

BAB 5 KESIMPULAN DAN SARAN

5.1. Kesimpulan

5.1.1. Porter memberikan alasan kenapa merger harus menjadi perhatian antitrust: Pertama, merger menimbulkan isu-isu yang hampir tidak dapat dihindari tentang keberlangsungan kompetisi karena menghilangkan kompetitor independen dari pasar. Pertanyaan utamanya bukan apakah ada resiko pengurangan kompetisi itu, namun seberapa banyak. Resiko ini berakar dari potensi berkurangnya tekanan kompetisi antara perusahaan-perusahaan dalam industri, potensi berkurangnya pilihan produk dan macam produk, dan berkurangnya pendekatan yang berbeda untuk memproduksi atau proses perkembangan produk sehingga berimbas pada berkurangnya inovasi karena adanya kesamaan proses atau cara. Kedua, sebuah merger tidak membutuhkan “ *skill, foresight*, atau *industry* (kerja keras)”, hanya sumber finansial. Ketiga, bukti-bukti empiris menunjukkan bahwa merger seringkali tidak berhasil. Keempat, literatur tentang strategi menunjukkan bahwa akuisisi kecil dan terfokus seringkali lebih berguna bagi produktivitas daripada merger antar pemimpin pasar (*market leader*). Kelima, adanya dorongan finansial yang kuat dari pasar yang mendukung merger lebih dari strategi pertumbuhan yang lain.²²⁴

Selain itu, alasan-alasan di bawah ini dapat menjadi alasan mengapa Otoritas Pengawas Persaingan lebih memusatkan perhatian dan memeriksa lebih dalam M&A daripada strategic alliance:²²⁵

- d. Strategic alliance memiliki bentuk dan jenis yang fleksibel dan bervariasi. Kolaborasi antar kompetitor seperti ini lebih menarik perhatian Otoritas Pengawas Persaingan karena melibatkan lebih dari satu pelaku usaha. Namun analisis mendalam seringkali difokuskan lebih pada perjanjian-perjanjian yang dilakukan oleh para pelaku usaha yang beraliansi. Bukan bentuk strategic alliance itu sendiri. Otoritas

²²⁴ Charles D. Weller et.al., Unique Value : Competition Based on Innovation Creating Unique Value, (Innovation Press, 2004), h. 173-174.

²²⁵ Lihat Herbert Hovenkamp, op.cit., h. 207-223.

hanya akan bergerak apabila ditemukan adanya perjanjian yang menyertai strategic alliance yang berpotensi mengancam kompetisi di pasar. Strategic alliance sendiri pada dasarnya dan secara umum dipandang pro kompetitif, dimana tentang ini akan dijelaskan pada bab selanjutnya.

- e. M&A mungkin tidak sekompleks strategic alliance, dalam hal bentuk-bentuk kerjasamanya dan fleksibilitasnya, namun memiliki hasil yang lebih permanen, yaitu hanya akan ada satu perusahaan yang bertahan ketika merger diijinkan. Efek yang permanen ini mempengaruhi kondisi pasar dan kompetisi. Sedangkan strategic alliance tidaklah terlalu permanen seperti M&A, keberadaannya dapat dihentikan dan dibubarkan setiap saat apabila para partisipannya menginginkannya. Pengadilan juga dapat dengan mudah menghentikan aliansi apabila ditemui efek anti kompetitif dari aliansi. Selain itu, tidaklah mudah melakukan M&A atas dua atau lebih perusahaan, dibutuhkan banyak tenaga, waktu dan biaya, karena berkaitan dengan segala aspek dalam perusahaan-perusahaan yang akan bergabung/diambilalih/dilebur, sehingga notifikasi atas pelaksanaan M&A sebaiknya dilakukan sebelum terjadinya (pra-notifikasi) daripada setelahnya (post-notifikasi).
- f. M&A memiliki kemungkinan ancaman seperti *unilateral effects*, namun strategic alliance terlalu kompleks bagi terjadinya hal tersebut. Dalam strategic alliance, para partisipan masih memegang kontrol atas perusahaan masing-masing, masih memiliki kontrol untuk mengambil keputusan dan mengatur perjanjian yang paling menguntungkan mereka sendiri, lagipula kerjasama hanya meliputi apa yang mereka sepakati bersama, sehingga masih banyak ‘lubang’ yang tidak terlingkup. Oleh karenanya, *unilateral effects* dapat dikatakan hampir tidak mungkin terjadi.

5.1.2. Tindakan multilateral (*multilateral conduct*) oleh beberapa kompetitor secara bersama-sama seperti strategic alliance pantas diperiksa dengan lebih mendalam dan teliti karena dalam penyusunan yang tepat dapat memberikan

market power dengan cepat dan segera.²²⁶ Namun bentuk dari kolaborasi antar kompetitor ini tidaklah sepenting perjanjian, 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, Collaboration Among Competitors Guidelines menyatakan, “*the nature of the conduct, not its designation, is determinative.*”²²⁷

Dalam strategic alliance dapat terjadi *restraint* (limitasi antar kompetitor yang diperjanjikan). *Restraint* semacam ini bisa mempengaruhi banyak hal dalam pasar, dan yang seringkali menjadi perhatian adalah bagaimana hal ini mempengaruhi harga. Pengaturan-pengaturan “*restraint*” dalam perjanjian antar kompetitor dapat memberi efek yang negatif mau pun positif, dan tidak ada yang dapat cukup yakin untuk berkesimpulan bahwa pengaturan ini lebih banyak membawa kebaikan dalam pasar daripada berpengaruh buruk terhadap kompetisi sampai dilakukannya *balancing* atau penimbangan antara efek positif dan negatif. Karena itu, sebaiknya tidak dilarang sama sekali tanpa analisis mendalam.²²⁸

Pengadilan seringkali menerapkan prinsip *rule of reason* dalam kasus yang di dalamnya praktek yang diperiksa memiliki baik ancaman anti kompetitif dan keuntungan dari peningkatan efisiensi: “*U.S. courts apply the rule of reason when analyzing exclusive contracts, based on the view that they can create both anticompetitive harm and efficiency-enhancing benefits.*”²²⁹

Putusan atas kasus Addyston Pipe oleh Judge William H. Taft pada tahun 1898²³⁰ telah membagi perjanjian horizontal (perjanjian antar kompetitor) menjadi “*naked*” dan “*ancillary*” *restraint*. Perjanjian yang *naked* seringkali

²²⁶ Ibid., h. 109.

²²⁷ 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.

²²⁸ Ibid.

²²⁹ Michael D. Winston, Lectures on Antitrust Economics, (Cambridge, Mass: The MIT Press, 2006), h. 136.

²³⁰ United States v. Addyston Pipe & Steel Co., 85 F. 271 (6th Cir. 1898), modified and aff’d, 175 U.S. 211 (1899).

dibicarakan dalam konteks murni penetapan harga, tanpa adanya keuntungan yang diperoleh pasar yang dapat di-*balance* dengan efek anti kompetitif.

Di sisi lain, apa yang membuat sebuah “*restraint*” bersifat *ancillary*²³¹ (bukan tujuan utama, sebagai pendukung) adalah apakah *restraint* itu dibutuhkan untuk mempertahankan aspek pro kompetitif dari strategic alliance. Untuk itu harus dilihat mengapa *restraint* itu diatur atau diperjanjikan, dan bagaimana diaplikasikan.²³² Banyak praktek-praktek yang memang hanya menguntungkan aliansi namun tidak pro kompetitif dan karenanya harus dapat dibedakan. Apabila ditemukan perjanjian *ancillary* dalam strategic alliance maka perjanjian itu harus diperiksa menggunakan *rule of reason*.

Dalam The Competitor Collaboration Guidelines dijelaskan bahwa untuk dapat menghindari kesalahan “*unreasonable restraint*”, anggota dari strategic alliance harus memenuhi kriteria “*reasonably necessary*,” yaitu, “*if the participants could have achieved or could achieve similar efficiencies by practical, significantly less restrictive means, then the Agencies conclude that the relevant agreement is not reasonably necessary to their achievement.*”²³³

Reasonable belum tentu berarti *essential*, artinya praktek itu mungkin diperlukan bagi aliansi untuk mencapai efek pro kompetitif yang diklaim, namun belum tentu merupakan satu-satunya cara untuk mencapai efek pro kompetitif itu, artinya masih ada pilihan cara alternatif yang lebih tidak berbahaya bagi kompetisi (*less restrictive alternatives*). Dalam hal demikian, praktek tersebut harus dilarang dan aliansi disarankan mengambil langkah-langkah yang *less restrictive*.²³⁴

²³¹ Baca Ernest Gellhorn dan William E. Kovacic, *op.cit.*, h. 9-10 sebagai perbandingan perbedaan pandangan tentang *ancillary restraint*.

²³² Adam D. Hirsh dalam An ABA Section of Antitrust Law “Brown Bag” Program (9 Desember 2003) “The Second Circuit’s Decision in *United States v. Visa/MasterCard*”, www.antitrustsource.com, Mei 2004.

²³³ Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice, *op.cit.*, h. 23, poin 3.36. Identifying Procompetitive Benefits of the Collaboration.

²³⁴ *Ibid.*

pemeriksaan *rule of reason* dalam kolaborasi antar kompetitor, termasuk strategic alliance dapat dilakukan melalui pertanyaan-pertanyaan sebagai berikut, yaitu:²³⁵

1. apakah praktek yang dicurigai secara beralasan dapat dikategorikan dalam “*ancillary*” dari aktivitas produktif yang dilakukan secara bersama (strategic alliance)? Jika jawabannya “tidak”, maka aliansi itu harus dilarang. Jika “ya”, lanjutkan ke pertanyaan selanjutnya.
2. Apakah para pelaku usaha yang tergabung dalam aliansi secara kolektif memiliki kekuatan yang cukup untuk mengurangi *output* dalam pasar bersangkutan? Jika “tidak”, hentikan pemeriksaan. Jika jawabannya “ya”, lanjutkan ke pertanyaan selanjutnya.
3. Apakah aturan atau praktek-praktek lain dari aliansi yang dicurigai membatasi atau mengurangi *output* aliansi atau kemampuan anggota aliansi untuk berkompetisi di luar aliansi secara efektif? Jika “tidak”, hentikan pemeriksaan.
4. Dengan berasumsi bahwa aliansi membatasi *output* mereka sendiri, apakah *output* dari non-aliansi juga terpengaruh (terbatasi)? Jika pelaku usaha non-aliansi dapat dengan bebas memasuki atau menambah produksi (baik ke dalam aliansi mau pun dalam berkompetisi dengan aliansi), maka pemeriksaan harus dihentikan.
5. Dengan berasumsi bahwa keuntungan dan ancaman sudah diketahui, dapatkah aliansi mendapat keuntungan yang serupa dengan praktek-praktek alternatif yang tidak begitu mengancam kompetisi?²³⁶ Jika “ya”, larang praktek yang dicurigai.

Hanya apabila pemeriksaan telah sampai di pertanyaan nomor lima, dan jawabannya adalah “tidak”, maka *balancing* diperlukan. *Balancing* tidak harus selalu sulit. Ada beberapa kasus dimana ancaman atas kompetisi begitu besar dan keuntungannya tipis, dan sebaliknya.

²³⁵ Herbert Hovenkamp, *op.cit.*, h. 149.

²³⁶ Lihat juga Ernest Gellhorn dan William E. Kovacic, *op.cit.*, h. 6, 259, “*Courts also asked whether the lawful objective could be obtained in some less restrictive way.*” Dan poin 3.36 “*Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors*”, April 2000 (oleh FTC dan US Dept. of Justice), hal ini berhubungan dengan “*reasonableness*” atas praktek yang digunakan.

5.1.3. Di Indonesia, KPPU sebagai Otoritas Pengawas Persaingan tidak akan secara khusus memeriksa *strategic alliance*, dan 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. Juga belum ada pedoman khusus yang diterbitkan oleh KPPU yang menjadi tuntunan bagaimana *strategic alliance* yang dapat disetujui oleh KPPU sebagai Otoritas Pengawas Persaingan. Tidak ada pula kewajiban bagi para pelaku usaha yang akan membentuk *strategic alliance* untuk melaporkan pembentukan itu dan perjanjian-perjanjian yang terkandung di dalamnya.

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. Untuk melihat bagaimana KPPU memeriksa kasus *strategic alliance*, dalam tesis ini dibahas kasus penetapan harga SMS oleh operator-operator selular dan *Fixed Wireless Access* (FWA) pada tahun 2007 .

KPPU hendaknya memperhatikan struktur pasar dan perjanjian yang dilakukan oleh para pelaku usaha yang tergabung dalam Perjanjian Kerjasama Interkoneksi (PKS). Dengan demikian terlihat apakah suatu perjanjian adalah *naked* atau *ancillary*, dan bagaimana pengaruhnya terhadap *marketwide output* yang sangat mempengaruhi pergerakan harga, selain itu juga memperhatikan fakta-fakta lain sebagai bahan analisis. Sehingga kemudian dapat memutuskan memeriksa kasus dengan prinsip *per se* atau *rule of reason*, lalu mulai memperhatikan tentang *restraint* yang tercipta akibat perjanjian atau praktek yang dilakukan. Apabila tidak terdapat pengontrolan atau tekanan terhadap *marketwide output* maka dapat dipastikan bahwa kemungkinan besar efek anti kompetitif tidak eksis.

5. 2. Saran

Aliansi antar pelaku usaha bagaikan pedang bermata dua, di satu sisi memiliki efek positif yang sangat dicari dan dibutuhkan oleh perekonomian, namun di sisi lain, dapat mencederai persaingan di pasar jika pelaku usaha

beritikad buruk dan pengawasan dari Otoritas Pengawas Persaingan sangat lemah. KPPU sebagai Otoritas Pengawas Persaingan di Indonesia perlu mempertimbangkan untuk mengeluarkan pedoman dasar bagaimana melakukan *strategic alliance* antar kompetitor. Dengan demikian, kepastian hukum dapat semakin dirasakan oleh pelaku usaha. Hal ini penting mengingat bahwa kerjasama antar pelaku usaha adalah kecenderungan yang terjadi pada masa ini. Globalisasi mendorong perlu adanya kerjasama antar kompetitor jika pelaku usaha tidak ingin tertinggal. Dengan adanya pedoman berperilaku dalam beraliansi, pelaku usaha tidak akan ragu-ragu dalam berkolaborasi dengan pelaku usaha lain, karena pada dasarnya kerjasama antar pelaku usaha adalah baik. Pada akhirnya ekonomi akan terangsang sehingga pertumbuhan ekonomi dapat terwujud.

