

BAB 4

STRATEGIC ALLIANCE DALAM PENERAPAN HUKUM PERSAINGAN USAHA DI INDONESIA

4.1. Pendahuluan

Hingga saat ini, Otoritas Pengawas Persaingan Usaha Indonesia atau Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) belum secara khusus menaruh perhatian terhadap strategic alliance. Apabila ada aliansi dibentuk oleh dua pelaku usaha atau lebih di Indonesia, KPPU tidak akan secara khusus memeriksa aliansi tersebut karena “kerjasama” antar dua atau lebih pelaku usaha semacam ini tidak semenarik yang diungkapkan oleh Hovenkamp: “*Agreements among competitors are both more suspicious and less frequent, making them easier to observe.*”¹⁸⁶ Saat ini, tidak ada pemeriksaan atas perjanjian-perjanjian yang disepakati, kecuali apabila dalam pelaksanaannya, dalam perjanjian tersebut ditemukan (baik berdasar inisiatif monitoring atau pelaporan) adanya pelanggaran UU Anti Monopoli. Selanjutnya juga belum ada pedoman khusus yang diterbitkan oleh KPPU yang menjadi tuntunan bagaimana strategic alliance yang dapat disetujui oleh KPPU sebagai Otoritas Persaingan Usaha. Begitu pula tidak ada kewajiban bagi para pelaku usaha yang akan membentuk strategic alliance untuk melaporkan pembentukan itu dan perjanjian-perjanjian yang terkandung di dalamnya. Perlukah KPPU membentuk pedoman khusus yang mengatur strategic alliance?

Sebenarnya, penanganan seperti yang dilakukan oleh KPPU juga yang dilakukan secara umum oleh Otoritas Pengawas Persaingan di mana pun. Hal ini karena bentuk dari kolaborasi antar kompetitor ini tidaklah sepenting perjanjian, dan kegiatan atau praktek-praktek yang diterapkan di dalamnya. Karena itu, pemeriksaan oleh Otoritas selalu dan selayaknya diarahkan pada praktek-praktek yang dilakukan oleh para pelaku usaha yang tergabung dalam aliansi. Tentang ini,

¹⁸⁶ Herbert Hovenkamp, The Antitrust Enterprise: Principle and Execution, (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2005), h. 125.

Collaboration Among Competitors Guidelines menyatakan, “*the nature of the conduct, not its designation, is determinative.*”¹⁸⁷

KPPU dalam setiap pemeriksaan kasus persaingan usaha, menerapkan prinsip Structure-Conduct-Performance (S-C-P). Melalui pemeriksaan Structure, keadaan dan kondisi pasar, serta posisi pelaku usaha dalam pasar (pangsa pasar) yang diperiksa dapat diketahui. Ini berguna bahkan sangat penting dalam pemeriksaan kasus persaingan usaha karena juga dapat menentukan kekuatan pasar (*market power*) yang merupakan pertimbangan utama dalam persaingan usaha, “*without market power, actual or probable, there is little reason to be concerned with the acts of a single firm under antitrust laws.*”¹⁸⁸ Tanpa *market power*, pelaku usaha tidak dapat memaksakan pilihan-pilihannya terhadap competitor atau konsumen. Pelaku usaha yang demikian mengikuti harga pasar, tanpa kemampuan untuk mengenakan harga lebih daripada kompetitornya, dan tidak memiliki alasan untuk menjual di bawah harga pasar.¹⁸⁹

Pemeriksaan atas perjanjian yang dibuat dalam rangka strategic alliance dapat dilakukan berdasar pasal-pasal dalam UU Anti Monopoli, seperti yang telah dilakukan di Amerika Serikat dan Uni Eropa. Sehingga tidak diperlukan peraturan terpisah yang mengaturnya. Namun sama seperti merger dan akuisisi, pedoman untuk pelaksanaan strategic alliance atau kolaborasi antar kompetitor dapat semakin memberi kepastian hukum. Hal ini disampaikan oleh pemerhati persaingan usaha dalam dengar pendapat yang diadakan oleh Federal Trade Commission (FTC): “*..., it is important that the antitrust enforcement agencies adopt a predictable, comprehensible, and reasonable framework that will allow firms to remain competitive and provide improved services to consumers while minimizing anticompetitive risks that accompany certain collaborative*

¹⁸⁷ Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice, “Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors”, (April 2000), h. 9, poin 3.2. Agreements Challenged as Per Se Illegal.

¹⁸⁸ Ernest Gellhorn dan William E. Kovacic, Antitrust Law and Economics, (St. Paul, MN: West Publishing, 1994), h. 94.

¹⁸⁹ Ibid.

arrangements.”¹⁹⁰ US Department of Justice bersama FTC juga telah mengeluarkan Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors pada April 2000.

Dalam Pembukaan Collaborations Among Competitors, USDOJ dan FTC menyadari bahwa untuk dapat bersaing dalam pasar modern, kadangkala para competitor harus berkolaborasi. Dorongan persaingan membuat pelaku usaha terlibat dalam kolaborasi yang kompleks untuk mencapai tujuan seperti perluasan usaha ke pasar asing, pembiayaan usaha-usaha inovasi yang berbiaya tinggi, dan menekan biaya produksi dan biaya-biaya lainnya.¹⁹¹

4.2. Penggunaan prinsip *Per Se Rule* dan *Rule of Reason* dalam Pemeriksaan Perkara.

Dalam perkembangannya, penggunaan prinsip *per se rule* atau *rule of reason* mengalami perubahan. Misalnya, ternyata dalam kenyataannya, tidak semua *price-fixing* atau penetapan harga dapat diperlakukan berdasar prinsip *per se rule*, seperti yang selama ini dipegang. Memang pada dasarnya melakukan penetapan harga antar pelaku usaha adalah *per se illegal*, tetapi apabila perjanjian atau praktek tersebut bukan intensi utama perjanjian (*naked agreement*) atau hanya merupakan “*ancillary*”, penetapan harga masih membuka kemungkinan untuk diperiksa berdasar *rule of reason*.

Penghematan biaya administratif yang dijanjikan oleh *per se rule* adalah kekuatan pasar (*market power*) tidak perlu dibuktikan dan pembelaan-pembelaan lain ditiadakan.¹⁹² Seperti telah disinggung dalam Bab III, berdasarkan pengalaman pada masa-masa lalu penerapan *per se* ini selalu berakhir dengan pernyataan bersalah (*illegal*) dan belum ada hipotesis baru yang muncul dan membuktikan yang sebaliknya atas hipotesis yang ada saat ini.

¹⁹⁰ William J. Kolasky Jr., “Antitrust Enforcement Guidelines for Strategic Aliiances,” (Makalah disampaikan pada Federal Trade Commission’s Hearings on Joint Ventures, Washington, D.C., 1 Juli 1997), h. 1.

¹⁹¹ Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice, “Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors”, (April 2000), h. 1.

¹⁹² Herbert Hovenkamp, op.cit., h. 114.

*To say that a naked practice such as price-fixing is unlawful per se means that once we know that a group of firms has fixed prices we are ready to condemn them without asking whether price-fixing was likely to be profitable in that particular market, whether it was really successful and harmed consumers, or even if there was some justification for it under the circumstances.*¹⁹³

Otoritas juga sebaiknya tidak menyertakan dalam putusannya pengaturan tentang output dan harga karena akan menyulitkan Otoritas sendiri yang harus mengidentifikasi output atau harga yang tepat dan terlibat dalam pengawasan berkelanjutan akan pelaksanaannya, terutama jika terjadi perubahan keadaan pasar.¹⁹⁴

Dalam perkembangannya, beberapa praktek yang di masa lalu ditentukan sebagai praktek *per se illegal*, saat ini tidak tepat lagi karena terbukti memiliki efek pro persaingan yang signifikan untuk diabaikan, terutama dalam perjanjian vertikal, seperti *resale price maintenance*, *tying*, bahkan perjanjian horizontal yang *ancillary* seperti kasus SMS di Indonesia. Permasalahan *per se rule* dan *rule of reason* di Negara-negara *common law* yang menganut prinsip *stare decisis* membuat perubahan dan perkembangan dari *per se* menjadi *rule of reason* agak sulit karena hakim wajib mengikuti atau mendasarkan putusannya atas putusan-putusan di masa lalu yang memiliki kesamaan substansi kasus. *Stare decisis* membatasi hakim untuk mengubah *per se rule* ke *rule of reason*. Sedangkan untuk memperoleh kesimpulan bahwa suatu praktek (*conduct*) adalah *per se illegal* relatif lebih mudah karena didasarkan pada pengalaman yudisial. Putusan yudisial yang konsisten menentukan bahwa sebuah praktek *per se* menjadi pilihan yang sesuai logika untuk menetapkan praktek itu *per se* seterusnya, terutama untuk menghindari “*costly and cumbersome judicial resources.*”¹⁹⁵ Indonesia tidak menganut *stare decisis*, namun baik dalam sistem peradilan yang menganut *stare decisis* atau tidak, penerapan *per se rule* atau *rule of reason* sebaiknya diformulasikan secara analitis dan bukan kategorial. Dengan kata lain, tidak perlu memaksakan kategori *per se* pada beberapa tipe hambatan kompetisi, melainkan

¹⁹³ Ibid.

¹⁹⁴ Ibid., 112.

¹⁹⁵ Ibid., h. 118.

dengan menentukan praktek mana yang termasuk dalam “*naked*”, yang berpotensi besar menekan *output*, tanpa adanya integrasi (seperti dalam strategic alliance, joint venture, atau merger dan akuisisi) dan “*ancillary*” yaitu perjanjian ikutan atau tambahan yang menyertai perjanjian utama, dimana perjanjian ini dibutuhkan demi berjalannya atau demi keefisienan aliansi.¹⁹⁶

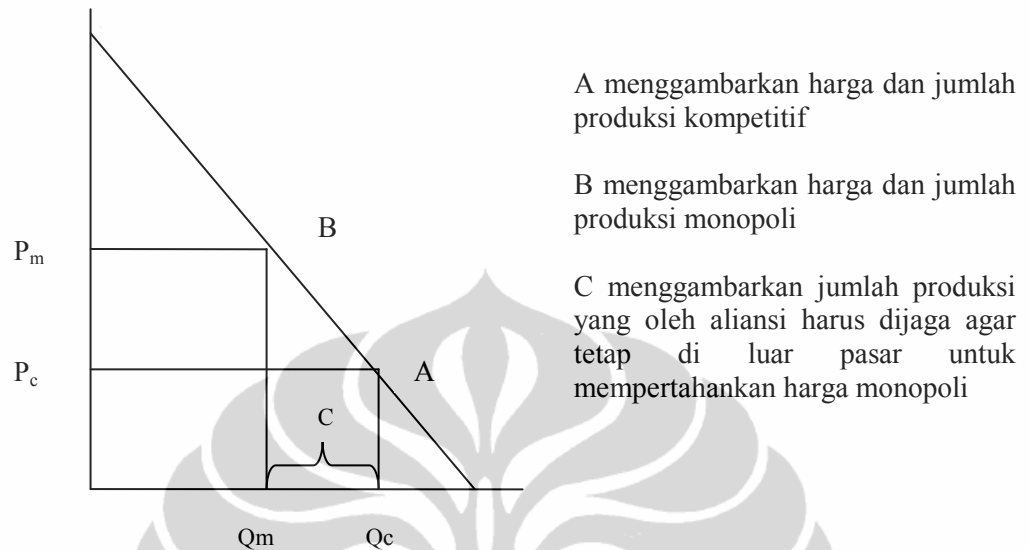
Dalam kasus BMI (Broadcast Music Inc.), terdapat perjanjian dimana ribuan pemegang hak penampilan (*performance right*) dalam industri musik rekaman memberikan hak non eksklusif kepada BMI yang kemudian melahirkan blanket license kepada radio dan lainnya yang ingin memiliki akses terhadap koleksi musik. Melalui *blanket license* ini, sebuah stasiun radio atau pembeli lain membayar tarif tetap dan kemudian berhak menampilkan musik tanpa persetujuan di depan dengan pemegang hak cipta untuk setiap rekaman yang ditampilkan.¹⁹⁷ Adanya perjanjian harga untuk *blanket license* musik jelas-jelas merupakan penetapan harga oleh BMI, namun Pengadilan memutuskan bahwa penetapan harga ini dibutuhkan untuk mengurangi biaya negosiasi yang harus dikeluarkan menyangkut hak cipta. Dengan adanya *blanket license* justru terjadi efisiensi.

Selain itu, perlu diperhatikan pula bahwa dalam struktur pasar monopoli/kartel seperti yang dapat dilihat pada gambar di bawah ini, perlu ada perjanjian untuk menghambat jumlah produksi (*output*) antar para pelaku usaha untuk tetap mempertahankan harga monopoli/kartel (B), karena apabila jumlahnya tidak dibatasi maka akan ada kecenderungan pertambahan jumlah produksi yang bergerak ke area C (disebabkan harga monopoli yang menguntungkan bagi anggota mendorong anggota menyediakan lebih banyak lagi outputnya) yang berarti harga akan berubah kembali menjadi harga kompetitif (A). Jumlah produksi yang harus dihambat ini tidak selalu dari anggota aliansi, tetapi juga dapat berasal dari non anggota.¹⁹⁸

¹⁹⁶ Ibid., h. 120-121.

¹⁹⁷ Broadcast Music Inc. v. Columbia Broadcasting System Inc., 441 U.S. 1 (1979), Lihat Norman S. Goldenberg, Peter Tenen, ed., *Casnote Legal Briefs Antitrust* (Santa Monica, CA: Casenotes Publishing, 1995), h. 29, dan Herbert Hovenkamp, op.cit., h. 29.

¹⁹⁸ Herbert Hovenkamp, op.cit., h. 141-142.



Gambar 4.1. Ancaman Persaingan Usaha oleh Strategic alliance

Sumber: Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise*, h. 141

Selanjutnya harus dipertanyakan pula bagaimana aliansi dapat membatasi anggotanya dalam hal *output* dan bagaimana kekuatan pasar aliansi untuk membatasi output non anggota. Dalam kasus BMI, tidak terdapat pembatasan atas *output* yang ditetapkan BMI terhadap anggota aliansi BMI yang ingin bertransaksi dengan pihak-pihak lain, pada harga yang mereka inginkan. Dengan kata lain, tidak ada kemungkinan ancaman pengurangan *output* yang mengontrol jumlah output di pasar. Dengan demikian, pergerakan jumlah *output* menuju C tidak terhambat dan harga kompetitif yang berlaku. Non-eksklusifnya perjanjian antara BMI dan para pemegang hak cipta menekankan bahwa pemegang hak cipta bebas untuk membuat perjanjian hak cipta dengan siapa pun di luar aliansi.¹⁹⁹

Dalam beberapa putusan KPPU, pemeriksaan perkara dilakukan berdasar *per se* atau *rule of reason* ditentukan oleh jenis pelanggaran dan ketentuan dalam UU Anti Monopoli. Tesis ini akan menjelaskan kasus SMS (*Short Message Service*) yang dilakukan oleh operator selular dan FWA di Indonesia.

¹⁹⁹ Ibid., h. 142.

4.3. Penerapan berdasar Hukum Indonesia: Contoh Kasus Kartel SMS

Untuk melihat bagaimana penerapan hukum Anti Monopoli Indonesia diterapkan dalam *strategic alliance*, perlu disajikan sebuah kasus yang menggambarkan bagaimana KPPU memeriksa dan memutus berdasarkan UU Anti Monopoli. Kasus yang diangkat dalam tesis ini adalah perjanjian penetapan harga SMS (Short Message Service) oleh operator seluler dan Fixed Wireless Access (FWA) yaitu PT. Excelcomindo Pratama (XL), PT. Telekomunikasi Selular (Telkomsel), PT. Indosat (Indosat), PT. Telekomunikasi Indonesia (Telkom), PT. Hutchison CP Telecommunication (Hutchison), PT. Bakrie Telecom (Bakrie), PT. Mobile-8 Telecom (Mobile-8), PT. Smart Telecom (Smart), dan PT. Natrindo Telepon Seluler (NTS).

Dalam pemeriksaannya, KPPU menemukan adanya perjanjian penetapan tarif SMS yang dilakukan oleh para pelaku usaha tersebut. Perjanjian ini disertakan dalam Perjanjian Kerjasama Interkoneksi (PKS). Perjanjian Interkoneksi merupakan hal yang tidak dapat dihindari dalam teknologi komunikasi semacam ini mengingat, jaringan telekomunikasi selalu saling terhubung untuk dapat beroperasi secara penuh dan efektif. Dalam perjanjian tersebut terdapat 2 jenis klausul mengenai penetapan tarif SMS yang dimuat dalam PKS Interkoneksi, yaitu tarif SMS operator pencari akses (a) Tidak boleh lebih rendah Rp 250; (b) Tidak boleh lebih rendah dari tarif retail penyedia akses.²⁰⁰ Klausula ini hanya mencakup SMS *off-net*, artinya SMS antar jaringan operator yang berbeda (interkoneksi), bukan dalam jaringan satu operator.

Perjanjian inilah yang menjadi perhatian utama KPPU. Dalam kasus tersebut, KPPU mengenakan pasal 5 UU Anti Monopoli kepada para pelaku usaha tersebut, yang berbunyi:

- (1) Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian dengan pelaku usaha pesaingnya untuk menetapkan harga atas mutu suatu barang dan atau jasa yang harus dibayar oleh konsumen atau pelanggan pada pasar bersangkutan yang sama.

²⁰⁰ KPPU, Putusan Perkara Nomor: 26/KPPU-L/2007, Poin 21.2.10.4, http://www.kppu.go.id/docs/Putusan/putusan_SMS.pdf, 20 September 2009.

- (2) Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) tidak berlaku bagi:
- a. suatu perjanjian yang dibuat dalam suatu usaha patungan; atau
 - b. suatu perjanjian yang didasarkan undang-undang yang berlaku

Dalam kasus ini terdapat kerancuan penggunaan istilah yang cukup membingungkan, yaitu istilah “penetapan harga” dan “kartel”. Kedua istilah berbeda secara substansi dan UU Anti Monopoli mengaturnya demikian: “penetapan harga” diatur pada pasal 5 yang berbunyi seperti dikutip di atas, sedangkan “kartel” diatur pada pasal 11 yang berbunyi:

Pelaku usaha dilarang membuat perjanjian, dengan pelaku usaha pesaingnya, yang bermaksud untuk mempengaruhi harga dengan mengatur produksi dan atau pemasaran suatu barang dan atau jasa, yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.

KPPU dalam putusannya tidak konsisten menggunakan istilah “penetapan harga” dan sepanjang putusan menggunakan istilah “kartel” untuk menyebut praktek yang dilakukan oleh para pelaku usaha tersebut. Seharusnya KPPU konsisten menggunakan “penetapan harga” agar tidak menimbulkan kebingungan akan apa yang sebenarnya diperiksa dan dipersangkakan oleh KPPU. Dalam tesis ini, istilah yang dipertahankan adalah “penetapan harga”.

Dalam pembelaannya, XL menyatakan motivasi XL menandatangani PKS yang mengandung klausula penetapan harga adalah untuk menjaga kestabilan jaringan. Adanya klausula harga semacam itu adalah untuk mencegah terjadinya *spamming*, yang tujuan pokoknya adalah menjaga kestabilan jaringan.²⁰¹ Sedangkan dalam pembelaannya, Telkomsel menyatakan klausul SMS interkoneksi (*off-net*) bukan perwujudan niat penetapan harga tetapi merupakan jalan keluar yang dipilih akibat tidak adanya ketentuan hukum mengenai SMS interkoneksi sehingga Telkomsel perlu untuk melakukan *self-regulatory*.²⁰² Alasan teknis serupa dengan XL juga merupakan motif Telkomsel untuk

²⁰¹ Ibid., poin 5.5.2.14

²⁰² Ibid., poin 5.5.2.16.

melakukan *self-regulatory* ini, yaitu mencegah permasalahan SMS *broadcasting*²⁰³, SMS *spamming*²⁰⁴, dan tindakan telemarketing²⁰⁵.²⁰⁶ Pada umumnya, operator *incumbent* (operator yang sudah memiliki jaringan yang lebih kuat karena berdiri lebih dulu) menjadikan alasan teknis ini sebagai pemikiran dan tujuan utama diadakannya perjanjian ini.²⁰⁷ Namun bagi operator baru seperti Bakrie, Hutchison, Mobile-8, Smart, dan NTS, alasan utama mengadakan perjanjian ini adalah karena mereka tidak memiliki posisi yang baik untuk menolak ketentuan dari operator *incumbent* agar interkoneksi dapat terjalin demi kelangsungan bisnis pelaku usaha.

Kebutuhan atas keterhubungan (*connectivity*) antar operator-operator dalam telekomunikasi mau tak mau mengharuskan operator-operator memiliki interkoneksi. Dalam keadaan seperti ini, yang terjadi biasanya adalah operator *incumbent* menekan keberadaan *new entrant* dengan menolak ber-interkoneksi, atau memaksakan biaya interkoneksi yang tinggi, atau menawarkan konektivitas yang senyatanya kurang bermutu. Di pihak lain, *new entrant* dapat mengambil keuntungan dengan adanya peraturan-peraturan yang mengenakan kewajiban atas

²⁰³ Ibid., poin 36.6.6.1., yang dimaksud SMS Broadcasting : SMS yang berisi iklan-iklan atas suatu produk tertentu atau juga berisi informasi-informasi mengenai suatu acara/*event*, promosi atau informasi komersial lainnya. SMS ini sifatnya hanya sebagai media informasi saja bagi para penerima SMS.

²⁰⁴ Spamming maksudnya pengiriman SMS sampah ke operator lain baik secara sengaja maupun tidak sengaja; Ibid., poin 36.6.6.2.

²⁰⁵ Ibid., poin 36.6.6.3., tindakan telemarketing adalah tindakan yang dilakukan oleh para operator yang relatif baru di dalam industri telekomunikasi Indonesia yang ingin **menarik konsumen atau ingin segera memiliki pangsa pasar yang luas** dengan cara menetapkan tarif SMS yang sangat murah, yang jauh dari harga pasar yang berlaku di industri telekomunikasi di Indonesia. Hal ini memancing para konsumen untuk menggunakan jasa layanan SMS dari operator tersebut yang ditujukan ke konsumen dari operator lain. Namun, karena ada perbedaan harga antara operator pengirim dan operator penerima, maka yang akan terjadi adalah ketidakseimbangan arus atau *traffic SMS* tau *traffic receive* (terima) akan lebih besar dibandingkan dengan arus atau *traffic send* (kiriman) bagi operator penerima SMS.

²⁰⁶ Ibid., poin 5.5.2.17.

²⁰⁷ Ibid., poin 36.6.6.10.

operator *incumbent*.²⁰⁸ Bagaimana pun perjanjian interkoneksi memiliki akibat signifikan dalam penentuan harga oleh operator-operator telekomunikasi.

Perjanjian penetapan harga ini dipilih dengan pertimbangan sebagai suatu cara yang diharapkan efektif dan dapat diterapkan oleh para operator telekomunikasi pada saat itu. Hal ini disebabkan karena pada saat itu belum terdapat suatu teknologi yang dapat digunakan oleh para operator telekomunikasi untuk secara efektif dan efisien mencegah terjadinya masalah ketidakseimbangan arus atau *traffic* SMS. Kondisi teknologi jaringan telekomunikasi pada saat lalu di tahun 2001, 2002 dan 2004 tidak sama dan belum secanggih saat sekarang.²⁰⁹

Perjanjian penetapan harga ini terdapat dalam PKS Interkoneksi antar beberapa operator, dan berdasar fakta-fakta yang diuraikan sebelumnya, perlu diakui bahwa perjanjian penetapan harga ini adalah perjanjian “*ancillary*”, yaitu tambahan dari perjanjian utama yaitu yang mengatur syarat-syarat interkoneksi antar operator. Perjanjian penetapan harga ini bukan merupakan perjanjian “*naked*” karena memenuhi dua kriteria yaitu: *first, the elimination of price competition between the participating firms must result directly from the partial integration of their functions; second, this elimination of price competition must not appear to significantly reduce market-wide competition.*”²¹⁰

Pertama, penentuan harga SMS *off-net* itu muncul berasal dari adanya interkoneksi antar operator. *Off-net* sendiri berarti SMS yang dikirim akan melintasi jaringan antar operator yang berbeda. Fungsi Interkoneksi ini penting dalam bisnis telekomunikasi, dengan kata lain, apabila sebuah operator telekomunikasi tidak mengadakan perjanjian interkoneksi, maka operator tersebut tidak akan dapat beroperasi dengan efektif dan baik.

Dari sekian banyak pembelaan, Bakrie mengemukakan argumentasi yang paling baik.

²⁰⁸ Patrick Rey, “Collective dominance and the telecommunications industry” dalam The Economics of Antitrust and Regulation in Telecommunications, diedit oleh Pierre A. Buigues dan Patrick Rey, (Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2004), h. 107.

²⁰⁹ KPPU, loc.cit., poin 36.6.6.17.

²¹⁰ Lawrence Anthony Sullivan, Antitrust: Handbook Series, (St. Paul, Minn: West Publishing, 1977), h. 206.

5.5.2.22. Bakrie menyatakan PKS Interkoneksi antara Bakrie dengan semua operator bukan merupakan suatu pembentukan kartel harga SMS mengingat Bakrie dan operator lainnya tetap dapat menetapkan sendiri harga retail SMS kepada masing-masing pelanggan;

5.5.2.24. Penetapan harga minimum SMS hanya terdapat dalam Perjanjian Interkoneksi antara Bakrie dan XL serta Telkomsel, dan tidak terdapat pada perjanjian interkoneksi dengan Indosat, Telkom, Hutchison, NTS, Mobile-8, Smart Telecom, dan operator lainnya. Dengan tidak adanya penetapan harga minimum SMS diantara Bakrie dengan Indosat, Telkom, Hutchinson, NTS, Mobile-8, Smart Telecom, dan operator lainnya, maka Bakrie dan operator-operator tersebut bebas untuk menetapkan harga retail SMS kepada pelanggannya masing-masing. Hal ini membuktikan bahwa tidak ada perjanjian di antara seluruh operator yang mengatur tentang penetapan harga SMS, ataupun tidak ada keseragaman/kesamaan ketentuan (penetapan harga) dalam masing-masing perjanjian interkoneksi antara setiap operator dengan operator lainnya;

5.5.2.25. Dengan demikian keseluruhan Perjanjian Interkoneksi antara Bakrie dan setiap operator bukan atau tidak merupakan suatu pembentukan kartel SMS, mengingat Bakrie dan operator lainnya tetap dapat menetapkan sendiri harga *retail* SMS kepada masing-masing pelanggannya sehingga pasar memiliki banyak pilihan untuk menentukan produk jasa telekomunikasi yang tersedia atau tidak terdapat pengontrolan/pengaturan harga di pasar

Argumentasi tersebut tepat dan sangat masuk akal, karena dengan tidak diaturnya harga SMS dengan operator-operator lain, artinya pelaku usaha yang melakukan aliansi (interkoneksi) bebas menentukan harga masing-masing sesuai dengan pasar (*non-exclusive venture*). Hal ini seperti dalam kasus BMI dapat mendorong harga kembali pada harga kompetitif, karena tidak ada harga SMS yang diatur bersama operator lainnya, dan operator-operator lainnya bebas menentukan harga, sehingga *output* tidak terhambat dan cenderung bergerak ke jumlah kompetitif yang akhirnya mempengaruhi harga sehingga menuju harga kompetitif pula. Dengan demikian tidak ada penekanan terhadap *marketwide output* baik yang berasal dari dalam aliansi mau pun luar aliansi, karena anggota aliansi (dalam bentuk interkoneksi) dapat melakukan kesepakatan dengan operator lain dengan harga yang bebas. Kriteria kedua dari penentuan *naked* atau tidaknya sebuah perjanjian dipenuhi dengan penjelasan ini.

Selain itu, KPPU mengakui dan membenarkan alasan-alasan teknis tentang SMS *broadcasting*, *spamming* dan *telemarketing* yang dialami oleh operator *incumbent* dalam hal tidak adanya pengaturan harga tersebut. Ini berarti alasan pembelaan operator-operator itu dianggap *reasonable* oleh KPPU. Namun KPPU juga mengemukakan bahwa seharusnya untuk menghindari masalah teknis tersebut tidak ditempuh dengan penetapan harga. KPPU menganggap penetapan tarif SMS merupakan alasan yang *reasonable* tetapi tidak *essential* untuk mencegah SMS *broadcasting*, *spamming* dan *telemarketing*. KPPU menganggap masih ada cara lain yang lebih *less restrictive* daripada penetapan harga.²¹¹ Hal ini sesuai dengan prinsip yang digunakan oleh USDOJ dan FTC bahwa sebuah perjanjian bisa saja “*reasonable*” tapi tidak “*essential*”. Jika para pelaku usaha dapat mencapai tujuan serupa dengan cara-cara yang *less restrictive*, maka sepatutnya Otoritas menyimpulkan bahwa perjanjian tersebut tidak *reasonable necessary*. Pertimbangan ada atau tidaknya cara-cara *less restrictive* lain didasarkan pada pertimbangan praktis sesuai dengan realitas bisnis, dengan demikian cara-cara alternatif ini haruslah dapat diterapkan dalam kenyataan, tidak hanya berdasarkan teori.²¹²

Setelah menyatakan bahwa perjanjian penetapan harga SMS itu *reasonable* namun tidak *essential*, maka KPPU hendaknya menawarkan cara alternatif lain yang menurutnya *less restrictive*, misalnya perjanjian antar operator yang terikat interkoneksi untuk menjamin tidak terjadi SMS *broadcasting*, *spamming*, dan *telemarketing* di antara mereka, meskipun tetap harus dipikirkan bagaimana pelaksanaan teknisnya di lapangan, atau alternatif teknis yang lain seperti mengganti slot *voice* (telepon suara) dengan slot SMS apabila dinilai trend penggunaan SMS meningkat dan melebihi penggunaan *voice*.²¹³ Cara ini jelas *less*

²¹¹ KPPU, *op.cit.*, poin 5.5.2.34, KPPU menyatakan: “Majelis Komisi menilai bahwa motif XL dan Telkomsel mencantumkan klausula harga dalam PKS Interkoneksi adalah untuk menghindari *spamming* yang dilakukan oleh operator *new entrant*, bukan untuk membentuk suatu kartel. Hal ini dilakukan karena Pemerintah tidak mengatur mengenai penghitungan harga SMS, sehingga Telkomsel perlu untuk melakukan *self-regulatory*. Namun Majelis Komisi menilai tidak seharusnya kekhawatiran XL dan Telkomsel tersebut dituangkan dalam bentuk perjanjian yang mencantumkan klausula penetapan harga.”

²¹² Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice, “Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors”, (April 2000), h. 24, poin 3.36(a).

²¹³ Berdasar komunikasi melalui internet dengan responden, seorang praktisi telekomunikasi.

restrictive, tidak menambah *cost* bagi operator, dan dapat menghasilkan tujuan yang diharapkan oleh *operator incumbent*.

Perlu diperhatikan juga bahwa perjanjian interkoneksi yang mengandung penetapan harga SMS terjadi sebagian besar antar operator *incumbent* (XL dan Telkomsel) dan operator pendatang baru, tidak terjadi antar operator *incumbent*. Selain itu operator *incumbent* lain, Indosat, tidak melakukan penetapan harga SMS *off-net* dengan operator-operator lain. Berdasarkan ini saja, KPPU seharusnya memperhatikan pola keadaan yang hanya menciptakan perjanjian penetapan harga antar operator *incumbent* tertentu dan operator pendatang baru, dan memasukkannya sebagai pertimbangan dan pemeriksaan.

Dalam putusannya, KPPU menjelaskan juga bahwa:²¹⁴

dalam teori persaingan usaha, pelaku usaha yang dominan yang memiliki kekuatan pasar (*market power*) adalah pelaku usaha yang memiliki pangsa pasar yang besar dan atau menguasai *essential facilities*. Dalam industri jaringan (*network industry*) seperti industri telekomunikasi, pelaku usaha *incumbent* pemilik posisi dominan memiliki tambahan kekuatan pasar yang bersumber dari *network effect*²¹⁵ dan *barrier to alternative network entry on an effective scale*.²¹⁶

Meskipun demikian, di dalam putusannya, KPPU tidak menjelaskan lebih lanjut seberapa besar *market power* yang dimiliki oleh masing-masing operator *incumbent* yang terlibat dalam penetapan harga. Sehingga perlu dipertanyakan bagaimana keadaan pasar ketika suatu operator *incumbent* mengikatkan diri dalam perjanjian interkoneksi dengan operator-operator *new entrant* secara bilateral, karena ada perbedaan antara pengaruh pentingnya perjanjian interkoneksi antar operator, yang mana sifatnya mutlak dalam industri telekomunikasi, dengan kekuatan operator *incumbent* untuk mengatur harga dan *output* dalam perjanjian interkoneksi, baik secara terang-terangan, maupun

²¹⁴ KPPU, *op.cit.*, poin 41.1.2.

²¹⁵ Network effect: Jaringan menjadi lebih bernilai di mata konsumen karena jumlah pengguna jauh lebih besar dibandingkan pelaku usaha baru sehingga menyebabkan elastisitas harga menjadi lebih kecil. Ibid.

²¹⁶ Dengan adanya *barrier to alternative network entry on an effective scale* maka diperlukan perjanjian interkoneksi dengan pelaku usaha *incumbent* agar tindakan masuk ke pasar dapat berlangsung efektif. Ibid.

melalui “tekanan-tekanan tidak langsung” oleh operator *incumbent*. Meski jika oleh satu operator *incumbent*, perjanjian *ancillary* penetapan harga ini dilakukan dengan beberapa operator *new entrant*, pemeriksaan harus dilakukan mengenai keadaan pasar setelah perjanjian-perjanjian ini harus diperjelas. Belum lagi efeknya ketika secara tidak sengaja (atau sengaja), harga yang ditetapkan oleh operator-operator *incumbent* dalam perjanjian interkoneksi bilateral mereka dengan operator-operator *new entrant* adalah sama, dalam kasus ini sama, yaitu Rp. 250,-.

Berdasar uraian di atas, dapat diambil kesimpulan bahwa perjanjian penetapan harga SMS *off-net* tersebut adalah *ancillary* terhadap perjanjian kerjasama interkoneksi antar operator sehingga tidak dapat diperlakukan sebagai *per se illegal*, melainkan dengan *rule of reason*. Perjanjian PKS yang masing-masing bilateral, antara satu operator *incumbent* dengan satu operator *new entrant*, membuat *market power* yang diargumentasikan perlu dipertanyakan lebih jauh, apakah cukup bagi anggota aliansi-aliansi itu untuk mengatur pasar (mengurangi output, menaikkan harga), juga mengingat salah satu operator *incumbent* besar, Indosat, tidak melaksanakan perjanjian serupa. Kombinasi dari hal-hal ini membuktikan bahwa keberadaan *market power* bagi aliansi-aliansi yang terbentuk untuk memegang kontrol atas pasar perlu dipertanyakan. Selain itu, jenis aliansi ini non-eksklusif, yang berarti anggota aliansi bebas menentukan harga dengan operator lain menunjukkan bahwa tidak ada praktek yang membatasi atau mengurangi kemampuan anggota aliansi untuk berkompetisi di luar aliansi secara efektif.²¹⁷ Karena itu, perjanjian ini harus diputuskan tidak melanggar hukum persaingan usaha. Memang dalam pemeriksaan dengan *rule of reason*, pemeriksaan perjanjian tersebut memenuhi unsur *reasonable* namun tidak memenuhi unsur *essential*, artinya masih ada cara alternatif selain penetapan harga yang dapat digunakan oleh pelaku usaha untuk meningkatkan efisiensi. Pencegahan SMS *spamming* yang dapat menyebabkan jaringan penuh (*overloading*) semestinya tidak dicegah dengan penetapan harga tetapi cara lainnya yang *less restrictive*. Namun demikian, hal ini tidak lagi mempengaruhi

²¹⁷ Lihat Herbert Hovenkamp, op.cit., h. 149.

putusan, karena dengan adanya pembuktian-pembuktian sebelumnya, sudah cukup memastikan bahwa kompetisi di pasar tidak dalam bahaya.

Hal paling jauh yang sangat mungkin dilakukan oleh operator-operator *incumbent* dalam kasus seperti ini adalah praktek untuk mempertahankan keuntungan-keuntungan karena memiliki posisi *incumbent* (*incumbency advantages*) karena *new entrant* tidak memiliki alasan lain selain untuk mempertahankan tempat dalam pasar dengan menyetujui perjanjian penetapan harga interkoneksi SMS dengan *incumbent*. *New entrant* tidak dalam posisi yang menguntungkan, terutama karena posisinya sebagai *new entrant*: harus meningkatkan jumlah konsumen baik melalui servis yang berkualitas dan harga yang murah, untuk berkolusi mengikatkan diri dalam perjanjian penetapan harga (meskipun dapat membawa keuntungan karena ditentukan jauh melebihi biaya produksi) demi keuntungan pemasukan. Alasan satu-satunya adalah untuk memperoleh konektivitas dengan *incumbents* sehingga dapat bertahan di pasar.²¹⁸

4.4. Pengenaan Sanksi

Hukum persaingan usaha memiliki tujuan utama menjaga kompetisi, membuat ekonomi berjalan lebih baik dalam pasar. Menemukan dan menentukan kesalahan tanpa *remedy* yang baik jarang menghasilkan tujuan tersebut. *Remedy* atau sanksi yang dikenakan pada pelaku usaha pelanggar hukum persaingan usaha haruslah yang dapat mengembalikan kompetisi dalam pasar dan dalam hal terjadi praktek-praktek yang *per se illegal*, maka mengenakan denda²¹⁹ dapat memberi efek jera pada pelanggar. Jenis *remedy* hukum persaingan usaha yang tersedia antara lain, *treble damages*, *injunctive relief*, selain itu, USDOJ dan FTC juga berwenang untuk meminta kepada Pengadilan mengadakan *divestiture* dan *dissolution*.²²⁰ *Dissolution* ini yang merupakan salah satu *remedy* paling tepat dikenakan terhadap strategic alliance yang terbukti anti persaingan.

²¹⁸ Patrick Rey, *loc.cit.*

²¹⁹ *Ibid.*, h. 52.

²²⁰ Roger Leroy Miller & Gaylord A. Jentz, *Business Law Today*, 7th Ed., (Mason, OH: West Legal Studies in Business, 2006), h. 879.

Jenis dan keadaan bisnis pelaku usaha, struktur pasar dan struktur strategic alliance dan paling utama kesalahan yang dilakukan, harus menjadi perhatian bagi Otoritas Pengawas Persaingan dalam menentukan *remedy* kepada pelanggar. Contohnya dalam industry telekomunikasi, Otoritas harus menyadari bahwa untuk dapat merangsang pasar menghasilkan pendatang-pendatang baru seperti Bakrie, Smart, NTS, Hutchison, operator *incumbent* harus diregulasi sedemikian rupa oleh Pemerintah agar tidak menerapkan pengaturan-pengaturan yang dapat mengucilkan pendatang baru. Absennya regulasi oleh Pemerintah ini kemudian dapat dijadikan alasan pembela atas *self-regulatory* yang diciptakan atas inisiatif operator *incumbent*.

Dalam putusannya, KPPU menyatakan penetapan harga yang bersifat *per se illegal* telah terbukti sehingga menghukum pelaku usaha yang menetapkan harga SMS dengan denda, hal ini sesuai dengan pasal dalam UU Anti Monopoli yang dikenakan dan dianggap terbukti oleh KPPU. Dalam hal demikian, KPPU hendaknya juga menetapkan bahwa perjanjian yang dimaksud batal demi hukum.

Sedangkan apabila KPPU menentukan bahwa penetapan harga SMS dalam PKS tersebut "*reasonable*" namun tidak "*essential*" sehingga perjanjian itu pun ilegal, maka *remedy* yang harus disertakan dalam putusan adalah menyatakan bahwa klausula penetapan harga SMS dalam PKS tersebut melawan hukum karenanya batal demi hukum, serta melarang perjanjian tersebut dan serupa dalam PKS selanjutnya dan lainnya. Menghukum pelaku usaha atas pelanggaran hukum harus disesuaikan dengan kekuatan kesimpulan pemeriksa, dalam hal ini KPPU, atas kesalahan pelaku usaha yang menyebabkan efek anti persaingan dan kemampuan KPPU untuk mengukur kesalahan itu.

*"In that case we are left with less than certain knowledge of anticompetitive effects, but relatively strong belief that the practice is not beneficial either. An injunction against repetition is fairly easy to justify. Even if our finding of liability was a false positive, little is lost by prohibiting socially useless behavior."*²²¹

Apabila terdapat ketidakyakinan yang substansial, sebaiknya Pengadilan dan Otoritas Pengawas membiarkan pasar yang mengambilalih keadaan.

²²¹ Herbert Hovenkamp, op.cit., h. 52-53.

Menggunakan hukum untuk menciptakan insentif kompetitif adalah sesuatu yang disebut oleh Hovenkamp sebagai “*tall order*”, artinya sangat sulit dipenuhi.²²² Seringkali, Pengadilan harus menyerahkan kepada pasar dalam rangka membuat pasar dan ekonomi berjalan lebih baik.²²³

Dampak kerugian konsumen dalam kasus ini bukanlah jawaban yang seharusnya dicari oleh KPPU. Lebih tepat apabila KPPU mencari apakah terjadi penekanan *output* dan kenaikan harga secara substansial. Karena kedua indikator inilah yang menentukan apakah kompetisi dalam pasar tertekan oleh adanya praktik-praktik atau perjanjian oleh pelaku usaha yang tergabung dalam strategic alliance, dalam kasus ini berupa PKS interkoneksi antar operator SMS.

Lagipula, apabila sejak awal KPPU meyakini bahwa perjanjian ini termasuk dalam praktek yang dilarang secara *per se*, tidak perlu lagi KPPU melihat dampaknya, bahkan tidak perlu membuktikan adanya keuntungan yang diperoleh dari penetapan harga, apakah memang penetapan harga ini berjalan dan merugikan konsumen, atau bahkan justifikasi atasnya dalam beberapa keadaan tertentu.

Khususnya dalam strategic alliance, *remedy* yang tepat berarti melapangkan jalan pro persaingannya kolaborasi pelaku usaha, dan menghentikan perjanjian anti persaingan yang mungkin menyertai perjanjian aliansi (*ancillary agreement*). Dengan kata lain, Otoritas harus pandai-pandai menentukan *remedy* agar tidak sekaligus menghilangkan kolaborasi pro persaingan pada saat berusaha menghentikan efek anti persaingannya.

²²² Ibid., h. 14.

²²³ Ibid., h. 30, 149.