*) dapat membatasi persaingan usaha walaupun untuk harganya sendiri tidak terpengaruh (*fixed independently*).<sup>42</sup>

**Perjanjian harga di antara para distributor (*Price agreements among distributors*),** merupakan pelanggaran terhadap Pasal 81(1) karena adanya persetujuan di antara mereka atau bagi pengusaha pabrik (*manufacturer*) yang mencoba membatasi persaingan harga (*price competition*) pada tingkat distribusi.<sup>43</sup>

**Perjanjian harga pada industri jasa (*price agreements in service industries*),** yang diterapkan oleh Pasal 81 harus cermat terutama pada industri jasa yang berkarakter khusus seperti jasa pos, perbankan dan asuransi. Dalam hal transportasi, konferensi pelayaran samudera (*shipping liner conferences*) diperlakukan sebagai kasus khusus dan manfaat dari luasnya *block exemption* mengizinkan adanya pengumpulan penetapan harga (*collective price-fixing*) dan bagi hasil (*revenue sharing*) dalam keuntungan dari jasa regular transportasi maritim yang stabil.<sup>44</sup>

<sup>42</sup> Ibid., 205.

<sup>43</sup> Ibid., 211.

<sup>44</sup> Ibid., 211.

**Mempertahankan harga jual kembali secara individu (*Individual resale price maintenance*).** Perjanjian antara pemasok (*supplier*) dan pelanggan (*customer*) yang telah terlebih dahulu disetujui atau ditentukan untuk minimum *resale price* nya juga akan sering melanggar Pasal 81(1).<sup>45</sup>

**Penetapan harga beli (*Fixing of purchase prices*).** Perjanjian pada harga pembelian (*purchase prices*) membatasi kemampuan para pihak untuk membeli secara individu pada harga yang berbeda dan normal karena batasan persaingan sebagaimana dimaksud oleh Pasal 81(1). Sebagai contoh *Belgian Industrial Timber*, (industri pengguna kayu di Belgia) melaksanakan sistem penetapan harga maksimum ketika mereka membeli kayu, dengan kontrak pembelian standar dan merukar informasi tentang program pembelian. Sistem itu ditinggalkan setelah ada intervensi dari *Commission*.<sup>46</sup>

**Pasal 81(1)(b) perjanjian yang "*limit or control production....or investment*", dan "*limit or control .....markets*."** Demikian juga Pasal 81(1)(c) perjanjian yang "*share markets or sources of supply*."<sup>47</sup>

Perjanjian mempertahankan harga dengan membatasi hasil produksi (*output*) merupakan pembatasan yang umumnya dilakukan dalam persaingan usaha. Bila merujuk pada teori kartel klasik, suatu perjanjian di antara para peserta dalam kartel untuk membatasi produksi dengan sendirinya dan dipastikan sebagai

<sup>45</sup> Ibid., 220.

<sup>46</sup> Ibid., 220.

<sup>47</sup> Ibid., 223 – 237.



usaha untuk mempertahankan atau menaikkan tingkat harga. Akan tetapi tidak semua pasar setuju dengan model yang ada dan perjanjian untuk membatasi produksi juga terjadi dalam kaitannya dengan usaha untuk tercapainya berbagai kapasitas industri Eropa.

Pada butir ini perjanjian yang terjadi merupakan perjanjian horizontal (*horizontal agreements*) di antara pesaing usaha yaitu untuk tidak memasok langsung ke masing-masing pasar dalam *Community* sehingga menghalangi tujuan dari Traktat Roma dan merupakan pelanggaran yang serius terhadap Pasal 81(1)(b) dan (c), karena dalam perjanjian telah diatur tentang penetapan harga (*fix price*) dan produksi terbatas (*limit production*). Dengan demikian telah terjadi pelanggaran bila dua atau lebih produsen (*producers*) bersepakat membagi wilayah penjualan (*markets*) atau menetapkan kuota dalam Masyarakat (*Community*).

Pasal 81(1)(d) perjanjian yang *"apply dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage."*<sup>48</sup>

Pada transaksi yang sama akan dianggap melanggar butir ini bila perjanjiannya diberlakukan berbeda. Perjanjian yang mengenakan harga yang berbeda kepada konsumen yang berbeda dimungkinkan, bila harga yang dikenakan mencerminkan biaya yang berbeda misal adanya biaya angkutan.

Pasal 81(1)(e) perjanjian yang menyimpulkan untuk diterima oleh pihak lain sebagai kewajiban tambahan *"make the conclusion of contracts subject to acceptance by other parties of supplementary obligations which, by their nature or*

<sup>48</sup> Josephine Steiner, Lorna Woods, Christian Twigg-Flesner, op.cit, 594.

*according to commercial usage, have no connection with the subject matter of such contracts.”<sup>49</sup>*

Perjanjian atau klausa yang ada dalam perjanjian akan selalu melanggar Pasal 81(1) dan perlu dipenuhinya kriteria pengecualian Pasal 81(3). Akan tetapi kriteria yang diperlukan adalah yang mempunyai keterkaitan dengan pokok persoalan dari kontrak. Pada perjanjian pasokan eksklusif (*exclusive supply agreements*) contoh: *Hennessy/Henkell, Pronuptia* atau perjanjian lisensi eksklusif (*exclusive licensing agreements*) contoh: *Nungesser*, hal yang merupakan pokok persoalan dari kontrak yaitu usaha perlindungan teritorial, tidak ada. Dalam *Hennessy/Henkell*, klausula larangan kepada *Henkell & Co.* untuk transaksi produk persaingan usaha dengan *Hennessy* ada dan diterima sebagai hal yang perlu untuk perjanjian distribusi eksklusif (*exclusive distribution agreement*) sedangkan klausula larangan untuk transaksi produk yang lainnya tidak diatur, oleh sebab itu Pasal 81(3) tidak dapat diterapkan.

### **2.2.2. Pasal 81 ayat 3 EC Treaty**

*The provisions of paragraph 1 may, however, be declared inapplicable in the case of:*

- *any agreement or category of agreements between undertakings;*
  - *any decision or category of decisions by associations of undertakings;*
  - *any concerted practices or category of concerted practices;*
- which contributes to improving the production or distribution of goods or to promoting technical or economic progress, while*

<sup>49</sup> Josephine Steiner, Lorna Woods, Christian Twigg-Flesner, op.cit, 595.

*allowing consumers a fair share of the resulting benefit, and which does not:*

*a. impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives;*

*b. afford such undertakings the possibility of eliminating competition in respect of substantial part of the products in question.*

Pelanggaran terhadap ketentuan Pasal 81(1) adalah berlaku mutlak akan tetapi Pasal 81(3) memberikan pengecualian atas larangan tersebut apabila setiap syarat berikut dipenuhi yaitu:<sup>50</sup>

1. memberi sumbangsih terhadap perbaikan produksi atau distribusi barang atau meningkatkan kemampuan teknik atau memajukan perekonomian;
2. mengizinkan konsumen menikmati hasil perjanjian yang semestinya (*it allows consumers a fair share of the resulting benefit*);
3. tidak memaksa para pelaku usaha melakukan pembatasan, bila yang tujuannya tidak memberi keuntungan; *it does not impose on the undertakings concerned restrictions which are not indispensable to the attainment of these objectives*
4. tidak memberi kepada para pelaku usaha kemungkinan untuk membatasi persaingan pada bagian yang penting dari suatu produk yang sedang diperlukan.

---

<sup>50</sup> *Ibid.*, 161.

**Syarat substantif (*substantive condition*) yang pertama yaitu ekonomi dan manfaatnya (*economic and other benefits*)**

Syarat pertama yang ditentukan oleh Pasal 81(3) bahwa perjanjian harus memberi kontribusi untuk perbaikan produksi atau pendistribusian barang atau meningkatkan kemampuan teknis atau memajukan perekonomian. Berkaitan dengan perbaikan maka seharusnya ditujukan untuk memperoleh keuntungan dan kemauan untuk memberi ganti kerugian atas kerugian yang disebabkan oleh perjanjian dalam persaingan.

**Syarat substantif yang kedua yaitu menikmati hasil perjanjian yang semestinya (*fair share of benefits for consumers*)**

Syarat pengecualian yang kedua yaitu bahwa perjanjian harus membiarkan konsumen untuk menikmati benefit yang semestinya. Perjanjian harus dihargai dengan objektif, jangan karena dipertimbangkan kepatutannya berdasarkan referensi.

Istilah konsumen (*consumers*) mencakup semua pemakai barang atau jasa, baik pelaku usaha atau perseorangan, pada tingkat produksi dan distribusi.

**Syarat substantif yang ketiga yaitu pembatasan yang diperlukan (*indispensable of restrictions*)**

Syarat pengecualian yang ketiga yaitu bahwa perjanjian tidak memaksa para pelaku usaha untuk melakukan pembatasan, bila yang tujuannya tidak memberi keuntungan.

**Syarat substantif yang keempat yaitu tidak ada batasan untuk persaingan usaha (*no elimination of competition*)**

Syarat pengecualian yang keempat yaitu bahwa perjanjian tidak memberi batasan untuk persaingan usaha kepada pelaku usaha terhadap produk yang sedang diperlukan. Syarat ini mencerminkan usaha yang keras untuk menjaga pasar "*real*" atau "*potential competition*" bahkan dalam hal dimana pengendalian terhadap persaingan dimungkinkan.

### 2.2.3. Regulasi 17/1962

*Council Regulation European Community (EC) Nomor 17* merupakan regulasi pertama yang menerapkan ketentuan persaingan usaha dalam Traktat dan efektif berlaku untuk semua negara anggota pada 13 Maret 1962. Pasal 1 Regulasi menyetujui bahwa semua larangan yang terdapat dalam pasal 81 dan 82 Traktat Roma berlaku dengan sendirinya tanpa perlu menunggu adanya keputusan. Perubahan substansial terhadap Regulasi 17 dituangkan dalam *Commission's White Paper*.<sup>51</sup>

Pasar yang terintergrasi, perluasan keanggotaan Negara Anggota diikuti oleh perubahan peraturan dan untuk memastikan bahwa persaingan usaha dalam pasar bebas tidak terdistorsi, maka Pasal 81 dan 82 EC harus diterapkan dengan efektif dan seragam dalam Masyarakat (*Community*). Regulasi nomor 17 tahun 1962 digantikan oleh *Council Regulation EC nomor 1 tahun 2003* yang berlaku efektif untuk semua Negara Anggota mulai 1 Mei 2004. Regulasi baru ini tidak mengubah substansi dari ketentuan

---

<sup>51</sup> *Ibid.*, 31.

persaingan usaha EC, tetapi memberi kekuasaan melakukan penyelidikan yang lebih luas kepada *Commission*.

#### 2.2.4. Akibat dalam Perdagangan diantara Negara Anggota

Pernyataan *which may affect trade between Member States* yang terdapat dalam Pasal 81 dan 82 *EC Treaty* memberi batasan yang mana menjadi kewenangan hukum Masyarakat Eropa (*Community law*) dan mana yang menjadi kewenangan hukum nasional negara anggota. Traktat Roma (*EC Treaty*) yang berlaku bagi semua negara anggota merujuk pada Pasal 299 (lama 227) dan ketentuan hukum persaingan dapat diterapkan terhadap wilayah-wilayah yang berada di luar wilayah pabean Masyarakat Eropa (*common customs territory*) misalnya *French overseas departments, Gibraltar, Ceuta, Melilla*<sup>72</sup> dan wilayah-wilayah yang berada dalam wilayah pabean tetapi tidak menjadi subjek hukum persaingan. Ketentuan hukum persaingan tidak berlaku bagi *associated overseas countries* dan wilayah yang tercantum dalam *Annex II* dari *EC Treaty*.

Perdagangan di antara Negara Anggota dipengaruhi oleh pengertian Pasal 81(1) yaitu bila perjanjian mengubah struktur persaingan usaha dalam pasar bebas untuk perluasan yang cukup besar. Hal ini terjadi dalam kasus *Commercial Solvents*, yang mengadukan ditiadakannya pesaing usaha (*competitor*) dalam *Community*, walaupun sebagian besar hasil produksi dari pesaing usaha di ekspor ke luar *Community*. *Court of Justice* menyatakan bahwa persyaratan yang mempengaruhi perdagangan tidak dapat diinterpretasikan sebatas maksud Pasal 81(1) dan 82 pada

<sup>72</sup> Bellamy., 118

industri dan aktivitas memasok secara komersial Negara Anggota. Kewenangan *Community* harus mempertimbangkan akibat perjanjian pada struktur persaingan usaha dari pasar bebas.<sup>53</sup>

## 2.3. POSISI DOMINAN (*DOMINANT POSITION*)

### 2.3.1. Pengertian Posisi Dominan (*Dominant Position*)

Posisi Dominan dalam *European Community* (EC) mempunyai pengertian yang berbeda dengan ekonomi yang mempunyai *concept of power over price*. Pengertian berikut ini merupakan *legal concept* yang dikembangkan oleh *Commission* dan *courts* yaitu:<sup>54</sup>

*A position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by giving it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of consumers.*

Pelaku usaha yang menikmati posisi dari kekuatan ekonominya memungkinkan untuk melakukan pencegahan secara efektif terhadap persaingan usaha yang terpelihara dalam *relevant market* dengan memberinya kekuasaan untuk melakukan perluasan yang cukup besar secara bebas terhadap pesaing usaha, pelanggan dan pada akhirnya kepada konsumen.

Posisi dominan atau monopoli dalam pengertian ekonomi mempunyai pengertian sebagai berikut:

<sup>53</sup> Ibid., 122.

<sup>54</sup> Valentine Korah, op.cit, 82.

*"A single seller with complete control over an industry. It is the only one producing in its industry, and there is no industry producing a close substitute."*<sup>55</sup>

*"A firm is a monopoly if it is the sole seller of its product and if its product does not have close substitutes."*<sup>56</sup>

Ada tiga tingkatan berkaitan yang diperlukan untuk menentukan bahwa suatu usaha dagang berada dalam posisi dominan yaitu berdasarkan:<sup>57</sup>

- a. *market definition*, mendefinisikan *relevant product market* dan *relevant geographic market* (harus paling sedikit mencakup substansi pangsa pasar bebas) dan bila ada dugaan pelaku yang dominan maka akan dilakukan penilaian;
- b. *market share analysis*: menetapkan *market share* pelaku usaha dengan pasar (*relevant market*) sebagaimana didefinisikan;
- c. *analysis of competitive constraints*: melakukan penilaian terhadap *market share* dari pelaku usaha secara umum dan khusus untuk melihat apakah akan tererosi oleh kondisi yang ada atau oleh pesaing yang potensial.

### 2.3.2. Definisi Pasar (*Market*)

Pengertian pasar pada umumnya adalah suatu tempat pertemuan antara penjual dan pembeli atau *a market is the collection of*

<sup>55</sup> Paul A. Samuelson & William D. Nordhaus. *Microeconomics, 14<sup>th</sup> Ed.*, (New York: McGraw Hill, 1992), 164.

<sup>56</sup> N. Gregory Mankiw. *Principles of Microeconomics, 3<sup>rd</sup> Ed.*, (Ohio: South Western, 2004), 314.

<sup>57</sup> Bellamy & Child, op.cit., 685.



*buyers and sellers that, through their actual or potential interactions, determine the price of a product or set of products.*<sup>58</sup>

Ekonom mendefinisikan pasar (*market*) untuk kepentingannya sebagai berikut:

*"Determination of the buyers, sellers, and range of products that should be included in a particular market."*<sup>59</sup>

Definisi pasar yang diberikan oleh *American enforcement officials* dan dipergunakan oleh *Commission* dalam memberikan ulasan definisi pasar (*notice on market definition*) sebagai berikut.<sup>60</sup>

*A market is where competition operates. A supplier competes not only with suppliers of identical products, but also suppliers of products to which its customers might turn if it were to raise its price. It also competes, although less immediately, with suppliers who might start to supply the same or substitutes goods if it were to raise its price. For economist, a market is defined in terms of substitutes on both the demand and supply side.*

Pasar merupakan tempat persaingan usaha terjadi. Di dalam pasar pemasok (*supplier*) bersaing tidak hanya dengan pemasok untuk produk sejenis tetapi juga dengan pemasok produk yang mempunyai harga yang dapat dijangkau oleh pelanggan. Persaingan juga terjadi dengan pemasok baru untuk produk yang sama atau produk pengganti yang diakibatkan kenaikan harga. Sedangkan ekonom melihat pasar dari sudut pandang permintaan dan pasokan.

<sup>58</sup> Robert S. Pindyck & Daniel L. Rubinfeld. *Microeconomics*, 6<sup>th</sup> Ed. (New Jersey: Pearson Education, 2005), 7.

<sup>59</sup> Robert S. Pindyck & Daniel L. Rubinfeld. *Microeconomics*, 6<sup>th</sup> Ed. (New Jersey: Pearson Education, 2005), 8.

<sup>60</sup> Valentine Korah, *op.cit.*, 66.

Definisi pasar (*market*) sangat penting untuk kepastian suatu posisi dominan, karena dengan adanya definisi yang pasti tentang pasar maka posisi para pihak dalam pasar dapat diidentifikasi, struktur pasar dapat dianalisis dan posisi para pesaing usaha dapat dinilai.<sup>61</sup>

Definisi pasar yang berbeda dalam kasus Pasal 81 dan 82 serta definisi pasar dalam kaitannya dengan Ketentuan Merger (*Merger Regulation*) pada akhirnya yang terutama adalah untukantisipasi. *Commission* memahami kenyataan ini dalam pengumumannya tentang definisi pasar (*Notice on Market Definition*) yang diambil pada Desember 1997 yaitu *Relevant Market Notice* sebagai berikut:

*The criteria for defining the relevant market are applied generally for the analysis of certain types of behaviour in the market and for the analysis of structural changes in the supply of products. This methodology, though, might lead to different result depending on the nature of the competition issue being examined. For instance, the scope of the geographic market might be different when analysing a concentration, where the analysis is essentially prospective from an analysis of past behaviour. The different time horizon considered in each case might lead to the result that different geographic markets are defined for the same products depending on whether the Commission is examining a change in the structure a supply, such as a concentration or a .....joint venture, or examining issues relating to certain past behaviour.*

Dalam menganalisis perilaku tertentu terhadap pasar dan perubahan struktural yang terjadi dalam pasokan produk, pada umumnya kriteria yang dipergunakan adalah kriteria untuk mendefinisikan *relevant market*. Metodologi ini membawa hasil yang berbeda, tergantung dari sifat permasalahan yang sedang dianalisis. Sebagai

---

<sup>61</sup> Bellamy & Child., op.cit., 386 - 394.

contoh cakupan dari pasar geografis bisa jadi berbeda ketika analisis terhadap *concentration* sedang dilakukan, dimana analisis pada dasarnya merupakan prospektif dari analisis perilaku sebelumnya. Perbedaan rentang waktu dipertimbangkan dalam tiap kasus yang mungkin memberi akibat bahwa geografis pasar yang berbeda didefinisikan untuk produk yang sama tergantung pada *Commission* yang menguji perubahan dalam struktur pasokan, seperti *concentration* atau .....kerjasama, atau permasalahan berkaitan dengan perilaku sebelumnya.

*Relevant market* tidak didefinisikan dalam ketentuan merger (*merger regulation*). *Relevant Market Notice* memberikan indikasi bagaimana *Commission* akan melakukan pendekatan terhadap suatu pokok permasalahan. Untuk mengidentifikasi *relevant market* dalam pengertian yang luas, harus diperhatikan dua dimensi yaitu produk (*product dimension*) dan geografik (*geographic dimension*). Pengumuman (*Notice*) tersebut diterapkan tidak hanya untuk merger (*merger*) tetapi juga untuk Pasal 81, 82 dan definisi pasar diperlukan khususnya penting untuk menentukan posisi dominan dalam penerapannya terhadap Pasal 82 .

#### ***Relevant product market***<sup>62</sup>

*"A relevant product market comprises all those products and/or services which are regarded as interchangeable or substitutable by the consumer, by reason of the products' characteristics, their prices and their intended use."*

*Relevant product market* terdiri atas banyak produk dan/atau jasa yang dapat dipertukarkan (*interchangeable*) atau digantikan (*substitutable*) oleh konsumen karena alasan karakteristik produk, harga dan tujuan kegunaannya.

<sup>62</sup> Bellamy & Child., op.cit., 387.

Dalam *relevant product market* yang menjadi permasalahan adalah faktor dapat dipertukarkan (*interchangeable*) dan disubstitusikannya (*substitutable*) produk dengan produk lain oleh konsumen. Hal demikian merujuk pada aspek substitusi permintaan (*demand-side substitutability*). Bentuk dari substitusi (*substitution*) dapat terjadi bila produser dapat mengalihkan produksinya sebagai tanggapan terhadap persaingan untuk mengubah pangsa pasar, hal ini yang dikenal sebagai *supply-side substitutability* atau substitusi. Aspek substitusi permintaan (*demand-side substitutability*) berperan menentukan definisi pasar, digambarkan dengan persoalannya bahwa produk atau jasa pengganti mana yang akan dipilih oleh konsumen bila terjadi kenaikan harga yang signifikan untuk produk A. Konsumen tidak mau atau tidak mampu membeli produk A dan pada pasar yang sama terdapat produk B sebagai alternatif pengganti, dalam hal demikian terjadi elastis silang (*cross-elasticity*) antara produk A dan B. Model hipotesis ini biasanya untuk mendefinisikan produk pasar (*product market*) dalam *Relevant Market Notice*.

Dalam sedikit kasus, *Commission* menemukan bahwa produk pasar yang lebih luas eksis kemungkinan diakibatkan oleh aspek substitusi pasokan (*supply-side substitutability*). Pada pangsa pasar yang sama substitusi (*substitution*) mengambil alih dalam menanggapi kenaikan harga produk B, maka pabrikan produk A dapat mengganti produksinya dengan biaya minimum dan dalam waktu relatif singkat mampu membuat produk B, sehingga menambah pasokan produk B di pasar. Tindakan ini merupakan pengendalian terhadap pabrikan produk B.

### ***Relevant geographic market***

*comprises the area in which the undertakings concerned are involved in the supply of products or services, in which the conditions of competition are sufficiently homogenous and which can be distinguished from neighbouring geographic areas because, in particular, conditions of competition are appreciably different in those areas.*

Merupakan area dimana pelaku usaha berkepentingan untuk terlibat di dalam pasokan barang atau jasa, kondisi persaingan usahanya cukup seragam dan dapat dibedakan dari area geografik yang berdekatan karena secara khusus syarat persaingan dalam area itu berbeda cukup besar.

## **2.4. PENYALAHGUNAAN POSISI DOMINAN (*ABUSE OF DOMINANT POSITIONS*)**

Pasal 82 tidak melarang posisi dominan yang dipunyai oleh pelaku usaha tetapi yang dilarang adalah penyalahgunaannya terhadap posisi tersebut, dominan *per se* tidak dilarang. Kejelasan ini penting agar Pasal 82 tidak dianalogikan dengan Pasal 81(3) bahwa tidak ada bentuk pengecualian jika pelaku usaha menyalahgunakannya. Empat pokok persoalan penting yang timbul dalam memutuskan pengertian "penyalahgunaan (*abuse*)" adalah:<sup>63</sup>

- a. Pasal 82 ditujukan untuk melindungi konsumen (*consumers*) atau pesaing usaha (*competitors*) atau keduanya? Bila ditujukan untuk keduanya, maka dapat terjadi benturan kepentingan terhadap keduanya.
- b. Pelaku usaha dalam posisi dominan mungkin kehilangan haknya untuk menyetujui perilaku yang bukan pelanggaran dan yang dapat disetujui jika diambil oleh pelaku usaha yang tidak dominan. Kesimpulan dari

<sup>63</sup> Paul Craig and Gráinne de Búrca, *op.cit.*, 1006 - 1007.

kontrak atau akuisi hak oleh pelaku usaha dominan merupakan pelanggaran terhadap Pasal 82. Bila diperbolehkan bahwa pelaku usaha dominan dapat mengambil langkah melindungi kepentingannya sendiri ketika mereka diserang oleh pesaing usaha, tetapi tidak diperbolehkan memperkuat posisi dominannya, yang mana akan menjadi penyalahgunaan.

- c. Tentang perilaku (*behaviour*) harus dibedakan antara strategi persaingan usaha normal (*normal competitive strategy*) dan dominan *per se* yang tidak dilarang (*dominance per se is not forbidden*). Pasal 82 secara jelas melarang *unfair pricing* dan pembatasan terhadap kapasitas produktif (*limits on productive capacity*).
- d. Penyalahgunaan posisi dominan dalam suatu pasar mungkin dikancam karena berakibatnya pada pasar yang berbeda, terutama bila pelaku usaha dominan dapat mengontrol akses ke pasar yang lain. Sebagai contoh *Aéroports de Paris*, kewenangan bandara untuk mengontrol akses pasokan jasa pelayanan makanan dan menyalahgunakan posisi dominannya dengan mendiskriminasi harga (*discriminatory pricing*).

Secara umum, prinsip yang dianut Pasal 82 adalah perilaku dominan yang dengan serius dan tidak berhak mendistorsi persaingan usaha seperti yang telah didefinisikan dalam *relevant market* atau yang selanjutnya menyebabkan lemahnya persaingan usaha dalam pasar, maka akan dilarang karena mempengaruhi perdagangan di antara Negara Anggota. Prinsip tersebut berdasarkan komitmen dari *Community* yang dinyatakan berulang kali terhadap persaingan usaha sebagai "*bringing out the best in Community industry dan upon Article 3(g) of the Treaty.*"<sup>64</sup>

---

<sup>64</sup>Bellamy & Child, op.cit., 717.

#### 2.4.1. Pengertian Penyalahgunaan Posisi Dominan

Pasal 82 tidak mendefinisikan "abuse".<sup>65</sup> Dalam *Hoffmann-La Roche*, *Court of Justice* memberikan pernyataan yang berkaitan dengan penyalahgunaan sebagai konsep dalam kasus sebagai berikut:<sup>66</sup>

*The concept of abuse is an objective concept relating to the behaviour of an undertaking in a dominant position which is such as to influence the structure of a market where, as a result of the very presence of the undertaking in question, the degree of competition is weakened and which, through recourse to methods different from those which condition normal competition in products or services on the basis of the transactions of commercial operators, has the effect of hindering the maintenance of the degree of competition still existing in the market or the growth of that competition.*

Penyalahgunaan sebagai suatu konsep tujuan berhubungan dengan perilaku dari pelaku usaha dalam posisi dominan yang bertujuan mempengaruhi struktur dimana pasar berada, sebagai akibatnya kehadiran pelaku usaha sangat diperlukan, tingkat persaingan usaha menjadi lemah dan dengan memakai cara yang berbeda dari kondisi normal persaingan usaha dalam produk atau jasa yang berbasis dari transaksi komersial operator, mengakibatkan terganggunya tingkat persaingan usaha sampai keberadaannya dalam pasar atau pertumbuhan dari persaingan usaha yang telah terpelihara.

Dua kategori larangan penyalahgunaan posisi dominan berdasarkan Pasal 82 sebagai berikut:<sup>67</sup>

a. *Exploitative abuses*, bila pelaku usaha mencoba mengambil keuntungan atas posisi dominan yang dipunyainya dengan menekan atau berlaku curang terhadap rekan dagangnya. Contoh untuk kategori ini

<sup>65</sup> Josephine Steiner, Lorna Woods, Christian Twigg-Flesner, *op.cit.*, 617.

<sup>66</sup> Bellamy & Child, *op.cit.*, 718.

<sup>67</sup> Josephine Steiner, Lorna Woods, Christian Twigg-Flesner, *op.cit.*, 618.

adalah sebagaimana tercantum pada butir a, c, d dan untuk beberapa perilaku (*behaviour*) tercantum pada butir b Pasal 82 Traktat atau perilaku mengeksploitasi posisi dominan (*conduct exploitative of the dominant positions*).<sup>68</sup>

*b. Anti competitive abuses*, bila akibat ekonomi selanjutnya mengurangi atau mengganggu efektivitas persaingan usaha dalam pasar bebas atau bagian penting yang sebenarnya ataupun yang berpotensi terhadap persaingan usaha. Sebagai contoh untuk kategori ini adalah *exclusionary conduct*. Banyak bentuk dari *behaviour* yang dapat dikategorikan ke dalam dua kategori, misalnya *Istituto Chemioterapico Italiano SpA kasus 6 & 7/73*.

Penyalahgunaan perilaku (*abusive behaviour*) yang dikenai oleh Pasal 82, tidak memerlukan pelaku usaha dominan dalam memperoleh keuangan atau keuntungan komersial dari perilaku yang menjadi pokok persoalan dari pengaduan. Dalam kasus *World Cup* tahun 2000 (OJ L5/55) suatu lembaga nir laba membentuk organisasi yang bertanggung jawab mengorganisir penyaluran tiket mengemukakan agumentasinya bahwa tidak ada keuntungan dari pembatasan atas penjualan tiket yang ditentukan dan argumentasi ini oleh *Commission* ditolak karena tidak ada hubungannya.

Hubungan antara posisi dominan dan penyalahgunaannya terlihat dalam *Tetra Pak II*, *Commission* diperkuat oleh *Court of First Instance* dan *Court of Justice* lebih lanjut ditegaskan bahwa perilaku penyalahgunaan melanggar Pasal 82 dapat berada dalam pasar dimana *Tetra Pak* tidak mendominasi karena pasar tersebut suatu "neighbouring" pasar ke pasar yang mana *Tetra Pak* mempunyai posisi dominan. Dalam keadaan dominan kolektif, penyalahgunaan tidak

<sup>68</sup> Bellamy & Child, op.cit., 721.



diperlukan keikutsertaan oleh semua pihak karena sifatnya yang merupakan dominasi bersama.<sup>69</sup>

#### **2.4.2. Penyalahgunaan Posisi Dominan Eksploitatif (*Exploitative Abuse*)**

##### **Harga yang berlebihan (*Excessive pricing*)<sup>70</sup>**

Harga yang tidak wajar (*unfair pricing*) terbagi atas rendahnya harga yang tidak wajar (*unfairly low pricing*) dan tingginya harga yang tidak wajar (*unfairly high pricing*). Pelaku usaha dominan mempergunakan *unfairly low pricing* untuk menyisihkan pesaing usaha, sedangkan untuk mencapai keuntungan lebih besar dalam lingkungan yang bersaing dipergunakan *unfairly high pricing*. *Unfairly high pricing* yang dilarang diketemukan dalam kasus *General Motors, United Brands, dan British Leyland*. Dalam *General Motors, Commission* menguji ketidakwajaran berdasarkan hubungan antara harga dan nilai ekonomi dari barang atau jasa yang disediakan oleh pendominasi. Tuntutan harga merupakan penyalahgunaan perilaku yang utama berkaitan dengan nilai ekonomi (*economic value*) yang berlebihan.

*Commission* menerapkan hasil uji *Court of Justice* terhadap *General Motor* untuk memutuskan harga *United Brands* yang akan berlaku di Negara Anggota tertentu berkaitan dengan nilai ekonomi yang berlebihan dari produk yang dipasok. *Commission* memfokuskan pada perbedaan harga yang dikenakan pada Negara Anggota yang satu dan lainnya berbeda jauh. Berawal dari temuan bahwa harga yang dikenakan kepada pelanggan (*customers*) di Irlandia sudah cukup tinggi untuk memperoleh keuntungan, bahkan kepada pelanggan di Negara Anggota yang lain diperkirakan lebih tinggi sampai 100 persen, maka *Commission*

<sup>69</sup> Bellamy & Child, op.cit., 719.

<sup>70</sup> Bellamy & Child, op.cit., 721 - 723.

berkesimpulan bahwa telah terjadi keuntungan yang berlebihan. *Court of Justice* berpendapat bahwa temuan *Commission* cacat, diragukan apakah harga yang diterapkan di Irlandia telah menghasilkan keuntungan, namun demikian *Court of Justice* setuju bahwa mengenakan harga yang berlebihan yang tidak ada kaitannya dengan nilai ekonomi suatu produk yang dipasok merupakan suatu penyalahgunaan.

### *Predatory Pricing*<sup>71</sup>

*Predatory pricing* merupakan harga yang ditentukan oleh pelaku usaha yang dominan untuk kepentingannya menyingkirkan/melemahkan pesaingnya. *Predatory pricing* pada umumnya meliputi pemotongan harga yang selektif, tingkatan harga yang tidak menguntungkan, harga yang khusus ditujukan untuk pesaing. *Predatory pricing* tidak mudah dibedakan dari persaingan harga normal karena pada akhirnya untuk mengetahui kemampuan mengendalikan sedikit pesaing yang tidak dapat memberi keuntungan dari skala ekonomi atau alasan lain yang kurang efisien.

*Court of Justice* berpatokan bahwa untuk menentukan *predatory pricing* perlu memperhatikan bahwa *predator* menjual di bawah rata-rata biaya keseluruhan dan bertujuan untuk menyingkirkan pesaingnya. *Court of Justice* juga menganggap bahwa bila harga di bawah rata-rata biaya variabel maka merupakan *predatory*. Berdasarkan patokannya itu, *Court of Justice* memberikan dua sanksi metode yang berbeda untuk menentukan apakah suatu harga *predatory*, sebagai berikut:

Pertama, harga di bawah rata-rata biaya variabel merupakan suatu pelanggaran. Dalam suatu kasus, tujuan ekonomi tidak mungkin selain menyingkirkan pesaing sebab setiap produk diproduksi dan dijual meminta kerugian untuk pelaku usahanya. Kedua, harga di bawah rata-

<sup>71</sup> Bellamy & Child, *op.cit.*, 724 - 727.

rata keseluruhan biaya produksi tetapi di atas rata-rata biaya variabel hanya dikatakan pelanggaran bila tujuannya untuk menyingkirkan pesaing dapat ditunjukkan.

### ***Price discrimination dan price squeezing***<sup>72</sup>

Dalam bidang bisnis banyak faktor yang mempengaruhi pelanggan sehingga mau membayar dengan harga yang berbeda untuk produk yang sama. Pada kasus AKZO, kebijakan AKZO adalah menawarkan kepada beberapa pelanggan dengan harga lebih rendah, misal kepada pelanggan yang membeli dari pesaing kecil, ECS tetapi tidak kepada yang lainnya. Akibatnya tidak hanya ECS yang dirugikan tetapi juga para pelanggan AKZO yang tetap membayar lebih tinggi sementara pesaingnya menikmati harga yang sudah dikurangi. Sama halnya pada *fidelity rebates atau similar systems*, pelanggan membayar harga lebih murah tetapi tidak mendapat keuntungan lebih dibanding pelanggan yang lain. Pada pemakaian peralatan terutama yang berakses infrastruktur jaringan, persaingan usaha merupakan topik yang ekstensif.

*United Brand (UB)* merupakan contoh kasus *price discrimination* yang melanggar Pasal 82 berdasarkan lokasi nasional dari pembeli. UB membongkar pisang untuk kualitas yang sama di Rotterdam dan Bremerhaven dengan biaya dan menjualnya kepada para pelanggan dari berbagai Negara Anggota dengan harga yang berbeda. Pengiriman dilakukan oleh pelanggan itu sendiri di pelabuhan bongkar Eropa, mereka membayar semua biaya impor, biaya ruangan untuk menyimpan pada negara yang dituju. United Brands berargumentasi bahwa harga tersebut hanya mencerminkan harga eceran yang relevan dalam Negara Anggota dan harga yang ditetapkan oleh mereka sendiri juga berlainan dan sering

---

<sup>72</sup> Bellamy & Child, *op.cit.*, 728 - 730.

berubah sesuai dengan permintaan di negara yang berbeda. *Court of Justice* berpatokan bahwa UB tidak berhak untuk mendiskriminasi. Pada dasarnya harga harus sama untuk semua pelanggan, kemanapun tujuan dikirimnya pisang, diskriminasi dengan alasan kondisi lokal merupakan hambatan untuk *free movement of goods* dan berakibat juga larangan terhadap penjualan kembali pisang yang masih hijau dan mengurangi jumlah pengiriman yang telah dipesan. Batasan kaku pasar nasional yang tercipta pada tingkat harga yang sangat berbeda, penempatan penyalur tertentu pada persaingan yang merugikan, persaingan yang disimpangkan.

*Price Squeezing* terjadi bila seorang pelaku usaha menguasai pasar dari hulu dan hilir sehingga dapat mendiskriminasi operasional hilir dan bertentangan dengan pesaing yang berpotensi bertentangan dengan pesaing hilir dan subsidi silang

#### ***Fidelity rebates dan exclusive dealing***<sup>73</sup>

*Rebates financial* khusus atau diskon diberikan oleh perusahaan yang dominan dalam tujuannya mengembalikan semua kenyamanan atau meningkatnya jumlah dari pelanggan usaha yang melanggar Pasal 82 karena tak adanya keberatan atas kebenaran. Prinsip ini pertama kali diterapkan untuk kasus *Sugar*. *Court of Justice* melihat bahwa Pasal 82 dilanggar ketika pelaku usaha yang dominan menjalankan sistem sebagai berikut:

*".....is not to be treated as a quantity rebate exclusively linked with the volume of purchase from the producer concerned but has rightly been classified by the Commission as a 'loyalty' rebate designed, through the grant of a financial advantage, to prevent customers obtaining their supplies from competing producers".*

<sup>73</sup> Bellamy & Child, op.cit., 731 - 734.

.....tidak diperlakukan sebagai jumlah rabat eksklusif bila berhubungan dengan isi pembelian dari produsen tetapi diklasifikasikan oleh *Commission* sebagai rabat "loyalty" melalui pemberian keuntungan keuangan di depan untuk mencegah para pelanggan mendapat pasokan dari produsen pesaing.

Prinsip itu telah ditegaskan dan diperluas, khususnya dalam kasus *Hoffmann-La Roche* dan *Michelin*. Pada kasus *Almelo*, *the Court of Justice* menemukan bahwa ada pelecehan terhadap pelaku usaha dominan termasuk *loyalty obligations* dalam kontrak atas permintaan pembeli.

#### ***Refusal to supply*<sup>74</sup>**

Pada umumnya pelaku usaha yang tidak berada dalam posisi dominan dapat dengan mudah menentukan relasi untuk berkontrak, sedangkan pelaku usaha yang berposisi dominan maka kebebasannya dibatasi dan menolak untuk suatu kesepakatan merupakan pelanggaran atas dominasinya. Batasan yang jelas dari keadaan bahwa pelaku usaha menolak untuk bersepakat merupakan pelanggaran tinggali ditentukan. Dengan demikian jelas bahwa ketiadaan kejelasan menolak untuk memasok pelanggan yang ada merupakan suatu penyalahgunaan, menolak memberikan akses untuk fasilitas yang inti (*essential facilities*). Dalam menentukan lebih lanjut suatu penolakan merupakan penyalahgunaan, pengadilan perlu pertimbangan dengan *Advocate General Jacobs* dalam kasus *Bronner*, yang pertama perlunya kehati-hatian dasar kebenaran dari berbagai pilihan untuk memilih mitra usaha dan dengan bebas untuk menjadi bagiannya, prinsip umum yang dikenal dalam hukum Negara Anggota. Kedua, perlunya keseimbangan pertimbangan konflik ketika memberikan alasan campur tangan kepada

<sup>74</sup> Bellamy & Child, *op.cit.*, 734.

pelaku usaha yang bebas untuk berkontrak khususnya keinginan untuk mempertahankan insentif dalam berinvestasi di produksi, pembelian dan penyaluran fasilitas, yang mana dapat dikurangi bila pesaing usaha diberikan akses beberapa fasilitas. Ketiga, bahwa tujuan utama Pasal 82 adalah mencegah penyimpangan persaingan usaha yang menarik perhatian konsumen daripada untuk melindungi pesaing usaha.

#### *Access to "essential facilities"<sup>75</sup>*

*Commission* mendefinisikan *essential facilities* (fasilitas inti) sebagai "fasilitas atau infrastruktur yang tanpa akses dan pesaing usaha tidak dapat menyediakan layanan untuk pelanggannya. Berdasar jurisprudence Pengadilan dan *Commission* bahwa penyalahgunaan dominasi pelaku usaha adalah menolak memberikan akses untuk fasilitas inti yang dibutuhkan pelanggan baru untuk bersaing dengan layanan yang telah ada.

#### *Refusal to supply in other circumstances<sup>76</sup>*

Tidak memasok terhadap pelanggan yang selama ini dipasok dan menolak memasok pelanggan baru dalam kondisi pasokan sangat dibutuhkan, dapat dikategorikan sebagai penyalahgunaan. *Commission* mengatakan dalam *Irish Continental Group v. CCI Morlaix* sebagai berikut:

"Suatu perusahaan dalam posisi dominan yang menjual layanan jasa, wajib mempunyai alasan yang sah bila menolak untuk menjual kepada pembeli yang mau, khususnya bila perusahaan berada dalam posisi dominan yang mempunyai akses kontrol terhadap fasilitas inti".

<sup>75</sup> Bellamy & Child, op.cit., 738.

<sup>76</sup> Bellamy & Child, op.cit., 742.

### *Abuse of intellectual property rights*<sup>77</sup>

Hak atas kekayaan intelektual memiliki sistem yang memberi hak monopoli yang sah untuk permasalahan yang berkaitan dengan Pasal 82. Dalam *Magill, Court of Justice* menguatkan *Court of First Instance* untuk mempertimbangkan lagi penolakan memberikan lisensi hak atas kekayaan intelektual ke para pesaing, yang disimpulkan bahwa penolakan merupakan penyalahgunaan. Kasus ini berkaitan dengan penolakan oleh suatu organisasi di Irlandia dan Inggris untuk memberikan lisensinya kepada pihak ketiga untuk memproduksi kembali hak cipta atas program televisi yang sudah terjadwal. *Court of Justice* telah mengetahuinya dengan acuan *Volvo v. Veng* yang menolak untuk memberikan hak atas kekayaan intelektual tidak dapat dengan sendirinya merupakan suatu penyalahgunaan terhadap posisi dominan. Dalam kasus *Volvo v. Veng*, jelas pula bahwa penggunaan hak eksklusif oleh pemilik dalam pengecualian keadaan menyebabkan penyalahgunaan.

### *Tying*<sup>78</sup>

Penyalahgunaan posisi dominan tercantum dalam Pasal 82, paragraf d sebagai berikut:

*".....making the conclusion of contracts subject to acceptance by the other parties of supplementary obligation which, by their nature or according to commercial usage, have no connection with the subject of such contract"*.

Penyalahgunaan meliputi juga yang sering disebut sebagai "*Tying*" atau "*bundling*." Contoh *tying* adalah ketika suatu perusahaan yang mempunyai posisi dominan disiapkan untuk memasok produk dan perusahaan tersebut hanya akan memasok bila pelanggan menyetujui

<sup>77</sup> Bellamy & Child, op.cit., 744.

<sup>78</sup> Bellamy & Child, op.cit., 747.

untuk membeli produk yang lain darinya (*tied product*). Perusahaan yang dominan belum tentu dominan dalam memasok produk dari *tied product*, kerusakan karena percobaan untuk memperluas dan memperkuat pasar dari *tied product*, untuk kerugian tidak hanya pelanggan tapi juga pesaing dari *tied product*. *Tying* bertumbuh dengan penawaran yang jelas atas dua produk yang berbeda, bukan kombinasi dari komponen yang berbeda dalam satu produk. Sebagai contoh adalah pasokan tali sepatu di sepatu atau kancing di baju tidak akan dianggap sebagai *tie-in*.

Dalam *Tetra Pak II*, *Commission* menguatkan *Court of First Instance* dan *Court of Justice* bahwa *Tetra Pak tied* atas penjualan materi kemasan karton untuk dijual dalam memenuhi permintaan pembeli mesin yang setuju untuk membeli dari Tetra Pak semua pasokan karton. Tetra Pak berargumentasi bahwa penjualan *tied* dibenarkan dengan dasar karena ada keterkaitan wajar antara karton dan terisinya mesin serta penjualan *tied* untuk kedua jenis produk itu adalah normal untuk penggunaan komersial. *Court of Justice* menguatkan penolakan dari *Court of First Instance* atas argumentasi dan menambahkan sebagai berikut:

“Perlu ditekankan bahwa daftar dari penyalahgunaan yang tertera dalam paragraf kedua Pasal 82 Traktat tidak mendalam. Sebagai konsekuensinya, walau penjualan *tied* dari dua produk sesuai dengan penggunaan komersial atau adanya keterkaitan yang wajar diantara dua produk yang diperlukan misalnya penjualan, masih merupakan penyalahgunaan terhadap arti dari Pasal 82 kecuali bila dibenarkan secara objektif”.

*Court of First Instance* juga menolak argumentasi Tetra Pak bahwa *tying* menghapuskan kesulitan apakah tanggung jawab untuk kerusakan yang terjadi dalam sistem diakibatkan oleh pemasok mesin atau pemasok



materi kemasan dan diperlukan usaha perlindungan kesehatan umum karena bahaya yang melekat dalam penyimpanan susu pada suhu yang *ambient*.

### ***Other contractual conditions***<sup>79</sup>

Pasal 82 a mengidentifikasi ketentuan "*unfair trading conditions*" sebagai bentuk penyalahgunaan. Banyak hal dapat dikelompokkan bila perusahaan dalam posisi dominan menyalahgunakan posisinya dengan menentukan syarat anti kompetitif kepada pelanggan, yang berakibat melanggar Pasal 81 (1). termasuk dalam syarat anti kompetitif adalah usaha untuk membatasi ekspor, membatasi yang berkaitan dengan menjual kembali barang, membatasi terhadap kebebasan untuk berinovasi dan membatasi untuk ketentuan garansi.

Dalam *Tetra Pak II*, *Commission* dan *Court of First Instance* menentukan rentang batas yang luas untuk memaksimalkan kemungkinan perluasan dan mengurangi persaingan, yaitu sebagai berikut:

1. pencegahan terhadap pelanggan untuk menambah aksesori atau memodifikasi mesin tanpa izin dari *Tetra Pak*;
2. kewajiban untuk memberikan saran kepada *Tetra Pak* untuk perbaikan teknis atau modifikasi yang dibuat untuk mesin atau karton dan memberi hak kepemilikan hak atas kekayaan intelektual kepada *Tetra Pak* untuk memperbaiki atau memodifikasi;
3. bahwa *Tetra Pak* diizinkan untuk menjual kembali atau mentransfer atas penggunaan peralatan dan *Tetra Pak* untuk membeli kembali peralatan;

<sup>79</sup> Bellamy & Child, op.cit., 749.

4. persyaratan yang menetapkan bahwa garansi sebagai subjek untuk memenuhi semua ketentuan kontrak, tidak terbatas pada ketentuan yang berpengaruh pada beroperasinya peralatan;
5. waktu selama perjanjian pembiayaan.

#### ***Discrimination***<sup>80</sup>

Aspek khusus dari diskriminasi yang berada dalam Traktat adalah berdasarkan kewarganegaraan, Perusahaan yang mempunyai posisi dominan dan melakukan diskriminasi kepada pelanggan atau pemasok atau perorangan yang meminta layanan berdasarkan kewarganegaraan dianggap sebagai penyalahgunaan. Pasal 82 c dengan jelas mengidentifikasi sebagai potensi penyalahgunaan diskriminasi dalam penerapan syarat yang berbeda terhadap transaksi yang seimbang dengan pihak pedagang lainnya, hal ini menempatkan mereka pada keadaan persaingan yang merugikan.

#### ***Limiting production, markets or technical development***<sup>81</sup>

Dikategorikan sebagai penyalahgunaan, Pasal 82 secara khusus mengidentifikasi pada butir b paragraf kedua yaitu "*limiting production, markets or technical development to the prejudice of consumers.*" Perilaku yang dapat dikategorikan ini termasuk pembatasan keluaran (*output*) oleh pelaku usaha dominan, dengan harapan harga naik karena keyakinan bahwa permintaan melebihi dari pasokan atau tindakan dari sebagian pelaku usaha dominan membatasi kemampuan pihak ketiga untuk meningkatkan produksi atau memasuki pasar baru atau mengembangkan teknik baru. *Court of Justice* dalam *Suiker Unie* menemukan bahwa pabrik gula itu telah melanggar Pasal 82 b dengan

<sup>80</sup> Bellamy & Child, op.cit., 753.

<sup>81</sup> Bellamy & Child, op.cit., 754.

memaksa penyalur untuk mengekspor ke tujuan khusus dan menentukan pembatasan terhadap pelanggan mereka sendiri, dengan demikian membatasi gerai penyalur dan secara tidak langsung terhadap pembeli mereka.

Dalam kasus *British Telecommunications, Commissions* berpatokan bahwa melarang pesan untuk diteruskan oleh agensi di Inggris dari pesan asli yang ditransmisi oleh telex dan ditujukan untuk ke lokasi luar, *British Telecommunications* telah melanggar Pasal 82 b dengan membatasi pertumbuhan pasar baru dan juga penggunaan teknologi baru kepada operator penyambung dan pelanggannya.

Hal yang sama pada kasus *Magill, Court of Justice* berpatokan bahwa *appellants* yang menolak untuk menyediakan informasi jadwal acara kepada pihak ketiga untuk menjaga tampilan produk baru, yaitu panduan lengkap televisi mingguan merupakan penyalahgunaan terhadap Pasal 82 b.

## 2.5. TEORI PERSAINGAN USAHA

### 2.5.1. *Perfect Competition*<sup>32</sup>

*Wealth of Nations* (1776), buku karya Adam Smith merupakan konsep awal dari persaingan usaha yang mengartikan adanya pengendalian peraturan dalam perdagangan.

Dalam teori ekonomi moderen pada akhir abad kesembilan belas (1890) terdapat aturan khusus dalam pengaturan persaingan. Di Amerika Serikat untuk pertama kalinya disahkan undang-undang anti persaingan usaha adalah Sherman Act, yang merupakan model dari "*perfect competition*."

---

<sup>32</sup> Josephine Steiner, Lorna Woods, Christian Twigg-Flesner, op.cit, 571 - 572.

*Sherman Act* merupakan konsep yang idealis, karena beranggapan bahwa dalam pasar terdapat sejumlah besar penjual dan pembeli, yang semua produknya dapat diidentifikasi dan sama; 2). bahwa konsumen telah mempunyai informasi yang lengkap dan selalu akan memesan sesuai dengan kegunaan yang maksimal; 3). bahwa aliran sumber-sumber (*resources*) bergerak dengan bebas pada satu area ke area aktivitas ekonomi yang lain dan tidak ada hambatan bila adanya persaingan yang baru; 4). bahwa para pebisnis selalu akan memaksimalkan keuntungannya. Sistem "*pure*" or "*perfect*" *competition* menjamin efisiensi yang maksimum, alokasi optimum dari sumber-sumber (*resources*).

### 2.5.2. *Market Failures*<sup>83</sup>

Paham ini merupakan pandangan tradisional yang diadopsi oleh para ekonom terdahulu. Diperlukan peraturan yang membawa pasar mendekati ke kondisi ideal. Intervensi juga diperlukan untuk adanya aktivitas persaingan terutama untuk usaha dengan skala kecil dan menengah serta melindungi pilihan yang tepat untuk konsumen. Hukum persaingan usaha yang awal, contoh : *Sherman Act* (1890) dirancang agar kapitalisme bekerja lebih efektif.

*Market Failure* didefinisikan sebagai berikut: *a general term describing situations in which market outcomes are not Pareto efficient. Market failures provide a rationale for government intervention.*<sup>84</sup>

### 2.5. 3. *The Chicago School*<sup>85</sup>

Pandangan yang bertentangan dengan pandangan tradisional (*market failure*) adalah *Chicago School*. Paham ini menolak paradigma *structure*

<sup>83</sup> Josephine Steiner, Lorna Woods, Christian Twigg-Flesner, op.cit, 572.

<sup>84</sup> <http://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3254>, diunduh pada 11 Juli 2009, 11:40

<sup>85</sup> *Ibid.*, 572.

*conduct performance* yang dilahirkan oleh para pemikir Harvard School. Para penganut paham ini lebih bertujuan untuk menyejahterakan konsumen dan intervensi negara ditolak karena menganggap bahwa rakyat bisa mengatasi sendiri yang disebut oleh Adam Smith: sebagai *the invisible hands*.

#### 2.5.4. *Workable Competition*<sup>86</sup>

Gagasan ini pada awalnya dikemukakan oleh J.M. Clark seorang ekonom pada 1940. Ia berargumentasi bahwa suatu kebijakan seharusnya membuat persaingan usaha bekerja (*workable*) walaupun tidak sempurna. Ia juga memberikan kriteria apakah suatu persaingan bekerja. Kriteria yang diberikan cukup luas, misalnya perusahaan yang dilihat dari sisi perizinannya, pengeluaran untuk promosi tidak berlebihan, iklan harus informatif.

Definisi yang diberikan untuk *workable competition* sebagai berikut:

*"a notion which arises from the observation that since perfect competition does not exist, theories based on it do not provide reliable guides for competition policy."*

Pasal 81(1) berkepentingan tidak hanya dengan persaingan harga (*price competition*) tetapi juga terhadap persaingan untuk produk mewah dan jasa yang ditawarkan oleh peritel produk teknikal (*retailers of technical products*). Sebagai konsekuensinya, pedagang diminta oleh pemilik merek dagang elektronik hanya menjual kepada konsumen (*consumers*) atau peritel yang mengerti kualitas.<sup>87</sup>

<sup>86</sup> <http://stats.oecd.org/glossary/detail.asp?ID=3331>, diunduh pada 11 Juli 2009, 11:32

<sup>87</sup> Valentine Korah, op.cit., 12.

## BAB 3

### PENYALAHGUNAAN POSISI DOMINAN MICROSOFT DAN AKIBAT PUTUSAN MICROSOFT TERHADAP DUNIA USAHA DI UNI EROPA

#### 3.1. Kronologi Kasus Microsoft Windows

Kasus Microsoft dimulai dengan aduan oleh Sun Microsystems Inc. (Sun), suatu perusahaan yang berkedudukan hukum di Palo Alto, California, Amerika Serikat. Sun merupakan perusahaan penyedia layanan infrastruktur jaringan komputer yang meliputi sistem komputer piranti keras, piranti lunak (*hardware, software*), sistem jaringan penyimpan piranti keras, piranti lunak, jasa layanan, layanan profesional dan layanan pendidikan.<sup>88</sup>

Pada tanggal 10 Desember 1998, Sun mengajukan keberatan kepada Komisi Uni Eropa sehubungan dengan Pasal 3 Regulasi 17. Sun menduga bahwa Microsoft telah menikmati posisi dominan untuk produk piranti lunak yang dikenal sebagai *operating systems for personal computer (PC operating systems)*. Sun berpendapat Microsoft telah melanggar Pasal 82 Traktat Roma dengan menyiapkan sendiri informasi untuk piranti lunak yang berkaitan dengan jaringan komputer yang disebut *work group server operating systems* yang dioperasikan penuh dengan *PC operating systems* Microsoft.<sup>89</sup>

Kasus yang diadakan oleh Sun terdaftar dengan nomor IV/C-3/37.345. Pada 1 Agustus 2000, sesudah melakukan investigasi atas keluhan pertama yang disampaikan oleh Sun, *Commission* mengirimkan Pernyataan Keberatan yang pertama kepada Microsoft dan memberikan

<sup>88</sup> Commission Decision of 24.03.2004 relating to a proceeding under Article 82 of the EC Treaty (Case COMP/C-3/37.792 Microsoft) no. 2.

<sup>89</sup> Ibid., no. 3.

kesempatan Microsoft untuk menanggapi atas temuan awal secara fakta dan hukum. Pernyataan Keberatan itu berfokus pada topik *interoperability* berdasarkan keberatan Sun. Microsoft menanggapi terhadap Pernyataan Keberatan itu pada 17 November 2000.<sup>90</sup>

Untuk sementara dalam bulan Februari 2000, *Commission* memulai investigasi terhadap perilaku Microsoft berdasar inisiatif sendiri di bawah Regulasi 17 dan didaftar sebagai Kasus COMP/C-3/37.792 dan merupakan gabungan temuan yang saling berkaitan dengan Pernyataan Keberatan I. Investigasi membawa arah bahwa kasus Microsoft lebih menuju ke hal khusus yaitu Microsoft "*Windows 2000*" sebagai generasi *personal computer* (PC) dan *work group server operating systems* dan Microsoft sebagai suatu perusahaan piranti lunak pemilik produk bernama "*Windows Media Player*" yang berada di dalam *PC operating system products*.

Pada tanggal 30 Agustus 2001 Microsoft menerima Pernyataan Keberatan II yang menitikberatkan pada *interoperability* yang merupakan satu kesatuan dari *Windows Media Player* dalam *Windows*. Tanggal 16 November 2001, Microsoft menanggapi terhadap Pernyataan Keberatan II.<sup>91</sup>

Dalam tanggapannya terhadap Pernyataan Keberatan I dan II, Microsoft menyampaikan beberapa pernyataan dari pelanggan perusahaan swasta dan pemerintahan, pernyataan pelanggan Microsoft (*system integrators*) yang pada intinya memberikan dukungan kepada Microsoft atas keberatan *Commission* sehubungan dengan *interoperability*. Bersamaan dengan itu, 46 pernyataan dari pelanggan Microsoft disampaikan.<sup>92</sup>

<sup>90</sup> Ibid., no. 4.

<sup>91</sup> Ibid., no. 5.

<sup>92</sup> Ibid., no. 6.

Pada bulan Februari dan Maret 2002, *Commission* secara berturut-turut mengirim kepada 46 pelanggan Microsoft untuk mendapatkan data kuantitatif produk yang dipergunakan oleh pelanggan berkaitan dengan investigasi *Commission*.<sup>93</sup>

Bulan April sampai dengan Juni 2003, *Commission* terlibat dalam penyelidikan untuk pasar yang lebih luas (*"the 2003 market enquiry"*). Pada tanggal 16 April 2003 dikirimkan kepada 75 perusahaan yang berada dalam *European Economic Area (EEA)* tentang *interoperability*, berbasis dari independen organisasi yang menggunakan PC dan *work group server operating systems*. Perusahaan diseleksi secara acak dari berbagai bidang aktivitas dan golongan skala yang berbeda. Tanggapan diperoleh dari 71 perusahaan yang menjawab untuk entitas/cabang atau perusahaan sejenis dalam grup yang sama, sehingga jumlah tanggapan secara keseluruhan lebih dari 100 dan mencakup lebih dari 1,2 juta pemakai PC (*desktops* dan *laptops*). Jawaban atas kuesioner menyebabkan adanya pertanyaan tambahan dan ditindaklanjuti dengan kuesioner yang dikirimkan pada tanggal 28 Mei 2003 dan 4 Juni 2003 kepada 62 organisasi yang pada dasarnya telah menanggapi untuk permintaan informasi yang dikirimkan tanggal 16 April 2003.<sup>94</sup>

Secara bersamaan, permintaan informasi yang dikirim tanggal 16 April 2003 kepada 46 perusahaan yang beraktivitas pada bidang yang berhubungan dengan topik *Windows Media Player* pada Windows (*content owners, content providers, software developers* dan asosiasi perusahaan sejenis) diterima 33 tanggapan.<sup>95</sup>

Memperhatikan temuan dari penyelidikan pasar dan tanggapan atas keberatan yang ada oleh *Commission* maka diterbitkan pada tanggal 6

<sup>93</sup> *Ibid.*, no. 7.

<sup>94</sup> *Ibid.*, no. 8.

<sup>95</sup> *Ibid.*, no. 9.



Agustus 2003 yaitu tambahan Pernyataan Keberatan (*"the supplementary Statement of Objections"*). Tambahan Pernyataan Keberatan tidak berisi pokok yang mencakup tindakan yang melanggar, berbeda dengan dua Pernyataan Keberatan, dimana intinya secara khusus dan dikonsolidasikan dengan pertimbangan hukum. Microsoft menjawab atas Tambahan Pernyataan Keberatan tanggal 17 Oktober 2003 dan menyampaikan tambahan materi tanggal 31 Oktober 2003. Materi itu terdiri atas dua survey dan analisis dari survey yang dilakukan oleh *Mercer Management Consulting* (*"Mercer"*) untuk atas nama Microsoft. Sebelumnya pada bulan Desember 2001, Microsoft sudah menyampaikan survey pertama dengan analisis dan Mercer melanjutkan dengan Pernyataan Keberatan kedua. Ketiga survey oleh Mercer disebut sebagai ketetapan Mercer *"Survey I"*, *"Survey II"*, dan *"Survey III"*.<sup>96</sup>

Sesuai dengan prosedur, sejumlah perusahaan penting yang sebagian besar merupakan pesaing Microsoft, asosiasi industri, yang diakui sebagai pihak ketiga yang berkepentingan seperti *Association for Competitive Technology* (ACT), *Time Warner Inc.* (Time Warner, dulu AOL Time Warner), *Computer & Communication Industry Association* (CCIA), *Computing Technology Industry Association* (CompTIA), *Free Software Foundation Europe* (FSF Europe), *Lotus Corporation* (Lotus), *Novell Inc.* (Novell), *RealNetwork, Inc.* (RealNetwork), *Software & Information Industry Association* (SIIA). Microsoft telah diminta untuk menanggapi kepatuhan oleh pihak ketiga dan Sun sebagai pihak yang mengadukan dan secara khusus memberikan tanggapan kepada pihak ketiga dan yang mengadukan yang dibuat berdasarkan jawaban Microsoft terhadap Pernyataan Keberatan kedua dan kepatuhan yang dibuatnya dengan mengikuti tambahan dari Pernyataan Keberatan.<sup>97</sup>

<sup>96</sup> Ibid., no. 10.

<sup>97</sup> Ibid., no. 11.

Berdasarkan permintaan Microsoft, pada 12, 13, 14 November 2003 diadakan jajak pendapat. Microsoft diberi kesempatan untuk menyampaikan materinya sehubungan dengan jajak pendapat dan tanggapan atas persoalan yang dimunculkan oleh *Commission*, yang mengundang dan pihak ketiga yang berkepentingan menghadiri jajak pendapat pada tanggal 1 Desember 2003.<sup>98</sup>

Akses untuk file diberikan lima kali kepada Microsoft sesuai dengan prosedur yaitu pada tanggal 28 Agustus 2000, 14 September 2001, 14 Februari 2002, 6 Desember 2002, 7/8 Agustus 2003 dan 16 Januari 2004. Pada 16 Januari 2004 *Commission* mengirimkan surat undangan kepada Microsoft untuk mempersiapkan tanggapan atas kesimpulan dengan surat yang pada dokumen tidak disebutkan dalam pernyataan keberatan. Microsoft menjawab surat ini pada 7 Februari 2004.<sup>99</sup>

### **3.2. Keputusan Komisi Eropa terhadap Kasus Microsoft**

Pasal 82 Traktat, penyalahgunaan oleh satu atau lebih pelaku usaha dalam posisi dominan di pasar bebas atau bagiannya dilarang karena bertentangan dengan pasar bebas dan memberi pengaruh terhadap perdagangan di antara Negara Anggota.<sup>100</sup>

Pasal 54 Perjanjian *European Economic Area* (EEA), penyalahgunaan oleh satu atau lebih pelaku usaha dalam posisi dominan di wilayah yang tercakup oleh perjanjian atau bagian yang substansial dilarang karena memberi pengaruh perdagangan di antara pihak yang berkontrak dalam perjanjian.<sup>101</sup>

<sup>98</sup> Ibid., no. 12.

<sup>99</sup> Ibid., no. 13.

<sup>100</sup> Ibid., no. 316.

<sup>101</sup> Ibid., no. 317.

Microsoft adalah pelaku usaha dalam arti Pasal 82 Traktat dan Pasal 54 Perjanjian EEA yang perilakunya memberi pengaruh secara menyeluruh terhadap EEA.<sup>102</sup>

Perilaku Microsoft juga berpengaruh terhadap perdagangan di antara Negara Anggota, dimana Pasal 82 Traktat diterapkan. Sebagai akibat persaingan usaha di Norwegia, Islandia dan Liechtenstein dan memberi akibat perdagangan di antara *Community* dan negeri tersebut, Pasal 54 Perjanjian EEA diterapkan.<sup>103</sup>

Microsoft tidak memperoleh lebih dari 33% dari perputaran EEA dalam keanggotaan negara EFTA. Merujuk pada Pasal 56 (1) c dan Pasal 56 (3) Perjanjian EEA, *Commission* berkompeten dalam kasus ini untuk menerapkan Pasal 82 Traktat dan Pasal 54 Perjanjian EEA.

Pasal 82 Traktat tentang posisi dominan didefinisikan oleh *Court of Justice European Communities* sebagai kekuatan posisi ekonomi yang dinikmati oleh pelaku usaha yang mana dapat untuk mencegah secara efektif persaingan usaha yang berkesinambungan di *relevant market* oleh karena kemampuannya untuk bertindak yang cukup besar.<sup>104</sup>

Microsoft mengetahui posisinya sebagai “pemasok yang dominan untuk sistem operasi pada *personal computers (PC)*” dalam tanggapannya terhadap tambahan pernyataan keberatan.<sup>105</sup>

Pada tahun 2000 pangsa pasar Microsoft untuk lisensi baru PC operasi sistem mengacu ke *International Data Corporation (IDC)* berdasarkan jumlah per unit pengiriman adalah 92,1% dan berdasarkan jumlah penghasilan 92,8%. Pada tahun 2001 untuk hal tersebut terdahulu

<sup>102</sup> *Ibid.*, no. 318.

<sup>103</sup> *Ibid.*, no. 319.

<sup>104</sup> *Ibid.*, no. 428.

<sup>105</sup> *Ibid.*, no. 429.

meningkat menjadi 93,2% berdasarkan per unit pengiriman dan 95,4% berdasarkan penghasilan. Pada tahun 2002 terjadi kenaikan kembali menjadi 93,8% berdasarkan per unit pengiriman dan 96,1% berdasarkan penghasilan. Microsoft memperkirakan untuk berada pada posisi 90%+ menguasai pasar untuk tahun yang akan datang. Pangsa pasar Microsoft lebih besar, bila sistem operasi *Intel-compatible* PC tidak memperhitungkan sistem operasi Macintosh.<sup>106</sup>

Pangsa pasar Microsoft yang sangat tajam tidak terjadi baru-baru saja . Pada tahun 1996 pangsa pasarnya 76,4% dan sejak tahun 1997 secara konsisten pangsa pasarnya melebihi 80% dan melebihi 90% sejak tahun 2000.<sup>107</sup>

*Client PC operating system market share* sejak tahun 2000 dalam persen (%)<sup>108</sup>

No	Sistem Operasi	Tahun 2000		Tahun 2001		Tahun 2002	
		Unit	Hasil	Unit	Hasil	Unit	Hasil
1	Windows	92,1	92,8	93,2	95,4	93,8	96,1
2	Apple (Mac OS)	3,9	3,3	3,1	2,4	2,9	2,2
3	Linux	1,7	0,5	2,3	0,4	2,8	0,4
4	Lain-lain	2,4	3,3	1,3	1,8	0,5	1,4
	Total	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0	100,0

Microsoft dengan pangsa pasar lebih dari 90%, hampir menguasai keseluruhan pasar merupakan awalan posisi monopoli yang sempurna dan dapat dikatakan mendominasi posisi secara keseluruhan.<sup>109</sup>

<sup>106</sup> Ibid., no. 431.

<sup>107</sup> Ibid., no. 432.

<sup>108</sup> Ibid., no. 434.

<sup>109</sup> Ibid., no. 435.

Dalam pasar *client PC operating system* selama bertahun-tahun Microsoft memegang pangsa pasar sangat tinggi. Microsoft menikmati kekuatan pasarnya secara terus menerus dalam kestabilan dan berkesinambungan. Tetapi mengacu pada pernyataan nomor 429, Microsoft berargumentasi bahwa sejak adanya dugaan *Commission* yang berhubungan dengan *Windows 2000 Professional* dan adanya versi *Microsoft client PC operating system* yang hanya diperhitungkan 10% dari *Windows client PC operating systems* yang terjual dalam tahun 2000 maka pangsa pasar ini sangat kecil untuk dijadikan sebagai dasar analisis yang berhubungan dengan penyalahgunaan posisi dominan.<sup>110</sup>

Sifat dari kendala untuk masuk ke layanan pasar klien PC sistem operasi menguatkan kesimpulan bahwa Microsoft mendominasi posisi untuk pasar ini.<sup>111</sup>

Disimpulkan bahwa Microsoft yang mempunyai pangsa pasar dan halangan untuk masuk ke pasar yang begitu tinggi, *Commission* menemukan bahwa Microsoft memenuhi unsur posisi dominan sebagaimana dimaksud oleh Pasal 82 Traktat untuk pasar klien PC operasi sistem.<sup>112</sup>

### **3.2.1. Relevant Market**

#### **3.2.1.1. Relevant product markets**

*Relevant product market* berisi semua produk dan atau layanan yang dapat dipertukarkan atau digantikan oleh konsumen dengan alasan karakteristik produk, harga dan tujuan penggunaan (*demand-side substitutability*).<sup>113</sup>

<sup>110</sup> Ibid., no. 436.

<sup>111</sup> Ibid., no. 448.

<sup>112</sup> Ibid. no. 471.

<sup>113</sup> Ibid., no. 321.

*Supply-side substitutability* juga dipertimbangkan ketika mendefinisikan pasar dalam situasi yang mana berefek sama terhadap *demand substitution* dalam syarat keefektifan dan kesiapan. Berarti bahwa pemasok mampu untuk mengganti produksi ke produk yang relevan dan memasarkannya dalam waktu yang singkat tanpa menyebabkan tambahan biaya yang signifikan atau risiko dalam menanggapi dan perubahan tetap dalam harga yang relatif.<sup>114</sup>

Tiga pasar yang relevan terhadap keputusan ini: pasar untuk *client PC operating systems*, pasar untuk *work group server operating system* dan pasar untuk *streaming media players*.

#### *1. Client PC operating system*

Ditinjau dari *Demand-side substitutability*, klien PC sistem operasi mempunyai karakteristik khusus yang dapat dibuat untuk penggunaan khusus, yaitu untuk mengatur perangkat keras PC dan menawarkan pengguna *interface* untuk berinteraksi dengan komputer dan menjalankan aplikasinya.<sup>115</sup>

Perbedaan dibuat antara klien PC sistem operasi untuk *Intel compatible* dan *PC non-Intel compatible*, contoh adalah Apple Macintosh. Klien PC sistem operasi yang dirancang untuk menjalankan pada Intel-compatible PC tidak semestinya dipergunakan untuk menjalankan pada non-Intel compatible PC, seperti Macintosh. Sebagai contoh adalah prosesor yang berbeda perlu untuk direncana dan disusun ulang.<sup>116</sup>

Pada sistem operasi lain ada peralatan yang tidak dapat digantikan seperti *personal digital assistants (PDA)* atau *intelligent/smart telepon genggam*,<sup>117</sup> karena dari permintaan perspektif memang berbeda seperti

<sup>114</sup> Ibid., no. 322.

<sup>115</sup> Ibid., no. 324.

<sup>116</sup> Ibid., no. 326.

<sup>117</sup> Ibid., no. 327.

ukuran layar, terbatasnya fungsi dibandingkan dengan klien PC yang memang dirancang untuk memberi layanan menyeluruh.<sup>118</sup>

Produk sistem operasi yang dikembangkan dibedakan masing-masing berdasarkan kode dengan menambahkan lapisan khusus pada piranti lunak untuk memenuhi kebutuhan pengguna yang berbeda karena tipe komputer yang akan dipergunakan.<sup>119</sup>

Disimpulkan bahwa tidak ada pengganti yang realistik pada *demand-side* untuk *client PC operating systems*.<sup>120</sup>

Ditinjau dari *supply-side substitutability* disimpulkan bahwa piranti lunak *developers* yang tidak memproduksi klien PC sistem operasi tidak akan dapat mengganti produk nya ke klien PC sistem operasi tanpa menimbulkan tambahan biaya dan risiko yang signifikan dan kerangka waktu untuk mengubah sumber yang ada menjadi lebih bermakna adalah relevan ketika diujicobakan dengan *supply-side substitutability*.<sup>121</sup>

Alasan karakteristik yang khusus dan kurangnya pengganti yang realistik, pasar untuk sistem operasi klien PC merupakan tujuan dari keputusan ini.<sup>122</sup>

Ditinjau dari *demand-side substitutability*, batas dari relevant market ditentukan oleh *Commission* dengan menguji khusus untuk performa server sistem operasi yang berbeda.<sup>123</sup> Disimpulkan bahwa pelaksanaan persaingan pada *work group server* sistem operasi sebagaimana diwajibkan sudah termasuk dalam *relevant product market* yang sama.

---

<sup>118</sup> Ibid., no. 329.

<sup>119</sup> Ibid., no. 332.

<sup>120</sup> Ibid., no. 333.

<sup>121</sup> Ibid., no. 341.

<sup>122</sup> Ibid., no. 342.

<sup>123</sup> Ibid., no. 344.

Ditinjau dari *supply-side substitutability*, Microsoft berargumentasi bahwa *supply-side substitution* harus ditolak. Dengan karakteristik yang khusus dan kuarangnya pengganti yang realistik, pasar untuk *work group server* sistem operasi merupakan *relevant product market*.

## 2. *Streaming media players*

*Media players* merupakan *client-side* dari aplikasi piranti lunak, yang fungsi utamanya adalah untuk membaca kode, mengurangi tekanan udara, memainkan dan selanjutnya untuk memproses *digital audio*, mengunduh file video atau menelusuri melalui internet atau jaringan lainnya. *Media player* juga dapat untuk memutar kembali suara dan file video untuk disimpan dalam cakram seperti CD dan DVD.<sup>124</sup>

Microsoft beranggapan bahwa media player tidak merupakan bagian dari sistem operasi, sebab itu harus ditolak.<sup>125</sup>

Ditinjau dari *demand-side substitutability*, dalam keputusannya di AOL/Time Warner yang ada pada peraturan merger, *Commission* menyatakan bahwa piranti lunak *player* bila merujuk pada struktur permintaan khusus merupakan *relevant product market*.<sup>126</sup>

Ditinjau dari *supply-side substitutability*, alasannya karakteristik khusus dan kurangnya pengganti yang realistik, pasar untuk *streaming media players* merupakan *relevant product market*.<sup>127</sup>

### 3.2.1.2. *Relevant geographic market*

*Relevant geographic market* didefinisikan *Commission* sebagai area yang mana pelaku usaha terlibat dalam pasokan dan permintaan atas produk atau layanan dan syarat untuk persaingan cukup homogen dan

<sup>124</sup> Ibid., no. 402.

<sup>125</sup> Ibid., no. 406.

<sup>126</sup> Ibid., no. 407.

<sup>127</sup> Ibid., no. 425.



dapat dibedakan dari area sebelah karena syarat dari persaingan berbeda dalam area itu.<sup>128</sup>

*Relevant geographic market* untuk klien PC sistem operasi, *work group server* sistem operasi sistem dan *media players* mencakup seluruh dunia. Syarat untuk persaingan usaha pada intinya adalah sama pada lintas dunia.<sup>129</sup>

*Work group server operating system* pada posisi pasar dari berbagai pesaing usaha akan dinilai dalam dua kategori yang mewakili. Pertama, kategori yang mengandalkan pada perkiraan dari penjualan baru oleh IDC berdasarkan harga yang mewakili dan beban kerja untuk berbagai tugas. Kedua, kategori perwakilan yang diperoleh pangsa pasar dari tanggapan atas kuesioner yang dilakukan oleh *Commission* pada tahun 2003 dan survey pelanggan oleh *Mercer*.<sup>130</sup>

Pada tahun 2002 semua server yang dikirim dengan biaya di bawah USD 25.000 pangsa Windows berdasarkan unit berposisi pada 64,9% merujuk ke IDC, bila berdasarkan penghasilan maka 61,0%. Mengikuti di belakang Windows secara signifikan adalah NetWare dengan pangsa pasar 9,4% bila berdasar unit pengiriman dan 8,5% berdasarkan penghasilan. Penjual Linux yang beragam mewakili pangsa pasar yang beragam adalah 13,4% per unit pengiriman dan 10,4% berdasarkan penghasilan. Pangsa yang beragam dari penjual UNIX adalah 11,1% berdasar unit pengiriman dan 18,6% berdasarkan penghasilan.<sup>131</sup>

---

<sup>128</sup> Ibid., no. 426.

<sup>129</sup> Ibid., no. 427.

<sup>130</sup> Ibid., no. 473.

<sup>131</sup> Ibid., 491.

Microsoft berargumentasi bahwa “*industri server*” bukan bukti penghalang masuk ke pasar yang signifikan, oleh sebab itu pangsa pasar yang tinggi tidak dapat diindikasikan sebagai posisi dominan.<sup>132</sup>

Kesimpulan bahwa Microsoft mendominasi posisi didukung oleh hubungan khusus antara *client PC* dan pasar *work group server* sistem operasi. Pasar yang ada berhubungan erat secara komersial dan teknikal. Analisis yang tertutup dari syarat persaingan usaha untuk *work group operating system*, mengabaikan dominasi Microsoft secara menyeluruh dalam persaingan usaha pasar klien PC sistem operasi. Dengan demikian gagal memberikan gambaran kekuatan pasar Microsoft yang sebenarnya.<sup>133</sup>

Memperhatikan pangsa pasar Microsoft yang tinggi, kendala untuk masuk ke pasar dan keterkaitan antara *client PC operating system market* dan *work group server operating system market*, disimpulkan bahwa Microsoft mendominasi posisi sebagaimana dimaksud oleh Pasal 82 Traktat pada pasar *work group server operating system*.

### 3.2.2. *Abuses (Penyalahgunaan)*

Pelaku usaha mempunyai posisi dominan pada kenyataannya tidak selalu bertentangan dengan peraturan persaingan usaha. Akan tetapi pelaku usaha yang menikmati posisi dominan mempunyai tanggung jawab khusus untuk tidak menyalahgunakan perilakunya dalam bersaing.<sup>134</sup>

*Court of Justice* mendefinisikan konsep penyalahgunaan Pasal 82 Traktat sebagai berikut:

---

<sup>132</sup> Ibid. 515.

<sup>133</sup> Ibid., no. 526.

<sup>134</sup> Ibid., no. 542.

“Konsep dari penyalahgunaan adalah konsep yang mempunyai sasaran berkaitan dengan perilaku pelaku usaha dalam posisi dominan yang memberi pengaruh terhadap struktur pasar, kehadiran pelaku usaha diperlukan, tingkatan persaingan usaha dilemahkan dan dengan jalan lain memakai metode yang berbeda dari syarat normal persaingan dalam produk atau layanan yang berbasis operator komersial memberi efek disembunyikannya perawatan dari tingkat persaingan yang masih berada di pasar atau pertumbuhan dari persaingan itu sendiri<sup>135</sup>

#### **3.2.2.1. Refusal to supply**

Microsoft menyalahgunakan posisi dominannya dengan menolak memasok Sun dan pelaku usaha yang lain dengan spesifikasi untuk protokol yang dipergunakan oleh *Windows work group servers* dalam menyediakan file, mencetak dan grup serta layanan pengguna administrasi untuk jaringan *Windows work group*, mengizinkan pelaku usaha untuk menerapkan spesifikasi untuk tujuan pengembangan dan pendistribusian *interoperable work group server* sistem operasi produk.<sup>136</sup>

Sesuai dengan peraturan yang ada pelaku usaha bebas untuk memilih mitra usaha tetapi dalam keadaan tertentu menolak memasok oleh pelaku usaha dominan merupakan penyalahgunaan bila mengacu pada Pasal 82 Traktat. Hal demikian termasuk juga bila menolak untuk melisensikan hak atas kekayaan intelektual.<sup>137</sup>

#### **3.2.2.2. Tying Windows Media Player dengan Windows**

Microsoft melanggar Pasal 82 Traktat khususnya paragraf d tentang tying *Windows Media Player* (WMP) dengan *Windows PC* sistem

---

<sup>135</sup> Ibid., no. 543.

<sup>136</sup> Ibid., no. 546.

<sup>137</sup> Ibid., no. 547.

operasi. Pasal 82 d menyatakan bahwa penyalahgunaan yang dilarang adalah dalam hal membuat kesimpulan untuk mene rima pihak lain <sup>138</sup>

*Commission* menganggap bahwa Microsoft telah melakukan *tie/bundle media player* dengan *Windows 98* Edisi Kedua pada bulan Mei 1999. Walaupun Microsoft telah melakukan *tie/bundle* sebelumnya tetapi merupakan pertama kalinya untuk *Windows 98* Edisi Kedua yang ditawarkan dalam *relevant market* untuk *streaming media players*. Bahwa sejak Mei 1999 *Windows* telah melakukan penyalahgunaan posisinya dengan me *tie/bundle* berbagai WMP versi *Windows* berikutnya. <sup>139</sup>

*Tying* dilarang oleh Pasal 82 Traktat bila memenuhi unsur-unsur sebagai berikut: i. *tying* dan *tied goods* merupakan dua produk yang berbeda; ii. Pelaku usaha yang berkepentingan berada dalam posisi dominan untuk *tying product market*; iii. Pelaku usaha yang berkepentingan tidak memberi pilihan kepada pelanggan untuk memilih selain *tying product*; iv. *tying* menutup kemungkinan untuk bersaing usaha. <sup>140</sup>

### 3.3. Kronologi Produk *Windows*

#### 3.3.1. Latar Belakang Operating System Microsoft's

Pada awal tahun 1980 an Microsoft telah mengembangkan PC sistem operasi untuk klien. Berbagai versi MS-DOS sebagai PC sistem operasi klien diikuti oleh *Windows 3.0* dan *Windows 3.1*. dengan penambahan bagi pengguna *interface* untuk menjalankan pada MS-DOS. Versi berikutnya yaitu *Windows 95*, *Windows 98* dan *Windows 98 Second*

<sup>138</sup> Ibid., no. 792.

<sup>139</sup> Ibid., no. 793.

<sup>140</sup> Ibid., no. 794.

Edition (“Windows 98 SE”) sebagian masih bergantung pada teknologi MS-DOS. MS-DOS, Windows 95, Windows 98 dan Windows 98 SE merupakan klien PC sistem operasi. Windows Millenium Edition (Windows Me) berbasis pada Windows 98 untuk struktur pokoknya dan dirilis bulan Juni 2000 sebagai klien PC sistem operasi yang ditujukan hanya untuk penggunaan di rumah.<sup>141</sup>

Bersamaan dengan itu Microsoft mengembangkan rumpun sistem operasi yang lain yaitu Windows NT yang dirilis dalam beberapa versi hingga Windows NT 4.0. Windows NT merupakan pengembangan dari kedua untuk klien PC dan server. Microsoft menggarisbawahi bahwa Windows NT dirancang untuk menyediakan klien dan versi server yang satu dengan kode yang sama dan menampilkan dasar yang sama untuk *application programming interfaces (APIs) ke software developers*.<sup>142</sup>

Windows 2000 atau yang dikenal sebagai Windows NT 5 pada awal perkembangannya dan diluncurkan dalam tahun 2000 yang mengandalkan teknologi NT. Windows 2000 untuk klien PC ditujukan bagi penggunaan profesional dan dikenal sebagai Windows 2000 profesional. Pada servernya Microsoft membedakannya antara *server* Windows 2000, *server* Windows 2000 Advanced dan *server* Windows 2000 Datacenter.<sup>143</sup>

Windows XP adalah versi terakhir dari Microsoft klien PC sistem operasi yang diluncurkan pada tanggal 25 Oktober 2001. Windows ini berbasis pada struktur Windows 2000 dan dirilis dalam dua versi yang berbeda ditujukan untuk penggunaan rumah dan profesional yaitu *Windows XP Home Edition* dan *Windows XP Professional*. Pada tanggal 24 April 2003, Microsoft merilis sejumlah server sistem operasi sebagai

<sup>141</sup> Ibid., no. 72

<sup>142</sup> Ibid., no. 73.

<sup>143</sup> Ibid., no. 74.

pengganti dari server Windows 2000 dan dikenal sebagai server Windows 2003.<sup>144</sup>

Perkembangan produk Microsoft Windows di atas dalam tabel:<sup>145</sup>

No	Produk	Versi Beta Pertama	Rilis ke pasar
1	Windows 95	Juni 1994	Agustus 1995
2	Win NT 4.0	Februari 1996	Agustus 1996
3	Windows 98	Juni 1997	Juni 1998
4	Windows 98SE		Mei 1999
5	Win 2000 Professional	September 1997	Februari 2000
6	Windows Me		Juni 2000
7	Windows XP	Oktober 2000	Oktober 2001

### 3.3.2. Klien PC sistem operasi yang dipasarkan oleh Microsoft

Saat ini produk klien PC sistem operasi yang dipasarkan oleh Microsoft adalah Windows Me, Windows 2000 Professional, edisi Windows XP Home dan edisi Windows XP Professional. Produk-produk tersebut tersedia untuk dibeli dalam berbagai versi yang telah dimodifikasi dan dirilis untuk pasar, kemungkinan diperbaiki karena kerusakan dan diharapkan meningkatkan jumlah penjualan yang terbatas. Bentuk modifikasi dalam tampilan yang lebih kecil atau *Service Pack* yang lebih lengkap.<sup>146</sup>

Biaya lisensi dibayar oleh *Original Equipment Manufacturers* (OEMs) untuk *preinstall Microsoft* sistem operasi pada klien PC yang tidak diungkapkan di depan umum.<sup>147</sup>

<sup>144</sup> Ibid., no. 75.

<sup>145</sup> Ibid., no. 77.

<sup>146</sup> Ibid., no. 78.

<sup>147</sup> Ibid., no. 79.

Untuk pembelian langsung piranti lunak, Microsoft membedakan antara “harga ritel untuk komputer pribadi” dan “Volume lisensi untuk pembelian dari lima lisensi atau lebih”.<sup>148</sup>

Syarat “Volume Lisensi” hanya berlaku untuk Windows 2000 Professional, Windows XP Professional, tidak untuk Windows Me atau edisi Windows XP Home, Berbagai program dirancang untuk khususnya memenuhi kebutuhan pelanggan dengan mengacu ke jumlah PC yang dibeli dan harapan pelanggan untuk dapat membeli secara sentralisasi, desentralisasi, dan sebagainya.<sup>149</sup>

### 3.3.3. *Work group server* sistem operasi yang dipasarkan oleh Microsoft

Server Windows 2000 dan server Windows 2003, Edisi Standar adalah milik Microsoft *work group server* sistem operasi untuk generasi Windows 2000 dan Windows 2003.<sup>150</sup>

Struktur harga untuk sever Microsoft sistem operasi termasuk biaya satu server yang mana produk di instal dan biaya per klien PC untuk membuktikan keaslian atas server Windows. Terakhir adalah tentang “*Client Access License*” (CAL), Microsoft menjual dengan cara paket lisensi untuk server sistem operasi dan CAL tetapi CAL juga dijual tersendiri.<sup>151</sup>

---

<sup>148</sup> Ibid., no. 80.

<sup>149</sup> Ibid., no. 81.

<sup>150</sup> Ibid., no. 83.

<sup>151</sup> Ibid., no. 84.

### 3.3.4. Pihak lain “Klien PC sistem operasi”

#### 3.3.4.1. Mac Operating System<sup>152</sup>

Apple memasarkan Mac operating system (Mac OS) yang dirancang secara eksklusif untuk dipergunakan di perangkat keras Apple seperti Power Macintosh, iMac, eMac, iBook, Power Mac dan PowerBook komputer yang menggunakan PowerPC G3 atau G4 prosesor. Mac sistem operasi terkini yang disebut “Mac OS X” adalah berbasis UNIX. Mac OS X tidak dirancang untuk dipergunakan pada *Intel-compatible* PCs.

#### 3.3.4.2. Produk Linux<sup>153</sup>

Linux merupakan *open source* sistem operasi yang dikembangkan pada 1990 dan dirilis dibawah naungan GNU GPL. Membicarakannya adalah berbicara berbasis kode yang disebut “kernel” yang menyediakan secara terbatas “*core tasks*” untuk sistem operasi. Tambahan lapisan piranti lunak sebagai contoh adalah *graphical user interface* dapat ditambahkan tergantung kepada fungsi dan yang diharapkan oleh pemakai dari komputer. Produk yang dirancang dalam “*Linux operating systems*” adalah ikatan (*bundle*) dari Linux kernel dengan tambahan lapisan piranti lunak.

### 3.3.5. Pihak lain “work group server operating systems”

#### 3.3.5.1. NetWare<sup>154</sup>

NetWare operating system dikembangkan oleh Novell pada pertengahan tahun 1980 an, dikembangkan untuk jaringan sekitar dan hanya sebagai server operating system. Diperkenalkan pada tahun 1983 sebagai LAN software yang pertama berbasis teknologi file server.

---

<sup>152</sup> Ibid., no. 86.

<sup>153</sup> Ibid., no. 87.

<sup>154</sup> Ibid., no. 93.



### 3.3.5.2. UNIX product<sup>155</sup>

UNIX berbasis sistem operasi yang bernama Solaris, dikembangkan oleh Sun sebagai manufaktur yang besar pembuat server. Sistem operasi Solaris dikonfigurasi dan disesuaikan dengan permintaan pelanggan dengan tambahandari Solaris server ekstension. Pada 23 Mei 2002, Sun merilis Solaris versi 9 yang tersedia dalam versi Intel-compatible dan yang menjalankan piranti keras Sun's proprietary dengan menggunakan SPARC prosesor yang dirancang oleh Sun.

### 3.3.5.3. Linux product<sup>156</sup>

Linux juga mempergunakan sebagai basis untuk work group server operating systems.

### 3.3.5.4. Mac OS X<sup>157</sup>

Apple meluncurkan Mac OS X operating system di tahun 2002 yang berbasis UNIX operating system. Menawarkan fungsi tradisional work group server termasuk layanan direktori yang dikenal sebagai *Open Directory*.

### 3.3.5.5. OS/2 Warp Server<sup>158</sup>

OS/2 Warp Server dikembangkan oleh IBM sebagai server sistem operasi untuk Intel-based arsitektur dan pesaing usaha untuk NetWare dan Windows. IBM menggambarkan OS/2 sebagai "*choice network OS*",

---

<sup>155</sup> Ibid., no. 97.

<sup>156</sup> Ibid., no. 101.

<sup>157</sup> Ibid., no. 105.

<sup>158</sup> Ibid., no. 106.

### 3.4. Efek terhadap Perdagangan diantara Negara Anggota dan Para Pihak pada EEA

Pasal 82 Trakat melarang setiap penyalahgunaan posisi dominan dalam pasar bebas atau bagiannya yang memberi pengaruh terhadap perdagangan di antara Negara Anggota. Penyalahgunaan posisi dominan memberi pengaruh perdagangan di antara Negara Anggota bila dapat mempengaruhi secara langsung atau tidak langsung, kenyataannya atau kemungkinannya terhadap pola perdagangan barang dan jasa di antara Negara Anggota.<sup>159</sup>

Perilaku Microsoft yang anti persaingan usaha cukup besar melemahkan persaingan usaha untuk pasar *work group server* sistem operasi dan *media players*. Penolakan Microsoft untuk memasok *interface information* membawa risiko menghapus persaingan usaha pada pasar yang luas untuk *work group* sistem operasi. *Tying* yang dilakukan oleh Microsoft untuk WMP dan Windows mengurangi risiko efektifnya struktur persaingan di pasar dunia *media players*.<sup>160</sup>

### 3.5. Analisis

Memperhatikan kronologi kasus Microsoft Windows yang diawali oleh aduan Sun kepada Komisi Eropa untuk *operating systems for personal computer (PC operating systems)* yang posisinya didominasi oleh Microsoft selanjutnya menuju ke hal yang lebih spesifik yaitu terhadap *Windows Media Players* yang berada di dalam *PC operating system products*. Sun beserta dengan sejumlah perusahaan pesaing Microsoft berkepentingan atas posisi yang dikuasai oleh Microsoft itu.

<sup>159</sup> Ibid., no. 990.

<sup>160</sup> Ibid., no. 992.

Persaingan usaha di Uni Eropa mempunyai landasan hukum yang diatur di dalam EC *Treaty* yaitu Pasal 3 g dan ketentuan pelaksanaannya.

Pasal 82 EC *Treaty* sebagai ketentuan pelaksana dari Pasal 3g merupakan kebijakan umum yang mengatur tentang posisi dominan dan wajib dipatuhi oleh para pelaku usaha bila menjalankan usahanya di Uni Eropa.

Terhadap penyalahgunaan posisi dominannya dapat diketahui dari dimilikinya *Windows Media Players* di dalam *PC operating system* yang hanya dimiliki oleh Microsoft.

Kebijakan ini pula yang dipakai oleh Komisi Eropa untuk menerbitkan keputusannya dan *Court of First Instance* memberikan denda kepada Microsoft karena berdasarkan penyelidikan Microsoft ditetapkan telah melakukan pelanggaran terhadap pasal tersebut di atas. Hukum persaingan usaha merupakan salah satu bagian terpenting dalam hukum Uni Eropa.<sup>161</sup>

Keputusan yang dijatuhkan tersebut untuk Kasus Utama (*European Court for First Instance - ECFI*). ECFI berpendapat bahwa Microsoft telah melakukan persaingan usaha yang tidak sehat karena produknya telah dilengkapi berbagai program yang memberi kenikmatan kepada pemakainya sehingga tidak ada ruang atau celah untuk pemilik program serupa untuk memasarkan programnya karena semua aplikasi program telah disediakan oleh Microsoft. Hal demikian, jelas sangat merugikan pemilik program selain Microsoft.

Selain Pasal 82 Traktat yang merupakan ketentuan umum maka setiap pelaku usaha di Uni Eropa juga terikat oleh Perjanjian EEA yang dalam kasus ini Pasal 54 berkaitan secara khusus.

---

<sup>161</sup> Paul Craig and Gráinne de Búrca, *op.cit.*, 936.

Keputusan yang diterbitkan oleh Komisi didasarkan oleh berbagai pertimbangan ditinjau dari *relevant market*, posisi dominan, penyalahgunaan posisi dominan, dan efek terhadap Negara Anggota dan pihak EEA yang berkontrak.

Komisi meninjau dari *relevant market* yang meliputi *relevant product market* dan *relevant geographic market*. Tiga pasar yang berkaitan dengan *relevant market* adalah *client PC operating system*, *work group server operating system* dan *streaming media players*. Dari setiap pasar diberikan kesimpulan tersendiri oleh Komisi, sebagaimana pembahasan terdahulu.

Posisi dominan Microsoft juga ditinjau dari sisi *client PC operating systems* dan *work group server operating system* yang meliputi pangsa pasar, berkesinambungannya kekuatan pasar, dan kendala yang ada.

Penolakan oleh Microsoft kepada Sun untuk memberikan informasi kepada Sun yang dapat dikategorikan penyalahgunaan sebagai berikut: Sun meminta Microsoft untuk memasok *inter alia* spesifikasi untuk protokol yang digunakan oleh *Windows work group server* untuk file, cetak dan layanan pengguna administrasi Windows jaringan *work group* dan mengizinkan penggunaan spesifikasi untuk tujuan pengembangan dan pendistribusian produk *interoperable work group* sistem operasi.<sup>162</sup> Microsoft menyangkal adanya permintaan yang wajar dari Sun sehingga menolak permintaan dalam kasus ini.<sup>163</sup>

Microsoft melakukan penyalahgunaan posisi dominannya sehingga memenuhi unsur persaingan usaha tidak sehat sebagaimana dimaksud oleh pasal 82 Trakat dan akibatnya terhadap pasar sebagaimana dinyatakan sebagai berikut: "Microsoft menyalahgunakan posisi

<sup>162</sup> Ibid., no. 560.

<sup>163</sup> Ibid., no. 561.

dominannya dan membawa akibat kepada perdagangan di antara Negara Anggota seperti dimaksud oleh Pasal 82 Traktat dan untuk alasan yang sama Microsoft menyalahgunakan posisi dominannya dan membawa akibat kepada para pihak yang berkontrak di dalam EEA seperti dimaksud oleh Pasal 82 Traktat dan Pasal 54 perjanjian EEA”.<sup>164</sup>

Pertimbangan hukum Pengadilan Uni Eropa atas keputusannya kepada Microsoft didasari oleh temuan bahwa adanya pelanggaran terhadap Pasal 82 Traktat yang sesuai dengan Pasal 3 Regulasi 17. Pasal 5 *Council Regulation (EC) No. 2894/94* tanggal 28 November 1994 untuk penerapan perjanjian EEA: “*the Community rules giving effect to the principles set out in Article 85 and 86 [now Article 81 and 82] of the EC Treaty [...] shall apply mutatis mutandis*” untuk kepentingan EEA.<sup>165</sup>

Dengan pertimbangan tersebut di atas *Commission* menentukan hukuman dalam dua bentuk yaitu sanksi dan denda. Sanksi diberikan berkaitan dengan menolak untuk memasok, *tying*, memantau sistem, dan kewajiban terhadap masyarakat internasional.

Keputusan yang didasarkan Pasal 3 Regulasi 17 termasuk tindakan untuk “*do certain acts or provide certain advantages which have been wrongfully withheld as well as prohibiting the continuation of certain action, practices or situations which are contrary to the Treaty.*”<sup>166</sup> Dalam hal demikian Komisi merujuk kepada keputusan pengadilan untuk kasus *Commercial Solvent*.

Selain merujuk pada keputusan pengadilan dalam kasus *Commercial Solvent*, menjadi rujukan juga adalah keputusan *Court of First Instance*

---

<sup>164</sup> Ibid., no. 993.

<sup>165</sup> Ibid., no. 994.

<sup>166</sup> Ibid., no. 995.

dalam kasus *Tetra Pak II*.<sup>167</sup> Bahwa hukuman dalam suatu kasus hukum yang berkaitan dengan pelanggaran harus proporsional terhadap pelanggaran yang diidentifikasi, contoh dalam kasus *Magill*.<sup>168</sup>

Hukuman denda yang dikenakan kepada Microsoft mengacu pada Pasal 15 ayat 2 Regulasi 17. *Commission* menjatuhkan denda kepada pelaku usaha atau asosiasi pelaku usaha yang dengan sengaja atau mengabaikan sehingga mereka melanggar Pasal 82 Traktat dan/atau Pasal 54 Perjanjian EEA. Besaran nilai denda bagi pelaku usaha yang melanggar mulai EUR 1.000 sampai 1.000.000 atau melebihi tetapi tidak lebih 10% dari perputaran bisnis tahun yang lalu.<sup>169</sup> Adapun jumlah denda yang dijatuhkan kepada Microsoft adalah EUR 497.196.304.<sup>170</sup>

Setelah adanya keputusan oleh Pengadilan, bila ditinjau dari bidang usaha Microsoft maka tidak membawa dampak yang signifikan bagi pangsa pasar dan pendapatannya. Hal ini dapat dilihat pada Laporan Laba Rugi per 30 Juni untuk rentang waktu 2007 sampai dengan 2009<sup>171</sup> dan laporan tahun 2009 yang disampaikan oleh *Chief Executive Officer* Microsoft.<sup>172</sup>

Di Eropa Microsoft merilis versi *Microsoft Windows XP* tanpa *Windows Media Player* sesuai dengan arahan yang diberikan oleh Komisi Eropa, sebagai dampak adanya keputusan Pengadilan.<sup>173</sup>

<sup>167</sup> Ibid., no. 996.

<sup>168</sup> Ibid., no. 997.

<sup>169</sup> Ibid., no. 1054.

<sup>170</sup> Ibid., no. 1080.

<sup>171</sup> [http://www.microsoft.com/msft/reports/ar09/10k\\_fr\\_inc.html](http://www.microsoft.com/msft/reports/ar09/10k_fr_inc.html)

<sup>172</sup> [http://www.microsoft.com/msft/reports/ar09/10k\\_sl\\_eng.html](http://www.microsoft.com/msft/reports/ar09/10k_sl_eng.html)

<sup>173</sup> <http://www.microsoft.com/About/Legal/eudecision/faq.msp>

## BAB 4

### PENUTUP

#### KESIMPULAN

Berdasarkan paparan dan analisis pada bab-bab terdahulu dapat disimpulkan beberapa hal sebagai berikut:

1. Microsoft menyalahgunakan posisi dominannya dengan cara *tying* yaitu disatukannya *Windows Media Players* ke dalam PC *operating system* yang hanya dimiliki oleh Microsoft, sehingga konsumen tidak bebas memilih dan sebagai akibatnya pesaing usaha Microsoft juga tidak dapat bersaing karena apabila konsumen bermaksud memakai produk selain Windows maka aplikasinya tidak dapat dipergunakan. Jadi, konsumen harus membeli *operating system Windows* yang semestinya tidak perlu dilakukan.
2. Setelah adanya keputusan pengadilan terhadap Microsoft, maka posisi Microsoft sebagai pemimpin pasar (*market leader*) di bidang teknologi informasi tetap tidak berubah tetapi memberi dampak terjadinya persaingan usaha yang sehat di dalam dunia usaha di Uni Eropa.

denda, ganti rugi kepada para individu yang melanggar Pasal 81, 82 Traktat.

3. Keputusan yang diterbitkan oleh Komisi Uni Eropa tanggal 24 Maret 2004 berdasarkan Pasal 82 Traktat untuk *Case COMP/C-3/37.792 Microsoft* adalah sudah sesuai dengan Ketentuan Umum Hukum Persaingan Usaha di Uni Eropa. Selain merujuk pada Pasal 82 Traktat, Komisi juga merujuk pada Pasal 3 Regulasi 17/1962 dan Pasal 54 Perjanjian *European Economic Area* (EEA).
4. Selain sanksi yang bersifat administratif, Komisi juga memberikan denda dengan dasar hukum Pasal 54 Regulasi 17/1962. Denda diberikan dengan memperhatikan kecenderungan dan durasi dari pelanggaran yang terjadi. Komisi berpendapat bahwa dampak pelanggaran oleh Microsoft terhadap *relevant geographic market* adalah sangat signifikan yang meliputi pasar untuk *client PC operating system, work group server operating system* dan *media player*, yang mana ketiga pasar itu berada dalam jangkauan EEA juga. Durasi pelanggaran oleh Microsoft dengan tindakan yang menolak untuk memasok (*refusal to supply*) dimulai sejak Oktober 1998 dan masih tetap berlangsung hingga keputusan ini diterbitkan oleh Komisi sedangkan pelanggaran atas *tying* dimulai sejak Mei 1999 dan masih tetap berlangsung hingga keputusan ini diterbitkan oleh Komisi.

Dengan berbagai pertimbangan tersebut di atas maka Komisi menerbitkan Keputusan untuk kasus *COMP/C-3/37.792* pada tanggal 24 Maret 2004.



## DAFTAR PUSTAKA

### BUKU

- Bellamy, Christopher QC & Graham d. Child. *European Community Law of Competition*. Ed. P.M. Roth QC. London: Sweet & Maxwell, 2001.
- Cannon, Raymond. *Business Law of The European Union - A Practise Guide*. United States of America: Matthew Bender&C0., INC., 1996.
- Craig, Paul, Gráinne de Búrca. *EU Law, Text, Cases, and Materials*. New York: Oxford University Press, 2003.
- Groves, Peter J. *European Community Law*. London: Cavendish Publishing Limited, 1995.
- Jones, Clifford A. *Private Enforcement of Antitrust Law in the EU, UK and USA*. New York: Oxford University Press Inc., 1999.
- Katz, Michael L. , Carl Shapiro. "Antitrust in Software Markets." *Competition, Innovation and the Microsoft Monopoly: Antitrust in the Digital Marketplace*. Ed. Jeffrey A. Eisenach, Thomas M. Lenard. Massachusetts: Kluwer Academic Publishers, 2001. 29 – 81.
- Korah, Valentine. *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*. Portland Oregon: Oxford, 2000.
- Mankiw, N. Gregory. *Principles of Microeconomic*. Ohio: South Western, 2004.

Pindyck Robert S. dan Daniel L. Rubinfeld. *Microeconomics*. New Jersey: Pearson Education, 2005.

Routledge Cavendish. *European Union Law*. New York: Routledge Cavendish, 2006.

Samuelson, Paul A. and William D. Nordhaus. *Microeconomic*. New York: McGraw Hill, 1992.

Soekanto, Soerjono. *Pengantar Penelitian Hukum*. Jakarta: UI-Press, 1986.

Steiner, Josephine, Lorna Woods and Christian Twigg-Flesner. *EU Law*. New York: Oxford, 2006.

#### **JURNAL**

Silalahi, Udin M. "Hukum Persaingan Usaha Uni Eropa." *Kajian Wilayah Eropa*, vol. IV, no. 1, (2008): 95 – 109.

#### **SURAT KABAR**

"Microsoft Didenda 690 Juta Dollar AS." *Kompas* 18 Sep. 2007: 8.

#### **WEBSITE**

<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/microsoft/investigation.html>, diunduh pada 17 April 2009

[http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/index/by\\_nr\\_75.html](http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/index/by_nr_75.html) diunduh pada 17 April 2009

<http://ec.europa.eu/competition/antitrust/cases/decisions/37792/en.pdf> diunduh pada 22 April 2009

<http://www.microsoft.com/presspass/press/2001/Jan01/01-23SunPR.msp>, diunduh pada 5 Nov 2007

<http://www.microsoft.com/presspass/press/2007/Sep07/09-17State-ment.msp> diunduh pada 17 April 2009

<http://www.microsoft.com/presspass/presskits/eucase/default.msp> diunduh pada 17 April 2009

<http://software.silicon.com/applications/0,39024653,39420136,00.htm> diunduh pada 22 April 2009

<http://software.silicon.com/os/0,39024651,1000624,00.htm> diunduh pada 22 April 2009

<http://www.microsoft.com/About/Legal/eudecision/faq.msp> diunduh pada 6 Januari 2010

<http://www.microsoft.com/About/Legal/eudecision/faq.msp> diunduh pada 6 Januari 2010

[http://www.microsoft.com/msft/reports/ar09/10\\_fr\\_inc.html](http://www.microsoft.com/msft/reports/ar09/10_fr_inc.html) diunduh pada 6 Januari 2010

<http://www.microsoft.com/msft/reports/default.msp> diunduh pada 6 Januari 2010