

BAB 2

STRATEGIC ALLIANCE V. MERGER DALAM PERHATIAN OTORITAS PENGAWAS PERSAINGAN USAHA

2.1. Pendahuluan

Strategic alliance merupakan suatu bentuk bisnis yang unik, dalam arti cakupan pengertiannya bisa sangat fleksibel dan luas, keberadaannya dapat dikatakan, secara ekstrim, berdiri antara “tanpa perjanjian” dan merger (penggabungan perusahaan). Untuk dapat lebih memahami pengertian dari bentuk bisnis ini maka permasalahan seringkali diarahkan kepada “ujung lain” bentuk bisnis yang seringkali dijadikan tolok ukur eksistensi strategic alliance, yaitu merger dan akuisisi (untuk selanjutnya disingkat menjadi M&A).

Mengaitkan strategic alliance dan M&A adalah sesuatu yang seringkali terjadi dalam literatur hukum bisnis. Sullivan juga mempertemukan keduanya : *“A monopolist need not be a single firm, two or more firms acting jointly may together exercise sufficient power to constitute a monopoly. It differs from a merger only in that so long as the firms remain in separate ownership and control, their concert may be less complete or less permanent than it would be had they merged”*⁴³. Gellhorn dan Kovacic mengemukakan, *“... Note that joint ventures and mergers both are approaches for integrating the activities of distinct firms. Joint ventures differ from mergers mainly in the scope and duration of the parties’ integration... .”*⁴⁴ Karena itu, muncul pertanyaan mengapa strategic alliance tidak mendapat perhatian yang serupa dengan M&A dalam hal pemeriksaan hukum menyangkut persaingan usaha. Setidaknya di Indonesia belum ada pemeriksaan dan peraturan yang secara khusus menyoroti strategic alliance. Di Amerika, Federal Trade Commission dan US Department of Justice telah mengeluarkan pedoman tentang ini dalam Merger Guidelines. Sedangkan di

⁴³ Lawrence Anthony Sullivan, *Antitrust: Handbook Series*, (St. Paul, Minn: West Publishing, 1977), h.108. Lihat juga Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2005).

⁴⁴ Ernest Gellhorn dan William E. Kovacic, *Antitrust Law and Economics*, (St. Paul, MN: West Publishing, 1994), h. 253.

Eropa, Competition Commission European Community mengeluarkan EC Merger Regulation and the Implementing Regulation.⁴⁵ Di Indonesia Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) sebagai Otoritas Persaingan Usaha baru saja menerbitkan Peraturan No. 1 Tahun 2009 tentang Pra-Notifikasi Penggabungan, Peleburan dan Pengambilalihan⁴⁶ serta lampirannya yang berisi Petunjuk Pelaksanaannya.⁴⁷ Entah karena bentuknya yang tidak mudah didefinisikan dan terlalu fleksibel serta luas atau Otoritas Persaingan Usaha di Indonesia menganggap bahwa peraturan yang ada sudah cukup memberi jalan atau hambatan bagi apa pun kegiatan bisnis yang tercakup dalam strategic alliance. Pertanyaan utamanya adalah, mengapa pertanyaan “apakah M&A ini akan merusak kompetisi dalam pasar?” lebih penting, lebih mendesak dan lebih didahulukan daripada pertanyaan “apakah aliansi ini merupakan ancaman atas kompetisi dalam pasar?” ?

Strategic alliance seringkali dianalogikan dengan *horizontal merger*, meskipun strategic alliance kadang kala lebih kompleks dan sulit untuk dievaluasi. Merger intinya adalah penyatuan sepenuhnya atas dua atau lebih perusahaan. Dapat diketahui di awal bahwa perusahaan-perusahaan itu bergabung akan melakukan penetapan harga dan hasil produksi (*output*) seketika merger itu selesai dilakukan.⁴⁸

Pengujian terhadap M&A biasanya dilaksanakan sebelum M&A itu terjadi. Sistem pra-notifikasi diterapkan di berbagai negara mengingat

⁴⁵ *The main legislative texts for merger decisions are the EC Merger Regulation and the Implementing Regulation. The Merger Regulation contains the main rules for the assessment of concentrations, whereas the Implementing Regulation concerns procedural issues (notification, deadlines, right to be heard,...). The official forms for standard merger notifications (Form CO), simplified merger notifications (Short Form CO) and referral requests (Form RS) are attached to the Implementing Regulation.* European Competition Commission, Mergers Legislation, <http://ec.europa.eu/competition/mergers/legislation/legislation.html>, 19 Oktober 2009. Lihat juga untuk uraian singkat EC Merger Regulation dalam John J. Parisi, “A Simple Guide to the EC Merger Regulation,” <http://www.ftc.gov/bc/international/docs/ECMergerRegSimpleGuide.pdf>, 18 Oktober 2009.

⁴⁶ Dapat diperoleh melalui <http://www.kppu.go.id/docs/Pedoman/perkom-merger.pdf>, diunduh pada 23 September 2009.

⁴⁷ Dapat diperoleh melalui <http://www.kppu.go.id/docs/Pedoman/pedoman-merger.pdf>, diunduh pada 23 September 2009.

⁴⁸ Herbert Hovenkamp, The Antitrust Enterprise: Principle and Execution, (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2005), h. 137.

konsekuensi M&A yang permanen dan tidak dapat atau sulit dikembalikan ke keadaan semula (*irreversible*).

2.2. Apakah Merger dan Akuisisi ?

Sebelum lebih dalam menjelaskan mengapa dan bagaimana M&A menjadi sorotan utama oleh Otoritas Persaingan Usaha, perlu dipahami bahwa Merger dan Akuisisi adalah hal yang berbeda, seperti yang akan dijelaskan di bawah, namun pada dasarnya hasil yang diakibatkan adalah sama, yaitu *two companies (or more) that had separate ownership are now operating under the same roof, usually to obtain some strategic or financial objective*.⁴⁹ Dan dalam banyak artikel dan buku, merger merupakan kegiatan yang disorot sepanjang menyangkut perbandingan dengan strategic alliance dan kaitannya dengan hukum persaingan. Untuk itu, dalam tulisan ini penggunaan istilah M&A dan merger akan bergantian digunakan sesuai dengan kepentingan penulisan.

Dalam beberapa tulisan mengenai M&A, M&A dikaitkan dengan strategic alliance dalam rangka menjelaskan bahwa keduanya adalah pilihan perusahaan demi memenuhi kebutuhan dan pilihan tersebut sarat kepentingan. Kepentingan yang dimaksud tentu saja berarti keuntungan (*profit* atau *benefit*).⁵⁰

Cartwright dan Cooper, dalam bukunya “Managing Mergers, Acquisitions and Strategic Alliance: Integrating People and Cultures” menggambarkan motivasi M&A sebagai berikut:

Merger and acquisition are considered to be rational financial and strategic alliances made in the best interests of the organization and its shareholders. ... Mergers are considered to be initiated by financial or value-maximizing motives when the main objective is to increase shareholder wealth and financial synergy through economies of scale, transfer of knowledge and increased control. Managerial or non-value-maximizing motives relate to mergers

⁴⁹ Andrew J. Sherman dan Milledge A. Hart, Mergers and Acquisitions From A to Z, 2nd Ed., (New York: AMACOM, 2006), h. 11.

⁵⁰ Seperti dalam Andrew J. Sherman dan Milledge A. Hart, Mergers and Acquisitions From A to Z, 2nd Ed., (New York: AMACOM, 2006); Pierre Dussauge dan Bernard Garrette, Cooperative Strategy: Competing Successfully Through Strategic Alliances, (Chichester: John Wiley & Sons Ltd, 1999); Bjorn Fuisting, How to Grow Internationally: Merge or Ally?, (Tesis Master Lund University, 2003), dan sebagainya.

*which occur primarily for other strategic reasons, e.g. to increase market share, management prestige, reduce uncertainty and restore market confidence or perhaps even as a takeover defence or a means of protecting profits from taxation*⁵¹

Sedangkan definisi teknikal ditawarkan dalam *Wall Street Words: An A to Z Guide to Investment Terms for Today's Investor*, yaitu:

a. Merger: A combination of two or more companies in which the assets and liabilities of the selling firm(s) are absorbed by the buying firm. Although the buying firm may be a considerably different organization after the merger, it retains its original identity. The merger of equals between Sprint and Nextel is an example.

*b. Acquisition: The purchase of an asset such as a plant, a division, or even an entire company. For example, Procter & Gamble made a major acquisition in 2005 when it purchased The Gillette Company, Inc., in order to extend its reach in the consumer products industry.*⁵²

Black's Law Dictionary mendefinisikan merger: *The act or an instance of combining or uniting*. Beberapa jenis merger:

- 1. Horizontal merger : a merger between two or more businesses that are on the same market level because they manufacture similar products in the same geographic region. A merger of direct competitors. Also termed horizontal integration.*
- 2. Vertical merger : a merger between businesses occupying different levels of operation for the same product such as between a manufacturer and a retailer. A merger of buyer and seller;*

Sedangkan akuisisi menurut Black's Law Dictionary adalah: *The gaining of possession or control over something (acquisition of the target company's assets).*

Dalam West's Business Law, merger dibagi menjadi *horizontal merger*, *vertical merger* dan *conglomerate merger*. *Conglomerate merger* terjadi ketika "a firm seeks to sell its product in a new market by merging with a firm already

⁵¹ Sue Cartwright, Cary L. Cooper, Managing Mergers, Acquisitions and Strategic Alliance: Integrating People and Cultures, 2Rev ed., (Oxford: Butterworth-Heinemann, 1996), h. 20.

⁵² David L. Scott, Wall Street Words: An A to Z Guide to Investment Terms for Today's Investor, 3rd Ed., (Boston, MA: Houghton Mifflin, 2003).

established in that market” (market-extension), atau ketika ” a firm seeks to add a closely related product to its existing line by merging with a firm already producing that product” (product-extension), atau ketika ”a firm merges with another firm that offers a product or service wholly unrelated to the first firm’s existing activities” (diversification). Penjelasan merger juga dikaitkan dengan konsentrasi pasar.⁵³

Di Indonesia, pengertian M&A dijelaskan dalam UU Anti Monopoli dan oleh Otoritas Pengawas Persaingan (Komisi Pengawas Persaingan Usaha/KPPU) dalam Peraturan KPPU No 1 tahun 2009 tentang Pra-Notifikasi Penggabungan, Peleburan, dan Pengambilalihan.

1. Penggabungan adalah perbuatan hukum yang dilakukan oleh satu Perseroan/Badan Usaha atau lebih untuk menggabungkan diri dengan Perseroan/Badan Usaha lain yang telah ada yang mengakibatkan aktiva dan pasiva dari Perseroan/Badan Usaha yang menggabungkan beralih karena hukum kepada Perseroan/Badan Usaha yang menerima Penggabungan dan selanjutnya Perseroan/Badan Usaha yang menggabungkan diri berakhir karena hukum.
2. Peleburan adalah perbuatan hukum yang dilakukan oleh satu Perseroan/Badan Usaha atau lebih untuk meleburkan diri dengan cara mendirikan satu Perseroan/Badan Usaha baru yang karena hukum memperoleh aktiva dan pasiva dari Perseroan/Badan Usaha yang meleburkan diri dan Perseroan/Badan Usaha yang meleburkan diri berakhir karena hukum.
3. Pengambilalihan adalah perbuatan hukum yang dilakukan oleh pelaku usaha untuk memperoleh atau mendapatkan baik seluruh atau sebagian saham dan atau aset Perseroan/Badan Usaha. yang dapat mengakibatkan beralihnya pengendalian terhadap Perseroan/Badan Usaha tersebut.

Dalam M&A, integrasi merupakan hal yang cukup sulit pelaksanaannya, karena menyangkut segala aspek perusahaan yang akan digabungkan. Sedangkan

⁵³ Kenneth W. Clarkson, et al., West’s Business Law: Text, Cases, Legal, Ethical, International and E-Commerce Environment, 8th Ed., (USA: West Legal Studies in Business, 2001), h. 852-853.

mendorong pertumbuhan perusahaan yang natural (*organic growth*)⁵⁴ dapat jadi mahal dan memerlukan banyak waktu. Sehingga, “meminjam” sumber-sumber dari perusahaan lain menjadi pilihan yang menarik karena lebih hemat dan memberikan akses jangka pendek yang baik. Konsep inilah yang terdapat dalam *strategic alliance*. Pengusaha tidak perlu lagi total memiliki sumber-sumber yang dapat menguntungkan, namun kini mampu “meminjam” dan mengontrolnya sesuai kebutuhan untuk mencapai keuntungan.⁵⁵

2.2.1. Alasan Efisiensi dalam Merger

Dasar ideologi dari merger pada masa ini dapat digambarkan dengan singkat⁵⁶, yaitu, pertama, merger pada dasarnya adalah sesuatu yang baik karena memungkinkan perusahaan untuk mendapat keuntungan atas keefisienan produksi atau distribusi, atau mengalihkan aset yang produktif kepada pengelola yang lebih efisien. Ekspektasi utama dan terpenting terhadap suatu merger adalah “*better economic performance*”. Miskalkulasi atau ketidakberhasilan suatu merger bisa saja terjadi, namun hal itu bukan merupakan urusan hukum persaingan usaha.

Kedua, merger bisa saja anti kompetitif ketika pelaksanaannya mengakibatkan monopoli atau meningkatkan tendensi pasar menuju kolusi atau oligopoli. Hal ini timbul apabila sebuah pasar sebelum terjadi merger hanya berisi beberapa pemain signifikan, hambatan masuk pasar (*entry barriers*) substansial, atau keadaan-keadaan lain yang mengindikasikan ancaman kolusif. Tugas dari hukum persaingan usaha adalah mengenali ancaman-ancaman ini dan mengatasinya dengan baik dan sesuai, mungkin dengan menolak merger sepenuhnya atau dengan membatasi atau merestruktur ulang merger agar mengurangi ancaman atas kompetisi.

Ketiga, merger menciptakan efisiensi, baik merger yang kompetitif maupun yang tidak kompetitif, dan kadangkala efisiensi mengalahkan kerugian dari kompetisi yang berkurang akibat merger. Untuk itu, sebaiknya selalu

⁵⁴ M&A termasuk dalam *inorganic growth strategy*, artinya tidak dari awal membangun (perusahaan). Selengkapnya dalam Andrew J. Sherman dan Milledge A. Hart, *Mergers and Acquisitions From A to Z*, 2nd Ed., (New York: AMACOM, 2006), h. 10-18.

⁵⁵ Rehan ul-Haq, *Alliances and Co-Evolution: Insights from the Banking Sector*, (New York: Palgrave Macmillan, 2005), h. 56.

⁵⁶ Herbert Hovenkamp, *op.cit.*, h. 211.

disediakan tempat untuk argumentasi efisiensi dalam pemeriksaan merger yang diyakini melanggar hukum. Dalam M&A, sedikit banyak terdapat *cost-saving*. *Cost-saving* ini yang biasanya dijadikan alasan efisiensi oleh perusahaan yang mengajukan proposal M&A untuk mendapat persetujuan dari Otoritas. Karena efisiensi terjadi dalam hampir setiap aspek perusahaan yang merger- contohnya, konsolidasi manufaktur, posisi tawar yang lebih baik untuk mendapat harga lebih murah dengan kuantitas lebih banyak, dan sebagainya- maka pemeriksaan terhadap merger biasanya berdasar kebijakan merger yang “baik hati”, aturan yang tidak terlalu keras. Namun karena itu pula, ancaman juga eksis. Karena efisiensi yang ‘biasa-biasa’ saja ikut dalam penilaian.⁵⁷

Pemeriksaan unsur efisiensi dalam merger dapat dilakukan dengan memastikan bahwa ada efisiensi dalam merger. Jika merger sama sekali tidak menghasilkan efisiensi, maka sebaiknya diterapkan aturan per se illegal terhadapnya. Tidak ada gunanya mengizinkan suatu praktek yang tidak memberikan keuntungan padahal berpotensi mengandung ancaman terhadap kompetisi. Analogi yang cocok dengan hal ini adalah ilegalnya mengemudi setelah minum minuman keras, tidak peduli apakah pengemudi mengalami kecelakaan atau tidak, karena sulit untuk memikirkan ada kebaikan dalam mengemudi di bawah pengaruh alkohol, jadi lebih masuk akal untuk melarangnya sama sekali. Dengan mengecam sebagian kecil merger (karena merger tanpa efisiensi sama sekali hanyalah minoritas), maka efisiensi telah diperhitungkan dan pemeriksaan efisiensi dalam setiap kasus merger tidak diperlukan.⁵⁸

Cara lain dalam pemeriksaan adalah dengan menganalisis unsur efisiensi kasus per kasus merger dan memeriksa besarnya efisiensi berdasar ancaman structural yang dihasilkan oleh merger. Hal ini cukup sulit dilakukan oleh Otoritas karena beban administratif yang harus diangkat oleh Otoritas dan Pengadilan, kecuali dalam kasus-kasus yang signifikan perbedaan efisiensi dan anti kompetitif-nya.⁵⁹

⁵⁷ Ibid., h. 219.

⁵⁸ Ibid., h. 220.

⁵⁹ Ibid.

Selain itu, ada pula cara dengan melihat indikator-indikator struktural ancaman anti kompetitif yang dapat membentuk dasar-dasar presumsi yang menentukan legalitas merger. Aplikasi dari cara ini telah memperhitungkan efisiensi yang biasanya dihasilkan dari merger. Karena pemeriksaan merger dilakukan sebelum merger itu benar terjadi, maka Otoritas harus membuat prediksi atas performa kompetitif sepenuhnya berdasar data tentang struktur pasar dan pengetahuan mengenai perusahaan yang akan merger. Di pasar yang memiliki konsentrasi tinggi dan ancaman atas kompetisi tinggi, klaim efisiensi harus diacuhkan kecuali efisiensi itu sangat jelas dan luar biasa.⁶⁰

2.2.2. Ancaman Kompetisi dari Merger

Hovenkamp lebih lanjut menjelaskan bahwa ancaman atas kompetisi yang dimungkinkan oleh merger terbagi atas "*collusion-facilitating mergers*" dan "*mergers with harmful unilateral effects*". *Collusion-facilitating merger* merujuk pada merger yang mengakibatkan pasar terkonsentrasi dan terjadinya "*coordinated interaction*"⁶¹ antar pelaku usaha di pasar tersebut. Kolusi yang dimaksud dapat berupa penetapan harga, dan atau tindakan-tindakan lain dari para pelaku usaha yang baik dituangkan dalam perjanjian atau tidak yang tidak mendukung kompetisi.

Untuk membuktikan adanya *collusion-facilitating merger*, otoritas pengawas persaingan di Amerika dan sebagian besar dunia lainnya saat ini menggunakan konsep Herfindahl-Hirschman Index (HHI) untuk menentukan konsentrasi pasar sesudah merger. Merger Guidelines Amerika membagi pasar dalam tiga klasifikasi yaitu: pasar setelah merger dengan nilai HHI 1000 atau kurang berarti merger sah, pasar setelah merger dengan nilai 1000 dan 1800 berarti cukup terkonsentrasi, dalam pasar demikian, menurut Guideline maka hanya merger signifikan yang akan diperiksa, tetapi merger kecil tidak. Terakhir, pasar dengan nilai HHI lebih dari 1800 pasca merger berarti sangat terkonsentrasi, dan dalam pasar demikian semua merger akan diperiksa kecuali merger yang

⁶⁰ Ibid., h. 221.

⁶¹ Istilah ini digunakan dalam the Merger Guidelines 1992 (Federal Trade Commission).

benar-benar kecil.⁶² Di Indonesia, penilaian M&A didasarkan pada nilai aset (melebihi Rp. 2.500.000.000.000,00 (dua triliun lima ratus miliar rupiah), atau nilai omzet (melebihi Rp 5.000.000.000.000,00 (lima triliun rupiah), atau penguasaan pasar (melebihi 50% (lima puluh persen)) pasca M&A pada pasar bersangkutan. Hovenkamp berpendapat bahwa HHI menyediakan akurasi yang luar biasa namun tidak sepenuhnya dapat menyediakan jawaban yang baik dan benar bagi pemeriksaan merger.⁶³

2.2.3 Merger dengan Efek Unilateral yang Mengancam Kompetisi

Yang dimaksud dengan “*merger with harmful unilateral effects*” adalah merger yang dapat menyebabkan terbentuknya satu perusahaan dominan yang dapat menaikkan harga produknya dalam suatu pasar. Merger semacam ini yang paling jelas adalah merger untuk memonopoli. Dalam kasus merger US v. Oracle Corp⁶⁴ didefinisikan sebagai berikut:

Unilateral effects result from "the tendency of a horizontal merger to lead to higher prices simply by virtue of the fact that the merger will eliminate direct competition between the two merging firms, even if all other firms in the market continue to compete independently."

Jenis merger ini terjadi dalam pasar dimana terdapat diferensiasi produk, yaitu produk pada perusahaan-perusahaan yang akan melakukan merger menyerupai satu sama lain, namun memiliki keunikan yang tidak dimiliki oleh produk lain yang sejenis sehingga apabila terjadi merger maka perusahaan hasil merger dapat bertindak sendiri untuk menaikkan harga produk tersebut. Hal ini berkaitan dengan pilihan konsumen untuk berpindah produk jika terjadi kenaikan

⁶² US Department of Justice & Federal Trade Commission (FTC), Horizontal Merger Guidelines (revised: April 1997), point 1.51 Concentration and Market Shares: General Standards.

⁶³ “*The basic HHI numbers are no more accurate than the underlying market definition, and squaring the numbers tends to exaggerate errors if the market definition is too broad or narrow*”. Herbert Hovenkamp, op.cit., h. 214.

⁶⁴ Dalam kasus ini, Pemerintah melalui US Department of Justice dan FTC menolak merger antara Oracle Corporation dan PeopleSoft Incorporated yang bergerak dalam bidang perangkat lunak komputer. Namun yang menjadi sorotan utama kasus ini adalah perangkat lunak aplikasi (*application software*). United States v. Oracle Corp., 331 F. Supp 2d 1098 (Northern District of California, 2004).

harga antar produk yang serupa dengan sedikit perbedaan. Lebih jauh lagi, harus dipenuhi syarat-syarat:

First, the products controlled by the merging firms must be differentiated. Products are differentiated if no "perfect" substitutes exist for the products controlled by the merging firms. Second, the products controlled by the merging firms must be close substitutes. Products are close substitutes if a substantial number of the customers of one firm would turn to the other in response to a price increase. Third, other products must be sufficiently different from the products controlled by the merging firms that a merger would make a small but significant and non-transitory price increase profitable for the merging firms. Finally, repositioning by the nonmerging firms must be unlikely. In other words, a plaintiff must demonstrate that the nonmerging firms are unlikely to introduce products sufficiently similar to the products controlled by the merging firms to eliminate any significant market power created by the merger.⁶⁵

Namun teori ini memiliki kekurangan karena kurang memperhatikan faktor-faktor lain yang mempengaruhi hubungan substitusi antara satu produk dengan produk lain yang sejenis. Data perpindahan konsumen dari satu merek produk ke merek lain tidak menjelaskan bahwa merek yang tidak menjadi pilihan dapat melakukan modifikasi atas produknya sebagai reaksi atas pilihan konsumen, atau tindakan *retailer* (penjual) yang mungkin memindahkan produk yang lebih murah ke rak penjualan yang lebih menarik perhatian konsumen sehingga dapat mempengaruhi pilihan konsumen. Artinya, reaksi langsung konsumen atas perubahan dalam pasar akibat merger hanya merupakan satu bagian dalam pemeriksaan merger yang baik.

Selain itu, secara konsep, untuk menentukan ada atau tidaknya *harmful unilateral effects*, maka pasar bersangkutan atas produk harus didefinisikan dengan baik, artinya antar produk haruslah memiliki hubungan substitusi yang baik. Hasil produksi perusahaan-perusahaan yang melakukan merger haruslah tidak berbeda jauh, sedangkan hasil produksi perusahaan yang tidak bergabung dalam merger haruslah cukup berbeda sehingga mereka tidak dapat "mengikuti" harga yang dinaikkan oleh perusahaan merger. Jika perusahaan non merger tidak

⁶⁵ United States v. Oracle Corp. (Findings of Fact, Conclusions of Law, and Order Thereon), h. 35-36.

dapat mengikuti harga yang dikenakan perusahaan merger atas produknya, maka beralasan bahwa perusahaan non merger tidak tepat untuk disertakan dalam pasar bersangkutan. Lalu, jika pasar hanya terbatas pada perusahaan merger, berarti sebenarnya kasus merger ini begitu sederhana : merger untuk monopoli yang sebenarnya tidak memerlukan teori “*harmful unilateral effects*” untuk diuji. Dalam kasus merger Amerika Serikat v. Oracle Corp. (2004), hal ini menjadi kritik dan salah satu penyebab kalahnya pemerintah dalam kasus tersebut.⁶⁶

2.3. Apakah Strategic Alliance ?

Cauley De La Sierra (1995) mendefinisikan strategic alliance sebagai “*competitive alliance*”, dimana para pihak yang terlibat di dalamnya masih merupakan kompetitor di luar hubungan aliansi itu.⁶⁷ Bukannya tanpa alasan definisi semacam itu muncul. Strategic alliance memiliki beberapa kelebihan kompetitif yang diincar oleh pelaku usaha. Beberapa alasan yang mendorong strategic alliance tumbuh dan berkembang adalah globalisasi. Hrebiniak (1992) menyebutkan “*competitive advantage under global strategy is derived, in large part, from the sharing and leveraging of skills or capabilities across country boundaries.*”⁶⁸ Globalisasi di sini menyangkut lingkup yang cukup luas, mulai dari komunikasi, teknologi, transportasi hingga *knowledge* (ilmu pengetahuan) secara luas.⁶⁹

Dalam beberapa kasus yang terjadi, strategic alliance seringkali menimbulkan kecenderungan pasar terkonsentrasi (*concentrated market*). Ide “*concentrated market*” pada awalnya merupakan hal yang buruk bagi apa yang disebut persaingan usaha sehat dalam pasar. Konsep persaingan usaha sehat memiliki unsur perusahaan-perusahaan kecil yang independen dan saling bersaing memiliki masanya tersendiri di masa lalu. Namun kini, sebagian besar inovasi yang menguntungkan dihasilkan melalui keadaan “*concentrated market*” dimana

⁶⁶ Herbert Hovenkamp, *op.cit.*, h. 216-219.

⁶⁷ Ahmad Bashawir Abdul Ghani, “An Empirical Case Study of Strategic Alliances in Malaysia,” (Disertasi Doktor Murdoch University, Perth Australia, 2006), h. 94.

⁶⁸ *Ibid.*, h. 89.

⁶⁹ *Ibid.*, h. 90-91.

hanya sedikit perusahaan yang bersaing dan masing-masing mereka memproduksi produk-produk yang berbeda, memiliki khas, satu dengan lainnya.

Inovasi membawa “bumbu” berbeda dalam persaingan usaha dan pasar. Hovenkamp menggambarkannya dengan: “*Antitrust rules for protecting competition cannot simply encourage regimes of hundreds of tiny firms forced to compete against one another. Firms in such a market will compete, but products could still be expensive and the economy could lose much of the innovation it is capable of producing.*” Diakuinya pula, hingga saat ini, masih belum ada formulasi yang paling tepat untuk menjaga keseimbangan antara “*competitiveness*” dan “*progress*”.⁷⁰

Klaim atas adanya persaingan usaha tidak sehat mensyaratkan adanya kekuatan (mengontrol) pasar atau *market power* atau bahwa pasar dimana pengusaha beroperasi merupakan tempat yang kondusif bagi penggunaan (atau penyalahgunaan) *market power*.⁷¹ Secara teknis ekonomis, yang dimaksud dengan *market power* adalah hubungan antara harga “*profit-maximizing*” sebuah (atau kelompok) perusahaan dengan *marginal cost*. Sebuah perusahaan yang memaksimalkan keuntungannya dengan menjual seharga *marginal cost*-nya dapat dikatakan tidak memiliki *market power*. Sebaliknya, sebuah perusahaan yang harga “*profit-maximizing*”-nya lima puluh persen lebih tinggi daripada *marginal cost*-nya diyakini memiliki *market power* yang signifikan.⁷² Pada tahun 1930-an, Abba Lerner (1903-1982) menawarkan rumus yang disebut The Lerner Index yaitu:

$$\frac{P-MC}{P}$$

P : profit-maximizing price

MC : marginal cost

⁷⁰ Herbert Hovenkamp, *op.cit.*, h. 14-15, 25.

⁷¹ *Ibid.*, h. 96.

⁷² *Ibid.*, h. 97

Nilai persaingan sempurna menurut Lerner Index adalah nol (dimana harga sama dengan marginal cost) dan mendekati 1 ketika perbedaan harga dan *marginal cost* meningkat (atau ketika *marginal cost* mendekati nol).⁷³

Perlu diingat bahwa kolaborasi semacam ini tidak bebas kompetisi pasar. Artinya, perusahaan-perusahaan yang bergabung untuk melakukan strategic alliance bersama, pada dasarnya tetap merupakan perusahaan yang independen dan selalu bersaing satu dengan yang lain. Ini juga yang membedakannya dengan merger: “*Most mergers completely end competition between the merging parties in the relevant market(s). By contrast, most competitor collaborations preserve some form of competition among the participants.*”⁷⁴

*Strategic alliances are obligational-contractual relationships that are in-between markets and hierarchies. They are not free market competition or internalization with one firm rather an agreement to work together, in certain areas, for mutual benefit. They require member firms to agree to collaborate, to share resources, to allow the ‘rent’ of capabilities, tangible resources and distribution networks for a period of time that suits the member firms. The volatility of markets and industries that the firms and strategic alliances operate in ensures that such alliances only last as long as they confer a collaborative advantage.*⁷⁵

Permasalahan kontrol dalam strategic alliance berkaitan erat dengan hal ini karena kolaborasi antar perusahaan diseimbangkan dengan aspek potensi kompetitif dari hubungan mereka, setiap partisipan akan melakukan rekonsiliasi antara aktifitas aliansi dengan strategi dan model operasi mereka sendiri. Kontrol yang kurang atas aliansi dapat mengurangi kemampuan partisipan untuk melindungi dan secara efisien menggunakan sumber-sumber yang diserahkan dalam aliansi, juga untuk mencapai tujuan yang dibuat bagi aliansi.⁷⁶

⁷³ Ibid.

⁷⁴ Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice, “Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors”, (April 2000), h. 5, poin 1.3. Competitors Collaborations Distinguished from Mergers.

⁷⁵ Rehan ul-Haq, op.cit., h. 57.

⁷⁶ Ibid., h. 68.

Strategic alliance dibuat untuk mengisi kebutuhan bisnis, misalnya untuk memasuki pasar geografis atau produk yang baru, untuk mendapatkan akses atas ilmu baru. Aliansi dibubarkan dengan mudah ketika tidak lagi dibutuhkan atau tidak dapat memenuhi kebutuhan para pesertanya. Penghentian aliansi dapat disebabkan karena kegagalan, atau penggunaannya yang telah selesai, atau sudah bukan merupakan cara yang sesuai lagi untuk kebutuhan bisnis.⁷⁷

Strategic Alliance dapat merupakan kombinasi dari : i) *the legal, structural or ownership form that the alliance takes*; ii) *the nature of the resulting relationship between partners through integration or interdependence*; iii) *the purpose of the relationship*; iv) *the importance of the relationship*.⁷⁸

Jika post- merger, hanya akan ada satu perusahaan yang eksis dalam pasar, tidak begitu dengan strategic alliance. Strategic alliance dapat berbentuk apa saja (*joint venture, joint R&D, joint distribution, dan lain-lain*) sejauh yang dimungkinkan oleh sistem dan daya imajinasi manusia⁷⁹, mengevaluasi strategic alliance tidak semudah evaluasi terhadap merger yang formulanya tetap dan pasti. Banyak hal yang harus diperhatikan dan dipertimbangkan namun yang utama adalah dari dalam aliansi itu sendiri seperti kekuatan aliansi dalam pasar dan apakah yang diperjanjikan menyangkut *output* (hasil produksi), dan kadangkala juga perlu pemeriksaan atas harga.⁸⁰

2.4. Mengapa Merger Menjadi Perhatian Utama Otoritas Persaingan Usaha

Porter memberikan alasan kenapa merger harus menjadi perhatian hukum persaingan usaha: 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

⁷⁷ Ibid., h. 140.

⁷⁸ Rehan Ul-Haq, *op.cit.*, h. 4.

⁷⁹ “*Joint ventures are another matter because they come in such a variety.*” dalam Herbert Hovenkamp, *op.cit.*, h. 29.

⁸⁰ Ibid., 137-139

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*”, 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.⁸¹

Dari beberapa uraian yang berusaha ditunjukkan di atas, ada beberapa kemungkinan jawaban mengapa M&A diperiksa lebih dalam dan diperhatikan lebih banyak oleh Otoritas Pengawas Persaingan:⁸²

- a. 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 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.
- b. 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

⁸¹ Charles D. Weller et.al., Unique Value : Competition Based on Innovation Creating Unique Value, (Innovation Press, 2004), h. 173-174.

⁸² Lihat Herbert Hovenkamp, op.cit., h. 207-223.

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).

- c. 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.

BAB 3

STRATEGIC ALLIANCE DAN IMPLIKASI PELAKSANAANNYA TERHADAP KOMPETISI DI PASAR

3.1. Pendekatan Dasar dalam Pemeriksaan Strategic Alliance

Dalam Sullivan, kolaborasi seperti strategic alliance digambarkan dalam bentuk “*concerted action resulting in joint monopolization*”.⁸³ Sullivan mengatakan, “*A monopolist need not be a single firm, two or more firms acting jointly may together exercise sufficient power to constitute a monopoly*”⁸⁴ (garis bawah dari penulis). Efek anti persaingan dan atau monopolisasi dari aktivitas bersama (oleh beberapa perusahaan) dapat dianalogikan seperti dalam merger, dalam artian, aktivitas bersama (*joint/concerted action*) juga mengandung integrasi dari perusahaan-perusahaan yang bergabung, meskipun tidak penuh seperti dalam halnya merger: “*It differs from a merger only in that so long as the firms remain in separate ownership and control, their concert may be less complete or less permanent than it would be had they merged.*”⁸⁵

Hukum persaingan usaha tidak secara otomatis mengecam adanya kolaborasi antar kompetitor karena kolaborasi semacam ini dapat pula pro persaingan. Sehingga penegak hukum persaingan usaha (Otoritas dan atau Pengadilan) berkewajiban untuk memilah dan menimbang praktek-praktek yang dapat mengancam kompetisi dan menentukan apakah praktek-praktek semacam ini dapat dihentikan tanpa menekan atau menghilangkan keuntungan pro persaingan dari sebuah kolaborasi. Dan jika hal ini tidak dapat dilakukan, penegak hukum persaingan usaha harus menentukan apakah kolaborasi ini cukup berharga untuk diteruskan.⁸⁶ Seperti halnya putusan Supreme Court dalam kasus BMI: “*joint ventures and other cooperative arrangements are . . . not usually unlawful,*

⁸³ Lawrence Anthony Sullivan, *Antitrust: Handbook Series*, (St. Paul, Minn: West Publishing, 1977), h. 107-108.

⁸⁴ Ibid.

⁸⁵ Ibid., 108.

⁸⁶ Ibid., h. 140.

*at least not as price-fixing schemes, where the agreement on pricing is necessary to market the product at all.*⁸⁷

Perbedaan antara strategic alliance dengan kolaborasi atau perjanjian bersama antar beberapa pelaku usaha yang biasa adalah strategic alliance seharusnya menghasilkan sesuatu yang produktif, artinya hasil produksi yang dihasilkan bersama adalah sesuatu yang lebih baik jika dilakukan berkolaborasi daripada sendiri-sendiri. *“We tolerate collaborative activity such as joint ventures of competitors because they can produce economic gains, but prefer competition when those gains are not apparent.”* Toleransi atas aktivitas kolaboratif antar kompetitor hanya ditunjukkan apabila jelas-jelas dari kolaborasi semacam itu menghasilkan keuntungan ekonomis. Pernyataan ini menunjukkan bahwa hukum persaingan usaha lebih berhati-hati dalam menelaah suatu tindakan atau kegiatan atau keputusan atau perjanjian yang dihasilkan oleh lebih dari satu pelaku usaha secara bersama-sama (atau berdasar kesepakatan).⁸⁸ Namun demikian, beberapa Otoritas Persaingan Usaha di berbagai Negara setuju bahwa strategic alliance secara umum membawa inovasi yang positif dan efisiensi tanpa membawa efek negatif yang substansial pada kompetisi.⁸⁹ Dalam Strategic Alliances Under the Competition Act 1 dikatakan hanya ketika anggota strategic alliance secara kolektif memiliki kekuatan pasar (*market power*) atau ketika strategic alliance memfasilitasi kolusi di luar aliansi, maka strategic alliance dapat dikatakan membawa ancaman anti persaingan.⁹⁰

⁸⁷ *Broadcast Music, Inc. (BMI) v. Columbia Broadcasting System*, 441 U.S. 1 (1979), dimana BMI adalah asosiasi yang terdiri dari pemegang hak cipta musik yang terikat dengan perjanjian harga sebelum dapat menikmati pendapatan dari *blanket license* untuk pemutaran musik mereka di radio.

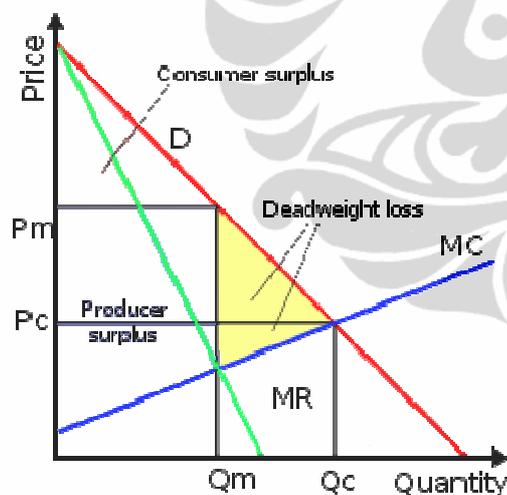
⁸⁸ Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, (Cambridge, MA: Harvard University Press, 2005), h. 125. Lihat juga h. 24, *“Antitrust is more cautious about condemning a single firm’s exclusionary practices than the practices of a group of collaborators, ...”*; hal. 108, *“Antitrust is more hospitable to unilateral conduct than to conduct that results from an agreement between two or more firms.”*

⁸⁹ Di Kanada, *Strategic Alliances Under the Competition Act 1*, November 1995 (Director of Investigation and Research). Di Amerika Serikat, dalam *“Antitrust Guidelines for Collaborations Among Competitors”*, April 2000 (oleh FTC dan US Dept. of Justice): *“Such collaborations often are not only benign but procompetitive.”*

⁹⁰ William J. Kolasky Jr., *“Antitrust Enforcement Guidelines for Strategic Alliances,”* (Makalah disampaikan pada Federal Trade Commission’s Hearings on Joint Ventures, Washington, D.C., 1 Juli 1997), h. 6.

Lebih ekstrim, Judge Bork dalam kasus *Rothery Storage & Van Co. v. Atlas Van Lines, Inc.*, 792 F.2d 210, 221 (D.C. Cir. 1986) menyatakan, “*if the contracting parties by eliminating competition among themselves are not attempting to restrict industry output, then their agreement must be designed to make the conduct of their business more effective. No third possibility suggests itself.*”⁹¹

Pada tahun 1960-an, Oliver A. Williamson menemukan apa yang disebut “*the welfare trade-off model*”. *Welfare trade-off model* ini lah yang dalam perkembangannya menjadi “*balancing*”. Williamson dalam model tersebut menggambarkan apa yang terjadi ketika sebuah “persatuan” (merger, joint venture, atau kolaborasi bentuk lain) mengubah sebuah pasar dari kompetisi sempurna menjadi monopoli sempurna, namun pada saat yang sama juga menghasilkan penghematan biaya (*cost saving*) yang berasal dari inovasi atau efisiensi akibat “persatuan” itu.⁹²



Dalam pasar yang memiliki *output* kompetitif (Q_c), maka harga yang terjadi juga harga kompetitif (P_c). Sebaliknya, dengan *output* monopoli (Q_m), maka harga dalam pasar juga harga monopoli (P_m). Ketika pasar dikuasai harga dan jumlah *output* monopoli, maka terbentuk kurve yang menunjukkan selisih $P_m - Q_m$ dan $P_c - Q_c$ yang merupakan kerugian bagi pasar (*deadweight loss*)

Gambar 3.1. Monopoli

Sumber: Keith N. Hylton, “Antitrust Law: Economic Theory and Common Law Evolution,” (Cambridge: Cambridge University Press, 2003)

⁹¹ Ibid.

⁹² Herbert Hovenkamp, *op.cit.*, h. 26-27.

3. 2. Perjanjian dalam Strategic Alliance

Perkara persaingan usaha seringkali kompleks, lebih daripada yang seharusnya. Secara yuridis, peraturan perundang-undangan relatif singkat dan tidak detil (*imprecise*) dan memberikan hakim keleluasaan dalam menentukan putusan. Sebagai hasil dari bertahun-tahun pemeriksaan, Pengadilan Amerika telah memiliki aturan-aturan teknis untuk mengidentifikasi permasalahan seperti perbedaan antara *joint venture* yang pro persaingan dan kartel yang anti persaingan, pengaturan *tying* yang melanggar hukum atau penetapan harga jual kembali (*resale price maintenance*) yang ilegal.⁹³ Mencari dasar permasalahan juga bukanlah hal yang mudah dalam kasus-kasus persaingan usaha. Otoritas harus melakukan banyak prosedur dan menggali banyak hal, termasuk dokumen-dokumen perusahaan, untuk dapat mengetahui apakah pelanggaran telah dilakukan oleh sebuah perusahaan. Hovenkamp menggambarkan dengan, “*Antitrust suits are also factually complicated. Simply figuring out what happened is often difficult enough ...*”.⁹⁴ Hovenkamp juga menggarisbawahi bahwa fakta-fakta kemudian harus dikarakterisasi. Kemudian ada pula pertanyaan-pertanyaan tentang alasan penyebab dan konsekuensi kerusakan yang diakibatkan pelanggaran.⁹⁵

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.⁹⁶ 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

⁹³ Ibid., h. 77.

⁹⁴ Ibid.

⁹⁵ Ibid.

⁹⁶ Ibid., h. 109.

Competitors Guidelines menyatakan, “*the nature of the conduct, not its designation, is determinative.*”⁹⁷

Dalam UU Anti Monopoli Indonesia, pelanggaran atas persaingan usaha dan anti monopoli terbagi menjadi 2 tipe utama, yaitu, Perjanjian yang dilarang dan Kegiatan yang dilarang. Yang termasuk dalam perjanjian yang dilarang adalah oligopoli, penetapan harga, pembagian wilayah, pemboikotan, kartel, trust, oligopsoni, integrasi vertikal, perjanjian tertutup, dan perjanjian dengan pihak luar negeri. Sedangkan yang termasuk dalam kegiatan yang dilarang adalah monopoli, monopsoni, penguasaan pasar, dan persekongkolan.

Permasalahan akan muncul ketika pelanggaran-pelanggaran di bawah kategori “Perjanjian yang dilarang” tidaklah terbentuk melalui perjanjian. Apakah hal ini berarti kegiatan itu tidak dapat dikatakan melanggar UU Anti Monopoli? Melihat konstruksi hukum yang ada, tampaknya demikian. Namun perlu diwaspadai pula bahwa dapat saja terjadi pelanggaran yang tidak dituangkan dalam perjanjian baik tertulis maupun tidak tertulis. Hovenkamp menyoroti perbedaan pengertian antara orang hukum dan ekonomi mengenai masalah ini. Orang hukum hanya memahami bahwa kolusi dilakukan melalui komunikasi, biasanya digambarkan dalam “offer” (penawaran) dan “acceptance” (penerimaan), yang tidak memerlukan tindakan verbal. Sedangkan dalam pikiran ekonomis, kolusi seringkali tidak berhubungan dengan perjanjian, melainkan “permainan” dan “strategi”.⁹⁸ Artinya tidak perlu ada komunikasi sama sekali antar pelaku usaha.

Hal ini sangat dimungkinkan berdasar teori Cournot yang mengatakan bahwa perusahaan mengobservasi hasil produksi kompetitornya untuk kemudian bereaksi berdasar observasi tersebut untuk memproduksi jumlah yang paling menguntungkan. Untuk melakukan hal ini tidak membutuhkan kata-kata. Teori ini dapat memprediksi harga gabungan dari para pelaku usaha dan hasil produksi tanpa memeriksa komunikasi di antara para pelaku usaha, hanya berdasarkan

⁹⁷ 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.

⁹⁸ Ibid., h. 126.

pengetahuan ekonomi mengenai kondisi perusahaan, pertimbangan akan strategi alternatif, dan pilihan strategi yang paling mungkin menghasilkan keuntungan tertinggi.⁹⁹

Teori Cournot juga mendasarkan munculnya paradigma *Structure-Conduct- Performance*, dimana struktur pasar ditentukan oleh *conduct* (perilaku pelaku usaha) tertentu dan pada akhirnya akan mempengaruhi *performance* (performa) pasar.¹⁰⁰ Analisis persaingan usaha terhadap berbagai kasus saat ini didasarkan pada paradigma ini.

3. 3. Strategic Alliance : Per Se atau Rule of Reason?

Kalimat pertama dalam section 1 dari the Sherman Act adalah: *‘Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in the restraint of trade or commerce among the several states, or with foreign nations, is hereby declared to be illegal.’* Pada awalnya disadari bahwa bunyi kalimat tersebut menjerat terlalu banyak jika *‘restraint of trade or commerce’* dibaca dengan menunjuk pada setiap *restraint*, tidak peduli sekecil apa pun. Pengadilan Amerika kemudian mengadopsi pendekatan *common law* terhadap bunyi Sherman Act tersebut yaitu dengan mengenakan larangan tersebut hanya pada *restraint* yang *unreasonable* saja. Dalam kasus *Standard Oil Co. of New Jersey v. United States*, 221 US 1, 31 S Ct 502, 55 L Ed, 619 (1911), Justice White menggunakan istilah *‘undue’* sebagai ganti *‘unreasonable’* dan menerapkan prinsip *common law* dalam memeriksa kasus ini. Bork (1978) menyebut pendapat Justice White dalam kasus tersebut mengandung prinsip-prinsip yang dinamis yang mengijinkan hukum untuk berubah.¹⁰¹ Dalam kasus tersebut, Pengadilan menyatakan, *“the generic nature of Section 1’s prohibitions necessarily leaves it “to be determined by the light of reason, guided by the principles of law and the duty to apply and enforce the public policy embodied in the statute, in every given case whether any particular act or contract was within the contemplation of the statute.”*

⁹⁹ Ibid., h. 127.

¹⁰⁰ Ibid., h. 36-37.

¹⁰¹ Oliver Black, *Conceptual Foundations of Antitrust*, (Cambridge,UK: Cambridge University Press, 2005), h. 64.

Prinsip *per se illegal* dikatakan berasal dari pengalaman yudisial (*judicial experience*) yang berulang, yang mana merupakan metodologi empiris yang dapat diterima. Hipotesis-hipotesis tes secara ilmiah berusaha membuktikannya salah. Apabila sebuah hipotesis berhasil bertahan berulang-ulang tes ini, dapat dikatakan hipotesis ini terbukti. Hipotesis ini dapat tetap diberlakukan hingga muncul hipotesis baru yang lebih terbukti daripada hipotesis yang kini masih bertahan. Perlu diingat bahwa: “*We never say that a scientific hypothesis is “true” in any final sense, but only that it has survived all efforts to disprove it to date.*”¹⁰²

Per se rule diterapkan pada praktek-praktek dalam perjalanan yudisial terbukti sangat mungkin anti persaingan dan pembelaan-pembelaan yang diberikan bagi praktek ini hampir tidak mungkin menjadikannya tidak anti persaingan, hingga memasukkan atau mengungkapkan pembelaan ini tidak cukup berharga untuk diadakannya analisis kasus per kasus yang memakan banyak pengeluaran.¹⁰³

Pada perkembangannya diadakannya pembedaan *per se illegal* dan *rule of reason* memang untuk menghemat biaya yang mungkin dikeluarkan dalam pemeriksaan kasus-kasus persaingan usaha.

*The cost savings that the per se rule promises are not reduced cost of writing a judicial opinion, which is modest, but the reduced cost of all the evidence production, including expert testimony, that leads up to trial. In particular, inquiries into market power, which are unnecessary in a per se case, often cost hundreds of thousands of dollars and add greatly to the complexity of antitrust litigation.*¹⁰⁴

Karakterisasi praktek-praktek dalam *per se* dan *rule of reason* harus lebih murah daripada analisis *rule of reason*. Jika sebaliknya, adanya *per se rule* tidak berarti lagi. Apabila menentukan bahwa sesuatu harus diperiksa berdasar *per se rule* semahal mengaplikasikan *rule of reason*, berarti tidak terjadi penghematan apa pun.¹⁰⁵

¹⁰² Herbet Hovenkamp, op.cit., h. 114.

¹⁰³ Ibid., diungkapkan oleh Hovenkamp : “*Per se rule is for the practices that is so likely to be anti competitive and the offered defenses so unlikely to save it, that asserting **them is not worth the great expense of case by case analysis.***” (penekanan dari penulis)

¹⁰⁴ Ibid., h. 116.

¹⁰⁵ Ibid., h. 115.

Permasalahan ini penting namun seringkali terabaikan bahkan juga karena alur pemeriksaan oleh Pengadilan. “*This point may see too obvious to mention, but the fact is that the cost savings that the per se rule promises are often lost because of the judicial decision-making sequence.*”¹⁰⁶

Restraint (limitasi antar kompetitor yang diperjanjikan) dapat dibagi atas sifatnya berdasarkan hukum menjadi dua jenis: “*unreasonable restraint*” dan “*reasonable restraint*”. *Unreasonable restraint* adalah cara untuk mengatakan bahwa suatu *restraint* itu “*unlawful*” (melawan hukum).¹⁰⁷ Ada pula “*naked restraint*”. Pertanyaan yang membedakan suatu perjanjian per se melawan hukum atau harus diperiksa dengan *rule of reason* adalah apakah perjanjian tersebut “*naked*” atau tidak.¹⁰⁸ Ketiga istilah ini akan dijelaskan pada bagian selanjutnya.

Menentukan suatu kegiatan atau perjanjian sebagai “*restraint*” atau menghalangi kompetisi tidak sepenuhnya dapat dilakukan berdasar prinsip “*per se rule*”, termasuk dalam kegiatan kolaborasi antar pelaku usaha seperti strategic alliance. Tentang ini, Sullivan mengemukakan, “*If the predominant purpose and effect of the arrangement may be to facilitate trading in an organized market where information about demand, supply and prices is disbursed freely and rapidly and a large number of buyers and sellers interact, it is not per se unlawful.*”¹⁰⁹

Restraint semacam ini bisa mempengaruhi banyak hal, 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

¹⁰⁶ Ibid.

¹⁰⁷ Ibid., h. 104.

¹⁰⁸ William J. Kolasky Jr., *op.cit.*, h. 6.

¹⁰⁹ Ibid., h. 205.

tidak dilarang sama sekali tanpa analisis mendalam.¹¹⁰ Untuk itu Pengadilan di Amerika juga seringkali menerapkan prinsip *rule of reason* ini dalam kasus yang di dalamnya praktek yang diperiksa memiliki baik ancaman anti persaingan dan keuntungan berupa 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.*”¹¹¹

Ketika label “strategic alliance” adalah sebuah kedok dan pengaturan yang dilakukan tidak memiliki tujuan lain selain membatasi atau mengurangi hasil produksi (*output*) dan mengatur harga, maka kolaborasi tersebut dapat diperlakukan sebagai *per se* melawan hukum. Di luar hal tersebut, strategic alliance harus dievaluasi berdasar *rule of reason*.¹¹²

Pada abad ke-14, William of Occam menemukan “*the razor*” sebagai salah satu pendekatan dalam mengerti “*per se rule*” dan “*rule of reason*”: “*Applying Occam’s razor to a restraint means stripping away those explanations that are implausible or unproven until we have a “core” left that characterizes the practice as pro or anticompetitive.*” Sebuah kegiatan adalah *per se* melawan hukum apabila terdapat relatif sedikit yang harus disisihkan sebelum dapat dipersalahkan dengan keyakinan yang cukup bahwa dengan demikian dunia menjadi tempat ekonomi yang lebih baik. Sebaliknya, kita memeriksa dengan *rule of reason* ketika efek persaingan dari kegiatan bersangkutan tidak terlalu jelas. Dalam hal demikian, harus ditentukan dahulu apakah ada kekuatan pasar (*market power*)¹¹³ yang dapat digunakan, kemudian mencari tahu apakah penggunaan atas *market power* tersebut berbahaya (bagi kompetisi), dan jika demikian, apakah penggunaan *market power* yang berbahaya itu senilai dibanding keuntungan-keuntungan yang diklaim atasnya.¹¹⁴ Penentuan *market power* dalam pemeriksaan

¹¹⁰ Ibid.

¹¹¹ Michael D. Winston, Lectures on Antitrust Economics, (Cambridge, Mass: The MIT Press, 2006), h. 136.

¹¹² William J. Kolasky Jr., op.cit., h. 4.

¹¹³ Lihat juga Ernest Gellhorn dan William E. Kovacic, Antitrust Law and Economics, (St. Paul, MN: West Publishing, 1994), h. 258.

¹¹⁴ Herbert Hovenkamp, op.cit., h. 108.

dalam *rule of reason* sejalan dengan pendapat Judge Easterbrook (1984), "*Firms that lack power cannot injure competition no matter how hard they try.*"¹¹⁵

Rule of reason juga seringkali dihubungkan dengan "*balancing*", yang merupakan semacam analisis *cost-benefit*. Dalam *balancing*, Otoritas Persaingan Usaha melakukan penimbangan antara efek pro persaingan dan atau efisiensi dan efek negatif yang dihasilkan oleh *strategic alliance*. Dan hanya melalui *balancing*, sebuah perjanjian antar kompetitor, termasuk *strategic alliance*, dapat ditentukan apakah membawa lebih banyak efek positif bagi pasar daripada efek negatif atau jika ada efek negatif, apakah pendapatan efisiensi dapat menutupi atau mengalahkan (*trade-off*) efek negatif itu. Khususnya yang menyangkut *strategic alliance*, Hovenkamp menawarkan beberapa susunan pertanyaan yang jika masing-masingnya terjawab dapat digunakan sebagai pemilah yang semakin menunjukkan apakah sebuah *strategic alliance* harus melalui *balancing* atau tidak. Hovenkamp, menyangkut *balancing*, menolak ide bahwa Pengadilan dapat melakukan kuantifikasi (perhitungan untung-rugi) dalam *balancing* seperti ini, terutama apabila *balancing* harus dilakukan atas efek anti persaingan dan efisiensi atau efek pro persaingan yang tidak berbeda jauh, karena kurangnya alat-alat yang dapat digunakan untuk melakukan pekerjaan ini dengan akurat, tepat dan benar.¹¹⁶ "... for most legal scholars the highly mathematical way of reasoning is likely to make law and economics either too difficult to understood or too abstract to be relevant."¹¹⁷ Ketika kasus menunjukkan bahwa perbedaan keuntungan dan kerugian begitu tipis, Pengadilan harus kembali kepada presumsi awal, bahwa kebebasan berkontrak menghasilkan hal-hal yang menguntungkan. Satu-satunya tujuan dari hukum persaingan usaha adalah membuat ekonomi berkerja lebih baik. Jika sebuah Pengadilan tidak dapat mengambil kesimpulan dengan yakin bahwa

¹¹⁵ William J. Kolasky Jr., *op.cit.*, h. 7.

¹¹⁶ Herbert Hovenkamp, *op.cit.*, h. 26 dan 30, "*Antitrust generally attempts to deal with these not by balancing efficiency gains against competitive harms- "balancing" is simply not something the courts can do unless the difference in weights is fairly obvious.*"

¹¹⁷ Bingyuan Hsiung, "Economic Analysis of Law: An Inquiry of Its Underlying Logic", *Erasmus Law and Economics Review* 2, no. 1 (March 2006): 1–33.

melarang sebuah praktek akan meningkatkan kesejahteraan, maka Pengadilan berkewajiban untuk menyerahkannya pada pasar.¹¹⁸

Dalam Pengadilan Amerika, *rule of reason* diaplikasikan sebagai berikut: Otoritas Persaingan Usaha awalnya dibebani pembuktian bahwa sebuah perjanjian telah atau berpotensi menekan kompetisi.¹¹⁹ Otoritas Persaingan Usaha dapat melakukan pembuktian dengan menunjukkan efek-efek anti persaingan seperti pengurangan hasil produksi (*output*) dalam pasar atau dengan menunjukkan bahwa dengan membentuk *strategic alliance* seperti demikian akan menciptakan atau memfasilitasi penyalahgunaan terhadap *market power*. Kemudian, beban pembuktian beralih ke *strategic alliance* bahwa aliansinya memiliki unsur pro persaingan yang menguntungkan. Setelah itu, beban kembali beralih kepada Otoritas untuk menunjukkan bahwa *strategic alliance* (beserta perjanjian dan atau kegiatannya) tidak merupakan “*reasonable necessity*” untuk mencapai keuntungan pro persaingan yang ditunjukkan.¹²⁰

3. 4. Unreasonable Restraint, Reasonable Restraint, dan Naked Restraint dalam Perjanjian Kolaborasi Antar Kompetitor

Putusan atas kasus *Addyston Pipe* oleh Judge William H. Taft pada tahun 1898¹²¹ telah membagi perjanjian horizontal (perjanjian antar kompetitor) menjadi “*naked*” dan “*ancillary*” *restraint*. Perjanjian yang *naked* seringkali dibicarakan dalam konteks murni penetapan harga, tanpa adanya keuntungan yang diperoleh pasar yang dapat di-balance dengan efek anti persaingan. *Naked restraint* hanya dapat menghasilkan keuntungan apabila ada *market power*. Artinya, pembuatan perjanjian yang “*naked*” hanyalah didasarkan pada kepemilikan *market power* dan bertujuan semata-mata anti kompetisi. Apabila *restraint* yang dibicarakan dalam suatu contoh adalah penetapan harga, maka

¹¹⁸ Ibid., h. 149.

¹¹⁹ K. Craig Wildfang & Ryan W. Marth, “The Persistence of Antitrust Controversy and Litigation in Credit Card Networks”, Vol. 73 *Antitrust Law Journal* No. 3 (2006): 675-707, h. 678, 685.

¹²⁰ William J. Kolasky Jr., *op.cit.*, h. 4

¹²¹ *United States v. Addyston Pipe & Steel Co.*, 85 F. 271 (6th Cir. 1898), modified and aff’d, 175 U.S. 211 (1899).

dapat dikatakan bahwa tanpa adanya *market power* yang dimiliki secara kolektif oleh para pelaku usaha (yang tergabung dalam *strategic alliance*), maka penetapan harga itu tidak akan berjalan baik dan tidak akan menghasilkan keuntungan bagi para partisipan. Dalam bukunya, Hovenkamp memberikan contoh apabila ada dua restoran Italia di Manhattan yang sepakat menetapkan harga lebih tinggi daripada restoran-restoran kompetitor, maka mereka akan gagal, karena di Manhattan, restoran Italia jumlahnya banyak.¹²²

Untuk dapat membuktikan perjanjian “*naked*” tidaklah mudah dalam hal tidak ada komunikasi yang sebenarnya antara para pelaku usaha yang terlibat, karena seperti yang telah dijelaskan sebelumnya, keputusan-keputusan bisnis seringkali tidak membutuhkan komunikasi antar pelaku usaha untuk terjadi dan sangat dimungkinkan berdasar Teori Cournot. Bahkan ketika perjanjian tersebut jelas-jelas melawan hukum, maka lebih besar kemungkinannya bagi para pelaku usaha untuk menutupinya dengan berkomunikasi seminimal mungkin dan hanya jika dibutuhkan untuk mencapai pengertian. Lebih jauh lagi, struktur dari pasar dapat menyediakan media bagi para pelaku usaha untuk mencapai pengertian dengan dasar yang jauh lebih tidak membutuhkan komunikasi dibanding jika mereka berada dalam struktur pasar yang kompetitif.¹²³ Definisi kontrak tradisional (adanya penawaran (*offer*)) dan penerimaan (*acceptance*)) tidak akan terpenuhi dalam hal ini. Hovenkamp memberikan prinsip-prinsip yang dapat menuntun untuk menentukan jikalau intervensi Otoritas diyakini perlu dalam kasus dimana tidak banyak bukti-bukti yang ditemukan berkaitan dengan perjanjian tradisional:¹²⁴

- a. Dalam pasar yang memiliki tendensi mendorong perilaku oligopolistik, perjanjian tidak dapat disimpulkan hanya berdasar kesamaan atas harga yang diketahui umum.
- b. Ketika suatu pasar kondusif bagi perilaku oligopolistik atau kartel, namun tidak sempurna, para pelaku usaha di dalamnya dapat mengembangkan

¹²² Herbert Hovenkamp, *op.cit.*, h. 112

¹²³ *Ibid.*, h. 127.

¹²⁴ *Ibid.*, h. 127-128.

“praktek-praktek yang memfasilitasi” (oligopoli atau kartel), melalui komunikasi (seringkali non verbal) yang membuat kartel bekerja lebih baik. Fasilitator tersebut dapat menjadi bukti atas adanya “perjanjian”.

- c. Ketika informasi dan pengambilan keputusan tidak sempurna, perjanjian penetapan harga yang lebih terlihat saat kolusi adalah sesuatu yang rasional dalam keadaan dan perilaku yang memiliki sangat sedikit atau sama sekali tidak ada nilai-nilai keuntungan secara sosial.
- d. Kegagalan dalam menemukan perjanjian berdasar praktek-praktek bentuk tertentu yang memfasilitasi kartel justru memberikan insentif bagi pelaku usaha untuk melaksanakannya.

Restraint atas harga yang dilakukan oleh beberapa pelaku usaha (misalnya dalam strategic alliance) dapat dikenakan *rule of reason* dan bukannya *per se rule* selayaknya dalam “*naked*” *restraint* hanya jika 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.*”¹²⁵ Namun demikian, situasi ini harus dibedakan dari situasi dimana sebenarnya “*partial integration*” dapat dicapai tanpa penetapan harga. Hal ini serupa dengan pandangan Federal Trade Commission (FTC) dan US Department of Justice (USDOJ) dalam The Competitor Collaboration Guidelines yang menyebut kondisi ini “*unreasonable restraint*”.

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.*”¹²⁶ Lebih lanjut dikatakan juga bahwa pemeriksaan atas “*reasonable necessity*” dan efek-

¹²⁵ Lawrence Anthony Sullivan, *op.cit.*, h. 206.

¹²⁶ Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice, *op.cit.*, h. 23, poin 3.36. Identifying Procompetitive Benefits of the Collaboration.

efek persaingan dapat berubah berdasar durasi perjanjian atau kegiatan, atau konteks pasar yang berbeda.¹²⁷ Penetapan harga atas *blanket license* dalam kasus BMI sudah pasti termasuk “*price fixing*”, namun Pengadilan memutuskan bahwa hal itu bukan per se *price fixing*. Pengadilan mengangkat fakta bahwa negosiasi individual antara artis dan pembeli musik yang berjumlah ribuan adalah tidak mungkin dan tidak masuk akal. Jadi *blanket license* adalah “*obvious necessity*” (keperluan yang jelas). Berdasar kasus BMI itu, Pengadilan berpegang bahwa pengaturan harga dalam joint venture “*not usually unlawful, at least not as price-fixing schemes, where the agreement on pricing is necessary to market the product at all.*”¹²⁸ *Reasonable* belum tentu berarti *essential*, artinya praktek itu mungkin diperlukan bagi aliansi untuk mencapai efek pro persaingan yang diklaim, namun belum tentu merupakan satu-satunya cara untuk mencapai efek pro persaingan 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*.¹²⁹

Selain itu, seperti yang telah dijelaskan sebelumnya, istilah “*unreasonable*” digunakan hanya untuk menunjukkan bahwa *restraint* yang dimaksud melawan hukum. Untuk menggambarkan *unreasonable restraint* ini harus memenuhi unsur-unsur : *i) must create, increase, or prolong market power, or seriously threaten to do so; and ii) cause injury to at least one group of market participants that is iii) not offset by any justifications claimed for it; iv) and be correctable through the antitrust enforcement system.*¹³⁰

Di sisi lain, apa yang membuat sebuah “*restraint*” bersifat *ancillary*¹³¹ (bukan tujuan utama, sebagai pendukung) adalah apakah *restraint* itu dibutuhkan untuk mempertahankan aspek pro persaingan dari strategic alliance. Untuk itu

¹²⁷ Ibid., poin 3.36 (b). Reasonable Necessity and Less Restrictive Alternatives.

¹²⁸ K. Craig Wildfang & Ryan W. Marth, *op.cit.*, h. 693, kasus BMI, 441 U.S. 1 (1979).

¹²⁹ Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice, *loc.cit.*

¹³⁰ Herbert Hovenkamp, *op.cit.*, h. 104.

¹³¹ Baca Ernest Gellhorn dan William E. Kovacic, *op.cit.*, h. 9-10 sebagai perbandingan perbedaan pandangan tentang *ancillary restraint*.

harus dilihat mengapa *restraint* itu diatur atau diperjanjikan, dan bagaimana diaplikasikan.¹³² Banyak praktek-praktek yang memang hanya menguntungkan aliansi namun tidak pro persaingan dan karenanya harus dapat dibedakan. Apabila ditemukan perjanjian *ancillary* dalam strategic alliance maka perjanjian itu harus diperiksa menggunakan *rule of reason*.

Salah satu kasus kolaborasi antar kompetitor yang menarik karena diperiksa berdasar *per se rule* atas perjanjian pembagian wilayah adalah United States v. Topco Associates, Inc. (1972). Dalam kasus tersebut, Supreme Court melarang pembagian wilayah dalam produksi dan distribusi yang dilakukan oleh Topco. Topco adalah bentuk kerjasama yang dilakukan oleh beberapa toko independen. Topco mengizinkan anggota untuk membeli barang-barang dengan harga yang sama seperti toko-toko dalam satu perusahaan (*chain store*). Topco berkembang sesuai dengan makin banyaknya toko independen yang bergabung dari berbagai daerah. Harga murah yang diperoleh anggota aliansi melalui Topco membuat toko-toko anggotanya ini dapat bersaing dengan *chain store* yang ada di wilayah masing-masing. Anggota-anggota Topco dibagi atas wilayah eksklusif sendiri-sendiri untuk menghindari kompetisi di antara mereka. Pemerintah menggugat Topco karena dianggap telah melanggar § 1 Sherman Act (*Every contract, combination in the form of trust or otherwise, or conspiracy, in restraint of trade or commerce among the several States, or with foreign nations, is declared to be illegal*).¹³³ *Restraint* yang diciptakan oleh Topco jelas merupakan perjanjian *ancillary*, didesain untuk menghindari pengambilan keuntungan sepihak (*free-riding*) di antara anggota-anggota mereka sendiri. Pangsa pasar anggota-anggota Topco di wilayah masing-masing yang rata-rata hanya 6% (enam persen) terlalu kecil untuk mendukung terjadinya kartelisasi.¹³⁴ Justice Marshall beranggapan bahwa segala bentuk *horizontal restraint* adalah *per se illegal* dan menyatakan pendapatnya tentang *rule of reason* dalam hal ini “*leaving courts free*

¹³² 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.

¹³³ Dalam http://uscode.law.cornell.edu/uscode/html/uscode15/usc_sup_01_15_10_1.html, diakses 12 September 2009.

¹³⁴ Herbert Hovenkamp, *op.cit.*, h. 122.

to ramble through the wilds of economic theory in order to maintain a flexible approach".¹³⁵ Memiliki *dissenting opinion* adalah Justice Burger yang berpendapat bahwa pengaturan *exclusive territorial* dalam kasus ini memiliki tujuan jelas dan justru meningkatkan kompetisi bukannya menghambat. Justice Burger juga berpendapat *per se rule* sebaiknya tidak diaplikasikan secara otomatis dalam segala situasi ketika fakta-fakta objektif mengindikasikan bahwa penggunaan prinsip tersebut tidak tepat.¹³⁶ Dengan kata lain, Justice Burger setuju bahwa perjanjian pembagian wilayah ini bersifat *ancillary* bukan *naked*¹³⁷ dan perkembangan yang dialami oleh produk-produk Topco serta tidak adanya *market power* (oleh anggota aliansi Topco di wilayah masing-masing) menjadikan *restraint* ini pro persaingan.¹³⁸

Hovenkamp menawarkan pertanyaan-pertanyaan untuk menentukan apakah sebuah kegiatan bisnis mengandung "*unreasonable restraint*".¹³⁹

- a. Apakah kegiatan yang dicurigai menunjukkan tanda-tanda mengurangi *output* atau menaikkan harga? Jika tidak, berarti dapat dipastikan bahwa kegiatan tersebut tidak melanggar hukum. Jika ya, teruskan ke pertanyaan selanjutnya. Dalam menentukan apakah suatu perjanjian mengancam *output* di pasar, pemeriksaan atas *market power* mungkin dibutuhkan.
- b. Apakah kegiatan yang dicurigai bersifat "*naked*" atau "*ancillary*" (sebuah ikutan, turunan, tambahan) dari suatu perjanjian aliansi atau perjanjian yang memang pada dasarnya efisien atau bermanfaat bagi konsumen? Jika kegiatan itu sifatnya "*naked*", berarti kegiatan tersebut ilegal. Jika *ancillary*, lanjutkan ke pertanyaan selanjutnya.
- c. Periksa *market power* yang dimiliki oleh perusahaan-perusahaan dalam pemeriksaan. Berapa jumlah pihak-pihak yang terlibat? Sejauh apa konsentrasi pasar? Tinggi atau rendahkan *entry barrier*? Apakah aliansi

¹³⁵ United States v. Topco Assocs., 405 U.S. 596 (1972).

¹³⁶ Ibid.

¹³⁷ Lihat Norman S. Goldenberg, Peter Tenen, ed., *Casnote Legal Briefs Antitrust* (Santa Monica, CA: Casenotes Publishing, 1995), h. 41.

¹³⁸ Herbert Hovenkamp, *loc.cit.*

¹³⁹ Ibid., h. 106-107.

bersangkutan bersifat non-eksklusif, artinya apakah partisipan dalam aliansi bebas untuk menawarkan produk atau servis di luar batasan-batasan yang dikenakan (*outside the restraints imposed*)? Jika demikian, pengurangan output di pasar luas kecil kemungkinannya. Jika analisis singkat ini menunjukkan bahwa penggunaan *market power* tidak dimungkinkan, maka kegiatan yang dicurigai adalah legal. Jika sebaliknya, teruskan ke pertanyaan selanjutnya.

- d. Apakah ada bukti kuat bahwa kegiatan yang diperiksa menciptakan efisiensi yang substansial dengan mengurangi biaya pengeluaran para partisipannya, atau meningkatkan kualitas produk atau servis? Jika tidak, kegiatan ini ilegal. Jika sebaliknya, lanjutkan ke pertanyaan berikutnya.
- e. Dapatkah efisiensi yang teridentifikasi dalam langkah sebelumnya dapat dicapai melalui cara alternatif yang tersedia dan selayaknya terpikirkan, yang memiliki potensi lebih kecil untuk menekan kompetisi? Jika ya, berarti kegiatan dalam bentuknya yang saat ini adalah ilegal. Jika tidak terdapat alternatif lain, pertanyaan berikutnya harus dijawab.
- f. Analisis kini memasuki "*balancing*". Yang dimaksud *balancing* adalah mengukur "kebaikan" yang dihasilkan oleh kegiatan dibandingkan dengan efek-efek anti persaingannya. Apabila "kebaikan-kebaikan" yang dihasilkan dapat mengalahkan efek anti persaingan, maka kegiatan tersebut dibenarkan untuk berjalan. Jika ancaman terhadap kompetisi begitu nyata dan perusahaan yang terlibat tidak dapat merestrukturisasi kegiatan dan atau kolaborasi mereka, maka konklusi yang patut diambil oleh Pengadilan adalah mengecam.

Restraint yang valid harus didukung dengan "*good consideration*". Dengan demikian, penjelasan dan kriteria yang ditentukan oleh FTC dan USDOJ dalam *Collaboration among Competitors Guidelines*-nya ditekankan kembali di sini. Gellhorn dan Kovacic sepakat bahwa, "*Whether a trade restraint was ancillary depended on whether the covenant was subordinate to the transaction's main lawful purpose, or was the object of the contract and therefore a "naked*

covenant not to compete.”¹⁴⁰ Menurut mereka, *ancillary restraints* diperbolehkan apabila terbatas atau dibatasi durasinya dan tempat geografisnya.¹⁴¹

Judge William Howard Taft dalam kasus *US v. Addyston Pipe & Steel Co.* (1898) mengemukakan, “*Where the sole object of both parties in making the contract... is merely to restrain competition, and enhance or maintain prices, it would seem that there was nothing to justify or excuse the restraint, that it would necessarily have a tendency to monopoly, and therefore would be void.*”¹⁴² (garis bawah dari penulis) Hal ini berarti, dalam hal perjanjian yang diterapkan dalam *strategic alliance*, yang harus dipisahkan, dibedakan dan menjadi perhatian utama adalah *main (lawful) purpose*. Dalam pemeriksaan *ancillary restraint* atas sebuah *strategic alliance*, harus diperhatikan unsur “*good consideration*” dalam pembuatannya dan akibat-akibatnya pada pasar menggunakan prinsip *rule of reason*. Sehingga hanya boleh menyetujui “*reasonable ancillary restraint.*”

Hovenkamp menekankan bahwa dalam *strategic alliance*, atau kolaborasi pelaku usaha yang sejenis, bahwa analisis pertama-tama harus diarahkan pada “adakah *restraint* pada *output*”. *Output* di sini dapat dalam jumlah unit, kualitasnya, dan pada kasus tertentu juga memperhatikan harga. Ini akan mengarahkan pada pemeriksaan dua hal yaitu: kekuatan yang dimiliki oleh aliansi dalam pasar dan efek dari pengaturan aliansi atas *output* pada pasar.¹⁴³

Gellhorn dan Kovacic mengemukakan hal yang sedikit berbeda dalam pemeriksaan sebuah aliansi. Terutama dengan menyertakan “*entry barrier*” dalam unsur-unsur yang harus dianalisis dalam sebuah *strategic alliance*. Analisis Gellhorn dan Kovacic menekankan pada *i) whether the venture group’s objectives are legitimate, ii) whether the venture unduly restricts the freedom of action of its participants, and iii) whether the venture may properly refuse to grant access to new participants.*¹⁴⁴

¹⁴⁰ Ernest Gellhorn dan William E. Kovacic, *op.cit.*, h. 6.

¹⁴¹ *Ibid.*

¹⁴² *Ibid.* h. 8

¹⁴³ Herbert Hovenkamp, *op.cit.*, h. 139, juga lihat Ernest Gellhorn dan William E. Kovacic, *op.cit.*, h. 258.

¹⁴⁴ Ernest Gellhorn dan William E. Kovacic, *op.cit.*, h. 254.

Analisis persaingan usaha atas strategic alliance seperti layaknya pada kolaborasi antar pelaku usaha juga harus mempertimbangkan struktur pasar dan ukuran aliansi, dimana juga akan meneliti *market power*nya, dimana akan terfokus pada tiga pertanyaan: i) seberapa besar kekuatan gabungan aliansi untuk mengurangi *output* pasar?; ii) hingga batas apakah aliansi membatasi *output* dari anggotanya sendiri?; iii) Hingga seberapa jauh aliansi beroperasi untuk menjaga lawan (non anggota aliansi) ke luar pasar? Pertanyaan pertama berhubungan dengan struktur pasar dan pasar bersangkutan. Sebelum suatu aliansi memiliki kekuatan untuk mengurangi *output* pasar, aliansi tersebut harus memegang kontrol atas bagian yang cukup dari pasar bersangkutan. Pasar juga harus cukup tertutup bagi pendatang baru, dan aliansi memiliki cukup kekuatan untuk mengatur *output* dari non anggota. Pembatasan atau pengurangan atas *output* pasar adalah suatu ancaman bagi kompetisi luas. Karenanya, ancaman tersebut sebagian besar menghilang apabila anggota aliansi dibebaskan untuk melakukan penjualan di luar aliansi sesuai yang diinginkan dan dengan harga yang dipilih.¹⁴⁵

Selain itu juga harus memperhatikan tujuan aliansi, jenis aturan yang diterapkan bagi para pelaku usaha yang tergabung, dan insentif yang diciptakan. Dalam beberapa kasus, *ancillary restraint* seringkali didayakan untuk mencegah adanya “*free-riding*” atau perilaku oportunistis oleh pihak luar untuk ikut menikmati insentif dalam suatu aliansi.¹⁴⁶ Ada argumentasi bahwa kontrak eksklusif antar pelaku usaha dalam aliansi justru mempromosikan efisiensi ketika investasi yang dilakukan menjadi subyek “perebutan” oleh pihak lain a la *free-riding*.¹⁴⁷ Pepatah “ada gula, ada semut” sangat tepat dalam keadaan demikian, karena seringkali apabila melalui suatu aliansi, para pihak yang terlibat mendapat suatu keuntungan, maka pihak luar dengan berbagai cara dapat melakukan *free-riding*.¹⁴⁸ Bahkan Gellhorn dan Kovacic berargumen bahwa *free-riding* juga dapat dilakukan oleh

¹⁴⁵ Herbert Hovenkamp, *op.cit.*, h. 142, berdasar kasus Broadcast Music, Inc. (BMI) v. Columbia Broadcasting System, 441 U.S. 1 (1979).

¹⁴⁶ Lihat juga William J. Kolasky Jr., *loc.cit.*

¹⁴⁷ Michael D. Winston, *op.cit.*, h. 179.

¹⁴⁸ Lihat Herbert Hovenkamp, *op.cit.*, h. 145.

pelaku usaha yang terlibat dalam aliansi, sebagai contoh, dalam *joint Research & Development*, pelaku usaha partisipan mungkin akan berusaha mengurangi kontribusi yang dijanjikan baik berupa data, *know-how* atau lainnya.¹⁴⁹

Tentang *free-riding* ini, Collaboration among Competitors Guidelines juga mengaitkannya dengan *reasonable necessity* yang disyaratkan sebagai salah satu penentuan *reasonable restraint*, dikemukakan:

*The reasonable necessity of an agreement also may depend on whether it deters individual participants from undertaking free riding or other opportunistic conduct that could reduce significantly the ability of the collaboration to achieve cognizable efficiencies. Collaborations sometimes include agreements to discourage any one participant from appropriating an undue share of the fruits of the collaboration or to align participants' incentives to encourage cooperation in achieving the efficiency goals of the collaboration. The Agencies assess whether such agreements are reasonably necessary to deter opportunistic conduct that otherwise would likely prevent the achievement of cognizable efficiencies.*¹⁵⁰

Dengan demikian, pemeriksaan *Rule of reason* dalam kolaborasi antar kompetitor, termasuk strategic alliance dapat dilakukan melalui langkah-langkah sebagai berikut, yaitu:¹⁵¹

- a. 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.
- b. 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.
- c. Apakah aturan atau praktek-praktek lain dari aliansi yang dicurigai membatasi atau mengurangi *output* aliansi atau kemampuan anggota

¹⁴⁹ Ernest Gellhorn dan William E. Kovacic, *op.cit.*, h. 259.

¹⁵⁰ Federal Trade Commission and U.S. Department of Justice, *loc.cit.*

¹⁵¹ Herbert Hovenkamp, *op.cit.*, h. 149.

aliansi untuk berkompetisi di luar aliansi secara efektif? Jika “tidak”, hentikan pemeriksaan.

- d. 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.
- e. Dengan berasumsi bahwa keuntungan dan ancaman sudah diketahui, dapatkah aliansi mendapat keuntungan yang serupa dengan praktek-praktek alternatif yang tidak begitu mengancam kompetisi?¹⁵² Jika “ya”, larang praktek yang dicurigai.

Hanya apabila pemeriksaan telah sampai di pertanyaan terakhir, 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.

3. 5. Remedies dalam Pelanggaran Hukum Persaingan Usaha

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 denda¹⁵³ dapat memberi efek jera pada pelanggar. Di Amerika Serikat, *remedy* dalam hukum persaingan usaha yang tersedia antara lain, *treble damages*, yaitu ganti rugi tiga kali lipat jumlah yang dialami oleh pelaku usaha yang mengajukan gugatan persaingan usaha (*private action*), *injunctive relief* yaitu perintah Pengadilan untuk mencegah persaingan usaha yang berpotensi atau telah terbukti anti persaingan, hukuman

¹⁵² 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.

¹⁵³ Herbert Hovenkamp, *op.cit.*, h. 52.

pidana berupa pidana penjara dan pidana denda, keduanya berfungsi memberi efek jera atau apabila pemerintah tidak memiliki pilihan sanksi lain sebagai respon atas pelanggaran hukum persaingan yang serius.¹⁵⁴ Selain itu, USDOJ dan FTC juga berwenang untuk meminta kepada Pengadilan mengadakan *divestiture*, yaitu memerintahkan pelaku usaha satu atau lebih fungsi operasinya (contohnya penjualan pabrik atau anak perusahaan), dan *dissolution*, yaitu menghentikan hubungan kolaborasi antar pelaku usaha yang berpotensi atau telah terbukti anti persaingan.¹⁵⁵

Pengadilan dalam kasus *United States v. Aluminum Co. of America*, 91 F.Supp. 333, 344 (S.D.N.Y. 1950) mengatakan *divestiture* dan *dissolution* memiliki beberapa fungsi, berdasar historis, yaitu, (1) *It puts an end to the combination or conspiracy when that is itself the violation.* (2) *It deprives the antitrust defendants of the benefits of their conspiracy.* (3) *It is designed to break up or render impotent the monopoly power which violates the Act.*¹⁵⁶ *Dissolution* ini yang merupakan salah satu remedy paling tepat dikenakan terhadap strategic alliance yang terbukti anti persaingan.

Di Indonesia, sanksi atas pelanggaran UU Anti Monopoli dibagi menjadi: tindakan administratif, pidana pokok dan pidana tambahan. Pada dasarnya bentuk sanksi-sanksi ini serupa dengan sanksi yang ada di Amerika, yaitu penghentian *conduct* yang terbukti anti persaingan dan atau sanksi ganti rugi sejumlah uang. Perbedaannya adalah bahwa di Indonesia, tidak dikenal adanya *private action*, yaitu gugatan persaingan usaha yang dilakukan oleh pelaku usaha lain. Sehingga tidak ada pula penggantirugian kepada pelaku usaha lain yang merasa dirugikan.

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.

¹⁵⁴ Lawrence Anthony Sullivan, *op.cit.*, h. 148.

¹⁵⁵ Roger Leroy Miller & Gaylord A. Jentz, *Business Law Today*, 7th Ed., (Mason, OH: West Legal Studies in Business, 2006), h. 879.

¹⁵⁶ Lawrence Anthony Sullivan, *loc.cit.*, h. 144.

3. 6. Kasus Visa-Mastercard (Amerika Serikat)

Dalam kasus Visa, USDOJ menentang praktek “*exclusionary*” (peraturan dalam aliansi yang menghalangi kompetitor) yang dilakukan oleh Visa dan MasterCard. Baik Visa dan MasterCard adalah pemegang merek kartu yang disebut “*general purpose cards*”, yaitu kartu pembayaran yang diterima secara luas oleh *merchant-merchant* atau toko yang tidak memiliki hubungan afiliasi dengan penerbit kartu. Ini yang membedakannya dengan kartu yang mungkin hanya diterima oleh tempat perbelanjaan atau grup toko, bukannya secara umum diterima. Baik Visa maupun MasterCard muncul dari inisiatif Bank of America dan bank-bank besar di wilayah Chicago untuk mengembangkan jaringan kartu kredit yang berskala nasional di Amerika. Pada permulaan tahun 1970-an, jaringan yang kemudian menjadi Visa dan MasterCard telah terbentuk sebagai aliansi (joint ventures) dengan keanggotaan yang *open-membership* yang terdiri dari bank-bank di Amerika dan kemudian berkembang hingga seluruh dunia. Jaringan ini dimiliki bersama-sama oleh bank-bank anggota.¹⁵⁷ Visa dan MasterCard dalam perjanjian kolaborasi memiliki apa yang disebut peraturan “*exclusionary*”, dimana dengan peraturan ini, mereka melarang bank-bank anggota aliansi menerbitkan kartu American Express atau Discover, namun tidak melarang bank-bank itu untuk menerbitkan kartu satu sama lain (Visa atau MasterCard). Pemerintah melihat ini sebagai penghalang kompetisi secara substansial dalam dua pasar. Pasar yang pertama adalah pasar untuk “*general purpose cards*”. Pasar kedua adalah pasar untuk pelayanan jaringan *general purpose card*, yaitu pasar dimana penerbit kartu mencari pelayanan kliring dan proses jaringan lain yang mengizinkan penggunaan kartu secara nasional dan internasional.

Pengadilan Second Circuit¹⁵⁸ Amerika Serikat setuju bahwa pada level jaringan, “*competition has been seriously damaged by the defendants’ exclusionary rules*” karena “*it is largely undisputed that the exclusionary rules have resulted in the failure of Visa and MasterCard member banks to become*

¹⁵⁷ K. Craig Wildfang & Ryan W. Marth, *op.cit.*, h. 676.

¹⁵⁸ Second Circuit memiliki yurisdiksi meliputi Negara bagian Connecticut, New York dan Vermont.

issuers of American Express and Discover-branded cards."¹⁵⁹ Karena peraturan ini, Amex dan Discover tidak memiliki kesempatan bersaing karena bank-bank yang memilih Amex atau Discover tidak diperbolehkan menerbitkan kartu Visa atau MasterCard, dan tidak ada bank-bank di Amerika yang bersedia melepaskan keanggotaannya dalam jaringan Visa dan MasterCard untuk dapat menerbitkan Amex atau Discover.¹⁶⁰ Hal ini terutama mempengaruhi isu inovasi, karena inovasi lebih dapat berkembang apabila terdapat empat kompetitor daripada dua kompetitor yang bersaing.¹⁶¹ Ini juga yang diperhatikan oleh Hovenkamp, bahwa dalam kasus Visa ini, yang menjadi ancaman terbesar bukanlah menyangkut harga, melainkan penghambatan atas inovasi.¹⁶² Pemerintah diwakili oleh USDOJ menyajikan bukti bahwa ada bervariasi tipe kartu "smart" (*encrypted card*) yang secara teknologi telah tersedia, namun industri *general purpose card* sangat lamban dalam mengadopsi penggunaannya.¹⁶³ Apakah inovasi semacam ini akan benar-benar digunakan apabila kompetisi berjalan baik tidak diketahui secara jelas, namun bukan tugas hukum persaingan usaha untuk menjelaskan bagaimana inovasi akan bekerja pada pasar yang lebih bebas di masa akan datang. Hukum persaingan usaha hanya bertugas membuka pasar sehingga kompetisi dan inovasi dapat mengambil tempat.¹⁶⁴

Hal lain yang ditekankan oleh Pengadilan dalam kasus ini adalah bahwa peraturan *exclusionary* antara Visa dan MasterCard harus digolongkan dalam *horizontal restraint*, bukan vertikal. Visa dan MasterCard menghabiskan banyak waktu berargumentasi bahwa peraturan tersebut seharusnya diperlakukan layaknya kasus vertikal, yaitu hubungan *exclusive distributorship* yang secara

¹⁵⁹ *United States v. Visa U.S.A., Inc.*, 163 F.Supp.2d 322 (S.D.N.Y.2001) ; *United States v. Visa U.S.A., Inc.*, 183 F.Supp.2d 613 (S.D.N.Y.2001). dalam <http://www.usdoj.gov/atr/cases/f201200/201283.htm>, 10 September 2009.

¹⁶⁰ *Ibid.*

¹⁶¹ *United States v. Visa USA Inc.*, 344 F.3d 229 (2d Cir. 2003), <http://cases.justia.com/us-court-of-appeals/F3/344/229/603013/>, 18 Oktober 2009.

¹⁶² Herbert Hovenkamp, *op.cit.*, h. 144.

¹⁶³ *Ibid.*, h. 145.

¹⁶⁴ *Ibid.*

umum diterima sebagai hal yang tidak menghalangi kompetisi. Dalam hal ini, Pengadilan menolak argumentasi itu dan memperlakukannya sebagai horizontal karena peraturan di antara para tergugat itu adalah “*an agreement among competitors on the way in which they will compete with one another*”.¹⁶⁵

Visa dan MasterCard juga berargumentasi bahwa peraturan *exclusionary*-nya tidak mengancam kompetisi, namun kompetitor, dan menekankan dengan mengutip formula yang terkenal: “*antitrust laws protect competition, not competitors*”.¹⁶⁶ Pengadilan menanggapi dengan menyatakan, “*Without doubt the exclusionary rules in question harm competitors. The fact that they harm competitors does not, however, mean that they do not also harm competition.*”¹⁶⁷

Dalam kasus ini, ahli dari Pemerintah menggunakan *price-sensitivity test* untuk menyimpulkan bahwa *general purpose cards* dan layanan jaringan *general purpose card* adalah pasar produk yang relevan dan bahwa Visa dan MasterCard memiliki *market power* dalam pasar itu. Dalam test ini, ditemukan bahwa *merchant*/toko tidak dapat berhenti menerima Visa dan MasterCard sebagai kartu pembayaran, meskipun terdapat penambahan biaya *interchange* yang signifikan dan sering. Bahkan *merchant* yang tergolong pendapatannya kecil juga tidak dapat menolak karena resiko kehilangan konsumen. Selain itu, sebagai bukti bahwa keduanya memiliki *market power*, ditunjukkan fakta baik jaringan Visa mau pun MasterCard dapat melakukan diskriminasi harga dalam level *interchange*¹⁶⁸.

3. 7. Kasus Alitalia-Air France (Uni Eropa)

¹⁶⁵ United States v. Visa USA Inc., 344 F.3d 229 (2d Cir. 2003), *loc.cit.*

¹⁶⁶ Berdasar kasus Clorox Co. v. Sterling Winthrop, Inc., [117 F.3d 50](#), 57 (2d Cir.1997). Lihat juga Ernest Gellhorn dan William E. Kovacic, *op.cit.*, h. iv. Awalnya frase “*competition, not competitors*” digunakan oleh Pengadilan dalam kasus merger Brown Shoe (1962) yang terkenal.

¹⁶⁷ United States v. Visa USA Inc., 344 F.3d 229 (2d Cir. 2003), *loc.cit.*

¹⁶⁸ Interchange fee adalah biaya yang harus dikeluarkan oleh bank penerbit kartu kepada bank merchant dalam hal keduanya adalah bank yang berbeda ; ***payment by one bank to another: a fee paid by one bank to another to cover cardholder costs until payment is made***, “ Interchange fee”, Microsoft Encarta Dictionary (CD-ROM, Microsoft Corporation, 2007).

Dalam kasus strategic alliance Air France-Alitalia, notifikasi dilakukan kepada Komisi Uni Eropa yang mengurus tentang Kompetisi (European Communities Competition Commission) pada November 2001. Pemeriksaan oleh Komisi dilakukan karena aliansi antara keduanya dicurigai melanggar Article 81(1) EC Treaty yang berbunyi “*prohibits all agreements between undertakings, decisions by associations of undertakings and concerted practices which may affect trade between Member States (6) and which have as their object or effect the prevention, restriction or distortion of competition*”.¹⁶⁹

Berdasar Yearbook 2003 of AEA, the Association of European Airlines, Air France adalah maskapai penerbangan terbesar kedua di Eropa setelah Lufthansa, sedangkan Alitalia adalah maskapai terbesar ke-enam di Eropa berdasarkan jumlah penumpang.¹⁷⁰ Perjanjian strategic alliance antara para pihak terutama mengenai:

“(a) creation of a European multi-hub system based on Air France’s hub at Paris Charles de Gaulle and Alitalia’s hubs at Rome Fiumicino and Milan Malpensa, in order to interconnect their world-wide networks; (b) coordination of the Parties’ passenger service operations, including extensive use of code-sharing, coordination of their scheduled passenger network, sales, revenue management, mutual recognition of their respective Frequent Flyer Programmes, marketing coordination and share of lounge usage; (c) cooperation in other areas, such as cargo operations, passenger handling, maintenance, purchasing, catering, information technology, fleet development and purchase, crew training and revenue accounting”.¹⁷¹

Berdasarkan Article 81 (1), aliansi tersebut terbukti menghambat kompetisi di tujuh pasar *origin/destination*, antara lain: Paris-Milan, Paris-Rome Paris-Venice, Paris-Florence, Paris-Bologna, Paris-Naples dan Milan-Lyon.¹⁷²

¹⁶⁹ Lihat Commission of the European Communities, Communication from the Commission, Notice, Guidelines on the application of Article 81 (3) of the Treaty (2004/C 101/08), Official Journal of the European Union C 101/97-118 (27-4-2004).

¹⁷⁰ Commission of the European Communities, Commission Decision (Case COMP/38.284/D2 Société Air France / Alitalia Linee Aeree Italiane S.p.A.) (7 April 2004), h. 3.

¹⁷¹ Ibid., h. 3-4.

¹⁷² Ibid., h. 25.

Namun demikian, Komisi juga melakukan pemeriksaan berdasarkan Article 81 (3) yang merupakan pasal pengecualian atas pelanggaran Article 81 (1), dimana perjanjian atau tindakan kerjasama terbukti menghasilkan kontribusi “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”¹⁷³ dapat dikecualikan dalam pelanggaran Article 81(1). Dan ditekankan juga dalam Article tersebut bahwa hambatan atas kompetisi internal aliansi harus terjadi (*indispensable*) agar tercapai kontribusi tersebut, dan tidak boleh mengeliminasi bagian substansial atas produk.¹⁷⁴ Peserta aliansi ini dapat menjelaskan alasan-alasan yang masuk akal atas dilaksanakannya perjanjian.¹⁷⁵ Dan sepertinya dari putusan yang dihasilnya, Komisi menerima alasan-alasan tersebut. Hal ini sesuai dengan penemuan berdasarkan penelitian atas aliansi-aliansi penerbangan bahwa:

“the consumer benefits of linking the two networks with a large portion of the total traffic originating in interior points of the two partners' respective networks as compared to the origin-destination (O-D) traffic on the gateway-to-gateway bilateral routes would be larger than the reduction of consumer benefits to be caused by the potential monopolistic behavior of the bilateral alliance carriers directed at the gateway-to-gateway O-D passengers”.¹⁷⁶

Komisi kemudian memutuskan bahwa berdasar pemeriksaan perjanjian dan keadaan pasar, strategic alliance diijinkan beroperasi berdasar perjanjian yang telah dibuat namun dengan beberapa komitmen yang dipastikan akan memperbaiki kompetisi di pasar. Komitmen ini dibuat berdasar inisiatif Air France-Alitalia yang kemudian diperiksa oleh Komisi dan disetujui karena meningkatkan kompetisi di pasar. Komitmen utama adalah penyerahan *slot* penerbangan kepada kompetitor-kompetitor lain pada bandara-bandara

¹⁷³ Guidelines on the application of Article 81 (3) of the Treaty (2004/C 101/08).

¹⁷⁴ Commission Decision (Case COMP/38.284/D2 Société Air France / Alitalia Linee Aeree Italiane S.p.A.), *loc.cit.*

¹⁷⁵ *Ibid.*, h. 26-27.

¹⁷⁶ Tae Hoon Oum, Jong-Hun Park, Anming Zhang, Globalization and strategic alliances: The case of the Airline Industry, (Kidlington, Oxford:Elsevier Science Ltd, 2000), h. 203.

origin/destination yang dianggap padat penumpang dan berpotensi mengalami hambatan kompetisi.¹⁷⁷

European Community Competition Commission (Komisi) juga memiliki dasar pendekatan yang menerima bahwa aliansi dapat membawa benefit bagi konsumen dan ekonomi secara keseluruhan, namun benefit itu tidak boleh dicapai dengan mengurangi kompetisi di pasar tertentu. Pertanyaan penting dalam kasus aliansi maskapai penerbangan ini adalah bagaimana menentukan pasar bersangkutan. Komisi mengaplikasikan pendekatan “*origin/destination*”, yang berarti setiap kombinasi “dari” (*origin*) dan “tujuan” (*destination*) dianggap sebagai pasar yang terpisah berdasar sudut pandang penumpang. Hal ini menuai kritik bahwa Komisi melupakan fakta bahwa transportasi udara memiliki karakter kompetisi jaringan (*network competition*) antar maskapai dan aliansi, tidak semudah rute individual saja. Komisi kemudian melawan kritik ini dengan menggarisbawahi bahwa dalam pemeriksaannya terhadap beberapa aliansi transatlantic dan kasus merger maskapai, seperti Lufthansa/United/SAS, lalu KLM/Northwest dan United/US Airways), telah diterima bahwa rute tidak langsung tertentu dalam dilihat sebagai alternatif yang sesuai bagi layanan non-stop dalam rute jarak jauh.¹⁷⁸

Dimana terdapat maskapai penerbangan yang tergabung dalam aliansi maka ada pula kemungkinan bahwa beberapa grup tersebut mendominasi area pasar tertentu. Dapat dikatakan bahwa dominasi tersebut bergantung pada seberapa jauh aliansi-aliansi itu saling melengkapi (*complementary*), menghubungkan jaringan maskapai di area-area berbeda, dan seberapa jauh aliansi-aliansi itu saling paralel, dengan maskapai-maskapai anggota aliansi yang beroperasi di rute yang sama, saling berkompetisi.¹⁷⁹ Ketika dua maskapai melayani rute yang sama masuk dalam suatu aliansi, dapat dipastikan bahwa mereka akan mengambil langkah-langkah untuk mengkoordinasikan pemasaran atas rute tersebut. Aliansi biasanya menyertakan pengaturan yang resiprokal

¹⁷⁷ Ibid., h. 30-32.

¹⁷⁸ Phillip Marsden, ed., *Handbook of Research in Transatlantic Antitrust*, (Cheltenham, UK: Edward Elgar, 2006), h. 447.

¹⁷⁹ Pat Hanlon, *Global Airlines: Competition in a Transnational Industry*, 3rd Ed., (Oxford: Butterworth-Heinemann, 2007), h. 317.

(timbang-balik) untuk maskapai agar saling bertindak sebagai agen penjualan bagi maskapai yang lain di akhir rute tersebut. Pada keadaan ini, terdapat kecurigaan bahwa maskapai tidak akan berkompetisi satu dengan yang lain dan akan lebih memilih untuk secara bersama-sama dan saling menguntungkan menetapkan harga, untuk menjadwalkan layanan pada waktu yang menguntungkan bagi keduanya, dan jika ada perjanjian *code-sharing*, untuk mengatur listing bersama di Computer Reservation System (CRS). Karena itu, muncul kekuatiran bahwa kompetisi akan terhalang dalam beberapa pasar perjalanan yang penting.¹⁸⁰ Untuk memastikan adanya kompetisi di rute yang demikian kemudian bergantung pada masuknya maskapai di luar aliansi. Namun ini mungkin akan mengalami batu sandungan dari hambatan kapasitas pada salah satu atau kedua *hub* (bandara di kota-kota utama yang merupakan pusat-pusat dari (*origin*) dan tujuan (*destination*) utama dari penerbangan, terutama jarak jauh) yang terlibat.

Adanya tekanan atas kompetisi pada pasar *hub-to-hub* dapat ditukar, bahkan dengan lebih baik, dengan meningkatnya kompetisi dalam pasar-pasar yang dihubungkan di antara *hub* (*through*). Aliansi jelas merangsang kompetisi dalam *through market* dengan, salah satunya, mendorong ‘*double hubbing*’, yaitu penambahan frekuensi terbang antar *hub*.¹⁸¹ Merger dan aliansi meningkatkan *market power* pada rute-rute menuju dan dari *hub*, namun pada saat yang sama juga menyuntikkan kompetisi yang lebih besar di pasar-pasar *through*, ada juga *trade-off* yang patut dipertimbangkan. Penumpang dalam pasar *hub-to-hub* mungkin mengalami ‘kerugian’ namun penumpang pada pasar *through* mendapat keuntungan.¹⁸²

Keseimbangan antara dua efek ini akan dipengaruhi oleh: harga-biaya margin- dan rute jarak jauh (*long haul route*); elastisitas harga antar pilihan penerbangan dalam satu maskapai dan antar maskapai dalam pasar *through* dibandingkan dengan pasar *hub-to-hub*; dan distribusi kerugian dan keuntungan penumpang berdasar pendapatan atau tujuan perjalanan. Idealnya, faktor-faktor ini

¹⁸⁰ Ibid., h. 319.

¹⁸¹ Ibid., h. 320.

¹⁸² Ibid. h. 321.

juga diperhitungkan dalam mengukur *balance* antara efek-efek pro dan anti persaingan. Merger dan aliansi dalam penerbangan mungkin terlihat anti persaingan, tetapi dalam praktek beberapa efeknya adalah pro persaingan. Otoritas Persaingan Usaha menghadapi dilema: bagaimana membatasi penyalahgunaan *market power* untuk rute-rute dari dan menuju *hub* yang padat tanpa pada saat yang sama melumpuhkan kemampuan maskapai yang beraliansi atau merger untuk bersaing dalam pasar *through* antara *hub-hub* ini.¹⁸³

Kebanyakan aliansi penerbangan hanya terdiri dari dua maskapai. Survey tahunan yang dilakukan oleh majalah *Airline Business* pada tahun 2005 menyebutkan bahwa dari ratusan perjanjian aliansi, sebagian besar dibuat secara bilateral. Hanya terdapat tiga aliansi besar secara global: OneWorld, SkyTeam, dan Star (Alliance). Survey ini juga menunjukkan detail isi dari kerjasama yang dilakukan oleh aliansi-aliansi ini biasanya adalah: *joint sales and marketing; joint purchasing and insurance; joint passenger and cargo flights; codesharing; block spacing; links between frequent flyer programmes; management contracts; and joint ventures in catering, ground handling and aircraft maintenance.*¹⁸⁴

Aliansi yang dibentuk untuk mencapai penghematan biaya sebenarnya lebih penting, namun hingga kini jumlahnya lebih sedikit dibanding dengan aliansi yang termotivasi oleh pasar. Boston Consulting Group melalui survey 200 aliansi penerbangan menemukan objektif pembentukan aliansi penerbangan adalah pemenuhan permintaan penerbangan, akses ke pasar baru, perlindungan atas pasar yang ada dan pemasaran secara umum.¹⁸⁵

¹⁸³ Ibid., h. 321-322.

¹⁸⁴ Ibid., 306.

¹⁸⁵ Flanagan, A. and Marcus, M. "Airline alliances: secrets of a successful liaison", *Avmark Aviation Economist*, 10(1), (1993), h. 20–23.