

BAB 1 PENDAHULUAN

People of the same trade seldom meet together, even for merriment and diversion, but the conversation ends in a conspiracy against the public, or in some contrivance to raise prices.

—Adam Smith (*The Wealth of Nations*)

1.1. Latar belakang

Adam Smith, pada masanya, mengangkat keyakinan bahwa ekonomi pasar adalah bentuk ekonomi terbaik bagi manusia.¹ Bisa dikatakan, sejarah yang menunjukkan bahwa kekuasaan pemerintahan (atau raja-raja, ketika itu) yang berlebihan telah memangkas kemerdekaan sosial, politik dan ekonomi rakyat. Hal ini bukannya membuat rakyat semakin makmur dan sejahtera, sebaliknya sengsara dan tertindas. Kepercayaan terhadap kemerdekaan individual dan kesangsian akan sentralisasi kekuasaan membuat energi dan kreativitas, yang kemudian tertuang dalam kapitalisme dan demokrasi, melahirkan dan mendorong keyakinan yang dijunjung oleh Adam Smith ini. Bahkan kritik tidak dapat menyangkal. Karl Marx dalam *Communist Manifesto*, tentang hal ini, mengatakan, “*The bourgeoisie, during its rule of scarce 100 years, has created more massive and more colossal productive forces than have all preceding generations together.*”² Ekonomi pasar ini mengagungkan persaingan usaha bebas.

Mesin dari persaingan bebas adalah kompetisi. Ketika kompetisi eksis, maka ekonomi pasar juga berfungsi baik. Penjual untuk dapat menarik pembeli harus menghasilkan barang dan jasa dengan kualitas yang baik, dengan harga yang dapat diterima, atau akan terdepak dari pasar. Untuk itu, penjual/produsen dipaksa untuk efisien, untuk mendapatkan “input” atau faktor produksi – antara

¹ Herbert Hovenkamp, *The Antitrust Enterprise: Principle and Execution*, (Cambridge, Mass: Harvard University Press, 2005), h. 15-16.

² John H. Shenefield dan Irwin M. Stelzer, *The Antitrust Laws: A Primer*, (Washington, D.C.:AEI Press, 2001), h. 6.

lain tenaga kerja dan bahan baku- dengan harga serendah mungkin dan menggunakan faktor produksi itu sedemikian rupa sehingga biaya produksi dapat ditekan serendah mungkin.

Namun kompetisi kadangkala tidak berjalan, karena salah satu dari tiga alasan: pemerintah, kompetisi itu sendiri, atau partisipan dari pasar (pelaku usaha). Pemerintah untuk menekan kompetisi dapat menggunakan dalil kedaulatan Negara dalam rangka menentukan kebijakan-kebijakan ekonomi yang dianggap baik atau perlu demi kesejahteraan masyarakat. Dalam prakteknya, kebijakan yang dianggap baik dan perlu ini mungkin tidak sejalan dengan kebebasan berkompetisi. Kompetisi dapat mematikan dirinya sendiri dalam bidang tertentu karena sifat dari usaha itu yang tidak memungkinkan adanya kompetisi agar dapat berjalan dengan baik, misalnya perlistrikan, yang membutuhkan aturan buatan pemerintah untuk dapat tetap memenuhi kebutuhan konsumen (rakyat). Partisipan pasar (pelaku usaha) juga dapat mengeliminasi kompetisi dalam pasar demi keuntungan sendiri, dengan demikian kekuatan pasar tidak berjalan bebas.

Ketika kompetisi tidak berjalan semestinya, pemerintah memiliki dua pilihan, yaitu, melindungi konsumen dari penyalahgunaan pasar dengan mengatur langsung pelaku usaha yang memiliki kekuatan monopoli (atau posisi dominan) atau mengembalikan kompetisi melalui penegakan hukum persaingan usaha yang dapat mencegah kompetitor melakukan konspirasi untuk menetapkan harga atau mencegah pelaku usaha mendominasi pasar.³

Untuk dapat menemukan dan memahami inti dari hukum persaingan usaha, tujuan dari pembentukan hukum persaingan usaha harus dikaji dahulu. Tujuan hukum persaingan usaha dapat dilihat dari segi sosial, politik dan ekonomi. Segi sosial sekaligus ekonomi tujuan persaingan usaha (kompetisi) menekankan bahwa kompetisi harus dapat menciptakan kesejahteraan konsumen melalui “allocative efficiency”. Aspek sosialnya terdapat dalam kesejahteraan konsumen, dan aspek ekonomi terletak pada efisiensi pelaku usaha yang mesti

³ Ibid., h. 8.

dicapai. Tentang ini, Michael Porter⁴ berpendapat bahwa kompetisi harus dapat meningkatkan kesejahteraan konsumen dalam efisiensi jangka panjang dan dinamis. Efisiensi yang dinamis menimbulkan skeptisisme pada perilaku pelaku usaha, misalnya dengan merger atau joint venture, yang dapat menghemat biaya segera dan dalam jangka waktu pendek, namun dalam jangka panjang mungkin dapat menekan kompetisi karena jumlah pelaku usaha independen dalam pasar yang dapat berpartisipasi dalam perlombaan inovasi akan berkurang. Dengan kata lain, persaingan usaha juga dapat menjadi pendorong inovasi.⁵ Tujuan sosial lain (dan mungkin juga segi politik) dari persaingan usaha adalah perlindungan terhadap pelaku usaha kecil dan independen (pandangan Jeffersonian). Jeffersonian menganggap hukum persaingan usaha haruslah juga melindungi keberadaan pelaku usaha kecil, yang dikelola oleh lokal secara independen. Tujuan ini paling sulit ditegakkan dalam praktek karena seringkali bertabrakan dengan tujuan persaingan usaha “efisiensi”. Seperti dalam kasus Brown Shoe yang terkenal dan menjadi preseden, Supreme Court (Mahkamah Agung) AS berpendapat, “... *locally owned manufacturing firms might result in higher costs to consumers.*” Tujuan persaingan usaha yang lain adalah “*wealth transfer*”, maksudnya, persaingan usaha melindungi konsumen dari eksploitasi oleh pelaku monopoli dan kartel dengan mencegah mereka meninggikan harga dan “merebut” uang konsumen. *Wealth transfer* yang tidak adil ini membawa kerugian bagi konsumen. Atas dasar tujuan ini lah, Senator Sherman mencetuskan Sherman Act 1890. Tujuan persaingan usaha yang memiliki aspek politik terdapat dalam pandangan Madisonian tentang “*dispersion of economic power*”, artinya, pembagian kekuasaan dalam ekonomi perlu agar tidak ada kekuatan ekonomi yang luar biasa yang dapat sewenang-wenang mengatur pasar. Filosofi yang mendasari hal ini adalah penerimaan yang lebih baik dan toleran dari manusia akan kesulitan (yang bersifat ekonomi) yang disebabkan oleh “*impersonal hand of marketplace*” daripada yang disebabkan oleh “*discretionary choice*” oleh

⁴ Michael E Porter memiliki gelar Bishop William Lawrence University Professor di Harvard Business School dan telah menghasilkan tulisan berkaitan dengan kompetisi antara lain, *Competitive Advantage* (The Free Press, 1985), “What is Strategy?” (Harvard Business Review, Nov/Dec 1996), *The Competitive Advantage of Nations* (1985).

⁵ Stephen F. Ross, *Principles of Antitrust Law*, (New York: Thomson, 1993), h. 4-5.

beberapa individu yang kuat. Tentang kekuatan ekonomi, Hakim Learned Hand mengatakan, *“Possession of unchallenged economic power deadens initiative, discourage thrift and depresses energy. Immunity from competition is a narcotic, rivalry is a stimulant to industrial progress.”*⁶

Kaum Tradisionalis berpandangan bahwa ekonomi sebisa mungkin harus dikontrol oleh pasar bebas, karenanya hukum yang mencegah pihak-pihak privat membatasi (kompetisi) pasar akan membawa akibat baik bagi pasar dan karenanya membebaskan pasar dari regulasi administrasi. Pandangan ini ditentang oleh Chicago School yang beranggapan bahwa hukum persaingan usaha itu sendiri adalah bentuk kontrol (oleh pemerintah) yang merupakan penyelundup dalam pasar bebas.⁷ Karenanya, Chicago School menekankan pembatasan atas hukum persaingan usaha dalam perekonomian dan juga menekankan pentingnya pengawasan atas peran peradilan dalam masyarakat untuk menghindari kontrol yang berlebihan dan justru berdampak buruk atas ekonomi pasar (bebas).

Dalam perdebatan tentang tujuan dari hukum persaingan usaha, terdapat beberapa pendapat, salah satunya oleh Robert H. Bork (1978) mengemukakan bahwa,

*“Antitrust policy can not be made rational until we are able to give a firm answer to one question: What is the point of the law? What are its goals? Everything else follows from the answer we give. Is the antitrust judge to be guided by one value or by several? If by several, how is he to decide cases where a conflict in values arises? Only when the issue of goals has been settled is it possible to frame a coherent body of substantive rules.”*⁸

Bork (1978) menunjukkan bagaimana peraturan tentang persaingan usaha di Amerika mengutamakan kesejahteraan konsumen (*consumer welfare*) dengan meningkatkan efisiensi alokatif dan bahwa legislator membentuk The Sherman Act memang dengan tujuan tersebut.⁹ Namun banyak pula yang kurang setuju

⁶ Dalam kasus *United States v. Aluminum Co. of America* (1945).

⁷ Stephen F. Ross, *op.cit.*, h. 1.

⁸ Ernest Gellhorn dan William E. Kovacic, *Antitrust Law and Economics*, (St. Paul, MN: West Publishing, 1994), h. 31-32.

⁹ *Ibid.*, h. 35.

karena adanya Bork dan ahli yang sependapat dengannya kurang memperhatikan ambiguitas dalam sejarah pembentukan hukum persaingan usaha sehingga kurang pula melihat adanya kemungkinan tujuan lain oleh Kongres. James May (1989) berpendapat bahwa dengan demikian, Bork dan kawan-kawan melupakan kemungkinan bahwa Kongres tidak mengejar satu tujuan tertentu tetapi berkeputusan atas *“a powerful, widely shared vision of a natural, rights-based political and economic order that simultaneously tended to ensure opportunity, efficiency, prosperity, justice, harmony, and freedom.”*¹⁰

Melihat perkembangan dari hukum persaingan usaha dan putusan-putusan pengadilan di Amerika, efisiensi bukan lah satu-satunya pertimbangan bagi hakim dalam pemeriksaan kasus monopoli dan persaingan usaha tidak sehat, meskipun melihat secara statistik alasan efisiensi masih mendominasi pertimbangan putusan. Selama Supreme Court (Mahkamah Agung Amerika) belum melupakan tujuan-tujuan persaingan usaha lainnya, pengadilan masih mungkin mengizinkan pertimbangan non-efisiensi dan mengalahkan isu efisiensi dalam pemeriksaan kasus.¹¹

Dalam hukum persaingan usaha, asumsi awalnya adalah persaingan dalam pasar yang bebas dan tanpa halangan adalah metode terbaik dalam rangka mendukung kemakmuran dan kesejahteraan bagi kebanyakan rakyat. Namun dalam prakteknya, kompetisi yang bebas sedikit banyak akan menuju pada monopoli yang tidak diinginkan dan/atau tindakan pelaku usaha untuk mendapatkan keuntungan dengan cara yang tidak adil dari konsumen, juga menghalangi inovasi dan kebaikan cara berbisnis. Hal ini lah yang menjadi kontradiksi di antara para ahli sendiri. Ada yang mendukung dan menganggap bahwa hukum persaingan usaha itu penting dan dibutuhkan, namun juga ada yang menolak dan berargumentasi bahwa hukum persaingan lebih banyak membawa kerugian daripada kebaikan bagi pasar. Semuanya karena kontradiksi itu memang ada dalam dasar fundamental hukum persaingan usaha sendiri, bahwa pasar harus dibiarkan bekerja dan meregulasi diri sendiri, namun harus diselamatkan apabila

¹⁰ Ibid., h. 32.

¹¹ Ibid., h. 35-36.

pasar terdistorsi oleh monopoli yang merusak atau dirugikan karena usaha-usaha yang tidak jujur, kedua hal ini dapat dikatakan tidak dapat dihindari dalam pasar yang bebas. Logikanya, biarkan pasar bergerak bebas, mengetahui bahwa suatu ketika pemimpin pasar melakukan kesewenang-wenangan dengan posisi mereka yang memimpin, pihak ketiga (misalnya pemerintah) dapat mengatur atau menghukum mereka yang sewenang-wenang. Sewenang-wenang dalam konteks ini adalah melakukan monopoli dengan tidak jujur, melukai pasar karena persaingan usaha yang tidak sehat.¹² Namun begitu, perlu diingat bahwa hukum persaingan usaha seharusnya tidak menjadi senjata bagi sebuah atau beberapa perusahaan untuk menekan kompetitornya. Hukum persaingan usaha juga bertujuan melindungi kompetisi, bukannya kompetitor.¹³

Belajar dari keadaan di AS, kebijakan persaingan usaha di AS mencatat adanya beberapa pengaruh atas fungsi kebijakan itu sendiri. Pertama, adanya hubungan antara bisnis dengan pemerintah yang membuat pelaku usaha, dalam berbisnis, harus dibawah tuntunan badan publik dalam melakukan produksi dan pengembangan. Hal ini menyangkut kesempatan dan kemerdekaan perusahaan untuk bergerak, berusaha dalam rangka mencapai efisiensi dan keuntungan yang memungkinkan, termasuk dengan cara berkolaborasi atau bekerjasama dengan perusahaan kompetitor (*property rights theory*). Artinya pemerintah sebaiknya tidak campur tangan dalam bisnis privat dan membiarkan *invisible hand* yang menentukan nasib bisnis. Walter Lippmann (1961) mengkritik intervensi pemerintah yang berlebihan yang menciptakan halangan dalam kooperasi perusahaan dengan “*breaking up the beginning of a collective organizations, thwarting the possibility of cooperation, and insisting upon submitting industry to the wasteful, the planless scramble of little profiteers.*”¹⁴ Saat ini, masih terjadi perdebatan tentang peran pemerintah dalam memperomosisikan suatu industri tertentu dan dalam memfasilitasi kerjasama antar perusahaan yang saling bersaing. Perkembangan hukum persaingan usaha saat ini masih menunjukkan

¹² William A. Markham, “Why Antitrust Matters”, <<http://legalcatch.wordpress.com/2007/11/04/the-true-purpose-of-antitrust-law/>>, 23 April 2009.

¹³ Ernest Gellhorn dan William E. Kovacic, op.cit., h. IV, 34, 40.

¹⁴ Ibid., h. 38.

bahwa hukum persaingan usaha masih “secara berlebihan” menghalangi kolaborasi antar kompetitor.¹⁵

Melihat perkembangan hukum persaingan usaha yang demikian, perlu menjadi pemikiran karena pada kenyataannya, perusahaan pada masa yang lalu digambarkan dengan benteng yang tertutup dan dilindungi dari keadaan di luar benteng, kini tidak lagi demikian, karena perusahaan pada masa kini digambarkan sebagai “city-state” Italia pada masa Pencerahan yang sangat terbuka dan pergerakan masyarakat begitu bebas sehingga barang, jasa dan ide-ide masuk dan keluar dengan mudahnya. Justru di sanalah letak kekuatan dari perusahaan: ide-ide yang berasal dari luar.¹⁶ Perusahaan bukan lagi “*islands of managerial coordination in a sea of market relationship*”, yang mana berpandangan bahwa tugas manajer suatu perusahaan adalah mengurus bagian dalam perusahaan dan juga pesaing dan pasar di luar perusahaan.¹⁷ Pandangan ini sudah kuno. Perusahaan-perusahaan kini menurunkan “pertahanan” dan manajer bekerja dalam dunia yang mana terdiri dari, tidak hanya, pasar dan pelaku pasar, tapi juga hubungan yang kompleks dengan bermacam-macam organisasi.

Aliansi adalah bentuk organisasional yang kompleks, dari formalitas tingkat tinggi hingga informalitas tingkat tinggi.¹⁸ Aliansi memiliki banyak bentuk, beragam dari yang paling sederhana dan informal hingga pengaturan yang sangat detil dan intrik sampai-sampai sulit untuk dikatakan bahwa organisasi yang terlibat di dalamnya sebenarnya terpisah. Pada intinya, aliansi adalah bentuk pengaturan organisasional dan kebijakan operasi melalui suatu bagian dimana organisasi para pihak (yang terlibat dalam aliansi) saling berbagi kekuasaan administratif, saling membentuk hubungan sosial, dan saling menyetujui/menerima kepemilikan bersama, dan dimana pengaturan kontraktual yang lebih fleksibel, lebih “bersahabat”, lebih open-ended menggantikan kontrak

¹⁵ Ibid., h. 40.

¹⁶ Joseph L. Badaracco Jr., The Knowledge Links : How Firms Compete Through Strategic Alliances, (Boston, Massachusetts: Harvard Business School Press, 1991), h. 13.

¹⁷ Ibid., h. ix.

¹⁸ Rehan ul-Haq, Alliancess and Co-Evolution : Insight from the Banking Sector, (New York: PALGRAVE MACMILLAN, 2005), h. 136.

yang spesifik dan *arm's-length*.¹⁹ Aliansi mengaburkan batasan-batasan antar perusahaan dan seringkali menyediakan jalan bagi adanya perpindahan pengetahuan dengan lebih mudah.

Strategic alliance dapat berbentuk mulai dari hubungan yang “loose” misalnya ketika perusahaan saling membentuk gabungan modal untuk proyek *research and development* (R&D; riset dan pengembangan), dan masing-masing perusahaan berhak untuk menggunakan apa pun produk hasil proyek tersebut. Di contoh lain, hubungan yang lebih ekstensif seperti gabungan modal, manajemen dan teknologi. Bahkan, seringkali perusahaan-perusahaan yang terlibat membentuk perusahaan baru yang berdiri sendiri untuk melaksanakan proyek-proyek kerjasama (misalnya joint venture).²⁰ Sebuah pengertian tentang strategic alliance disampaikan dalam diskusi bersama Federal Trade Commission (FTC) dengan topik “joint ventures” sebagai berikut:

*“The term “strategic alliance” is a widely-used but loosely-defined term that encompasses a wide range of collaborative business activities. Strategic alliances may take any number of forms, including minority equity investments, exclusive supply arrangements, joint research and development, joint production, joint purchasing, and joint marketing through co-promotion, co-branding and other similar arrangements. The Canadian Bureau of Competition, in its November 1995 policy statement on strategic alliances, therefore, defines strategic alliance broadly as including “any form of inter-firm cooperative arrangement beyond contracts completed in the ordinary course of business.” However they are defined, what strategic alliances all have in common is their goal: enabling the parties to use their complementary resources effectively to pursue strategic objectives.”*²¹

Lebih lanjut, terjadi penggunaan istilah strategic alliance yang disamakan dengan “joint venture” oleh beberapa ahli. Dalam hal demikian, Pitofsky (1985),

¹⁹ Ibid., h. 4.

²⁰ Bryan T. Johnson, “[Increasing American Competitiveness Through Strategic Alliances](http://www.heritage.org/Research/tradeandeconomicfreedom/BG857.cfm),” <<http://www.heritage.org/Research/tradeandeconomicfreedom/BG857.cfm>>, 26 September 1991.

²¹ 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. 1.

Rule (1985), Hovenkamp (1995), dan Piraino Jr. (1991) menyamakan pengertian dari keduanya, yaitu *“any collaborative agreement between actual or potential competitors that lies between a cartel and a merger. So defined, the terms “joint venture” and “strategic alliance” become virtually synonymous.”*²² Namun pelaku bisnis dan penasihat hukum bisnis masih berpikir “joint venture” dalam pengertian terbatas, yaitu perjanjian yang menciptakan entitas bisnis baru dan terpisah yang berada di bawah kontrol bersama dari perusahaan independen yang membentuknya. Beberapa Negara mengadopsi definisi yang terbatas ini dalam hukum korporasi mereka dan bahkan dalam beberapa kesempatan²³, definisi inilah yang digunakan oleh pemerhati persaingan usaha dan Pengadilan.²⁴ Hovenkamp tidak menggunakan istilah *strategic alliance* dalam bukunya *“The Antitrust Enterprise”*, melainkan “joint venture” dan memberi definisi luas untuk joint venture, yaitu, *“a form of organization in which two or more firms produce some input jointly that they would otherwise have produced individually, acquired on the market, or perhaps done without.”*²⁵ Dalam tesis ini, penulis akan mempersamakan pengertian “strategic alliance” dan “joint venture” dalam penggunaan luas, artinya “joint venture” termasuk salah satu bentuk dari “strategic alliance” yang sering didayakan saat ini.

Berdasarkan fakta sejarah, kolaborasi dan aktivitas kombinasi antar perusahaan-perusahaan sudah terjadi sejak abad 19, yang perkembangannya kemudian mencetuskan dikeluarkannya hukum persaingan usaha, yaitu Sherman Act, yang mendisiplinkan aktivitas-aktivitas tersebut.

Business corporations stood at the heart of the process of industrialism that fractured and refashioned American society in the period after the Civil War. Among the first to recognize the social power to be gained from increased size and reduced

²² Ibid., h. 4

²³ Di Eropa, pengertian inilah yang digunakan. Lihat kasus Air France-Alitalia Alliance (Case COMP/38.284/D2 Société Air France / Alitalia Linee Aeree Italiane S.p.A.), h. 6 : *“It has no independent access to the market as referred to in the Commission Notice on the concept of full-function joint ventures under Council Regulation (EEC) No 4064/89... .”*

²⁴ William J. Kolasky Jr., loc.cit.

²⁵ Herbert Hovenkamp, op.cit., h. 136.

*competition, large corporations began during the 1870s to experiment with several new forms of combination: pools, trusts, and holding companies. At the same time, farmers, workers, merchants, and urban consumers united around an old, radically democratic tradition that called for the removal of barriers, private or governmental, to a more equitable pattern of economic power. Antimonopoly sentiment collided with corporate combination throughout the 1880s, and by the depression of the 1890s social struggle had been channeled into constitutionally charged conflict.*²⁶

Ada empat alasan tradisional mengapa perusahaan bekerjasama dengan perusahaan lain (bahkan dengan kompetitor). Pertama, perusahaan terkadang mencari kesempatan untuk melakukan kartelisasi atas sebuah industri, mengurangi kompetisi dalam rangka meningkatkan profit atau untuk alasan yang lain. Alasan kedua, untuk berbagi resiko. Beberapa proyek terlalu besar dan terlalu beresiko bagi sebuah perusahaan untuk ditangani sendirian. Dengan kolaborasi, resiko dapat dikurangi hingga ukuran yang dapat diterima. Lalu motif ketiga adalah untuk menyatukan sumber-sumber daya yang dimiliki para pihak agar saling melengkapi (*complementary resources*). Apabila suatu perusahaan dapat menciptakan produk tetapi tidak dapat menjual, dan suatu perusahaan lain dapat menjual tetapi tidak dapat menciptakan, mereka dapat mendirikan perusahaan bentukan bersama. Dan alasan terakhir, perusahaan terkadang berkolaborasi untuk mengatasi *entry barrier to market*. Perusahaan yang sedang melakukan ekspansi ke luar negeri seringkali menemukan bahwa mereka membutuhkan partner lokal karena kekurangpahaman mereka akan keadaan lokal atau karena memang pemerintahan Negara itu (*host government*) mewajibkannya.²⁷ Dalam berbagai kombinasi, alasan-alasan atau motif inilah yang seringkali mendasari kerjasama antar perusahaan, misalnya melalui strategic alliance.

Membandingkan strategic alliance dengan merger dan akuisisi; merger dan akuisisi memperlancar kontrol namun tidak dengan mudah mengijinkan integrasi. Pertumbuhan yang alami dari perusahaan membutuhkan biaya yang besar dan

²⁶ John W. Johnson, ed., *Historic US Court Cases: An Encyclopedia*, Vol. 1, 2nd Ed., (New York: Routledge, 2001), h. 408.

²⁷ Joseph L. Badaracco, op.cit., h. 8.

waktu yang lama. Sedangkan dengan “mengadopsi” sumber daya dari perusahaan lain selain tidak memerlukan terlalu banyak biaya, juga mempermudah akses jangka pendek. Sistem strategic alliance membuat perusahaan dapat “meminjam atau menyewa” dan mengontrol sumber daya yang dibutuhkan, tanpa perlu memilikinya. Jadi perhatian utamanya adalah bagaimana memperoleh akses atas sumber daya itu, memberdayakannya dan memanajemennya agar dapat memenuhi kebutuhan perusahaan.²⁸

Hubungan dengan perusahaan lain yang sukses mentransfer atau menciptakan suatu ilmu (yang dalam praktek dapat berupa hak kekayaan intelektual atau produk) bergantung pada komunikasi yang terbuka. Ini dapat membuat perusahaan menjadi lebih rentan. Istilah “hari ini teman, besok musuh”: dengan mengeksploitasi apa yang dipelajari dari hubungan aliansi sebelumnya demi keuntungan diri sendiri, menjadi perhatian dan pertimbangan tersendiri bagi para pihak yang terlibat strategic alliance.

Meskipun demikian, tetap saja dalam persaingan bisnis di dunia saat ini, strategic alliance menjadi pilihan yang dianggap inovatif dan efektif oleh pelaku usaha untuk menjawab tantangan kompetisi internasional.²⁹ Strategic alliance memungkinkan pelaku usaha mengambil keuntungan melalui akses atas sumber daya, termasuk pasar, teknologi, modal dan tenaga kerja milik partner.³⁰ Dengan membentuk strategic alliance, para pihak dapat saling melengkapi sumber daya dan kemampuan, sehingga dapat tumbuh dan berkembang dengan lebih cepat dan lebih efisien. Strategic alliance pun dengan lebih baik dapat membiayai *Research and Development* (R&D) di masa depan, menguasai teknologi yang dibutuhkan dan dapat melakukan penetrasi atas pasar dengan lebih baik dan mudah. Dengan demikian, melalui proses ini, pelaku usaha dapat menghemat waktu dan meningkatkan produktivitas dengan tidak membangun dari nol. Hasilnya tentu membawa perbedaan besar bagi para pihak yang terlibat, baik dari aspek biaya,

²⁸ Rehan ul-Haq, op.cit., h. 56.

²⁹ Bryan T. Johnson, loc.cit.

³⁰ Vadim Kotelnikov, “Strategic Alliance: Why and How to Build Them”, <http://www.1000ventures.com/business_guide/strategic_alliances_main.html>, 27 April 2009.

waktu dan tenaga sehingga strategic alliance semakin banyak dilirik sebagai jalan alternatif dalam berbisnis dalam persaingan internasional saat ini.

Namun perlu disadari juga bahwa masih ada permasalahan dalam penerapan strategic alliance, terutama yang berasal dari pemerintah. Masa depan masih menggantung pertanyaan ini: Apakah kebijakan persaingan usaha harus mendukung atau menolak aktivitas yang mengaburkan batasan-batasan antar kompetitor? Di masa lalu, Amerika cukup toleran untuk aktivitas demikian, namun beberapa strategic alliance diijinkan hanya setelah pemeriksaan mendalam, dengan batasan-batasan dan larangan yang panjang dan detil atas kolaborasi yang dilakukan. Secara umum, di Amerika, pemerintah melakukan pemeriksaan atas setiap permintaan untuk kolaborasi untuk mengetahui bagaimana keuntungan bagi konsumen dibandingkan dengan kerusakan yang disebabkan oleh kompetisi yang berkurang. Tetapi dengan bertambahnya perusahaan yang mengajukan proposal pengajuan kerjasama seperti ini, sumber daya pemerintah yang terbatas dalam memeriksa setiap proposal dapat berujung pada penundaan dan melumpuhkan daya saing perusahaan.³¹

1.2. Perumusan Masalah

Berdasarkan paparan latar belakang di atas, maka permasalahan yang hendak dibahas dan dianalisis pada penelitian ini adalah:

1. Mengapa strategic alliance tidak diperlakukan sama oleh Otoritas Pengawas Persaingan seperti Merger dan Akuisisi?
2. Apakah strategic alliance mengancam kompetisi dalam pasar?
3. Bagaimana penerapan hukum persaingan usaha di Indonesia dalam mengatur strategic alliance?

1.3. Tujuan

Dari paparan latar belakang serta perumusan masalah di atas maka penelitian ini memiliki tujuan yang diharapkan akan terwujud, yaitu:

³¹ Joseph L. Badaracco Jr., op.cit., h. 153.

1. Menganalisis dan mencari tahu sebab strategic alliance tidak menjadi subyek pemeriksaan Otoritas Pengawas Persaingan seperti Merger dan Akuisisi.
2. Menganalisis strategic alliance sebagai salah satu bentuk kerjasama yang dilakukan oleh pelaku usaha dan akibat-akibat pelaksanaannya terhadap kompetisi dalam pasar.
3. Menganalisis dan mencari tahu bagaimana strategic alliance di mata hukum Indonesia dan bagaimana dapat dilakukan tanpa mencederai persaingan usaha yang sehat.

1.4. Manfaat

Tesis ini diharapkan dapat memberikan wacana lebih luas dan lebih dalam kepada pembacanya mengenai bentuk bisnis strategic alliance yang sedang berkembang dan menjadi pilihan pelaku usaha saat ini. Konsekuensi dari semakin banyaknya pelaku usaha yang melakukan strategic alliance terhadap persaingan usaha yang sehat, juga tak lepas dari kesejahteraan konsumen, perlu dicermati sehingga dapat menjadi masukan yang baik kepada Otoritas Pengawas Persaingan di Indonesia (KPPU) agar tetap waspada terhadap kemungkinan-kemungkinan yang ada, mengingat bisnis memiliki sifat yang sangat fleksibel, mudah berubah dan berkembang, sesuai dengan keadaan pasar.

1.5. Metode Penelitian

Penelitian akan diawali dengan penelusuran pustaka mendalam terhadap strategic alliance untuk mengetahui lebih baik dan dalam tentang jenis kolaborasi antar pelaku usaha ini, dan peraturan perundang-undangan di Indonesia yang mengatur tentang persaingan usaha. Untuk selanjutnya peraturan perundang-undangan tersebut dianalisis sesuai kaitannya dengan permasalahan yang akan diteliti (normatif yuridis). Lalu, dengan menggunakan *case study*, peneliti akan menganalisis beberapa strategic alliance yang dilakukan oleh perusahaan-perusahaan di dunia. Hal ini dilakukan untuk mengetahui dengan lebih baik logika, cara berpikir, serta *legal reasoning* yang mendasari keputusan perusahaan untuk melakukan strategic alliance juga, tentu saja, dengan segala pertimbangan

hukumnya. Peristiwa strategic alliance yang akan dialami antara lain yang melibatkan perusahaan teknologi dan non-teknologi, juga tak menutup kemungkinan disinggunginya kasus-kasus lainnya yang berkaitan. Dalam membahas kasus, dimungkinkan pula argumentasi atau kritik atas putusan Pengadilan yang bersangkutan. Metode ini berguna dalam satu sisi, untuk membawa perbaikan sistem yudisiil³² terutama dalam hal memperdalam pemahaman mengenai kasus, melihat apa akibat putusan Pengadilan dan bagaimana Pengadilan dapat belajar dan memperbaiki kesalahan-kesalahan di masa lalu. Hasil analisis dari pelaksanaan strategic alliance tersebut kemudian diletakkan sebagai penguji posisi perusahaan yang mempertimbangkan strategic alliance sebagai jalan alternatif untuk meningkatkan daya saing dan keuntungan perusahaan serta efek atas persaingan usaha dalam pasar yang menjadi perhatian UU Anti Monopoli.

Dalam memaparkan apa dan bagaimana strategic alliance, penulis akan meramu berbagai sumber pustaka dan memaparkan dengan mendalam tentangnya, termasuk menyertakan teori-teori (terutama teori bisnis) yang mendasari keberadaan strategic alliance sebagai pilihan perusahaan dalam bersaing, kemudian dalam menganalisis peraturan perundang-undangan dan pelaksanaan strategic alliance, peneliti akan menggunakan pendekatan konseptual (*conceptual approach*) agar pengertian yang diperoleh tidak terbatas atas tulisan semata dan juga dengan pendekatan komparasi, yaitu dengan membandingkan hukum Indonesia yang mengatur masalah serupa dengan hukum Negara lain yang patut menjadi pertimbangan, antara lain Amerika Serikat, Uni Eropa.

Penelitian akan didasarkan terutama pada data-data sekunder baik berupa bahan hukum primer, seperti peraturan perundang-undangan, dan jika memungkinkan peraturan dari badan public yang berwenang juga sebagai regulator; bahan hukum sekunder seperti buku, tulisan-tulisan akademis ilmiah yang berkaitan dengan masalah yang diangkat, jurnal hukum, mau pun *non-legal*

³² “... criticism of judges may actually *improve* the judicial system in important ways. As lawyers often say, sunlight is the best disinfectant. Not all criticism of judges and their rulings by attorneys will be useful or constructive, but some surely will.” Julie Hilden, “**Should Lawyers be Allowed to Blog Critically About Judges?**”, Findlaw, 21 September 2009, <<http://writ.lp.findlaw.com/hilden/20090921.html>>.

document yang diperoleh melalui surat kabar, majalah, artikel melalui internet atau media cetak lain yang akan dipelajari dengan cara *content analysis*.

Dengan demikian, pada dasarnya, penelitian akan diarahkan pada menggunakan metode deskriptif analitis untuk mencari jawaban atas permasalahan. Selain itu, metode induksi akan digunakan dalam menganalisis permasalahan berdasar peraturan perundang-undangan nasional mau pun hukum Negara lain yang patut diperbandingkan (komparasi). Dalam *case study*, untuk menarik benang merah dan menghasilkan konsep serta prinsip-prinsip hukum atas permasalahan yang diangkat, akan diterapkan metode deduksi.

1.6. Landasan Teori

Untuk membatasi lingkup penjelasan dalam menjawab permasalahan maka penelitian ini menggunakan teori-teori berikut sebagai landasan pembahasannya.

a. Economic Theory

Dalam teori ekonomi, banyak sekali teori yang digunakan sebagai landasan berpikir dalam memeriksa kasus monopoli dan persaingan usaha. Salah satunya adalah teori Industrial Organization yang mana para ekonomisnya menerima "*deterministic relationship*" antara struktur pasar dan performa ekonomi. Apabila pasar berstruktur kompetitif (perusahaan-perusahaan kecil, produk yang homogen, kemudahan dalam penetrasi pasar), maka proses pasar otomatis menuju pada alokasi sumber daya dimana harga, biaya marginal (*marginal cost*) dan biaya rata-rata minimum (*minimum average cost*) sama saja. Sebaliknya, apabila konsentrasi pasar tinggi, adanya kolusi antar perusahaan, skala ekonomi (*economies of scale*), atau diferensiasi produk dapat menciptakan hambatan untuk masuk dan kekuatan pasar yang akan membuat misalokasi sumber daya ekonomi. Data empiris awal tentang konsentrasi pasar dan profitabilitas perusahaan menunjukkan hipotesis ini benar, bahwa pasar yang terstruktur kompetitif memiliki performa yang lebih baik daripada pasar terkonsentrasi.³³

³³ Dominick T. Armentano, *Antitrust: The Case for Repeal* 2nd Ed., (Auburn, Alabama: Ludwig Von Mises Institute, 1999), h. xii-xiii.

Lalu muncul lah pencetus teori baru yang memiliki argumentasi berbeda. Harold Demsetz³⁴ dan Yale Brozen³⁵ berargumentasi bahwa meningkatnya konsentrasi pasar tidak berarti menghasilkan inefisiensi atau keuntungan monopoli, bahkan peningkatan konsentrasi pasar dapat menuju pada peningkatan efisiensi pasar yang menguntungkan konsumen. Lebih jauh lagi, pemeriksaan ulang atas kasus-kasus persaingan pada masa lalu menunjukkan bahwa penegakan persaingan usaha telah salah tempat. Pada awal 1980an, penegakan persaingan usaha mendapat kritik dari para ekonomis dan ahli hukum. Kritik intelektual inilah yang mendorong adanya perubahan dalam penegakan persaingan usaha.³⁶

b. Market Power Theory (Teori Kekuatan Pasar).

Teori market power atau teori Monopoli sebenarnya merupakan salah satu teori Ekonomi. Teori ini memiliki jiwa dalam konsep dominasi, hambatan yang besar untuk memasuki pasar dan karena itu mengurangi kompetisi.³⁷ Semakin tinggi pangsa pasar atau monopoli dimiliki oleh sebuah perusahaan, semakin besar pula hambatan masuk bagi kompetitor potensial, semakin besar pula kemungkinan bagi perusahaan tersebut untuk menentukan harga tinggi dan meningkatkan keuntungan. Strategic alliance dapat digunakan dalam arti yang negatif untuk memberi jalan bagi kolusi antar partisipan dalam industri yang sama atau dapat pula digunakan sebagai bentuk yang *legitimate* untuk, misalnya, menjaga dan mengembangkan *know-how*. Dalam perspektif ini, kolaborasi antar perusahaan yang *offensive* menghilangkan pangsa pasar dari kompetitor atau meningkatkan biaya produksi dan distribusi, sedangkan kolaborasi perusahaan yang *defensive* akan membangun hambatan masuk, dengan demikian akan menjaga posisi dari para pihak dalam strategic alliance dalam pasar dengan mengurangi kompetisi dan meningkatkan keuntungan.

³⁴ Harold Demsetz, "Industry Structure, Market Rivalry, and Public Policy," *Journal of Law and Economics* 16 (April 1973): 1–10.

³⁵ Yale Brozen, "Concentration and Profits: Does Concentration Matter?" *Antitrust Bulletin* 19 (1974): 381–99.

³⁶ Dominick Armentano, *op.cit.*, h. xiv.

³⁷ Rehan ul-Haq, *op.cit.*, h. 58.

Michael Porter³⁸ memperkenalkan konsep "value chain" yang dapat membedakan antara : i) strategic alliance yang dibentuk untuk meningkatkan economies of scope, mengurangi risiko dengan saling berbagi, termasuk berbagi ilmu. Di sini, intensi dari perusahaan adalah untuk meningkatkan pangsa pasar dan menjaga economies of scope; ii) strategic alliance yang menghubungkan bagian-bagian dari "value chain" yang berbeda antar perusahaan dalam rangka saling melengkapi untuk menambah kemampuan kompetitif. Market Power Theory mengizinkan kedua metode ini sebagai cara untuk meningkatkan kekuatan pasar sehingga juga meningkatkan pendapatan. Dalam pendekatan ini, strategic alliance adalah pilihan alternatif, selain strategi kompetitif atau akuisisional. Para pihak akan melakukan pemilihan yang terus-menerus dan berdasarkan kesempatan antara jalan kooperatif dan kompetitif. Teori ini menunjukkan bahwa dalam konteks nasional dan internasional, keadaan industri –struktur pasar, regulasi, dan sebagainya- akan menentukan dan kadangkala memaksa strategi yang pas bagi perusahaan, karenanya, bagaimana para pihak dalam strategic alliance mempergunakan aliansi tersebut tidak terlalu diperhatikan.³⁹

c. Structure-Conduct- Performance (S-C-P) Theory.

Teori ini mengemukakan bahwa struktur pasar ditentukan oleh conduct (tindakan pelaku usaha) tertentu dan pada akhirnya akan mempengaruhi performance (keadaan) pasar. Prinsip dasar dari teori ini adalah logika bahwa jika S diikuti oleh C dan C diikuti oleh P, berarti S diikuti oleh P. Sehingga C dapat direduksi dalam pemeriksaan. Harvard School mengagungkan jumlah pelaku usaha yang banyak dan tidak menimbulkan "pasar terkonsentrasi" karena menurut mereka⁴⁰, dalam teori ini analisis atas conduct relatif tidak penting karena Structure tertentu dari pasar membuat conduct tertentu tidak

³⁸ Lihat Michael R. Porter, Competitive Advantage: Creating and Sustaining Superior Performance, (USA: Free Press, 1998).

³⁹ Rehan ul-Haq, op.cit., h. 58-59.

⁴⁰ "the Harvard School idea that the government should be empowered to break up durable monopolists even if they had not engaged in any unlawful conduct." Dalam Herbert Hovenkamp, op.cit., h. 37, "the Harvard School idea that the government should be empowered to break up durable monopolists even if they had not engaged in any unlawful conduct."

dapat dihindari sehingga penyelesaian ala hukum persaingan usaha sebaiknya langsung ditujukan pada Structure. Juga mempengaruhi kebijakan yang restriktif atas merger (karena merger membuat membuat konsentrasi pasar meningkat).

1.7. Definisi Operasional

Sebagai dasar pengertian awal sekaligus sebagai pembatasan makna dari istilah-istilah kunci dalam penelitian yang akan dilaksanakan, maka di bawah ini dijelaskan beberapa istilah sebagai berikut:

a. Strategic Alliance

The coalition formed by two or more persons in the same or complementary business to gain long term financial, operational, or marketing advantage without jeopardizing competitive independence (through their strategic alliance, the manufacturer and distributor of a co-developed product shared development costs) (Black's Law Dictionary).

b. Pasar.

Dalam Undang-Undang No. 5 tahun 1999 tentang **Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (untuk selanjutnya disebut UU Anti Monopoli)**⁴¹, "pasar" adalah lembaga ekonomi dimana para pembeli dan penjual baik secara langsung maupun tidak langsung dapat melakukan transaksi perdagangan barang dan atau jasa.

c. Relevant Market (pasar bersangkutan).

Dalam UU Anti Monopoli definisi "pasar bersangkutan" adalah pasar yang berkaitan dengan jangkauan atau daerah pemasaran tertentu oleh pelaku usaha atas barang dan atau jasa yang sama atau sejenis atau substitusi dari barang dan atau jasa tersebut.

Dalam prakteknya, menentukan *relevant market* membutuhkan sumber daya dan usaha yang lebih. Banyak informasi yang dibutuhkan dan kemampuan untuk menilai yang tajam, sehingga unsur *relevant market* dalam pemeriksaan kasus persaingan usaha dapat memberi hasil yang maksimal melalui putusan.

⁴¹ Indonesia, Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, UU No. 5 tahun 1999, LN No. 33 tahun 1999, TLN No. 3817.

d. Monopoli.

Menurut Black's Law Dictionary, monopoli memiliki arti: 1) *control or advantage obtained by one supplier or producer over the commercial market within a given region.* 2) *The market condition existing when only one economic entity produces a particular product or provides a particular service. The term is now commonly applied also to situations that approach but do not strictly meet this definition (US v. Aluminum Co. Of Am)*

Untuk melengkapi pengertian monopoli, ada baiknya monopolisasi juga dijabarkan pengertiannya. Karena pada dasarnya, tindakan monopolisasi yang dilarang dalam hukum persaingan usaha. Masih menurut Black's Law Dictionary, i) *Monopolization: The act or process of obtaining a monopoly. In federal antitrust law, monopolization is an offense with two elements:*

- a. *the possession of monopoly power that is the power to fix prices and exclude competitors within the relevant market.*
 - b. *The willful acquisition or maintenance of that power, as distinguished from growth or development as a consequence of a superior product, business acumen, or historical accident;*
- ii) *Attempted monopolization: the effort to monopolize any part of interstate of foreign commerce, consisting in :*
- a. *a specific intent to control prices or destroy competition in the relevant market*
 - b. *predatory or anticompetitive conduct, and*
 - c. *a "dangerous probability" of success in achieving monopoly in the relevant market.*

Sedangkan menurut UU Anti Monopoli, "monopoli" adalah penguasaan atas produksi dan atau pemasaran barang dan atau atas penggunaan jasa tertentu oleh satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha.

Monopoli sempurna dapat berarti ”*control all of the available supply of a product in some well-defined relevant market with strong legal barriers to entry.*”⁴²

- e. Posisi Dominan adalah keadaan di mana pelaku usaha tidak mempunyai pesaing yang berarti di pasar bersangkutan dalam kaitan dengan pangsa pasar yang dikuasai, atau pelaku usaha mempunyai posisi tertinggi di antara pesaingnya di pasar bersangkutan dalam kaitan dengan kemampuan keuangan, kemampuan akses pada pasokan atau penjualan, serta kemampuan untuk menyesuaikan pasokan atau permintaan barang atau jasa tertentu (UU Anti Monopoli).
- f. *Market share* (pangsa pasar) adalah persentase nilai jual atau beli barang atau jasa tertentu yang dikuasai oleh pelaku usaha pada pasar bersangkutan dalam tahun kalender tertentu (UU Anti Monopoli).

1.8. Sistematika Penulisan

Hasil dari penelitian yang telah dianalisis dan diolah kemudian akan disajikan dengan sistematika sebagai berikut:

Bab I. dalam bab ini, akan dipaparkan latar belakang permasalahan yang memotivasi pelaksanaan penelitian, antara lain perkembangan ”strategic alliance” di masa kini, tujuan dari hukum anti monopoli dan persaingan usaha tidak sehat (*antitrust law*), diikuti dengan rumusan permasalahan, tujuan dari diadakannya penelitian ini serta manfaat yang diharapkan oleh peneliti dapat diraih setelah penelitian. Kemudian dalam bab ini pula akan dijelaskan metode penelitian yang digunakan dalam penelitian yang akan dilakukan, landasan teori yang dijadikan acuan bagi jawaban permasalahan, definisi operasional yang berisi pengertian dari kata-kata kunci dalam penelitian, serta penjelasan tentang sistematika susunan laporan penelitian.

Bab II. dalam bab ini, peneliti akan memaparkan dan menganalisis mengapa bentuk bisnis ”strategic alliance” bukan merupakan subyek pemeriksaan oleh Otoritas Pengawas Persaingan seperti layaknya Merger dan Akuisisi.

⁴² Dominick T. Armentano, op.cit., h. 3.

Bab III. bab ini akan berisi paparan analisis hukum dan ekonomi persaingan usaha menyangkut strategic alliance dan penerapannya. Kemudian jawaban akan permasalahan kedua tentang kemungkinan pelanggaran atas persaingan usaha sehat dalam hal strategic alliance dilakukan oleh pelaku usaha.

Bab IV. dalam bab ini akan dipaparkan analisis mengenai bagaimana strategic alliance berdasar hukum di Indonesia dan yang dapat diaplikasikan serta tidak bertentangan dengan persaingan usaha dari segi hukum.

Bab V. dalam bab ini, seluruh pembahasan, penjelasan dan analisis yang telah disajikan pada bab-bab sebelumnya disimpulkan dan kemudian berdasarkan kesimpulan-kesimpulan tersebut, disajikan saran.

