



**UNIVERSITAS INDONESIA**

**PENERAPAN DOKTRIN *FAILING FIRM DEFENSE* DALAM MERGER**

**SKRIPSI**

**EDWINA KHARISMA**

**0505000775**

**FAKULTAS HUKUM  
PROGRAM STUDI ILMU HUKUM  
KEKHUSUSAN HUKUM EKONOMI  
DEPOK  
JULI, 2011**



**UNIVERSITAS INDONESIA**

**PENERAPAN DOKTRIN *FAILING FIRM DEFENSE* DALAM MERGER**

**SKRIPSI**


**Diajukan sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar Sarjana Hukum**

**EDWINA KHARISMA**

**0505000775**

**FAKULTAS HUKUM  
PROGRAM STUDI ILMU HUKUM  
KEKHUSUSAN HUKUM EKONOMI  
DEPOK  
JULI, 2011**

## LEMBAR PERNYATAAN ORISINALITAS

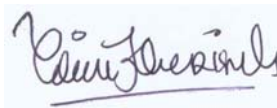


**Skripsi ini adalah hasil karya saya sendiri,  
dan semua sumber baik yang dikutip maupun dirujuk  
telah saya nyatakan dengan benar.**

**Nama : Edwina Kharisma**

**NPM : 0505000775**

**Tanda Tangan :**



**Tanggal : 11 Juli 2011**

## LEMBAR PENGESAHAN

Skripsi ini diajukan oleh :  
Nama : Edwina Kharisma  
NPM : 0505000775  
Program Studi : Ilmu Hukum  
Judul Skripsi :

### PENERAPAN DOKTRIN *FAILING FIRM DEFENSE* DALAM MERGER

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

#### DEWAN PENGUJI

Penguji : Ditha Wiradiputra S.H., M.E. (.....)

Penguji : Parulian Aritonang S.H., LL.M (.....)

Penguji : Teddy Anggoro S.H., M.H (.....)

Ditetapkan di : Depok  
Tanggal : 11 Juli 2011

## KATA PENGANTAR

Puji syukur saya panjatkan kepada Tuhan Yang Maha Esa, karena atas berkat dan rahmat-Nya, saya akhirnya dapat menyelesaikan skripsi ini. Butuh waktu yang sangat lama untuk menyelesaikan penulisan ini, yang dalam proses pembuatannya saya mengalami kendala yang tidak sedikit. Dalam kesempatan ini saya ingin menghaturkan ucapan terima kasih kepada pihak-pihak yang telah berjasa membantu saya selama jenjang perkuliahan saya di fakultas hukum Universitas Indonesia dan juga kepada pihak-pihak yang telah memberikan bantuan dan dukungan kepada saya dalam penulisan skripsi ini. Saya sepenuhnya menyadari bahwa tanpa bantuan dan dukungan moril dari pihak-pihak tersebut, skripsi ini tidak mungkin dapat saya rampungkan. Saya secara khusus ingin mengucapkan terima kasih kepada:

1. Ditha Wiradiputra S.H., M.E., selaku pembimbing skripsi saya yang tanpa dukungan, kesabaran dan pengertiannya, saya tidak mungkin dapat menyelesaikan pembuatan skripsi ini. Saya berterimakasih atas waktu, tenaga dan pikiran yang diluangkan beliau untuk membimbing dan mengoreksi saya dalam proses penulisan skripsi ini.
2. Rahmat Soemadipradja S.H., LL.M., selaku mentor, partner S&T dan teman berdiskusi untuk hal-hal yang berkaitan dengan penulisan skripsi maupun tempat untuk sekedar bercerita tentang permasalahan kehidupan yang saya alami. Saya ingin menyampaikan terima kasih atas dukungan, nasihat, dan bimbingan yang diberikan hingga saat ini.
3. Keluarga besar Soemadipradja & Taher (S&T) Advocates atas dukungan dan pengertiannya yang luar biasa.
4. Orang Tua, Nenek dan Adik-adik saya (Icha, Louisa dan Dinda) atas dukungan dan pelajaran yang diberikan kepada saya tentang kehidupan serta inspirasi yang tiada henti.
5. Apriyanto Irfanil Maknun dan keluarga atas segala kebaikan dan dukungan yang diberikan pada masa-masa yang paling krusial dalam studi saya di fakultas hukum Universitas Indonesia.

6. Teman-teman terdekat saya, Lufti, Tina, Harjo, Meza, Ivan, Fitria, Hanna, Ala, Melissa, Rani, Windri, Adel, Wincen, Simon, Berhan, Ephraim, Mba Miranda, dan teman-teman seangkatan 2005 yang lulus bersama-sama dengan saya (Adya, Nadia, Wenny). Terima kasih atas dukungan, serta kenangan indah yang diberikan selama masa perkuliahan dan masa-masa berkompetisi melalui International Moot Court Society FHUI (Maritime 2006, Willem C. Vis 2007, Asia Cup 2008, Jessup 2008).
7. Serta semua pihak yang tidak dapat saya sebutkan satu per satu

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

Depok, 11 Juli 2011

Penulis

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

---

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

Nama : Edwina Kharisma  
NPM : 0505000775  
Program Studi : Ilmu Hukum  
Fakultas : Hukum  
Program Kekhususan : Hukum Ekonomi  
Jenis Karya : Skripsi

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 :

**PENERAPAN DOKTRIN *FAILING FIRM DEFENSE* DALAM MERGER**

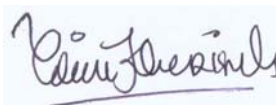
beserta perangkat yang ada (jika diperlukan). Dengan Hak Bebas Royalti Noneksklusif ini Universitas Indonesia berhak menyimpan, mengalihmedia/formatkan, mengelola dalam bentuk pangkalan data (*database*), merawat, dan memublikasikan tugas akhir saya selama tetap mencantumkan nama saya sebagai penulis/pencipta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

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sebenarnya.

Dibuat di : Depok, Indonesia

Pada tanggal : 11 Juli 2011

Yang menyatakan,



( Edwina Kharisma )

## ABSTRAK

Nama : Edwina Kharisma  
Program Studi : Ilmu Hukum  
Judul : Penerapan Doktrin *Failing Firm Defense* dalam Merger

Skripsi ini membahas mengenai penerapan doktrin failing firm defense (FFD) sebagai pembelaan bagi merger antara perusahaan yang saling bersaing dimana secara *prima facie* merger tersebut bersifat anti-kompetisi. Penerapan doktrin FFD ini berlaku untuk memberikan perlawanan pada argumentasi awal yang diberikan oleh otoritas persaingan usaha untuk menghalangi suatu merger. Dalam skripsi ini Penulis akan memaparkan konsepsi dasar dari doktrin FFD serta sejarah penerapannya di Amerika dan Uni Eropa. Selain itu skripsi ini juga bertujuan untuk memaparkan beberapa kriteria uji (*substantive test*) FFD yang digunakan oleh otoritas persaingan usaha di Amerika dan Uni Eropa dalam menentukan kelayakan pembelaan bagi suatu merger yang bersifat anti-kompetisi dengan metode *case study*. Pemahaman mengenai kriteria pengujian doktrin FFD ini penting untuk mencegah terjadinya penyelewengan dalam penggunaan doktrin FFD oleh pelaku usaha serta memberikan kejelasan bagi pelaku usaha sebelum merencanakan sebuah merger.

Kata kunci : doktrin *failing firm*, kepailitan, merger review.



## ABSTRACT

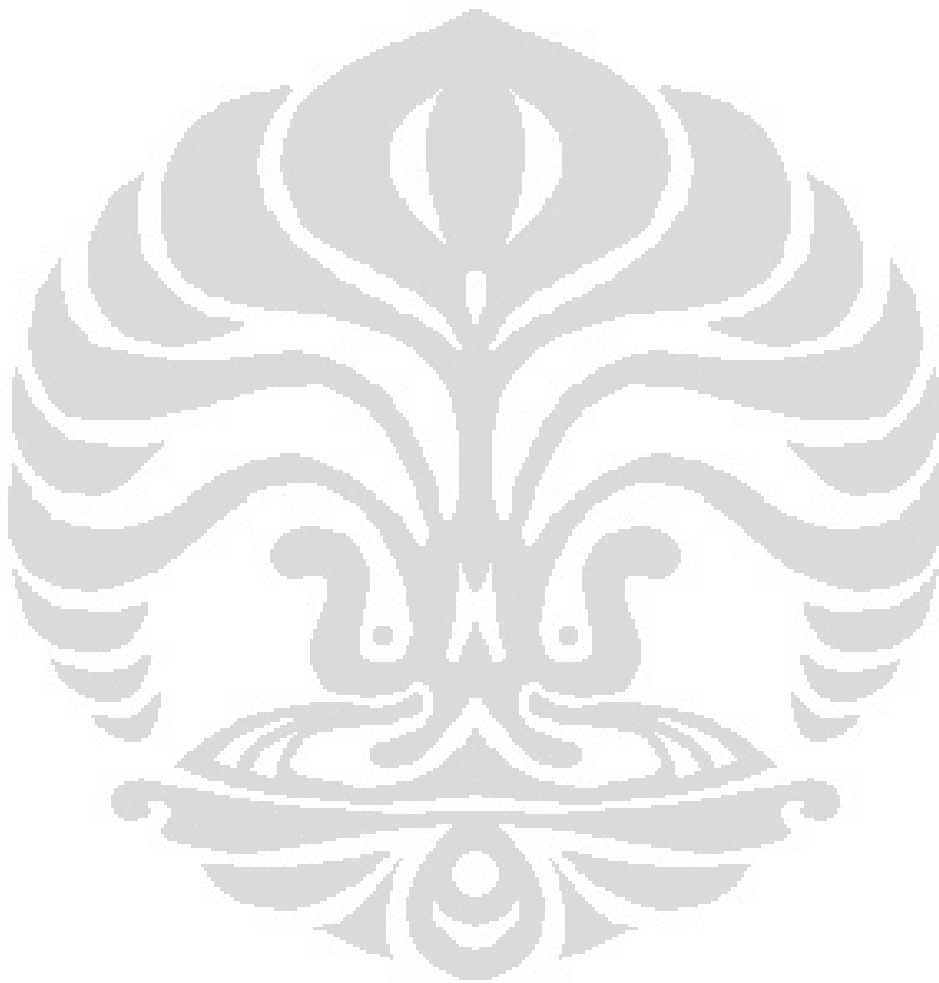
Name : Edwina Kharisma  
Study Program : Law  
Title : Application of *Failing Firm Defense* doctrine in Merger

This study elaborates the application of failing firm defense (FFD) doctrine as a defense used to justify an otherwise anti-competitive merger involving *failing firm/s*. In particular, this doctrine applies in order to rebuff the *prima facie* argument forwarded by competition authority to block a merger. In this study, Writer explains the basic conception of FFD as well as the history of its implementation in the United States and European Union. Apart from that, this study is intended to provide comprehensive elaboration on the assessment of each element in FFD doctrine employed by competition authorities in the United States and European Union by way of case study. Thorough understanding on the legal tests in assessing the defense using FFD doctrine is imperative to avoid abuse of its application and to provide companies with adequate information to carefully plan their merger.

Keywords: failing firm doctrine, bankruptcy, merger review.

**“Every large group can, acting collectively, seriously check, if not entirely stop, the whole flow of social income; and no community...can function tolerably if many groups have such power and must continuously be bribed to forgo its disastrous exercise.”**

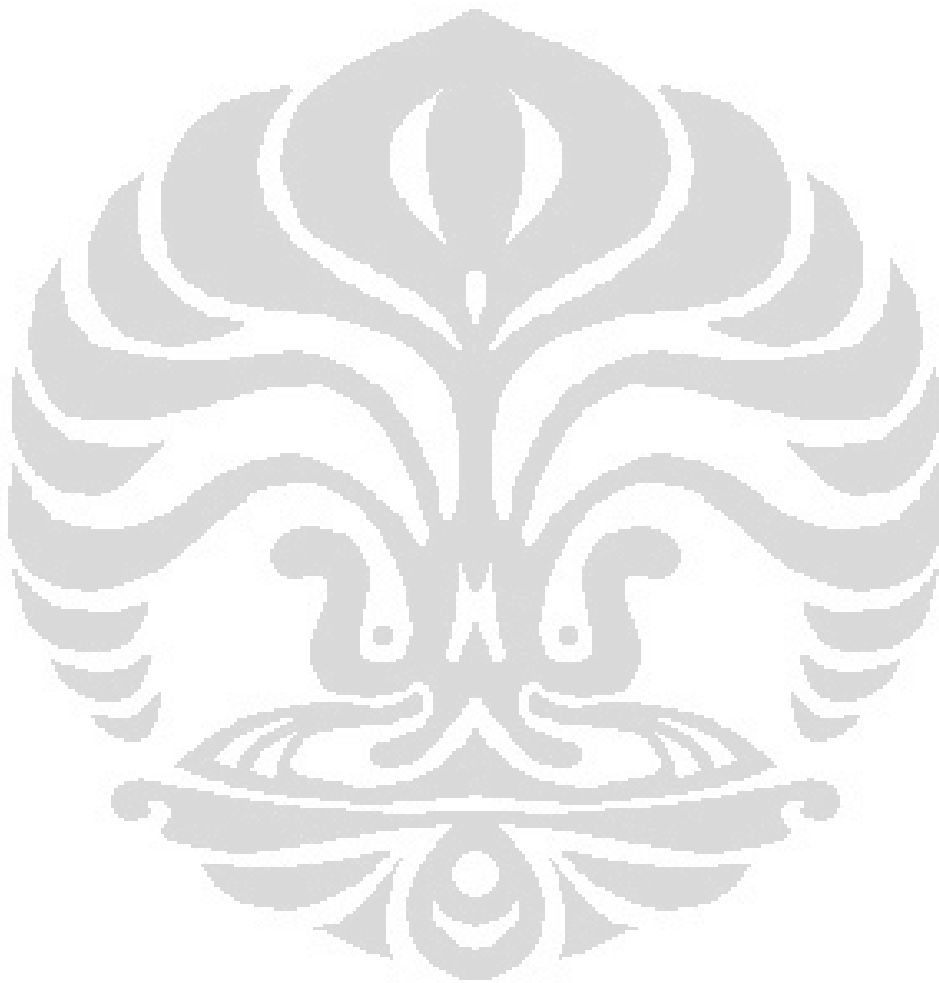
**Henry C. Simons**



## DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL .....	ii
LEMBAR PERNYATAAN ORISINALITAS .....	iii
LEMBAR PENGESAHAN .....	iv
KATA PENGANTAR .....	v
LEMBAR PERNYATAAN PERSETUJUAN PUBLIKASI .....	vii
ABSTRAK .....	viii
DAFTAR ISI .....	xi
<b>BAB I PENDAHULUAN .....</b>	<b>1</b>
1.1 Latar Belakang .....	1
1.2 Pokok Permasalahan .....	11
1.3 Tujuan Penulisan .....	11
1.4 Definisi Operasional .....	11
1.5 Metode Penelitian .....	17
1.6 Sistematika Penulisan .....	18
<b>BAB II MERGER DALAM PERSPEKTIF HUKUM PERSAINGAN USAHA .....</b>	<b>20</b>
2.1 Gambaran Umum Tentang Konsepsi Merger .....	20
2.1.1 Aspek Historis Dari Perkembangan Konsepsi Merger .....	20
1. Gelombang Merger Pada Periode 1897-1904 ( <i>First Wave</i> ) .....	21
2. Gelombang Merger Pada Periode 1916-1929 ( <i>Second Wave</i> ) .....	21
3. Gelombang Merger Pada Periode 1965-1969 ( <i>Third Wave</i> ) .....	22
4. Gelombang Merger Pada Periode 1981-1989 ( <i>Fourth Wave</i> ) .....	23
5. Gelombang Merger Pada Periode 1992-2000 ( <i>Fifth Wave</i> ) .....	23
2.1.2 Merger Dan Ekonomi: Antara Efisiensi Dan Ekspansi .....	25
2.2 Alasan Dan Tujuan Regulasi .....	33
2.2.1 Hal-Hal Yang Mendorong Terciptanya Regulasi Merger ....	33
2.2.2 Tujuan Regulasi Merger .....	37
2.3 Penentuan Dan Pengaplikasian Batu Uji Yang Tepat Pada <i>Merger Review</i> .....	41
1. <i>Dominance Test</i> .....	42
2. <i>Significant Lessening of Competition Test (SLC)</i> .....	42
3. <i>Public Interest Test (PI Test)</i> .....	43
2.4 Hal-Hal Yang Diperhatikan Dalam Melakukan <i>Merger Review</i> .....	44
1. Penentuan Mengenai Pasar Yang Bersangkutan .....	44
2. Penilaian Terhadap Tingkat Kompetisi Pasar Bersangkutan Yang Ada .....	50
2.5 Regulasi Merger Di Indonesia .....	53

<b>BAB III DOKTRIN FAILING FIRM DEFENSE .....</b>	<b>57</b>
3.1 Merger Antara Failing Firm: Konsepsi Dasar Dari <i>Failing Firm Defense</i> .....	57
3.2 Batu Uji Dalam Pemberlakuan <i>Failing Firm Defense</i> .....	61
<b>BAB IV PENUTUP .....</b>	<b>74</b>
4.1 SIMPULAN .....	74
4.2 SARAN .....	75
<b>DAFTAR PUSTAKA .....</b>	<b>76</b>



## BAB I PENDAHULUAN

### 1.1 Latar Belakang

*Policy Roundtables* yang diadakan oleh *Organization for Economic Cooperation and Development* (OECD) pada tahun 2009 mengangkat tema seputar aplikasi dari *failing firm defense* (FFD).<sup>1</sup> Dalam diskusi ini dibahas bahwa akibat langsung dari fluktuasi perekonomian dunia pada Negara-negara anggota OECD adalah banyaknya perusahaan yang turut mengalami krisis finansial.<sup>2</sup> Berangkat dari kenyataan ini, beberapa perusahaan yang tengah berada dalam kondisi keuangan yang sulit (*financially distressed*) mencoba memperbaiki kondisi ekonominya dengan cara menggabungkan diri dengan pesaingnya yang lebih sehat (*healthier competitors*).<sup>3</sup> Penggabungan (*merger*) ini dilakukan karena dipandang tepat oleh pelaku usaha sebagai upaya restrukturisasi yang diharapkan dapat meningkatkan efisiensi produksi dan operasional perusahaan, dan meminimalisasi kerugian.<sup>4</sup> Sebagai konsekuensinya, otoritas persaingan usaha mungkin akan banyak menemukan kasus-kasus *merger* yang melibatkan perusahaan-perusahaan yang bermasalah, dimana beberapa perusahaan mungkin benar-benar dalam kondisi sekarat (*failing firms*) namun beberapa diantaranya mungkin hanya sekedar pesaing yang lemah (*weak competitors*).<sup>5</sup> Dalam beberapa

---

<sup>1</sup> OECD, "Policy Roundtables: The Failing Firm Defence 2009," DAF/COMP (2009) 38, dapat diunduh pada <http://www.oecd.org/dataoecd/16/27/45810821.pdf>, unduhan terakhir pada 12 April 2010.

<sup>2</sup> *Ibid.*

<sup>3</sup> *Ibid.*; Lihat juga, Wait, Amanda L, "Surviving the Shipwreck: A Proposal to Revive the Failing Division Defense," *William and Mary Law Review* Vol. 45:429.; 1.; Mason, Robin and Helen Weeds, "Failing Firm Defence: Merger Policy and Entry," dapat diunduh melalui <http://www.soton.ac.uk/ram2>; Conn, Robert L., The Failing Firm/ Industry Doctrines in Conglomerate Mergers, *The Journal of Industrial Economics*, Vol. 24, No. 3 (Mar., 1976), pp. 181-187; Persson, Lars, The Failing Firm Defense, *The Journal of Industrial Economics*, Vol. 53, No. 2 (Jun., 2005), pp. 175-201; Brock, James W., "Merger Policy and the Antitrust Modernization Commission: Economic power and Miasma of Efficiency," *The Antitrust Bulletin* Vol.54 No.2/Summer 2009: 337; Coate, Malcolm B., "Efficiencies in Merger Analysis: an Institutional View," *Supreme Court Economic Review*, Vol. 13 (2005), pp. 189-240.

<sup>4</sup> Huck, Steffen, Kai A. Konrad, "Merger Profitability and Trade Policy," *The Scandinavian Journal of Economics*, Vol. 106, No. 1 (Mar., 2004), pp. 107-122.

<sup>5</sup> OECD, *loc.cit.*

kasus yang benar-benar melibatkan perusahaan yang bermasalah, pelaku usaha dapat mengajukan FFD sebagai argumentasi untuk memperoleh persetujuan atas aktifitas merger yang dilakukannya.<sup>6</sup>

Penerapan pembelaan dengan menggunakan FFD lebih banyak terjadi pada kasus-kasus merger horizontal. Hal ini karena dalam konteks merger horizontal, perjanjian yang diadakan oleh dua perusahaan independen –yang juga kompetitor langsung- lazim dipandang sebagai hal yang berbahaya bagi persaingan usaha karena memungkinkan terjadinya pembatasan output dan peningkatan harga. Karena konsekuensi suatu perjanjian (merger) bersifat permanen, karena tidak tergantung pada batasan-batasan kondisi kontraktual (konstruksinya tidak temporer seperti perjanjian penetapan harga atau jenis-jenis perjanjian yang dilarang menurut hukum persaingan usaha, karena dibuat untuk suatu waktu tertentu saja). Contohnya, tidak seperti kartel atau boikot yang bersifat sementara atau eksistensinya tergantung pada tekanan yang ada di dalam industri itu sendiri yang mungkin dapat menyebabkan terjadinya disintegrasi, efek merger adalah lenyapnya persaingan antara perusahaan yang melakukan merger.

Relevansi merger horizontal sebagai basis study penulisan ini juga dikarenakan oleh fakta bahwa konsentrasi pasar yang mungkin akan terbentuk dengan dilakukannya merger antara pelaku usaha yang secara langsung berkompetisi (*direct competitor- horizontal merger*) dapat secara langsung maupun tidak langsung memfasilitasi kolusi.<sup>7</sup> Sebagai tambahan, konsentrasi akan semakin mungkin timbul dalam kondisi dimana terdapat sedikit pemain (*fewer firms*) atau kondisi dimana terjadi pengurangan pangsa pasar sebagai akibat dari merger antar kompetitor. Konsekuensinya adalah, merger horizontal memiliki probabilitas yang lebih tinggi untuk mempengaruhi iklim persaingan usaha apabila terjadi kesimpangsiuran maupun ketidakjelasan regulasi. Disamping

---

<sup>6</sup> *Ibid.*

<sup>7</sup> Gellhorn, Ernest, *Antitrust Law and Economics in A Nutshell*, West Publishing Co: United States of America, 1990, hal. 354.

itu, sebagian besar kasus-kasus yang melibatkan penerapan FFD adalah kasus merger horizontal.<sup>8</sup>

Analisis mengenai penerapan FFD dalam peningkatan efisiensi kinerja suatu perusahaan yang bermasalah serta efek yang mungkin ditimbulkannya terhadap pasar umumnya dilakukan dengan mengambil “setting” *Cournot Model of Economy*.<sup>9</sup>

Model ekonomi Cournot adalah varian dari struktur pasar oligopoli yang digunakan untuk mengilustrasikan struktur industri dimana perusahaan bersaing melalui jumlah output yang dihasilkan, yang mereka tetapkan secara independen satu sama lain dalam waktu yang bersamaan.<sup>10</sup> Karakteristik dari model ekonomi ini adalah:

1. Terdapat lebih dari satu perusahaan yang menghasilkan produk yang sama (tidak ada diferensiasi produk);
2. Perusahaan tersebut tidak bekerja sama, tidak ada kolusi;
3. Perusahaan-perusahaan tersebut memiliki market power, konsekuensinya adalah tindakan/keputusan dari tiap perusahaan akan mempengaruhi harga barang;
4. Jumlah perusahaan bersifat tetap;
5. Perusahaan tersebut bersaing dalam jumlah dan memutuskan kuantitas barang yang akan dihasilkan secara bersamaan (*simultaneously*);
6. Perusahaan-perusahaan tersebut berpikir secara ekonomis-rasional dan bertindak secara strategis, pada umumnya mencari kesempatan untuk memaksimalkan keuntungan berdasarkan tindakan/keputusan kompetitornya.

Berdasarkan model ekonomi ini, setiap perusahaan yang bersaing di dalam pasar memiliki insentif untuk membentuk kartel, yang secara efektif akan mengubah model ekonomi Cournot menjadi Monopoli. Karena kartel adalah hal yang dilarang dalam persaingan usaha, pada umumnya fenomena yang terjadi

---

<sup>8</sup> Wait, *loc.cit.*

<sup>9</sup> Persson, *loc.cit.*

<sup>10</sup> *Ibid.*

adalah timbulnya *tacit collusion* dengan strategi untuk mengurangi output yang dihasilkan yang, dengan asumsi *ceteris paribus*, akan menyebabkan naiknya harga dan margin keuntungan bagi perusahaan-perusahaan yang terlibat.

Aplikasi model ekonomi Cournot di dalam studi mengenai implementasi FFD adalah karena potensi terjadinya monopoli sangat besar pada pasar dengan struktur seperti ini, merger yang konsekuensinya adalah terjadinya penyerapan pangsa pasar oleh *acquiring firm* dapat memfasilitasi terjadinya monopoli. Selain itu karena struktur pasar di Indonesia pada umumnya terkonsentrasi pada beberapa pemain besar (i.e. industri pertambangan, perminyakan, perbankan), penerapan FFD dengan setting *Cournot model of Oligopoly* adalah preferensi yang paling sesuai.

Secara historis, FFD adalah doktrin hukum yang lahir di Amerika Serikat (dulu dikenal dengan istilah *the Failing Company Doctrine*).<sup>11</sup> Doktrin hukum ini pertama kali di formulasikan oleh *US Supreme Court* dalam *International v. F.T.C.*<sup>12</sup> Setelah *International Shoe*, doktrin hukum ini sempat diabaikan untuk periode waktu 1930-1950 dan kembali menjadi populer karena diakui oleh *congress* dalam *hearing Celler-Kefauver amendments to the Clayton Act*.<sup>13</sup>

FFD merupakan pengecualian terhadap larangan bagi *anti-competitive* merger yang diatur dalam *Section 7 of Clayton Act*<sup>14</sup> yang merupakan sumber hukum dari *1992 Merger Guidelines*.<sup>15</sup> Dalam aplikasinya, *Federal Trade Commission* (FTC) dan/atau *Department of Justice* (DoJ)<sup>16</sup> kerap kali mengajukan permohonan penangguhan rencana merger yang akan dilakukan oleh perusahaan

<sup>11</sup> Blum, Marc, *Failing Company Discriminant Analysis*, *Journal of Accounting Research*, Vol. 12, No. 1 (Spring, 1974), pp. 1-25.

<sup>12</sup> US Supreme Court, *International Shoe v. F.T.C.*, 280 U.S. 291 (1930), sebagaimana yang dikutip dalam Marc, *Ibid*.

<sup>13</sup> Persson, *loc.cit*; Wait, *loc.cit*.

<sup>14</sup> United States of America, *Clayton Act* § 7.

<sup>15</sup> Blum, *loc.cit*.

<sup>16</sup> Wait, *loc.cit*.; Meskipun dalam US 1992 Merger Guidelines kedua *agency* ini memiliki kewenangan yang tumpang tindih (*overlapping*), namun berdasarkan Hart-Scott-Rodino Act, 15 U.S.C. § 18a (2000) hanya boleh (salah) satu *agency* saja yang melakukan investigasi terhadap suatu transaksi.



kepada Pengadilan (*injuction*) apabila *merging parties* memajukan FFD sebagai justifikasi aktifitas merger yang bersifat anti-kompetisi.<sup>17</sup> Hal ini karena, kompleksitas pembuktian (serta referensi data-data) tidak memungkinkan proses investigasi yang dilakukan FTC atau DoJ untuk cukup dalam menentukan apakah merger yang akan dilakukan tersebut memiliki potensi anti-kompetisi.<sup>18</sup>

Gelombang kebangkrutan pada industri telekomunikasi di Amerika Serikat pada periode 2000 hingga 2002 juga merupakan salah satu faktor yang mengakibatkan tingginya frekuensi penggunaan FFD sebagai justifikasi beberapa merger yang secara *statutory* bertentangan dengan *Merger Guidelines*.<sup>19</sup> Konsekuensinya adalah, dengan semakin banyaknya perusahaan yang menggunakan FFD sebagai justifikasi atas transaksi merger yang akan dilakukannya di depan FTC maupun DoJ, kesempatan untuk melakukan *judicial review* terhadap aplikasi prinsip hukum ini semakin terbuka luas.<sup>20</sup>

Pada dasarnya *Merger Guidelines* mencantumkan beberapa prasyarat atau batu uji dari penerapan pengecualian terhadap *anti-competitive mergers* seperti FFD.<sup>21</sup> Meskipun demikian, penjelasan (dan juga interpretasi) terhadap elemen-elemen FFD di dalam 1992 *Merger Guidelines* tidak dicantumkan dalam *interpretative notes*, sehingga hal ini menyebabkan kerancuan interpretasi dan menciptakan *potential loopholes* bagi pelaku usaha yang beriktikad buruk.

<sup>17</sup> Wait, *Ibid.*; Blum, *loc.cit.*

<sup>18</sup> Wait, *Ibid.*

<sup>19</sup> Staple, Gregory, Neil Imus, *Telecom for Sale: Worldcom's Market Has Changed, Merger Rules Should Change Too*, LEGAL TIMES, Oct. 14, 2002, hal. 51 (dimana di dalam bukunya ini dinyatakan bahwa aktifitas merger yang melibatkan perusahaan-perusahaan telekomunikasi yang bermasalah (*distressed telecom companies*) meningkatkan frekuensi penggunaan "*failing*" defenses yang disebabkan oleh gelombang kebangkrutan pada era telekomunikasi); disamping itu menurut Richard G. Parker, Report from the Bureau of Competition (Apr. 7, 2000), at <http://www.ftc.gov/speeches/other/rparkerpringaba00.htm> (unduh terakhir pada 28 Juli, 2003)., jumlah aktifitas merger yang dilaporkan kepada FTC atau DoJ berdasarkan Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvements Act (HSR Act) meningkat sejak tahun 1999 hingga 2000.

<sup>20</sup> Wait, *loc.cit.*; yang mengutip Helene D. Jaffe, Developments in Merger Law and Enforcement in 1990-91, 60 *ANTITRUST L.J.* 667, 667 (1991) ("dengan kemunduran ekonomi, telah terjadi dampak terhadap peningkatan jumlah akuisisi yang melibatkan perusahaan yang sedang berada dalam masalah serius/ nyaris bangkrut (*'floundering,' 'exiting,' 'failing companies'*)").

<sup>21</sup> Persson, *loc.cit.*; Wait, *loc.cit.*

Disamping itu, ketiadaan standar baku dalam melakukan *assessment* atas kasus-kasus merger yang anti-competitive adalah karena penilaian dilakukan secara *case per case basis* dan standar penilaian serta threshold juga ditentukan berdasarkan jenis industri dan karakteristik pasar (*industry-specific*).<sup>22</sup> Hanya saja, peranan pengadilan di Amerika (dan khususnya Hakim/Judge) sangat kuat dalam pembentukan *precedent*, sehingga beberapa *landmark cases* di Amerika dapat dijadikan sebagai pedoman bagi implementasi FFD (baik oleh FTC dan DOJ maupun di pengadilan).<sup>23</sup> Penerapan *stringent test* dalam aplikasi FFD sangat penting karena FFD berpotensi menyebabkan *surplus loss* dan memberikan insentif bagi *predatory behavior (predation)*.<sup>24</sup>

Dikaitkan dengan ketentuan hukum persaingan usaha di Indonesia, ketentuan mengenai merger dan akuisisi diatur dalam Pasal 28 ayat (1) *juncto* 29 ayat (2) Undang-Undang No. 5 tahun 1999 tentang Larangan Praktek Anti Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (UU No.5/1999) memuat ketentuan yang berbunyi “*Pelaku usaha dilarang melakukan penggabungan atau peleburan badan usaha yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli atau persaingan usaha tidak sehat.*”<sup>25</sup> Selain itu, sebagaimana yang dituangkan dalam Peraturan Pemerintah No. 57 tahun 2010 tentang Penggabungan atau Pengambilalihan Saham Peleburan Badan Usaha dan Pengambilalihan Saham Perusahaan yang dapat Mengakibatkan Terjadinya Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (PP No.57/2010),<sup>26</sup> pelaku usaha yang akan melakukan kegiatan merger dengan nilai nominal transaksi diatas Rp5.000.000.000.000,00 (lima triliun rupiah) atau nilai aset sebesar Rp2.500.000.000.000,00 (dua triliun lima ratus miliar rupiah) diwajibkan untuk

<sup>22</sup> OECD, *loc.cit.*

<sup>23</sup> Wait, *loc.cit.*

<sup>24</sup> Persson, *Ibid.*

<sup>25</sup> Indonesia, *Undang-Undang No.5 Tahun 1999 Larangan Praktek Anti Monopoli dan Persaingan Usaha Sehat*, LN (33), Pasal 28. (UU No.5/1999).

<sup>26</sup> Indonesia, *Peraturan Pemerintah Republik Indonesia No.57 Tahun 2010 tentang Penggabungan atau Pengambilalihan Saham Peleburan Badan Usaha dan Pengambilalihan Saham Perusahaan yang dapat Mengakibatkan Terjadinya Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, LN 89 TLN 5144 (PP No.57/2010).

melakukan pemberitahuan kepada Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU).<sup>27</sup> Pemberitahuan (*pre-merger review*) kepada KPPU merupakan suatu anjuran dan lebih dikenal dengan istilah sebagai “konsultasi” dan dianjurkan untuk dilakukan pada tahap apapun sebelum transaksi berlaku efektif, sedangkan notifikasi harus dilakukan selambat-lambatnya 30 (tiga puluh) hari kerja sejak tanggal telah berlaku efektif secara yuridis penggabungan badan usaha (*post-merger review*). Prosedur untuk melakukan notifikasi atas aktifitas merger serta beberapa indikator yang digunakan oleh KPPU untuk mengeluarkan rekomendasi telah pula dimuat dalam Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha No.10 tahun 2010 tentang Formulir Pemberitahuan Penggabungan, Peleburan Badan Usaha, dan Pengambilalihan Saham Perusahaan (Perkom No.10/2010) dan Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha No. 11 Tahun 2010 tentang Konsultasi Penggabungan, Peleburan Badan Usaha, dan Pengambilalihan Saham Perusahaan (Perkom No.11 Tahun 2010) yang diterbitkan guna melengkapi keberadaan PP No.57/2010.

Namun, ketentuan hukum persaingan usaha dalam konteks merger masih tergolong minim,<sup>28</sup> karena pada dasarnya ketentuan yang diatur didalam PP No.57/2010 dan juga dalam Perkom No.10/2010 lebih bersifat administratif dan prosedural.<sup>29</sup> Persoalan yang terkait dengan *substantive test* yang digunakan oleh KPPU untuk menentukan potensi pemusatan konsentrasi pasar pada satu pelaku usaha, atau menimbang kepentingan penegakan hukum persaingan usaha (*competition law enforcement*) dengan *social cost (Coase Theorem)* yang akan timbul apabila suatu ketentuan hukum persaingan usaha yang dikecualikan keberlakuannya,<sup>30</sup> tidak secara komprehensif dipaparkan di dalam peraturan yang

---

<sup>27</sup> Pasal 5 ayat (2) PP No.57/2010.

<sup>28</sup> Lay, Alexander, B.N Marbun, Soy Pardede, Murman Budianto, Penyunting., *Efektifitas Regulasi Merger dan Akuisisi: Dalam Kerangka Hukum Persaingan Usaha*, Cetakan Pertama (Pustaka Sinar Harapan, Jakarta: 2010), hal.4-5.; Maarif, Syamsul, Ph.D., *Merger Dalam Perspektif Hukum Persaingan Usaha*, (Jakarta: Degraf Publishing, 2010), hal.1-6.

<sup>29</sup> KPPU, *Lampiran Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha No.13 tahun 2010* (Perkom No.10/2010).

<sup>30</sup> Reagan, Donald H., The Problem of Social Cost Revisited, *Journal of Law and Economics* Vol. 15, No. 2 (Oct., 1972), pp. 427-437;

ada. Khususnya mengenai batu uji yang digunakan dalam melakukan penilaian terhadap aktifitas merger dan akuisisi yang melibatkan perusahaan-perusahaan yang berada di ambang kebangkrutan (*failing firms*), dengan kondisi bahwa perusahaan-perusahaan tersebut memiliki pangsa pasar yang signifikan di dalam sebuah pasar yang relevan, dimana hal ini mengakibatkan merger dalam konteks ini bersifat anti-kompetisi.

Karena aktifitas merger akan berdampak pada penyerapan pangsa pasar oleh *acquiring company* kepada *target company* (*absorption of market share*),<sup>31</sup> peraturan merger dan akuisisi di dominasi oleh studi terhadap pangsa pasar. Hal ini karena regulator persaingan usaha memiliki paham bahwa pangsa pasar yang besar akan meningkatkan kecenderungan untuk bertindak anti-kompetisi.<sup>32</sup> Dengan kata lain, *size* (*economic scale*) dari suatu badan usaha akan sangat mempengaruhi performanya di dalam pasar (*structure-conduct-performance test*).<sup>33</sup>

Berkaitan dengan analisis pangsa pasar, dalam penilaian (awal) terhadap rencana merger yang akan dilakukan oleh pelaku usaha, KPPU menentukan standar (*threshold*) untuk mengukur tingkat konsentrasi yang mungkin akan diciptakan oleh aktifitas merger atau akuisisi.<sup>34</sup> Penilaian awal KPPU dilakukan dengan melihat perubahan derajat konsentrasi pasar sebelum dan sesudah merger dengan menggunakan beberapa parameter, contohnya dengan spektrum *Hirschman-Herfindahl Index* (HHI).<sup>35</sup> Penilaian awal ini digunakan sebagai

---

<sup>31</sup> Sebagaimana yang dikutip dalam Persson, *loc.cit.*; The Joined Cases C -68/94, The Court of Justice of the European Communities, Judgment of the Court, Joined Cases C -68/94, *French Republic v. Commission of the European Communities (Community control of concentrations between undertakings — Collective dominant position)*, paragraf. 93-116.

<sup>32</sup> Persson, *loc.cit.*

<sup>33</sup> Lay (dkk), *op.cit.*: pada kutipan seminarnya yang berjudul “Structure-Conduct-Performance: Pertimbangan untuk menilai manfaat merger dan akuisisi di bidang perbankan,” Muliawan Hadad mengemukakan bahwa struktur dari suatu industry menentukan *performace* perusahaan-perusahaan yang bersaing di dalamnya (*competing firms*) (pendekatan *structure-conduct-performance test* melalui pandangan ekonom Harvard).

<sup>34</sup> Pasal 5 Perkom No.11/2010, lihat juga Lampiran Perkom No.13/2010.

<sup>35</sup> Lampiran terhadap Perkom No.10/2010; Lubis, Andi Fahmi, Anna Maria Tri Anggraini, Kurnia Toha, Budi Kagramanto, M. Hawin, Ningrum Natasya Sirait, Sukarni, Syamsul Maarif, Udin Silalahi, *Hukum Persaingan Usaha: Antara Teks dan Konteks*, Andi Fahmi Lubis dan Ningrum Natsya Sirait (Editor), (Jakarta: GTZ, 2009) hal. 210-211; Meskipun metode

landasan bagi KPPU untuk menentukan apakah suatu merger *prima facie* berakibat negatif kepada iklim persaingan usaha.

Apabila berdasarkan hasil penilaian awal terdapat indikasi bagi KPPU untuk melakukan pemeriksaan menyeluruh (misal. apabila nilai HHI suatu merger atau akuisisi berkisar antara 1800-3000), KPPU akan memasukkan beberapa kriteria penilaian sebelum mengeluarkan opininya (*substantive test*).<sup>36</sup> Salah satunya adalah faktor kemungkinan keluarnya badan usaha yang akan melakukan merger dari pasar apabila merger dan akuisisi tidak dilakukan (yang telah didefinisikan diatas sebagai FFD).<sup>37</sup> Sedangkan untuk tingkatan yang lebih mikro, pembelaan yang dilakukan untuk mempertahankan suatu divisi atau anak perusahaan yang tidak memiliki keadaan finansial yang buruk dikenal dengan istilah (*failing division defense/FDD*).<sup>38</sup>

Dalam Lampiran Perkom No.13/2010 menyatakan bahwa Komisi akan mempertimbangkan jika alasan pelaku usaha melakukan merger badan usaha adalah untuk menghindari terhentinya badan usaha tersebut beroperasi di suatu pasar/industri. Namun, batu uji dari penggunaan alasan ini sebagai alasan terhadap suatu merger tidak dipaparkan lebih lanjut.<sup>39</sup> Faktor internal dan eksternal yang terkait pelaku usaha perlu mendapat perhatian namun tidak dipaparkan dalam penjelasan ketentuan Perkom No.13/2010 adalah sebagai berikut:

1. Apa kriteria penilaian yang digunakan oleh KPPU dalam menentukan kelayakan suatu badan usaha untuk dikategorisasikan sebagai *failing firm* (eksaminasi terhadap faktor internal badan usaha seperti *cash flow, debt equity ratio, dll*);

---

penghitungan pemusatan konsentrasi pasar juga dapat dilakukan dengan menghitung *Concentration Ratio (CR)*, namun penghitungan dengan menggunakan HHI lebih umum digunakan. Rumus HHI:  $H = \sum_{i=1}^n s_i^2$  (Lihat Lampiran terhadap Perkom No.13/2010).

<sup>36</sup> Pasal 6 Perkom No.11/2010, lihat juga Lampiran Perkom No.13/2010

<sup>37</sup> *Ibid.*

<sup>38</sup> Wait, *loc.cit.*

<sup>39</sup> Pasal 6 ayat (2) Perkom No. 11/2010 menjabarkan beberapa kriteria penilaian dalam konteks konsultasi, yaitu; (a) hambatan masuk pasar; (b) potensi perilaku anti persaingan, (c) efisiensi, (d) kepailitan. Namun tidak dipaparkan mengenai prosedur pengujian elemen-elemen pasal 6 ayat (2) diatas, khususnya mengenai batu uji yang digunakan untuk menentukan status kepailitan suatu badan usaha dan urgensitas dilakukannya merger sebagai akibat dari kepailitan dari *merging parties* tersebut.

2. Dalam hal suatu perusahaan dinilai sedang berada diambang kebangkrutan, seberapa besar urgensitas dari dilakukannya merger oleh *failing company* dengan perusahaan yang *combined market share*-nya signifikan untuk mempengaruhi kompetisi, untuk menjaga aset perusahaan supaya tetap berada di dalam pasar yang relevan (analisa mengenai struktur pasar dan pemetaan kompetitor yang merupakan faktor eksternal badan usaha);
3. Apa *threshold* yang digunakan oleh otoritas persaingan usaha untuk menentukan bahwa usaha yang dilakukan oleh perusahaan yang menderita kerugian dalam mencari pembeli yang kedudukannya *less anti-competitive* (dengan pangsa pasar yang lebih tidak dominan) untuk menjaga stabilitas persaingan usaha (faktor eksternal) telah cukup.

Beberapa permasalahan diatas melahirkan pertanyaan-pertanyaan seputar; apa saja indikator-indikator yang digunakan oleh KPPU untuk menentukan kondisi “kebangkrutan”? Apakah laporan keuangan suatu perusahaan yang menderita kerugian (*negative cash flow*) selama satu periode tahun keuangan merupakan indikasi yang cukup bagi diberlakukannya pembelaan ini? Hal ini karena hampir sebagian aktifitas merger melibatkan perusahaan dengan proforma laporan keuangan negatif sebelum terjadinya merger.<sup>40</sup> Dalam kondisi ini apakah perusahaan-perusahaan yang melakukan merger tersebut lantas dianggap sebagai “*failing firms*”? Selain itu apakah langkah-langkah yang harus ditempuh oleh suatu perusahaan guna mencari pembeli yang *less anti-competitive* dan beriktikad baik?

Penulis berharap dapat memperlihatkan urgensitas disertakannya unsur-unsur pembelaan terhadap *anti-competitive* merger dalam peraturan perundang-undangan untuk memberikan ruang yang lebih besar bagi proses pengawasan dan penegakkan hukum persaingan usaha (khususnya secara preventif). Sedangkan,

---

<sup>40</sup> Sebagaimana yang dipaparkan di dalam Scherer F., M. and Ross D., *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Houghton Mifflin Company, 1990, merger dengan *failing targets* pada dasarnya umum ditemukan. Sebagai contoh, dari 634 perusahaan yang menjadi sampel penelitian pada aktifitas akuisisi dengan skala besar maupun kecil, 5,8% *target company* memiliki laporan keuangan negatif (*negative operating income*) setahun sebelum diakuisisi. (sebagaimana dikutip dalam Persson, *loc.cit.*).

pemilihan Amerika sebagai komparator studi hukum persaingan usaha, khususnya FFD, dilakukan karena beberapa pertimbangan. Pertama, hukum persaingan usaha di Amerika Serikat merupakan rezim hukum persaingan usaha yang paling tua di dunia. Kedua, berdasarkan sejarah penerapannya, *failing firm defense* firm ini berkembang relatif pesat pertama kali di Amerika Serikat dan pembelaan dengan konsep *failing firm* ini diakui pula oleh *US Supreme Court* sebagai dasar pembelaan yang *valid*, meskipun dalam penulisannya, Penulis akan menyisipkan beberapa putusan dari yurisdiksi lain seperti *European Commission* (EC) yang juga memiliki sejarah panjang dalam penerapan FFD.<sup>41</sup>

## 1.2 Pokok Permasalahan

Pokok permasalahan dalam penulisan ini adalah:

1. Bagaimana konsepsi dasar dari doktrin FFD dan sejarah perkembangannya?
2. Bagaimana penerapan konsep pembelaan (dasar pemaaf) FFD bagi kasus-kasus merger horizontal di Amerika dan Uni Eropa, khususnya mengenai batu uji bagi aplikasi teori ini?

## 1.3 Tujuan Penulisan

Tujuan penulisan ini adalah sebagai berikut:

1. Untuk memaparkan mengenai konsep merger horizontal yang melibatkan perusahaan dengan pangsa pasar yang dominan di dalam pasar yang relevan, dimana kedua (atau salah satu) perusahaan tersebut berada di ambang kebangkrutan (*failing firm*).
2. Untuk menganalisis diterapkannya pembelaan "*failing firm*" sebagai solusi bagi restrukturisasi perusahaan ditengah-tengah krisis ekonomi di Amerika dan Uni Eropa.

## 1.4 Definisi Operasional

---

<sup>41</sup> OECD, *loc.cit.*

Terdapat beberapa istilah yang dalam penulisan ini akan digunakan secara berulang-ulang, untuk menyamakan persepsi dan kepentingan keseragaman konteks, berikut ini adalah daftar istilah yang digunakan sepanjang penulisan ini:

- a. **Merger** adalah bentuk penggabungan badan usaha atau bergabungnya dua atau lebih pelaku usaha yang independen,<sup>42</sup> atau berintegrasinya kegiatan yang dilakukan oleh dua pelaku usaha secara menyeluruh dan permanen.<sup>43</sup>
- b. **Merger Horizontal** adalah penggabungan badan usaha atau beberapa pelaku usaha yang menjalankan kegiatan usaha yang serupa (produk) dan masing-masing berbagi pangsa pasar pada pasar yang relevan tersebut.
- c. **Praktik 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 umum.
- d. **Failing Firm** adalah perusahaan yang berada di ambang kebangkrutan berdasarkan kriteria yang ditetapkan oleh otoritas persaingan usaha atau berdasarkan implementasi dari *failing firm doctrine*.
- e. **Failing Firm Doctrine (FFD)** adalah pembelaan yang FFD dimajukan sebagai pembelaan terhadap *anti-competitive merger* karena regulator persaingan usaha menganggap kerugian yang ditimbulkan perusahaan -yang terpaksa harus dilikuidasi dan keluar dari pasar- kepada masyarakat, karyawan-karyawannya, kreditur, serta pemilik melebihi kerugian bagi iklim kompetisi yang diakibatkan oleh dibolehkannya merger antara “*failing firm*” (*but remain intact*) dengan kompetitornya. Berikut ini adalah petikan

---

<sup>42</sup> Alison Jones and Brenda Sufirin, *EC Competition Law, Text, Cases and Materials*, Oxford University Press, New York, 2004, hlm. 847.

<sup>43</sup> Gellhorn, *op.cit.*



dari putusan *US Supreme Court* pada kasus *International v. FTC (1930)* yang membahas tentang definisi dan rationale dari FFD:<sup>44</sup>

*“A merger of a corporation with resources so depleted and the prospect of rehabilitation so remote that it faced the grave probability of a business failure with resulting loss to its stockholders and injury to the communities where its plants were operated ... is not in contemplation of law prejudicial to the public and does not substantially lessen competition or restrain commerce within the intent of the Clayton Act.”*

- f. **Failing Division Doctrine (FDD)** adalah pembelaan yang diajukan pada kasus-kasus merger sebagai pengecualian terhadap larangan bagi *anti-competitive* merger apabila aktifitas merger tersebut melibatkan *failing firm* dengan kualifikasi tertentu. Kualifikasi yang ditetapkan oleh DoJ pada 1982-1984 US Merger Guidelines adalah *“when the allegedly failing firm is an unincorporated part of a larger parent firm.”*<sup>45</sup> Konsekuensinya adalah, doktrin FDD ini hanya dapat diterapkan kepada *rescue merger* bagi divisi atau *subsidiary* dari sebuah perusahaan. Namun, dikarenakan tidak adanya rezim hukum yang mengatur mengenai merger yang melibatkan divisi gagal dari suatu perusahaan, FFD seringkali digunakan oleh Pengadilan di Amerika untuk memutus kasus *failing division merger*, yang seharusnya diputus menggunakan aplikasi FDD.<sup>46</sup>
- g. **Persaingan Usaha Tidak Sehat** adalah persaingan antar pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan atau pemasaran

---

<sup>44</sup> Wait, *loc.cit.*

<sup>45</sup> Wait, *Ibid.*

<sup>46</sup> US Supreme Court, *Citizen Publishing Co v. United States*, 394 U.S. 131, 136-39 (1969); Central District Court of California, *Calnetics Corp. v. Volkswagen of America, Inc.*, 394 U.S. at 137-39; *FTC v. Bass Bros. Enters.*, Nos. C84-1304, C84-1311, 1984 WL 355, at \*2 (N.D. Ohio, June 6, 1984); *Dr Peper/Seven-Up Cos v. FTC*, 798 Supp. 762, 764 (dikutip oleh Wait, *loc.cit.*).

barang atau jasa yang dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha.

- h. **Badan Usaha** adalah perusahaan atau bentuk usaha, baik yang berbentuk badan hukum maupun bukan badan hukum, yang menjalankan suatu jenis usaha yang bersifat tetap dan terus-menerus dengan tujuan untuk memperoleh laba.
- i. **Pelaku Usaha** adalah setiap orang perorangan atau badan usaha baik yang berbentuk badan hukum maupun bukan badan hukum yang didirikan dan berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum negara Republik Indonesia, baik sendiri maupun bersama-sama melalui perjanjian menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang ekonomi.<sup>47</sup>
- j. **Konsumen** adalah setiap pemakai dan atau pengguna barang dan/atau jasa baik untuk kepentingan diri sendiri maupun untuk kepentingan pihak lain.<sup>48</sup>
- k. **Komisi Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU)** adalah sebagaimana dimaksud dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.
- l. **Posisi Dominan** adalah keadaan di mana pelaku usaha tidak mempunyai pesaing yang berarti di pasar bersangkutan dalam kaitan dengan pangsa pasar yang dikuasai, atau pelaku usaha mempunyai posisi tertinggi di antara pesaingnya di pasar bersangkutan dalam kaitan dengan kemampuan keuangan, kemampuan akses pada pasokan atau penjualan, serta kemampuan untuk menyesuaikan pasokan atau permintaan barang atau jasa tertentu.<sup>49</sup>

---

<sup>47</sup> Pasal 1 ayat (5) UU No.5/1999

<sup>48</sup> Pasal 1 ayat (15) UU No.5/1999

<sup>49</sup> Pasal 1 ayat (4) UU No.5/1999

- m. **Konsentrasi Pasar** adalah fungsi dari jumlah pelaku usaha dan pangsa pasarnya masing-masing dari total nilai penjualan, total nilai kapasitas produksi, total nilai cadangan atau total nilai pelanggan pada suatu pasar bersangkutan.<sup>50</sup>
- n. **Pelaku Usaha Pengendali** adalah pelaku usaha yang memiliki saham atau menguasai suara lebih dari 50% (lima puluh persen) dalam Badan Usaha; atau memiliki saham atau menguasai suara kurang dari atau sama dengan 50% (lima puluh persen) tetapi dapat mempengaruhi dan menentukan kebijakan pengelolaan Badan Usaha dan/atau mempengaruhi dan menentukan pengelolaan Badan Usaha.<sup>51</sup>
- o. **Struktur Pasar**<sup>52</sup> adalah sistem ekonomi yang mempertemukan kekuatan *supply* (penawaran) dan *demand* (permintaan) untuk suatu barang dan jasa tertentu. Pasar terdiri atas *customer* (konsumen), *suppliers* (pemasok), jalur distribusi, mekanisme penentuan harga yang mempengaruhi transaksi. Contohnya, pasar minuman soda terdiri dari produsen (*manufacturer*), *bottlers* (pengemas), distributor, *retailer* (pembeli dalam jumlah banyak/pemasok), restoran dan konsumen.
- p. **Pasar Oligopoli** adalah salah satu bentuk struktur pasar dimana dalam pasar tersebut hanya terdapat sedikit perusahaan (*few sellers*). Setiap perusahaan di dalam pasar tersebut memiliki kekuatan yang sama untuk mempengaruhi harga pasar dan perilaku setiap perusahaan akan mempengaruhi perilaku perusahaan lainnya di dalam pasar.<sup>53</sup>

---

<sup>50</sup> Lampiran Perkom No.13/2010 hal.5

<sup>51</sup> Lampiran Perkom No. 13 /2010 hal.5

<sup>52</sup> Gunawan Widjaja, *Merger dalam Perspektif Monopoli*, PT Rajagrafindo Persada, Jakarta, 2002, hal.11.

<sup>53</sup> Stephen Martin, *Industrial Economics, Economic Analysis and Public Policy*, 2<sup>nd</sup> Ed. (Oxford: Blackwell Publishers, 1994), sebagaimana dikutip dalam Lubis et al, Hukum Persaingan Usaha: Antara Teks dan Konteks, hal 87.

- q. **Cournot Model of Economy** adalah bentuk turunan dari pasar oligopoli yang digunakan untuk mengilustrasikan struktur industri dimana perusahaan bersaing melalui jumlah output yang dihasilkan, yang mereka tetapkan secara independen satu sama lain dalam waktu yang bersamaan.<sup>54</sup>
- r. **Pasar Bersangkutan** (*relevant market*)<sup>55</sup> adalah pasar yang digunakan sebagai *setting* untuk menentukan apakah telah terjadi praktik monopoli. Penentuan pasar bersangkutan dapat dilakukan dengan beberapa metode yaitu, *elasticity of demand*, yaitu dengan mengukur sensitifitas suatu produk terhadap perubahan harga, yang dinyatakan dengan persentase perubahan harga. Atau dengan metode *cross elasticity of demand* (CED) antara kedua produk yang saling dikaitkan. Namun kadangkala penentuan pasar yang relevan tidak dapat dilakukan secara *an sich*. Berbagai pertimbangan khususnya yang berhubungan dengan karakteristik pasar yang berbeda satu sama lain, juga sangat mempengaruhi. Oleh karena itu dikenal pula konsep pasar geografis yang relevan digunakan untuk menilai kompetisi produk yang ada di dalam pasar tersebut. Berbagai hal yang relevan dalam penentuan suatu pasar bersangkutan adalah:
1. Struktur pasar, yaitu keadaan pasar yang memberikan petunjuk tentang aspek-aspek yang memiliki pengaruh penting terhadap perilaku usaha dan kinerja pasar, antara lain jumlah penjual dan pembeli, hambatan masuk dan keluar pasar, keragaman produk, sistem distribusi, dan penguasaan pangsa pasar.
  2. Perilaku pasar yang diartikan sebagai tindakan yang dilakukan oleh pelaku usaha dalam kapasitasnya sebagai pemasok atau pembeli barang dan atau jasa untuk mencapai tujuan perusahaan (antara lain pencapaian laba,

---

<sup>54</sup> Perrson. *loc.cit.*

<sup>55</sup> *Ibid*, hal 17-19.

pertumbuhan aset, target penjualan, dan metode persaingan yang digunakan).

3. Pangsa pasar, yang merupakan persentase nilai jual atau beli barang atau jasa tertentu yang dikuasai oleh pelaku usaha pada pasar bersangkutan dalam tahun kalender tertentu.
4. Harga pasar adalah harga yang dibayar dalam transaksi barang atau jasa sesuai kesepakatan antara pihak di pasar yang bersangkutan.

### 1.5 Metode Penelitian

Penelitian Skripsi ini merupakan penelitian hukum normatif. Metode penelitian yang digunakan dalam penelitian ini adalah metode kepustakaan. Metode pendekatan analisis data yang dipergunakan adalah metode analisis kualitatif sehingga menghasilkan laporan yang bersifat deskriptif analitis.<sup>56</sup> Penelitian Skripsi ini menurut bentuknya adalah penelitian deskriptif,<sup>57</sup> sedangkan menurut penerapannya adalah penelitian berfokus masalah (*problem-focused research*).

Jenis data yang digunakan adalah data sekunder dan tersier. Data sekunder dan tersier digunakan untuk memperoleh dan menjelaskan bahan hukum yang berkaitan dengan pokok bahasan. Jenis data yang digunakan dalam penelitian ini adalah data sekunder yang terdiri dari bahan hukum primer, sekunder, dan tersier sebagai berikut.<sup>58</sup>

- a. Bahan hukum primer, yaitu bahan hukum yang mempunyai kekuatan mengikat berupa peraturan perundang-undangan Indonesia, yaitu UU No. 5 tahun 1999, PP No.57/2010, Perkom No.1/2009.

---

<sup>56</sup> Sri Mamudji et al., *Metode Penelitian dan Penulisan Hukum*, (Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia,2005), hal 67.

<sup>57</sup> Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, (Jakarta: UI Press, 2005), hal. 10. Apabila suatu penelitian ditujukan untuk mendapatkan saran-saran mengenai apa yang harus dilakukan untuk mengatasi masalah-masalah tertentu, maka penelitian tersebut dinamakan penelitian preskriptif.

<sup>58</sup> *Ibid*, hal. 32.

- b. Bahan hukum sekunder, yaitu bahan hukum yang erat kaitannya dengan bahan hukum primer dan dapat membantu menganalisa, memahami, dan menjelaskan bahan hukum primer, yang antara lain adalah teori para sarjana, putusan pengadilan, legislasi asing, buku, penelusuran internet, artikel ilmiah, jurnal, surat kabar, dan makalah.
- c. Bahan hukum tersier, yaitu bahan hukum yang memberikan petunjuk maupun penjelasan atas bahan hukum primer dan sekunder, misalnya ensiklopedi, atau kamus.

Sebagai bahan untuk melakukan perbandingan, Penulis menggunakan beberapa laporan kerja dan panduan yang dipublikasikan oleh Organization of Economic Cooperation and Development (OECD).

Penulis juga menggunakan instrumen hukum dan kasus-kasus di Amerika Serikat dan Uni Eropa dalam melakukan studi komparatif mengenai penerapan konsep “*failing firm defense*” sebagai dasar pembelaan atas dilakukannya merger horizontal antara pelaku usaha yang merupakan kompetitor dan memiliki *combined market share* yang signifikan. Alasan Penulis menggunakan Amerika Serikat sebagai model pembanding dan contoh kasus adalah sebagai berikut. Pertama, hukum persaingan usaha di Amerika Serikat merupakan rezim hukum persaingan usaha yang paling tua di dunia.<sup>59</sup> Kedua, berdasarkan sejarah penerapannya, *failing firm defense* firm ini berkembang relatif pesat pertama kali di Amerika Serikat dan pembelaan dengan konsep *failing firm* ini diakui pula oleh *US Supreme Court* sebagai dasar pembelaan yang *valid*.

## 1.6 Sistematika Penulisan

Dalam Bab I, Penulis akan memaparkan tentang permasalahan dari pengaturan kegiatan merger di Indonesia, khususnya mengenai minimnya perangkat regulasi yang secara filosofis menjelaskan mengenai merger dari aspek persaingan usaha,

---

<sup>59</sup> Di Amerika Serikat, hukum persaingan usaha termaktub dalam *Sherman Act* yang dilegislati pada tahun 1890 dan *Clayton Act* yang dilegislati pada tahun 1914. Sementara di Uni Eropa, hukum persaingan usaha baru dilegislati pada tahun 1958 dalam *Treaty of Rome*. Di Kanada, hukum persaingan Usaha baru dilegislati pada tahun 1985 dalam *Competition Act*. Di Jepang, hukum persaingan usaha baru dilegislati pada tahun 1947 dalam *Antimonopoly Act*.

serta implikasi yang dapat ditimbulkan oleh *unsupervised* merger kepada masyarakat dan perekonomian Indonesia. Disamping itu, Bab ini juga didedikasikan untuk membahas mengenai efektifitas dari PP No.57/2010 sebagai ketentuan pelaksana dari Pasal 29 (3) UU No.5/1999 dari perspektif kepastian hukum dan iklim usaha.

Dalam Bab II, Penulis akan menjabarkan tentang konsepsi merger dalam perspektif hukum ekonomi dan hukum persaingan usaha di Indonesia. Dalam bab ini akan dibahas mengenai perangkat hukum persaingan usaha di Indonesia yang mengatur mengenai corporate action dalam bentuk merger serta konsekuensi hukum yang mungkin ditimbulkan oleh suatu merger. Khususnya, mengapa secara filosofis, merger (yang apabila dilihat dari struktur kegiatannya lebih relevan bila hanya dibahas dari segi hukum korporasi, juga dibahas dalam ketentuan hukum persaingan usaha.

Dalam Bab III, Penulis akan menjabarkan tentang konsep failing-firm doctrine sebagai safeguard dalam usaha penegakkan hukum persaingan usaha di Amerika Serikat dan beberapa contoh kasus dari Uni Eropa sebagai bahan perbandingan. Pembahasan mengenai potensi penerapan doktrin *failing firm* dalam prosedur *pre-merger review* di Indonesia juga akan dibahas dalam Bab III ini.

Dalam Bab IV, Penulis akan menjabarkan tentang simpulan terhadap kemungkinan untuk diterapkannya "*failing firm defense*" dalam hukum persaingan di Indonesia sebagai solusi dalam melakukan restrukturisasi perusahaan.

## BAB II

### MERGER DALAM PERSPEKTIF HUKUM PERSAINGAN USAHA

#### 2.1 Gambaran Umum tentang Konsepsi Merger

Terdapat begitu banyak alasan mengapa perusahaan memilih untuk melakukan aktivitas merger.<sup>60</sup> Namun dua alasan yang paling dominan adalah *the pursuit of efficiency and economic scale*.<sup>61</sup> Dalam paruh awal bab ini, penulis akan memaparkan beberapa aspek dalam konsepsi merger sebagai salah satu bentuk dari *corporate action*. Aspek-aspek tersebut menyangkut latar belakang dan sejarah perkembangan konsepsi merger, alasan-alasan yang dipergunakan sebagai batu pijakan dalam melakukan merger.

Kemudian, akan dijelaskan mengenai relevansi serta mekanisme dan tujuan dari sebuah merger *review*. Hal ini mencakup pembahasan mengenai merger dari sudut pandang hukum persaingan dan *layout* hukum persaingan usaha Indonesia yang mengatur mengenai kegiatan merger.

##### 2.1.1 Aspek Historis dari Perkembangan Konsepsi Merger

Merger di Indonesia mulai dikenal pada tahun 1950-an. Pada periode ini, pemerintah memberlakukan kebijakan nasionalisasi (meskipun ini bukan merger dalam konteks yang sebenarnya). Pemberlakuan merger sebagai cara untuk menyatukan beberapa perusahaan (pada periode ini bank-bank) baru kembali diberlakukan pada tahun 1970 dengan dikeluarkannya Keputusan Menteri (Kepmen) Keuangan Republik Indonesia (RI) No Kep.614/MK/II/8/1971 tentang Pemberian Kelonggaran Perpajakan Kepada Bank-Bank Swasta Nasional yang Melakukan Penggabungan (Merger).

Di lain yurisdiksi, eksistensi merger sebagai suatu bentuk pengembangan usaha (*business expansion*) telah diakui di Amerika sejak akhir Abad ke-19. Fenomena ekonomi yang dilahirkan oleh kegiatan merger juga membawa dampak yang signifikan pada pembentukan rezim hukum persaingan usaha di Amerika.

---

<sup>60</sup> Wish, Richard, *Competition Law*, Fifth Edition, LexisNexis UK, 2003, hal 783.

<sup>61</sup> Fluck, Zsuzsanna and Anthony W. Lynch, "Why do Firms Merge and then Divest? A Theory of Financial Synergy, *University of Chicago Journal of Business*, 1999, vol. 72, no. 3, <http://pages.stern.nyu.edu/~alynch/pdfs/jb99fl.pdf> unduhan terakhir pada 1 Juni 2011.



Hingga saat ini, rezim hukum yang mengatur kegiatan merger telah mengalami pergantian sebanyak 5 kali (*merger wave*), seperti yang dipaparkan dibawah ini:<sup>62</sup>

1. Gelombang merger pada periode 1897-1904 (*First Wave*)

Gelombang merger ini ditandai dengan tingginya horizontal merger yang terjadi antara perusahaan monopolis, seperti perusahaan pembuat rel kereta api dan perusahaan listrik. Sebagian besar merupakan merger horizontal antara perusahaan-perusahaan yang bergerak di bidang *heavy industry*.<sup>63</sup> di lingkungan pabrik (industri).<sup>64</sup> Periode merger ini disinyalir terjadi sebagai akibat dari longgarnya ketentuan mengenai hukum perusahaan yang berlaku saat itu, serta kurangnya sumber daya manusia (dalam konteks penegakkan hukum/*law enforcement*) dalam mengimplementasikan The Shearman Act of 1890. Merger pada era ini gagal karena perusahaan tidak mampu mencapai tujuan efisiensi yang diharapkan, peraturan hukum yang kurang mendukung aktivitas merger, serta pertumbuhan ekonomi yang melambat diikuti dengan jatuhnya nilai saham di pasaran. Kolapsnya pasar modal pada tahun 1904 menandai berakhirnya gelombang merger yang pertama ini.

2. Gelombang merger pada periode 1916-1929 (*Second Wave*)

Kebangkitan ekonomi pada tahun 1910-an membangkitkan kembali gelombang merger kedua yang ditandai dengan tingginya penggunaan dana pinjaman sebagai moda pembiayaan bagi aktivitas merger dan akuisisi (*debt financing*). Sebagian besar merger yang dilakukan pada era ini merupakan merger horisontal antara perusahaan oligopolis, dimana pemerintah mendorong para pelaku usaha untuk bergabung dan bekerja sama menghadapipersaingan dengan perusahaan asing. Hal ini terutama terjadi

---

<sup>62</sup> Widjaja, *op.cit.*, hal. 42-44.

<sup>63</sup> Retno Wiranti, "Merger dan Akuisisi: Sebuah Perjalanan ke Masa lalu," Media Berkala Komisi Pengawas Persaingan Usaha: Kompetisi, Edisi 24, [http://www.kppu.go.id/docs/Majalah%20Kompetisi/kompetisi\\_2010\\_edisi24.pdf](http://www.kppu.go.id/docs/Majalah%20Kompetisi/kompetisi_2010_edisi24.pdf) unduhan terakhir pada 4 maret 2010.

<sup>64</sup> *Ibid.*

di Jepang, yang bersiap-siap mengantisipasi gempuran pesaing dari Amerika dan Eropa.<sup>65</sup>

Pada periode yang sama, Kongres Amerika Serikat mulai merasakan perlunya perlindungan terhadap konsumen dari penyalahgunaan kekuatan pasar yang berlebihan dari pelaku usaha yang melakukan kegiatan merger, dan untuk itu maka diundangkanlah the Clayton Act pada tahun 1914. The Clayton Act diharapkan dapat menampung kebutuhan akan larangan merger yang bersifat anti persaingan, yang tidak dapat diakomodasi oleh ketentuan dalam The Shearman Act. Karena diberlakukannya The Clayton Act ini, dalam gelombang merger yang kedua tidak ditandai oleh tingginya aktivitas merger horizontal, namun terjadi aktivitas yang tinggi pada kegiatan merger vertikal dan merger konglomerasi. Ambruknya pasar modal Amerika sebagai akibat dari terjadinya resesi ekonomi (*the Great Depression*) pada tahun 1927 menandai berakhirnya gelombang merger kedua ini.

### 3. Gelombang merger pada periode 1965-1969 (*Third Wave*)

Gelombang merger ketiga menandai *booming*-nya perekonomian dunia, khususnya di Amerika Serikat. Fenomena *economic revival* ini dibarengi dengan pemberian insentif dalam bentuk pengurangan pajak.<sup>66</sup> Era ini merupakan era merger yang ditandai dengan adanya gelombang besar dalam merger konglomerasi. Karena merger dalam gelombang ketiga ini merupakan merger yang bersifat konglomerasi, maka merger tidak ditandai oleh peningkatan konsentrasi pasar pada industri tertentu. Hal lain yang juga menyebabkan gelombang merger ketiga ini tidak diikuti dengan peningkatan konsentrasi pasar, adalah diundangkannya *Celler-Kefauver Act* pada tahun 1950 yang memperkuat keberlakuan *the Clayton Act*. Merger pada era ini terjadi karena banyaknya dorongan faktor-faktor ekonomis dan non ekonomis dalam dunia usaha. Disamping itu, kebangkitan pasar modal pada tahun 1960-an memberikan pilihan baru dalam pembiayaan merger dan akuisisi

---

<sup>65</sup> *Ibid.*

<sup>66</sup> *Ibid.*

dalam era ini. Dapat dikatakan bahwa sebagian besar merger dan akuisisi yang terjadi dalam periode ini dibiayai oleh penjualan saham melalui bursa pasar modal. Namun pada tahun 1968, *Attorney General* memerintahkan para konglomerat untuk membatalkan dan memisahkan kembali mergernya karena kinerja yang buruk dari perusahaan-perusahaan hasil merger.

#### 4. Gelombang merger pada periode 1981-1989 (*Fourth Wave*)

Kegiatan merger pada era ini sebagian besar merupakan merger antara perusahaan besar. Merger dilakukan antara perusahaan minyak dan gas, perusahaan farmasi, bank dan perusahaan penerbangan.<sup>67</sup> Pengambilalihan oleh perusahaan asing merupakan hal yang sering ditemui, dimana pengambilalihan tersebut dilakukan dengan semena-mena (*hostile take over*). Periode ini berakhir dengan dikeluarkannya *Anti Takeover Laws*, reformasi institusi finansial oleh pemerintah, serta pecahnya Perang Teluk.<sup>68</sup>

Terdapat 5 karakteristik dari gelombang merger keempat ini, yaitu:

- a. Tingginya peran *investment banker* dalam membujuk pelaku usaha untuk melakukan merger dan akuisisi;
- b. Meningkatnya kecanggihan dalam strategi pelaksanaan akuisisi;
- c. Meningkatnya penggunaan utang dalam pembiayaan merger dan akuisisi (setelah berkurang dalam gelombang merger ketiga);
- d. Munculnya banyak pertentangan dalam kebijakan hukum antara pemerintah federal dan pemerintah Negara bagian;
- e. Mulai banyaknya pengambilalihan perusahaan Amerika Serikat oleh perusahaan asing.<sup>69</sup>

#### 5. Gelombang merger pada periode 1992-2000 (*Fifth Wave*)

Gelombang merger pada periode ini memiliki karakteristik yang sama dengan gelombang merger pada periode 1981-1989, hanya saja dengan

---

<sup>67</sup> *Ibid.*

<sup>68</sup> *Ibid.*

<sup>69</sup> Gaughan, Patrick A., *Mergers, Acquisitions, and Corporate Restructurings*. New York: John Wiley & Sons, Inc, 1999.

semakin ketatnya peraturan pasar modal di Amerika Serikat, dalam era ini sudah mulai jarang terjadi *hostile take over*. Kegiatan merger dalam periode ini berlangsung antar bank serta antar perusahaan telekomunikasi yang memiliki target jangka panjang.<sup>70</sup> Selain itu merger dalam gelombang kelima ini sudah lebih banyak menggunakan kombinasi antara aset dan utang (*equity and debt financing*). Bahkan dalam era ini lebih banyak terjadi *strategic merger* yang memungkinkan perusahaan hasil merger berkembang dengan pesat.

Lima fase perkembangan regulasi merger di Amerika ini sangat mempengaruhi pembentukan aturan atau ketentuan yang berhubungan dengan persaingan usaha di Amerika Serikat. Setelah berlalunya kelima fase regulasi merger di Amerika, terdapat beberapa hal yang penting untuk diketahui, yaitu:<sup>71</sup>

1. Pada tahun 1960 dan 1970, kebijakan penegakan hukum yang diberlakukan bersifat agresif, kemudian berubah menjadi kebijakan yang permisif pada era Reagan dan Bush (1981-1992).
2. Pada tahun-tahun Clinton memerintah, kebijakan tersebut kembali bersifat agresif, dan berubah menjadi permisif kembali pada era Bush.<sup>72</sup>
3. Pada tahun 1968, Donald Turner, kepala Divisi Antitrust dibawah pemerintahan Presiden Johnson, mempublikasikan *Merger Guidelines* pertama di Amerika Serikat. *Guidelines* tersebut mencakup merger horizontal dan vertikal, dan meskipun memiliki banyak kelemahan, *guideline* tersebut setidaknya menunjukkan perhatian pemerintah terhadap regulasi merger terkait persaingan usaha.

Seiring dengan berjalannya waktu, *merger guidelines* telah mengalami revisi dan perubahan sebanyak empat kali, yaitu pada tahun 1982, 1984, 1992, dan

---

<sup>70</sup> Retno Wiranti, *loc.cit.*

<sup>71</sup> *Ibid.*

<sup>72</sup> Satu hal yang mesti dicermati adalah, adanya perubahan iklim dan fluktuasi pengaturan aktivitas merger sangat dipengaruhi oleh kepentingan politi yang berubah-ubah sesuai pergantian rezim pemerintahan. (Lihat, Retno Wiranti, *Ibid.*).

1997.<sup>73</sup> Hart-Scott-Rodino Act, contohnya, yang setelah 25 tahun pengundangan, masih mengalami proses modifikasi.<sup>74</sup> Seluruh *guidelines* tersebut, yang disusun atau diresmikan dibawah pemerintahan Reagan, Clinton, dan Bush pada era 1981-2001, tidak hanya memberikan kerangka kerja namun juga menunjukkan tujuan otoritas persaingan usaha.<sup>75</sup>

Selain Amerika Serikat, negara maju lainnya yang telah memiliki regulasi merger sejak puluhan tahun yang lalu adalah Jepang dan *European Union* (EU). Ketiganya menganut prinsip pre-merger notification yang mewajibkan pelaku usaha yang akan melakukan merger dan akuisisi, untuk melaporkan rencana kegiatannya terlebih dahulu kepada otoritas persaingan usaha di negaranya.

### 2.1.2 Merger dan Ekonomi: Antara Efisiensi dan Ekspansi

Optimalisasi dari tingkat efisiensi produksi merupakan tujuan utama dalam setiap kegiatan ekonomi. Dengan mengoptimalkan tingkat efisiensi dalam proses produksi, pelaku usaha akan mampu memperoleh keuntungan yang maksimal. Dalam konteks perekonomian modern, maksimalisasi efisiensi juga merupakan tonggak penting dari lahirnya teori keunggulan komparatif (*comparative advantage*) yang dipostulatkan oleh Paul Samuelson (1784).<sup>76</sup>

---

<sup>73</sup> *Ibid.*

<sup>74</sup> Howell, G Andy, "Why Premerger Review Needed Reform-And Still Does?," *William and Mary Law Review*, Vol.43:1703; Joe Sims & Deborah P. Herman, "The Effect of Twenty Years of Hart-Scott-Rodino on Merger Practice: A Case Study in the Law of Unintended Consequences Applied to Antitrust Legislation," 65 *ANTITRUST L.J.* 865, 880-84 (1997); Symposium: Twenty Years of Hart-Scott-Rodino Merger Enforcement, 65 *ANTITRUST L.J.* 813 (1997).

<sup>75</sup> *Ibid.*

<sup>76</sup> Adam Smith mengeluarkan sebuah postulat yang menjadi dasar perkembangan teori comparative advantage (keunggulan komparatif) yang kemudian dikembangkan dan di-solid-kan oleh Paul Samuelson (1969), Kutipan dari bukunya *Wealth of Nation* tersebut adalah:

"What is prudence in the conduct of every private family can scarce be folly in that of a great kingdom. If a foreign country can supply us with a commodity cheaper than we ourselves can make it, better buy it of them with some part of the produce of our own industry, employed in a way in which we have some advantage. The general industry of the country, being always in proportion to the capital which employs it, will not thereby be diminished... but only left to find out the way in which it can be employed with the greatest advantage." (Adam Smith, *The Wealth of Nations*, Book IV:2, Modern Library edition)

Teori keunggulan komparatif mendalilkan bahwa tidak selamanya produksi barang dan/atau jasa harus dilakukan di dalam negeri sendiri (*domestically manufactured*).<sup>77</sup> Karena tujuan utama dari konsep ekonomi modern yang didasari oleh pemikiran adalah maksimalisasi akumulasi modal, maka orientasi kegiatan ekonominya adalah, apabila secara matematis dan ekonomis, efisiensi ekonomi dapat dicapai dengan tidak melakukan produksi barang dan/atau jasa tertentu melainkan melakukan impor atau melakukan penambahan faktor produksi (misalnya tenaga kerja dengan jalur *outsourcing*), maka hal tersebut adalah opsi yang *favorable* untuk diambil. Disamping itu, penerapan *strategic trade policy* dapat mengeliminasi kerugian yang potensial dialami oleh perusahaan dengan keterbatasan *economic of scale*.<sup>78</sup> dengan Lambat laun, prinsip efisiensi yang diusung oleh teori keunggulan komparatif ini turut digunakan sebagai landasan diambilnya langkah-langkah ekonomi strategis oleh perusahaan multinasional.<sup>79</sup> Peningkatan efisiensi menjadi penting untuk dilakukan sebagai strategi untuk mengoptimalkan daya saing dan menambah keunggulan kompetitif perusahaan (*competitive advantage of enterprises*).<sup>80</sup>

Hal ini mengakibatkan terjadinya pergeseran paradigma terhadap konsep keunggulan komparatif yang pada awalnya berfokus pada ekonomi Negara menjadi keunggulan kompetitif yang berfokus pada perusahaan perusahaan, yang sifatnya eksklusif pada keunggulan perusahaan yang berasal dari perusahaan itu sendiri, dan bukan keunggulan wilayah atau teritori.<sup>81</sup> Selain itu, sebagai konsekuensi logis dari globalisasi, seperti meleburnya batasan-batasan teritorialitas, penurunan hambatan perdagangan dan pelarangan terhadap investasi asing, perkembangan dalam teknologi komunikasi, kelonggaran pengaturan, dan

---

<sup>77</sup> *Ibid.*

<sup>78</sup> Krugman, Paul L., "IS FREE TRADE PASSÉ?," *Journal of Economic Perspective* (American Economic Association), Fall 1987, at 131-44.

<sup>79</sup> Scherer and Ross, *Industrial Market Structure and Economic Performance* (Houghton Mifflin, 3<sup>rd</sup> Edition, 1990, pp. 159-167 (Lihat, Richard Whish, *op.cit.* hal 783).

<sup>80</sup> Ankli, Robert E., "Michael Porter's Competitive Advantage and Business History," dapat diunduh pada <https://h-net.org/~business/bhcweb/publications/BEHprint/v021/p0228-p0236.pdf> unduhan terakhir pada 1 Juni 2011.

<sup>81</sup> *Ibid.*

penyebaran kebijakan yang berpihak pada sektor usaha tidak dapat dielakkan lagi menjadi penyebab meningkatnya pengambilan kebijakan strategis perusahaan sebagai katalisator bagi proses ekspansi usaha melalui kegiatan *merger* dan akuisisi.<sup>82</sup>

Dalam kaitannya dengan rencana pengembangan perusahaan, sebagaimana yang dikutip oleh Gunawan Widjaja,<sup>83</sup> Warren J. Keegen dalam bukunya yang berjudul *Global Marketing Management* menyatakan bahwa pengembangan usaha secara internasional dapat dilakukan dengan cara:

1. Melakukan kegiatan ekspor;
2. Melalui pembelian lisensi;
3. Pembentukan *franchising* (waralaba);
4. Pembentukan perusahaan patungan (*joint venture*);
5. Kepemilikan total yang dapat dilakukan melalui *direct ownership* atau melalui merger dan akuisisi.

Berdasarkan hal ini, dapat disimpulkan bahwa merger dan akuisisi sebagai *corporate actions* ditujukan sebagai media untuk melakukan ekspansi usaha yang lebih cepat dan efisien dibandingkan pengembangan usaha lewat jalur konservatif yang lainnya.<sup>84</sup> Beberapa transaksi mega merger yang sukses meningkatkan pangsa pasar dan dengan hasil memuaskan yang terkenal sepanjang sejarah dapat dilihat di bawah ini:

Di Indonesia, merger banyak dilakukan oleh bank. Gelombang merger pertama yang dilakukan juga:

- Periode: 1999  
*Merging companies:*  
 Bank Dagang Negara (BDN)  
 Bank Ekspor Impor (Exim)  
 Bank Bumi Daya (BBD)  
 Bank Pembangunan Indonesia (Bapindo)

---

<sup>82</sup> Friedman, Thomas L., *The World Is Flat: The Globalized World in the Twenty-First Century*, Penguin Books, England 2006.

<sup>83</sup> Gunawan Widjaja, *op.cit.*

<sup>84</sup> *Ibid.*

Hasil:

Gabungan antara 4 bank ini melahirkan Bank Mandiri yang oleh Majalah Asia Finance dinobatkan sebagai bank terbaik di Indonesia karena keberhasilannya dalam mencapai angka 7 triliun dalam keuntungan.

- Periode 2008

Merging companies:

1. PT Bank Rabobank Indonesia
2. Bank Hagabank
3. Bank Hagakita

Hasil:

Transaksi ini memosisikan Rabobank sebagai bank asing terbesar di Indonesia dengan total asset mencapai 10 Triliun.

Diluar Indonesia, beberapa transaksi merger yang sukses mencapai tingkat efisiensi yang diinginkan adalah sebagai berikut:

- Periode: 1987

Merging Companies:

1. Stephen Jaques Stone James
2. Malleons

Hasil:

Malleons Stephen Jaques, dan berpengaruh sangat besar terhadap perkembangan industri telekomunikasi di Australia.

- Periode: 1988

Merging Companies:

1. Tower Federal Savings Bank of Indiana
2. Landmark Savings and Loan (Saginaw/Bay City) of Michigan
3. First Savings Association of Dowagiac of Michigan

Hasil:

Memberikan pengaruh yang sangat besar bagi Industri perbankan Amerika

- Periode: 1999

Merging Companies:



1. Pfizer
2. Warner Lambert

Hasil:

Merger antara dua perusahaan ini disinyalir sangat krusial peranannya dalam melanggengkan posisi Pfizer sebagai pemimpin dalam pasar obat dengan resep (*prescription drugs*).

- Periode: 1999

Merging Companies:

1. Exxon Oil
2. Mobil Oil

Hasil:

Merger antara Exxon dan Mobil merupakan proses merger dengan durasi approval paling panjang yang ditangani oleh Federal Trade Commission (FTC). Exxon Mobil menuai kesuksesan pasca transaksi mega merger ini. Transaksi ini disebut-sebut sebagai transaksi yang mengubah peta industri minyak hingga saat ini.

- Periode 2005

Merging Companies:

1. JP Morgan Chase
2. Bank One Corp.

Hasil:

Merger ini menempatkan perusahaan hasil merger ini menjadi bank kedua terbesar di Amerika dengan total asset sebesar 1 triliun Dollar Amerika.

- Periode: 1998

Merging companies:

1. Daimler-Benz AG
2. Chrysler Corporation

Hasil:

Transaksi ini menghasilkan Daimler-Chrysler yang merupakan perusahaan otomotif dalam posisi tiga besar dunia dari segi *revenues*, *markert capitalization*, dan *earnings*.

- Periode: 2001

Merging companies:

1. Association of European Universities
2. Confederation of European Union Rector's Conference.

Hasil:

Merger ini memberikan kekuatan yang lebih besar kepada komunitas universitas (penyedia jasa pendidikan tinggi) di Eropa.

- Periode: 2005

Merging companies:

Periode: 2005

Merging Companies:

1. Adidas Salomon-AG
2. Reebok International

Hasil:

Pada Agustus 2005, raksasa sepatu Jerman, Adidas membeli perusahaan Amerika, Reebok dan menempatkan Adidas/Reebok sebagai pesaing langsung yang berbahaya bagi Nike sebagai *market leader* pada *footwear industry* Amerika dengan peningkatan pangsa pasar sebesar hampir 21, 1 persen bagi Adidas.

Namun tidak semua merger memiliki dampak baik bagi persaingan usaha, khususnya peningkatan tingkat efisiensi dan kesejahteraan konsumen. Beberapa merger yang dilakukan antara pelaku usaha yang sama-sama memiliki kekuatan pasar yang signifikan malah bersifat *inefficient*.

James W. Brock menyebutkan beberapa contoh kasus di Amerika dimana merger dilakukan oleh beberapa perusahaan besar dan pada akhirnya malah menyebabkan kerugian di pihak konsumen, karena merger memberikan akses bagi pelaku usaha untuk melakukan tindakan unilateral yang merugikan persaingan.<sup>85</sup> Beberapa contoh kasus dimana merger antara kompetitor memicu inefisiensi di dalam industri, antara lain:<sup>86</sup>

- Industri Senjata untuk keperluan Pertahanan

---

<sup>85</sup> James W. Brock, *loc.cit.*

<sup>86</sup> *Ibid.*

Pada tahun 1990-an, industri senjata di Amerika diwarnai oleh beberapa merger. Operator senjata seperti Unisys, IBM dan Ford bergabung menjadi satu menjadi Loral Corporation, yang kemudian diakuisisi oleh Lockheed. Lockheed kemudian bergabung dengan Martin Marietta untuk membentuk Lockheed Martin Juggernaut. Sedangkan di lain pihak, Northrup, Grumman, dan Vought Aircraft bergabung bersama untuk selanjutnya bergabung dengan operator senjata LTV untuk membentuk grup kedua yaitu, Northrup Grumman. Perusahaan ketiga terbesar, Raytheon, mengakuisisi operator pertahanan Hughes Electronics, Texas Instruments, dan E-Systems. Selain itu, Boeing mengakuisisi McDonnell Douglas, salah satu dari 2 produsen dari pesawat jet komersial disamping merupakan produsen besar dari berbagai sistem persenjataan pesawat. Boeing juga membeli industri pesawat ruang angkasa dan sistem pertahanan milik Rockwell, unit operasional ruang angkasa milik Hughes, dan sistem pertahanan milik Magnovox.

Efek dari merger-merger ini sangat besar terhadap struktur industri senjata di Amerika. Hal ini ditunjukkan dengan jumlah pangsa pasar dari 4 (empat) perusahaan hasil merger melonjak dari 26% pada 1992 menjadi 50% pada 2002, dengan jumlah pangsa pasar dari 10 perusahaan terbesar di industri ini mencapai 50% hingga 63%.<sup>87</sup> Hasilnya adalah, militer menjadi sangat tergantung kepada beberapa perusahaan senjata besar. Hal ini memberikan perusahaan-perusahaan senjata tersebut *leverage/bargaining position* untuk memaksa Pentagon membiayai beberapa proyek pengembangan senjata dengan mengabaikan proyek pengembangan senjata lain yang mungkin lebih dibutuhkan oleh Pentagon.

Tingginya konsentrasi pada industri ini menyebabkan kondisi pasar tidak kondusif bagi terciptanya efisiensi. Salah satu indikator dari tidak adanya efisiensi adalah tingginya harga senjata dan pesawat terbang.

---

<sup>87</sup> Murray Weidenbaum, "The Changing Structure of the U.S Defense Industry," 47 ORBIS 693 (2003), sebagaimana yang dikutip dalam James W Brock, *loc.cit.*

Untuk Military's Joint Strike Fighter, yang sebelumnya berada pada harga 19 Juta dolar, naik menjadi 29 Juta dolar (naik sekitar 39%). Computerized Future Combat System yang tadinya memiliki harga 15 juta dolar menjadi 21 juta dolar (naik 40%). Expeditionary Fighting Vehicle yang tadinya memiliki harga 712 juta dolar menjadi 1,3 triliun dolar (naik 80%). Selain itu harga dari Precision-Guided Artillery yang tadinya 51 juta dolar menjadi 518 juta dolar (naik 912%).

- Industri Minyak

Dalam industri perminyakan, pendekatan efisiensi dan ukuran atas kesejahteraan konsumen dengan menggunakan *structure-conduct-performance* dapat terlihat jelas. Hal ini dapat dilihat pada fenomena krisis ekonomi yang diakibatkan oleh meningkatnya harga minyak dunia (hingga pada level 140 dolar Amerika/barrel).

Beberapa perusahaan minyak raksasa memprotes rencana pemerintah untuk terus mengembangkan rencananya dalam menemukan energi alternatif. Ancaman ini disertai dengan penarikan kapasitas pemurnian minyak yang memperparah kelangkaan bensin dan meroketnya harga. Beberapa perusahaan minyak memandang proyek-proyek energi alternatif yang digawangi pemerintah (atau non-pemerintah) sebagai suatu *disincentive* bagi penambahan kapasitas produksi dan pemurnian.

Hal ini menyebabkan banyaknya rencana-rencana pengembangan energy alternative yang tidak ditindaklanjuti melalui *lobby-lobby* politik yang melibatkan sejumlah perusahaan minyak raksasa di dunia. Tindakan-tindakan yang dilakukan oleh perusahaan minyak raksasa dalam melanggengkan dominasinya kerap kali disebut dengan istilah "*oil sabotage*."

- Industri Farmasi

Efisiensi yang didengung-dengungkan menjadi alasan dilakukannya merger antara beberapa perusahaan farmasi dianggap gagal dalam meningkatkan inovasi teknologi dalam industri ini. Sebaliknya, penurunan yang substansial terlihat dari pengembangan obat-obat baru

oleh perusahaan-perusahaan obat raksasa merupakan fenomena yang menemani merger dan konsolidasi yang dilakukan diantara mereka.

Data statistik mendukung hal ini, contohnya new molecular entities yang dipasarkan pada periode 2002-2005 merosot 45% dari jumlah total yang dipasok ke dalam pasar pada periode 1990, selain itu jumlah persetujuan obat (FDA Approval) yang dikeluarkan menurun dari 50 hingga setengahnya pada tahun 2002-2005. Selama 4 tahun terhitung sejak tahun 2000, hanya ada 32 obat inovasi dari 314 obat yang di-*approve* oleh Food and Drugs Administration (FDA). Dalam jumlah yang kecil ini, hanya 7 obat yang tercatat sebagai hasil pengembangan dari 10 perusahaan obat terbesar di Amerika. Pada tahun 2002, hanya 17 obat yang di-*approve* oleh FDA yang mengandung kandungan aktif baru, dan diantaranya hanya 7 obat yang dianggap sebagai kemajuan dari obat-obat yang sudah ada saat itu, dan tidak satupun dari obat-obat tersebut yang merupakan hasil pengembangan dari perusahaan obat besar di Amerika. Banyak ditemukan di Amerika bahwa perusahaan-perusahaan obat besar di Amerika malah membeli inovasi-inovasi yang dikembangkan oleh perusahaan-perusahaan obat kecil dengan harga dua kali lipat lebih mahal.

Rendahnya tingkat inovasi dalam industri pengembangan obat di Amerika berdampak buruk pada variasi pengobatan di Amerika, dan membuat semakin sedikitnya pilihan pengguna obat (konsumen) dan juga mempengaruhi tingkat harga obat.

## **2.2 Alasan dan Tujuan Regulasi Merger**

### **2.2.1 Hal-Hal yang Mendorong Terciptanya Regulasi Merger**

Meskipun merger memiliki dampak positif bagi perusahaan yang melakukannya, tidak tertutup kemungkinan bahwa merger akan menimbulkan dampak yang dapat mengurangi persaingan. Dampak ini disebabkan oleh:<sup>88</sup>

---

<sup>88</sup> Gunawan Widjaja, *Ibid.*

1. Tindakan sendiri yang dilakukan perusahaan hasil merger (*unilateral effects*).

OECD mendefinisikan *unilateral effects* dari merger sebagai:<sup>89</sup>

*“A merger may diminish competition even if it does not lead to increased likelihood of successful coordinate interaction, because merging firms may find it profitable to alter their behaviour unilaterally following the acquisition by elevating price and suppressing output. Unilateral competitive effects can arise in a variety of different settings. In each setting, particular other factors describing the relevant market affect the likelihood of unilateral competitive effects. The settings differ by the primary characteristics that distinguish firms and shape the nature of their competition.”*

Tindakan sendiri ini dimungkinkan jika hasil merger menciptakan suatu perusahaan dengan kekuatan pasar (*market power*) yang besar atau secara signifikan meningkatkan kekuatan pasar yang telah dimiliki oleh salah satu perusahaan yang melakukan merger. Kekuatan pasar yang ada tersebut dikhawatirkan akan dipergunakan oleh perusahaan hasil merger untuk meningkatkan harga barang atau jasa yang dijual di atas tingkat persaingan yang ada, yang pada akhirnya akan dapat merugikan kepentingan konsumen dalam jangka panjang.<sup>90</sup>

Pada dasarnya kekuatan pasar *per se* tidak akan menimbulkan efek anti kompetisi, efek anti kompetisi akan timbul hanya jika kekuatan pasar yang besar digunakan untuk menciptakan hambatan masuk ke dalam pasar (*barriers to entry*). Selain itu, dalam konteks ini, tindakan anti-kompetisi juga dapat dilakukan dengan cara melakukan pengurangan produksi dan peningkatan harga. Meskipun demikian, perlu diperhitungkan perilaku konsumen dalam pasar yang bersangkutan (*consumer behavior*). Dalam pasar dimana konsumen dapat dengan mudah beralih dari satu produk ke produk substitusi lainnya,

---

<sup>89</sup> OECD Roundtable, “Standard for Merger Review 2009,” dapat diunduh pada <http://www.oecd.org>, unduhan terakhir pada 1 Juni 2011.

<sup>90</sup> Gunawan Widjaja, *op.cit.*

kemungkinan bahwa penekanan hasil produksi atau penjualan dengan kenaikan harga tidak akan mempengaruhi tingkat kompetisi.<sup>91</sup> Karakteristik dari industri juga merupakan faktor yang penting untuk mengetahui bagaimana korelasi antara penekanan hasil produksi atau penjualan dengan kenaikan harga terhadap tingkat persaingan dalam pasar yang bersangkutan.<sup>92</sup>

2. Tindakan bersama pelaku usaha lain (*co-ordinated effects*).

OECD mendefinisikan *co-ordinated effects* sebagai:<sup>93</sup>

*“A merger may diminish competition by enabling the firms selling in the relevant market more likely, more successfully, or more completely to engage in co-ordinated interaction that harms consumers. Co-ordinated interaction is comprised of actions by a group of firms that are profitable for each of them only as a result of the accommodating reactions of the others. This behaviour includes tacit or express collusion, and may or may not be lawful in and of itself.”*

*Co-ordinated effects* ini adalah tindakan-tindakan anti persaingan yang dilakukan dengan cara berkoordinasi dengan pelaku-pelaku usaha lain di dalam pasar yang bersangkutan. Khususnya dalam merger horizontal, yang efeknya mengurangi kompetitor dalam pasar yang bersangkutan, merger patut diduga akan mempermudah koordinasi antara sesama pelaku usaha dalam mengambil suatu tindakan atau kesepakatan, seperti *price fixing*, pengurangan jumlah produksi, menurunkan kualitas barang hasil produksi, pembagian wilayah, dan sebagainya.<sup>94</sup> Koordinasi seperti yang telah dipaparkan sebelumnya ini hanya dimungkinkan apabila keempat unsur dibawah ini terpenuhi:<sup>95</sup>

---

<sup>91</sup> *Ibid.*

<sup>92</sup> World Bank, *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, Washington: World Bank, 1999, (Lihat Gunawan Widjaja, *Ibid.*).

<sup>93</sup> OECD Roundtable, Standard for Merger, *loc.cit.*

<sup>94</sup> Gunawan Widjaja, *op.cit.*, hal. 77

<sup>95</sup> *Ibid.*

- a) Para pelaku usaha tersebut harus memiliki pengaruh (*significant market power*) dan bersedia untuk turut serta dalam kesepakatan tersebut;
- b) Para pelaku usaha yang berkoordinasi harus memiliki kemampuan untuk turut serta lebih jauh dalam tindakan anti kompetisi yang akan diambil kelak;
- c) Para pelaku usaha tersebut mampu atau dapat mendeteksi tindakan satu atau lebih pelaku usaha yang berupaya untuk melakukan pengkhianatan atas kesepakatan yang diambil tersebut;
- d) Para pelaku usaha tersebut harus loyal terhadap kesepakatan mereka dan dalam kapasitas mampu untuk memberikan paksaan atau ancaman terhadap pihak yang melakukan pelanggaran atas kesepakatan yang telah diambil.

Pelaku usaha yang melakukan tindakan terkoordinasi tidak perlu mencapai suatu kesepakatan dengan persyaratan yang kompleks mengenai apa dan bagaimana suatu tindakan harus dilakukan, melainkan cukup jika terdapat suatu kesepakatan mengenai harga jual, pembatasan wilayah jual, atau penjualan secara terbatas untuk konsumen tertentu, pemeliharaan pangsa pasar, dan tidak perlu dibuat secara tertulis selama dan sepanjang kegiatan tersebut dilakukan secara konsisten dan bersama-sama oleh para pelaku usaha hingga efek negatif terhadap kompetisi muncul.<sup>96</sup> Pengetahuan akan informasi kunci mengenai pasar dan kegiatan pelaku usaha lain dalam pasar yang bersangkutan yang terbuka untuk semua pelaku usaha memudahkan terjadinya koordinasi antar pelaku usaha. Hal ini karena akses terhadap informasi merupakan *competitive advantage* yang digunakan oleh pelaku usaha untuk menjaga pangsa pasar (dominasi). Namun, bagi pasar dengan produk yang heterogen dalam pasar yang bersangkutan, tingkat koordinasi akan lebih sulit dilakukan. Hal ini karena heterogenitas produk mempengaruhi

---

<sup>96</sup> *Ibid.*



tingkat substitutabilitas antar produk, dan informasi yang didapatkan pelaku usaha dalam pasar dengan struktur demikian tidak lengkap.

### 2.2.2 Tujuan Regulasi Merger

Secara umum, terdapat beberapa hal yang merupakan tujuan (*purpose*) dari pengawasan terhadap merger. Hal-hal tersebut juga merupakan hal-hal yang penting untuk dicermati untuk memahami tujuan pengawasan terhadap merger. Hal-hal tersebut adalah:<sup>97</sup>

- a) Pengawasan terhadap merger bukan ditujukan untuk melindungi kepentingan pemegang saham.

Merger mungkin saja dapat mempengaruhi kepentingan individu dari pemegang saham, namun hal ini bukan menjadi alasan mengapa pengawasan terhadap merger dilakukan. Hal ini karena, pertimbangan-pertimbangan semacam ini (contohnya, mengenai hal-hal seputar penindasan kepada pemegang saham minoritas) telah di-cover pengaturannya oleh perangkat regulasi di bidang Hukum Perusahaan (salah satu instrumennya adalah Undang-Undang No. 40 tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas).

- b) Pengawasan terhadap merger dan kepentingan umum.

Pengawasan terhadap merger pada awalnya bukan merupakan hal yang diatur oleh hukum persaingan usaha. Contohnya, instrumen hukum pertama mengenai persaingan usaha yang diundangkan di Inggris tidak mengatur tentang pengawasan merger.<sup>98</sup> Begitu juga *Treaty of Rome (Treaty Establishing the European Economic Community)*,<sup>99</sup> yang tidak mengenal peraturan mengenai pengawasan merger hingga diadopsinya *European Community Merger Regulation (ECMR)* pada tahun 1951.<sup>100</sup>

<sup>97</sup> Richard Whish, *op.cit.*

<sup>98</sup> Inggris, *the Monopolies and Restrictive Practices (Inquiry and Control) Act 1948*, (Lihat Richard Whish, *op.cit.*, hal.786).

<sup>99</sup> Richard Whish, *Ibid.*, hal.786.

<sup>100</sup> *Ibid.*

Pengawasan terhadap merger sebenarnya merupakan sebuah intervensi terhadap jalannya suatu pasar yang salah satu indikatornya adalah dengan adanya penjualan dan pembelian saham oleh pemegang saham.<sup>101</sup> Secara umum, keputusan mengenai merger lebih baik diserahkan ke tangan para *entrepreneur* dan pemegang saham yang terlibat. Pertanyaan yang penting untuk dijawab adalah, apabila memang demikian, atas dasar alasan apa, suatu transaksi dapat diintervensi dan dicegah, atau dimintakan perubahan atasnya, karena adanya indikasi yang buruk kepada kepentingan umum? Sebagian besar regulasi persaingan usaha menggunakan alasan “efek anti-kompetisi” sebagai dasar untuk mencegah suatu transaksi merger. Meskipun sebagian besar regulasi merger menekankan pada efek merger terhadap kompetisi, larangan terhadap merger dengan dasar kepentingan umum juga dipraktikkan oleh beberapa otoritas persaingan usaha.<sup>102</sup>

Selain itu, beberapa faktor yang masuk dalam kategori “*social grounds* dan *industrial policy*” yang acap kali digunakan sebagai alasan untuk menentang suatu merger, adalah:<sup>103</sup>

- Hilangnya efisiensi

Dalam beberapa hal merger memiliki efek negatif terhadap manajemen dari perusahaan yang bergabung dan mungkin menyebabkan dampak negatif bagi kelangsungan perusahaan-perusahaan tersebut. Hal ini terjadi, khususnya, pada proposal atau *bid take-over* dimana hal ini pada umumnya hanya dimotivasi oleh keinginan untuk memperoleh keuntungan jangka pendek (*short-term profit-taking*).

- Konsentrasi kekayaan

---

<sup>101</sup> *Ibid.*

<sup>102</sup> *Ibid*, bahkan Pasal 21 (3) ECMR mengakui bahwa negara-negara anggota memiliki legitimate interest untuk melakukan investigasi terhadap suatu merger atas alasan selain merugikan kompetisi. Untuk pemahaman lebih lanjut Lihat Richard Whish, *Ibid*.

<sup>103</sup> *Ibid.*

Suatu merger dapat saja ditentang dengan alasan bahwa perusahaan hasil merger dengan akumulasi aset yang sedemikian besarnya akan menjadi antitesis terhadap konsep distribusi kekayaan secara merata (*balanced distribution of wealth*). Hal ini mungkin terlihat sebagai argumentasi yang bersifat sosio-politis, namun hal ini merupakan fenomena yang tidak terbantahkan. Contohnya di Amerika Serikat, kampanye tentang pengawasan merger diperketat ketika masalah *uneven concentration of wealth* menjadi permasalahan yang dominan.<sup>104</sup>

- Pengangguran

Penolakan terhadap merger juga dapat dilakukan atas dasar terciptanya gelombang pengangguran. Hal ini khususnya terjadi pada merger-merger dengan orientasi *asset-stripping*.

- *Overseas control*

Dalam era globalisasi, banyak perusahaan yang menggunakan jalur merger untuk melakukan ekspansi usaha dan melakukan penetrasi pasar Negara lain. Hal ini memberikan masalah tersendiri, khususnya bagi perlindungan perusahaan yang melakukan ekspansi di yurisdiksi lain dari pemberlakuan *hostile take-over bids* oleh *host country*.

- Karakter khusus pada sektor-sektor ekonomi tertentu

Beberapa sektor ekonomi seperti perbankan, dan telekomunikasi sangat sensitif terhadap peningkatan konsentrasi pada salah satu pelaku usaha. Di Indonesia khususnya, merger antara bank dilakukan dengan proses yang berbeda dibandingkan merger antar perusahaan biasa.

- c) Pengawasan terhadap merger terkait dengan studi terhadap struktur pasar.

---

<sup>104</sup> *Brown Shoe Co v. United States* 370 US 294, 344 (1962); Lihat juga Richard Whish *op.cit.*, hal.790.

Tujuan utama pengawasan merger adalah *maintenance* terhadap struktur pasar yang kompetitif. Bergantung pada asumsi umum, pasar yang kompetitif memberikan hasil yang lebih yang lebih baik dibandingkan dengan pasar yang tidak kompetitif. Pengawasan terhadap merger tidak hanya merupakan langkah *pre-emptive* untuk mencegah perusahaan hasil merger (*a merged entity*) agar tidak menyalahgunakan posisi dominannya di masa yang akan datang, namun juga untuk menjaga struktur pasar yang mampu menghasilkan keuntungan yang timbul dari adanya kompetisi.

Sebagaimana yang dikutip dari putusan *Court of First Instance* (CFI) dalam kasus *Gencor v. Commission*,<sup>105</sup>

*“As regards the argument that the Community cannot claim to have jurisdiction in respect of a concentration on the basis of future and hypothetical behavior, namely parallel conduct on the part of the undertakings operating in the relevant market where that conduct might or might not fall within the competence of the Community under the Treaty, it must be stated, as pointed out above in connection with the question whether the concentration has an immediate effect, that while the elimination of the risk of future abuses may be a legitimate concern of any competent competition authority, the main objective in exercising control over concentrations at Community level is to ensure that the restructuring of undertakings does not result in the creation of positions of economic power which may significantly impede effective competition in the common market. Community jurisdiction is therefore founded, first and foremost, on the need to avoid the establishment of market structures which may create or strengthen a dominant position, and not on the need to control directly possible abuses of dominant position.”*

Dari kutipan kasus di atas dapat disimpulkan bahwa concern untuk menghilangkan risiko terjadinya penyelewengan posisi dominan di

---

<sup>105</sup> Case T-102/96 [1999] European Court Reports (ECR) II-753, [1999] 4 Common Market Law Reports (CLMR) 971, para 106.

masa yang akan datang oleh perusahaan hasil merger merupakan alasan yang valid bagi otoritas persaingan usaha untuk melakukan pengawasan terhadap merger (atau *concentration of undertakings* dalam istilah hukum kompetisi di EU). Hal ini karena tujuan utama pengawasan terhadap merger adalah kebutuhan untuk mencegah terbentuknya struktur pasar yang dapat memperkuat posisi dominan.

### 2.3 Penentuan dan Pengaplikasian Batu Uji yang Tepat pada *Merger Review*

Sebagian besar merger di-*review* oleh otoritas persaingan usaha sebelum transaksi merger berlaku secara efektif (*ex ante*),<sup>106</sup> meskipun dalam beberapa kasus, investigasi baru dimulai setelah merger berlaku efektif (*ex-post*).<sup>107</sup> Dengan demikian dalam konteks merger, prediksi adalah hal yang penting. Hal yang perlu dicermati adalah apakah setelah merger pasar akan menjadi *less competitive* yang oleh karenanya akan menimbulkan kerugian bagi konsumen?

Setiap sistem pengawasan terhadap merger harus menerapkan *substantive test*, salah satu alasannya adalah karena merger *per se* bukan merupakan pelanggaran. Penerapan *substantive test* penting untuk mengetahui jenis transaksi merger mana yang harus di *block*. Standar pembuktian yang harus dipenuhi oleh otoritas persaingan usaha dalam analisa merger dapat berbasiskan “*balance of probabilities*” dan “*beyond reasonable doubt*.”<sup>108</sup> Penerapan standar pembuktian dalam analisa merger tidak boleh terlalu rendah namun tidak juga terlalu tinggi karena hal ini akan mempengaruhi efektivitas regulasi merger itu sendiri dalam mendeteksi efek negatif merger terhadap kompetisi.<sup>109</sup> Formulasi mengenai *substantive test* yang tepat untuk dimasukkan ke dalam analisa mengenai merger pun banyak didebatkan.

<sup>106</sup> US Merger Guidelines, EC Merger Regulation, UK Competition Law

<sup>107</sup> Richard Whish, *op.cit.*, hal.788.

<sup>108</sup> OECD Roundtable, “Substantive Criteria For Merger Assessment 2002,” dapat diunduh pada <http://www.oecd.org>, unduhan terakhir pada 1 Juni 2011.

<sup>109</sup> OECD Roundtables, Standard for Merger Review, *loc.cit.*

Secara umum, dalam *merger guidelines*-nya, sebagian besar otoritas persaingan usaha bertumpu pada 3 (tiga) jenis batu uji dalam analisa apakah suatu merger memiliki efek anti-kompetisi,<sup>110</sup> yaitu:

1. *Dominance Test*

Dalam pengujian berdasarkan standar uji ini, sebuah merger dianggap memiliki efek anti-kompetisi apabila perusahaan yang telah bergabung memiliki posisi dominan di dalam pasar. Dengan kata lain, sebuah merger dapat dilarang apabila merger tersebut memiliki kemungkinan untuk menciptakan atau menguatkan posisi dominan di dalam pasar. Meskipun konsep “dominan” tidak secara jelas didefinisikan dalam ilmu ekonomi, dominan memiliki asosiasi dengan transaksi yang menciptakan *market leader* di dalam pasar, contohnya perusahaan yang kekuatan pasar yang substansial yang membuatnya mampu untuk bertindak secara independen dari kompetitor lain dan terhadap konsumen.<sup>111</sup> Di banyak Negara, konsep “dominan” diterjemahkan secara luas untuk mencakup dominasi secara bersama-sama (*collective dominance*), yaitu situasi dimana merger melakukan modifikasi terhadap struktur pasar dan memungkinkan terciptanya *collusive equilibrium* antara perusahaan-perusahaan yang bersaing (*collusive oligopoly*).

2. *Significant Lessening of Competition Test* (SLC)

Berdasarkan standar batu uji ini, merger dianggap memiliki dampak negatif terhadap persaingan apabila merger secara signifikan mampu mengurangi kompetisi di dalam pasar. Berkurangnya persaingan dapat terjadi apabila sebuah merger melahirkan kemampuan perusahaan hasil merger untuk mendapatkan keuntungan secara tidak wajar secara unilateral (*unilateral effects*) dan secara bersama-sama (*co-ordinated effects*).<sup>112</sup> Lain halnya dengan *dominance test*, SLC tidak begitu fokus kepada struktur pasar. Khususnya, apabila berdasarkan *dominance test*

<sup>110</sup> OECD Roundtables Merger Standard, *loc.cit.*

<sup>111</sup> *Ibid.*; Lihat juga Gunawan Widjaja, *op.cit.*

<sup>112</sup> Lihat bagian 2.2.1 pada bab ini.

definisi dari pasar dan pangsa pasar memegang peranan yang krusial dalam menemukan *prima facie evidence* atas indikasi dari dampak anti-kompetisi, fokus pada SLC sebagian besar bertumpu pada akibat merger bagi hambatan yang telah ada terhadap kompetisi dan mengukur kekuatan pasar setelah merger dilakukan. Berdasarkan SLC, investigasi dalam *merger review* didasarkan pada *concern* terhadap kemungkinan kenaikan harga setelah merger dilakukan.

### 3. *Public Interest Test* (PI Test)<sup>113</sup>

PI test mengatakan bahwa merger perlu dilarang apabila merugikan kepentingan umum. Meskipun tidak dibahas secara mendalam seperti halnya *Dominance test* dan *SLC test*, beberapa negara memperbolehkan isu kepentingan umum digunakan untuk melakukan *blockage* terhadap suatu transaksi merger. Contohnya, di Amerika Serikat, kepentingan umum khususnya lapangan kerja dijadikan pertimbangan dalam menilai transaksi merger di sektor kereta api dan telekomunikasi.<sup>114</sup> Hal demikian didasarkan pada pertimbangan bahwa kepentingan umum atau pembangunan ekonomi nasional justru lebih diuntungkan oleh apabila merger tersebut tidak dilakukan.

Penggunaan standar uji pada analisa merger ini bergantung pada kebutuhan dan struktur dan kondisi pasar yang akan di analisa. Contohnya, para pendukung SLC menyatakan bahwa *merger review* dengan menggunakan standar SLC lebih sesuai dari pada penggunaan metode ekonomi konvensional dalam memeriksa efek negatif merger pada kompetisi.<sup>115</sup> Hal ini karena SLC memungkinkan penekanan analisa diletakkan pada persaingan antara perusahaan berdasarkan fakta empiris dan analisis ekonomi. Hal ini khususnya terlihat pada analisa merger dalam pasar oligopoli, dimana SLC terlihat lebih sesuai untuk dipergunakan sebagai media untuk melakukan analisa terhadap dampak merger. Kelemahan *dominance test* terletak pada *rigid*-nya metode analisa yang berbasis

---

<sup>113</sup> Lubis et al, *op.cit.*, hal 207.

<sup>114</sup> *Ibid.*

<sup>115</sup> *Ibid.*

pada pendekatan *structural* dengan penekanan pada definisi pasar dan pangsa pasar dan oleh karenanya lebih kurang akurat untuk mengukur interaksi antar perusahaan (*inter-firm competitive dynamics*) yang mungkin iya atau mungkin tidak akan bermuara pada hilangnya kompetisi pada struktur pasar oligopoli dan pasar dengan diversifikasi produk.<sup>116</sup>

#### 2.4 Hal-Hal yang Perlu Diperhatikan dalam melakukan *Merger Review*

Seperti yang telah dibahas sebelumnya, merger yang dilarang pada dasarnya adalah merger yang dapat mengurangi tingkat kompetisi, yang secara kuantitatif digambarkan dengan penguasaan pasar secara dominan oleh satu atau lebih pelaku usaha atau kelompok pelaku usaha. Untuk dapat menentukan apakah suatu merger memiliki efek anti-kompetisi, ada 2 (dua) parameter yang dapat digunakan sebagai acuan penilaian,<sup>117</sup> yaitu:

1. Penentuan mengenai pasar yang bersangkutan

Penentuan pasar bersangkutan yang tepat diperlukan untuk mengukur struktur pasar dan batasan dari perilaku anti persaingan yang dilakukan.<sup>118</sup>

Dengan mengetahui pasar bersangkutan, otoritas persaingn usaha akan mudah untuk memetakan persaingan dengan cara mengidentifikasi pesaing nyata dari suatu pelaku usaha di dalam pasar bersangkutan tersebut.

Definisi yang tepat dari pasar bersangkutan merupakan suatu fasilitas penting dari analisa persaingan yang akurat.<sup>119</sup> Pendefinisian pasar bersangkutan yang terlalu sempit dapat membawa kepada hal-hal yang tidak berhubungan dengan persaingan, dan sebaliknya pendefinisian pasar bersangkutan yang terlalu lebar dapat menyamarkan permasalahan persaingan yang sebenarnya.<sup>120</sup>

---

<sup>116</sup> *Ibid.*

<sup>117</sup> Gunawan Widjaja, *op.cit.*, hal. 83.

<sup>118</sup> Lubis et al, *Hukum Persaingan Usaha: Antara Teks dan Konteks*, *loc.cit.* hal. 50.

<sup>119</sup> *Ibid.*

<sup>120</sup> *Ibid.*



Mengacu kepada definisi pasar bersangkutan dalam UU No.5/1999, terdapat dua dimensi dari pasar yang bersangkutan, yaitu pasar dimensi produk (*set of products*) dan pasar dengan dimensi wilayah (*geographic market*).<sup>121</sup>

a) Mendefinisikan pasar dimensi produk (*set of products*)

- *SSNIP Test*

Dalam proses *merger review* di Amerika, FTC akan memulai dengan menentukan terlebih dahulu pengertian dari produk, yang didefinisikan secara sempit, yang dihasilkan atau dijual oleh pelaku usaha yang akan melakukan merger, dan selanjutnya akan dilakukan uji kenaikan dalam harga yang “kecil namun signifikan” (*Small but Significant, Non transitory Increase in Price/SSNIP*).<sup>122</sup>

Jika atas kenaikan harga tersebut terjadi penurunan jumlah penjualan produk (yang telah didefinisikan secara sempit tersebut) secara signifikan, yang tidak akan menguntungkan pelaku usaha yang menaikkan harga tersebut, maka FTC akan menambahkan produk substitusi terdekat (*close substitute*) dengan produk yang dihasilkan oleh pelaku usaha yang akan melakukan merger tersebut ke dalam pengertian produk atau kelompok produk yang akan didefinisikan lebih lanjut, hingga diperoleh produk atau kelompok produk yang berdasarkan pada uji kenaikan dalam harga yang “kecil namun signifikan” ditentukan paling relevan dalam pasar yang bersangkutan.

Pendekatan SSNIP diatas pada dasarnya ditujukan untuk melihat apakah suatu perusahaan akan mendapatkan keuntungan jika menaikkan harga.<sup>123</sup> Proses membuktikan tes ini dilakukan dalam 2 (dua) tahap. Pertama, adalah dengan membuktikan apakah keputusann menaikkan harga akan menguntungkan perusahaan.

---

<sup>121</sup> *Ibid.*, hal.51

<sup>122</sup> Gunawan Widjaja, *op.cit.*

<sup>123</sup> Lubis et al, Hukum Persaingan Usaha: Antara Teks dan Konteks, *op.cit.*

Hal ini dilihat dari logika *profit* maksimum, yaitu perusahaan akan memutuskan untuk menaikkan harga jika *marginal revenue* lebih kecil dari *marginal cost*. Pembuktian dilakukan dengan melihat:<sup>124</sup>

$$1/\varepsilon > L \text{ (margin)}$$

Dimana  $\varepsilon$  menunjukkan elastisitas harga (*own-price elasticity*). Namun tahap pertama ini tidak memberikan batas seberapa besar perusahaan akan menaikkan harga. *Merger Guidelines* DOJ/FTC memberikan batas SSNIP sebesar 5%. Tahap kedua dalam SSNIP *test* ini adalah melakukan perbandingan antara *critical elasticity of demand* dengan *own-price elasticity*-nya.

$$\text{Critical elasticity} = (1+t) / (m+t)$$

“t” adalah batasan SSNIP, sedangkan “m” menunjukkan *margin* yang dimiliki oleh perusahaan (nilainya berupa persentase bukan profit langsung seperti *Return On Equity/ROE*<sup>125</sup>). Apabila *critical elasticity* lebih besar dari *own price elasticity*, berarti pasar tersebut memenuhi SSNIP *test*.

- Substitusi dari sisi permintaan (*demand-side substitution*)<sup>126</sup>

Analisa berdasarkan pendekatan ini terfokus pada substitusi yang ada dari sisi pembeli (konsumen) dan apakah terdapat pelanggan yang akan berpindah pada saat harga ditingkatkan, 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.<sup>127</sup>

<sup>124</sup> *Ibid.*

<sup>125</sup> Return on equity/ROE adalah jumlah keuntungan bersih yang dikonversi menjadi persentase modal yang dimiliki oleh pemegang saham. ROE merupakan ukuran tingkat keuntungan perusahaan dengan cara menghitung jumlah keuntungan yang dihasilkan oleh perusahaan berdasarkan jumlah uang yang ditanamkan oleh pemegang saham. ROE berguna untuk melakukan perbandingan “profitability” suatu perusahaan dengan perusahaan yang lain yang bersaing dalam industri yang sama. Metode penghitungan ROE adalah:  $ROE = \text{net income} / \text{shareholder's equity}$ ; (Lihat Lubis et al, Hukum Persaingan Usaha:Antara Teks dan Konteks, *loc.cit*, hal. 52).

<sup>126</sup> Lubis et al, Hukum Persaingan Usaha: Antara Teks dan Konteks, *Ibid.*

<sup>127</sup> *Ibid.*

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.

Selain itu, suatu produk tidak perlu menjadi substitusi langsung untuk dapat dimasukkan ke dalam pasar yang sama.<sup>128</sup> 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.<sup>129</sup> Hal yang perlu dicermati adalah apakah jumlah konsumen yang berpindah tersebut cukup signifikan untuk mencegah hipotetikal monopolis menetapkan harga diatas level kompetitif.<sup>130</sup> Semakin kuat kejadian bahwa konsumen akan berpindah, akan semakin kecil kemungkinan bahwa suatu produk atau sekumpulan produk berada pada pasarnya sendiri.<sup>131</sup>

Biaya perpindahan (*switching cost*) bagaimanapun juga akan sangat penting bagi konsumen. Hal ini karena konsumen akan mengeluarkan biaya tambahan untuk menyesuaikan diri dengan produk baru yang digunakannya dan investasi yang dulu ditanamkan konsumen untuk menggunakan produk yang lama menjadi terbuang. Biaya perpindahan kerap kali menjadi faktor penghambat bagi konsumen untuk berpindah kepada produk lain. Dengan adanya biaya perpindahan mungkin terdapat jarak yang

---

<sup>128</sup> *Ibid.*

<sup>129</sup> *Ibid.*

<sup>130</sup> *Ibid.*

<sup>131</sup> *Ibid.*

cukup jauh antara substitusi permintaan jangka pendek dan jangka panjang.

- Substitusi dari sisi penawaran (*supply side substitution*)<sup>132</sup>

Substitusi dari sisi produsen juga mempengaruhi ruang lingkup pasar relevan, dimana jika pelaku usaha sebuah produk tertentu mengalihkan fasilitasnya untuk memproduksi barang substitusi jika harga naik cukup signifikan.<sup>133</sup> Dalam ketiadaan substitusi permintaan, kekuatan pasar mungkin masih dapat dibatasi dengan substitusi penawaran. Substitusi semacam ini muncul ketika pemasok barang mampu bereaksi dengan cepat terhadap perubahan kecil yang permanen pada harga relatif dengan merubah produksi ke produk yang relevan tanpa menimbulkan biaya atau resiko tambahan.<sup>134</sup> Dalam kondisi ini, potensi dari substitusi penawaran akan memiliki dampak disipliner yang sama terhadap perilaku persaingan dari perusahaan-perusahaan yang terlibat.<sup>135</sup>

Menganalisa substitusi penawaran jangka pendek menimbulkan isu yang sama untuk dipertimbangkan, yaitu hambatan masuk (*barriers to entry*). Keduanya dipertimbangkan dengan membangun asumsi apakah perusahaan-perusahaan akan dapat mulai memasok suatu produk dalam persaingan dengan perusahaan lain yang sudah ada. Perbedaannya hanya pada masalah waktu, yaitu kecepatan melakukan persiapan. Tipe bukti yang digunakan dalam melakukan penilaian dari substitusi penawaran meliputi.<sup>136</sup>

---

<sup>132</sup> *Ibid.*

<sup>133</sup> *Ibid.*

<sup>134</sup> *Ibid.*

<sup>135</sup> *Ibid.*

<sup>136</sup> *Ibid.*

- a. Analisis sistematis dari perusahaan-perusahaan yang telah memulai atau menghentikan produksi dari suatu produk yang jadi permasalahan
- b. Waktu yang diperlukan untuk mulai memasok produk yang menjadi permasalahan.
- c. Pemberitahuan dari pemasok potensial untuk melihat apakah substitusi dimungkinkan (meskipun potensi pemasok pada saat ini tidak mempunyai rencana untuk masuk ke pasar) dan dengan biaya berapa, pemberitahuan dari perusahaan – perusahaan mungkin diikutsertakan untuk menentukan apakah kapasitas yang sudah ada sudah penuh, mungkin karena kontrak jangka panjang.
- d. Pandangan konsumen khususnya pandangan mereka mengenai apakah mereka akan berpindah ke pemasok baru dan apakah biaya perpindahan bersifat menghambat.
- e. Evaluasi dari *sunk cost*<sup>137</sup> perpindahan tersebut, untuk melihat apakah pemasok potensial dapat mulai memproduksi produk yang dipermasalahan tanpa membahayakan investasi yang substansial.

b) Pasar dimensi wilayah geografis (*relevant geographic market*)

Dalam melakukan pendefinisian pasar geografis ini, FTC dan DOJ mempergunakan metode yang sama sebagaimana yang digunakan dalam proses pendefinisian pasar produk.<sup>138</sup> Hanya saja dalam penentuan pasar geografis, uji kenaikan dalam harga dengan menggunakan SSNIP *test* diaplikasikan per wilayah yang terdekat dengan wilayah geografis (yang pada awalnya telah didefinisikan secara sempit). Hal ini dilakukan hingga

---

<sup>137</sup> *Sunk cost* adalah biaya perolehan harta tetap dan harta tidak tetap yang tidak dapat diperoleh kembali (*irrecoverable*) melalui pemanfaatan harta ini diluar kepentingan menghasilkan atau menjual produk dalam pasar yang bersangkutan (Gunawan Widjaja, *op.cit.*, hal 100); Kelly, Thomas, “Sunk cost, Rationality and Acting for the sake of the Past,” University of Notre Dam.

<sup>138</sup> Gunawan Widjaja, *Ibid.*, hal.101; Lubis et al, *op.cit.*, hal. 54

pada akhirnya diperoleh wilayah geografis yang dianggap mewakili pasar geografis. Dalam mendefinisikan pasar geografis, dari sisi konsumen dilihat apakah konsumen dengan mudah mendapatkan produk yang sama (atau mirip) dari produsen di daerah lain.<sup>139</sup> Apabila akses dalam mendapatkan produk yang sama atau mirip tersebut mudah, maka daerah lain tersebut memenuhi definisi pasar bersangkutan secara geografis.<sup>140</sup>

Korelasi dan pengaruh antara impor barang dengan tingkat harga merupakan hal yang penting dalam penentuan pasar geografis.<sup>141</sup> Tipe bukti yang dapat digunakan untuk menentukan cakupan pasar geografis termasuk survei konsumen dan perilaku pesaing, estimasi elastisitas harga di berbagai tempat yang berbeda, serta analisa perubahan harga lintas wilayah yang berpengaruh.<sup>142</sup> Tingkat perubahan harga yang bergerak secara simultan tanpa dipengaruhi oleh perubahan biaya produksi juga dapat digunakan sebagai indikator penentu suatu pasar geografis yang bersangkutan.<sup>143</sup>

2. Penilaian terhadap tingkat kompetisi pasar bersangkutan yang ada  
 Dalam melakukan penilaian terhadap tingkat kompetisi pada pasar yang bersangkutan, terdapat beberapa tahapan yang harus dilalui, yaitu:<sup>144</sup>

a. Identifikasi Pelaku Usaha dalam pasar bersangkutan

Identifikasi pelaku usaha dimulai dari pendataan seluruh pelaku usaha yang menghasilkan dan menjual produknya dalam pasar yang bersangkutan. Ini meliputi pelaku usaha yang secara vertikal terintegrasi, yang secara akurat mempengaruhi tingkat persaingan secara signifikan di dalam pasar yang bersangkutan sebelum merger

---

<sup>139</sup> Lubis et al, Hukum Persaingan Usaha: Antara Teks dan Konteks, *op.cit.*

<sup>140</sup> *Ibid.*

<sup>141</sup> *Ibid.*

<sup>142</sup> *Ibid.*

<sup>143</sup> *Ibid.*

<sup>144</sup> Gunawan Widjaja, *Ibid.*

dilakukan.<sup>145</sup> FTC dalam *merger review* biasanya akan memasukkan pelaku usaha yang pada saat evaluasi dilakukan belum menghasilkan atau menjual produk yang relevan dalam wilayah pasar yang bersangkutan, apabila penyertaan pelaku usaha tersebut benar-benar mencerminkan respon pemasokan terhadap produk atas uji kenaikan harga berdasarkan SSNIP *test*. Pelaku usaha baru ini, yang seringkali disebut dengan *uncommitted entrants* dapat melakukan respon pemasokan melalui 2 (dua) cara, yaitu dengan mengalihkan atau memperluas fasilitas produksi yang telah ada, atau pengambilalihan fasilitas yang memungkinkan produksi atau penjualan produk dalam pasar bersangkutan.<sup>146</sup>

b. Menilai pangsa pasar

Pangsa pasar dapat ditentukan berdasarkan pada nilai transaksi, penjualan, produksi, atau berdasarkan kuantitas produk yang dihasilkan atau dijual.<sup>147</sup> Nilai transaksi akan dipergunakan jika pelaku-pelaku usaha di dalam pasar menghasilkan atau menjual produk-produk yang terdiferensiasi.<sup>148</sup> Unit penjualan digunakan sebagai indikator pangsa pasar apabila pelaku usaha dalam pasar yang bersangkutan melayani pembeli atau kelompok pembeli yang berbeda.<sup>149</sup> Sedangkan kapasitas fisik hanya dipakai dalam menilai pangsa pasar dalam pasar bersangkutan apabila kapasitas ini merupakan satu-satunya faktor yang paling relevan dalam membedakan pelaku usaha dalam pasar bersangkutan.<sup>150</sup>

Dalam kaitannya dengan *merger review*, pangsa pasar merupakan *prima facie evidence* yang digunakan oleh otoritas persaingan usaha

---

<sup>145</sup> *Ibid.*

<sup>146</sup> *Ibid.*

<sup>147</sup> *Ibid.*

<sup>148</sup> *Ibid.*

<sup>149</sup> *Ibid.*

<sup>150</sup> *Ibid.*

untuk menentukan perlu atau tidaknya melakukan *blockage* terhadap suatu merger. Konsentrasi pasar adalah fungsi dari sejumlah pelaku usaha dalam suatu pasar dengan pangsa pasar masing-masing. Ada beberapa metode yang digunakan oleh otoritas persaingan usaha untuk menghitung konsentrasi pasar,<sup>151</sup> yaitu:

a. Konsentrasi Rasio (CRn)<sup>152</sup>

Konsentrasi Rasio menghitung agregat pangsa pasar dari sejumlah kecil pelaku usaha terbesar dalam pasar. Umumnya, konsentrasi rasio mempergunakan pangsa pasar dari tiga perusahaan terbesar (CR3) atau empat (CR4) atau lima (CR5). Contohnya, rasio konsentrasi dari 3 perusahaan terbesar (CR3) yang masing-masing memiliki 15% pangsa pasar adalah 45%.

b. HHI<sup>153</sup>

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.

Menurut FTC dan DOJ, spektrum konsentrasi yang dihitung dengan menggunakan HHI adalah sebagai berikut:<sup>154</sup>

- Pasar yang tidak terkonsentrasi, jika HHI menunjukkan angka di bawah 1000

<sup>151</sup> KPPU, *Kompetisi: Media Berkala Komisi Pengawas Persaingan Usaha Edisi 24*, dapat diunduh pada <http://www.kppu.go.id>, unduhan terakhir pada 1 Juni 2011. Dalam interview-nya dengan majalah *Kompetisi*, Ibu Ana Maria Tri Anggraini mengemukakan bahwa dalam *merger review* KPPU lebih memilih untuk menggunakan metode penghitungan konsentrasi berdasarkan HHI ketimbang CR dengan alasan tingkat akurasi HHI lebih tinggi dibandingkan CR menurut para ahli ekonomi. Hal ini karena HHI menghitung semua pelaku usaha sejenis di pasar bersangkutan, meskipun masih ada kemungkinan pelaku yg kecil tidak akan terhitung. Berbeda dengan CR4 yang hanya menghitung jmlah pelaku usaha yang paling besar di suatu pasar tertentu. Dalam hal ini, KPPU memilih untuk menggunakan HHI yang sifatnya relatif lebih akurat.

<sup>152</sup> Lubis et al, *op.cit.*, hal. 211.

<sup>153</sup> *Ibid.*

<sup>154</sup> Gunawan Widjaja, *op.cit.*, hal. 102.



- Pasar yang cukup terkonsentrasi, jika HHI berada di antara 100 dan 1800
- Pasar yang sangat terkonsentrasi, jika HHI menunjukkan angka di atas 1800

Misalnya, dalam pasar bersangkutan dengan komposisi 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 berikut:<sup>155</sup>

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

Ketika dua perusahaan yaitu C dan D merger, terjadi peningkatan konsentrasi karena HHI berubah menjadi 2.862 dengan perhitungan sebagai berikut:<sup>156</sup>

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

Nilai delta HHI (selisih HHI setelah merger dan sebelum merger) adalah:<sup>157</sup>

$$2.862 - 2.222 = 640$$

Menurut pedoman merger Amerika, delta HHI di atas 100 poin sudah dianggap tinggi. Namun, apabila delta HHI di bawah 50 poin, maka merger tersebut belum dapat dikatakan akan membahayakan persaingan usaha.<sup>158</sup>

## 2.5 Regulasi Merger di Indonesia

Di Indonesia, regulasi mengenai merger bersifat *ex post*. Hal ini karena *review* oleh KPPU terhadap suatu merger dilakukan setelah transaksi berlaku efektif melalui laporan (*notification*) dari pelaku usaha kepada KPPU. Meskipun demikian berdasarkan PP No.57/2010, pelaku usaha dianjurkan untuk melakukan

<sup>155</sup> Lubis et al, *op.cit.*, hal. 211

<sup>156</sup> *Ibid.*

<sup>157</sup> *Ibid.*

<sup>158</sup> *Ibid.*

konsultasi kepada KPPU mengenai merger yang akan dilakukannya sebelum transaksi berlaku efektif (*non mandatory*). Hak konsultasi ini penting bagi pelaku usaha untuk mendeteksi efek negatif terhadap persaingan yang mungkin akan timbul akibat dari merger yang dilakukannya.

Tidak semua merger harus dikonsultasikan dan dilaporkan kepada KPPU, hal ini karena dalam PP No.57/2010 telah ditentukan *threshold* atau ambang batas nilai transaksi yang terkena kewajiban pelaporan.<sup>159</sup> Selain itu mekanisme pemeriksaan awal dan lanjutan berdasarkan PP No.57/2010 dan lampiran Perkom No.13/2011 juga telah dijabarkan secara sistematis.<sup>160</sup>

Berkaitan dengan *substantive test* pada merger review di Indonesia, UU No.5/1999 dan PP No.57/2010 tidak secara tegas mengatur mengenai tes substansi untuk melarang atau memperbolehkan sebuah transaksi merger. UU No. 5/1999 hanya menetapkan bahwa apabila suatu merger dapat menimbulkan praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat maka merger dapat dibatalkan oleh KPPU. Namun, meskipun UU No. 5/1999 menggunakan istilah yang berbeda dengan istilah yang dipakai oleh banyak Negara (*Dominance test*, *SLC test* atau *PI test*), esensi dari pengaturan merger menurut UU No.5/1999 mempunyai makna yang sama dan merupakan kombinasi dari ketiga jenis tes tersebut.

Unsur praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat yang digunakan oleh UU No. 5/1999 pada intinya menggunakan tes substansi yang tidak berbeda dengan *SLC Test* maupun *DP Test*.<sup>161</sup> Dalam *SLC test* unsur pentingnya adalah berkurangnya persaingan yang pada intinya sama dengan menghambat persaingan/lessening competition. Sedangkan dalam *DP test* unsur pentingnya adalah posisi dominan yang pada intinya sama dengan menguasai produksi dan atau pemasaran. Penerapan *PI test* dalam UU No. 5/1999 juga terlihat dalam larangan bagi transaksi merger yang merugikan kepentingan umum. Undang-undang No. 5/1999 tidak memberikan batas bagi keberlakuan *PI test* pada

<sup>159</sup> Untuk penjelasan mengenai ambang batas transaksi dari nilai transaksi atau jumlah akumulasi aset setelah merger berdasarkan PP No.57/2010, Lihat Bab I halaman 7 pada Penulisan ini.

<sup>160</sup> Untuk melihat tahapan pemeriksaan berdasarkan PP No.57/2010, Lihat Bab I halaman 10 pada Penulisan ini.

<sup>161</sup> Lubis et al, Hukum Persaingan Usaha, Antara Teks dan Konteks, *op.cit.*, hal. 208

sektor-sektor industri tertentu saja. Namun berdasarkan ketentuan Pasal 35 jo. 36 UU No.5/1999, KPPU memiliki wewenang untuk menentukan apakah proposal merger boleh diteruskan atau harus dihentikan. Hal ini mencakup wewenang untuk melakukan pendefinisian dan penentuan terhadap pengertian kepentingan umum. Selain itu, menurut ketentuan Pasal 50 UU No.5/1999, pengaturan mengenai merger ini dapat dikecualikan atau dapat dipertimbangkan keberlakukannya apabila transaksi merger dilakukan atas dasar ketentuan peraturan perundang-undangan.

Dalam melakukan *merger review*, KPPU hanya mengeluarkan *objection letter* dan *non-objection letter*. KPPU tidak mengeluarkan *conditional letter* sebagai hasil pemeriksaan merger yang dilakukannya. Dalam tahap konsultasi, hasil pemeriksaan (berupa *objection* atau *non-objection letter*) akan dijadikan rujukan oleh pelaku usaha yang akan melakukan merger, namun apabila setelah adanya pemeriksaan pelaku usaha tetap menjalankan rencana merger yang menurut hasil pemeriksaan menghasilkan *objection letter*, dalam proses notifikasi akan dipelanjutkannya oleh KPPU sebagai perkara pelanggaran dan dikenai sanksi ancaman pembatalan sesuai dengan ketentuan pasal 29 UU No.5/1999.<sup>162</sup>

---

<sup>162</sup> KPPU, *Majalah Kompetisi*, *loc.cit.*

### BAB III

#### DOKTRIN *FAILING FIRM DEFENSE*

#### 3.1 Merger antara *Failing Firm*: Konsepsi dasar dari *Failing Firm Defense* (FFD)

Seperti yang telah dikemukakan pada Bab sebelumnya, ketentuan pada *merger review* bertujuan untuk menghalangi atau membatasi transaksi yang akan secara substansial mengurangi kompetisi (*substantially lessen competition*) sebagai akibat dari meningkatnya kekuatan pasar dari pelaku usaha yang melakukan merger. *Sine qua non* dari dilarangnya suatu merger adalah eksistensi dari hubungan kausalitas antara transaksi yang diperiksa dengan efek negatif yang diperkirakan akan muncul terhadap kompetisi.<sup>163</sup> Efek negatif dari merger antara kompetitor muncul karena, merger antar kompetitor secara efektif akan berdampak pada pengurangan persaingan di dalam pasar, pada saat berkurangnya persaingan ini akan mempengaruhi kondisi pasar secara keseluruhan, pasar akan lebih sedikit terorientasi pada konsumen dan tujuan efisiensi, meskipun tanpa adanya pelanggaran hukum persaingan usaha. Efek negatif ini memiliki kecenderungan akan timbul khususnya pada pasar dengan tingkat konsentrasi tinggi (di Indonesia contohnya, industri pertambangan batu bara atau industri farmasi).

Meskipun demikian, otoritas persaingan usaha memberlakukan pengecualian (*exception*) dalam beberapa situasi dimana sebuah merger perlu dilakukan untuk menjamin kelangsungan hidup suatu perusahaan (*rescue merger*). Dalam *rescue merger*, pelaku usaha yang terlibat (salah satu atau kedua-duanya) tengah berada dalam kondisi nyaris bangkrut (*nearly failing/financially distressed*). Alasan mengapa dalam *rescue merger* suatu merger yang bersifat anti-kompetisi diperbolehkan adalah karena struktur pasar pada masa yang akan datang akan memburuk sama halnya apabila merger tidak dilakukan. Struktur pasar berada dalam kondisi membahayakan bagi persaingan usaha sama seperti halnya apabila rencana merger di-*block* atau diluluskan. Dalam skenario ini, tidak

---

<sup>163</sup> OECD, Policy Roundtable 2009, *loc.cit.*

terdapat hubungan kausalitas antara merger dan efek negatif pada kompetisi dan karenanya tidak ada dasar hukum untuk melarang merger tersebut.

Proses pemeriksaan yang dilakukan atas merger yang melibatkan *failing firm* berbeda dengan pemeriksaan dilakukan atas merger yang tidak melibatkan *failing firm*. Pada merger yang melibatkan *failing firm*, kondisi kompetitif pasar sebelum terjadinya merger (*pre-merger competitive condition*) tidak akan dijadikan pertimbangan (*benchmark*) oleh otoritas persaingan usaha dalam melakukan pemeriksaan.<sup>164</sup>

*Rationele* mengapa pada merger yang melibatkan *failing firm*, kondisi pasar sebelum merger tidak dijadikan *benchmark* dalam melakukan penilaian adalah, karena apabila *benchmark* yang digunakan adalah kondisi pasar sebelum merger, rencana merger secara *ipso facto* akan ditolak (hal ini tentu dengan asumsi bahwa *failing firm* yang terlibat dalam transaksi merupakan pelaku usaha dengan *market power* yang cukup besar untuk mempengaruhi pasar). Penolakan izin bagi transaksi merger ini sudah tentu akan menyebabkan pailitnya *failing firm* yang terlibat dalam transaksi. Apabila dampak negatif dari pemailitan *failing firm* yang terlibat dalam merger kepada pasar lebih besar dari dampak yang dihasilkan oleh merger, maka pada umumnya merger akan diperbolehkan. Dengan kata lain, merger yang mempunyai kecenderungan negatif terhadap kompetisi, hanya dapat diizinkan apabila dilakukan untuk menghindari kepailitan yang seketika akan muncul apabila transaksi merger tidak diperbolehkan (*immediate bankruptcy*). Dalam banyak kasus, aset dari *failing firm* yang terlibat dalam suatu transaksi merger memiliki nilai dan manfaat yang lebih besar apabila dipertahankan (melalui merger) dibandingkan apabila dilikuidasi.<sup>165</sup>

Aplikasi *failing firm doctrine* pada merger yang melibatkan *failing firm* pertama kali dilakukan oleh FTC dalam kasus *International Shoe* pada tahun 1930. Dalam kasus ini, Pengadilan mendefinisikan persyaratan pertama dari penerapan FFD sebagai “kepailitan apabila merger tidak dilakukan.” Beban

---

<sup>164</sup> Kokkoris, Ioannis, “Failing Firm Defence in the European Union: A Panacea for Mergers,” dapat diunduh pada <http://www.ifblonline.com/docs/IFBL%20-%20FFD.pdf>, unduhan terakhir pada 1 Juni 2011.

<sup>165</sup> OECD, Policy Roundtable 2009, *Ibid*.

pembuktian diberikan kepada *failing firm* yang menggunakan FFD sebagai pembelaan atas merger yang akan dilakukannya. *Failing firm* tersebut harus menunjukkan bahwa *resources* yang dimilikinya secara signifikan menyusut dengan prospek perbaikan yang sangat kecil (*remote*) sehingga perusahaan tersebut menghadapi kemungkinan mengalami kegagalan usaha.<sup>166</sup> Selanjutnya, Pengadilan akan menganalisa prospek kekuatan kompetisi dalam 2 (dua) skenario. Dalam skenario pertama, *failing firm* melakukan merger atau diakuisisi oleh kompetitornya, dimana dalam skenario kedua merger tidak dilakukan dan aset dari perusahaan dilikuidasi. Dalam *International Shoe*, Pengadilan menentukan bahwa merger merupakan skenario yang lebih tidak mempengaruhi kompetisi ketimbang apabila aset perusahaan harus terpaksa dilikuidasi.

Selain itu, sesuai dengan esensi dasar dari *merger review*, unsur penting yang ada dalam syarat penerapan FFD adalah faktor perlindungan konsumen, dan perlindungan terhadap kepentingan umum, seperti yang digariskan oleh US Supreme Court dalam *Philadelphia National Bank*.<sup>167</sup> Dalam kasus ini, US Supreme Court menyatakan bahwa FFD akan lebih mudah diterapkan pada sektor perbankan mengingat *nature* dari industri perbankan sebagai pengumpul dana masyarakat yang kelangsungan usahanya memiliki dampak yang luas pada masyarakat.

Sebagai konsekuensi logis dari meningkatnya arus kepailitan akibat krisis ekonomi, OECD memperkirakan bahwa gelombang merger antara *failing firm* akan meningkat secara signifikan. Secara statistik di Amerika Serikat, jumlah total kepailitan meningkat dari 603,633 pada 2006 menjadi 747,141 pada 2007 dan semakin meningkat ke angka 1,117,771 pada 2008.<sup>168</sup> Di Eropa, Standard & Poor (S&P) memperkirakan *default rate* di Eropa meningkat hingga 15 %

---

<sup>166</sup> OECD, Policy Roundtable 2009, *Ibid.*, *International Shoe v FTC*, 280 U.S. 291 (1930).

<sup>167</sup> OECD, Policy Roundtable 2009, *Ibid.*, *United States v Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321 (1963).

<sup>168</sup> OECD, Policy Roundtable 2009, *loc.cit.*, data statistik diperoleh dari American Bankruptcy Institute: [http://www.abiworld.org/AM/Template.cfm?Section=Annual\\_U\\_S\\_Filings1&Template=/TaggedPage/TaggedPageDisplay.cfm&TPLID=62&ContentID=36294](http://www.abiworld.org/AM/Template.cfm?Section=Annual_U_S_Filings1&Template=/TaggedPage/TaggedPageDisplay.cfm&TPLID=62&ContentID=36294).

dibandingkan angka selama 15 tahun kebelakang.<sup>169</sup> Selain itu, di Jepang, gelombang kepailitan pada 2008 meningkat 25% dari angka kepailitan pada 2007.<sup>170</sup> OECD juga menyatakan bahwa dengan adanya peningkatan jumlah merger yang melibatkan *failing firm*, otoritas persaingan usaha harus lebih jeli dalam menetapkan standar uji dan pengawasan bagi merger-merger yang melibatkan aplikasi *failing firm defense*.

Penerapan FFD pada merger yang distimulasi oleh buruknya keadaan ekonomi memicu banyak pendapat yang menyatakan bahwa batu uji atau *requirements* dalam memberlakukan FFD harus lebih dilonggarkan.<sup>171</sup> Sementara tidak ada landasan teoritis maupun empiris untuk menyimpangi prinsip-prinsip dasar kebijakan persaingan usaha dalam periode kemunduran ekonomi, kesulitan finansial yang dialami pada tingkat industri atau perusahaan sudah tentu merupakan hal yang relevan dalam pembahasan mengenai kondisi persaingan. Hal ini karena penegakan hukum persaingan usaha harus mempertimbangkan kondisi sebenarnya yang terjadi di dunia ekonomi.<sup>172</sup> Meskipun demikian, karena analisa persaingan usaha melihat secara spesifik pada tingkat perusahaan dan industri, penerapannya akan sedikit berbeda.<sup>173</sup> Seperti yang dikemukakan oleh Kepala Departemen Kehakiman untuk Divisi Persaingan Usaha:<sup>174</sup>

*“We are likely to see firms consider consolidation to alleviate perceived financial weakness in a distressed economy. A down economy does not change the fundamental analysis, however, which looks to the effects of the*

<sup>169</sup> OECD, Policy Roundtable 2009, *Ibid.*, data statistik diperoleh dari European bankruptcy laws - Out of pocket, *The Economist*, 30 Desember 2008., dapat diunduh pada [www.economist.com/displaystory.cfm?story\\_id=12855376](http://www.economist.com/displaystory.cfm?story_id=12855376), unduhan terakhir pada 1 Juni 2011.

<sup>170</sup> OECD, Policy Roundtable 2009, *Ibid.*, data statistik diperoleh dari —More firms go bankrupt in Japan, 13 Januari 2009, dapat diunduh pada: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/7826009.stm>.

<sup>171</sup> OECD, Roundtable on Failing Firm Defense October 2009: Contribution from the United States, dapat diunduh pada <http://www.oecd.org>, p.9

<sup>172</sup> *Ibid.*

<sup>173</sup> *Ibid.*

<sup>174</sup> Remarks of Christine A. Varney, Assistant Attorney General for Antitrust, International Competition Network—Merger Working Group, Zurich, Switzerland, June 3, 2009. (Lihat OECD, Contribution from the United States, *loc.cit.*, p.9).

*merger on competition. We will need to stick to the basics with a clear application of our guidelines to each transaction. For instance, although we may see “failing firm” defenses asserted more often, the analysis should be the same as it was before—will the acquisition benefit consumers? Is the acquisition the only way to keep the firm’s assets in the market? When to credit a failing firm defense is just one of the issues we will face in the coming months.”*

Berdasarkan kutipan diatas, dapat disimpulkan bahwa kriteria penerapan FFD dalam konteks resesi ekonomi akan sama dengan kriteria penerapan FFD pada keadaan normal.<sup>175</sup> Hal yang perlu diperhatikan adalah apakah transaksi merger yang akan dilakukan akan menguntungkan perusahaan dengan menciptakan efisiensi dan akhirnya juga akan menguntungkan konsumen, apabila iya, tentu merger tersebut tersebut akan lolos dari pemeriksaan dalam aplikasi kriteria FFD yang ketat.

### **3.2 Batu Uji dalam Pemberlakuan *Failing Firm Defense***

Meskipun aplikasi dari FFD tidak dapat diberlakukan secara universal pada tiap industri, dan aplikasi dari kriteria pengujian bersifat relatif, terdapat 4 (empat) kriteria umum dalam doktrin FFD yang diterapkan pada merger yang melibatkan *failing firm*, yaitu:<sup>176</sup>

<sup>175</sup> OECD, Contribution from the United States, *loc.cit.*, p.9.

<sup>176</sup> OECD, Policy Roundtable 2009, *loc.cit.*, lihat juga Ioannis Kokkoris, Panacea of Mergers, *loc.cit.*, 3 (tiga) kriteria umum dalam aplikasi doktrin FFD ini diambil dari US Horizontal Merger Guidelines dan EC Merger Regulation. EC Merger Regulation mengharuskan 3 (tiga) elemen yang harus ada dalam pembelaan yang menggunakan FFD, yaitu kegagalan usaha oleh *failing firm* yang bersifat seketika apabila merger tidak dilakukan, selain itu tidak ada cara reorganisasi perusahaan yang lebih tidak berdampak buruk (*less anticompetitive*) bagi kompetisi selain merger, dan aset dari *failing firm* tersebut sudah pasti akan keluar dari pasar apabila transaksi merger tidak dilakukan. Sedangkan, kutipan langsung dari US Horizontal Merger (sebagaimana yang direvisi pada 1997) kriteria yang dipublikasikan oleh DoJ dan FTC mengharuskan bahwa:

- (1) *The allegedly failing firm would be unable to meet its financial obligations in the near future;*
- (2) *It would not be able to reorganise successfully under Chapter 11 of the Bankruptcy Act;*
- (3) *It has made unsuccessful good-faith efforts to elicit reasonable alternative offers of acquisition of the assets of the failing firm that would both keep its tangible and intangible assets in the relevant market and pose a less severe danger to competition than does the proposed merger; and*
- (4) *Absent the acquisition, the assets of the failing firm would exit the relevant market.*



- Perusahaan akan mengalami kebangkrutan apabila merger tidak dilakukan
- Ketidakmampuan perusahaan untuk memenuhi kewajiban finansialnya
- Tidak ada prospek perbaikan yang mungkin dicapai melalui proses reorganisasi lain yang dampaknya lebih rendah terhadap kompetisi
- Aset dari perusahaan akan keluar dari pasar tanpa adanya merger

Aplikasi dari keempat tes uji ini sangat relatif bergantung kepada kondisi pasar, karakteristik industri serta jenis kepentingan yang dilindungi oleh otoritas persaingan usaha. Sehingga, aplikasi dari keempat tes uji ini akan lebih ilustratif apabila dipaparkan dengan menggunakan contoh kasus. Berikut ini adalah penjelasan mengenai kriteria umum dalam penerapan doktrin FFD:<sup>177</sup>

1. Terjadinya kebangkrutan yang seketika apabila merger tidak dilakukan  
 Pemeriksaan terhadap kemungkinan terjadinya kebangkrutan dan oleh karena itu pelaku usaha harus dipaksa keluar dari pasar (*forced out of the market*), diterapkan oleh *European Commission* (EC) dalam kasus *Aerospatiale*.<sup>178</sup> Dalam kasus ini, Alenia dan Aerospatiale akan mengakuisisi De Havilland (divisi regional pesawat terbang milik Boeing). Alenia dan Aerospatiale merupakan pemain aktif melalui ATR dalam pasar bersangkutan bagi pesawat turboprop lokal (regional) (EC mendefinisikan 3 (tiga) pasar yang berbeda sesuai dengan ukuran pesawat).

De Havilland dan ATR memiliki aktifitas yang *overlapping* dalam pasar baru bagi pesawat turbo-prop ukuran sedang, yang apabila dikombinasikan, entitas hasil merger akan memiliki pangsa pasar sebesar 64% diseluruh dunia. Dalam rencana merger-nya Boeing menggunakan doktrin FFD. Boeing menyatakan bahwa dirinya akan menutup De Havilland pasca akuisisi. Hal ini dipertanyakan oleh EC, khususnya masalah relevansi pembelaan dalam pemeriksaan dengan menggunakan

---

<sup>177</sup> Ioannis Kokkoris, *A Panacea of Mergers*, *loc.cit.*

<sup>178</sup> Lihat, Ioannis Kokkoris, *A Panacea of Mergers*, *Ibid.* Case IV/M.053, *Aerospatiale-Alenia/de Havilland* [1991] O.J. L334/42.

*dominance test* berdasarkan Regulasi 4064/89. Pembelaan yang diajukan oleh Boeing adalah, apabila tidak diambil oleh Alenia-Aerospatale, De Havilland akan menghadapi likuidasi.

EC berpendapat bahwa De Havilland tidak mungkin akan terpaksa keluar dari pasar apabila tidak dibeli oleh Alenia-Aerospatale, sehingga *immediate bankruptcy* dianggap bukan merupakan sebuah kemungkinan dari ditolaknya rencana merger oleh EC. Salah satu alasan yang dikemukakan oleh EC adalah karena, Alenia-Aerospatale bukan merupakan satu-satunya pihak yang ada untuk mengakuisisi De Havilland.

Dalam memeriksa kemungkinan keluarnya De Havilland dari pasar apabila merger tidak dilakukan, EC mempertimbangkan beberapa faktor seperti fakta bahwa De Havilland melakukan produksi dengan kualitas yang baik, telah memiliki nama dan sangat dihargai karena kualitas produknya yang baik, sehingga *net selling price* dari pesawat-pesawat yang dihasilkannya telah meningkat dan biaya produksinya menurun, sementara masih ada ruang bagi peningkatan produktivitas. Meskipun EC tidak secara gamblang menyebutkan aspek-aspek ini, beban pembuktian menjadi lebih berat bagi pihak-pihak yang akan melakukan merger dalam konteks "*failing division*." Hal ini karena De Havilland merupakan salah satu divisi yang dimiliki oleh Boeing Grup.

Disamping itu, dalam kasus *Kali und Salz*,<sup>179</sup> *joint venture* antara Kali dan Salz dan Treuhand yang menyebabkan konsentrasi pada *rock-salt* dan aktifitas eksplorasi *potash* yang dilakukan oleh Kali dan Salz, anak perusahaan dari perusahaan kimia milik Jerman BASF dan MdK (yang merupakan perusahaan Negara dari Republik Demokratik Jerman). Merger antara Kali dan Salz dan Treuhand akan menciptakan monopoli dalam pasar potash dengan pangsa pasar mencapai 98% di Jerman.

Pada saat itu, Mdk sedang berada pada kondisi kritis dan nyaris menghadapi kebangkrutan. Kondisi ekonomi dari MdK pada saat itu sebagian besar disebabkan oleh krisis penjualan yang disebabkan oleh

---

<sup>179</sup> Ioannis Kokkoris, A Panacea of Mergers, *Ibid.*, Case IV/M308 *Kali und Salz/MdK/Treuhand* [1994] O.J. L186/30.

*collapse*-nya pasar di wilayah Eropa Timur. Selain itu, debit penjualan MdK di pasar Jerman jatuh secara signifikan, sehingga MdK tidak akan mampu menjalankan sistem distribusi yang efisien. Oleh karenanya, MdK tidak akan mampu melanjutkan usahanya tanpa Treuhandstalt untuk menutup kerugian yang dideritanya.

EC menyatakan bahwa merger yang dalam kondisi normal seharusnya sudah dianggap sebagai pemicu munculnya pelaku usaha dominan (dari perusahaan yang mengakuisisi (*acquiring firm*)), dapat dikategorikan tidak berbahaya apabila, meskipun merger tersebut dilarang, perusahaan yang mengakuisisi akan tetap mencapai posisi dominan. Oleh karena itu, tidak ada hubungan kausalitas antara konsentrasi dan perburukan dari struktur kompetitif dalam pasar, apabila:<sup>180</sup>

- Perusahaan yang diambil alih akan (dalam waktu dekat) dipaksa untuk keluar dari pasar apabila tidak diambil alih oleh perusahaan lain.
- Perusahaan yang mengambil alih akan mengambil porsi pangsa pasar apabila perusahaan yang diambil alih dipaksa keluar dari pasar.
- Tidak ada pembeli alternatif yang lebih tidak berbahaya bagi kompetisi dibandingkan dengan perusahaan yang akan mengambil alih.

Untuk kriteria pertama, EC berpendapat bahwa pemeriksaan dalam konteks ini mengutamakan studi mengenai pasar dimana *failing firm* melakukan kegiatan usahanya. Apabila aset dari *failing firm* keluar dari pasar, akan terjadi tendensi penurunan pasokan (*supply*) ke dalam pasar dan menyebabkan kenaikan harga. Hal ini merupakan keadaan yang mungkin terjadi akibat dari sedikitnya atau tidak adanya kelebihan kapasitas pasokan ke dalam pasar. Selain itu efek negatif dari penurunan pasokan tidak akan sebegitu mudahnya dihilangkan dengan penambahan kapasitas baru. Tidak adanya hubungan kausalitas dapat dilihat pada skenario dimana hilangnya *failing firm* dari peta

---

<sup>180</sup> *Ibid.*

persaingan usaha, yang timbul sebagai akibat dari dilarangnya merger, yang akan memperkuat posisi dominan. Beban pembuktian untuk menunjukkan bahwa terdapat hubungan kausalitas yang hilang antara merger dan efek negatif terhadap persaingan terletak pada pihak-pihak yang melakukan merger.

Pada *Kali und Salz*, EC menyatakan bahwa:

*“bearing in mind the causality considerations outlined above, a merger leading to the creation or reinforcement of dominant position must take place in such a way as to cause the least possible damage to competition. This means that any alternative partial disposal of the target company which will reduce the deterioration of the competitive structure must be as a rule be carried out if the rest of the merger is to be accepted under merger law.”*

Putusan ini ditentang oleh Pemerintah Perancis dan *Soci'et'e Commerciale des Potasses et de l'Azote* (SCPA), anak perusahaan dari EMC, dan oleh *EMC Republik Perancis v. EC*.<sup>181</sup> Pemerintah Perancis menyatakan bahwa EC telah keliru dalam menerapkan hukum karena EC telah secara salah mengaplikasikan doktrin FFD, tanpa mempertimbangkan segala persyaratan yang digunakan oleh hukum persaingan usaha di Amerika. Hal ini dibantah oleh EC, karena menurut EC, *European Merger Guidelines* tidak mengadopsi ketentuan hukum persaingan usaha di Amerika secara keseluruhan (khususnya mengenai aplikasi doktrin FFD). Namun demikian, ECJ menyatakan bahwa hal tersebut tidak mempengaruhi legalitas dari putusan yang diambil oleh EC. ECJ memberikan konfirmasi bahwa FFD relevan digunakan untuk menentukan apakah sebuah konsentrasi bertentangan dengan *Common Market*. Perbedaan dalam ketentuan atau kondisi keberlakuan antara EC dan otoritas persaingan usaha Amerika tidak dengan sendirinya menjadi alasan dari tidak validnya putusan yang diprotes tersebut.

---

<sup>181</sup> *Ibid.*, Joined Cases C-68/94 and 30/95 *France v Commission, Societe Commerciale es Potasses et de l'Azore (SCPA) v Commission* [1998] E.C.R. I-1375; [1998] 4 C.M.L.R. 829.

Menurut ECJ, EC telah membuktikan bahwa MdK kemungkinan akan berhenti dari kegiatan usahanya dalam waktu dekat ini apabila tidak diambil alih oleh perusahaan swasta, dan doktrin FFD telah diaplikasikan secara tepat. Sementara itu pemerintah Perancis melakukan banding terhadap putusan EC yang memasukkan kriteria arbsorpsi pangsa pasar oleh perusahaan yang mengakuisisi apabila, perusahaan target terpaksa harus keluar dari pasar. Sementara ECJ memutuskan bahwa kriteria tersebut ada untuk menjamin bahwa eksistensi dari hubungan kausalitas antara konsentrasi dan penurunan struktur kompetisi dalam pasar. Menurut hemat ECJ, pembelaan dengan menggunakan FFD kemungkinan akan diterima apabila struktur kompetisi sebagai hasil dari konsentrasi akan tetap menurun meskipun konsentrasi tidak dilakukan.

## 2. Ketidakmampuan dalam memenuhi kewajiban finansialnya

Dalam *aide memoiré* dalam OECD Policy Roundtables 1995, salah satu kendala dari mekanisme pengawasan atas merger yang melibatkan failing firm adalah standar yang digunakan untuk menentukan kondisi “failing.” Dalam jurnal ilmiahnya, Ioannis Kokkoris menyatakan bahwa failing firm yang diperbolehkan untuk melakukan rescue merger haruslah benar-benar “failing” dan bukan hanya sekedar “ailing.” Karena standar pembuktian (batu uji) dalam penerapan doktrin FFD bersifat case per case basis, tidak bisa ditemukan suatu standar universal (one size fits all standard) dalam aplikasi FFD karena seperti halnya merger review, analisa yang dilakukan sifatnya relatif pada keadaan pasar, sensitivitas produk, dan perilaku konsumen pada tiap-tiap industri.

Tidak ada standar atau patokan yang pasti mengenai mekanisme eksaminasi atas kriteria ini. Seperti halnya kriteria penerapan FFD yang lain, hal ini harus dianalisa secara berhati-hati dan penentuan mengenai kondisi kesehatan keuangan perusahaan harus dibuat berdasarkan karakteristik kasus (*case per case basis*). Salah satu faktor utama yang digunakan oleh FTC dalam menentukan apakah suatu perusahaan mampu memenuhi kewajibannya dalam tempo dekat adalah dengan melihat apakah perusahaan memiliki arus kas yang cukup. Selain itu FTC juga

akan memeriksa apakah jumlah keseluruhan utang yang dimiliki perusahaan melebihi nilai aset dalam jangka waktu tertentu (*debt equity ratio*),<sup>182</sup> dan apakah biaya-biaya yang dikeluarkan oleh perusahaan lebih besar daripada pendapatannya. Penurunan penjualan atau mungkin penurunan tingkat keuntungan (*negative current profit*), juga merupakan indikasi untuk menentukan apakah suatu perusahaan akan mampu memenuhi komitmen keuangannya.<sup>183</sup> FTC juga akan melihat apakah ada kemungkinan perusahaan untuk mendapatkan pemasukan baru atau konsumen baru dan apakah kerugian yang diderita tidak bersifat permanen (*short term*) dan tidak memiliki kecenderungan akan terulang kembali.<sup>184</sup> Di samping itu, FTC juga akan mempertimbangkan apakah produktivitas perusahaan mengalami penurunan, apakah pasokan dari bahan produksi utamanya telah habis, atau apakah hal-hal tersebut terjadi hanya akibat dari pengelolaan saat ini yang tidak baik.<sup>185</sup> Selain itu, FTC juga akan melakukan investigasi untuk mengetahui apakah masalah keuangan yang dialami perusahaan merupakan bagian yang tidak terelakkan dari tren ekonomi atau apakah hal tersebut merupakan bagian dari krisis ekonomi semata.

Selain mempertimbangkan kondisi internal perusahaan, pendekatan lain untuk mengetahui apakah suatu perusahaan kemungkinan sedang berada dalam kondisi finansial yang tidak sehat dapat dilakukan dengan cara melihat faktor eksternal perusahaan (tidak terkait dengan manajemen perusahaan). Contohnya, dalam *United States v. General Dynamics*

---

<sup>182</sup> *California v. Sutter Health Sys.*, 130 F. Supp. 2d 1109, 1134-35 (N.D. Cal. 2001)

<sup>183</sup> Remarks of Kevin J. Arquit, Director, Bureau of Competition, Federal Trade Commission, before American Bar Association, "The Failing Firm Defense and Related Issues," Apr. 12, 1991 ("Arquit Remarks"), p. 9 (sebagaimana yang dikutip dalam OECD, Contribution form the United States, p.4).

<sup>184</sup> Ken Heyer and Sheldon Kimmel, "Merger Review of Firms in Financial Distress," *Economic Analysis Group Discussion Paper*, Mar. 2009 ("Merger Review"), pp. 4, 6 (sebagaimana yang dikutip dalam OECD, Contribution form the United States, *loc.cit.*, p.4).

<sup>185</sup> *Ibid.*

*Corp.*,<sup>186</sup> District Court untuk yang pertama kalinya mengakui bahwa faktor-faktor eksternal di dalam pasar mampu mempengaruhi kemampuan perusahaan yang tengah dalam kondisi stabil untuk bersaing dimasa yang akan datang dalam pasar yang bersangkutan (*firm's future ability to compete*). Dalam kasus ini, District Court melahirkan analisa “weekend competitor” atau “pesaing lemah” untuk membantah argumentasi FTC bahwa merger yang dilakukan oleh United Coal dan General Dynamics adalah *prima facie* anti-kompetisi,<sup>187</sup> dan memperbolehkan merger merger antara 2 (dua) perusahaan batu bara yang salaing berkompetisi ini setelah mempertimbangkan perubahan-perubahan yang terjadi pada pasar batu bara.

Meskipun United Coal adalah perusahaan yang suksse pada waktu merger akan dilakukan, District Court berpendapat bahwa bukti atas kinerja perusahaan pada masa yang lalu (*company's past performance*) tidak secara akurat mencerminkan kemampuannya di masa yang akan datang untuk bersaing. Hal ini karena, United Coal kekurangan cadangan batu bara untuk mengamankan kontrak-kontraknya di masa yang akan datang. District Court menyatakan bahwa akuisisi antara United Coal dan General Dynamics tidak melanggar ketentuan Section 7, karena United Coal tidak memiliki kemungkinan untuk menjadi kompetitor yang signifikan di dalam industri batu bara tanpa adanya akuisisi.

---

<sup>186</sup> *United States v General Dynamics Corp*, 415 U.S. 486 (1974), Lihat Amanda L. Wait, *loc.cit.*

<sup>187</sup> Konsep “weekend competitor” dikenal pertama kali dalam putusan General Dynamics, selanjutnya dalam investigasi yang dilakukan oleh FTC pada tahun 1997 atas akuisisi antara Boeing Co. dan McDonnell Douglas, FTC menentukan bahwa posisi McDonnell Douglas yang signifikan sebagai pemasok independed atas pesawat kommersial telah menurun sampai pada point dimana ia tidak lagi memiliki “competitive constraint” terhadap harga Boeing and Airbus untuk pesawat komersial berukuran besar, meskipun pada saat itu McDonnell Douglas tidak dalam kondisi *failing firm*, penurunan tingkat kompetisi McDonnell Douglas berakar dari fakta baha dirinya tidak melakukan investasi berkelanjutan dalam pengembangan teknologi baru dalam pesawat terbang untuk bersaing sepenuhnya melawan Boeing and Airbus, selain itu, banyak pembeli pesawat terbang yang mengindikasikan bahwa prospek McDonnell Douglas dalam penjualan pesawat terbang di masa yang akan datang akan berakhir di level nol. Investigasi yang dilakukan oleh staf FTC untuk menemukan potensi berbaliknya situasi juga gagal. Sebagai akibatnya, FTC menghentikan investigasinya tanpa mengambil langkah apapun. (Lihat, OECD, *Contribution from the United States, loc.cit., p.8*).

Pendekatan yang diambil dalam putusan kasus *General Dynamics* menandai pergeseran yang signifikan dalam sudut pandang yang diambil oleh pengadilan untuk menentukan jenis merger yang melanggar ketentuan Section 7. Hingga saat ini, analisa “forward-looking-analysis of market condition” yang digunakan dalam putusan *General Dynamics* digunakan oleh pengadilan untuk membantah argumentasi FTC bahwa merger yang direncanakan bersifat anti-kompetisi. Tidak akuratnya data statistik mengenai pangsa pasar di masa yang akan datang tidak dengan sendirinya menjadi pembelaan absolut bagi perusahaan yang ingin mengaplikasikan FFD, namun hal tersebut dapat memberikan imunitas dari ketentuan Section 7.<sup>188</sup> Berbeda dengan kriteria lain dalam FFD yang memfokuskan pada kondisi internal perusahaan, seperti manajemen perusahaan, analisa yang digunakan dalam the *General Dynamics* hanya melihat dampak dari faktor external dalam pasar atas pangsa pasar perusahaan pasca akuisisi.

3. Tidak ada prospek perbaikan melalui proses reorganisasi lain dan tidak ada pembeli lain yang dampaknya lebih tidak membahayakan kompetisi (*less anti-competitive buyer*)

Dalam Horizontal Merger Guidelines, salah satu syarat bagi penerapan FFD adalah apabila *failing firm* tidak mungkin dapat melakukan reorganisasi perusahaan. Reorganisasi perusahaan yang ditunjuk oleh Horizontal Merger Guidelines adalah reorganisasi yang dilakukan berdasarkan ketentuan dari Chapter 11 of Bankruptcy Act.<sup>189</sup>

<sup>188</sup> Putusan *General Dynamics* kemudian mempengaruhi Merger Guideline 1982, yang menyatakan bahwa data-data mengenai kondisi pasar tidak selalu merefleksikan kemampuan perusahaan untuk bersaing di masa yang akan datang. Merger Guideline 1992/1997 menyatakan bahwa “dalam beberapa situasi, pangsa pasar dan konsentrasi pasar dapat bersifat “understate” atau “overstate” dalam memprediksikan kemungkinan tingkat kompetisi suatu perusahaan atau dampak dari suatu merger. Lihat Amanda L. Wait, *loc.cit.*

<sup>189</sup> OECD, Contribution from the United States, *loc.cit.*, p.5; berdasarkan ketentuan Chapter 11 dari U.S. Bankruptcy Code, 11 U.S.C. § 1101-1116, perusahaan dapat memulai proses reorganisasi melalui proses kepailitan. Seketika setelah perusahaan menyerahkan petisi untuk melakukan proses reorganisasi, perusahaan akan tetap terus menjalankan kegiatan usahanya, pada umumnya berada dalam pengawasan manajemen saat itu, dan perusahaan juga diberikan kewenangan berdasarkan undang-undang untuk membatalkan atau melakukan perundingan ulang atas suatu kontrak, atau menggunakan jaminan untuk meminjam dana tambahan, mengukur kembali kegiatan usahanya, dan melakukan modifikasi atas struktur utang dan modal yang dimilikinya. Kreditor, dalam tahap ini, tidak diperbolehkan melakukan upaya hukum terhadap perusahaan diluar skema kepailitan. Pada akhirnya, perusahaan akan mengajukan sebuah rencana



Untuk menentukan apakah suatu perusahaan dapat di-reorganisasi, FTC akan mempertimbangkan apakah pemutihan dari utang yang dimiliki oleh perusahaan melalui proses pemailitan dapat menyelesaikan masalah keuangan perusahaan. Contohnya, apabila perusahaan tidak mampu melakukan pembiayaan atas kegiatan operasionalnya saat ini atau yang akan dilakukannya melalui pendapatan yang akan diperolehnya, atau dalam kondisi dimana perusahaan kehabisan modal perusahaan, reorganisasi mungkin tidak dapat dilakukan. FTC mungkin akan mempertimbangkan prospek perusahaan untuk memperbaiki kondisinya dan menimbang apakah perusahaan memiliki rencana yang *viable* untuk memperbaiki kondisinya. Selain itu, FTC mungkin akan bernegosiasi dengan kreditor-kreditor perusahaan untuk mengetahui apakah ada kemungkinan untuk melakukan restrukturisasi atas utang-utang perusahaan. Hal ini mungkin untuk dilakukan apabila kreditor merasa perusahaan cukup mempunyai prospek yang baik ke depannya. Oleh karena itu, FTC akan melakukan investigasi untuk mengetahui apakah perusahaan telah melakukan pembicaraan dengan kreditor-kreditornya serta langkah apa yang akan diambil kreditor-kreditor dari perusahaan tersebut sekiranya merger tidak dilakukan.

Dari beberapa kasus yang ada, *failing firm* yang akan menggunakan pembelaan FFD juga harus membuktikan bahwa dirinya telah melakukan upaya untuk menemukan pembeli beriktikad baik yang lebih tidak berpotensi untuk membahayakan persaingan. Hal ini sebenarnya merupakan elemen yang terpisah dari reorganisasi berdasarkan proses kepailitan, namun pada dasarnya memiliki filosofi pengaturan yang sama. Reorganisasi berdasarkan proses kepailitan dan ketentuan untuk mencari pembeli yang *less anti-competitive* pada dasarnya dimaksudkan untuk

---

reorganisasi untuk menjaga kelangsungan usahanya dan membayar utang-utangnya kepada kreditor. Pengadilan harus menyetujui rencana tersebut dan beberapa utang yang ditanggung sebelum proses kepailitan akan dihapuskan. Periode proses kepailitan berdasarkan Chapter 11 reorganisasi akan berlangsung hingga kelangsungan ekonomi yang *viable* dapat terjamin. Apabila tidak ada rencana reorganisasi yang dapat diambil, maka, berdasarkan ketentuan chapter 7 mengenai likuidasi, aset dari perusahaan dapat dilikuidasi oleh curator dan hasil yang diperoleh akan didistribusikan kepada kreditor-kreditor berdasarkan urutan prioritas yang ditentukan dalam Chapter 7 Bankruptcy Code. 11 U.S.C. § 701-716.

memosisikan *rescue merger* yang melibatkan failing firm yang saling berkompetisi sebagai *last resort* ketika opsi-opsi lain telah dilakukan.

Untuk membuktikan bahwa tidak ada alternatif yang lebih tidak membahayakan bagi kompetisi, Merger Guidelines dan Pengadilan mengharuskan perusahaan untuk berusaha, dengan iktikad baik, untuk mencari tawaran “alternatif yang wajar/masuk akal” dari calon pembeli lainnya. Nilai penawaran yang dikategorikan sebagai “reasonable offer” ini haruslah penawaran terhadap aset perusahaan melebihi nilai likuidasinya-yang nilainya paling tinggi yang digunakan diluar pasar bersangkutan atau tawaran yang senilai untuk membeli saham dari failing firm tersebut. Apabila aset kemungkinan akan dibeli oleh perusahaan yang tidak akan memberikan (atau lebih sedikit) dampak terhadap persaingan usaha maka permasalahan keuangan yang sedang dialami oleh perusahaan tidak serta merta mengimplikasikan bahwa rencana merger tidak bersifat merusak kompetisi. Oleh karena itu, FTC menentukan bahwa sebelum perusahaan dapat menggunakan pembelaan dengan FFD, aset perusahaan terlebih dahulu harus di perdagangkan.

Menentukan apakah perusahaan telah melakukan upaya yang cukup untuk mencari pembeli alternatif bisa menjadi hal sulit. Undangan bagi penawar alternatif harus dilakukan sedemikian rupa sehingga tidak menimbulkan *disincentive* bagi penawar yang berada pada tingkat harga diatas nilai likuidasi aset. Contohnya, undangan tender penjualan harus dilakukan tanpa mengindikasikan bahwa penawaran dibawah level tertentu tidak akan dipertimbangkan, karena hal ini mungkin akan men-*discourage* penawar dengan harga diatas nilai likuidasi aset. Cakupan penjualan aset akan bergantung pada karakteristik dan ukuran dari industri terkait. FTC menentukan beberapa kriteria untuk mengukur seberapa maksimal *effort* yang dilakukan oleh pelaku usaha, diantaranya adalah, dihubungkannya sejumlah perusahaan untuk melakukan penawaran, termasuk *investment groups* atau perusahaan dari industri terkait, serta ketersediaan informasi kepada perusahaan yang menunjukkan ketertarikan.

Beban pembuktian pada kriteria ini untuk menunjukkan bahwa tidak ada pembeli alternatif yang wajar (*reasonable alternative buyer*) yang lebih tidak membahayakan persaingan terletak pada pihak yang melakukan merger. Namun, apabila FTC sendiri, dalam masa investigasi, tidak dapat menemukan pembeli alternatif dapat digunakan sebagai bukti yang meyakinkan bahwa ketidakberhasilan usaha yang dilakukan pihak-pihak yang melakukan merger untuk mencari pembeli alternatif, telah memadai.

Pernyataan ketertarikan dari pembeli alternatif, tanpa disertai dengan adanya penawaran, pada umumnya tidak dikategorikan sebagai *reasonable alternative offer*.<sup>190</sup> FTC kemungkinan akan setuju untuk mengawasi proses penawaran aset yang dilakukan oleh broker dalam kurun waktu tertentu. Dan apabila penawaran tersebut tidak menghasilkan pembeli alternatif, dan kriteria-kriteria lain dalam penerapan FFD berhasil dipenuhi, merger akan disetujui oleh FTC.

Contohnya, dalam *Meade-Celestron*,<sup>191</sup> FTC melakukan investigasi atas sebuah *joint venture* antara dua pelaku usaha dominan pada pasar teleskop Schmidt-Cassegrain, yang pada umumnya digunakan oleh pengamat bintang (*astronomer*) yang masih amatir. FTC menentukan bahwa *joint venture* tersebut secara *prima facie* bersifat anti-kompetisi dan meminta diletakkannya penangguhan untuk menghalangi merger dari District Court of Columbia. Dalam putusannya, District Court of Columbia mendiskusikan hasil penemuan FTC mengenai “only available purchaser” merupakan indikasi dari ketatnya persyaratan dalam menggunakan FFD sebagai pembelaan atas *anti-competitive merger*.

Dalam kasus ini, meskipun para pihak yang terlibat dalam transaksi telah melakukan pencarian untuk menemukan pembeli alternatif, FTC menetapkan bahwa pencarian tersebut belum memadai, karena para pihak baru melakukan pencarian setelah menyetujui syarat-syarat dalam rencana

---

<sup>190</sup> *Sutter Health*, 130 F. Supp.2d at 1137; *United States v. Culbro Corp.*, 504 F. Supp. 661, 669 (S.D.N.Y.1981), Lihat OECD, Contribution from the United States, *loc.cit*, p.5.

<sup>191</sup> *FTC v. Harbour Group Invs., L.P.*, No. CIV.A.90-2525, 1990 WL 198819, at \*1(D.D.C. Nov. 19, 1990), Lihat juga Amanda L. Wait, *loc.cit*.

*joint venture*.<sup>192</sup> Dalam putusannya yang mengabulkan permohonan FTC untuk menetapkan penangguhan untuk menghalangi transaksi, pengadilan menyatakan bahwa “upaya yang dilakukan [oleh para pihak] untuk mencari pembeli alternatif...hanya dilakukan dengan usaha yang minimal dan ditujukan sebagai formalitas saja.” FTC meminta para pihak untuk tidak hanya menunjukkan bahwa dirinya telah melakukan “unsuccessful good faith effort” untuk mencari pembeli yang lebih tidak membahayakan bagi kompetisi, dan FTC sendiri juga melakukan pencarian untuk mencari pembeli dan penawaran alternatif selain *joint venture* yang akan dilakukan Meade dan Celestron.

#### 4. Pencegahan atas keluarnya aset *failing firm* dari pasar

Dalam ketentuan Merger Guidelines, hal yang disyaratkan bagi perusahaan yang ingin menggunakan pembelaan dengan doktrin FFD adalah, tanpa adanya akuisisi, aset-aset perusahaan akan keluar dari pasar. Tidak adanya pembeli alternatif yang bisa ditemukan tidak berarti bahwa aset dari *failing firm* tersebut akan secara serta terlikuidasi atau tetap berada dalam pasar yang kompetitif tersebut. Dapat menjadi hal yang sulit untuk menentukan apakah aset akan keluar dari pasar, dalam sebagian besar kasus, bukti-bukti yang dapat menunjukkan fakta ini berada pada *failing firm*.<sup>193</sup> Pada konteks ini, perusahaan harus dapat memberikan akses pada bukti yang objektif yang memadai untuk menunjukkan bahwa akan lebih menguntungkan bagi perusahaan untuk terus mengoperasikan asetnya di dalam pasar dibandingkan apabila perusahaan harus menyerahkan asetnya untuk beroperasi di pasar yang lain-melalui proses likuidasi.

---

<sup>192</sup> *Ibid.*

<sup>193</sup> OECD, Contribution from the United States, *loc.cit.*, p.8

## BAB IV PENUTUP

### 4.1 Simpulan

Berdasarkan paparan dan analisa teori dan penerapan doktrin “the failing firm defense,” Penulis menarik simpulan sebagai berikut:

1. Penerapan FFD dalam merger yang melibatkan *failing firm* bukan merupakan hal yang baru. Meskipun demikian tidak banyak ditemukan literatur yang membahas mengenai tes uji yang baku diterapkan dalam merger antar failing firm. Di Indonesia sendiri, aplikasi FFD tidak secara eksplisit disebutkan di dalam UU No.5/1999, Penjelasan terhadap UU No.5/1999, maupun peraturan pelaksanaannya. Satu-satunya referensi pada doktrin FFD terdapat pada Lampiran Perkom 13/2011, dimana KPPU hanya menyatakan bahwa merger yang dilakukan untuk mencegah keluarnya aset dari dalam pasar akan dipertimbangkan secara berbeda.
2. Hingga saat ini, konsensus atas pedoman penerapan tes substantif yang bersifat universal yang digunakan untuk menganalisa merger yang jatuh pada kategori ini belum dicapai. Hal ini menurut hemat penulis, berpotensi menimbulkan kesimpangsiuran dalam penerapan doktrin FFD. Contohnya di Amerika dan Uni Eropa, meskipun di dalam Merger Guidelines nya telah dicantumkan kriteria penerapan FFD, tetap terjadi disparitas antar putusan yang cukup besar. Namun demikian, prinsip-prinsip dasar dari doktrin FFD relatif sama. Perbedaan mungkin dijumpai karena adanya perbedaan implementasi dan arah kebijakan hukum persaingan usaha di tiap-tiap yurisdiksi. Selain itu, diferensiasi putusan dan tidak seragamnya mekanisme pemeriksaan disebabkan oleh perbedaan karakteristik industri atau pasar yang bersangkutan, serta faktor-faktor social lainnya.
3. Di Eropa dan Amerika, standar penerapan doktrin FFD bersifat *stringent* dan tidak mengalami perubahan meskipun terdapat kebutuhan yang mendesak untuk menerapkannya (contohnya dalam periode krisis keuangan dan gelombang kebangkrutan). Sistem penerapan yang sedemikian ketat, menurut hemat Penulis, merupakan hal yang penting

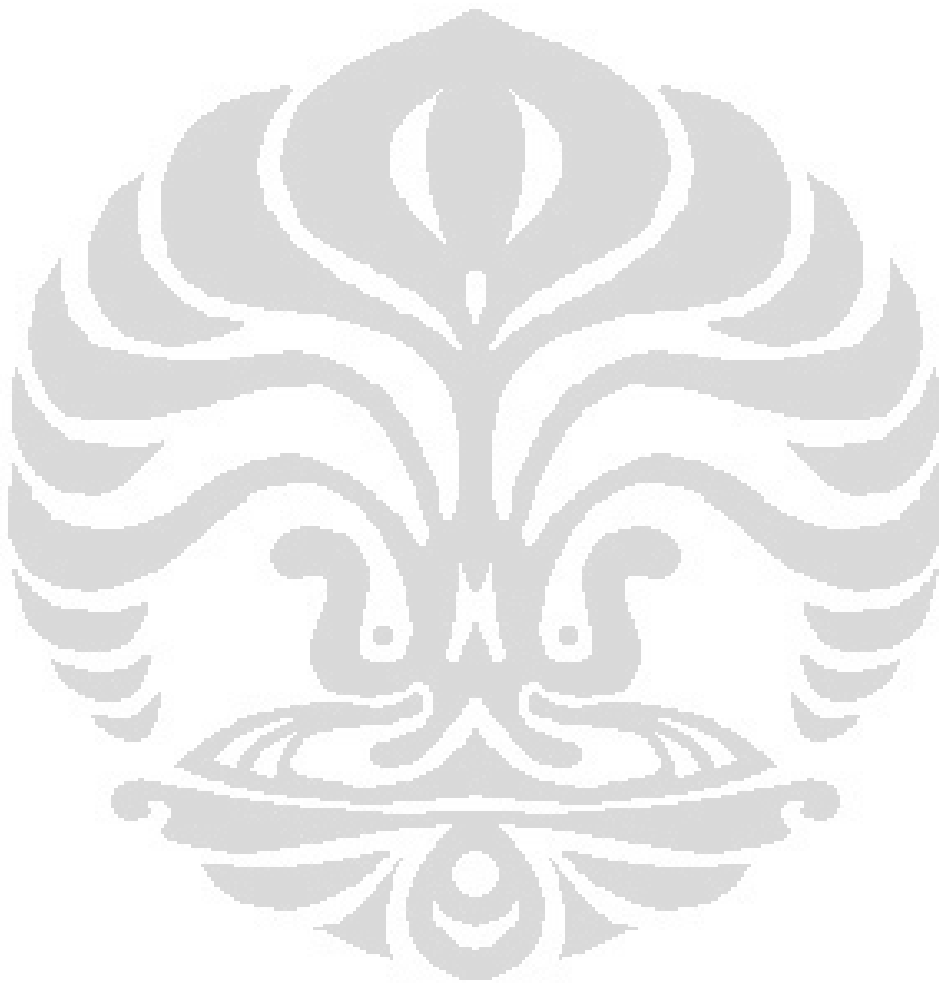
karena FFD memberikan insentif bagi pelaku usaha untuk melakukan manipulasi data dan kondisi keuangan. sehingga kondisinya memenuhi kriteria ketatnya persyaratan dalam penerapan doktrin FFD. Hal ini mengundang perhatian otoritas persaingan usaha di seluruh dunia dan tercantum dalam *report* yang dipublikasikan oleh OECD. Ketentuan-ketentuan yang ada sebagai syarat untuk memberlakukan doktrin FFD memang dirancang sedemikian hingga untuk memperbolehkan merger yang dilakukan antara *failing firm* apabila hasil dari merger tersebut membawa manfaat bagi persaingan usaha dan konsumen. Penerapan kriteria uji ini pun tidak dibedakan sesuai dengan kondisi ekonomi pada saat merger dilakukan. Artinya, meskipun merger antar *failing firm* dilakukan pada saat kemunduran ekonomi (*economic downturn*), otoritas persaingan usaha tidak akan memberikan *leniency* dalam mengaplikasikan kriteria uji bagi FFD. Hal ini karena meskipun terjadi perubahan kondisi ekonomi, kepentingan yang dilindungi oleh otoritas persaingan usaha tetap sama, yaitu perlindungan terhadap kondisi kompetitif dalam pasar dan kesejahteraan konsumen.

### 3.1 Saran

Berdasarkan Penulisan ini, Penulis merekomendasikan beberapa hal sebagaimana disebutkan dibawah ini:

1. Untuk menghindari potensi penyimpangan atas implementasinya, sebaiknya KPPU mengeluarkan pedoman yang mengatur mengenai mekanisme pemeriksaan (pemeriksaan menyeluruh) atas merger yang melibatkan perusahaan yang berada dalam kondisi financial yang tidak sehat. Hal ini tentunya diterapkan setelah KPPU menyelesaikan pemeriksaan tahap awal (pra-kualifikasi menurut tingkat konsentrasi pasar atau ambang batas transaksi).
2. Di dalam pedomannya tersebut, sebaiknya KPPU merinci threshold dan elemen-elemen uji yang digunakan sebagai standar pemeriksaan dengan kekhususan pada kondisi keuangan perusahaan (turn over, cash flow, DER, dan analisa mengenai pangsa pasar).

3. Untuk elemen yang berhubungan dengan kondisi kompetitif perusahaan, sebaiknya tidak hanya menfokuskan pada tingkat kompetitif perusahaan saat ini saja (*status quo*), namun juga proyeksi terhadap potensi penurunan keunggulan kompetitif perusahaan yang mungkin akan mempengaruhi kemampuan perusahaan untuk bersaing di dalam pasar.



## DAFTAR PUSTAKA

### I. Buku dan Jurnal

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

Blum, Marc, Failing Company Discriminant Analysis, *Journal of Accounting Research*, Vol. 12, No. 1 (Spring, 1974).

Brock, James W., "Merger Policy and the Antitrust Modernization Commission: Economic power and Miasma of Efficiency," *The Antitrust Bulletin* Vol.54 No.2/Summer 2009.

Coate, Malcolm B., "Efficiencies in Merger Analysis: an Institutional View," *Supreme Court Economic Review*, Vol. 13 (2005).

Conn, Robert L., *The Failing Firm/ Industry Doctrines in Conglomerate Mergers*, *The Journal of Industrial Economics*, Vol. 24, No. 3 (Mar., 1976).

Friedman, Thomas L., *The World Is Flat: The Globalized World in the Twenty-First Century*, Penguin Books, England 2006.

Gaughan, Patrick A., *Mergers, Acquisitions, and Corporate Restructurings*. New York: John Wiley&Sons, Inc, 1999

Gellhorn, Ernest, *Antitrust Law and Economics in A Nutshell*, West Publishing Co: United States of America, 1990.

Gunawan Widjaja, *Merger dalam Perspektif Monopoli*, PT Rajagrafindo Persada, Jakarta, 2002.



- Helene D. Jaffe, Developments in Merger Law and Enforcement in 1990-91, 60 *ANTITRUST L.J.* 667, 667 (1991)
- Howell, G Andy, "Why Premerger Review Needed Reform-And Still Does?," *William and Mary Law Review*, Vol.43:1703
- Huck, Steffen, Kai A. Konrad, "Merger Profitability and Trade Policy," *The Scandinavian Journal of Economics*, Vol. 106, No. 1 (Mar., 2004).
- Joe Sims & Deborah P. Herman, "The Effect of Twenty Years of Hart-Scott-Rodino on Merger Practice: A Case Study in the Law of Unintended Consequences Applied to Antitrust Legislation," 65 *ANTITRUST L.J.* 865, 880-84 (1997).
- Krugman, Paul L., IS FREE TRADE PASSÉ?," *Journal of Economic Perspective* (American Economic Association), Fall 1987.
- Kelly, Thomas, "Sunk cost, Rationality and Acting for the sake of the Past," University of Notre Dam.
- Ken Heyer and Sheldon Kimmel, "Merger Review of Firms in Financial Distress," *Economic Analysis Group Discussion Paper*, Mar. 2009 ("Merger Review") (sebagaimana yang dikutip dalam OECD, Contribution form the United States).
- Lay, Alexander, B.N Marbun, Soy Pardede, Murman Budianto, Penyunting., *Efektifitas Regulasi Merger dan Akuisisi: Dalam Kerangka Hukum Persaingan Usaha*, Cetakan Pertama (Pustaka Sinar Harapan, Jakarta: 2010).
- Lubis, Andi Fahmi, et al, *Hukum Persaingan Usaha: Antara Teks dan Konteks*, Andi Fahmi Lubis dan Ningrum Natsya Sirait (Editor), (Jakarta: GTZ, 2009)

Maarif, Syamsul, Ph.D., *Merger Dalam Perspektif Hukum Persaingan Usaha*, (Jakarta: Degraf Publishing, 2010).

Murray Weidenbaum, "The Changing Structure of the U.S Defense Industry," 47 ORBIS 693 (2003), sebagaimana yang dikutip dalam James W Brock, "Merger Policy and the Antitrust Modernization Commission: Economic power and Miasma of Efficiency," *The Antitrust Bulletin* Vol.54 No.2/Summer 2009.

Persson, Lars, "The Failing Firm Defense," *The Journal of Industrial Economics*, Vol. 53, No. 2 (Jun., 2005).

Reagan, Donald H., "The Problem of Social Cost Revisited," *Journal of Law and Economics* Vol. 15, No. 2 (Oct., 1972).

Scherer F., M. and Ross D., *Industrial Market Structure and Economic Performance*, Houghton Mifflin Company, 1990 sebagaimana dikutip dalam Scherer and Ross, Richard Whish, *Competition Law*, Fifth Edition, LexisNexis UK, 2003.

Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, (Jakarta: UI Press, 2005)

Sri Mamudji et al., *Metode Penelitian dan Penulisan Hukum*, (Jakarta: Badan Penerbit Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2005).

Staple, Gregory, Neil Imus, "Telecom for Sale: Worldcom's Market Has Changed, Merger Rules Should Change Too," *LEGAL TIMES*, Oct. 14, 2002.

Stephen Martin, *Industrial Economics, Economic Analysis and Public Policy*, 2<sup>nd</sup> Ed. (Oxford: Blackwell Publishers, 1994), sebagaimana dikutip dalam Lubis et al, *Hukum Persaingan Usaha:Antara Teks dan Konteks*.

Wait, Amanda L, "Surviving the Shipwreck: A Proposal to Revive the Failing Division Defense," *William and Mary Law Review* Vol. 45:429

Whish, Richard, *Competition Law*, Fifth Edition, LexisNexis UK, 2003.

World Bank, *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, Washington: World Bank, 1999.

## II. Hasil Kajian dan Laporan atau Seminar

AmericanBankruptcyInstitute:[http://www.abiworld.org/AM/Template.cfm?Section=Annual\\_U\\_S\\_Filings1&Template=/TaggedPage/TaggedPageDisplay.cfm&TPLID=62&ContentID=36294](http://www.abiworld.org/AM/Template.cfm?Section=Annual_U_S_Filings1&Template=/TaggedPage/TaggedPageDisplay.cfm&TPLID=62&ContentID=36294)

European bankruptcy laws - Out of pocket, *The Economist*, 30 Desember 2008., dapat diunduh pada [www.economist.com/displaystory.cfm?story\\_id=12855376](http://www.economist.com/displaystory.cfm?story_id=12855376), unduhan terakhir pada 1 Juni 2011.

Remarks of Christine A. Varney, Assistant Attorney General for Antitrust, International Competition Network–Merger Working Group, Zurich, Switzerland, June 3, 2009.

Remarks of Kevin J. Arquit, Director, Bureau of Competition, Federal Trade Commission, before American Bar Association, “The Failing Firm Defense and Related Issues,” Apr. 12, 1991 (“Arquit Remarks”)

OECD, “Policy Roundtables: The Failing Firm Defence 2009,” DAF/COMP (2009) 38, dapat diunduh pada <http://www.oecd.org/dataoecd/16/27/45810821.pdf>.

OECD Roundtable, “Standard for Merger Review 2009,” dapat diunduh pada <http://www.oecd.org>.

OECD Roundtable, “Substantive Criteria For Merger Assessment 2002,” dapat diunduh pada <http://www.oecd.org>, unduhan terakhir pada 1 Juni 2011.

KPPU, Kompetisi: Media Berkala Komisi Pengawas Persaingan Usaha Edisi 24, dapat diunduh pada <http://www.kppu.go.id>.

OECD, Policy Roundtable 2009, Ibid., data statistik diperoleh dari —More firms go bankrupt in Japan, 13 Januari 2009, dapat diunduh pada: <http://news.bbc.co.uk/2/hi/business/7826009.stm>.

OECD, Roundtable on Failing Firm Defense October 2009: Contribution from the United States, dapat diunduh pada <http://www.oecd.org>.

### III. Artikel atau Publikasi melalui Internet

Fluck, Zsuzsanna and Anthony W. Lynch, “Why do Firms Merge and then Divest? A Theory of Financial Synergy, *University of Chicago Journal of Business*, 1999, vol. 72, no. 3, <http://pages.stern.nyu.edu/~alynch/pdfs/jb99fl.pdf>.

Kokkoris, Ioannis, “Failing Firm Defence in the European Union: A Panacea for Mergers,” dapat diunduh pada <http://www.ifblonline.com/docs/IFBL%20-%20FFD.pdf>.

Mason, Robin and Helen Weeds, “Failing Firm Defence: Merger Policy and Entry,” dapat diunduh melalui <http://www.soton.ac.uk/ram2>

Retno Wiranti, “Merger dan Akuisisi: Sebuah Perjalanan ke Masa lalu,” Media Berkala Komisi Pengawas Persaingan Usaha: Kompetisi, Edisi 24,

[http://www.kppu.go.id/docs/Majalah%20Kompetisi/kompetisi\\_2010\\_edisi24.pdf](http://www.kppu.go.id/docs/Majalah%20Kompetisi/kompetisi_2010_edisi24.pdf).

Richard G. Parker, Report from the Bureau of Competition (Apr. 7, 2000), at <http://www.ftc.gov/speeches/other/rparkerspringaba00.htm>.

#### IV. Peraturan Perundang-undangan

EC Merger Regulation

Indonesia, *Undang-Undang No.5 Tahun 1999 Larangan Praktek Anti Monopoli dan Persaingan Usaha Sehat*, LN (33), Pasal 28. (UU No.5/1999).

Indonesia, *Peraturan Pemerintah Republik Indonesia No.57 Tahun 2010 tentang Penggabungan atau Pengambilalihan Saham Peleburan Badan Usaha dan Pengambilalihan Saham Perusahaan yang dapat Mengakibatkan Terjadinya Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, LN 89 TLN 5144 (PP No.57/2010).

United States of America, Clayton Act § 7

US 1992 Merger Guidelines Hart-Scott-Rodino Act (2000)

KPPU, *Lampiran Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha No.13 tahun 2010* (Perkom No.10/2010).

KPPU, *Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha No.11 tahun 2010* (Perkom No.10/2010).

United States of America, Clayton Act § 7.

US 1992 Merger Guidelines Hart-Scott-Rodino Act (2000)

Inggris, *the Monopolies and Restrictive Practices (Inquiry and Control) Act 1948*.

## V. Putusan Pengadilan

US Supreme Court, *International Shoe v. F.T.C.*, 280 U.S. 291 (1930).

US Supreme Court, *Citizen Publishing Co v. United States*, 394 U.S. 131, 136-39 (1969);

The Joined Cases C -68/94, The Court of Justice of the European Communities, Judgment of the Court, Joined Cases C -68/94, *French Republic v. Commission of the European Communities (Community control of concentrations between undertakings — Collective dominant position)*, paragraf. 93-116.

Central District Court of California, *Calnetics Corp. v. Volkswagen of America, Inc.*, 394 U.S. at 137-39.

*FTC v. Bass Bros. Enters.*, Nos. C84-1304, C84-1311, 1984 WL 355, at \*2 (N.D. Ohio, June 6, 1984).

*Dr Peper/Seven-Up Cos v. FTC*, 798 Supp. 762, 764.

*Brown Shoe Co v. United States* 370 US 294, 344 (1962).

Case T-102/96 [1999] European Court Reports (ECR) II-753, [1999] 4 Common Market Law Reports (CLMR) 971.

*International Shoe v FTC*, 280 U.S. 291 (1930).

*United States v Philadelphia National Bank*, 374 U.S. 321 (1963).

Case IV/M.053, *Aerospatiale-Alenia/de Havilland* [1991] O.J. L334/42.

Case IV/M308 *Kali und Salz/MdK/Treuhand* [1994] O.J. L186/30.

Joined Cases C-68/94 and 30/95 *France v Commission*

*Societe Commerciale es Potasses et de l'Azore (SCPA) v Commission* [1998]  
E.C.R. I-1375; [1998] 4 C.M.L.R. 829.

*California v. Sutter Health Sys.*, 130 F. Supp. 2d 1109, 1134-35 (N.D. Cal. 2001)

*United States v General Dynamics Corp.*, 415 U.S. 486 (1974)

*United States v. Culbro Corp.*, 504 F. Supp. 661, 669 (S.D.N.Y.1981)

*FTC v. Harbour Group Invs., L.P.*, No. CIV.A.90-2525, 1990 WL 198819, at  
\*1(D.D.C. Nov. 19, 1990)