



UNIVERSITAS INDONESIA

**IMPLIKASI DAN TANTANGAN PENGENDALIAN MERGER
DALAM SISTEM HUKUM PERSAINGAN USAHA**

TESIS

**MOHAMMAD REZA
0806425651**

**FAKULTAS HUKUM
PROGRAM STUDI PASCA SARJANA
JAKARTA
JUNI 2010**



UNIVERSITAS INDONESIA

**IMPLIKASI DAN TANTANGAN PENGENDALIAN MERGER
DALAM SISTEM HUKUM PERSAINGAN USAHA**

TESIS

Diajukan sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar Magister Hukum

**MOHAMMAD REZA
0806425651**

**FAKULTAS HUKUM
PROGRAM STUDI PASCA SARJANA
KEKHUSUSAN HUKUM EKONOMI
JAKARTA
JUNI 2010**

HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

**Tesis ini adalah hasil karya saya sendiri,
dan semua sumber baik yang dikutip maupun dirujuk
telah saya nyatakan dengan benar.**

Nama : Mohammad Reza

NPM : 0806425651

Tanda tangan : *M. Reza*

Tanggal : 28 Juni 2010

HALAMAN PENGESAHAN

Tesis ini diajukan oleh :

Nama : Mohammad Reza
NPM : 0806425651
Program Studi : Ilmu Hukum
Judul Tesis : Implikasi dan Tantangan Pengendalian Merger dalam Sistem Hukum Persaingan Usaha

Telah berhasil dipertahankan di hadapan Dewan Penguji dan diterima sebagai bagian persyaratan yang diperlukan untuk memperoleh gelar Magister Hukum pada Program Studi Ilmu Hukum, Fakultas Hukum, Universitas Indonesia.

DEWAN PENGUJI

Pembimbing : Syamsul Maarif, SH., LL.M., Ph.D.
Penguji : Heru Susetyo, SH., LL.M., M.Si.
Penguji : Dr. Anna Maria Tri Anggraini, SH., MH. (



Ditetapkan di : Jakarta

Tanggal : 28 Juni 2010

KATA PENGANTAR

Puji Syukur saya panjatkan kepada Tuhan Yang Maha Esa, karena atas berkat dan rahmat-Nya, saya dapat menyelesaikan tesis ini. Penulisan tesis ini dilakukan dalam rangka memenuhi salah satu syarat untuk mencapai gelar Magister Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia. Saya menyadari bahwa tanpa bantuan berbagai pihak, dari masa perkuliahan sampai pada penyusunan tesis ini, sangatlah sulit bagi saya untuk menyelesaikan tesis ini. Oleh karena itu saya mengucapkan terima kasih kepada:

1. Bpk. Syamsul Maarif, SH., LL.M., Ph.D., selaku pembimbing yang telah menyediakan waktu, tenaga dan pikiran untuk mengarahkan saya dalam penyusunan tesis ini;
2. Komisi Pengawas Persaingan Usaha yang telah memberikan bantuan dukungan data-data yang saya perlukan;
3. Sekretariat Program Pascasarjana Fakultas Hukum yang telah memberikan bantuan selama saya menempuh masa perkuliahan;
4. Orang tua dan keluarga saya yang terus memberikan kasih dan sayangnya kepada saya;
5. Ineke Indraswati, istri tercinta saya yang selalu ada untuk memberikan dukungan kepada saya dikala senang maupun susah;
6. Rekan-rekan Magister Hukum angkatan 2008 atas persahabatan yang tidak akan terlupakan;
7. Semua pihak yang tidak dapat saya sebutkan satu per satu, yang telah memberikan dukungan dan bantuan dalam penyelesaian tesis ini.

Akhir kata, saya berharap Tuhan Yang Maha Esa berkenan membalas kebaikan semua pihak yang telah membantu. Semoga tesis ini dapat membawa manfaat bagi pengembangan ilmu.

Jakarta, 28 Juni 2010

Penulis

**HALAMAN PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI
TUGAS AKHIR UNTUK KEPENTINGAN AKADEMIS**

Sebagai sivitas akademik Universitas Indonesia, saya yang bertanda tangan dibawah ini:

Nama : Mohammad Reza
NPM : 0806425651
Program Studi : Ilmu Hukum
Fakultas : Hukum
Jenis Karya : Tesis

demi pengembangan ilmu pengetahuan, menyetujui untuk memberikan kepada Universitas Indonesia **Hak Bebas Royalti Noneksklusif (*Non-exclusive Royalty Free Right*)** atas karya ilmiah saya yang berjudul:

**Implikasi dan Tantangan Pengendalian Merger
dalam Sistem Hukum Persaingan Usaha**

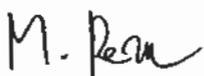
Beserta perangkat yang ada (jika diperlukan). Dengan Hak Bebas Royalti Noneksklusif ini Universitas Indonesia berhak menyimpan, mengalihmedia/formatkan, mengelola dalam bentuk pangkalan data (*database*), merawat, dan mempublikasikan tugas akhir saya tanpa meminta izin saya selama tetap mencantumkan nama saya sebagai penulis/pencipta dan sebagai pemilik hak cipta.

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sebenarnya.

Dibuat di : Jakarta

Pada tanggal : 28 Juni 2010

Yang menyatakan,


(Mohammad Reza)

ABSTRAK

Nama : Mohammad Reza
Program Studi : Ilmu Hukum
Judul : Implikasi dan Tantangan Pengendalian Merger dalam Sistem Hukum Persaingan Usaha

Hukum Persaingan Usaha diterapkan dalam sistem hukum Indonesia sejak tahun 1999 melalui Undang-undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat yang dinyatakan berlaku 1 (satu) tahun kemudian. Salah satu tujuan utama pemberlakuan Undang-undang Persaingan Usaha adalah perlindungan kepada kegiatan usaha agar selalu dalam kondisi persaingan yang sehat. Upaya perlindungan tersebut dapat dilakukan melalui upaya preventif maupun upaya represif.

Setiap rezim hukum persaingan usaha yang diterapkan dalam suatu sistem hukum, akan menyertakan sistem pengendalian merger sebagai bentuk upaya preventif. Pengalaman dan data dari otoritas pengawas persaingan usaha diberbagai negara menunjukkan bahwa pelaku usaha yang berada dalam posisi dominan memiliki kecenderungan untuk menyalahgunakan posisi dominannya.

Pada umumnya pengendalian merger akan diterapkan secara *rule of reason*, karena tidak semua merger membawa dampak negatif kepada persaingan usaha, bahkan beberapa transaksi merger dapat membawa dampak positif bagi persaingan usaha. Pelaporan transaksi merger kepada otoritas persaingan usaha dapat dilakukan sebelum transaksi merger dilaksanakan dan/atau setelah merger tersebut terjadi, namun dengan berbagai kelebihan yang ada, umumnya yang dipergunakan adalah mekanisme pemberitahuan merger sebelum dilakukan transaksi. Pemberitahuan merger inipun pada umumnya diatur wajib bagi pelaku usaha yang hasil mergernya mencapai nilai ambang batas tertentu, dan sukarela bagi yang hasil mergernya tidak mencapai nilai ambang batas tertentu.

Berbagai undang-undang telah menyertakan pengendalian merger dalam pasal-pasal nya. Undang-undang persaingan usaha secara spesifik melarang merger apabila berdampak kepada praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. Namun ketentuan tersebut masih bersifat *imperfecta*, karena membutuhkan peraturan pemerintah yang sampai sekarang belum tersedia.

Sudah selayaknya peraturan pemerintah mengenai pengendalian merger diterbitkan untuk mengurangi terjadinya pembatalan merger, karena pembatalan merger sebaiknya hanya sebagai upaya terakhir dalam pengendalian merger. Peraturan pemerintah tersebut sebaiknya mengatur kewajiban pelaporan sebelum dilakukan merger bagi transaksi yang memenuhi nilai ambang batas tertentu. Ambang batas dapat ditentukan tidak terlalu tinggi agar tidak membatasi kewenangan otoritas dalam melakukan pengendalian merger. Kepentingan umum juga harus termuat dalam peraturan pemerintah, karena pada dasarnya tujuan akhir persaingan sehat adalah kesejahteraan rakyat.

Kata kunci : persaingan usaha, merger.

ABSTRACT

Name : Mohammad Reza
Study Program : Law
Title : Merger Control Implication and Challenge in Competition Law System

Indonesian law systems has adopted competition law since 1999 through Law Number 5 year 1999 concerning Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Competition that become effective within 1 (one) year as from its promulgation. One of the main objectives of this Law is to protect business activities in a fair competition. Protection can be through preventive or repressive effort.

Every competition law regime thus implemented in a law system also built-in the merger control system as a form of prevention. Based on the experience and data from the competition authority in several countries, shows us that a business actor in a dominant position tends to abuse their dominant position.

Ordinarily, the merger control system implemented as a rule of reason, since not all merger transactions carrying negative effects in business competition; in fact, several merger transactions bring positive effects for business competition. Submitting the notification of merger transaction to competition authority can be before the transaction called *pre-merger notification* and/or after the transaction called *post-merger notification*, but with the all benefits, the mean that used is *pre-merger notification* instead of *post merger notification*. Commonly, the merger notification is mandatory for the business actor which their merger transaction reaches the threshold, and voluntary for those which merger below the threshold.

Several Acts also includes a merger control system in their articles. Competition Law specifically restrain merger in condition has effect to monopoly practices and/or unfair competition. Yet the regulation is *in perfecta*, since it needs the government regulation, which not exists up to now.

The Indonesia Competition Authority has decided two competition cases about abuse of dominant position and in its consideration; the authority concluded that it has happened because of the merger that been done by the defendants. Based on this fact, the authority stipulated to order the merger cancelation.

Based on those facts, it is clear that shortly this government regulation should be promulgating to reduce the possibility of the merger cancellation, because the cancellation should become the last resort in a merger control system. The government regulation is supposed to regulate the mandatory pre-merger notification for transaction that reaches the threshold. The threshold should not be too high that can be sinking the authority privileges in merger control. The public interests also have to be including in this government regulation, because the ultimate objective of fair competition is for the welfare of society.

Key words : competition, merger.

DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL.....	i
LEMBAR ORISINALITAS.....	ii
LEMBAR PENGESAHAN.....	iii
KATA PENGANTAR.....	iv
LEMBAR PERSETUJUAN PUBLIKASI KARYA ILMIAH.....	v
ABSTRAK.....	vi
ABSTRACT.....	vii
DAFTAR ISI.....	viii
BAB 1 PENDAHULUAN.....	1
1.1. Latar Belakang.....	1
1.2. Perumusan Masalah.....	13
1.3. Tujuan Penelitian.....	14
1.4. Manfaat Penelitian.....	14
1.5. Ruang Lingkup Penelitian.....	15
1.6. Kerangka Teori.....	16
1.7. Definisi Operasional.....	16
1.8. Metode Penelitian.....	19
1.8.1. Objek Penelitian.....	19
1.8.2. Data.....	20
1.8.3. Teknik Pengumpulan Data.....	20
1.8.4. Teknik Pengolahan Data.....	21
1.8.5. Sistematika Penelitian.....	21
BAB 2 KERANGKA TEORI.....	23
2.1. Pengertian Merger.....	23
2.2. Tujuan dilakukannya Merger.....	24
2.3. Bentuk-bentuk Merger.....	27
2.4. <i>Rule of Reason</i> dan <i>Per se Illegal</i>	29
2.5. Pasar.....	34
2.5.1. Pasar Persaingan Sempurna.....	34
2.5.2. Pasar Monopoli.....	37
2.5.3. Pasar Persaingan Monopolistik.....	41
2.5.4. Pasar Oligopoli.....	42
2.6. Pasar Bersangkutan.....	43
2.6.1. <i>Structure-Conduct-Performance</i>	46
2.6.2. Definisi dan Pendefinisian Pasar Bersangkutan.....	48
2.6.3. <i>SSNIP Test</i>	51
2.6.4. Pasar Produk.....	53
2.6.5. Pasar geografis.....	56
2.6.6. Pangsa Pasar.....	57
2.6.6.1. Konsentrasi Rasio (CRn).....	58

	2.6.6.2. <i>Herfindahl-Hirschman Index</i>	59
2.7.	Dampak Merger.....	61
BAB 3	PENGENDALIAN MERGER	64
3.1.	Sistem Pengendalian Merger.....	64
3.2.	Ketentuan Merger dalam Peraturan Perundang-undangan.....	66
3.2.1.	Sebelum diterbitkannya UU No. 1 tahun 1995.....	67
3.2.2.	Setelah diterbitkannya UU No. 1 tahun 1995.....	70
3.2.2.1.	Undang-undang.....	70
3.2.2.2.	Peraturan Pemerintah.....	79
3.2.2.3.	Peraturan Lainnya.....	80
3.3.	Keharusan Persaingan Sehat dalam Tindakan Merger.....	80
3.4.	Lembaga Pelaksana Peraturan Merger.....	83
3.4.1.	Merger Perusahaan pada Umumnya.....	83
3.4.2.	Merger Perusahaan Terbuka.....	85
3.4.3.	Merger Perusahaan Asing.....	86
3.4.4.	Merger Badan Usaha Milik Negara.....	88
3.4.5.	Merger yang berdampak kepada Persaingan Usaha Tidak Sehat.....	90
3.5.	Pengendalian Merger secara <i>Rule of Reason</i>	91
3.6.	<i>Pre-merger Notification</i> dan <i>Post-merger Notification</i>	92
3.7.	<i>Threshold</i>	97
3.8.	Penilaian terhadap Rencana Merger (<i>Substantive Test</i>).....	104
3.9.	<i>Voluntary</i> dan <i>Mandatory</i>	109
BAB 4	PENGENDALIAN MERGER: IMPLIKASI DAN TANTANGAN	110
4.1.	KPPU sebagai Lembaga Pengendali Merger.....	110
4.1.1.	Kedudukan KPPU dalam Sistem Ketatanegaraan.....	110
4.1.2.	Kewenangan KPPU dalam Merger.....	111
4.1.3.	Kewenangan KPPU mengeluarkan Peraturan.....	112
4.1.4.	Peraturan KPPU No. 1 tahun 2009.....	114
4.1.4.1.	Latar Belakang Penerbitan.....	114
4.1.4.2.	Tujuan Penerbitan.....	114
4.1.4.3.	Sistem Notifikasi.....	115
4.1.4.3.1.	Pre-Merger Notifikasi dan Post Merger Notifikasi.....	115
4.1.4.3.2.	Hasil Pra-Notifikasi.....	119
4.1.4.4.	<i>Voluntary</i> dan <i>Mandatory</i>	121
4.1.4.5.	<i>Threshold</i>	122
4.1.4.6.	Notifikasi.....	124
4.1.4.7.	Penilaian terhadap Rencana Merger (<i>Substantive Test</i>).....	126
4.1.4.8.	Merger Asing.....	129
4.2.	Perkara Merger yang Berdampak Persaingan Usaha Tidak Sehat.....	130

4.2.1.	Putusan KPPU No. 07/KPPU-I/2007 tentang Kelompok Usaha Temasek tanggal 19 November 2007.....	131
4.2.1.1.	Dugaan Pelanggaran.....	131
4.2.1.2.	Kelompok Usaha Temasek.....	131
4.2.1.2.1.	Kepemilikan Silang.....	132
4.2.1.2.2.	Jabatan Rangkap.....	132
4.2.1.3.	Pasar Bersangkutan.....	133
4.2.1.4.	Pengendalian.....	134
4.2.1.5.	Dampak.....	134
4.2.1.5.1.	Kompetisi dalam Industri Seluler Indonesia.....	134
4.2.1.5.2.	Price Leadership.....	135
4.2.1.5.3.	Tingkat Keuntungan.....	135
4.2.1.5.4.	Kerugian Konsumen.....	135
4.2.1.6.	Pelanggaran terhadap UU No. 5 tahun 1999... 136	
4.2.1.7.	Amar Putusan KPPU No. 07/KPPU-I/2007... 136	
4.2.2.	Putusan KPPU No. 09/KPPU-L/2009 tentang PT. Carrefour Indonesia tanggal 3 November 2009.....	138
4.2.2.1.	Dugaan Pelanggaran.....	139
4.2.2.2.	PT. Carrefour Indonesia.....	139
4.2.2.3.	Pasar Bersangkutan.....	139
4.2.2.4.	Dampak.....	140
4.2.2.4.1.	Meningkatnya Pangsa Pasar Carrefour.....	140
4.2.2.4.2.	Tingkat Konsentrasi Pasar Semakin Tinggi.....	140
4.2.2.4.3.	Meningkatnya <i>Market Power</i> Carrefour.....	141
4.2.2.4.4.	<i>Trading Terms</i> Carrefour Merugikan Pemasok.....	141
4.2.2.4.5.	Kerugian Konsumen.....	142
4.2.2.5.	Pelanggaran Terhadap UU No. 5 tahun 1999.. 142	
4.2.2.5.1.	Pasal 17 ayat (1) UU No. 5 tahun 1999.....	142
4.2.2.5.2.	Pasal 25 ayat (1) huruf a UU No. 5 tahun 1999.....	143
4.2.2.5.3.	Amar Putusan KPPU No. 09/KPPU-L/2009.....	144
4.3.	Implikasi Pengendalian Merger.....	145
4.4.	Tantangan.....	150
4.4.1.	Peraturan Perundang-undangan.....	150
4.4.2.	Pengendalian Merger oleh KPPU.....	153
4.4.3.	Penentuan Pre-Merger Notifikasi.....	155
4.4.4.	Batas Waktu.....	156
4.4.5.	Kepentingan Umum.....	157

4.4.6. Sanksi.....	160
BAB 5 PENUTUP.....	162
5.1. Kesimpulan.....	162
5.2. Saran.....	164
DAFTAR REFERENSI.....	167



BAB 1 PENDAHULUAN

1.1. Latar Belakang.

Aktivitas perdagangan tidak akan lepas dari sejarah kehidupan manusia, yang pada awalnya, kegiatan perdagangan hanyalah sebuah upaya untuk mempertahankan hidup. Diawali dengan kegiatan barter, yang merupakan kegiatan menukarkan suatu barang yang dimiliki dengan barang yang tidak dimiliki sehingga terpenuhi kebutuhan kehidupan seseorang. Barter terjadi karena hampir tidak ada satupun yang bisa memenuhi kebutuhan hidupnya sendiri. Barter dimulai dengan antar orang, yang lama kelamaan berkembang menjadi antar kelompok orang dan sampai pada akhirnya adalah lintas bangsa.

Saat ini kegiatan usaha tidak selalu dilakukan secara perseorangan, namun juga sangat lumrah dilakukan oleh sekelompok orang yang membentuk sebuah atau beberapa badan usaha. Bagi pelaku usaha, keinginan untuk menguasai pangsa perdagangan secara signifikan tidak hanya terjadi ditingkat domestik atau regional namun juga pada tingkat dunia, karena tidak dapat dipungkiri bahwa pergerakan barang dan jasa telah mengalir kesegala penjuru dunia melintasi batas-batas negara yang pada akhirnya memperketat persaingan usaha dan membawa para pelaku usaha dalam persaingan global. Pelaku usaha tidak lagi bersaing dengan pelaku usaha dalam negeri saja namun juga dengan pelaku usaha dari negara lain, dan sebaliknya, pelaku usaha yang melakukan ekspansi usaha diluar negeri akan menghadapi persaingan dinegara tersebut.

Pada awal dekade 1980-an kita sudah mengenal istilah Revolusi "*Triple-T*" untuk menjelaskan terjadinya perubahan mendasar dalam perekonomian dunia dan hubungan ekonomi antarbangsa yang dipicu oleh perkembangan pesat di bidang teknologi telekomunikasi, transportasi, dan turisme. Revolusi ini menyebabkan pergerakan barang dan jasa serta faktor-faktor produksi ibarat arus

air yang mengalir deras ke segala penjuru dunia. Lalu, kita semakin akrab dengan kata globalisasi yang menggambarkan dunia tanpa tapal batas (*borderless world*)¹.

Globalisasi, pengertiannya tergantung dari sudut mana kita memandang. Globalisasi mencakup bidang yang demikian luas, dari siaran radio dan TV, keuangan dan perdagangan, teknologi, penyebaran tenaga kerja, peraturan perundang-undangan, sampai dengan emansipasi wanita².

Sebetulnya globalisasi bukanlah suatu fenomena baru dalam sejarah peradaban dunia. Sebelum kemunculan *nation-state*, perdagangan dan migrasi lintas benua telah sejak lama berlangsung. Jauh sebelumnya perdagangan regional telah membuat interaksi antar-suku bangsa terjadi secara alamiah. Sejak masa sejarah modern, khususnya sebelum memasuki abad ke-20 ini, globalisasi dipandang sebagai gelombang masa depan. Dua dekade sebelum Perang Dunia I, arus uang internasional telah mengikatkan Eropa lebih erat dengan Amerika Serikat, Asia, Afrika, dan Timur Tengah. Pasar modal mengalami *booming* di kedua sisi Atlantik, sementara itu bank dan investor-investor swasta sibuk mendiversifikasikan investasinya dari Argentina hingga Singapura³. Namun

¹Faisal Basri, *Pelajaran Apa Yang Bisa Kita Peroleh Dari Fenomena Dunia Yang Kian Datar?* Kata Pengantar: Thomas L. Friedman, *The World is Flat: Sejarah Ringkas Abad ke-21*, edisi bahasa Indonesia. Jakarta: Dian Rakyat, 2006, hal. vi-xi. <http://faisalbasri.blog.friendster.com/2007/12/the-world-is-flat/>, akses pada 25 Oktober 2009.

²Helene Pellerin, "Global Restructuring and International Migration : Consequences for the Globalization of Politics," dalam Eleonore Kofman and Gillian Youngs (Ed), *GLOBALIZATION THEORY AND PRACTICE*. (London Pinter. 1998), h. 81-89. Lihat juga Chris Farrands. "The of Knowledge and the politics of Global Intellectual Property : Power Governance and Technology," dalam Eleonore Kofman and Gillian youngs (Ed), *Ibid*, h. 175-185 Lihat juga Peter Leisink (Ed), *GLOBALIZATION AND LABOUR RELATIONS* (Northampton : Edward Elgar Publishing Ltd. 1999), h. 17-27, sebagaimana dalam Erman Radjagukguk, *Globalisasi Hukum Dan Kemajuan Teknologi: Implikasinya Bagi Pendidikan Hukum Dan Pembangunan Hukum Indonesia*, <http://ermanhukum.com/Makalah%20ER%20pdf/GLOBALISASI%20HUKUM%20DAN%20KEMAJUAN%20TEKNOLOGI.pdf>, hal. I, akses pada 25 Oktober 2009.

³Jeffrey E. Garten, "Why the Global Economy is Here to Stay," *Business Week*, March 23, 1998: 9. Salah satu uraian tentang globalisasi pada periode sebelum Perang Dunia, yang merupakan kulminasi dari *expansionist imperialism*, dapat dijumpai pada Ian Clark, *Globalization and Fragmentation: International Relations in the Twentieth Century*. Oxford & London: Oxford University Press, 1997), hal. 36-51, sebagaimana dalam *ibid*.

sejalan dengan siklus ekonomi dan politik dunia, gelombang globalisasi juga mengalami pasang surut⁴.

Di Indonesia, globalisasi sudah terjadi pada saat dimulainya perdagangan rempah-rempah, kemudian tanam paksa di Jawa, sampai tumbuhnya perkebunan-perkebunan di Hindia Belanda dua abad yang lalu. Sebaliknya, impor barang-barang dari Eropa sudah terjadi ke Hindia Belanda pada masa itu. Iklan dalam surat kabar "Bintang Barat" yang terbit di Betawi 20 Juni 1885 memberitakan, bahwa kapal-api "Princess Marie" telah tiba di Betawi dengan membawa 1 peti sprej, 30 bal benang lawe merah, 26 peti kaen putih, 1 peti barang glass dan 1 peti coklat Kapal api "Utrecht" membawa 1 peti paku besi alus, 1 peti kertas, pena dan tinta. Pada bulan Juli 1885, kapal-api "Zwerver" membawa 200 pipa mentega, 50 pipa bier, 200 peti glass jendela dan 200 peli genteng glass⁵.

Gerakan menuju apa yang disebut globalisasi ekonomi adalah wujud baru dari perkembangan kapitalisme sebagai sistem ekonomi internasional. Sebagaimana terjadi pada masa lain, untuk keperluan menghadapi krisis, perusahaan multinasional mencari pasar baru dan memaksimalkan laba mereka dengan mengeksplor modal dan reorganisasi struktur produksi. Berlainan dengan masa lalu, penanaman modal asing memusatkan diri untuk mencari bahan mentah dan memproduksi bahan-bahan dasar, belakangan ini pabrik-pabrik disebar keseluruh dunia. Dengan membagi operasi perusahaan melewati batas-batas geografis, perusahaan-perusahaan tidak lagi memproduksi seluruh barang di satu negara. Manajemen menyebar diberbagian benua, penugasan karyawan tidak lagi terikat kepada bahasa, asal negara atau kewarganegaraan dari berbagai sistem hukum dan tradisi, "*it will give them the responsibility for bridging the gulf of disparate national experiences, tradions, institutions, and customs*"⁶.

Begitupun perkembangan ekonomi nasional dewasa ini menunjukkan arah yang semakin menyatu dengan ekonomi regional dan internasional yang dapat

⁴*Ibid*

⁵Bintang Barat, 18 Juli 1885, dalam *ibid*, hal .2.

⁶*Ibid*, hal. 3.

menunjang sekaligus dapat berdampak kurang menguntungkan. Pembangunan ekonomi pada Pembangunan Jangka Panjang Pertama telah menghasilkan banyak kemajuan, antara lain dengan meningkatnya kesejahteraan rakyat. Kemajuan pembangunan yang telah dicapai di atas, didorong oleh kebijakan pembangunan di berbagai bidang, termasuk kebijakan pembangunan bidang ekonomi yang tertuang dalam Garis-Garis Besar Haluan Negara dan Rencana Pembangunan Lima Tahunan, serta berbagai kebijakan ekonomi lainnya.

Perekonomian Indonesia sejak 1990-an menunjukkan pertumbuhan pesat. Pesatnya pertumbuhan ini tidak lepas dari strategi induk pembangunan ekonomi yang dirancang pemerintah sejak Pelita IV. Strategi induk itu menunjukkan penekanan peningkatan peran swasta untuk menggantikan sebagian besar peran pemerintah. Dengan strategi ini, maka kebijakan-kebijakan di bidang perekonomian difokuskan pada upaya mendorong tumbuhnya industri-industri baru, yang sepenuhnya dibangun oleh pihak swasta. Sejak tahun 1983, awal dimulainya Pelita IV, pemerintah telah mengembangkan konsep liberalisasi sektor swasta dengan berbagai paket deregulasi, mengundang pihak asing untuk berinvestasi di Indonesia dan mengembangkan aturan yang mempunyai keberpihakan kepada dunia usaha⁷.

Pada dasarnya pelaku usaha sebagai subjek ekonomi senantiasa berupaya untuk memaksimalkan keuntungan (*maximizing profit*) dalam menjalankan kegiatan usahanya. Memaksimalkan keuntungan akan diupayakan oleh pelaku usaha dengan berbagai cara, dan salah satu cara yang dapat ditempuh oleh pelaku usaha adalah dengan metode merger, akuisisi atau konsolidasi (untuk selanjutnya penyebutan “merger”, akuisisi” dan/atau “konsolidasi” akan disingkat menjadi

⁷Langkah liberalisasi tersebut merupakan reaksi pemerintah atas kuatnya tuntutan Barat, khususnya negara-negara dan lembaga keuangan internasional pemberi pinjaman, agar perekonomian Indonesia dibuka. Selain liberalisasi, Barat juga mendesak langkah-langkah nyata pemerintah dalam hal debirokratisasi, transparansi, swasianisasi, serta demokrasi ekonomi dan politik. Didik J. Racbini, Suwido Tono, dkk, *Bank Indonesia Menuju Independensi Bank Sentral*, (Jakarta : PT. Mardi Mulyo, 2000), hlm.19. Pengaruh liberalisasi ini semakin kuat searah dengan menguatnya isu globalisasi perdagangan bebas yang termuat dalam berbagai kesepakatan kerangka kerjasama internasional seperti *World Trade Organization (WTO)*, *Asia Pacific Economic Cooperation (APEC)*, dan *Asociation of South East Asian Nations (ASEAN)*. Rachmadi Usman, *Aspek-Aspek Hukum Perbankan Di Indonesia*, (Jakarta : PT. Gramedia Pustaka Utama, 2001), hal. 10.

“merger” kecuali akan mengulas mengenai “akuisisi” atau “konsolidasi” secara spesifik). Maksimalisasi keuntungan diharapkan dapat terjadi karena secara teori, tindakan merger dapat menciptakan efisiensi sehingga mampu mengurangi biaya produksi perusahaan hasil merger.

Merger menjadi *trend* dalam suatu grup usaha konglomerat yang ingin memperluas jaringan usahanya. Terutama bagi kelompok usaha yang tidak perlu membesarkan suatu perusahaan dari kecil hingga menjadi besar, tetapi cukup membeli perusahaan yang sudah besar atau sedang berjalan⁸.

Dalam banyak hal merger memberikan kontribusi positif, bahkan dapat menjadi jalan keluar dari berbagai permasalahan yang dihadapi perusahaan. Perusahaan dapat menjadi lebih efisien karena merger dapat meningkatkan kapasitas perusahaan, menekan biaya transportasi, mengganti manajer yang berkinerja buruk dengan manajer lain yang lebih baik yang tidak tersedia secara internal⁹.

Efisiensi diharapkan dapat tercipta karena perusahaan hasil merger akan dapat mengeksploitasi skala ekonomi¹⁰ (*economic of scale*) dalam proses produksi. Skala ekonomi menjadi penting bila didalam suatu pasar, biaya produksi yang diperlukan akan sangat tinggi dibandingkan dengan besarnya pasar. Selain itu efisiensi dapat juga dicapai dengan skema merger melalui eksploitasi *economics of scope*, efisiensi *marketing*, atau sentralisasi *research and development* karena dapat melayani jumlah unit yang lebih besar. Dampak Efisiensi dari merger sangat positif bagi perusahaan dan konsumen. Perusahaan

⁸Munir Fuady, *Hukum tentang Merger (berdasarkan Undang-undang Nomor 40 Tahun 2007)*, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2008), hal. 1.

⁹Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law, Text, Cases, and Materials*, (New York: Oxford University Press), 2004, hlm. 848, dalam Syamsul Maarif, *Merger, Konsolidasi, Akuisisi, dan Pemisahan PT Menurut UU No. 40/2007 dan Kaitannya dengan Hukum Persaingan*, *Jurnal Hukum Bisnis*, Volume 27 – No. 1 Tahun 2008.

¹⁰*Economics of Scale is a term that is used to describe the reduction in cost-per-unit as more units are produced. For example, if a company makes 500 widgets, they cost the company 10 cents a piece to produce. Another company makes 100,000 widgets, and can therefore purchase the materials necessary to make them for much cheaper than its competitors, so each widget only costs this company 5 cents a piece to produce.* <http://beginnersinvest.about.com/od/investinglossary/g/economics-of-scale.htm>. akses pada 20 Februari 2010.

dapat meningkatkan inovasi dan teknologi. Bagi perusahaan menengah kebawah, merger memberikan banyak keuntungan diantaranya akses sumber daya yang cukup dan memungkinkannya untuk bersaing dengan perusahaan besar. Dari merger tersebut diharapkan akan menghasilkan biaya produksi yang lebih rendah, penurunan harga dan peningkatan kualitas barang sehingga menguntungkan konsumen¹¹.

Selain untuk alasan efisiensi, merger juga merupakan salah satu bentuk pelaku usaha untuk keluar dari pasar atau bagi pelaku usaha kecil jika dianggap tidak ada lagi yang dapat dilakukan untuk meneruskan usahanya¹². Sehingga merger juga dapat menjadi salah satu jalan keluar jika pelaku usaha mengalami kesulitan likuiditas, sehingga kreditor, pemilik, dan karyawan dapat terlindungi dari kepailitan¹³.

Merger juga menjadi jalan keluar bagi pelaku usaha dalam memenuhi peraturan pemerintah apabila masih ingin bertahan dalam pasar. Sebagai misal adanya program Arsitektur Perbankan Indonesia¹⁴ yang dijalankan oleh Bank Indonesia yang menginginkan peningkatan kecukupan rasio cadangan dari bank umum, membuat para pelaku usaha pemilik bank dihadapi 2 (dua) pilihan, yaitu menyuntikan dana tambahan atau melakukan merger.

Meskipun dalam banyak hal merger merupakan kegiatan yang positif karena dapat mengefisienkan perusahaan dan menguntungkan konsumen, akan tetapi transaksi merger apabila tidak dikontrol dapat menimbulkan dampak negatif, baik terhadap persaingan maupun terhadap konsumen. Hal ini dapat terjadi ketika transaksi merger dilaksanakan untuk melahirkan atau menambah kekuatan perusahaan pasar (*market power*). Dengan kekuatan tersebut, perusahaan dapat

¹¹ *Ibid.*

¹² Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law, Text, Cases, and Materials*, (New York: Oxford University Press, 2004), hlm. 849.

¹³ *Ibid*, hlm. 848.

¹⁴ <http://www.bi.go.id/web/id/info+penting/arsitektur+perbankan+indonesia/> akses tanggal 22 Januari 2010.

menaikkan harga di atas harga kompetisi dan menurunkan jumlah dan kualitas produknya. Hal ini sangat merugikan konsumen¹⁵.

Globalisasi, semakin datarnya dunia, dan peraturan perundang-undangan dibidang penanaman modal pada akhirnya akan mempermudah masuknya modal asing melalui mekanisme merger. Masuknya arus modal asing baik melalui penanaman modal langsung dalam bentuk *foreign direct investment*, maupun yang masuk melalui skema portofolio saham baik pasar modal maupun di luar pasar modal semakin menguatkan bahwa pasar domestik semakin terintegrasi dengan pasar global. Fenomena yang ada sekarang ini membuat banyak negara, termasuk Indonesia dituntut untuk mengikuti kecenderungan arus globalisasi yang mengarah pada penduniaan dalam arti “peringkasan” atau “perapatan dunia” (*compression of the world*)¹⁶.

Pasar ekonomi Indonesia telah terintegrasi dengan pasar dunia. Hal ini dipertegas dengan keikutsertaan Indonesia dalam kerjasama ekonomi baik yang bersifat regional (antara lain AFTA, APEC) dan global (misalnya WTO). Keikutsertaan tersebut berakibat banyaknya konsekuensi yang akan diterima oleh Indonesia sebagai dampak keikutsertaan tersebut, baik positif maupun negatif. Khusus mengenai konsekuensi ini pernah ditulis secara khusus oleh Hikmahanto Juwana, Guru Besar Fakultas Hukum Indonesia, yang pada intinya mengingatkan 4 (empat) hal penting yang menjadi konsekuensi Indonesia dalam keikutsertaan dalam perjanjian internasional¹⁷, yaitu:

- a. Pertama, Departemen atau instansi teknis yang menginisiatifkan untuk ikut serta dalam suatu perjanjian internasional perlu mengetahui secara akurat kemampuan pemerintah dan DPR dalam menterjemahkan ketentuan dan kewajiban perjanjian internasional ke dalam hukum nasional;

¹⁵Syamsul Maarif, *op. cit.*

¹⁶Bismar Nasution, *Hukum Kegiatan Ekonomi I*, (Jakarta: Book Terrace & Library, 2007) hal. 28.

¹⁷Hikmahanto Juwana, *Konsekuensi Keikutsertaan Indonesia dalam Perjanjian Internasional*. Materi Perkuliahan Hukum Dagang Internasional, Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia. Tanpa Tahun. Hal 5-6.

- b. Kedua, apakah pemerintah bersedia untuk dipantau atau mampu memberi laporan setiap tahun? Permasalahan utama, bagi Indonesia dalam memberi laporan adalah laporan tidak akan signifikan. Hal ini disebabkan kurangnya koordinasi antar instansi, terutama instansi yang melaporkan dengan instansi teknis;
- c. Ketiga, dalam merencanakan untuk ikut serta dalam perjanjian internasional perlu untuk diketahui kapasitas aparat penegak hukum. Hal ini karena bila Konvensi telah diterjemahkan ke dalam hukum nasional namun tidak mampu ditegakkan oleh aparat maka sama saja Indonesia tidak menepati komitmennya. Perlu diketahui salah satu persoalan hukum di Indonesia adalah lemahnya penegakan hukum;
- d. Keempat, dalam rencana untuk ikut serta pada perjanjian internasional perlu dilihat negara-negara yang telah turut serta. Ini penting mengingat tujuan dari perjanjian internasional yang bersifat multilateral adalah adanya kerjasama antar negara.

Salah satu dampak dari terintegrasinya Pasar ekonomi Indonesia dengan pasar dunia adalah beroperasinya berbagai perusahaan multinational (*Multi National Corporations/Multi National Enterprises*) di Indonesia. Bentuknya dapat beragam, mulai dari sekedar *representative office, branch office, regional management*, ataupun dengan mendirikan *subsidiary* (anak perusahaan). Tidak diketahui kapan waktu yang tepat sebagai saat dimulainya perusahaan multinasional, masih menjadi perdebatan bahwa saat dikenalnya perusahaan multinasional adalah pada masa kejayaan perusahaan perdagangan kolonial eropa pada abad keenambelas dan ketujuhbelas¹⁸.

Perusahaan multinational telah menganggap dunia sebagai suatu kesatuan pasar (*single market*) yang secara kontinyu harus dieksploitasi untuk meningkatkan keuntungan. Namun demikian perusahaan multinational tidak berdiri sendiri, di tingkat global, perusahaan multinational bersaing dengan ketat

¹⁸Peter Muchinski, *Multinational Enterprises and The Law*, (Great Britain:MPG Books Ltd, 1999), hal. 19.

dalam pasarnya masing-masing. Dampak persaingan pun tak terkecuali dapat dirasakan di Indonesia. Salah satu strategi umum dalam persaingan tersebut adalah dengan saling bekerja sama (*cooperate instead of compete*). Bentuk tradisional dari pola kerjasama ini adalah dengan melakukan merger, konsolidasi, dan akuisisi.

Perusahaan-perusahaan pemimpin pasar (*market leader*) ramai-ramai mengakuisisi pesaing ketatnya. Perusahaan-perusahaan lapis kedua bergabung dengan perusahaan-perusahaan pada lapis yang sama untuk meningkatkan daya saing dengan *market leader companies*.¹⁹ Di Amerika Serikat saja pada era 1980-an terjadi kira-kira 55.000 merger dan akuisisi. Nilai akuisisi selama dekade ini mencapai kira-kira US\$ 1,3 triliun. Nilai tersebut semakin meningkat setiap tahunnya, terhitung nilai merger dan akuisisi yang diumumkan pada tahun 1999 menembus angka US\$ 2,5 triliun, hal ini menunjukkan trend merger dan akuisisi yang akan semakin meningkat dan dapat kita cermati bahwa merger dan akuisisi memang merupakan satu strategi yang menguntungkan bagi perusahaan-perusahaan raksasa²⁰.

Tindakan merger telah diatur dalam Undang-undang Nomor 40 tahun 2007²¹ tentang Perseroan Terbatas, yaitu dalam bentuk penggabungan, peleburan dan pengambilalihan. Pasal 126 ayat (1) UU No. 40 tahun 2007 mengatur bahwa perbuatan hukum Penggabungan, Peleburan, Pengambilalihan, atau Pemisahan wajib memperhatikan kepentingan:

- a. Perseroan, pemegang saham minoritas, karyawan Perseroan;
- b. kreditor dan mitra usaha lainnya dari Perseroan; dan
- c. masyarakat dan persaingan sehat dalam melakukan usaha.

¹⁹Elyta Ras Ginting, *Hukum Anti Monopoli Indonesia*, (Jakarta: Citra Aditya, 2004), hal. 84.

²⁰Michael A. Hitt., *et.al.*, *Merger dan Akuisisi: Panduan Meraih Laba Bagi Para Pemegang Saham*, (Jakarta: PT. Rajagrafindo Perkasa, 2001), hal. 2.

²¹Indonesia, *Undang-undang Perseroan Terbatas*, Undang-undang Nomor 40 tahun 2007, Lembar Negara Republik Indonesia tahun 2007 Nomor 106, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4756.

Dalam penjelasan pasal tersebut dijelaskan bahwa dalam Penggabungan, Peleburan, Pengambilalihan, atau Pemisahan harus juga dicegah kemungkinan terjadinya monopoli atau monopsoni dalam berbagai bentuk yang merugikan masyarakat.

Ketentuan mengenai persaingan sehat dalam melakukan usaha diatur dalam undang-undang tersendiri yaitu Undang-undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.²² Khusus mengenai merger diatur dalam Pasal 28 dan Pasal 29 UU No. 5 tahun 1999 tersebut yang selengkapnya berbunyi sebagai berikut:

Pasal 28

- (1) *Pelaku usaha dilarang melakukan penggabungan atau peleburan badan usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.*
- (2) *Pelaku usaha dilarang melakukan pengambilalihan saham perusahaan lain apabila tindakan tersebut dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.*
- (3) *Ketentuan lebih lanjut mengenai penggabungan atau peleburan badan usaha yang dilarang sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), dan ketentuan mengenai pengambilalihan saham perusahaani sebagaimana dimaksud ayat dalam (2) pasal ini, diatur dalam Peraturan Pemerintah.*

Pasal 29

- (1) *Penggabungan atau peleburan badan usaha, atau pengambilalihan saham sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28 yang berakibat nilai aset dan atau nilai penjualannya melebihi jumlah tertentu, wajib diberitahukan kepada Komisi, selambat-lambatnya 30 (tiga puluh) hari sejak tanggal penggabungan, peleburan atau pengambilalihan tersebut.*

²² Indonesia, *Undang-undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, Undang-undang Nomor 5 tahun 1999, Lembar Negara Republik Indonesia tahun 1999 Nomor 33, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3817.

- (2) *Ketentuan tentang penetapan nilai aset dan atau nilai penjualan serta tata cara pemberitahuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) diatur dalam Peraturan Pemerintah.*

Ketentuan Pasal 28 dan Pasal 29 tersebut jelas secara eksplisit memerintahkan peraturan pemerintah sebagai sebuah peraturan pelaksanaannya. Namun hingga saat ini belum ada peraturan pemerintah tersebut dan masih dalam pembahasan tim perumus peraturan pemerintah mengenai pelaksanaan Pasal 28 dan Pasal 29 UU No. 5 tahun 1999.

Pasal 28 dan Pasal 29 merupakan *lex imperfecta*. Pasal-pasal tersebut baru dapat diimplementasi setelah pemerintah memberlakukan peraturan pemerintah yang disyaratkan di Pasal 28 ayat (3) dan pasal 29 ayat (2). Pasal 28 ayat (1) dan (2) maupun Pasal 29 ayat (1) kalau berdiri sendiri, terlalu kabur untuk dapat diimplementasi²³.

Namun pada prakteknya, setidaknya, Komisi Pengawas Persaingan Usaha (untuk selanjutnya disebut "KPPU") telah memutus 2 (dua) perkara yang terkait dengan merger yang telah terjadi yang dalam perjalanannya ternyata merger tersebut berdampak kepada persaingan usaha yang tidak sehat yang dilarang baik oleh UU No. 40 tahun 2007 maupun UU No. 5 tahun 1999 yaitu perkara pengambilalihan saham PT. Indosat, Tbk. oleh Kelompok Usaha Temasek²⁴ dan yang kedua adalah pengambilalihan saham PT. Alfa Retailindo oleh PT. Carrefour Indonesia²⁵.

Pengambilalihan saham Indosat oleh perusahaan asing, Kelompok Usaha Temasek, setelah beberapa waktu berjalan, ternyata oleh KPPU dinyatakan melanggar UU No. 5 Tahun 1999 dan KPPU kemudian memutuskan untuk memerintahkan kepada Kelompok Usaha Temasek untuk melepaskan seluruh kepemilikan sahamnya, apakah di Telkomsel atau di Indosat. Belum selesai

²³ Knud Hansen, *et al.*, *Undang-undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, (Jakarta; Katalis 2002), hal. 379.

²⁴Komisi Pengawas Persaingan Usaha, *Putusan Nomor 07/KPPU-L/2007 tanggal 19 November 2007*.

²⁵Komisi Pengawas Persaingan Usaha, *Putusan Nomor 09/KPPU-L/2009 tanggal 3 November 2009*

perkara tersebut, kemudian dilakukan penjualan saham Indosat kepada Qatar Telecom perusahaan dari Timur Tengah dan transaksi penjualan terjadi di Singapura. Pada tanggal 6 Juni 2008, Indosat resmi berpindah tangan dari STT, Kelompok Usaha Temasek ke Qatar Telecom sebagai pemilik baru.

Akuisisi saham tersebut, segera menuai pro dan kontra yang masih belum berakhir hingga saat penulisan ini masih dilakukan. Pihak yang pro menilai proses akuisisi ini sebagai kegiatan bisnis pada umumnya (*business as usual*) termasuk salah satunya adalah Wakil Presiden RI, Jusuf Kalla²⁶, sedangkan pihak yang kontra menganggap proses penjualan Indosat telah melanggar hukum di Indonesia, karena pada saat penjualan saham berlangsung, proses hukum kasasi ke Mahkamah Agung atas Putusan KPPU yang menyatakan Kelompok Usaha Temasek bersalah melanggar undang-undang persaingan usaha masih berlangsung²⁷.

Pendapat lain yang lebih moderat dan diplomatis dinyatakan oleh Ningrum Sirait, Guru Besar Fakultas Hukum Universitas Sumatera Utara yang menyatakan bahwa: "Peralihan saham dalam status masih diperkarakan dan menunggu Putusan MA merupakan pelajaran berharga bagi Indonesia untuk menyikapi transaksi seperti ini, sehingga jalan satu-satunya adalah benahi peraturan yang ada dan segera dibutuhkan saat ini"²⁸.

Lebih lanjut Ningrum mengatakan, bahwa untuk menilai transaksi tersebut terdapat beberapa koridor hukum yang harus ditaati, antara lain Undang-undang Perseroan Terbatas, Undang-undang Pasar Modal dan Undang-undang Persaingan Usaha²⁹.

²⁶Lihat pendapat Jusuf Kalla dalam The Jakarta Post, tanggal 14 Juni 2008: *Qtel's Indosat Deal Legal: Kalla, "The deal is just a business as usual for overseas (buyer). As the owner's of the share are in Singapore, the transaction is legitimate"*

²⁷Lihat Opini Slamet Habib (Sekjen Aliansi Penyelamat Aset Bangsa) dalam Harian Ekonomi Neraca, tanggal 4 September 2008, "*Penjualan Saham STT ke Qtel: Antara Pelecehan Hukum dan Bangsa*" lihat juga pendapat Abdul Salam Taba dalam Koran Tempo, tanggal 5 Juli 2008, *Menyoal Akuisisi Indosat*.

²⁸Lihat Harian Ekonomi Neraca tanggal 16 Juni 2008, *Strategi Asing Manfaatkan Celah Hukum Indonesia*.

²⁹*ibid.*

Perkara lain yang terkait dengan permasalahan merger yang terakhir ditangani oleh KPPU adalah Akuisisi PT Alfa Retailindo, Tbk. (untuk selanjutnya disebut "Alfa") yang dilakukan oleh PT Carrefour Indonesia (yang untuk selanjutnya disebut "Carrefour") yang dikenal dengan perkara Carrefour-Alfa.

Pada perkara tersebut, KPPU berdasarkan hasil penyelidikannya, kemudian mendefinisikan pasar bersangkutan dalam perkara tersebut. Dalam pasar bersangkutan, pangsa pasar Carrefour diketahui meningkat menjadi sebesar 57,99% (2008) pasca akuisisi Alfa yang sebelumnya sebesar 46,30% (2007) pada pasar *upstream* sehingga secara hukum memenuhi kualifikasi "menguasai pasar" sebagaimana diatur dalam Pasal 17 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999 dan "posisi dominan" sebagaimana diatur dalam Pasal 25 ayat (1) huruf a UU No 5 Tahun 1999.

Pada kedua perkara tersebut diatas, baik Perkara Temasek maupun Perkara Carrefour-Alfa, KPPU dengan kewenangan yang dimilikinya, memutuskan bahwa baik Kelompok Usaha Temasek maupun Carrefour harus melepaskan kepemilikannya di perusahaan yang diakuisisinya tersebut.

Hal ini menarik untuk dikaji mengenai pentingnya mengenai peraturan merger di Indonesia, khususnya yang terkait dengan persaingan usaha, karena tentunya akan menjadi sebuah tantangan tersendiri bagi pelaku usaha yang akan melakukan baik merger maupun akuisisi dan perkembangan investasi di Indonesia. Atas dasar itulah kemudian penelitian ini diberi judul "**Implikasi dan Pengendalian Merger dalam Sistem Hukum Persaingan Usaha**".

1.2. Perumusan Masalah.

Sebagaimana telah disampaikan diatas, tindakan merger dapat menjadi *pro* kepada persaingan, namun juga dapat menjadi kontra persaingan apabila tidak ada pengendalian dari otoritas persaingan usaha. Keberadaan merger di dalam dunia usaha seharusnya membawa pengaruh positif bagi perusahaan yang gagal. Namun, pada prakteknya, tindakan merger kemudian menjadi sebuah cara yang tidak memperhatikan prinsip-prinsip persaingan usaha tidak sehat oleh pelaku

usaha yang bermaksud untuk mengekspansi pasarnya hanya dengan melakukan merger perusahaan yang telah ada daripada berusaha memperkuat usaha yang telah dimilikinya.

Berdasarkan pada hal-hal yang telah diuraikan di atas, penelitian ini akan memfokuskan diri untuk menjawab permasalahan-permasalahan sebagai berikut:

1. Bagaimana sistem pengendalian merger dalam sistem hukum Indonesia?
2. Bagaimanakah pengaturan notifikasi yang tepat dalam sistem pengendalian merger?
3. Tantangan-tantangan apa yang akan dihadapi dengan adanya pengendalian merger di Indonesia?

1.3. Tujuan Penelitian.

Penelitian ini dimaksudkan untuk memperoleh data dan informasi terkait dengan peraturan merger dalam kaitannya dengan hukum persaingan usaha. Oleh karena itu tujuan penelitian ini adalah:

- a. untuk mengetahui sistem pengendalian merger dalam sistem hukum di Indonesia yang berkaitan dengan hukum persaingan usaha;
- b. untuk mengetahui bagaimana pengaturan notifikasi merger yang tepat dalam hukum persaingan usaha di Indonesia;
- c. untuk mengetahui tantangan-tantangan apa yang akan timbul dengan adanya pengendalian merger di Indonesia.

1.4. Manfaat Penelitian.

Penelitian ini diharapkan dapat memberikan penjelasan dan pengetahuan tambahan bagi kepentingan teori dan praktis bagi semua pihak yang terlibat dalam rangka penegakan hukum persaingan usaha, khususnya mengenai merger dan dampaknya terhadap persaingan usaha.

Selain itu hasil penelitian ini diharapkan juga dapat menjadi masukan bagi rencana penyempurnaan Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 yang saat ini sedang dijalankan oleh KPPU dan bagi penyusunan Peraturan Pemerintah mengenai merger yang memiliki dampak kepada persaingan usaha terutama dalam kegiatan merger yang akan dilakukan oleh pelaku usaha.

1.5. Ruang Lingkup Penelitian.

Penelitian ini akan membatasi diri untuk menjawab pokok permasalahan sebagaimana yang telah disebutkan di atas yaitu mengenai perlunya pengendalian merger dilihat dari implikasi dan tantangan dalam konteks pencegahan terjadinya persaingan usaha tidak sehat berdasarkan UU No. 5 Tahun 1999.

Penelitian ini akan mempergunakan Putusan KPPU No. 07/KPPU-L/2007 tanggal 19 November 2007 tentang Kelompok Usaha Temasek dan Putusan KPPU No. 09/KPPU-L/2009 tanggal 3 November 2009 tentang PT. Carrefour Indonesia. Kedua putusan tersebut akan diulas secara umum untuk dapat memahami bahwa terhadap tindakan merger dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat. Dampak negatif selain mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat, juga membawa dampak yang tidak baik bagi pelaku usaha yang melakukan merger tersebut karena dalam kedua Putusan tersebut, KPPU memerintahkan untuk dilakukan pemisahan perusahaan terhadap perusahaan yang telah melakukan akuisisi tersebut. Penelitian ini tidak akan membahas apakah Putusan yang telah dijatuhkan tersebut telah tepat atau tidak, karena pemuatan perkara tersebut semata-mata hanya sebagai fakta hukum bahwa telah ada permasalahan yang diakibatkan dari tidak adanya *merger control*.

Penelitian ini juga tidak akan membahas mengenai merger perbankan dan merger perusahaan terbuka secara spesifik, oleh karena itu substansi materiil dan lain-lain yang berada diluar maksud dalam kaitannya dengan pokok permasalahan di atas tidak menjadi bahasan dalam penelitian ini, oleh karena itu tidak akan diuraikan secara panjang lebar bahkan tidak disinggung sama sekali apabila memang tidak terdapat keterkaitannya.

1.6. Kerangka Konseptual.

Kerangka penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah berawal dan berdasarkan pada UU No. 5 Tahun 1999 yang hanya memberikan batasan secara umum bahwa pelaku usaha dilarang melakukan merger yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.

Berdasarkan hal tersebut maka perlu untuk dikaji seluruh peraturan mengenai merger dan akuisisi yang ada dan berlaku di Indonesia dan literatur yang tersedia. Selain itu juga akan menguraikan mengenai sistem pengendalian yang diterapkan oleh beberapa otoritas pengawas persaingan usaha di beberapa negara lain yang telah menerapkan mekanisme kontrol terhadap merger.

1.7. Definisi Operasional.

Penelitian ini akan menggunakan berbagai istilah-istilah terkait dengan merger dan akuisisi untuk mencegah kemungkinan perbedaan pengertian, maka berikut pengertian dari istilah-istilah yang akan dipergunakan:

Secara sederhana, merger, akuisisi dan konsolidasi, atau yang diterjemahkan ke dalam bahasa Indonesia dan dipakai dalam peraturan perundang-undangan dengan istilah penggabungan³⁰, peleburan³¹, dan pengambilalihan³² (untuk selanjutnya dalam tulisan ini disebut "merger") dapat diartikan sebagai "*the act or*

³⁰Ketentuan UU No. 40 tahun 2007 Pasal 1 butir 9 "Penggabungan adalah perbuatan hukum yang dilakukan oleh satu Perseroan atau lebih untuk menggabungkan diri dengan Perseroan lain yang telah ada yang mengakibatkan aktiva dan pasiva dari Perseroan yang menggabungkan diri beralih karena hukum kepada Perseroan yang menerima penggabungan dan selanjutnya status badan hukum Perseroan yang menggabungkan diri berakhir karena hukum".

³¹Ketentuan UU No. 40 tahun 2007 Pasal 1 butir 10 "Peleburan adalah perbuatan hukum yang dilakukan oleh dua Perseroan atau lebih untuk meleburkan diri dengan cara mendirikan satu Perseroan baru yang karena hukum memperoleh aktiva dan pasiva dari Perseroan yang meleburkan diri dan status badan hukum Perseroan yang meleburkan diri berakhir karena hukum".

³²Indonesia, *Undang-undang tentang Perseroan Terbatas*, UU No. 40 tahun 2007 Pasal 1 butir 11 "Pengambilalihan adalah perbuatan hukum yang dilakukan oleh badan hukum atau orang perseorangan untuk mengambil alih saham Perseroan yang mengakibatkan beralihnya pengendalian atas Perseroan tersebut".

an instance of combining or uniting"³³. Merger adalah bentuk penggabungan perusahaan atau bergabungnya dua atau lebih pelaku usaha yang independen³⁴ atau berintegrasinya kegiatan yang dilakukan oleh dua pelaku usaha secara menyeluruh dan permanen³⁵.

Secara komprehensif Henry Black³⁶ memberi batasan merger sebagai berikut: "*Merger is an amalgamation of two corporations pursuant to statutory provision in which one of the corporations survives and the other disappears. The absorption of one company by another, the former losing its legal identity and latter retaining its own name and identity and acquiring assets, liabilities, franchises, and powers of former, and absorbed company ceasing exist as separate business entity.*" Fusi atau absorpsi terjadi melalui kombinasi 2 (dua) perusahaan atau lebih, di mana 1 (satu) di antaranya merupakan perusahaan yang lebih kecil yang akan kehilangan identitasnya dan bergabung atau menjadi bagian dari perusahaan lainnya yang tetap eksis (*survive*) dan tetap mempertahankan nama dan identitasnya.

Praktek monopoli adalah pemusatan kekuatan ekonomi oleh satu atau lebih pelaku usaha yang mengakibatkan dikuasainya produksi dan atau pemasaran atas barang dan atau jasa tertentu sehingga menimbulkan persaingan usaha tidak sehat dan dapat merugikan kepentingan umum³⁷.

Persaingan usaha tidak sehat adalah persaingan antar pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa yang

³³Bryan A. Garner, ed., *et.al.*, *Black's Law Dictionary, seventh edition*, (St. Paul, Minn, West Group, 1999), hal. 1002.

³⁴Alison Jones and Brenda Sufirin, *EC Competition Law, Text, Cases, and Materials*, (New York, Oxford University Press, 2004), hal. 847.

³⁵Earnest Gellhorn and William E. Kovacic, *Antitrust Law and Economics*, (St. Paul: West Publishing, 1994), hal. 348.

³⁶Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, (St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1991), hlm. 988.

³⁷Indonesia, *Undang-undang tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, UU No. 5 Tahun 1999 Pasal 1 angka 2

dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha³⁸.

Pasar bersangkutan adalah 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 tersebut³⁹.

Pendekatan *per se illegal* maupun *rule of reason* telah lama diterapkan untuk menilai apakah suatu tindakan tertentu dari pelaku bisnis melanggar Undang-undang Antimonopoli⁴⁰. Pendekatan *rule of reason* adalah suatu pendekatan yang digunakan oleh lembaga otoritas persaingan usaha untuk membuat evaluasi mengenai akibat perjanjian atau kegiatan usaha tertentu, guna menentukan apakah suatu perjanjian atau kegiatan tersebut bersifat menghambat atau mendukung persaingan. Sebaliknya, pendekatan *per se illegal* adalah menyatakan setiap perjanjian atau kegiatan usaha tertentu sebagai ilegal, tanpa pembuktian lebih lanjut atas dampak yang ditimbulkan dari perjanjian atau kegiatan usaha tersebut. Kegiatan yang dianggap sebagai *per se illegal* biasanya meliputi penetapan harga secara kolusif atas produk tertentu, serta pengaturan harga penjualan kembali⁴¹.

³⁸*Ibid*, Pasal 1 angka 6

³⁹*Ibid*, Pasal 1 angka 10

⁴⁰Pada tahun 1914, *The Sherman Act* 1890 disempurnakan dengan dikeluarkannya *Act to Supplement Existing Laws Against Unlawful Restraints and Monopolies* yang dikenal dengan sebutan *the Clayton Act*. Pada tahun yang sama diterbitkan *Act to Create a Federal Trade Commission, to Define Its Powers and Duties, and for Other Purposes* yang lebih dikenal dengan *the Federal Trade Commission Act*. Kemudian pada tahun 1936, *the Clayton Act* disempurnakan dengan *the Robinson-Patman Act*, di mana penyempurnaannya terbatas pada Pasal 2 *the Clayton Act* yang mengatur tentang Diskriminasi Harga. Lihat Stephen F. Ross, *Principles of Antitrust Law* (Westbury New York: The Foundation Press, Inc., 1993), hal. 395-399, dalam Andi Fahmi Lubis, ed. et.al., *Hukum Persaingan Usaha, antara Teks & Konteks*, (Jakarta: KPPU dan GTZ, 2009, hal. 55.

⁴¹R. Sheyam Khemani and D. M. Shapiro, *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law* (Paris:OECD, 1996) p. 51. dalam *ibid*

1.8. Metode Penelitian.

1.8.1. Objek Penelitian.

Penelitian tentang “Implikasi dan Pengendalian Merger dalam Sistem Hukum Persaingan Usaha” ini menggunakan metode penelitian *juridis normatif* yaitu penelitian hukum yang mengacu kepada kaidah-kaidah atau norma-norma hukum yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan⁴².

Menurut Soetandyo Wignjosoebroto, metode penelitian dikatakan normatif karena khusus untuk meneliti hukum sebagai norma positif *as it is written in the books*⁴³. Sedangkan Soerjono Soekanto menyatakan penelitian hukum yang dilakukan dengan cara meneliti bahan pustaka atau data sekunder belaka, dapat dinamakan penelitian hukum normatif atau penelitian hukum kepustakaan⁴⁴. Penelitian hukum normatif atau kepustakaan tersebut mencakup:

1. penelitian terhadap azas-azas hukum;
2. penelitian terhadap sistematik hukum;
3. penelitian terhadap taraf sinkronisasi vertikal dan horisontal;
4. perbandingan hukum;
5. sejarah hukum.

Oleh karena penelitian ini menggunakan metode penelitian *juridis normatif*, maka obyek yang diteliti adalah norma hukum, yang dalam hal ini adalah UU No. 5 Tahun 1999, UU No. 40 Tahun 2007, Peraturan-peraturan Pemerintah dan Peraturan-peraturan lain yang ditetapkan oleh KPPU.

⁴²Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Suatu Pengantar*, cet. 11, (Yogyakarta: Liberty, 2001), hal. 29.

⁴³Soetandyo Wignjosoebroto, *Hukum. Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya : 70 Tahun Prof. Soetandyo Wignjosoebroto* (Jakarta : Elsam, 2002), hal. 146-147.

⁴⁴Soerjono Soekanto, *Penelitian Hukum Normatif, Suatu Tinjauan Singkat*, (Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2006), hal. 13.

1.8.2. Data.

Data yang digunakan dalam penelitian ini adalah data sekunder⁴⁵. Data sekunder antara lain mencakup dokumen-dokumen resmi, buku-buku, hasil-hasil penelitian yang berwujud laporan, buku harian dan seterusnya.⁴⁶ Data sekunder terdiri dari Bahan hukum Primer, Bahan hukum sekunder dan Bahan hukum tertier.

Bahan hukum Primer yaitu bahan-bahan hukum yang mengikat, seperti: (a) Norma (dasar); (b) Peraturan dasar; (c) Peraturan Perundang-undangan; (d) Bahan hukum yang tidak dikodifikasikan; (e) Yurisprudensi; (f) Traktat; dan (g) Bahan hukum dari zaman penjajahan yang hingga kini masih berlaku⁴⁷. Bahan hukum sekunder adalah bahan yang memberikan penjelasan mengenai bahan hukum primer, seperti, rancangan undang-undang, hasil-hasil penelitian, hasil karya dari kalangan hukum dan seterusnya⁴⁸. Bahan hukum sekunder bernilai penting juga untuk mengembangkan hukum dan ilmu hukum. Sedangkan Bahan hukum tertier, yakni bahan hukum yang memberikan petunjuk maupun penjelasan terhadap bahan hukum primer dan sekunder.

1.8.3. Teknik Pengumpulan Data.

Teknik pengumpulan data dilakukan melalui penelitian kepustakaan (*Library Research*), yaitu dengan mengumpulkan bahan-bahan tertulis yang

⁴⁵Istilah ini menurut Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji adalah data penelitian yang diperoleh dari bahan-bahan pustaka. Soerjono Soekanto & Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, cet. 6, (Jakarta : PT. RajaGrafindo Persada, 2001), hal. 12.

⁴⁶Menurut Soerjono Soekanto, ciri-ciri umum dari data sekunder antara lain (i) pada umumnya data sekunder dalam keadaan siap terbuai dan dapat dipergunakan dengan segera; (ii) baik bentuk maupun isi data sekunder, telah dibentuk dan diisi oleh peneliti-peneliti terdahulu, sehingga peneliti kemudian, tidak mempunyai pengawasan terhadap pengumpulan, pengolahan, analisa maupun konstruksi data; dan (iii) tidak terbatas oleh waktu maupun tempat. Lihat Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, cet. 3, (Jakarta : UI Press, 2005), hal. 12.

⁴⁷*Ibid.*, hal. 52.

⁴⁸Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *op. cit.*, hal. 13.

berhubungan dengan topik yang dibahas berupa peraturan perundang-undangan, putusan pengadilan, buku-buku, media internet, majalah dan sumber-sumber lainnya, yang terkait dengan penelitian ini.

1.8.4. Teknik Pengolahan Data.

Penelitian hukum normatif ini dilakukan terhadap tentang azas-azas hukum dan taraf sinkronisasi vertikal dan horizontal. Pada penelitian terhadap azas-azas, dilakukan dengan cara mengadakan identifikasi terlebih dahulu terhadap kaidah-kaidah hukum yang telah dirumuskan dalam perundang-undangan tertentu⁴⁹, dalam hal ini kaidah-kaidah tentang merger dalam UU No. 5 Tahun 1999. Pada taraf sinkronisasi vertikal dan horisontal dilakukan penelitian adalah sejauh manakah hukum positif tertulis yang ada serasi, baik secara vertikal maupun sejajar⁵⁰. Hukum Positif dalam tingkat horisontal hal ini adalah undang-undang yang memuat peraturan mengenai merger, salah satunya adalah Undang-undang Perusahaan Terbatas⁵¹ dan hukum positif vertikal adalah seluruh peraturan perundang-undangan dibawah undang-undang, salah satunya adalah Peraturan Pemerintah tentang Penggabungan, Peleburan dan Pengambilalihan⁵².

Penelitian dilakukan tidak hanya terhadap kaedah-kaedah hukum yang diatur dalam bahan hukum primer, dan yang berkembang melalui pembahasan dalam bahan hukum sekunder, serta yang dapat ditemukan dalam bahan hukum tertier. Hal ini dilakukan karena dalam banyak hal, suatu asas hukum atau kaedah hukum tidak dengan mudah dapat kita temukan dalam suatu peraturan perundang-undangan, dan hanya dapat ditemukan melalui ikhtiar-ikhtiar yang dikembangkan

⁴⁹Soerjono Soekanto, *op. cit.* hal. 15.

⁵⁰*Ibid*, hal. 15-17.

⁵¹Indonesia, *Undang-undang Perseroan Terbatas*, Undang-undang Nomor 40 tahun 2007, Lembar Negara Republik Indonesia tahun 2007 Nomor 106, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4756.

⁵²Indonesia, *Peraturan Pemerintah tentang Penggabungan, Peleburan dan Pengambilalihan*, Peraturan Pemerintah Nomor 27 tahun 1998, Lembar Negara Republik Indonesia tahun 1998 Nomor 40, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3741.

oleh para ahli melalui pendapat-pendapatnya, termasuk ulasan-ulasan dan komentar-komentar terhadap putusan pengadilan yang dijatuhkan atas penafsiran suatu ketentuan hukum positif yang berlaku.

1.8.5. Sistematika Penelitian.

Sistematika penulisan Penelitian ini adalah sebagaimana berikut:

Bab pertama berisi pendahuluan, yang menguraikan latar belakang, perumusan masalah, tujuan penelitian, manfaat penelitian, ruang lingkup penelitian, kerangka konseptual, definisi operasional, metode penelitian yang digunakan yang meliputi objek penelitian, data, teknik pengumpulan data, teknik pengolahan data, serta sistematika penulisan yang dipergunakan.

Bab kedua akan membahas mengenai tinjauan pustaka yang meliputi pengertian merger, jenis-jenis merger, penerapan merger, sistem pengendalian merger, sistem notifikasi, *threshold*, dan penghitungan pangsa pasar.

Bab ketiga akan membahas mengenai pengendalian merger, yang meliputi peraturan-peraturan terkait dengan merger yang telah ada dalam peraturan perundang-undangan di Indonesia, lembaga-lembaga yang melaksanakan peraturan perundang-undangan tersebut,

Bab keempat akan menganalisa mengenai sistem pengendalian merger dalam implikasi dan tantangan berdasarkan peraturan-peraturan yang ada dan juga perlunya pengaturan *merger control* di Indonesia sebagai upaya pencegahan terhadap merger yang dapat berdampak kepada persaingan usaha tidak sehat sebagaimana yang diatur dalam UU No. 5 Tahun 1999.

Bab kelima merupakan bab terakhir dari penelitian ini yang memuat kesimpulan dari seluruh pemaparan yang telah diberikan dalam penelitian ini dan menjadi jawaban terhadap rumusan masalah yang terdapat dalam bab pertama. Selain itu juga akan memuat saran yang merupakan tindak lanjut terhadap kesimpulan.

BAB 2 TINJAUAN PUSTAKA

2.1. Pengertian Merger.

Merger, akuisisi dan konsolidasi, merupakan resapan dari bahasa asing dalam hal ini adalah bahasa Inggris. Dalam Bahasa Indonesia, merger diartikan sebagai penggabungan, akuisisi sebagai peleburan dan konsolidasi sebagai pengambilalihan. Namun penggunaan kata “penggabungan”, “peleburan”, dan “pengambilalihan” nampaknya tidak sepopuler penggunaan kata “merger”, “akuisisi”, dan “konsolidasi”, padahal dalam peraturan perundang-undangan, setidaknya dalam UU No. 1 tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas⁵³, yang telah diganti dengan UU No. 40 tahun 2007, serta UU No. 5 tahun 1999, mempergunakan istilah “penggabungan”, “peleburan”, dan “pengambilalihan” daripada “merger”, “akuisisi”, dan “konsolidasi”.

Penggabungan, peleburan, dan pengambilalihan (untuk selanjutnya dalam tulisan ini disebut “merger”) dapat diartikan sebagai “*the act or an instance of combining or uniting*”⁵⁴. Merger adalah bentuk penggabungan perusahaan atau bergabungnya dua atau lebih pelaku usaha yang independen⁵⁵ atau berintegrasinya kegiatan yang dilakukan oleh dua pelaku usaha secara menyeluruh dan permanen⁵⁶.

⁵³Indonesia, *Undang-undang tentang Perseroan Terbatas*, Undang-undang Nomor 1 tahun 1995, Lembar Negara Republik Indonesia tahun 1995 Nomor 13, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3587.

⁵⁴Bryan A. Garner, ed., et al., *Black's Law Dictionary, seventh edition*, (St. Paul, Minn, West Group, 1999), hal. 1002.

⁵⁵Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law, Text, Cases, and Materials*, (New York, Oxford University Press, 2004), hal. 847.

⁵⁶Ernest Gellhorn and William E. Kovacic, *Antitrust Law and Economics*, (St. Paul: West Publishing, 1994), hal. 348.

Secara komprehensif Henry Black⁵⁷ memberi batasan merger sebagai berikut: *“Merger is an amalgamation of two corporations pursuant to statutory provision in which one of the corporations survives and the other disappears. The absorption of one company by another, the former losing its legal identity and latter retaining its own name and identity and acquiring assets, liabilities, franchises, and powers of former, and absorbed company ceasing exist as separate business entity.”* Fusi atau absorpsi terjadi melalui kombinasi 2 (dua) perusahaan atau lebih, di mana 1 (satu) di antaranya merupakan perusahaan yang lebih kecil yang akan kehilangan identitasnya dan bergabung atau menjadi bagian dari perusahaan lainnya yang tetap eksis (*survive*) dan tetap mempertahankan nama dan identitasnya.

2.2. Tujuan dilakukannya Merger.

Kegiatan usaha adalah kegiatan yang sifatnya dinamis, berbagai upaya dilakukan untuk mendapatkan keuntungan sebesar-besarnya dengan pengeluaran sekecil-kecilnya. Merger dapat menjadi salah satu upaya untuk mewujudkannya. Ada beberapa sasaran umum sehingga dilakukannya suatu merger⁵⁸, yaitu:

1. Meningkatkan Konsentrasi Pasar.

Apabila perusahaan besar yang melakukan merger dengan perusahaan sejenis atau dengan perusahaan yang terintegrasi secara vertikal, pasar cenderung lebih terkonsentrasi. Untuk itu, rambu-rambu hukum anti-monopoli perlu diwaspadai. Akan tetapi jika merger dilakukan oleh perusahaan-perusahaan kecil, menyebabkan perusahaan tersebut menjadi lebih besar sehingga dapat bersaing dengan perusahaan yang

⁵⁷Henry Campbell Black, *Black's Law Dictionary*, (St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1991), hlm. 988.

⁵⁸*Ibid*, hal. 53-54

memang sudah duluan besar. Hal ini akan mengurangi konsentrasi pasar oleh satu atau lebih perusahaan besar saja.

2. Meningkatkan Efisiensi.

Merger dua atau lebih perusahaan dapat meningkatkan efisiensi, baik efisiensi dalam produksi maupun efisiensi dalam pemasaran dan penghematan *overhead cost*. Banyak biaya dapat dipotong atau bahkan banyak tenaga kerja dapat dikeluarkan dalam memproduksi produk yang sama dengan sebelum merger dilakukan. Akan tetapi, dengan merger dimana perusahaan menjadi semakin besar dan pesaing dipasar semakin berkurang, dapat menyebabkan pola persaingan pasar menjadi tidak tajam. Hal ini dapat juga mengarah pada tidak efisiennya perusahaan yang bersangkutan.

3. Mengembangkan Inovasi Baru.

Memang dengan dilakukan merger, perusahaan menjadi besar sehingga riset dan pengembangan dapat dikembangkan secara canggih. Hal tersebut dapat mendorong untuk timbulnya inovasi baru dalam menghasilkan produk-produk dari perusahaan yang bersangkutan. Akan tetapi, jika perusahaan sudah terlalu besar dan tidak atau kurang persaingannya di pasar, bisa juga menyebabkan perusahaan tersebut akan tetap mempertahankan produk yang sudah ada apa adanya sehingga mengurangi semangat untuk mendapatkan inovasi baru.

4. Alat Investasi.

Terutama bagi merger yang memerlukan sejumlah dana dari pihak yang menggabungkan diri, maka merger seperti itu dapat merupakan alat untuk investasi bagi perusahaan yang menggabungkan diri tersebut.

Apabila perusahaan yang menggabungkan diri tersebut merupakan perusahaan asing atau perusahaan campuran asing, investasi tersebut dapat dipandang sebagai suatu investasi asing. Dan jika nanti investasi tersebut ditarik kembali (divestasi), diharapkan akan didapat banyak *capital gain* dari merger tersebut.

5. Sarana Alih Teknologi.

Jika terjadi merger, perusahaan yang satu dapat menimba pengalaman dan teknologi dari perusahaan yang lain. Dengan demikian, merger dapat merupakan sarana alih teknologi.

6. Mendapatkan Akses Internasional.

Biasanya tidak mudah bagi suatu perusahaan untuk sampai mendapatkan akses kepasar internasional. Untuk itu dapat ditempuh dengan merger dengan suatu perusahaan asing sehingga pasar dari perusahaan asing tersebut dapat diakses.

7. Meningkatkan Daya Saing.

Telah disebutkan bahwa dengan merger, suatu perusahaan dapat meningkatkan efisiensi dan melakukan inovasi-inovasi. Hal tersebut dapat memberikan nilai tambah bagi peningkatan daya saingnya, misalnya baik daya saing ekspor maupun impor

8. Memaksimalkan Sumber Daya.

Dengan merger, maka sumber daya yang ada di dua atau lebih perusahaan yang bergabung dapat dimanfaatkan secara maksimal. Disamping itu, dapat pula dilakukan pengurangan duplikasi dan

memaksimalkan penggunaan aktiva yang menganggur sehingga produksinya dapat didorong secara maksimal.

9. Menjamin Pasokan Bahan Baku.

Khususnya terhadap merger vertikal, yakni merger antara perusahaan hulu dan hilir, maka merger seperti ini dapat menjamin tersedianya bahan baku karena mempunyai perusahaan pemasok bahan bakunya sendiri.

2.3. Bentuk-bentuk Merger.

Secara umum, merger dapat dilakukan oleh pelaku usaha dengan pelaku usaha pesaingnya, pelaku usaha dengan pelaku usaha lain dalam konteks vertikal, baik *upstream* maupun *downstream*, atau antara pelaku usaha yang tidak memiliki keterkaitan usaha. Dalam praktek dikenal bentuk-bentuk merger yang umum terjadi adalah⁵⁹:

- a. Merger Horizontal, yaitu penggabungan antar perusahaan yang semula secara langsung bersaing dalam pasar yang sama dan terhadap produk yang sama, sehingga merger ini terjadi diantara dua atau lebih pelaku usaha yang seharusnya bersaing dipasar yang sama atau produk substitusi yang sangat mirip. Sebagai contoh adalah merger bank, merger antar pelaku usaha distributor makanan dan minuman;
- b. Merger Vertikal adalah merger yang terjadi antara para pelaku usaha pada tingkat yang berbeda yang melibatkan suatu tahapan operasional produksi yang berbeda pula namun yang saling terkait satu sama lainnya, mulai dari hulu hingga ke hilir. Merger vertikal dapat juga berbentuk 2 jenis, yakni *Upstream Vertical Merger* dan *Downstream Vertical Merger*. Sebagai contoh merger antara pabrik obat dengan

⁵⁹Lihat Elyta Ras Ginting, *Hukum Anti Monopoli Indonesia*, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2001), hal. 84, lihat juga Alison Jones and Brenda Sufrin, *op. cit.*, hal. 850-852, dan lihat juga ABA Section of Antitrust Law *Antitrust Law Developments*, 5th Edition, 2002, hal. 327, 362, 368.

distributor obat, merger antara pelaku usaha tambang batubara dengan pelaku usaha pembangkit tenaga listrik.

Hooverkamp mengartikan istilah *upstream vertical merger* dengan sebutan *backward merger* dan *downstream vertical merger* dengan sebutan *forward merger*⁶⁰.

Walaupun kecil kemungkinan merger vertikal dapat menghilangkan atau menghambat persaingan karena merger ini tidak langsung mengurangi jumlah pesaing dalam pasar, namun merger ini masih memungkinkan terjadinya hambatan masuk (*barrier to entry*) bagi pelaku usaha lain.

- c. Merger Konglomerat adalah merger yang terjadi apabila 2 (dua) perusahaan yang tidak memiliki lini usaha yang sama bergabung. Atau dengan kata lain, merger konglomerat terjadi antara perusahaan-perusahaan yang tidak bersaing dan tidak memiliki hubungan penjual-pembeli.

Munir Fuady⁶¹ menambahkan adanya bentuk lain dari merger, yaitu Merger kon-generik. Melalui merger kon-generik, perusahaan-perusahaan yang bergabung saling berhubungan satu sama lain, yang mempunyai kesamaan sifat produksinya, tetapi belum dapat dikatakan sebagai produsen terhadap produk yang sama (*horizontal*), dan bukan juga hubungan antara produsen-supplier (*vertikal*).

⁶⁰If a firm integrates into a market from which it would otherwise obtain some needed input, such as a raw material or business service, the integration is said to be "backward". The ice cream parlor that begins sweeping its own floors has vertically integrated in this direction. If a firm integrates in the direction of the final consumer the integration is said to be "forward". The petroleum refinery that purchases its own gasoline stations is integrating in this direction. Herbert Hooverkamp, *Antitrust*, third edition, (St. Paul, Minn: Black Letter Series West Group, 1999). Hal 133.

⁶¹ Munir Fuady, *op. cit.*, hal. 85-89.

2.4. *Rule of reason* dan *per se illegal*.

Pendekatan *rule of reason* maupun *per se illegal* telah lama diterapkan untuk menilai apakah suatu tindakan tertentu dari pelaku bisnis melanggar Undang-undang Antimonopoli⁶². Pendekatan *rule of reason* adalah suatu pendekatan yang digunakan oleh lembaga otoritas persaingan usaha untuk membuat evaluasi mengenai akibat perjanjian atau kegiatan usaha tertentu, guna menentukan apakah suatu perjanjian atau kegiatan tersebut bersifat menghambat atau mendukung persaingan.

Sebaliknya, pendekatan *per se illegal* adalah menyatakan setiap perjanjian atau kegiatan usaha tertentu sebagai ilegal, tanpa pembuktian lebih lanjut atas dampak yang ditimbulkan dari perjanjian atau kegiatan usaha tersebut. Kegiatan yang dianggap sebagai *per se illegal* biasanya meliputi penetapan harga secara kolusif atas produk tertentu, serta pengaturan harga penjualan kembali⁶³.

Ketentuan yang bersifat *per se illegal* tidak diperlukan lagi pembuktian dampak larangan tersebut, sehingga jika ada pelaku usaha yang melakukan sesuatu yang dinyatakan secara eksplisit dilarang undang-undang, pelaku usaha tersebut dinyatakan melanggar, tanpa perlu membuktikan hasil atau akibat tindakan yang dilakukan. Ketentuan bersifat *rule of reason* memerlukan bukti

⁶²Pada tahun 1914, The Sherman Act 1890 disempurnakan dengan dikluarkannya *Act to Supplement Existing Laws Against Unlawful Restraints and Monopolies* yang dikenal dengan sebutan "*the Clayton Act*". Pada tahun yang sama diterbitkan "*Act to Create a Federal Trade Commission, to Define Its Powers and Duties, and for Other Purposes*" yang lebih dikenal dengan "*the Federal Trade Commission Act*". Kemudian pada tahun 1936, *the Clayton Act* disempurnakan dengan "*the Robinson-Patman Act*", di mana penyempurnaannya terbatas pada Pasal 2 *the Clayton Act* yang mengatur tentang Diskriminasi Harga. Lihat Stephen F. Ross, *Principles of Antitrust Law* (Westbury New York: The Foundation Press, Inc., 1993) pp. 395-399. sebagaimana dalam A. M. Tri Anggraini, *Larangan Praktek Monopoli dan atau Persaingan Usaha Tidak Sehat, Per se Illegal atau Rule of Reason*, (Jakarta: Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003), hal. 79.

⁶³ R. Sheyam Khemani and D. M. Shapiro, *Glossary of Industrial Organisation Economics and Competition Law* (Paris: OECD, 1996), hal 51., sebagaimana dalam Andi Fahmi Lubis dan Natasya Ningrum Sirait (ed.), *Hukum Persaingan Usaha, Antara Teks & Konteks*, (Jakarta, Oktober 2009), hal. 55

suatu tindakan yang dilakukan pelaku usaha, apakah tindakan tersebut tergolong persaingan usaha tidak sehat atau bukan⁶⁴.

Kedua metode pendekatan yang memiliki perbedaan ekstrim tersebut juga digunakan dalam UU No. 5 tahun 1999. Hal ini dapat dilihat dari ketentuan pasal-pasal, yakni pencantuman kata-kata “yang dapat mengakibatkan” dan atau “patut diduga”. Kata-kata tersebut menyiratkan perlunya penelitian secara lebih mendalam, apakah suatu tindakan dapat menimbulkan praktek monopoli yang bersifat menghambat persaingan. Sedangkan penerapan pendekatan *per se illegal* biasanya dipergunakan dalam pasal-pasal yang menyatakan istilah “dilarang”, tanpa anak kalimat “...yang dapat mengakibatkan...”⁶⁵.

Hal sebaliknya diungkapkan oleh Tri Anggraini⁶⁶, yang berpendapat bahwa pendekatan *per se illegal* dan *rule of reason* tidak dengan pasti diketahui untuk tindakan-tindakan tertentu dari pelaku usaha. Anak kalimat “...yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat” dan atau “patut diduga mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat dan atau merugikan masyarakat”, tidak selalu dapat diartikan pasal tersebut menggunakan penerapan *rule of reason*. Anak kalimat bersayap tersebut bisa diartikan tidak terpisah dari induk kalimatnya.

Suatu perilaku yang ditetapkan oleh pengadilan sebagai *per se illegal*, akan dihukum tanpa proses penyelidikan yang rumit. Jenis perilaku yang ditetapkan secara *per se illegal* hanya akan dilaksanakan, setelah pengadilan memiliki pengalaman yang memadai terhadap perilaku tersebut, yakni bahwa perilaku tersebut hampir selalu bersifat anti persaingan, dan hampir selalu tidak pernah membawa manfaat sosial⁶⁷. Pendekatan *per se illegal* ditinjau dari sudut proses administratif adalah mudah. Hal ini disebabkan karena metode ini membolehkan pengadilan untuk menolak melakukan penyelidikan secara rinci, yang biasanya

⁶⁴ Johnny Ibrahim. *Hukum Persaingan Usaha: Filosofi, Teori, dan Implikasi Penerapannya di Indonesia*. (Malang: Bayumedia, 2006), hal. 219.

⁶⁵ *Ibid*

⁶⁶ A. M. Tri Anggraini, *op. cit.*, hal. 403-404.

⁶⁷ Herbert Hovenkamp, *op. cit.*, hal. 91.

memerlukan waktu lama dan biaya yang mahal guna mencari fakta di pasar yang bersangkutan⁶⁸.

Oleh karena itu, pada prinsipnya terdapat dua syarat dalam melakukan pendekatan *per se illegal*. Pertama, harus ditujukan lebih kepada “perilaku bisnis” dari pada situasi pasar, karena keputusan melawan hukum dijatuhkan tanpa disertai pemeriksaan lebih lanjut, misalnya, mengenai akibat dan hal-hal yang melingkupinya. Metode pendekatan seperti ini dianggap fair, jika perbuatan ilegal tersebut merupakan “tindakan sengaja” oleh perusahaan, yang seharusnya dapat dihindari. Kedua, adanya identifikasi secara cepat atau mudah mengenai jenis praktek atau batasan perilaku yang terlarang. Dengan perkataan lain, penilaian atas tindakan dari pelaku usaha, baik di pasar maupun dalam proses pengadilan harus dapat ditentukan dengan mudah. Meskipun demikian diakui, bahwa terdapat perilaku yang terletak dalam batas-batas yang tidak jelas antara perilaku terlarang dan perilaku yang sah⁶⁹.

Pembenaran substantif dalam *per se illegal* harus didasarkan pada fakta atau asumsi, bahwa perilaku tersebut dilarang karena dapat mengakibatkan kerugian bagi pesaing lainnya dan atau konsumen. Hal tersebut dapat dijadikan pengadilan sebagai alasan pembenar dalam pengambilan keputusan. Oleh karena itu, terdapat dua hal penting yang harus diperhatikan oleh pengadilan, pertama, adanya dampak merugikan yang signifikan dari perilaku tersebut. kedua, kerugian tersebut harus tergantung pada kegiatan yang dilarang⁷⁰.

Penyelidikan terhadap ada tidaknya pelanggaran terhadap ketentuan hukum persaingan melalui pendekatan *per se illegal* dianggap lebih memberikan kepastian hukum. Artinya, bahwa adanya larangan yang tegas dapat memberikan kepastian bagi pengusaha untuk mengetahui keabsahan suatu perbuatan. Hal ini memungkinkan mereka untuk mengatur dan menjalankan usaha tanpa khawatir

⁶⁸*Ibid*

⁶⁹Carl Kaysen and Donald F. Turner, *Antitrust Policy: an Economic and Legal Analysis* (Cambridge: Harvard University Press, 1971) hal. 143, sebagaimana dalam Andi Fahmi Lubis dan Natasya Ningrum Sirait (ed.), *op. cit.* hal. 60.

⁷⁰*Ibid*

adanya gugatan hukum di kemudian hari, yang menimbulkan kerugian berlipat ganda. Dengan perkataan lain, bahwa pendekatan *per se illegal* dapat memperingatkan pelaku usaha sejak awal, mengenai perbuatan apa saja yang dilarang, serta berusaha menjauhkan mereka untuk mencoba melakukannya⁷¹.

Berbeda halnya dengan *per se illegal*, penggunaan pendekatan *rule of reason* memungkinkan pengadilan untuk melakukan interpretasi terhadap Undang-undang. Dalam hal ini, Mahkamah Agung Amerika Serikat, umpamanya, telah menetapkan suatu standar *rule of reason*, yang memungkinkan pengadilan mempertimbangkan faktor-faktor kompetitif dan menetapkan layak atau tidaknya suatu hambatan perdagangan. Artinya untuk mengetahui apakah hambatan tersebut bersifat mencampuri, mempengaruhi, atau bahkan menghambat proses persaingan⁷².

Masing-masing pola pendekatan tersebut mengandung keunggulan dan kelemahan, yang mungkin dapat menjadi bahan pemikiran untuk menerapkan salah satu pendekatan terhadap tindakan pelaku usaha yang diduga melanggar Undang-undang Anti monopoli. Keunggulan *rule of reason* adalah, menggunakan analisis ekonomi untuk mencapai efisiensi guna mengetahui dengan pasti, yaitu apakah suatu tindakan pelaku usaha memiliki implikasi kepada persaingan. Dengan perkataan lain, apakah suatu tindakan dianggap menghambat persaingan atau mendorong persaingan, ditentukan oleh "...*economic values, that is, with the maximization of consumer want satisfaction through the most efficient allocation and use resources...*"⁷³.

Sebaliknya, jika menerapkan *per se illegal*, maka tindakan pelaku usaha tertentu selalu dianggap melanggar undang-undang. Namun pendekatan *rule of reason* juga mengandung satu kelemahan, dan mungkin merupakan kelemahan paling utama yaitu, bahwa *rule of reason* yang digunakan oleh para hakim dan juri

⁷¹ *Ibid*, hal 63.

⁷²E. Thomas Sullivan and Jeffrey L., *Understanding Antitrust and Its Economic Implications* (New York: Matthew Bender dan Co., 1994) hal. 85. Sebagaimana dalam Andi Fahmi Lubis dan Natasya Ningrum Sirait (*ed.*), *op. cit.* hal. 66.

⁷³Robert H. Bork, "The Rule of Reason and the Per se Concept: Price Fixing and Market Division", (*The Yale Law Journal* No. 5 vol. 74 April 1965) p. 781., sebagaimana dalam *ibid*.

mensyaratkan pengetahuan tentang teori ekonomi dan sejumlah data ekonomi yang kompleks, di mana mereka belum tentu memiliki kemampuan yang cukup untuk memahaminya, guna dapat menghasilkan keputusan yang rasional. Terbatasnya kemampuan dan pengalaman hakim untuk mengatasi proses litigasi yang kompleks, seringkali menimbulkan masalah sepanjang sejarah sistem pengadilan di Amerika Serikat⁷⁴. Di samping itu, tidak mudah untuk membuktikan kekuatan pasar tergugat, mengingat penggugat harus menyediakan saksi ahli di bidang ekonomi, dan bukti dokumenter yang ekstensif dari para pesaing lainnya. Padahal, biasanya pihak penggugat hanya memiliki kemungkinan yang kecil untuk memenangkan perkara, sehingga seringkali pendekatan *rule of reason* dipandang sebagai *a rule of per se legality*⁷⁵.

Penerapan pendekatan *rule of reason* harus melalui prosedur pembuktian yang diawali dengan menentukan definisi relevant market. Semua perhitungan, penilaian, dan keputusan tentang implikasi persaingan akibat perilaku apapun tergantung pada ukuran (pangsa) pasar dan bentuk pasar terkait (*the relevant market*)⁷⁶. Dalam suatu kasus yang menyangkut, misalnya, penyalahgunaan posisi dominan, jika pasar yang didefinisikan adalah kecil, dan perusahaan yang berada dalam pengawasan memiliki pangsa (pasar) yang lebih besar pada pasar tersebut, maka perusahaan tersebut dianggap sebagai dominan. Dan bila hal ini berkaitan dengan merger, maka pasar terkait dapat meliputi perusahaan-perusahaan yang melakukan merger, dimana terdapat adanya indikasi hambatan atau kerugian dalam persaingan.

⁷⁴"Development in the Law-The Civil Jury: The Jury's Capacity to Decide Complex Civil Cases", (Harvard Law Review vol. 110 1997) p. 1489., sebagaimana dalam *ibid*.

⁷⁵*Ibid*

⁷⁶ "...a relevant market, then, is a narrowest market which is wide enough so that products from adjacent areas or from other producers in the same area cannot compete on substantial parity with those included in the market a relevant market, then, is a narrowest market which is wide enough so that products from adjacent areas or from other producers in the same area cannot compete on substantial parity with those included in the market...". Lawrence Anthony Sullivan, Antitrust (St. Paul Minnesota: West Publishing, Co., 1977) hal. 41, sebagaimana dalam *ibid*.

2.5. Pasar⁷⁷.

Pasal 1 butir 9 UU No. 5 tahun 1999 memberikan definisi bahwa:

"Pasar adalah lembaga ekonomi dimana para pembeli dan penjual baik secara langsung maupun tidak langsung dapat melakukan transaksi perdagangan barang dan atau jasa."

Secara sederhana, struktur pasar dapat diberikan pengertian sebagai kondisi lingkungan dimana perusahaan melakukan aktivitasnya sebagai produsen. Terdapat 4 (empat) bentuk struktur pasar dalam teori ekonomi dasar, yaitu:

- a. Pasar Persaingan Sempurna (*Perfect Competition*),
- b. Pasar Persaingan Monopolistis (*Monopolistic Competition*),
- b. Pasar Oligopoli (*Oligopoly*), dan
- c. Pasar Monopoli (*Monopoly*).

Dari keempat struktur pasar yang ada, struktur pasar yang paling 'ideal' adalah struktur pasar persaingan sempurna. Dalam struktur pasar persaingan sempurna kinerja pasar akan optimal. Optimal dalam hal ini adalah efisiensi yang dihasilkan oleh pasar tersebut, yaitu efisiensi alokatif dan efisiensi produktif. Struktur pasar persaingan sempurna merupakan satu-satunya pasar dimana kedua efisiensi tersebut tercapai sekaligus.

Perbedaan keempat struktur pasar tersebut disebabkan adanya perbedaan *degree of market power* yaitu kemampuan satu perusahaan dalam mempengaruhi harga keseimbangan (harga pasar). Perbedaan tersebut diakibatkan perbedaan karakteristik yang terdapat di masing-masing struktur pasar.

2.5.1. Pasar Persaingan Sempurna

Secara teoritis ada dua kondisi ekstrim posisi perusahaan dalam pasar. Ekstrim pertama, perusahaan berada dalam pasar persaingan sempurna (*perfect*

⁷⁷*Ibid.*

competition), di mana jumlah perusahaan begitu banyak dan kemampuan setiap perusahaan sangat kecil untuk mempengaruhi harga pasar. Yang dapat perusahaan lakukan adalah menyesuaikan jumlah output agar mencapai laba maksimum. Ekstrim kedua adalah perusahaan hanya satu-satunya produsen (*monopoli*). Dalam posisi ini perusahaan mampu mempengaruhi harga dan jumlah output dalam pasar.

Namun kedua kondisi ekstrim tersebut jarang sekali terjadi. Yang ada umumnya adalah dua kondisi peralihan antara ekstrim persaingan sempurna dan monopoli. Kondisi pertama adalah perusahaan bersaing, tetapi masing-masing mempunyai daya monopoli (terbatas). Kondisi ini disebut persaingan monopolistik (*monopolistic competition*). Kondisi kedua adalah dalam pasar hanya ada beberapa produsen yang jika bekerja sama mampu menghasilkan gaya monopoli. Kondisi tersebut dikenal sebagai oligopoli (*oligopoly*).

Dalam pasar persaingan sempurna, jumlah perusahaan sangat banyak dan kemampuan setiap perusahaan dianggap sedemikian kecilnya, sehingga tidak mampu mempengaruhi pasar. Tetapi hal itu belum lengkap, masih diperlukan beberapa karakteristik (syarat) agar sebuah pasar dapat dikatakan pasar persaingan sempurna. Lengkapnya, karakteristik pasar persaingan sempurna adalah sebagai berikut:

- I. Banyak Penjual dan Pembeli (*Many Sellers and Buyers*)

Jumlah perusahaan yang sangat banyak mengandung asumsi implisit bahwa output sebuah perusahaan relatif kecil dibanding *output* pasar (*small relatively output*). Semua perusahaan dalam industri (pasar) dianggap memproduksi efisien (biaya rata-rata terendah), baik dalam jangka pendek maupun jangka panjang. Kendatipun demikian jumlah *output* setiap perusahaan secara individu dianggap relatif kecil dibanding jumlah *output* seluruh perusahaan dalam industri.

2. Produknya Homogen (*Homogenous Product*)

Yang dimaksud dengan produk yang homogen adalah produk yang mampu memberikan kepuasan (utilitas) kepada konsumen tanpa perlu mengetahui siapa produsennya. Konsumen tidak membeli merek barang tetapi kegunaan barang. Karena itu semua perusahaan dianggap mampu memproduksi barang dan jasa dengan kualitas dan karakteristik yang sama.

3. Bebas Masuk dan Keluar Pasar (*Free Entry and Free Exit*)

Pemikiran yang mendasari asumsi ini adalah dalam pasar persaingan sempurna faktor produksi mobilitasnya tidak terbatas dan tidak ada biaya yang harus dikeluarkan untuk memindahkan faktor produksi. Pengertian mobilitas mencakup pengertian geografis dan antara pekerjaan. Maksudnya faktor produksi seperti tenaga kerja mudah dipindahkan dari satu tempat ke tempat lainnya atau dari satu pekerjaan ke pekerjaan lainnya, tanpa biaya. Hal tersebut menyebabkan perusahaan mudah untuk masuk keluar pasar. Jika perusahaan tertarik di satu industri (dalam industri masih memberikan laba), dengan segera dapat masuk. Bila tidak tertarik lagi atau gagal, dengan segera dapat keluar.

4. Informasi Sempurna (*Perfect Knowledge*)

Para pelaku ekonomi (konsumen dan produsen) memiliki pengetahuan sempurna tentang harga produk dan input yang dijual. Dengan demikian konsumen tidak akan mengalami perlakuan harga jual yang berbeda dari satu perusahaan dengan perusahaan lainnya. Dari siapapun produk dibeli, harga yang berlaku adalah sama. Demikian halnya dengan

perusahaan, hanya akan menghadapi satu harga yang sama dari berbagai pemilik faktor produksi.

Keempat karakteristik tersebut menimbulkan satu konsekuensi logis, yaitu perusahaan di pasar tidak dapat menentukan harga sendiri. Perusahaan menjual produknya dengan berpatokan pada harga yang ditetapkan pasar. Setiap perusahaan hanya akan menerima harga yang ditentukan pasar (*price taker*). Yang dapat dilakukan perusahaan adalah menyesuaikan jumlah *output* untuk mencapai laba maksimum

Dalam dunia nyata tidak ada bentuk pasar berstruktur pasar persaingan sempurna, dimana perusahaan-perusahaan kecil yang menghasilkan barang homogen dan memenuhi semua karakteristik sebagaimana diuraikan diatas. Namun demikian, menilik karakteristiknya, ada beberapa industri yang mendekati bentuk pasar persaingan sempurna, seperti industri tempe, tahu, kerupuk putih, dan jasa fotokopi.

2.5.2. Pasar Monopoli.

Suatu industri dikatakan berstruktur monopoli (*monopoly*) bila hanya ada satu produsen atau penjual (*single firm*) tanpa pesaing langsung atau tidak langsung, baik nyata maupun potensial. Output yang dihasilkan tidak mempunyai substitusi (*no closed substitute*). Perusahaan tidak memiliki pesaing karena adanya hambatan (*barriers to entry*) bagi perusahaan lain untuk memasuki industri yang bersangkutan. Dilihat dari penyebabnya, hambatan masuk dikelompokkan menjadi hambatan teknis (*technical barriers to entry*) dan hambatan legalitas (*legal barrier to entry*). Ketidakmampuan bersaing secara teknis menyebabkan perusahaan lain sulit bersaing dengan perusahaan yang sudah ada (*existing firm*).

Keunggulan secara teknis ini disebabkan oleh beberapa hal:

1. Perusahaan memiliki kemampuan dan atau pengetahuan khusus (*special knowledge*) yang memungkinkan memproduksi secara efisien;
2. Tingginya tingkat efisiensi memungkinkan perusahaan monopoli mempunyai kurva biaya (MC dan AC) yang menurun. Makin besar skala produksi, biaya marginal makin menurun, sehingga biaya produksi per unit (AC) makin rendah (*decreasing MC and AC*).
3. Perusahaan memiliki kemampuan kontrol sumber faktor produksi, baik berupa sumber daya alam, sumber daya manusia maupun lokasi produksi.

Kelompok konglomerat di Indonesia mempunyai kemampuan monopoli secara teknis, karena mampu mengontrol faktor produksi berupa bahan baku (misalnya batu kapur untuk pabrik semen). Selain untuk bahan baku, faktor produksi yang dimonopoli konglomerat adalah SDM berkualitas, dimana tamatan-tamatan universitas top di Indonesia kebanyakan bekerja di perusahaan konglomerat, di banding perusahaan kecil. Lokasi produksi yang khusus juga menyebabkan perusahaan memiliki kemampuan teknis (biaya transportasi yang sangat rendah) yang menyebabkan daya monopoli.

Hambatan legalitas (*legal barriers to entry*) yaitu:

1. Undang-undang dan Hak khusus

Tidak semua perusahaan mempunyai daya monopoli karena kemampuan teknis. Dalam kehidupan kita sehari-hari kita menemukan perusahaan-perusahaan yang tidak efisien tetapi memiliki daya monopoli. Hal itu dimungkinkan karena secara hukum mereka diberi

hak monopoli (*legal monopoly*). Di Indonesia, Badan-badan usaha milik negara (BUMN) banyak yang memiliki daya monopoli karena undang-undang. Berdasarkan undang-undang tersebut, mereka memiliki hak khusus (*special franchise*) untuk mengelola industri tertentu.

2. Hak patent (patent right) atau hak cipta

Pasar monopoli mempunyai mempunyai beberapa karakteristik khusus sebagai berikut:

1. Pasar monopoli adalah industri satu perusahaan

Sifat ini sesuai dengan definisi dari monopoli yaitu struktur pasar atau industri dimana terdapat hanya seorang penjual saja. Dengan demikian barang atau jasa yang dihasilkannya tidak dapat dibeli di tempat lain.

Para pembeli tidak mempunyai pilihan lain, kalau mereka menginginkan barang tersebut, maka mereka harus membeli dari perusahaan tersebut.

Syarat-syarat penjualan tersebut sepenuhnya ditentukan oleh pengusaha monopoli itu, dan para pembeli tidak dapat berbuat sesuatu apapun di dalam menentukan syarat jual beli.

2. Tidak memiliki barang pengganti yang mirip

Barang yang dihasilkan perusahaan monopoli tidak dapat digantikan oleh barang lain yang ada dalam perekonomian. Barang tersebut merupakan satu-satunya jenis barang yang seperti itu. Yang “mirip” dengannya dari segi kegunaan tidak ada sama sekali. Aliran listrik sampai saat ini adalah contoh dari barang pengganti yang “mirip”, yang ada hanyalah barang pengganti yang sangat berbeda sifatnya, yaitu lampu minyak. Lampu minyak tidak dapat menggantikan listrik karena

ia tidak dapat digunakan untuk menghidupkan televisi atau memanaskan setrika/gosokan.

3. Tidak terdapat kemungkinan untuk masuk ke dalam pasar

Sifat ini merupakan sebab utama yang menimbulkan perusahaan yang mempunyai kekuasaan monopoli. Tanpa sifat ini pasar monopoli tidak akan terwujud, karena tanpa adanya hambatan tersebut pada akhirnya akan terdapat beberapa perusahaan dalam industri. Keuntungan perusahaan monopoli akan menarik pengusaha-pengusaha lain ke dalam industri tersebut. Adanya hambatan masuk yang sangat tinggi menghindarkan berlakunya keadaan yang seperti itu.

4. Dapat menguasai penentuan harga

Oleh karena perusahaan monopoli merupakan satu-satunya penjual di dalam pasar, maka penentuan harga dapat dikuasainya. Oleh sebab itu perusahaan monopoli dipandang sebagai penentu harga atau *price setter*. Dengan mengadakan pengendalian ke atas produksi dan jumlah barang yang ditawarkan, perusahaan monopoli dapat menentukan harga pada tingkat yang dikehendakinya.

5. Promosi kurang diperlukan

Oleh karena perusahaan monopoli adalah satu-satunya perusahaan di dalam industri, ia tidak perlu melakukan promosi penjualan secara iklan. Ketiadaan saingan menyebabkan semua pembeli yang memerlukan barang yang diproduksi oleh perusahaan monopoli tersebut. Kalaupun perusahaan monopoli membuat iklan, iklan tersebut bukanlah bertujuan untuk menarik pembeli, tetapi untuk memelihara hubungan baik dengan masyarakat.

2.5.3. Pasar Persaingan Monopolistik.

Struktur pasar persaingan monopolistik (*monopolistic competition*) adalah struktur pasar yang memiliki kedekatan karakteristik dengan pasar persaingan sempurna. Namun setiap perusahaan di pasar tidak hanya menerima harga yang berlaku di pasar, melainkan mampu menentukan sendiri harga untuk setiap produk yang dihasilkan. Kemampuan menentukan harga sendiri ini muncul dikarenakan perusahaan tidak memproduksi barang yang homogen, melainkan memproduksi barang yang memiliki karakteristik berbeda dengan produk perusahaan lain. Perbedaan jenis produk yang dihasilkan ini yang menjadi pembeda utama antara struktur pasar persaingan monopolistik dengan pasar persaingan sempurna.

Adapun Karakteristik Pasar Persaingan Monopolistik adalah sebagai berikut:

1. Banyak Penjual (*Many Sellers*).

Seperti di struktur pasar persaingan sempurna, pasar persaingan monopolistik juga ditandai oleh jumlah perusahaan yang banyak. Tidak ada ukuran yang bisa digunakan untuk memberi batasan seberapa banyak itu 'banyak' ? (*how much is 'many'?*). Namun satu hal yang bisa dikatakan bahwa jumlah perusahaan di pasar cukup banyak sehingga pangsa satu perusahaan relatif kecil dibanding total.

2. Produknya Terdiferensiasi (*Differentiated Product*).

Yang dimaksud dengan produk yang terdiferensiasi adalah produk yang memiliki perbedaan karakteristik dengan produk sejenis lain. Perbedaan karakteristik ini mengakibatkan mulai munculnya preferensi konsumen terhadap produk tertentu relatif terhadap produk yang lain. Munculnya preferensi konsumen ini menandakan bahwa produk tersebut tidak lagi bisa digantikan secara sempurna oleh produk lain. Akibatnya konsumen

rela untuk membayar lebih mahal produk yang sesuai dengan preferensinya tersebut.

3. Bebas Masuk dan Keluar Pasar (*Free Entry and Free Exit*).

Masih sama dengan struktur pasar persaingan sempurna, jika perusahaan di pasar sedang mendapatkan keuntungan hal itu akan segera mengundang masuknya perusahaan-perusahaan baru ke dalam pasar. Perusahaan baru tersebut dengan mudah masuk ke dalam pasar tanpa harus mengeluarkan biaya (*no entry cost*). Begitu pula ketika perusahaan sedang mengalami kerugian, dengan mudah mereka akan keluar dari pasar.

Perbedaan utama antara struktur pasar persaingan monopolistik dengan pasar persaingan sempurna terletak pada jenis produk yang dihasilkan. Dengan memproduksi produk yang terdiferensiasi, perusahaan mampu menentukan harga untuk masing-masing produknya. Dengan demikian perusahaan di struktur pasar persaingan monopolistik sudah memiliki *market power* atau kekuatan untuk mempengaruhi harga keseimbangan.

2.5.4. Pasar Oligopoli.

Teori oligopoli memiliki sejarah yang cukup panjang. Istilah *oligopoly* pertama kali digunakan oleh Sir Thomas Moore dalam karyanya pada tahun 1916, yaitu "Utopia". Dalam karya tersebut dikatakan bahwa harga tidak harus berada pada tingkat kompetisi ketika perusahaan di pasar lebih dari satu. Sedangkan Teori Oligopoli pertama kali diformalkan oleh Augustin Cournot pada tahun 1838 melalui karyanya "*Recherches sur les principes mathematiques de la theorie des richesses*". Lima puluh tahun kemudian, teori tersebut dibantah oleh Bertrand. Meskipun menuai banyak kritik, namun hingga kini teori Cournot tetap dianggap sebagai *benchmark* bagi teori-teori oligopoli lainnya.

Adapun Karakteristik Pasar Oligopoli adalah sebagai berikut:

1. Terdapat Beberapa Penjual (*Few Sellers*)

Hanya terdapat beberapa penjual yang ada di pasar. Hal ini menunjukkan bahwa pangsa pasar masing-masing perusahaan di pasar cukup signifikan. Jumlah perusahaan yang lebih sedikit dibanding pasar persaingan sempurna ataupun persaingan monopolistik disebabkan oleh terdapatnya hambatan masuk ke dalam pasar.

2. Saling Ketergantungan (*Interdependence*)

Pada struktur pasar persaingan sempurna maupun persaingan monopolistik, keputusan perusahaan atas harga dan kuantitas hanya mempertimbangkan tingkat permintaan di pasar dan biaya produksi yang dikeluarkan. Sementara di pasar oligopoli, keputusan strategis perusahaan sangat ditentukan oleh perilaku strategis perusahaan lain yang ada di pasar.

2.6. Pasar Bersangkutan.

Pasal 1 butir 10 UU No. 5 tahun 1999 memberikan definisi bahwa:

"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"

Pasar bersangkutan adalah sebuah konsep yang dilakukan untuk mendefinisikan tentang ukuran pasar dari sebuah produk. Ukuran pasar ini menjadi penting, karena dapat mengidentifikasi seberapa besar penguasaan produk tertentu dalam pasar tersebut oleh suatu pelaku usaha. Dalam pasar

bersangkutan yang cakupan terlalu sempit, maka sangat mungkin pelaku usaha yang menguasai produk tertentu dinilai menjadi pemegang posisi dominan. Sebaliknya apabila definisi pasar produk tersebut cakupannya terlalu luas, maka bisa jadi pelaku usaha tersebut tidak dinilai sebagai pemegang posisi dominan⁷⁸.

Dalam setiap kajian industri, langkah pertama yang dilakukan adalah menentukan pasar bersangkutan (*relevant market*). Penentuan pasar bersangkutan yang tepat diperlukan untuk mengukur struktur pasar dan batasan dari perilaku anti-persaingan yang dilakukan. Dengan mengetahui pasar bersangkutan maka dapat diidentifikasi pesaing nyata dari pelaku usaha dominan yang dapat membatasi perilakunya.

Organisasi Industri adalah ilmu yang berusaha menerangkan bagaimana melihat, menganalisa dan menjelaskan motivasi dan kendala yang dihadapi suatu perusahaan sebagai konsekuensinya berada di pasar. Dengan demikian subjek permasalahan di dalam organisasi industri adalah perusahaan, terutama perilakunya⁷⁹.

Perilaku perusahaan dapat berupa kebijakan terhadap pesaing maupun terhadap konsumen. Konsumen dan perusahaan (sebagai produsen) adalah dua sisi yang berdampingan. Keduanya saling membutuhkan. Namun karena ekonomi industri hakekatnya adalah mikroekonomi terapan dari sisi penawaran, maka ilmu ini lebih banyak bersentuhan dengan persoalan yang dihadapi oleh produsen yaitu bagaimana usaha produsen memenuhi keinginan konsumen. Apa yang diinginkan konsumen atau masyarakat dari produsen adalah penampilan atau kinerja yang baik (*good performance*)⁸⁰.

Kinerja yang baik itu sendiri adalah suatu unsur yang bersifat multidimensi, tergantung dari sudut mana seseorang melihatnya. Baik menurut produsen, belum tentu baik bagi konsumen. Kinerja pasar dapat dicerminkan

⁷⁸ Komisi Pengawas Persaingan Usaha, *Pedoman Penerapan Pasal 1 angka 10 UU No. 5 tahun 1999*, Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Republik Indonesia Nomor 3 tahun 2009, hal 19.

⁷⁹ *Ibid*, hal 40.

⁸⁰ *Ibid*

lewat efisiensi, *full employment*, kesejahteraan sosial, distribusi pendapatan dan lain sebagainya.

Dengan memfokuskan pada kinerja, yang merupakan tujuan akhir dari fungsi pasar, ekonom-ekonom organisasi industri berusaha untuk mencari dan mengidentifikasi kumpulan dari atribut atau variabel yang mempengaruhi kinerja ekonomi, sekaligus membangun sebuah teori atau model yang dapat menerangkan hubungan antara atribut-atribut tersebut dengan kinerja akhir.

Mengingat ketiadaan pengaturan yang spesifik dalam memberikan definisi dan pendefinisian pasar bersangkutan, maka pengawas persaingan usaha di Indonesia mengeluarkan Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Republik Indonesia Nomor 3 tahun 2009 tentang Pedoman Penerapan Pasal 1 angka 10 UU No. 5 tahun 1999⁸¹ yang diharapkan dapat memberikan pemahaman yang sama mengenai pasar bersangkutan.

Pedoman dimaksudkan untuk memberikan gambaran yang lebih jelas mengenai hal-hal yang diatur dalam UU No. 5 tahun 1999, khususnya dalam pasal tertentu agar mudah dipahami oleh *stakeholder* hukum persaingan. Tujuan dari penyusunan Pedoman Pasar Bersangkutan adalah untuk⁸²:

- a. Memberikan pengertian yang jelas, benar dan tepat tentang apa yang dimaksud dengan pasar bersangkutan sebagaimana dimaksud dalam UU No. 5 tahun 1999;
- b. Memberikan dasar pemahaman dan arah yang jelas dalam pendefinisian pasar bersangkutan menurut UU No. 5 tahun 1999, sehingga tidak menimbulkan kemungkinan adanya penafsiran lain selain yang diuraikan dalam Pedoman ini; dan
- c. Digunakan oleh semua pihak sebagai landasan informasi agar dapat menciptakan adanya kondisi persaingan usaha yang dapat tumbuh secara sehat.

⁸¹Komisi Pengawas Persaingan Usaha, *Pedoman Penerapan Pasal 1 angka 10 UU No. 5 tahun 1999*, Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Republik Indonesia Nomor 3 tahun 2009, tanggal 1 Juli 2009.

⁸² *Ibid*, hal. 11-12.

- d. Pedoman tentang pasar bersangkutan sebagaimana dimaksud dalam UU No. 5 tahun 1999 tidak dimaksudkan untuk menjelaskan bagaimana KPPU melakukan pemeriksaan dalam melaksanakan penegakan hukum atau memberikan saran dan pertimbangan kepada Pemerintah, namun lebih diarahkan kepada upaya memberikan pengertian, cakupan serta batasan-batasan yang jelas tentang hal-hal yang berkaitan dengan Pasar Bersangkutan dalam UU No. 5 tahun 1999.

2.6.1. *Structure - Conduct - Performance.*

Pada pertengahan abad ke 20, ekonom dari Universitas Harvard seperti Edward Chamberlain, Edward S. Mason dan Joe Bain berpendapat bahwa dalam struktur industri, jumlah perusahaan dalam pasar dan ukuran relatif mereka, menunjukkan seberapa efektif perusahaan tersebut melakukan kegiatan dalam pasar. Pada awal tahun 1960-an, professor Harvard menerapkan pendekatan struktur dari ekonom Harvard kedalam teori hukum persaingan. Ajaran ini berpendapat bahwa ketika pasar terkonsentrasi, perusahaan cenderung untuk melakukan kegiatan yang berdampak antipersaingan. Paradigma Harvard menekankan kepada konsentrasi pasar, walaupun dimungkinkan terjadi akan menekan biaya produksi dan harga tetap rendah yang pada akhirnya akan menguntungkan konsumen⁸³.

Paradigma Harvard ini dikenal juga sebagai paradigma *Structure - Conduct - Performance* (selanjutnya sebut "S-C-P"), karena struktur pasar mengakibatkan perilaku perusahaan, dan perilaku menggambarkan kondisi pasar. Teori ini dibangun lebih berdasarkan pada studi empiris dari Industri Amerika Serikat pada waktu itu daripada berlandaskan teori⁸⁴.

Paradigma Harvard memiliki banyak keuntungan. Jikapun analisa persaingan usaha berdasarkan Paradigma Harvard tidak sempurna, namun

⁸³Thomas A. Piraino, Jr., "Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century, dalam *Indiana Law Journal*, volume 82:345, hal. 348.

⁸⁴Alison Jones and Brenda Sufirin, *op.cit.*, hal. 21.

setidaknya jelas dan pasti. Pengadilan dapat mengambil suatu putusan dengan berdasarkan analisa terjadinya pelanggaran untuk berragam bentuk perilaku tanpa harus melaksanakan analisa ekonomi yang rumit dalam pasar bersangkutan. Putusan pengadilan sangat mudah untuk diprediksi, dan pimpinan perusahaan sangat mengerti terhadap bentuk kegiatan apa yang harus mereka hindari. Perusahaan dalam industri yang terkonsentrasi dapat secara efektif menghindari transaksi yang meningkatkan konsentrasi rasio dalam pasar bersangkutan⁸⁵.

Paradigma Harvard bagaimanapun juga memiliki dampak negatif yang serius. Pengambil keputusan yang berparadigma Harvard akan sangat mudah memutuskan terjadi pelanggaran dalam persaingan yang ketat. Pengadilan dan Pengawas Persaingan Usaha akan mencegah perusahaan besar untuk berperilaku kompetitif yang akan menguntungkan konsumen dan akan menjadi sangat pemaaf bagi perusahaan dengan pangsa pasar yang rendah⁸⁶.

Bermula pada akhir 1970an, pengadilan dan otoritas pengawas persaingan usaha mulai menerapkan teori dari sekelompok akademisi dari University of Chicago, yang mengajarkan bahwa satu-satunya tujuan utama hukum persaingan usaha adalah meningkatkan kesejahteraan rakyat. Berdasarkan Paradigma Chicago ini, pengadilan dan otoritas pengawas persaingan usaha tidak akan serta merta melarang tindakan bersaing sejak awal. Mereka akan mempertimbangkan terlebih dahulu apakah perilaku tersebut memiliki dampak yang merugikan atau tidak kepada konsumen sebelum menyatakan terjadinya pelanggaran⁸⁷.

Walaupun Paradigma Chicago terus berkembang, Paradigma S-C-P tetap menjadi alat ukur dasar dalam analisa hukum persaingan usaha. Walaupun banyak dari ekonom tidak lagi mempercayai bahwa struktur mendikte pasar, namun tetap diakui bahwa struktur menjadi penting bagi perusahaan untuk menghitung kemampuannya berperilaku persaingan usaha tidak sehat⁸⁸.

⁸⁵ *Ibid.* hal. 349.

⁸⁶ *Ibid.*

⁸⁷ *Ibid.* hal. 346.

⁸⁸ *Ibid.* hal. 22.

Analisis pasar, baik dari sudut pandang perusahaan yang beroperasi (atau ingin beroperasi) di dalamnya, maupun dari sudut pandang otoritas publik, memerlukan karakterisasi yang tepat. Tujuan utama dari ekonomi industri adalah menyediakan karakterisasi tersebut, bersandar pada skema yang menghubungkan antara struktur pasar dengan perilaku pelaku ekonomi yang ada di pasar dan dengan kinerja yang dihasilkan dari hubungan tersebut⁸⁹.

Karakterisasi ini mencakup penentuan unsur-unsur apa saja yang ada di dalam struktur pasar, perilaku, dan kinerja dan peranan dari masing-masing unsur tersebut, yang pada akhirnya akan menentukan arah hubungan yang terjadi di antara atribut-atribut pasar tersebut. Paradigma S-C-P tradisional berpendapat bahwa struktur pasar akan mempengaruhi perilaku perusahaan dalam membuat keputusan untuk berkompetisi atau berkolusi, misalkan tingkat konsentrasi yang tinggi akan mendorong perusahaan untuk melakukan kolusi, yang pada gilirannya akan menentukan kinerja yang dicapai.

Kinerja yang baik akan muncul dari struktur dan perilaku yang kompetitif. Pola hubungan linier yang sederhana ini menempatkan struktur sebagai pengaruh utama dari keberhasilan fungsi pasar. Karena hal tersebut, pengikut aliran S-C-P tradisional dikenal dengan istilah ekonom "strukturalis"⁹⁰.

2.6.2. Definisi dan pendefinisian pasar bersangkutan.

Definisi yang tepat dari pasar bersangkutan merupakan suatu fasilitas penting dari analisa persaingan yang akurat. Definisi pasar bersangkutan yang akurat sangat berpengaruh dalam melakukan analisis tahap berikutnya, yaitu konsentrasi pasar. Pendefinisian pasar bersangkutan yang terlalu sempit dapat membawa kepada hal-hal yang tidak berhubungan dengan persaingan, dan sebaliknya definisi pasar bersangkutan yang terlalu lebar maka semakin rendah

⁸⁹Alexis Jacquemin, *Theories of Industrial Organization and Competition Policy: What are the Links*, (European Commission: Working Paper, 2000), hal .9. sebagaimana dalam Andi Fahmi Lubis dan Natasya Ningrum Sirait (ed.), *op. cit.* hal. 44.

⁹⁰William H. Sheperd, *The Economics of Industrial Organization*, (Prentice-Hall, 1990) p.5., sebagaimana dalam *ibid*, hal. 42.

kemungkinan penguasaan pasar oleh satu pelaku usaha sehingga dapat menyamakan permasalahan persaingan yang sebenarnya⁹¹.

Definisi pasar biasanya merupakan tugas pertama dan sering yang paling penting dalam analisis persaingan. Semua perhitungan, penilaian dan keputusan tentang implikasi persaingan akibat perilaku apapun bergantung pada ukuran dan bentuk pasar terkait. Dalam suatu kasus yang menyangkut kemungkinan penyalagunaan dominasi, misalnya jika pasar yang didefinisikan adalah kecil dan badan usaha yang sedang diselidiki mempunyai bagian yang besar pada pasar tersebut, maka badan usaha tersebut dapat dianggap dominan. Bila dilain pihak pasar yang didefinisikan lebih besar dan bagian badan usaha kecil, badan usaha tersebut tidak dianggap dominan. Bila suatu merger tersangkut, maka pasar terkait bisa mencakup perusahaan-perusahaan yang bermerger dimana persaingan tampaknya akan lebih dirugikan. Jika hanya satu perusahaan yang terlibat, tidak ada alasan untuk terlalu khawatir⁹².

Pasar bersangkutan menurut pengertian Pasal 1 butir 10 UU No 5 Tahun 1999 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 pengertian tersebut terdapat dua dimensi, yaitu dimensi produk (*set of products*) yang terlihat pada kalimat: "...atas barang dan/atau jasa yang sama atau sejenis atau substitusi dari barang dan/atau jasa tersebut", dan dimensi wilayah (*relevant geographic market*) yang terlihat pada kalimat: "...berkaitan dengan jangkauan atau daerah pemasaran tertentu...".

Sebuah pasar mempunyai dua komponen: produk dan jangkauan geografis. Pasar produk menguraikan barang atau jasa yang diperjualbelikan; pasar geografis menguraikan lokasi produsen atau penjual produk. Pasar yang berkaitan dengan barang dan atau jasa yang sama atau sejenis atau substitusi dari barang dan atau

⁹¹ *Ibid*, hal. 50.

⁹²R. Shyam Khemani dan André Barsony, *Kerangka Rancangan dan Pelaksanaan Undang-undang dan Kebijakan Persaingan*, Bank Dunia dan Organisasi Kerjasama dan Pembangunan Ekonomi (OECD) (Washington, DC, Amerika Serikat dan Paris, Prancis), diterjemahkan oleh PahalaTamba, Sworn Translator, Jakarta, 1999, hal. 19.

jasa tersebut dikenal sebagai pasar produk. Sedangkan jangkauan atau daerah pemasaran tertentu dalam hukum persaingan usaha dikenal sebagai pasar geografis. Karena itu analisis mengenai pasar bersangkutan dilakukan melalui analisis pasar produk dan pasar geografis.

Proses mendefinisikan pasar sangat serupa dalam kedua kasus. Tugasnya adalah untuk menyertakan semua pengganti yang dekat untuk produk atau sumber penawaran yang ditawarkan oleh pihak-pihak yang sedang dicari. Metode yang telah diterima untuk melakukannya adalah mendekati analisis dari sisi permintaan untuk memutuskan sampai di taraf mana pembeli siap beralih dari produk pengganti atau sumber-sumber penawaran. Preferensi dan tindakan penjual tidak secara ketat dianggap sebagai definisi pasar melainkan sebagai bagian suatu proses tersendiri yang terjadi setelah definisi pasar, yaitu penilaian persaingan. Beberapa instansi yang berwenang mengawasi persaingan menganggap preferensi pembeli maupun preferensi penjual sebagai bagian definisi pasar⁹³.

Terdapat beberapa pendekatan yang dilakukan, diantaranya dilakukan melalui pendekatan yang menggunakan elastisitas permintaan dan penawaran. Dalam prakteknya, relatif sulit untuk melakukan pengukuran terhadap elastisitas permintaan dan penawaran. Hal tersebut dikarenakan pengukuran elastisitas membutuhkan data serta informasi yang dapat mencerminkan daya beli (*ability to pay*) serta keinginan untuk membeli (*willingness to buy*) dari konsumen. Sampai saat ini ketersediaan data dimaksud masih sulit untuk dipastikan⁹⁴.

Dalam perkembangan yang terjadi, pendekatan terhadap elastisitas permintaan dan penawaran dapat dilakukan melalui analisis preferensi konsumen, dengan menggunakan tiga parameter utama sebagai alat pendekatan (*proxy*) yaitu harga, karakter dan kegunaan (fungsi) produk. Penggunaan tiga parameter tersebut dapat memberikan informasi yang *valid* dan komprehensif mengenai sifat

⁹³ *Ibid.*

⁹⁴ Komisi Pengawas Persaingan Usaha, *Pedoman Penerapan Pasal 1 angka 10 UU No. 5 tahun 1999*, Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Republik Indonesia Nomor 3 tahun 2009, tanggal 1 Juli 2009, hal. 23.

substitusi suatu produk dengan produk lain, dengan metodologi serta proses analisis yang lebih sesuai dengan keterbatasan data serta waktu⁹⁵.

Proses pendefinisian terhadap kedua komponen pasar ini memiliki kesamaan, dan tugas penyelidik adalah meliputi semua produk pengganti (*close substitutes*) dan atau sumber penawaran produk yang sedang diselidiki. Fase ini dimaksud untuk menentukan sampai di mana pembeli (konsumen) dapat beralih ke produk pengganti atau tempat (sumber) penawaran lainnya⁹⁶.

2.6.3. *SSNIP Test*⁹⁷.

Proses pembuktian pasar bersangkutan yang umum dilakukan adalah dengan menggunakan asumsi *hypothetical monopolist test*. Pengujian ini berusaha mengidentifikasi serangkaian kecil produk dan produsen (pemilik produk yang sedang diinvestigasi), dimana *hypothetical monopolist*, mengendalikan pasokan dari semua produk di dalam rangkaian tersebut yang dapat meningkatkan keuntungan dengan menaikkan harga diatas harga kompetitif. Pendekatan yang mendasari tes tersebut dapat diaplikasikan untuk mengidentifikasi pasar produk dan juga pasar menurut geografis. Pendekatan ini menggunakan dasar pemikiran menaikkan harga di atas level kompetitif. Besarnya kenaikan harga ditentukan sedemikian sehingga nilainya cukup kecil namun signifikan (*Small but Significant, Non-transitory Increase in Price*). Sehingga pengujian menggunakan hipotesis kenaikan harga ini disebut dengan istilah *SSNIP test*.

Pendekatan *SSNIP Test* pada intinya ingin melihat apakah sebuah perusahaan akan mendapatkan keuntungan jika menaikkan harga. Proses membuktikan tes ini dilakukan dalam dua tahap. Tahap pertama adalah membuktikan apakah keputusan menaikkan harga akan menguntungkan perusahaan. Hal ini dilihat dari logika profit maksimum, yaitu perusahaan akan

⁹⁵*Ibid.*

⁹⁶Andi Fahmi Lubis dan Natasya Ningrum Sirait (*ed*), *op.cit*, hal. 76

⁹⁷*Ibid*, hal. 51

memutuskan untuk menaikkan harga jika *marginal revenue* lebih kecil dari *marginal cost*.

Analisa ini terfokus terhadap substitusi yang ada untuk pembeli dan apakah terdapat pelanggan yang akan berpindah pada saat terjadi peningkatan harga, tanpa menimbulkan biaya untuk membatasi perilaku pemasok produk yang bersangkutan.

Substitusi tidak harus terhadap produk yang identik sama untuk dimasukkan ke dalam pasar yang sama. Sebagian besar barang dan jasa merupakan produk yang terdiferensiasi. Oleh sebab itu harga dari produk ini tidak perlu sama. Contohnya: jika dua produk digunakan untuk tujuan yang sama tetapi satu produk dengan spesifikasi yang berbeda, mungkin dengan kualitas yang lebih tinggi keduanya masih berada pada pasar yang sama selama konsumen lebih memilih produk tersebut karena rasio harga-kualitas yang lebih tinggi.

Sebagai tambahan, suatu produk tidak perlu menjadi substitusi langsung untuk dapat dimasukkan ke dalam pasar yang sama. Mungkin terdapat rantai substitusi diantara produk tersebut. Lebih lanjut, tidak perlu seluruh konsumen atau mayoritas dari konsumen untuk berpindah untuk mensubstitusi produk untuk dapat menyatakan suatu barang bersubstitusi dan berada pada pasar relevan yang sama.

Faktor penting adalah apakah jumlah konsumen yang pindah tersebut cukup besar untuk mencegah *hipotetikal monopolis* menetapkan harga diatas level kompetitif. Faktanya jika peningkatan harga sebesar 10% akan membawa setidaknya 10-20% konsumen berpindah ke barang substitusi maka keuntungan dari peningkatan harga akan hilang dan akan tidak menguntungkan bagi perusahaan untuk melakukan peningkatan harga.

Perilaku yang biasa disebut dengan "*marginal consumers*" yang cenderung akan berpindah akan membuat harga kompetitif bukan hanya untuk diri mereka sendiri tetapi juga untuk konsumen yang lain yang tidak dapat berpindah, dengan asumsi bahwa pemasok tidak bisa melakukan diskriminasi harga terhadap kelompok konsumen. Jelas bahwa semakin kuat kejadian bahwa konsumen akan

berpindah, akan semakin kecil kemungkinan bahwa suatu produk atau sekumpulan produk berada pada pasarnya sendiri.

2.6.4. Pasar Produk.

Pasar yang berkaitan dengan barang dan atau jasa yang sama atau sejenis atau substitusi dari barang dan atau jasa tersebut dikenal sebagai pasar produk.

Batasan dari sebuah pasar dapat dilihat dari dua sisi. Yaitu substitusi permintaan dari sisi konsumen (*demand-side substitution*) dan substitusi dari sisi produsen (*supply-side substitution*). Substitusi dari sisi konsumen melihat batasan dari sebuah pasar dengan menginvestigasi sebuah produk/jasa dan melihat substitusi terdekatnya (*close substitute*). Barang yang termasuk substitusi terdekatnya tersebut akan dimasukkan ke batasan sebuah pasar bersangkutan jika substitusi yang dilakukan oleh konsumen akan mencegah naiknya harga produk relevan (yang diinvestigasi) di atas harga tingkat persaingan (*competitive level*)⁹⁸.

OECD memberikan definisi untuk pasar produk adalah "*Suatu produk atau sekelompok produk dan suatu daerah geografis di mana produk tersebut dijual, sehingga sebuah perusahaan hipotetis yang memaksimalkan laba, yang adalah satu-satunya penjual untuk produk-produk di daerah itu dapat menaikkan harga dalam jumlah yang kecil namun signifikan dan non-transisi diatas tingkat harga yang berlaku*"⁹⁹.

Menurut definisi ini, pencarian keterangan dimulai dengan mengasumsikan bahwa ada seorang pelaku monopoli di suatu pasar sementara untuk salah satu produk pihak tersebut (bila cocok, dengan mengambil masing-masing satu dari beberapa produk secara terpisah). Kemudian, penyelidik bertanya apakah, jika pelaku monopoli hipotetis menaikkan harga produk dengan "jumlah yang kecil namun signifikan" untuk suatu periode berkelanjutan "non-transisi", jumlah pembeli yang cukup besar akan beralih ke produk-produk lain sehingga membuat kenaikan harga itu tidak menguntungkan bagi pelaku monopoli

⁹⁸Andi Fahmi Lubis dan Natasya Ningrum Sirait (ed), *op.cit.*, hal. 50

⁹⁹R. Shyam Khemani dan André Barsony, *op.cit.*

hipotetis. Bila produk pengganti demikian tersedia, maka produk pengganti itu termasuk dalam suatu pasar produk sementara, dan pertanyaan semula diulangi untuk pasar baru tersebut. Prosesnya berlanjut hingga tidak ada lagi pengganti yang dapat diidentifikasi. Tiga unsur pada proses ini memerlukan pembahasan tambahan: kenaikan harga, reaksi pembeli, dan prinsip “pasar terkecil”¹⁰⁰ dengan uraian sebagai berikut:

a. Kenaikan Harga

Kenaikan harga hipotetis hanya boleh mempengaruhi produk yang ada di pasar sementara. Harganya harus naik ketika harga-harga produk penggantinya masih stabil. Jadi, sebagai akibat wajar, kenaikan harga tidak boleh bersifat menimbulkan inflasi. Kenaikan itu juga harus diasumsikan non-transisi, yakni diharapkan dapat berlanjut ke waktu mendatang yang dapat diduga. Mungkin pembeli tidak menyesuaikan kebiasaan pembelian mereka dalam menanggapi suatu perubahan harga yang dianggapnya untuk waktu singkat, khususnya bila biaya pokok terlibat. Kenaikan harga transisi tidak merugikan konsumen secara signifikan-masalah utama dalam pelaksanaan persaingan. Kenaikan harga hipotetis harus kecil, namun signifikan (*Small but Significant, Non-transitory Increase in Price*). Kenaikan kecil ditetapkan karena: pembeli akan bereaksi terhadap perubahan demikian dengan beralih hanya ke pengganti yang dekat. Kenaikan harga yang besar akan mengarah kepada pengganti yang lebih jauh, mungkin mendukung kesimpulan yang keliru bahwa pengganti-pengganti itu memberi tekanan bersaing yang kuat atas produk yang dibicarakan. Pasar yang didefinisikan dengan cara ini mungkin terlalu besar untuk analisis persaingan yang akurat. Namun kenaikan harga itu harus cukup signifikan untuk menggerakkan reaksi pembeli. Karena penting untuk

¹⁰⁰*Ibid.*

mengetahui input alternatif, kenaikan harga yang sangat kecil mungkin tidak menimbulkan reaksi pembeli.

Seberapa besarkah “kecil namun signifikan” itu? Beberapa negara (seperti Amerika Serikat dan Kanada) menggunakan kenaikan 5 persen dalam kebanyakan kasus. Orang boleh menggunakan persentase yang lebih besar, misalnya apabila nilai tambah pada tahap produksi yang bersangkutan kecil dibandingkan dengan nilai produknya, atau apabila inflasi tinggi akan membuat harga-harga yang sebenarnya menjadi sulit diukur.

b. Reaksi Pembeli.

Tidak perlu semua pembeli mau beralih ke pengganti-pengganti dekat; hanya sebagian dari mereka perlu memaksa pelaku monopoli hipotetis untuk membatalkan kenaikan harga itu. Berapa banyak? Pertanyaan tersebut dapat dijawab secara teoritis, bila cukup informasi mengenai elastisitas permintaan (perubahan persentase kuantitas yang diminta dibagi perubahan persentase harga produk) dan marjin laba penjual di pasar. Tetapi informasi demikian hampir tidak pernah cukup tersedia. Biasanya, kepurusan harus dibuat atas dasar bukti yang lebih umum dan dapat diakses mengenai ketersediaan produk pengganti.

c. Prinsip “pasar terkecil”.

Prosesnya dimulai dengan “pasar terkecil” hipotetis-misalnya, produk tunggal yang dimanufaktur oleh salah satu pihak- dan pasar itu diperluas hanya sebatas pengganti dekat dapat diidentifikasi. Praktek ini mencegah terbentuknya pasar-pasar yang terlalu bermacam-macam dan sukar untuk dilaksanakan dan yang strukturnya mungkin mengaburkan pengenalan perilaku anti persaingan.

2.6.5. Pasar Geografis

Pasar geografis didefinisikan menurut pandangan pembeli tentang ketersediaan produk pengganti yang dibuat atau dijual diberbagai lokasi. Bila pembeli suatu produk yang dijual disatu lokasi harus beralih untuk membeli produk dari suatu sumber dilokasi lain sebagai reaksi terhadap kenaikan harga yang kecil namun signifikan dan non-transisi, maka kedua lokasi itu ada di pasar geografis yang sama. Bila tidak, maka kedua lokasi itu ada di pasar-pasar yang berbeda¹⁰¹.

Penetapan pasar berdasarkan aspek geografis sangat ditentukan oleh ketersediaan produk yang menjadi obyek analisa. Beberapa faktor yang menentukan dalam ketersediaan produk tersebut adalah kebijakan perusahaan, biaya transportasi, lamanya perjalanan, tarif dan peraturan-peraturan yang membatasi lalu lintas perdagangan antar kota/wilayah. Berbagai faktor tersebut akan menentukan luas dan cakupan wilayah dari produk yang dijadikan obyek analisa. Dalam hal ini, perdagangan via internet (*on line trading*) serta mekanisme transaksi *paperless* cenderung mengaburkan hambatan dan batasan antar wilayah.

Dengan kata lain, berbagai perkembangan signifikan dalam transaksi *on line* akan cenderung memperluas cakupan pasar geografis dari suatu produk. Hal tersebut menjadi faktor lain yang akan diantisipasi dalam penentuan pasar bersangkutan terkait dengan geografis.

Berkaitan dengan kebijakan perusahaan, faktor tersebut merupakan salah satu indikasi langsung mengenai cakupan pasar geografis. Dalam hal ini, keputusan pimpinan perusahaan akan sangat menentukan logistik produk terutama untuk daerah atau wilayah yang dijadikan target pemasaran. Penentuan daerah atau wilayah yang dijadikan target pemasaran tentunya merupakan bagian dari strategi yang disesuaikan dengan program dan rencana strategis perusahaan.

Dengan demikian, strategi wilayah pemasaran yang telah atau akan ditetapkan oleh manajemen perusahaan akan memberikan informasi mengenai luas atau cakupan geografis dari produk yang dijadikan obyek analisa. Selain

¹⁰¹ R. Shyam Khemani dan André Barsony, *op.cit*, hal. 18.

kebijakan perusahaan, indikator mengenai biaya serta waktu transportasi, tarif dan regulasi secara langsung mempengaruhi ketersediaan produk di wilayah tertentu.

Dengan kata lain, keempat parameter tersebut dapat menjadi indikasi mengenai luas dan cakupan geografis dari produk yang dijadikan obyek analisa. Secara sederhana, biaya transportasi yang tinggi serta waktu transportasi yang lama akan menyulitkan pelaku usaha untuk memperluas wilayah penjualan produknya.

Dengan demikian, cakupan pasar dalam kondisi tersebut akan relatif terbatas untuk wilayah produksi atau pemasaran yang sudah ada (*existing*). Sebaliknya, apabila biaya serta waktu transportasi relatif tidak signifikan, maka ada insentif bagi pelaku usaha untuk melakukan ekspansi pasar mengarah ke wilayah pemasaran yang lebih luas.

Hambatan perdagangan berupa tarif dan non-tarif menjadi batasan bagi penentuan pasar bersangkutan berdasarkan aspek geografis. Tarif perdagangan mengakibatkan peningkatan harga produk impor sehingga menurunkan minat beli konsumen atas produk tersebut. Akibatnya adalah lalu lintas produk yang masuk dalam satu wilayah (negara) tertentu menjadi berkurang atau tidak signifikan.

Dengan makin berkurangnya pasokan produk dalam satu wilayah cenderung mempersempit cakupan geografis dari produk yang dijadikan obyek analisa. Sementara, adanya peraturan-peraturan untuk melindungi kesehatan dan keamanan seperti lisensi dan sertifikasi produk juga dapat menentukan batasan pasar geografis. Kondisi yang serupa juga dijumpai untuk regulasi atau kebijakan yang cenderung membatasi peredaran atau perdagangan produk lintas wilayah administratif/propinsi secara domestik. Hampir serupa dengan hambatan tarif, hambatan regulasi cenderung mempersempit cakupan geografis dari produk yang dijadikan obyek analisa.

2.6.6. Pangsa Pasar

Pangsa pasar mengindikasikan persentase dari total penjualan suatu barang atau jasa yang dikuasai oleh masing-masing pelaku usaha yang akan merger dan

para pesaingnya dalam pasar bersangkutan. Pangsa pasar merupakan indikator awal bagi Otoritas Pengawas Persaingan Usaha untuk menyimpulkan perlu tidaknya penilaian secara menyeluruh terhadap suatu merger. Perbedaan yang signifikan atas pangsa pasar sebelum dan sesudah terjadi merger akan menjadi perhatian bagi Komisi dalam melakukan penilaian¹⁰².

Merger dari dua atau lebih pelaku usaha yang menghasilkan pangsa pasar yang tinggi umumnya akan mengundang permasalahan persaingan usaha, dan sebaliknya sangat jarang terjadi permasalahan persaingan usaha dalam merger yang tidak memiliki pangsa pasar signifikan.

Teori ekonomi mengatakan bahwa semakin sedikit jumlah pelaku usaha di dalam pasar bersangkutan, maka akan semakin besar potensi terjadinya kolusi diantara pelaku usaha (*coordinated behaviour*). Untuk membuktikan hal tersebut, HHI dan CR4 dapat digunakan untuk menguji ada/tidaknya kolusi di dalam pasar bersangkutan dimaksud. Perjanjian antar pelaku usaha, baik eksplisit maupun implisit, biasanya berkisar pada perjanjian dalam hal penentuan harga, margin, kegiatan promosi, pangsa pasar, kuantitas produksi, dan alokasi pasar/konsumen¹⁰³.

2.6.6.1. Konsentrasi Rasio (CRn)¹⁰⁴

Konsentrasi Rasio menghitung agregat pangsa pasar dari sejumlah kecil dari para pelaku usaha terbesar dalam pasar. Umumnya konsentrasi rasio mempergunakan pangsa pasar dari tiga perusahaan terbesar (CR3) atau empat (CR4) atau lima (CR5). Sebagai suatu misal rasio konsentrasi dari 3 perusahaan terbesar (CR3) yang masing-masing memiliki 15% pangsa pasar akan menghasilkan CR3 sebesar 45%.

¹⁰²Andi Fahmi Lubis dan Natasya Ningrum Sirait, (ed). *op. cit.* hal. 210.

¹⁰³Nils von Hinten-Reed, (et.al). *The Use of Economics in Merger Control Analysis, Global Counsel Competition Law Handbook 2002/03*, <http://www.practicallaw.com>, akses 20 April 2010, hal. 39-43.

¹⁰⁴Andi Fahmi Lubis dan Natasya Ningrum Sirait, (ed). (et.al). *op. cit.*.

Hovenkamp¹⁰⁵ memberikan catatan bahwa beberapa ekonom juga mempergunakan CR8, yang secara mudah dipahami sebagai penjumlahan pangsa pasar dari delapan perusahaan terbesar dalam pasar.

Sebagaimana catatan di atas, ekonom membedakan secara luas, konsentrasi pasar penting penyebab signifikan kemungkinan terjadinya kolusi. Bagaimanapun juga selama bertahun-tahun otoritas pengawas persaingan usaha dan pengadilan telah membangun sebuah kesepakatan umum bahwa pasar yang konsentrasi CR4 nya melebihi 75% atau 80% adalah kondusif untuk terjadinya kolusi dan setiap merger yang terjadi dalam pasar tersebut harus dianalisa dengan hati-hati. Sebaliknya, pasar dengan konsentrasi CR4 kurang dari 40% pada umumnya aman. Dalam pasar yang demikian, ukuran rata-rata pangsa pasar empat perusahaan terbesar adalah 10% atau kurang.

2.6.6.2. *Herfindahl-Hirschman Index*¹⁰⁶.

Saat ini, baik Departemen Kehakiman (Amerika Serikat) dan Otoritas Pengawas Persaingan Usaha secara umum telah menggantikan metode penghitungan konsentrasi pasar CR4 dengan Herfindahl-Hirschman Index (untuk selanjutnya disebut "HHI")¹⁰⁷.

Banyak ekonom yang meyakini bahwa HHI memiliki kapabilitas dalam memberikan gambaran yang akurat dari CR4 mengenai bahaya persaingan dalam pasar akibat merger, dengan beberapa alasan sebagai berikut¹⁰⁸:

- a. HHI memperhitungkan pangsa pasar seluruh perusahaan yang ada dalam pasar, sedangkan CR4 tidak;
- b. HHI memperhitungkan distribusi ukuran dari perusahaan terbesar dalam pasar, sementara CR4 tidak;

¹⁰⁵Herbert Hovenkamp, *antitrust*, third edition St. Paul, Minn: Black Letters Series, West group, 1999, hal. 215.

¹⁰⁶ Andi Fahmi Lubis dan Natasya Ningrum Sirait, (ed). *op. cit.*.

¹⁰⁷Herbert Hovenkamp, *op.cit.*.

¹⁰⁸ *Ibid*.

- c. HHI lebih terpercaya dari CR4 dalam memperhitungkan ukuran disparitas antara perusahaan yang melakukan merger.

HHI melakukan penghitungan kuadrat dari pangsa pasar seluruh perusahaan yang aktif dalam pasar. HHI dapat menggambarkan jumlah seluruh pelaku usaha dalam pasar dan juga pangsa pasarnya. Nilai HHI dapat bervariasi antara 0 sampai dengan 10.000 yang akan terjadi apabila hanya ada satu pelaku usaha yang menguasai 100% pangsa pasar.

Konsentrasi pasar dianggap tinggi apabila misalnya dalam pasar bersangkutan terdapat 6 penjual dan pasar masing-masing adalah penjual A 30%, B 25%, C 20%, D 16%, E 5%, dan F 4% karena HHI mencapai 2.222 dengan perhitungan sebagai berikut¹⁰⁹:

$$A (30^2) + B (25^2) + C (20^2) + D (16^2) + E (5^2) + F (4^2) = 2.222$$

Ketika dua perusahaan yaitu C dan D merger maka terjadi peningkatan konsentrasi karena HHI berubah menjadi 2.862 dengan penghitungan sebagai berikut:

$$A (30^2) + B (25^2) + \{C (20) + D (16)\}^2 + E (5^2) + F (4^2) = 2.862$$

dan delta HHI mencapai 640, dengan penghitungan sebagai berikut:

$$2.862 - 2.222 = 640$$

Menurut pedoman merger Amerika Serikat delta di atas 100 poin dianggap tinggi. Sementara itu, jika delta di bawah 50 poin, maka merger tersebut belum dapat dikatakan akan membahayakan persaingan usaha. Misalnya saja, jika

¹⁰⁹Andi Fahmi Lubis dan Natasya Ningrum Sirait, (ed). *op. cit.*, hal. 210. Lihat juga Herbert Hovenkamp, *op. cit.*

merger terjadi antara perusahaan E dan F, meskipun HHI menjadi 2.262 namun delta masih di bawah 50 poin, yakni sebesar 40 poin¹¹⁰.

2.7. Dampak Merger.

The Department of Justice and the Federal Trade Commission Amerika Serikat menjelaskan dalam *the Horizontal Merger Guidelines*, 1992 yang telah direvisi tahun 1997¹¹¹, mengenai potensi dampak negative dari penggabungan merger horizontal ke dalam dua kategori:

a. *Unilateral Effect.*

Merger ini menciptakan satu pelaku usaha tunggal yang memiliki kekuatan penuh atas pasar, memantapkan posisi satu pelaku usaha yang sebelumnya telah memiliki kekuatan atas pasar (posisi dominan), dan menghalangi para pelaku usaha baru untuk masuk ke pasar (*barriers to entry*).

Dengan kekuasaan atas pasar yang cukup tinggi-atau memantapkan posisi suatu perusahaan yang telah memiliki kekuasaan atas pasar-sehingga ia mampu meningkatkan harga melebihi tingkat persaingan, sehingga menimbulkan kerugian yang bertahan lama atas konsumen¹¹².

Satu lagi jenis dampak sepihak bersifat anti persaingan bisa terjadi dalam pasar dengan produk-produk heterogen. Produk-produk heterogen memiliki ciri-ciri yang khas, misalnya, spesifikasi teknik atau

¹¹⁰The Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, 8 April 1997 www.justice.gov/atr/public/guidelines/horiz_book/hmg1.html. akses 1 Mei 2009, hal. 17-23

¹¹¹*ibid.*

¹¹²R. Shyam Khemani dan André Barsony, *Kerangka Rancangan dan Pelaksanaan Undang-undang dan Kebijakan Persaingan*, Bank Dunia dan Organisasi Kerjasama dan Pembangunan Ekonomi (OECD) (Washington, DC, Amerika Serikat dan Paris, Prancis), diterjemahkan oleh PahalaTamba, Sworn Translator, Jakarta, 1999, hal. 49

citra merek, yang lebih menarik bagi para pembeli tertentu daripada bagi para pembeli lainnya¹¹³.

Jadi, merger antara dua pesaing yang menjual produk-produk yang merupakan produk pengganti yang dekat mungkin paling menarik bagi perusahaan-perusahaan yang terlibat dan paling berbahaya bagi persaingan. Setelah merger, bila perusahaan menaikkan harga, presentase besar penjualan yang tadinya bisa merugi kinit tetap dalam perusahaan yang sama. Makin dekat sifat pengganti produk yang diperoleh, makin banyak dikurangi penghalang atas penetapan harga dengan adanya merger tersebut, dan lebih besar kemungkinan hasil merger tersebut menjadi peningkatan harga secara sepihak untuk paling tidak produk tersebut (dan mungkin produk perusahaan yang diakuisisi juga). Dalam keadaan-keadaan ini, suatu merger horizontal bisa ditantang sekalipun ada beberapa perusahaan yang beroperasi dalam pasar tersebut¹¹⁴.

b. *Coordinated Effect.*

Merger ini memudahkan para pelaku usaha yang telah ada didalam pasar untuk mengkoordinasikan perilaku para pelaku usaha tersebut sehingga mengurangi persaingan harga, kualitas, dan kuantitas. Contoh dampak merger ini adalah terciptanya kesepakatan eksplisit maupun implisit atas harga yang ditetapkan, pembagian wilayah dalam menjual barang dan/atau jasa.

Untuk dapat berhasil, kesepakatan demikian harus memenuhi empat syarat¹¹⁵:

- i. Semua perusahaan penting dalam pasar tersebut harus diyakinkan untuk ikut dalam kelompok yang berkolusi;

¹¹³*Ibid*, hal. 50.

¹¹⁴*Ibid*.

¹¹⁵*Ibid*.

- ii. Perusahaan-perusahaan ini kemudian harus mampu menyepakati perilaku mereka yang bersifat anti persaingan setelah itu (misalnya, berapa harga yang harus dikenakan);
- iii. Perusahaan-perusahaan tersebut harus mampu mendeteksi apakah ada diantara perusahaan-perusahaan peserta yang mengkhianati kesepakatan tersebut guna memperoleh lebih banyak daripada bagian penjualan yang adil baginya (misalnya, dengan mengenakan harga yang sedikit lebih rendah daripada yang disepakati tetapi masih lebih tinggi daripada harga kompetitif);
- iv. Perusahaan-perusahaan tersebut harus mampu secara kolektif menghukum perusahaan yang tidak loyal demikian guna mempertahankan syarat-syarat dan keutuhan kesepakatan semula.

Dampak terkoordinasi ini sering terjadi dalam industri yang mempunyai ciri-ciri tertentu, yaitu produk yang homogen, penjualan dalam volume kecil, serta kesamaan dalam biaya produksi barang atau jasa.

Lebih jauh dengan ciri-ciri demikian adalah lebih mudah mencapai dan mempertahankan suatu kesepakatan yang eksplisit bagi sejumlah kecil perusahaan daripada bagi sebuah grup besar. Maka dalam industri-industri tertentu dengan adanya merger lebih besar kemungkinan bahwa perusahaan-perusahaan selebihnya akan menjalankan perilaku anti-persaingan terkoordinasi¹¹⁶.

¹¹⁶*ibid*

BAB 3 PENGENDALIAN MERGER

3.1. Sistem Pengendalian Merger.

Sebagaimana telah diuraikan dalam Bab 2, meskipun dalam banyak hal, merger merupakan kegiatan yang positif karena dapat mengefisienkan perusahaan dan keuntungan konsumen, akan tetapi transaksi merger apabila tidak dikontrol dapat menimbulkan dampak negatif baik terhadap persaingan maupun terhadap konsumen¹¹⁷.

Terhadap dampak positifnya, pemerintah harus memberikan dukungan penuh terhadap merger yang dilakukan oleh pelaku usaha, terlebih lagi apabila merger tersebut dilakukan atas keinginan pemerintah untuk kepentingan nasional, seperti halnya program Arsitektur Perbankan Indonesia (untuk selanjutnya disebut "API")¹¹⁸.

Dalam rangka menciptakan industri perbankan ke depan yang lebih baik, sehat dan stabil, maka keberadaan struktur perbankan yang ada sekarang ini perlu dikaji lagi keberadaannya, apakah struktur perbankan nasional kita memang sudah sejalan dengan perkembangan keadaan saat ini maupun ke depan ataukah perlu disempurnakan lagi untuk menampung segala perubahan yang sudah terjadi serta tren pengembangannya ke depan. Pentingnya masalah struktur perbankan tersebut telah menjadi fokus perhatian dalam penyusunan Arsitektur Perbankan Indonesia (API) yang saat ini sedang dilakukan oleh Bank Indonesia. Salah satu metoda untuk mencapai hal tersebut adalah merger¹¹⁹.

Dampak negatif diantaranya terjadi ketika transaksi merger dilakukan untuk melahirkan atau menambah kekuatan perusahaan di pasar (*market power*). Dengan kekuatan tersebut, perusahaan dapat menaikkan harga diatas harga

¹¹⁷Syamsul Maarif, *op.cit.*

¹¹⁸<http://www.bi.go.id/web/id/info+penting/arsitektur+perbankan+indonesia/> akses tanggal 22 Januari 2010.

¹¹⁹Agus Sugiarto, *Mencari Struktur Perbankan yang Ideal*, Kompas, 16 Juni 2003.

kompetisi dan menurunkan jumlah dan kualitas produknya. Hal ini sangat merugikan konsumen. Selain itu kekuatan atau penguasaannya dalam pasar bersangkutan tersebut membuat perusahaan tidak lagi mempunyai insentif untuk meningkatkan kualitas teknologi dan menambah inovasinya. Dengan kekuatan dan penguasaannya perusahaan hasil merger bahkan dapat menciptakan atau meningkatkan hambatan masuk bagi pendatang baru untuk masuk kepasar.¹²⁰ Dengan demikian, tidak ada alasan bagi pemerintah untuk tidak waspada terhadap kegiatan merger yang dapat membawa dampak negatif terhadap persaingan usaha tidak sehat untuk menghindari kegagalan pasar.

Ketika terjadi kegagalan pasar, maka muncul rasionalitas akan perlunya intervensi dari pihak pemerintah. Dengan demikian, ketika pasar menjadi tidak sempurna, maka pemerintah dapat turun tangan untuk mengintervensi kegagalan pasar yang terjadi. Diharapkan, intervensi pemerintah tersebut dapat mengarahkan pasar menjadi lebih 'baik' atau dalam pengertian sebelumnya membuat pasar menjadi lebih efisien secara ekonomi.¹²¹

Kebijakan persaingan (*competition policy*) merupakan salah satu bentuk intervensi pemerintah di pasar selain dari regulasi ekonomi. Perbedaannya terletak pada subjek yang dituju, dimana regulasi ekonomi mengintervensi secara langsung keputusan perusahaan, seperti berapa harga yang harus ditetapkan, dan berapa banyak kuantitas yang harus disediakan¹²².

Selain untuk meningkatkan efisiensi ekonomi yang relatif bebas nilai -- tidak memihak kepada konsumen atau produsen - kebijakan persaingan juga dapat bertujuan untuk melindungi kepentingan konsumen di pasar atau meningkatkan kesejahteraan konsumen. Hal ini mengingat dalam dunia nyata seringkali dalam bentuk pasar yang tidak sempurna, konsumen merupakan pihak yang dirugikan¹²³.

¹²⁰Syamsul Maarif, *op.cit.*

¹²¹Andi Fahmi Lubis dan Ningrum Natasya Sirait (*ed.*), *op.cit.*, hal. 38.

¹²²*Ibid.*

¹²³*Ibid.*

Agar tidak terjadi pasar yang tidak sempurna sebagai akibat merger yang berdampak negatif, pemerintah dapat melakukan pengendalian merger melalui peraturan perundang-undangan dan lembaga pelaksana pengendalian tersebut.

Selain diatur melalui peraturan perundang-undangan juga perlu diatur mengenai notifikasi, yang dalam prakteknya dapat dilakukan sebelum tindakan merger (*pre-merger notifikation*/pemberitahuan sebelum merger) dan yang dilakukan setelah tindakan merger (*post-merger notifikation*/pemberitahuan pasca merger), atau bahkan diatur untuk dilaksanakan keduanya dalam satu rezim notifikasi. Mekanisme pemberitahuan inipun terbagi dalam 2 (dua) sistem, sistem yang dijalankan secara sukarela (*voluntary*) dan merupakan kewajiban (*mandatory*) pihak yang melakukan merger. *Voluntary* maupun *mandatory* juga dapat diterapkan secara bersamaan berdasarkan besaran *threshold* yang ditentukan. Hampir seluruh dari 64 yurisdiksi yang dilakukan survei oleh Global Competition Review¹²⁴ mempergunakan sistem *mandatory* bagi transaksi merger yang memenuhi *threshold* yang ditentukan.

Threshold akan menjadi ambang batas sebuah merger yang dilaporkan kepada otoritas pengawas persaingan usaha. Beberapa negara mengatur bahwa untuk merger yang dilakukan dibawah *threshold* dapat secara sukarela dilaporkan.

3.2. Ketentuan Merger dalam Peraturan Perundang-undangan.

UU No. 1 tahun 1995 merupakan tonggak sejarah hukum di Indonesia bagi pengaturan merger. Hal ini disebabkan undang-undang tentang perseroan terbatas tersebutlah yang memulai mengatur merger yang lumayan komprehensif ditingkat undang-undang. Sungguhpun sebelumnya ada pengaturan merger, hal tersebut baru bersifat sektoral dan level pengaturannya pun masih pada tingkat dibawah undang-undang¹²⁵.

¹²⁴Global Competition Review, *Merger Control 2010*, (London: Law Business Research, 2010).

¹²⁵Munir Fuady, *hukum tentang merger (berdasarkan Undang-undang Nomor 40 Tahun 2007)*, (Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2008), hal. 19.

3.2.1. Sebelum diterbitkannya UU No. 1 tahun 1995.

Walaupun pengaturan merger dalam undang-undang pertama kalinya dimuat dalam UU No. 1 Tahun 1995, namun bukan berarti merger tidak dapat dilakukan di Indonesia. Pada masa sebelum berlakunya UU No. 1 Tahun 1995, pemerintah mengeluarkan beberapa peraturan yang mengatur mengenai merger perbankan, diantaranya yaitu:

- a. Keputusan Menteri Keuangan Nomor 614/MK/II/8/1971 tentang Pemberian Kelonggaran Perpajakan kepada Bank-bank Swasta Nasional yang Melakukan Penggabungan (Merger);
- b. Keputusan Menteri Keuangan Nomor 278/KMK.01/1989 Tanggal 25 Maret 1989 tentang Peleburan dan Penggabungan Usaha Bank;
- c. Surat Edaran Bank Indonesia Nomor 21/15/BPPP Tanggal 25 Maret 1989 tentang Peleburan Usaha dan Penggabungan Usaha bagi Bank Umum Swasta Nasional, Bank Pembangunan, dan Bank Perkreditan Rakyat.
- d. Keputusan Menteri Keuangan Nomor 222/KMK.017/1993 Tanggal 26 Februari 1993 tentang Persyaratan dan Tata Cara Merger, Konsolidasi dan Akuisisi Bank.

Ketentuan-ketentuan tersebut diatas, hanya berlaku di sektor perbankan saja, sedangkan untuk kegiatan usaha non-perbankan tidak ada ketentuan yang secara spesifik yang mengaturnya. Namun kegiatan merger ini dapat dipandang secara sederhana hubungan hukum apa yang mendasarinya. Hubungan hukum yang mendasari adanya merger apabila secara sederhana dapat dilihat sebagai tidak lain dari adanya "perjanjian".

Prof. Wirjono¹²⁶ menafsirkan perjanjian sebagai perhubungan hukum mengenai harta benda antara dua pihak dalam hal mana suatu pihak berjanji atau dianggap berjanji untuk melakukan sesuatu hal atau untuk tidak melakukan suatu hal, sedang pihak lainnya berhak menuntut pelaksanaan dari perjanjian itu.

¹²⁶Wirjono Prodjodikoro, *Azas-æas Hukum Perjanjian*, (Bandung: PT. Ereto, 1989), hal. 9.

Sedangkan Prof. Subekti¹²⁷ menyatakan bahwa perjanjian adalah suatu peristiwa, dimana seseorang berjanji kepada orang lain, atau dimana dua orang saling berjanji untuk melaksanakan sesuatu hal. Dari peristiwa ini, timbullah suatu hubungan antara dua orang tersebut yang dinamakan perikatan. Perjanjian itu menerbitkan suatu perikatan antara dua orang yang membuatnya. Suatu perjanjian juga dinamakan persetujuan, karena dua pihak itu setuju untuk melakukan sesuatu.

Pasal 1313 Kitab Undang-undang Hukum Perdata¹²⁸ (untuk selanjutnya disebut "KUHPerdata") menyatakan bahwa suatu persetujuan atau perjanjian adalah suatu perbuatan dengan mana satu orang atau lebih mengikatkan dirinya terhadap satu orang lain atau lebih. Dari defenisi tersebut dapat diketahui bahwa perjanjian merupakan salah satu sumber dari perikatan. Pasal 1233 KUHPerdata dikatakan bahwa suatu perikatan ada yang lahir karena perjanjian dan ada yang dilahirkan karena undang-undang.

Hukum perjanjian menganut sistem terbuka, artinya memberikan kebebasan yang seluas-luasnya kepada masyarakat untuk mengadakan perjanjian yang berisi apa saja, asalkan tidak melanggar ketertiban umum dan kesusilaan¹²⁹. Hal ini diatur dalam Pasal 1338 KUH Perdata yang pada pokoknya menyatakan bahwa semua perjanjian yang dibuat secara sah berlaku sebagai undang-undang bagi mereka yang membuatnya. Selanjutnya Pasal 1320 KUHPerdata menyatakan bahwa untuk sahnya suatu perjanjian harus memenuhi 4 (empat) syarat. Pertama, sepakat mereka untuk mengikatkan diri. Kedua, kecakapan untuk membuat suatu perjanjian. Ketiga, suatu hal tertentu, dan keempat, suatu sebab (causa) yang halal.

Perjanjian dalam hukum perdata di Indonesia berdasarkan pada Kitab Undang-undang Hukum Perdata KUHPerdata pada buku ke III tentang Perikatan.

¹²⁷R. Subekti, *Hukum Perjanjian*, (PT. Intermasa, Jakarta, 2001), hal. 1.

¹²⁸R. Subekti, dan R. Tjitrosudibio, *Kitab Undang-undang Hukum Perdata*, (Jakarta: Pradnya Paramitha, 2006).

¹²⁹R. Subekti, *op.cit*, hal. 13.

Ada dua macam ketentuan dalam KUHPerdata, khususnya buku ke III yang berlaku terhadap suatu merger, yaitu:¹³⁰

1. Ketentuan tentang perikatan pada umumnya.

Dalam KUHPerdata tidak diatur secara khusus mengenai perjanjian merger ini. Jadi, tidak ada satu pasal pun yang berbicara tentang perjanjian merger. Akan tetapi dalam KUHPerdata tersebut *vide* buku ke III terdapat ketentuan umum tentang perikatan yang diberlakukan terhadap setiap jenis perjanjian, termasuk perjanjian merger. Ketentuan umum mengenai perikatan ini diatur mulai dari pasal 1233 sampai dengan 1456.

Demikianlah, ketentuan dalam pasal-pasal tersebut, misalnya, mengenai syarat sahnya suatu perjanjian, kekuatan berlakunya perjanjian, akibat hukum dari perjanjian, macam-macam perjanjian, hapusnya perikatan, semuanya berlaku untuk suatu perjanjian merger.

2. Ketentuan tentang Perjanjian Jual Beli.

Dalam suatu *deal* merger antar perusahaan sering kali, (walaupun tidak selamanya) dalam teknik pelaksanaan diperlukan juga adanya jual beli saham. Itu sebabnya dalam Pasal 11 Keputusan Menteri Keuangan Nomor 222/KMK.017/1993 tentang Persyaratan dan Tata Cara Merger, Konsolidasi dan Akuisisi Bank (sekarang Peraturan tersebut sudah tidak berlaku lagi), ditentukan bahwa salah satu dokumen yang harus dilampirkan dalam mengajukan permohonan untuk memperoleh izin merger (izin tetap), disamping akta perjanjian merger juga akta jual beli saham.

Sebagaimana kita ketahui bahwa untuk suatu perjanjian jual beli, termasuk untuk jual beli saham, di samping berlaku ketentuan umum

¹³⁰ Munir Fuady, *op.cit*, hal. 68-69.

tentang perikatan yang terdapat di bagian awal dari buku ke II KUHPERdata sebagaimana telah disebutkan diatas, berlaku pula ketentuan khusus mengenai jual beli, yang terdapat mulai dari Pasal 1457 sampai dengan dan termasuk Pasal 1540 KUHPERdata.

Namun, teknik pelaksanaan merger antara dua perusahaan termasuk merger bank, sering juga dipakai metode *inbrens* saham bersama-sama dengan atau sebagai gantinya jual beli saham tersebut. Dalam hal ini kadang-kadang juga dibuat apa yang disebut "*perjanjian inbrens*".

3.2.2. Setelah diterbitkannya UU No. 1 tahun 1995.

3.2.2.1. Undang-undang.

Diterbitkannya UU No. 1 Tahun 1995 pada tanggal 7 Maret 1995 memberikan dasar hukum yang lebih tinggi dan kuat terhadap kegiatan merger. Ketentuan mengenai merger dalam UU No. 1 Tahun 1995 diatur tersendiri, yaitu dalam Bab VII tentang Penggabungan, Peleburan dan Pengambilalihan yang terdiri dari 7 (tujuh) pasal, yaitu dari Pasal 102 sampai dengan Pasal 109, sebagai berikut:

Pasal 102

- (1) *Satu perseroan atau lebih dapat menggabungkan diri menjadi satu dengan perseroan yang telah ada atau meleburkan diri dengan perseroan lain dan membentuk perseroan baru.*
- (2) *Rencana penggabungan atau peleburan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dituangkan dalam Rancangan Penggabungan atau Peleburan yang disusun bersama oleh Direksi dari perseroan yang akan melakukan penggabungan atau peleburan, yang memuat sekurang-kurangnya:*
 - a. *nama perseroan yang akan melakukan penggabungan atau peleburan;*

- b. alasan serta penjelasan masing-masing Direksi perseroan yang akan melakukan penggabungan atau peleburan dan persyaratan penggabungan atau peleburan;
 - c. tata cara konversi saham dari masing-masing perseroan yang akan melakukan penggabungan atau peleburan terhadap saham perseroan hasil penggabungan atau peleburan;
 - d. rancangan perubahan Anggaran Dasar perseroan hasil penggabungan apabila ada, atau rancangan Akta Pendirian perseroan baru hasil peleburan;
 - e. neraca, perhitungan laba rugi yang meliputi 3 (tiga) tahun buku terakhir dari semua perseroan yang akan melakukan penggabungan atau peleburan; dan
 - f. hal-hal lain yang perlu diketahui oleh pemegang saham masing-masing perseroan.
- (3) Penggabungan atau peleburan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) hanya dapat dilakukan apabila Rancangan Penggabungan atau Peleburan sebagaimana dimaksud dalam ayat (2) disetujui oleh RUPS masing-masing perseroan.

Pasal 103

- (1) Pengambilalihan perseroan dapat dilakukan oleh badan hukum atau orang perseorangan.
- (2) Pengambilalihan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dapat dilakukan melalui pengambilalihan seluruh atau sebagian besar saham yang dapat mengakibatkan beralihnya pengendalian terhadap perseroan tersebut.
- (3) Dalam hal pengambilalihan dilakukan oleh perseroan, maka berlaku ketentuan sebagai berikut:
 - a. Rencana pengambilalihan dituangkan dalam Rancangan Pengambilalihan yang disusun oleh Direksi perseroan yang akan mengambil alih dan yang akan diambil alih, yang memuat sekurang-kurangnya:
 - 1) nama perseroan yang mengambil alih dan yang diambil alih; dan

- 2) alasan serta penjelasan Direksi perseroan masing masing mengenai persyaratan serta tata cara pengambilalihan saham perseroan yang diambil alih.
 - b. Pengambilalihan dilakukan dengan persetujuan RUPS perseroan yang diambil alih dan persetujuan Anggota atau Badan Pengurus dari badan hukum yang bukan perseroan yang mengambil alih.
- (4) Dalam hal pengambilalihan dilakukan orang perseorangan, maka berlaku ketentuan sebagai berikut:
- a. Rencana pengambilalihan dituangkan dalam Rancangan Pengambilalihan yang disusun oleh Direksi perseroan yang akan diambil alih dan orang perseorangan yang akan mengambil alih, yang memuat sekurang-kurangnya:
 - 1) nama perseroan yang akan diambil alih dan orang perseorangan yang akan mengambil alih; dan
 - 2) alasan serta penjelasan Direksi perseroan yang akan diambil alih mengenai persyaratan dan tata cara pengambilalihan saham.
 - b. Pengambilalihan dilakukan dengan persetujuan RUPS perseroan yang akan diambil alih atas Rancangan yang diajukan Direksi perseroan yang akan diambil alih dan orang perseorangan yang akan mengambil alih.
- (5) Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) tidak membatasi badan hukum atau orang perseorangan untuk mengambil alih saham perseroan lain langsung dari pemegang saham.

Pasal 104

- (1) Perbuatan hukum penggabungan, peleburan, dan pengambilalihan perseroan harus memperhatikan:
- a. kepentingan perseroan, pemegang saham minoritas dan karyawan perseroan; dan
 - b. kepentingan masyarakat dan persaingan sehat dalam melakukan usaha.

- (2) *Penggabungan, peleburan, dan pengambilalihan perseroan tidak mengurangi hak pemegang saham minoritas untuk menjual sahamnya dengan harga yang wajar.*

Pasal 105

- (1) *Keputusan RUPS mengenai penggabungan, peleburan, dan pengambilalihan perseroan sah apabila diambil sesuai dengan ketentuan Pasal 74 ayat (1) dan Pasal 76.*
- (2) *Direksi wajib mengumumkan dalam 2 (dua) surat kabar harian mengenai rencana penggabungan, peleburan, dan pengambilalihan perseroan paling lambat 14 (empat belas) hari sebelum pemanggilan RUPS.*

Pasal 106

- (1) *Rancangan Penggabungan perseroan yang telah mendapat persetujuan RUPS dilampirkan pada permohonan perubahan Anggaran Dasar perseroan untuk mendapatkan persetujuan Menteri sebagaimana dimaksud dalam Pasal 15 ayat (1).*
- (2) *Rancangan Penggabungan perseroan yang telah mendapat persetujuan RUPS baik yang tidak disertai perubahan Anggaran Dasar maupun yang disertai perubahan Anggaran Dasar dilaporkan kepada Menteri sebagaimana dimaksud dalam Pasal 15 ayat (3).*
- (3) *Rancangan Peleburan perseroan yang telah mendapat persetujuan RUPS dilampirkan pada permohonan pengesahan Akta Pendirian perseroan hasil peleburan untuk mendapat pengesahan Menteri sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (6).*
- (4) *Rancangan Pengambilalihan perseroan yang telah mendapat persetujuan RUPS dilaporkan kepada Menteri sebagaimana dimaksud dalam Pasal 15 ayat (3).*
- (5) *Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 21 dan Pasal 22 berlaku pula bagi penggabungan, peleburan, dan pengambilalihan perseroan.*

Pasal 107

- (1) *Dalam hal terjadi penggabungan atau peleburan, maka perseroan yang menggabungkan diri atau meleburkan diri menjadi bubar.*
- (2) *Pembubaran perseroan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dapat dilakukan dengan atau tanpa terlebih dahulu mengadakan likuidasi.*
- (3) *Dalam hal pembubaran perseroan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) tidak didahului dengan likuidasi, maka:*
 - a. *aktiva dan pasiva perseroan yang digabungkan atau yang meleburkan diri, beralih karena hukum kepada perseroan hasil penggabungan atau peleburan; dan*
 - b. *pemegang saham perseroan yang digabungkan atau yang meleburkan diri menjadi pemegang saham perseroan hasil penggabungan atau peleburan.*

Pasal 108

- (1) *Direksi perseroan hasil penggabungan atau peleburan wajib mengumumkan hasil penggabungan atau peleburan tersebut dalam 2 (dua) surat kabar harian paling lambat 30 (tiga puluh) hari terhitung sejak penggabungan, atau peleburan selesai dilakukan.*
- (2) *Ketentuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) berlaku pula terhadap Direksi perseroan yang melakukan pengambilalihan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 103 ayat (1).*

Pasal 109

Ketentuan mengenai penggabungan, peleburan, dan pengambilalihan perseroan diatur lebih lanjut dengan Peraturan Pemerintah.

Selain itu juga terdapat pengaturan dalam Pasal 76 yang mengatur mengenai ketentuan kuorum dan *voting* dalam rapat umum pemegang saham untuk merger, akuisisi, dan konsolidasi, adapun bunyi ketentuan Pasal 76 tersebut adalah sebagai berikut:

Pasal 76

Dalam hal penggabungan, peleburan, pengambilalihan, kepailitan dan pembubaran perseroan, keputusan RUPS sah apabila dihadiri oleh pemegang saham yang mewakili paling sedikit 3/4 (tiga perempat) bagian dari jumlah seluruh saham dengan hak suara yang sah dan disetujui oleh paling sedikit 3/4 (tiga perempat) bagian dari jumlah suara tersebut.

Setelah diterbitkannya UU No. 1 tahun 1995, pada tahun yang sama, diterbitkan Undang-undang Nomor 8 tahun 1995 tentang Pasar Modal (untuk selanjutnya disebut "UU No. 8 tahun 1995")¹³¹. Dalam Pasal 84 UU No. 8 tahun 1995 telah secara jelas juga mengatur mengenai merger emiten yang berbunyi sebagai berikut:

"Emiten atau Perusahaan Publik yang melakukan penggabungan, peleburan, atau pengambilalihan perusahaan lain wajib mengikuti ketentuan mengenai keterbukaan, kewajaran, dan pelaporan"

Walaupun ketentuan mengenai merger telah dimuat dalam UU No. 1 tahun 1995, namun undang-undang tersebut tidak memberikan definisi mengenai merger. Definisi merger tersebut baru muncul dalam Undang-undang No. 10 tahun 1998 tentang perubahan atas UU No. 7 tahun 1992 tentang Perbankan (untuk selanjutnya disebut "UU No. 10 tahun 1998")¹³², namun itupun dalam ranah merger bank. Dalam Ketentuan Umum Pasal 1 butir 25 UU No. 10 tahun 1998 memberikan definisi bahwa:

"Merger adalah penggabungan dari dua bank atau lebih, dengan cara tetap mempertahankan berdirinya salah satu bank dan membubarkan bank-bank lainnya dengan atau tanpa melikuidasi",

¹³¹ Indonesia, *Undang-undang Pasar Modal*, Undang-undang Nomor 8 tahun 1995, Lembar Negara Republik Indonesia tahun 1995 Nomor 64, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3608.

¹³² Indonesia, *Undang-undang tentang perubahan atas UU No. 7 tahun 1992 tentang Perbankan*, Undang-undang Nomor 10 tahun 1998, Lembar Negara Republik Indonesia tahun 1998 Nomor 182, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3790.

Pasal 1 butir 26 UU No. 10 tahun 1998 memberikan definisi bahwa:

“Konsolidasi adalah penggabungan dari dua bank atau lebih, dengan cara mendirikan bank baru dan membubarkan bank-bank tersebut dengan atau tanpa likuidasi”,

dan Pasal 1 butir 27 UU No. 10 tahun 1998 memberikan definisi bahwa:

“Akuisisi adalah pengambilalihan kepemilikan suatu bank”.

Keberadaan Undang-undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas (untuk selanjutnya disebut “UU No. 40 tahun 2007”)¹³³ sebagai pengganti UU No. 1 tahun 1995 diharapkan dapat membawa kepastian hukum yang semakin nyata khususnya bagi pelaku usaha. UU No. 40 tahun 2007 yang disahkan pada tanggal 16 Agustus 2007 ini mengalami beberapa penambahan dan banyak penyempurnaan dari UU No. 1 tahun 1995, termasuk dalam hal pengaturan kegiatan merger yang diatur dalam Pasal 122 sampai dengan Pasal 137.

Definisi merger secara lebih umum termuat dalam Pasal 1 butir 9 UU No. 40 tahun 2007 memberikan definisi bahwa:

“Penggabungan adalah perbuatan hukum yang dilakukan oleh satu Perseroan atau lebih untuk menggabungkan diri dengan Perseroan lain yang telah ada yang mengakibatkan aktiva dan pasiva dari Perseroan yang menggabungkan diri beralih karena hukum kepada Perseroan yang menerima penggabungan dan selanjutnya status badan hukum Perseroan yang menggabungkan diri berakhir karena hukum”.

¹³³Indonesia, *Undang-undang tentang Perseroan Terbatas*, Undang-undang Nomor 40 tahun 2007, Lembaran Negara Republik Indonesia tahun 2007 nomor 106, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia Nomor 4756

Pasal 1 butir 10 UU No. 40 tahun 2007 memberikan definisi bahwa:

"Peleburan adalah perbuatan hukum yang dilakukan oleh dua Perseroan atau lebih untuk meleburkan diri dengan cara mendirikan satu Perseroan baru yang karena hukum memperoleh aktiva dan pasiva dari Perseroan yang meleburkan diri dan status badan hukum Perseroan yang meleburkan diri berakhir karena hukum",

dan ketentuan Pasal 1 butir 11 UU No. 40 tahun 2007 memberikan definisi bahwa

"Pengambilalihan adalah perbuatan hukum yang dilakukan oleh badan hukum atau orang perseorangan untuk mengambil alih saham Perseroan yang mengakibatkan beralihnya pengendalian atas Perseroan tersebut".

Jika ditelaah lebih rinci, terdapat beberapa perbedaan yang cukup signifikan dalam pengaturan merger di dalam UU No. 1 tahun 1995 dengan Undang-undang Perseroan Terbatas yang baru, yaitu UU No. 40 tahun 2007. Beberapa ketentuan yang baru dan ketentuan yang disempurnakan, antara lain adalah:

- a. UU No. 1 tahun 1995 hanya mengatur ketentuan mengenai merger saja, sedangkan UU No. 40 tahun 2007 memiliki cakupan yang lebih luas karena undang-undang ini tidak hanya mengatur ketentuan mengenai merger akan tetapi juga mengatur mengenai pemisahan perseroan (*corporate split*)¹³⁴, sedangkan UU No. 1 tahun 1995 tidak mengenal ketentuan ini;
- b. UU No. 1 tahun 1995 mengatur bahwa merger mengakibatkan perseroan yang menggabungkan atau meleburkan diri berakhir karena hukum, dan merger merger dapat dilakukan dengan atau tanpa mengadakan likuidasi terlebih dahulu. Ketentuan tersebut berdasarkan

¹³⁴UU No. 40 tahun 2007, Pasal 1 butir 12 *"Pemisahan adalah perbuatan hukum yang dilakukan oleh Perseroan untuk memisahkan usaha yang mengakibatkan seluruh aktiva dan pasiva Perseroan beralih karena hukum kepada dua Perseroan atau lebih atau sebagian aktiva dan pasiva Perseroan beralih karena hukum kepada satu Perseroan atau lebih"*.

UU No. 40 tahun 2007 dipersempit sehingga berakhirnya perseroan terjadi tanpa likuidasi terlebih dahulu¹³⁵;

- c. UU No. 40 tahun 2007 mensyaratkan kewajiban perseroan untuk mengumumkan rencana merger, konsolidasi, dan akuisisi kepada karyawan perseroan dalam bentuk tertulis dalam waktu 30 hari sebelum merger¹³⁶ suatu hal yang belum diatur oleh UU No. 1 tahun 1995.

Undang-undang Nomor 19 tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara (untuk selanjutnya disebut “UU No. 19 tahun 2003”)¹³⁷, dalam Pasal 65 ayat (1) diatur bahwa:

“Ketentuan lebih lanjut mengenai penggabungan, peleburan, pengambilalihan, dan pembubaran BUMN, diatur dengan Peraturan Pemerintah”

dan dalam penjelasannya dinyatakan bahwa:

“Karena setiap pendirian BUMN dilakukan dengan Peraturan Pemerintah, apabila ada perubahan terhadap keberadaan BUMN dimaksud, baik karena penggabungan, peleburan, pengambilalihan maupun pembubaran, harus dilakukan pula dengan Peraturan Pemerintah”

¹³⁵UU No. 40 tahun 2007, Pasal 122 “(1) Penggabungan dan Peleburan mengakibatkan Perseroan yang menggabungkan atau meleburkan diri berakhir karena hukum; (2) Berakhirnya Perseroan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) terjadi tanpa dilakukan likuidasi terlebih dahulu”.

¹³⁶UU No. 40 tahun 2007, Pasal 127: “Direksi Perseroan yang akan melakukan Penggabungan, Peleburan, Pengambil-alihan, atau Pemisahan wajib mengumumkan ringkasan rancangan paling sedikit dalam 1 (satu) Surat Kabar dan mengumumkan secara tertulis kepada karyawan dari Perseroan yang akan melakukan Penggabungan, Peleburan, Pengambilalihan, atau Pemisahan dalam jangka waktu paling lambat 30 (tiga puluh) hari sebelum pemanggilan RUPS”.

¹³⁷ Indonesia, Undang-undang tentang Badan Usaha Milik Negara, Undang-undang Nomor 19 tahun 2003, Lembaran Negara Republik Indonesia tahun 2003 nomor 70, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia nomor 4297.

3.2.2.2. Peraturan Pemerintah

Sebagai peraturan pelaksana Pasal 109 UU No. 1 tahun 1995, pada tanggal 24 Februari 1998, Pemerintah kemudian menerbitkan Peraturan Pemerintah Nomor 27 Tahun 1998 tentang Tata Cara Penggabungan, Peleburan, dan Pengambilalihan Perseroan Terbatas (untuk selanjutnya disebut “PP No. 27 tahun 1998”)¹³⁸. Ketentuan dalam PP No. 27 tahun 1998 ini berisi hal-hal yang bersifat teknis dan prosedural dalam aktivitas merger.

Ketentuan mengenai merger berlaku secara umum bagi seluruh pelaku usaha yang berbentuk perseroan terbatas, oleh karena itu ketentuan merger ini memiliki cakupan yang sangat luas, bahkan dalam kasus-kasus tertentu merger merupakan strategi nasional untuk menciptakan daya saing ditingkat internasional¹³⁹, dan bahkan merger dilakukan secara transnasional untuk tujuan tersebut. Mengingat cakupannya yang luas tersebut, secara khusus di Indonesia aktivitas merger di bidang usaha perbankan dan pasar modal memiliki peraturan tersendiri yang dikeluarkan oleh lembaga otoritasnya masing-masing.

Sejalan dengan diterbitkannya UU No. 10 tahun 1998, maka pada tanggal 7 Mei 1999 Pemerintah mengeluarkan Peraturan Pemerintah Nomor 28 Tahun 1999 yang khusus mengatur mengenai Merger, Konsolidasi dan Akuisisi Bank (untuk selanjutnya disebut “PP No. 28 tahun 1999”)¹⁴⁰.

Menindaklanjuti ketentuan Pasal 65 ayat (1) UU No. 19 tahun 2003, Pemerintah kemudian menerbitkan Peraturan Pemerintah Nomor 43 tahun 2005 tentang Penggabungan, Peleburan, Pengambilalihan, dan Perubahan Bentuk

¹³⁸Indonesia, *Peraturan Pemerintah tentang Penggabungan, Peleburan dan Pengambilalihan*, Peraturan Pemerintah Nomor 27 tahun 1998, Lembar Negara Republik Indonesia tahun 1998 Nomor 40, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3741.

¹³⁹Alison Jones and Brenda Surfin, *op.cit.*, hal. 848.

¹⁴⁰Indonesia, *Peraturan Pemerintah tentang Merger, Konsolidasi dan Akuisisi Bank*, Peraturan Pemerintah Nomor 28 tahun 1999, Lembar Negara Republik Indonesia tahun 1999 Nomor 61, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3840.

Badan Hukum Badan Usaha Milik Negara (untuk selanjutnya disebut “PP No. 43 tahun 2005”)¹⁴¹.

3.2.2.3. Peraturan Lainnya.

PP No. 28 tahun 1999 kemudian ditindaklanjuti oleh Bank Indonesia dengan menerbitkan Surat Keputusan Bank Indonesia Nomor 32/51/KEP/DIR tentang Persyaratan dan Tata Cara Merger, Konsolidasi, dan Akuisisi Bank Umum serta Surat Keputusan Bank Indonesia Nomor 32/52/KEP/DIR tentang Persyaratan dan Tata Cara Merger, Konsolidasi, dan Akuisisi Bank Perkreditan Rakyat. Keduanya diterbitkan pada tanggal 14 Mei 1999.

Ketentuan lebih spesifik mengenai merger bagi pelaku usaha yang sudah *listing* di pasar modal atau emiten diatur melalui Peraturan Badan Pengawas Pasar Modal dan Lembaga Keuangan, yaitu melalui Peraturan Nomor IX.G.1 tentang Penggabungan Usaha atau Peleburan Usaha Perusahaan Publik atau Emiten yang merupakan bagian dari Keputusan Ketua Bapepam Nomor Kep-52/PM/1997 tanggal 26 Desember 1997.

Tentunya perlu diingat bahwa PP No. 27 tahun 1998 tetap berlaku bagi emiten, dan PP No. 28 tahun 1999 juga berlaku bagi bank yang menjadi emiten. Ketentuan PP No. 43 tahun 2005 akan berlaku bagi bank pemerintah yang menjadi emiten.

3.3. Keharusan Persaingan Sehat dalam tindakan Merger.

Peraturan-peraturan tersebut diatas, pada umumnya mensyaratkan agar pelaksanaan merger dilakukan dengan memperhatikan prinsip-prinsip persaingan usaha yang sehat, antara lain dalam UU No. 1 tahun 1995 dalam Pasal 104 ayat (2) butir b. menyatakan:

¹⁴¹ Indonesia, *Peraturan Pemerintah tentang Penggabungan, Peleburan, Pengambilalihan, dan Perubahan Bentuk Badan Hukum Badan Usaha Milik Negara*, Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 43 tahun 2005, Lembaran Negara Republik Indonesia tahun 2005 nomor 115, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia nomor 4554.

“kepentingan masyarakat dan persaingan sehat dalam melakukan usaha”.

Sebagaimana halnya UU No. 1 tahun 1995, Pasal 126 ayat (1) butir c UU No. 40 tahun 2007, memberikan syarat bahwa tindakan merger harus memperhatikan beberapa hal, diantaranya adalah “persaingan sehat dalam melakukan usaha”, yang dalam penjelasan pasal tersebut dinyatakan bahwa:

“Selanjutnya, dalam Penggabungan, Peleburan, Pengambilalihan, atau Pemisahan harus juga dicegah kemungkinan terjadinya monopoli atau monopsoni dalam berbagai bentuk yang merugikan masyarakat”.

Hal serupa juga tertuang dalam UU No. 10 tahun 1998 dalam penjelasan Pasal 28 ayat (1) berbunyi:

“dalam melakukan merger, konsolidasi dan akuisisi wajib dihindarkan timbulnya pemusatan kekuatan ekonomi pada suatu kelompok dalam bentuk monopoli yang merugikan masyarakat. Demikian merger, konsolidasi dan akuisisi yang dilakukan tidak boleh merugikan kepentingan para nasabah”.

Ketentuan mengenai persaingan usaha diatur dalam undang-undang tersendiri, yaitu Undang-undang Nomor 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat¹⁴². Ketentuan mengenai merger dan akuisisi ini diatur dalam Bab V Bagian keempat tentang Penggabungan, Peleburan dan Pengambilalihan dalam 2 (dua) pasal, yaitu Pasal 28 dan Pasal 29, yang berbunyi sebagai berikut:

¹⁴²Indonesia, *Undang-undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, Undang-undang Nomor 5 tahun 1999, Lembaran Negara Tahun 1999 nomor 33, Tambahan Lembaran Negara nomor 3817

Pasal 28

- (1) *Pelaku usaha dilarang melakukan penggabungan atau peleburan badan usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.*
- (2) *Pelaku usaha dilarang melakukan pengambilalihan saham perusahaan lain apabila tindakan tersebut dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.*
- (3) *Ketentuan lebih lanjut mengenai penggabungan atau peleburan badan usaha yang dilarang sebagaimana dimaksud dalam ayat (1), dan ketentuan mengenai pengambilalihan saham perusahaan sebagaimana dimaksud ayat dalam (2) pasal ini, diatur dalam Peraturan Pemerintah.*

Pasal 29

- (1) *Penggabungan atau peleburan badan usaha, atau pengambilalihan saham sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28 yang berakibat nilai aset dan atau nilai penjualannya melebihi jumlah tertentu, wajib diberitahukan kepada Komisi, selambat-lambatnya 30 (tiga puluh) hari sejak tanggal penggabungan, peleburan atau pengambilalihan tersebut.*
- (2) *Ketentuan tentang penetapan nilai aset dan atau nilai penjualan serta tata cara pemberitahuan sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) diatur dalam Peraturan Pemerintah.*

Pengaturan pasal mengenai merger dalam UU No. 5 tahun 1999 dapat dikatakan sebagai sebuah *lex imperfecta* karena baru dapat diimplementasikan setelah pemerintah menerbitkan Peraturan Pemerintah yang disyaratkan oleh Pasal 28 ayat (3) dan Pasal 29 ayat (2)¹⁴³. Oleh karena itu, larangan tersebut belum dapat dilaksanakan karena masih berupa hukum yang belum sempurna.

Jelas tertuang dalam Peraturan Pemerintah yang disyaratkan oleh Pasal 28 ayat (3) akan mengatur mengenai larangan merger yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat sebagaimana yang diatur dalam Pasal 28 ayat (1) dan (2). Sedangkan yang diperlukan sebagai

¹⁴³Knud Hansen (et.al), *Undang-Undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, cetakan kedua, (Jakarta: Katalis Mitra Plaosan, 2002), hlm. 358.

implementasi Pasal 29 ayat (3) adalah Peraturan Pemerintah mengenai penetapan nilai aset dan atau nilai penjualan serta tata cara pemberitahuan kepada Komisi Pengawas Persaingan Usaha Republik Indonesia (untuk selanjutnya disebut “KPPU”) sebagaimana yang dimaksud dalam Pasal 29 ayat (1).

3.4. Lembaga Pelaksana Peraturan Merger.

Sebagaimana telah diuraikan diatas, pengaturan mengenai merger termuat dalam berbagai peraturan perundang-undangan yang mengatur sektor tertentu, dengan tetap berpatok pada undang-undang yang mengatur perusahaan terbatas secara umum. Peraturan perundangan-undangan yang mengatur sektor tertentu, juga memiliki lembaga pelaksana dan pengawasnya masing-masing, misalnya disektor perbankan, maka sampai dengan saat ini Bank Indonesia sebagai pengawasnya dan untuk perusahaan terbuka diawasi oleh Badan Pengawas Pasar Modal dan Lembaga Keuangan.

3.4.1. Merger Perusahaan pada Umumnya.

Berdasarkan ketentuan UU No. 40 tahun 2007 Pasal 29 ayat (1) diatur bahwa “*Daftar Perseroan diselenggarakan oleh Menteri*”. Menteri yang dimaksud adalah menteri yang tugas dan tanggung jawabnya di bidang hukum dan hak asasi manusia. Dalam ayat (2) diatur bahwa Daftar Perseroan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) memuat data tentang Perseroan yang meliputi:

- a. nama dan tempat kedudukan, maksud dan tujuan serta kegiatan usaha, jangka waktu pendirian, dan permodalan;
- b. alamat lengkap Perseroan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 5;
- c. nomor dan tanggal akta pendirian dan Keputusan Menteri mengenai pengesahan badan hukum Perseroan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (4);
- d. nomor dan tanggal akta perubahan anggaran dasar dan persetujuan Menteri sebagaimana dimaksud dalam Pasal 23 ayat (1);

- e. nomor dan tanggal akta perubahan anggaran dasar dan tanggal penerimaan pemberitahuan oleh Menteri sebagaimana dimaksud dalam Pasal 23 ayat (2);
- f. nama dan tempat kedudukan notaris yang membuat akta pendirian dan akta perubahan anggaran dasar;
- g. nama lengkap dan alamat pemegang saham, anggota Direksi, dan anggota Dewan Komisaris Perseroan;
- h. nomor dan tanggal akta pembubaran atau nomor dan tanggal penetapan pengadilan tentang pembubaran Perseroan yang telah diberitahukan kepada Menteri;
- i. berakhirnya status badan hukum Perseroan;
- j. neraca dan laporan laba rugi dari tahun buku yang bersangkutan bagi Perseroan yang wajib diaudit.

Berkaitan dengan penggabungan perseroan, dalam Pasal 129 diatur bahwa:

Pasal 129

(1) Salinan akta Penggabungan Perseroan dilampirkan pada:

- a. pengajuan permohonan untuk mendapatkan persetujuan Menteri sebagaimana dimaksud dalam Pasal 21 ayat (1); atau*
- b. penyampaian pemberitahuan kepada Menteri tentang perubahan anggaran dasar sebagaimana dimaksud dalam Pasal 21 ayat (3).*

(2) Dalam hal Penggabungan Perseroan tidak disertai perubahan anggaran dasar, salinan akta Penggabungan harus disampaikan kepada Menteri untuk dicatat dalam daftar Perseroan.

selanjutnya berkaitan dengan peleburan perseroan, dalam Pasal 130 diatur bahwa:

Pasal 130

Salinan akta Peleburan dilampirkan pada pengajuan permohonan untuk mendapatkan Keputusan Menteri mengenai pengesahan badan hukum Perseroan hasil Peleburan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (4).

dan terkait dengan pengambilalihan perseroan, dalam Pasal 131 diatur bahwa:

Pasal 131

- (1) *Salinan akta Pengambilalihan Perseroan wajib dilampirkan pada penyampaian pemberitahuan kepada Menteri tentang perubahan anggaran dasar sebagaimana dimaksud dalam Pasal 21 ayat (3).*
- (2) *Dalam hal Pengambilalihan saham dilakukan secara langsung dari pemegang saham, salinan akta pemindahan hak atas saham wajib dilampirkan pada penyampaian pemberitahuan kepada Menteri tentang perubahan susunan pemegang saham.*

Berdasarkan pada ketentuan-ketentuan tersebut diatas, jelas bahwa untuk merger pada umumnya, wajib untuk memberitahukan perubahan-perubahan perusahaan kepada Menteri dalam hal ini Menteri Hukum dan Hak Azasi Manusia.

3.4.2. Merger Perusahaan Terbuka.

Jika terhadap suatu merger atau lebih perusahaan terbuka, diperlukan prosedur khusus untuk itu yang agak berbeda dengan prosedur merger untuk perusahaan selain bank. Karena untuk merger perusahaan terbuka banyak instansi yang terlibat, mulai dari Departemen Kehakiman, Departemen Keuangan, Bapepam, hingga Bank Indonesia. Diantara prosedur khusus yang harus dipenuhi oleh perusahaan merger dimana salah satu atau lebih diantaranya adalah perusahaan terbuka, yaitu jika ada pengisuan saham baru, tidak perlu dilakukan prosedur biasa lewat *right issue*. Jika salah satu atau lebih diantara perusahaan yang akan merger merupakan perusahaan terbuka, yang mesti *survive* "sebaiknya" perusahaan terbuka tersebut jika bukan perusahaan terbuka yang *survive*, mesti dilakukan juga dengan proses *going private*¹⁴⁴.

UU No. 40 tahun 2007 menentukan dengan tegas bahwa Undang-undang Pasar Modal hanya berlaku untuk PT Terbuka (Pasal 154), dengan demikian, kecuali terhadap hal-hal yang sudah diatur secara khusus dalam perundang-

¹⁴⁴Munir Fuady, *op.cit.* hal. 70.

undangan dibidang pasar modal, maka berlakulah ketentuan tentang perseroan terbatas beserta seluruh peraturan pelaksanaannya. Misanya terhadap merger perusahaan terbuka, kecuali yang telah diatur dalam Keputusan Ketua Bapepam (Peraturan Nomor XI.G.1) tersebut, ketentuan tentang merger dalam Undang-undang Perseroan Terbatas beserta peraturan pelaksanaannya tetap berlaku. Disamping itu, aturan pasar modal tidak boleh sampai bertentangan dengan azas hukum perseroan dalam Undang-undang Perseroan Terbatas.¹⁴⁵

Berdasarkan ketentuan Undang-undang Nomor 8 tahun 1995 tentang Pasar Modal¹⁴⁶ pada Pasal 3 ayat (1) diatur bahwa:

“Pembinaan, pengaturan, dan pengawasan sehari-hari kegiatan Pasar Modal dilakukan oleh Badan Pengawas Pasar Modal yang selanjutnya disebut Bapepam”.

3.4.3. Merger Perusahaan Asing.

Perekonomian dunia ditandai oleh kompetisi antarbangsa yang semakin ketat sehingga kebijakan penanaman modal harus didorong untuk menciptakan daya saing perekonomian nasional guna mendorong integrasi perekonomian Indonesia menuju perekonomian global. Perekonomian dunia juga diwarnai oleh adanya blok perdagangan, pasar bersama, dan perjanjian perdagangan bebas yang didasarkan atas sinergi kepentingan antarpihak atau antarnegara yang mengadakan perjanjian¹⁴⁷.

Salah satu azas penanaman modal yang diatur dalam Undang-undang Nomor 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal¹⁴⁸ adalah azas perlakuan yang

¹⁴⁵*Ibid*, hal. 147.

¹⁴⁶Indonesia, *Undang-undang tentang Pasar Modal*, Undang-undang Nomor 8 tahun 1995, Lembaran Negara Republik Indonesia tahun 1995 nomor 64, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia nomor 3608.

¹⁴⁷Bagian Umum Penjelasan Undang-undang Nomor 25 tahun 2007 tentang Penanaman Modal.

¹⁴⁸Indonesia, *Undang-undang tentang Penanaman Modal*, Undang-undang Nomor 25 tahun 2007, Lembaran Negara Republik Indonesia tahun 2007 nomor 67, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia nomor 4724.

sama dan tidak membedakan asal negara. Azas tersebut termuat dalam Pasal 3 ayat (1) butir d yang pada penjelasannya dinyatakan bahwa:

"Yang dimaksud dengan "asas perlakuan yang sama dan tidak membedakan asal negara" adalah asas perlakuan pelayanan nondiskriminasi berdasarkan ketentuan peraturan perundang-undangan, baik antara penanam modal dalam negeri dan penanam modal asing maupun antara penanam modal dari satu negara asing dan penanam modal dari negara asing lainnya.

Dengan demikian, jelas bahwa peraturan perundang-undangan tidak lagi membedakan antara penanaman modal asing dengan penanaman modal dalam negeri, walaupun tetap memperhatikan kepentingan nasional dan agar memenuhi prinsip demokrasi ekonomi, undang-undang ini juga memerintahkan penyusunan peraturan perundang-undangan mengenai bidang usaha yang tertutup dan yang terbuka dengan persyaratan, termasuk bidang usaha yang harus dimitragkan atau dicadangkan bagi usaha mikro, kecil, menengah, dan koperasi¹⁴⁹.

Permasalahan pokok yang dihadapi penanam modal dalam memulai usaha di Indonesia diperhatikan oleh Undang-Undang ini sehingga terdapat pengaturan mengenai pengesahan dan perizinan yang di dalamnya terdapat pengaturan mengenai pelayanan terpadu satu pintu. Dengan sistem itu, sangat diharapkan bahwa pelayanan terpadu di pusat dan di daerah dapat menciptakan penyederhanaan perizinan dan percepatan penyelesaiannya. Selain pelayanan penanaman modal di daerah, Badan Koordinasi Penanaman Modal diberi tugas mengoordinasikan pelaksanaan kebijakan penanam modal¹⁵⁰.

Apabila salah satu atau lebih dari perusahaan asing yang akan merger tersebut adalah perusahaan dalam rangka penanaman modal asing atau perusahaan penanaman modal dalam negeri, perlu juga diperhatikan ketentuan yang berlaku untuk masalah penanaman modal asing tersebut¹⁵¹.

¹⁴⁹ *Ibid*, penjelasan.

¹⁵⁰ *Ibid*.

¹⁵¹ Munir Fuady, *op.cit.* hal. 72.

Diperlukan izin/laporan tertentu terhadap instansi yang berwenang (instansi terkait dan atau BKPM dan/atau presiden) jika akibat dari merger, salah satu atau lebih dari perusahaan PMA atau perusahaan PMDN¹⁵²:

- a. Berubah statusnya menjadi perusahaan PMA/PMDN/perusahaan nonfasilitas (non PMA-PMDN);
- b. Karena merger, perusahaan PMA /PMDN dibubarkan/dilikuidasi;
- c. Karena merger, dalam perusahaan PMA/PMDN terjadi perubahan susunan pemegang saham,perubahan struktur direksi/komisaris, penambahan atau pengurangan direksi/komisaris/pekerja asing;
- d. Karena merger terjadi perubahan-perubahan lainnya dalam perusahaan PMA/PMDN, seperti perubahan maksud dan tujuan atau perubahan anggaran dasar lainnya.

3.4.4. Merger Badan Usaha Milik Negara.

Apabila yang akan merger adalah perusahaan yang akan melakukan merger adalah perusahaan BUMN, ketentuan yang berkenaan dengan BUMN tersebut juga harus diperhatikan dan diindahkan. Diantara peraturan mengenai BUMN, yang mesti dituruti adalah sebagai berikut¹⁵³:

- a. Apakah merger diperbolehkan untuk perusahaan BUMN yang bergerak dibidang yang bersangkutan
- b. Apakah boleh dilakukan merger dengan perusahaan yang bergerak dibidang yang bersangkutan
- c. Apakah merger tersebut sesuai dengan *policy* dibidang swastanisasi BUMN dibidang yang bersangkutan
- d. Perlu diperhatikan tentang adanya perizinan/pelaporan dari tindakan merger tersebut, terhadap instansi terkait/Departemen Keuangan bahkan terhadap Presiden Republik Indonesia.

¹⁵²*Ibid.*

¹⁵³*Ibid*, hal. 73.

Undang-undang Nomor 19 tahun 2003 tentang Badan Usaha Milik Negara¹⁵⁴, dalam Pasal 65 ayat (1) diatur bahwa "*Ketentuan lebih lanjut mengenai penggabungan, peleburan, pengambilalihan, dan pembubaran BUMN, diatur dengan Peraturan Pemerintah*" dan dalam penjelasannya dinyatakan bahwa:

"Karena setiap pendirian BUMN dilakukan dengan Peraturan Pemerintah, apabila ada perubahan terhadap keberadaan BUMN dimaksud, baik karena penggabungan, peleburan, pengambilalihan maupun pembubaran, harus dilakukan pula dengan Peraturan Pemerintah"

Menindaklanjuti ketentuan pasal tersebut, pemerintah kemudian menerbitkan Peraturan Pemerintah Nomor 43 tahun 2005 tentang Penggabungan, Peleburan, Pengambilalihan, dan Perubahan Bentuk Badan Hukum Badan Usaha Milik Negara¹⁵⁵. Dalam Pasal 9 peraturan pemerintah tersebut, diatur bahwa

"Penggabungan, Peleburan dan Pengambilalihan BUMN diusulkan oleh Menteri kepada Presiden disertai dengan dasar pertimbangan setelah dikaji bersama dengan Menteri Keuangan".

3.4.5. Merger yang berdampak kepada Persaingan Usaha Tidak Sehat.

Sebagaimana telah diuraikan diatas, Pasal 28 UU No. 5 tahun 1999 telah mengatur bahwa merger dilarang dilakukan apabila mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat. Ketentuan ini berlaku secara umum, artinya larangan ini berlaku bagi merger yang dilakukan oleh perusahaan tertutup, perusahaan terbuka, perbankan, badan usaha milik negara

¹⁵⁴ Indonesia, *Undang-undang tentang Badan Usaha Milik Negara*, Undang-undang Nomor 19 tahun 2003, Lembaran Negara Republik Indonesia tahun 2003 nomor 70, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia nomor 4297.

¹⁵⁵ Indonesia, *Peraturan Pemerintah tentang Penggabungan, Peleburan, Pengambilalihan, dan Perubahan Bentuk Badan Hukum Badan Usaha Milik Negara*, Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 43 tahun 2005, Lembaran Negara Republik Indonesia tahun 2005 nomor 115, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia nomor 4554.

bahkan segala macam bentuk perusahaan yang tidak berbadan hukum apabila berdampak kepada persaingan usaha tidak sehat.

Berdasarkan ketentuan Pasal 30 UU No. 5 tahun 1999, untuk mengawasi pelaksanaan undang-undang ini dibentuk Komisi Pengawas Persaingan Usaha (untuk selanjutnya disebut "KPPU") yang merupakan lembaga independen yang terlepas dari pengaruh dan kekuasaan Pemerintah serta pihak lain.

Salah satu tugas KPPU sebagaimana termuat dalam Pasal 35 butir c. UU No. 5 tahun 1999 adalah:

"melakukan penilaian terhadap ada atau tidak adanya penyalahgunaan posisi dominan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat sebagaimana diatur dalam Pasal 25 sampai dengan Pasal 28"

dan salah satu wewenang KPPU sebagaimana diatur dalam Pasal 36 butir 1. UU No. 5 tahun 1999 adalah:

"menjatuhkan sanksi berupa tindakan administratif kepada pelaku usaha yang melanggar ketentuan Undang-undang ini."

Sanksi administratif yang dapat dijatuhkan oleh KPPU termuat dalam Pasal 47 UU No. 5 tahun 1999, dan dalam butir e. termuat kewenangan KPPU untuk menjatuhkan penetapan pembatalan merger.

3.5. Pengendalian Merger secara *Rule of Reason*.

Sebagaimana telah diuraikan dalam Bab II, bahwa Pendekatan *per se illegal* maupun *rule of reason* telah lama diterapkan untuk menilai apakah suatu tindakan tertentu dari pelaku bisnis melanggar Undang-undang Antimonopoli¹⁵⁶.

¹⁵⁶Pada tahun 1914, The Sherman Act 1890 disempumakan dengan dikeluarkannya *Act to Supplement Existing Laws Against Unlawful Restraints and Monopolies* yang dikenal dengan sebutan "*the Clayton Act*". Pada tahun yang sama diterbitkan "*Act to Create a Federal Trade Commission, to Define Its Powers and Duties, and for Other Purposes*" yang lebih dikenal dengan "*the Federal Trade Commission Act*". Kemudian pada tahun 1936, *the Clayton Act* disempurnakan dengan "*the Robinson-Patman Act*", di mana penyempurnaannya terbatas pada Pasal 2 *the Clayton*

Walaupun Tri Anggraini berpendapat bahwa pendekatan *per se illegal* dan *rule of reason* tidak dengan pasti diketahui untuk tindakan-tindakan tertentu dari pelaku usaha. Anak kalimat "...yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat" dan atau "patut diduga mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat dan atau merugikan masyarakat", tidak selalu dapat diartikan pasal tersebut menggunakan penerapan *rule of reason*. Anak kalimat bersayap tersebut bisa diartikan tidak terpisah dari induk kalimatnya¹⁵⁷, namun sampai saat ini memang lebih mudah untuk melihat anak kalimat "yang dapat mengakibatkan" dan atau "patut diduga" yang menyiratkan perlunya penelitian secara lebih mendalam, apakah suatu tindakan dapat menimbulkan praktek monopoli yang bersifat menghambat persaingan. Sedangkan penerapan pendekatan *per se illegal* biasanya dipergunakan dalam pasal-pasal yang menyatakan istilah "dilarang", tanpa anak kalimat "...yang dapat mengakibatkan...".¹⁵⁸

Berpijak pada ketentuan tersebut, maka apabila dibaca kembali Pasal 28 UU No. 5 tahun 1999, akan ditemukan anak kalimat "...yang dapat mengakibatkan...", sehingga Pasal 28 secara umum dapat diartikan sebagai pasal dalam UU No. 5 tahun 1999 yang memerlukan "penelitian secara lebih mendalam, apakah suatu tindakan dapat menimbulkan praktek monopoli yang bersifat menghambat persaingan"¹⁵⁹ atau disebut juga pembuktian secara *rule of reason*.

Act yang mengatur tentang Diskriminasi Harga. Lihat Stephen F. Ross, *Principles of Antitrust Law* (Westbury New York: The Foundation Press, Inc., 1993) pp. 395-399. sebagaimana dalam A. M. Tri Anggraini, *Larangan Praktek Monopoli dan atau Persaingan Usaha Tidak Sehat, Per se Illegal atau Rule of Reason*, (Jakarta: Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003), hal. 79.

¹⁵⁷A. M. Tri Anggraini, *op. cit.*, hal. 403-404.

¹⁵⁸*Ibid.*

¹⁵⁹*Ibid.*

3.6. *Pre-merger Notification dan Post-merger Notification.*

Pada dasarnya terdapat dua sistem notifikasi transaksi merger, yaitu pre-notifikasi dan post-notifikasi. Sistem pre-notifikasi dimaksudkan sebagai notifikasi yang disampaikan oleh pelaku usaha kepada otoritas persaingan sebelum mereka menutup transaksi merger. Dalam sistem pra-notifikasi, mayoritas negara membaginya kedalam dua macam, yaitu sukarela (*voluntary*) dan wajib (*mandatory*). Notifikasi wajib berlaku terhadap transaksi merger yang nilai aset atau omset salah satu perseroan atau hasil merger mencapai batas nilai tertentu (*threshold*). Sistem pre-notifikasi dipakai oleh banyak negara karena sistem ini dipandang lebih efektif untuk mencegah terjadi transaksi merger yang dapat menimbulkan dampak negatif terhadap persaingan maupun konsumen. Otoritas persaingan dapat menyetujui dengan syarat atau melarang (*block*) sebuah transaksi apabila berdasarkan data yang cukup lengkap, otoritas persaingan yakin bahwa transaksi tersebut berpotensi menimbulkan dampak negatif terhadap persaingan. Notifikasi biasanya diikuti dengan permintaan data dan dokumen yang diperlukan oleh otoritas persaingan untuk dapat menilai apakah transaksi merger berpotensi menimbulkan dampak negatif¹⁶⁰.

Post-notifikasi dimaksudkan sebagai notifikasi oleh pelaku usaha kepada otoritas persaingan usaha sesudah transaksi mergernya ditutup. Berdasarkan notifikasi tersebut, otoritas persaingan kemudian melakukan analisis, dan apabila hasil analisis menunjukkan bahwa transaksi merger berpotensi menimbulkan dampak negatif terhadap persaingan maka transaksi tersebut harus direvisi atau justru dibatalkan oleh otoritas persaingan. Hanya sedikit negara yang menerapkan sistem post-notifikasi¹⁶¹.

Meskipun dalam hal tertentu, post-notifikasi dapat digunakan, tetapi sistem ini justru melahirkan ketidakpastian dan biaya yang cukup besar bagi pelaku usaha. Persiapan transaksi merger memerlukan biaya tidak sedikit dan waktu yang cukup panjang tetapi belum tentu transaksinya disetujui oleh otoritas persaingan. Istilah

¹⁶⁰Syamsul Maarif, *op.cit.*

¹⁶¹*Ibid*

populer kita “nasi sudah menjadi bubur”. Oleh karena itu hanya sedikit negara yang menggunakan sistem *post-notifikasi*¹⁶².

Survey yang dilakukan oleh *Global Competition Review*¹⁶³ terhadap 64 yurisdiksi yang menerapkan sistem pengendalian merger, meliputi Albania, Argentina, Australia, Austria, Belgia, Bolivia, Bosnia-Herzegovina, Brasil, Bulgaria, Kanada, Chili, Republik Rakyat Cina, Kolombia, Kroasia, Republik Ceko, Denmark, Estonia, Uni-Eropa, Kepulauan Faroe, Finlandia, Prancis, Jerman, Yunani, Hongkong, Hungaria, Islandia, India, Indonesia, Irlandia, Israel, Italia, Jepang, Kenya, Korea, Latvia, Liechtenstein, Lithuania, Luxemburg, Macedonia, Malta, Meksiko, Belanda, Selandia Baru, Nigeria, Norwegia, Polandia, Portugal, Rumania, Rusia, Serbia, Singapura, Slovakia, Slovenia, Afrika Selatan, Spanyol, Swedia, Swiss, Taiwan, Turki, Ukraina, Inggris, Amerika Serikat, Venezuela, dan Zambia, menunjukkan hasil bahwa 52 negara mempergunakan sistem *mandatory* dalam *pre-merger notifikasinya*, 5 negara mempergunakan sistem *voluntary*, 2 negara tidak memberikan penjelasan dalam kuisisioner yang diberikan dan 5 negara mempergunakan *voluntary* dan *mandatory* secara bersamaan. Perlu diperhatikan bahwa pengertian *mandatory* dalam survei tersebut sebagian besar dalam arti merger yang memenuhi *threshold* yang ditentukan oleh negara tersebut. Namun akan *voluntary* bagi pelaku usaha yang tidak memenuhi *threshold*.

Aldo Gonzalez dari Universitas Chile, dan Daniel Benitez dari World Bank¹⁶⁴, melakukan perbandingan terhadap sistem *mandatory* yang berdasarkan ukuran pasar dan sistem *voluntary* dengan monitoring pasca merger. Berdasarkan literatur dan pengalaman, mereka menyimpulkan bahwa sistem *voluntary* memiliki 2 (dua) keunggulan dibandingkan dengan sistem *mandatory*, yaitu: (i) *It allows the competition agency to discretionally select the mergers to investigate.*

¹⁶²*Ibid*

¹⁶³Global Competition Review, *Merger Control 2010*, London: Law Business Research, 2010.

¹⁶⁴Aldo Gonzalez dan Daniel Benitez, *Pre-merger Notification Mechanisms: Incentives and Efficiency of Mandatory and Voluntary Schemes*, http://lawprofessors.typepad.com/antitrustprof_blog/files/merger_notification_oct22.pdf, akses 25 Mei 2010.

(ii) *It employs fewer resources in controlling a given set of mergers due to the ex-post monitoring action.*

Keunggulan dari sistem *voluntary* tergantung pada kemampuan hukum persaingan usaha untuk menjatuhkan sanksi bagi merger yang kuatirkan berdampak persaingan usaha tidak sehat. Kondisi ini mungkin tidak akan mudah dijalankan dalam kondisi perekonomian dengan penegakan hukum yang lemah atau dengan kurangnya pengalaman otoritas pengawas persaingan usaha¹⁶⁵.

R. Shyam Khemani dan André Barsony¹⁶⁶ memberikan pendalaman mengenai *pre-merger* ini. Kebanyakan undang-undang pengendalian merger mengharuskan pemberitahuan tentang merger, yakni, pemberitahuan tentang niat untuk melakukan merger sebelum dilaksanakan. Tujuan persyaratan ini sudah jelas: untuk memungkinkan kalangan berwenang menyelidiki transaksi tersebut dan bila perlu mencegah atau mengubanya sebelum terlaksana. Undang-undang pemberitahuan merger berbeda-beda di berbagai negara, yang mencerminkan berbagai kondisi ekonomi dan politik. Tetapi banyak dari undang-undang demikian memiliki beberapa aspek yang sama.

Tidak semua merger membutuhkan pemberitahuan di muka. Persyaratan demikian akan menambah beban kepatuhan yang tidak perlu bagi masyarakat bisnis dan beban yang sama tidak menguntungkan bagi instansi yang berwenang mengawasi persaingan, yang harus meninjau ulang pemberitahuan tersebut. Pengalaman telah memperlihatkan bahwa biasanya hanya merger yang lebih besar mengandung resiko bagi persaingan. Maka undang-undang seharusnya menetapkan ukuran ambang minimum dan dibawah ukuran tersebut merger tidak perlu dilaporkan. Ambang atau ambang-ambang ukutan, dapat dinyatakan dalam bentuk penjualan tahunan (omset), total aset, atau keduanya. Ukuran transaksi (nilai sekuritas atau aset yang akan diakuisisi atau dimerger) dan ukuran para pihak (ukuran minimum masing-masing pihak) hendaknya diikutsertakan dalam

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ R. Shyam Khemani dan André Barsony, *Kerangka Rancangan dan Pelaksanaan Undang-undang dan Kebijakan Persaingan*, Bank Dunia dan Organisasi Kerjasama dan Pembangunan Ekonomi (OECD) (Washington, DC, Amerika Serikat dan Paris, Prancis), diterjemahkan oleh PahalaTamba, Sworn Translator, Jakarta, 1999, hal. 64-65.

ambang tersebut. Ambangnya hendaknya dinyatakan dengan suatu cara yang mengijinkan, bila mungkin, penyesuaian inflasi secara otomatis (misalnya, upah-upah minimum (x))¹⁶⁷.

Undang-undang (peraturan-peraturan pelaksanaan) hendaknya merinci informasi yang harus dilengkapi bersama pemberitahuan tersebut. Di kebanyakan negara pemberitahuan awal tidak terlalu luas. Hendaknya memuat cukup informasi untuk memperingatkan instansi yang berwenang mengawasi persaingan terhadap kemungkinan timbulnya masalah-masalah yang menyangkut persaingan. Instansi tersebut kemudian akan mengumpulkan informasi tambahan guna membuat keputusan yang lebih berdasarkan informasi. Pengajuan awal pra merger biasanya memuat informasi berikut ini:¹⁶⁸

- Nama dan alamat perusahaan-perusahaan yang terlibat dalam transaksi.
- Uraian tentang transaksi, misalnya merger, akuisisi aset atau saham, usaha patungan, nilai aset atau saham yang diakuisisi; dan salinan setiap dokumen terkait dengan transaksi seperti kesepakatan merger.
- Saat yang ditetapkan untuk transaksi.
- Informasi keuangan mengenai perusahaan-perusahaan yang akan melakukan merger termasuk penjualan atau omset dan total aset, serta salinan laporan keuangan tahunan yang bersangkutan atau yang lainnya.
- Rincian struktur organisasi perusahaan-perusahaan yang akan melakukan merger dan perusahaan-perusahaan yang berafiliasi, dan rincian tentang kepentingan kepemilikan yang signifikan.
- Uraian tentang produk-produk dan jasa-jasa dipasok oleh masing-masing perusahaan.

Di beberapa negara, informasi berikut ini juga diwajibkan dalam pengajuan awal.

- Suatu uraian tentang pasar-pasar terkait yang dilayani oleh masing-masing perusahaan dan bagian mereka dalam masing-masing pasar.

¹⁶⁷ *Ibid.*

¹⁶⁸ *Ibid.*

- Alasan untuk merger dan manfaat-manfaat yang diharapkan.
- Laporan tahunan tertentu dan laporan keuangan serta dokumen-dokumen intern yang menganalisis merger yang dipersiapkan untuk para pembuat keputusan perusahaan.

Setelah pengajuan awal tersebut para pihak diwajibkan menunggu selama jangka waktu yang telah ditentukan sebelum melaksanakan transaksi tersebut. Masa menunggu ini biasanya tidak lama, barangkali kira-kira sebulan. Selama masa awal menunggu tersebut, instansi tersebut memiliki kuasa untuk mewajibkan agar para pihak memasukkan informasi tambahan yang disebutkan secara spesifik. Dikeluarkannya permintaan kedua ini membutuhkan perpanjangan masa menunggu lebih lanjut, sementara para pihak mengumpulkan informasi yang diminta dan instansi meninjau ulang informasi tersebut. Undang-undang mungkin mengatur bahwa masa menunggu tersebut dihentikan dulu sampai para pihak secara nyata memenuhi permintaan kedua, dan setelah itu masa tersebut mulai lagi berjalan. Rencana ini memberikan dorongan yang kuat bagi para pihak untuk mengumpulkan informasi dengan cepat dan memberikan tanggapan yang lengkap. Tetapi, instansi tersebut hendaknya tidak memiliki kebijaksanaan yang tak terbatas untuk memperpanjang masa menunggu dengan permintaan yang berulang-ulang atau terlalu teknis untuk mendapatkan informasi¹⁶⁹.

3.7. *Threshold.*

Sistem pengendalian merger dengan pre-merger notifikasi membutuhkan sebuah patokan nilai yang menjadi ambang batas, perlu atau tidak perlu melakukan notifikasi kepada otoritas persaingan usaha. Hal inilah yang dalam sistem pengendalian merger disebut dengan *judiciary threshold*.

Pertama-tama harus dipahami bahwa tidak semua merger dapat berdampak kepada persaingan usaha tidak sehat. Hal ini karena ukuran dari pelaku usaha yang melakukan tidak berdampak ataupun berdampak namun tidak signifikan

¹⁶⁹*ibid.*

terhadap konsentrasi terhadap pasar bersangkutan. Ukuran pelaku usaha baik yang akan melakukan merger ataupun setelah melakukan merger yang dapat berdampak kepada persaingan usaha tidak sehatlah yang harus mendapat perhatian dari otoritas pengawas persaingan usaha. *Threshold* yang terlalu rendah akan mengakibatkan terlalu banyak merger yang harus dianalisa padahal merger tersebut tidak berdampak kepada persaingan atau berdampak namun tidak signifikan. Sebaliknya, *threshold* yang terlalu tinggi akan memperbolehkan merger yang kemungkinan besar berdampak merugikan kepada persaingan¹⁷⁰.

Hal yang sama diuraikan dalam *The Recommended Practices* oleh *International Competition Network*. *Threshold* yang harus dilakukan notifikasi harus menunjukkan transaksi yang memiliki dampak kepada persaingan usaha. Hal ini untuk menghindari biaya-biaya yang tidak diperlukan untuk melakukan penilaian terhadap merger yang tidak berdampak kepada persaingan sebagaimana komitmen dari otoritas pengawas persaingan usaha untuk tidak melakukan korespondensi tanpa ada keterkaitannya dengan penegakan pengendalian merger. Rasio ini menekankan pada rezim efisien dan efektif dalam penilaian merger yang tidak berdampak kepada persaingan usaha, *thresholds* yang layak memberikan batasan pada pengeluaran publik dan *private* berkaitan dengan notifikasi dan penilaian merger, meminimalisir biaya sosial merger namun tidak dalam upaya menghindari penilaian merger¹⁷¹.

Oleh karena itu, terdapat perbedaan antara satu negara dengan negara lainnya. Beberapa negara menggunakan pangsa pasar sebagai dasar penentuan *threshold* notifikasi. Besarannya juga berbeda antara negara yang satu dengan lainnya, yaitu antara 20% sampai 50% lebih pangsa pasar setelah merger. Selain

¹⁷⁰ *Merger Threshold*, http://www.ftc.gov/bb/index.php?option=com_content&task=view&id=88&Itemid=28, akses 25 Mei 2010.

¹⁷¹ International Competition Network, Merger Working Group Notification & Procedures Subgroup, *Setting Notification Thresholds for Merger Review*, Report to the ICN Annual Conference, Kyoto, Japan, April 2008, hal. 4

itu *threshold* notifikasi juga dapat ditentukan berdasarkan nilai aset maupun penjualan perusahaan yang telah merger¹⁷².

Berdasarkan hasil survey yang dilakukan oleh Internasional Competition Network terhadap 21 negara anggotanya yang telah menerapkan sistem pengendalian merger, *threshold* notifikasi dengan mempergunakan faktor objektif seperti data penjualan dan/atau aset dari masing-masing pelaku usaha yang melakukan merger, tidak terlalu efektif untuk memprediksi apakah sebuah merger akan meningkatkan tingkat persaingan.

Meskipun demikian, penting bahwa *threshold* ditetapkan pada tingkat untuk meminimalkan jumlah merger yang harus dilakukan notifikasi yang tidak akan menimbulkan kekhawatiran terhadap dampak persaingan, tanpa membiarkan transaksi yang berdampak kepada persaingan tidak dilakukan notifikasi. Terlepas dari ketidaksempurnaannya, penggunaan kriteria tujuan menjadi pilihan dan tantangan dalam menetapkan kriteria yang tepat dan dapat diterima.

Threshold dengan tolok ukur pangsa pasar mungkin akan menjadi ukuran prediksi yang lebih baik. Dalam prakteknya bagaimanapun juga sistem notifikasi mandatori berdasarkan pangsa pasar akan menghadapi banyak kesulitan dan biaya yang tinggi dibandingkan dengan kemudahan yang akan didapat. Sistem ini akan memakan biaya dan waktu yang cukup besar dan dapat menjadi faktor penghambat.

Terhadap hal ini, *the ICN Recommended Practices* dan *the OECD Recommendation on merger review* tidak mendukung penggunaan pangsa pasar sebagai tolok ukur *notification threshold* dan saat ini telah banyak otoritas persaingan mulai meninggalkan penggunaannya. Saat ini telah banyak otoritas persaingan usaha meninjau ulang penggunaan pangsa pasar sebagai dasar *threshold*, karena walaupun mengakui manfaatnya, namun segi biaya dan waktu terasa membebani.

Tidak ada ketentuan yang mengatur mengenai besaran yang harus ditetapkan oleh suatu negara, bahkan dalam satu negara, *threshold* dapat berubah-

¹⁷²Syamsul Maarif, *op.cit.*

ubah, lebih tinggi ataupun lebih rendah dari tahun sebelumnya yang disesuaikan dengan perkembangan perekonomian negara tersebut efisiensi dan efektifitas.

Threshold berdasarkan pangsa pasar juga digunakan oleh UU No. 5 tahun 1999 dalam menentukan *legal presumption* tentang penguasaan pasar yaitu bahwa pelaku usaha dianggap menguasai pasar apabila satu pelaku usaha mempunyai pangsa pasar 50% lebih dan dua atau lebih pelaku usaha mempunyai pangsa pasar 75% lebih.¹⁷³

International Competition Network dari hasil *country reports*, merangkum tahap-tahap analisis dan metode dalam penentuan besaran *threshold* yang paling sering digunakan, yaitu:

a. Identifikasi Tujuan Perubahan.

Tujuan yang umum adalah menurunkan jumlah notifikasi. Terdapat juga beberapa otoritas yang menginginkan memadukan notifikasi, misalnya mengurangi jumlah notifikasi yang merupakan *nonproblematic notifications*, yang kemudian akan meningkatkan persentase notifikasi yang mengkuatirkan berdampak kepada persaingan usaha.

Otoritas yang bertujuan mengurangi jumlah notifikasi, umumnya berhati-hati untuk tidak menurunkan target jumlah notifikasi untuk menghindari merger yang mengkuatirkan tidak dilakukan notifikasi. Ketika banyak yurisdiksi bertujuan untuk mengurangi jumlah notifikasi yang “tidak diperlukan”, beberapa otoritas persaingan memandang akan terlewatkannya sejumlah notifikasi yang berpotensi berdampak persaingan usaha tidak sehat. Disimpulkan dari hasil survey, akan lebih baik jika jumlah notifikasi lebih kecil namun tidak meningkatkan jumlah merger yang bermasalah.

¹⁷³*Ibid.*

b. Mempertimbangan Tipe *Threshold*.

Menentukan ukuran yang tepat bagi sistem *notification threshold* membutuhkan tidak hanya menaikkan atau menurunkan nilai dari *threshold*, namun juga mengenai tipe *threshold* yang harus dipilih.

Beberapa negara mendapatkan kemudahan dengan hanya memperhitungkan pendapatan pasar domestik dalam *threshold* dibandingkan dengan mengkombinasikan pendapatan seluruh dunia dan domestik. Beberapa negara lainnya beralih ke pangsa pasar *threshold* karena lebih mudah memberikan prediksi, namun beberapa juga menolaknya karena akan memasukan hal-hal yang tidak diperlukan dalam proses notifikasi. Dalam beberapa kasus, diakui secara eksplisit bahwa penggunaan pangsa pasar sebagai *threshold* tidak sejalan dengan *international best practice*.

c. Mempertimbangan Mengecualikan Hal-hal yang Tidak Meningkatkan Konsentrasi Persaingan.

Sistem notifikasi dapat juga mengecualikan beberapa hal dari notifikasi yang tidak akan meningkatkan konsentrasi persaingan, misalnya pengalihan aset antar anak perusahaan atau pembelian kembali perusahaan yang sudah dimiliki lebih dari 50%.

d. Tolok Ukur Berdasarkan Informasi Historis.

Banyak yurisdiksi yang menentukan *threshold* barunya berdasarkan data-data dari masa-masa sebelumnya. Walaupun sedikit berbeda metodologi, pendekatan dasar adalah Meskipun sedikit berbeda metodologi, pendekatan dasar adalah untuk melihat kembali merger yang dilakukan notifikasi dan menganalisa dampak peningkatan *notification threshold* pada tahun-tahun sebelumnya. Analisa ini

memberikan indikasi sampai dengan tingkat tertentu bahwa peningkatan notifikasi merger yang mungkin berdampak kepada persaingan tetap dilakukan notifikasi. Secara signifikan, banyak negara melakukan analisa dan menyimpulkan bahwa *threshold* dapat ditingkatkan tanpa mengurangi efektifitas rezim merger mereka.

- e. Mempertimbangkan Jumlah Notifikasi yang akan Dilakukan Penilaian Tahunannya.

Beberapa negara membuat target dari jumlah notifikasi yang akan mereka lakukan penilaian tahunannya. Tentunya hal ini menimbulkan beberapa permasalahan, pertama, masing-masing negara memiliki pandangan yang berbeda-beda mengenai berapa jumlah yang benar, bagi beberapa negara terlalu rendah namun bagi yang lain bisa jadi terlalu tinggi.

Kedua, bagi negara dengan sumber daya terbatas, maka lebih tepat membatasi jumlah pemberitahuan merger melalui *threshold* yang tinggi dan fokus pada hal lainnya, walaupun memungkinkan peningkatan jumlah merger yang tidak ternotifikasi. Otoritas dengan sumber daya yang lebih memadai dapat menangani lebih banyak notifikasi merger. Tentunya memfokuskan diri pada jumlah notifikasi harus tidak boleh mengalihkan perhatian dari tujuan penting melakukan perubahan *threshold*, antara lain mengurangi biaya dan hambatan dalam rezim notifikasi.

- f. Mempertimbangkan Skala Ekonomi.

Pertimbangan skala ekonomi dapat menjadi dasar bagi otoritas pengawas persaingan usaha untuk menilai merger pada pasar yang lebih spesifik dengan cara menentukan *threshold* berdasarkan pasar tertentu.

Namun penggunaan skala ekonomi yang berbeda-beda ini dapat mengakibatkan ketidakpastian hukum.

g. Membandingkan *Threshold* yang digunakan di Yurisdiksi Lain

Ketika faktor-faktor domestik menjadi penting dalam menentukan perubahan threshold, maka perbandingan dengan yurisdiksi lainnya akan menjadi tolok ukur yang bermanfaat. Perbandingan akan menjadi lebih informatif jika disertai penjelasan yang mendalam terhadap sistem notifikasi mereka dan hambatan yang dihadapi nyaris sama.

h. *Threshold* dapat Lebih Tinggi jika Otoritas Pengawas Persaingan Usaha Memiliki Kewenangan untuk Menilai Merger yang tidak Dinotifikasi.

Sistem yang memungkinkan otoritas pengawas persaingan usaha untuk menilai merger yang tidak perlu dilakukan notifikasi akan dapat bermanfaat bagi rezim persaingan usaha yang masih muda. Namun disisi lain dapat meningkatkan keraguan tentang kepastian hukum. Untuk mengatasinya, sistem hukum yang dibangun perlu mempertimbangkan sistem 2 (dua) tingkat, yaitu *threshold* yang tinggi untuk *mandatory notifications* dan yang kedua *threshold* yang rendah dengan kewenangan bagi otoritas pengawas persaingan untuk melakukan penilaian terhadap merger yang tidak perlu dilaporkan dan pelaku usaha dapat secara sukarela mendaftarkan merger mereka untuk dilakukan penilaian. Alternatifnya, kepastian hukum dapat ditingkatkan dengan melakukan investigasi dalam waktu yang relatif singkat setelah merger terjadi.

i. Dengar Pendapat dengan Pemangku Kepentingan dapat Memberikan Dukungan bagi Perubahan *Threshold*.

Penilaian ulang dan perubahan *threshold* tidak selalu lancar mengingat berbeda pemangku kepentingan berbeda pula prioritasnya dan dimungkinkan tidak ada yang mendukung perubahan tersebut. Pengalaman yang ditunjukkan oleh banyak otoritas pengawas persaingan usaha bahwa pemangku kepentingan termasuk pejabat otoritas pengawas persaingan, praktisi dan akademisi memiliki peranan penting dalam proses perubahan. Beberapa pihak memiliki pengalaman yang membuat mereka sangat faham untuk mengidentifikasi permasalahan spesifik dalam sistem pengendalian merger.

j. Penyesuaian *Threshold* Harus Merupakan Proses yang Berkelanjutan.

Pengalaman beberapa negara untuk melakukan perubahan *threshold*, menyarankan bahwa merupakan kebijakan yang baik untuk melakukan tinjauan ulang dan penyesuaian *threshold* secara rutin.

Penyesuaian dapat menjadi pilihan yang baik karena dapat menjadi lebih efektif salah satunya karena sebagai antisipasi terhadap inflasi dan pertumbuhan ekonomi dapat meningkatkan jumlah merger yang di notifikasi.

Beberapa yurisdiksi meningkatkan *threshold* dengan mempergunakan indeks harga atau mekanisme lainnya untuk mencegah pengurangan nilai *threshold*. Yurisdiksi lainnya mempergunakan indikasi inflasi untuk menentukan penyesuaian tanpa penyesuaian otomatis. Metode lainnya adalah dengan memfasilitas penyesuaian secara berkelanjutan sebagai mekanisme wajib yang termuat dalam peraturan perundang-undangan yang mengatur tentang merger.

Mengingat bahwa penyesuaian dapat terjadi beberapa kali dalam satu masa, otoritas pengawas persaingan usaha perlu mempertimbangan mekanisme bagi penyesuaian dan perubahan *threshold* tanpa membutuhkan intervensi legislatif, misalnya dengan mengatur bahwa

perubahan terhadap nilai *threshold* cukup dengan peraturan pemerintah atau otoritas pengawas persaingan usaha.

3.8. Penilaian terhadap Rencana Merger (*Substantive Test*)

Ada beberapa informasi tentang perusahaan yang akan merger yang penting diketahui oleh mereka yang akan melakukan merger. Di negeri Belanda misalnya, informasi-informasi penting seperti ini bahkan dimintakan oleh *Trade Union* untuk perusahaan-perusahaan yang memenuhi syarat-syarat tertentu. Informasi-informasi penting tersebut adalah sebagai berikut¹⁷⁴:

1. Data ekonomi, terdiri atas:
 - a. Keadaan pasar, berupa:
 - i. Pengembangan pasar;
 - ii. Situasi ekspor impor
 - b. Keuntungan perusahaan, berupa:
 - i. Laporan finansial terbaru;
 - ii. *Budget*;
 - c. Teknologi, berupa:
 - i. *Fixed asset* dan depresiasinya;
 - ii. Teknik-teknik terbaru
 - d. Pembiayaan, berupa:
 - i. *Debt to equity ratio*;
 - ii. *Long terms debts*;
 - iii. *Short terms debts*;
 - iv. Angka-angka likuiditas.
 - e. Umum, berupa advis pihak luar terhadap merger tersebut.
2. Aspek legal, yang terdiri dari:
 - a. Kepemilikan;
 - b. Struktur hukum dari perusahaan

¹⁷⁴Munir Fuady, *op.cit.* hal.

- c. Dewan komisaris dan komposisinya
 - d. Struktur manajemen yang terdiri atas:
 - i. Komposisi direksi
 - ii. Keikutsertaan direksi nasional (domestik)
 - e. Persyaratan pelaporan/perizinan
 - f. Komunikasi dengan pekerja
3. Data sosial, yang terdiri atas:
- a. Ketersediaan pekerjaan;
 - b. Keamanan kerja
 - c. *Overlapping* pekerjaan karena merger
 - d. Kebijakan personal yang terdiri atas:
 - i. Besar upah;
 - ii. rekrutmen setelah merger, promosi, training, dan pendidikan dari pekerja;
 - iii. Prosedur konsultasi.

Berdasarkan data dan informasi yang diterimanya, otoritas persaingan kemudian melakukan *review* untuk menilai apakah proposal merger yang berpotensi menimbulkan dampak negatif terhadap persaingan. Norma yang berlaku disemua negara yang mempunyai hukum persaingan adalah bahwa transaksi merger yang berpotensi menimbulkan dampak negatif terhadap persaingan dilarang.

Melihat kepada praktek di banyak negara, ditemukan paling tidak terdapat tiga alasan utama mencegah penutupan transaksi merger, yaitu bahwa merger dilakukan untuk menimbulkan atau mempertahankan posisi dominan (*dominant test*), atau untuk mengurangi persaingan (*lessening competition test*) atau menimbulkan kerugian terhadap kepentingan umum (*public interest test*)¹⁷⁵.

¹⁷⁵Organization for Economic Co-operation and Development, *Policy Roundtables: Substantive Criteria used for Merger Assessment*, 2002 <http://www.oecd.org/dataoecd/54/3/2500227.pdf>, sebagaimana dalam Syamsul Maarif, *op.cit.*

1. *Dominance Position Test (DP Test)* dan *SIEC Test*.

DP Test lebih dikenal sebagai tes substansi yang digunakan selama ini oleh Eropa. Standar ini pada intinya mengatakan bahwa transaksi merger harus dicegah “(if it is) likely to create or strengthening dominant position (of merging firms)”. Beberapa kriteria harus dianalisis untuk menentukan ada-tidaknya posisi dominan. Pertama, pangsa pasar perseroan hasil merger sangat besar (*paramount*) sehingga dalam pasar bersangkutan tidak terdapat pesaing atau pesaing berarti. Ukuran untuk menentukan adanya posisi dominan berbeda antara satu negara dengan negara lain. Di Jerman misalnya, dikatakan mempunyai posisi dominan dipasar apabila satu perseroan selama beberapa tahun menguasai 1/3 pangsa pasar atau lebih.

Posisi dominan juga dapat dilihat dari aspek lain, misalnya kekuatan finansial, akses terhadap *supply* dan pasar penjualan, serta hubungannya dengan perusahaan terkait. Selain berdasarkan pangsa pasar, juga perlu dinilai sejauh mana perseroan hasil merger mempunyai kemampuan untuk mendapatkan keuntungan dengan cara menaikkan harga jauh diatas harga kompetitif atau mengurangi jumlah penjualan.

Apabila strukturnya oligopolistik maka dikatakan menguasai pasar secara dominan apabila dua atau tiga perseroan menguasai pasar 50% lebih, empat atau lima perseroan menguasai 75% atau lebih. Juga perlu dinilai sejauhmana perseroan yang tidak bergabung dalam transaksi merger tidak mempunyai pilihan lain kecuali menyesuaikan kebijakannya dengan kebijakan perseroan yang merger.

Rezim kontrol merger *EU merger* kemudian mengalami perubahan pada bulan Mei 2004 dengan diamandemennya *Merger Regulation (EMCR)* dan dikeluarkannya *Horizontal Merger Guidelines (HMG)* yang baru. Dalam pasal 2 (3) ECMR No. 139/2004 ditetapkan bahwa “a concentration which would significantly impede effective

competition, in the common market or in a substantial part of it, in particular as a result of the creation or strengthening of a dominant position, shall be declared incompatible with the common market". Sebelum diamandemen, pasal ini menjadi dasar bagi pelarangan merger yang menciptakan atau menguatkan posisi dominan. Kini posisi dominan bukanlah harga mati, dalam arti jika merger tersebut merintang persainan tanpa menciptakan atau menguatkan posisi dominan, maka merger tersebut akan tetap dilarang. Setelah diamandemen EU beralih menggunakan *Significantly Impede Effective Competition Test (SIEC test)*. Pendekatan ini pada dasarnya tidak jauh berbeda dengan rezim *Substantial Lessening of Competition (SLC Test)*.

2. *Substantially Lessen Competition Test (SLC test)*

SLC test digunakan oleh otoritas persaingan di Amerika Serikat yang kemudian diikuti oleh banyak negara. Pada intinya *SLC test* mengatakan bahwa transaksi merger harus dilarang "*(if it is) likely to substantially lessen competition or to facilitate its exercise*". Beberapa kriteria harus dianalisis untuk menentukan apakah sebuah transaksi merger berpotensi mengurangi persaingan. Berkurangnya persaingan dapat terjadi apabila sebuah merger melahirkan kemampuan perseroan hasil merger untuk mendapatkan keuntungan tidak wajar secara unilateral (*unilateral effect*) dengan cara mengurangi jumlah penjualan maupun menaikkan harga jauh diatas harga kompetitif untuk jangka waktu yang relatif lama.

Selain *unilateral effect*, transaksi merger juga perlu dianalisis sejauh mana transaksi tersebut menimbulkan *coordinated effect*, yaitu memberikan kemampuan kepada para pelaku usaha dalam pasar untuk mendapatkan keuntungan melalui tindakan koordinasi atau accomodating reaction of the others sehingga menimbulkan kerugian

konsumen. Salah satu kondisi yang memungkinkan timbulnya *co-ordinated effect* adalah adanya kemampuan masing-masing pelaku usaha untuk saling mendeteksi serta kemampuan untuk menjatuhkan tindakan disiplin bagi pelaku yang menyimpang dari kesepakatan. Hal ini dimungkinkan apabila masing-masing pelaku mempunyai informasi yang penting yang cukup mengenai kondisi para pesaing.

Salah satu kriteria untuk menilai adanya kemampuan tersebut adalah adanya peningkatan konsentrasi pasar perseroan setelah merger. Dalam menghitung konsentrasi pasar, otoritas persaingan di Amerika Serikat, yaitu DoJ dan FTC mempergunakan *Herfindahl-Hirschman Index (HHI)*.

3. *Public Interest Test (PI test)*

PI test juga berlaku di banyak negara meskipun dalam cakupan terbatas pada sektor dan keadaan tertentu. Pada intinya *PI test* mengatakan bahwa merger perlu dilarang apabila merugikan kepentingan umum. Meskipun tidak dibahas secara mendalam seperti halnya *DP test* dan *SLC test* beberapa negara memperbolehkan isu kepentingan umum untuk digunakan untuk menghentikan transaksi merger.

Di Amerika Serikat, misalnya, kepentingan umum khususnya lapangan pekerjaan dijadikan pertimbangan dalam menilai transaksi merger di sektor kereta api dan telekomunikasi. Di Jerman Larangan transaksi merger oleh otoritas persaingan yaitu *Bundeskartellamt* dapat ditimpa (*overruled*) a *Ministral Authorization* oleh Menteri Ekonomi. Meskipun demikian otoritas tersebut hanya dapat dikeluarkan apabila telah terpenuhi syarat-syarat tertentu, misalnya kepentingan umum atau pembangunan ekonomi nasional justru lebih diuntungkan oleh sebuah transaksi merger.

3.9. *Voluntary dan Mandatory.*

Dalam sistem pra-notifikasi, mayoritas negara membaginya kedalam dua macam, yaitu sukarela (*voluntary*) dan wajib (*mandatory*). Notifikasi wajib berlaku terhadap transaksi merger yang nilai aset atau omset salah satu perseroan atau hasil merger mencapai batas nilai tertentu (*threshold*). Dapat dikatakan bahwa kedua sistem ini dapat diberlakukan secara bersamaan.

KPPU perlu membuka lebar-lebar pintunya bagi pelaku usaha yang hendak merger untuk notifikasi secara sukarela dan melakukan konsultasi. Untuk notifikasi yang bersifat sukarela tidak perlu diberlakukan *threshold* nilai merger. Serahkan semuanya kepada pelaku usaha untuk menentukan apakah sebelum menutup transaksi mergernya perlu notifikasi dan konsultasi ke KPPU. Akan tetapi, seperti berlaku di banyak negara, perseroan dibebani sejumlah *fee* apabila mempergunakan mekanisme ini. KPPU dapat menentukan besaran *fee* berdasarkan nilai transaksi merger. Berapa besarnya perlu dilihat praktek serupa di banyak negara¹⁷⁶.

Akan tetapi KPPU juga dapat menentukan bahwa rencana transaksi wajib dinotifikasi ke KPPU terlebih dahulu sebelum ditutup khususnya bagi merger yang besar. Berbeda dengan notifikasi yang bersifat sukarela, notifikasi wajib, seperti berlaku di banyak negara, tidak melibatkan *fee* dipihak pelaku usaha¹⁷⁷.

¹⁷⁶Syamsul Maarif, *op.cit.*

¹⁷⁷*Ibid.*

BAB 4
IMPLIKASI DAN TANTANGAN PENGENDALIAN MERGER
DALAM HUKUM PERSAINGAN USAHA

4.1. KPPU sebagai Lembaga Pengendali Merger.

4.1.1. Kedudukan KPPU dalam Sistem Ketatanegaraan.

Dalam konteks ketatanegaraan, KPPU merupakan lembaga negara komplementer (*state auxiliary organ*)¹⁷⁸ yang mempunyai wewenang berdasarkan UU No 5 Tahun 1999 untuk melakukan penegakan hukum persaingan usaha. Secara sederhana *state auxiliary organ* adalah lembaga negara yang dibentuk diluar konstitusi dan merupakan lembaga yang membantu pelaksanaan tugas lembaga negara pokok (Eksekutif, Legislatif, dan Yudikatif)¹⁷⁹ yang sering juga disebut dengan lembaga independen semu negara (*quasi*). Peran sebuah lembaga independen semu negara (*quasi*) menjadi penting sebagai upaya responsif bagi negara-negara yang tengah transisi dari otoriterisme ke demokrasi¹⁸⁰.

Lembaga quasi tersebut menjalankan kewenangan yang sebenarnya sudah diakomodasi oleh lembaga negara yang sudah ada, tetapi dengan keadaan ketidakpercayaan publik (*public distrust*) kepada eksekutif, maka dipandang perlu dibentuk lembaga yang sifatnya independen, dalam arti tidak merupakan bagian dari tiga pilar kekuasaan. Lembaga-lembaga ini biasanya dibentuk pada sektor-sektor cabang kekuasaan seperti yudikatif (*quasi-judicial*), eksekutif (*quasi-public*) yang fungsinya bisa berupa pengawasan terhadap lembaga negara yang

¹⁷⁸Budi L. Kagramanto, *Implementasi UU No 5 Tahun 1999 Oleh KPPU*, (Jakarta: Jurnal Ilmu Hukum Yustisia, 2007), hal. 2.

¹⁷⁹Jimly Asshiddiqie, *Perkembangan dan Konsolidasi Lembaga Negara Pasca Reformasi* (Konpress, 2006) p.24. sebagaimana dalam Andi Fahmi Lubis dan Natasya Ningrum Sirait (ed.), *op. cit.* hal. 311.

¹⁸⁰www.reformasihukum.org, akses 20 Mei 2010.

berada di sektor yang sama atau mengambil alih beberapa kewenangan lembaga negara di sektor yang sama¹⁸¹.

Selanjutnya, KPPU merupakan suatu organ khusus yang mempunyai tugas ganda selain menciptakan ketertiban dalam persaingan usaha juga berperan untuk menciptakan dan memelihara iklim persaingan usaha yang kondusif. Meskipun KPPU mempunyai fungsi penegakan hukum khususnya Hukum Persaingan Usaha, namun KPPU bukanlah lembaga peradilan khusus persaingan usaha. Dengan demikian KPPU tidak berwenang menjatuhkan sanksi baik pidana maupun perdata. Kedudukan KPPU lebih merupakan lembaga administrative karena kewenangan yang melekat padanya adalah kewenangan administratif, sehingga sanksi yang dijatuhkan merupakan sanksi administratif¹⁸².

4.1.2. Kewenangan KPPU dalam Merger.

Ketentuan Pasal 30 UU No. 5 tahun 1999 mengatur bahwa untuk mengawasi pelaksanaan undang-undang ini dibentuk Komisi Pengawas Persaingan Usaha yang merupakan lembaga independen yang terlepas dari pengaruh dan kekuasaan Pemerintah serta pihak lain.

Salah satu tugas KPPU sebagaimana termuat dalam Pasal 35 butir c. dan d. UU No. 5 tahun 1999 adalah:

"c. melakukan penilaian terhadap ada atau tidak adanya penyalahgunaan posisi dominan yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat sebagaimana diatur dalam Pasal 25 sampai dengan Pasal 28;

d. mengambil tindakan sesuai wewenang Komisi sebagaimana diatur dalam pasal 36."

¹⁸¹Andi Fahmi Lubis dan Natasya Ningrum Sirait (ed.), *op. cit.* hal. 312

¹⁸²*Ibid*, hal. 313

dan salah satu wewenang KPPU sebagaimana diatur dalam Pasal 36 butir 1. UU No. 5 tahun 1999 adalah:

"menjatuhkan sanksi berupa tindakan administratif kepada pelaku usaha yang melanggar ketentuan Undang-undang ini."

Sanksi administratif yang dapat dijatuhkan oleh KPPU termuat dalam Pasal 47 UU No. 5 tahun 1999. Dan dalam butir e. termuat kewenangan KPPU untuk menjatuhkan penetapan pembatalan merger, sebagai berikut:

"e. penetapan pembatalan atas penggabungan atau peleburan badan usaha dan pengambilalihan saham sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28."

4.1.3. Kewenangan KPPU Mengeluarkan Peraturan.

Salah satu tugas KPPU sebagaimana termuat dalam Pasal 35 butir f UU No. 5 tahun 1999 adalah:

"f. menyusun pedoman dan atau publikasi yang berkaitan dengan Undang-undang ini."

Apabila dikaitkan dengan Pasal 2 dan Pasal 7 ayat (4) Undang-undang Nomor 10 tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan (untuk selanjutnya disebut "UU No. 10 tahun 2004")¹⁸³, maka Peraturan yang dikeluarkan oleh KPPU termasuk dalam tata urutan peraturan perundang-undangan. Adapun Pasal 2 UU No. 10 tahun 2004 berbunyi sebagai berikut:

"Peraturan Perundang-undangan adalah peraturan tertulis yang dibentuk oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang dan mengikat secara umum".

¹⁸³Indonesia, *Undang-undang tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan*, Undang-undang Nomor 10 tahun 2004, Lembaran Negara tahun 2004 nomor 53, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4389.

dan Pasal 7 ayat (4) berbunyi sebagai berikut:

"Jenis Peraturan Perundang-undangan selain sebagaimana dimaksud pada ayat (1), diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi".

dengan penjelasan Pasal 7 ayat (4) tersebut sebagai berikut:

"Jenis Peraturan Perundang-undangan selain dalam ketentuan ini, antara lain, peraturan yang dikeluarkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat dan Dewan Perwakilan Rakyat Dewan Perwakilan Daerah, Mahkamah Agung, Mahkamah Konstitusi, Badan Pemeriksa Keuangan, Bank Indonesia, Menteri, kepala badan, lembaga, atau komisi yang setingkat yang dibentuk oleh undang-undang atau pemerintah atas perintah undang-undang, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi, Gubernur, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota, Bupati/Walikota, Kepala Desa atau yang setingkat."

Penjelasan tersebut diatas jelas menyatakan "...komisi yang setingkat yang dibentuk oleh undang-undang...". Sebagaimana telah disebutkan diatas, Pasal 30 UU No. 5 tahun 1999 secara eksplisit menyebutkan bahwa "*Untuk mengawasi pelaksanaan undang-undang ini dibentuk Komisi Pengawas Persaingan Usaha...*". Atas dasar ketentuan pasal tersebutlah KPPU memiliki kewenangan untuk menyusun pedoman yang mengatur mengenai merger.

Dengan dikeluarkannya ketentuan dan pedoman tentang merger tersebut, banyak merger yang tidak perlu lagi sampai ditangani oleh KPPU karena dengan berpedoman pada aturan tersebut, para pelaku usaha memperoleh gambaran dalam batas-batas mana (*save harbour*) langkah merger yang direncanakan masih dibenarkan¹⁸⁴.

¹⁸⁴ Johnny Ibrahim, *op.cit*, hal. 258.

4.1.4. Peraturan KPPU No. 1 tahun 2009.

4.1.4.1. Latar Belakang Penerbitan.

Sejak UU No. 5 tahun 1999 berlaku efektif pada tanggal 5 Maret 2000¹⁸⁵ hingga saat ini, Pasal 28 dan Pasal 29 masih tetap sebagai peraturan yang *lex imperfecta*, karena sampai saat ini belum ada peraturan pemerintah sebagai peraturan pelaksana dari kedua pasal tersebut.

Tindakan penggabungan, peleburan dan atau pengambilalihan disadari atau tidak, akan mempengaruhi persaingan antar para pelaku usaha di dalam pasar bersangkutan dan membawa dampak kepada konsumen dan masyarakat. Komisi menyadari bahwa penggabungan, peleburan dan atau pengambilalihan dapat berakibat meningkatnya persaingan atau berkurangnya persaingan yang berpotensi merugikan konsumen dan masyarakat. Karena itu, sesuai dengan amanat Pasal 28 dan 29 UU No. 5 Tahun 1999, pada tanggal 13 Mei 2009, KPPU menetapkan Peraturan Komisi Nomor 1 tahun 2009 tentang Pranotifikasi Penggabungan, Peleburan dan Pengambilalihan (untuk selanjutnya disebut "Perkom No. 1 tahun 2009")¹⁸⁶. Perkom No. 1 tahun 2009 merupakan bentuk pengendalian terhadap penggabungan, peleburan dan atau pengambilalihan khususnya bagi penggabungan, peleburan dan atau pengambilalihan yang mengakibatkan berkurangnya tingkat persaingan di pasar bersangkutan dan dapat menimbulkan kerugian masyarakat.

4.1.4.2. Tujuan Penerbitan¹⁸⁷.

Tujuan dibentuknya Perkom No. 1 tahun 2009 adalah untuk:

¹⁸⁵UU No. 5 tahun 1999 diundangkan pada tanggal 5 Maret 1999, namun berdasarkan Pasal 53 UU No. 5 tahun 1999 yang merupakan ketentuan penutup, dinyatakan bahwa "*Undang-undang ini mulai berlaku 1 (satu) tahun sejak diundangkan.*"

¹⁸⁶Komisi Pengawas Persaingan Usaha, *Peraturan Komisi tentang Pranotifikasi Penggabungan, Peleburan dan Pengambilalihan*, Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 1 tahun 2009, Bagian Lampiran Bab Latar Belakang.

¹⁸⁷ *Ibid.*

1. Menjaga agar penggabungan, peleburan dan pengambilalihan senantiasa meningkatkan efisiensi perekonomian sebagai salah satu upaya untuk meningkatkan kesejahteraan nasional.
2. Memberikan kepastian hukum bagi pelaku usaha yang akan melakukan penggabungan, peleburan dan atau pengambilalihan.
3. Mencegah praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat oleh pelaku usaha sebagai akibat dari penggabungan, peleburan dan atau pengambilalihan.
2. Mendorong penggabungan, peleburan dan atau pengambilalihan yang bertujuan untuk meningkatkan efektivitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha.

4.1.4.3. Sistem Notifikasi.

Pada dasarnya terdapat dua sistem notifikasi transaksi merger, yaitu *pre-notification* dan *post-notification*. Dalam sistem pra-notifikasi, mayoritas negara membaginya kedalam dua macam, yaitu sukarela (*voluntary*) dan wajib (*mandatory*).

4.1.4.3.1. Pre-Merger Notifikasi dan Post Merger Notifikasi.

Sebagaimana telah dikemukakan dalam Bab 2, pada dasarnya terdapat dua sistem notifikasi transaksi merger, yaitu *pre-notification* dan *post-notification*. Pasal 28 tidak menentukan secara tegas mengenai sistem notifikasi merger di Indonesia. Ketentuan pasal ini menyatakan bahwa ketentuan lebih lanjut mengenai merger diatur lebih lanjut dalam Peraturan Pemerintah (untuk selanjutnya disingkat "PP"). Dengan demikian, tidak adanya ketentuan yang tegas dalam Pasal 28 mengenai sistem notifikasi memberikan keleluasaan kepada PP

untuk memilih sistem notifikasi merger yang efektif mencegah transaksi merger yang anti-persaingan¹⁸⁸.

Dapat dikatakan bahwa sistem yang paling efektif adalah sistem pra-notifikasi. Bagi otoritas persaingan, yaitu KPPU, sistem ini mampu mengefektifkan peranannya untuk mencegah transaksi merger yang berpotensi menimbulkan dampak negatif karena KPPU mempunyai kesempatan untuk melakukan review sebelum merger ditutup. Bagi pelaku usaha, sistem pre-notifikasi juga positif karena efektif menghindarkan mereka dari kerugian baik waktu maupun biaya yang lebih besar untuk persiapan sampai penutupan transaksi merger. Akan lebih besar kerugian bagi pelaku usaha apabila akhirnya transaksi merger perseroan tersebut sampai dibatalkan oleh KPPU¹⁸⁹.

Perbedaan penafsiran dapat terjadi ketika kita membaca rumusan Pasal 29 UU No. 5 tahun 1999. Kalimat "*wajib diberitahukan kepada Komisi selambat-lambatnya 30 hari sejak tanggal penggabungan...*" menunjukkan bahwa sistem notifikasi merger dalam UU No. 5 tahun 1999 adalah post-notifikasi. Pasal ini dapat diartikan pre-notifikasi atau pra-notifikasi tergantung bagaimana orang memberikan makna kata "*penggabungan [merger]...*" dalam rumusan Pasal 29 ini. Apabila merger disini diartikan sebagai merger yang akta perubahannya telah disetujui oleh Menteri Hukum dan HAM maka memang benar notifikasi merger dalam UU No. 5 tahun 1999 adalah post notifikasi. Akan tetapi apabila kata "*penggabungan [merger]...*" dalam pasal tersebut diartikan sebagai pengumuman rencana merger yaitu jauh sebelum akta perubahan perseroan disetujui oleh menteri, maka sistem notifikasi dalam UU No. 5 tahun 1999 adalah pre-notifikasi¹⁹⁰.

Syamsul Maarif lebih condong menggunakan sistem kedua yaitu pre-notifikasi karena ini lebih fair dan pasti bagi pelaku usaha. Selain itu dalam praktek hampir tidak mungkin pelaku usaha yang sudah melakukan merger

¹⁸⁸Syamsul Maarif, *op.cit.*

¹⁸⁹*Ibid.*

¹⁹⁰*Ibid.*

kemudian diperintahkan untuk mengurai kembali perusahaannya menjadi dua atau lebih entitas seperti keadaan semula sebelum dilakukan¹⁹¹.

Knud Hansen, dkk., memiliki pandangan yang sama, walaupun latar belakang penarikan pendapat sedikit berbeda dengan Syamsul Maarif. Menurut Hansen, dkk., Pasal 28 ayat (1) dan (2) menentukan bahwa penggabungan yang dapat menyebabkan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat, dilarang. Kalau ketentuan ini dipahami sebagai larangan yang langsung berlaku, tanpa memerlukan penyelidikan atau penentuan oleh lembaga pengawas persaingan, maka penggabungan yang dianggap melanggar undang-undang tidak mungkin dilaksanakan secara efektif. Ini berarti bahwa pelaksanaan penggabungan yang menurut Pasal 29 ayat (1) harus dilaporkan, harus didahului oleh pemeriksaan preventif oleh lembaga pengawas sehingga peraturan pemerintah sesuai pasal 28 ayat (3) harus disusun dengan memperhatikan pemeriksaan preventif tersebut. Menurut pemahaman ini maka pemberitahuan sesuai Pasal 29 ayat (1) tidak mengawali suatu pemeriksaan penggabungan yang menyusul, tetapi hanya bertujuan memberitahu lembaga pengawas mengenai diwujudkan proses konsentrasi penting yang telah lulus pemeriksaan sesuai Pasal 28 ayat (1) atau (2) dan tidak dilarang, atau yang berdasarkan alasan tertentu sama sekali tidak wajib diperiksa¹⁹².

Pemeriksaan preventif berarti bahwa rencana penggabungan harus dilaporkan kepada lembaga pengawas sebelum dilaksanakan. Ini adalah standar internasional, seperti juga didalam merger control lawnya Uni Eropa. Kalau sampai diizinkan pelaksanaan penggabungan yang harus diperiksa tanpa pemeriksaan berdasarkan undang-undang persaingan sebelumnya, maka pembubaran kembali penggabungan perusahaan belakangan hampir selalu akan mengalami kesulitan besar. Disini berlaku komentar ringan seorang ahli Amerika yang sering dikutip "*it is difficult to produce whole eggs out of scrambled ones*"¹⁹³.

¹⁹¹ *Ibid.*

¹⁹² Knud Hansen (*et.al*), *op.cit.*, hal. 388-389.

¹⁹³ *Ibid.*

KPPU dalam Lampiran Perkom No. 1 tahun 2009 menyatakan sebagai berikut¹⁹⁴:

“Terdapat dua bentuk notifikasi/pemberitahuan merger kepada Komisi, yaitu:

- 1. Pra-Notifikasi*
- 2. Post-Notifikasi*

Namun petunjuk pelaksanaan ini hanya menjelaskan mengenai Pra-Notifikasi, sedangkan mengenai Post-Notifikasi akan diatur lebih lanjut melalui Peraturan Pemerintah sebagai penjabaran Pasal 29 UU No. 5 Tahun 1999.

Pra-Notifikasi adalah pemberitahuan secara sukarela yang dilakukan oleh pelaku usaha kepada Komisi mengenai rencana suatu merger. Komisi mendorong para pelaku usaha untuk melakukan pra-notifikasi guna meminimalkan resiko kerugian yang mungkin diderita oleh pelaku usaha jika mergernya dianggap menyebabkan praktek monopoli atau persaingan usaha tidak sehat di kemudian hari sehingga dibatalkan oleh Komisi.

Untuk menghindari redudansi penilaian terhadap merger yang sama melalui pranotifikasi dan post-notifikasi, Komisi berkomitmen untuk hanya melakukan satu kali penilaian terhadap satu peristiwa merger, selama tidak ada perubahan material atas data-data yang disampaikan oleh pelaku usaha yang melakukan merger. Oleh karena itu jika pelaku usaha secara sukarela telah melakukan Pra-Notifikasi, maka Komisi tidak akan mengubah penilaian terhadap Post-Notifikasi. Meskipun demikian, guna memenuhi ketentuan Pasal 29 UU No. 5 Tahun 1999, Pelaku Usaha yang telah melakukan Pra-Notifikasi tetap memiliki kewajiban untuk melakukan Post-Notifikasi kepada Komisi sesuai dengan Peraturan Pemerintah yang mengatur mengenai Pemberitahuan Merger yang dikeluarkan oleh Pemerintah”.

tampak bahwa KPPU mengakomodir penerapan pre-merger notifikasi dalam rezim notifikasi di Indonesia berdasarkan ketentuan Pasal 28 UU No. 5 tahun 1999 dan memandang Pasal 29 sebagai ketentuan post mergernya. Sehingga dapat dikatakan bahwa sistem notifikasi yang akan dibangun dalam rezim hukum

¹⁹⁴Komisi Pengawas Persaingan Usaha, *Lampiran Perkom No. 1 tahun 2009.*

persaingan usaha di Indonesia adalah menerapkan pre-merger notifikasi dan post merger notifikasi.

KPPU mendorong pelaku usaha untuk melakukan pra-notifikasi sedini mungkin kepada Komisi, selama telah ada kontrak, perjanjian, *memorandum of understanding*, *letter of intent*, atau dokumen tertulis lainnya yang menunjukkan rencana merger diantara para pelaku usaha sebelum pelaku usaha melaporkan rencana mergernya kepada BAPEPAM, BKPM, Bank Indonesia, Departemen Hukum dan HAM, atau badan berwenang lainnya. Namun demikian Komisi memandang pra-notifikasi yang dilakukan terlalu dini dan masih dapat mengalami perubahan secara substansial menyebabkan penilaian pra-notifikasi menjadi tidak bermanfaat. Oleh karena itu Komisi mendorong pelaku usaha untuk melakukan pra-notifikasi kepada Komisi sedini mungkin dengan memperhatikan kepastian transaksi dari pihak-pihak yang akan melakukan merger¹⁹⁵.

4.1.4.3.2. Hasil Pra-Notifikasi.

Hasil dari Pra-notifikasi yang dikeluarkan oleh KPPU adalah¹⁹⁶:

- a. *No Objection Letter*, yaitu tidak ada keberatan Komisi terhadap rencana merger sehingga rencana merger dapat diteruskan.
- b. *Objection Letter*, yaitu ada keberatan Komisi terhadap rencana merger, sehingga meskipun rencana merger dapat diteruskan oleh pelaku usaha, Komisi akan melakukan pemeriksaan secara resmi terhadap merger setelah merger selesai dilaksanakan dengan ancaman penetapan pembatalan terhadap merger tersebut.
- c. *Objection Letter* juga dapat dikeluarkan oleh Komisi dalam hal pelaku usaha yang melakukan pra-notifikasi menyebabkan Komisi sulit dalam memperoleh data yang diperlukan dalam melakukan analisis.
- d. *Conditional No Objection Letter*, yaitu tidak ada keberatan Komisi terhadap rencana merger, selama memenuhi syarat-syarat yang

¹⁹⁵Komisi Pengawas Persaingan Usaha, *Peraturan Komisi No. 1 tahun 2009*

¹⁹⁶*Ibid.*

ditetapkan oleh Komisi terpenuhi. Jika merger diteruskan tanpa memenuhi syarat-syarat tersebut, maka Komisi akan melakukan pemeriksaan secara resmi terhadap merger setelah merger selesai dilaksanakan dengan ancaman penetapan pembatalan terhadap merger tersebut.

Hasil tersebut dikeluarkan oleh KPPU setelah dalam jangka waktu selambat-lambatnya 30 (tiga puluh) hari KPPU akan memberikan penilaian awal atas Notifikasi yang dilakukan Pelaku Usaha. Penilaian awal tersebut berupa: “*ada tidaknya kekhawatiran praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat atas rencana penggabungan atau peleburan atau pengambilalihan atas dasar perubahan derajat konsentrasi pasar sebelum dan sesudah merger sesuai dengan spektrum Hirschman-Herfindahl Index (HHI)*”¹⁹⁷.

Berdasarkan penilaian terhadap HHI pasca merger, maka terdapat empat tindak lanjut terhadap pra-notifikasi merger, yaitu KPPU akan¹⁹⁸:

- a. mengeluarkan *No Objection Letter* bila HHI dibawah 1800;
- b. melakukan penilaian menyeluruh bila HHI antara 1800 sampai dengan 3000;
- c. mengeluarkan *Conditional No Objection Letter* bila HHI antara 3000 sampai dengan 4000;
- d. mengeluarkan *Objection Letter* bila HHI di atas 4000.

Hasil penilaian awal dari pra-notifikasi hanya mengikat KPPU dan tidak mengikat pelaku usaha, maka tidak ada upaya hukum yang dapat dilakukan terhadap pendapat KPPU tersebut.

Namun demikian, pelaku usaha dapat melakukan konsultasi dengan KPPU dalam hal KPPU mengeluarkan pendapat *Objection Letter* atau *Conditional No Objection Letter*. Konsultasi ini dimaksudkan untuk memberikan kesempatan

¹⁹⁷*Ibid.*

¹⁹⁸*Ibid.*

kepada pelaku usaha untuk menyampaikan analisisnya mengenai akibat persaingan dari merger yang akan dilaksanakan kepada KPPU.

Selain itu tahap konsultasi juga dimaksudkan untuk mencapai titik temu antara pelaku usaha dengan KPPU agar tercapai keseimbangan antara kepentingan pelaku usaha dan tingkat persaingan di pasar, terutama terkait dengan syarat-syarat merger yang ditetapkan oleh KPPU. Untuk adanya kepastian bagi KPPU dan pelaku usaha, maka tahap konsultasi dibatasi dalam jangka waktu selambat-lambatnya 30 (tiga puluh) hari kerja.

Setelah melalui konsultasi ini, maka KPPU akan mengeluarkan pendapat akhir terhadap rencana merger. Pendapat akhir KPPU akan diberitahukan kepada pelaku usaha yang bersangkutan dan diumumkan secara terbuka sekurang-kurangnya melalui *website* KPPU pada tanggal dan jam yang telah ditentukan sebelumnya.

Jika dalam Pendapat Akhir KPPU adalah *Objection Letter* atau *Conditional No Objection Letter* tetapi tidak melaksanakan persyaratan yang telah ditetapkan oleh KPPU, KPPU memiliki kewenangan untuk membatalkan merger setelah merger selesai dilaksanakan apabila merger tersebut dianggap dapat menimbulkan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat sesuai dengan ketentuan Pasal 47 Ayat (1) huruf e UU No. 5 Tahun 1999.

Dalam hal Pendapat Akhir Komisi berupa *Conditional No Objection Letter*, Komisi akan melakukan monitoring terhadap pelaksanaan syarat-syarat merger yang ditetapkan tersebut dalam jangka waktu yang disesuaikan dengan lamanya pelaksanaan syarat-syarat tersebut serta membuat laporan dan rekomendasi selanjutnya terhadap merger tersebut kepada Komisi.

4.1.4.4. *Voluntary dan Mandatory*

KPPU dalam Perkom No. 1 tahun 2009 pada Lampiran bagian Tata Cara Pra-notifikasi Merger menyatakan:

“Untuk menghindari redudansi penilaian terhadap merger yang sama melalui pranotifikasi dan post-notifikasi, Komisi berkomitmen untuk

hanya melakukan satu kali penilaian terhadap satu peristiwa merger, selama tidak ada perubahan material atas data-data yang disampaikan oleh pelaku usaha yang melakukan merger. Oleh karena itu jika pelaku usaha secara sukarela telah melakukan Pra-Notifikasi, maka Komisi tidak akan mengubah penilaian terhadap Post-Notifikasi. Meskipun demikian, guna memenuhi ketentuan Pasal 29 UU No. 5 Tahun 1999, Pelaku Usaha yang telah melakukan Pra-Notifikasi tetap memiliki kewajiban untuk melakukan Post-Notifikasi kepada Komisi sesuai dengan Peraturan Pemerintah yang mengatur mengenai Pemberitahuan Merger yang dikeluarkan oleh Pemerintah”.

memilih untuk memberikan kesempatan kepada pelaku usaha secara sukarela untuk melakukan notifikasi dan berkomitmen untuk tidak melakukan post merger kecuali terhadap pelaku usaha yang terkena ketentuan Pasal 29 nantinya bila peraturan pemerintah telah diterbitkan.

Dalam hal ini, KPPU tidak menetapkan untuk mengenakan biaya terhadap Pelaku Usaha yang melakukan pra-notifikasi secara sukarela. Tidak ada penjelasan resmi mengapa KPPU tidak memungut biaya, namun mengingat bahwa saat ini KPPU masih dalam upaya penerapan pra-notifikasi merger, maka dapat dipahami bahwa tidak kenakannya sejumlah biaya, lebih kepada upaya memberikan kesadaran hukum dan memberikan insentif kepada pelaku usaha yang bersedia melakukan pre-notifikasi dibandingkan dengan upaya efisiensi dan efektif dalam penilaian merger dan meminimalisir biaya sosial merger¹⁹⁹.

4.1.4.5. *Threshold.*

Seberapa besar sebuah rencana merger wajib dinotifikasi kepada KPPU, UU No. 5 tahun 1999 tidak menentukan *threshold*-nya. Pasal 29 UU No. 5 tahun 1999 hanya menentukan dasar perhitungannya yaitu aset dan atau omset hasil merger. Pendekatan UU No. 5 tahun 1999 mendelegasikan agar diatur dalam peraturan pemerintah untuk menentukan besaran *threshold* notifikasi.

¹⁹⁹International Competition Network, Merger Working Group Notification & Procedures Subgroup, *Setting Notification Thresholds for Merger Review*, Report to the ICN Annual Conference, Kyoto, Japan, April 2008.

Pendelegasian demikian adalah tepat karena melalui peraturan yang lebih rendah dari undang-undang, penentuan besaran *threshold* dapat disesuaikan dengan perkembangan kemajuan ekonomi. Penentuan besaran *threshold* melalui peraturan pemerintah bahkan masih terlalu tinggi karena peraturan pemerintah tidak mudah direvisi²⁰⁰.

Tingkat ekonomi dan perkembangan industri suatu negara tentu berpengaruh dalam menentukan besaran *threshold*. Besaran nilai *threshold* harus tepat sehingga tidak terlalu kecil dan tidak terlalu besar. Penentuan nilai terlalu kecil akan berdampak pada banyaknya pelaku usaha yang harus notifikasi ke KPPU padahal mungkin dilihat dari penjualan secara nasional nilai transaksi mergernya tidak besar²⁰¹.

Dapat dikatakan bahwa selain besaran *threshold* tersebut harus tepat tetapi juga mudah direvisi sesuai dengan perkembangan ekonomi kita. *Threshold* aset Rp. 100 miliar mungkin akan terhitung cukup besar untuk sekarang tetapi 10 tahun ke depan nilai tersebut mungkin terlalu kecil. Oleh karena itu, lebih tepat apabila dalam PP tentang merger tidak perlu disebutkan besaran *threshold* notifikasinya tetapi didelegasikan pada KPPU untuk menentukan besarnya. Seperti dikemukakan diatas, revisi peraturan pemerintah belum tentu lebih cepat ketimbang revisi undang-undang²⁰².

Dalam tata cara merger sebagaimana diatur dalam Perkom No. 1 tahun 2009, KPPU mengatur mengenai besaran *threshold* yang dapat dinotifikasi kepada KPPU, sebagai berikut:

"Tidak semua merger dapat dinotifikasikan kepada Komisi. Komisi menetapkan beberapa kriteria terhadap merger yang dapat dinotifikasikan yaitu :

- a. nilai aset badan usaha hasil penggabungan atau peleburan melebihi Rp 2.500.000.000.000,00 (dua triliun lima ratus miliar rupiah); atau*

²⁰⁰Syamsul Maarif, *op.cit.*

²⁰¹*Ibid.*

²⁰²*Ibid.*

- b. nilai penjualan (omzet) badan usaha hasil penggabungan atau peleburan melebihi Rp 5.000.000.000.000,00 (lima triliun rupiah); atau
- c. mengakibatkan penguasaan pangsa pasar lebih dari 50% (lima puluh persen) di pasar bersangkutan.

Sedangkan untuk industri jasa keuangan (bank dan non-bank) berlaku ketentuan :

- a. nilai aset badan usaha hasil penggabungan atau peleburan melebihi Rp 10.000.000.000.000,00 (sepuluh triliun rupiah); atau
- b. nilai penjualan (omzet) badan usaha hasil penggabungan atau peleburan melebihi Rp 15.000.000.000.000,00 (lima belas triliun rupiah); atau
- c. mengakibatkan penguasaan pangsa pasar lebih dari 50% (lima puluh persen) di pasar bersangkutan.

KPPU mengatur besaran *threshold* berdasarkan nilai hasil dari merger dan penguasaan pasar. Artinya pelaku usaha harus sudah memiliki perhitungan terlebih dahulu mengenai nilai hasil merger tersebut dan/atau penguasaan pasar sebelum melakukan *notifikasi* kepada KPPU.

KPPU dalam mengatur mengenai *threshold*, membaginya menjadi 2 (dua) *threshold* yang berbeda, yaitu merger pada umumnya dan merger bagi industri jasa keuangan. Besaran *threshold* bagi industri jasa keuangan adalah 3 sampai 4 kali lipat lebih besar karena berdasarkan masukan dari Bank Indonesia pada saat penyusunan Perkom No. 1 tahun 2009 ini, apabila mengikuti *threshold* untuk industri pada umumnya, maka setiap merger yang dilakukan dalam industri jasa keuangan akan terkena aturan tersebut.

4.1.4.6. Notifikasi.

Berdasarkan kalimat “Tidak semua merger dapat dinotifikasikan kepada Komisi. Komisi menetapkan beberapa kriteria terhadap merger yang dapat

dinotifikasikan...”, maka KPPU membatasi hanya merger-merger yang transaksinya melebihi *threshold* tersebutlah yang dapat dilakukan notifikasi.

Memahami anak kalimat “...*melebihi...*”, maka transaksi merger yang wajib dilaporkan adalah yang melebihi besaran yang telah ditentukan tersebut, sedangkan apabila besarnya sama, maka tidak perlu dilakukan notifikasi.

Anak kalimat “...*dapat...*” dalam “*Tidak semua merger dapat dinotifikasikan kepada Komisi...*”, membawa dua konsekuensi, yang pertama, untuk merger-merger yang nilainya tidak melebihi *threshold* tersebut, maka tidak perlu dilakukan notifikasi dan seandainya pun dilakukan notifikasi, maka kemungkinan besar akan diabaikan oleh KPPU, hal ini memang disatu sisi akan menghemat sumber daya yang ada di KPPU, namun disisi lain jangan sampai terjadi pengabaian terhadap merger di industri tertentu yang nilai hasil merger tidak mencapai *threshold* yang ditentukan oleh KPPU namun ternyata untuk industri tersebut mengakibatkan konsentrasi yang tinggi, oleh karena itu maka penting untuk diperhatikan ketentuan mengenai *threshold* berdasarkan penguasaan pasar.

Kedua, dengan kata *dapat* tersebut, maka notifikasi yang dilakukan oleh pelaku usaha yang melakukan merger bersifat *voluntary*. Hal ini berbeda dengan praktek dinegara lain, yang berdasarkan hasil survei yang dilakukan oleh *Global Competition Review* terhadap 64 yurisdiksi, menunjukkan bahwa 52 negara mempergunakan sistem *mandatory* dalam pre-notifikasinya²⁰³.

Namun pada bagian berbeda, KPPU tidak memberikan batasan nilai transaksi mana yang dapat dinotifikasikan kepada KPPU. Lampiran Perkom No. 1 tahun 2009, dalam Bab III tentang Tata Cara Pra-Notifikasi Merger butir 3.6. Batasan Nilai Transaksi, menyatakan sebagai berikut:

Komisi tidak memberikan batasan nilai transaksi mana yang dapat dinotifikasikan kepada Komisi. Selama ketentuan bagian 3.2. Merger yang Dapat Dinotifikasikan di atas telah terpenuhi maka rencana merger tersebut dapat dinotifikasikan kepada Komisi tanpa melihat nilai dari transaksi merger itu sendiri.

²⁰³Global Competition Review, *Merger Control 2010*, London: Law Business Research, 2010.

Hal ini dimaksudkan untuk melindungi pelaku usaha mikro, kecil, dan menengah dari tindakan merger oleh pelaku usaha besar yang dapat mematikan kelangsungan usaha mikro, kecil, dan menengah. Dengan tidak membatasi nilai transaksi merger, Komisi dapat melakukan penilaian terhadap tindakan merger yang dilakukan oleh perusahaan besar terhadap perusahaan mikro, kecil, dan menengah”.

4.1.4.7. Penilaian terhadap Rencana Merger (*Substantive Test*).

UU No. 5 tahun 1999 tidak secara tegas mengatur mengenai tes substansi untuk melarang atau memperbolehkan sebuah transaksi merger. UU No. 5 tahun 1999 menentukan bahwa apabila dapat menimbulkan praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat maka transaksi merger harus dilarang bahkan dapat dibatalkan oleh KPPU. Untuk menilai apakah suatu merger dapat menimbulkan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat, KPPU dalam Perkom No. 1 tahun 2009 menentukan langkah-langkah penilaian sebagai berikut:

1. Pasar Bersangkutan.

Analisis mengenai pasar bersangkutan harus selalu menjadi hal pertama yang dilakukan oleh KPPU. Ketidaktepatan dalam penghitungan pangsa pasar akan mengakibatkan penilaian yang salah.

Analisis mengenai pasar bersangkutan dilakukan melalui analisis pasar produk dan pasar geografis. Analisis ini pada umumnya didasarkan pada pengalaman dan pengetahuan Komisi sebelumnya, regulasi yang berlaku, data sekunder yang tersedia, keterangan dari asosiasi pelaku usaha, pelaku usaha, konsumen dan atau *proxy* konsumen serangkaian survei pasar.

2. Konsentrasi Pasar.

Konsentrasi pasar merupakan indikator awal bagi KPPU untuk menyimpulkan perlu tidaknya penilaian secara menyeluruh terhadap

suatu merger. Perbedaan yang signifikan atas konsentrasi pasar sebelum dan sesudah terjadi merger akan menjadi perhatian bagi KPPU dalam melakukan penilaian.

KPPU akan menggunakan HHI namun dalam hal penerapan HHI tidak dimungkinkan, maka KPPU akan menggunakan penilaian CRn. KPPU akan mengukur tingkat konsentrasi sebelum terjadinya merger dan tingkat konsentrasi sesudah terjadinya merger serta melihat seberapa besar nilai selisih yang terjadi.

3. Hambatan Masuk ke Pasar (*Entry Barrier*).

Tanpa adanya *entry barrier*, pelaku usaha hasil merger dengan penguasaan pangsa pasar yang besar akan kesulitan untuk berperilaku anti persaingan, karena setiap saat dapat dihadapkan dengan tekanan persaingan dari pemain baru di pasar. Sebaliknya, dengan eksistensi *entry barrier* yang tinggi di pasar, pelaku usaha hasil merger dengan penguasaan pasar menengah memiliki kemungkinan untuk menyalahgunakan posisinya untuk menghambat persaingan atau mengeksploitasi konsumen.

Tindakan anti persaingan yang mungkin dilakukan oleh pelaku usaha dalam kondisi *entry barrier* yang tinggi dapat dilakukan sendiri (tindakan unilateral) ataupun bersama dengan pesaingnya (tindakan kolusif).

4. Kemungkinan Kerugian Konsumen Melalui Tindakan Unilateral.

Tindakan unilateral dapat dilakukan baik kepada pelaku usaha lainnya yang lebih kecil maupun langsung kepada konsumen secara keseluruhan. Akibat dari tindakan-tindakan tersebut berakibat pada terhambatnya persaingan yang diindikasikan melalui harga yang tinggi, kuantitas produk yang berkurang, atau menurunnya layanan purna jual.

5. Kemungkinan Kerugian Konsumen Melalui Tindakan Kolusif.

Dalam hal merger tidak melahirkan pelaku usaha yang dominan di pasar, namun masih terdapat beberapa pesaing signifikan, maka sulit bagi pelaku usaha hasil merger untuk berperilaku anti persaingan karena akan mendapat tekanan persaingan efektif dari pelaku usaha pesaingnya. Meskipun demikian, berkurangnya jumlah pelaku usaha di pasar sebagai akibat merger yang terjadi, akan memudahkan terjadinya tindakan anti persaingan yang dilakukan bersama-sama dengan pesaingnya tersebut, yang diindikasikan melalui harga yang tinggi, kuantitas produk yang berkurang, atau menurunnya layanan purna jual.

6. Efisiensi.

Dalam hal merger yang direncanakan bertujuan untuk meningkatkan efisiensi, maka KPPU akan melakukan penelitian terhadap dua hal, yaitu: (1) seberapa besar efisiensi yang diharapkan akan terjadi, dan (2) bagaimana efisiensi tersebut akan dinikmati oleh konsumen.

7. Kemungkinan Badan Usaha Akan Keluar dari Pasar/Industri.

Jika kerugian masyarakat dan kepentingan umum lebih besar apabila badan usaha tersebut keluar dari pasar/industri dibanding jika badan usaha tersebut tetap berada dan beroperasi di pasar/industri, maka tidak adanya kekhawatiran berkurangnya tingkat persaingan di pasar berupa praktek monopoli atau persaingan usaha tidak sehat yang diakibatkan dari merger tersebut.

Meskipun UU No. 5 tahun 1999 menggunakan istilah yang berbeda dengan istilah yang dipakai oleh banyak negara tetapi pada intinya mempunyai makna

yang sama. Unsur praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat yang digunakan oleh UU No. 5 tahun 1999 pada intinya mengandung tes substansi yang tidak berbeda dengan *SLC test* maupun *DP test*. Dalam *SLC test* unsur pentingnya adalah “berkurang persaingan” yang pada intinya sama dengan “terhambatnya persaingan” sebagai unsur penting dari tes “praktek monopoli”²⁰⁴.

Dalam *DP test* unsur pentingnya adalah “posisi dominan” yang pada intinya sama dengan “menguasai produksi dan atau pemasaran” sebagai salah satu unsur penting dari tes “praktik monopoli”²⁰⁵.

Terkait dengan *PI test*, UU No. 5 Tahun 1999 dengan tegas menyatakan bahwa transaksi perdagangan termasuk transaksi merger yang merugikan kepentingan umum dilarang. “Kepentingan umum” adalah salah satu unsur penting dari unsur “praktik monopoli”. Undang-undang No. 5 Tahun 1999 tidak memberikan batas bahwa *PI test* hanya berlaku untuk sektor-sektor tertentu. Ini berarti bahwa otoritas persaingan dalam hal ini KPPU dapat menggunakan *PI test* untuk menentukan apakah proposal merger boleh diteruskan atau harus dihentikan²⁰⁶.

4.1.4.8. Merger Asing.

KPPU dalam Perkom No. 1 tahun 2009 menyatakan memiliki wewenang dan akan melaksanakan kewenangannya terhadap merger asing seandainya merger tersebut mempengaruhi pasar domestik Indonesia. Merger asing dianggap mempengaruhi pasar domestik apabila salah satu dari ketentuan *threshold* telah terpenuhi oleh pihak yang beroperasi di Indonesia. Merger asing didefinisikan sebagai berikut²⁰⁷:

²⁰⁴Syamsul Maarif, *op.cit.*

²⁰⁵*Ibid.*

²⁰⁶*Ibid.*

²⁰⁷Komisi Pengawas Persaingan Usaha, *Peraturan Komisi No. 1 tahun 2009.*

1. Merger antara badan usaha asing dengan badan usaha asing yang keduanya atau salah satunya beroperasi di Indonesia.
2. Merger antara badan usaha asing yang beroperasi di Indonesia dengan badan usaha Indonesia.
3. Merger antara badan usaha asing yang tidak beroperasi di Indonesia dengan badan usaha Indonesia.
4. Bentuk merger lainnya yang melibatkan unsur asing.

4.2. Perkara Merger yang Berdampak Persaingan Usaha Tidak Sehat.

Sampai dengan saat ini, KPPU telah memutus lebih dari 100 perkara persaingan usaha tidak sehat²⁰⁸. Perkara-perkara tersebut ditangani atas dasar dugaan pelanggaran terhadap ketentuan-ketentuan yang diatur melalui pasal-pasal dalam UU No. 5 tahun 1999.

Perkara-perkara yang ditangani oleh KPPU tersebut, sampai dengan saat ini tidak ada yang merupakan dugaan pelanggaran terhadap pasal-pasal yang mengatur mengenai merger, karena Pasal 28 dan Pasal 29 UU No. 5 tahun 1999 mengatur bahwa pelaksanaan kedua pasal tersebut membutuhkan peraturan pemerintah yang sampai saat disusunnya penulisan ini masih belum terbit.

Namun setidaknya terdapat 2 (dua) perkara yang akar permasalahannya sama yaitu dugaan pelanggaran terhadap UU No. 5 tahun 1999 karena adanya tindakan merger yang dilakukan oleh pelaku usaha yang menjadi terlapor dalam masing-masing perkara tersebut.

Kedua perkara tersebut telah diputus oleh KPPU, yaitu Putusan KPPU No. 07/KPPU-L/2007 tentang Kelompok Usaha Temasek²⁰⁹ dan Putusan KPPU No. 09/KPPU-L/2009 tentang PT. Carrefour Indonesia²¹⁰. Dalam kedua putusan

²⁰⁸[http://www.kppu.go.id/baru/index.php?aid=248&mode=art&mnid=52&encodur\]=05/04/10,02:07:39](http://www.kppu.go.id/baru/index.php?aid=248&mode=art&mnid=52&encodur]=05/04/10,02:07:39) akses pada 4 Mei 2010

²⁰⁹http://www.kppu.go.id/docs/Putusan/putusan_temasek.pdf, akses pada 4 Mei 2010.

²¹⁰http://www.kppu.go.id/docs/Putusan/putusan_carrefour_09_2009.pdf akses pada 4 Mei 2010

tersebut, KPPU menyatakan bahwa telah terjadi pelanggaran terhadap UU No. 5 tahun 1999 yang dilakukan oleh pelaku usaha yang menjadi Terlapor dalam masing-masing perkara tersebut.

Masing-masing putusan tersebut, memerintahkan kepada Terlapor untuk melakukan pemisahan perusahaan. Dalam amar Putusan Putusan KPPU No. 07/KPPU-L/2007 tentang Kelompok Usaha Temasek, KPPU memerintahkan Kelompok Usaha Temasek untuk melepas seluruh kepemilikan sahamnya di salah satu perusahaan, apakah itu Telkomsel atau Indosat.

Sedangkan dalam Putusan KPPU No. 09/KPPU-L/2009 tentang PT. Carrefour Indonesia, KPPU memerintahkan Carrefour untuk melepaskan seluruh kepemilikannya di PT. Alfa Retailindo, Tbk kepada pihak yang tidak terafiliasi dengan PT. Carrefour Indonesia.

4.2.1. Putusan KPPU No. 07/KPPU-L/2007 tentang Kelompok Usaha Temasek tanggal 19 November 2007.

Perkara ini diawali dengan adanya dugaan bahwa terjadi persaingan usaha tidak sehat dalam jasa industri layanan telekomunikasi seluler di seluruh wilayah Indonesia yang dilakukan oleh PT. Telekomunikasi Selular bersama-sama dengan PT. Indonesia Satelit, Tbk. yang keduanya merupakan bagian dari kelompok usaha Temasek yang dimiliki setelah melakukan akuisisi saham.

4.2.1.1. Dugaan Pelanggaran

Kepada Kelompok Usaha Temasek, KPPU menduga bahwa:

- 1) Temasek memiliki saham mayoritas pada dua perusahaan yang melakukan kegiatan usaha dalam bidang yang sama pada pasar bersangkutan yang sama, sehingga melanggar pasal 27 huruf a UU No. 5 Tahun 1999;
- 2) Telkomsel mempertahankan tarif seluler yang tinggi, sehingga melanggar pasal 17 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999;

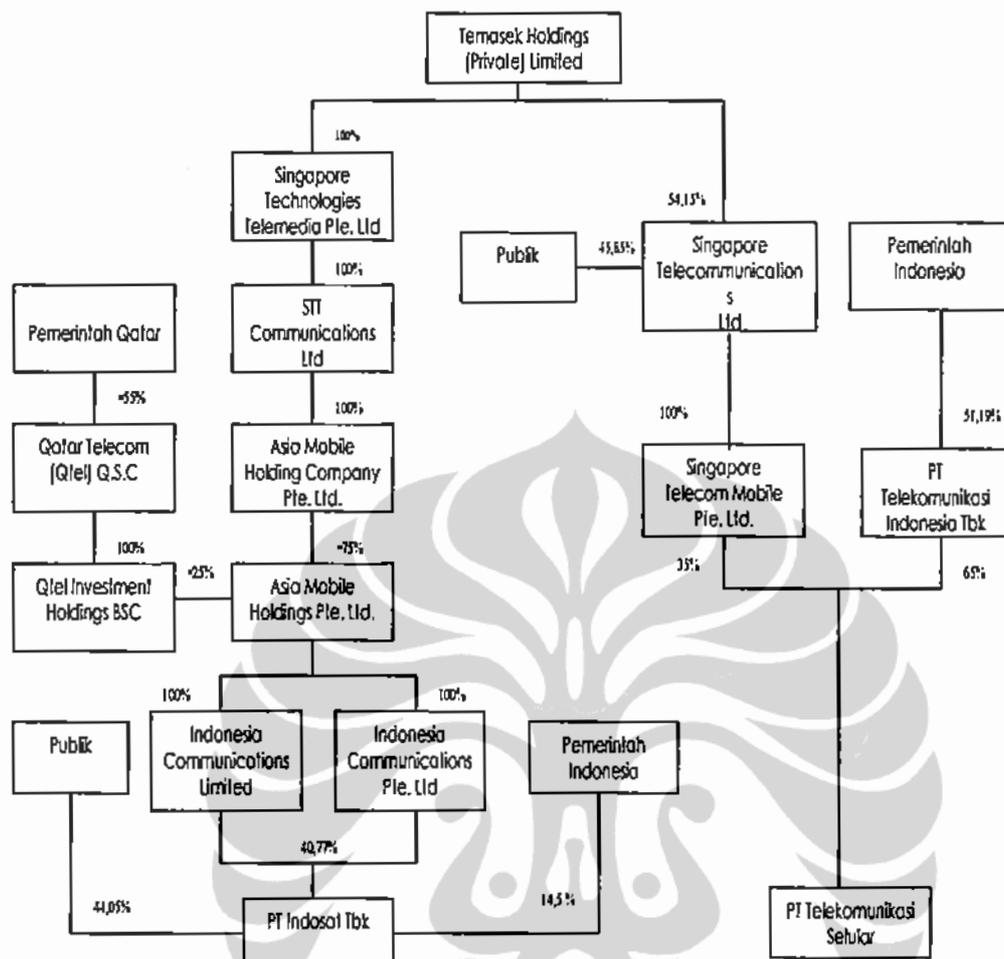
- 3) Telkomsel menyalahgunakan posisi dominannya untuk membatasi pasar dan pengembangan teknologi sehingga melanggar pasal 25 ayat (1) huruf b UU No. 5 Tahun 1999.

4.2.1.2. Kelompok Usaha Temasek.

Temasek Holdings Pte. Ltd. (untuk selanjutnya disebut “Temasek”) yang didirikan tahun 1974 adalah perusahaan investasi di Asia yang berkedudukan di Singapura yang mencakup sektor telekomunikasi dan media, jasa keuangan, properti, transportasi dan logistik, energi dan sumber daya, infrastruktur, rekayasa dan teknologi, serta farmasi dan *bioscience*.

4.2.1.2.1. Kepemilikan Silang

Khusus dalam bidang telekomunikasi dan media, skema kepemilikan saham Temasek adalah sebagai berikut:



4.2.1.2.2. Jabatan Rangkap.

Melalui kewenangan yang dimilikinya maka diangkatlah para pengurus dari masing-masing perusahaan dengan kendali dari induk perusahaan tertinggi, dalam hal ini Temasek, terlihat dari banyaknya jabatan yang dirangkap oleh orang yang sama. Untuk jabatan rangkap dalam alur Temasek sampai dengan Telkomsel terdapat 4 (empat) orang yang memiliki jabatan rangkap dan dalam alur Temasek sampai dengan Indosat terdapat 18 (delapan belas) orang yang melakukan jabatan rangkap.

4.2.1.3. Pasar Bersangkutan.

Pasar bersangkutan dalam perkara ini adalah industri layanan telekomunikasi seluler di seluruh wilayah Indonesia. Jumlah Pelaku Usaha berdasarkan definisi pasar bersangkutan, sampai dengan tahun data tahun 2006 terdapat 6 (enam) pelaku usaha yang menjadi operator layanan telekomunikasi seluler yaitu Telkomsel sebesar 55,79%, Indosat sebesar 26,18%, Excelcomindo sebesar 14,93%, Mobile-8 sebesar 2,86%, Sampoerna Telekomunikasi Indonesia sebesar 0,21%, dan Natrindo Telepon Seluler (NTS) sebesar 0,02%.

Secara rata-rata pangsa pasar Indosat-Telkomsel pada periode *cross-ownership* adalah 89.61%. Nilai tersebut lebih tinggi dibandingkan nilai pangsa pasar tertinggi keduanya pada periode sebelum terjadinya *cross-ownership* yaitu pada tahun 2002 dengan nilai pangsa pasar sebesar 83.58%.

Dengan demikian, telah terjadi peningkatan pangsa pasar bersama antara Telkomsel dan Indosat pada periode *cross-ownership* oleh Temasek dibandingkan sebelum terjadinya *cross ownership*.

Nilai HHI juga memberikan kecenderungan untuk terus meningkat tahun ke tahun. Hal tersebut diindikasikan dengan nilai delta HHI yang tidak pernah negatif. Rata-rata nilai HHI pada periode *cross-ownership* 2003-2006 berada pada kisaran 4823,73. Nilai HHI diatas 3000 dapat dinyatakan sebagai industri yang menyebabkan persaingan akan menjadi sangat terbatas.

4.2.1.4. Pengendalian.

Perusahaan yang memiliki saham kurang dari 50% atas perusahaan lain Kelompok Usaha Temasek memiliki saham sebesar 35% atas Telkomsel dan sebesar 41,16% atas Indosat. Dengan kepemilikan saham kurang dari 50%, tidak dapat serta merta dikatakan sebagai satu entitas ekonomi atau tidak, namun secara *de facto* dua perusahaan tersebut adalah satu entitas ekonomi apabila dalam kenyataannya memenuhi tiga kriteria, yaitu: (i) apakah induk perusahaan memiliki representasi manajemen pada anak perusahaan, (ii) apakah induk perusahaan

memiliki kemampuan untuk mempengaruhi arah kebijakan anak perusahaan, (iii) apakah induk perusahaan memiliki akses informasi yang bersifat rahasia atau sensitif mengenai anak perusahaan.

Dari hasil pemeriksaan ditemukan fakta bahwa ketiga kriteria tersebut terpenuhi, maka KPPU menilai bahwa Temasek di samping memiliki sejumlah signifikan saham, juga memiliki kemampuan untuk mengendalikan Telkomsel dan Indosat sehingga dengan demikian dapat dipandang sebagai satu entitas ekonomi (*single economic entity*).

4.2.1.5. Dampak.

Selanjutnya untuk menilai apakah pengendalian Kelompok Usaha Temasek dan kebijakan perlambatan Indosat menimbulkan dampak negatif persaingan, Majelis Komisi menilai dari lima hal, yaitu: (i) kompetisi dalam industri seluler, (ii) *price leadership*, (iii) tingkat profit, serta (iv) kerugian terhadap konsumen.

4.2.1.5.1. Kompetisi dalam Industri Seluler Indonesia.

Jumlah pelaku usaha dalam pasar yang banyak, sering dijadikan ukuran rendahnya *entry barrier* dalam suatu industri. Namun demikian, jumlah operator yang banyak pada kondisi tertentu tidak dapat dijadikan indikasi pasar yang kompetitif tanpa memperhatikan pengaruhnya dalam menurunkan *market power* atau meningkatkan tekanan kompetisi. Hal ini terbukti dengan penguasaan pangsa pasar Mobile 8 yang hanya meraih sebesar 1,72% dalam waktu 3 (tiga) tahun.

4.2.1.5.2. Price Leadership.

Hasil pemeriksaan menunjukkan bahwa harga Telkomsel tidak dipengaruhi perubahan harga Indosat dan XL, sebaliknya perubahan harga Telkomsel selalu diikuti oleh perubahan harga Indosat dan XL. Dengan demikian Telkomsel

sebagai *leader* memiliki *market power* yang nyata sehingga bisa melakukan *price leadership* secara kuat.

4.2.1.5.3. Tingkat Keuntungan.

Untuk membuktikan ada atau tidaknya pengenaan harga eksekif, dapat dilakukan beberapa cara salah satunya dengan tingkat profitabilitas yang diukur dengan EBITDA (*Earning Before Interest, Tax, Depreciation, and Amortization*).

Telkomsel mampu menciptakan EBITDA margin terbesar pada periode terjadinya *cross-ownership* dengan rata-rata EBITDA margin 72.09%. Tingginya nilai EBITDA pada periode *cross-ownership* yang selalu berada diatas 50% menunjukkan bahwa pelaku usaha di industri jasa telekomunikasi tersebut memiliki *market power* yang cukup besar. *Market power* tersebut digunakan untuk menciptakan keuntungan monopoli yang jumlahnya melebihi dua kali lipat dari biaya yang ditimbulkan.

4.2.1.5.4. Kerugian Konsumen.

Berdasarkan hasil pemeriksaan, terdapat kerugian konsumen minimal sebesar Rp 14.764.980.000.000,00 (empat belas triliun tujuh ratus enam puluh empat miliar sembilan ratus delapan puluh juta rupiah) dan maksimal sebesar Rp 30.808.720.000.000,00 (tiga puluh triliun delapan ratus delapan miliar tujuh ratus dua puluh juta rupiah).

4.2.1.6. Pelanggaran terhadap UU No. 5 tahun 1999.

Perilaku Kelompok Usaha Temasek tersebut merupakan bentuk Praktek Monopoli dalam kepemilikan silangnya di Telkomsel dan Indosat sehingga mengakibatkan dampak yang anti-persaingan dalam pasar jasa layanan telekomunikasi seluler di Indonesia, dan melanggar Pasal 27 butir a UU No. 5 tahun 1999 yang bunyinya sebagai berikut:

UNIVERSITAS INDONESIA

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

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

Telkomsel telah melaksanakan hambatan interkoneksi dan mempertahankan harga yang tinggi sehingga menyebabkan dampak antipersaingan dalam pasar jasa layanan telekomunikasi seluler di Indonesia, sehingga Telkomsel melanggar Pasal 17 ayat (1) UU No. 5 tahun 1999 yang bunyinya sebagai berikut:

“Pelaku usaha dilarang melakukan penguasaan atas produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat”.

4.2.1.7. Amar Putusan KPPU No. 07/KPPU-I/2007.

Setelah melakukan proses pemeriksaan, KPPU menjatuhkan Putusan pada tanggal 19 November 2007, yang bunyi amarnya sebagai berikut:

MEMUTUSKAN

- 1. Menyatakan bahwa Temasek Holdings, Pte. Ltd. bersama-sama dengan Singapore Technologies Telemedia Pte. Ltd., STT Communications Ltd., Asia Mobile Holding Company Pte. Ltd, Asia Mobile Holdings Pte. Ltd., Indonesia Communication Limited, Indonesia Communication Pte. Ltd., Singapore Telecommunications Ltd., dan Singapore Telecom Mobile Pte. Ltd terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 27 huruf a UU No 5 Tahun 1999;*
- 2. Menyatakan bahwa PT. Telekomunikasi Selular terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 17 ayat (1) UU No 5 Tahun 1999;*

UNIVERSITAS INDONESIA

3. Menyatakan bahwa PT. Telekomunikasi Selular tidak terbukti melanggar Pasal 25 ayat (1) huruf b UU No 5 Tahun 1999;
4. Memerintahkan kepada Temasek Holdings, Pte. Ltd., bersama-sama Singapore Technologies Telemedia Pte. Ltd., STT Communications Ltd., Asia Mobile Holding Company Pte. Ltd, Asia Mobile Holdings Pte. Ltd., Indonesia Communication Limited, Indonesia Communication Pte. Ltd., Singapore Telecommunications Ltd., dan Singapore Telecom Mobile Pte. Ltd untuk menghentikan tindakan kepemilikan saham di PT. Telekomunikasi Selular dan PT.Indosat, Tbk dengan cara melepas seluruh kepemilikan sahamnya di salah satu perusahaan yaitu PT. Telekomunikasi Selular atau PT.Indosat, Tbk. dalam waktu paling lama 2 (dua) tahun terhitung sejak putusan ini memiliki kekuatan hukum tetap;
5. Memerintahkan kepada Temasek Holdings, Pte. Ltd., bersama-sama Singapore Technologies Telemedia Pte. Ltd., STT Communications Ltd., Asia Mobile Holding Company Pte. Ltd, Asia Mobile Holdings Pte. Ltd., Indonesia Communication Limited, Indonesia Communication Pte. Ltd., Singapore Telecommunications Ltd., dan Singapore Telecom Mobile Pte. Ltd untuk memutuskan perusahaan yang akan dilepas kepemilikan sahamnya serta melepaskan hak suara dan hak untuk mengangkat direksi dan komisaris pada salah satu perusahaan yang akan dilepas yaitu PT. Telekomunikasi Selular atau PT.Indosat, Tbk. sampai dengan dilepasnya saham secara keseluruhan sebagaimana diperintahkan pada diktum no. 4 di atas;
6. Pelepasan kepemilikan saham sebagaimana dimaksud pada diktum no. 4 di atas dilakukan dengan syarat sebagai berikut:
 - a. untuk masing-masing pembeli dibatasi maksimal 5% dari total saham yang dilepas;
 - b. pembeli tidak boleh terasosiasi dengan Temasek Holdings, Pte. Ltd. maupun pembeli lain dalam bentuk apa pun;
7. Menghukum Temasek Holdings, Pte. Ltd., Singapore Technologies Telemedia Pte. Ltd., STT Communications Ltd., Asia Mobile Holding Company Pte. Ltd, Asia Mobile Holdings Pte. Ltd., Indonesia Communication Limited, Indonesia Communication Pte. Ltd., Singapore Telecommunications Ltd., dan Singapore Telecom Mobile Pte. Ltd masing-masing membayar denda sebesar Rp. 25.000.000.000,00 (dua puluh lima

miliar rupiah) yang harus disetor ke Kas Negara sebagai setoran pendapatan denda pelanggaran di bidang persaingan usaha Departemen Perdagangan Sekretariat Jenderal Satuan Kerja Komisi Pengawas Persaingan Usaha melalui bank Pemerintah dengan kode penerimaan 423491 (Pendapatan Denda Pelanggaran di Bidang Persaingan Usaha);

8. Memerintahkan PT. Telekomunikasi Selular untuk menghentikan praktek pengenaan tarif tinggi dan menurunkan tarif layanan selular sekurang-kurangnya sebesar 15% (lima belas persen) dari tarif yang berlaku pada tanggal dibacakannya putusan ini;
9. Menghukum PT. Telekomunikasi Selular membayar denda sebesar Rp. 25.000.000.000,00 (dua puluh lima miliar rupiah) yang harus disetor ke Kas Negara sebagai setoran pendapatan denda pelanggaran di bidang persaingan usaha Departemen Perdagangan Sekretariat Jenderal Satuan Kerja Komisi Pengawas Persaingan Usaha melalui bank Pemerintah dengan kode penerimaan 423491 (Pendapatan Denda Pelanggaran di Bidang Persaingan Usaha);

4.2.2. Putusan KPPU No. 09/KPPU-L/2009 tentang PT. Carrefour Indonesia tanggal 3 November 2009

Perkara ini diawali dengan adanya tindakan akuisisi yang dilakukan oleh PT. Carrefour Indonesia (untuk selanjutnya disebut “Carrefour”) terhadap PT. Alfa Retailindo, Tbk. setelah melakukan akuisisi, PT. Carrefour Indonesia menerapkan *trading term* yang berdampak kepada persaingan usaha tidak sehat.

4.2.2.1. Dugaan Pelanggaran.

Dampak akibat Carrefour melakukan akuisisi terhadap Alfa tersebut merupakan bentuk Praktek Monopoli dan Penyalahgunaan Posisi Dominan (*abuse of dominant position*) sehingga diduga melanggar:

- 1) Pasal 17 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999;
- 2) Pasal 25 ayat (1) huruf a UU No 5 Tahun 1999

4.2.2.2. PT. Carrefour Indonesia.

Carrefour berdiri pada tahun 1998 yang merupakan hasil merger antara PT.Contimas Utama Indonesia (PT.CUI) dengan PT.Cartisa Properti Indonesia (PT.CPI) serta PT. Carti Satria Megaswalayan (PT.CSM) yang efektif sejak tanggal 23 Desember 2003. Dalam hal ini PT.CUI bertindak selaku Perusahaan Penerima Penggabungan (*surviving company*) dan berganti nama menjadi Carrefour.

Sebelum melakukan akuisisi PT.Alfa Retailindo, Tbk. pada tahun 2007 tercatat pangsa pasar Carrefour pada pasar bersangkutan adalah sebesar 46,03%. Pada saat perkara ini diperiksa dan diputus oleh KPPU, struktur kepemilikan saham Carrefour adalah sebagai berikut :

- a. Carrefour S.A. (Perancis) sebesar 66.72%;
- b. Carrefour Nederland B.V. (Belanda) sebesar 21.81%; dan
- c. Onesia B.V. (Belanda) sebesar 11.47%.

4.2.2.3. Pasar Bersangkutan

Angka CR4 pada tahun 2008 sebesar 88,25% menunjukkan konsentrasi dalam pasar bersangkutan sangat tinggi. Selain itu angka HHI sebesar 1861 mengindikasikan bahwa sejak tahun 2006 industri ritel berpindah fase menjadi industri yang terkonsentrasi yang menimbulkan adanya kekhawatiran akan terjadinya persaingan usaha yang tidak sehat. Kesimpulan yang sama juga dapat diambil dari indikator HHI. Pada saat sebelum akuisisi Alfa oleh Carrefour pada tahun 2007 mencapai 1931, sedangkan setelah akuisisi HHI melonjak menjadi 2266 yang mengindikasikan pasar bersangkutan terkonsentrasi tinggi.

Pada tahun 2008 terlihat bahwa Carrefour masih memimpin pangsa pasar dengan nilai 56,48% disusul oleh Matahari dengan nilai 18,58%. Sedangkan Alfa pada tahun 2008 memperoleh pangsa pasar sebesar 1,51% sehingga ketika digabung menurut kaidah *Single Economic Entity*, jumlah pangsa pasar Carrefour dengan Alfa mencapai angka 57,99%.

Secara kuantitatif Carrefour memiliki pangsa pasar 46,03% sebelum akuisisi Alfa dan 57,99% setelah akuisisi Alfa. HHI meningkat dari 2932,60 dengan CR4 92,82% sebelum akuisisi menjadi HHI 3779,16 dengan CR4 menjadi 96,70% setelah akuisisi.

4.2.2.4. Dampak

4.2.2.4.1. Meningkatnya Pangsa Pasar Carrefour.

Sebelum melakukan akuisisi, Carrefour merupakan pelaku usaha dominan dalam pasar, dengan jumlah pangsa pasar (*market share*) pada pasar bersangkutan *upstream* sebesar 46,03%. Pasca akuisisi, pada pasar bersangkutan *downstream market share* Carrefour meningkat menjadi sebesar 57,99%.

4.2.2.4.2. Tingkat Konsentrasi Pasar Semakin Tinggi.

Diakuisisinya Alfa oleh Carrefour mengakibatkan berkurangnya jumlah pelaku usaha dalam pasar, sehingga menyebabkan meningkatnya tingkat ukuran konsentrasi pasar, dan tentunya mengurangi tingkat persaingan.

Hal ini didukung karena struktur pasar *Hypermarket* dan Supermarket memiliki tingkat *barriers to entry* yang cukup tinggi, dapat dilihat dari tidak banyaknya pelaku usaha baru yang masuk ke pasar, karena faktor-faktor yaitu:

- a. Membutuhkan modal investasi sangat tinggi;
- b. Keterbatasan lahan untuk membuka outlet baru; dan
- c. Tingkat *switching cost* relatif rendah. Konsumen tidak menemui kesulitan untuk berpindah brand/merek dalam satu *geographical relevant* yang sama.

4.2.2.4.3. Meningkatkan Market Power Carrefour.

Besarnya *market share* Carrefour menyebabkan meningkatnya *market power* Carrefour menjadi lebih signifikan. Pelaku Usaha dengan *market power* besar, akan cenderung melakukan *abuse* terhadap pasar, sebagaimana ditunjukkan dengan perilaku Carrefour dengan memaksa para pemasok untuk menyetujui *trading terms* (syarat-syarat perdagangan), dalam bentuk:

- a. Menerapkan besaran *trading terms* Carrefour kepada para pemasok Alfa;
- b. Memperhitungkan jenis *trading terms* "*additional conditional rebate*" baik kepada pemasok Carrefour dan Alfa berdasarkan total penjualan Carrefour dan Alfa;
- c. Memaksakan pemasok Carrefour untuk juga memasok Alfa (*tying in*).

4.2.2.4.4. Trading Terms Carrefour Merugikan Pemasok.

Pasca Akuisisi, Alfa mengikuti perilaku Carrefour dalam hal menerapkan besaran *trading terms* dan metode pembayaran, dan transparansi pembayaran kepada pemasoknya. Kenaikan potongan *trading terms* yang diterapkan oleh Alfa pasca akuisisi meningkat dalam kisaran 13% sampai dengan 20%, mengikuti besaran *trading terms* yang digunakan Carrefour. Berdasarkan keterangan beberapa asosiasi pemasok, terbukti *trading terms* yang dikenakan Carrefour sangat memberatkan.

Selain itu terdapat bukti bahwa pemasok melakukan negosiasi *trading terms* dengan 1 pihak (*buyer*) yang sama untuk dua transaksi (pihak) yang berbeda: Carrefour dan Alfa, menyebabkan adanya perilaku *tying*, dimana Pemasok dapat dipaksa untuk menerima besaran *trading terms* Carrefour maupun Alfa.

4.2.2.4.5. Kerugian Konsumen.

Sifat pasar ritel modern memiliki sifat *barriers to entry* yang tinggi, menyebabkan perilaku Carrefour tidak dapat dikoreksi oleh mekanisme pasar. Dalam jangka panjang, perilaku dan kegiatan ini merugikan konsumen, karena konsumen akan sulit mendapatkan harga barang yang murah dan inovatif.

Perilaku Carrefour diikuti oleh para pesaingnya, melalui adanya tindakan pelaku usaha secara paralel (*coordinated conduct*) meskipun tanpa adanya kesepakatan, sehingga semakin menyebabkan kerugian bagi pemasok dan menyebabkan iklim persaingan usaha tidak berjalan efektif. Tindakan paralel yang dilakukan oleh pelaku usaha mengurangi alternatif pilihan yang seharusnya tersedia bagi konsumen maupun lawan transaksi.

Kenaikan biaya dan penambahan *trading terms* Carrefour menjadi *benchmark* dan diikuti oleh para peritel modern lainnya. Biaya trading terms Carrefour adalah yang tertinggi dan paling menekan dibandingkan dengan peritel modern lainnya. Hal ini menjadi salah satu penyebab bahwa konsumen harus membeli harga barang yang lebih mahal dari harga yang seharusnya diperoleh.

4.2.2.5. Pelanggaran terhadap UU No. 5 tahun 1999.

4.2.2.5.1. Pasal 17 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999.

Pasal 17 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999 berbunyi sebagai berikut:

“Pelaku usaha dilarang melakukan penguasaan atas produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat”.

Hasil pemeriksaan telah menunjukkan beberapa perilaku unilateral dari Carrefour sebagai upaya untuk mengeksploitasi surplus dari para pemasoknya, antara lain:

- a. Menerapkan besaran trading terms Carrefour kepada para pemasok Alfa;
- b. Memperhitungkan jenis *trading terms additional conditional rebate* baik kepada pemasok Carrefour dan Alfa berdasarkan total penjualan Carrefour dan Alfa;
- c. Memaksakan pemasok Carrefour untuk juga memasok Alfa (*tying in*);

Entry barrier pada pasar bersangkutan termasuk tinggi sebagaimana ditunjukkan dalam jumlah pelaku usaha pada pasar tersebut yang tidak bertambah di pasar meskipun terjadi pergantian kepemilikan dan pertumbuhan gerai.

Hilangnya persaingan efektif dapat pula terjadi apabila pelaku usaha melakukan tindakan paralel meskipun tanpa melakukan kesepakatan. Dalam kondisi tersebut konsumen tidak dapat menghindari penyalahgunaan kekuatan pasar oleh pelaku usaha sehingga mengakibatkan konsumen kehilangan pilihan.

Oleh karena itu KPPU berpendapat bahwa terdapat dampak negatif pada persaingan sebagai akibat akuisisi yang dilakukan oleh Carrefour terhadap Alfa.

4.2.2.5.2. Pasal 25 ayat (1) huruf a UU No 5 Tahun 1999.

Pasal 25 ayat (1) huruf a UU No 5 Tahun 1999 berbunyi sebagai berikut:

“Pelaku usaha dilarang menggunakan posisi dominan baik secara langsung maupun tidak langsung untuk:

- a. *menetapkan syarat-syarat perdagangan dengan tujuan untuk mencegah dan atau menghalangi konsumen memperoleh barang dan atau jasa yang bersaing, baik dari segi harga maupun kualitas; atau*
- b. *membatasi pasar dan pengembangan teknologi; atau*
- c. *menghambat pelaku usaha lain yang berpotensi menjadi pesaing untuk memasuki pasar bersangkutan”.*

Trading terms merupakan perilaku bisnis antara peritel dan pemasok, namun terdapat kecenderungan bahwa *trading terms* yang selama ini diberlakukan tidak hanya berhubungan langsung dengan penjualan produk dari pemasok, dan cenderung naik dari tahun ke tahun tanpa justifikasi yang jelas.

Dalam proses negosiasi antara pemasok dan Carrefour, seringkali pemasok dalam posisi yang lemah, dimana biasanya Carrefour ingin melakukan negosiasi secara lisan dan menekan pemasok dengan cara menetapkan harga secara sepihak bahkan pemasok mendapat ancaman untuk mengangkut barang pasokannya apabila tidak menyetujui tawaran Carrefour. Selain itu Carrefour menggunakan posisi tawarnya untuk menekan pemasok yang berdampak pada *lessening competition* di pasar bersangkutan. Hal ini sesuai dengan pengakuan Carrefour, bahwa Carrefour melakukan pengecekan harga di lapangan/*competitor check* sehingga dapat diketahui kisaran harga barang pemasok di tempat lain;

Penerapan *standard trading terms* yang sama antara pemasok Carrefour dengan pemasok Alfa bukanlah hal yang melanggar hukum, akan tetapi melalui proses negosiasi hanya dengan satu *buyer* yang sama untuk dua transaksi yang berbeda, menyebabkan adanya perilaku *tying*, dimana pemasok dapat dipaksa untuk menerima besaran *trading terms* Carrefour maupun *trading terms* Alfa. Hal ini diperkuat dengan adanya klausul *additional conditional rebate* dan keberatan dari pemasok.

4.2.2.5.3. Amar Putusan KPPU No. 09/KPPU-L/2009.

Setelah melakukan proses pemeriksaan, KPPU menjatuhkan Putusan pada tanggal 3 November 2009, yang bunyi amarnya sebagai berikut:

MEMUTUSKAN

1. Menyatakan bahwa Carrefour terbukti secara sah dan meyakinkan melanggar Pasal 17 ayat (1) dan Pasal 25 ayat (1) huruf a UU No 5 Tahun 1999;

2. *Menyatakan bahwa Carrefour tidak terbukti melanggar Pasal 20 dan Pasal 28 ayat (2) UU No 5 Tahun 1999;*
3. *Memerintahkan Carrefour untuk melepaskan seluruh kepemilikannya di PT. Alfa Retailindo, Tbk kepada pihak yang tidak terafiliasi dengan Carrefour selambat-lambatnya satu tahun setelah putusan ini berkekuatan hukum tetap;*
4. *Menghukum Carrefour membayar denda sebesar Rp 25.000.000.000,00 (dua puluh lima miliar rupiah) yang harus disetor ke Kas Negara sebagai setoran pendapatan denda pelanggaran di bidang Persaingan Usaha Departemen Perdagangan Sekretariat Jenderal Satuan Kerja Komisi Pengawas Persaingan Usaha melalui Bank Pemerintah dengan Kode Penerimaan 423755 (Pendapatan Denda Pelanggaran di Bidang Persaingan Usaha);*

4.3. Implikasi Pengendalian Merger.

Membahas mengenai persaingan usaha tidak akan bisa tanpa membahas mengenai merger, karena merger dapat berpengaruh terhadap persaingan yang terjadi dalam suatu pasar. Selain itu larangan-larangan praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat yang diakibatkan oleh perjanjian maupun kegiatan yang diatur dalam UU No. 5/1999 akan mudah untuk disimpangi melalui merger. Dengan bahasa lain, merger menjadi alat yang sah dan legal bagi pelaku usaha untuk menyingkirkan pesaingnya dan/atau mengurangi persaingan karena walaupun pada dasarnya merger merupakan perbuatan hukum yang legal, tetapi merger akan menjadi ilegal manakala transaksi tersebut menimbulkan dampak-dampak negatif sebagaimana dijelaskan sebelumnya.

Tindakan merger adalah *corporate action* yang sangat lumrah terjadi dan merupakan tindakan hukum yang sah dan dilindungi oleh UU No. 40 tahun 2007. Undang-undang hanya memberikan rambu-rambu yang salah satunya adalah harus memperhatikan *persaingan sehat dalam melakukan usaha dan harus juga dicegah kemungkinan terjadinya monopoli atau monopsoni dalam berbagai bentuk yang merugikan masyarakat*. Hal yang serupa juga ditegaskan dalam UU No. 5 tahun 1999, bahwa *Pelaku usaha dilarang melakukan merger yang dapat*

mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.

Dengan demikian maka sejak adanya ketentuan tersebut, maka pelaku usaha harus memperhatikan prinsip-prinsip persaingan usaha yang sehat dalam mengambil tindakan merger. Pemerintah harus mendukung merger yang membawa dampak positif dan memberikan jalan keluar dari berbagai permasalahan yang dihadapi oleh perusahaan. Merger yang membawa dampak efisiensi bagi perusahaan hasil merger, meningkat inovasi dan teknologi, mampu menjadi penetrasi terhadap pasar yang terkonsentrasi, meningkatkan kualitas barang dan atau jasa yang diproduksi dan diiringi dengan penurunan harga adalah contoh positif dari merger yang harus didukung penuh oleh pemerintah.

Meskipun dalam banyak hal merger merupakan kegiatan yang positif, karena membawa efisiensi bagi perusahaan, mampu menjadi penetrasi pasar dan menguntungkan konsumen, namun tidak dapat dipungkiri merger dapat juga menjadi alat yang legal untuk menyingkirkan pesaing dan mengeksploitasi konsumen. Oleh karena itu, agar merger tidak membawa dampak negatif maka perlu untuk dilakukan pengendalian.

Dalam sistem hukum Indonesia, pengendalian yang paling kuat kedudukan hukumnya adalah apabila diatur melalui sebuah undang-undang, karena undang-undang adalah produk hukum tertinggi dibawah undang-undang dasar. Namun oleh karena itu pula undang-undang menjadi rigid dan tidak mudah untuk diubah.

Berbagai undang-undang, diantaranya Undang-undang Perusahaan Terbatas, Undang-undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, Undang-undang Pasar Modal, dan Undang-undang Badan Usaha Milik Negara telah memberikan landasan yang kuat bagi pengendalian merger. Berbagai instansi pemerintah yang merupakan pelaksana dari undang-undang tersebut juga menjadi otoritas yang memiliki kewenangan untuk diperbolehkannya dilakukan merger atau tidak, walaupun penentuan diperbolehkan atau tidak masih belum sepenuhnya berlandaskan pada prinsip-prinsip persaingan usaha tidak sehat.

Peraturan Pemerintah yang mengatur mengenai merger telah pula menjadi aturan operasional untuk transaksi merger, namun sayangnya hingga saat ini peraturan pemerintah mengenai larangan merger yang berdampak terhadap persaingan usaha tidak sehat yang merupakan amanat UU No. 5 tahun 1999 belum ada. Ketiadaan pengaturan tersebut membawa pengendalian merger memasuki wilayah abu-abu dalam suatu aturan hukum, yaitu pengaturan dalam undang-undang ada namun peraturan pelaksanaannya tidak ada, sehingga sering disebut *lex imperfecta*.

Sebagai akibatnya, saat ini KPPU belum pernah menangani perkara dugaan pelanggaran terhadap Pasal 28 UU No. 5 tahun 1999. Namun setidaknya terdapat 2 (dua) perkara yang telah ditangani dan diputus oleh KPPU yang terkait dengan permasalahan merger, yaitu Perkara Kelompok Usaha Temasek yang diputus bersalah melanggar Pasal 25 UU No. 5 tahun 1999 dan Perkara Carrefour yang telah diputus bersalah melanggar Pasal 17 dan Pasal 25 .

Pada kedua perkara tersebut diatas, baik dalam Perkara Temasek maupun Perkara Carrefour, KPPU dengan kewenangan yang dimilikinya, memutuskan bahwa baik Kelompok Usaha Temasek maupun Carrefour harus melepaskan kepemilikannya di perusahaan yang diakuisisinya tersebut. Artinya KPPU melihat bahwa akar permasalahannya dari adanya penyalahgunaan posisi dominan oleh Kelompok Usaha Temasek dan Carrefour adalah adanya tindakan merger yang dilakukan oleh kedua perusahaan tersebut. Tanpa adanya merger, maka belum tentu kedua pelaku usaha tersebut akan mampu melakukan penyalahgunaan posisi dominan.

Penerbitan Perkom No. 1 tahun 2009 tersebut diharapkan dapat menjadi pencegah terjadinya merger-merger yang dapat berdampak kepada persaingan usaha tidak sehat. Perkom No. 1 tahun 2009 ini menerapkan pre-merger notifikasi dengan sistem *voluntary* yang salah satu tujuannya adalah untuk meminimalkan resiko kerugian yang mungkin diderita oleh pelaku usaha jika mergernya dianggap menyebabkan praktek monopoli atau persaingan usaha tidak sehat di kemudian hari sehingga dibatalkan oleh Komisi. Dengan Perkom No. 1 tahun 2009 ini diharapkan menjadi pendorong bagi pelaku usaha untuk melakukan pre-

merger notifikasi, terutama bagi pelaku usaha yang hasil dari transaksi mergernya memenuhi *threshold* yang ditentukan oleh KPPU.

Sejak bulan Juni 2009 sampai dengan Mei 2010, KPPU telah menerima sebanyak 4 (empat) pemberitahuan merger²¹¹. Pemberitahuan yang pertama dilakukan oleh PT. Komatsu Indonesia, namun oleh KPPU tidak dilakukan pra-notifikasi karena yang dilakukan adalah akuisisi terhadap anak perusahaan dengan kepemilikan sebesar 99,9%. Akuisisi dilakukan karena anak perusahaan tersebut terancam kebangkrutan. Dalam hal ini KPPU menilai tidak perlu dilakukan notifikasi.

Pemberitahuan yang kedua disampaikan oleh Meadow Asia Company Limited ("MAC") melalui PT Meadow Indonesia ("MI") yang akan mengakuisisi terhadap 90,76% (sembilan puluh koma tujuh puluh enam persen) saham PT. Matahari Department Store, Tbk ("MDS")²¹². Terhadap akuisisi ini, KPPU melakukan penilaian awal dan kemudian KPPU mengeluarkan *no objection letter*²¹³ dengan penjelasan:

1. *MAC merupakan perusahaan yang didirikan di Cayman Islands dan merupakan anak perusahaan dari CVC Capital Partners ("CVC") yang berkedudukan di Luxemburg. Melalui CVC Europe Equity, CVC menguasai 3,51% saham di Debenhams Plc yang berlokasi di Inggris. MDS merupakan perusahaan yang didirikan di Indonesia, bergerak di bidang ritel modern di segmen department store. Tidak terdapat penngendalian yang sama antara MAC dan MDS sehingga kedua perusahaan tersebut merupakan pelaku usaha yang independen.*
2. *Nilai aset dan nilai penjualan hasil akuisisi MAC oleh MDS memenuhi batasan nilai sebesar Rp6.201.354.000.000,00 (Enam Triliun Dua Ratus Satu Milyar Tiga Ratus Lima Puluh Empat Juta Rupiah), sedangkan nilai aset gabungan hasil pengambilalihan sebesar Rp1.541.122.000.000,00 (Satu Triliun*

²¹¹<http://www.kppu.go.id/baru/index.php?aid=925&mode=art&mnid=81&encodurl=06/01/10,04:06:36>, akses 1 Juni 2010.

²¹²*ibid*

²¹³http://www.kppu.go.id/docs/Merger/pendapat_komisi_a0110, akses 1 Juni 2010.

Lima Ratus Empat Puluh Satu Milyar Seratus Dua Puluh Dua Juta Rupiah).

3. *Komisi menilai bahwa kepemilikan CVC di Debenhams adalah minoritas sehingga bukan merupakan pengendali Debenhams, oleh karena itu meskipun Debenhams juga beroperasi di Indonesia, Komisi menilai tidak ada kegiatan usaha yang overlap antara CVC dan MDS. Oleh karena CVC tidak memiliki kegiatan usaha yang overlap dengan MDS, maka Komisi menilai tidak terdapat potensi praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat akibat dari pengambilalihan saham tersebut. Dengan demikian, Komisi menyatakan tidak keberatan dengan pengambilalihan saham MDS oleh MAC.*

Cukup menarik pemberitahuan merger yang ketiga, yaitu akuisisi yang dilakukan Prudential, Plc, perusahaan asuransi yang didirikan dan berpusat di Inggris terhadap AIA Group, Limited, perusahaan asuransi yang didirikan dan berpusat di Amerika Serikat. Merger ini dilakukan di Inggris namun pihak yang melakukan merger memberitahukan ke KPPU karena baik Prudential, Plc maupun AIA Group, Limited memiliki kegiatan usaha di Indonesia. Hal ini memenuhi pengertian pertama merger asing sebagaimana dimaksud dalam butir 5.1. Perkom No. 1 tahun 2009 yaitu *“merger antara badan usaha asing dengan badan usaha asing yang keduanya atau salah satunya beroperasi di Indonesia”*.

Merger keempat yang diberitahukan juga merupakan merger asing yang memenuhi pengertian ketiga, yaitu *“merger antara badan usaha asing yang tidak beroperasi di Indonesia dengan badan usaha Indonesia*. Merger ini akan dilakukan oleh Unilever Indonesia Holding, B.V. perusahaan yang didirikan dan berkedudukan di Belanda dengan PT. Sara Lee Body Care, Tbk. yang didirikan dan berkedudukan di Indonesia. Merger ke tiga dan keempat ini masih dalam proses pemeriksaan awal di KPPU.

4.4. Tantangan.

4.4.1. Peraturan Perundang-undangan.

Sampai dengan saat ini, pemerintah belum mengeluarkan peraturan pemerintah yang merupakan amanat dari Pasal 28 dan Pasal 29 UU No. 5 tahun 1999.

Syamsul Maarif berpendapat bahwa ada beberapa ketentuan yang belum diatur dan rasanya perlu diatur dalam peraturan perundang-undangan mengenai merger di Indonesia, yaitu:

a. Masalah Divestasi Saham.

Merger pada dasarnya merupakan suatu bentuk investasi. Ketika suatu aktivitas merger dibatalkan (dengan berbagai alasan), maka sesungguhnya pada saat yang demikian terjadi suatu bentuk divestasi. Ketentuan mengenai hal ini harus diatur di dalam suatu peraturan perundang-undangan sebab berpotensi merugikan salah satu pihak yang melakukan merger.

b. Ketentuan mengenai *Holding Company* .

Hubungan antara induk perusahaan dengan anak perusahaan dalam sebuah rangkaian holding company tidak sedikit yang menimbulkan permasalahan persaingan usaha. Selain dapat memperlemah persaingan di pasar (lemahnya pesaing di dalam pasar bersangkutan), hubungan ini juga berpotensi menaikkan *market power* (kekuatan pasar) dari perusahaan holding yang bersangkutan, terlebih apabila perusahaan holding tersebut melakukan merger.

c. Ketentuan mengenai *Spin-off* dan *Corporate Split*

Dalam suatu perusahaan holding, pemisahan ataupun pemecahan perusahaan merupakan hal yang biasa terjadi. Aktivitas ini sebenarnya erat kaitannya dengan masalah divestasi, namun aktivitas *spin-off* dan *corporate split* pada kenyataannya banyak digunakan sebagai bagian dari strategi bisnis perusahaan guna meningkatkan keuntungan. Pemisahaan telah diatur secara umum dalam undang-undang perseroan terbatas yang baru ini.

d. Masalah Merger Lintas Negara (*Cross Broarder Merger*)

Era globalisasi cukup merangsang pelaku usaha untuk melakukan merger dengan pihak asing dalam rangka ekspansi bisnisnya. Ketentuan mengenai larangan membuat perjanjian dengan pihak luar negeri yang dapat menimbulkan praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat, sebenarnya sudah diatur di dalam Pasal 16 UU 5 tahun 1999. Namun, ketentuan mengenai merger (yang pada hakekatnya merupakan suatu bentuk perjanjian) belum ada pengaturannya.

Banyak aspek yang dapat ditimbulkan dari merger jenis ini, selain efek yang mengglobal di antara negara-negara yang bersangkutan, merger jenis ini juga dapat bersangkut-paut dengan masalah perdagangan internasional.

e. Sinkronisasi Merger Perseroan Terbatas, Merger Bank dan Merger Perusahaan Terbuka.

Tersebarnya pengaturan mengenai merger dalam berbagai peraturan perundang-undangan di Indonesia pada suatu saat mungkin akan menimbulkan dilematisasi hukum. Perbedaan pengaturan, kekosongan pengaturan, terlebih jika pengaturannya tumpang tindih, akan

mempersulit pemerintah dalam mengatur aktivitas merger, dan tentu saja, akan semakin banyak merger yang dapat membahayakan persaingan.

f. Strategi Merger (*Merger Game*)

Tak jarang merger digunakan oleh pelaku usaha sebagai strategi ampuh untuk meraup keuntungan yang sebesar-besarnya. Penyalahgunaan aktivitas merger sebagai strategi bisnis dikhawatirkan akan menimbulkan distorsi yang dapat merugikan banyak pihak, merusak persaingan, dan kemungkinan munculnya kekuatan ekonomi di satu tangan.

g. Akuisisi Aset

Saham dan aset merupakan aspek-aspek yang sangat fundamental bagi jalannya suatu perusahaan. Ketentuan mengenai akuisisi saham sudah diatur baik dalam undang-undang, maupun dalam berbagai peraturan pelaksanaannya. Namun, masalah akuisisi aset belum mendapatkan porsi dalam peraturan perundang-undangan Indonesia layaknya akuisisi saham. Oleh karenanya, akuisisi aset dapat menyebabkan berpindahnya hak kepemilikan aset kepada pelaku usaha yang mengakuisisi (*acquiring company*). Terlebih lagi, aktivitas akuisisi aset dewasa ini banyak diwarnai dengan perjanjian "*assets for shares exchange*" yang secara langsung menyebabkan berpindahnya kepemilikan saham.

h. Aspek Pajak

Aktivitas merger, akuisisi, dan konsolidasi merupakan aktivitas yang sarat akan modal. Oleh karena itu, aspek pajak dari transaksi merger tersebut perlu diatur supaya sektor perpajakan tidak terlupakan.

Walaupun menjadi agak luas cakupannya, ketentuan tersebut dapat dituangkan dengan menunjuk pada peraturan organik sebagai peraturan pelaksanaannya.

i. *Leverage Buy Out* (“LBO”) dan *Management Buy Out* (“MBO”)

LBO adalah pembelian seluruh atau sebagian besar saham dari suatu perusahaan, dengan dana yang dipinjam dari pihak ketiga. Dana tersebut biasanya dibayar secara cicilan oleh perusahaan target (*acquired company*) LBO.

Sedangkan MBO adalah sekelompok pelaku usaha dari suatu perusahaan tertentu membeli saham (seluruh atau bagian substansial) dari suatu perusahaan.

LBO dan MBO ini merupakan suatu cara atau strategi pelaku usaha yang secara tidak langsung pada akhirnya dapat merugikan perusahaan target.

4.4.2. Pengendalian Merger oleh KPPU

Pengadilan Negeri Jakarta Pusat dalam Putusan No. 02/KPPU/2007/PN.Jkt.Pst.²¹⁴ yang menguatkan Putusan KPPU tentang Kelompok Usaha Temasek menyatakan bahwa:

“Bahwa KPPU sebagai satu-satunya lembaga yang diberi kewenangan secara eksklusif yang tidak dimiliki oleh Lembaga lain untuk mengawasi persaingan usaha seharusnya tidak saja melakukan tindakan represif melainkan juga preventif sehingga dengan adanya divestasi Indosat tersebut seharusnya selalu mengawal perkembangan divestasi ini, sehingga adanya indikasi terjadinya monopoli atau penyalahgunaan posisi dominan sudah dapat diupayakan dari awal.”

²¹⁴Pengadilan Negeri Jakarta Pusat, Putusan No. 02/KPPU/2007/PN.Jkt.Pst, tanggal 8 Mei 2008, hal. 838.

Berdasarkan pernyataan tersebut diatas, jelas bahwa KPPU adalah satu-satunya lembaga yang memiliki kewenangan untuk mengawasi persaingan usaha, oleh karena itu KPPU harus dapat meyakinkan bahwa pengendalian merger sungguh diperlukan dalam menciptakan persaingan usaha yang sehat, karena merger dapat menjadi alat yang legal untuk menguasai pasar. Perkara Kelompok Usaha Temasek dan Perkara Carrefour harus menjadi contoh tidak hanya bagi Pelaku Usaha bahwa merger yang telah terjadi dapat dibatalkan, namun juga kepada masyarakat mengenai dampak negatif merger yang dipergunakan untuk mengeksploitasi konsumen surplus.

Ketentuan undang-undang yang telah ada yang mengatur kewenangan otoritas sektoral untuk memberikan ijin merger tidak boleh menjadi faktor penghambat bagi KPPU untuk melakukan penilaian terhadap merger, karena otoritas sektoral tersebut tidak memiliki kewenangan untuk menilai apakah sebuah merger dapat berdampak terhadap persaingan usaha.

PP yang akan diterbitkan harus mendukung penilaian merger terhadap persaingan usaha dilakukan hanya oleh 1 (satu) lembaga, yaitu KPPU. Penilaian merger adalah penilaian yang menentukan apakah terdapat keberatan atau tidak ada keberatan dari otoritas. Oleh karena itu harus dilakukan oleh 1 (satu) lembaga saja untuk menghindari adanya standar ganda dalam pengambilan karena penilaian terhadap transaksi merger.

Perlu kita mengingat kembali, pertimbangan Putusan Mahkamah Konstitusi Nomor 012-016-019/PUU-IV/2006 tentang Pengujian UU Nomor 30 Tahun 2002 tentang Komisi Pemberantasan Tindak Pidana Korupsi terhadap UUD 1945²¹⁵ sebagai berikut:

“Dengan kriteria kekhususan demikian, maka terdapat dua pengadilan yang berbeda dalam lingkungan peradilan yang sama, tetapi dengan hukum acara yang berbeda dan susunan majelis hakim serta kewajiban memutus dalam jangka waktu tertentu secara berbeda, padahal menyangkut perbuatan orang yang sama-sama didakwa melakukan tindak pidana korupsi, yang diancam pidana oleh

²¹⁵ Mahkamah Konstitusi, Putusan Nomor 012-016-019/PUU-IV/2006, tanggal 19 des 2006, hal. 283

undang-undang yang sama, yang dapat menghasilkan putusan akhir yang sangat berbeda. Kenyataan yang terjadi dalam praktik di pengadilan umum dan Pengadilan Tipikor selama ini, menunjukkan bukti adanya standar ganda dalam upaya pemberantasan korupsi melalui kedua mekanisme peradilan yang berbeda. Dilihat dari aspek yang dipertimbangkan di atas, Pasal 53 UU KPK yang melahirkan dua lembaga jelas bertentangan dengan UUD 1945, sehingga adalah tidak tepat jika ada yang berpendapat bahwa Pasal 53 UU KPK tersebut tidak bertentangan dengan UUD 1945”.

Maka dapat mempertegas bahwa dalam upaya penegakan hukum, termasuk didalamnya pengendalian merger, sebaiknya hanya melalui 1 (satu) otoritas saja, dalam hal ini KPPU.

4.4.3. Penentuan Pre-merger Notifikasi.

Sistem pre-merger notifikasi dibangun dengan keyakinan bahwa akan lebih baik daripada sistem *post merger* notifikasi yang akan sulit “mengembalikan bubuk kembali menjadi nasi”. Permasalahan yang utama dari *pre-merger* notifikasi adalah apabila terjadi perbedaan pandangan antara otoritas pengawas persaingan usaha dengan pelaku usaha yang melakukan merger terutama apabila pengawas persaingan usaha menilai bahwa merger tersebut berdampak kepada persaingan usaha yang tidak sehat.

Permasalahan ketidakpercayaan pelaku usaha akan lebih kuat terjadi pada otoritas pengawas persaingan usaha yang relatif masih baru dan masih baru pula dalam menerapkan pengendalian merger. Permasalahan tersebut muncul karena dampak yang dikuatirkan terjadi tentunya masih berupa perkiraan semata dengan pengalaman yang sangat terbatas apabila tidak bisa dikatakan tidak ada, hanya berlandaskan pada teori-teori semata dan hanya berdasarkan pengalaman dari otoritas lain yang telah ada lebih dahulu. Pelaku usaha yang melakukan merger tentunya tidak akan mudah untuk menerima bahwa merger yang telah direncanakannya kemudian dinyatakan *objection* oleh KPPU. Akan sulit untuk menerima bahwa hanya karena konsentrasi pasar yang menjadi tinggi menyebabkan merger ditolak.

Oleh karena itu KPPU harus sangat berhati-hati dalam masa-masa awal penerapan pengendalian merger ini dan jangan melakukan kesalahan dalam perhitungan. Selain itu juga harus membuktikan dengan sungguh-sungguh dalam setiap tahapan-tahapan dengan berdasarkan data yang memadai sehingga hasil penghitungan tersebut tak terbantahkan.

Membaca kepada ketentuan Perkom No. 1 tahun 2009 bahwa merger yang dapat dilakukan notifikasi adalah yang memenuhi *threshold*, seharusnya tidak menjadi pintu penutup bagi pelaku usaha yang akan melakukan transaksi merger dengan nilai dibawah *threshold*. KPPU harus dengan tangan terbuka tetap membuka kesempatan bagi pelaku usaha yang memiliki itikad baik untuk melakukan pre-merger notifikasi²¹⁶ dan sekaligus dapat menjadi kesempatan bagi KPPU untuk menambah “jam terbang” dalam menangani notifikasi merger.

4.4.4. Batas Waktu.

Mengingat sistem notifikasi dalam Perkom No. 1 tahun 2009 bersifat *voluntary* dan tidak mengatur mengenai sampai kapan KPPU akan mempermasalahkan suatu merger apabila merger tersebut tidak melakukan pra-notifikasi, maka akan terjadi ketidakpastian hukum bagi Pelaku Usaha yang melakukan merger, karena dengan demikian, KPPU dapat memutuskan menjatuhkan sanksi untuk membatalkan merger apabila ada Pelaku Usaha yang dengan posisi dominannya melakukan pelanggaran terhadap UU No. 5 tahun 1999 dan dimasa lalunya pernah melakukan merger. Sebagai contoh adalah kedua Perkara diatas, yaitu merger yang dilakukan oleh Carrefour terjadi pada tahun 2009 dan Kelompok Usaha Temasek memiliki Telkomsel pada tahun 2001 dan Indosat pada tahun 2003.

Hal ini yang tampaknya ingin dihindari dengan memberlakukan *mandatory* sistem dalam Rancangan Peraturan Pemerintah Penggabungan atau Peleburan Badan Usaha dan Pengambilalihan Saham Perusahaan yang dapat Mengakibatkan Terjadinya Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat tertanggal

²¹⁶Syamsul Maarif, *op.cit.*

19 Mei 2010 (untuk selanjutnya disebut "RPP Merger"). Dengan demikian maka tidak akan ada merger yang memenuhi *threshold* yang tidak dilaporkan. Sehingga diharapkan apabila Pelaku Usaha patuh pada pendapat KPPU, maka tidak akan terjadi dugaan pelanggaran terhadap Pasal 28 UU No. 5 tahun 1999. Dengan segala keuntungan yang didapat, sistem *mandatory* merupakan sistem yang dipakai oleh lebih dari 52 negara yang dilakukan survei oleh Global Review Network.

4.4.5. Kepentingan Umum.

UU No. 5 tahun 1999 dengan tegas menyatakan bahwa transaksi perdagangan termasuk transaksi merger yang merugikan kepentingan umum dilarang. "kepentingan umum" adalah salah satu unsur penting dari unsur "praktek monopoli".²¹⁷ Syamsul Maarif setuju bahwa kepentingan umum dapat diartikan sebagai kepentingan konsumen atau lapangan kerja²¹⁸.

Perkom No. 1 tahun 2009 tidak mengatur secara spesifik mengenai Kepentingan Umum, namun dalam tes substansi yang akan dilakukan oleh KPPU untuk menilai apakah suatu merger dapat menimbulkan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat, 3 (tiga) diantaranya, yaitu: (i) tes Kemungkinan Kerugian Konsumen Melalui Tindakan Unilateral; (ii) tes Kemungkinan Kerugian Konsumen Melalui Tindakan Kolusif; dan (iii) tes Efisiensi, telah memuat mengenai kepentingan konsumen.

Rancangan Peraturan Pemerintah tentang Penggabungan atau Peleburan Badan Usaha dan Pengambilalihan Saham Perusahaan yang dapat Mengakibatkan Terjadinya Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat tertanggal 19 Mei 2010 yang diperoleh penulis telah memuat mengenai kepentingan umum dan kepentingan nasional secara eksplisit, sebagai berikut:

²¹⁷ Syamsul Maarif, *op.cit.*

²¹⁸ *Ibid.*

“Dalam hal terdapat kepentingan umum atau kepentingan nasional, Komisi dapat mengesampingkan hasil penilaian atas Penggabungan Badan Usaha, Peleburan Badan Usaha, atau Pengambilalihan Saham perusahaan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 2 ayat (1) dan Pasal 9 ayat (1)”.

dan penjelasan pasal ini menguraikan bahwa:

“Yang dimaksud dengan kepentingan umum atau kepentingan nasional dalam ketentuan ini adalah kepentingan umum atau kepentingan nasional yang didasarkan pada ketentuan peraturan perundang-undangan”

Perdebatan mengenai pengertian ini masih belum tuntas karena tidak ada definisi yang jelas dan memuaskan di dalam peraturan perundang-undangan.

Sudikno Mertokusumo²¹⁹ menjelaskan bahwa sudah sejak zaman Hindia Belanda telah dikenal pengertian kepentingan umum dengan istilah *“algemeen belang”* (a.l. pas. 37 KUHD), *“openbaar belang”* (a.l. dalam S 1906 no.348), *“ten algemeene nutte”* (a.l. pas.570 KUHPerd) atau *“publiek belang”* (a.l. dalam S 1920 no.574).

Di zaman kemerdekaan kepentingan umum telah banyak diatur dalam pelbagai peraturan perundang-undangan, yang rumusannya berbeda satu sama lain. Dalam Inpres No. 9 tahun 1973 tentang Pelaksanaan pencabutan hak-hak atas tanah dan benda-benda yang ada di atasnya, ditentukan dalam Pasal 1 bahwa kegiatan dalam rangka pelaksanaan pembangunan mempunyai sifat kepentingan umum apabila kegiatan tersebut menyangkut:

- a. kepentingan Bangsa dan Negara; dan/atau
- b. kepentingan masyarakat luas; dan/atau
- c. kepentingan rakyat banyak/bersama; dan/atau
- d. kepentingan Pembangunan.

²¹⁹<http://sudiknoartikel.blogspot.com/2008/03/kepentingan-umum.html>, akses tanggal 20 Mei 2010.

Dari ketentuan tersebut dapatlah disimpulkan bahwa kegiatan dalam rangka pelaksanaan Pembangunan itu ada yang bersifat kepentingan umum dan yang tidak. Kemudian kegiatan Pembangunan yang mempunyai sifat kepentingan umum itu dirinci lebih lanjut menjadi 13 bidang antara lain pertahanan, pekerjaan umum, jasa umum, keagamaan, kesehatan, makam/kuburan, usaha-usaha ekonomi yang bermanfaat bagi kesejahteraan umum. Rupa-rupanya pembentuk undang-undang ingin membuat rumusan yang rinci mendetail tentang kepentingan umum.

Di dalam penjelasan UU No.7 tahun 1983 tentang Pajak Penghasilan (pas.4 ayat 3 I) ditentukan, bahwa usaha yang semata-mata untuk kepentingan umum harus memenuhi syarat-syarat:

1. semata-mata bersifat sosial dalam bidang keagamaan, pendidikan, kesehatan dan kebudayaan;
2. semata-mata bertujuan membantu meningkatkan kesejahteraan masyarakat umum; dan
3. tidak mempunyai tujuan mencari laba.

Selanjutnya di dalam penjelasan Pasal 49 b Undang-undang No. 5 tahun 1986 tentang Peradilan Tata Usaha Negara dikatakan bahwa kepentingan umum adalah

“kepentingan bangsa dan Negara dan/atau kepentingan masyarakat bersama dan/atau kepentingan pembangunan, sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku”.

Penjelasan Pasal 32 UU No. 5 tahun 1991 tentang Kejaksaan dikatakan bahwa kepentingan umum adalah kepentingan bangsa dan Negara dan/atau kepentingan masyarakat luas.

Kepentingan umum harus dapat menunjang pembangunan nasional di bidang ilmu pengetahuan, pendidikan, pariwisata dan lain-lain, demikianlah bunyi penjelasan pasal 4 ayat 1 UU No. 5 tahun 1992 tentang Benda Cagar Budaya.

Secara teoretis dapatlah dikatakan bahwa kepentingan umum merupakan resultante hasil menimbang-menimbang sekian banyak kepentingan-kepentingan

di dalam masyarakat dengan menerapkan kepentingan yang utama menjadi kepentingan umum. Secara praktis dan konkret akhirnya diserahkan kepada hakim untuk menimbang-nimbang kepentingan mana yang lebih utama dari kepentingan yang lain secara proporsional (seimbang) dengan tetap menghormati kepentingan-kepentingan yang lain.

Seyogyanya kepentingan umum dalam peraturan perundang-undangan tetap dirumuskan secara umum, luas. Kalau dirumuskan secara rinci atau kasuistis dalam peraturan perundang-undangan penerapannya akan kaku, karena hakim lalu terikat pada rumusan undang-undang. Rumusan umum oleh pembentuk undang-undang akan lebih luwes/fleksibel karena penerapan atau penafsirannya oleh hakim berdasarkan kebebasannya, dapat secara kasuistis disesuaikan dengan perkembangan masyarakat dan keadaan.

4.4.6. Sanksi.

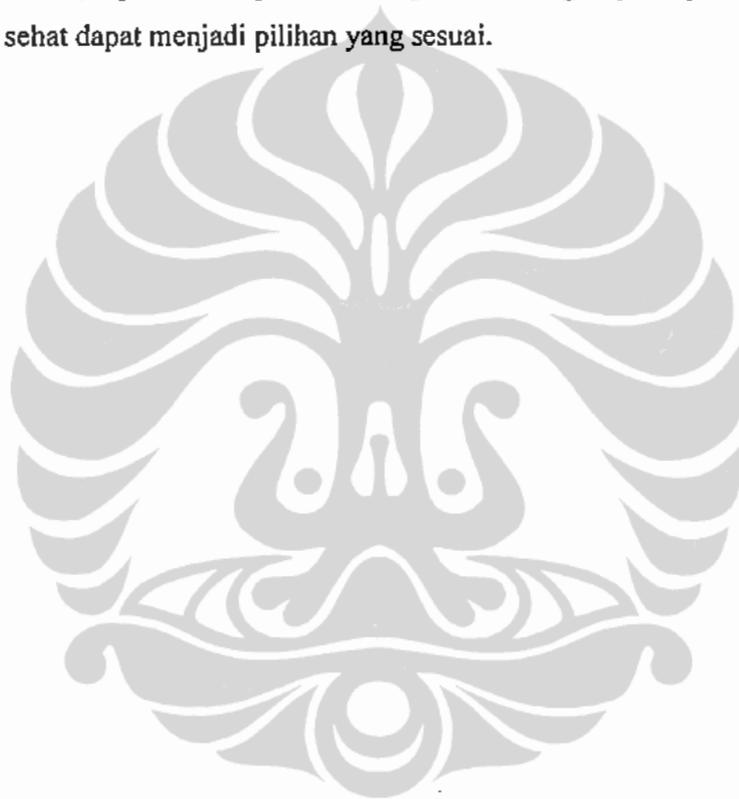
KPPU memiliki kewenangan untuk menjatuhkan sanksi bagi pelanggaran terhadap UU No. 5 tahun 1999 selain berupa sanksi denda antara Rp.1.000.000.000 (satu milyar rupiah) sampai dengan Rp. 25.000.000.000 (dua puluh lima milyar rupiah). Selain itu juga KPPU memiliki kewenangan untuk membatalkan merger seperti yang telah terjadi dalam perkara Kelompok Usaha Temasek dan Perkara Carrefour diatas.

Global Competition Review memberikan catatan bahwa walaupun pada masa resesi seperti saat ini ternyata tidak terjadi pendekatan yang lebih fleksibel dalam penjatuhan sanksi, dan bagaimanapun juga penjatuhan sanksi berupa pemisahan perusahaan menjadi lebih sulit dilaksanakan. Oleh karena itu pengenaan sanksi pada masa-masa seperti saat ini, baiknya memperhatikan 3 (tiga) hal sebagai berikut²²⁰:

1. oleh karena sulit menemukan pembeli yang cocok, masa pemisahan perusahaan yang lebih lama akan menjadi pilihan yang baik.

²²⁰Global Competiton Network, *op.cit.*

2. dalam kondisi demikian, kondisi yang sebaliknya mungkin saja terjadi dengan menurunnya calon pembeli yang cocok dan terbatasnya likuiditas, maka akan lebih baik apabila otoritas persaingan usaha mengupayakan kesepakatan "*fit-it first*" atau meminta "*up-front buyers*" daripada membuka kesempatan bagi pembeli setelah masa pemisahan usai dan tidak adanya kejelasan mengenai pembeli yang potensial.
3. Dibandingkan dengan pengenaan sanksi denda dan pemisahan, maka sanksi berupa perubahan perilaku yang mendukung kepada persaingan yang sehat dapat menjadi pilihan yang sesuai.



UNIVERSITAS INDONESIA

BAB 5 PENUTUP

5.1. Simpulan.

Sistem Pengendalian Merger di Indonesia pertama kali diterapkan melalui UU No. 1 tahun 1995 yang memberikan fondasi awal pengendalian merger melalui ketentuan keharusan memperhatikan prinsip persaingan sehat dalam melakukan transaksi merger. Pengendalian ini kemudian juga termuat dalam beberapa peraturan perundang-undangan yang mengatur sektor lain, diantaranya Undang-undang tentang Pasar Modal, Undang-undang tentang Perbankan, Undang-undang Badan Usaha Milik Negara. Melalui Undang-undang Persaingan Usaha, diatur bahwa merger dilarang dilakukan apabila berdampak kepada praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat, dan juga adanya kewajiban bagi pelaku usaha untuk melaporkan kepada KPPU apabila nilai aset dan atau nilai penjualannya mencapai *threshold* tertentu. Namun ketentuan larangan tersebut sampai sekarang belum dapat dilaksanakan secara efektif karena peraturan pemerintah yang disyaratkan oleh Undang-undang Persaingan Usaha sampai saat ini belum terbit.

Berdasarkan praktek dan pengalaman dari negara-negara yang telah lebih dahulu menerapkan sistem pengendalian merger, maka pengaturan notifikasi yang tepat bagi Indonesia adalah *Mandatory Pre-merger Notification*. Beberapa keuntungan menerapkan sistem ini adalah:

- a. dapat mendeteksi lebih awal kemungkinan terjadinya penyalahgunaan posisi dominan atau monopoli dari perusahaan hasil merger, karena akan dilakukan penilaian awal dan penilaian menyeluruh terlebih dahulu oleh pengawas persaingan sebelum menyatakan keberatan, tidak keberatan, atau tidak keberatan dengan persyaratan.
- b. dapat menjadi sebuah sistem peringatan dini, tidak hanya bagi pelaku usaha yang akan melakukan merger namun juga bagi para pesaing-pesaingnya mengenai adanya perubahan tingkat persaingan;

UNIVERSITAS INDONESIA

- c. dapat mengurangi resiko terjadinya pembatalan merger oleh pengawas persaingan karena dalam sistem ini dikenal dengan adanya mekanisme konsultasi yang tidak mengikat namun dapat memberikan gambaran sikap pengawas persaingan terhadap rencana merger. Sehingga apabila pihak yang akan melakukan merger patuh pada hasil penilaian awal dan penilaian menyeluruh dari pengawas persaingan, maka bisa saja tidak akan pernah ada pembatalan merger.

Masih sumirnya sistem pengendalian merger di Indonesia, membawa beberapa tantangan yang harus dapat terselesaikan oleh peraturan perundang-undangan dimasa yang akan datang, diantaranya adalah:

- a. merger lintas negara dan merger asing dapat berdampak terjadinya persaingan usaha tidak sehat disuatu negara;
- b. sinkronisasi peraturan merger dibidang perseroan terbatas, bank, perusahaan terbuka, dan badan usaha milik negara. Harmonisasi juga perlu dilakukan terhadap lembaga yang melaksanakan pengawasan terhadap transaksi merger agar tidak terjadi birokrasi yang panjang dan mengakibatkan biaya ekonomi yang tinggi yang justru bertentangan dengan semangat merger itu sendiri, yaitu efisiensi;
- c. menentukan *threshold* yang tepat, tidak hanya pada saat pertama kalinya diterapkan namun juga kemungkinan perubahan *threshold* pada tahun-tahun mendatang yang agar tetap sesuai dengan dinamika dunia usaha.
- d. kepentingan umum karena merger selain harus memberikan manfaat yang baik bagi persaingan usaha, juga harus menjadi pendorong terwujudnya kesejahteraan rakyat.

5.2. Saran.

1. Sistem Pengendalian Merger melalui peraturan pemerintah harus segera diterbitkan agar pengendalian merger menjadi lengkap dan dilaksanakan.

Penerbitan ini bertujuan bagi kepastian hukum bagi pelaku usaha yang akan melakukan merger dan mengingat semakin meningkatnya jumlah transaksi merger pada saat ini. Ketiadaan Peraturan Pemerintah tersebut akan menghambat tugas KPPU dalam menegakkan hukum persaingan usaha dan menciptakan iklim persaingan usaha yang sehat di Indonesia. Pengendalian merger tersebut sebaiknya dilaksanakan oleh 1 (satu) lembaga, yaitu KPPU, karena selain pengendalian merger ini sangat berkaitan dengan permasalahan persaingan usaha, juga sebagai suatu penyederhanaan birokrasi dalam kegiatan usaha sehingga tetap mendukung upaya meningkatkan efisiensi dalam kegiatan usaha.

2. Dalam peraturan pemerintah yang akan diterbitkan tersebut, sebaiknya mengatur sistem pengendalian *mandatory pre-merger notification* bagi transaksi merger yang memenuhi *threshold* yang ditetapkan dan memberikan kesempatan untuk melakukan *voluntary pre-merger notification* bagi pelaku usaha yang nilai aset dan atau nilai penjualannya tidak melebihi *threshold*. *Threshold* sebaiknya untuk pertama kalinya ditetapkan tidak terlalu tinggi, agar merger yang kemungkinan berdampak pada persaingan usaha menjadi tetap terkontrol. Penentuan besaran *threshold* sebaiknya diserahkan kepada lembaga pengawas persaingan usaha atau setinggi-tingginya melalui Peraturan Presiden seperti halnya Daftar Negatif Investasi dengan tujuan agar lebih mudah dilakukan penyesuaian untuk mengikuti dinamika perekonomian nasional.
3. Tantangan yang akan dihadapi dalam penerapan pengendalian merger dapat diatasi dengan sebuah peraturan yang jelas dan kuat dalam penegakannya. Peraturan ini juga harus mampu menjadi alat untuk harmonisasi peraturan perundang-undangan yang ada. Pemberian pemahaman mengenai perlunya pengendalian merger harus secara terus menerus dan simultan diberikan kepada publik dan tidak perlu menunggu terbitnya peraturan pemerintah tersebut. pemberian pemahaman perlu diberikan lebih intensif, tidak hanya

kepada pelaku usaha, namun juga kepada lembaga-lembaga negara yang berdasarkan undang-undang yang ada, memiliki kewenangan untuk mengeluarkan ijin merger. Sehingga ketika peraturan pemerintah terbit, lembaga-lembaga negara terkait telah memiliki pemahaman yang sama mengenai perlunya pengendalian merger.



UNIVERSITAS INDONESIA

DAFTAR REFERENSI

I. Buku.

ABA, Section of Antitrust Law. *Antitrust Law Developments*, 5th Edition, United States of America: ABA Book Publishing, 2002.

Anggraini, Anna Maria Tri. *Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, Perse Illegal atau Rule of Reason*, Jakarta: Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003.

Black, Henry Campbell. *Black's Law Dictionary*, St. Paul, Minn: West Publishing Co., 1991.

Echlos, John M., dan Hassan Shadily, *Kamus Inggris Indonesia*, Jakarta: PT. Gramedia, 2000.

Fuady, Munir. *Hukum tentang Merger, (berdasarkan Undang-undang Nomor 40 Tahun 2007)*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2008.

Garner, Bryan A. (ed.), (et.al.). *Black's Law Dictionary, seventh edition*, St. Paul. Minn, West Group, 1999.

Gellhorn, Earnest, dan William E. Kovacic. *Antitrust Law and Economics*, St. Paul, Minn, United States: West Publishing, Co., 1994.

Ginting, Elyta Ras. *Hukum Anti Monopoli Indonesia*, Bandung: Citra Aditya Bakti, 2001.

Global Competition Review, *Merger Control: The International Regulation of Merger and Joint Ventures in 64 Jurisdictions Worldwide*, London: Global Competition Review, 2009.

Hansen, Knud. (et.al.), *Undang-undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*. Jakarta: Katalis, 2001.

Hermansyah, *Pokok-pokok Hukum Pesaingan Usaha di Indonesia*, Jakarta: Kencana Prenada Media Group, 2008.

Hitt., Michael A. (et.al.). *Merger dan Akuisisi: Panduan Meraih Laba Bagi Para Pemegang Saham*, Jakarta: PT. Rajagrafindo Perkasa, 2001.

UNIVERSITAS INDONESIA

- Hornby, A.S. *Oxford Advanced Learner's Dictionary of Current English*, United Kingdom: Oxford University Press, 2005.
- Hovernkamp, Herbert. *Antitrust*, third edition, St. Paul, Minn, United States: West Group, 1999.
- Ibrahim, Johnny. *Hukum Persaingan Usaha: Filosofi, Teori dan Implikasi Penerapannya di Indonesia*. Cet. Kedua. Malang: Bayumedia Publishing, April 2007.
- Jones, Alison, dan Brenda Sufirin. *EC Competition Law, Text, Cases, and Materials*, second edition, New York: Oxford University Press, 2004.
- Khemani, R. Shyam, dan Andre Barsony, *Kerangka Rancangan dan Pelaksanaan Undang-undang dan Kebijakan Persaingan*, Washington, DC. dan Paris: Bank Dunia dan Organisasi Kerjasama dan Pembangunan Ekonomi, diterjemahkan oleh Pahala Tamba, Penerjemah Tersumpah, 1999.
- Khemani, R.S. dan D.M. Shapiro. *Glossary of Industrial Economic and Competition Law*. Diterjemahkan oleh Bambang P. Adiwiyoto.
- Lubis, Andi Fahmi, dan Ningrum Natasya Sirait (ed.), *Hukum Persaingan Usaha, Antara Teks & Konteks*, Jakarta: Komisi Pengawas Persaingan Usaha dan Deutsche Gessellschaft für Technische Zusammenarbeit, GmbH., 2009.
- Mertokusumo, Sudikno. *Penemuan Hukum Suatu Pengantar*, cet. 11, Yogyakarta: Liberty, 2001.
- Muchlinski, Peter. *Multinational Enterprises and the Law*, United Kingdom: Blackwell Publishers, Inc., 1997.
- Nasution, Bismar. *Hukum Kegiatan Ekonomi I*, Jakarta: Book Terrace & Library, 2007.
- Pepall, Lynne, Daniel J. Richards dan George Norman. *Industrial Organization: Contemporary Theory & Practice*, Second Edition, Amerika Serikat: South-Western, 2002.
- Prayoga, Ayudha D. (et.al), *Persaingan Usaha dan Hukum yang Mengaturnya di Indonesia*, Jakarta: Proyek ELIPS, 2000.
- Prodjodikoro, Wirjono. *Azas-azas Hukum Perjanjian*, Bandung: PT. Eresto, 1989.
- Simanjuntak, Cornelis. *Hukum Merger Perseroan Terbatas, Teori dan Praktek*, Bandung: PT. Citra Aditya Bakti, 2004.

UNIVERSITAS INDONESIA

Soekanto, Soerjono. *Penelitian Hukum Normatif, Suatu Tinjauan Singkat*. Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2006.

_____. *Pengantar Penelitian Hukum*. Cet. 3. Jakarta: UI Press, 2005.

Soekanto, Soerjono dan Sri Mamudji. *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*. Cet. 6. Jakarta: PT. RajaGrafindo Persada, 2001.

Subekti. *Hukum Acara Perdata*. Jakarta: BPHN, 1977.

_____. *Hukum Perjanjian*, Jakarta: PT. Intermasa, 2002.

Subekti, R. dan R. Tjitrosudibio. *Kitab Undang-undang Hukum Perdata*, Jakarta, PT. Pradnya Paramita, 2007.

Sutantio, Retnowulan dan Iskandar Oeripkartawinata. *Hukum Acara Perdata dalam Teori dan Praktek*. Bandung: CV. Mandar Maju, 2002.

Usman, Rachmadi. *Aspek-Aspek Hukum Perbankan di Indonesia*, Jakarta : PT. Gramedia Pustaka Utama, 2001.

Widjaja, Gunawan. *Merger dalam Prespektif Monopoli*, Jakarta: PT. RadjaGrafindo Persada, 2002.

Wignjosoebroto, Soetandyo. *Hukum, Paradigma, Metode dan Dinamika Masalahnya: 70 Tahun Prof. Soetandyo Wignjosoebroto*. Jakarta: Elsam, 2002.

II. Peraturan Perundang-Undangan

Indonesia. *Reglement Indonesia yang Diperbaharui*, Staatsblad Nomor 44 Tahun 1941.

_____. *Reglement Hukum Acara untuk Daerah Luar Jawa dan Bali*, Staatsblad Nomor 227 Tahun 1927.

_____. *Undang-undang tentang Perseroan Terbatas*, Undang-undang Nomor 1 tahun 1995, Lembar Negara Republik Indonesia tahun 1995 Nomor 13, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3587.

_____. *Undang-undang tentang Pasar Modal*, Undang-undang Nomor 8 tahun 1995, Lembar Negara Republik Indonesia tahun 1995 Nomor 64, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3608.

UNIVERSITAS INDONESIA

- _____. *Undang-undang tentang perubahan atas UU No. 7 tahun 1992 tentang Perbankan*, Undang-undang Nomor 10 tahun 1998, Lembar Negara Republik Indonesia tahun 1998 Nomor 182, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3790.
- _____. *Undang-Undang tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha tidak Sehat*. Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999. LN Tahun 1999, Nomor 33 TLN Nomor 3817.
- _____. *Undang-undang tentang Badan Usaha Milik Negara*, Undang-undang Nomor 19 tahun 2003, Lembaran Negara Republik Indonesia tahun 2003 nomor 70, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia nomor 4297.
- _____. *Undang-undang tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan*, Undang-undang Nomor 10 tahun 2004, Lembaran Negara tahun 2004 nomor 53, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4389.
- _____. *Undang-undang tentang Penanaman Modal*, Undang-undang Nomor 25 tahun 2007, Lembaran Negara Republik Indonesia tahun 2007 nomor 67, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia nomor 4724.
- _____. *Undang-undang Perseroan Terbatas*, Undang-undang Nomor 40 tahun 2007, Lembar Negara Republik Indonesia tahun 2007 Nomor 106, Tambahan Lembaran Negara Nomor 4756.
- _____. *Peraturan Pemerintah tentang Penggabungan, Peleburan dan Pengambilalihan*, Peraturan Pemerintah Nomor 27 tahun 1998, Lembar Negara Republik Indonesia tahun 1998 Nomor 40, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3741.
- _____. *Peraturan Pemerintah tentang Merger, Konsolidasi dan Akuisisi Bank*, Peraturan Pemerintah Nomor 28 tahun 1999, Lembar Negara Republik Indonesia tahun 1999 Nomor 61, Tambahan Lembaran Negara Nomor 3840.
- _____. *Peraturan Pemerintah tentang Penggabungan, Peleburan, Pengambilalihan, dan Perubahan Bentuk Badan Hukum Badan Usaha Milik Negara*, Peraturan Pemerintah Republik Indonesia Nomor 43 tahun 2005, Lembaran Negara Republik Indonesia tahun 2005 nomor 115, Tambahan Lembaran Negara Republik Indonesia nomor 4554.
- Komisi Pengawas Persaingan Usaha. *Peraturan Komisi tentang Pranotifikasi Penggabungan, Peleburan dan Pengambilalihan*, Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 1 tahun 2009, tanggal 13 Mei 2009

UNIVERSITAS INDONESIA

_____. *Pedoman Penerapan Pasal 1 angka 10 UU No. 5 tahun 1999, Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Republik Indonesia Nomor 3 tahun 2009, tanggal 1 Juli 2009.*

_____. *Putusan Nomor 07/KPPU-L/2007, tanggal 19 November 2007.*

_____. *Putusan Nomor 09/KPPU-L/2009, tanggal 3 November 2009.*

III. Jurnal, Artikel dan Berita Koran

Habib, Slamet, "Penjualan Saham STT ke Qtel: Antara Pelecehan Hukum dan Bangsa" *Harian Ekonomi Neraca*, (4 September 2008).

International Competition Network, Merger Working Group Notification & Procedures Subgroup, *Setting Notification Thresholds for Merger Review*, Report to the ICN Annual Conference, Kyoto, Japan, April 2008.

Juwana, Hikmahanto. *Konsekuensi Keikutsertaan Indonesia dalam Perjanjian Internasional.*

Kalla, Jusuf, *Qtel's Indosat Deal Legal*. *The Jakarta Post*, (14 Juni 2008).

Komisi Pengawas Persaingan Usaha. *Jurnal Persaingan Usaha*, Edisi 1 tahun 2009

_____. *Jurnal Persaingan Usaha*, Edisi 2 tahun 2009

Maarif, Syamsul. "Merger, Konsolidasi, Akuisisi dan Pemisahan PT Menurut UU No. 40/2007 dan Hubungannya dengan Persaingan Usaha", dalam *Jurnal Hukum Bisnis*, Jakarta: Yayasan Pengembangan Hukum Bisnis, Volume 27 No. 1 Tahun 2008, halaman 40 – 49.

Taba, Abdul Salam, *Menyoal Akuisisi Indosat*, *Koran Tempo*, (5 Juli 2008).

Thomas A. Piraino, Jr., "Reconciling the Harvard and Chicago Schools: A New Antitrust Approach for the 21st Century", dalam *Indiana Law Journal*, volume 82:345

Sugiarto, Agus. *Mencari Struktur Perbankan yang Ideal*, *Kompas*, (16 Juni 2003).

IV. Internet

Seda, Frans. *Krisis Moneter Indonesia*. Makalah disampaikan dalam seminar pedalaman Ekonomi Rakyat, Jakarta, 9 April 2002, <http://www.ekonomirakyat.org/edisi_3/artikel_3.htm>, diakses pada tanggal 3 Desember 2008.

Basri, Faisal. *Pelajaran Apa Yang Bisa Kita Peroleh Dari Fenomena Dunia Yang Kian Datar?* Kata Pengantar: Thomas L. Friedman, *The World is Flat: Sejarah Ringkas Abad ke-21*, edisi bahasa Indonesia. Jakarta: Dian Rakyat, 2006, hal. vi-xi. <<http://faisalbasri.blog.friendster.com/2007/12/the-world-is-flat/>>, akses pada 25 Oktober 2009.

Hinten-Reed, Nils von. (et.al). *The Use of Economics in Merger Control Analysis, Global Counsel Competition Law Handbook 2002/03*, <http://www.practicallaw.com>, akses 20 April 2010.

Merger Threshold, http://www.ftc.gov/bb/index.php?option=com_content&task=view&id=88&Itemid=28, akses 25 Mei 2010

Organization for Economic Co-operation and Development, *Policy Roundtables: Substantive Criteria used for Merger Assessment, 2002* <http://www.oecd.org/dataoecd/54/3/2500227.pdf>, akses 23 Mei 2010.

Radjaguguk, Erman. *Globalisasi Hukum Dan Kemajuan Teknologi: Implikasinya Bagi Pendidikan Hukum Dan Pembangunan Hukum Indonesia*, <http://ermanhukum.com/Makalah%20ER%20pdf/GLOBALISASI%20HUKUM%20DAN%20KEMAJUAN%20TEKNOLOGI.pdf>, hal. 1, akses pada 25 Oktober 2009.

The Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, 8 April 1997 www.justice.gov/atr/public/guidelines/horiz_book/hmg1.html, akses 1 Mei 2009,

<http://www.bi.go.id/web/id/info+penting/arsitektur+perbankan+indonesia/> akses 22 Januari 2010.

<http://beginnersinvest.about.com/od/investingglossary/g/economics-of-scale.htm>, akses 20 Februari 2010.

<http://www.reformasihukum.org>, akses 20 Mei 2010.

<http://www.kppu.go.id/baru/index.php?aid=925&mode=art&mnid=81&encodurl=06/01/10,04:06:36>, akses 1 Juni 2010

UNIVERSITAS INDONESIA

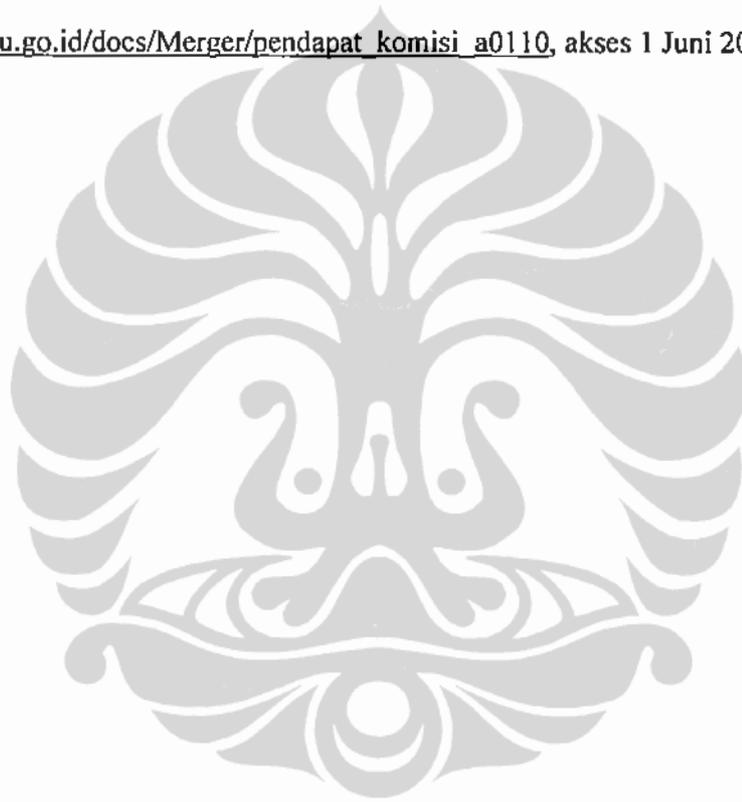
<http://www.kppu.go.id/baru/index.php?aid=248&mode=art&mnid=52&encodurl=05/04/10,02:07:39> akses pada 4 Mei 2010

http://www.kppu.go.id/docs/Putusan/putusan_temasek.pdf, akses pada 4 Mei 2010.

http://www.kppu.go.id/docs/Putusan/putusan_carrefour_09_2009.pdf akses pada 4 Mei 2010

<http://sudiknoartikel.blogspot.com/2008/03/kepentingan-umum.html>, akses 20 Mei 2010.

http://www.kppu.go.id/docs/Merger/pendapat_komisi_a0110, akses 1 Juni 2010.



UNIVERSITAS INDONESIA