

BAB 2
KAJIAN TENTANG PENGERTIAN SAHAM MAYORITAS, KEPEMILIKAN
SILANG DAN PENDEKATAN HUKUM DALAM HUKUM PERSAINGAN
USAHA

2.1 PEMAHAMAN TENTANG SAHAM MAYORITAS DALAM UU ANTI MONOPOLI

Saham sesuai dengan ketentuan Pasal 53 UJ No 40 Tahun 2007 Tentang Perseroan Terbatas⁶ ("UUPT") dapat diklasifikasikan kepada beberapa jenis dengan hak yang masing-masing berbeda. Pasal 27 UU Anti Monopoli tidak menjelaskan jenis saham yang dimaksud dalam terminologi "saham mayoritas". Oleh karena itu pengertian saham mayoritas pada Pasal 27 UU Anti Monopoli memerlukan penafsiran lebih lanjut;

⁶ Pasal 53 UUPT selengkapnya berbunyi:

- (1) Anggaran dasar menetapkan 1 (satu) klasifikasi saham atau lebih.
- (2) Setiap saham dalam klasifikasi yang sama memberikan kepada pemegangnya hak yang sama.
- (3) Dalam hal terdapat lebih dari 1 (satu) klasifikasi saham, anggaran dasar menetapkan salah satu di antaranya sebagai saham biasa.
- (4) Klasifikasi saham sebagaimana dimaksud pada ayat (3), antara lain:
 - a. saham dengan hak suara atau tanpa hak suara;
 - b. saham dengan hak khusus untuk mencalonkan anggota Direksi dan/atau anggota Dewan Komisaris;
 - c. saham yang setelah jangka waktu tertentu ditarik kembali atau ditukar dengan klasifikasi saham lain;
 - d. saham yang memberikan hak kepada pemegangnya untuk menerima dividen lebih dahulu dari pemegang saham klasifikasi lain atas pembagian dividen secara kumulatif atau nonkumulatif;
 - e. saham yang memberikan hak kepada pemegangnya untuk menerima lebih dahulu dari pemegang saham klasifikasi lain atas pembagian sisa kekayaan Perseroan dalam likuidasi.

2.1.1 Penafsiran Gramatikal

Saham menurut Kamus Besar Bahasa Indonesia Edisi Ketiga, Departemen Pendidikan Nasional, Balai Pustaka, Jakarta, 2005 adalah: 1. Bagian; andil; sero. 2. Ek Surat bukti pemilikan bagian modal perseroan terbatas yang memberikan hak atas deviden dan lain-lain menurut besar kecilnya modal yang disetor; 3. hak yang dimiliki orang (pemegang saham) terhadap perusahaan berkat penyerahan bagian modal sehingga dianggap berbagi.⁷

Kamus Besar Bahasa Indonesia tidak menerangkan pengertian mengenai saham mayoritas dan hanya memberikan pengertian mengenai mayoritas, yaitu: jumlah orang terbanyak yang memperlihatkan ciri tertentu menurut suatu patokan dibandingkan dengan jumlah yang lain yang tidak memperlihatkan ciri itu.⁸

Berdasarkan gabungan pengertian saham dan mayoritas berdasarkan Kamus Besar Bahasa Indonesia tersebut maka saham mayoritas adalah bukti pemilikan modal perseroan terbatas dengan jumlah terbanyak yang memperlihatkan ciri tertentu menurut suatu patokan dibandingkan dengan jumlah lain yang tidak memperlihatkan ciri itu. Pengertian ini tidak memberikan tafsiran yang jelas mengenai saham mayoritas karena pengertian mayoritas di Kamus Besar Bahasa Indonesia mengacu pada orang dan adanya "patokan tertentu" yang juga tidak definitif.

Menurut *Black's Law Dictionary*, *Shareholder* adalah "one who owns or holds a shares in a company, esp. a corporation"⁹ dan *majority shareholder* adalah "a shareholder who owns or controls more than half the corporation's stock"¹⁰. Pengertian *majority shareholder* menurut *Black's Law Dictionary* adalah pemilik saham yang memiliki atau menguasai lebih dari setengah saham perseroan.

⁷ Kamus Besar Bahasa Indonesia Edisi Ketiga, Departemen Pendidikan Nasional, Balai Pustaka, Jakarta, 2005, hal. 977

⁸ *Ibid.* hal 725

⁹ Bryan A. Garner, *Black's Law Dictionary*, Seventh Edition, hal. 1380.

¹⁰ *Ibid.* hal. 1381.

Pengertian ini menjadi terlalu sempit jika terdapat lebih dari satu klasifikasi saham dalam perseroan.

Jika penafsiran saham mayoritas pada Pasal 27 UU Anti Monopoli menggunakan pengertian *Black's Law Dictionary* maka ketentuan ini dengan mudah disimpangi dengan menciptakan saham tanpa hak suara di atas 50% yang diberikan atau dimiliki oleh pihak lain sementara hak untuk mengendalikan perseroan seluruhnya dilekatkan pada saham khusus dengan jumlah kurang dari 50% atau bahkan pada satu lembar saham saja.

Oleh karena itu masih diperlukan penafsiran lain terhadap "saham mayoritas" yang dimaksud dalam Pasal 27 UU Anti Monopoli, lebih dari sekedar penafsiran secara bahasa.¹¹

2.1.2 Penafsiran Sistematis

Istilah "saham" ditemukan dalam UUPT. UUPT menjelaskan organ-organ yang terdapat dalam suatu perusahaan berbentuk Perseroan Terbatas, yaitu Rapat Umum Pemegang Saham (RUPS)¹², Dewan Komisaris¹³, dan Direksi¹⁴. Organ pengambil keputusan tertinggi dalam suatu Perseroan Terbatas terletak pada RUPS yang merupakan representasi dari para pemilik perusahaan. Pemilik perusahaan menetapkan arah kebijakan perusahaan yang akan direalisasikan oleh Direksi dengan diawasi oleh Dewan Komisaris dalam pelaksanaannya.

Melalui rezim "*one share one vote*", keputusan dalam RUPS pada umumnya dapat dicapai melalui *simple majority*, yaitu *vote* diatas 50%. Dengan demikian kendali atas perusahaan tersebut diperoleh jika pelaku usaha memiliki saham di atas 50%.

¹¹ Komisi Pengawas Persaingan Usaha, *op. cit.*, hal. 64-65.

¹² Pasal 1 angka 4 UUPT.

¹³ Pasal 1 angka 6 UUPT.

¹⁴ Pasal 1 angka 5 UUPT.

Dalam hal tidak terdapat pemegang saham di atas 50% pada suatu perusahaan, maka secara *de jure* tidak terdapat pengendali atas perusahaan tersebut. Namun secara *de facto*, pemegang saham yang terbesar dibanding dengan pemegang saham lainnya mempunyai posisi tawar yang lebih kuat dibanding pemegang saham lainnya sehingga pemegang saham lain dengan komposisi lebih kecil memiliki kecenderungan untuk mengikuti kehendak dari pemegang saham terbesar.

Oleh karena itu dalam posisi sebagaimana dimaksud di atas, pengendali perusahaan dapat diartikan sebagai pemegang saham terbesar dibanding dengan pemegang saham lainnya di dalam perusahaan. Besaran persentasi kepemilikan saham tidak menjadi patokan, tetapi distribusi komposisi kepemilikan saham menjadi penting dalam menentukan siapa pengendali pada perusahaan tersebut.

Lebih jauh lagi, UUPT mensyaratkan adanya mayoritas khusus dalam pengambilan keputusan terkait permasalahan tertentu, yaitu 2/3 mayoritas untuk perubahan Anggaran Dasar¹⁵ dan ¾ mayoritas dalam hal penggabungan, peleburan, pengambilalihan, pembubaran dan kepailitan.

Dalam pengambilan keputusan terkait permasalahan-permasalahan sebagaimana dimaksud di atas, kepemilikan saham dengan besaran di atas 25% menjadi penting karena dapat memveto pengambilan keputusan dalam RUPS. Hal ini menunjukkan sebesar apa pun saham yang dimiliki oleh pemegang saham lain, selama masih terdapat satu pemegang saham dengan besaran kepemilikan di atas 25%, maka pemegang saham tersebut dapat dianggap sebagai pengendali perusahaan.

Penjelasan mengenai *vote* oleh pemegang saham sebagaimana dijelaskan harus menggunakan asumsi kondisi normal dalam arti tidak adanya perjanjian antara pemegang saham dalam menggunakan hak suaranya dalam RUPS.¹⁶

¹⁵ Pasal 88 UUPT.

¹⁶ Komisi Pengawas Persaingan Usaha, *op. cit.*, hal. 65-66.

2.1.3 Penafsiran Teleologis

Pengertian saham mayoritas juga harus dilihat berdasarkan tujuan kemasyarakatannya. Tujuan dari pembentukan UU Anti Monopoli adalah sebagaimana diterangkan dalam konsideran undang-undang tersebut¹⁷ dan dalam Pasal 3¹⁸. Baik dalam konsideran maupun tujuan yang hendak dicapai oleh UU Anti Monopoli diharapkan agar tidak tercipta adanya pemusatan kekuatan ekonomi pada pelaku usaha tertentu¹⁹.

Pasal 27 UU Anti Monopoli lahir sebagai norma yang menunjang tujuan tersebut. Pasal ini melarang adanya kepemilikan saham mayoritas pada beberapa perusahaan yang beroperasi pada pasar yang sama jika kepemilikan tersebut mengakibatkan penguasaan pangsa pasar melebihi 50%²⁰.

¹⁷ Konsideran UU Anti Monopoli adalah:

- a. bahwa pembangunan bidang ekonomi harus diarahkan kepada terwujudnya kesejahteraan rakyat berdasarkan Pancasila dan Undang-Undang Dasar 1945;
- b. bahwa demokrasi dalam bidang ekonomi menghendaki adanya kesempatan yang sama bagi setiap warga negara untuk berpartisipasi di dalam proses produksi dan pemasaran barang dan atau jasa, dalam iklim usaha yang sehat, efektif, dan efisien sehingga dapat mendorong pertumbuhan ekonomi dan bekerjanya ekonomi pasar yang wajar;
- c. bahwa setiap orang yang berusaha di Indonesia harus berada dalam situasi persaingan yang sehat dan wajar sehingga tidak menimbulkan adanya pemusatan kekuatan ekonomi pada pelaku usaha tertentu, dengan tidak terlepas dari kesepakatan yang telah dilaksanakan oleh negara Republik Indonesia terhadap perjanjian-perjanjian internasional ;
- d. bahwa untuk mewujudkan sebagaimana yang dimaksud dalam huruf a, huruf b, dan huruf c, atas usul inisiatif Dewan perwakilan Rakyat perlu disusun Undang-Undang Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat;

¹⁸ Pasal 3 UU Anti Monopoli menyatakan bahwa tujuan dari pembentukan undang-undang tersebut adalah:

- a. menjaga kepentingan umum dan meningkatkan efisiensi ekonomi nasional sebagai salah satu upaya untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat;
- b. mewujudkan iklim usaha yang kondusif melalui pengaturan persaingan usaha yang sehat sehingga menjamin adanya kepastian kesempatan berusaha yang sama bagi pelaku usaha besar, pelaku usaha menengah, dan pelaku usaha kecil;
- c. mencegah praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat yang ditimbulkan oleh pelaku usaha; dan
- e. terciptanya efektivitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha.

¹⁹ Lihat huruf c Konsideran UU Anti Monopoli dan huruf Pasal 3 huruf c UU Anti Monopoli jo Pasal 1 angka 2 UU Anti Monopoli yang menjelaskan bahwa praktek monopoli juga mensyaratkan adanya pemusatan kekuatan ekonomi.

²⁰ Pasal 27 UU Anti Monopoli selengkapnya adalah:

Pemusatan kekuatan ekonomi sebagaimana dimaksud di atas terealisasikan melalui sentralisasi pengambilan keputusan ekonomi pada suatu pelaku usaha. Suatu keputusan dapat efektif tercapai jika terdapat kendali nyata yang dimiliki oleh suatu pelaku usaha terhadap suatu perusahaan. Perusahaan inilah yang akan mengeksekusi keputusan-keputusan tersebut.

Dalam konteks pasal 27 UU Anti Monopoli, perusahaan-perusahaan tersebut memiliki pangsa pasar di atas 50% sehingga pengendalian yang dilakukan oleh suatu pelaku usaha terhadapnya akan berdampak pada pasar bersangkutan.

Dengan demikian pemusatan keputusan ekonomi tercapai ketika pengendalian terhadap beberapa perusahaan terpusat pada satu pihak saja yang dalam konteks Pasal 27 UU Anti Monopoli diterjemahkan sebagai "saham mayoritas".

Berdasarkan seluruh uraian di atas maka pengertian "saham mayoritas" yang paling tepat untuk Pasal 27 UU Anti Monopoli adalah adanya kendali yang dimiliki oleh satu pelaku usaha terhadap pelaku usaha lain.

Dari sisi besaran, tidak ada nilai mutlak yang dapat ditentukan untuk menyimpulkan adanya kendali. Kepemilikan saham dengan voting rights di atas 50% hampir dapat dipastikan memberikan kendali kepada pemiliknya (*positive control*).

Kepemilikan saham di bawah 50% namun di atas 25% hampir dipastikan memberikan kemampuan pemiliknya untuk menghalangi keputusan-keputusan strategis yang memerlukan persetujuan mayoritas khusus (*negative control*). Sehingga kepemilikan saham 25% atau lebih pada satu perusahaan juga memberikan kendali yang signifikan pada perusahaan tersebut.

Sedangkan untuk kepemilikan saham di bawah 25% tidak serta merta menandakan pemiliknya tidak memiliki kendali terhadap perusahaan, faktor-faktor tertentu harus dipertimbangkan untuk melihat apakah pemilik saham tersebut

Pelaku usaha dilarang memiliki saham mayoritas pada beberapa perusahaan sejenis yang melakukan kegiatan usaha dalam bidang yang sama pada pasar bersangkutan yang sama, atau mendirikan beberapa perusahaan yang memiliki kegiatan usaha yang sama pada pasar bersangkutan yang sama, apabila kepemilikan tersebut mengakibatkan :

- a. satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha menguasai lebih dari 50% (lima puluh persen) pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu.
- b. Dua atau tiga pelaku usaha atau kelompok pelaku usaha menguasai lebih dari 75% (tujuh puluh lima persen) pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu.

memiliki *decisive influence* atau *material influence* terhadap arah kebijakan perusahaan.

Adanya pengaruh terhadap kebijakan perusahaan menandakan pemilik saham tersebut meskipun bukan merupakan saham pengendali namun memiliki kemampuan untuk mengendalikan perusahaan.

2.1.4 Pengertian Saham Mayoritas Dalam Peraturan Perundang-undangan Lain

Undang-Undang No 19 Tahun 2000 Tentang Perubahan Atas Undang-Undang Nomor 19 Tahun 1997 Tentang Penagihan Pajak Dengan Surat Paksa dalam bagian penjelasan menyebutkan pemegang saham mayoritas namun tidak menjelaskan pengertian dari saham mayoritas. Penjelasan Pasal 10 ayat (4) huruf a antara lain menyatakan:

“Pengertian Komisaris meliputi Komisaris sebagai orang yang lazim disebut Dewan Komisaris dan Komisaris sebagai orang perseroan yang lazim disebut anggota Komisaris. Yang dimaksud dengan pemegang saham tertentu adalah pemegang saham pengendali atau pemegang saham mayoritas dari perseroan terbatas terbuka dan seluruh pemegang saham dari perseroan terbatas tertutup”.

Peraturan perundang-undangan lain di Indonesia tidak ada yang menjelaskan mengenai pengertian saham mayoritas, beberapa peraturan perundang-undangan yang ada hanya menjelaskan mengenai saham utama atau saham pengendali sebagaimana dijelaskan di bawah ini;

- Peraturan BAPEPAM No. LX.H.1 tentang Pengambilalihan Perusahaan Terbuka menyatakan yang dimaksud dengan Pengendali Perusahaan Terbuka adalah:
 - 1) Pihak yang memiliki saham 25% (dua puluh lima perseratus) atau lebih, kecuali pihak tersebut dapat membuktikan tidak mengendalikan Perusahaan Terbuka; atau
 - 2) Pihak yang mempunyai kemampuan, baik langsung maupun tidak langsung untuk mengendalikan Perusahaan Terbuka dengan cara:

- a) Menentukan diangkat dan diberhentikannya direksi atau komisaris; atau
 - b) Melakukan perubahan anggaran dasar Perusahaan Terbuka.
- Peraturan Bank Indonesia No. 8/16/PBI/2006 tentang Kepemilikan Tunggal Pada Perbankan Indonesia menjelaskan Pemegang Saham Pengendali adalah badan hukum dan atau perorangan dan atau kelompok usaha yang:
- a. Memiliki saham Bank sebesar 25% (dua puluh lima perseratus) atau lebih dari jumlah saham yang dikeluarkan Bank dan mempunyai hak suara
 - b. Memiliki saham Bank kurang dari 25% (dua puluh lima perseratus) dari jumlah saham yang dikeluarkan Bank dan mempunyai hak suara namun dapat dibuktikan telah melakukan pengendalian Bank baik secara langsung maupun tidak langsung.

2.2 KEPEMILIKAN SILANG DALAM PERUSAHAAN

2.2.1 Pengertian Kepemilikan Silang Dalam Hukum Persaingan Usaha

Untuk mencegah terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat, di mana penguasaan pasar berada di tangan pelaku usaha atau sekelompok usaha yang memiliki posisi dominan, UU Anti Monopoli juga melarang pelaku usaha atau sekelompok pelaku usaha untuk memiliki saham mayoritas pada beberapa perusahaan sejenis.

Pasal 27 UU Anti Monopoli melarang pelaku usaha memiliki saham mayoritas pada beberapa perusahaan sejenis yang melakukan kegiatan usaha dalam bidang yang sama, pada pasar bersangkutan yang sama, atau mendirikan beberapa perusahaan yang memiliki kegiatan usaha yang sama, pada pasar bersangkutan yang sama, apabila kepemilikan beberapa perusahaan tersebut mengakibatkan:²¹

- a. satu pelaku usaha atau satu kelompok usaha menguasai lebih dari 50% (lima puluh persen) pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu;

²¹ Rachmadi Usman, *Hukum Persaingan Usaha di Indonesia*, cet. 1 (Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 2004), hal. 87-88.

- b. dua atau tiga pelaku usaha atau kelompok pelaku usaha menguasai lebih dari 75% (tujuh puluh lima persen) pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu.

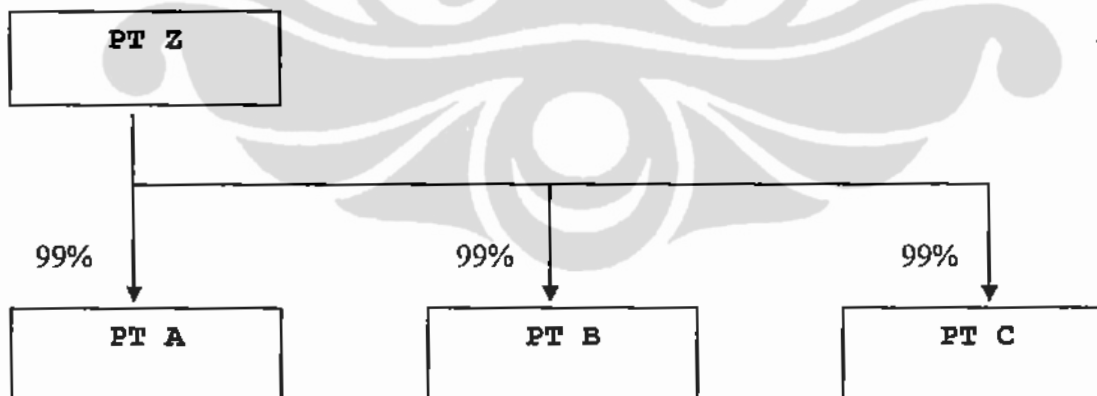
Pasal 27 UU Anti Monopoli selengkapnya berbunyi:

“Pelaku usaha dilarang memiliki saham mayoritas pada beberapa perusahaan sejenis yang melakukan kegiatan usaha dalam bidang yang sama pada pasar bersangkutan yang sama, atau mendirikan beberapa perusahaan yang memiliki kegiatan usaha yang sama pada pasar bersangkutan yang sama, apabila kepemilikan tersebut mengakibatkan :

- a. satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha menguasai lebih dari 50% (lima puluh persen) pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu.
- b. Dua atau tiga pelaku usaha atau kelompok pelaku usaha menguasai lebih dari 75% (tujuh puluh lima persen) pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu.”

Pasal 27 UU Anti Monopoli tersebut secara sederhana dapat diilustrasikan sebagai berikut:

PT A, PT B dan PT C adalah pelaku usaha yang melakukan kegiatan usaha dalam bidang yang sama pada pasar bersangkutan yang sama. PT A dan PT B secara bersama-sama memiliki pangsa pasar sebesar 80% (delapan puluh persen). PT Z merupakan pemegang saham mayoritas di PT A dan PT B.



Kepemilikan saham mayoritas PT Z di PT A dan PT B merupakan kepemilikan saham yang dilarang oleh Pasal 27 UU Anti Monopoli.

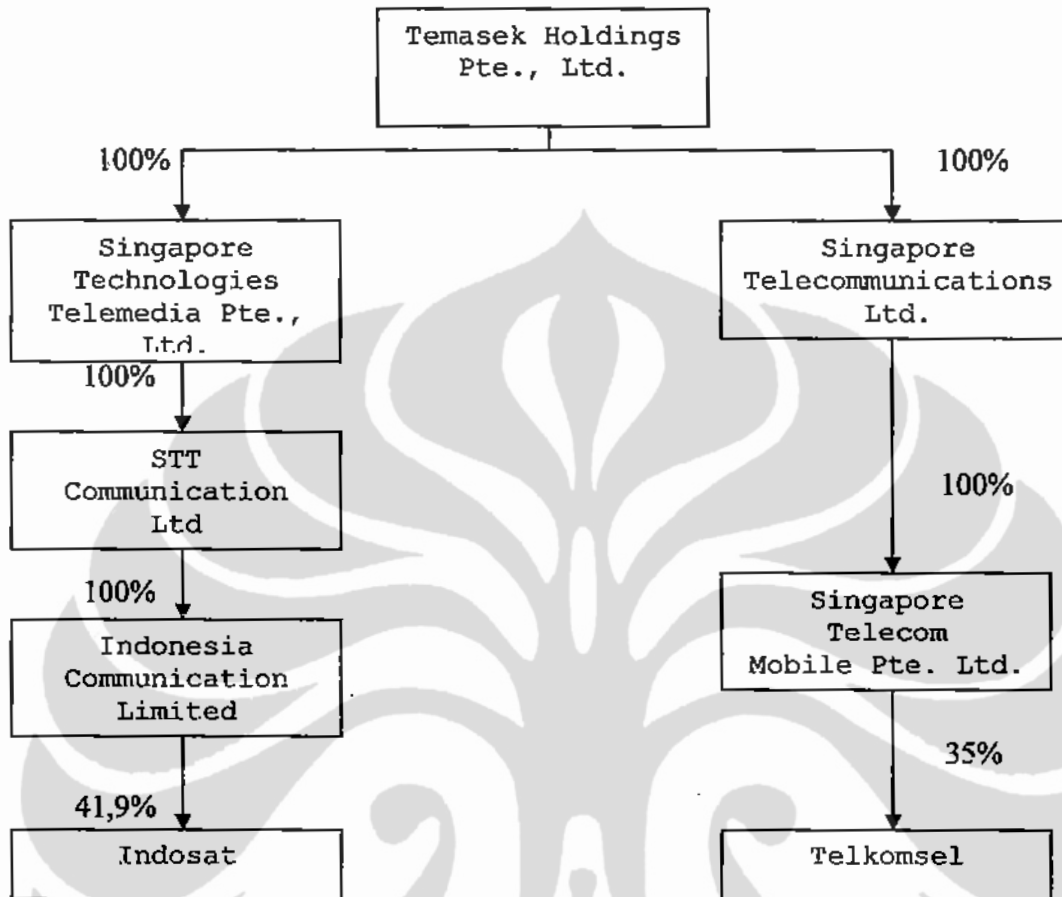
2.2.2 Kepemilikan Silang Temasek Holdings Pte. Ltd.

Temasek melalui SingTel mengakuisisi saham Telkomsel dari KPN Belanda sebesar 22,3% pada akhir tahun 2001. Kemudian pada Juli 2002 SingTel meningkatkan kepemilikan sahamnya dengan mengakuisisi kepemilikan Telkom pada Telkomsel menjadi sebesar 35% dan sebagai kompensasinya Telkom mengalihkan aset Telkom Mobile ke Telkomsel termasuk lisensi penggunaan DCS 1800.²²

Pada tanggal 15 Desember 2002, STT memenangkan tender divestasi 41,9% kepemilikan saham Indosat yang kemudian dimiliki melalui ICL. Dengan demikian struktur kepemilikan dari Temasek hingga Indosat dan Telkomsel dapat dilihat pada skema berikut.²³

²² *Ibid.*, hal. 13-14.

²³ *Ibid.*, hal. 14.

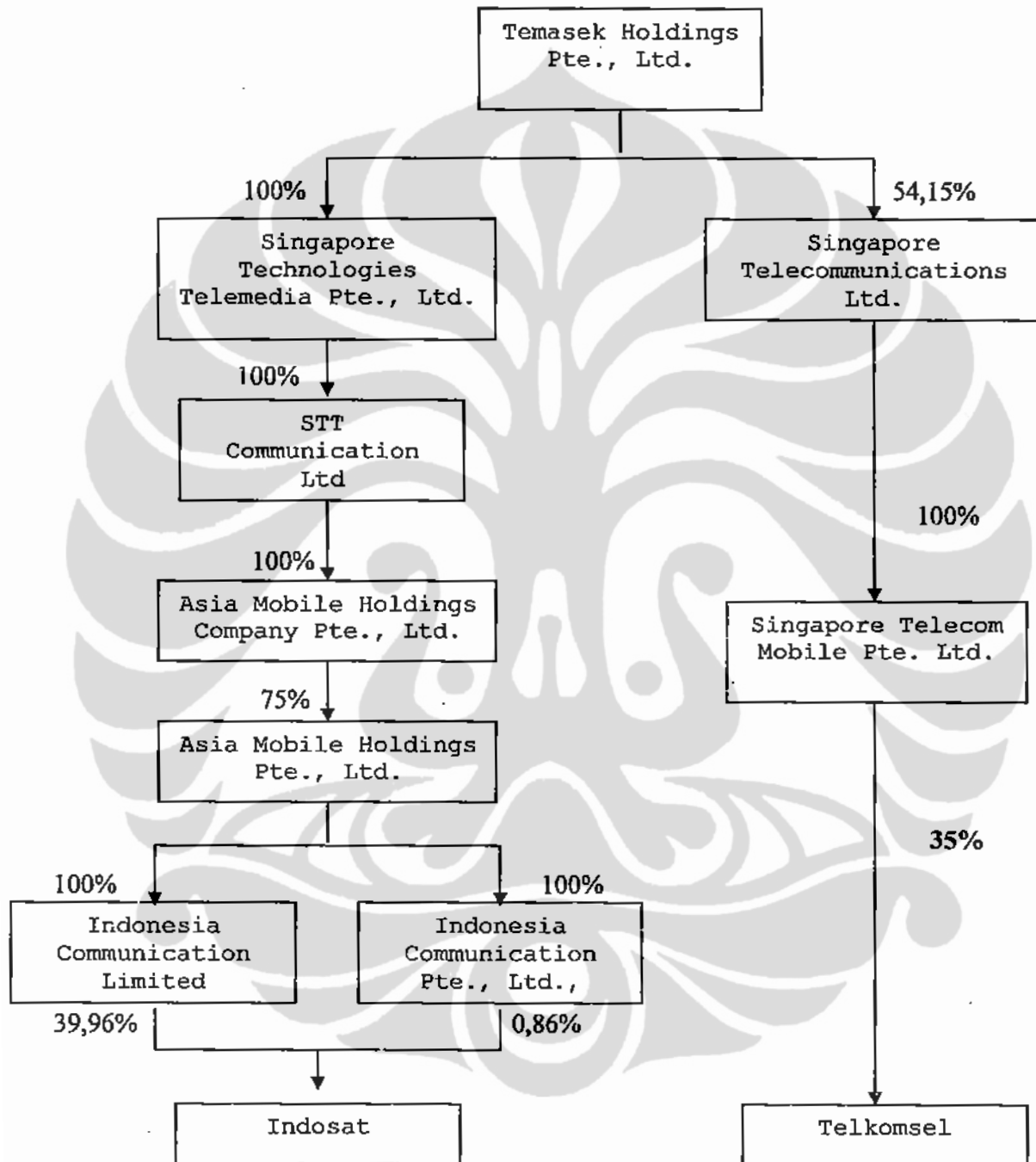


Pada 1 Agustus 2004 dan 1 Agustus 2005 Indosat melaksanakan *Employment Stock Owner Program* (ESOP) yang menyebabkan dilusi para pemilik sahamnya termasuk STT yang kepemilikan sahamnya menjadi 39,96%. STT kemudian melalui ICPL pada Tahun 2006 yang dilaporkan pada tanggal 4 Mei 2006 kepada Bapepam membeli saham Indosat di pasar modal sebesar 0,86% sehingga secara keseluruhan saham yang dikuasainya menjadi sebesar 41,16%.²⁴

Pada tahun 2006 STT mendirikan AMHC yang kemudian bersama-sama Qatar Telecom menguasai AMH dengan komposisi kepemilikan AMHC sebesar 75%% dan Qatar Telecom sebesar 25%. Kepemilikan STTC terhadap ICL kemudian dialihkan seluruhnya kepada AMHC.

²⁴ *Ibid.*

Dengan demikian skema kepemilikan Temasek terhadap Telkomsel dan Indosat adalah sebagai berikut:²⁵



²⁵ *Ibid.*, hal. 15.

2.3 PEMAHAMAN TENTANG PASAR BERSANGKUTAN/PASAR RELEVAN

Pengertian pasar merupakan proses mengidentifikasi aktivitas para penjual yang ada dalam kedudukan untuk bersaing menjaga harga produk mereka tetap rendah, menaikkan jumlah produksi (*output*), dan menjaga kualitas dari produk mereka sementara mereka juga mencegah pelaku usaha pesaingnya berhasil menaikkan harga jual produknya namun dengan menurunkan jumlah produksinya atau menurunkan kualitas dari produknya.

Secara umum pengertian terhadap pasar relevan adalah mengenai proses pencarian terhadap calon pesaing potensial yang kehadirannya di pasar yang bersangkutan dapat menjamin persaingan berjalan dengan sehat.

Di pasar, ada tiga macam pelaku usaha yang dapat menentukan timbulnya perilaku anti persaingan yaitu:

1. pelaku usaha yang produknya bersaing dengan produk yang dibuat oleh pelaku usaha lainnya yang diduga melakukan monopoli, sehingga ketika harga dinaikkan oleh pelaku usaha yang mempunyai kekuatan monopoli konsumen dapat beralih kepada produk dari pelaku usaha pesaingnya itu;
2. pelaku usaha dari pasar geografis lain yang menjual produknya di suatu lokasi pasar yang berbeda letak geografisnya sehingga pasar tempat memasarkan barang itu harus disebut juga sebagai pasar relevan. Oleh karena itu ada kemungkinan konsumen mau membeli produk tersebut dan bukannya produk yang dihasilkan oleh pelaku usaha yang menggunakan kekuatan monopolinya untuk menaikkan harga di pasar itu;
3. pelaku usaha yang tidak bersaing dengan pelaku usaha yang diduga melakukan monopoli namun dapat menjadi pesaing yang potensial.

Penentuan pasar relevan dilakukan dengan pendekatan pasar produk (misalnya pasar bir ataukah pasar minuman secara keseluruhan) dan pendekatan pasar geografis (misalnya pasar lokal ataukah pasar nasional).

Pasar bersangkutan sesuai dengan Pasal 1 angka 10 UU Anti Monopoli adalah pasar yang berkaitan dengan jangkauan atau daerah pemasaran tertentu oleh pelaku usaha atas barang dan atau jasa yang sama atau sejenis atau substitusi dari barang dan atau jasa tersebut.

Pasar yang berkaitan dengan jangkauan atau daerah pemasaran tertentu dalam hukum persaingan usaha dikenal sebagai pasar geografis. Sedangkan barang dan atau jasa yang sama atau sejenis atau substitusi dari barang dan atau jasa tersebut dikenal sebagai pasar produk. Karena itu analisis mengenai pasar bersangkutan dilakukan melalui analisis pasar produk dan pasar geografis.

2.3.1 Pasar Produk

Tidak ada pelaku usaha yang mempunyai kedudukan monopoli secara penuh sehingga dapat menaikkan harga tanpa kehilangan satu konsumen pun yang berpindah ke barang/jasa substitusi lainnya, yang ada adalah pelaku usaha menghadapi persaingan dengan pelaku usaha lain yang bisa memproduksi barang/jasa substitusi. Dengan demikian yang menjadi masalah dalam penentuan pasar relevan adalah pertanyaan sampai tingkat seberapa suatu produk dapat bersifat substitusi sehingga dapat disebut sebagai bagian dari pasar yang sama, dalam hal ada pelaku usaha yang menjalankan kekuatan monopolinya.

Analisis pasar produk pada intinya bertujuan untuk menentukan jenis barang dan atau jasa yang sejenis atau tidak sejenis tapi merupakan substitusinya yang saling bersaing satu sama lain pada suatu perkara. Untuk melakukan analisis ini maka suatu produk harus ditinjau dari beberapa aspek, yaitu: kegunaan, karakteristik, dan harga.

Secara umum pasar industri telekomunikasi dapat digolongkan ke dalam penyelenggaraan jaringan, penyelenggaraan jasa telekomunikasi dan penyelenggaraan telekomunikasi khusus²⁶. Penyelenggaraan jaringan telekomunikasi

²⁶Lihat Pasal 7 s.d Pasal 9 UU No. 36/1999 Tentang Telekomunikasi

adalah kegiatan penyediaan dan atau pelayanan jaringan telekomunikasi yang memungkinkan terselenggaranya telekomunikasi.

Penyelenggaraan jasa telekomunikasi adalah kegiatan penyediaan dan atau pelayanan jasa telekomunikasi yang memungkinkan terselenggaranya telekomunikasi. Penyelenggaraan telekomunikasi khusus adalah penyelenggaraan telekomunikasi yang sifat, peruntukan, dan pengoperasiannya khusus. Penyelenggaraan jasa telekomunikasi tersebut diatas dapat menggunakan jaringan tetap dan jaringan bergerak.

Penyelenggaraan jaringan tetap atau *Public Switch Telephone Network* (PSTN) terdiri dari PSTN local, PSTN SLJJ, PSTN SLI, PSTN Tertutup, dan PSTN tanpa kabel (nirkabel) mobilitas terbatas atau disebut FWA (*fixed wireless access*). Penyelenggaraan jaringan bergerak terdiri dari jaringan bergerak terestrial, bergerak satelit, bergerak seluler ("telekomunikasi seluler")²⁷.

Secara umum, dibandingkan dengan jasa telekomunikasi yang menggunakan jaringan lainnya, masyarakat lebih banyak menggunakan jasa telekomunikasi PSTN, FWA dan telekomunikasi seluler. Kegunaan telekomunikasi seluler, PSTN dan FWA sama-sama ditujukan untuk kegiatan komunikasi suara dan data, sehingga tidak terdapat perbedaan yang mendasar antara telekomunikasi seluler dengan PSTN dan FWA. Oleh karena itu, baik PSTN, FWA, maupun telekomunikasi seluler merupakan produk substitusi dari sisi kegunaan.

Perbedaan karakter dari "Telekomunikasi Seluler", PSTN dan FWA yang mendasar terletak pada kemampuan mobilitasnya, layanan operator PSTN bersifat tetap sedangkan, FWA dapat digunakan secara bergerak namun terbatas pada satu kode area, sedangkan telekomunikasi seluler dapat dipergunakan secara bergerak penuh. Dari sisi teknologi, Telekomunikasi Seluler dapat berjalan di atas platform teknologi *Global System for Mobile Communication* ("GSM") maupun *Code Division Multiple Access* ("CDMA") dan sebaliknya FWA dapat berjalan di atas platform teknologi GSM dan CDMA.

²⁷Pasal 9 ayat (3) PP No. 52 Tahun 2000 Tentang Penyelenggaraan Telekomunikasi.

Perbedaan teknologi tersebut tidak menciptakan perbedaan karakter layanan antara GSM dan CDMA. Karakter layanan tetap ditentukan oleh lisensi yang dimiliki operator, selular atau FWA, oleh karena itu PSTN dan FWA bukanlah substitusi dari telekomunikasi seluler, terlepas dari teknologi apa yang digunakan oleh operator FWA dan selular, GSM ataupun CDMA²⁸.

Dari sisi harga terdapat *range* harga yang berbeda antara layanan PSTN dan telekomunikasi seluler. *Range* harga FWA identik dengan *range* harga PSTN, sedangkan *range* harga seluler jauh di atas *range* harga kedua layanan sebelumnya. Oleh karena itu dari sisi harga layanan PSTN dan FWA bukan merupakan substitusi dari telekomunikasi seluler.

Survey konsumen yang dilakukan oleh KPPU terhadap pengguna telepon seluler menunjukkan bahwa layanan FWA dan PSTN bukanlah substitusi dari layanan telekomunikasi seluler. Meskipun terdapat konsumen yang sensitif terhadap harga pada segmen tertentu namun secara umum konsumen industri seluler tidak sensitif terhadap harga namun sensitif terhadap cakupan jaringan²⁹.

FWA dan Layanan *seluler full mobility* hanya bersaing pada satu kode wilayah area saja, sehingga FWA dan seluler full mobility tidak merupakan satu pasar bersangkutan secara nasional.

Layanan dari Telkomsel meliputi layanan telekomunikasi selular dual band 900/1800 di atas jaringan GSM, GPRS, Wi-Fi, EDGE, dan *3-G Technology* (Kartu Halo, Simpati, dan Kartu As). Sedangkan layanan Indosat mencakup *mobile service* (Matrix, Mentari, IM3), *telephony service* (SLI, VOIP Telephony, StarOne), dan *multimedia service* (IM2 dan Lintas Artha).

Kartu Halo, Simpati, dan Kartu As adalah layanan dari Telkomsel dalam kategori selular. Dalam kategori yang sama, Indosat memiliki layanan dengan produk Matrix, Mentari, dan IM3. Telkomsel tidak memiliki layanan SLI, VOIP Telephony, FWA, internet service, dan multimedia lainnya sebagaimana dimiliki oleh Indosat.

²⁸ Komisi Pengawas Persaingan Usaha, *op. cit.*, hal. 6.

²⁹*Ibid*.

Oleh karena itu PT. Telkomsel dan PT. Indosat saling bersaing dalam pasar produk yang sama yaitu layanan telekomunikasi selular.³⁰

2.3.2 Pasar Geografis

Proses untuk menentukan pasar geografis yang relevan adalah sama dengan yang digunakan dalam pasar produk. Banyak pandangan yang berpikir pasar dalam artian geografis adalah mengenai cakupan lokasi geografis kota, wilayah ataupun negara. Padahal yang menjadi pusat perhatian dari proses ini adalah pelaku usahanya sendiri (penjual barang/jasa)³¹.

Pada dasarnya menurut metode ini yang dinamakan pasar geografis relevan adalah pasar yang mencakup pelaku usaha lainnya yang eksistensinya dapat membatasi segala upaya seorang pelaku usaha yang menggunakan kekuatan monopoli yang dimilikinya untuk mengeksploitasi konsumen.

Dengan kata lain pasar geografis relevan itu mencakup pasar dimana ada pelaku usaha lain yang mampu “memaksa” pelaku usaha pemegang kekuatan monopoli tadi untuk berkompetisi. Dengan demikian akan tercapai arah perkembangan pasar dan inovasi.

Analisis pasar geografis bertujuan untuk menjelaskan di area mana saja pasar produk yang telah didefinisikan saling bersaing satu sama lain.

Berkaitan dengan jangkauan atau daerah pemasaran, tidak ditemukan adanya hambatan baik dari sisi teknologi maupun regulasi bagi para operator selular untuk memasarkan produknya di seluruh wilayah Indonesia.

Bahwa tidak semua operator telepon selular memiliki jangkauan layanan (*coverage*) yang sama luasnya sehingga pada daerah-daerah tertentu, hanya ada satu atau dua jaringan operator telepon selular saja yang tersedia.

Namun demikian, tidak berarti di daerah yang hanya terdapat satu jaringan operator telepon selular saja, tidak dipengaruhi persaingan dari operator lain,

³⁰ *Ibid.*, hal. 7

³¹ *Ibid.*, hal. 49.

meskipun operator telepon selular lain tersebut tidak beroperasi di daerah yang dimaksud.

Hal tersebut dapat dijelaskan karena semua operator telepon selular menetapkan tarif yang sama di mana pun pelanggan selular tersebut berada. Sebagai ilustrasi, Telkomsel tidak pernah menerapkan tarif yang lebih tinggi di wilayah yang tidak terjangkau oleh jasa layanan operator telepon lain dibanding dengan tarif di wilayah yang dilayani oleh seluruh operator selular yang ada di Indonesia.

Artinya ada atau tidak ada operator lain di suatu wilayah, Telkomsel akan menerapkan model pentarifan yang sama dengan wilayah lain yang dijangkau oleh seluruh operator. Hal ini menunjukkan bahwa di seluruh wilayah yang terjangkau layanan Telkomsel, terjadi persaingan dengan operator telepon selular lainnya, meskipun operator telepon selular lain tersebut belum tentu beroperasi di seluruh wilayah yang dijangkau oleh layanan Telkomsel.

Dengan demikian, pasar bersangkutan yang dimaksud dalam Keputusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha dengan Nomor perkara 07/KPPU-L/2007 adalah layanan telekomunikasi selular di seluruh wilayah Indonesia.³²

2.4 PENDEKATAN HUKUM DALAM HUKUM PERSAINGAN USAHA

2.4.1 Teori *Per se Illegal*

Teori *per se* ini lebih menitikberatkan kepada struktur pasar tanpa terlalu memperhitungkan kepentingan ekonomi dan sosial yang lebih luas. Karena itu, pendekatan yang dilakukan oleh penganut-penganut teori *per se* ini adalah merupakan kaum Structuralist dengan paham structuralismnya.³³

Menurut teori ini, misalnya pertukaran informasi harga antara pihak kompetitor, bagaimanapun juga dianggap bertentangan dengan hukum anti monopoli. Di USA, teori *per se* ini banyak diterapkan semasa Mahkamah Agung Federalnya

³² *Ibid.*, hal. 7-8.

³³ Munir Fuady, *Hukum Anti Monopoli: Menyongsong Era Persaingan Sehat*, cet. 1, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 1999), hal. 46-47.

dipimpin oleh Earl Warren. Misalnya dalam kasus *United States v. Container Corp* (diputus dalam tahun 1969).³⁴

2.4.2 Teori *Rule of Reason*

Teori *rule of reason* ini lebih luas dari teori *per se*. Teori *rule of reason* ini lebih berorientasi kepada prinsip efisiensi. Di USA, analisis yang berorientasi kepada efisiensi ini berasal dari "Aliran Chicago), yakni aliran yang sangat berpegang kepada teori tentang harga.

Teori *rule of reason* ini diterapkan dengan menimbang-nimbang antara akibat negatif dari tindakan tertentu terhadap persaingan dengan keuntungan ekonomisnya. Di USA, teori *rule of reason* ini banyak diterapkan semasa *Chief Justice Warren Burger*, misalnya dalam kasus (pidana) *United States v. United States Gypsum Co* yang diputus dalam tahun 1978.³⁵

Dalam hal ini, pengadilan menyatakan bahwa pertukaran harga antarkompetitor tidak *per se* melanggar hukum anti monopoli, seperti dalam teori *per se*. Melainkan harus dibuktikan dulu apakah ada maksud atau pengetahuan dari pihak pelaku terhadap konsekuensi dari tindakannya itu terhadap persaingan pasar.

Bahkan pengadilan mengatakan bahwa pertukaran informasi antarkompetitor tidak selamanya mempunyai efek anti kompetisi, malahan dalam hal tertentu, tindakan tersebut dapat lebih meningkatkan efisiensi dan persaingan pasar.

Di USA, kasus klasik yang menerapkan teori *rule of reason* ini adalah *Chicago Board of Trade v. United States*, yang diputus dalam tahun 1918. Dalam hal ini yang dipertimbangkan oleh hakim bukan hanya penetapan harga semata-mata seperti dalam teori "*per se*", melainkan juga dipertimbangkan hal-hal sebagai berikut:

- a. Apakah tindakan tersebut mengakibatkan pembatasan persaingan, atau mengatur atau malahan meningkatkan persaingan;

³⁴ *Ibid.*

³⁵ *Ibid.*, hal. 47.

- b. Untuk itu harus dipertimbangkan fakta-fakta khusus yang berlaku untuk bisnis;
- c. Kondisi sebelum dan setelah terjadi pengekangan persaingan;
- d. Sifat dari pengekangan persaingan;
- e. Akibatnya terhadap pengekangan persaingan apakah langsung (pasti) atau hanya penyebab kira-kira saja (proximate cause).³⁶

Pasal 27 UU Anti Monopoli termasuk di dalam BAB V UU Anti Monopoli tentang posisi dominan. Pengaturan tentang posisi dominan menurut Pasal 25 ayat (1) UU Anti Monopoli harus memenuhi tiga kriteria tertentu³⁷, yang juga berhubungan dengan kondisi pasar, khususnya persyaratan kedua dan ketiga.³⁸

Namun berdasarkan ketentuan itu pula, maka pemeriksaan pelanggaran posisi dominan menggunakan pendekatan *per se illegal*. Sedangkan pendekatan *per se illegal* bukanlah merupakan suatu cara untuk membuktikan tentang kondisi pasar, melainkan metode untuk membuktikan apakah terjadi perjanjian atau kesepakatan yang dilakukan oleh para pelaku usaha secara tertulis maupun lisan.³⁹

³⁶ *Ibid*, hal. 48.

³⁷ Pasal 25 UU Anti Monopoli selengkapnya adalah:

- (1) Pelaku usaha dilarang menggunakan posisi dominan baik secara langsung maupun tidak langsung untuk:
 - a. menetapkan syarat-syarat perdagangan dengan tujuan untuk mencegah dan atau menghalangi konsumen memperoleh barang atau jasa yang bersaing, baik dari segi harga maupun kualitas; atau
 - b. membatasi pasar dan pengembangan teknologi; atau
 - c. menghambat pelaku usaha lain yang berpotensi menjadi pesaing untuk memasuki pasar bersangkutan.
- (2) Pelaku usaha memiliki posisi dominan sebagaimana dimaksud ayat (1) apabila:
 - a. satu pelaku usaha atau satu kelompok usaha menguasai 50% (lima puluh persen) atau lebih pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu; atau
 - b. dua atau tiga pelaku usaha atau kelompok usaha menguasai 75% (tujuh puluh lima persen) atau lebih pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu.

³⁸ A.M. Tri Anggraini, *Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat; Per se Illegal atau Rule of Reason*, cet. 1, (Jakarta: Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003), hal. 258.

³⁹ *Ibid*.

Penggunaan pendekatan *per se illegal* tersebut merupakan keganjilan dalam memutuskan perkara penyalah-gunaan posisi dominan, mengingat biasanya masalah ini selalu menghubungkan kedudukan pelaku usaha sebagai produsen dalam pasar terkait.⁴⁰

Pasal 27 UU Anti Monopoli melarang kepemilikan atau akuisisi saham mayoritas pada beberapa perusahaan sejenis, atau mendirikan perusahaan yang memiliki kegiatan usaha sejenis di pasar bersangkutan, semata-mata hanya didasarkan pada batasan pangsa pasar saja. Dengan perkataan lain, bahwa akuisisi (saham) adalah ilegal, apabila dapat mengakibatkan satu pelaku usaha menguasai lebih dari 50% pangsa pasar, dan dua atau tiga pelaku usaha menguasai lebih dari 75% pangsa pasar.⁴¹

Dalam hal ini, terdapat suatu pandangan yang umum, bahwa jika pasar telah dirumuskan dengan baik serta terdapat tingkat hambatan masuk (*barriers to entry*) yang tinggi, maka tingkat konsentrasi pasar tersebut mengindikasikan adanya kesempatan yang nyata untuk menghambat persaingan.⁴²

Namun demikian ilmu ekonomi mengharuskan analisis untuk menentukan akibat terhadap pasar. Jika dalam Pasal 11 UU Anti Monopoli mengenai kartel ditetapkan standar yang terlalu fleksibel dan ramah kepada para pelaku usaha anggota kartel,⁴³ maka ketentuan Pasal 27 UU Anti Monopoli sepertinya menghukum tindakan pemilikan saham mayoritas terlalu luas. Mungkin disini juga, Pasal 27 UU Anti Monopoli dapat dan akan dibaca sebagai penggabung norma-norma hukum dan ilmu ekonomi modern.⁴⁴

⁴⁰ *Ibid.*, hal. 259.

⁴¹ *Ibid.*, hal. 260

⁴² *Ibid.*

⁴³ Pasal 11 UU Anti Monopoli menyatakan, antara lain bahwa "...pelaku kartel dihukum hanya jika dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli..."

⁴⁴ A.M. Tri Anggraini, *op. cit.*, hal. 260.