



UNIVERSITAS INDONESIA

**STATE ACTION DOCTRINE DALAM HUKUM PERSAINGAN
USAHA**

SKRIPSI

KURNIA TOGAR P.

0706278020

FAKULTAS HUKUM

PROGRAM STUDI ILMU HUKUM

KEKHUSUSAN KEGIATAN EKONOMI

DEPOK

JUNI 2011



UNIVERSITAS INDONESIA

**STATE ACTION DOCTRINE DALAM HUKUM PERSAINGAN
USAHA**

SKRIPSI

**Diajukan Sebagai Salah Satu Syarat untuk Memperoleh Gelar Sarjana Hukum
Pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia**

KURNIA TOGAR P.

0706278020

**FAKULTAS HUKUM
PROGRAM STUDI ILMU HUKUM
KEKHUSUSAN KEGIATAN EKONOMI
DEPOK
JUNI 2011**

HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

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



Nama : Kurnia Togar P.
NPM : 0706278020
Tanggal : 27 Juni 2011
Tanda Tangan :

HALAMAN PENGESAHAN

Skripsi ini diajukan oleh :
Nama : Kurnia Togar P.
NPM : 0706278020
Program Studi : Ilmu Hukum
Judul Skripsi : “*State Action Doctrine* Dalam Hukum Persaingan
Usaha”

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

Pembimbing : Ditha Wiradiputra, S.H., M.E

()

Penguji : Myra R. Budi Setiawan, S.H., M.H

()

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

()

Ditetapkan di : Depok

Tanggal : 27 Juni 2011

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

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

Nama : Kurnia Togar P.
NPM : 0706278020
Program Studi : Ilmu Hukum
Fakultas : Hukum
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:

State Action Doctrine Dalam Hukum Persaingan Usaha

beserta perangkat yang ada. Dengan Hak Bebas Royalti Noneksklusif ini Universitas Indonesia berhak menyimpan, mengalihmedia/formatkan, mengelola dalam bentuk pangkalan data (*database*), merawat, dan memublikasikan tugas akhir saya tanpa meminta izin dari saya selama tetap mencantumkan nama saya sebagai penulis/pencipta dan sebagai pemilik Hak Cipta.
Demikian pernyataan ini saya buat dengan sebenarnya.

Dibuat di : Depok

Pada tanggal : 27 Juni 2011

Yang Menyatakan

(Kurnia Togar P.)

KATA PENGANTAR

Banyak terima kasih penulis ucapkan kepada Tuhan Yang Maha Esa, Tuhan semua manusia dan semua agama, yang dalam kedhaifan penulis untuk merengkuh selalu mengingatkan bahwa kita memerlukan sosok-Nya untuk memohon. Seperti ditulis Rilke dalam sebuah sajaknya : *so leben wir und nehmen immer Abschied* (begitulah kita hidup dan senantiasa meminta diri). Penulisan skripsi ini secara formal dilakukan dalam rangka memenuhi salah satu persyaratan untuk mencapai gelar Sarjana Hukum melalui Program Kekhususan IV yakni Hukum tentang Kegiatan Ekonomi pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia. Di sisi lain, penulisan ini merupakan penyaluran “hobi” penulis kepada kajian Hukum Persaingan Usaha dan penulis anggap tak lebih daripada sebuah proses pembacaan terhadap masalah Hukum Persaingan Usaha terutama yang terkait keberadaan *State Action Doctrine* dalam Hukum Persaingan Usaha.

Skripsi yang diberi judul “*State Action Doctrine* Dalam Hukum Persaingan Usaha” tidaklah dapat diselesaikan oleh penulis sendiri namun terdapat banyak pihak yang membantu secara langsung maupun tidak langsung, baik dari segi materiil (substansi) atau moril. Oleh karena itu, dalam halaman ini, dengan penuh rasa hormat dan cinta kasih, penulis ingin mengucapkan terima kasih yang sebesar-besarnya kepada:

1. Kedua orang tua penulis, Rachmat Tandjung dan Lily Luciana Pasaribu yang adalah alasan utama mengapa penulis merasa harus lulus empat tahun. Skripsi ini tak akan selesai tanpa dukungan doa dari Papa dan Mama, terutama Mama yang kasih sayangnya amat berlimpah dan tak mungkin penulis balas serta Papa yang meskipun seringkali dengan berat hati mencoba menempatkan penulis sebagai manusia bebas dan bertanggung jawab. Serta kepada pianis tercinta kesayangan penulis, adinda Anggina Novellita Maulina Tandjung yang penulis yakin memiliki masa depan yang gilang gemintang. Banyak terima kasih juga penulis haturkan kepada kedua keluarga besar penulis, baik dari sisi Papa dan Mama, terutama Om Darwin Pasaribu dan Tante Rita Theresia Pasaribu,

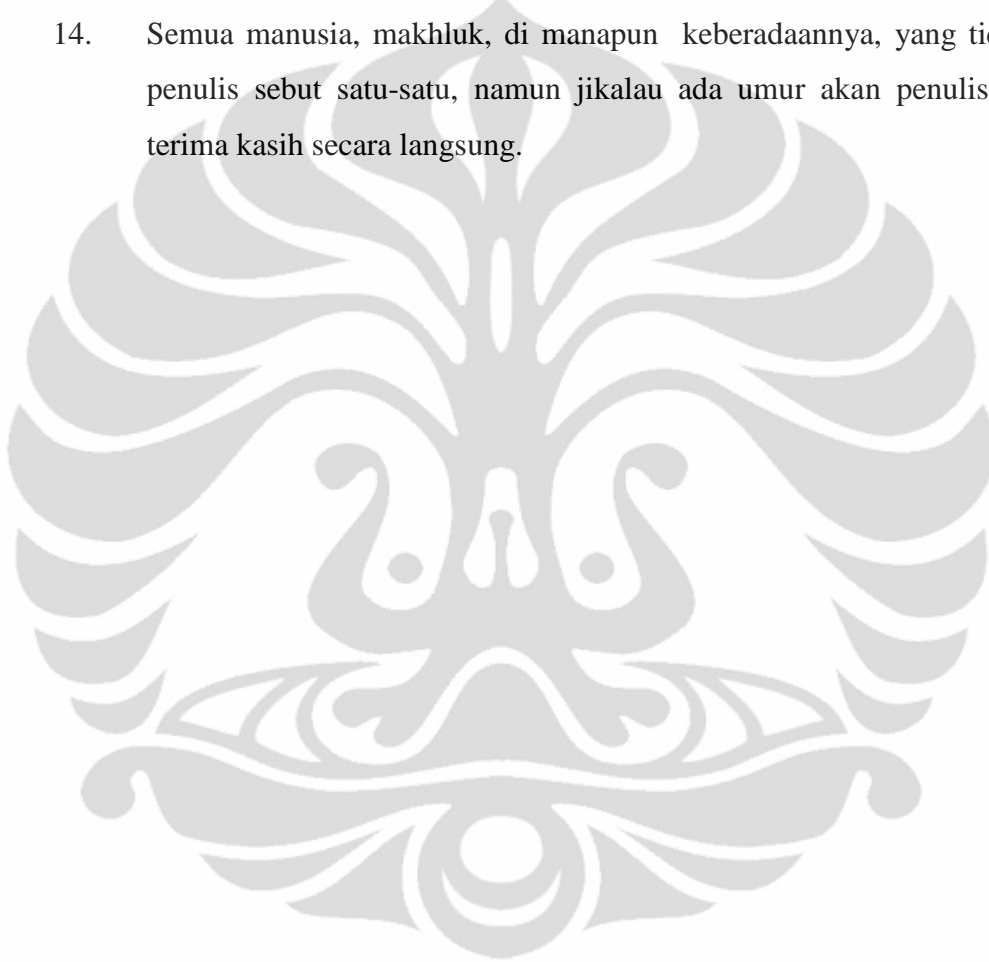
yang dari kecil penulis anggap sebagai “orang tua angkat”, atas limpahan kasih sayangnya. Tak lupa juga penulis mengucapkan terima kasih sebesar-besarnya kepada Opung Doli, (Alm) Mayasin Pasaribu, yang mengajarkan penulis bahwa manusia hidup dituntun rasionya;

2. Bang Ditha Wiradiputra, S.H., M.E., yang sudah menjadi teman diskusi selaku pembimbing penulis dan atas ketabahannya membaca racauan penulis tanpa banyak mengeluh;
3. Bang Bono Budi Priambodo, S.H., M.Sc., yang meskipun tidak secara langsung membimbing penulis telah mengajarkan bahwa “menjadi beda” bukanlah hal yang patut ditakuti tapi disyukuri;
4. Kepada Satuan Pengaman Fakultas Hukum Universitas Indonesia, terutama Bapak Kodirun, yang selalu ramah dan hangat kepada penulis;
5. Elizabeth T. Lestari Lubis, yang pertama kalinya membuat kata “pacar” dan “pacaran” eksis dalam hidup penulis. Sebuah nukilan sajak Goenawan Mohamad penulis persembahkan kepadanya: *Barangkali cinta kita adalah akar cadangan pohon hitam yang menembus ke gua bawah, mencapai langit-langit stalagtit, di mana waktu dan makna tak melapuk, tapi tak juga mengalir, menumpuk. Je t’aime, mon cher!;*
6. Justin Nurdiansyah yang entah mengapa *mengintili* penulis dari kelas 5 SD hingga lulus kuliah. Yang mengajarkan penulis bahwa wanita adalah makhluk terindah yang turun ke bumi. Semoga sukses selalu menyertainya;
7. M. Farid Hanggawan, Nietzschean sejati, yang seolah menjadi abang laki-laki dari penulis dan tempat berkeluh kesah penulis dalam beberapa kesempatan namun memberi polemik baru karena masalah akan selalu jadi teman manusia;
8. Karib penulis: Bobby Francis Aleksander Marbun yang dengan kata-kata bijaknya selalu menghipnotis. Yizreel Asih Alexander Sianipar, pria berhati lembut dan tulus yang berhasil memengaruhi penulis memilih *law firm* sebagai tempat pertama untuk mengadu nasib pasca kelulusan. Sandoro Purba, salah satu manusia tercerdas yang pernah penulis temui secara langsung yang meskipun memiliki *tongkrongan* Batak tulen namun

berhati Jawa. Jhonatan S.S.M.T., yang penulis harap telah tepat memilih jalan yang ia pilih. Roni Ansari, calon *lawyer* handal yang lebih cocok tinggal di Jepang karena kerobotannya. Erwin Bernard Habeahan, si “muka dua” dalam artian positif yang bisa menyeimbangkan rasio dan irasionalitas. Batara Parlindungan, yang mengajarkan penulis uang bukanlah manusia, sehingga biarkanlah ia bertaburan dimana-mana dan kita tinggal memungutnya. Rian Hidayat, yang selalu mengingatkan penulis bahwa kemauan dapat melebihi kemampuan. Ridha Aditya Nugraha, yang mengingatkan penulis pada novel-novel Mafia Italia, dimana dosa dapat dicuci dengan pahala. Ega Windratno, yang semoga akan segera memiliki kekasih;

9. Teman-teman terdekat penulis lainnya, Yonathan Luther Manulang, Andreas Natalino Hamboer, Yusuf Ausiandra, dan “orang-orang batak”, Nisran Simamora, Josye Barus, dan Adrianov Nainggolan yang masih mau menerima penulis yang “tidak batak”. Juga Adrian Pamungkas atas ketabahan hatinya memberikan privilese berupa tunggakan hutang pulsa yang ke arah *soft loan*;
10. Teman-teman sesama *gank* Hukum Persaingan Usaha, Yovianko Siregar, Ray Aryaputra Singgih, yang selalu ramah dan bersahaja, juga Suci Chaidir, yang menurut penulis adalah pengejawantahan perempuan yang menjadi utopia para penganjur gerakan feminisme;
11. Teman-teman di LaSale (Law Students Association for Legal Practice) yang memperkenalkan miniatur peradilan. Juga teman-teman BEM FHUI, LK2 (Lembaga Kajian Keilmuan) atas hadiah Rp 1.000.000,- untuk omong kosong penulis, dan BLS (Business Law Society) yang memercayai penulis untuk membual soal Hukum Persaingan Usaha. Terima kasih telah memberikan tambahan yang berharga kepada *Curriculum Vitae* dari penulis;
12. Teman-teman di Forum Diskusi Nasionalis Muda (Fordisnam), terutama Kris Wijoyo Soepandji, yang sempat memercayai penulis sebagai ketua. Penulis menghaturkan maaf karena banyak mengecewakan, tapi setidaknya penulis tersadar soal apa isi kepala penulis sebenarnya;

13. Teman-teman di Forum Kebebasan, *Freedom Institute*, terutama Mas Nirwan Ahmad Arsuka, yang merupakan pelarian penulis selama jenuh mengerjakan skripsi. Juga Mas Guntur Romli dari Komunitas Salihara atas diskusi hangatnya. Tak lupa juga teman-teman di KPPU (Komisi Pengawas Persaingan Usaha) terutama Mbak DP dan Bang Arnold yang sudah memberikan kesempatan magang kepada penulis;
14. Semua manusia, makhluk, di manapun keberadaannya, yang tidak perlu penulis sebut satu-satu, namun jikalau ada umur akan penulis ucapkan terima kasih secara langsung.



ABSTRAK

Nama : Kurnia Togar P.
Program Studi : Ilmu Hukum
Judul : “*State Action Doctrine* Dalam Hukum Persaingan Usaha”

Skripsi ini membahas mengenai konsepsi *State Action Doctrine* yang intinya adalah alasan yang mungkin diajukan untuk menyatakan sebuah kegiatan antipersaingan mendapatkan pengecualian dari penegakan Hukum Persaingan Usaha karena kegiatan tersebut telah mendapatkan persetujuan oleh pemerintah. *State Action Doctrine* lahir dari yurisprudensi perkara-perkara Hukum Persaingan Usaha di Amerika Serikat. Dalam Hukum Persaingan Usaha di Indonesia *State* keberadaan *Action Doctrine* dapat diinterpretasikan dalam Pasal 50 huruf a dan Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

Kata Kunci : *State Action Doctrine*, pengecualian, persetujuan pemerintah

ABSTRACT

Name : Kurnia Togar P.

Study Program : Law

Title : “State Action Doctrine In Competition Law”

The purpose of this thesis is about the conception of State Action Doctrine which means any reason can be filled in order to allege an act is being exempted from Competition Law because of government consent. State Action Doctrine were born from *Case Law* in United States Antitrust Law. In Indonesia Competition Law, State Action Doctrine can be interpreted according Article 50 letter a and article 51 Law No. 5 Year 1999 about Anti-monopoly and Prohibition of Unfair Competition.

Key Words : State Action Doctrine, exemption, government consent

DAFTAR ISI

Halaman Judul	i
Halaman Pernyataan Orisinalitas	ii
Halaman Pengesahan	iii
Halaman Persetujuan Publikasi Karya Ilmiah	iv
Kata Pengantar.....	v
Abstrak	ix
Abstract	x
Daftar isi	xi
BAB 1 Pendahuluan	1
1.1 Latar Belakang	1
1.2 Pokok Permasalahan	9
1.3 Tujuan Penelitian	9
1.4 Definisi Operasional	9
1.5 Metode Penelitian	13
1.6 Sistematika Penulisan	15
BAB 2 Azas dan Tujuan Hukum Persaingan Usaha dan Pendekatan Efisiensi dan Kesejahteraan Konsumen dalam Hukum Persaingan Usaha.....	19
2.1. Azas dan Tujuan Hukum Persaingan Usaha Secara Umum.....	19
2.2. Azas dan Tujuan Hukum Persaingan Usaha di Indonesia.....	27
2.3. Pendekatan Efisiensi Ekonomi (Economic Efficiency) dan Kesejahteraan Konsumen (Consumer Welfare) dalam Hukum Persaingan Usaha.....	31
2.3.1. Efisiensi Ekonomi.....	32
2.3.2. Kesejahteraan Konsumen.....	39
2.3.3. <i>Excessive Price</i> Sebagai Ukuran untuk Melindungi Kesejahteraan Konsumen dari Tindakan Pelaku Usaha.....	49
BAB 3 <i>State Action Doctrine</i> Dalam Hukum Persaingan Usaha.....	60

3.1. Kegagalan Pasar dan Peranan Pemerintah : Sebuah Landasan Lahirnya <i>State Action Doctrine</i>	60
3.2. <i>State Action Doctrine</i> Dalam Hukum Persaingan Usaha.....	76
3.2.1. Dasar Keberadaan <i>State Action Doctrine</i> dalam Hukum Persaingan Usaha.....	76
3.2.2. Identifikasi Penggunaan <i>State Action Doctrine</i> dalam Hukum Persaingan Usaha.....	83
3.2.3. <i>Capture Theory</i> Dalam <i>State Action Doctrine</i>	90
3.3. <i>State Action Doctrine</i> Dalam Hukum Persaingan Usaha di Indonesia.	107
3.3.1 Perbedaan Konsep <i>State</i> (Negara Bagian) di Amerika Serikat dan <i>State</i> (Negara) di Indonesia.....	107
3.3.2. <i>State Action Doctrine</i> dalam UU No. 5 Tahun 1999.....	118
BAB 4 <i>State Action Doctrine</i> Dalam Hukum Persaingan Usaha di Indonesia	142
4.1. Analisis Penerapan <i>State Action Doctrine</i> Dalam Hukum Persaingan Usaha di Indonesia.....	142
4.1.1. Keberadaan <i>State Action Doctrine</i> Dalam Pasal 50 Huruf a UU No. 5 Tahun 1999 : Studi Terhadap Perkara Hukum Persaingan Usaha di Indonesia.....	142
4.1.2. Keberadaan <i>State Action Doctrine</i> dalam Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999.....	170
4.2. Analisis Terkait Ukuran yang Digunakan Untuk Mengukur Keberadaan <i>State Action Doctrine</i> Dalam Intervensi Pemerintah.....	177
4.2.1. Kemungkinan Hilangnya Kesejahteraan Konsumen Akibat Intervensi Pemerintah.....	177
4.2.2. Penggunaan Analisis Harga Untuk Mengukur Keberadaan <i>State Action Doctrine</i> dalam Hukum Persaingan Usaha di Indonesia.....	183
BAB 5 Penutup	190

5.1. Kesimpulan.....	190
5.2. Penutup.....	193

Daftar Pustaka	xiv
----------------------	-----



BAB I PENDAHULUAN

1.1 LATAR BELAKANG PERMASALAHAN

Salah satu indikator keberlakuan ekonomi pasar bebas dalam sistem ekonomi Indonesia ditandai dengan diundangkannya Undang-undang No.5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat (berikutnya disebut UU No. 5 Tahun 1999), pada tanggal 5 Maret 1999. Pasca krisis moneter pada tahun 1998, Indonesia terlilit hutang yang besar akibat hutang luar negeri. Pada tahun 1996 hutang luar negeri Indonesia adalah USD 128,941 milyar,¹ pada tahun 1997 sebesar USD 136,173 milyar,² dan terjadi lonjakan besar pada tahun 1998 yaitu sebesar USD 150,875 milyar.³ *International Monetary Fund* (IMF), yang merupakan pemberi pinjaman terbesar,⁴ mendesak agar Indonesia membuat legislasi tentang Hukum Persaingan Usaha untuk melindungi kepentingan investor yang berkepentingan di Indonesia. Pada tahun 1999 disahkan UU No.5 Tahun 1999 yang rumusan pasalnya sepintas lalu merupakan transplantasi dari Hukum Persaingan Usaha di Amerika Serikat. Sebagai contoh misalnya diperkenalkannya istilah *trust* dalam UU No.5 Tahun 1999 padahal hukum Indonesia tidak mengenal lembaga *trust*.

Asas dari UU No. 5 Tahun 1999 sebagaimana diatur pada pasal 2 yang menyatakan bahwa:

¹ Emmy Hafild, Daris Furqon, *et.al.*, "Addicted to Loan: The World Bank Foot Prints in Indonesia," WALHI (Indonesian Forum for Environment), hal 1. Lihat http://www.asienhaus.de/public/archiv/WB-and_Indonesia_Walhi_paper.pdf. diakses pada 16 Januari 2011 pukul 20:52 WIB.

² *Ibid*

³ *Ibid*

⁴ *Ibid*

“Pelaku usaha di Indonesia dalam menjalankan kegiatan usahanya berasaskan demokrasi ekonomi dengan memperhatikan keseimbangan antara kepentingan pelaku usaha dan kepentingan umum”⁵

Adapun tujuan dari UU No. 5 Tahun 1999 sebagaimana diatur dalam Pasal 3 adalah untuk:

- a. menjaga kepentingan umum dan meningkatkan efisiensi ekonomi nasional sebagai salah satu upaya untuk meningkatkan kesejahteraan rakyat;
- b. mewujudkan iklim usaha yang kondusif melalui pengaturan persaingan usaha yang sama bagi pelaku usaha besar, pelaku usaha menengah dan pelaku usaha kecil;
- c. mencegah praktek monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat yang ditimbulkan oleh pelaku usaha, dan;
- d. terciptanya efektivitas dan efisiensi dalam kegiatan usaha.⁶

Apabila kita melihat isi dari pasal 2 dan 3 huruf (a) dan (d) UU No. 5 Tahun 1999, maka tampak termaktub 2 (dua) tujuan utama dari Hukum Persaingan Usaha di Indonesia yaitu efisiensi ekonomi (*economic efficiency*) dan kepentingan umum atau bisa pula diartikan sebagai kesejahteraan rakyat (*public interest*). Efisiensi ekonomi berkaitan erat dengan konsep pasar bebas dan persaingan. Efisiensi ekonomi dapat diartikan sebagai mekanisme pasar bebas yang di dalamnya terdapat persaingan antara pelaku usaha yang bertujuan untuk mengeliminasi eksese penggunaan sumber daya, alokasi sumber daya untuk penggunaan yang paling efektif dan efisien, membuat pelaku usaha untuk memproduksi barang dengan kualitas setinggi-tingginya dengan harga yang serendah mungkin, dan menstimulus inovasi di bidang teknologi.⁷

Di lain sisi, Hukum Persaingan Usaha harus pula memperhatikan kepentingan umum dari masyarakat luas. Kepentingan umum secara sederhana dapat didefinisikan sebagai kesejahteraan konsumen dengan parameternya adalah tercapainya peningkatan mutu, ketersediaan dan pilihan barang di pasar. Bahkan, F.M. Scherer, bersama dengan ekonom yang lainnya, menunjukkan manfaat dari

⁵Indonesia (a) , Undang-undang No. 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, LN Tahun 1999 No. 33, TLN No. 3817, pasal 2.

⁶ *Ibid.*, pasal 3.

⁷ John H. Shenefield & Irwin M. Stelzer, *The Antitrust Law: A Primer*, (Washington: American Enterprise Institute, 2001), hal 13.

persaingan bagi efisiensi maupun kesejahteraan konsumen, tetapi menyadari bahwa berbagai otoritas pembuat kebijakan persaingan telah memilih atau telah diberi mandat untuk menentukan kesejahteraan konsumen sebagai tujuan utamanya.⁸

Mengingat tujuan utama dari Hukum Persaingan Usaha adalah melindungi kepentingan umum (*public interest*) dari masyarakat luas yang dimanifestasikan dalam kesejahteraan konsumen, maka terkadang diperlukan proteksi khusus terhadap barang-barang yang berhubungan dengan sarana publik (*public utilities*) dimana upaya masuk pasar (*entry*), tarif dan pelayanan akan diatur dalam regulasi. Pertimbangan dan alasan pembenaran dilakukannya hal tersebut adalah bila produksi dilakukan oleh satu pelaku saja akan jauh lebih efisien, dimana biaya rata-rata produksi (*average cost*) akan menurun bila *output* ditingkatkan, sehingga lebih efisien kalau industri di monopoli oleh satu pelaku usaha saja. Regulasi dibutuhkan karena ada kemungkinan dalam suatu yang dimonopoli maka pelaku monopoli alamaiah mungkin memberlakukan harga monopoli yang dapat mengakibatkan terjadinya *deadweight loss* dan mengakibatkan perpindahan *consumer surplus* kepada *producer surplus*. Regulasi dibutuhkan untuk menentukan industri mana yang akan dilakukan oleh hanya satu perusahaan dan kemudian baru diatur mengenai tarif, harga, pelayanan serta nilai investasinya. Secara ekonomi dasar untuk memberikan monopoli alamiah dalam suatu industri adalah bila biaya investasi (*sunk cost*) yang dibutuhkan cukup besar sehingga pengelolaannya diputuskan untuk diberikan, misalnya, kepada badan usaha milik Negara (BUMN), misalnya untuk sarana publik seperti air, listrik, atau telekomunikasi. Oleh sebab itu pelaku usaha yang mendapat kesempatan pengecualian dari ketentuan Hukum Persaingan Usaha wajib mendapat pengontrolan dalam hal kinerja dan pelayanan yang diharapkan.⁹

Dalam UU No. 5 Tahun 1999, pengecualian terhadap aturan dalam bidang persaingan usaha yang dilakukan dengan regulasi tertentu tadi terdapat di pasal 50 huruf (a) yang menyatakan:

⁸ Andi Fahmi Lubis et. al., *Hukum Persaingan Usaha Antara Teks dan Konteks*, (Jakarta: Deutsche Gesellschaft fur Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH, Oktober 2009), hal 19.

⁹ *Ibid.*, hal 220.

Yang dikecualikan dari ketentuan undang-undang ini adalah:

- a. perbuatan dan/atau perjanjian yang bertujuan melaksanakan peraturan perundang-undangan yang berlaku;¹⁰

Pengecualian terhadap UU No. 5 Tahun 1999 juga dapat diberikan kepada kegiatan yang dinilai berkaitan dengan hajat hidup orang banyak dan cabang-cabang produksi yang penting bagi negara seperti diatur dalam pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999 yang menyatakan:

Monopoli dan/atau pemusatan kegiatan yang berkaitan dengan produksi dan/atau pemasaran barang dan/atau jasa yang menguasai hajat hidup orang banyak serta cabang-cabang produksi yang penting bagi negara diatur dengan undang-undang dan diselenggarakan oleh Badan Usaha Milik Negara dan/atau badan/atau lembaga yang dibentuk atau ditunjuk Pemerintah.¹¹

Pada umumnya pemberian status pengecualian ini diberikan kepada industri yang dianggap strategis dan lebih baik apabila pengelolaannya diserahkan kepada negara. Pelaku monopoli alamiah yang tidak memiliki pesaing lain di pasar sangat mungkin malah bertindak kontraproduktif dan tidak efisien sehingga justru menimbulkan kerugian bagi negara dan masyarakat umum sebagai konsumen.

Terkait pemberian status pengecualian yang berkaitan dengan negara dalam Hukum Persaingan Usaha dikenal adanya, “*State Action Doctrine*” yang memungkinkan adanya imunitas dan pengecualian dari Hukum Persaingan Usaha terhadap situasi-situasi tertentu.¹² Pengecualian atau imunitas tersebut diberikan terhadap perbuatan atau tindakan yang dilakukan oleh pemerintah atau mendapatkan kewenangan mewakili pemerintah untuk melaksanakan kegiatan-kegiatan tertentu.

¹⁰ Indonesia (a) Undang-undang No. 5 Tahun 1999, pasal 50 huruf (a).

¹¹ *Ibid*, pasal 51.

¹² Jeffrey D. Schwartz, “The Use of Antitrust State Doctrine in the Deregulated Electric Utility,” *American University Law Review*, Vol. 49, (1999), hal. 1457.

Doktrin yang dikenal di Amerika Serikat ini bermula dari putusan Mahkamah Agung (*Supreme Court*) Amerika Serikat dalam perkara *Parker vs. Brown* tahun 1943 sebagai respon terhadap upaya untuk memberlakukan aturan hukum persaingan terhadap usaha atau kegiatan yang dilakukan oleh pemerintah yang sebelumnya tidak terbayangkan ketika Amerika Serikat mengundangkan *Sherman Act 1890*. Mahkamah Agung Amerika Serikat berpendapat bahwa doktrin ini sesuai dengan keinginan Kongres bahwa tujuan undang-undang Hukum Persaingan Usaha adalah untuk memproteksi persaingan tetapi dengan tidak membatasi kewenangan Negara. Doktrin ini kemudian diperluas lagi dengan mengizinkan pemberian status pengecualian yang lebih luas kepada badan usaha yang dibentuk pemerintah yang bahkan bukan sepenuhnya merupakan badan yang dibentuk pemerintah. Doktrin ini terbukti banyak memberikan keuntungan kepada pemerintah sepanjang status ini dipergunakan sesuai dengan tujuannya terutama dari pendekatan efisiensi pada level nasional.¹³

Hakim Lewis Powel dari Mahkamah Agung Amerika Serikat menyatakan bahwa sebuah tindakan dapat dikategorikan sebagai *State Action Doctrine* apabila minimal ia memenuhi 2 (dua) kriteria¹⁴:

- a. peraturan yang mengecualikan sebuah tindakan dari ketentuan Hukum Persaingan Usaha dan memang sesuai dengan maksud dari peraturan tersebut dibuat (*clearly articulated and affirmatively expressed as state policy*);
- b. kegiatan yang dikecualikan dari ketentuan Hukum Persaingan Usaha tersebut secara aktif mendapatkan supervisi dari pemerintah agar benar-benar mengakomodasi kepentingan umum dan hajat hidup orang banyak (*actively supervised by state itself*).

Lebih lanjut, Jeffrey D. Schwartz menetapkan beberapa kriteria untuk menentukan siapa saja pihak yang kegiatannya dapat dikecualikan dari Hukum Persaingan Usaha menurut *State Action Doctrine*¹⁵:

¹³ Lubis et. al., ...*Teks dan Konteks...*, hal. 221

¹⁴ Stephen F. Ross, *Principles of Antitrust Law*, (New York: The Foundation Press, Inc., 1993), hal. 504.

- a. kegiatan dilakukan oleh negara sendiri (*action by state itself*);
- b. kegiatan yang dilakukan untuk mewakili negara atau institusi negara termasuk pemerintahan daerah (*action by a subdivision of a state-including a unit of local government or by a state agency*);
- c. kegiatan yang dilakukan oleh pihak swasta yang secara langsung ditunjuk atau diberikan kewenangan oleh negara sendiri (*conduct of private parties pursuant to the direction and supervision of the state or its subdivision*).

Masalah yang mungkin timbul dari diterapkannya regulasi tertentu dengan berdasarkan *State Action Doctrine* untuk mengecualikan sebuah kegiatan dari Hukum Persaingan Usaha adalah dimungkinkannya pengecualian tersebut justru merugikan perekonomian dan bahkan menjadi lahan subur bagi pencari sekaligus pemburu rente ekonomi (*rent-seekers*) yang bertindak oportunist demi kepentingannya semata. Hal tersebut berkaitan erat dengan kandungan Pasal 33 UUD 1945 yang menyatakan:

- 1) Perekonomian disusun sebagai usaha bersama atas dasar asas kekeluargaan;
- 2) Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara;
- 3) Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat;
- 4) Perekonomian nasional diselenggarakan berdasar atas demokrasi ekonomi dengan prinsip kebersamaan, efisiensi berkeadilan, berkelanjutan, berwawasan lingkungan, kemandirian, serta dengan menjaga keseimbangan kemajuan dan kesatuan ekonomi nasional;
- 5) Ketentuan lebih lanjut mengenai pelaksanaan pasal ini diatur dalam Undang-Undang.

Pasal 33 UUD 1945 memiliki beberapa kata kunci (*key words*) yaitu: (1) Usaha bersama, (2) Asas kekeluargaan, (3) Penting bagi negara, (4) Hajat hidup orang banyak, (5) Dikuasai oleh negara, (6) Dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat, dan (7) Demokrasi ekonomi berikut prinsip-prinsipnya. Makna dari semua kata kunci tersebut tentu saja tergantung dari siapa yang

¹⁵ Schwartz, "The Use of Antitrust State Doctrine..." hal. 1459.

menafsirkan, dalam konteks apa ditafsirkan, dan apa yang ada di belakang kepentingan penafsiran tersebut.¹⁶

Maka, bukannya tidak mungkin keberadaan kebijakan tertentu yang mengecualikan sebuah kegiatan dari rezim Hukum Persaingan Usaha dengan begitu mudahnya ditafsirkan penting bagi negara, berhubungan dengan hajat hidup orang banyak, atau pula dengan alasan kegiatan tersebut dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat. Padahal, pengecualian sebuah kegiatan dari Hukum Persaingan Usaha lewat regulasi tertentu bisa saja justru tidak mendatangkan kemanfaatan bagi orang banyak, terutama apabila dikalkulasi secara ekonomi.

Sebagai contoh adalah ketika pemerintah membentuk Badan Pusat Penyangga Cengkeh (BPPC), suatu konsorsium yang dipegang oleh Hutomo Mandala Putra, anak dari mantan Presiden Soeharto, yang diberikan hak oleh pemerintah untuk memonopoli perdagangan cengkeh. Hal ini dianggap banyak ekonom sebagai blunder dari pemerintah karena BPPC dinilai sebagai pihak yang baru di bidang tersebut, dan secara finansial tidak cukup kuat untuk memainkan peran penting itu.¹⁷ Hal tersebut dibuktikan dengan tidak ditepatinya janji BPPC untuk menyerap panen cengkeh dari petani dengan uangnya sendiri dan justru malah mengandalkan Kredit Likuiditas Bank Indonesia (KLBI) senilai Rp 759.000.000.000,- (tujuh ratus lima puluh sembilan miliar rupiah).¹⁸

Untuk mengeliminasi kemungkinan-kemungkinan terjadinya kebijakan yang mengecualikan sebuah kegiatan dari persaingan di pasar namun justru bersifat kontraproduktif tadi, Peneliti memilih penggunaan *State Action Doctrine* sebagai rujukan studi yang cukup berguna untuk menentukan apakah kegiatan-kegiatan tertentu yang mendapatkan fasilitas pengecualian dari Hukum Persaingan

¹⁶ A. Effendy Choirie, *Privatisasi Versus Neo-Sosialisme Indonesia*, (Jakarta: LP3ES, 2003), hal. 12.

¹⁷ Rizal Mallarangeng, *Mendobrak Sentralisme Ekonomi Indonesia 1986-1992*, (Jakarta: Keperpustakaan Populer Gramedia, 2004), hal. 215.

¹⁸Lihat "Tata Niaga Ala BPPC," <http://majalah.tempointeraktif.com/id/arsip/1992/03/07/LK/mbm.19920307.LK10205.id.html>, diakses pada 5 Januari 2011 pukul 18: 14 WIB.

Usaha oleh pemerintah adalah benar ditujukan demi kepentingan umum dan sudah sesuai dengan perintah konstitusi.

State Action Doctrine merupakan pembenaran bagi negara yang dalam hal ini pemerintah untuk mengecualikan kegiatan tertentu dari rezim Hukum Persaingan Usaha. Namun, dalam penerapannya, bisa saja penggunaan *State Action Doctrine* justru bersifat kontraproduktif dari tujuan awal dikecualikannya sebuah kegiatan dari Hukum Persaingan Usaha. Pengecualian-pengecualian dari hukum persaingan dengan memberikan hak monopoli kepada pihak-pihak tertentu haruslah pula mendapatkan ukuran yang jelas dari segi efisiensi ekonomi maupun kepentingan umum yang dalam hal ini dapat ditafsirkan sebagai kepentingan konsumen. Sebagai bahan rujukan untuk membedah penggunaan *State Action Doctrine*, Peneliti akan banyak memakai penerapan Hukum Persaingan Usaha di Amerika Serikat sebagai perbandingan diterapkannya doktrin tersebut sebagai dasar pengecualian kegiatan tertentu dari Hukum Persaingan Usaha.

Amerika Serikat adalah negara yang meletakkan batu pondasi dari hukum tentang persaingan usaha lewat keberlakuan *Sherman Act 1890* dan *Clayton Act 1914*. Kedua undang-undang tersebut merupakan salah satu ketentuan hukum persaingan paling tua di dunia. Selain itu, sejak *Parker vs Brown* yang bisa disebut sebagai *cause celebre* penggunaan *State Action Doctrine*, banyak perkara-perkara di bidang Hukum Persaingan Usaha di Amerika Serikat yang berguna untuk menakar sejauh mana pengecualian kegiatan tertentu dari Hukum Persaingan Usaha dengan didasari *State Action Doctrine* dapat dikategorikan memiliki pendekatan efisiensi ekonomi dan kepentingan umum.

Dalam penelitian kali ini, Peneliti akan menggunakan pendekatan efisiensi ekonomi (*economic efficiency*) dan kepentingan umum (*public interest*) dalam Hukum Persaingan Usaha untuk mengukur apakah sebuah kegiatan yang dikecualikan dari ketentuan Hukum Persaingan Usaha dapat dibenarkan dengan basis *State Action Doctrine*. Hal tersebut dilakukan, karena pada dasarnya konsep *State Action Doctrine* hanyalah basis pembenaran sebuah kegiatan dikecualikan dari ketentuan Hukum Persaingan Usaha, namun dalam penerapannya diperlukan sebuah analisis lebih lanjut apakah pengecualian yang diberikan tersebut adalah sudah memenuhi kriteria efisiensi ekonomi dan memberikan faedah bagi

kepentingan umum yang dalam hal ini dapat ditafsirkan sebagai tercapainya kesejahteraan konsumen (*consumer welfare*).

1.2 POKOK PERMASALAHAN

1. Bagaimana penerapan *State Action Doctrine* dalam rezim Hukum Persaingan Usaha di Indonesia ?
2. Bagaimana ukuran yang dapat digunakan dalam menilai penerapan *State Action Doctrine* sebagai alasan untuk mengecualikan sebuah kegiatan dari penegakan Hukum Persaingan Usaha di Indonesia ?

1.3 TUJUAN PENELITIAN

1. Untuk memaparkan penerapan *State Action Doctrine* dalam rezim Hukum Persaingan Usaha di Indonesia
2. Untuk memaparkan ukuran apa saja yang dapat digunakan dalam penerapan *State Action Doctrine* sebagai alasan untuk mengecualikan sebuah kegiatan dari penegakan Hukum Persaingan Usaha di Indonesia

1.4 DEFINISI OPERASIONAL

Agar permasalahan ini tetap konsisten dengan sumber-sumber yang menjadi bahan Penelitian, dibutuhkan suatu batasan yang jelas mengenai istilah-istilah dalam Penelitian. Definisi operasional akan mengungkapkan beberapa pembatasan yang akan dipergunakan.

Untuk menghindari perbedaan interpretasi mengenai istilah-istilah yang digunakan dalam Penelitian, maka perlu definisi operasional mengenai istilah-istilah berikut:

1. *State Action Doctrine* adalah doktrin yang memungkinkan perbuatan tertentu dikecualikan dari aturan Hukum Persaingan

Usaha selama perbuatan tersebut dilakukan untuk menjalankan peraturan perundang-undangan atau kebijakan dari pemerintah.¹⁹

2. Perbuatan adalah sesuatu yang diperbuat (dilakukan).²⁰ Selanjutnya jika dikaitkan dengan ketentuan dalam BAB IV Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 yang mengatur tentang “Kegiatan Yang Dilarang” yang kemudian dijabarkan dalam ketentuan Pasal 17 sampai dengan Pasal 24 berupa suatu larangan bagi pelaku usaha untuk melakukan sesuatu, maka kata “kegiatan” maknanya sama dengan “perbuatan” untuk melakukan sesuatu.²¹
3. Perjanjian adalah suatu perbuatan satu atau lebih pelaku usaha untuk mengikat diri terhadap satu atau lebih pelaku usaha lain dengan nama apa pun, baik tertulis maupun tidak tertulis;²²
4. Pelaku usaha adalah setiap orang perorangan atau badan usaha, baik yang berbentuk badan hukum atau 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.²³
5. Peraturan perundang-undangan adalah peraturan tertulis yang dibentuk oleh lembaga negara atau pejabat yang berwenang dan mengikat secara umum.²⁴

¹⁹ Ross, *Principle of Antitrust*, hal . 496.

²⁰ <http://pusatbahasa.diknas.go.id/kbbi/index.php>, diakses pada tanggal 17 Januari 2011 pukul 16 : 05 WIB.

²¹ Keputusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha (a) Nomor: 235/KPPU/Kep/VII/2008 Tentang Pedoman Pelaksanaan Ketentuan Pasal 50 Huruf a Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, hal 13. Lihat http://www.kppu.go.id/docs/Pedoman/pasal_50a.pdf, diakses pada 17 Januari 2011 pukul 16: 10 WIB.

²² Indonesia (a) , Undang-undang No. 5 Tahun 1999..., pasal 1 angka (7).

²³ *Ibid*, pasal 1 angka (5).

²⁴ Indonesia (b) , Undang-undang No. 10 Tahun 2004 Tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan, LN Tahun 2004 No. 87, TLN No. 4389, pasal 1 angka (2).

6. Monopoli adalah penguasaan atas produksi dan atau pemasaran barang dan atau atas penggunaan jasa tertentu oleh satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha.²⁵
7. Pemusatan kegiatan atau pemusatan kekuatan ekonomi adalah penguasaan yang nyata atas suatu pasar bersangkutan oleh satu atau lebih pelaku usaha sehingga dapat menentukan harga barang dan/atau jasa.²⁶
8. Pasar adalah lembaga ekonomi di mana para pembeli dan penjual baik secara langsung maupun tidak langsung dapat melakukan transaksi perdagangan barang dan atau jasa.²⁷
9. Pasar bersangkutan adalah pasar yang berkaitan dengan jangkauan atau daerah pemasaran tertentu oleh pelaku usaha atas barang dan atau jasa yang sama atau sejenis atau substitusi dari barang dan atau jasa tersebut.²⁸
10. Produksi adalah sebuah kegiatan yang dilakukan untuk menambah kegunaan (nilai guna) suatu barang.²⁹
11. Pemasaran adalah proses, cara, perbuatan memasarkan suatu barang dagangan.³⁰
12. Barang adalah setiap benda, baik berwujud maupun tidak berwujud, baik bergerak maupun tidak bergerak, yang dapat diperdagangkan, dipakai, dipergunakan, atau dimanfaatkan oleh konsumen atau pelaku usaha.³¹

²⁵ *Ibid*, pasal 1 angka (1).

²⁶ Indonesia (a), Undang-undang No. 5 Tahun 1999..., pasal 1 angka 3.

²⁷ *Ibid*, pasal 1 angka (9).

²⁸ *Ibid*, pasal 1 angka (10).

²⁹ Iskandar Putong, *Pengantar Ekonomi Mikro dan Makro*, (Jakarta: Ghalia Indonesia, 2003), hal 100.

³⁰ <http://pusatbahasa.diknas.go.id/kbbi/index.php>, diakses pada tanggal 17 Januari 2011 pukul 16 : 19 WIB

³¹ Indonesia (a), Undang-undang No. 5 Tahun 1999..., pasal 1 angka (16).

13. Jasa adalah adalah setiap layanan yang berbentuk pekerjaan atau prestasi yang disediakan bagi masyarakat untuk dimanfaatkan oleh konsumen.³²
14. Hajat hidup orang banyak adalah barang dan/atau jasa yang memiliki fungsi alokasi, distribusi, dan stabilisasi.³³
15. Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara adalah ragam usaha produksi atau penyediaan barang dan/atau jasa yang memiliki sifat strategis dan finansial.³⁴
16. Badan Usaha Milik Negara (BUMN) adalah badan usaha yang seluruh atau sebagian besar modalnya dimiliki oleh negara melalui penyertaan secara langsung yang berasal dari kekayaan negara yang dipisahkan.³⁵
17. Badan atau lembaga yang dibentuk pemerintah adalah badan atau lembaga yang dibentuk pemerintah menjalankan tugas pelayanan kepentingan umum (*public service*) yang kewenangannya berasal dari pemerintah pusat dan dibiayai oleh dana negara (APBN) atau dana publik lainnya yang memiliki keterkaitan dengan negara.³⁶
18. Badan atau lembaga yang ditunjuk pemerintah adalah badan atau lembaga yang mendapatkan kewenangan dari pejabat administrasi negara yang berwenang dan bersifat penetapan untuk menyelenggarakan atau menjalankan kegiatan tertentu secara sepihak.³⁷

³² *Ibid*, pasal 1 angka (17).

³³ Keputusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha (b) Nomor: 89/KPPU/Kep/III/2009 Tentang Pedoman Pelaksanaan Ketentuan Pasal 51 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, hal 5. Lihat http://www.kppu.go.id/docs/Pedoman/pedoman_pasal_51_monopoli_bumn.pdf, diakses pada 18 Januari 2011 pukul 13:09 WIB

³⁴ *Ibid*, hal 6.

³⁵ Indonesia (c), Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2003 Tentang Badan Usaha Milik Negara, LN Tahun 2003 No. 47, TLN No. 4297, pasal 1 angka (19)

³⁶ Keputusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha (b) Nomor: 89/KPPU/Kep/III/2009, hal 7.

1.5 METODE PENELITIAN

Di dalam suatu Penelitian, posisi metodologi sangatlah penting sebagai suatu pedoman. Pedoman ini nantinya akan menjelaskan mengenai apa yang seharusnya atau yang tidak seharusnya dilakukan dalam Penelitian. Agar Penelitian yang dilakukan benar-benar dapat menyentuh dan menjawab pokok permasalahan dalam Penelitian ini.

Adapun fungsi dari metodologi dalam suatu Penelitian yang merupakan kegiatan ilmiah adalah untuk memberikan pedoman bagi ilmuwan tentang cara-cara mempelajari, menganalisis, dan memahami lingkungan yang dihadapinya.³⁸

1.5.1. Jenis Penelitian

Dalam menyusun skripsi ini, Peneliti pada dasarnya menggunakan metode yuridis normatif. Metode Penelitian yuridis normatif adalah metode Penelitian hukum yang dilakukan dengan meneliti bahan pustaka atau data sekunder belaka.³⁹ Dalam kaitannya dengan penelitian normatif terdapat dua pendekatan yang bisa digunakan yaitu Pendekatan Perundang-undangan (*statute approach*) dan/atau Pendekatan Konsep (*conceptual approach*). Dikarenakan peneliti menggunakan pendekatan konseptual, maka peneliti tidak akan fokus kepada peraturan perundang-undangan semisal UU No 5 Tahun 1999. Pendekatan konsep (*conceptual approach*) dalam penelitian ini digunakan untuk memahami sejauh mana sebuah kegiatan dapat dikecualikan dari ketentuan Hukum Persaingan Usaha dengan menggunakan konsep *State Action Doctrine* sebagai pendekatan dan sejauh apa analisis efisiensi ekonomi serta kepentingan konsumen dapat diterapkan dalam rangka mengetahui apakah kegiatan yang dikecualikan tadi sudah sesuai dengan diterapkannya konsep *State Action Doctrine* sebagai dasar pengecualian sebuah kegiatan dari Hukum Persaingan Usaha. Dengan didapatkan

³⁷ *Ibid*, hal 8.

³⁸ Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum* (Jakarta: UI Pess, 2005), hal 6.

³⁹ Soerjono Soekanto dan Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2001), hlm. 13-14.

konsep yang jelas maka diharapkan penormaam dalam aturan hukum ke depan tidak lagi terjadi pemahaman yang kabur dan ambigu.⁴⁰

1.5.2. Jenis Data yang Digunakan

Berdasarkan jenis dan bentuk data yang dikumpulkan, data yang diperlukan pada Penelitian ini adalah data sekunder yang dikumpulkan melalui studi kepustakaan. Namun demikian, jika dianggap perlu maka untuk melengkapi serta mendukung data sekunder akan dipergunakan wawancara dengan sumber-sumber yang dinilai memahami beberapa konsep atau pemikiran terkait data sekunder.

Jenis data sekunder yang digunakan dalam Penelitian adalah:

1. Bahan hukum primer, yaitu bahan hukum yang mempunyai kekuatan hukum yang mengikat seperti UU No.5 Tahun 1999, UU No. 10 Tahun 2004, dan UU No. 19 Tahun 2003.
2. Bahan hukum sekunder, yaitu bahan-bahan yang 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.
3. Bahan hukum tersier, yaitu bahan-bahan yang memberi keterangan bahan hukum primer dan sekunder, seperti kamus, ensiklopedia.⁴¹

1.5.3. Alat Pengumpulan Data

Alat pengumpul data dalam Penelitian ini adalah menggunakan studi dokumen atau penelusuran kepustakaan. Penelusuran kepustakaan digunakan untuk mendapatkan data berupa norma-norma hukum serta pendapat para ahli mengenai Hukum Persaingan Usaha dan kaitannya dengan penerapan *State Action*

⁴⁰ Johnny Ibrahim, *Teori, Metode dan Penelitian Hukum Normatif*, (Malang: Bayumedia Publishing, 2007), hlm. 300.

⁴¹ M. Syamsudin, *Operasional Penelitian Hukum*, (PT Raja Grafindo Persada: Jakarta, 2007), hal. 25.

Doctrine, apabila dirasa kurang memadai maka akan ditambah dengan wawancara terhadap narasumber atau informan.

1.5.4. Metode Pengolahan Data dan Analisis Data

Dalam mengolah dan menganalisis data yang akan digunakan dalam Penelitian skripsi ini, metode yang digunakan adalah metode kualitatif. Pendekatan kualitatif memusatkan kepada prinsip-prinsip umum yang mendasari perwujudan satuan-satuan gejala yang ada dalam kehidupan manusia, atau pola-pola yang dianalisis gejala-gejala sosial budaya dengan menggunakan kaidah-kaidah hukum positif yang bersangkutan untuk memperoleh gambaran mengenai pola-pola yang berlaku.⁴²

1.5.5. Sifat dan Bentuk Laporan

Penelitian ini menggunakan metode Penelitian kepustakaan dengan tipologi Penelitian menurut sifatnya adalah Penelitian deskriptif (dimaksudkan untuk memberikan data yang seteliti mungkin demi mempertegas hipotesis), menurut bentuknya adalah Penelitian evaluatif (bertujuan untuk menilai keadaan sekitar yang terkait permasalahan), menurut tujuannya ialah Penelitian *fact finding*, menurut sudut penerapannya ialah Penelitian berfokus masalah (*problem focused research*), dan menurut ilmu yang dipergunakan ialah Penelitian monodisipliner.

1.6 SISTEMATIKA PENELITIAN

Untuk mempermudah Penelitian serta pemahaman pembaca, maka Peneliti membagi tulisan ini menjadi beberapa Bab yang terdiri dari beberapa sub bab dengan sistem sebagai berikut:

BAB I PENDAHULUAN

Dalam bab ini, Peneliti memaparkan mengenai hal-hal yang melatar belakangi pengambilan judul yang akan Peneliti bahas. Latar belakang didasarkan pada pengetahuan Peneliti akan masalah yang terdapat di dalam judul Penelitian. Latar belakang tersebut yang menjadi dasar-dasar dari Penelitian. Hal-

⁴² Burhan Ashshofa, *Metode Penelitian Hukum*, (Rineka Cipta: Jakarta, 2004), hal. 20.

hal yang pokok akan dikemukakan melalui perumusan masalah. Selain itu, di dalam bab ini juga dibahas mengenai manfaat dan tujuan Penelitian. Lalu bab ini juga menjabarkan definisi operasional. Definisi operasional ini berfungsi untuk menyamakan persepsi yang sering muncul didalam Penelitian. Lalu dibagian akhir terdapat pula sistematika Penelitian yang menjabarkan garis besar dari bab-bab yang ada di dalam Penelitian.

BAB II AZAS DAN TUJUAN HUKUM PERSAINGAN USAHA DAN PENDEKATAN EFISIENSI DAN KESEJAHTERAAN KONSUMEN DALAM HUKUM PERSAINGAN USAHA

Dalam bab ini, Peneliti akan mengawali pembahasan dengan memaparkan azas dan tujuan Hukum Persaingan Usaha secara umum. Sebagai dasar pemaparan Peneliti akan banyak mengambil studi terkait Hukum Persaingan Usaha (*Antitrust Law*) di Amerika Serikat lewat keberlakuan *Sherman Act 1890* dan *Clayton Act 1914* yang merupakan peletak batu pondasi dasar Hukum Persaingan Usaha di dunia. Selanjutnya, Peneliti akan membahas azas dan tujuan dari Hukum Persaingan Usaha di Indonesia, terutama dengan melakukan pemaparan ketentuan-ketentuan dalam UU No. 5 Tahun 1999 dengan didukung studi-studi terkait keberlakuan Hukum Persaingan Usaha di Indonesia, baik secara yuridis maupun ekonomis.

Berikutnya akan juga dipaparkan mengenai pendekatan efisiensi ekonomi (*economic efficiency*) dan kesejahteraan konsumen (*consumer welfare*) dalam Hukum Persaingan Usaha, di mana kedua pendekatan tersebut sering disebut sebagai tujuan dasar dari setiap rezim Hukum Persaingan Usaha secara global dimana terdapat pergeseran secara konseptual ketika tujuan dasar dari Hukum Persaingan Usaha itu sendiri murni kepada kesejahteraan konsumen yang salah satu cara melindungi kesejahteraan konsumen tersebut adalah mendeteksi keberadaan tindakan eksploitatif berupa penerapan harga eksekutif (*excessive price*) oleh pelaku usaha.

BAB III STATE ACTION DOCTRINE DALAM HUKUM PERSAINGAN USAHA

Dalam bab ini, Peneliti akan memulai pemaparan terhadap kemungkinan kegagalan pasar dan peranan pemerintah sebagai landasan lahirnya *State Action Doctrine*. Kemudian akan dipaparkan mengenai keberadaan *State Action Doctrine* dalam Hukum Persaingan Usaha yang mana akan dimulai dengan pemaparan mengenai dasar keberadaan *State Action Doctrine*, identifikasi penggunaan *State Action Doctrine* dalam Hukum Persaingan Usaha dan keberadaan *Capture Theory* dalam konsepsi *State Action Doctrine*. Selanjutnya akan dipaparkan peluang keberadaan *State Action Doctrine* berada dalam rezim Hukum Persaingan Usaha di Indonesia. Di awal akan dipaparkan bagaimana perbedaan konsep *State* (Negara Bagian) di Amerika Serikat, negara tempat lahirnya *State Action Doctrine*, dan *State* (Negara) di Indonesia. Hal ini bertujuan untuk melakukan pembatasan atau pendefinisian yang jelas terkait konsep “*state*” antara dua negara yang dibandingkan tadi. Di akhir, akan dipaparkan bagaimana penerjemahan *State Action Doctrine* dalam UU No. 5 Tahun 1999.

BAB IV STATE ACTION DOCTRINE DALAM HUKUM PERSAINGAN USAHA DI INDONESIA

Dalam bab ini, Peneliti akan menganalisis mengenai penerapan *State Action Doctrine* dalam perkara Hukum Persaingan Usaha di Indonesia. Analisis ini akan memaparkan bagaimana *State Action Doctrine* diterapkan dalam perkara-perkara Hukum Persaingan Usaha Indonesia terutama terkait penerapan Pasal 50 huruf a dan Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999. Kemudian, akan dipaparkan ukuran-ukuran substantif yang dapat digunakan untuk mengukur keberadaan *State Action Doctrine* dalam setiap intervensi pemerintah yang mungkin untuk mendistorisi persaingan di dalam pasar dan menghilangkan kesejahteraan konsumen. Untuk ukuran yang digunakan, Peneliti memilih penggunaan analisis harga dalam perkara Hukum Persaingan Usaha di Indonesia yang mengandung klaim *State Action Doctrine*.

BAB V PENUTUP

Merupakan Bab terakhir, terdiri dari simpulan dan saran. Bab ini merupakan uraian akhir yang ditarik Peneliti dari hasil pembahasan secara

menyeluruh dari bab-bab sebelumnya. Kesimpulan merupakan jawaban dari pokok permasalahan yang ada pada bab pendahuluan. Selain itu, Peneliti juga memberikan saran dan solusi terkait pada Penelitian tersebut.



BAB II

AZAS DAN TUJUAN HUKUM PERSAINGAN USAHA DAN PENDEKATAN EFISIENSI DAN KESEJAHTERAAN KONSUMEN DALAM HUKUM PERSAINGAN USAHA

2.1. AZAS DAN TUJUAN HUKUM PERSAINGAN USAHA SECARA UMUM

Kebijakan mengenai hukum persaingan usaha bukanlah hal yang baru diakui oleh negara-negara di dunia. Di Amerika Serikat sudah lama sekali berlaku undang-undang yang melarang praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat. Sebelum berlakunya undang-undang itu, yaitu sebelum adanya *Sherman Act* pada tahun 1890, putusan-putusan pengadilan Amerika Serikat telah memberikan putusan-putusan mengenai larangan praktik-praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat berdasarkan *common law*. Bahkan satu tahun ke belakang, yaitu sejak tahun 1889, Kanada sudah mengundangkan *Canada Combines Act*, yang di dalamnya memuat ketentuan mengenai larangan praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.⁴³

Larangan mengenai praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat diatur dalam berbagai undang-undang yang disebut *Antitrust Law*. Di Amerika Serikat, selain *Sherman Act*, dikenal pula *Clayton Act*, *Robinson-Patman Act*, dan *Federal Trade Commission Act*.⁴⁴

Sherman Act diundangkan sehubungan dengan meluasnya kartelisasi (*cartelization*) dan monopolisasi (*monopolization*) dalam ekonomi Amerika Serikat. Pasal 1 dari undang-undang itu melarang dilakukannya pembuatan perjanjian-perjanjian (*contract*), penggabungan (*combination*) dalam bentuk *trust* atau bentuk lainnya, atau melakukan persekongkolan (*conspiracy*) yang bertujuan

⁴³ Sutan Remy Sjahdeini, "Latar Belakang, Sejarah, dan Tujuan UU Larangan Monopoli", *Jurnal Hukum Bisnis*, Vol. 19, (Juni 2002), hal. 6.

⁴⁴ *Ibid*

menghambat kegiatan usaha para pesaingnya, yaitu tindakan yang lazim disebut sebagai *restraint of trade*.⁴⁵

Dengan adanya *Sherman Act*, pemerintah memperoleh kekuasaan atas industri swasta dari undang-undang *antitrust*, kumpulan peraturan yang ditujukan untuk mengekang kekuasaan monopoli. Dengan adanya *Sherman Act*, kekuasaan pasar dari berbagai konglomerasi swasta yang besar dan kuat, yang di masa itu dipandang sangat dominan dalam perekonomian dapat dikontrol dari perilaku-perilaku diskriminatif yang merugikan konsumen akibat kekuatan monopolistik atau oligopolistik yang mereka peroleh dari posisi dominan di pasar. Sebagaimana didefinisikan oleh Mahkamah Agung AS, undang-undang *Antitrust* adalah “suatu perjanjian komprehensif yang bebas dan tidak terganggu sebagai prinsip utama perdagangan.”⁴⁶

Seperti dikemukakan oleh Eleanor M. Fox dan Lawrence A. Sullivan yang mengutip pendapat hakim dalam kasus *United States v. Topco Associates*, 405 U.S. 596 (1972), yang menyatakan bahwa *Antitrust Law* di Amerika Serikat adalah *Magna Carta* bagi sistem *free enterprise*:

*Antitrust Law in general, and the Sherman Act in particular are the Magna Carta of free enterprise. They are as important to the preservation of economic freedom and our free-enterprise system as the Bill of Rights to protection of our fundamental personal freedoms. And the freedom guaranteed each and every business, no matter how small, is the freedom to compete- to assert with vigor, imagination, devotion, and ingenuity whatever economic muscle it can muster. Implicit in such freedom is the notion that it cannot be foreclosed with respect to one sector of the economy because certain private citizens or groups believe that such foreclosure might promote greater competition in a more important sector of the economy.*⁴⁷

Pada tahun 1914 kongres mengundang *Clayton Act* untuk memperkuat *Sherman Act* dan khususnya ditujukan kepada praktik-praktik yang bersifat

⁴⁵ *Ibid*

⁴⁶ N. Gregory Mankiw, *Pengantar Ekonomi Mikro [Principles of Economics]*, diterjemahkan oleh Chriswan Sungkono, (Jakarta: Penerbit Salemba Empat, 2006), hal. 405.

⁴⁷ *Ibid*

ofensif (*offensive practices*) termasuk diskriminasi harga. *Section 2* dari undang-undang ini melarang penjual melakukan diskriminasi harga terhadap para pembeli yang membeli barang-barang yang sama kualitasnya apabila perbuatan itu mengakibatkan secara berarti berkurangnya persaingan atau dapat menimbulkan praktik monopoli. Tujuan dari *Section 2* ini adalah untuk melindungi para pengusaha kecil terhadap penetapan harga yang rendah yang dilakukan oleh mereka yang memiliki posisi dominan yang bertujuan untuk menyingkirkan para pengusaha kecil.⁴⁸

Kebutuhan untuk mengatur larangan mengenai praktik monopoli dan persaingan usaha tidak sehat berkaitan erat dengan atau sering pula dikatakan berazaskan konsepsi mengenai ekonomi pasar bebas (*free market economy*) yang diperkenalkan oleh Adam Smith lewat bukunya, "*The Wealth Of Nation*". Konsepsi mengenai ekonomi pasar bebas tadi dilahirkan oleh Smith sebagai resistensinya terhadap kondisi perekonomian di Inggris yang lebih mengedepankan *customary economy* ketimbang *market economy*. Pada waktu itu pasar dikendalikan oleh raja-raja, ratu-ratu, dan anggota parlemen, serta bangsawan-bangsawan yang mendapatkan hak istimewa berdasarkan garis keturunan maupun tradisi. Hal tersebut berdampak pada maraknya praktik monopoli yang memiliki akses terhadap diskriminasi-diskriminasi di bidang ekonomi, terutama yang amat dirasakan oleh pedagang kecil dan menengah.⁴⁹

Teori ekonomi pasar bebas atau sering pula disebut sebagai *laissez faire* yang dikembangkan saat itu antara lain beranggapan bahwa hukum tidak boleh mencampuri kebebasan berusaha sekalipun apabila mereka bersama-sama menaikkan harga-harga. Menurut teori tersebut, sepanjang perjanjian di antara mereka dibuat secara sukarela tanpa tekanan, pasar akan dengan sendirinya mampu memperbaiki distorsi yang terjadi.⁵⁰

Teori ekonomi pasar bebas yang diperkenalkan oleh Adam Smith tadi berkaitan erat dengan kondisi pasar yang kompetitif atau biasa dikenal sebagai

⁴⁸ Eleanor M. Fox dan Lawrence A. Sullivan, *Cases and Materials on Antitrust*, (St. Paul Minn : West Publishing Company, 1989), hal. 11.

⁴⁹ *Ibid*

⁵⁰ *Ibid*

pasar persaingan sempurna. Dalam pasar persaingan sempurna, terdapat banyak perusahaan yang beroperasi untuk menjual barang dengan karakteristik yang serupa. Kemampuan mereka untuk mengatur harga pasar hampir tidak ada karena mekanisme penawaran (*supply*) dan permintaan (*demand*) sendirilah yang akan menentukan harga terbaik yang bisa dicapai oleh pasar (*price equilibrium*), dalam artian ketika mereka menaikkan harga maka kemungkinan mereka akan kehilangan sejumlah pembeli yang mencari perusahaan atau penjual yang menjual dengan harga lebih murah. Selain itu, karakteristik lain dari kondisi pasar yang bersaing secara sempurna adalah informasi dengan luas tersedia kepada penjual maupun pembeli, mudah masuk dan keluar dari pasar, eksternalitas di luar pasar yang dapat berujung mengganggu kinerja pasar terbatas, infrastruktur di dalam pasar layak, dan kontrak yang dibuat antara penjual dan pembeli dapat dengan mudah dilaksanakan (*contracts can be enforced easily*). Ketika karakteristik-karakteristik ini terpenuhi, maka sebuah pasar akan bekerja secara efisien dan akan tercapai maksimalisasi keuntungan baik dari sisi penjual maupun pembeli (*total welfare*).⁵¹

Antitesis dari pasar persaingan sempurna adalah pasar monopolistik. Inti perbedaan antara suatu perusahaan kompetitif dan suatu monopoli adalah kemampuan suatu monopoli untuk mempengaruhi harga pasar dari biaya yang dijualnya. Suatu perusahaan di dalam pasar persaingan sempurna terhitung relatif kecil terhadap pasar di mana perusahaan tersebut beroperasi, sehingga harus menerima harga sebagaimana diberikan oleh kondisi-kondisi pasar. Sebaliknya, karena suatu monopoli adalah produsen satu-satunya di pasarnya, monopoli dapat mengubah harga barangnya dengan menyesuaikan jumlah barang yang ditawarkan pada pasar. Maka, perusahaan di pasar persaingan sempurna sering disebut sebagai penerima harga (*price taker*), karena menerima harga pasar sebagaimana adanya, sedangkan perusahaan monopoli disebut pembuat harga (*price maker*),

⁵¹ D. Carlton dan J. Perloff, *Modern Industrial Organization*, (New York, Addison-Wesley Longman, Inc., 1999), hal. 68 dalam Susan Joeekes dan Phil Evans, *Competition and Development: The Power of Competitive Markets*, (Ottawa: International Development Research Centre, 2008), hal. 5.

karena membuat standar harga barang yang dijualnya menurut standarnya sendiri.⁵²

Kemampuan perusahaan monopoli sebagai pembuat harga tadi seringkali disalahgunakan untuk membuat pembeli membeli dengan harga yang teramat tinggi. Perusahaan monopoli juga sangat mungkin untuk melakukan diskriminasi-diskriminasi harga terhadap pembeli. Ada pula kemungkinan monopoli di pasar tadi dilahirkan dari dilakukannya perjanjian-perjanjian tertentu antara beberapa pelaku usaha yang bertujuan mematikan persaingan (*anticompetitive arrangements*) seperti misalnya membentuk pembentukan kartel yang bersama-sama sepakat menentukan harga (*price-fixing cartels*). Tentunya pihak yang paling dirugikan dari perilaku-perilaku tadi adalah pembeli yang harus membayar harga yang terkadang tidak masuk akal.⁵³

Berlandaskan dari kebutuhan untuk mereduksi eksekutif negatif yang mungkin timbul dari perusahaan monopoli, tujuan yang hendak dicapai dengan dibuatnya berbagai undang-undang mengenai larangan monopoli dan persaingan usaha tidak sehat, sebagaimana dilakukan oleh negara-negara maju yang telah sangat berkembang masyarakat korporasinya seperti Amerika Serikat dan Jepang, adalah untuk menjaga kelangsungan persaingan (*competition*). Persaingan perlu dijaga eksistensinya demi tercapainya efisiensi, baik bagi masyarakat konsumen maupun bagi setiap perusahaan. Persaingan akan mendorong setiap perusahaan untuk melakukan kegiatan usahanya dengan seefisien mungkin agar dapat menjual barang-barang dan atau jasa-jasanya dengan semurah-murahnya dalam rangka bersaing dengan perusahaan-perusahaan lain yang menjadi pesaingnya di pasar, maka keadaan itu akan memungkinkan setiap konsumen membeli barang yang paling murah yang ditawarkan di pasar yang bersangkutan. Dengan terciptanya efisiensi bagi setiap perusahaan, pada gilirannya efisiensi tersebut akan menciptakan pula efisiensi bagi masyarakat konsumen.

Terdapat banyak interpretasi yang kurang lebih bermaksud sama tentang tujuan dari hukum persaingan usaha. Sebagai contoh adalah yang diberikan oleh

⁵² Mankiw, *Prinsip-Prinsip Ekonomi ...*, hal. 391.

⁵³ Ernest Gellhorn dan William E. Kovacic, *Antitrust and Economic in a Nutshell*, (St. Paul Minn: West Publishing Company, 1994), hal. 1.

Gellhorn dan Kovacic sebagai tujuan yang hendak dicapai oleh *Antitrust Law* Amerika Serikat, yaitu : *The antitrust law seek to control the exercise of profit economic power by preventing monopoly, punishing cartels, and otherwise protecting competition.*⁵⁴

Sedangkan menurut Pasal 1 Undang-Undang Antimonopoli Jepang, yaitu UU No. 54 Tahun 1947 sebagaimana telah diubah beberapa kali dan yang terakhir diubah dengan UU No. 421 Tahun 1991, tujuan dari diadakannya undang-undang itu adalah untuk:

*This law ... aims to promote free and fair competition to stimulate the initiative of entrepreneurs, to encourage business activities of enterprise, to heighten the level of employment and national income, and thereby to promote the democratic and wholesome development of national economy as well as to assure the interest of the general consumer.*⁵⁵

Keberadaan Undang-Undang Antimonopoli di Jepang tadi, merupakan implikasi dari berakhirnya Perang Dunia II, dimana Hukum Persaingan Usaha secara luas dirasakan memiliki peranan penting dalam menyeimbangkan kekuatan pemerintah (*governmental power*) dan kekuatan swasta (*private corporate power*). Hukum Persaingan Usaha yang berkembang di awal pembentukan Jerman Barat adalah hasil dari pengaruh yang sangat kuat dari Amerika Serikat selepas berakhirnya Perang Dunia II terhadap pembentukan kerangka politik dan ekonomi negara pecahan Jerman di bawah pemerintahan NAZI tersebut. Di bawah kebijakan *Marshall Plan*⁵⁶ Amerika Serikat menggandeng ekonom-ekonom Jerman yang tergabung dalam aliran *Freiburg School* (Mazhab Freiburg) seperti Franz Bohm dan Walter Eucken untuk membuat kerangka politik dan ekonomi

⁵⁴ *Ibid*, hal. 3.

⁵⁵ Sutan Remy Sjahdeini, "Latar Belakang, Sejarah ...", hal. 9.

⁵⁶ Kebijakan *Marshall Plan* adalah program internasional Amerika Serikat dalam skala besar dimana Amerika Serikat memberikan bantuan moneter yang besar dalam rangka membangun kembali Eropa yang porak poranda pasca Perang Dunia II. Program ini dimulai sejak April 1948 dan berlangsung selama empat tahun, dimana Menteri Luar Negeri Amerika Serikat saat itu , George Marshall, berperan sebagai inisiator. Lihat Robert J. McMahon, *The Cold War. Very Short Introduction*, (New York : Oxford University Press, 2003), hal. 30.

keberadaan rezim Hukum Persaingan Usaha di Jerman. Para ekonom Mazhab Freiburg –atau juga biasa dikenal dengan aliran Ordoliberal- menolak postulat ekonom-ekonom liberal klasik yang mengatakan pasar bisa memperbaiki kegagalannya tanpa ada campur tangan pemerintah. Penganjur Mazhab Freiburg tetap menginginkan peran dari negara lewat pemerintah dalam menjaga pasar bebas tetap berlangsung sesuai mekanismenya dengan cara membuat regulasi-regulasi seperti undang-undang di bidang Hukum Persaingan Usaha.⁵⁷

Undang-Undang Antimonopoli Jepang (1947) sendiri memiliki kendala terutama dari segi kultural di awal pembentukannya. Sejarah membuktikan, Jepang terbiasa mempraktekkan jaringan yang kooperatif antara pelaku usaha yang dikenal dengan *zaibatsu* dimana bentuk kerja sama seperti ini sangat mungkin dianggap melanggar Hukum Persaingan Usaha terutama apabila dinyatakan terdapat adanya kartel, *trust*, atau praktek-praktek kolusif lain seperti penetapan harga.⁵⁸

Pada tahun 1957, enam negara Eropa menandatangani Traktat Roma (*Treaty of Rome*), dan menyepakati keberadaan Komunitas Ekonomi Eropa (*European Economic Community*). Dalam pasal 85 dan 86 Traktat Roma (kemudian diubah penomorannya menjadi pasal 81 dan 82) dicantumkan dasar kebijakan persaingan dari komunitas tadi. Pasal-pasal tadi sangat dipengaruhi keberadaan Undang-Undang Hukum Persaingan Usaha di Jerman dan juga Amerika Serikat. Pasal-pasal tersebut intinya melarang negara anggota untuk membatasi perdagangan di pasar internal Eropa, mengontrol keberadaan subsidi pemerintah di negara-negara anggota yang sangat memungkinkan untuk mendistorsi mekanisme persaingan di pasar, dan memasukkan keberadaan Badan Usaha Milik Negara (BUMN) di bawah supervisi penegakan Hukum Persaingan Usaha komunitas.⁵⁹

⁵⁷ Andreas F. Lowenfeld, *International Economic Law : Second Edition*, (New York : Oxford University Press, 2008), hal. 421.

⁵⁸ *Ibid*

⁵⁹ *Ibid*, hal. 422.

Susan Joeques dan Phil Evans menulis setidaknya ada tiga situasi penting yang harus ada dalam setiap rezim hukum persaingan usaha yang berkaitan dengan fungsi kuratif dari hukum persaingan usaha yaitu:

1. Hukum persaingan usaha harus berfungsi untuk mengeleminasi perjanjian-perjanjian yang dibuat oleh beberapa perusahaan yang bertujuan untuk mematikan kompetisi dengan pemusatan kegiatan ekonomi, seperti perjanjian penetapan harga (*price fixing*);⁶⁰
2. Hukum persaingan usaha harus berfungsi untuk memperkecil kemampuan dari perusahaan-perusahaan yang memiliki posisi dominan di pasar untuk menggunakan dominansinya tadi melakukan tindakan-tindakan yang melenceng dari persaingan usaha seperti penetapan harga predator (*predatory pricing*), merusak jaringan distribusi dengan melarang distributor untuk mendistribusikan produk dari perusahaan lain, dan menghambat perusahaan kompetitor ke akses-akses tertentu yang esensial;⁶¹
3. Hukum persaingan usaha harus peka terhadap pemusatan pasar yang mungkin timbul dari *merger* tertentu. Beberapa *merger* yang membuat posisi sebuah perusahaan hasil *merger* tadi sangat dominan di pasar dapat berakibat menurunnya persaingan secara signifikan. Regulasi yang ketat di bidang hukum persaingan usaha sangat diperlukan untuk memastikan agar *merger-merger* tertentu berakibat konsentrasi pasar yang amat besar, yang dapat mengakibatkan perilaku-perilaku diskriminatif yang anti persaingan. Regulasi macam ini seringkali disebut sebagai kebijakan yang *pre-emptive* atau biasa pula disebut *ex ante*, di mana pemerintah dapat mencegah sebuah *merger* terjadi ketika dia dianggap memiliki tendensi untuk menciptakan konsentrasi pasar yang teramat besar dan membahayakan persaingan. Regulasi ini berbeda dengan dua poin sebelumnya yang cenderung berlaku reaktif (*ex post*) di mana pemerintah baru dapat

⁶⁰ Joeques dan Evans, *Competition and Development ...*, hal. 7.

⁶¹ *Ibid*

melakukan tindakan ketika sebuah perilaku yang anti persaingan sudah benar-benar terjadi.⁶²

2.2. AZAS DAN TUJUAN HUKUM PERSAINGAN USAHA INDONESIA

Sebelum membahas lebih jauh mengenai eksistensi kebijakan persaingan usaha di Indonesia terutama mengenai azas dan tujuannya, perlu terlebih dahulu disinggung mengenai beda antara terminologi “kebijakan” (*policy*)⁶³ dan “hukum” (*law*).

Perbedaan pengertian antara terminologi “kebijakan persaingan usaha” (yang dalam bahasa Inggrisnya diterjemahkan sebagai “*Competition Policy*”) dengan hukum persaingan usaha (yang dalam bahasa Inggrisnya diterjemahkan sebagai “*Competition Law*”) yang pada dasarnya terletak pada keluasan lingkup pengertian dan bidang pembahasan dari kedua terminologi tersebut. Pengertian kebijakan persaingan usaha melingkupi pula pengertian dari Hukum Persaingan Usaha atau dengan kata lain bidang hukum persaingan usaha merupakan salah satu cabang pembahasan dalam kebijakan persaingan usaha. Sedang pengertian dan lingkup bidang dari hukum persaingan usaha tidak melingkupi seluruh pengertian dan bidang dalam kebijakan persaingan usaha.

Definisi kebijakan persaingan usaha disamping melingkupi hukum persaingan usaha, juga melingkupi perihal deregulasi, penanaman modal asing secara langsung (*foreign direct investment*), serta kebijakan lain yang ditujukan untuk mendukung persaingan usaha seperti pengurangan pembatasan kuantifikasi impor dan juga melingkupi aspek kepemilikan intelektual (*intellectual property*).

⁶² *Ibid*

⁶³ Sering terjadi salah pengertian dalam penggunaan terminologi “kebijakan” dan “kebijaksanaan”. Sebagian orang menyamakan arti kedua istilah tersebut padahal pada hakekatnya berbeda. “Kebijakan” yang berpadanan dengan istilah bahasa Inggris “*policy*” tentunya memiliki perbedaan yang signifikan dengan “kebijaksanaan” yang memiliki padanan “*discracy*” dalam bahasa Inggris. Kesalahan penggunaan terminologi ini bisa sangat fatal, karena pada dasarnya “kebijaksanaan” itu hampir selalu sejalan dengan peraturan perundang-undangan tertulis sedangkan “kebijaksanaan” cenderung sering tidak mengindahkan peraturan perundang-undangan yang tertulis dengan berbagai alasan seperti untuk kepentingan umum, karena bentuknya merupakan dispensasi terhadap aturan yang ada.

⁶⁴Maka, apabila dalam Penelitian ini digunakan istilah kebijakan persaingan usaha maka berarti termasuk pula di dalamnya hukum persaingan usaha.

Latar belakang langsung dari penyusunan UU No. 5 Tahun 1999 adalah perjanjian yang dilakukan antara Dana Moneter Internasional (IMF) dengan pemerintah Republik Indonesia, pada tanggal 15 Januari 1998. Dalam perjanjian tersebut, IMF menyetujui pemberian bantuan keuangan kepada Republik Indonesia sebesar \$US 43 miliar yang bertujuan untuk mengatasi krisis ekonomi, akan tetapi dengan syarat Indonesia melaksanakan reformasi sistem ekonomi dan hukum ekonomi tertentu. Hal ini menyebabkan diperlukannya undang-undang dalam bidang Hukum Persaingan Usaha.

Akan tetapi, perjanjian dengan IMF tersebut bukan merupakan satu-satunya alasan penyusunan UU No. 5 Tahun 1999. Sejak 1989, telah terjadi diskusi intensif di Indonesia mengenai perlunya perundang-undangan antimonopoli. Reformasi sistem ekonomi yang luas dan khususnya kebijakan regulasi yang dilakukan sejak tahun 1980, dalam jangka waktu sepuluh tahun telah menimbulkan situasi yang dianggap sangat kritis. Timbul konglomerat pelaku usaha yang dikuasai oleh keluarga atau partai tertentu, dan konglomerat tersebut dikatakan menyingkirkan pelaku usaha kecil dan menengah melalui praktek usaha yang kasar serta berusaha untuk mempengaruhi semaksimal mungkin penyusunan undang-undang serta pasar keuangan.⁶⁵

Kalangan konglomerat tersebut malahan diberikan perlindungan undang-undang, contohnya melalui penciptaan kartel semen, kaca, kayu, kertas serta penetapan harga semen, gula, dan beras, penentuan akses masuk ke pasar untuk kayu dan kendaraan bermotor, lisensi istimewa untuk cengkeh dan tepung terigu, pajak, pabean dan kredit dalam sektor industri pesawat dan mobil. Dengan latar belakang demikian, maka disadari bahwa pembubaran ekonomi yang dikuasai negara dan perusahaan monopoli saja tidak cukup untuk membangun suatu perekonomian yang bersaing. Disadari juga hal-hal yang merupakan dasar

⁶⁴ Syamsul Maarif dan B.C. Rikrik Rizkiyana, "Posisi Hukum Persaingan Usaha Dalam Sistem Hukum Nasional", diunduh dari http://www.kppu.go.id/docs/Makalah/persaingan_usaha.pdf, hal. 2-3.

⁶⁵ *Ibid*

pembentukan setiap perundang-undangan antimonopoli, yaitu bahwa justru pelaku usaha itu sendiri yang cepat atau lambat melumpuhkan dan akhirnya cenderung mematikan persaingan usaha karena menghindarkan dari tekanan persaingan usaha dengan melakukan perjanjian atau penggabungan perusahaan yang menghambat persaingan serta menyalahgunakan posisi kekuasaan ekonomi untuk merugikan pelaku usaha yang lebih kecil. UU No. 5 Tahun 1999 hadir dengan adanya keperluan bahwa negara menjamin keutuhan proses persaingan usaha terhadap gangguan dari pelaku usaha dengan menyusun undang-undang, yang melarang pelaku usaha mengganti hambatan perdagangan oleh negara yang baru saja ditiadakan.⁶⁶

Adapun asas dari UU No. 5 Tahun 1999 sebagaimana diatur dalam pasal 2 adalah demokrasi ekonomi. Demokrasi ciri khasnya diwujudkan oleh semua anggota masyarakat untuk kepentingan seluruh masyarakat, dan harus mengabdikan kepada kesejahteraan seluruh rakyat. Pikiran pokok tersebut termuat dalam pasal 2, yang dikaitkan dengan Huruf a dan huruf b dari pembukaannya, yang berbicara tentang pembangunan ekonomi menuju kesejahteraan rakyat sesuai dengan UUD dan demokrasi ekonomi. Disetujui secara umum bahwa negara harus menciptakan peraturan persaingan usaha untuk dapat mencapai tujuan demokrasi ekonomi. Oleh karena itu terdapat tiga sistem yang bertentangan dengan tujuan tersebut, yaitu:

1. Sistem persaingan *gontok-gontokan (free fight liberalism)* yang di masa lalu telah melemahkan kedudukan Indonesia dalam ekonomi internasional;
2. Sistem penganggaran belanja yang menghambat kemajuan dan perkembangan ekonomi;
3. Sistem pengkonsentrasian kekuatan ekonomi, oleh karena segala monopoli akan merugikan rakyat.⁶⁷

⁶⁶ Knud Hansen et. al., *Undang-undang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat: Law Concerning Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Competition*, (Jakarta: GTZ dan Katalis Publishing Media Services, 2002), hal. 118.

⁶⁷ Lubis et. al., *...Teks dan Konteks...*, hal. 16.

Hanya perundang-undangan Hukum Persaingan Usaha yang dapat mencegah timbulnya ketiga sistem tersebut, karena melindungi proses persaingan usaha, menjamin tata persaingan usaha dan mencegah terjadinya dominasi pasar.⁶⁸

Berkaitan dengan tujuan UU No. 5 Tahun 1999, perlu dipahami bahwa perundang-undangan di bidang antimonopoli tidak bertujuan melindungi persaingan usaha demi kepentingan persaingan itu sendiri. Oleh karena itu ketentuan Pasal 3 tidak hanya terbatas pada tujuan utama undang-undang Hukum Persaingan Usaha, yaitu sistem persaingan usaha yang bebas dan adil, di mana terdapat kepastian kesempatan berusaha yang sama bagi semua pelaku usaha, sedangkan perjanjian atau penggabungan usaha yang menghambat persaingan serta penyalahgunaan kekuasaan ekonomi tidak ada (Huruf b dan c), sehingga bagi semua pelaku usaha dalam melakukan kegiatan ekonomi tersedia ruang gerak yang luas. Tujuan ini ditegaskan dalam huruf b dan c dari bagian pembukaan. Selain itu, Pasal 3 menyebutkan tujuan sekunder undang-undang Hukum Persaingan Usaha, yang ingin dicapai melalui sistem persaingan usaha yang bebas dan adil: kesejahteraan rakyat dan suatu sistem ekonomi yang efisien (huruf a dan d), tujuan-tujuan yang mana sudah disebutkan dalam huruf a dan b bagian pembukaan. Sehingga seharusnya sebagai konsekuensi terakhir tujuan kebijakan ekonomi, yaitu penyediaan barang dan jasa yang optimal bagi para konsumen.

Menurut teori persaingan usaha yang modern, proses persaingan usaha dapat mencapai tujuan tersebut dengan cara memaksakan alokasi faktor dengan cara ekonomis sehingga terwujudlah penggunaan paling efisien sumber daya yang terbatas, penyesuaian kapasitas produksi dengan metode produksi dan struktur permintaan serta penyesuaian penyediaan barang dan jasa dengan kepentingan konsumen (fungsi pengatur persaingan usaha), dengan menjamin pertumbuhan ekonomi yang optimal, kemajuan teknologi dan tingkat harga yang stabil (fungsi pendorong persaingan usaha) serta dengan menyalurkan pendapatan menurut kinerja pasar berdasarkan produktivitas marginal (fungsi distribusi).⁶⁹

⁶⁸ *Ibid*

⁶⁹ Hansen et.al, *Undang-undang Larangan Praktik Monopoli...*, hal. 120.

2.3. PENDEKATAN EFISIENSI EKONOMI (*ECONOMIC EFFICIENCY*) DAN KESEJAHTERAAN KONSUMEN (*CONSUMER WELFARE*) DALAM HUKUM PERSAINGAN USAHA

Dalam perkembangannya, terdapat banyak ahli dalam bidang hukum persaingan usaha yang mengatakan Hukum Persaingan Usaha (*antitrust*) bertujuan untuk mencapai efisiensi ekonomi. Perspektif tersebut beralih dari yang menganggap hukum persaingan usaha untuk tercapainya persaingan di pasar itu sendiri ke arah demi tercapainya efisiensi pasar. Para pendukung pendapat ini, termasuk para jurisdik, mengasumsikan bahwa yang dilakukan swasta lewat bisnisnya adalah menuju efisiensi pasar dan setiap intervensi yang dilakukan pemerintah biasanya berujung kepada inefisiensi pasar.

Konsekuensinya, pendapat tersebut menginginkan peran sektor swasta yang makin besar di dalam pasar dan mereduksi intervensi pemerintah demi tercapainya efisiensi. Permasalahan timbul ketika satu atau beberapa pelaku usaha tumbuh menjadi begitu dominan di dalam pasar. Hal tersebut sangat mungkin mengakibatkan adanya perilaku-perilaku yang antipersaingan dari pelaku usaha yang dominan tadi sehingga tercapainya efisiensi pasar hanya tinggal angan-angan dan bertendensi untuk merugikan konsumen yang harus membayar harga tidak sesuai kondisi pasar (*unrealistic price*).⁷⁰

Hal tersebut membawa beberapa ahli berkesimpulan bahwa pandangan yang mengatakan efisiensi sebagai satu-satunya tujuan hukum persaingan usaha adalah tidak tepat, karena yang paling penting untuk dijaga dengan berlakunya hukum persaingan usaha adalah kepentingan umum yang termanifestasi dalam maksimalisasi kesejahteraan konsumen itu sendiri. Pendapat ini memiliki konskuensi lebih lanjut terhadap kesimpulan yang menyatakan tidak selamanya mekanisme pasar ditentukan secara mutlak oleh kinerja sektor swasta semata, dan diperlukan adanya campur tangan pemerintah ketika pasar yang digerakkan para pelaku usaha gagal mencapai efisiensi di pasar (*market failure*) atau justru ketika

⁷⁰ Eleanor M. Fox, "The Efficiency Paradox", diambil dari Robert Pitofsky (Ed.), *How The Chicago School Overshot The Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*, (Oxford: University Press, 2008), hal. 77.

pasar digerakkan secara murni oleh sektor swasta, kesejahteraan konsumen dapat terganggu.

2.3.1. Efisiensi Ekonomi

Secara sederhana, efisiensi dapat kita temukan dalam definisi kegiatan ekonomi itu sendiri yaitu memperoleh yang sebesar-besarnya dengan pengorbanan yang sekecil-kecilnya. Maka itu, dari sisi konsumen, efisiensi tercapai ketika mereka membeli barang dengan kualitas tinggi atau kuantitas yang banyak dengan harga yang dibayarkan rendah. Dan dari sisi produsen, efisiensi dapat dikatakan tercapai ketika mereka dapat memproduksi barang dan/atau jasa dengan biaya produksi yang serendah-rendahnya namun menghasilkan barang dengan kualitas dan kuantitas yang optimal serta memperoleh margin keuntungan yang tinggi dari proses produksi barang dan/atau jasa tersebut.

Dalam menentukan ukuran efisiensi, maka Vilfredo Pareto dalam bukunya "*Manual d'Economie Politique*" mengemukakan kondisi yang harus dipenuhi, bila alokasi sumber daya efisien, maka tidak akan terjadi perubahan ataupun tidak akan terjadi transaksi antara dua yang akan membuat satu pihak berlebihan sementara pihak lain akan kekurangan.⁷¹

Dengan demikian bila harga dari suatu produk relatif dengan produk yang lain, maka konsumen dapat saja mensubstitusikan pilihannya pada produk lain. Hal ini akan mempengaruhi keputusan produsen dalam menghasilkan produknya sesuai dengan harga marginal atau *marginal cost*. Bila model persaingan sempurna ini dapat dicapai melalui tercapainya *equilibrium*, dimana pembeli menikmati kesejahteraan melalui nilai apa yang mereka bayar dengan apa yang mereka nikmati, hal ini juga sering disebut sebagai *consumer surplus*. Bila produser menerima kompensasi yang melebihi nilai atau biaya produksinya, maka dikatakan produser menerima *producer surplus*. Dalam hal ini yang menentukan adalah keseluruhan *surplus (total surplus)* adalah sama-sama dinikmati dan dimiliki oleh produser dan konsumen yang juga dinamakan *pareto efficient* yang keseluruhannya dipengaruhi oleh mekanisme pasar. Bila seluruh mekanisme

⁷¹ Peter Asch, *Organization and Antitrust Policy*, (New York : John Willey & Sons Inc, 1983), hal. 18.

berjalan sempurna, maka tidak dibutuhkan regulasi ataupun campur tangan pemerintah untuk mengatur pasar.⁷²

Tetapi, dalam kenyataannya, karena terdapat banyak hal yang terjadi yang memengaruhi mekanisme pasar, maka model pasar akan selalu menjadi berbeda. Artinya pasar dipengaruhi oleh perilaku pemain pasar itu sendiri baik melalui mekanisme persaingan ataupun karena menghindari persaingan dengan jalan kolusif atau menghambat persaingan dengan melakukan tindakan curang. Dengan kata lain untuk memenuhi kondisi dalam persaingan sempurna, setidaknya *pareto optimality* harus dipenuhi dengan syarat bahwa harga seluruh input dan output ditetapkan sama untuk seluruh konsumen dan produsen, dimana produsen bebas untuk berusaha mencapai keuntungan sementara konsumen bebas mempunyai pilihan, dan produsen berusaha mencapai tingkat dimana harga produksinya adalah sama dengan biaya marginal dan seluruh pasar berada dalam kondisi transparan – dari sisi informasi- dan terbuka untuk keluar masuknya konsumen maupun produsen pesaing.⁷³

Dalam keadaan seperti ini, timbulah kebutuhan akan Hukum Persaingan Usaha yang meregulasi bagaimanakan pengaturan mengenai perilaku pemain di pasar dengan tujuan untuk melindungi persaingan yang *fair*, mengidentifikasi tindakan yang cenderung menghambat persaingan ketimbang mendorongnya atau praktek-praktek persaingan yang tidak sehat lainnya dan menyelesaikannya lewat jalur hukum.

Efisiensi sering dikategorisasikan pula menjadi efisiensi alokatif, produktif, dan ada pula yang menambahkan istilah efisiensi dinamis. Baik efisiensi alokatif maupun produktif, akan dicapai secara optimal dalam kondisi pasar persaingan sempurna. Struktur pasar persaingan sempurna merupakan satu-satunya kondisi pasar dimana kedua jenis efisiensi, alokatif dan produktif, akan tercapai sekaligus.

Efisiensi alokatif adalah suatu kondisi dimana pengalokasian sumber daya telah sesuai dengan peruntukannya yang dikondisikan ketika tingkat harga (*Price*

⁷² Giles Burgess Jr. ,*The Economic of Regulation and Antitrust*, (New York: Harper Collins College Publishers, 1995), hal. 27.

⁷³ Asch, *Organization and Antitrust Policy*, hal. 21.

= P) sama dengan biaya marjinal secara ekonomi (*Marginal Cost = MC*)⁷⁴. Sedangkan efisiensi produktif adalah suatu kondisi dimana perusahaan memproduksi barang dan jasa dengan biaya yang paling rendah atau tingkat produksi yang paling efisien, yang diindikasikan oleh kondisi dimana tingkat produksi berada pada tingkat biaya rata-rata per unit (*Average Cost = AC*)⁷⁵ yang paling rendah. Dengan demikian, dalam jangka panjang, di dalam pasar persaingan sempurna akan tercapai kondisi efisiensi ekonomi (*economic efficiency*) yaitu ketika efisiensi alokatif dan efisiensi produktif tercapai, yang dapat ditunjukkan dengan persamaan di bawah ini:⁷⁶

$$P = MC = AC_{\min} = SRAC = LRAC$$

Keterangan

P	= Price
MC	= Marginal Cost
ACMin	= Average Cost Minimum
SRAC	= Short-Run Average Cost
LRAC	= Long-Run Average Cost

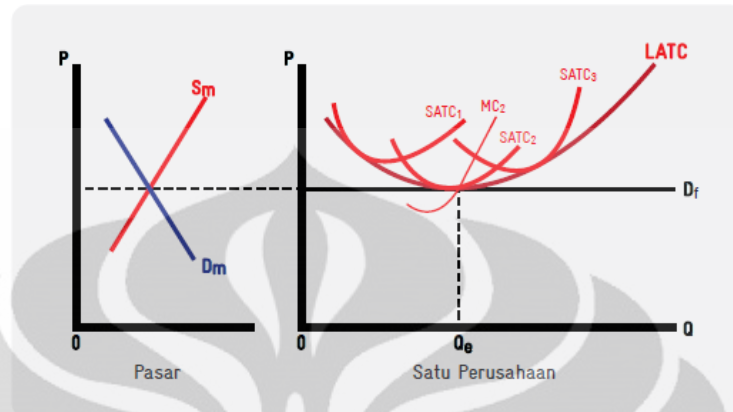
Dalam bentuk grafik, keseimbangan jangka panjang yang dicapai oleh pasar persaingan sempurna dapat dilihat pada grafik di bawah ini:

⁷⁴ *Marginal Cost (MC)* atau biaya marjinal adalah naiknya biaya total yang disebabkan oleh produksi satu unit output. Sebagai contoh diumpamakan sebuah perusahaan menghasilkan 1.000 unit output per periode dan memutuskan untuk menaikkan tingkat produksi menjadi 1.001. Menghasilkan satu unit ekstra akan meningkatkan biaya dan kenaikan tersebut (artinya, memproduksi unit yang ke 1.001 itu) merupakan biaya marjinal., lihat Lubis et.al., ...*Teks dan Konteks...*, hal. 28.

⁷⁵ *Average Cost (AC)* atau biaya rata-rata adalah biaya yang harus dikeluarkan untuk memproduksi satu unit output. Besarnya biaya rata-rata adalah biaya total dibagi jumlah output. Karena dalam jangka pendek Total Cost (TC/biaya total) = Total Fixed Cost (TFC/biaya tetap jangka pendek) + Total Variable Cost (TVC/biaya variabel jangka pendek), maka biaya rata-rata sama dengan biaya tetap rata-rata (*average fixed cost*) ditambah biaya variabel rata-rata (*average variable cost*) atau $AC = AFC + AVC$., lihat *Ibid*, hal. 29.

⁷⁶ *Ibid*, hal. 36

Gambar I⁷⁷
Keseimbangan Jangka Panjang Pasar Persaingan Sempurna



Keterangan

SATC = Short-run Average Total Cost

LATC = Long-run Average Total Cost

Selain efisiensi alokatif dan produktif, terdapat juga efisiensi dinamis atau biasa pula disebut sebagai efisiensi inovatif yang hadir ketika terdapat keuntungan-keuntungan tertentu ketika tercapainya efisiensi pasar seperti munculnya inovasi-inovasi produksi baik dari sisi barangnya sendiri atau teknologi proses produksi yang dapat diakses oleh semua pelaku usaha di pasar ketika terdapatnya informasi yang memadai di dalam pasar sehingga kompetisi terbuka makin lebar antara pelaku usaha.⁷⁸

Efisiensi sering juga digunakan untuk menjelaskan kondisi pengalokasian sumber daya yang memaksimalkan surplus keseluruhan yang diterima anggota masyarakat atau surplus total (*total welfare*). Surplus total tersebut merupakan penjumlahan dari surplus konsumen (*consumer surplus*) dan surplus produsen (*producer surplus*). Surplus konsumen adalah keuntungan yang diterima pembeli dari partisipasinya pada suatu pasar, sedangkan surplus produsen adalah keuntungan yang diterima penjual dari partisipasinya pada suatu pasar. Oleh

⁷⁷ *Ibid*, hal. 37.

⁷⁸ Eleanor M. Fox., "The Efficiency Paradox," hal. 78.

sebab itu, adalah wajar jika kita menggunakan surplus total sebagai alat ukur kemakmuran masyarakat secara total.

Untuk lebih memahami ukuran kemakmuran dari seluruh masyarakat, berikut ini adalah ukuran-ukuran yang digunakan untuk mengukur surplus konsumen, surplus produsen, dan surplus total :

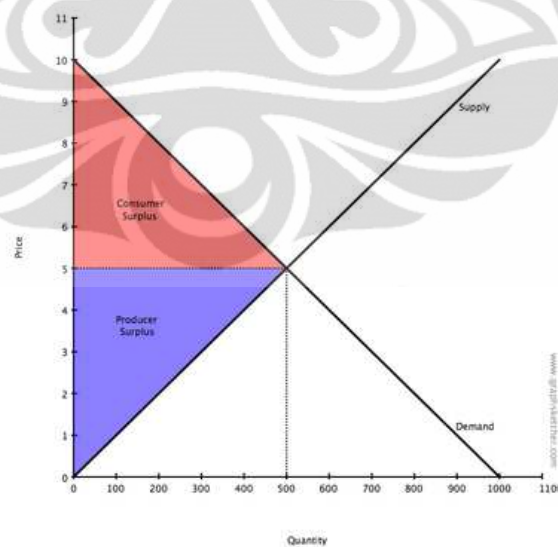
- Surplus konsumen = Nilai bagi pembeli – Nilai yang dibayarkan pembeli
- Surplus Produsen = Nilai yang diterima penjual – Biaya Penjual
- Surplus Total = Nilai bagi pembeli – Nilai yang dibayarkan pembeli + Nilai yang diterima penjual – Biaya Penjual

Maka

$$\text{Surplus Total} = \text{Nilai bagi pembeli} - \text{Biaya penjual}$$

Gambar II⁷⁹

Surplus Konsumen dan Surplus Produsen pada Keseimbangan Pasar



⁷⁹ <http://seekingalpha.com/article/108403-china-and-free-trade-a-failure-to-recognize-externalities>, diunduh pada 20 April 2011 pukul 20 : 05 WIB.

Gambar II menunjukkan surplus produsen (*producer surplus*) dan surplus konsumen (*consumer surplus*) pada saat terjadi keseimbangan antara permintaan dan penawaran di pasar. Surplus konsumen adalah luas daerah di atas harga dan di bawah kurva permintaan, dan surplus produsen adalah luas daerah di bawah harga dan di atas kurva penawaran. Maka, jumlah luas daerah antara kurva permintaan dan kurva penawaran sampai di titik keseimbangan mencerminkan surplus total dari sebuah pasar. Para pembeli yang menghargai barang di atas tingkat harga sekarang memilih untuk membeli barang tersebut, begitu juga dengan penjual yang biayanya lebih kecil dari harga jual memilih untuk menjual barang tersebut. Sebaliknya, pembeli yang menghargai barang di bawah tingkat harga sekarang memilih untuk tidak membeli barang, sedangkan penjual yang biayanya lebih besar daripada harga jualnya memilih untuk tidak menjual barangnya tersebut. Ketika pembeli tidak melakukan pembelian dan penjual tidak melakukan penjualan, maka terlihat bahwa areal yang mencerminkan tingkat harga dan jumlah barang yang terdapat di pasar keluar dari areal yang menunjukkan surplus total di dalam pasar.

Jika suatu alokasi sumber-sumber daya memaksimalkan surplus total, dikatakan bahwa alokasi tersebut memiliki efisiensi. Jika suatu alokasi tidak efisien, maka terdapat beberapa keuntungan yang tidak bisa terealisasi dalam proses jual beli. Sebagai contoh, suatu alokasi disebut tidak efisien jika sebuah barang tidak diproduksi oleh penjualnya dengan biaya serendah-rendahnya. Pada kasus ini, memindahkan proses produksi dari penjual yang butuh biaya tinggi ke penjual yang butuh biaya rendah akan berakibat pada menurunnya biaya keseluruhan penjual, sehingga surplus total meningkat. Begitu pula halnya suatu alokasi disebut tidak efisien jika suatu barang tidak dibeli oleh calon pembeli yang kerelaan untuk membayarnya paling tinggi. Pada kasus ini, memindahkan konsumsi suatu barang dari seorang pembeli yang tidak menghargainya ke pembeli lain yang sangat menghargainya akan meningkatkan surplus total.⁸⁰

Untuk menyimpulkan sebuah pasar adalah efisien, setidaknya terdapat asumsi-asumsi yang perlu dilakukan mengenai bagaimana pasar tersebut bekerja. Ketika asumsi-asumsi ini tidak lagi benar adanya, maka kesimpulan yang kita

⁸⁰ Mankiw, *Prinsip-Prinsip Ekonomi ...*, hal. 180

dapatkan mengenai efisiensi keseimbangan pasar bisa jadi tidak lagi benar. Berikut ini adalah asumsi-asumsi yang dapat dilakukan untuk menentukan apakah pasar bekerja secara efisien.⁸¹

Pertama, analisis kita mengasumsikan bahwa di pasar terjadi kompetisi sempurna. Betapa pun juga, hampir mustahil terdapat kompetisi yang benar-benar sempurna, banyak sekali kompetisi yang jauh dari sempurna. Dalam beberapa pasar, pembeli atau penjual tunggal saja dapat mengontrol harga-harga di pasar. Kemampuan untuk memengaruhi harga-harga ini disebut kekuasaan pasar. Kekuasaan pasar dapat menyebabkan pasar menjadi tidak efisien karena besarnya harga dan jumlah barang dijauhkan dari titik keseimbangan penawaran dan permintaan.⁸²

Kedua, analisis kita mengasumsikan bahwa hasil-hasil di suatu pasar hanya penting bagi pembeli dan penjual yang berpartisipasi di pasar tersebut. Meskipun begitu, di dunia ini, keputusan-keputusan yang dibuat oleh pembeli dan penjual kadang kala memengaruhi orang-orang yang sama sekali berada di luar pasar. Polusi adalah contoh klasik dari suatu hasil pasar yang memengaruhi mereka yang tidak berpartisipasi di dalamnya. Efek samping seperti itu, disebut eksternalitas, menyebabkan kemakmuran dalam suatu pasar bergantung tidak hanya pada nilai barang bagi pembeli dan biaya bagi penjual. Karena pembeli dan penjual tidak mempertimbangkan efek-efek samping ini ketika memutuskan seberapa banyak yang harus dikonsumsi dan diproduksi, titik keseimbangan di suatu pasar bisa menjadi tidak efisien dari sudut pandang masyarakat secara keseluruhan.⁸³

Kekuasaan pasar dan eksternalitas adalah contoh-contoh dari suatu fenomena yang umum disebut sebagai kegagalan pasar –ketidakmampuan pasar bebas untuk mengalokasikan sumber-sumber dayanya secara efisien. Ketika pasar

⁸¹ *Ibid.*, hal. 187.

⁸² *Ibid*

⁸³ *Ibid*

mengalami kegagalan, kebijakan publik dari pemerintah di bidang ekonomi dapat membantu menyelesaikan masalah dan meningkatkan efisiensi ekonomi.⁸⁴

2.3.2. Kesejahteraan Konsumen

Seperti telah disinggung dalam bab sebelumnya, tujuan utama dari hukum persaingan usaha adalah melindungi kepentingan umum (*public interest*) dari masyarakat luas⁸⁵. Berpijak dari argumentasi ini, dibutuhkan sebuah bentuk penyempitan pendefinisian dari kepentingan umum yang apabila tidak dilakukan dapat berdampak pada bias tafsir dan keluar dari konteks pembicaraan.⁸⁶

Dalam ranah ekonomi, kepentingan umum mungkin saja ditafsirkan sebagai kepentingan pihak-pihak yang saling bertemu dan melakukan kegiatan ekonomi di dalam pasar. Seperti telah dijelaskan sebelumnya, hal ini membawa kita kepada pemahaman bahwa kepentingan yang terdapat di dalam pasar adalah kepentingan yang dibawa oleh pembeli dan penjual dalam melakukan transaksi. Konsukensinya, ketika kita menyebut kepentingan umum, maka “yang umum” dalam hal ini adalah termasuk di dalamnya pembeli dan penjual sehingga sebuah mekanisme pasar yang baik adalah yang memaksimalkan kesejahteraan – mencapai kesejahteraan tentunya merupakan kepentingan dari setiap pihak yang

⁸⁴ *Ibid*

⁸⁵ Dalam Hukum Persaingan Usaha, dikenal keberadaan Tes Kepentingan Umum (*Public Interest Test*) yang biasanya digunakan dalam menilai apakah sebuah *merger* perlu dilarang karena merugikan kepentingan umum meskipun dari sisi pelaku usaha yang melakukannya, *merger* tersebut dinilai meningkatkan efisiensi produksi. Di Amerika Serikat, misalnya, kepentingan umum khususnya lapangan kerja dijadikan pertimbangan dalam menilai transaksi *merger* di sektor kereta api dan telekomunikasi. Di Jerman, larangan transaksi *merger* oleh otoritas persaingan yaitu *Bundeskartellan* dapat ditimpa (*overruled*) a *ministerial authorization* (persetujuan terlebih dahulu dari Menteri) oleh Menteri Ekonomi. Meskipun demikian, otorisasi tersebut hanya dapat dikeluarkan apabila telah terpenuhi syarat-syarat tertentu misalnya kepentingan umum atau pembangunan ekonomi nasional justru lebih diuntungkan oleh sebuah transaksi *merger*. Lihat Syamsul Maarif, “Merger, Konsolidasi, Akuisisi dan Pemisahan PT Menurut UU No. 40/2007 dan Hubungannya Dengan Hukum Persaingan,” *Jurnal Hukum Bisnis*, Vol. 27, (2008), hal. 47.

⁸⁶ Definisi berasal dari kata bahasa Inggris, “*to define*”, yang dapat diartikan sebagai membatasi. Definisi juga memiliki akar kata *finire* (bahasa Latin) yang berarti mengakhiri. Dengan memberikan definisi berarti kita menyediakan secara ketat horison (batas) dan orientasi bagi topik pembicaraan kita.

melakukan transaksi di pasar – pembeli atau konsumen dan penjual atau produsen yang dapat kita sederhanakan sebagai tercapainya surplus total di dalam pasar.

Cara berpikir yang agak berbeda perlu dikedepankan ketika kita berbicara mengenai kepentingan umum dalam konteks tujuan dari hukum persaingan usaha. Seperti telah dijelaskan sebelumnya, hukum persaingan usaha bertujuan untuk menjaga pasar yang kompetitif atau mendekati kondisi bersaing secara sempurna. Dalam situasi pasar yang kompetitif, efisiensi dengan sendirinya akan menghasilkan surplus total yang berarti tercapainya kesejahteraan konsumen dan produsen di pasar. Maka, tak heran, terdapat sebuah pandangan yang menilai tujuan yang paling fundamental dari hukum persaingan usaha adalah untuk mencapai efisiensi di dalam pasar.

Namun, dalam perkembangannya, pendapat yang mengatakan bahwa tujuan fundamental dari hukum persaingan usaha adalah untuk mencapai efisiensi sudah dianggap tidak relevan dan ditinggalkan oleh rezim hukum persaingan usaha di Amerika Serikat setelah publikasi buku yang ditulis Robert Bork, *The Antitrust Paradox* pada tahun 1978. Bork berargumentasi, melihat kecenderungan yang terjadi dari berbagai kasus persaingan usaha yang diputus oleh pengadilan di Amerika Serikat, dapat ditarik sebuah kesimpulan bahwa satu-satunya tujuan yang dimungkinkan dari ketentuan hukum persaingan usaha dan penegakannya adalah demi terciptanya kesejahteraan konsumen (*consumer welfare*) dan bukan semata untuk mencapai efisiensi atau bahkan kesejahteraan total (*total welfare*).⁸⁷

Robert Bork, salah satu sarjana terkemuka di bidang hukum persaingan usaha dan mantan nominator hakim Mahkamah Agung Amerika Serikat, pada tahun 1966 mempublikasikan artikel yang diberi nama *Legislative Intent and The Policy of The Sherman Act*. Tujuan dari artikel tersebut adalah untuk memikirkan kembali tujuan paling fundamental dari rezim hukum persaingan usaha di Amerika Serikat yang mulai dirintis sejak diundangkannya *Sherman Act* dan kemudian diikuti oleh aturan-aturan derivasinya serta yurisprudensi-yurisprudensi Mahkamah Agung Amerika Serikat.⁸⁸

⁸⁷ John B. Kirkwood dan Robert H. Lande, "The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency," *Notre Dame Law Review*, Vol. 84:1, (2008), hal. 193.

Berdasarkan investigasi yang ia lakukan, Bork berkesimpulan bahwa satu-satunya tujuan yang paling fundamental dari ketentuan hukum persaingan usaha di Amerika Serikat adalah untuk maksimalisasi kesejahteraan konsumen. Dalam menafsirkan tujuan fundamental dari hukum persaingan usaha tersebut, Bork mengutip pendapat dari Senator Sherman:

The Sole object such a combination is to make competition imposible. It can control the market, raise or lower price, as will best promote its selfish interests, reduce prices in a particular locality and break down competition and advance prices at will where competition does not exist. Its governing motive is to increase the profits of the parties composing it. The law of selfishness, uncontrolled by competition, compels it to disregard the interest of the consumer. It dictates terms to transportation companies, it commands the price of labour without fear of strikes, for in its field it allows no competitors. Such a combination is far more dangerous than any heretofore invented, and, when it embraces the great body of all the corporations engaged in a particular industry ... it tends to advance the price to the consumer of any produced, it is a substansial monopoly injurious to the public ... The individuals engaged in it should e punished as criminals.⁸⁹

Bork menafsirkan, bahwa dalam pembentukannya *Sherman Act* memiliki tujuan fundamental untuk mendorong tercapainya efisiensi alokatif tanpa melemahkan efisiensi produktif terlalu besar. Kemudian, di tahun 1967, Bork kembali mempublikasikan artikel lainnya, *The Goals of Antitrust Policy*, yang kembali mempertegas pendapatnya dengan mengatakan bahwa ketentuan hukum persaingan usaha adalah sebuah kanonisasi dari hal-hal normatif yang harus dicapai dalam memaksimalkan kesejahteraan konsumen (*the canons of consumer welfare*) yang intinya adalah melakukan prevensi terhadap minimalisasi output dan pencapaian efisiensi dengan cara-cara yang demikian.⁹⁰

Di tahun 1978, Bork kembali mempublikasikan argumentasi-argumentasinya terkait tujuan fundamental dari hukum persaingan usaha dalam

⁸⁸ *Ibid*

⁸⁹ Robert Bork, "Legislative Intent and The Policy of The Sherman Act", hal. 25-26 diambil dari Barak Y. Orbach, "The Antitrust Consumer Welfare Paradox", *Arizona Legal Studies Journal*, No. 10-07, (2010), hal. 13.

⁹⁰ Robert Bork, "The Antitrust Paradox", hal. 90 diambil dari *Ibid*, hal. 16.

buku yang sampai saat ini masih dianggap paling berpengaruh dalam konteks kajian hukum persaingan, *The Antitrust Paradox*. Dalam bukunya ini, Bork menjelaskan kesejahteraan konsumen atau “*consumer welfare*” sebagai berikut:

Consumer welfare is the greatest when society’s economic resources are allocated so that consumers are able to satisfy their wants as fully as technological constraints permit. Consumer welfare, in this sense, is merely another term for the wealth of nation ... consumer welfare, as the term is used in antitrust, has no sumptuary or ethical component, but permits consumers to define by their expressions of wants in the marketplace what things they regard as wealth.⁹¹

Pendapat Bork yang menyamakan kesejahteraan konsumen dengan terminologi “*wealth of nation*” (kekayaan nasional) inilah yang pada akhirnya membawa kita kepada perdebatan dialektis sarjana-sarjana hukum persaingan usaha perihal definisi kesejahteraan konsumen yang sesungguhnya. Para sarjana tadi menganggap Bork menyamakan kesejahteraan konsumen sama dengan kesejahteraan total dari masyarakat. Dan ada pula yang menganggap Bork menyamakan kesejahteraan konsumen dengan kesejahteraan secara sosial (*social welfare*). Hampir semua sarjana tadi menganggap Bork tidak konsisten dengan terminologi kesejahteraan konsumen yang dia gunakan.

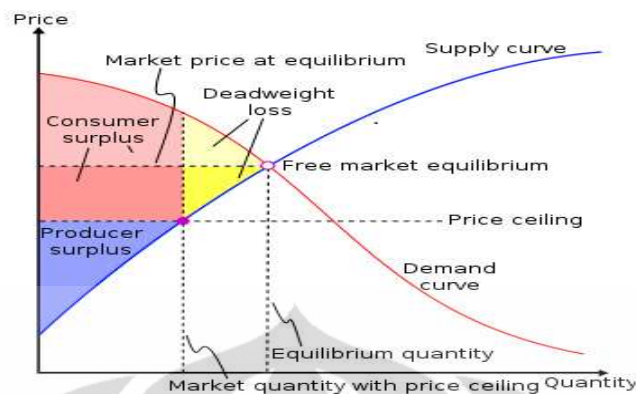
Pemaparan yang jernih soal kritisasi terhadap pendapat Bork ini pertama-tama dapat kita temukan dalam tulisan John B. Kirkwood dan Robert H. Lande, *The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency*. Pertama-tama Kirkwood dan Lande mengajak kita untuk memperhatikan secara seksama model grafik di bawah ini:

Gambar III⁹²

Deadweight Loss dan Hilangnya Surplus Konsumen

⁹¹ *Ibid*

⁹² http://www.thefullwiki.org/Deadweight_loss, diunduh pada 21 April 2011 pukul 23 : 45 WIB.



Gambar III menunjukkan bagaimana pelaku usaha mengambil surplus konsumen dan mengubahnya menjadi surplus produsen. Ketika jumlah produksi dikurangi, maka akan terjadi kelangkaan kuantitas barang di pasar dan kelangkaan tersebut menyebabkan naiknya harga barang. Gambar III menunjukkan terjadinya *deadweight loss*. *Deadweight loss* tersebut terjadi pada bagian *consumer surplus* atau kesejahteraan konsumen yang diambil oleh produsen melalui peningkatan harga (artinya, margin harga untuk produk dengan kualitas yang sama dan pada waktu yang sama lebih tinggi dari harga pasar).

Deadweight loss merupakan biaya yang ditanggung masyarakat karena pasar tidak bekerja secara efisien. Yaitu jumlah surplus konsumen dan surplus produsen yang hilang dibandingkan dengan pasar persaingan sempurna karena konsumen bersedia untuk membayar lebih tinggi untuk suatu produk dibandingkan dengan biaya memproduksi barang tersebut, maka pasar bekerja secara tidak efisien. Hal ini akan menaikkan permintaan dan produksi atas barang-barang bernilai rendah ini. Terjadi mis-alokasi atas sumber daya masyarakat – yaitu, mereka tidak dipakai untuk utilisasi yang terbaik. Beberapa konsumen akan membayar dengan harga tinggi. Negara menjadi lebih dirugikan karena sumber dayanya cenderung untuk tidak dipergunakan dengan cara yang paling produktif.⁹³

Deadweight loss sendiri berkaitan erat dengan efisiensi. Ketika pasar berjalan tidak efisien –misalnya dengan adanya perusahaan yang menjadi

⁹³ Windhu Putra, *Ekonomi Industri*, (Bandung : Alfabeta, 2008), hal. 25.

monopolis di pasar- *deadweight loss* akan sangat mungkin terjadi karena kecenderungannya monopolis akan melakukan hal-hal yang kontra produktif seperti menetapkan harga yang tinggi (*excessive*), mengurangi output, tidak inovatif, dan melakukan pemborosan sumber daya alam.

Richard Posner berpendapat bahwa adanya pemborosan –misalnya terhadap sumber daya alam- adalah diakibatkan adanya tindakan pemburu rente (*rent seekers*) yang menggunakan sumber daya semata-mata untuk mempertahankan monopoli dengan cara-cara yang tidak mengindahkan praktek bisnis seperti melobi pemerintah untuk membuat peraturan yang membatasi atau mengurangi masuknya kompetitor baru. Posner memperkirakan bahwa *deadweight loss* pada beberapa industri mencapai tiga puluh persen dari pendapatan masyarakat. Hasil penelitiannya menyatakan bahwa sebagian besar dari kehilangan kesejahteraan adalah akibat pemerintah melindungi perusahaan-perusahaan dari mekanisme persaingan di pasar.⁹⁴

Dalam menafsirkan grafik pada Gambar III, Kirkwood dan Lande menggunakan analogi tindak pidana pencurian yang lazim dipahami masyarakat awam. Ketika yang ditanya adalah seorang ekonom, maka mereka akan mengutuk tindakan pencurian karena tindakan tersebut membuat inefisiensi di dalam pasar. Sedangkan, apabila pertanyaan ditujukan kepada masyarakat awam, maka mereka akan dengan tegas mengatakan bahwa pencurian tercela karena telah terjadi pengambilan properti tanpa persetujuan dan tanpa kompensasi (*a taking of property without consent and without compensation*). Pencurian berarti adanya transfer kesejahteraan yang tidak adil (*fair*). Seorang pencuri (dalam hal ini dianalogikan sebagai produsen) tidak memiliki hak untuk mengambil uang dari masyarakat (dalam hal ini didefinisikan sebagai konsumen) dan karena itu, hal tersebut adalah ilegal.⁹⁵

⁹⁴ Richard Posner, "The Social Cost of Monopoly and Regulation," *Journal of Political Economy*, Vol. 13, No. 2, (1975), hal. 391.

⁹⁵ John B. Kirkwood dan Robert H. Lande, "The Fundamental Goal of Antitrust...", hal. 200.

Analogi Kirkwood dan Lande senada dengan pernyataan Anne K. Bingman dalam pidato pembukaan di *Department of Justice* Amerika Serikat.⁹⁶ Bingman menyatakan bahwa “pelaku yang melakukan tender kolusif (salah satu bentuk kartel), pembagian pasar (*market division*) atau penetapan harga (*price fixing*) sama saja dengan mengambil uang dari kantong konsumen Amerika Serikat dan mencuri uang dari ‘mesin kasir’ bisnis Amerika, dan tidak ada bedanya dengan tindakan merampok sebuah rumah di malam hari dengan masuk secara diam-diam dalam kegelapan.”

Hal ini merupakan kritisasi terhadap pendapat Bork terkait definisi “kesejahteraan konsumen”, yang mengatakan bahwa mendorong efisiensi berarti meningkatkan kesejahteraan konsumen secara keseluruhan, meskipun terdapat konsumen di pasar yang bersangkutan yang diciderai. Secara teknis, pendapat Bork ini lahir karena ia beranggapan monopolis dan kartelis juga merupakan konsumen. Sebenarnya, terdapat situasi di mana konsumen justru mendapatkan keuntungan dari sebuah *merger* yang pada dasarnya menaikkan harga namun juga meningkatkan efisiensi. Padahal, menurut banyak pengamat, dengan diundangkannya ketentuan-ketentuan hukum persaingan usaha di Amerika Serikat, kongres memiliki tujuan untuk melindungi konsumen (*buyers-side*) yang membeli barang dari perusahaan hasil *merger* yang memiliki kekuatan pasar dan mereka harus menanggung inefisiensi alokatif, dan surplus yang mereka miliki diekstraksi oleh perusahaan yang bersangkutan.⁹⁷

⁹⁶ Anne K. Bingman dan Gary R. Spratling, “Criminal Antitrust Enforcement,” dalam “Criminal Antitrust Law and Procedure Workshop ABA Section of Antitrust,” Hyatt Regency Hotel Dallas, Texas, February 23, 1995. Lihat <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/0103.pdf> (diakses pada 26 Februari 2011 pukul 23.21 WIB).

⁹⁷ Pada tahun 1968, Oliver Williamson mempublikasikan apa yang ia namakan “*a naive trade off model*” yang menyatakan bahwa sebuah *merger* yang berujung pada efisiensi dan kenaikan harga, mungkin saja secara sosial diperlukan, meskipun pada dasarnya ia menciderai konsumen. Sebagai contoh adalah sebuah *merger* yang menciptakan inovasi terhadap utilitas sebuah barang. Hal ini tentunya akan menambah biaya yang harus dikeluarkan oleh konsumen untuk membeli barang tertentu, namun di lain sisi hal ini tak terhindarkan karena inovasi berarti penambahan biaya produksi di sisi produsen. Lihat Oliver Williamson, *Allocative Efficiency and the Limits of Antitrust*, hal. 116 diambil dari Barak Y. Orbach, “The Antitrust Consumer Welfare Paradox”, hal. 25.

Contoh lain diberikan oleh Kirkwood dan Lande dalam kasus ketika pembuat *yacht* yang miskin membuat sebuah kartel perusahaan pembuatan *yacht* bersama para pesaingnya dalam pasar dan menaikkan harga. Hal ini membuat para jutawan harus membayar lebih tinggi dan karenanya, menurut Kirkwood dan Lande, hal tersebut dapat dikategorikan sebagai pelanggaran di bidang hukum persaingan usaha.

Kirkwood dan Lande berpendapat, bahwa banyak monopolis dan kartelis atau *trust* proses produksinya dikatakan efisien, namun karena membahayakan kesejahteraan konsumen maka tindakan mereka dapat ditindak. Pertanyaannya, apa ukuran yang digunakan untuk mengukur sejauh mana kesejahteraan konsumen terancam bahaya? Untuk menjawab pertanyaan ini kita dapat melihat bagaimana Mahkamah Agung Amerika Serikat berpendapat dalam kasus *Brooke Group Ltd. v. Brown & Williamson Tobacco Corp.*, 509 U.S. 209 (1993). Dalam kasus ini, sebagai strategi untuk menghadapi persaingan dengan produsen *Ligget* (rokok generik atau rokok murah) *Brown & Williamson Tobacco Corp* menerapkan praktek harga pemangsa (*predatory pricing*). *Brown & Williamson Tobacco Corp* berhasil “mengusir” perusahaan-perusahaan yang lebih kecil yang memproduksi rokok generik tadi. Dan untuk tindakannya tersebut, ia digugat karena melakukan praktek harga pemangsa.⁹⁸

Saat perkara ini masuk di Mahkamah Agung Amerika Serikat, Mahkamah Agung berpendapat bahwa praktek harga pemangsa yang dilakukan oleh *Brown & Williamson Tobacco Corp* tidak melanggar ketentuan hukum persaingan usaha karena dalam pertimbangannya hakim menilai konsumen tidak dirugikan dengan dilakukannya harga pemangsa yang diterapkan oleh terlapor (*defendant*), baik dalam masa predasi (*the low price*) yang justru menguntungkan konsumen yang dapat membayar jauh lebih rendah, maupun dalam masa pos-predasi (*postpredation*), yang juga dinilai tidak merugikan konsumen. Hakim justru menilai apa yang dilakukan oleh *Brown & Williamson Tobacco Corp* adalah strategi bisnis semata dan tereliminasi pesaing dari pasar adalah konsekuensi dari persaingan bisnis itu sendiri.⁹⁹

⁹⁸ Fox, “The Efficiency Paradox”, hal. 81.

Hal senada juga dapat kita temukan dalam pertimbangan hakim di tingkat banding (*ninth circuit*) dalam kasus *MetroNet Services Corp. v. Qwest Corp.*, 383 F.3d 1124 (2004), Hakim Easterbrook membedakan kesejahteraan konsumen dan efisiensi alokatif dan mengatakan bahwa tujuan dari hukum persaingan usaha adalah untuk mencegah terjadinya transfer kesejahteraan yang berlebihan dari konsumen ke produsen.¹⁰⁰

Lebih jauh lagi, Eleanor M. Fox memberikan kesimpulan, bahwa dari sekian banyak putusan-putusan hukum persaingan usaha di Amerika Serikat, fokus dari pertimbangan hakim adalah harga, kualitas, dan pilihan-pilihan konsumen, dan bukannya efisiensi ataupun kesejahteraan total (*total welfare*). Selain itu, sisi efisiensi yang dilihat adalah efisiensi alokatif dan bukannya efisiensi produktif, dan ini juga membuktikan bahwa fokus hukum persaingan usaha adalah konsumen yang membeli barang dan bukannya produsen. Kedua hal tersebut berimplikasi pada sebuah pemahaman bahwa ketika ada konflik potensial antara kemaslahatan konsumen dan efisiensi ekonomi, konsumen selalu diutamakan dalam kasus-kasus hukum persaingan usaha di Amerika Serikat selama lima belas tahun terakhir.¹⁰¹

Ukuran paling relevan untuk menjalankan tujuan hukum persaingan usaha yang melindungi konsumen tadi adalah tingkat harga yang harus dibayar oleh konsumen di dalam pasar yang bersangkutan. Seperti telah dijelaskan sebelumnya, bahkan sebuah praktek harga pemangsa dapat dibenarkan karena dia terbukti dapat membuat rendah agregat harga di pasar dan karenanya kesejahteraan konsumen meningkat secara tidak langsung. Penerapan hal tersebut

⁹⁹ Joseph F. Brodley, "Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy," *Georgetown Law Journal* Vol. 88, (2000), hal. 2239.

¹⁰⁰ *Ninth Circuit* atau *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit* adalah Pengadilan Tinggi (*appellate court*) yang berkedudukan di San Fransisco, California dan berwenang memeriksa sebuah perkara di tingkat keberatan atau banding. Yurisdiksinya mencakup tiga belas distrik di Amerika Serikat dan dua teritori tambahan, yaitu Guam dan Kepulauan Mariana Selatan.

¹⁰¹ John B. Kirkwood dan Robert H. Lande, "The Fundamental Goal of Antitrust...", hal. 216.

bisa kita lihat pula dalam perkara *Weyerhaeuser Co. v. Ross-Simmons Hardware Lumber Co.*, 58 U.S. 381 (2007) dimana kesejahteraan konsumen itu sendiri didefinisikan sebagai harga yang lebih rendah untuk konsumen dan efek terhadap harga yang harus dibayar oleh konsumen.¹⁰²

Di Indonesia sendiri, pendekatan kesejahteraan konsumen dalam memutus sebuah perkara persaingan usaha dapat kita temukan dalam berbagai putusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU). Sebagai contoh adalah dalam Putusan Perkara Nomor: 05/KPPU-I/2003, di mana penetapan harga yang dilakukan oleh beberapa pengusaha Bus Kota Patas AC yang tergabung dalam asosiasi angkutan jalan raya (Organda), dinilai telah merugikan konsumen karena mereka harus membayar di tingkat harga yang terlalu tinggi (*excessive price*).

Hal serupa juga bisa kita temukan dalam Putusan Perkara Nomor: 25/KPPU-I/2009 dalam perkara penerapan tarif *fuel surcharge* yang dilakukan oleh beberapa maskapai dalam industri penerbangan tanah air. KPPU menetapkan adanya kerugian konsumen dalam jumlah yang sangat besar, yaitu Rp 5.081.739.158, 00 (lima triliun delapan puluh satu miliar tujuh ratus tiga puluh sembilan juta enam ratus enam puluh sembilan ribu seratus lima puluh delapan rupiah) sampai dengan Rp 13.843.165.835.099,00 (tiga belas triliun delapan ratus empat puluh tiga miliar seratus enam puluh lima juta delapan ratus tiga puluh lima ribu sembilan puluh sembilan rupiah). Dalam amar putusannya, KPPU menyatakan adanya kerugian konsumen dan memerintahkan para terlapor untuk membayar ganti kerugian ke kas negara.¹⁰³

Bahkan dalam tulisannya, A.M. Tri Anggraini menilai pembenaran substantif dalam penggunaan metode *per se illegal* harus didasarkan pada fakta atau asumsi bahwa sebuah perilaku dilarang karena hampir pasti dapat mengakibatkan kerugian kepada konsumen dan karenanya hal tersebut dapat dijadikan pengadilan sebagai alasan pembenar dalam pengambilan keputusan.¹⁰⁴

¹⁰² *Ibid.*, hal. 218.

¹⁰³ Abdul Hakim G. Nusantara et.al., *Litigasi Persaingan Usaha (Competition Litigation)*, (Jakarta: Centre for Finance, Investment, and Securities Law (CFISEL), Desember 2010), hal. 45.

¹⁰⁴ A.M. Tri Anggraini, "Penerapan Pendekatan "Rule Of Reason" dan "Per Se Illegal" dalam Hukum Persaingan Usaha," *Jurnal Hukum Bisnis*, Vol. 24, (2005), hal. 7.

2.3.3. *Excessive Price* Sebagai Ukuran Untuk Melindungi Kesejahteraan Konsumen dari Tindakan Pelaku Usaha

Seperti telah dijelaskan sebelumnya, kesejahteraan konsumen merupakan tujuan paling fundamental yang ingin dicapai rezim hukum persaingan usaha dewasa ini. Otoritas persaingan dan pemerintah harus mengedepankan tujuan tersebut dalam mengukur apakah tindakan tertentu merupakan pelanggaran dalam bidang hukum persaingan usaha dengan alasan tindakan tadi memberikan dampak negatif bagi konsumen. Untuk mengukur apakah sebuah tindakan memberikan dampak negatif bagi konsumen, salah satu ukuran yang hampir selalu digunakan dalam berbagai kasus hukum persaingan usaha baik di dalam maupun luar negeri adalah sejauh mana tingkat harga barang dan/atau jasa dibandrol oleh pelaku usaha, dan sejauh mana tingkat harga tersebut tidak menciderai (*harmful*) konsumen. Ukuran tingkat harga yang terlalu tinggi atau harga eksekif (*excessive price*) seringkali dijadikan alasan bahwa sebuah tindakan tertentu terbukti melanggar ketentuan dalam hukum persaingan usaha.

Banyak teori yang berkembang untuk mengatakan bahwa tingkat harga tertentu bersifat eksekif. Bagi penganut Marxis, harga yang adil (*fair*) dari sebuah produk tertentu dicapai ketika sama dengan nilai dari tenaga kerja yang terlibat dalam proses produksi. Bagi ekonom klasik, harga didasarkan pada teori pembiayaan (*a cost-based theory of value*). Sedangkan bagi para ekonom era neo-klasik, dan cukup mengilhami para sarjana di bidang hukum persaingan usaha, nilai yang “adil” dari sebuah barang dan/atau jasa lahir dari harga pasar yang “kompetitif”, yang dapat diejawantahkan dalam harga equilibrium dan merupakan hasil dari interaksi yang bebas dari penawaran dan permintaan dalam pasar yang kompetitif.

Masih terdapat banyak interpretasi lain dalam mendefinisikan tingkat harga yang eksekif, antara lain adalah aliran pemikiran ekonomi yang dinamakan ordoliberal dan tumbuh subur di Jerman medio 1930-1950 serta cukup mempengaruhi basis epistemologis pembentukan hukum persaingan usaha negara-negara Uni Eropa. Para ekonom ordoliberal seperti Walter Eucken dan Franz Böhm, mendefinisikan tingkat harga adalah *fair* ketika dia adalah hasil dari kompetisi yang “bebas dan jujur” (*free and honest*); dengan kata lain pelaku usaha

yang dominan harus menetapkan harga secara “kompetitif” dalam artian mereka harus bertindak dalam menetapkan harga seperti ketika mereka beroperasi di pasar yang kompetitif. Dalam perkembangan teori ekonomi yang dapat dikatakan salah satu yang paling kontemporer, ekonom-ekonom organisasi industri (*industrial organisation*), mendefinisikan harga yang eksekutif sebagai sebuah tingkat harga yang berada di atas tingkat harga yang kompetitif dan merupakan hasil dari praktek perusahaan yang memiliki kekuatan di pasar (*market power*).

Untuk menjelaskan bagaimana harga dinilai eksekutif, Peneliti memilih rezim hukum persaingan usaha di Uni Eropa sebagai perbandingan. Dalam Pasal 82 (a) *European Competition (EC) Treaty*, secara implisit pelaku usaha yang berada di posisi dominan secara implisit dilarang untuk melakukan praktek yang tidak adil dalam pembelian, penetapan harga jual, dan penciptaan kondisi-kondisi perdagangan yang tidak adil lainnya (*unfair purchase or selling prices or other unfair trading conditions*).

Dalam prakteknya, pengadilan maupun otoritas persaingan seringkali kesulitan untuk menentukan secara tepat dan konsisten apa yang dimaksud tingkat harga yang eksekutif. Sebagai contoh adalah definisi yang digunakan *court of justice* (pengadilan tingkat kasasi) dalam memeriksa kasus-kasus persaingan usaha dalam lingkup teritori negara-negara Uni Eropa. *Court of justice* mendefinisikan harga berada di tingkat yang eksekutif ketika dia dikatakan tidak memiliki hubungan terhadap nilai ekonomis (*economic value*) dari barang yang ditawarkan. Namun, dalam penerapannya, tetap saja sulit untuk menentukan “nilai ekonomis” dari sebuah barang dan/atau jasa, atau dengan kata lain tetap saja sulit bagi otoritas persaingan atau pengadilan untuk membedakan harga yang tinggi tapi tetap kompetitif dan harga yang ditetapkan secara tidak adil (*unfair*).¹⁰⁵

Seperti telah dijelaskan sebelumnya, dalam kondisi pasar yang kompetitif, perusahaan-perusahaan yang saling bersaing bertindak sebagai penerima harga (*price takers*). Konsekuensinya, perusahaan-perusahaan tadi akan menetapkan harga pada biaya produksi marjinal atau mungkin juga menetapkan harga secara berjenjang (*incremental*).

¹⁰⁵ Robert O'Donoghue & A. Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, (Oregon: Hart Publishing, 2006), hal. 604.

Setidaknya terdapat dua situasi yang dependen sifatnya dalam kondisi pasar yang bersaing secara sempurna: (1) tidak ada pelaku usaha yang menerapkan harga di atas level kompetitif (harga di titik ekuilibrium) karena pangsa pasarnya akan turun secara drastis; (2) tidak ada pelaku usaha yang akan menetapkan harga yang disparitasnya dibawah biaya produksi marjinal, karena mereka akan kehilangan konsumen marjinal dan kecenderungannya mereka lebih baik menutup perusahaan.¹⁰⁶ Maka, dalam pasar persaingan sempurna, ketika situasi tadi tercapai harga kesetimbangan (ekuilibrium) dihasilkan oleh biaya produksi marjinal dan sumber daya akan teralokasi dan diproduksi secara optimal. Namun, tetap saja tidak dapat dihindarkan, ketika perusahaan menikmati tingkat kekuatan tertentu di pasar, kecenderungannya adalah perusahaan akan memiliki insentif dan kemampuan untuk menetapkan harga jauh lebih di atas biaya produksi yang bisa juga berada di atas harga kompetitif di pasar. Dispartias marjin antara biaya produksi dan harga akan jauh lebih tinggi dalam industri yang dituntut untuk selalu inovatif agar dapat tetap bersaing. Dalam situasi yang demikian. Meski secara berjenjang harga akan selalu naik, namun efisiensi di pasar akan secara mekanistik tercapai, karena perusahaan lain-pun akan berusaha selalu inovatif dan walaupun konsumen harus membayar lebih mahal dari waktu ke waktu, hal tersebut adalah konsekuensi dari tercapainya efisiensi dinamis.¹⁰⁷

Untuk lebih memudahkan kita dalam memahami bagaimana sebuah tingkat harga tertentu disebut ekseksif dan ukuran-ukuran apa saja yang digunakan, perlu dilakukannya studi terhadap beberapa kasus hukum persaingan di mana pengadilan menyatakan tingkat harga yang ditetapkan sebuah perusahaan adalah ekseksif. Salah satu kasus yang barangkali dapat disebut sebagai *leading case* dalam mendefinisikan harga yang ekseksif adalah kasus *United Brands v. Commission of the European Communities* pada tahun 1978.

United Brands adalah importir pisang yang berasal dari Amerika Selatan bagi negara-negara Uni Eropa. *United Brands* akan menyalurkan pisang-pisang yang belum matang kepada distributor yang beroperasi di berbagai negara Uni

¹⁰⁶ *Ibid*, hal. 605.

¹⁰⁷ *Ibid*, hal. 608.

Eropa yang kemudian akan disalurkan lagi ke pengencer-pengencer di berbagai negara Uni Eropa. Dalam kasus ini, *Commission of the European Communities* menuduh *United Brands* sudah menyalahgunakan posisi dominan yang dia miliki, dengan tindakan-tindakan seperti pembatasan perdagangan, diskriminasi harga, dan eksploitasi lewat harga yang eksekif, berdasarkan Pasal 82 *EC Competition Law*.¹⁰⁸

Khusus untuk penetapan harga yang eksekif dan karenanya dinilai sebagai tindakan eksploitatif, kasus *United Brands v. Commission of the European Communities* menghasilkan ukuran-ukuran tertentu yang setidaknya dapat dipertimbangkan untuk menjadi parameter dalam mengukur apakah tingkat harga tertentu dikategorikan eksekif atau tidak. Pada dasarnya ukuran tersebut sama sekali tidak bisa dijadikan parameter tetap, karena masing-masing kasus memiliki karakteristiknya sendiri, baik dari sisi pasar yang bersangkutan (*relevant market*) yang diperiksa maupun bagaimana kondisi persaingan di pasar yang bersangkutan tadi.¹⁰⁹

Beberapa ukuran yang digunakan dalam kasus *United Brands v. Commission of the European Communities* untuk menentukan adanya tingkat harga yang eksekif antara lain:

- a. Perbandingan harga-biaya produksi (*price-cost comparisons*). Salah satu analisis yang digunakan oleh *Commission of the European Communities* untuk menyatakan harga yang ditetapkan *United Brands* adalah eksekif yaitu dengan memakai parameter jikalau harga yang ditetapkan adalah tidak sesuai dengan harga yang dianggap wajar (*appropriate measure*) bagi produksi dan penyaluran barang yang dikeluarkan *United Brands*. Namun, metode ini memiliki banyak kelemahan, antara lain belum ada standar yang pasti dari pilihan-pilihan yang mungkin untuk harga yang wajar beserta ukurannya, definisi dari penambahan produk yang wajar,

¹⁰⁸ http://www.reckon.co.uk/open/United_Brands, diakses pada 5 Maret 2011, pukul 19.03 WIB.

¹⁰⁹ *Ibid*

dan hampir sulit diterima bahwa reduksi biaya akan memberikan insentif bagi pelaku usaha;¹¹⁰

- b. Perbandingan dengan kompetitor (*comparisons across competitors*), Dalam kasus *United Brands v. Commission of the European Communities*, harga pisang yang dijual oleh *United Brands* 7 % (tujuh persen) lebih tinggi ketimbang harga pisang yang dijual oleh saingannya. *Court of justice* berpendapat, margin perbedaan harga tersebut tidak bisa dijadikan sebagai acuan, meskipun tidak disebutkan lebih jauh secara normatif apa yang disebut sebagai eksekutif. Kesulitan lain muncul untuk menerapkan metode ini, karena margin perbedaan harga seringkali merupakan pencerminan dari perbedaan kualitas. Perusahaan yang mampu memproduksi barang yang lebih berkualitas tentunya logis apabila menjual barang lebih tinggi;¹¹¹
- c. Perbandingan secara geografis (*geographic comparisons*). Dalam kasus *United Brands v. Commission of the European Communities*, harga pisang yang dijual di Denmark 138 % (seratus tiga puluh delapan persen) lebih tinggi ketimbang harga pisang yang dijual di Irlandia. *Commission of the European Communities* beranggapan margin tersebut melebihi batas kewajaran dan karenanya harus disebut sebagai eksekutif. Metode ini dapat bekerja dalam kasus *United Brands v. Commission of the European Communities*, karena memang diskriminasi harga di pasar yang berbeda menjadi salah satu isu yang dituduhkan kepada *United Brands*;¹¹²
- d. Perbandingan antar waktu (*comparisons over time*). Dari sekian metode yang digunakan oleh *Commission of the European Communities*, metode ini adalah yang salah satu yang kerap digunakan dalam berbagai kasus hukum persaingan yang berkaitan dengan penetapan harga eksekutif. Dalam kasus yang karakteristiknya sama dengan *United Brands v. Commission of the European Communities*, *British Leyland* dinilai *court of justice* telah

¹¹⁰ Robert O'Donoghue & A. Jorge Padilla, *The Law and Economics of Article 82 EC*, hal. 616.

¹¹¹ *Ibid*

¹¹² *Ibid*

menaikkan harga bagi sertifikasi mobil yang beredar di Britania Raya terlalu tinggi. Dalam masa eksaminasi komisi, *British Leyland* menaikkan harga sertifikasi sebesar 600% (enam ratus persen), dan kenaikan tersebut dinilai eksekusif. Ukuran ini kerap digunakan oleh berbagai otoritas persaingan usaha –meski tetap saja banyak sarjana yang beranggapan belum ada patokan yang sah- di penjuru dunia. Evolusi harga dipengaruhi banyak faktor, seperti misalnya tingkat inflasi dan ketersediaan sumber daya produksi. Nantinya, faktor-faktor seperti tingkat inflasi dan ketersediaan sumber daya produksi tersebut dapat menjadi tolok ukur apakah harga yang dipatok adalah wajar atau eksekusif.¹¹³

Kasus lain, yang juga dianggap sebagai salah satu kasus terkemuka yang di dalamnya terdapat tuduhan mengenai eksploitasi lewat penetapan harga eksekusif, adalah kasus *Napp* di Inggris. *Napp*, sebuah perusahaan farmasi, menikmati posisi dominan dengan kepemilikan atas paten MST, sebuah merk tablet morfin-sulfat yang digunakan untuk meredakan rasa sakit seperti pada pasien yang baru pulih dari kanker. Meskipun tidak memiliki paten terkait produk obat tertentu, *Napp* memiliki paten dari formulasi morfin-sulfat yang dimiliki oleh MST.¹¹⁴

Dalam kasus ini, OFT (*Office Of Fair Trading*) memberikan kesimpulan bahwa *Napp* telah mengeksploitasi sebagian besar konsumen lewat penetapan harga yang eksekusif. Dalam membandingkan margin antara harga-biaya, OFT membandingkan margin keuntungan yang dinikmati *Napp* pada dua segmen konsumen dan membandingkan pula margin keuntungan *Napp* dengan pesaingnya. *Napp* memiliki margin 40 – 60 % untuk segmen rumah sakit dan 80 % untuk segmen masyarakat. OFT juga membandingkan harga yang dipatok *Napp* dengan harga para pesaingnya di mana harga yang dipatok *Napp* 33 – 67 % lebih tinggi ketimbang para pesaingnya. Harga *Napp* juga dibandingkan antar waktu, dan

¹¹³ *Ibid*

¹¹⁴ “Excessive Pricing in The Napp Chapter II Case- How Much Is Too Much?” www.rbbecon.com/publications/downloads/rbb_brief05.pdf , diakses pada 13 Maret 2011 pukul 1:45 WIB.

harga *Napp* dinilai eksekif karena tidak berubah walaupun paten yang dia miliki sudah berakhir sepuluh tahun.¹¹⁵

Sesuatu yang berbeda akan kita temukan apabila berhadapan dengan rezim hukum persaingan usaha di Amerika Serikat. Dalam hukum persaingan usaha di Amerika Serikat, harga yang dianggap eksekif tidak melulu dikutuk sebagai tindakan yang pasti merugikan konsumen. Harga yang tinggi, seperti dapat kita temukan dalam kasus *United States v. Aluminium Co. of Am. (Alcoa)*, 377 U.S. 271 (1964) justru disebut sebagai “*finis opus coronat*” (*end crowns the work*), di mana tingkat harga yang dinikmati oleh perusahaan apabila dianggap tinggi adalah sebuah mekanisme yang wajar dari keberhasilan perusahaan tersebut membuat banyak konsumen bergantung padanya meskipun harga yang dipatok dianggap tinggi kemudian.¹¹⁶

Sarjana – sarjana di Amerika Serikat beranggapan penetapan harga yang tinggi tidak perlu diintervensi baik oleh pemerintah, otoritas persaingan, maupun pengadilan karena tiga hal:

- a. Intervensi tidak diperlukan karena tingkat harga yang eksekif akan mendapatkan saingan dari perusahaan baru yang bisa lebih efisien dalam memproduksi barang;
- b. Hampir mustahil menemukan ukuran yang pasti untuk menentukan tingkat harga tertentu disebut sebagai eksekif atau masih wajar;
- c. Penindakan terhadap harga yang eksekif cenderung menghambat inovasi dari pelaku usaha (efisiensi dinamis).¹¹⁷

Pendapat lain yang menganggap bentuk intervensi terhadap harga tadi sangat sulit diterapkan sebagai bentuk intervensi pemerintah, otoritas persaingan, maupun pengadilan, bahkan dapat kita temukan dalam pendapat Emil Paulis, selaku mantan Direktur Kebijakan dan Strategi *Directorate General (DG)*

¹¹⁵ Robert O'Donoghue & A. Jorge Padilla, *Law and Economics of Article 82 EC*, hal. 632.

¹¹⁶ Ariel Ezrachi & David Gilo, “Excessive Pricing, Entry, Assessment, and Investment: Lessons From The Mittal Litigation”, *Antitrust Law Journal* No. 3, (2010), hal. 873.

¹¹⁷ *Ibid*, hal. 875.

Competition (otoritas persaingan usaha Uni Eropa). Paulis berpendapat, ada dua alasan dasar mengapa penegakan terhadap harga eksekif sangat sulit terutama dalam menggeneralisir alasan mengapa tingkat harga tertentu dianggap sebagai eksekif. Pertama, menentukan apakah harga tertentu eksekif melibatkan perbandingan yang rumit dari harga dengan biaya dan biaya investasi pelaku usaha. Tahapan yang paling sulit adalah bagaimana sebuah tolok ukur (*benchmark*) dari harga yang eksekif dapat dipertanggungjawabkan kepastiannya dari kasus ke kasus.¹¹⁸

Kedua, mengintervensi pendefinisian harga yang eksekif berisiko membuat otoritas persaingan –apabila otoritas persaingan yang melakukannya- menjadi regulator yang quasi-semi permanen (*a semi-permanent quasi-regulator*), dalam artian otoritas persaingan akan cenderung bertindak sebagai pembuat peraturan perundang-undangan yang temporer sifatnya ketika mereka menggeneralisir sebuah tingkat harga tertentu adalah eksekif atau tidak. Kesulitan ini dapat terlihat dari penanganan kasus yang berhubungan dengan tingkat harga eksekif yang ditangani oleh *DG Competition* dalam rentang 1957-2002, barulah empat kasus saja.¹¹⁹

Salah satu kasus yang diperiksa oleh *DG Competition* dan membuktikan sulitnya harga disebut sebagai eksekif dapat kita temukan dalam kasus *Scandlines v. Port Of Helsingborg* (pelabuhan Helsingborg). Komisi menolak komplain dari *Scandlines*, sebuah operator kapal *ferry*, yang menyatakan pelabuhan Helsingborg telah menyalahgunakan posisi dominan dengan menetapkan harga yang eksekif dan diskriminatif dari biaya pelabuhan. Komisi menolak klaim yang dimajukan oleh *Scandlines* karena pertama, perbandingan harga-biaya (*price-cost comparison*) yang digunakan *Scandlines* untuk mengatakan margin keuntungan pelabuhan Helsingborg terlalu tinggi tidak disertai bukti-bukti yang memadai dan

¹¹⁸ Damien Geradin, “The Necessary Limits To The Control of “Excessive” Prices by Competition Authorities: A View From Europe”, *Journal Of Competition Law and Economics Tilburg University*: Vol. 45, (2003), hal. 17.

¹¹⁹ *Ibid*

cenderung subjektifitas *Scandlines* yang menganggap margin keuntungan pelabuhan Helsingborg sebagai eksekif.¹²⁰

Kedua, *Scandlines* yang menggunakan dalih biaya pelabuhan Helsingborg terlalu tinggi ketika dibandingkan dengan pelabuhan lainnya di kota yang berbeda adalah tidak tepat karena *Scandlines* secara subjektif menganggap biaya yang ditetapkan di pelabuhan lain tersebut sebagai tolok ukur yang paling relevan (*a relevant benchmark*) tanpa memberikan argumentasi yang kuat. Terakhir, *Scandlines* dianggap tidak memperhitungkan adanya faktor permintaan (*demand*) selain faktor biaya dan harga (*cost-price related factor*), padahal dengan logika yang sederhana kenaikan permintaan akan menstimulus pelaku usaha untuk menaikkan harga ketika dia yakin tingkat ketergantungan konsumen padanya cukup tinggi.¹²¹

Pembuktian untuk mengatakan sebuah tingkat harga tertentu sebagai eksekif, sering dinilai bagai menegakkan benang basah karena tingkat kesulitannya yang teramat tinggi. Harga yang eksekif dikategorisasikan sebagai penyalahgunaan lewat eksploitasi (*exploiting abuses*) beda dengan tindakan-tindakan seperti penerapan harga pemangsa, perjanjian tertutup, dan diskriminasi harga yang dikategorisasikan sebagai penyalahgunaan kekuatan di pasar lewat tindakan pengecualian (*exclusionary abuses*) yang bertujuan untuk membatasi hingga menghilangkan kompetisi. Dalam konteks hukum persaingan usaha di Uni Eropa-pun, kasus-kasus yang berhubungan dengan penyalahgunaan lewat pengecualian jauh lebih banyak ketimbang penyalahgunaan lewat eksploitasi seperti penerapan harga eksekif.

Namun, kesulitan penerapan harga eksekif tersebut-pun sebenarnya masih dapat dipertimbangkan ketika pasar berada dalam kondisi konsentrasi yang tinggi dan hampir tidak adanya persaingan serta ketika pelaku usaha yang dituduh menerapkan harga eksekif tersebut tidak menjalankan usaha yang berhubungan dengan inovasi, karena inovasi –seperti pendapat Oliver Williamson yang

¹²⁰ *Ibid*

¹²¹ *Ibid*, hal. 22.

dijelaskan sebelumnya- justru bertendensi untuk membuat harga naik dan hal tersebut dapat disebut sebagai efisiensi dinamis dan diperlukan bagi konsumen.¹²²

Perlu dipertimbangkan juga bagaimana fleksibilitas konsumen untuk pindah dari satu produk ke produk lainnya yang menjadi substitusi. Apabila kemampuan konsumen untuk pindah ke produk yang lain dinilai tidak fleksibel, maka mungkin saja ada kecenderungan tingkat harga tertentu yang ditetapkan adalah eksesif. Fleksibilitas konsumen untuk pindah dari satu produk ke produk lain tadi tentunya berkaitan erat dengan posisi sebuah pelaku usaha yang dominan. Namun, terdapat pula alternatif lain. Pelaku usaha mungkin saja mencegah konsumennya untuk pindah ke produk lain dengan ketentuan-ketentuan tertentu yang menyulitkan, seperti kontrak yang dibuat “mencekik”. Sebagai contoh adalah sebuah penyelenggara jasa telekomunikasi yang menetapkan kontrak yang membawa konsumen dalam keadaan harus membayar kompensasi yang teramat tinggi ketika ia melakukan pembatalan kontrak. Hal tersebut membuat konsumen lebih menguntungkan untuk tetap menjalankan kontrak dengan penyelenggara jasa telekomunikasi yang bersangkutan ketimbang berpindah ke penyelenggara jasa telekomunikasi yang lainnya. O’Donoghue dan Padilla berpendapat hal tersebut dapat menjadi indikasi dugaan diterapkannya harga yang eksesif dengan logika harga eksesif berarti adanya kondisi-kondisi tertentu di luar kompetisi yang efektif.¹²³

Kemungkinan untuk mendefinisikan harga yang eksesif bukanlah hal yang mudah dan sangat kompleks. Namun, melihat kasus-kasus yang telah dibahas sebelumnya, ada satu persamaan yang sering ditemukan dari kasus ke kasus yaitu sangat sering pelaku usaha yang disebut menerapkan harga eksesif adalah mereka yang memiliki tingkat konsentrasi pasar tinggi, bertindak sebagai monopoli, atau berada dalam posisi yang dominan. Namun, dominansi pelaku usaha di pasar tidak mutlak menjadikan harga yang ditetapkan pasti eksesif. Berpijak dari kasus-kasus yang terjadi di negara-negara Uni Eropa, O’Donoghue dan Padilla

¹²² Robert O’Donoghue & A. Jorge Padilla, *Law and Economics of Article 82 EC*, hal. 637.

¹²³ *Ibid*

menyimpulkan minimal ada dua tahapan yang harus dilalui sebelum memproses lebih lanjut tuduhan pelaku usaha yang memiliki posisi dominan di pasar telah menerapkan harga yang eksekusif. Tahapan yang pertama adalah:

- a. Pasar diproteksi oleh sebuah hambatan untuk masuk yang tinggi;
- b. Konsumen hampir tidak memiliki alternatif pilihan;
- c. Investasi dan inovasi tidak terlalu berperan dalam proses persaingan di pasar yang bersangkutan.¹²⁴

Setelah tahapan pertama terpenuhi, tahapan kedua yang harus terpenuhi untuk menduga adanya harga eksekusif adalah:

- a. Hampir semua tolok ukur yang digunakan memiliki karakteristik yang sama dan mengarah ke satu indikasi yang sama pula;
- b. Terdapat perbedaan “substansial” antara harga yang ditetapkan pelaku usaha yang dominan dan tolok ukur-tolok ukur lain yang digunakan.¹²⁵

¹²⁴ O’Donoghue dan Padilla memang tidak menjelaskan lebih lanjut apa yang mereka maksud sebagai perbedaan yang “substansial”. Tapi, pendapat OFT dalam kasus *Napp* dapat kita pertimbangkan, dimana mereka mendefinisikan “substansial” sebagai adanya implikasi yang signifikan terhadap konsumen dengan ditetapkannya harga yang eksekusif. Lihat “*Excess Pricing in The Napp Chapter II Case- How Much Is Too Much?*”, www.rbbecon.com/publications/downloads/rbb_brief05.pdf, diunduh pada 1 April 2011.

¹²⁵ Robert O’Donoghue & A. Jorge Padilla *Law and Economics of Article 82 EC*, hal. 638.

BAB III

STATE ACTION DOCTRINE DALAM HUKUM PERSAINGAN USAHA

3.1. KEGAGALAN PASAR DAN PERANAN PEMERINTAH: SEBUAH LANDASAN LAHIRNYA *STATE ACTION DOCTRINE*

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

Kebijakan persaingan (*competition policy*) merupakan salah satu bentuk intervensi pemerintah di pasar selain dari regulasi ekonomi. Perbedaannya terletak pada subjek yang dituju, dimana regulasi ekonomi mengintervensi secara langsung keputusan perusahaan, seperti berapa harga yang harus ditetapkan, dan berapa banyak kuantitas yang harus disediakan.¹²⁶

Adanya kegagalan pasar ini memberikan justifikasi tentang perlunya campur tangan pemerintah untuk melakukan koreksi kinerja sistem pasar. Bentuk-bentuk campur tangan pemerintah yang lazim dikenal antara lain melalui sistem perpajakan, subsidi, peraturan, dan regulasi di bidang perekonomian.

Dalam berbagai studi ekonomi yang dapat ditemukan dalam literatur-literatur, sekurang-kurangnya ada beberapa kondisi yang menjadi sumber-sumber kegagalan pasar seperti:

1. Monopoli;
2. Informasi tidak sempurna;
3. Barang publik;
4. Kesenjangan pendapatan; dan
5. Eksternalitas

¹²⁶ Andi Fahmi Lubis et. al., ...*Teks dan Konteks*..., hal. 38.

1) Monopoli

Seperti telah kita ketahui bersama, para ekonom menyatakan bahwa alokasi sumber daya ekonomi yang efisien akan dicapai jika struktur pasar adalah persaingan sempurna, dan tujuan perusahaan adalah laba maksimum. Sayangnya pasar persaingan sempurna hampir tidak kita temukan dalam kehidupan sehari-hari, sehingga efisiensi yang disarankan oleh sistem pasar tidak dapat terwujud. Pasalnya, monopoli, persaingan monopolistik, dan oligopoli akan selalu timbul dalam suatu sistem perekonomian. Para produsen di ketiga pasar ini dapat memainkan harga pasar (*price makers*). Dengan kata lain, mereka dapat menaikkan atau menurunkan harga pasar dengan cara mengurangi atau menambah jumlah barang di pasar, sehingga efisiensi alokatif dan efisiensi produktif tidak dapat terwujud. Efisiensi tersebut hanya dapat dicapai jika terdapat banyak produsen yang tidak dapat memengaruhi harga pasar (*price takers*).¹²⁷ Pasar monopolis tidak dapat menghasilkan efisiensi karena dua hal berikut.

Pertama, karena tidak ada barang pengganti maka konsumen tidak mempunyai pilihan lain, kecuali membeli barang yang diproduksi monopolis tersebut. Sebagai akibatnya, konsumen tidak dapat memaksimalkan kepuasan total.¹²⁸

Kedua, monopoli dapat menentukan harga lebih tinggi dibandingkan ongkos marjinal, karena ia adalah pembuat harga (*price makers*). Di lain pihak, efisiensi hanya dapat dicapai jika pasar bersaing secara sehat dan setiap produsen memproduksi barang ketika harga barang sama dengan ongkos marjinalnya.¹²⁹

Bentuk campur tangan pemerintah dalam mengatasi kegagalan pasar yang disebabkan dengan adanya perilaku monopoli tadi adalah lewat legislasi UU Antimonopoli. Sebagai contoh adalah dalam kasus di Indonesia di mana di era Orde Baru, terdapat sekelompok kecil pengusaha kuat yang mendorong timbulnya konglomerasi yang bersifat monopolistik dan melahirkan persaingan tidak sehat. Akibatnya, sistem pasar pada saat itu mengalami distorsi sehingga muncul

¹²⁷ Tony Hartono, *Mekanisme Ekonomi Dalam Konteks Ekonomi Indonesia*, (Bandung: PT. Remaja Rosdakarya, 2006), hal. 176.

¹²⁸ *Ibid*

¹²⁹ *Ibid*

inefisiensi, yang selanjutnya berimbas pada krisis ekonomi dan berkembang menjadi multidimensi. Agar situasi pasar dikembalikan menuju iklim persaingan yang sehat, maka di era reformasi pemerintah mengeluarkan UU No. 5 Tahun 1999 tentang 'Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat'. Tujuannya untuk menciptakan sistem ekonomi pasar dengan distorsi harga yang seminimal mungkin sehingga alokasi sumber daya di perekonomian dapat berjalan secara lebih efisien.¹³⁰

2) Informasi Tidak Sempurna

Sistem pasar hanya mendasarkan keputusan produksi dan konsumsinya pada harga pasar, dan mengabaikan informasi penting lainnya. Ini berarti sistem pasar mengandalkan variabel harga sebagai satu-satunya informasi yang sempurna, dengan keputusan yang dibuat berdasarkan analisis harga adalah keputusan yang paling efisien dan ideal. Pada kenyataannya, dalam kehidupan sehari-hari masih banyak informasi lainnya seperti kualitas barang, kegunaan barang, dan teknologi, yang harus diperhatikan produsen dan konsumen dalam pengambilan suatu keputusan.¹³¹

Sebagai contoh, Anda tentunya akan merasa kecewa jika keputusan Anda untuk membeli komputer dengan harga yang murah ternyata salah, karena komputer tersebut tidak dapat digunakan untuk mengoperasikan *software* yang diinginkan. Kekecewaan ini menandakan bahwa jika Anda berpedoman hanya pada harga semata, maka kepuasan total (*total utility*) Anda tidak maksimum. Dalam bahasa ekonomi, keadaan ini menandakan bahwa sistem pasar gagal memaksimalkan kepuasan total. Pasalnya, harga yang dipakai sebagai dasar keputusan untuk membeli komputer merupakan informasi yang tidak sempurna (*imperfect information*).¹³²

Contoh lain adalah sebagai berikut. Anda tidak memiliki pengetahuan atau seluk beluk tentang mesin mobil, dan ingin membeli salah satu dari beberapa

¹³⁰ *Ibid*, hal. 179.

¹³¹ *Ibid*, hal. 181.

¹³² *Ibid*

mobil bekas yang diiklankan dalam sebuah surat kabar. Tentunya Anda berharap bahwa mobil yang akan Anda beli tersebut dapat dimanfaatkan selama mungkin tanpa ada ongkos perbaikan yang berarti. Oleh karena tertarik pada begitu murahya harga mobil tersebut, Anda kemudian mendatangi penjual mobil dan setuju untuk membayar dengan harga yang diinginkan penjual. Akan tetapi, hanya berselang sebulan mobil tersebut rusak berat dan banyak memakan ongkos perbaikan. Pengeluaran akibat ongkos perbaikan ini sama halnya jika Anda membayar mobil dengan harga yang lebih mahal dari harga semula.¹³³

Dari contoh tadi dapat dilihat bahwa ekstra ongkos perbaikan ini tidak akan terjadi apabila keputusan Anda untuk membeli mobil tidak hanya berpijak pada harga, yang sebenarnya tidak sempurna. Demikian pula halnya pada produsen. Sering kali perusahaan tidak dapat menekan ongkos rata-rata produksinya karena perusahaan tersebut kekurangan informasi dalam mendapatkan faktor-faktor produksi dan bahan baku dengan harga yang paling murah. Di Selandia Baru, pemerintah mengeluarkan peraturan yang bernama *Information Act*, yang transparan kepada masyarakat jika tidak ingin mendapatkan sanksi. Di Indonesia-pun, lewat misalnya UU Perlindungan Konsumen dan UU Informasi dan Transaksi Elektronik (UU ITE), konsumen mendapatkan perlindungan dari informasi yang tidak sempurna, di mana produsen diwajibkan memberikan informasi yang lengkap dan jelas kepada konsumen dalam transaksi jual beli.

3) Barang Publik

Studi ekonomi mengelompokkan macam-macam barang berdasarkan dua ciri :

- a. Apakah barangnya bersifat ekskludabel (*excludable*), yang artinya dapatkah masyarakat diminta untuk tidak memakai atau memanfaatkan barang tersebut?
- b. Apakah barangnya bersifat persaingan (*rival*), yang artinya apakah jika seseorang memakai barang ini, maka peluang orang lain untuk memakainya berkurang?¹³⁴

¹³³ *Ibid*

Berdasarkan dua ciri tersebut, maka terdapat empat kategorisasi jenis barang dalam perekonomian:

- a) Barang pribadi (*private goods*) adalah barang yang bersifat ekskludabel dan rival. Hampir semua barang yang terdapat dalam pasar adalah barang pribadi, sebagai contoh adalah es krim. Es krim jelas bersifat ekskludabel karena kita bisa mencegah orang lain mengonsumsinya, dan dia juga bersifat rival, karena jika hanya ada sebuah corong es krim, dan ada seseorang yang mengonsumsinya, maka orang lain tidak bisa mengonsumsinya.¹³⁵
- b) Barang publik (*public goods*) adalah barang-barang yang tidak ekskludabel juga tidak rival. Maksudnya adalah siapa saja tidak dapat dicegah untuk memanfaatkan barang ini, dan konsumsi seseorang atas barang ini tidak mengurangi peluang orang lain untuk melakukan hal yang sama. Contoh barang publik adalah pertahanan nasional. Jika suatu negara aman karena mampu melawan setiap serangan negara lain, maka siapa saja yang tinggal di dalam negara tersebut tidak bisa dicegah untuk turut menikmati rasa aman.¹³⁶
- c) Sumber daya milik bersama (*common resources*) adalah barang yang tidak ekskludabel, namun rival. Contohnya adalah ikan di lautan. Tidak ada yang melarang seseorang menangkap ikan di laut, atau meminta bayaran kepada nelayan atas ikan-ikan yang mereka tangkap. Namun pada saat seseorang melakukannya, maka jumlah ikan di laut berkurang, sehingga kesempatan atau peluang orang lain melakukan hal yang sama jadi berkurang.¹³⁷
- d) Yang terakhir adalah barang yang muncul dalam situasi *monopoli alamiah*, dimana dia bersifat ekskludabel, namun tidak memiliki rival.

¹³⁴ Mankiw, *Pengantar Ekonomi Mikro*, hal. 276.

¹³⁵ *Ibid*, hal. 277.

¹³⁶ *Ibid*

¹³⁷ *Ibid*

Contoh paling mudah adalah jalan tol dalam kondisi yang kosong. Dengan berbagai macam alasan, misalnya adanya perbaikan secara massif, seseorang bisa saja dicegah untuk memasuki jalan tol meski ia berada dalam kondisi yang kosong. Namun dia tidaklah bersifat rival, karena ketika seseorang masuk ke dalam jalan tol yang kosong, dan dia tidak ada satupun aturan yang mencegah setiap orang untuk masuk ke dalamnya, maka karena keadaan tersebut atau karena skala ekonomi (*economies of scale*) yang ia nikmati, maka orang tersebut menikmati kondisi monopoli alamiah.¹³⁸

Produsen swasta biasanya tidak dapat menyuplai barang publik menurut mekanisme pasar, sehingga campur tangan pemerintah sangat diperlukan untuk pengadaan barang dan/atau jasa tersebut. Contohnya adalah pertahanan nasional, mercusuar, taman kota, pusat rekreasi, jalan umum, penerangan jalan, dan sebagainya.

Produsen swasta tidak berminat untuk menyediakan barang publik karena barang publik memiliki dua ciri utama, yaitu tidak bersaing (*nonrival*) dan tidak eksklusif (*nonexclusive*). *Nonrival* berarti pemanfaatan barang publik oleh seseorang tidak menghilangkan kesempatan orang lain untuk memanfaatkan barang tersebut. Sebagai contoh, penerangan listrik di jalan, yang dimanfaatkan oleh pedagang kaki lima, tidak mengurangi atau menghilangkan penerangan untuk para pejalan kaki. Alasan yang lebih penting mengapa produsen swasta enggan menyuplai barang publik adalah karena sifatnya yang *nonexclusive* atau *nonexcludable* di mana orang tidak dapat dicegah untuk menikmati barang publik walaupun tidak membayar. Hal ini timbul karena barang publik mempunyai ongkos marjinal (*marginal cost*) yang sama dengan nol.¹³⁹

Para ekonom memandang keengganan produsen swasta untuk menyuplai barang publik menurut sistem pasar sebagai suatu *kegagalan pasar*. Kegagalan ini menunjukkan bahwa sistem “tangan yang tak tampak” (*invisible hand*) tidak

¹³⁸ *Ibid*

¹³⁹ Hartono, *Mekanisme Ekonomi...*, hal. 184.

mampu memberi dorongan pada produsen swasta untuk memproduksi barang publik, sehingga sistem “tangan yang tak tampak” tersebut harus dilengkapi dengan sistem “tangan yang tampak” (*visible hand*), dalam hal ini pemerintah.¹⁴⁰

Seperti telah dijelaskan sebelumnya, laba maksimum digunakan sebagai motivator oleh produsen swasta untuk menyediakan barang privat apa, untuk siapa, dan bagaimana barang tersebut harus diproduksi menurut analisis sistem pasar. Akan tetapi, laba maksimum bukanlah suatu motivasi bagi pemerintah untuk menyediakan barang publik, karena tujuan barang publik semata-mata untuk menciptakan kesejahteraan masyarakat secara keseluruhan.¹⁴¹

Oleh karena adanya perbedaan tujuan ini, pemerintah menggunakan “analisis biaya dan manfaat sosial” atau *social cost and benefit analysis* untuk memutuskan apa, untuk siapa, dan bagaimana barang publik disediakan. Analisis biaya dan manfaat sosial adalah teknik pengembalian keputusan oleh pemerintah dengan cara membandingkan manfaat barang publik dengan biaya produksi barang tersebut. Sebagai contoh, andaikan pemerintah berencana untuk membangun proyek bendungan pembangkit tenaga listrik. Apabila manfaat dari proyek tersebut lebih besar dari biaya proyek, maka pembangunan proyek harus diteruskan, sebaliknya jika manfaatnya lebih kecil dari biayanya maka pembangunan proyek tersebut harus dihentikan.¹⁴²

Pada kenyataannya, mengukur manfaat dan biaya barang publik lebih sukar dibandingkan mengukur manfaat dan biaya barang privat. Telah disinggung sebelumnya bahwa tujuan barang privat adalah sangat sederhana, yaitu untuk mendapatkan laba, sedangkan tujuan barang publik adalah sangat kompleks yaitu untuk memperbaiki kesejahteraan masyarakat (*welfare*).¹⁴³

Kesejahteraan suatu masyarakat dikatakan membaik (*welfare improvement*) jika penyediaan barang publik berdampak positif pada sasaran makroekonomi, seperti penurunan pengangguran, pertumbuhan ekonomi,

¹⁴⁰ *Ibid*

¹⁴¹ *Ibid*, hal. 189.

¹⁴² *Ibid*

¹⁴³ *Ibid*

pengentasan kemiskinan, pemerataan pendapatan, dan neraca pembayaran. Sebagai contoh, andaikan pemerintah menetapkan penurunan pengangguran sebagai sasaran utama dalam kebijakan makro ekonominya. Sebagai konsekuensi dari sasaran ini, sering kali pemerintah harus memilih barang publik dengan “teknologi padat karya” (*labour intensive technology*) yang dapat menambah lapangan kerja, dibandingkan dengan “teknologi padat modal” (*capital intensive technology*) yang kurang menciptakan lapangan kerja, meskipun dapat lebih mendatangkan keuntungan finansial yang lebih besar.¹⁴⁴

Oleh karena begitu kompleksnya permasalahan penyediaan barang publik ini, sering kali keputusan pemerintah untuk menyediakan barang publik menimbulkan perdebatan panjang di antara mereka yang menyetujui manfaat proyek dengan yang kontra terhadap proyek tersebut. Apabila hal ini sampai terjadi, maka faktor politis akan sangat menentukan kelanjutan proyek tersebut.

Contoh lain, andaikan pemerintah sedang menghadapi inflasi yang tinggi, tetapi pada saat yang sama dihadapkan pada tuntutan untuk membuat bendungan irigasi, agar perekonomian masyarakat di daerah Gunung Kidul dapat terbantu. Pembiayaan pembangunan bendungan tersebut diperoleh lewat pinjaman dari bank komersial dengan bunga tertentu. Hasil dari analisis biaya dan manfaat menunjukkan bahwa pembangunan proyek tersebut dapat menciptakan lapangan kerja baru dan meningkatkan pendapatan pemerintah daerah Gunung Kidul. Apabila pemerintah menetapkan pemberantasan pengangguran dan pemerataan pendapatan sebagai sasaran makroekonominya, maka pembangunan bendungan irigasi tersebut harus dilaksanakan.

Akan tetapi, mereka yang menekankan stabilitas harga sebagai sasaran makroekonomi akan mengkritik keputusan pemerintah tersebut, karena pinjaman dana dari bank dapat berakibat pada penambahan jumlah uang yang beredar. Bertambahnya jumlah uang beredar ini akan mendorong inflasi ke tingkat yang lebih tinggi lagi, dan kenaikan inflasi dalam jangka pendek ini akan membebani kehidupan masyarakat sehari-hari. Pada akhirnya, manfaat pembangunan proyek irigasi tersebut lebih sedikit dibandingkan biaya serta beban inflasi yang harus

¹⁴⁴ *Ibid*

dipikul oleh masyarakat, dan oleh karena itu pembangunan proyek irigasi harus dihentikan.¹⁴⁵

Dari contoh tadi tampak jelas bahwa keputusan yang menyangkut penyediaan barang publik selalu mengundang pro dan kontra. Perdebatan yang hangat dewasa ini adalah antara mereka yang menyetujui pencabutan subsidi BBM serta mengalihkan subsidi tersebut untuk pembangunan proyek pendidikan maupun kesehatan, dan mereka yang tidak menyetujui pencabutan subsidi BBM, karena pencabutan tersebut berdampak negatif pada kenaikan harga kebutuhan pokok sehari-hari.¹⁴⁶

Dapat kita lihat bahwa kedua pendapat di atas mempunyai alasan yang realistis, dipandang dari sasaran makroekonomi yang diprioritaskan. Sayangnya, sering kali konflik antar sasaran makroekonomi, misalnya stabilitas harga kontra neraca pembayaran, inflasi kontra pengangguran, dan pertumbuhan ekonomi kontra pemerataan pendapatan dijadikan isu politik.

4) Kesenjangan Pendapatan

Banyak ekonom yang mengatakan bahwa sistem pasar mengalami kegagalan karena sistem tersebut menyebabkan kesenjangan pendapatan (*income inequality*) di masyarakat. Telah sama-sama kita ketahui bahwa sistem pasar dipicu oleh persaingan yang sangat tajam. Perusahaan yang kalah dalam persaingan akan gulung tikar, dan sebagai akibatnya pemutusan hubungan kerja (PHK) tidak terelakkan. Adanya PHK ini akan menambah jumlah pengangguran, dan bahkan memperlebar jurang pemisah antara si kaya dan si miskin.¹⁴⁷

Meskipun demikian, beberapa ekonom yang tidak sepenuhnya setuju dengan argumentasi di atas mengatakan bahwa sistem pasar bukanlah satu-satunya penyebab kesenjangan pendapatan. Mereka membedakan antara 'pendapatan' (*income*) dan 'kekayaan' (*wealth*). Pendapatan terdiri atas upah, gaji, sewa, bunga, serta dividen, dan pendapatan *disposable* (*disposable income*)

¹⁴⁵ *Ibid*, hal. 190.

¹⁴⁶ *Ibid*, hal. 191.

¹⁴⁷ *Ibid*, hal. 192.

adalah pendapatan dikurangi pajak yang harus dibayar. Adapun kekayaan (*wealth*) adalah semua aset, baik dalam bentuk uang maupun barang, yang dimiliki oleh seseorang setelah dikurangi pinjaman dari bank maupun kreditor lainnya. Dalam realita, kesenjangan kekayaan sering kali lebih menonjol dibandingkan kesenjangan pendapatan.¹⁴⁸

5) Eksternalitas

Eksternalitas muncul (*externality*) muncul ketika seseorang terlibat dalam kegiatan yang memengaruhi kesejahteraan orang lain yang tidak membayar atau menerima kompensasi atas dampak tersebut. Jika dampaknya bagi orang-orang lain itu buruk, hal ini disebut *eksternalitas negatif*; jika dampaknya baik, disebut *eksternalitas positif*.¹⁴⁹ Di tengah keberadaan eksternalitas, kepentingan masyarakat dalam suatu hasil pasar akan melampaui kesejahteraan pembeli dan penjual yang berpartisipasi di dalam pasar; kepentingan masyarakat juga akan meliputi kesejahteraan orang-orang lain yang terkena dampaknya secara tidak langsung. Karena pembeli dan penjual mengabaikan efek-efek eksternal dari tindakan-tindakan mereka saat menentukan berapa banyak permintaan atau penawaran, keseimbangan pasar tidaklah efisien ketika ada eksternalitas. Artinya, keseimbangan gagal memaksimalkan manfaat bagi masyarakat secara keseluruhan. Dibuangnya dioksin ke lingkungan, sebagai contoh, adalah eksternalitas negatif. Perusahaan-perusahaan kertas yang mementingkan laba semata tidak akan mempertimbangkan dampak sepenuhnya dari polusi yang mereka hasilkan dan oleh karena itu, akan menghasilkan polusi yang terlalu banyak kecuali pemerintah melarangnya.¹⁵⁰

¹⁴⁸ *Ibid*

¹⁴⁹ Secara ringkas eksternalitas negatif membuat pasar memproduksi jumlah yang lebih besar daripada yang diinginkan oleh sosial. Eksternalitas positif membuat pasar memproduksi jumlah yang lebih kecil daripada yang diinginkan oleh sosial. Untuk memperbaiki masalah ini, pemerintah dapat menginternalisasi eksternalitasnya dengan cara mengenakan pajak pada barang-barang yang mempunyai eksternalitas negatif dan memberikan subsidi pada barang-barang yang mempunyai eksternalitas positif. Lihat, Mankiw, *Pengantar Ekonomi Mikro*, hal. 255.

¹⁵⁰ *Ibid*, hal. 250.

Untuk memberikan solusi terhadap masalah eksternalitas ini, dikenal solusi swasta yang diperkenalkan oleh Ronald Coase lewat “Teorema Coase” (*Coase Theorem*). Untuk memahami teorema Coase ini, kita ambil contoh PT Newmont yang menimbulkan eksternalitas negatif pada nelayan di sekitar Teluk Buyat, dan mengajukan pertanyaan sebagai berikut. Haruskah PT Newmont menghentikan operasinya, atau haruskah para nelayan menderita kerugian akibat dari eksternalitas negatif tersebut?¹⁵¹

Menurut Teorema Coase, efisiensi sosial dapat dicapai jika PT Newmont menawarkan sejumlah uang kepada para nelayan sebagai ganti rugi yang mereka derita. Para nelayan akan menerima tawaran itu jika uang yang ditawarkan sama, atau melebihi jumlah kerugian yang mereka derita. Sebaliknya, jika para nelayan meminta jumlah kerugian yang lebih banyak dari uang yang ditawarkan PT Newmont, maka kemungkinan besar PT Newmont akan menolaknya. Melalui tawar-menawar seperti ini, maka PT Newmont dan para nelayan akan mencapai kesepakatan yang adil untuk kedua belah pihak. Efisiensi sosial terjadi apabila kesepakatan tercapai dan persengketaan antara kedua belah pihak berakhir.¹⁵²

Pada praktiknya, Teorema Coase mempunyai dua kelemahan utama. *Pertama*, kesepakatan yang telah dihasilkan oleh kedua belah pihak yang bernegosiasi sering kali menjadi mentah lagi, karena adanya pihak-pihak yang sengaja ingin memengaruhi kesepakatan tersebut. Apabila kesepakatan sampai terganggu maka efisiensi sosial akan gagal.¹⁵³

Kedua, pencapaian kesepakatan menjadi semakin sulit apabila penghasil polusi (*polluters*), dalam hal ini pabrik, bernegosiasi dengan begitu banyak orang, dan masing-masing mempunyai perhitungan dan pendapat tersendiri. Kesulitan seperti ini dialami oleh PT Newmont dan para nelayan di Teluk Buyat, sehingga proses negosiasi berjalan sangat alot dan memakan waktu yang panjang. Dengan adanya dua kelemahan ini, campur tangan pemerintah sangat diperlukan untuk

¹⁵¹ Hartono, *Mekanisme Ekonomi...*, hal. 207.

¹⁵² *Ibid*

¹⁵³ *Ibid*

mengatasi ketidakmampuan swasta memberikan solusi yang efektif terhadap kegagalan pasar yang diakibatkan eksternalitas tadi.¹⁵⁴

Dalam menghadapi situasi-situasi kegagalan pasar tadi, terdapat tiga macam bentuk intervensi yang lazim dilakukan oleh pemerintah.

1) Regulasi

Regulasi pemerintah merupakan salah satu solusi yang mungkin dilakukan untuk mengatasi kegagalan pasar. Seperti telah dijelaskan sebelumnya, salah satu contoh regulasi adalah peraturan di bidang persaingan usaha, di mana tujuannya adalah untuk menjaga pasar tetap kompetitif dan mengeliminasi praktek-praktek monopoli yang membuat pasar tidak efisien.

Dalam sistem ekonomi pasar, regulasi lazim untuk diterapkan pemerintah dalam mengatasi eksternalitas di mana biasanya solusi swasta seperti yang diperkenalkan Ronald Coase tidak dapat berjalan semestinya. Sebagai contoh adalah Indonesia yang menerapkan UU Lingkungan Hidup untuk mengatasi masalah eksternalitas negatif dan melindungi lingkungan hidup. Semua pabrik yang membuang limbahnya ke sungai, danau, laut, serta udara yang melebihi ambang batas yang diperbolehkan akan dikenakan sanksi. Undang-undang tersebut juga memuat kemungkinan penggunaan teknologi ramah lingkungan dan penggunaan mesin pengolah limbah untuk mengurangi polusi yang dihasilkan pabrik-pabrik.

2) Pajak

Pajak adalah iuran rakyat kepada kas negara berdasarkan undang-undang - sehingga dapat dipaksakan-dengan tiada mendapat balas jasa secara langsung. Pajak dipungut penguasa berdasarkan norma-norma hukum untuk menutup biaya produksi barang-barang dan jasa kolektif untuk mencapai kesejahteraan umum.¹⁵⁵

Sebagai contoh adalah pajak Pigovian yang diterapkan untuk mengatasi eksternalitas. Pajak Pigovian berbeda dengan pajak-pajak lainnya, karena Pajak

¹⁵⁴ *Ibid*

¹⁵⁵ http://www.pajak.go.id/index.php?Itemid=1&option=com_content&view=frontpage, diakses pada 19 Maret 2011, pukul 13:24 WIB.

Pigovian bertujuan mendorong sumber daya untuk mencapai efisiensi sosial. Jadi, jika polusi akan diturunkan serendah mungkin maka pajak Pigovian dikenakan setinggi mungkin. Meskipun demikian, pajak Pigovian ini harus ditentukan secara hati-hati, karena pajak yang terlalu tinggi akan melenyapkan polusi, karena tidak adanya satu pabrik pun yang mampu beroperasi. Di sisi lain, pajak yang terlalu rendah akan jauh dari tujuan efisiensi sosial dan membahayakan lingkungan hidup. Dengan logika ini, pabrik-pabrik akan didorong untuk menurunkan tingkat polusinya, karena semakin rendah polusi yang dihasilkan akan semakin kecil pula pajak yang harus dibayar. Sebagai solusinya, pabrik tersebut dapat menggunakan teknologi ramah lingkungan untuk menurunkan tingkat polusinya.¹⁵⁶

3) Penerapan Ekonomi Campuran

Pada sistem ekonomi campuran modern (*modern mixed economies*), keputusan ekonomi dibuat oleh pasar swasta dan pemerintah. Meskipun demikian, besar peranan keduanya dalam perekonomian selalu berubah dari waktu ke waktu.¹⁵⁷

Sebelum tahun 1980, campur tangan pemerintah dalam perekonomian Indonesia dinilai sangat tinggi. Misalnya, begitu banyak BUMN (Badan Usaha Milik Negara) pemerintah seperti komunikasi, listrik, dan transportasi yang melakukan praktek monopoli. Di samping itu, pemerintah juga memberlakukan kontrol atau pengawasan dan regulasi pada usaha-usaha swasta seperti pengenaan tarif bea masuk, lisensi, dan berbagai proteksi untuk melindungi industri dalam negeri dari persaingan impor.¹⁵⁸

Sejak digulirkannya AFTA (*ASEAN Free Trade Area*) pada tahun 1992 dan pembentukan APEC (*Asia-Pacific Economic Cooperation*) di tahun 1989, berbagai negara, termasuk Indonesia, telah mengurangi campur tangannya dalam perekonomian, dan lebih menyerahkan berbagai keputusan ekonomi pada pasar

¹⁵⁶ Hartono, *Mekanisme Ekonomi...*, hal. 207.

¹⁵⁷ *Ibid*, hal. 210.

¹⁵⁸ *Ibid*

swasta. Pergeseran tekanan ini tentunya mengundang pro dan kontra di antara para ekonomi dan politisi.¹⁵⁹

Akan tetapi, sejak era reformasi, berbagai keputusan ekonomi lebih banyak diserahkan kepada pasar swasta dibandingkan pemerintah. Reformasi ekonomi tersebut antara lain meliputi:

- a. Deregulasi sektor keuangan dan perbankan, penurunan tarif dan nontarif, lisensi impor, serta penetapan nilai tukar rupiah yang mengambang terkendali (*managed floating exchange rate*).
- b. Privatisasi di berbagai bidang usaha yang sebelumnya milik pemerintah seperti Indosat, TVRI, dan sebagainya.
- c. Penjaminan independensi Bank Indonesia sebagai bank sentral.
- d. Perubahan undang-undang di bidang ketenagakerjaan dan sebagainya.¹⁶⁰

Tak hanya di Indonesia, di negara-negara lain intervensi negara-pun bukan lagi hal yang tabu –meskipun negara tersebut dikenal dengan sejarahnya yang menganut ekonomi pasar bebas- untuk dilakukan demi memperbaiki kegagalan pasar. Salah satunya adalah Amerika Serikat. Kurang dari satu bulan setelah menduduki jabatannya, Presiden Barack Obama mengesahkan sebuah rencana stimulus senilai 787 miliar dollar untuk menyelamatkan perekonomian Amerika Serikat pasca resesi global di tahun 2008 lewat undang-undang, sebuah paket anggaran belanja pemerintah dan pemotongan pajak yang dimaksudkan untuk menggairahkan kembali pertumbuhan dan menciptakan jutaan lapangan kerja di Amerika Serikat.¹⁶¹

Contoh lain dapat kita lihat di Jepang. Sesudah Perang Dunia Kedua yang menghancurkan sebagian industri dan permodalannya, Jepang mengalami salah satu masa pertumbuhan cepat dan berkesinambungan yang paling panjang dalam sejarah, yakni pulih dalam waktu tiga dasawarsa menjadi kekuatan ekonomi

¹⁵⁹ *Ibid*

¹⁶⁰ *Ibid*

¹⁶¹ Ian Bremmer, *The End Of The Free Market: Who Wins The War Between States and Corporations?*, (New York: Portofolio, 2010), hal. 50.

terbesar kedua di dunia. Selama sebagian besar masa itu, Pemerintah Jepang dengan efektif menerapkan kebijakan industri negeri itu melalui Kementerian Perdagangan Internasional dan Industri (*Ministry of International Trade and Industry / MITI*), yang dibentuk pada 1949 untuk membantu menghidupkan kembali perekonomian yang porak-poranda dan membangun basis industri yang baru. Kementerian ini berfungsi sebagai regulator sekaligus pembuat kebijakan yang membolehkan campur tangan. Lembaga tersebut menjalin kerja sama di antara kartel-kartel industri strategis, penelitian dan pengembangan termasuk merger dan keputusan-keputusan investasi. Lembaga ini membuat dan menegakkan standar-standar untuk lingkungan, kesehatan, dan keselamatan. Lembaga ini juga melindungi perusahaan-perusahaan Jepang yang rentan dari pesaing-pesaing dari luar negeri. Sampai 1980-an, MITI menjadi pusat sumber daya (*powerhouse*) ekonomi dan politik yang mencetak sebagaimana Perdana Menteri Jepang.¹⁶²

Cerita keberhasilan campur tangan pemerintah juga dapat kita temukan di negara-negara Skandinavia –Swedia, Norwegia, Finlandia, Denmark, dan Islandia. Menurut *Human Development Index* tahun 2008 dari PBB yang memeringkat 179 negara menurut sebuah skor gabungan yang meliputi usia harapan hidup, tingkat pendidikan, dan kekayaan, kelima negara tadi menghiiasi 13 peringkat tertinggi dunia. Sejak Perang Dunia Kedua, pejabat-pejabat Skandinavia telah menerapkan pajak yang terbilang tinggi dan redistribusi pendapatan serta menciptakan sistem kesejahteraan sosial yang paling ekstensif di negara-negara industri. Mereka telah menerapkan unsur-unsur tawar-menawar upah terpusat dan penyamarataan upah guna memastikan agar pekerja di perusahaan berbeda dalam sektor yang sama menikmati imbalan yang setara.¹⁶³

Terakhir, contoh turut sertanya pemerintah dalam perekonomian dapat kita lihat di Prancis. Sebelum 1940, Prancis memiliki perekonomian *laissez-faire* (tanpa campur tangan pemerintah) yang terfragmentasi dan digerakkan oleh usaha-usaha kecil dan menengah milik keluarga serta beberapa raksasa dalam industri berat.

¹⁶² *Ibid*, hal. 52.

¹⁶³ *Ibid*, hal. 53.

Akan tetapi Perang Dunia Kedua telah menyapu habis industri Prancis. Setelah 1945, para pembuat kebijakan berusaha merangsang pertumbuhan perekonomian dengan membangkitkan kebanggaan nasional bangsa Prancis. Beberapa pemerintah yang berturut-turut berkuasa di Prancis menganut kebijakan ekonomi *dirigisme*, sebuah sistem yang membolehkan negara memaksakan pengaruhnya yang kuat (walaupun tidak mengendalikan secara langsung) atas pembangunan kembali Prancis pasca perang.¹⁶⁴

Negara membentuk sebuah perencanaan perekonomian terpusat yang dirancang oleh sebuah lembaga pemerintah di tingkat pusat (*Commissariat au Plan*). Negara mengarahkan merger-merger atau menyediakan insentif-insentif bagi perusahaan-perusahaan swasta yang bersedia bergabung dengan perusahaan-perusahaan besar yang didukung oleh pemerintah. Negara memandatkan pemilikan langsung atas transportasi kereta api, transportasi udara, industri penerbangan, industri pertahanan, industri telekomunikasi, gas, dan pembangkit listrik. Negara menggunakan subsidi-subsidi raksasa untuk menciptakan proyek-proyek yang menjadi kebanggaan nasional, termasuk sebuah jaringan besar pembangkit daya nuklir, jaringan kereta api kilat TGV, dan pembuat pesawat penumpang supersonik *Concorde*.¹⁶⁵

Krisis keuangan pada 2008 membangkitkan kembali beberapa dorongan *dirigiste* Prancis, misalnya, dengan mendorong pemerintah melindungi industri otomotif negara dengan menutup cabang-cabang produksi milik Prancis di negara-negara Uni Eropa lain, kalau perlu, demi melindungi angkatan kerja di dalam negeri.¹⁶⁶

Intervensi pemerintah sering kali dapat memperbaiki kinerja pasar, namun dalam beberapa hal campur tangan tersebut malah membuat keadaan ekonomi semakin memburuk. Misalnya kebijakan harga lewat batas harga tertinggi (*price ceiling*) dan harga dasar (*price floor*) yang justru akan menyebabkan kekurangan (*shortages*) dan kelebihan (*surpluses*) di pasar. Masalah lain mungkin timbul

¹⁶⁴ *Ibid*

¹⁶⁵ *Ibid*, hal. 55.

¹⁶⁶ *Ibid*

ketika terdapat tekanan lain yang biasaya politis dan oportunistis sifatnya dari golongan pemburu rente. Untuk menggolkkan kepentingannya, mereka menggandeng elemen pemerintah dan karenanya justru sebuah intervensi kehilangan tujuan fundamentalnya yaitu untu mencapai efisiensi secara sosial dan mengataswi kegagalan pasar.¹⁶⁷

Lalu, apa ukuran yang dapat digunakan untuk menakar sejauh mana intervensi pemerintah diperlukan? Sebagai ukuran, intervensi dari pemerintah diperlukan jika alokasi sumber daya menjadi lebih efisien dibandingkan tanpa adanya campur tangan pemerintah. Apabila yang terjadi malah sebaliknya, campur tangan pemerintah tidaklah diperlukan. Sebagai ukuran ada tidaknya efisiensi ini maka “analisis ongkos dan manfaat sosial” (*social cost benefit analysis*) dengan adanya intervensi pemerintah dapat dilakukan.

3.2. STATE ACTION DOCTRINE DALAM HUKUM PERSAINGAN USAHA

3.2.1. Dasar Keberadaan *State Action Doctrine* dalam Hukum Persaingan Usaha

Dalam sebuah diskusi tentang Hukum Persaingan Usaha (*antitrust law*) di Amerika Serikat yang melibatkan anggota kongres dari Partai Republik Amerika Serikat yang konservatif, Ron Paul, dan Profesor Domminick T. Armentano dari Universitas Hartford lahirlah sebuah kesimpulan yang menyatakan bahwa kondisi pasar yang monopolistik yang bertendensi untuk melahirkan hambatan persaingan yang tinggi dan dalam jangka waktu yang cukup lama hanya dapat tercapai ketika monopoli tersebut memiliki unsur intervensi dari negara (*state monopoly*).¹⁶⁸

Pendapat ini lahir dengan basis pemikiran Mazhab Chicago dalam Hukum Persaingan Usaha. Adanya mazhab ini berkenaan dengan adanya distingsi pemikiran antara dua mazhab dalam menguraikan bagaimana hukum persaingan mendorong efisiensi pasar. Pertama, adalah Mazhab Harvard. Mazhab ini dikenal dengan pendekatan *structure, conduct, performance*. Pendekatan ini melakukan

¹⁶⁷ Clifford Winston, *Governenent Failure Versus Market Failure: Microeconomics Policy Research and Government Performance*, (Washington: AEI-Brookings Joint Center For Regulatory Studies, 2006), hal. 8.

¹⁶⁸ Diskusi antara Paul dan Armentano yang disiarkan di salah satu siaran televisi di Amerika Serikat tadi dapat dilihat di <http://www.youtube.com/watch?v=8C4gRRk2i-M>.

evaluasi dengan melihat pada jumlah pelaku pasar dan kemudahan masuk dan keluar pasar (struktur), melihat kebijakan harga dan tindakan monopoli (perilaku) dan pada kemampuan efisiensi dan teknologi yang digunakan untuk selalu mendorong inovasi (kinerja).¹⁶⁹

Terdapat pula Mazhab Chicago yang memfokuskan pandangannya pada *price theory* dan menyatakan bahwa pada dasarnya pasar akan bekerja secara otomatis dengan efisien. George Stigler, salah satu Sarjana dalam aliran ini, menilai bahwa sebenarnya tidak ada hambatan untuk masuk pasar kecuali disebabkan karena faktor harga semata. Sehingga apabila terdapat konsentrasi tinggi pada pasar, maka sebenarnya hal itu merupakan refleksi dari kemampuan *economies of scale* yang ditunjukkan pelaku usaha tadi.¹⁷⁰

Pokok perbedaan utama dari kedua mazhab tersebut adalah kapan regulasi pemerintah diperlukan. Misalnya dalam keadaan monopoli yang timbul bukan karena perilaku pelaku usaha yang efisien maka para penganut Mazhab Chicago mengatakan bahwa hal ini tidak akan berlangsung lama karena mekanisme pasar akan menyesuaikan, mengatur serta beradaptasi dengan sendirinya. Sebaliknya penganut Mazhab Harvard menganggap bahwa hal ini dapat berlangsung lama, sehingga dibutuhkan campur tangan pemerintah melalui regulasi untuk memperbaikinya. Demikian juga bila terdapat pelaku pasar yang menjadi monopoli karena keunggulan dan kemampuannya untuk berusaha secara efisien, maka penganut Mazhab Chicago menyarankan untuk membiarkannya karena kondisi itu didapat oleh keunggulan mereka, sementara Mazhab Harvard menilai bahwa pemerintah lewat otoritas Hukum Persaingan Usahanya harus selalu menduga bahwa ada kemungkinan penggunaan cara-cara ilegal dalam mencapai tujuan tersebut.¹⁷¹

Para Sarjana yang berbasiskan Mazhab Chicago pada dasarnya tidak menganggap monopoli yang dilakukan pelaku usaha sebagai sesuatu yang berbahaya karena akan selalu mendapatkan saingan dari pelaku usaha yang akan

¹⁶⁹ Burgess Jr., *The Economic of Regulation and Antitrust*, hal. 29.

¹⁷⁰ *Ibid*

¹⁷¹ *Ibid*

menyaingi harga yang monopolis yang bertendensi untuk dipatok tinggi. Sehingga para pendukung Mazhab Chicago, seperti Ron Paul dan Armentano, menganggap satu-satunya kemungkinan monopoli akan begitu sulit untuk ditandingi adalah ketika terdapat kondisi monopoli yang berdasarkan intervensi negara seperti adanya regulasi sektoral di bidang tertentu.¹⁷²

Mahkamah Agung Amerika Serikat sendiri mendefinisikan hambatan perdagangan (*public restraint*) sebagai situasi di mana perusahaan memperoleh posisinya sebagai monopolis dari pertumbuhan bisnis yang didapat dari produk yang superior, kejelian bisnis, maupun “kecelakaan sejarah”. Namun, hambatan perdagangan mungkin juga muncul dengan adanya penciptaan hambatan yang diberikan oleh pemerintah untuk mereduksi kompetisi. Hambatan perdagangan yang diciptakan oleh pemerintah mungkin saja memberikan dampak negatif terutama kepada konsumen karena seringkali konsumen harus membayar biaya proteksi lewat penetapan pajak yang tinggi dan/atau harga untuk melanggengkan hambatan perdagangan tadi.¹⁷³

Terdapat dua efek negatif lain yang mungkin diterima oleh konsumen atas hambatan perdagangan yang diciptakan oleh pemerintah. Pertama, sektor industri yang memiliki imunitas dari hukum persaingan dapat bertindak antikompetitif di sektornya, di mana dia dapat membatasi *output*, menolak melakukan perjanjian apa pun dengan kompetitor, dan menaikkan harga tanpa adanya konsekuensi dari penegakan hukum persaingan usaha. Kedua, mungkin saja akan tercipta subsidi-silang antara keuntungan yang didapat dari sektor yang diregulasi yang diberikan kepada sektor yang tidak diregulasi. Ketiga, mungkin pula muncul pemburu rente (*rent seeking*) dari lahirnya kelompok kepentingan (*interest group*) tertentu yang mendapatkan keuntungan dari pemerintah. Keempat, mungkin pula lahir kelompok kepentingan baru (*new interest group*) yang “menempel” pada kelompok kepentingan yang mendapatkan keuntungan dari hambatan perdagangan yang diciptakan oleh pemerintah.¹⁷⁴

¹⁷² *Ibid*

¹⁷³ D.Daniel Sokol, “Limiting Anticompetitive Government Interventions That Benefit Special Interests”, *George Mason Law Review*, Vol. 17, No. 1, (2009), hal. 122.

Salah satu dampak yang unik dari adanya hambatan perdagangan yang didapat dari pemerintah adalah kemungkinan terjadinya subsidi dalam satu sektor antara sektor yang diregulasi (*regulated market*) di mana terdapat kondisi pasar monopolistik yang didapat dari pemerintah ke pasar yang tak diregulasi (*unregulated market*) di mana seharusnya terdapat kondisi pasar yang kompetitif di dalamnya. Contoh dampak ini dapat kita lihat dalam kasus *Chunghwa Telecom*, di Taiwan (Cina Taipei). Pada tahun 1999 *Chunghwa Telecom*, Badan Usaha Milik Negara (BUMN) di Taiwan, memperkenalkan layanan yang memungkinkan pengguna jasa telekomunikasi memiliki layanan *voicemail*, *call management*, dan informasi-informasi tambahan lain seperti kapasitas hubungan telepon yang terintegrasi di telepon rumah (*fixed telephone*). Di waktu yang bersamaan, *Chunghwa Telecom* juga menyediakan layanan lain di bidang telepon seluler (*mobile telephone*) yang kondisi pasarnya tidak diregulasi dan kompetitif di mana *Chunghwa Telecom* berkompetisi dengan perusahaan telepon seluler lainnya.¹⁷⁵

Chunghwa Telecom terbukti menjadi perusahaan yang terdepan di bisnis telepon seluler karena bisa menyediakan harga yang paling murah di layanan telepon seluler. Setelah diteliti, ternyata hal tersebut merupakan hasil dari subsidi silang yang mereka lakukan dari keuntungan pasar telepon rumah, di mana terdapat regulasi pemerintah, ke sektor telepon seluler. *Chunghwa Telecom* terbukti telah menaikkan tarif telepon 900% dan di saat yang bersamaan menurunkan tarif telepon seluler sebesar 40%.¹⁷⁶

Negara (*state*) sangatlah potensial menjadi “teman baik” dari monopolis atau calon monopolis. Negara dapat menegakkan dan memaksakan adanya hambatan masuk di dalam pasar. Negara juga dapat membuat legislasi yang menghambat kemampuan dari pesaing dalam berkompetisi mendapatkan *input* yang krusial dalam proses produksi. Kasus-kasus di bidang Hukum Persaingan Usaha (*antitrust*) di Amerika Serikat memberikan contoh bagaimana pihak swasta mendapatkan sokongan atau berusaha untuk disokong oleh negara dalam

¹⁷⁴ *Ibid*, hal. 124.

¹⁷⁵ *Ibid*, hal. 135.

¹⁷⁶ *Ibid*

mendukung skema anti persaingannya. Dengan kata lain terlapor (*defendants*) dalam peradilan Hukum Persaingan Usaha berusaha untuk melakukan justifikasi bahwa perilaku mereka mendapatkan otorasi dari negara atau pemerintah yang mana dalam konteks Hukum Persaingan Usaha di Amerika Serikat otorasi tersebut berasal dari negara bagian (*state*) atau pemerintahan federal (*federal government*).¹⁷⁷

Putusan pertama dari Mahkamah Agung Amerika Serikat yang melibatkan klaim adanya sokongan negara dalam mendukung skema anti persaingan adalah kasus *United States v. Trans-Missouri*, 166 U.S. 290 (1897). Dalam kasus ini, asosiasi perusahaan pengelola lintasan kereta api *Trans-Missouri* mengklaim bahwa secara implisit *Interstate Commerce Commission* (Komisi Perdagangan Antar Negara Bagian) memperbolehkan adanya biro pengaturan tingkat harga dan hal tersebut menjadi justifikasi untuk mengecualikan penetapan harga dari ketentuan *Sherman Act*. Mahkamah Agung menolak klaim *Trans-Missouri* tersebut karena menurut pengakuan komisi, mereka hanya mengotorasi pembentuka asosiasi namun tidak secara eksplisit mengeluarkan produk pengaturan yang memperbolehkan adanya penetapan harga lewat penentuan tarif bersama antara perusahaan pengelolaan lintasan kereta api.¹⁷⁸

Hal senada juga dapat ditemukan dalam kasus *United States v. Socony Vacuum Oil Co.*, 310 U.S. 150, 172 (1940). dimana terlapor yang dalam hal ini adalah *Socony* menyatakan bahwa praktek penetapan harga yang dilakukan oleh beberapa perusahaan penyulingan minyak sudah mendapatkan otorasi oleh *Industrial Recovery Administration*. Pengadilan memberikan respon terhadap argumentasi *Socony* dengan menilai bahwa *Industrial Recovery Administration* yang merupakan lembaga pemerintahan di tingkat federal tidak secara eksplisit memberikan delegasi kepada *Socony* untuk melakukan tindakan penetapan harga lewat produk regulasi yang mereka keluarkan.¹⁷⁹

¹⁷⁷ Keith N. Hylton, *Antitrust Law: Economic Theory & Common Law Evolution*, (Cambridge: Cambridge University Press, 2003), hal. 352.

¹⁷⁸ *Ibid*, hal. 353.

¹⁷⁹ *Ibid*

Hukum Persaingan Usaha pada dasarnya dapat diaplikasikan secara setara terhadap semua kegiatan yang anti persaingan, baik dilakukan oleh perusahaan maupun pihak perorangan tanpa terkecuali. Seiring bergulirnya waktu, lahirnya regulasi tertentu, adanya yurisdiksi bertindak dari agen administratif pemerintah, dan berbagai kebijakan pemerintah lainnya telah menciptakan adanya beberapa pengecualian terhadap tindakan tertentu dari penegakan di bidang Hukum Persaingan Usaha. Pengecualian tersebut berkembang dengan munculnya pemikiran bahwa Hukum Persaingan Usaha yang memiliki peran untuk melakukan regulasi terhadap pasar harus sejalan dengan kebijakan lain di luar hukum persaingan yang juga bertujuan untuk melakukan regulasi terhadap pasar. Seperti regulasi tertentu yang bertujuan untuk mengatasi eksternalitas¹⁸⁰

Di Amerika Serikat dikenal apa yang dinamakan *State Action Doctrine* sebagai justifikasi adanya pengecualian terhadap tindakan yang anti persaingan dari ketentuan-ketentuan Hukum Persaingan Usaha (*antitrust laws*) di Amerika Serikat. *State Action Doctrine* yang lahir dalam rezim Hukum Persaingan Usaha di Amerika Serikat pada dasarnya bersifat distingtif dari rezim Hukum Persaingan Usaha di negara-negara lain karena doktrin ini berdasarkan sistem pemerintahan federal di Amerika Serikat di mana lima puluh negara-negara bagian (*states*) lainnya memiliki kedaulatan residual. “*State*” dalam konteks ini harus dibedakan dengan konsep *nation* seperti yang terdapat di negara kesatuan seperti Indonesia. “*State*” dalam hal ini berarti adalah misalnya “*New York State*” atau “Negara Bagian New York”. *The Local Government Antitrust Act of 1984* menjelaskan keberlakuan ketentuan ini sebagai kewajiban bagi negara bagian dan pemerintahan lokal yang lebih kecil untuk membatasi persaingan usaha secara umum dan melibatkan alasan perlindungan atau proteksionisme dalam tingkat lokal.¹⁸¹

Di masa lampau, tepatnya sebelum berlaku efektifnya konstitusi di Amerika Serikat pada tahun 1789, Amerika Serikat mengenal apa yang

¹⁸⁰ Schwartz, “...State Action Doctrine In The Deregulated Electric...,” hal. 1455.

¹⁸¹ Yee Wah Chin, “Administrative Monopoly: The State Action Doctrine under U.S. Antitrust Law”, hal. 1, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1621067 , diunduh pada 2 Mei 2011 ,pukul 10:35 WIB

dinamakan *Articles of Confederation*. Di masa keberlakuan *Articles of Confederation*, segala bentuk proteksionisme di tingkat lokal dianggap terlarang karena tidak sesuai dengan tujuan untuk melakukan integrasi ekonomi antara negara bagian. Faktanya, justru setelah keberlakuan *Sherman Act* pada tahun 1890 –lah mulai terdapat pandangan yang kompromistis terhadap proteksionisme di tingkat lokal.¹⁸²

Mulai lahirnya pandangan yang kompromistis terhadap adanya proteksionisme di tingkat lokal di Amerika Serikat dimulai dengan adanya konstitusi Amerika Serikat pada tahun 1789. Konstitusi Amerika Serikat sendiri mulai efektif justru dengan berlakunya dokumen *Bill of Rights* sebagai dasar hak-hak warga negara yang diakui oleh pemerintah. Dalam dokumen ini, dikenal apa yang dinamakan Amandemen Kesepuluh (*Tenth Amendment*) yang menyatakan: “*The powers not delegated to the United States by the Constitution nor prohibited by it to the states, are reserved to the states respectively, or to the people*”.

Dalam prakteknya, aspek fundamental dari konstitusi Amerika Serikat tadi juga berlaku dalam penegakan Hukum Persaingan Usaha. Dengan mempertimbangkan konstitusi di Amerika Serikat tadi, terlihat jelas bahwa federalisme Amerika Serikat pada intinya adalah rangkaian dari negara-negara bagian yang memiliki kedaulatan sehingga proteksionisme lokal termasuk terhadap kegiatan perekonomian mendapatkan jaminan pula dengan adanya *Tenth Amendment* di dalam *Bill of Right*.¹⁸³

3.2.2. Identifikasi Penggunaan *State Action Doctrine* dalam Hukum Persaingan Usaha

Eksistensi *State Action Doctrine* bermula ketika Mahkamah Agung Amerika Serikat memutus kasus *Parker v. Brown*, 317 U.S. 341, 351 (1943). Dalam kasus ini, sebuah perusahaan produsen dan pengepakan komoditas kismis menggugat program pemasaran yang didasari dan diimplementasikan di bawah hukum negara bagian California dengan menyatakan pengaturan tersebut terbukti merugikan mereka dan bertentangan dengan *Sherman Act*. Di masa itu, hampir

¹⁸² *Ibid*

¹⁸³ *Ibid*, hal. 2.

seluruh kismis yang dikonsumsi di Amerika Serikat, begitu juga dengan setengah dari komoditas di seluruh dunia, mengambil tempat penanaman dan produksi di California. Sebuah komisi perdagangan di California telah menciptakan sistem yang meregulasi *output* produksi dan pemasaran dari kismis yang dianggap banyak petani dan produsen kismis telah menyebabkan adanya *oversupply* komoditas kismis sehingga menyebabkan turunnya harga secara dramatis.¹⁸⁴

Sebuah komisi perdagangan dibentuk bersamaan dengan komite yang menjadi perwakilan dari pelaku usaha penyedia komoditas kismis di tingkat produksi yang berbeda. Sebuah skema regulasi terhadap perdagangan kismis akan berlaku secara efektif setelah didahului adanya dengar pendapat (*public hearings*) dan komentar dari setiap pelaku usaha yang tergabung dalam komisi dagang tersebut. Sistem ini memberlakukan adanya kuota tertentu yang harus terpenuhi dalam tingkatan tertentu kualitas kismis (standar, substandar, dan rendah) dan diharuskannya produsen yang tergabung dalam komisi untuk mendapatkan izin sebelum menjual kismis.¹⁸⁵ Dengan kata lain, keberadaan komisi perdagangan di California tersebut mengotorasi, dalam kapasitasnya sebagai agen pemerintah, adanya pembatasan kompetisi di antara pelaku usaha dan menahan harga di tingkat tertentu dalam distribusi komoditas kismis. Dalam regulasi yang dikenal dengan nama *California Prorate Act* tersebut, tindakan yang membangkang terhadap kebijakan pemasaran yang ditetapkan oleh pemerintah tersebut dapat dipidana. *Brown* yang dalam kasus ini digugat oleh *Parker* selaku *Director Agriculture* karena tidak mengindahkan *California Prorate Act*, menyatakan bahwa mereka menolak menjalankan regulasi yang jelas-jelas bertentangan dengan *Sherman Act* dan berargumentasi bahwa keberadaan regulasi tersebut justru merugikan mereka karena mencegah pemenuhan kontrak mereka kepada penyalur yang mana kontrak tersebut telah berlaku efektif sebelum dikeluarkannya *California Prorate Act*.¹⁸⁶

¹⁸⁴ *Ibid*, hal. 3.

¹⁸⁵ *Ibid*

¹⁸⁶ Ross, *Principle of Antitrust Law*, hal. 497.

Dalam pandangannya, Mahkamah Agung menilai bahwa regulasi perdagangan yang dilakukan komisi tadi hanya akan melanggar *Sherman Act* apabila ia terbukti diorganisir dan menjadi efektif murni dengan adanya kontrak, konspirasi pihak swasta, baik individual atau korporasi. Dalam kesimpulannya, Mahkamah Agung Amerika Serikat menyatakan:

*The state in adopting and enforcing the prorated program made no contract or agreement and entered into no conspiracy in restraint of trade or to establish monopoly but, as sovereign, imposed the restraint of trade or to establish monopoly but, as sovereign, imposed the restraint as an act of government which the Sherman Act did not undertake to prohibit.*¹⁸⁷

Mahkamah Agung berpendapat bahwa maksud dari keberadaan *State Action Doctrine* bukanlah untuk memberikan imunitas kepada pelaku usaha untuk melanggar *Sherman Act*. Atau dengan kata lain, seperti dalam *Parker v. Brown*, sebuah pengecualian dari hukum persaingan usaha tidak kebal dari penegakan hukum di bidang persaingan selama terdapat porsi yang lebih besar dari pelaku usaha untuk menentukan sebuah kebijakan. Dalam menegakkan sebuah kebijakan tertentu yang memiliki aroma adanya pengecualian tindakan tertentu dari Hukum Persaingan Usaha porsi negara haruslah lebih besar.

Dalam kasus ini, juga dipertimbangkan apakah sebuah regulasi yang memperhatikan lokalitas di tingkat negara bagian akan berdampak pada perdagangan antar negara bagian (*interstate commerce*). Untuk tetap mengedepankan tetap diperhatikannya konsep federalisme di tingkat nasional dalam menilai apakah kebijakan di tingkat negara bagian tersebut tidak berekses negatif terhadap perdagangan antar negara bagian maka perlu diperhatikan pula apakah kebijakan pemasaran di California tersebut sesuai dengan kerangka kebijakan di tingkat federal. Dalam kasus ini, kebijakan pemasaran tersebut dinilai sejalan dengan kebijakan di tingkat federal yang ditetapkan oleh *Secretary of Agriculture* untuk melakukan stabilisasi komoditas pertanian termasuk komoditas

¹⁸⁷ Schwartz, "...State Action Doctrine In The Deregulated Electric...", hal. 1458.

kismis di negara bagian sehingga regulasi di California dapat juga ditafsirkan sebagai delegasi dari regulasi di tingkat federal.¹⁸⁸

Imunitas terhadap penegakan hukum persaingan usaha berdasarkan adanya pengecualian yang diberikan oleh negara oleh pemerintah –dalam konteks Amerika Serikat diberikan oleh pemerintah negara bagian atau yang berwenang memberikannya- lahir dari sebuah pandangan Mahkamah Agung yang menilai bahwa kongres ,dalam melahirkan *Sherman Act*, tidak bermaksud untuk menghalang-halangi atau melarang sama sekali pemerintah mengintervensi pasar yang berimplikasi pada pembatasan persaingan di dalam pasar. Permasalahannya adalah, Mahkamah Agung semenjak kasus *Parker v. Brown* di tahun 1943 terus berusaha untuk menemukan paramter yang tepat dalam menentukan apakah tindakan tertentu bisa mendapatkan justifikasi untuk dikecualikan oleh penegakan Hukum Persaingan Usaha dengan adanya *State Action Doctrine*.

Selepas kasus *Parker v. Brown* banyak pandangan teoritisi Hukum Persaingan Usaha yang menyatakan bahwa imunitas dengan keberlakuan *State Action Doctrine* tidak dapat diaplikasikan kecuali (1) pihak swasta yang bertindak menghambat persaingan tersebut diharuskan melakukan tindakan tersebut oleh pemerintah; (2) negara atau negara bagian (*state*) sendiri yang menjadi tergugat atau terlapor (*defendant*) di pengadilan; (3) imunitas yang demikian diperlukan apabila dapat dibuktikan bahwa imunitas tersebut memang benar-benar diperlukan demi berjalan efektifnya sebuah regulasi di tingkat lokal atau negara bagian maupun di tingkat nasional atau federal.¹⁸⁹

¹⁸⁸ Bunyi asli dari putusan Mahkamah Agung Amerika Serikat tersebut adalah: “*In comparing the relative weights of the conflicting local and national interests involved it is significant that Congress, by its agricultural legislation, has recognized the distressed condition of much of the agricultural production of the United States, and has authorized marketing procedures, substantially like the California prorate program, for stabilizing the marketing of agricultural products. Acting under this legislation the Secretary of Agriculture has established a large number of market stabilization programs for agricultural commodities moving in interstate commerce in various parts of the country, including seven affecting California crops. All involved attempts in one way or another to prevent over-production of agricultural products and excessive competition in marketing them, with price stabilization as the ultimate objective. Most if not all had a like effect in restricting shipments and raising or maintaining prices of agricultural commodities moving in interstate commerce*”, 317 U.S. 341 - *Parker v. Brown* diunduh dari <http://openjurist.org/317/us/341/parker-v-brown> , pada 2 Mei 2011 pukul 14 : 40 WIB

Pada tahun 1980 lahirlah apa yang dinamakan *Midcal Test* atau *two-pronged tests* sebagai parameter mutlak yang harus selalu dilihat dalam memutuskan kasus Hukum Persaingan Usaha yang berhubungan dengan adanya *State Action Doctrine*, yaitu: (1) supervisi yang aktif dan (2) tujuan yang jelas dari negara untuk mengecualikan kegiatan tertentu dari hukum persaingan usaha. Keharusan untuk adanya *Midcal Test* muncul dalam kasus *California Retail Liquor Dealers v. Midcal Alumunium*, 445 U.S. 97, 105 (1980).¹⁹⁰

Dalam *California Retail Liquor Dealers v. Midcal Alumunium*, undang-undang di California mengharuskan produsen dan penjual grosir anggur menetapkan harga jual kembali dan penjadwalannya (*resale prices and resale price schedules*), bersama-sama dengan pemerintah. Penjual grosir tidak diperbolehkan untuk menjual harga jual kembali di luar tingkat harga dan jadwal yang sudah ditetapkan bersama-sama dengan pemerintah atau mereka diancam pencabutan izin usaha. *Midcal* sebuah perusahaan yang menjual anggur secara grosiran diduga tidak menjalankan kebijakan penjualan harga jual kembali dan penjadwalan tadi.. Pada bulan Juli 1978, *Department of Alcoholic Beverage Control* menilai *Midcal* sudah menjual tidak sesuai dengan ketentuan harga dan penjadwalan yang ditetapkan sehingga izin usahanya terancam dicabut. *California Liquor Dealers* yang mana adalah asosiasi distributor anggur yang dibentuk dengan regulasi dari negara bagian di California menyatakan tindakan *Midcal* tersebut sebagai pelanggaran terhadap kebijakan penetapan harga jual kembali dan penjadwalan penjualan anggur di California.¹⁹¹

Pertama, Mahkamah Agung Amerika Serikat menyatakan bahwa dalam menilai kasus ini perlu diperhatikan apakah memang sudah ada sebuah kebijakan yang artikulatif dari negara bagian (*clearly articulated state policy*) untuk

¹⁸⁹ Merrick B. Garland, "Antitrust and State Action: Economic Efficiency and The Political Process", *The Yale Law Journal Company, Inc.* Vol. 96, No. 3, (1987), hal. 488.

¹⁹⁰ Hylton, *Antitrust Law: Economic Theory* ..., hal. 353.

¹⁹¹ 445 U.S. 97 - *California Retail Liquor Dealers Association v. Midcal Aluminum Inc*, diunduh dari <http://openjurist.org/445/us/97/california-retail-liquor-dealers-association-v-midcal-aluminum-inc> , pada 2 Mei 2011 pukul 14: 30 WIB.

mengecualikan kegiatan tertentu dari hukum persaingan usaha. Kedua, perlu juga diperhatikan apakah kebijakan tadi benar-benar memperoleh supervisi yang (*active supervision*) dari pemerintah negara bagian yang bersangkutan. Dalam kasus ini, Mahkamah Agung menilai syarat adanya supervisi yang aktif tidaklah terpenuhi, dengan argumentasi:

*The State simply authorizes price setting and enforces the prices established by private parties. The State neither establish prices nor reviews the reasonableness of the price schedules; nor does it regulate the term of fair trade contracts. The State does not monitor market conditions or engage in any "pointed reexamination" of the program.*¹⁹²

Hal ini berkenaan dengan argumentasi *Midcal* dalam pembelaannya yang menyatakan bahwa meskipun terdapat kebijakan pemerintah dalam hal ini, mereka menilai jika pada dasarnya *California Liquor Dealers* adalah bentukan dari para pelaku usaha demi kepentingan ekonominya dan dalam prakteknya, tidak ada kontrol atau pemeriksaan ulang terhadap kebijakan tersebut sehingga bertendensi untuk menciderai Hukum Persaingan Usaha dengan intervensi pemerintah yang sebenarnya tidak perlu.

Dalam kasus ini, meskipun undang-undang di California memungkinkan adanya penetapan harga jual kembali, tapi tidak secara spesifik menetapkan berapa harga jual kembali yang dimungkinkan tersebut. Supervisi yang aktif tidak terpenuhi karena tidak terdapat penentuan berapa harga yang masuk akal untuk diterapkan. Kurangnya supervisi yang aktif tersebut bertendensi untuk membuat harga jual kembali ditetapkan secara tidak sewajarnya oleh pelaku usaha.

Dalam beberapa situasi, dimana terdapat perusahaan yang mendapatkan kewenangan untuk memonopoli dari negara (*state monopoly*), kebijakan pemerintah memang benar-benar terartikulasi dalam peraturan tertulis. Dalam kasus lain, di mana terdapat perusahaan swasta yang misalnya mendapatkan

¹⁹² Bunyi asli dari pembelaan *Midcal* tersebut adalah: "*In the price maintenance program before us, the state plays no role whatever in setting the retail prices. The prices are established by the producers according to their own economic interests, without regard to any actual or potential anticompetitive effect; the state's role is restricted to enforcing the prices specified by the producers. There is no control or 'pointed re-examination,' by the state to insure that the policies of the Sherman Act are not 'unnecessarily subordinated' to state policy.*" 21 Cal.3d, at 445, 146 Cal.Rptr., at 595, 579 P.2d, at 486., diunduh dari *Ibid*.

kewenangan menerapkan tarif yang diperbolehkan oleh pemerintah, kebijakan pemerintah sering kali tidak terartikulasi dengan jelas. Maka diperlukan kemampuan dari hakim untuk melihat apakah tindakan tertentu yang disebut memperoleh imunitas berdasarkan *State Action Doctrine* tersebut benar-benar mengartikulasikan kebijakan pemerintah di mana dalam kasus di Amerika Serikat perlu dilihat lagi apakah aturan dari negara bagian memang sudah sesuai dengan aturan di tingkat federal, misalnya undang-undang federal.¹⁹³

Untuk membantu hakim dalam memutus kasus Hukum Persaingan Usaha yang terdapat keberadaan *State Action Doctrine* di dalamnya, *Midcal Test* melahirkan pendekatan yang menyatakan bahwa sebuah tindakan tertentu yang dikecualikan dari Hukum Persaingan Usaha harus selalu mendapatkan supervisi dari negara untuk menilai apakah kondisi perekonomian yang ada masih relevan sebagai alasan diterapkannya pengecualian tadi. Tanpa adanya supervisi akan membuat penerapan *State Action Doctrine* tak lebih dari metode ekonomi komando Soviet (*Soviet style "command and control"*).¹⁹⁴

Setelah lahirnya *Midcal Test* tadi, pembelaan berdasarkan *State Action Doctrine* seolah mendapatkan ekstensifikasi atau perluasan penafsiran dari Mahkamah Agung Amerika Serikat. Sebelum secara eksplisit melahirkan *Midcal Test*, Mahkamah Agung Amerika Serikat telah memperluas penafsiran *State Action Doctrine* dalam kasus *Cantor v. Detroit Edison Co.*, 482 U.S. 579 (1976). Dalam *Cantor v. Detroit Edison Co.*, Mahkamah Agung, pertama-tama menyatakan bahwa *State Action Doctrine* dapat juga diterapkan dalam tindakan yang dilakukan oleh pihak swasta (privat). Dalam kasus ini *Detroit Edison Company*, sebuah perusahaan penyedia energi listrik, mendistribusikan lampu neon secara gratis ke konsumennya. Biaya dari lampu neon tadi turut disertakan ke dalam tarif listrik yang dibayar konsumen. Tarif listrik tadi termasuk biaya untuk program lampu neon telah diizinkan oleh Komisi Pelayanan Publik di

¹⁹³ Stephen C. Sherill, "Parker v. Brown Revisited: The State Action Doctrine after "Goldfarb", "Cantor", and "Bates", *Columbia Law Review*, Vol. 77, No. 6, (1977), hal. 904.

¹⁹⁴ Hylton, *Antitrust Law: Economic Theory ...*, hal. 372.

Michigan, yang secara keseluruhan meregulasi distribusi listrik di negara bagian.¹⁹⁵

Dengan alasan ini, *Detroit Edison* berkilah bahwa mereka hanya mengikuti arahan dari Komisi. Pelapor, *Cantor*, mengklaim *Detroit Edison* telah melakukan subsidi adanya keuntungan dari regulasi ke sektor yang pada dasarnya terdapat persaingan di dalamnya yaitu sektor penjualan lampu neon. Dalam kasus ini, Mahkamah Agung, AS, menyatakan bahwa tidaklah adil menyatakan perusahaan melanggar hukum federal ketika yang mereka lakukan pada dasarnya hanya mematuhi hukum negara bagian. Kedua, kongres tidak dapat memaksakan dilaksanakannya hukum federal ketika hukum negara bagian telah mengatur secara berbeda. Namun, dalam kasus ini pembelaan berdasarkan *state action doctrine* tidak diterima dengan alasan (1) Penyertaan biaya atas lampu neon lebih merupakan strategi bisnis ketimbang regulasi pemerintah karena yang diregulasi hanya penerapan tarif; (2) Keputusan untuk melakukan *tying* lampu neon ke dalam penyediaan jasa energi listrik tadi tidak merefleksikan skema kebijakan pemerintah di bidang ketenagalistrikan dan karenanya hanya memiliki sedikit importansi terhadap kerangka regulasi pemerintah.¹⁹⁶

3.2.3. *Capture Theory* dalam *State Action Doctrine*

Signifikansi supervisi aktif dari keberlakuan *State Action Doctrine* dapat dilihat dari tujuan dasar imunitas dari penegakan Hukum Persaingan Usaha berdasarkan regulasi yang diberikan kepada tindakan tertentu yaitu untuk

¹⁹⁵ Schwartz, "...State Action Doctrine In The Deregulated Electric...", hal. 1478.

¹⁹⁶ *Ibid*, hal. 1484; Adapun pendapat asli dari Mahkamah Agung adalah: (a) *The State's participation in the decision to have a light bulb exchange program is not so dominant that it is unfair to hold a private party responsible for its conduct in implementing the decision, but rather the respondent's participation in the decision is sufficiently significant to require that its conduct, like comparable conduct by unregulated businesses, conform to applicable federal law;* (b) *Michigan's regulation of respondent's distribution of electricity poses no necessary conflict with a federal requirement that respondent's activities in competitive markets satisfy antitrust standards. Merely because certain conduct may be subject to state regulation and to the federal antitrust laws does not necessarily mean that it must satisfy inconsistent standards, but, even assuming inconsistency, this would not mean that the federal interest must inevitably be subordinated to the State's; moreover, even assuming that Congress did not intend the antitrust laws to apply to areas of the economy primarily regulated by a State, the enforcement of the antitrust laws would not be foreclosed in an essentially unregulated area such as the electric light bulb market.* Diunduh dari <http://supreme.justia.com/us/428/579/>, pada 5 Mei 2011 pukul 09:38 WIB

mengatasi kegagalan pasar dan melindungi kepentingan perekonomian publik. Karena itu, sebuah supervisi aktif dari pemerintah dapat memberikan perbedaan dari tindakan yang murni demi kelangsungan usaha entitas swasta.¹⁹⁷

Dalam tulisannya, Steve Semeraro menyatakan bahwa permasalahan yang kerap hadir dalam melihat pendekatan *State Action Doctrine* adalah bagaimana membedakan bahwa sebuah tindakan memang benar-benar memiliki spirit untuk kepentingan masyarakat luas semata (*public-spirited governmental behavior*) dan tindakan tertentu yang murni bermotif bisnis dan untuk kepentingan sendiri (*self-interested business behavior*). Untuk mengukurnya, Semeraro tetap berpegang pada syarat utama dari penerapan *State Action Doctrine* yaitu adanya artikulasi yang jelas untuk mengecualikan tindakan tertentu dari persaingan dengan adanya regulasi dan adanya supervisi aktif dalam situasi pasar yang diregulasi tadi.¹⁹⁸

Sangatlah penting untuk melihat apakah tindakan yang dikecualikan dengan regulasi atau aturan tertentu tadi memiliki tujuan yang jelas dan dari awal dapat diukur apa maksudnya adanya aturan tadi (*a foreseeable result of a particular statute*). Secara lebih spesifik, dalam memenuhi syarat adanya artikulasi yang jelas dari peraturan tertentu yang dapat dipertanggungjawabkan bahwa kepentingan masyarakat umum akan terakomodasi secara baik apabila tindakan tertentu dikecualikan dengan adanya peraturan tadi. Selain itu, elemen pemerintah juga harus secara aktif melakukan supervisi untuk memastikan bahwa tindakan tersebut dari waktu ke waktu adalah pengejawantahan dari kebijakan negara dan bukannya semata-mata demi kepentingan bisnis semata yang dimungkinkan merugikan masyarakat umum sehingga lebih baik apabila adanya persaingan ketimbang pengecualian.¹⁹⁹

Bagi para penganjur adanya sentuhan revisionisme terhadap keberlakuan *State Action Doctrine* dalam Hukum Persaingan Usaha, adanya *State Action*

¹⁹⁷ Elizabeth Trujillo, "State Action Antitrust Exemption Collides With Deregulation: Rehabilitating The Foreseeability Doctrine", *Fordham Journal of Corporate Financial Law*, Vol. 11, No. 2, (2006), hal. 352.

¹⁹⁸ Steve Semeraro, "Demistifying Antitrust State Action Doctrine", *Harvard Journal of Law & Public Policy*, Vol. 24, No. 203, (2000), hal. 207.

¹⁹⁹ *Ibid*, hal. 212.

Doctrine semenjak kasus *Parker v. Brown* haruslah selalu dipandang secara skeptis terutama dalam memandang nilai dari keberadaan regulasi tertentu. Munculnya pembelaan terhadap regulasi di dalam perekonomian Amerika Serikat yang teramat pro-pasar sehingga menjadi justifikasi lahirnya *State Action Doctrine* adalah hasil dari kebijakan *New Deal* –yang akan dijelaskan lebih lanjut di bab selanjutnya- pasca resesi ekonomi di Amerika Serikat.²⁰⁰

Kebijakan *New Deal* yang lahir di periode pertama pemerintahan Presiden Franklin Delano Roosevelt pada tahun 1930-an merupakan salah satu usaha merestruktuisasi perekonomian Amerika Serikat selepas Depresi Akbar (*Great Depression*) yang menghantam perekonomian Amerika Serikat dan bermula dari jatuhnya harga-harga saham di *Wall Street* pada medio 1929.²⁰¹

Salah satu kebijakan yang sering dianggap kontroversial saat itu adalah munculnya banyak intervensi dari pemerintah terhadap pasar. Paket kebijakan *New Deal* antara lain adalah lahirnya *Social Security Act* dan *Fair Labor Standards Act of 1938* untuk mengatasi tingginya tingkat pengangguran serta *Farm Security Administration* dan *Agricultural Adjustment Act of 1938* sebagai regulasi di bidang pertanian untuk menyelamatkan krisis pangan di Amerika Serikat.²⁰²

Para penganjur revisionisme berpendapat bahwa konsepsi perihal kepentingan publik sudah sangat sulit untuk dipertahankan tanpa skeptisisme yang melekat padanya. Beberapa regulasi dari pemerintah yang bertujuan untuk memperbaiki kegagalan pasar justru melahirkan inefisiensi baru padahal tujuan dari dibuatnya regulasi pemerintah tersebut adalah untuk memperbaiki pasar yang dianggap gagal. Barangkali yang lebih penting, terdapat gerakan intelektual yang selalu curiga apakah sebuah regulasi benar-benar bertujuan untuk melayani kepentingan masyarakat, karena mungkin saja telah terdapat kepentingan privat yang telah “menawan” (*captured*) pembuat regulasi, atau telah mengontrol

²⁰⁰ Garland, “...State Action: Economic Efficiency...”, hal. 489.

²⁰¹ David M. Kennedy, *Freedom From Fear: The American people in Depression and War, 1929–1945*, (Cambridge: Oxford University Press, 1999), hal. 364.

²⁰² *Ibid*, hal. 365.

mereka dari awal sebagai hasil adanya lobi yang berhasil terhadap entitas pemerintah yang membuat regulasi tadi. Implikasinya, kebijakan lewat regulasi dilihat tidak sebagai sebuah usaha untuk memperbaiki kegagalan pasar, tapi nyata-nyata sebagai usaha yang jelas untuk menciptakan keuntungan bagi kepentingan tertentu secara politis. Banyak terdapat versi yang lahir dalam mendefinisikan teori kepentingan tertentu tadi. Salah satunya adalah yang dinamakan *Capture Theory* oleh Profesor John Wiley.²⁰³

Salah satu contoh kasus untuk melihat aplikasi dari *Capture Theory* tersebut dapat kita temukan dalam *New Motor Vehicle Board v. Orrin W. Fox Co.*, 439 U.S. 96 (1978). *The California Automobile Franchise Act* sebagai undang-undang di negara bagian California mengharuskan perusahaan mobil yang ingin membuka usahanya di California untuk mendapatkan izin dari *California New Motor Vehicle Board* sebelum membuka *dealer* di sana. Undang-undang tadi juga memungkinkan *dealer-dealer* mobil lain yang terlebih dahulu eksis di sana untuk menyatakan protes terhadap permohonan izin yang dilakukan oleh calon *dealer* mobil. *California New Motor Vehicle Board* yang melakukan *hearing* terhadap protes tadi akan menentukan apakah masih relevan untuk memberikan izin atau tidak.²⁰⁴

Orrin W. Fox Co. yang merupakan pemohon izin membuka *dealer* di California merasa dihambat perizinannya setelah beberapa *dealer* mobil melakukan protes kepada *California New Motor Vehicle Board* dan berimplikasi ditundanya penerbitan izin usaha. *Orrin W. Fox Co.* menggugat keberlakuan *The California Automobile Franchise Act* dengan menyatakan bahwa undang-undang tersebut bertentangan dengan semangat persaingan usaha di dalam *Sherman Act*. Pengadilan Distrik dan Banding memenangkan gugatan *Orrin W. Fox Co.*, namun Mahkamah Agung berpendapat berbeda. Hakim Stevens menilai bahwa regulasi tersebut merupakan hasil dari keberadaan lobi yang dilakukan oleh *dealer* mobil

²⁰³ 439 U.S. 96 - *New Motor Vehicle Board of California v. Orrin W. Fox Co.* Northern California, diunduh dari <http://openjurist.org/439/us/96/new-motor-vehicle-board-of-california-v-orrin-w-fox-co-northern-california-motor-car-dealers-associa>, pada 5 Mei 2011, pukul 14:39 WIB

²⁰⁴ *Ibid*

terhadap agen pemerintah dan apabila lobi-lobi tadi dilakukan dengan cara yang sepantasnya –misalnya tidak dengan memberikan suap terhadap pejabat tertentu– maka lobi tersebut sah-sah saja terlebih hal tersebut secara artikulatif dibenarkan dalam *The California Automobile Franchise Act*.²⁰⁵

Kasus lain adalah *Southern Motor Carriers Rate Conference v. United States*, 471 U.S. 48 (1985). Dalam kasus ini, beberapa perusahaan penyedia jasa pengangkutan dengan truk yang tergabung dalam *Southern Motor Carriers Rate Conference* membuat proposal untuk secara bersama-sama membuat biro tarif (*rate bureau*) kepada Komisi Pelayanan Publik (*Public Service Commission*) di North Carolina, Georgia, Tennessee, dan Mississippi. Biro penetapan tarif tadi diotorasi oleh Komisi Pelayanan Publik keberadaannya meskipun sebenarnya penetapan tarif tersebut tidak diharuskan dengan peraturan manapun di negara-negara bagian tadi sebelumnya.²⁰⁶

Pemerintah Amerika Serikat, lewat Departemen Kehakiman, menyatakan keberadaan biro tadi adalah pelanggaran terhadap Hukum Persaingan Usaha. Perusahaan-perusahaan tadi merespon dengan menyatakan tindakan mereka memiliki imunitas dari penegakan Hukum Persaingan Usaha di tingkat federal dengan berdasarkan *State Action Doctrine*. Pengadilan Distrik Federal²⁰⁷ memutus perkara yang memenangkan Pemerintah Amerika Serikat. Pengadilan Banding mengafirmasi Pengadilan Distrik Federal dengan berargumentasi bahwa adanya unsur ‘keharusan’ (*compulsion*) untuk menjalankan peraturan tertentu merupakan unsur yang wajib ada dalam menjustifikasi sebuah tindakan tertentu memiliki imunitas dari penegakan Hukum Persaingan Usaha. Pengadilan menyatakan, *two-pronged test* atau *Midcal Test* hanya terpenuhi ketika ada unsur ‘keharusan’ dalam

²⁰⁵ Garland, “...State Action: Economic Efficiency...”, hal. 491.

²⁰⁶ 471 U.S. 48 – *Southern Motor Carriers Conference Inc. v. United States*, diunduh dari <http://openjurist.org/471/us/48/southern-motor-carriers-rate-conference-inc-v-united-states>, pada 5 Mei 2011 pukul 15 : 22 WIB.

²⁰⁷ Pengadilan Distrik Federal (*Federal District Court*) adalah pengadilan di tingkat negara bagian –harus dibedakan dengan *State District Court*- yang yurisdiksinya adalah melakukan pemeriksaan terhadap perkara di mana negara (*United States*) menjadi pihak yang berperkara; lihat di “District Court,” <http://www.uscourts.gov/FederalCourts/UnderstandingtheFederalCourts/DistrictCourts.aspx>, diunduh pada 5 Mei 2011 pukul 15:26 WIB.

bertindak atau dalam kata lain hanya terpenuhi ketika pengusaha hanya bertindak untuk menjalankan peraturan tertentu dari pemerintah.²⁰⁸

Namun, Mahkamah Agung tetap menganggap biro penentuan tarif tadi kebal dari penegakan Hukum Persaingan Usaha berdasarkan *State Action Doctrine*. *Midcal Test* haruslah digunakan untuk menentukan apakah tindakan pembentukan biro tarif yang berarti telah terdapat tindakan penetapan harga (*price fixing*) yang murni dilakukan oleh swasta benar-benar dikecualikan dari ketentuan hukum persaingan usaha di tingkat federal. Lebih lanjut, tindakan dari pihak swasta seperti dalam kasus ini dapat dikatakan memenuhi unsur menjalankan kebijakan pemerintah yang artikulatif (*clearly articulated state policy*) meskipun tidak ada unsur keharusan menjalankan regulasi yang telah ada sejak awal seperti dalam kasus *Parker v. Brown*.

Dalam kasus ini Komisi di North Carolina, Georgia, dan Tennessee dengan tegas memberikan izin pembentukan biro penetapan tarif di sana. Mississippi, meskipun tidak secara eksplisit mengeluarkan izin pembentukan biro tarif tadi memiliki peraturan yang ditafsirkan oleh Mahkamah Agung sebagai intensi untuk mengecualikan persaingan dengan adanya *The Mississippi Motor Carrier Regulatory Law of 1938* yang memungkinkan Komisi Pelayanan Publik di Mississippi untuk meregulasi tarif dari jasa transportasi. Dengan adanya aturan ini, Mahkamah Agung menilai bahwa pada dasarnya terdapat intensi untuk meregulasi harga ketimbang melepaskannya pada mekanisme pasar. Meskipun Komisi di Mississippi tidak secara eksplisit mengeluarkan izin otorasi, Mahkamah Agung menilai jikalau pengecualian terhadap kompetisi jelas-jelas memiliki peluang untuk ditentukan oleh pemerintah ketimbang diserahkan kepada mekanisme pasar maka tidak perlu otorasi secara spesifik lagi.²⁰⁹

²⁰⁸ 471 U.S. 48 – Southern Motor Carriers Conference Inc. v. United States.

²⁰⁹ Pendapat asli dari Mahkamah Agung tadi adalah sebagai berikut: “*The Mississippi Motor Carrier Regulatory Law of 1938 gives the State Public Service Commission authority to regulate common carriers. The statute provides that the Commission is to prescribe "just and reasonable" rates for the intrastate transportation of general commodities. The legislature thus made clear its intent that intrastate rates would be determined by a regulatory agency, rather than by the market. The details of the inherently anticompetitive rate-setting process, however, are left to the agency's discretion. The State Commission has exercised its discretion by actively encouraging collective ratemaking among common carriers. See Response of the State of*

Dalam memulai bukunya, *Principles of Antitrust Law*, Stephen F. Ross bahkan menyatakan dengan tegas bahwa hukum persaingan usaha bukanlah soal ekonomi melainkan soal kekuatan (*antitrust is not about economics, but about power*). Kebijakan persaingan, karena itu, adalah persoalan bagaimana individu swasta atau privat atau bisa kita sebut pelaku usaha memiliki kemampuan untuk meraih dan mempertahankan kekuatan ekonominya sedangkan masyarakat secara luas –termasuk pula konsumen maupun pelaku usaha lain yang menjadi pesaingnya- memiliki hak, lewat pengadilan, untuk mengetahui secara menyeluruh apakah kekuatan ekonomi tadi diraih dan dipertahankan dengan cara-cara yang tidak melanggar atau melawan kebijakan di bidang Hukum Persaingan Usaha.²¹⁰

Ketika kita membicarakan Hukum Persaingan Usaha, banyak teoritis yang menyatakan pembicaraan kita akan memasuki ranah “ekonomi politik” (*political economy*), sebuah gerakan pemikiran yang berkembang sejak terbitnya buku *Traité de l'économie Politique* karangan Antoine de Montchrétien pada tahun 1615. Adam Smith, David Ricardo, dan Karl Marx merupakan eksponen selanjutnya dari gerakan pemikiran ini. Ekonomi politik secara definitif berarti sebuah studi interdisipliner yang merentang pembahasannya dari ranah ekonomi, hukum, dan ilmu politik yang berupaya menjelaskan bagaimana institusi politik, lingkungan perpolitikan, dan sistem ideologi ekonomi –kapitalis, sosialis, maupun campuran- mempengaruhi satu sama lain.²¹¹

Topik-topik yang sering dianggap “tradisional” dan lumrah dalam pembahasan ekonomi politik antara lain adalah seperti bagaimana pemilihan umum di sebuah negara memengaruhi kebijakan ekonomi, faktor-faktor ekonomu yang mempengaruhi hasil pemilihan umum, lingkaran bisnis dan politik,

Mississippi and the Mississippi Public Service Comm'n as Amici Curiae in District Court, No. 76-1909A (ND Ga.1977), p. 11. We do not believe that the actions petitioners took pursuant to this regulatory program should be deprived of Parker immunity. A private party acting pursuant to an anticompetitive regulatory program need not "point to a specific, detailed legislative authorization" for its challenged conduct.” Diunduh dari *Ibid* pada 5 Mei 2011 pukul 16 : 06 WIB

²¹⁰ Ross, *Principle of Antitrust Law*, hal. 1.

²¹¹ William D. Nordhaus, "Alternative Approaches to the Political Business Cycle," *Brookings Papers on Economic Activity*, No.2, (1989), hal.1 [http : //econpapers.riepc.org/paper/cwlcwldpp/927htm](http://econpapers.riepc.org/paper/cwlcwldpp/927htm), diunduh pada 11 Mei 2011 pukul 0:55 WIB.

independensi bank sentral, kebijakan fiskal, dan bagaimana mekanisme politik dapat menghambat pertumbuhan ekonomi.

Semenjak tahun 1990-an, pembahasan dari ekonomi politik juga merambah pembahasan-pembahasan soal kebijakan publik seperti monopoli negara, dan kebijakan intervensionis lain seperti proteksi pasar hingga masalah korupsi di institusi negara hingga lahirnya pemburu rente (*rent seeking*) yang memanfaatkan kedekatan yang murni bermotif bisnis dengan pemerintah. Pendekatan ekonomi politik juga berusaha selalu mempertanyakan bagaimana perencana sosial (*social planner*) yang bisa diejawantahkan dalam pemerintah memang benar-benar menghasilkan kebijakan yang merepresentasikan kepentingan umum atau hanya merepresentasikan kepentingan pihak-pihak tertentu (*special interests*).²¹²

Salah satu asumsi umum yang membawa perdebatan terhadap eksistensi Hukum Persaingan Usaha adalah dasar keberlakuannya di tengah masyarakat. Pandangan tradisional berargumentasi bahwa ekonomi hanya boleh dikontrol dengan mekanisme pasar dan karena itu Hukum Persaingan Usaha berfungsi sebagai langkah pencegahan adanya pelaku usaha membatasi mekanisme di dalam pasar tadi dan karenanya pasar haruslah bersih dari regulasi dalam bentuk apapun. Di sisi lain terdapat pula pandangan dari sekelompok teoritis yang disebut *Chicago School* yang berpandangan bahwa peranan Hukum Persaingan Usaha sendiri harus dibatasi karena mereka merasa justru penegakannya adalah gangguan terhadap pasar yang harusnya dibiarkan steril dan sebenarnya Hukum Persaingan Usaha justru melegitimasi intervensi yang besar dari negara terhadap pasar.

Perdebatan lain yang muncul menyangkut eksistensi dari Hukum Persaingan Usaha adalah berkaitan dengan peran apa yang paling tepat dari pengadilan –yang memeriksa kasus-kasus Hukum Persaingan Usaha- di tengah masyarakat. Para pendukung *Chicago School* menginginkan adanya pendekatan efisiensi ekonomi seperti satu-satunya pendekatan yang menjadi dasar pengadilan

²¹² Alberto F. Alesina "Political Economy," *NBER Reporter*, No. 3, (2007), hal.4, <http://www.nber.org/reporter/2007number3/2007number3.pdf>, diunduh pada 11 Mei 2011 pukul 1:02 WIB.

dalam memutus kasus-kasus Hukum Persaingan Usaha. Adanya pendekatan lain – seperti pendekatan kesejahteraan konsumen- ditakutkan akan menimbulkan inkonsistensi pengadilan dalam memutus kasus-kasus Hukum Persaingan Usaha dari waktu ke waktu.

Daniel Oliver, Ketua *Federal Trade Commission* (FTC) di era Presiden Reagan, berargumentasi bahwa kepentingan masyarakat di dalam pasar haruslah menjadi yang paling utama di depan hak-hak ekonomi maupun politik dari individu atau kelompok tertentu. Karena itu Oliver menyatakan, hanyalah pengadilan yang dapat memberikan justifikasi sejauh mana tindakan tertentu yang berkaitan dengan penegakan Hukum Persaingan Usaha adalah murni pelaksanaan hak-hak ekonomi dan politik atau sebuah tindakan yang melanggar aturan main Hukum Persaingan Usaha dan karenanya dapat dinilai memiliki eksese yang negatif terhadap kepentingan masyarakat secara umum di dalam pasar. Akhirnya, dalam studi terkait Hukum Persaingan Usaha, persoalan yang akan selalu muncul adalah sejauh mana pasar dapat memperbaiki dirinya sendiri tanpa ada intervensi anasir-anasir lain seperti regulasi pemerintah atau penegakan di bidang Hukum Persaingan Usaha itu sendiri di pengadilan dan sejauh mana pengadilan dapat mengerti bagaimana pasar bekerja dan menilai apakah tindakan bisnis tertentu dapat dijustifikasi sebagai tindakan yang membahayakan pasar dan masyarakat. Dengan argumentasinya tersebut, Oliver mengampanyekan ukuran yang disebut dalam *Clayton Act* yaitu sejauh mana tindakan tertentu memiliki efek yang substansial dalam mengurangi kompetisi di dalam pasar (*substantially lessen competition*) menjadi pondasi dalam setiap putusan pengadilan terkait Hukum Persaingan Usaha.²¹³

Salah satu pernyataan hukum yang paling terkemuka terkait hadirnya dimensi politis dalam Hukum Persaingan Usaha dapat kita temukan dalam kasus *United States v. Aluminium Co. Of America (Alcoa)*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945), dimana dalam kasus ini Hakim Learned Hand memberikan pertanyaan bahwa konsolidasi industri yang besar bukanlah tujuan politik juga ekonomi Amerika Serikat. Pendapat Hakim Hand ini kemudian mendapat banyak kritikan dari

²¹³ Ross, *Principle of Antitrust Law*, hal. 2.

pandangan-pandangan yang murni ingin memandang Hukum Persaingan Usaha dari sisi ekonomi ketimbang politik. Salah satu kritik muncul di kemudian hari dari ekonom yang juga sempat memimpin Bank Sentral (*Federal Reserve*) di Amerika Serikat, Alan Greenspan, yang menyatakan bahwa perspektif Hakim Hand yang anti besar tadi harus dibuang jauh-jauh dari penegakan Hukum Persaingan Usaha karena hal tersebut sama saja dengan menghukum orang tak bersalah yang mana adalah pelaku usaha yang menjalankan bisnisnya dengan efisien.²¹⁴

Dekatnya Hukum Persaingan Usaha dengan hal-hal yang keluar dari pertimbangan secara ekonomi juga bisa kita lihat dalam perubahan atau amandemen *Section 7 of Clayton Act* pada tahun 1950 oleh kongres di Amerika Serikat. Kongres berpendapat bahwa di masa ketika kegiatan perekonomian dikuasai oleh beberapa perusahaan raksasa yang mana di saat itu terdapat kondisi ekonomi nasional yang buruk dan tidak berjalan semestinya, hal tersebut cenderung akan menghadirkan totalitarisme baru di dalam diri swasta. Kongres berpendapat, ketika perusahaan-perusahaan raksasa tadi tumbuh dan mendominasi hampir semua keran produksi di Amerika Serikat, maka tidaklah mungkin mereka bebas dari pertanggungjawaban. Secara minimum mereka harus melaporkan secara lebih rinci kepada otoritas persaingan ketimbang saat kondisi perekonomian negara sedang dalam kondisi normal dan mereka pun akan lebih sering menjadi subjek investigasi dan pemeriksaan berkala yang dilakukan oleh otoritas persaingan. Kebijakan amandemen *Section 7 of Clayton Act* tadi merupakan salah satu basis pemikiran lahirnya modifikasi penegakan Hukum Persaingan Usaha seperti adanya notifikasi terhadap merger perusahaan-perusahaan besar yang mungkin akan menimbulkan konsentrasi yang tinggi di pasar dan perlindungan terhadap pelaku-pelaku usaha kecil dengan misalnya mengecualikan kegiatan mereka dari penegakan Hukum Persaingan Usaha.²¹⁵

Capture Theory lahir dari adanya pandangan teoritis yang menilai bahwa Hukum Persaingan Usaha sekalipun tidak melulu dapat dilihat lewat kaca mata

²¹⁴ Robert Pitofsky, "The Political Content of Antitrust", *University of Pennsylvania Law Review*, Vol. 127, No. 4, (1979), hal. 3.

²¹⁵ *Ibid*, hal. 6.

ekonomi, namun dia juga tetap harus dikaji dengan “bahasa politik”. Dalam konstruksi ekonomi pasar di mana aktor-aktor di dalamnya adalah mereka yang berusaha memaksimalkan utilitasnya secara pribadi, yang paling penting adalah bagaimana tindakan yang mementingkan diri pribadi tadi (*self-interested conduct*) dapat memaksimalkan kepentingan masyarakat secara agregatif untuk tercapainya kesejahteraan sosial (*social welfare*). Interaksi antara tindakan yang mementingkan diri pribadi tadi dan pencapaian kesejahteraan sosial sudah jauh hari menjadi studi dari penganjur ekonomi pasar, Adam Smith.²¹⁶

Intinya, individu (termasuk pula perusahaan) mungkin saja benar-benar hanya mementingkan diri sendiri, tetapi dalam kondisi pasar yang teregulasi secara baik –misalnya dengan penegakan Hukum Persaingan Usaha- dia tidak dapat memenuhi kebutuhan pribadinya tersebut tanpa memberikan keuntungan bagi masyarakat lain sama seperti dirinya. Analogi mudahnya adalah sebuah perusahaan untuk tetap bertahan harus mengoptimalkan efisiensi produksinya demi meraih konsumen sebanyak mungkin. Ketika dia hanya mementingkan diri sendiri tanpa memperhatikan keinginan konsumen, maka dia terancam akan gulung tikar.²¹⁷

Untuk berjalannya interaksi antara *self-interested conduct* dan *social welfare* tadi, maka peranan pemerintah sebagai regulator amatlah signifikan. Konsepsi normatif dalam memandang peranan pemerintah tadi adalah pemerintah akan selalu hadir untuk melindungi kepentingan masyarakat secara umum. Namun, seperti sempat disinggung sebelumnya, terdapat pula pandangan skeptis yang menganggap pemerintah tak lebih dari aktor lain yang berada di dalam pasar.

Salah satu pandangan yang cenderung skeptis tadi lahir dari Frank Michelman yang menyatakan bahwa mekanisme politik yang baik harus dilihat

²¹⁶ Adam Smith menulis:” *By directing that industry in such manner as its produce may be the greatest value, he intends only his own gain, and he is in this, as in many other cases, led to promote and end (maximizing social utility) that was no part of his intention,*” lihat Adam Smith, *An Inquiry Into The Nature and Causes of The Wealth of Nations*, (Chicago: University of Chicago Press, 1976), hal. 477

²¹⁷ Richard A. Posner, “Utilitarianism, Economics, and Legal Theory”, *Journal of Legal Studies*, Vol. 103, No. 132 (1979), hal. 8.

layaknya mekanisme di dalam pasar di mana terdapat banyak kepentingan dan motivasi yang harus dipandang partikular. Hal ini melahirkan pandangan bahwa institusi publik seperti pemerintah haruslah juga dipandang layaknya aktor ekonomi yang memiliki motivasi pribadi (*self-interested motivation*).²¹⁸

Sebuah kasus yang melahirkan skeptisisme terhadap pemerintah tersebut dapat kita temukan dalam masa-masa awal sistem hukum di Amerika Serikat yaitu dalam kasus *Fletcher v. Peck*, 10 U.S. 87 (1810).²¹⁹ Dalam kasus terdapat *Yazoo Land Act* yang memungkinkan pemerintah dari Georgia untuk menjual lahan yang ia miliki berdasarkan peraturan tadi kepada beberapa pengembang. Pada tahun 1795, John Peck membeli tanah tadi dan kemudian menjualnya kembali kepada Robert Fletcher. Pada tahun 1803, Fletcher menggugat Peck karena mengklaim tanah tersebut tidak memiliki alas hak yang sah karena sebenarnya *Yazoo Land Act* sendiri sudah tidak berlaku karena sudah dinyatakan tidak sah oleh legislatif di Georgia. Dalam kasus ini, Mahkamah Agung memutuskan untuk mencabut *Yazoo Land Act* dan menyatakan tindakan pemerintah negara bagian Georgia yang menjual lahan tersebut tidaklah sah karena dalam proses pembentukan *Yazoo Land Act* terdapat intervensi pihak swasta yang menjanjikan keuntungan dari lahan tadi kepada beberapa anggota legislatif di Georgia apabila *Yazoo Land Act* dapat dilahirkan.²²⁰

Sejatinya segala bentuk regulasi atau peraturan memiliki dimensi kepentingan orang banyak, atau batasan minimalnya adalah peraturan di negara tertentu haruslah dapat memperhatikan kepentingan seluruh warga negara tanpa terkecuali. Dalam konteks Hukum Persaingan Usaha, sebuah peraturan tertentu yang mengecualikan sebuah tindakan dari rezim penegakan Hukum Persaingan Usaha adalah dihasilkan dengan pertimbangan apabila tindakan tersebut dikecualikan maka kesejahteraan umum (*total welfare*) yang mencakup juga kesejahteraan sosial (*social welfare*) dapat lebih penuh ketimbang dalam kondisi

²¹⁸ Frank Michelman, "Law's Republic", *The Yale Law Journal Company, Inc*, Vol. 98, No. 4, (1988), hal. 1542.

²¹⁹ Steven Semeraro, "Demistifying Antitrust...", hal. 222.

²²⁰ 10 U.S. 87, *Fletcher v. Peck*, http://www.oyez.org/cases/1792-1850/1810/1810_0, diunduh pada 10 Mei 2011, pukul 18:02 WIB.

persaingan yang diserahkan ke dalam mekanisme pasar yang bebas dari intervensi negara.

Maka itu, secara normatif *State Action Doctrine* harusnya dipandang sebagai upaya negara dalam mengedepankan kesejahteraan umum yang mencakup kesejahteraan secara sosial tadi. Namun, bagi para penganjur pendekatan *Capture Theory*, hal tersebut adalah naif apabila terus dikedepankan. *Capture Theory* sendiri hadir sebagai upaya untuk memberikan alternatif lain dalam memandang keberlakuan *State Action Doctrine* sebagai alasan untuk mengecualikan tindakan tertentu dari penegakan Hukum Persaingan Usaha.

Lahirnya *Capture Theory* yang memandang institusi publik seperti pemerintah layaknya aktor ekonomi yang memiliki motivasi pribadi (*self-interested motivation*) dapat kita telusuri dari dasar ilmu ekonomi itu sendiri yang menganggap setiap orang adalah makhluk ekonomi yang bertujuan melakukan optimalisasi diri pribadi meskipun mereka berada dalam sebuah kolektifitas kelompok tertentu, atau oleh Grady Klein dan Yoram Bauman secara sederhana disebut sebagai “individu pengoptimal”.²²¹

McGowen, Lemley, dan Wiley mengasumsikan semua aktor yang menjalankan pemerintahan rentan terhadap lobi-lobi yang dilakukan oleh pihak eksternal –termasuk pengusaha– untuk mempengaruhi mereka melakukan tindakan tertentu seperti menciptakan regulasi yang menguntungkan pelobi tadi. Bahkan, secara tegas, Wiley mengasumsikan bahwa dalam konteks penegakan Hukum Persaingan Usaha, apabila terdapat sebuah regulasi yang terang-terangan lebih memberikan surplus kepada produsen ketimbang konsumen, maka hal tersebut adalah terbuktinya *Capture Theory* tanpa harus lagi memusingkan apakah regulasi tersebut adalah merupakan hasil lobi pihak eksternal.

Apabila pembicaraan kita murni soal perekonomian, maka adalah masuk akal untuk menyatakan tindakan “individu pengoptimal” yang mementingkan diri pribadi tadi mau tidak mau dalam tindakannya harus memperhatikan kepentingan orang lain pula, misalnya dalam hubungan antara produsen dan konsumen.

²²¹ Grady Klein & Yoram Bauman, *Kartun Ekonomi Jilid Satu: Mikroekonomi [The Cartoon Introduction to Economics Volume One: Microeconomics]*, diterjemahkan oleh Asha Fortuna, (Jakarta: Kepustakaan Populer Gramedia, 2011), hal. 3.

Namun, ketika anasir politik masuk –dan seperti telah disebutkan sebelumnya dalam konteks Hukum Persaingan Usaha sangatlah dekat dengan politik- adalah naif untuk menyatakan sebuah perilaku “individu pengoptimal” akan bertransformasi menjadi maksimalisasi kesejahteraan secara umum.²²²

Terkait kemungkinan adanya lobi dari pihak eksternal seperti pengusaha terhadap pemerintah tadi memiliki relevansi dengan konsentrasi kekuatan ekonomi di dalam pasar. Meskipun sulit untuk dibuktikan, selalu ada peluang bagi kekuatan ekonomi yang terkonsentrasi secara masif untuk membahayakan sistem yang demokratis. Bahkan, sebuah konsentrasi ekonomi yang begitu kuat di dalam struktur pasar yang monopolistis bertendensi untuk melahirkan totaliteranisme baru di mana monopoli pemerintah berganti menjadi monopoli swasta dan keduanya cenderung melahirkan perekonomian yang tidak efisien dan menjauhi kesejahteraan total.

Seperti ditulis oleh Lindblom, demokrasi adalah sistem yang sebenarnya mempersempit keberadaan otoritas tertentu. Demokrasi adalah sistem yang berusaha untuk mengontrol otoritas. Sistem demokrasi menginginkan desentralisasi, difusi (penyebaran) kekuatan, dan kesepakatan bersama bahwa hak-hak individual akan lebih diutamakan ketimbang kolektivitas nasional.²²³

Pendapat Lindblom tadi sejalan dengan salah satu tujuan penegakan Hukum Persaingan Usaha di Amerika Serikat yang sering disebut sebagai *Madisonian Dispersion of Economic Power*. Tujuan dengan pendekatan ini

²²² Amandemen Pertama Konstitusi Amerika Serikat memasukkan hak untuk mendebat isu-isu publik, memberikan permohonan resmi atau petisi kepada pemerintah, dan mencari cara untuk mempengaruhi hasil dari proses politik. Dengan kata lain dalam konteks di Amerika Serikat-pun lobi-lobi yang dilakukan oleh “individu pengoptimal” kepada pemerintah bukanlah sesuatu yang tabu selama dia tidak melanggar hukum seperti dengan memberikan suap.

Di Indonesia hal yang dapat ditafsirkan serupa dapat kita temukan dalam konstitusi kita, Undang-Undang Dasar Republik Indonesia Tahun 1945 (UUD 1945), antara lain:

- a) Kemerdekaan berserikat dan berkumpul, mengeluarkan pikiran dengan lisan dan tulisan dan sebagainya ditetapkan dengan undang-undang (Pasal 28);
- b) Setiap orang berhak untuk memajukan dirinya dalam memperjuangkan haknya secara kolektif untuk membangun masyarakat, bangsa, dan negaranya (Pasal 28C ayat (2));

Mengutuk adanya lobi tertentu dari “individu pengoptimal” terhadap pemerintah yang nantinya akan mempengaruhi hasil dari kebijakan pemerintah itu sendiri seperti misalnya dengan pemikiran penganjur *Capture Theory* sendiri masih diperdebatkan karena pada dasarnya secara konstitusional setiap orang-pun diberikan kebebasan untuk memperjuangkan hak-nya. Lihat Garland, “...State Action: Economic Efficiency...”, hal. 512.

²²³ Charles Lindbloom, *Politics and Markets : The World's Political Economic Systems*, (New York: Basicbooks, 1980), hal. 165.

merupakan tujuan non-ekonomi dari Hukum Persaingan Usaha yaitu untuk melakukan pemerataan atau penyebarluasan (*dispersion*) dari kekuatan ekonomi. Dengan melakukan pemerataan dari kekuatan ekonomi tadi, Hukum Persaingan Usaha diharapkan dapat meminimalisasi konsentrasi ekonomi yang cenderung tidak pro-persaingan atau justru mematikan persaingan. Pandangan ini beranjak dari pemikiran bahwa keputusan-keputusan ekonomi dari “individu pengoptimal” tadi harus lebih dipengaruhi oleh mekanisme hukum permintaan dan penawaran di dalam pasar ketimbang diskresi yang amat besar dari individu atau kelompok tertentu.²²⁴ Hukum Persaingan Usaha harus mampu, secara preventif, meminimalisasi konsentrasi yang terjadi di dalam pasar atau, secara kuratif, meminimalisasi perilaku mematikan persaingan dari konsentrasi ekonomi yang terlalu besar yang bahkan, dalam beberapa kasus, dapat mempengaruhi keputusan pemerintah. Dengan kata lain pendekatan *Madisonian Dispersion of Economic Power* sebagai tujuan Hukum Persaingan Usaha harus mampu memastikan pemerintah mengambil kebijakan –termasuk dalam konteks *State Action Doctrine* dalam Hukum Persaingan Usaha - dengan selalu melihat kondisi realitas di dalam pasar ketimbang dipengaruhi oleh “individu pengoptimal” tertentu.²²⁵

Adanya lobi yang dilakukan pihak pengusaha terhadap pemerintah untuk mempengaruhi kebijakannya tersebut bukanlah lagi sebuah hal yang baru dalam konteks penegakan Hukum Persaingan Usaha di Amerika Serikat. Terdapat kasus *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight*, 365 U.S. 127 (1961) yang berkaitan dengan adanya klaim bahwa terlapor kebal terhadap penegakan Hukum Persaingan Usaha. Dua puluh empat pengelola lintasan kereta (*railroad*) api dan sebuah asosiasi pemimpin pengelolaan lintasan kereta api melakukan kampanye intinya bertujuan mempengaruhi regulasi di negara bagian yang berkaitan dengan batas angkut dari truk dan tarifisasi pajak pada truk berat dan untuk mendorong penegakan hukum negara bagian yang lebih rigid untuk menghukum truk yang membawa beban yang kelebihan (*overweight*) dan

²²⁴ Ross, *Principle of Antitrust Law*, hal. 8.

²²⁵ 365 U.S. 127 *Eastern Railroad Presidents Conference v. Noerr Motor Freight*, <http://openjurist.org/365/us/127/eastern-railroad-presidents-conference-v-noerr-motor-freight-inc>, diunduh pada 12 Mei 2011 Pukul 16 : 16 WIB.

pelanggaran lalu lintas lainnya. Pengusaha truk menilai tindakan dari perusahaan pengelolaan lintasan kereta api ini bertujuan menghambat persaingan yang terjadi untuk merebut konsumen yang harus memilih apakah menggunakan kereta api atau jasa truk untuk bisnis angkutan jarak jauh.²²⁶

Namun, perusahaan pengelolaan lintasan kereta api menyatakan bahwa tindakan mereka bertujuan untuk menginformasi publik dan legislatif di negara bagian terkait dampak yang diakibatkan kegiatan perusahaan truk seperti jalanan yang rusak akibat dilewati truk-truk yang kelebihan berat angkutan.²²⁷ Mahkamah Agung memulai konstruksi pendapatnya dengan mengatakan bahwa segala usaha untuk mempengaruhi kebijakan pemerintah tidaklah melanggar hukum. Tindakan yang dilakukan oleh pengelola jasa lintasan kereta api tadi memang seolah-olah berusaha menciptakan hambatan perdagangan (*restraint of trade*) bagi perusahaan-perusahaan truk, terlebih lagi pengelola jasa lintasan kereta api merupakan dua pelaku usaha yang saling bersaing dalam bisnis angkutan jarak jauh. Namun, Mahkamah Agung berpendapat selama tindakan tersebut dilakukan dengan prosedur yang semestinya maka tindakan tersebut adalah diperbolehkan dan seyogyanya dianggap sebagai derivasi imunitas berdasarkan *State Action Doctrine*.

Dengan kata lain, apabila dua atau tiga individu bersatu untuk mempengaruhi kebijakan pemerintah, maka hal tersebut diperbolehkan sesuai dengan Amandemen Pertama Konstitusi di Amerika Serikat. Kemungkinan untuk mempengaruhi tindakan pemerintah yang seakan mengecualikan tindakan tertentu dari penegakan Hukum Persaingan Usaha –seperti tindakan kolusif para pengelola lintasan perkeretaapian yang berusaha menghambat usaha kompetitornya yang dalam hal ini adalah perusahaan-perusahaan truk- ini lebih dikenal dengan sebutan *Noerr-Pennington Doctrine*.²²⁸

Mahkamah Agung berpendapat bahwa untuk mempengaruhi kebijakan pemerintah dengan dasar *Noerr-Pennington Doctrine* syaratnya adalah: (1)

²²⁶ *Ibid*

²²⁷ *Ibid*

²²⁸ Hylton, *Antitrust Law: Economic Theory...*, hal. 354.

Pengaruh lewat lobi tadi menghasilkan aturan yang memang tidak melawan hukum; (2) pengaruh yang diberikan tidaklah relevan apabila ditujukan kepada aturan yang memang sudah tidak perlu dipertanyakan lagi atau memang sudah valid; (3) bentuk pengaruh yang dilakukan harus diarahkan ke pemerintah secara langsung dan bukannya secara langsung mempengaruhi posisi dari pesaingnya di pasar.²²⁹

Mahkamah Agung juga memberikan pendapat bahwa praktek-praktek yang tidak etis yang harus dianggap tidak relevan dengan pengertian *Noerr-Pennington Doctrine* adalah seperti: (1) penggunaan bukti pemberian paten yang palsu; (2) konspirasi dengan otoritas pemerintah pemberi izin yang tujuannya adalah mengeleminasi kompetitor; (3) mempengaruhi agen pemerintah dengan melakukan tindakan penyuapan.²³⁰

Pendekatan *State Action Doctrine* dengan menggunakan *Capture Theory* mau tidak mau membawa kita menilai pemerintah layaknya “individu pengoptimal”. Secara ekstrem hal tersebut seolah membawa kita ke dalam kepercayaan bahwa satu-satunya yang bisa kita percaya adalah angka-angka – dalam kata lain dapat kita sebut sebagai dampak ekonomi- ketimbang manusia itu sendiri.²³¹ Penganjur *Capture Theory* sendiri pada akhirnya mau tidak mau harus mengurangi skeptisismenya dan menawarkan pengadilan Hukum Persaingan Usaha (*antitrust court*) sebagai institusi yang dapat menilai apakah regulasi tertentu yang dibuat untuk mengecualikan kegiatan tertentu dari penegakan Hukum Persaingan Usaha dengan argumentasi *State Action Doctrine* benar-benar membawa kepentingan masyarakat secara luas.

²²⁹ *Ibid*, hal. 356.

²³⁰ *Ibid*, hal. 357.

²³¹ Model pemikiran seperti ini sejalan dengan para pemikir ekonomi liberal Amerika Serikat modern yang kebanyakan memandang bahwa satu-satunya yang dapat dipercaya adalah hitung-hitungan ekonomi yang matematis ketimbang manusia yang dianggap robotik dan cenderung selalu mementingkan diri sendiri. Ekonom-ekonom seperti Hayek, Nash, Rosenhan, menilai bahwa kecendrungan yang paling ekstrem adalah umat manusia akan saling mengkhianati satu sama lain demi kemaslahatan dirinya pribadi. Pendapat demikian dapat kita temukan dalam serial “The Trap : What Happened To Our Dream Of Freedom,” yang mengudara pada 11 Maret – 25 Maret 2007 di stasiun televisi Inggris *BBC Two* dan dapat dilihat di: <http://www.youtube.com/watch?v=tAE-xqFr0iQ>

Hal ini lahir dari pandangan teoritis Hukum Persaingan Usaha yang memandang pengadilan yang menangani kasus-kasus berkaitan dengan persaingan usaha adalah “pengadilan skeptis”. Pandangan tersebut lahir dengan membandingkan situasi normal dan situasi di mana terdapat anasir penegakan Hukum Persaingan Usaha di dalamnya. Contohnya, dalam situasi normal, segala bentuk campur tangan pemerintah terhadap kerja sama antara pelaku usaha harus dianggap sebagai sesuatu yang mengganggu azas kebebasan berkontrak. Namun, dalam konteks penegakan Hukum Persaingan Usaha, kerja sama pelaku usaha harus dilihat dengan kecurigaan (*suspiciously*) karena hal tersebut bertendensi untuk membahayakan pasar lewat tindakan-tindakan yang kolusif seperti praktek penetapan harga (*price fixing*), *trust*, dan kartel.²³²

Selain pengadilan Hukum Persaingan Usaha, Steve Semeraro dalam tulisannya juga menawarkan alternatif lain untuk mengawal penerapan *State Action Doctrine* seperti keberadaan Lembaga Swadaya Masyarakat yang mengkhususkan diri menilai apakah kebijakan tertentu dari pemerintah bertendensi untuk anti terhadap persaingan di pasar.²³³ Namun, dalam era di mana hampir setiap negara yang memiliki rezim Hukum Persaingan Usaha pada umumnya memiliki otoritas persaingan usaha yang dibentuk oleh pemerintah, maka sudah seharusnya otoritas persaingan usaha tadi memiliki indenpensi dan memiliki kemampuan untuk melakukan supervisi aktif dalam menilai apakah sebuah pengecualian berdasarkan *State Action Doctrine* masih relevan dipertahankan atau tidak.

3.3. STATE ACTION DOCTRINE DALAM HUKUM PERSAINGAN USAHA DI INDONESIA

3.3.1. Perbedaan Konsep *State* (Negara Bagian) di Amerika Serikat dan *State* (Negara Kesatuan) di Indonesia

State Action Doctrine yang lahir, berkembang, dan diterapkan dalam Hukum Persaingan Usaha di Amerika Serikat yang federal membuat kita harus

²³² Semeraro, “Demistifying Antitrust...,” hal. 270.

²³³ *Ibid*, hal. 278.

melihat konteks penggunaan “*state*” di sini secara berbeda apabila diterjemahkan dalam kajian Hukum Persaingan Usaha di negara kesatuan seperti Indonesia. Seperti telah dijelaskan sebelumnya, “*state*” dalam *State Action Doctrine* harus dibedakan dengan konsep *nation* seperti yang terdapat di negara kesatuan seperti Indonesia. “*State*” dalam hal ini berarti adalah misalnya “*New York State*” atau “Negara Bagian New York”.²³⁴

Negara Republik Indonesia berdasarkan Pasal 1 ayat (1) UUD 1945 ditegaskan sebagai negara kesatuan (*unitary state, eenheidstaat*) yang berbentuk republik. Dalam negara kesatuan, kekuasaan negara terbagi antara pemerintahan pusat dan pemerintahan daerah. Kekuasaan asli terdapat di tingkat pusat, sedangkan kekuasaan daerah mendapatkan kekuasaan dari pusat melalui penyerahan kekuasaan yang ditentukan secara tegas.²³⁵

Sebaliknya, dalam negara serikat (*federal state, bondstaat*) seperti Amerika Serikat, kekuasaan negara terbagi antara negara bagian dan pemerintahan federal. Kekuasaan asli ada di negara bagian sebagai badan hukum negara yang bersifat sendiri-sendiri yang secara bersama-sama membentuk pemerintahan federal dengan batas-batas kekuasaan yang disepakati bersama oleh negara-negara bagian dalam Konstitusi Federal. Urusan pertahanan, keuangan dan hubungan luar negeri di negara serikat selalu ditentukan sebagai urusan pemerintahan federal, sehingga dalam praktik pemerintahan federal cenderung sangat kuat keudukannya. Dalam pengalaman pada abad ke-20, di berbagai negara serikat timbul kecendrungan terjadinya sentralisasi pengelolaan kekuasaan negara ke tangan pemerintahan federal.²³⁶

Mengenai perbedaan antara federasi dengan negara kesatuan. R. Kranenburg mengemukakan dua kriteria sebagai berikut:

- a. Negara bagian sesuatu federasi memiliki *pouvoir constituent*, yakni wewenang membentuk undang-undang dasar sendiri serta wewenang

²³⁴ Jimly Asshiddiqie, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara*, (Jakarta: PT. Bhuana Ilmu Populer, 2007), hal. 282.

²³⁵ *Ibid*

²³⁶ *Ibid*, hal. 283.

mengatur bentuk organisasi sendiri dalam rangka dan batas-batas konstitusi federal, sedangkan dalam negara kesatuan organisasi bagian-bagian negara (yaitu pemerintah daerah) secara garis besarnya telah diterapkan oleh pembentuk undang-undang pusat;

- b. Dalam negara federal wewenang membentuk undang-undang pusat untuk mengatur hal-hal tertentu telah terperinci satu per satu dalam konstitusi federal, sedangkan dalam negara kesatuan wewenang pembentukan undang-undang pusat diterapkan dalam suatu rumusan umum dan wewenang pembentukan undang-undang rendahan (lokal) tergantung pada badan pembentuk undang-undang pusat itu.²³⁷

Lebih lanjut lagi, dalam negara federal wewenang legislatif terbagi dalam dua bagian, yakni antara badan legislatif pusat (federal) dan badan legislatif dari negara-negara bagian, sedangkan dalam negara kesatuan wewenang legislatif berada dalam tangan badan legislatif pusat, sedangkan kekuasaan badan legislatif rendahan (lokal) didasarkan atas penentuan dari badan legislatif pusat itu dalam bentuk undang-undang organik. Tetapi menurut Hans Kelsen:

Dalam negara federal tidak hanya wewenang legislatif saja yang dibagi antara negara federal dan negara-negara bagian, akan tetapi juga wewenang eksekutif dan administratif (*In the federal state it is not only the legislative competence that is divided between the federation and the component states, but also the judicial and the administrative competence*).

Ditinjau dari segi integrasi antara kesatuan-kesatuan politik yang bergabung itu, maka negara kesatuan integrasinya lebih kokoh daripada dalam negara federal. Bila ditinjau dari sudut kenegaraan dan sudut hukum, perbedaan antara negara federal dengan negara kesatuan (yang disentralisir) hanya perbedaan nisbi (relatif) saja. Hans Kelsen mengemukakan dalam hubungan ini bahwa: “Perbedaan antara negara federal dengan negara kesatuan yang disentralisir itu hanyalah perbedaan dalam tingkat desentralisasi.”

²³⁷ Miriam Budiarjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, (Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 2008), hal. 272

Dalam menjelaskan karakteristik dari sebuah negara federal tadi, C.F. Strong membaginya ke dalam dua hal:

- a. Cara bagaimana kekuasaan dibagi antara pemerintah federal dan pemerintah negara-negara bagian;
- b. Badan mana yang mempunyai wewenang untuk menyelesaikan perselisihan yang timbul antara pemerintah federal dan pemerintah negara-negara bagian.²³⁸

Berkaitan dengan poin a, jikalau antara pemerintah federal dan pemerintah negara bagian diadakan pembagian tugas yang terperinci secara materiil (*materiele taakverdeling*), pembagian kekuasaan dalam negara federal dapat dilakukan dengan dua cara, tergantung di mana letaknya sisa kekuasaan (*reserve of power*). Di Amerika Serikat, undang-undang dasar merinci satu per satu kekuasaan pemerintah federal (misalnya kekuasaan untuk mengurus soal hubungan luar negeri, mencetak uang dan sebagainya), sedangkan sisa kekuasaan yang tidak terperinci diserahkan kepada negara-negara bagian.²³⁹

Negara federal seperti ini dianggap lebih sempurna sifat federalnya daripada negara federal di mana sisa kekuasaannya terletak pada pemerintah federal, sebab maksud dari merinci kekuasaan itu justru untuk membatasi kekuasaan. Jadi, dalam hal ini perincian dari kekuasaan pemerintah federal dimaksudkan untuk membatasi kekuasaan pemerintah federal dan memperkuat kekuasaan negara-negara bagian. Selanjutnya, dalam membaca poin b terkait badan mana yang berwenang untuk menyelesaikan perselisihan yang timbul antara pemerintah federal dan pemerintah negara-negara bagian, maka jika wewenang itu terletak pada Mahkamah Agung di tingkat federal, seperti Amerika Serikat, maka negara federal yang seperti itu dianggap lebih sempurna sifat federalnya ketimbang negara-negara federal di mana wewenang tadi terletak pada dewan perwakilan rakyat federal seperti di Swiss.²⁴⁰

²³⁸ *Ibid*, hal. 273.

²³⁹ *Ibid*, hal. 276.

²⁴⁰ *Ibid*, hal. 277.

Bentuk negara Amerika Serikat umumnya dianggap sebagai federalisme yang paling sempurna. Ia mempunyai ciri-ciri federalis kuat, yaitu (1) sisa kekuasaan terletak di negara-negara bagian (2) kedudukan Mahkamah Agung Federal sebagai penafsir utama dari undang-undang dasar dalam memutuskan masalah kompetensi antara berbagai tingkat pemerintahan.

Jadi, pembagian kekuasaan menurut tingkat adalah paling sempurna. Di samping itu, dianggap bahwa pembagian kekuasaan menurut *Trias Politica* juga yang paling sempurna, dalam arti paling mendekati konsep seperti yang diajukan oleh Montesquieu. Pembagian kekuasaan berdasarkan *Trias Politica* dimaksudkan untuk lebih membatasi kekuasaan pemerintah federal terutama dalam hubungannya dengan badan legislatif dan badan yudikatif.

Sifat federalnya juga nampak dalam susunan badan legislatifnya (*Congress*) yang terdiri atas dua majelis, yaitu *House of Representatives* dan Senat. Senat, di mana semua negara bagian mendapat perwakilan yang sama, sangat berkuasa, lebih berkuasa daripada *House of Representatives*. Senatlah yang berwenang untuk menyetujui perjanjian internasional dan pengangkatan penting seperti hakim agung dan duta besar. Lagi pula masa jabatan anggota Senat adalah enam tahun, sedangkan anggota *House of Representatives* hanya dua tahun.²⁴¹

Undang-undang dasar menetapkan adanya suatu pengadilan federal yang berhak mengadili semua persoalan konstitusional. Mahkamah Agung federal merupakan pengadilan yang berfungsi sebagai penafsir utama dari undang-undang dasar dan dengan demikian lebih kuat kedudukannya daripada badan legislatif atau badan eksekutif.²⁴²

Dalam anggapannya para penyusun Undang-Undang Dasar Amerika memang kekuasaan pemerintah federal seharusnya sangatlah terbatas; tetapi perkembangan sejarah telah memutuskan lain. Pertama, perang saudara (*Civil War*, 1861-1865) telah menunjuk secara tegas bahwa tidak mungkin suatu negara bagian melepaskan diri dari federasi. Kedua, pada abad ke-20 ada gejala universal bahwa pemerintah pusat tambah hari tambah luas rangka kekuasaannya untuk

²⁴¹ *Ibid*, hal. 278.

²⁴² *Ibid*

dapat menanggulangi permasalahan-permasalahan ekonomi dan politik yang dihadapkan kepadanya. Amerika Serikat tidak luput dari gejala ini.²⁴³

Perkembangan ini terjadi secara jelas semasa pemerintahan Presiden Roosevelt (1933-1945). Roosevelt mengambil alih pimpinan negara waktu terjadi “*depression*” atau yang di sini terkenal dengan istilah “malaise”. Untuk mengatasi krisis ekonomi Roosevelt menyelenggarakan suatu kebijakan pembangunan besar-besaran di bidang perindustrian, pertanian, dan pekerjaan umum yang dinamakan *New Deal*. Pembangunan yang menelan biaya besar sekali sangat memengaruhi kehidupan ekonomi dan sosial baik di pusat maupun di negara bagian. Beberapa kalangan, termasuk mayoritas anggota Mahkamah Agung, tidak menyetujui kebijaksanaan Roosevelt ini, karena dengan demikian dikhawatirkan pemerintah federal terlalu banyak mencampuri urusan negara bagian serta melanggar hak-hak negara-negara bagian. Dalam tahun 1935 dan 1936 Mahkamah Agung memakai wewenangnya untuk menyatakan bahwa beberapa undang-undang, yaitu *Agricultural Adjustment Act* dan *National Industrial Recovery Act*, tidak sesuai dengan undang-undang dasar (*unconstitutional*).²⁴⁴

Presiden Roosevelt mencoba menyingkirkan hakim-hakim agung yang sudah lanjut usianya melalui suatu rancangan undang-undang yang memberi wewenang kepada presiden untuk mengangkat hakim tambahan kalau seorang hakim agung pada umur tujuh puluh tahun tidak mengundurkan diri karena lanjut usianya, dan hal ini memberi kesempatan kepada Presiden Roosevelt untuk menggantinya dengan hakim-hakim lain yang lebih bersimpati dengan politiknya. Tidak lama kemudian Amerika Serikat terlibat dalam Perang Dunia II sehingga dalam keadaan darurat ini dengan sendirinya kekuasaan pemerintah pusat (federal) bertambah. Semua kejadian ini telah memperkuat kedudukan pemerintah federal hingga sekarang.²⁴⁵

²⁴³ *Ibid*, hal. 280.

²⁴⁴ *Ibid*

²⁴⁵ *Ibid*

State Action Doctrine sebagai landasan dikecualikannya kegiatan tertentu dari penegakan Hukum Persaingan Usaha juga bermuara dari adanya porsi yang besar bagi negara bagian (*state*) dalam mengatur urusan perekonomiannya dalam konsep negara federal di Amerika Serikat. Namun, dalam memandang porsi besar yang diserahkan kepada negara bagian tadi untuk meregulasi perekonomiannya, perlu juga diperhatikan kepentingan Amerika Serikat sebagai sebuah entitas, seperti dinyatakan oleh Hakim Brandeis:

*“It is one of the happy incidents of the federal system that a single courageous State may, if its citizens choose, serve as a laboratory; and try novel social and economic experiments without risk to the rest of the country.”*²⁴⁶

Dari pernyataan Hakim Brandeis tadi, terlihat bahwa meskipun negara bagian diberikan porsi besar dalam mengatur urusan perekonomiannya secara lokal, namun hal tersebut tidaklah boleh memberikan implikasi negatif kepada Amerika Serikat sebagai sebuah negara. Untuk meminimalisir hal tersebut, diperlukan sebuah penelahaan berdasarkan penegakan Hukum Persaingan Usaha (*Antitrust Law*) –yang sifatnya mengikat secara federal- apakah kegiatan yang dikecualikan dari Hukum Persaingan Usaha dengan berdasarkan keberlakuan *State Action Doctrine* tadi tidak berdampak negatif, misalnya apabila dilihat dalam konteks kegiatan perdagangan di tingkat federal yang melibatkan antar negara bagian (*inter-state commerce*).²⁴⁷

Sebagai contoh adalah dalam kasus *Parker v. Brown*, 317 U.S. 341, 351 (1943), yang telah dijelaskan sebelumnya, di mana Mahkamah Agung Amerika Serikat menilai kebijakan pengaturan harga dan komoditas dari komisi perdagangan di California akan mempengaruhi perdagangan antar negara bagian dan karenanya –menggunakan prinsip federalisme- negara bagian tidak diizinkan untuk membatasi perdagangan tadi. Tindakan dari komisi perdagangan di negara bagian California tadi ditakutkan akan membuat konsumen di tingkat nasional

²⁴⁶ Thomas M. Jorde, “Antitrust and The New State Action Doctrine: A Return to Deferential Economic Federalism”, *California Law Review*, Vol. 75, No. 1, (1987), hal. 233.

²⁴⁷ Ross, *Principle of Antitrust Law*, hal. 498.

harus membayar lebih dengan adanya pembatasan produksi sehingga komoditas kismis akan langka di tingkat nasional.

Hal serupa juga dapat kita temukan dalam kasus *Cantor v. Detroit Edison Co.*, 428 U.S. 579 (1976). Mahkamah Agung AS, pertama-tama menyatakan bahwa *State Action Doctrine* dapat juga diterapkan dalam tindakan yang dilakukan oleh pihak swasta (privat). Dalam kasus ini *Detroit Edison Company*, sebuah perusahaan penyedia energi listrik, mendistribusikan lampu neon secara gratis ke konsumennya. Biaya dari lampu neon tadi turut disertakan ke dalam tarif listrik yang dibayar konsumen. Tarif listrik tadi termasuk biaya untuk program lampu neon telah diizinkan oleh Komisi Pelayanan Publik di Michigan, yang secara keseluruhan meregulasi distribusi listrik di negara bagian.²⁴⁸

Dengan alasan ini, *Detroit Edison* berkilah bahwa mereka hanya mengikuti arahan dari Komisi. Pelapor, *Cantor*, mengklaim *Detroit Edison* telah melakukan subsidi adanya keuntungan dari regulasi ke sektor yang pada dasarnya terdapat persaingan di dalamnya yaitu sektor penjualan lampu neon. Dalam kasus ini, Mahkamah Agung, AS, menyatakan bahwa tidaklah adil menyatakan perusahaan melanggar hukum federal ketika yang mereka lakukan pada dasarnya hanya mematuhi hukum negara bagian. Kedua, kongres tidak dapat memaksakan dilaksanakannya hukum federal ketika hukum negara bagian telah mengatur secara berbeda. Namun, dalam kasus ini pembelaan berdasarkan *State Action Doctrine* tidak diterima dengan alasan (1) Penyertaan biaya atas lampu neon lebih merupakan strategi bisnis ketimbang regulasi pemerintah karena yang diregulasi hanya penerapan tarif; (2) Keputusan untuk melakukan *tying* lampu neon ke dalam penyediaan jasa energi listrik tadi tidak merefleksikan skema kebijakan pemerintah federal di bidang ketenagalistrikan dan karenanya hanya memiliki sedikit importansi terhadap kerangka regulasi pemerintah federal.²⁴⁹

Indonesia sendiri seperti telah disebutkan sebelumnya adalah negara kesatuan bukanlah negara federal. Menurut C.F. Strong, negara kesatuan ialah

²⁴⁸ 428 U.S. 579 - *Cantor v. Detroit Edison Co.*, <http://supreme.justia.com/us/428/579/>, diunduh pada 16 Mei 2011 pukul 16:43 WIB.

²⁴⁹ Schwartz, "...State Action Doctrine In The Deregulated Electric...", hal. 1484.

bentuk negara di mana wewenang legislatif tertinggi dipusatkan dalam suatu badan legislatif nasional/pusat. Kekuasaan terletak pada pemerintahan pusat dan tidak pada pemerintahan daerah. Pemerintahan pusat mempunyai wewenang untuk menyerahkan sebagian kekuasaannya kepada daerah berdasarkan hak otonomi (negara kesatuan dengan sistem desentralisasi), tetapi pada tahap terakhir kekuasaan tertinggi tetap di tangan pemerintah pusat. Jadi kedaulatannya, baik kedaulatan ke dalam maupun kedaulatan ke luar, sepenuhnya terletak pada pemerintah pusat.²⁵⁰

Dengan demikian yang menjadi hakikat negara kesatuan ialah bahwa kedaulatannya tidak terbagi, atau dengan kata lain kekuasaan pemerintah pusat tidak dibatasi, karena konstitusi negara kesatuan tidak mengakui badan legislatif lain selain dari badan legislatif pusat. Jadi adanya kewenangan untuk membuat peraturan bagi daerahnya sendiri itu tidaklah berarti bahwa pemerintah daerah itu berdaulat, sebab pengawasan kekuasaan tertinggi masih tetap terletak di tangan pemerintah pusat.²⁵¹

C.F. Strong, akhirnya sampai pada kesimpulan bahwa ada dua ciri mutlak yang melekat pada negara kesatuan, yaitu: (1) Adanya supremasi dari dewan perwakilan rakyat pusat, dan (2) tidak adanya badan-badan lainnya yang berdaulat. Dengan demikian bagi para warga negaranya dalam negara kesatuan itu hanya ada satu pemerintah saja. Dan bila dibandingkan dengan federasi dan konfederasi, maka negara kesatuan itu merupakan bentuk negara di mana ikatan serta integrasi paling kokoh.²⁵²

Dengan adanya otonomi daerah, Indonesia sendiri dengan tegas menganut negara kesatuan dengan sistem desentralisasi. Hal ini berkenaan dengan pasal 18 ayat (1) UUD 1945 yang menyatakan bahwa Negara Kesatuan Republik Indonesia (NKRI) dibagi atas daerah-daerah provinsi dan daerah provinsi itu dibagi atas

²⁵⁰ Budiarjo, *Dasar-Dasar Ilmu Politik*, hal. 269.

²⁵¹ *Ibid*

²⁵² *Ibid*, hal. 270.

kabupaten dan kota, yang tiap-tiap provinsi, kabupaten, dan kota itu mempunyai pemerintahan daerah, yang diatur dengan undang-undang.²⁵³

Struktur hubungan kekuasaan antara pemerintahan pusat dengan provinsi dan kabupaten/kota ini bersifat pembagian yang bertingkat-tingkat, sehingga karena itu harus dilihat sebagai hubungan yang bersifat hierarkis. Konsep pembagian kekuasaan (*division of powers*) di sini bersifat vertikal dan hierarkis, dan terkait erat dengan kritik-kritik yang muncul sebagai akibat dari perumusan Undang-Undang Nomor 22 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah yang menentukan bahwa pola hubungan antara pemerintah pusat dan daerah provinsi serta kabupaten/kota yang sebelumnya bersifat horizontal. Sebagai akibat penerapan pengertian hubungan yang bersifat horizontal itu, timbul banyak efek samping di daerah-daerah, sehingga ketika perubahan Kedua UUD 1945 dibahas pada tahun 2000, kelemahan tersebut sangat memengaruhi, sehingga pilihan kata “dibagi” sebagaimana tersebut dalam pasal 18 ayat (1) UUD 1945 di atas dimaksudkan untuk mengembalikan lagi pola hubungan menjadi vertikal kembali.²⁵⁴

Terkait bentuk otonomi apa saja yang akan diberikan kepada pemerintah daerah ini, maka Pasal 18 ayat (5) UUD 1945 menyatakan bahwa pemerintah daerah menjalankan otonomi seluas-luasnya, kecuali urusan pemerintahan yang oleh undang-undang ditentukan sebagai urusan Pemerintah Pusat. Sebagaimana pasal 18 ayat (5) UUD 1945 tadi, ditegaskan pula dalam Pasal 10 ayat (1) Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 tentang Penyelenggaraan Pemerintahan Daerah, yang menyatakan pemerintahan daerah menyelenggarakan urusan pemerintahan yang menjadi kewenangannya, kecuali urusan pemerintahan yang oleh undang-undang ditentukan sebagai urusan pemerintah (pusat). Dalam menyelenggarakan urusan pemerintahan yang menjadi kewenangan daerah, pemerintahan daerah menjalankan otonomi seluas-luasnya untuk mengatur dan mengurus sendiri urusan pemerintahan berdasarkan asas otonomi dan tugas

²⁵³ Jimly Asshiddiqie, *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara*, hal. 428.

²⁵⁴ *Ibid*

pembantuan. Urusan pemerintahan yang menjadi urusan Pemerintah, menurut pasal 10 ayat (3) Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004, meliputi:

- a. Politik luar negeri;
- b. Pertahanan;
- c. Keamanan;
- d. Peradilan;
- e. Moneter dan fiskal nasional; dan
- f. Agama.

Dalam menyelenggarakan urusan pemerintah yang tersebut di atas, pemerintah menyelenggarakan sendiri atau dapat melimpahkan sebagian urusan pemerintahan yang tersebut di atas, pemerintah menyelenggarakan sendiri atau dapat melimpahkan sebagian urusan pemerintahan kepada perangkat pemerintah atau wakil pemerintah yang ada di daerah atau dapat menugaskan atau memberi penugasan kepada pemerintahan daerah dan/atau pemerintahan dasar untuk melaksanakannya. Dalam urusan pemerintahan yang menjadi kewenangan pemerintah di luar urusan pemerintahan tersebut, pemerintah pusat dapat:

1. Menyelenggarakan sendiri atau sebagian urusan pemerintahan;
2. Melimpahkan sebagian urusan pemerintahan kepada gubernur selaku wakil pemerintah; atau
3. Menugaskan sebagian urusan kepada pemerintahan daerah dan/atau pemerintahan desa berdasarkan asas tugas pembantuan.²⁵⁵

Selanjutnya urusan-urusan yang ditentukan bersifat wajib yang menjadi kewenangan pemerintahan daerah provinsi berdasarkan pasal 13 Undang-Undang Nomor 32 Tahun 2004 adalah:

1. Perencanaan dan pengendalian pembangunan;
2. Perencanaan, pemanfaatan, dan pengawasan tata ruang;
3. Penyelenggaraan ketertiban umum dan ketentraman masyarakat;
4. Penyediaan sarana dan prasarana umum;
5. Penanganan bidang kesehatan;
6. Penyelenggaraan pendidikan dan alokasi sumber daya manusia potensial;
7. Penanggulangan masalah sosial lintas kabupaten/kota;

²⁵⁵ *Ibid*, hal. 432.

8. Pelayanan bidang ketenagakerjaan lintas kabupaten/kota;
9. Fasilitasi pengembangan koperasi, usaha kecil, dan menengah termasuk lalu lintas kabupaten kota;
10. Pengendalian lingkungan hidup;
11. Pelayanan pertanahan termasuk lintas kabupaten/kota;
12. Pelayanan kependudukan, dan catatan sipil;
13. Pelayanan administrasi umum pemerintahan;
14. Pelayanan administrasi penanaman modal termasuk lintas kabupaten/kota;
15. Penyelenggaraan pelayanan dasar lainnya yang belum dapat dilaksanakan oleh kabupaten/kota; dan
16. Urusan wajib lainnya yang diamanatkan oleh peraturan perundang-undangan.²⁵⁶

Dalam konteks Hukum Persaingan Usaha, pelaksanaan otonomi daerah yang sudah mulai berjalan sejak tahun 2000 sendiri menimbulkan kekhawatiran terbitnya berbagai peraturan di tingkat daerah yang bersifat anti persaingan. Kebijakan tersebut dapat berupa *tariff barriers* pungutan pajak atau retribusi dan *non tariff barriers*, yaitu tata niaga perdagangan, contohnya: pemberian hak monopoli atau monopsoni lewat peraturan daerah ataupun diberikan kepada Badan Usaha Milik Daerah (BUMD), penetapan harga dasar atau maksimal, kuota ekspor barang dari suatu daerah, dan *regional allocation market* (rayonisasi).²⁵⁷

Dari penjelasan di atas, dapat kita lihat bahwa terdapat perbedaan dan juga persamaan apabila kita menerjemahkan “*state*” dalam Hukum Persaingan Usaha di Amerika Serikat dan di Indonesia. Amerika Serikat yang merupakan negara federal, menerjemahkan “*state*” sebagai negara bagian yang lebih besar porsi otonominya ketimbang konsep otonomi daerah di negara kesatuan dengan sistem desentralisasi seperti di Indonesia. Di Indonesia, “*state*” diterjemahkan sebagai satu entitas negara Indonesia dari Sabang sampai Merauke, bukan negara-negara bagian seperti di Amerika Serikat. Namun, dalam menerjemahkan *State Action Doctrine*, baik dalam konteks penegakan Hukum Persaingan Usaha di Amerika

²⁵⁶ *Ibid*, hal. 434.

²⁵⁷ Faisal Basti, *Perekonomian Indonesia Tantangan dan Harapan bagi Kebangkitan Indonesia*, (Jakarta : Penerbit Erlangga, 2002), hal. 337.

Serikat dan Indonesia, yang menjadi titik tolak adalah adanya setiap intervensi pemerintah (*government intervention*), yang kebanyakan melalui regulasi baik yang dikeluarkan pemerintahan pusat, pemerintahan daerah, maupun peraturan-peraturan lain yang ditujukan untuk melaksanakan peraturan perundang-undangan tertentu.

3.3.2. *State Action Doctrine* Dalam UU No. 5 Tahun 1999

Dalam menerjemahkan konsep *State Action Doctrine* ke dalam kerangka hukum di Indonesia -terutama Hukum Persaingan Usaha- pertama-tama perlu kita temukan dasar dari dimungkinkannya sebuah kegiatan tertentu dikecualikan dari penegakan Hukum Persaingan Usaha. Hal ini berkenaan dengan campur tangan pemerintah dalam perekonomian Indonesia yang sering ditafsirkan secara luas dan diberikan peluang oleh konstitusi.

Undang-Undang Dasar 1945 yang merupakan landasan konstitusional dalam kehidupan kenegaraan di Indonesia, pada pasal 33 menyatakan bahwa: (a) Perekonomian disusun sebagai usaha bersama berdasarkan atas asas kekeluargaan; (b) Cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak dikuasai oleh negara; dan (c) Bumi dan air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya dikuasai oleh negara dan dipergunakan untuk sebesar-besarnya kemakmuran rakyat.

Penjelasan atas pasal tersebut mencantumkan istilah dan sekaligus konsep “demokrasi ekonomi.” Hal ini merupakan satu penegasan bahwa “kemakmuran ditujukan bagi semua orang.” Untuk mencapai tujuan tersebut maka cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak harus dikuasai oleh negara. Hal ini adalah untuk menjaga agar rakyat tidak di bawah kekuasaan orang-orang yang menguasai cabang-cabang produksi yang penting bagi negara. Oleh karena itu, hanya “perusahaan yang tidak menguasai hajat hidup orang banyak yang boleh ada di tangan orang per orang.”²⁵⁸

Apabila ditafsirkan berdasarkan penjelasan tersebut, maka dapat dikatakan bahwa monopoli yang ada dan boleh dilakukan di Indonesia adalah hanya apabila dilakukan oleh negara. Dan sesuai dengan tujuan Negara Republik

²⁵⁸ *Ibid*, hal. 346

Indonesia dalam Pembukaan UUD 1945, maka monopoli itu hanya boleh dilakukan bila ditujukan untuk “mewujudkan suatu keadilan sosial bagi seluruh rakyat”.

Namun kemudian, yang menjadi permasalahan dan perlu penjabaran lebih lanjut dalam sebuah aturan hukum yang tegas adalah produk-produk atau bidang-bidang apa saja yang “menguasai hajat hidup orang banyak?” Hal itu perlu ditegaskan karena pada saat ini memang belum ada aturan hukum yang tegas-tegas menjabarkannya. Sehingga dianggap belum ada pedoman yang pasti. Namun, perlu diperhatikan apabila suatu produk atau bidang-bidang yang nanti tidak dinyatakan bukan merupakan “yang menguasai hajat hidup orang banyak” dikuasai oleh satu tangan, maka tetap saja ada kemungkinan atau kecenderungan merugikan rakyat.

Pertanyaan berikutnya adalah, bagaimana maksud dan arti secara mekanis terhadap terminologi “dikuasai oleh negara?” Hal tersebut diperlukan karena dapat memunculkan banyak penafsiran.²⁵⁹ Mantan Presiden Soeharto menegaskan bahwa yang diartikan dengan “dikuasai” bukannya dimiliki atau dieksploitasi oleh negara sendiri, tetapi dikuasai harus diartikan sebagai “diatur”. Maka dengan kata “penguasaan” yang ditafsirkan secara operasional menjadi “diatur” , setelah melalui pengaturan oleh pemerintah, “barang dan cabang-cabang produksi yang penting bagi negara dan menguasai hajat hidup orang banyak”, dan “bumi, air, dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya” boleh menjadi milik orang seorang, atau eksploitasinya dikuasakan kepada orang seorang dengan perolehan laba buat orang perorang itu. Maka kita saksikan bahwa perusahaan-perusahaan swasta sudah berusaha dalam bidang-bidang jalan tol, telekomunikasi, listrik, pengelolaan pelabuhan, perusahaan penerbangan, dan *public utilities* lainnya. Ada pun dalam bidang bumi, air dan kekayaan alam yang terkandung di dalamnya, kita saksikan adanya kayu, emas, dan pulau-pulau yang pengelolaan atau pemilikannya di tangan swasta.²⁶⁰

²⁵⁹ *Ibid*, hal. 347

²⁶⁰ Kwik Kian Gie, *Gonjang-Ganjing Ekonomi Indonesia: Badai Belum Akan Segera Berlalu*, (Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 1999), hal. 24.

Maka dengan kata lain “dikuasai oleh negara” bukan berarti harus dikelola oleh negara, dalam hal ini pemerintah, namun bisa pula ditunjuk pihak swasta. Ditunjuk oleh pemerintah, yang tentunya dengan atau atas dasar hukum dan dalam sebuah mekanisme pengawasan yang ketat. Namun, beberapa pakar hukum disinyalir memiliki perbedaan pendapat dan penafsiran yang berlawanan. Penafsiran yang memang selama ini menjadi pegangan masyarakat, yaitu bahwa “dikuasai negara” berarti haruslah dilaksanakan pula oleh negara melalui atau dengan mendirikan Badan Usaha Milik Negara dan/atau Badan Usaha Milik Daerah.²⁶¹

Pada masa Orde Lama campur tangan pemerintah dengan berdasarkan ketentuan “dikuasai negara” ini digunakan untuk membenarkan nasionalisasi perusahaan-perusahaan asing. Pada masa Orde Baru ini digunakan untuk membenarkan ide campur tangan pemerintah dari sistem ekonomi campuran, pemerintah campur tangan bukan saja untuk mendorong stabilitas makroekonomi tetapi juga untuk tujuan perencanaan. Rasionalisasi dari keikutsertaan pemerintah yang terakhir inilah yang telah mengakibatkan sebagian besar campur tangan pemerintah yang sifatnya merusak persaingan.

Secara garis besar ada beberapa bentuk campur tangan pemerintah yang merusak persaingan. Pertama, pemerintah membatasi persaingan pada industri-industri tertentu dengan menciptakan hambatan masuk bagi perusahaan domestik. Termasuk di dalamnya adalah kebijakan-kebijakan yang menyisihkan sebagian atau seluruh pasar untuk usaha kecil, koperasi, BUMN, atau kelompok-kelompok lain. Termasuk pula pembatasan terbuka atau terselubung dalam investasi domestik, walaupun suatu industri tidak termasuk di dalam daftar negatif, mungkin selalu sulit dan mahal untuk mendapatkan persetujuan Badan Koordinasi Penanaman Modal (BKPM) untuk sebuah proyek.²⁶²

Kedua, pemerintah melindungi industri domestik dari persaingan dengan pengusaha asing dengan menciptakan tarif dan hambatan non tarif bagi barang impor, dan juga menghambat investasi asing. Ketiga, pajak dan pengendalian

²⁶¹ Faisal Basri, *Perekonomian Indonesia*, hal. 347

²⁶² Windhu Putra, *Ekonomi Industri*, hal. 57.

harga terhadap berbagai barang. Sebagai contoh adalah sektor rokok kretek, perusahaan dari ukuran berbeda harus membayar cukai berbeda dan menentukan harga berbeda pula. Sebagian dari campur tangan ini mungkin mempunyai rasionalisasi ekonomi –seperti menjaga stabilitas harga, menjamin kontinuitas pasokan, atau mendorong industri yang masih bayi- tapi ada pula yang cenderung destruktif karena tujuan awalnya yang ingin mengoreksi pasar namun justru memperlihatkan kegagalan pemerintah sendiri.²⁶³

Contohnya dapat kita lihat dalam keberadaan Badan Penyangga dan Pemasaran Cengkeh (BPPC). BPPC merupakan suatu konsorsium yang dipimpin oleh Tommy Soeharto, yang diberikan hak monopoli dari pemerintah untuk menghadapi konsumen cengkeh dari Gabungan Perserikatan Pabrik Rokok Indonesia (GAPPRI), yang dimotori oleh Gudang Garam, Djarum, Bentoel, dan Sampoerna yang mengontrol sekitar 85 – 90 % pasar cengkeh Indonesia.

BPPC dibentuk Januari 1991 yang beranggotakan PN. Kerta Niaga dan KUD. Tugas utama BPPC adalah menjadikan agar harga jual petani tidak dibawah harga dasar. BPPC menjanjikan harga minimum pembelian dari petani sebesar Rp 7.000,00 dan harga jual dari BPPC ke Pabrik Rokok Kretek (PRK) sebesar Rp 12.500,00 – Rp 15.000,00 per kg.

GAPPRI diharuskan membeli cengkeh dari BPPC dimana mulai dari jumlah yang harus dibeli sampai pengiriman cengkeh semua dilakukan oleh BPPC. Sebagai monopolis BPPC pada tahun 1991 mengumpulkan cengkeh dari petani sebesar 90 ribu ton, dan hanya menjual sekitar 37 ribu ton, karena PRK menggunakan stok yang ada dan masih adanya perdagangan gelap cengkeh. Tahun 1992 stok cengkeh di BPPC melonjak menjadi 170 ribu ton, hal ini bertentangan dengan neraca percengkehan nasional. Hal ini menyebabkan isu adanya impor gelap oleh oknum BPPC, yang mengakibatkan BPPC tidak mampu membayar bunga pinjaman lunak dari Bank Indonesia sebesar RP 750 miliar. BPPC yang mulai mengalami krisis ini pun bahkan sempat merencanakan membakar setengah dari stok cengkehnya untuk menciptakan kelangkaan.²⁶⁴

²⁶³ *Ibid*, hal. 58.

²⁶⁴ Budipranoto Sudjanadipradja, “Analisis Karakteristik Pasar Cengkeh, Konflik BPPC – GAPPRI, dan Penghitungan Kerugian Kebijakan BPPC pada Pelaku Pasar Cengkeh Indonesia

Contoh lain dapat kita temukan dalam eksistensi Badan Urusan Logistik (BULOG). Pada tahun 1967 pemerintah membentuk BULOG lewat Keputusan Presidium Kabinet No. 114/U/1967. Pemerintah dengan keputusan ini memberikan BULOG hak monopoli pengadaan dan penyaluran bahan-bahan pokok.

Pelaksanaan monopoli pengadaan dan penyaluran bahan-bahan pangan oleh BULOG ini sejalan dengan politik pangan Pemerintah Orde Baru, yang memberi prioritas pada pengadaan bahan pangan untuk rakyat dengan harga relatif terjangkau oleh lapisan masyarakat banyak, karena adanya subsidi pemerintah. Pemberian hak monopoli kepada BULOG merupakan bagian dari strategi pemerintah untuk menstabilkan harga pangan dan menjamin stok bahan pangan nasional. Monopoli perdagangan bahan pangan ini kemudian berhasil meredam laju inflasi yang di tahun 1966 sempat mencapai angka 900 persen.

Kontroversi monopoli BULOG, terutama terhadap pengadaan beras, gula pasir dan tepung terigu, kemudian dikritik masyarakat. Pengadaan ketiga jenis bahan makanan pokok tersebut dinilai banyak pihak mengandung distorsi dalam hal tender pengadaannya. Hal itu disebabkan karena BULOG telah memberikan hak eksklusif, atau monopoli derivatif, bagi pengadaan ketiga jenis komoditi tersebut, terutama kepada Salim Group dan PT. PP Berdikari. Belakangan BULOG juga memberikan hak istimewa kepada GORO, kelompok usaha milik Tommy Soeharto, sebagai penyalur beberapa komoditi.

Pelaksanaan impor beras mendapat kritik tajam dari masyarakat karena ketertutupan BULOG dalam mencari mitra untuk pengadaan beras impor. BULOG tidak saja menunjuk perusahaan swasta untuk menjadi perantara guna mencari pedagang beras dan *supplier* di luar negeri, tetapi juga memberi hak monopoli kepada Salim Group bagi pengapalan beras impor ke Indonesia. Selama ini, BULOG memberi monopoli kepada setidaknya dua perusahaan Indonesia untuk pengadaan beras impor tersebut, yaitu Salim Group dan PT. PP Berdikari.²⁶⁵

(Suatu Studi Kasus Ekonomi Politik),” (Tesis magister Universitas Indonesia, Jakarta, 2000), hal.4.

²⁶⁵ A. Muhammad Asrun, “Pelaksanaan Monopoli Bulog Untuk Pengadaan Beras dan Tepung Terigu: Suatu Perbandingan,”(Tesis magister Universitas Indonesia, 1998), hal. 4.

BULOG juga mendapat kritik sehubungan dengan pengadaan tepung terigu karena BULOG menunjuk PT. Bogasari Flour Mills untuk mengolah gandum menjadi tepung terigu. Penunjukan PT. Bogasari Flour Mills ini dilakukan oleh BULOG secara eksklusif, artinya tidak melalui tender terbuka. Fakta ini memperlihatkan adanya monopoli derivatif dalam industri tepung terigu. *Institute for Development of Economics and Finance* (INDEF) mengatakan bahwa BULOG kemudian sebenarnya hanya pelaku di atas kertas, sekalipun *de jure* pihak yang ditugasi untuk menangani pengadaan tepung terigu adalah BULOG. Menurut hasil riset tersebut, Salim Group berperan sangat dominan mulai dari pengadaan dan impor komoditi tersebut, termasuk pengapalan dari luar negeri ke Indonesia, pengolahan, penggilingan di dalam negeri, pemasaran dan pemakaian.

Pemberian monopoli derivatif oleh BULOG tadi banyak dikritik karena terbukti memperpanjang mata rantai pengadaan yang berarti meningkatkan beban biaya produksi sehingga harga komoditas menjadi naik. Selain Salim Group dan PT. Bogasari Flour Mills, BULOG juga ternyata juga menjalin kerja sama dengan beberapa kelompok seperti Dharmala, Gunung Sewu, dan Mantrust sebagai penyalur komoditi yang dikuasai BULOG. Hal ini akhirnya membawa kepada perundingan antara Presiden Soeharto dan *Managing Director* IMF Michael Candessu pada 15 Januari 1998, yang antara lain, telah menyepakati penghapusan monopoli BULOG terhadap bahan-bahan kebutuhan pokok, kecuali untuk beras, yang kemudian diperlunak bahwa penghapusan tadi akan efektif ketika ekonomi Indonesia dianggap membaik. Sekaran dengan Keppres No. 103/2001 tanggal 13 September 2001 mengatur kembali tugas dan fungsi BULOG. Tugasnya melaksanakan tugas pemerintahan di bidang manajemen logistik sesuai peraturan perundang-undangan yang berlaku, dengan kedudukan sebagai lembaga pemerintah non departemen yang bertanggung jawab langsung kepada presiden.²⁶⁶

Kemungkinan diterapkannya *State Action Doctrine* sendiri sebagai dasar untuk mengecualikan tindakan tertentu dari Hukum Persaingan Usaha dengan adanya intervensi pemerintah memiliki pembenaran dengan adanya pengecualian kegiatan dan perjanjian tertentu dari UU No. 5 Tahun 1999. Pengecualian

²⁶⁶ *Ibid*, hal.5.

terhadap penerapan UU No. 5 Tahun 1999 diatur dalam Bab IX tentang Ketentuan Lain, Pasal 50 dan Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999 yang berbunyi sebagai berikut:

- a. Perbuatan yang dikecualikan dari UU No. 5 Tahun 1999 berdasarkan Pasal 50 (a) adalah perbuatan dan atau perjanjian yang bertujuan melaksanakan peraturan perundang-undangan yang berlaku.
- b. Perjanjian yang dikecualikan dari UU No. 5 Tahun 1999 berdasarkan Pasal 50 (b) sampai dengan (i) adalah sebagai berikut:
 - I. Perjanjian yang berkaitan dengan hak atas kekayaan intelektual seperti lisensi, paten, merek dagang, hak cipta, desain produk industri, rangkaian elektronik terpadu, dan rahasia dagang, serta perjanjian yang berkaitan dengan waralaba; atau
 - II. Perjanjian penetapan standar teknis produk barang dan atau jasa yang tidak mengekang dan atau menghalangi persaingan; atau
 - III. Perjanjian dalam rangka keagenan yang isinya tidak memuat ketentuan untuk memasok kembali barang dan atau jasa dengan harga yang lebih rendah daripada harga yang telah diperjanjikan; atau
 - IV. Perjanjian kerja sama penelitian untuk peningkatan atau perbaikan standar hidup masyarakat luas; atau
 - V. Perjanjian internasional yang telah diratifikasi oleh Pemerintah Republik Indonesia; atau
 - VI. Perjanjian dan atau perbuatan yang bertujuan untuk ekspor yang tidak mengganggu kebutuhan dan atau pasokan pasar dalam negeri
- c. Pelaku usaha yang dikecualikan dari UU No. 5 Tahun 1999 adalah pelaku usaha yang tergolong dalam usaha kecil dan kegiatan usaha koperasi yang secara khusus bertujuan untuk melayani anggotanya.
- d. Monopoli dan pemusatan kegiatan yang dikecualikan dari UU No. 5 Tahun 1999 berdasarkan Pasal 51 adalah Monopoli dan atau pemusatan kegiatan yang berkaitan dengan produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa yang menguasai hajat hidup orang banyak serta cabang-cabang produksi yang penting bagi negara diatur dengan undang-undang dan

diselenggarakan oleh Badan Usaha Milik Negara dan atau badan atau lembaga yang dibentuk atau ditunjuk oleh Pemerintah.²⁶⁷

Dari rangkaian pengecualian tersebut, peluang untuk menerjemahkan *State Action Doctrine* dalam khasanah Hukum Persaingan Usaha di Indonesia mungkin dengan keberadaan Pasal 50 (a) tentang pengecualian berdasarkan alasan melaksanakan peraturan perundang-undangan dan Pasal 51 tentang pengecualian terhadap BUMN atau lembaga yang dibentuk atau ditunjuk pemerintah.

A. Pengecualian Berdasarkan Alasan Melaksanakan Peraturan Perundang-Undangan

I. Dasar Hukum

Pasal 50 (a) UU No. 5 Tahun 1999 mengecualikan perbuatan dan atau perjanjian yang bertujuan melaksanakan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Pengecualian berdasarkan Pasal 50 (a) tersebut dijabarkan KPPU dengan mengeluarkan Surat Keputusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor: 253/KPPU/Kep/VII/2008 tentang Pedoman Pelaksanaan Pasal 50 (a).

II. Tujuan Pengecualian

Tujuan pengecualian dalam Pasal 50 huruf (a) ditujukan untuk:

1. Menyeimbangkan kekuatan ekonomi yang tidak sama, misalnya kegiatan yang dilakukan oleh pelaku usaha kecil dalam rangka meningkatkan kekuatan penawarannya ketika menghadapi pelaku usaha yang memiliki kekuatan ekonomi lebih kuat. Dalam kasus yang demikian terhadap pelaku usaha kecil, dapat diberikan pengecualian dalam penerapan Hukum Persaingan Usaha.
2. Menghindari terjadinya kerancuan dalam penerapan Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 apabila terjadi konflik kepentingan yang sama-sama ingin diwujudkan melalui

²⁶⁷ Ningrum Natasya Sirait, et.al., *Ikhtisar Ketentuan Persaingan Usaha*, (Jakarta : The Indonesia Netherlands National Legal Reform Program (NLRP), 2010), hal. 186.

kebijakan yang diatur dalam berbagai peraturan perundang-undangan.

3. Mewujudkan kepastian hukum dalam penerapan peraturan perundang-undangan, misalnya pengecualian bagi beberapa kegiatan lembaga keuangan untuk mengurangi resiko dan ketidakpastian. Sektor keuangan perlu dijaga stabilitasnya, mengingat pentingnya peran sektor keuangan dalam proses penguatan ekonomi.
4. Melaksanakan ketentuan Pasal 33 ayat (2), (3), dan (4) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945.²⁶⁸

III. Elemen-Elemen

Pasal 50 (a) UU No. 5 Tahun 1999 mengandung elemen-elemen sebagai berikut:

1. Perbuatan

Kata “perbuatan” dalam Kamus Besar Bahasa Indonesia (KBBI) diartikan sebagai sesuatu yang diperbuat (dilakukan). Selanjutnya jika dikaitkan dengan ketentuan dalam BAB IV UU No. 5 Tahun 1999 yang mengatur tentang “Kegiatan Yang Dilarang” yang kemudian dijabarkan dalam ketentuan Pasal 17 sampai dengan Pasal 24 berupa suatu larangan bagi pelaku usaha untuk melakukan sesuatu, maka kata “kegiatan” maknanya sama dengan “perbuatan” untuk melakukan sesuatu. Demikian juga jika dikaitkan dengan ketentuan dalam BAB V yang mengatur mengenai “posisi dominan” yang kemudian dijabarkan dalam ketentuan Pasal 25 sampai dengan Pasal 29 isinya berupa larangan bagi pelaku usaha menggunakan posisi dominan, dalam arti larangan melakukan sesuatu perbuatan. Oleh karena itu kata “perbuatan” dalam Pasal 50

²⁶⁸ *Ibid*, hal. 190.

huruf (a) tidak tepat jika diartikan secara harfiah artinya hanya tertumpu dengan kata “perbuatan” tetapi harus diartikan lebih luas yang dapat mencakup “esensi atau makna dasar” yang terkandung dalam kata “perbuatan”

Berdasarkan uraian tersebut kata “perbuatan” mempunyai makna yang sama dengan melakukan “kegiatan”. Jadi, kegiatan yang dilarang dalam BAB IV dapat diterjemahkan juga dengan melakukan “perbuatan” yang dilarang, sehingga ketentuan yang diatur dalam BAB IV (Pasal 17 sampai dengan Pasal 24) jika kegiatan dilakukan bertujuan untuk melaksanakan peraturan perundang-undangan yang berlaku, juga termasuk yang dikecualikan oleh ketentuan Pasal 50 huruf (a).²⁶⁹

Selanjutnya, pengertian kata “perbuatan” dalam Pasal 50 huruf (a) mencakup juga pengecualian terhadap hal-hal yang dilarang sebagaimana diatur dalam BAB V Posisi Dominan, sepanjang pelaku usaha dalam melakukan perbuatan tersebut yakni menggunakan posisi dominan berdasarkan kewenangan dari Undang-Undang atau dari peraturan perundang-undangan yang secara tegas mendapat delegasi dari Undang-Undang. Di sini perlu ditegaskan wewenang yang didelegasikan oleh Undang-Undang bukan oleh “peraturan perundang-undangan dibawah Undang-Undang.”

Penegasan wewenang yang didelegasikan oleh Undang-Undang sangat penting, mengingat “peraturan perundang-undangan” jenisnya sangat banyak termasuk berbagai peraturan perundang-undangan di bawah Undang-Undang, sedangkan terdapat suatu ketentuan bahwa peraturan perundang-undangan yang lebih rendah

²⁶⁹ *Ibid*, hal. 191.

tingkatannya tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi tingkatannya.

Dalam hal terdapat peraturan perundang-undangan yang tidak secara langsung diamanatkan sebagai peraturan pelaksana dari suatu Undang-Undang, maka peraturan tersebut tidak dapat dapat mengenyampingkan UU No. 5 Tahun 1999. Dengan demikian apabila materi peraturan perundang-undangan dibawah Undang-Undang tersebut bertentangan dengan UU No. 5 Tahun 1999 maka tidak dapat diterjemahkan sebagai pengecualian sebagaimana diatur dalam Pasal 50 huruf (a) UU No. 5 Tahun 1999.

Sebaliknya, walaupun peraturan perundang-undangan yang dijadikan dasar bagi pelaku usaha untuk melakukan perbuatan dan atau perjanjian adalah dalam bentuk Peraturan Menteri misalnya, tetapi jika Peraturan Menteri tersebut diterapkan atas delegasi langsung dari Undang-Undang, maka perbuatan dan atau perjanjian tersebut walaupun akibatnya tidak sejalan dengan ketentuan UU No. 5 Tahun 1999, pelaku usaha yang bersangkutan tidak dapat dikenakan sanksi hukum. Hal tersebut karena, tindakan hukum pelaku usaha adalah untuk melaksanakan peraturan perundang-undangan yang berlaku, jika termasuk dalam kategori pengecualian sebagaimana dimaksud dalam Pasal 50 huruf (a).²⁷⁰

2. Perjanjian

Definisi Perjanjian yang dirumuskan dalam Pasal 1 angka 7 adalah suatu perbuatan satu atau lebih pelaku usaha untuk mengikatkan diri terhadap satu atau lebih pelaku usaha lain dengan nama apapun, baik tertulis maupun tidak tertulis. Pemahaman terhadap “Perjanjian” inipun sama dengan untuk “Perbuatan” artinya perjanjian yang dilakukan oleh

²⁷⁰ *Ibid*, hal. 192.

pelaku usaha, memang secara tegas wewenangnya didasarkan atas ketentuan Undang-Undang atau ketentuan “peraturan perundang-undangan dibawah Undang-Undang” tetapi berdasarkan delegasi secara tegas dari Undang-Undang. Selanjutnya yang dimaksud dengan pelaku usaha adalah sebagaimana ditentukan dalam Pasal 1 angka 5 UU No. 5 Tahun 1999 adalah orang perseorangan atau badan usaha baik yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum.

3. Bertujuan melaksanakan

Dengan frasa “bertujuan melaksanakan” dapat diartikan bahwa pelaku usaha melakukan sesuatu tindakan bukan atas otoritas sendiri tetapi berdasarkan perintah dan kewenangan yang secara tegas diatur dalam Undang-Undang atau dalam peraturan perundang-undangan di bawah Undang-Undang tetapi mendapat delegasi secara tegas dari Undang-Undang. Dengan demikian “perbuatan dan atau perjanjian” yang dikecualikan dalam ketentuan Pasal huruf (a), adalah perbuatan dan atau perjanjian yang dilakukan oleh pelaku usaha karena berdasarkan perintah dan kewenangan yang diberikan oleh Undang-Undang atau oleh peraturan perundang-undangan di bawah Undang-Undang tetapi berdasarkan delegasi secara tegas dari Undang-Undang, untuk dilaksanakan. Melaksanakan peraturan perundang-undangan tidak dapat ditafsirkan sama dengan berdasarkan peraturan perundang-undangan. “Melaksanakan” selalu dikaitkan dengan kewenangan yang secara tegas diberikan pada subjek hukum tertentu oleh Undang-Undang (peraturan perundang-undangan) sedangkan “berdasarkan” tidak terkait dengan pemberian

kewenangan, tetapi semata-mata hanya menunjukkan untuk suatu hal tertentu diatur dasar hukumnya.²⁷¹

Contoh I Melaksanakan Peraturan Perundang-undangan yang Berlaku (Pemberian Kewenangan) – (UU Pelayaran)

- a. Ketentuan Pasal 5 ayat (2) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945 yang berbunyi “Presiden menetapkan peraturan pemerintah untuk menjalankan undang-undang sebagaimana mestinya.”
- b. Ketentuan Pasal 34 ayat (3) UU No. 5 Tahun 1999 yang berbunyi “Komisi dapat membentuk kelompok kerja”

Kedua contoh tersebut menunjukkan pemberian kewenangan kepada subjek hukum untuk melakukan suatu perbuatan

Contoh II Tindakan Berdasarkan Peraturan Perundang-Undang yang Berlaku (bukan merupakan pemberian kewenangan)

Ketentuan Pasal 42 UU No.5 Tahun 1999 yang berbunyi “Alat-alat bukti pemeriksaan Komisi berupa:

- a. Keterangan saksi;
- b. Keterangan ahli;
- c. Surat dan atau dokumen;
- d. Petunjuk;
- e. Keterangan pelaku usaha.

Ketentuan Pasal 42 tersebut bukan pemberian kewenangan kepada Komisi untuk melakukan suatu perbuatan, tetapi semata-mata berupa penegasan tentang jenis alat bukti yang

²⁷¹ *Ibid*, hal. 193

dapat digunakan oleh Komisi dalam melakukan pemeriksaan. Jadi, jika Komisi dalam memberikan putusan berdasarkan alat-alat bukti tersebut, keabsahan alat bukti tidak dapat disangkal karena sudah ditentukan berdasarkan peraturan perundang-undangan.

Dari kedua contoh di atas, yaitu melaksanakan peraturan perundang-undangan yang berlaku berupa pemberian kewenangan dan tindakan berdasarkan peraturan perundang-undangan yang bukan merupakan pemberian kewenangan, di dapat bahwa peraturan perundang-undangan selain Undang-Undang (misalnya Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden, atau Peraturan Menteri) dapat dijadikan dasar pemberian kewenangan, tetapi untuk ketentuan Pasal huruf (a) harus dibatasi hanya kewenangan yang didasarkan pada ketentuan Undang-Undang atau pada peraturan perundang-undangan di bawah Undang-Undang tetapi berdasarkan delegasi secara tegas dari Undang-Undang. Pembatasan tersebut sesuai dengan ketentuan bahwa peraturan perundang-undangan yang lebih rendah tidak boleh bertentangan dengan peraturan perundang-undangan yang lebih tinggi tingkatannya.

Berdasarkan pemahaman bahwa terdapat perbedaan yang esensial antara “Peraturan Perundang-undangan” dan “Undang-Undang” maka ketentuan pengecualian dalam Pasal 5 ayat (2) UU No. 5 Tahun 1999 tidak dapat diterapkan jika perjanjian yang dilakukan sesuai ketentuan Pasal 5 ayat (1) tidak didasarkan pada instrumen hukum “Undang-Undang”, misalnya hanya didasarkan pada Peraturan Pemerintah, Peraturan Presiden, atau Peraturan Menteri, maka pelaku usaha tersebut dianggap telah

melanggar ketentuan UU No. 5 Tahun 1999, karena Pasal 5 ayat (2) secara tegas berdasarkan Undang-Undang.²⁷²

4. Peraturan Perundang-Undangan yang Berlaku

Dalam BAB IV telah dibahas mengenai peraturan perundang-undangan yang berlaku yakni harus mengacu pada ketentuan Pasal 7 ayat (1) dan ayat (4), beserta penjelasannya Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan yang meliputi:

- Dalam Pasal 7 ayat (1) ditentukan bahwa jenis dan hierarki Peraturan Perundang-Undangan yang mencakup:
 - a) Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945
 - b) Undang-Undang / Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;
 - c) Peraturan Presiden;
 - d) Peraturan Daerah
- Selanjutnya dalam Pasal 7 ayat (4) diatur mengenai peraturan perundang-undangan selain yang diatur dalam ayat (1). Jenis dari peraturan perundang-undangan yang dimaksud dalam Pasal 7 ayat (4) adalah sebagaimana dirinci dalam penjelasannya yang mencakup: “Jenis Peraturan Perundang-undangan yang dikeluarkan oleh:
 - a) Majelis Permusyawaratan Rakyat;
 - b) Dewan Perwakilan Rakyat;
 - c) Dewan Perwakilan Daerah;
 - d) Mahkamah Agung;
 - e) Mahkamah Konstitusi;

²⁷² *Ibid*, hal. 194.

- f) Badan Pemeriksa Keuangan;
- g) Bank Indonesia;
- h) Menteri;
- i) Kepala Badan;
- j) Lembaga, atau Komisi yang setingkat yang dibentuk oleh Undang-Undang atau Pemerintah atas perintah Undang-Undang;
- k) Dewan Perwakilan Daerah Provinsi;
- l) Gubernur;
- m) Dewan Perwakilan Rakyat daerah Kabupaten/Kota;
- n) Bupati/Walikota;
- o) Kepala Desa atau yang setingkat.

Termasuk pengertian peraturan perundang-undangan yang berlaku adalah instrumen hukum dalam bentuk “Keputusan” yang bersifat mengatur yang ditetapkan oleh pejabat yang berwenang (misalnya Presiden, Menteri, Gubernur, Bupati/Walikota) yang ditetapkan sebelum berlakunya Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-Undangan.

Hal tersebut karena berdasarkan ketentuan dalam Pasal 56 Undang-Undang Nomor 10 Tahun 2004 ditegaskan bahwa: Semua Keputusan Presiden, Keputusan Menteri, Keputusan Gubernur, Keputusan Bupati / Walikota, atau Keputusan Pejabat lainnya sebagaimana dimaksud dalam Pasal 54 yang sifatnya mengatur, yang sudah ada sebelum Undang-Undang ini berlaku, harus dibaca peraturan, sepanjang tidak bertentangan dengan Undang-Undang ini.²⁷³

²⁷³ *Ibid*, hal. 196.

B. Pengecualian Berdasarkan Unsur-Unsur yang Terkandung dalam Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999 Tentang Pengecualian Terhadap BUMN atau Lembaga yang Dibentuk atau Ditunjuk Pemerintah. KPPU mengatur lebih lanjut penerapan pengecualian Pasal 51 tersebut dengan mengeluarkan Keputusan KPPU No. 89/ KPPU/ Kep/ III/ 2009 tentang Pedoman Pelaksanaan Ketentuan Pasal 51 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Keputusan KPPU ini sendiri sebenarnya telah dicabut dengan Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha No. 3 Tahun 2010 Tentang Pedoman Pelaksanaan Ketentuan Pasal 51 Undang-Undang No. 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

I. Monopoli dan / atau Pemusatan Kegiatan

Dalam Pasal 1 angka 1 UU No. 5 Tahun 1999, definisi monopoli adalah: “Penguasaan atas produksi dan atau pemasaran barang dan atau atas penggunaan jasa tertentu oleh satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha.”

Berdasarkan definisi tersebut, monopoli pada dasarnya menggambarkan suatu keadaan penguasaan pelaku usaha atas barang dan atau jasa tertentu yang dapat dicapai tanpa harus melakukan ataupun mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.

Unsur pemusatan kegiatan dalam pasal 51 UU No.5 Tahun 1999 dapat didefinisikan sebagai pemusatan kekuatan ekonomi sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 angka 3 UU No. 5 Tahun 1999, yaitu: “Penguasaan yang nyata atas suatu pasar bersangkutan oleh satu atau lebih pelaku usaha sehingga dapat menentukan harga barang dan atau jasa.”

Berdasarkan definisi tersebut, pemusatan kegiatan pada dasarnya menggambarkan suatu keadaan penguasaan yang nyata atas suatu pasar bersangkutan yang dicerminkan dari kemampuannya dalam menentukan harga yang dapat dicapai oleh satu atau lebih pelaku usaha tanpa harus melakukan ataupun

mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.

Dengan memperhatikan uraian pemahaman unsur-unsur tersebut di atas, maka baik monopoli maupun pemusatan kegiatan bukan merupakan kegiatan yang dilarang UU No. 5 Tahun 1999 dan dapat dilakukan ataupun dicapai oleh satu atau lebih pelaku usaha dengan tetap memperhatikan prinsip-prinsip persaingan usaha yang sehat.

Monopoli dan/atau pemusatan kegiatan dapat dilakukan negara terhadap kegiatan yang berkaitan dengan: (1) produksi dan/atau pemasaran barang dan/atau jasa yang menguasai hajat hidup orang banyak dan (2) cabang-cabang produksi yang penting bagi negara.

II. Produksi dan/atau Pemasaran Barang dan/atau Jasa yang Menguasai Hajat Hidup Orang Banyak

Maksud barang/dan atau jasa yang menguasai hajat hidup orang banyak adalah yang memiliki fungsi:

- a) Alokasi, yang ditujukan pada barang atau jasa yang berasal dari sumber daya alam yang dikuasai negara untuk dimanfaatkan bagi sebesar-besarnya kemakmuran rakyat;
- b) Distribusi, yang diarahkan pada barang dan/atau jasa yang dibutuhkan secara pokok oleh masyarakat, tetapi pada suatu waktu tertentu atau terus-menerus tidak dapat dipenuhi pasar; dan atau
- c) Stabilisasi, yang berkaitan dengan barang dan/atau jasa yang harus disediakan untuk kepentingan umum, seperti barang dan/atau jasa dalam bidang pertahanan keamanan, moneter, dan fiskal, yang mengharuskan pengaturan dan pengawasan bersifat khusus.²⁷⁴

III. Cabang-cabang Produksi yang Penting bagi Negara

²⁷⁴ *Ibid*, hal. 219.

Pengertian cabang-cabang produksi yang penting bagi negara adalah ragam usaha produksi atau penyediaan barang dan/atau jasa yang memiliki sifat:

- a) Strategis, yaitu cabang produksi atas barang dan/atau jasa yang secara langsung melindungi kepentingan pertahanan negara dan menjaga keamanan nasional; atau
- b) Finansial, yaitu cabang produksi yang berkaitan erat dengan pembuatan barang dan/atau jasa untuk kestabilan moneter dan jaminan perpajakan, dan sektor jasa keuangan yang dimanfaatkan untuk kepentingan umum.

Monopoli dan/atau pemusatan kegiatan oleh negara terhadap kegiatan yang berkaitan dengan produksi dan/atau pemasaran barang dan/atau jasa yang menguasai hajat hidup orang banyak serta cabang-cabang produksi yang penting bagi negara harus diatur dengan Undang-Undang.

IV. Diatur dengan Undang-Undang

Pengertian diatur dengan undang-undang merupakan syarat legal dari negara untuk melakukan monopoli dan/atau pemusatan kegiatan atas barang dan/atau jasa yang menguasai hajat hidup orang banyak serta cabang-cabang produksi yang penting bagi negara.

Hal ini berarti monopoli dan/atau pemusatan kegiatan oleh negara tersebut hanya dapat dilakukan setelah diatur terlebih dahulu dalam bentuk undang-undang (bukan peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang). Undang-undang tersebut harus mencantumkan secara jelas tujuan monopoli dan/atau pemusatan kegiatan serta mekanisme pengendalian dan pengawasan negara dalam penyelenggaraan monopoli dan/atau pemusatan kegiatan tersebut, sehingga tidak mengarah pada praktik monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat.

Adapun pelaksanaan monopoli dan/atau pemusatan kegiatan oleh negara terhadap kegiatan yang berkaitan dengan

produksi dan atau pemasaran atas barang dan/atau jasa yang menguasai hajat hidup orang banyak serta cabang produksi yang penting bagi negara, dapat diselenggarakan oleh badan usaha milik negara dan/atau badan atau lembaga yang dibentuk atau ditunjuk oleh pemerintah.²⁷⁵

V. Diselenggarakan oleh Badan Usaha Milik Negara dan/atau badan atau lembaga yang dibentuk atau ditunjuk oleh Pemerintah

V.3 Diselenggarakan oleh Badan Usaha Milik Negara

Badan Usaha Milik Negara menurut Pasal 1 angka 1 Undang-Undang Nomor 19 Tahun 2003 adalah:

“Badan usaha yang seluruh atau sebagian besar modalnya dimiliki oleh negara melalui penyertaan secara langsung yang berasal dari kekayaan negara yang dipisahkan.”

Penyelenggaraan monopoli dan/atau pemusatan kegiatan produksi dan/atau pemasaran barang dan/atau jasa oleh negara terhadap kegiatan yang berkaitan dengan produksi dan/atau pemasaran atas barang dan/atau jasa yang menguasai hajat hidup orang banyak serta cabang produksi yang penting bagi negara, diutamakan dan terutama diselenggarakan oleh BUMN.

Keberadaan Badan Usaha Milik Daerah (BUMD) adalah tidak sama dan tidak termasuk dalam ruang lingkup dari pengertian badan usaha milik negara. Hal ini disebabkan pengaturannya yang bersifat khusus dan tata cara pendirian dan pertanggungjawabannya diatur berbeda sesuai dengan peraturan perundang-undangan tersendiri yaitu yang terkait pemerintahan daerah.

Dalam hal dimana BUMN tidak memiliki kemampuan untuk menyelenggarakan penguasaan monopoli negara, maka berdasarkan pasal 51 UU No. 5

²⁷⁵ *Ibid*, hal. 220.

Tahun 1999 penyelenggaraan monopoli dan/atau pemusatan kegiatan dapat diselenggarakan oleh badan atau lembaga yang dibentuk pemerintah.

V.2 Diselenggarakan Badan atau Lembaga yang Dibentuk

Pemerintah dalam pengertian peraturan perundang-undangan adalah pemerintah pusat yang terdiri atas presiden dan seluruh aparatur administrasi negara tingkat pusat. Dengan demikian, badan atau lembaga yang dibentuk pemerintah adalah badan atau lembaga yang ditetapkan dan diatur dengan peraturan perundang-undangan yang dibentuk pemerintah pusat.

Badan atau lembaga yang dibentuk pemerintah menjalankan tugas pelayanan kepentingan umum (*public service*) yang kewenangannya berasal dari pemerintah pusat dan dibiayai oleh dana negara (APBN) atau dana publik lainnya yang ada keterkaitan dengan negara.

Badan atau lembaga yang dibentuk pemerintah memiliki ciri melaksanakan:

- a) Pemerintahan negara;
- b) Manajemen keadministrasian negara;
- c) Pengendalian atau pengawasan terhadap badan usaha milik negara; dan atau
- d) Tata usaha negara.

Badan atau lembaga yang dibentuk pemerintah dalam menyelenggarakan monopoli dan/atau pemusatan kegiatan wajib memenuhi hal-hal sebagai berikut:

- a) Pengelolaan dan pertanggungjawaban kegiatannya dipengaruhi, dibina, dan dilaporkan kepada pemerintah;
- b) Tidak semata-mata ditujukan untuk mencari keuntungan;

- c) Tidak memiliki kewenangan melimpahkan seluruh atau sebagian monopoli dan/atau pemusatan kegiatan kepada pihak lain

BUMN dan badan atau lembaga yang dibentuk pemerintah dapat menyelenggarakan monopoli dan/atau pemusatan kegiatan secara bersama-sama sesuai dengan kebutuhan dan pertimbangan berdasarkan peraturan perundang-undangan.

Dalam hal BUMN, badan atau lembaga yang dibentuk pemerintah tidak memiliki kemampuan untuk menyelenggarakan monopoli dan atau pemusatan kegiatan, maka pemerintah dapat menunjuk badan atau lembaga tertentu.²⁷⁶

V.3 Diselenggarakan badan atau Lembaga yang Ditunjuk Pemerintah

Badan atau Lembaga yang ditunjuk pemerintah memiliki ruang lingkup yang luas, termasuk di dalamnya adalah badan atau lembaga perdata yang tidak memiliki keterkaitan dengan tugas dan fungsi negara

Badan atau lembaga yang ditunjuk pemerintah adalah badan atau lembaga yang ditetapkan oleh pejabat administrasi yang berwenang. Prosedur dan persyaratan penunjukan badan atau lembaga yang ditunjuk pemerintah sebagai penyelenggara monopoli dan/atau pemusatan kegiatan dimaksud dilakukan berdasarkan peraturan perundang-undangan yang mengatur mengenai pengadaan barang dan/atau jasa pemerintah sehingga tidak mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat.

BUMN dan Badan atau lembaga yang ditunjuk pemerintah dapat menyelenggarakan monopoli dan/atau

²⁷⁶ *Ibid*, hal. 222.

pemusatan kegiatan secara bersama-sama sesuai kebutuhan dan pertimbangan berdasarkan peraturan perundang-undangan.

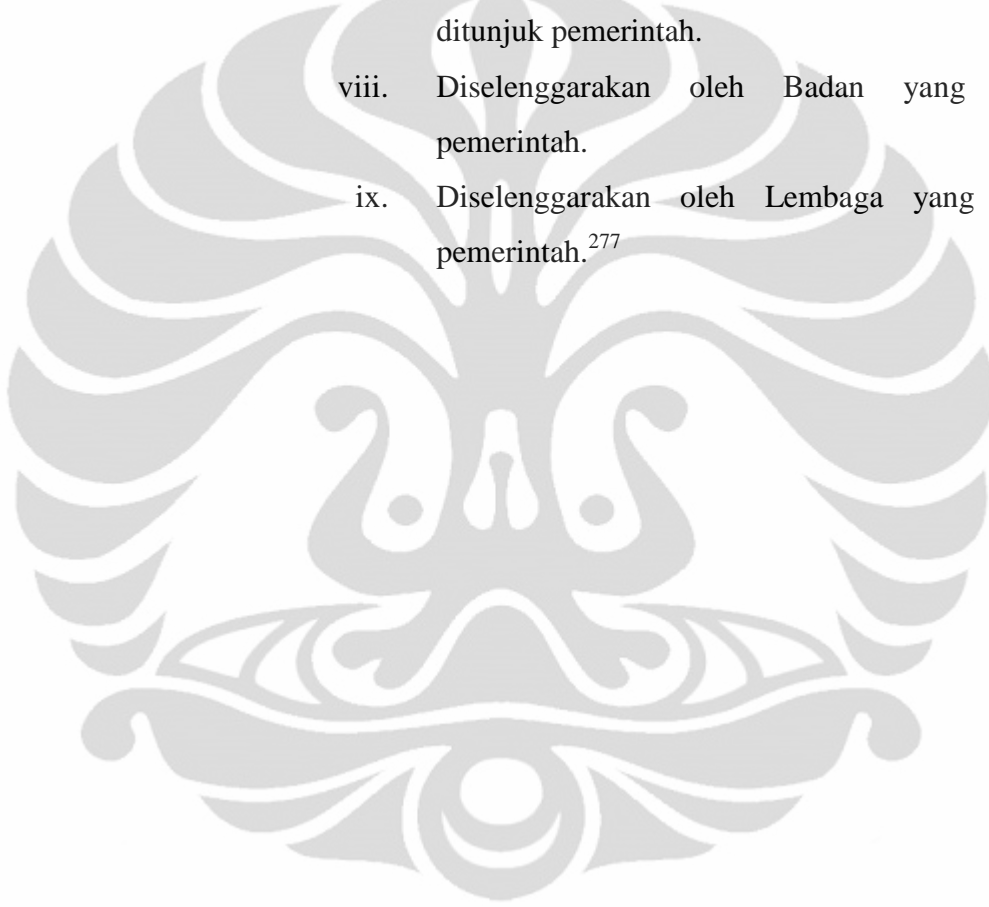
BUMN ataupun badan atau lembaga yang dibentuk ataupun ditunjuk oleh Pemerintah sebagai penyelenggara monopoli dan/atau pemusatan kegiatan sebagaimana dimaksud, tidak dapat melimpahkan kembali hak penyelenggaraan monopolinya dan/atau pemusatan kegiatannya baik sebagian maupun seluruhnya kepada pihak lain.

Maka terkait dengan penyelenggara monopoli dan/atau pemusatan kegiatan barang dan/atau jasa yang menguasai hajat hidup orang banyak serta cabang produksi yang penting bagi negara, Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999 menentukannya secara sistematis dengan tetap mendasarkan pada alasan-alasan yang rasional berupa pertimbangan profesionalitas, legalitas, dan efektifitas pencapaian sasaran tujuan penyelenggaraan monopoli dan/atau pemusatan kegiatan.

Secara sistematis sesuai dengan Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999, urutan yang dapat dijadikan acuan bagi pemerintah untuk menentukan pihak penyelenggara monopoli dan/atau pemusatan kegiatan yang berkaitan dengan produksi dan/atau pemasaran barang dan/atau jasa yang menguasai hajat hidup orang banyak serta cabang produksi yang penting bagi negara adalah sebagai berikut:

- i. Diselenggarakan oleh BUMN.
- ii. Diselenggarakan oleh BUMN dan badan yang dibentuk pemerintah.
- iii. Diselenggarakan oleh BUMN dan lembaga yang dibentuk pemerintah.

- iv. Diselenggarakan oleh Badan yang dibentuk pemerintah.
- v. Diselenggarakan oleh Lembaga yang dibentuk pemerintah.
- vi. Diselenggarakan oleh BUMN dan badan yang ditunjuk pemerintah.
- vii. Diselenggarakan oleh BUMN dan lembaga yang ditunjuk pemerintah.
- viii. Diselenggarakan oleh Badan yang ditunjuk pemerintah.
- ix. Diselenggarakan oleh Lembaga yang ditunjuk pemerintah.²⁷⁷



²⁷⁷ *Ibid*, hal. 223.

BAB IV

STATE ACTION DOCTRINE DALAM HUKUM PERSAINGAN USAHA DI INDONESIA

4.1. ANALISIS PENERAPAN STATE ACTION DOCTRINE DALAM HUKUM PERSAINGAN USAHA DI INDONESIA

4.1.1. Keberadaan *State Action Doctrine* dalam Pasal 50 Huruf a UU No. 5 Tahun 1999 : Studi Terhadap Perkara Hukum Persaingan Usaha di Indonesia

Untuk melihat keberadaan *State Action Doctrine* dalam Pasal 50 huruf a UU No. 5 Tahun 1999, akan dijabarkan dua buah perkara Hukum Persaingan Usaha di Indonesia dimana terdapat klaim *State Action Doctrine* dari Terlapor untuk melakukan pembelaan bahwa tindakan mereka tidak dapat dikenakan penegakan Hukum Persaingan Usaha.

- 1) Perkara Surveyor Gula (Putusan KPPU Perkara Nomor : 08/KPPU-I/2005)
 - A. Duduk Perkara

Dalam perkara ini, Terlapor adalah PT Surveyor Indonesia (Persero) sebagai Terlapor I dan PT Superintending Company of Indonesia sebagai Terlapor II. Terdapat kebijakan Pemerintah yang tertuang dalam Keputusan Menteri Perindustrian dan Perdagangan Republik Indonesia Nomor: 527/MPP/Kep/9/2004 tanggal 17 September 2004 tentang Ketentuan Impor Gula (SK Menperindag No. 527/2004) *juncto* Keputusan Menteri Perindustrian dan Perdagangan Republik Indonesia Nomor : 594/MPP/Kep/9/2004 tanggal 23 September 2004 tentang Penunjukan Surveyor Sebagai Pelaksana Verifikasi Atau Penelusuran Teknis Impor Gula (SK Menperindag No. 594/2004) yaitu Terlapor I dan Terlapor II.

Menindaklanjuti keberadaan SK tadi, PT Surveyor Indonesia dan PT Superintending Company of Indonesia membuat perjanjian Kerjasama Operasi (KSO) dalam operasional pelaksanaan verifikasi atau penelusuran teknis impor

gula. Selain itu, PT Surveyor Indonesia dan PT Superintending Company of Indonesia juga melakukan penetapan harga jasa verifikasi atau penelusuran teknis impor gula.

Selain membentuk KSO dan melakukan penetapan harga, PT Surveyor Indonesia dan PT Superintending Company of Indonesia juga menunjuk SGS Geneva sebagai surveyor satu-satunya dalam melakukan verifikasi atau penelusuran teknis impor gula di negara asal barang. PT Surveyor Indonesia dan PT Superintending Company of Indonesia tidak pernah menunjuk surveyor selain SGS Geneva atau SGS negara setempat yang ditunjuk SGS Geneva dan merupakan anak perusahaannya untuk melaksanakan verifikasi atau penelusuran teknis impor gula di negara asal barang.

KPPU menilai, tidak adanya pilihan penyedia jasa verifikasi atau penelusuran teknis impor gula lain selain melalui KSO mengakibatkan para importir tidak akan pernah memperoleh harga dan layanan pembandingan. Hal ini berdampak kepada imbalan yang harus dibayar oleh para importir menjadi relatif sangat tinggi sehingga mengakibatkan peningkatan biaya produksi, harga jual dan mengurangi daya saing produk. Peningkatan biaya produksi dan kenaikan harga jual produk tadi berdampak pada semakin terbebannya konsumen sebagai pengguna produk tersebut, dan oleh karenanya hal tersebut mengakibatkan kerugian bagi kepentingan umum. Hal ini berimplikasi pada Majelis Komisi yang memutus PT Surveyor Indonesia dan PT Superintending Company of Indonesia telah melanggar Pasal 17 UU No. 5 Tahun 1999.

Selain itu, atas tindakannya membuat perjanjian Kerjasama Operasi (KSO) dalam operasional pelaksanaan verifikasi atau penelusuran teknis impor gula dan hanya menunjuk SGS Geneva tanpa memperhatikan pelaku usaha lain untuk melaksanakan verifikasi atau penelusuran teknis impor gula di negara asal barang, PT Surveyor Indonesia dan PT Superintending Company of Indonesia dinilai telah melakukan pelanggaran terhadap Pasal 19 huruf a UU No. 5 Tahun 1999 perihal kegiatan yang menolak dan menghalangi pelaku usaha lain untuk melakukan kegiatan usaha yang sama pada pasar bersangkutan.

PT Surveyor Indonesia dan PT Superintending Company of Indonesia juga diputus telah melanggar Pasal 5 UU No. 5 Tahun 1999 terkait penetapan

harga karena secara bersama-sama telah melakukan penetapan harga jasa verifikasi atau penelusuran teknis impor gula.

Perkara ini sendiri kemudian berlanjut ke tahap keberatan dimana PT Surveyor Indonesia dan PT Superintending Company of Indonesia mengajukan upaya hukum keberatan ke Pengadilan Negeri sesuai domisili pelaku usaha, yaitu di Pengadilan Negeri Jakarta Selatan.

Menurut Para Pemohon Keberatan, Putusan KPPU bertentangan dengan hukum yang berlaku karena perbuatan dan atau perjanjian yang dilakukan oleh Para Pemohon verifikasi teknis impor gula merupakan perbuatan yang dikecualikan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 50 huruf a UU No. 5 Tahun 1999. Dalam Pasal 50 huruf a dinyatakan bahwa hal-hal yang dikecualikan dari UU No. 5 Tahun 1999 antara lain terhadap perbuatan yang bertujuan melaksanakan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Para Pemohon berpendapat bahwa segala perbuatan dan atau perjanjian yang dilakukan oleh Para Pemohon Keberatan dalam penyediaan jasa verifikasi atau penelusuran teknis impor gula adalah semata-mata untuk menjalankan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Menurut Para Pemohon Keberatan, kegiatan verifikasi atau penelusuran teknis impor gula yang dilakukan oleh PT Surveyor Indonesia dan PT Superintending Company of Indonesia merupakan perintah dari serangkaian peraturan perundang-undangan. Rangkaian peraturan perundang-undangan yang dimaksud adalah:

- (1) Undang-undang No. 8 Prp Tahun 1962 tentang Perdagangan Barang Dalam Pengawasan
Dalam Undang-undang ini antara lain memberikan wewenang kepada pemerintah untuk mengawasi barang-barang tertentu yang dapat mempengaruhi kepentingan masyarakat;
- (2) Undang-undang No. 7 Tahun 1996 tentang Pangan
Undang-undang ini memberikan kewenangan kepada Pemerintah untuk melakukan pengawasan terhadap pangan.
- (3) Peraturan Pemerintah No. 68 Tahun 2002 tentang Ketahanan Pangan

Peraturan pemerintah ini memberikan kewenangan kepada Pemerintah untuk menjaga kelangsungan dan kemampuan masyarakat untuk menyediakan pangan.

(4) Peraturan Pemerintah No. 11 tahun 1962 tentang Perdagangan Barang-barang Dalam Pengawasan

Peraturan pemerintah ini memerintahkan dan memberikan wewenang kepada Presiden untuk menetapkan komoditas apa saja yang ditetapkan sebagai barang dalam pengawasan.

(5) Keputusan Presiden No. 57 Tahun 2004 tentang Penetapan Gula Sebagai Barang Dalam Pengawasan.

Keputusan Presiden ini menetapkan secara spesifik bahwa gula salah satu komoditas yang berada dalam pengawasan Pemerintah.

(6) Keputusan Presiden No. 58 Tahun 2004 tentang Penanganan Gula yang Diimpor Secara Tidak Sah

Keputusan Presiden ini menegaskan bahwa impor gula harus dibatasi dan diawasi oleh Pemerintah. Sedangkan ketentuan teknisnya diatur oleh Menteri Perindustrian dan Perdagangan.

(7) SK Memperindag No. 527/2004 tentang Ketentuan Impor Gula jo. Kep. Memperindah No. 02/M/Kep/XII/2004 tentang Perubahan atas Kep. Memperindag No. 527/MPP/Kep/9/2004 tentang ketentuan Impor Gula

Latar belakang dibuatnya kedua peraturan tersebut adalah kehendak Pemerintah untuk membatasi masuknya gula impor karena komoditas gula termasuk dalam kategori barang yang sensitif. Disebut sensitif karena masuknya komoditas gula impor ke pasar dalam negeri akan mengganggu stabilitas harga gula dan merugikan para petani tebu sehingga Pemerintah memandang perlu untuk mengatur dan mengawasi tata niaga impor gula.

Adapun ketentuan-ketentuan pokok dalam Kep. Menperindag tersebut antara lain sebagai berikut:

1. Pembatasan jenis dan kualitas gula yang dapat diimpor
2. Pembatasan gula yang diimpor yang dilarang diperdagangkan di pasar dalam negeri
3. Persyaratan dan pembatasan Importir Gula

4. Kewajiban yang harus dipenuhi Importir Gula
5. Pemerintah berwenang untuk melakukan verifikasi atau penelusuran teknis impor gula. Pelaksanaannya dilakukan oleh surveyor yang ditunjuk oleh Menteri.

(8) SK Memperindag No. 594/2004 tentang Penunjukan Surveyor sebagai Pelaksana Verifikasi atau Penelusuran Teknis Impor Gula

Keputusan Memperindag ini merupakan tindak lanjut dari adanya Kep. Memperindag No. 527/2004 di atas. Adapun ketentuan-ketentuan dalam Kep. Memperindag No. 594/2004 antara lain sebagai berikut:

- i. Menunjuk Surveyor : (i) PT (Persero) Sucofindo dan (ii) PT (Persero) Surveyor Indonesia
- ii. Kedua Surveyor sebagaimana dimaksud dalam diktum pertama mempunyai tugas:
 - a) Melakukan verifikasi atau penelusuran teknis yang meliputi data atau keterangan mengenai negara asal muat gula, spesifikasi gula yang mencakup nomor HS, Nilai ICUMSA dan uraian gula, jumlah dan jenis gula, waktu pengapalan dalam rangka penyesuaian masa berlaku persetujuan impor dan pelabuhan tujuan.
 - b) Menuangkan hasil verifikasi atau penelusuran teknis sebagaimana dimaksud dalam butir 1 ke dalam Laporan Survey yang digunakan sebagai dokumen impor.
 - c) Menyampaikan laporan tertulis tentang kegiatan verifikasi atau penelusuran teknis impor gula secara periodik setiap bulan pada minggu pertama bulan berikutnya kepada Dirjen Daglu cq. Direktur Impor Departemen Perindustrian Perdagangan.
- iii. Dalam melaksanakan verifikasi atau penelusuran teknis impor, surveyor dapat memungut imbalan jasa atas jasa yang diberikan dari importir yang besarnya disesuaikan dengan asas manfaat.
- iv. Segala biaya yang dikeluarkan berkaitan dengan pelaksanaan Keputusan ini menjadi tanggung jawab Surveyor.

- v. Penunjukan Surveyor sebagaimana dimaksud dalam Diktum Pertama tidak menghapus kewenangan Menteri Perindustrian dan Perdagangan untuk mencabut, mengganti dan menambah penunjukan Surveyor sebagai pelaksana verifikasi atau penelusuran teknis impor gula.

Berdasarkan rangkaian ketentuan di atas, Para Pemohon Keberatan menyatakan bahwa penyediaan jasa verifikasi atau penelusuran teknis impor gula semata-mata dilakukan dalam rangka menjalankan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Oleh karena itu, perbuatan-perbuatannya tersebut merupakan perbuatan yang dikecualikan sebagaimana dimaksud dalam pasal 50 huruf a UU No. 5 Tahun 1999. Selain itu, Para Pemohon Keberatan menyatakan bahwa fungsi dan tugas yang dilakukan oleh Para Pemohon Keberatan semata-mata merupakan pelayanan publik untuk dan atas nama Pemerintah, dalam hal ini adalah Memperindag cq. Dirjen Perdagangan Luar Negeri. Oleh karena itu, kegiatan yang dilakukan oleh Para Pemohon Keberatan berada di luar kegiatan usaha perdagangan. Adapaun ditunjukkannya Para Pemohon didasarkan atas pengalaman (minimal lima tahun), sumber daya manusia, peralatan dan kompetensi yang dimiliki oleh Para Pemohon Keberatan sesuai dengan Pasal 14 ayat (5) Kep. Menperindag No. 527/2004.

Lebih lanjut, Para Pemohon Keberatan menyatakan bahwa biaya yang dipikulkan kepada para importir terkait adanya penyediaan jasa verifikasi oleh Para Pemohon Keberatan adalah biaya pelaksanaan fungsi publik. Dengan kata lain, adanya pemungutan biaya dari surveyor kepada para importir merupakan hal yang wajar dan dibenarkan. Hal ini sesuai dengan ketentuan Kep. Menperindag No. 527/2004 jo. Kep. Menperindag No. 594/2004 yang menyatakan bahwa surveyor dapat memungut biaya atas jasa verifikasi atau penelusuran teknis impor gula yang besarnya sesuai asas manfaat. Menurut Pemohon Keberatan, yang dimaksud dengan asas manfaat adalah sebatas biaya riil yang wajar (*reasonable cost*).

Pemohon Keberatan menolak pandangan KPPU yang menyatakan bahwa pembayaran biaya pelaksanaan pelayanan verifikasi impor gula sebagai jasa

dalam dunia bisnis (*commercial activities*) yang berlaku di pasar. Faktanya, kegiatan verifikasi tersebut merupakan kewenangan Pemerintah yang didelegasikan wewenangnya kepada Pemohon Keberatan.

Adapun Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Selatan No. 01/KPPU/PN Jak.Sel pada 4 April 2006 menyatakan menerima permohonan keberatan Para Terlapor/Para Pemohon terhadap Putusan KPPU No. 08/KPPU-I/2005 tanggal 30 Desember 2005 dan menyatakan KPPU dan Putusan KPPU melanggar ketentuan Pasal 50 huruf a UU NO. 5 Tahun 1999 dan karenanya membatalkan Putusan KPPU tadi. Putusan Pengadilan Negeri Jakarta Selatan di tahap keberatan ini sendiri kemudian dikuatkan dengan Putusan Mahkamah Agung Nomor 03K/KPPU/ 2006 Tahun 2006 dimana pengajuan kasasi oleh KPPU ditolak oleh Mahkamah Agung.

B. Analisis Keberadaan *State Action Doctrine* dalam Perkara

- i. Unsur Tujuan yang Jelas dari Negara untuk Mengecualikan Kegiatan Tertentu dari Hukum Persaingan Usaha

Dalam perkara ini, terdapat Keputusan Menteri Perindustrian dan Perdagangan Republik Indonesia Nomor: 527/MPP/Kep/9/2004 tanggal 17 September 2004 tentang Ketentuan Impor Gula (SK Menperindag No. 527/2004) *juncto* Keputusan Menteri Perindustrian dan Perdagangan Republik Indonesia Nomor : 594/MPP/Kep/9/2004 tanggal 23 September 2004 tentang Penunjukan Surveyor Sebagai Pelaksana Verifikasi Atau Penelusuran Teknis Impor Gula (SK Menperindag No. 594/2004) yaitu Terlapor I dan Terlapor II.

Keberadaan dari dua Surat Keputusan Menperindag itu sendiri tidak termasuk ke dalam hierarki peraturan perundang-undangan dalam Pasal 7 ayat (1) UU No. 10 Tahun 2004 yaitu : (a) UUD 1945; (b) Undang-Undang / Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang; (c) Peraturan Pemerintah; (d) Peraturan Presiden; (e) Peraturan Daerah. Namun, dia lahir dari delegasi yang diberikan oleh peraturan perundang-undangan dalam hierarki yang lebih tinggi di atasnya seperti disebut tadi.

Berdasarkan Keputusan Presiden No. 58 Tahun 2004 tentang Penanganan Gula yang Diimpor Secara Tidak Sah dinyatakan bahwa impor gula harus dibatasi dan diawasi oleh Pemerintah dimana ketentuan teknisnya diatur oleh Menteri Perindustrian dan Perdagangan. Maka, berdasarkan pemberian kewenangan ini, Menteri Perindustrian dan Perdagangan mengeluarkan SK Memperindag No. 527/2004 tentang Ketentuan Impor Gula jo. Kep. Memperindah No. 02/M/Kep/XII/2004 tentang Perubahan atas Kep. Memperindag No. 527/MPP/Kep/9/2004 tentang ketentuan Impor Gula yang salah satu ketentuannya adalah Pemerintah berwenang untuk melakukan verifikasi atau penelusuran teknis impor gula. Pelaksanaannya dilakukan oleh surveyor yang ditunjuk oleh Menteri.

Berdasarkan SK yang dikeluarkan olehnya sendiri tadi, Menteri Perindustrian dan Perdagangan mengeluarkan Keputusan Menteri Perindustrian dan Perdagangan Republik Indonesia Nomor : 594/MPP/Kep/9/2004 tanggal 23 September 2004 tentang Penunjukan Surveyor Sebagai Pelaksana Verifikasi Atau Penelusuran Teknis Impor Gula.

Terkait unsur tujuan yang jelas dari negara untuk mengecualikan kegiatan tertentu dari Hukum Persaingan Usaha tadi, maka kita harus melihat bagaimana Pasal 50 huruf a UU No. 5 Tahun 1999 mengaturnya berkenaan dengan perbuatan dan atau perjanjian yang bertujuan melaksanakan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Koneksitas antara unsur tujuan yang jelas dari negara untuk mengecualikan kegiatan tertentu dari Hukum Persaingan Usaha sebagai salah satu ukuran dalam *Midcal Test* atau *two-pronged tests* sebagai parameter mutlak yang harus selalu dilihat dalam memutus perkara Hukum Persaingan Usaha yang berhubungan dengan adanya *State Action Doctrine* dengan Pasal 50 huruf a UU No. 5 Tahun 1999 adalah terkait dengan unsur “bertujuan melaksanakan” dalam pasal yang bersangkutan.

Mengingat penjelasan Pasal 50 huruf a UU No. 5 Tahun 1999 hanya mencantumkan kalimat “cukup jelas”, mau tidak mau dalam menjabarkan unsur “bertujuan melaksanakan” tadi yang harus diperhatikan adalah Pedoman Pasal Tentang Ketentuan Pasal 50 huruf a UU No. 5 Tahun 1999 yang dikeluarkan berdasarkan Keputusan KPPU Nomor : 253/KPPU/VII/2008.

Dalam pedoman tersebut pada intinya “perbuatan dan atau perjanjian” yang dikecualikan dalam ketentuan Pasal 50 huruf a, adalah yang dilakukan oleh pelaku usaha karena berdasarkan perintah dan kewenangan yang diberikan oleh Undang-Undang atau oleh peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang atau oleh peraturan perundang-undangan di bawah undang-undang tetapi berdasarkan pula delegasi secara tegas dari undang-undang, untuk dilaksanakan.

Dalam pedomannya, KPPU menganggap “melaksanakan” berarti adalah kewenangan yang secara tegas diberikan pada subjek hukum tertentu oleh undang-undang (peraturan perundang-undangan). Dengan kata lain, harus terdapat delegasi secara tegas dari undang-undang kepada pelaku usaha untuk kegiatannya sehingga dapat dikatakan kegiatannya (perbuatan dan atau perjanjian) tadi dapat dikecualikan dari penegakan Hukum Persaingan Usaha berdasarkan *State Action Doctrine*.

Dalam perkara ini, baik PT Surveyor Indonesia dan PT Superintending Company of Indonesia memang tidak diberikan delegasi secara tegas langsung dari peraturan tertulis yang termasuk dalam lingkup peraturan perundang-undangan berdasarkan UU No. 10 Tahun 2004. Posisi mereka yang eksklusif sebagai pelaksana verifikasi atau penelusuran teknis impor gula didapat dari lingkup SK.

Selain itu, SK yang menunjuk PT Surveyor Indonesia dan PT Superintending Company of Indonesia sebagai pelaksana verifikasi atau penelusuran teknis impor gula didapat dari lingkup SK sendiri hanya melegitimasi posisi mereka yang eksklusif dalam pelaksanaan verifikasi atau penelusuran teknis impor gula. Dalam prakteknya, PT Surveyor Indonesia dan PT Superintending Company of Indonesia secara bersama-sama membentuk Perjanjian KSO, melakukan penetapan harga atas jasa yang mereka berikan dan menunjuk SGS Geneva sebagai surveyor satu-satunya dalam melakukan verifikasi atau penelusuran teknis impor gula di negara asal barang. Dengan kata lain, ketiga tindakan PT Surveyor Indonesia dan PT Superintending Company of Indonesia tidak merupakan delegasi yang tegas dari peraturan perundang-undangan yang secara spesifik mengaturnya dan bukan pula merupakan kewenangan yang diberikan oleh SK penunjukan terhadap mereka sebagai surveyor.

Tindakan-tindakan PT Surveyor Indonesia dan PT Superintending Company of Indonesia yang membentuk Perjanjian KSO, melakukan penetapan harga atas jasa yang mereka berikan dan menunjuk SGS Geneva sebagai surveyor satu-satunya dalam melakukan verifikasi atau penelusuran teknis impor gula di negara asal barang adalah lebih disebabkan keputusan mereka ketimbang hanya menjalankan dengan tegas delegasi yang diatur secara formal legalistik dan diberikan kepada mereka. Tindakan-tindakan mereka tadi sendiri tidak bisa langsung disebut melanggar ketentuan Hukum Persaingan Usaha, tapi hanyalah tidak bisa dikecualikan dari supervisi atau penegakan Hukum Persaingan Usaha.

Hal ini menyebabkan unsur tujuan yang jelas dari negara untuk mengecualikan kegiatan tertentu dari Hukum Persaingan Usaha sebagai salah satu ukuran dalam *Midcal Test* atau *two-pronged tests* sebagai parameter yang harus selalu dilihat dalam memutus perkara Hukum Persaingan Usaha yang berhubungan dengan adanya *State Action Doctrine* tidak terpenuhi sehingga PT Surveyor Indonesia dan PT Superintending Company of Indonesia, apabila dinilai berdasarkan *State Action Doctrine*, tidak lepas dari penegakan di bidang Hukum Persaingan Usaha dan mekanisme di pengadilanlah yang dapat membuktikan apakah ketiga tindakan mereka tadi telah melanggar UU No. 5 Tahun 1999.

ii. Unsur Supervisi yang Aktif

Unsur kedua yang terdapat dalam *Midcal Test* atau *two-pronged tests* adalah adanya supervisi aktif dari otoritas pemerintah terkait keberadaan *State Action Doctrine*. Peraturan yang langsung menetapkan keharusan adanya supervisi aktif adalah Keputusan Presiden No. 57 Tahun 2004 tentang Penetapan Gula Sebagai Barang Dalam Pengawasan dimana ditetapkan secara spesifik secara spesifik bahwa gula adalah salah satu komoditas yang berada dalam pengawasan Pemerintah.

Selanjutnya lewat keberadaan Keputusan Presiden No. 58 Tahun 2004 tentang Penanganan Gula yang Diimpor Secara Tidak Sah ditegaskan bahwa impor gula harus dibatasi dan diawasi oleh Pemerintah. Sedangkan ketentuan teknisnya diatur oleh Menteri Perindustrian dan Perdagangan. Maka otoritas

terkait yang didelegasikan untuk melakukan supervisi aktif adalah Menteri Perindustrian dan Perdagangan.

Dalam butir iii SK Memperindag No. 594/2004 tentang Penunjukan Surveyor sebagai Pelaksana Verifikasi atau Penelusuran Teknis Impor Gula disebutkan bahwa dalam melaksanakan verifikasi atau penelusuran teknis impor, surveyor dapat memungut imbalan jasa atas jasa yang diberikan dari importir yang besarnya disesuaikan dengan asas manfaat. Hal ini melahirkan perlunya otoritas terkait –dalam hal ini Menteri Perindustrian dan Perdagangan- melakukan supervisi untuk menilai apakah imbalan jasa yang diberikan dari importir telah sesuai dengan asas manfaat. Hal ini berkenaan dengan butir ke v yang memberikan kewenangan bagi Menteri Perindustrian dan Perdagangan untuk mencabut, mengganti dan menambah penunjukan Surveyor sebagai pelaksana verifikasi atau penelusuran teknis impor gula. Maka dapat ditarik kesimpulan bahwa Menteri Perindustrian dan Perdaganganlah yang paling memiliki tanggung jawab dalam melakukan supervisi terhadap kegiatan PT Surveyor Indonesia dan PT Superintending Company of Indonesia yang memiliki hak eksklusif dari SK yang mereka keluarkan karena hak eksklusif –atau hak monopoli- yang demikian sangat rentan terhadap praktek monopoli yang abusif.

Dalam konteks perkara-perkara yang berhubungan dengan *State Action Doctrine* di Amerika Serikat, ketika terbukti telah ada supervisi aktif dari otoritas pemerintah terkait perihal privilese yang diberikan untuk mengecualikan tindakan antipersaingan maka tindakan tersebut dikecualikan dari penegakan Hukum Persaingan Usaha. Namun, ketika tidak terdapat supervisi aktif, maka adalah tugas Hukum Persaingan Usaha untuk menilai tindakan tersebut.

2) Perkara Monopoli Air Bersih di Batam (Putusan KPPU Perkara Nomor : 11/KPPU-L/2008)

A. Duduk Perkara

Dalam perkara ini PT Adhya Tirta Batam (ATB) adalah perusahaan yang melaksanakan pengelolaan air bersih di Batam dengan adanya hak eksklusif konsesi pengelolaan air bersih berdasarkan Keputusan Otorita Batam Nomor 062/UM-KPTS/XI/1995.

PT ATB dinilai telah melakukan praktek monopoli berdasarkan Pasal 17 UU No. 5 Tahun 1999. PT ATB dengan hak monopolinya telah melakukan praktek monopoli dalam pengelolaan air bersih di Pulau Batam berupa penghentian atau pengurangan pemasangan sambungan baru yang menyebabkan konsumen terhalangi haknya untuk mendapatkan pasokan air bersih. PT ATB tidak melakukan investasi untuk menambah kapasitas air bersih dengan alasan usulan peninjauan tarif yang belum mendapat persetujuan dari pihak terkait (dalam hal ini Otorita Batam). Kondisi ini menimbulkan kerugian terhadap pengembang dan penghuni perumahan karena perumahan yang telah dibangun jaringan air dan telah dihuni tidak mendapat pasokan air karena belum dipasang meteran air dengan alasan keterbatasan pasokan air bersih

PT ATB juga diduga telah melakukan diskriminasi berdasarkan Pasal 19 huruf d UU No. 5 Tahun 1999 karena tidak melakukan pemasangan meteran air terhadap perumahan yang telah membangun jaringan air sesuai prosedur, seharusnya pengembang yang telah memenuhi persyaratan menjadi prioritas untuk mendapat sambungan air dan bukan menunggu giliran. Dengan terhambatnya proses pemasangan meteran air oleh PT ATB, pihak pengembang mengalami kesulitan untuk menjual lokasi perumahan. Hal ini menyebabkan pengembang baru kesulitan bersaing dengan pengembang lama yang diakui oleh PT ATB lebih diprioritaskan.

Selain dua pasal tadi, PT ATB juga disebut melakukan penyalahgunaan posisi dominan pada Pasal 25 ayat (1) huruf a Undang-undang No. 5 Tahun 1999. PT ATB menetapkan pemasangan meteran air baru hanya dapat dilakukan apabila rumah telah selesai dan atau telah akad kredit. PT ATB bertanggungjawab terhadap pembangunan jalur utama dengan membangun pipa induk yang hanya sampai ke depan area perumahan. Untuk lokasi yang sulit dan belum ada pipa induk PT ATB menawarkan kepada pengembang untuk membuat pipa induk dengan modal sendiri dengan catatan PT ATB akan menggantikan investasi yang telah dikeluarkan oleh pengembang tersebut setelah *cash flow* mencukupi dengan waktu yang ditentukan.

Meskipun syarat-syarat tersebut telah dipenuhi dan sambungan air telah terpasang, akan tetapi terdapat pengembang yang masih belum mendapat pasokan air bersih dengan alasan kurangnya kapasitas air yang ada.

Dalam putusannya, Majelis Komisi dari KPPU memutus PT ATB telah melanggar ketentuan Pasal 17 huruf a UU No. 5 Tahun 1999, namun tidak memenuhi unsur dalam Pasal 25 ayat (1) dan Pasal 19 d UU No. 5 Tahun 1999. Hal ini disebabkan unsur 'barang dan jasa bersaing' dalam pasal yang bersangkutan tidak terpenuhi karena meskipun terdapat pelaku usaha lain yang menyediakan jasa pelayanan air bersih di Pulau Batam yakni PT PKT dan PT Batamindo, tetapi kedua pelaku usaha tersebut tidak berada pada pasar yang sama dengan PT ATB sehingga ketentuan pasal ini tidak terpenuhi.

PT ATB, selaku terlapor, melakukan pembelaan dengan mendalilkan bahwa tindakan mereka harusnya dikecualikan dengan mendasarkan pada Pasal 50 huruf a UU No. 5 Tahun 1999. Terdapat ketentuan di dalam Pasal 9 Undang-Undang No. 7 Tahun 2004 tentang Sumber Daya Air (UU No. 7 Tahun 2004) yang memperbolehkan keterlibatan aktif dari pihak badan usaha swasta dalam mengelola atau melaksanakan apa yang diistilahkan sebagai "hak guna usaha air", dalam bentuk antara lain: (a) pemberian kontrak konsesi, (b) pola bangun guna serah (*built operate and transfer*), (c) perusahaan patungan, (d) kontrak pelayanan, (e) kontrak manajemen, (f) kontrak konsesi, (g) kontrak sewa dan sebagainya.

Selain itu, pada Peraturan Presiden No. 16 Tahun 2005 tentang Pengembangan Sistem Penyediaan Air Minum (PP No. 16 Tahun 2005) dinyatakan:

- (1) Koperasi dan/atau badan usaha swasta dapat berperan serta dalam penyelenggaraan pengembangan SPAM (Sistem Penyediaan Air Minum) pada daerah, wilayah atau kawasan yang belum terjangkau pelayanan BUMN/BUMD;
- (2) Pelibatan Koperasi dan/atau badan usaha swasta sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan berdasarkan prinsip-prinsip persaingan yang sehat melalui proses pelelangan sesuai dengan peraturan perundang-undangan.

Dalam peraturan yang sama juga disebutkan bahwa tarif yang dikenakan wajib memperhatikan prinsip-prinsip keterjangkauan dan keadilan, mutu

pelayanan, pemulihan biaya, efisiensi pemakaian air, transparansi dan akuntabilitas serta perlindungan air baku.

Bahwa dengan amanat UU No. 7 Tahun 2004 tadi, Otorita Pengembangan Daerah Industri Pulau Batam (Otorita Batam) mengeluarkan Keputusan No. 062/UM-KPTS/XI/1995 yang memberikan hak untuk melaksanakan konsesi pengelolaan air bersih di Pulau Batam mulai tanggal 15 November 1995 dengan Hak Eksklusif. Keberadaan konsesi ini sendiri telah dikuatkan dengan adanya Keputusan No. 14/G.TUN/2005/PTUN.PBR tanggal 23 Nopember 2005 dari Pengadilan Tata Usaha Negara (PTUN) yang telah memutuskan bahwa hak konsesi air PT ATB sesuai dengan Perjanjian (kontrak) Konsesi dan Keputusan Pemberian Hak Monopoli Konsesi Air adalah sah dan sesuai dengan peraturan perundang-undangan yang berlaku.

Dalam Pasal 98 UU No. 7 Tahun 2004 dinyatakan pula bahwa perizinan yang berkaitan dengan pengelolaan sumber daya air yang telah diterbitkan sebelum ditetapkannya Undang-Undang ini dinyatakan tetap berlaku sampai dengan masa berlakunya berakhir. Hal ini berimplikasi bahwa Keputusan No. 062/UM-KPTS/XI/1995 yang memberikan hak untuk melaksanakan konsesi pengelolaan air bersih di Pulau Batam kepada PT ATB mulai tanggal 15 November 1995 dengan Hak Eksklusif tetap berlaku saat perkara ini diputus KPPU karena kontraknya belum berakhir.

Berkenaan dengan eksistensi *State Action Doctrine* dalam kerangka Hukum Persaingan Usaha di Indonesia, maka PT ATB mendalilkan bahwa berdasarkan Pasal 50 huruf a UU No. 5 Tahun 1999, kegiatan monopoli mereka merupakan kegiatan yang dikecualikan dari ketentuan undang-undang (UU No. 5 Tahun 1999) karena setiap perbuatan dan atau perjanjian yang bertujuan melaksanakan peraturan perundang-undangan yang berlaku adalah dikecualikan dari penegakan Hukum Persaingan Usaha.

PT ATB kemudian mengajukan keberatan di Pengadilan Negeri Batam dimana atas hal ini Putusan KPPU dibatalkan PN Batam dengan pertimbangan bahwa PT ATB pengembang amanat Peraturan Daerah Otorita Batam. KPPU kemudian mengajukan kasasi ke Mahkamah Agung (MA). MA melalui Putusan

No. 413K/PDT.SUS/2009 tanggal 28 Oktober 2009 menguatkan putusan KPPU.²⁷⁸

MA berpendapat bahwa monopoli pengelolaan air oleh pelaku usaha tertentu tidak dengan sendirinya menjadikannya terbebas dari kewajiban berperilaku usaha sehat. Meskipun penunjukannya didasarkan pada suatu Peraturan Daerah, pelaku usaha monopoli tidak dapat memanfaatkan posisi dominannya untuk memaksa perubahan kebijakan tarif yang disamping menunjukkan penyalahgunaan juga jelas merugikan konsumen. Hal ini mana memenuhi kualifikasi penyalahgunaan monopoli yang dilarang oleh Pasal 17 UU No. 5 Tahun 1999.²⁷⁹

B. Analisis Keberadaan *State Action Doctrine* dalam Perkara

Untuk menilai apakah tindakan-tindakan yang dilakukan oleh PT ATB adalah harus dikecualikan dari penegakan Hukum Persaingan Usaha, maka dapat kita gunakan keberadaan *Midcal Test* atau *two-pronged tests* sebagai parameter yang harus selalu diperhatikan dalam memutus perkara Hukum Persaingan Usaha yang berhubungan dengan adanya *State Action Doctrine*, yaitu: (1) tujuan yang jelas dari negara untuk mengecualikan kegiatan tertentu dari hukum persaingan usaha, dan (2) supervisi yang aktif.

i. Unsur Tujuan yang Jelas dari Negara untuk Mengecualikan Kegiatan Tertentu dari Hukum Persaingan Usaha

Parameter pertama, tujuan yang jelas dari negara untuk mengecualikan kegiatan tertentu dari hukum persaingan usaha adalah untuk melihat apakah Pasal 50 huruf a UU No. 5 Tahun 1999 dapat menjadi pembelaan dari PT ATB dengan menyatakan kegiatan yang dilakukannya tidak dapat dikenakan penegakan dalam Hukum Persaingan Usaha. Seperti telah dijelaskan sebelumnya, berdasarkan Pasal 9 UU No. 7 Tahun 2004 maka eksistensi PT ATB yang memonopoli pengelolaan air bersih adalah dapat dibenarkan.

²⁷⁸ KPPU, "MA Menguatkan Putusan Monopoli Air di Batam," *Majalah Kompetisi*, Edisi 22, (2010), hal. 16.

²⁷⁹ *Ibid*

Namun, eksistensi monopoli dengan mendalilkan diri pada peraturan tertulis semata harus memperhatikan pula secara luas apakah tindakan monopoli tersebut adalah sesuai dengan tujuan yang jelas dari negara (*clearly articulated state policy*). Untuk memenuhi kriteria ini, maka yang harus dilihat tidaklah hanya Pasal 9 UU No. 7 Tahun 2004 semata. Seperti telah dijelaskan di atas ada ketentuan lain dalam PP No. 16 Tahun 2005 -yang merupakan peraturan pelaksanaan UU No. 7 Tahun 2004- yang menyatakan bahwa bahwa tarif yang dikenakan wajib memperhatikan prinsip-prinsip keterjangkauan dan keadilan, mutu pelayanan, pemulihan biaya, efisiensi pemakaian air, transparansi dan akuntabilitas serta perlindungan air baku. Tindakan-tindakan PT ATB berupa penghentian atau pengurangan pemasangan sambungan baru yang menyebabkan konsumen terhalangi haknya untuk mendapatkan pasokan air bersih, tidak melakukan pemasangan meteran air terhadap perumahan yang telah membangun jaringan air sesuai prosedur terhadap pengembang baru karena lebih memprioritaskan pengembang lama, dan melakukan syarat-syarat perdagangan kepada pengembang dengan posisi dominan yang dimilikinya, adalah berturut-turut dapat diduga melanggar ketentuan UU No.5 Tahun 1999.

Hal ini membuat Pasal 9 UU No. 7 Tahun 2004 harus dilihat hanya sebagai sebuah legitimasi yuridis posisi PT ATB untuk memperoleh posisi monopolinya, namun harus tetap diperhatikan apakah praktek monopoli yang dilakukan oleh PT ATB adalah benar-benar memenuhi tujuan jelas dari negara di sektor pengelolaan air bersih dan karenanya harus pula diperhatikan peraturan-peraturan lain yang berkaitan. Atau, secara sederhana, dapat pula dinilai apakah praktek monopoli yang dilakukan PT ATB adalah memang benar-benar diatur secara formal legalistik dan merupakan delegasi yang tegas oleh peraturan perundang-undangan tertentu seperti tindakan-tindakan diduga KPPU. Dengan kata lain, ketika praktek monopoli yang dilakukan oleh PT ATB adalah terbukti merugikan dan atau membuat konsumen air bersih atau pelaku usaha lain –seperti pengembang- menderita kerugian, maka praktek monopoli yang dilakukan PT ATB tersebut tidaklah dikecualikan dari penegakan Hukum Persaingan Usaha. Ketika tindakan PT ATB lebih murni keputusannya pribadi ketimbang menjalankan kewenangan yang diberikan kepadanya, maka hal tersebut harus

dilihat sebagai sebuah praktek monopoli yang tidak dikecualikan dari penegakan Hukum Persaingan Usaha berdasarkan *State Action Doctrine* karena unsur tujuan yang jelas dari negara untuk mengecualikan kegiatan tertentu dari Hukum Persaingan Usaha (*clearly articulated state policy to displace competition*) tidaklah terpenuhi.

Hal ini berkaitan dengan pertimbangan Majelis Komisi KPPU dalam Putusan Nomor : 11/KPPU-L/2008 pada halaman 135 poin 2.2.7 dimana dinyatakan terdapat perbedaan antara monopoli dengan praktek monopoli, dimana monopoli menitikberatkan pada struktur sementara praktek monopoli lebih menitikberatkan pada perilaku. Maka, konsekuensi logisnya adalah, Pasal 50 huruf a UU No. 5 Tahun 1999 harus dilihat sebagai legitimasi adanya posisi monopolistik karena adanya peraturan perundang-undangan yang mendasarinya namun praktek monopoli yang dilakukan oleh monopolis yang mendapatkan legitimasi yang demikian adalah tidak lepas dari penegakan Hukum Persaingan Usaha.

ii. Unsur Supervisi Aktif

Parameter kedua adalah melihat apakah ada supervisi aktif terhadap eksistensi monopoli yang diberikan kepada PT ATB telah terpenuhi sebagai landasan keberadaan *State Action Doctrine* dalam monopoli pengelolaan air bersih di Batam. Untuk melihat apakah terdapat supervisi aktif dari perkara ini, kita dapat melihat bagian mengenai keterlibatan Pemerintahan Kota (Pemko) Batam terkait penyediaan air bersih di Pulau Batam.

Sebelum perjanjian konsensi antara PT ATB dengan Otorita Batam dibuat tahun 1995, pengelolaan air bersih di Pulau Batam merupakan tanggung jawab Otorita Batam karena pada saat itu pemerintahan di Pulau Batam dikelola oleh Otorita Batam. Oleh karena itu Perjanjian Konsensi tentang pengelolaan air bersih antara PT ATB dengan otorita batam merupakan perjanjian perdata antara kedua belah pihak.

Setelah terbit UU No. 7 Tahun 2004 dan PP No. 16 Tahun 2005, pemerintah daerah mendapat peranan dalam regulasi pengelolaan air bersih. Tetapi karena Pemko Batam berdiri setelah Perjanjian Konsensi dibuat, maka

khusus di Pulau Batam Pemko Batam bukan merupakan pihak yang terlibat langsung dalam pengelolaan air bersih.

Adapun peran Pemko Batam akhirnya hanyalah sebagai *adviser* bagi otorita batam dalam perubahan-perubahan di Perjanjian Konsesi. Pemko Batam tidak memiliki kewenangan dalam penentuan tarif air bersih karena berdasarkan PP No. 16 Tahun 2005 di Pasal 77 disebutkan perjanjian sebelum adanya PP masih tetap berlaku, sehingga wewenang penentuan tarif tetap berada pada tangan Otorita Batam.

Dari fakta-fakta tadi, maka jelaslah otorita batam yang memiliki kewajiban untuk melakukan supervisi aktif terhadap kegiatan monopoli pengelolaan air bersih yang dilakukan oleh PT ATB. Dalam keharusan untuk melakukan supervisi aktif sebagai salah satu elemen penting *State Action Doctrine*, putusan-putusan di Amerika Serikat selalu mempertanyakan agen pemerintah mana yang posisinya paling dekat dalam memberikan privilese kepada monopolis. Dalam perkara ini, agen pemerintah yang bertanggung jawab melakukan supervisi aktif adalah Otorita Batam karena otorita batam –lah yang mengeluarkan Keputusan No. 062/UM-KPTS/XI/1995 yang memberikan hak untuk melaksanakan konsesi pengelolaan air bersih di Pulau Batam mulai tanggal 15 November 1995 dengan Hak Eksklusif.

Lewat keputusan Presiden nomor 41 tahun 1973, Pulau Batam ditetapkan sebagai lingkungan kerja daerah industri dengan didukung oleh Otorita Pengembangan Daerah Industri Pulau Batam atau lebih dikenal dengan Badan Otorita Batam atau Otorita Batam sebagai penggerak pembangunan Batam. Eksistensi keberadaan Otorita Batam sendiri makin diperkuat dengan adanya Undang-Undang Nomor 12 Tahun 1999 tentang Pemerintahan Daerah yang dalam Pasal 119 ayat (1) menyatakan bahwa Kewenangan Daerah Kabupaten dan Daerah Kota berlaku juga di kawasan otorita yang terletak di dalam Daerah Otonom, yang meliputi badan otorita, kawasan pelabuhan, kawasan bandar udara, kawasan perumahan, kawasan industri, kawasan perkebunan, kawasan pertambangan, kawasan kehutanan, kawasan pariwisata, kawasan jalan bebas hambatan, dan kawasan lain yang sejenis.

Ketika sebuah supervisi aktif yang harusnya dijalankan otoritas pemerintah terkait tidak dijalankan secara ketat olehnya dan justru bertendensi kepada dugaan sebuah praktek monopoli yang negatif dan merugikan kesejahteraan konsumen, di situlah otoritas persaingan –di Indonesia lewat KPPU- masuk. Supervisi aktif diperlukan dalam menentukan apakah sebuah monopoli yang berdasarkan keberadaan intervensi negara lewat pemerintah masih relevan dengan tujuan awal intervensi yang bersangkutan.

Dalam perkara ini, supervisi aktif yang harusnya dilakukan oleh Otorita Batam sendiri tidak terpenuhi karena tindakan-tindakan praktek monopoli PT ATB dalam rentang waktu tertentu lebih didasarkan pada inisiatifnya pribadi dan bukannya tindakan-tindakan yang memang terlebih dahulu disupervisi secara aktif oleh Otorita Batam. Ketiadaan supevisi aktif dari otoritas pemerintah terkait tadi menyebabkan otoritas persaingan menjalankan fungsinya melakukan supervisi aktif lewat serangkaian pemeriksaan hingga menjatuhkan sanksi administratif atas tindakan monopolis.

Dari kedua perkara contoh penerapan *State Action Doctrine* tadi, analisis *Midcal Test* atau *two-pronged tests* dapat digunakan untuk melihat apa saja ukuran-ukuran dalam penerapan Pasal 50 huruf a UU No. 5 Tahun 1999. Dalam menjabarkan *Midcal Test* atau *two-pronged* terdapat pembagian sebagai berikut.

I. Adanya Tujuan yang Jelas dari Negara untuk Mengecualikan Kegiatan Tertentu dari Hukum Persaingan Usaha

1. Delegasi yang Tegas

Unsur delegasi yang tegas sangatlah penting untuk mengukur apakah tindakan tertentu dikecualikan dari penegakan Hukum Persaingan Usaha. Dalam Pasal 50 huruf a UU No. 5 Tahun 1999, penedefinisian terhadap adanya delegasi yang tegas berkenaan dengan adanya unsur “bertujuan melaksanakan”. Dalam konteks *State Action Doctrine* adanya delegasi yang tegas berkaitan erat dengan salah satu unsur *Midcal Test* yaitu keberadaan tujuan yang jelas dari negara untuk mengecualikan kegiatan tertentu dari Hukum Persaingan Usaha atau terkait adanya artikulasi yang jelas dari kebijakan negara untuk mengecualikan tindakan yang antipersaingan (*clearly articulated state policy to displace competition*).

Dalam Pedoman KPPU Tentang Ketentuan Pasal 50 huruf a UU No. 5 Tahun 1999, frasa “bertujuan melaksanakan” dapat diartikan bahwa pelaku usaha melakukan sesuatu tindakan bukan atas otoritas sendiri tetapi berdasarkan perintah dan kewenangan yang secara tegas diatur dalam Undang-Undang atau dalam peraturan perundang-undangan di bawah Undang-Undang tetapi mendapat delegasi secara tegas dari Undang-Undang.

Memang, unsur delegasi secara tegas sendiri masih memerlukan pedefinisian lebih lanjut terkait setegas apa delegasi tersebut harus dibaca. Apabila kita melakukan pedefinisian berdasarkan keberadaan *State Action Doctrine* maka dalam perkara *Cantor v. Detroit Edison Co.*, 428 U.S. 579 (1976), Mahkamah Agung, Amerika Serikat menyatakan bahwa *State Action Doctrine* berlaku terhadap kegiatan swasta yang tidak lain adalah untuk menaati peraturan pemerintah. Tidaklah adil untuk meminta pertanggung jawaban pelaku usaha yang dalam kegiatannya hanya menjalankan delegasi dari pemerintah kepadanya.²⁸⁰

Konsekuensinya adalah, pelaku usaha hanya boleh melakukan sejauh mana yang diberikan kewenangan padanya tanpa boleh menyimpang dari kewenangan yang didelegasikan tersebut. Apabila menyimpang dan penyimpangan tersebut lebih dikarenakan keputusan-keputusannya pribadi, maka penyimpangan tersebut tidak langsung dinyatakan sebagai pelanggaran hanya saja dia tidak dikecualikan dari supervisi penegakan Hukum Persaingan Usaha berdasarkan keberadaan *State Action Doctrine*.

Dalam dua perkara tadi apabila digunakan parameter *State Action Doctrine* dalam menerjemahkan unsur delegasi yang tegas pada Pasal 50 huruf a UU No. 5 Tahun 1999, maka dapat dinyatakan keduanya tidak dapat lepas dari supervisi penegakan Hukum Persaingan Usaha.

Pada perkara pertama, PT Surveyor Indonesia dan PT Superintending Company mendapatkan legitimasi posisinya berdasarkan SK Menperindag No. 527/2004 jo. SK Menperindag No. 594/2004. Dalam SK Menperindag No. 594/2004 yang menjadi dasar penunjukan mereka, tidak ada sedikit –pun disinggung perihal kebolehan para terlapor untuk melakukan tindakan-tindakan

²⁸⁰ Schwartz, “...State Action Doctrine In The Deregulated Electric...,” hal. 1477.

membentuk Perjanjian KSO, melakukan penetapan harga atas jasa yang mereka berikan dan menunjuk SGS Geneva sebagai surveyor satu-satunya dalam melakukan verifikasi atau penelusuran teknis impor gula di negara asal barang. Karena itu, apabila kita membaca unsur “bertujuan melaksanakan” sebagai delegasi yang tegas dan kemudian menjabarkan delegasi yang tegas dengan parameter *State Action Doctrine*, maka tindakan para terlapor tidak dikecualikan berdasarkan Pasal 50 huruf a UU No. 5 Tahun 1999.

Serupa dengan perkara pertama, pada perkara kedua, PT ATB memperoleh legitimasi untuk melakukan monopoli air bersih berdasarkan Kep. Otorita Batam No. 062/UM-KPTS/XI/1995 terkait pemberian hak konsensi eksklusif dimana hal tersebut merupakan delegasi dari Pasal 9 UU Sumber Daya Air. Namun, dalam prakteknya PT ATB melakukan tindakan-tindakan yang lebih disebabkan keputusannya pribadi seperti penghentian atau pengurangan pemasangan sambungan baru yang menyebabkan konsumen terhalangi haknya untuk mendapatkan pasokan air bersih, tidak melakukan pemasangan meteran air terhadap perumahan yang telah membangun jaringan air sesuai prosedur terhadap pengembang baru karena lebih memprioritaskan pengembang lama, dan melakukan syarat-syarat perdagangan kepada pengembang dengan posisi dominan yang dimilikinya. Tindakan-tindakan sendiri tadi harus dibuktikan apakah melanggar ketentuan UU No. 5 Tahun 1999, namun tidak ada alasan untuk mengatakan tindakan-tindakan tadi dikecualikan berdasarkan Pasal 50 huruf a UU No. 5 Tahun 1999 karena unsur “bertujuan melaksanakan” tidaklah terpenuhi.

2. Monopoli dan Praktek Monopoli

Dalam Perkara Monopoli Air Bersih di Batam (Putusan KPPU Perkara Nomor : 11/KPPU-L/2008), Majelis Komisi dari KPPU menyatakan terdapat perbedaan antara monopoli dan praktek monopoli dimana menurutnya monopoli menitikberatkan pada struktur sementara praktek monopoli lebih menitikberatkan kepada perilaku.

Berdasarkan Pasal 1 angka 1 UU No. 5 Tahun 1999 dinyatakan:

Monopoli adalah penguasaan atas produksi dan atau pemasaran barang dan atau atas penggunaan jasa tertentu oleh satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha.²⁸¹

Dan berdasarkan Pasal 1 angka 2 dinyatakan:

Praktek monopoli adalah pemusatan kekuatan ekonomi oleh satu atau lebih pelaku usaha yang mengakibatkan dikuasainya produksi dan atau pemasaran atas barang dan atau jasa tertentu sehingga menimbulkan persaingan usaha tidak sehat dan dapat merugikan kepentingan umum.²⁸²

Adanya perbedaan antara posisi monopoli dan praktek monopoli tadi berkaitan erat dengan adanya Mazhab Harvard dalam Hukum Persaingan Usaha. Mazhab Harvard atau *Harvard School* dikenal dengan pendekatan *Structure, Conduct, Performance* (Struktur, Perilaku, dan Kinerja). Mazhab Harvard menilai perlunya evaluasi antara konsep struktur (jumlah pelaku usaha di pasar dan kemudahan masuk dan keluar pasar), perilaku (terkait kebijakan harga dan diskon ataupun metode-metode pemasaran atau promosi), dan kinerja (kemampuan efisiensi dan teknologi).²⁸³

Menurut KPPU, Pasal 50 huruf a UU No. 5 Tahun 1999 hanya berbicara mengenai posisi monopoli dan bukannya praktek monopoli. Maka, dalam kaitannya dengan Mazhab Harvard yang menyatakan bahwa evaluasi Hukum Persaingan Usaha harus melihat struktur, perilaku, dan kinerja, KPPU menilai tidaklah cukup melihat adanya posisi monopoli (struktur) semata tapi juga perlu untuk melihat praktek monopoli (perilaku dan kinerja) dari perusahaan.

Permasalahan muncul karena pada Pasal 50 huruf a terdapat unsur “perbuatan dan atau perjanjian” dimana seolah-olah praktek monopoli-pun harusnya dikecualikan dari penegakan Hukum Persaingan Usaha selama ia melaksanakan peraturan perundang-undangan yang berlaku. Ketentuan Pasal 50 huruf a ini tentu berbeda dengan Pasal 51 yang mengedepankan unsur “monopoli

²⁸¹ Indonesia (a) , Undang-undang No. 5 Tahun 1999, pasal 1 angka 1.

²⁸² *Ibid*, pasal 1 angka 2.

²⁸³ W.Kip Viscusi, *et.all.*, *Economic of Regulation and Antitrust*, (Massachusetss : The MIT Press, 1998), hal.58.

dan atau pemusatan kegiatan” dimana yang dimaksud adalah struktur atau posisi monopoli dan bukannya praktek monopoli.

Kesimpulannya, Pasal 50 huruf a dapat juga mengecualikan praktek monopoli yang berkaitan dengan perilaku dan kinerja monopolis selama bertujuan melaksanakan peraturan perundang-undangan atau praktek monopoli tersebut adalah delegasi tugas yang bertujuan untuk melaksanakan peraturan perundang-undangan.

II. Adanya Supervisi yang Aktif

1. Supervisi yang Aktif Dari Otoritas Pemerintah Terkait

Dari kedua perkara yang menjadi contoh tadi, kitadapat menyatakan bahwa keberadaan supervisi yang aktif dalam setiap intervensi pemerintah yang di dalamnya terdapat keberadaan *State Action Doctrine* adalah sesuatu yang memang diperlukan. Supervisi aktif sangat diperlukan untuk melihat sejauh mana sebuah praktek tertentu yang memiliki intensi untuk dikecualikan dari Hukum Persaingan Usaha berdasarkan *State Action Doctrine* masih relevan untuk dipertahankan dan tidak menciderai masyarakat atau konsumen.

Sebagai contoh adalah pada Perkara Surveyor Gula (Putusan KPPU Perkara Nomor : 08/KPPU-I/2005). Perkara ini melibatkan beberapa peraturan yang memang dapat ditafsirkan sebagai keharusan pemerintah lewat otoritas terkait untuk melakukan supervisi aktif. Terdapat Keppres No. 57 Tahun 2004 yang menetapkan secara spesifik bahwa gula menjadi salah satu komoditas yang berada dalam pengawasan pemerintah. Bahkan, dalam SK Memperindag No. 594/2004 terkait penunjukan dua surveyor dicantumkan bahwa Menteri Perindustrian dan Perdagangan berwenang untuk mencabut, mengganti dan menambah penunjukan surveyor sebagai pelaksana verifikasi atau penelusuran teknis impor gula.

Ketentuan ini melahirkan sebuah kesimpulan, bahwa berdasarkan supervisi aktif dari otoritas pemerintah terkait (Menteri Perindustrian dan Perdagangan), posisi dari para surveyor dapat selalu dipertimbangkan dari waktu ke waktu dan disesuaikan dengan asas manfaat baik dari sisi kinerja maupun sisi harga seperti tertera dalam SK Memperindag No. 594/2004 yang menyatakan

imbalan jasa atas jasa yang diberikan dari importir besarnya disesuaikan dengan asas manfaat.

2. Supervisi Lewat Hukum Persaingan Usaha

Dalam pendapatnya ketika menilai FTC yang melakukan evaluasi terhadap adanya hambatan perdagangan secara horizontal dalam perkara *Mass. Board of Optometry*, Hakim Ginsburg dari Mahkamah Agung, Amerika Serikat mengeluarkan pertanyaan yang sering disebut sebagai tonggak eksistensi Hukum Persaingan Usaha dewasa ini. Hakim Ginsburg dengan lantang menyatakan proses peradilan Hukum Persaingan Usaha sebagai “Pengadilan Untuk Kesejahteraan Konsumen” (*Court of Consumer Welfare*).²⁸⁴ Berdasarkan pada pendapat Hakim Ginsburg ini, lahirlah sebuah kesimpulan yang menyatakan bahwa proses peradilan dalam bidang Hukum Persaingan Usaha memiliki tujuan utama untuk menilai apakah konsumen diciderai atau tidak dari sebuah tindakan tertentu yang diduga melanggar Hukum Persaingan Usaha. Adanya supervisi dari Hukum Persaingan Usaha terhadap tindakan tertentu yang diduga melanggar ketentuan Hukum Persaingan Usaha haruslah menjadikan kesejahteraan konsumen sebagai parameter utama dalam menilai tindakan tertentu. Hal ini berimplikasi pula dalam melakukan supervisi terhadap perkara yang memiliki aroma *State Action Doctrine* dimana yang disupervisi termasuk pula adanya keberadaan intervensi dari pemerintah.

Bentuk supervisi aktif terhadap kegiatan pemerintah tadi dapat dilihat dalam Pasal 35 huruf e UU No. 5 Tahun 1999 yang berbunyi:

Tugas Komisi meliputi:

e. memberikan saran dan pertimbangan terhadap kebijakan Pemerintah yang berkaitan dengan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.²⁸⁵

²⁸⁴ John B. Kirkwood dan Robert H. Lande, “The Chicago School’s Foundation Is Flawed : Antitrust Protects Consumers, Not Efficiency” dari Pitofsky (Ed)., *How The Chicago School Overshot...*, hal. 95.

²⁸⁵ Indonesia (a) , Undang-undang No. 5 Tahun 1999, pasal 35huruf e.

Dalam melakukan supervisi terhadap kegiatan pemerintah tersebut, pendekatan dari Mazhab Harvard dapat dikedepankan. Mazhab Harvard atau *Harvard School* dikenal dengan pendekatan *Structure, Conduct, Performance* (Struktur, Perilaku, dan Kinerja) sedangkan Mazhab Chicago atau *Chicago School* dengan pendekatan *Price Theory* (Teori Harga). Kedua mazhab ini pada dasarnya memiliki landasan fundamental yang sama yaitu mengedepankan persaingan sebagai filosofis yang terbaik bagi mekanisme pasar. Perbedaan yang mendasar adalah dalam pandangannya soal intervensi pemerintah dalam bidang ekonomi dalam upayanya memonitor atau melakukan supervisi terhadap mekanisme persaingan.

Seperti telah disinggung sebelumnya, Mazhab Harvard menilai bahwa pasar mungkin saja gagal mengoptimalkan mekanisme persaingan di dalamnya (*imperfect competition*). Hal ini melahirkan pandangan yang menyatakan pasar harus disupervisi dengan ketat oleh Hukum Persaingan Usaha dengan berdasarkan analisis terhadap struktur, kinerja, dan performa.

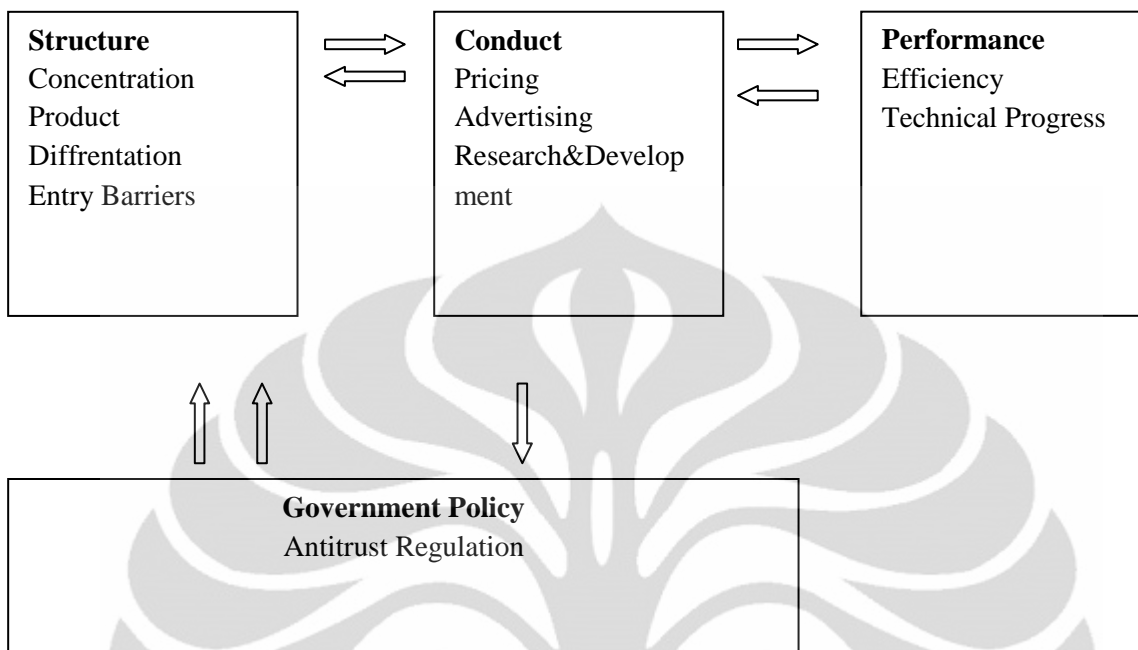
Berbeda dengan Mazhab Harvard, Mazhab Chicago menilai pasar pada dasarnya akan bekerja secara otomatis dengan efisien. Para penganjur Mazhab Chicago menilai bahwa sebuah konsentrasi tinggi pada pasar adalah refleksi dari optimalisasi skala ekonomi dan besarnya pasar secara relatif. Pada dasarnya Mazhab Chicago merasa supervisi terhadap mekanisme persaingan tidaklah terlalu diperlukan.²⁸⁶

Dalam konteks adanya supervisi aktif terhadap kebijakan pemerintah yang bertendensi merusak persaingan, maka yang kita kedepankan adalah pendekatan Mazhab Harvard. Edward Mason menyatakan bahwa kebijakan pemerintah (*government policy*) dan Hukum Persaingan Usaha (*antitrust regulation*) harus berjalan beriringan. Hukum Persaingan Usaha harus menjadi parameter utama dalam menilai kinerja perekonomian sebuah negara lewat analisis terhadap pasar. Mason membuat skematisasi yang ia beri nama *The Structure Conduct Performance Model of Industrial Organization*.²⁸⁷

²⁸⁶ Burgess Jr., *The Economic of Regulation and Antitrust*, hal. 58.

²⁸⁷ *Ibid*

*The Structure Conduct Performance Model of Industrial Organization*²⁸⁸



Dalam uraiannya Mason mengatakan bahwa pendekatan dengan struktur pasar menyangkut dua hal yang utama yaitu konsentrasi pasar (*market concentration*) dan juga hambatan masuk pasar (*barriers to entry*) dan menyatakan bahwa beberapa perusahaan besar memiliki kemampuan untuk mengontrol rigiditas harga di pasar dan juga mendominasi pasar dengan cara mempersulit pesaing baru yang ingin masuk ke pasar. Dalam mendapatkan posisinya tadi, perlu dicermati cara-cara yang mungkin didapat oleh perusahaan.²⁸⁹ Perusahaan dapat menjadi besar di pasar karena mekanisme persaingan, keunggulan teknologi, dan juga melakukan inovasi-inovasi. Selain itu, perlu juga dicermati bahwa perusahaan mungkin saja memperoleh posisinya tadi berdasarkan persetujuan pemerintah (*government consent*) atau dengan kata lain adanya tindakan yang anti persaingan justru adalah akibat dari lahirnya persetujuan dari pemerintah.²⁹⁰

²⁸⁸ *Ibid*

²⁸⁹ *Ibid*, hal. 221.

Mengingat sangat mungkin perusahaan mendapatkan posisi monopolis dari persetujuan pemerintah, maka logika Mason yang dalam bagannya menempatkan kebijakan pemerintah dan Hukum Persaingan Usaha dalam satu bagian dapat diterima. Ini menandakan bahwa Hukum Persaingan Usaha yang dilahirkan lewat kebijakan pemerintah itu sendiri dapat berfungsi sebagai otokritik terhadap kebijakan pemerintah di bidang ekonomi terutama yang berhubungan dengan tindakan anti persaingan.

Dalam penyusunan Pasal 35 huruf e, pendekatan Mazhab Harvard tadi terlihat jelas. Eksistensi Pasal 35 huruf e sendiri dapat disebut sebagai afirmasi kebutuhan untuk memonitor kebijakan pemerintah lewat rezim Hukum Persaingan Usaha seperti yang dikedepankan penganjur Mazhab Harvard.

Berdasarkan Pasal 35 huruf e salah satu tugas KPPU adalah memberikan saran dan pertimbangan sehubungan dengan kebijakan pemerintah yang berkaitan dengan praktek monopoli dan/atau persaingan usaha tidak sehat. Karena hal ini merupakan kewajiban dari KPPU yang harus dipenuhi, maka tidak diperlukan adanya permintaan dari pemerintah. Sebaliknya, KPPU berkewajiban untuk memberikan saran dan pertimbangan kepada pemerintah apabila dianggap perlu tanpa diminta, dengan tujuan untuk mendorong ekonomi pasar berfungsi secara lancar, karena pelaku usaha dilindungi dari praktek monopoli dan persaingan usaha tidak sehat.²⁹¹

Peningkatan perlindungan ini juga dilakukan dengan diberikannya laporan secara berkala mengenai hasil kerja KPPU kepada Presiden dan Dewan Perwakilan Rakyat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 35 huruf g UU No. 5 Tahun 1999 yang menyatakan :

Tugas Komisi meliputi:

f. Memberikan laporan secara berkala atas hasil kerja Komisi kepada Presiden dan Dewan Perwakilan Rakyat.²⁹²

²⁹⁰ Ningrum Natasya Sirait, *Asosiasi & Persaingan Usaha Tidak Sehat*, (Medan : Pustaka Bangsa Press, 2003), hal. 28.

²⁹¹ Hansen et.al, *Undang-undang Larangan Praktik Monopoli...*, hal. 380.

²⁹² Indonesia (a) , Undang-undang No. 5 Tahun 1999, pasal 35huruf g.

Laporan tersebut harus disampaikan secara berkala, tetapi KPPU atas dasar pertimbangannya dapat menentukan sendiri kurun waktu dan saat laporan tersebut. Mengingat terdapatnya kebutuhan informasi selama periode awal setelah Undang-undang tersebut diberlakukan, maka dianjurkan agar laporan tersebut disampaikan setahun satu kali. Kesiapan pelaku usaha untuk menerima undang-undang tersebut dapat ditingkatkan apabila laporan tahunan KPPU tersebut setelah disampaikan kepada Presiden atau Dewan Perwakilan Rakyat juga tersedia untuk masyarakat yang ingin mengetahuinya. Laporan kegiatan tahunan tersebut juga sangat bermanfaat sebagai bahan informasi tentang situasi persaingan usaha bagi lembaga pengawas persaingan usaha di luar negeri khususnya di negara-negara tertangga.²⁹³

Lebih lanjut lagi, Pasal 5 Keputusan Presiden Republik Indonesia No. 75 Tahun 1999 tentang Komisi Pengawas Persaingan Usaha (Keppres 75/1999) mengatur bahwa dalam menjalankan fungsinya, KPPU wajib melaksanakan tugas yang meliputi:

- i. Penilaian terhadap perjanjian, kegiatan usaha dan penyalahgunaan posisi dominan;
- ii. Pengambilan tindakan sebagai pelaksanaan kewenangan; dan
- iii. Pelaksanaan administratif.

Sayangnya, tak jelas apakah ketentuan tadi harus ditafsirkan sebagai sebuah urutan atau dapat dilaksanakan secara sekaligus. Apabila ditafsirkan secara berurutan, maka yang paling pertama harus dilakukan oleh KPPU adalah melakukan penilaian terlebih dahulu terhadap perjanjian, kegiatan usaha dan penyalahgunaan posisi dominan termasuk yang terdapat unsur intervensi dari persetujuan pemerintah. Namun, dalam Perkara Monopoli Air Bersih di Batam (Putusan KPPU Perkara Nomor : 11/KPPU-L/2008) terlihat KPPU tidak menafsirkan ketentuan tadi secara berurutan. KPPU menganggap tiga hal tadi dapat berjalan secara sinergis, dalam artian dalam menjatuhkan putusan administratif KPPU bisa pula menambahkan saran dan pertimbangan di dalamnya. Hal ini berimplikasi pada Pasal 35 huruf e sebagai bentuk supervisi aktif KPPU

²⁹³ Hansen et.al, *Undang-undang Larangan Praktik Monopoli...*, hal. 380.

tidak hanya lewat supervisi di dalam luar pengadilan namun juga lewat pengadilan.

Ambiguitas dalam keberadaan supervisi KPPU ini sendiri memiliki dampak negatif, karena ketika supervisi terhadap kebijakan pemerintah ditafsirkan pula dapat disamakan dengan penjatuhan putusan administratif oleh Majelis Komisi maka terdapat penjatuhan sanksi berupa denda dan/atau ganti rugi yang seharusnya tidak perlu dijatuhkan ketika supervisi dilakukan di luar pengadilan dan pemerintah lewat otoritas terkaitnya menerima saran dan pertimbangan tersebut. Hal ini berkenaan dengan tujuan awal penegakan Hukum Persaingan Usaha yaitu salah satunya untuk melakukan optimalisasi fungsi pasar dan hal tersebut tidak bisa diukur lewat besarnya penjatuhan denda semata.

4.1.2. Keberadaan *State Action Doctrine* dalam Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999

Dalam menjabarkan keberadaan Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999, terdapat beberapa bagian yang merupakan elemen utama dari pasal ini terkait keberadaan intervensi negara yang memungkinkan monopoli atau pemusatan kegiatan dikecualikan sama sekali dari penegakan Hukum Persaingan Usaha.

1) Pengaturan monopoli oleh Undang-Undang

Keberadaan unsur “diatur oleh undang-undang” dalam Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999 merupakan penegasan bahwa ketentuan pengecualian dalam pasal ini harus dilandaskan pada Undang-undang sehingga konsekuensi logisnya pengecualian tidak diberikan atas peraturan perundang-undangan yang berada di bawah undang-undang.

Dalam Pedoman Pelaksanaan Ketentuan Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999, KPPU memberikan dua contoh simulasi perkara untuk menjabarkan unsur “diatur oleh undang-undang” dalam pasal ini.

- i. Perkara monopoli atas barang yang menguasai hajat hidup orang banyak dan diatur dengan undang-undang

Pemerintah dengan persetujuan DPR menilai gas sebagai barang yang menguasai hajat hidup orang banyak sehingga harus dimonopoli dan diatur

dengan UU tentang Gas. UU tersebut menyatakan bahwa gas harus dikuasai oleh negara dan pengusahaannya (yang meliputi eksplorasi, eksploitasi, dan distribusi) diselenggarakan oleh BUMN. Selanjutnya pemerintah menerbitkan PP sebagai pelaksanaan UU Gas tersebut yang menunjuk BUMN PT X sebagai penyelenggara monopoli perusahaan gas di seluruh wilayah Indonesia.²⁹⁴

Dalam contoh perkara di atas Pemerintah dengan persetujuan DPR telah menetapkan bahwa gas harus dimonopoli dan diatur dalam UU tentang Gas. Berdasarkan UU Gas, monopoli gas tersebut diselenggarakan oleh BUMN dan pengusahaannya dilakukan sesuai dengan UU tentang Gas. Dalam pelaksanaannya kemudian Pemerintah menerbitkan Peraturan Pemerintah (sebagai peraturan pelaksanaan dari UU Gas) yang menunjuk BUMN PT X untuk menyelenggarakan monopoli atas perusahaan gas. Pemberian hak monopoli kepada BUMN PT X atas perusahaan eksplorasi, eksploitasi dan distribusi gas yang diatur dengan Undang-undang adalah selaras atau tidak berbenturan dengan apa yang dimaksud di dalam pedoman pelaksanaan Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999.²⁹⁵

- ii. Perkara monopoli yang mengarah pada Praktek Monopoli dan atau Persaingan Usaha Tidak Sehat

BUMN PT X merupakan pemegang hak monopoli perusahaan gas. Disamping melalui salah satu anak perusahaannya (PT Y), PT X juga bekerjasama dengan rekanan (tidak terafiliasi) dalam mendistribusikan gas di berbagai daerah.²⁹⁶

Dalam mendistribusikan gas di wilayah-wilayah yang padat populasinya, BUMN PT X langsung menunjuk PT Y yang merupakan anak perusahaannya. Pada wilayah yang padat populasinya tersebut, BUMN PT X tidak memberikan kesempatan kepada distributor lain (yang memiliki kompetensi relatif sama) untuk menawarkan pola kerjasama dengan BUMN PT X. Selain itu, dalam prakteknya

²⁹⁴ Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU), "Pedoman Pelaksanaan Ketentuan Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999", KPPU, (2009), hal. 11.

²⁹⁵ *Ibid*

²⁹⁶ *Ibid*

BUMN PT X juga menetapkan harga jual gas yang tinggi (mahal) dengan kualitas pelayanan yang menurut konsumen mengecewakan.²⁹⁷

Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999 mengakui kewenangan negara dalam memberikan hak monopoli kepada BUMN dan atau badan/lembaga yang dibentuk atau ditunjuk pemerintah untuk menyelenggarakan monopoli atas barang dan atau jasa yang menguasai hajat hidup orang banyak serta cabang produksi yang penting bagi negara. Namun terhadap tindakan yang dilakukan oleh pemegang hak monopoli yang bertentangan dengan prinsip-prinsip persaingan usaha tidak sehat, tidak dikecualikan. Ketika PT X menunjuk PT Y (yang merupakan anak perusahaannya) untuk memonopoli distribusi gas di wilayah yang padat populasinya, tanpa memberikan kesempatan perusahaan lain yang sejenis untuk menawarkan bentuk kerjasama yang kompetitif, maka potensi benturan dengan prinsip persaingan yang sehat dapat terjadi, khususnya terkait dengan dugaan menghambat persaingan usaha tidak sehat sebagaimana dimaksud dalam Pasal 19 UU No. 5 Tahun 1999.²⁹⁸

Penyelenggaraan monopoli atas barang dan atau jasa yang menguasai hajat hidup orang banyak serta cabang produksi yang penting bagi negara harus dilakukan secara efisien sebagaimana diuraikan dalam ketentuan pedoman Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999. Praktek penetapan harga tinggi (eksploitatif) disertai dengan minimnya kualitas pelayanan yang dilakukan oleh BUMN PT X sebagai monopolis, berpotensi berbenturan dengan prinsip persaingan yang sehat terutama terkait dengan dugaan pelanggaran mengenai monopoli sebagaimana diatur dalam Pasal 17 UU No. 5 Tahun 1999.²⁹⁹

- iii. Perkara monopoli dan/atau pemusatan kegiatan produksi dan/atau pemasaran yang dilaksanakan Badan Usaha Milik Negara dan diserahkan sebagian atau seluruhnya kepada anak perusahaan atau pihak lain

²⁹⁷ *Ibid*

²⁹⁸ *Ibid*, hal. 12.

²⁹⁹ *Ibid*

BUMN PT X yang memiliki hak memonopoli perusahaan gas di dalam negeri dalam prakteknya melimpahkan sebagian pengusahaannya dengan mensubkotrakkan kepada anak perusahaan (PT Y) dan rekanannya (PT Z) dengan kompensasi besaran biaya tertentu.³⁰⁰

Pelimpahan hak monopoli dari negara kepada BUMN PT X dapat dipahami secara yuridis. Namun, pelimpahan hak monopoli dari dan oleh BUMN PT X kepada pihak lain tidak dapat dibenarkan, sebagaimana dimaksud dalam Pedoman Pasal 51.³⁰¹

- 2) Monopoli dan atau Pemusatan Kegiatan Diselenggarakan oleh Badan Usaha Milik Negara dan atau Badan atau Lembaga yang Dibentuk atau ditunjuk Pemerintah

Unsur ini berkaitan erat dengan unsur sebelumnya yaitu “diatur dengan undang-undang”. Konsekuensi dari keberadaan unsur ini adalah pengecualian lewat Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999 ini akan efektif diberlakukan jika Undang-undang telah menetapkan jikalau suatu sektor usaha tertentu dimonopoli dan akan diselenggarakan oleh BUMN yang didirikan khusus untuk menyelenggarakan kegiatan usaha pada sektor tertentu tersebut.

Selain BUMN, dimungkinkan pula adanya badan atau lembaga yang ditunjuk oleh pemerintah (termasuk swasta) untuk memonopoli sektor usaha tertentu selama perintah untuk memonopolinya tersebut diatur secara tegas lewat Undang-undang..

Dari uraian tadi, keberadaan *Midcal Test* atau *two-pronged tests* dapat menjadi parameter untuk melihat eksistensi *State Action Doctrine* dalam Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999. Parameter pertama adalah unsur tujuan yang jelas dari negara untuk mengecualikan kegiatan tertentu dari Hukum Persaingan Usaha. Keberadaan unsur “diatur dengan undang-undang” jelas artikulatif dengan parameter pertama dari *Midcal Test* tersebut. Sebuah monopoli atau pemusatan kegiatan hanya dapat dikecualikan dari ketentuan Pasal 51 tadi selama monopoli

³⁰⁰ *Ibid*

³⁰¹ *Ibid*

atau pemusatan kegiatan tersebut diatur keberadaannya oleh Undang-undang. Bahkan dalam simulasi penerapan Pasal 51 yang dijabarkan oleh KPPU lewat pedomannya, jelas terlihat bahwa Pasal 51 menginginkan ada delegasi yang jelas dari Undang-undang terkait monopoli atau pemusatan kegiatan tadi. Dengan kata lain, yang dikecualikan adalah tindakan-tindakan yang jelas-jelas diatur dalam Undang-undang dan peraturan pelaksanaannya, namun tidak berlaku ketika monopoli atau pemusatan kegiatan tersebut melahirkan perbuatan yang anti persaingan yang tidak ada pengaturannya di Undang-undang terkait atau peraturan pelaksanaannya.

Hal ini seperti pula dijelaskan dalam buku *Undang-undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat* yang disusun oleh Knud Hansen, dkk. Pasal 51 berisi kewajiban untuk mengatur monopoli negara melalui undang-undang. Untuk dapat dibenarkan, monopoli negara memerlukan suatu undang-undang yang disahkan oleh Dewan Perwakilan Rakyat (DPR). Dengan demikian, UU No. 5 Tahun 1999 menunjukkan sikap jelas menentang preferensi politik yang sebelumnya diberikan kepada monopoli-monopoli di tangan negara dan swasta yang terbentuk berdasarkan dukungan pemerintah.³⁰²

Selama masa transisi, yaitu selama monopoli negara memenuhi Pasal 51 melalui pemberian dasar hukum, maka kelangsungan hidup monopoli tersebut terjamin berdasarkan Pasal 52 ayat (1) UU No. 5 Tahun 1999 yang berbunyi :

Sejak berlakunya undang-undang ini, semua peraturan perundang-undangan yang mengatur atau berkaitan dengan praktek monopoli dan atau persaingan usaha dinyatakan tetap berlaku sepanjang tidak bertentangan atau belum diganti dengan yang baru berdasarkan Undang-undang ini.³⁰³

Keberadaan pengecualian terhadap monopoli atau pemusatan kegiatan dalam Pasal 51 ini bermaksud untuk tidak menghapus monopoli sama sekali, tetapi tujuan utama pasal-pasal ini adalah untuk melakukan pengawasan demokratis terhadap monopoli. Hukum Persaingan Usaha menurut UU No. 5

³⁰² Hansen et.al, *Undang-undang Larangan Praktik Monopoli...*, hal. 481.

³⁰³ Indonesia (a) , Undang-undang No. 5 Tahun 1999, pasal 52 ayat (1).

Tahun 1999 berpengaruh terhadap praktek monopoli atau pemusatan kegiatan yang memuaskan permintaan mayoritas masyarakat dengan barang dan atau jasa mewakili cabang produksi yang penting bagi kepentingan negara yang sah.³⁰⁴

Dari penjelasan tadi, terdapat keterkaitan tujuan dibuatnya Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999 dengan perlunya supervisi aktif sebagai parameter kedua *Midcal Test*. Seperti keberadaan Pasal 50 huruf a, Pasal 51 juga hanya berkenaan dengan legitimasi yang diperoleh dari Undang-undang untuk menjadi monopoli atau melakukan pemusatan kegiatan. Ketika Pasal 50 huruf a berbicara mengenai adanya pengecualian perbuatan dan atau perjanjian yang bertujuan melaksanakan peraturan perundang-undangan yang berlaku maka Pasal 51 berbicara mengenai posisi monopoli dan atau pemusatan kegiatan.

Terkesan ada usaha untuk melakukan pembedaan antara monopoli atau pemusatan kegiatan dan praktek monopoli yang mana adalah segala tindakan yang lahir dari posisi monopoli tadi. Hal ini memiliki persamaan dengan penyusunan rancangan Hukum Persaingan Usaha internasional oleh UNCTAD (*United Nations Conference on Trade and Development*).

UNCTAD lebih memrioritaskan privatisasi dari apa yang dinamakan monopoli alami, termasuk monopoli berdasarkan undang-undang. Akan tetapi UNCTAD tidak memaksukkan usulan ketentuan yang berkaitan dengan hal ini ke dalam *Model Law*-nya. Oleh karena itu pengalaman Masyarakat Eropa menjadi lebih penting. Dengan bantuan Hukum Persaingan Usaha di Uni Eropa (dalam pasal 28,31, dan 86), restrukturisasi monopoli negara telah dimulai dan akan diteruskan. Namun terminologi yang digunakan Hukum Persaingan Usaha di Eropa berbeda, yaitu tidak mengenal istilah monopoli alami atau monopoli negara, melainkan membahas mengenai Badan Usaha Milik Negara yang dapat diawasi oleh Hukum Persaingan Usaha.³⁰⁵

Apabila kita melihat pedoman yang disusun oleh KPPU, kita dapat melihat bagaimana otoritas persaingan di Indonesia memiliki kesamaan dengan UNCTAD dalam hal ingin melakukan pengawasan berdasarkan Hukum Persaingan Usaha

³⁰⁴ Hansen et.al, *Undang-undang Larangan Praktik Monopoli...*, hal. 482.

³⁰⁵ *Ibid*

terhadap monopoli atau pemusatan kegiatan yang dilakukan oleh BUMN atau lembaga yang ditunjuk negara. Hal ini terlihat dalam model simulasi yang disusun oleh KPPU dimana Pasal 51 dapat menjadi pengecualian selama dia berbicara mengenai monopoli atau pemusatan kegiatan yang dengan tegas diatur oleh undang-undang, namun praktek monopoli yang dilakukan monopolis yang tidak dengan tegas diatur dalam undang-undang (*not clearly articulated*) akan tetap mendapatkan supervisi dari penegakan Hukum Persaingan Usaha.

Sebagai contoh dapat kita lihat dalam sektor ketenagalistrikan di Indonesia. Berdasarkan Pasal 4 ayat (1) Undang-undang No. 30 Tahun 2009 Tentang Ketenagalistrikan dinyatakan :

Pelaksanaan usaha penyediaan tenaga listrik oleh Pemerintah dan pemerintah daerah dilakukan oleh badan usaha milik negara dan badan usaha milik daerah³⁰⁶

Di sektor ketenagalistrikan seperti kita ketahui pelaksanaan usaha penyediaan tenaga listrik dilakukan oleh Perusahaan Listrik Negara (PLN) yang merupakan BUMN. Posisi monopoli dan pemusatan kegiatan dari pelaksanaan usaha di sektor listrik tadi dipegang PLN karena mendapatkan delegasi langsung dari UU Ketenagalistrikan. Namun, ketika PLN menjalankan praktek monopolinya, seperti dalam kegiatan pengadaan barang dan jasa di bidang ketenagalistrikan maka hal tersebut tidaklah dikecualikan dari supervisi penegakan Hukum Persaingan Usaha dan ketika terdapat praktek persaingan usaha tidak sehat, PLN tetap dapat dihukum.

4.2. ANALISIS TERKAIT UKURAN YANG DIGUNAKAN UNTUK MENGUKUR KEBERADAAN STATE ACTION DOCTRINE DALAM INTERVENSI PEMERINTAH

4.2.1. Kemungkinan Hilangnya Kesejahteraan Akibat Intervensi Pemerintah

³⁰⁶ Indonesia (d) , Undang-undang No. 30 Tahun 2009 Tentang Ketenagalistrikan, LN Tahun 2009 No. 133, TLN No. 5052, pasal 2.

Pada tahun 1936, salah satu ekonom berpengaruh Amerika Serikat, John Kenneth Galbraith mengeluarkan tulisan yang mengiritisi keberadaan intervensi pemerintah Amerika Serikat terhadap perekonomian sebagai upaya untuk mengoreksi perekonomian pasca *Great Depression*.

Dalam tulisannya, Galbraith menyerang keberadaan kekuatan monopoli dan pengaturan harga dan *output* yang diberikan secara sektoral oleh Pemerintah Amerika Serikat sebagai akibat harga-harga komoditas yang tidak bergerak secara fleksibel. Galbraith menyerang keberadaan National Recovery Administration (NRA) dan Agricultural Adjustment Act sebagai biang keladi tetap tingginya harga-harga komoditas di Amerika Serikat pasca turut campurnya pemerintahan Presiden Roosevelt dalam menetapkan pembatasan harga-harga komoditas tertentu.³⁰⁷

Galbraith menyatakan, adanya rigiditas harga (*price rigidity*) memiliki keterkaitan yang sangat erat terhadap tidak adanya persaingan di dalam pasar akibat adanya monopoli atau pemusatan kekuatan ekonomi akibat adanya intervensi pemerintah. Eksistensi posisi monopoli atau persaingan yang berjalan tidak sempurna relevan dengan masalah rigiditas harga ketika melibatkan dua hal. Pertama, adanya kemungkinan untuk mengatur permintaan dan penawaran untuk mengikuti harga yang dipatok. Kedua, di bawah kondisi monopoli, oligopoli, atau persaingan monopolistik, perusahaan sangat mungkin untuk tidak memaksimalkan profit dalam waktu yang telah diperhitungkan, dan bahkan mengorbankan keuntungan dalam *short run* dalam usahanya untuk mempertahankan harga yang konstan.³⁰⁸

Dalam mendukung pendapatnya, Galbraith mencontohkan sebuah kondisi yang terjadi selama masa krisis ekonomi di Amerika Serikat. Dalam masa-masa depresi tersebut, ketika perekonomian tidak stabil, permintaan mungkin saja elastis namun harga yang dipatok tidak mengikuti elastisitas permintaan tadi sehingga sangat mungkin hal tersebut diakibatkan adanya kondisi monopoli atau

³⁰⁷ John Kenneth Galbraith, "Monopoly Power and Price Rigidities", *The Quarterly Journal of Economics*, Vol. 50, No. 3, (May, 1936), hal. 456.

³⁰⁸ *Ibid*, hal. 459.

pembatasan-pembatasan di tingkat harga yang diakibatkan intervensi pemerintah dan karenanya justru memperlihatkan kegagalan pemerintah (*government failure*).³⁰⁹

Dampak rigiditas harga tadi muncul ketika harga tidak turun saat permintaan turun, sehingga *output* akan turun lebih besar ketimbang ketika harga berada di tingkat yang fleksibel. Jika *output* turun, hasil yang mungkin terjadi adalah tingkat pengangguran meningkat, yang disertai reduksi di sisi permintaan di masa depan. Rigiditas harga di tingkat mikro –apabila terus terjadi– akan mengakibatkan resesi dan depresi di tingkat makro. Ketika kekuatan di pasar berkontribusi ke arah rigiditas harga, maka kekuatan pasar tadi akan meningkatkan kerentanan terhadap resesi dan peningkatan pengangguran.³¹⁰

Berdasarkan studi terhadap rigiditas harga tadi, Gardiner Means membuat pembedaan antara harga pasar (*market prices*) yang diciptakan dari adanya interaksi pembeli dan penjual dan harga administratif (*administrated prices*) yang ditentukan dengan adanya pengaruh administrasi dari pemerintah dan ditetapkan secara konstan untuk periode waktu tertentu. Infleksibilitas dari harga administratif selama krisis ekonomi di Amerika Serikat sering dianggap malah memperburuk kondisi perekonomiannya. Senada dengan Galbraith, Means mengidentifikasi keberadaan harga administratif tadi sebagai harga yang rigid. Pada tulisannya tahun 1939, Means menyatakan terminologi harga administratif tadi tidak hanya digunakan pada rigiditas harga yang diciptakan intervensi pemerintah namun bagi semua harga yang sangat dipengaruhi oleh adanya monopoli atau pemusatan kegiatan di dalam pasar.³¹¹

Rigiditas harga tidak hanya dapat muncul dari pemberian posisi monopoli dari pemerintah. Rigiditas harga juga dapat muncul terhadap adanya kontrol harga secara langsung yang dilakukan oleh pemerintah. Kontrol harga secara langsung

³⁰⁹ *Ibid*, hal. 464.

³¹⁰ Stephen Martin, *Industrial Economics : Economic Analysis and Public Policy Second Edition*, (New York : Macmillan Publishing Company, 1994), hal. 400.

³¹¹ *Ibid*, hal. 402.

dilakukan dengan tujuan untuk tetap mempertahankan tingkat harga ketimbang membiarkannya berkembang mengikuti hukum penawaran dan permintaan.³¹²

Pengontrolan harga atau tarifisasi sektor tertentu sering disebut bertujuan untuk mengoreksi eksternalitas hingga dengan alasan untuk melindungi kesejahteraan konsumen. Banyak negara membuat batas terkait bagaimana beberapa harga komoditas agrikultural diperbolehkan untuk turun, terkadang dengan kewajiban dari pemerintah untuk membeli hasil pertanian kapanpun harga pasar turun di bawah harga yang ditetapkan. Pengontrolan harga juga seringkali dilakukan untuk mengontrol tarifisasi sektor-sektor tertentu yang mekanismenya dipengaruhi pasar global. Contohnya adalah sektor-sektor publik seperti jasa penerbangan yang tarifnya sangat dipengaruhi harga minyak bumi yang berlaku di tingkat global.³¹³

Dalam mengontrol harga tersebut dikenal istilah batas harga tertinggi (*price ceiling*) dan batas harga terendah (*price floor*). Diperlukan supervisi terhadap penetapan batas harga tadi karena mungkin saja pengontrolan harga tersebut justru membuahakan kegagalan pasar yang baru. Berikut akan dijelaskan sedikit bagaimana pengontrolan harga justru melahirkan kegagalan baru.

Gambar IV

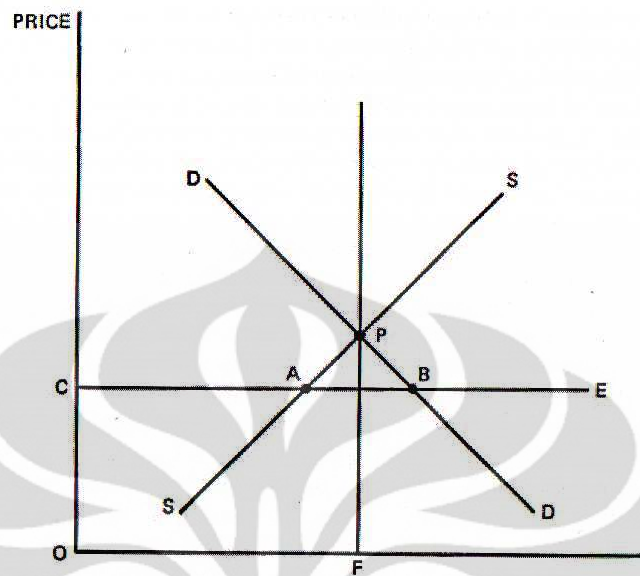
Batas Harga Tertinggi³¹⁴

³¹² Thomas Sowell, *Basic Economics, A Citizen's Guide to the Economy*, (New York : Basic Books, 2004), hal. 21.

³¹³ *Ibid*, hal. 22.

³¹⁴ Murray N. Rothbard, *Power and Market, Government and The Economy*, (San Fransisco : Institute for Humane Studies, Inc., 1977), hal. 17.

Murray N. Rothbard



Dalam gambar, FP adalah harga keseimbangan yang diciptakan oleh pasar. Sekarang, mari kita berasumsi bahwa pemerintah menetapkan harga maksimum di titik OC, dimana penjualan harga di atasnya adalah ilegal. Saat harga ditetapkan, pasar tidak lagi bekerja secara sempurna, dan jumlah permintaan melebihi jumlah penawaran yang dimungkinkan diberikan dengan adanya penerapan batas harga. Dalam kekurangan yang berlanjut, konsumen akan beramai-ramai membeli barang yang langka tadi.³¹⁵

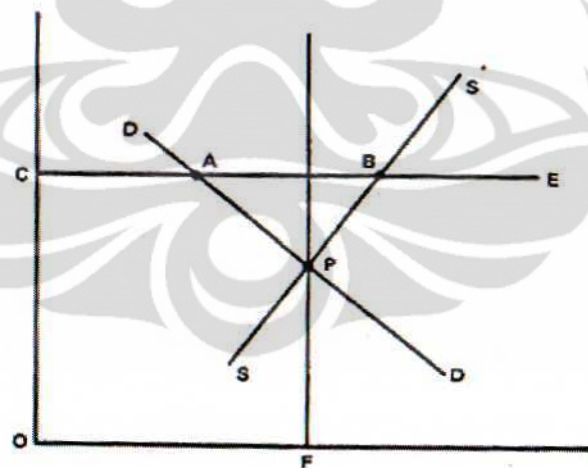
Pada dasarnya, batas harga tertinggi adalah harga tertinggi yang ditetapkan oleh peraturan pemerintah di bawah harga keseimbangan. Tujuannya, untuk melindungi konsumen dari pembayaran yang melebihi harga maksimum yang ditetapkan oleh pemerintah. Di Indonesia, contoh harga maksimum adalah penetapan harga BBM (Bahan Bakar Minyak). Dari waktu ke waktu, harga maksimum BBM di Indonesia selalu mengalami perubahan, bergantung pada keseimbangan harga BBM yang berlaku di Mid Oil Platt Singapore (MOPS). Apabila harga pasar di MOPS melebihi harga maksimum BBM, pemerintah akan memberi subsidi sebesar perbedaan tersebut. Sejak September 2005, pemerintah

³¹⁵ *Ibid*

telah mengurangi subsidi BBM secara gradual agar harganya lebih mencerminkan harga keseimbangan.³¹⁶

Kebijakan ini sendiri dapat menimbulkan alokasi sumber-sumber ekonomi yang tidak efisien, karena akan menimbulkan kurangnya barang di pasaran. Kekurangan ini dapat menciptakan pasar gelap, saat transaksi jual beli dilaksanakan secara sembunyi-sembunyi pada harga yang melebihi harga maksimum. Kebijakan harga maksimum dianggap gagal apabila transaksi pasar gelap berlangsung secara meluas, baik di dalam maupun di luar negeri. Untuk mencegah kegagalan ini, kebijakan harga maksimum selalu dilengkapi dengan penetapan hukuman dan denda bagi mereka yang melanggar. Di samping itu, sistem penjataan dengan menggunakan kupon dan sistem antrian harus digalakkan untuk mengurangi makin meluasnya kegiatan pasar gelap.³¹⁷

Gambar V
Batas Harga Terendah³¹⁸



³¹⁶ Hartono, *Mekanisme Ekonomi...*, hal. 52.

³¹⁷ *Ibid*, hal. 53.

³¹⁸ Rothbard, *Power and Market ...*, hal. 18.

Dalam gambar, DD dan SS adalah permintaan dan penawaran. OC adalah harga yang ditetapkan dan FP adalah harga ekuilibrium. Pada OC, jumlah yang diminta adalah kurang dari jumlah yang memungkinkan untuk ditawarkan. Penetapan harga batas terendah ini menciptakan surplus barang yang tidak terjual. AB adalah surplus yang tidak terjual. Surplus yang tidak terjual akan tetap ada meskipun SS vertikal, tapi penawaran yang lebih elastis akan memperburuk surplus.³¹⁹

Batas harga terendah adalah harga terendah yang ditetapkan oleh pemerintah di atas harga keseimbangan. Contoh harga terendah di Indonesia adalah penetapan harga gabah dan gula. Tujuan adanya harga terendah gabah adalah untuk melindungi pendapatan petani dari anjloknya harga gabah, terutama saat panen besar, sedangkan harga minimum gula bertujuan untuk melindungi petani tebu dalam negeri dari serbuan gula impor yang lebih murah.³²⁰

Ada tiga kelemahan utama dari penetapan harga terendah ini. *Pertama*, harga terendah ditetapkan untuk lebih menciptakan pemerataan pendapatan. Akan tetapi, harus diingat bahwa selain petani, banyak masyarakat berpenghasilan rendah lainnya yang membelanjakan sebagian besar pendapatan mereka untuk membeli beras dan kebutuhan pokok lainnya. Oleh karena itu, banyak ekonom yang meragukan apakah kebijakan harga terendah dapat menciptakan pemerataan pendapatan di seluruh lapisan masyarakat.³²¹

Kedua, kebijakan tersebut dapat menyebabkan distorsi dan inefisiensi. Sebagai contoh adalah akan terlalu banyak petani mengalokasikan sumber daya mereka yang terbatas untuk memproduksi jagung jika harga jagung ditetapkan terlalu tinggi. Sebenarnya, akan lebih efisien jika sumber daya tersebut dialokasikan untuk memproduksi barang yang masih mengalami kekurangan, misalnya kedelai.³²²

³¹⁹ *Ibid*, hal. 18.

³²⁰ Hartono, *Mekanisme Ekonomi...*, hal. 49.

³²¹ *Ibid*, hal. 50.

³²² *Ibid*

Ketiga, harga keseimbangan pasar domestik yang lebih tinggi dari harga keseimbangan internasional dapat mendorong terjadinya penyelundupan barang-barang dari luar negeri yang harganya lebih murah seperti beras, gula, telepon genggam, televisi, dan barang-barang elektronik lainnya.³²³

4.2.2. Penggunaan Analisis Harga Untuk Mengukur Keberadaan *State Action Doctrine* dalam Hukum Persaingan Usaha di Indonesia

Seperti telah dijelaskan sebelumnya, dalam penegakan Hukum Persaingan Usaha, baik yang berhubungan atau tidak berhubungan dengan keberadaan *State Action Doctrine*, pendekatan Mazhab Chicago selalu dikedepankan. Pendekatan berdasarkan Mazhab Chicago menilai struktur, perilaku dan kinerja dari perusahaan yang disupervisi berdasarkan Hukum Persaingan Usaha.

Namun setiap posisi monopoli, termasuk yang mencoba melakukan pembelaan berdasarkan *State Action Doctrine*, selalu bertendensi untuk menciptakan rigiditas di sisi harga. Rigiditas di sisi harga sangat memungkinkan untuk merugikan masyarakat apabila tidak dilakukan analisis yang mendalam terutama dalam hal supervisi terhadap harga. Ketika rigiditas harga disebabkan oleh kegagalan pemerintah, supervisi pemerintah secara sektoral harusnya mampu untuk mengoreksi hal tersebut. Ketika supervisi dari pemerintah secara sektoral kurang berjalan, maka analisis terhadap harga juga mungkin dilakukan lewat keberadaan penegakan Hukum Persaingan Usaha.

Analisis terhadap harga dalam pemeriksaan perkara-perkara Hukum Persaingan Usaha akan selalu menimbulkan perdebatan. KPPU, dalam menilai sebuah tindakan sebagai pelanggaran terhadap ketentuan Hukum Persaingan Usaha, seringkali menyatakan sebuah harga sebagai eksploitatif atau eksekusif. Analisis terhadap harga di satu sisi sangat penting untuk melindungi konsumen dari kemungkinan membayar harga yang tak masuk akal yang ditetapkan dalam kondisi monopoli atau pemusatan kegiatan baik yang diciptakan dengan dan atau tanpa intervensi pemerintah.

³²³ *Ibid*

Selain analisis terhadap struktur, perilaku, dan kinerja, analisis harga juga merupakan sesuatu yang dapat dikedepankan dalam menilai apakah tindakan tertentu yang anti persaingan sudah melukai konsumen. Hal ini berimplikasi kepada seringnya otoritas persaingan menyatakan harga eksekutif apabila dibandingkan dengan kualitas dan biaya produksi barang meskipun hal tersebut sangat sulit ditentukan.

Dalam perkara yang berhubungan dengan keberadaan *State Action Doctrine* analisis terhadap harga –pun kerap dikedepankan oleh KPPU. Sebagai contoh adalah pada Perkara Surveyor Gula (Putusan KPPU Perkara Nomor : 08/KPPU-I/2005). Dalam perkara yang telah dijelaskan sebelumnya ini, KPPU menilai tidak adanya pilihan penyedia jasa verifikasi atau penelusuran teknis impor gula selain melalui KSO mengakibatkan para importir tidak akan pernah memperoleh harga dan layanan pembandingan. Hal ini menyebabkan imbalance yang harus dibayar oleh para importir menjadi relatif tinggi dan mengakibatkan biaya produksi, harga jual dan mengurangi daya saing produk. KPPU menilai bahwa peningkatan biaya produksi dan kenaikan harga jual produk akan semakin membebani konsumen sebagai pengguna produk tersebut dan oleh karenanya hal tersebut mengakibatkan kerugian bagi kepentingan umum (*consumer welfare*).

Hal yang serupa dapat kita temukan dalam Perkara *Fuel Surcharge* (Perkara Nomor : 25/KPPU-I/2009). Sejak tahun 2002 penentuan tarif penerbangan diatur berdasarkan Keputusan Menteri. Berdasarkan Keputusan Menteri tersebut, pengenaan pungutan terkait tarif angkutan harus mendapatkan persetujuan dari Menteri Perhubungan. Departemen Perhubungan kemudian mengeluarkan persetujuan atas pengenaan tarif *fuel surcharge* yang formulanya ditetapkan oleh INACA karena pemerintah tidak mengeluarkan acuan mengenai hal tersebut. Ketika memberikan persetujuannya, Departemen Perhubungan meminta INACA untuk salah satunya memerhatikan batas atas tarif yang ditentukan Keputusan Menteri tahun 2002. Dalam pelaksanaannya, KPPU meminta INACA membatalkan kesepakatan mengenai *fuel surcharge* dan sejak itu penetapan *fuel surcharge* dilakukan sendiri oleh masing-masing maskapai penerbangan. Namun, KPPU memandang terdapat pergerakan yang serupa

diantara maskapai penerbangan dalam menetapkan *fuel surcharge* yang kemudian mengakibatkan timbulnya pemeriksaan atas Perkara ini.

Dalam perkara ini, peraturan tarif yang ditetapkan adalah harga batas atas. Mengingat bahwa terdapat intervensi pemerintah dalam penerapan tarif di sektor penerbangan, walau substansinya masih mungkin untuk diperdebatkan, namun satu hal yang tidak dapat dipungkiri adalah bahwa pelaku usaha tidak menetapkan tarif yang melanggar ketentuan perundang-undangan. Bahwa dalam hal ini, pemerintah, setidaknya-tidaknya mengetahui dan melakukan pemantauan atas penetapan tarif. Meskipun tidak murni dibandingkan dengan praktek di Amerika Serikat yang lebih melakukan pengujian dan pengawasan ketat atas pemberlakuan tarif-tarif di sektor-sektor tertentu namun dalam prakteknya dikenal juga keberadaan *Filed Rate Doctrine*.

Doktrin tersebut pertama kali digunakan dalam perkara *Keogh v. Chicago n. W. R. Co.*, 260 U.S. 156 (1922). Dalam perkara ini, Mahkamah Agung menolak gugatan penggugat dalam gugatan ganti ruginya. Doktrin ini berkembang dan kemudian secara konsisten selalu menjadi dasar penolakan terhadap adanya gugatan ganti rugi terhadap regulator sektoral terkait keberadaan harga batas. Namun, keberadaan *Filed Rate Doctrine* sendiri tidak langsung menghapus tanggung jawab dari tergugat dari penegakan Hukum Persaingan Usaha.³²⁴

Dalam penerapan *Filed Rate Doctrine* disebut bahwa : *the doctrine does not immunize conduct from antitrust scrutiny, but instead impose a limitation on private claims for damages based on challenges to filed rates*. Hal ini berarti, dalam sebuah perkara Hukum Persaingan Usaha di Amerika Serikat, mungkin saja sebuah harga yang diatur sektoral oleh pemerintah disupervisi oleh penegakan Hukum Persaingan Usaha dan tindakan pelaku usaha tadi dianggap melanggar Sherman Act dengan catatan konsumen tidak diperkenankan mendapatkan ganti rugi atau penggugat tidak berhak melayangkan gugatan ganti rugi terhadap keberadaan harga yang eksekutif. Implikasinya adalah harga yang

³²⁴ Michael K. Kellogg dan Aaron M. Panner, "Comments on The Filed Rate Doctrine, Submitted on Behalf of United States Telecom Associates", (15 Juli 2005), hal. 2, diunduh dari http://govinfo.library.unt.edu/amc/public_studies_fr28902/immunities_exemptions_pdf/050715_USTelecom.pdf, pada 17 Juni 2011 pukul 0:45 WIB.

dinilai eksekutif oleh pengadilan tersebut dibatalkan keberadaannya tanpa perlu ada beban tambahan berupa biaya ganti rugi.³²⁵

Dalam Perkara *Fuel Surcharge* sendiri, KPPU total membebankan ganti rugi sebesar Rp 585.000.000.000,- (lima ratus delapan puluh lima miliar rupiah) kepada para Terlapor selain juga telah dibebani denda sebesar Rp 80.000.000,- (delapan puluh miliar rupiah). KPPU menilai adanya kerugian masyarakat setidaknya sebesar Rp 5.081.739.669.158, - (lima triliun delapan puluh satu miliar tujuh ratus tiga puluh sembilan juta enam ratus sembilan puluh sembilan seratus lima puluh delapan rupiah) sampai dengan Rp 13.843.165.835.099,- (tiga belas triliun delapan ratus empat puluh tiga miliar seratus enam puluh lima juta delapan ratus tiga puluh lima ribu sembilan puluh sembilan rupiah) selama periode 2006 sampai dengan 2009.

Sangatlah sulit untuk mengukur dengan tepat presisi dari penghitungan denda terlebih lagi ganti rugi dari KPPU. Perkara ini sendiri memiliki aroma *State Action Doctrine* yang kuat, sehingga apabila perkara ini terjadi di Amerika Serikat, berlakulah *Filed Rate Doctrine* dimana KPPU tidak berhak mengklaim adanya kerugian konsumen. Untuk menerapkan *Filed Rate Doctrine* tadi, sebenarnya dapat dilakukan koordinasi antara KPPU dan regulator sektoral terkait untuk melakukan supervisi harga.

Emil Paulis, mantan Direktur Kebijakan dan Strategi *Directorate General (DG) Competition* (otoritas persaingan usaha Uni Eropa), menyatakan bahwa pelaku usaha yang memegang posisi dominan dapat menetapkan tarif tinggi sehingga menimbulkan margin keuntungan yang besar. Paulis menilai tidak pantas pelaku usaha tersebut diwajibkan untuk menurunkan harganya mengingat posisi dominan yang dimilikinya karena sampai saat ini belum ada ukuran yang pasti terhadap penilaian keuntungan yang dinilai terlalu besar dan menyebabkan hilangnya kesejahteraan konsumen (*consumer loss*).³²⁶

³²⁵ *Ibid*, hal. 3.

³²⁶ Emil Paulis, "Article 82 EC and Exploitative Conduct", (2007), hal. 2, diunduh dari [www.eu.eu/RSCAS/Research/Competition/2007\(pdf\)/200709-COMPed-Paulis.pdf](http://www.eu.eu/RSCAS/Research/Competition/2007(pdf)/200709-COMPed-Paulis.pdf), pada 17 Juni 2011 Pukul 01 : 30 WIB.

Kesulitan menetapkan margin keuntungan tadi berimplikasi kepada sulitnya menentukan harga sebagai eksekutif atau tidak. Otoritas persaingan di Uni Eropa sendiri sering menerima perkara terkait harga yang eksekutif, namun kemudian ditutup karena pada akhirnya harga turun atau karena adanya supervisi dari regulator sektoral terkait pengaturan tarif tadi.³²⁷

Paulis mengutip perkara *Verizon Communication Ltd. v. Trinko* pada tahun 2004 yang melahirkan pendapat hakim: *The opportunity to charge monopoly prices –at least for a short period- is what attracts ‘business acumen’ in the first place; it induces risk taking that produces innovation and economic growth.*³²⁸

Berdasarkan pendapat tadi, sebuah penerapan harga yang eksekutif dari pelaku usaha justru akan memikat pelaku usaha lain dalam jangka pendek untuk masuk ke pasar dan bersaing dengan catatan dia dapat menyediakan harga yang murah sehingga dia dapat bersaing secara optimal. Hal ini berimplikasi pada penerapan harga eksekutif yang justru dapat memicu dekonsentrasi pasar dimana justru para pelaku usaha akan berlomba-lomba untuk mengedepankan harga yang murah dengan menjalankan usaha secara efisien atau mengembangkan inovasi. Hal ini sendiri menjadi perdebatan ketika adanya intervensi tarif oleh pemerintah. Maka, jalan satu-satunya adalah perlunya adanya supervisi aktif dari regulator sektoral yang dalam melakukan supervisi tersebut dapat dibantu oleh otoritas persaingan usaha.

Pinkar Akman dan Luke Garrod membuat sebuah skematisasi untuk digunakan dalam menilai apakah harga eksekutif atau tidak yang dinamakan *Dual Entitlement Procedure*. Metode *Dual Entitlement Procedure* bertujuan untuk mengetahui kapan supervisi melalui penegakan Hukum Persaingan Usaha dapat masuk untuk menilai apakah tingkat harga tertentu eksekutif atau tidak.

³²⁷ *Ibid*, hal. 3.

³²⁸ *Ibid*, hal. 4.

Dual Entitlement Procedure³²⁹

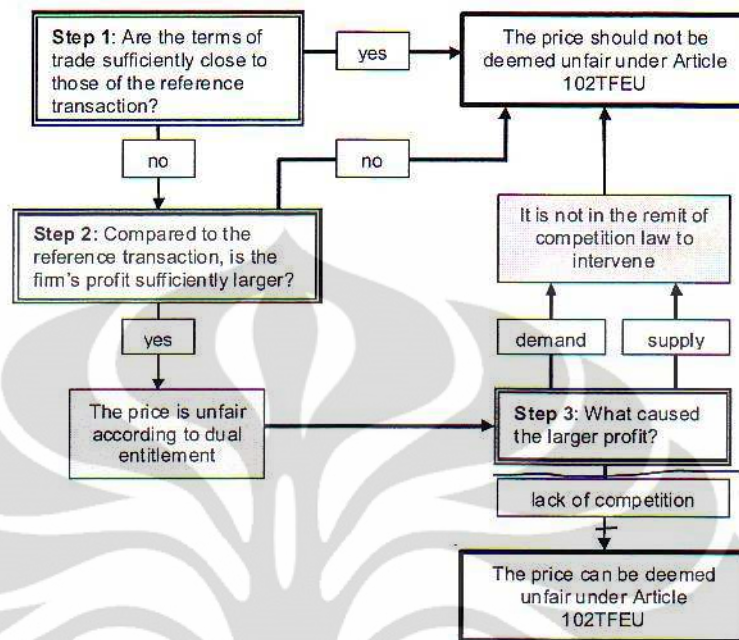


Figure 2: structure of the procedure

Untuk mengedepankan prosedur *Dual Entitlement Procedure* tadi, yang paling pertama perlu ditentukan adalah keberadaan produk pembanding dari transaksi yang akan diteliti apakah mengandung harga yang eksesif atau tidak. Ketika syarat-syarat perdagangan yang terdapat sama atau mendekati transaksi yang menjadi referensi pembanding, maka harga tidak bisa disebut tidak wajar. Tapi, ketika dibandingkan dengan transaksi yang menjadi referensi pembanding perusahaan yang diteliti mendapatkan keuntungan yang jauh lebih besar, maka harga tidak wajar berdasarkan *Dual Entitlement Procedure*. Kemudian, perlu diteliti apakah yang menyebabkan keuntungan jauh lebih besar tadi, ketika hasil penelitian menunjukkan bahwa hukum penawaran dan permintaan-lah yang menyebabkan keuntungan besar, maka tidak dapat dikatakan ada harga yang eksesif di sana. Namun, ketika keuntungan yang besar tadi disebabkan kurangnya

³²⁹ Pinar Akman dan Luke Garrod, "When Are Excessive Prices Unfair," hal. 11, http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1578181, diunduh pada 26 Mei 2011, pukul 11 : 15 WIB.

persaingan di dalam pasar akibat kondisi monopoli atau pemusatan kegiatan, maka ada kemungkinan terdapat harga yang eksekif di sana.³³⁰

Dari skematisasi *Dual Entitlement Procedure* tadi terlihat bahwa harga yang eksekif hanya mungkin terjadi dalam kondisi monopoli atau adanya pemusatan kegiatan yang membuat minimnya persaingan di dalam pasar. Karena kondisi monopolistis dan pemusatan kegiatan tadi sangat dimungkinkan dengan adanya intervensi dari pemerintah, maka hal tersebut menjadi perdebatan apakah pemerintah secara sektoral yang harus melakukan supervisi harga atau supervisi dapat diberikan kepada otoritas penegakan Hukum Persaingan Usaha.

Metode-metode analisis terhadap supervisi harga yang telah dikembangkan berbeda-beda dan tergantung kepada masing-masing sektor ekonomi yang diregulasi oleh pemerintah terkait pengontrolan harga. Di Amerika Serikat, metode pengontrolan harga yang umum digunakan adalah regulasi terhadap tingkat keuntungan atau *rate of return on assets* yang diizinkan untuk diraih (dikenal sebagai *rate of return regulation*) atau pengontrolan harga lewat *price caps* (dikenal juga dengan peraturan insentif).³³¹

Metode serupa digunakan di Prancis untuk mengontrol penetapan harga oleh berbagai monopoli alami. Metode-metode *price caps* seperti ini sama dengan yang digunakan di Inggris, dimana telah lazim untuk menetapkan batas kenaikan harga tahunan monopoli yang ditetapkan pemerintah tertinggi bagi jasa tertentu atau sekelompok jasa untuk periode lima tahun, setelah itu batas tersebut akan ditinjau kembali. Batas tertinggi diperhitungkan dengan mengurangi beberapa persen dari kenaikan harga indeks eceran. Di Inggris dikenal keberadaan "*yardstick competition*", yang berdasarkan perbandingan biaya dan harga berbagai monopoli oleh negara tingkat regional. Dalam sektor air minum juga dilaksanakan pengawasan penggabungan secara khusus untuk menjamin penggabungan tersebut tidak menimbulkan konsentrasi yang berujung pada tindakan eksploitatif.³³²

³³⁰ *Ibid*, hal. 12

³³¹ Hansen et.al, *Undang-undang Larangan Praktik Monopoli...*, hal. 485.

³³² *Ibid*

BAB V PENUTUP

5.1 KESIMPULAN

Kesimpulan berikut ini merupakan jawaban terhadap permasalahan yang diajukan dalam Bab I sekaligus menjadi inti penelitian dalam skripsi ini:

1. Pertanyaan pertama adalah mengenai penerapan *State Action Doctrine*, yang lahir dari perkara-perkara Hukum Persaingan Usaha di Amerika Serikat, di dalam perkara-perkara Hukum Persaingan Usaha di Indonesia. Untuk menerjemahkan penerapan *State Action Doctrine* tadi yang pertama-tama harus dilihat adalah parameter apa yang harus digunakan dalam menyatakan sebuah tindakan tertentu yang antipersaingan dapat dikecualikan berdasarkan keberadaan *State Action Doctrine*. Parameter yang digunakan untuk melihat keberadaan *State Action Doctrine* disebut dengan *Midcal Test* atau *two-pronged tests* dimana yang harus selalu dilihat dalam memutus kasus Hukum Persaingan Usaha yang berhubungan dengan adanya *State Action Doctrine*, yaitu: (1) tujuan yang jelas dari negara untuk mengecualikan kegiatan tertentu dari Hukum Persaingan Usaha dan (2) supervisi yang aktif. Keharusan adanya *Midcal Test* muncul dalam kasus *California Retail Liquor Dealers v. Midcal Alumunium*, 445 U.S. 97, 105 (1980). Dalam melihat eksistensi *State Action Doctrine* dalam perkara Hukum Persaingan Usaha, maka yang akan kita lihat adalah eksistensi dan penerapan Pasal 50 huruf a dan Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999.

Terkait unsur pertama dalam *Midcal Test*, yaitu tujuan yang jelas dari negara untuk mengecualikan kegiatan tertentu dari Hukum Persaingan Usaha, hal tersebut berkaitan dengan keberadaan unsur “bertujuan melaksanakan peraturan perundang-undangan” pada Pasal 50 huruf a UU No. 5 Tahun 1999. Bertujuan melaksanakan dalam ketentuan ini belum memiliki penjabaran yang memadai karena dalam penjelasan pasal yang bersangkutan hanya dikatakan “cukup jelas.” Sedangkan, apabila kita berpedoman pada Pedoman KPPU terkait Pasal 50 huruf a UU No. 5

Tahun 1999, bertujuan melaksanakan ditafsirkan sebagai adanya delegasi yang tegas. Delegasi yang tegas ini sendiri masih perlu ditafsirkan secara jelas sehingga apabila kita berpijak pada perkara-perkara Hukum Persaingan Usaha di Amerika Serikat yang terdapat eksistensi *State Action Doctrine* di dalamnya, maka bertujuan melaksanakan atau delegasi yang tegas atau tujuan yang jelas dari negara untuk mengecualikan kegiatan tertentu dari Hukum Persaingan Usaha tadi harus ditafsirkan dengan keberadaan aturan yang memang secara tertulis mengatakan apa yang boleh dilakukan pelaku usaha. Selama pelaku usaha hanya menjalankan ketentuan aturan yang memang eksis secara tertulis tadi, maka ia bebas dari penegakan Hukum Persaingan Usaha berdasarkan klaim *State Action Doctrine*. Namun ketika tindakan pelaku usaha tadi lebih disebabkan keputusannya secara pribadi dan tidak diatur secara tertulis pada aturan yang menjadi pembelaannya untuk melakukan tindakan yang antipersaingan, maka pelaku usaha tadi tidak lepas dari penegakan Hukum Persaingan Usaha.

Pada pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999, unsur tujuan yang jelas dari negara untuk mengecualikan kegiatan tertentu dari Hukum Persaingan Usaha dapat ditafsirkan dalam unsur “diatur dengan undang-undang.” Pasal ini juga berbicara mengenai monopoli dan bukannya praktek monopoli karena yang dikecualikan adalah “monopoli dan atau pemusatan kegiatan.” Sehingga, yang pertama-tama harus terpenuhi adalah adanya pengaturan yang tegas dari peraturan perundang-undangan di tingkat undang-undang dan berikutnya peraturan tersebut hanya berbicara mengenai posisi monopoli namun praktek monopoli yang lahir dari posisi yang monopoli tadi haruslah tetap mendapatkan supervisi dari penegakan Hukum Persaingan Usaha.

Unsur atau parameter berikutnya dari *Midcal Test* adalah adanya supervisi yang aktif. Supervisi aktif tadi pada dasarnya harus dilakukan oleh otoritas pemerintah terutama yang mengeluarkan regulasi sektoral terkait yang mengecualikan tindakan tertentu dari penegakan Hukum Persaingan Usaha. Ketika otoritas pemerintah yang mengeluarkan

regulasi sektoral terkait tadi tidak melakukan supervisi, masalah penegakan Hukum Persaingan Usaha sebagai bentuk supervisi lain dari otoritas persaingan yang di Indonesia dimiliki oleh KPPU. KPPU berdasarkan Pasal 35 huruf e UU No. 5 Tahun 1999 diberikan tugas untuk memberikan saran dan pertimbangan terhadap kebijakan Pemerintah yang berkaitan dengan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat. Dari ketentuan tadi, KPPU pada dasarnya memiliki tugas untuk melakukan supervisi aktif dari sisi penegakan Hukum Persaingan Usaha. Hal yang masih menjadi perdebatan adalah apakah supervisi tersebut dapat dilakukan sejak di luar pengadilan ataukah dapat ditafsirkan pula dilakukan dalam penjatuhan putusan administratif oleh KPPU.

2. Pertanyaan kedua adalah mengenai ukuran yang dapat digunakan untuk menilai penerapan *State Action Doctrine* dalam intervensi pemerintah sebagai alasan untuk mengecualikan sebuah kegiatan dari penegakan hukum persaingan usaha di Indonesia. Apabila pertanyaan pertama berbicara bagaimana penerapan *State Action Doctrine* dalam perkara Hukum Persaingan Usaha, atau kapan klaim *State Action Doctrine* dapat digunakan untuk menyatakan tindakan antipersaingan tertentu dikecualikan dari Hukum Persaingan Usaha, maka pertanyaan kedua adalah terkait ukuran apa yang dapat digunakan secara substansial oleh KPPU untuk menilai tindakan yang berhubungan dengan adanya intervensi pemerintah terhadap pasar yang mengakibatkan tindakan antipersaingan tertentu dapat diduga dikecualikan dari Hukum Persaingan Usaha berdasarkan *State Action Doctrine*. Apabila pertanyaan pertama lebih bertujuan melihat bagaimana konsepsi *State Action Doctrine* diterjemahkan dalam penegakan Hukum Persaingan Usaha, maka pertanyaan kedua lebih kepada bagaimana otoritas persaingan menilai adanya intervensi negara berkaitan dengan *State Action Doctrine*.

Layaknya penegakan Hukum Persaingan Usaha terhadap posisi monopoli atau pemusatan kegiatan pada umumnya, maka pendekatan yang digunakan adalah pendekatan Mazhab Harvard terkait struktur, perilaku,

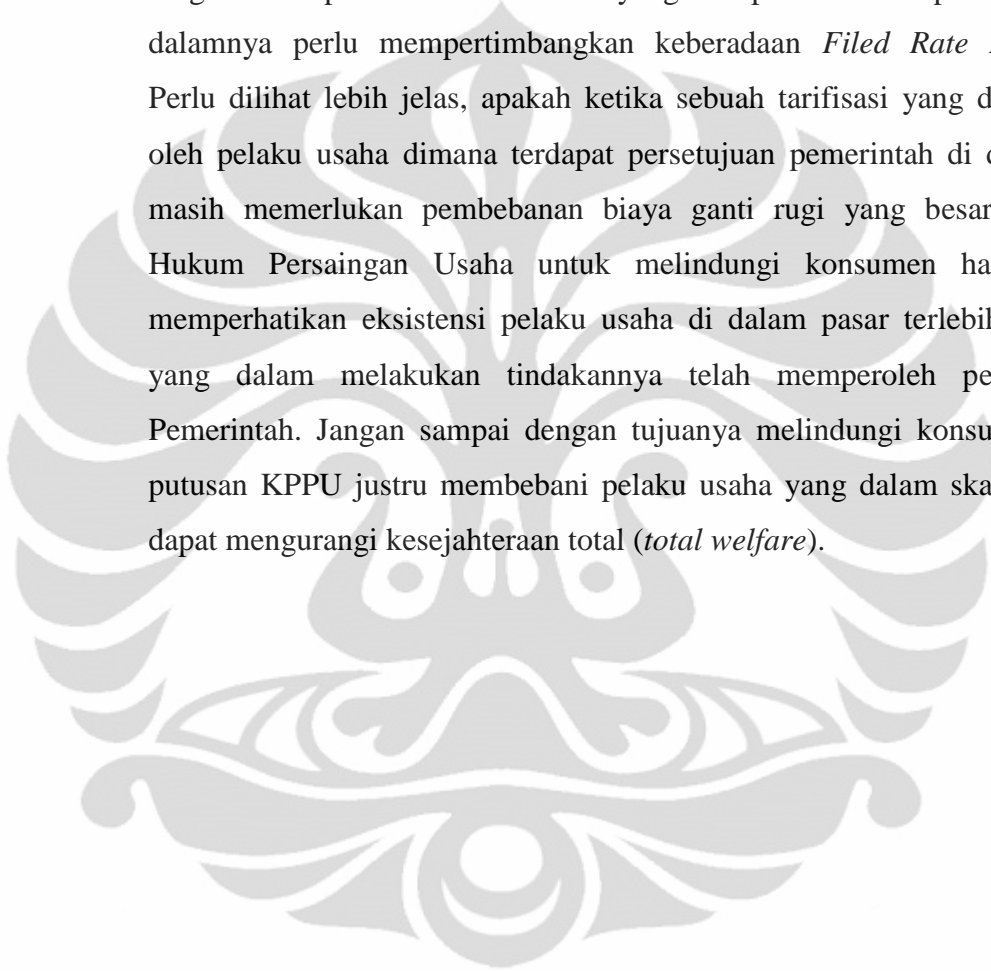
dan kinerja. Dengan berpijak pada kemungkinan gagalnya intervensi pemerintah pada pasar, maka tugas Hukum Persaingan Usaha adalah melindungi kesejahteraan masyarakat di mana yang paling pertama harus dilindungi adalah kesejahteraan konsumen (*buyer side*). Pendekatan yang kerap digunakan secara beriringan dengan pendekatan struktur, perilaku, dan kinerja tadi adalah pendekatan terhadap harga. Tujuan pendekatan harga adalah untuk menilai apakah tingkat harga tertentu yang diciptakan monopoli adalah eksekutif atau masih wajar. Perlu kehati-hatian dari KPPU untuk menyatakan sebuah tingkat harga eksekutif karena hal tersebut bukanlah analisis yang mudah dilakukan. Analisis harga hanya mungkin dilakukan ketika ada posisi monopoli atau pemusatan kegiatan. Perlu juga kecermatan untuk menentukan ganti rugi dari pelaku usaha yang dinilai menentukan harga secara eksekutif tadi dengan dalil mereka telah merugikan konsumen. Terdapat pendekatan *Filed Rate Doctrine* yang intinya adalah ketika tarifisasi tertentu yang merupakan persetujuan pemerintah (*government consent*) untuk ditetapkan pelaku usaha dianggap eksekutif, maka tarif tersebut harus dibatalkan tanpa harus adanya mekanisme ganti rugi lebih lanjut.

5.2 SARAN

1. Perlu penjabaran yang jelas terhadap unsur “bertujuan melaksanakan” pada Pasal 50 huruf a UU No. 5 Tahun 1999. Penjabaran yang jelas tadi sepatutnya berada pada penjelasan pasal atau pada peraturan yang termasuk peraturan perundang-undangan dalam UU No. 10 Tahun 2004 karena penjabaran yang ada saat ini hanya baru berada dalam tataran Pedoman Pasal yang dikeluarkan oleh KPPU. Hal ini berlaku pula pada penjabaran Pasal 51 UU No. 5 Tahun 1999 yang masih berupa Pedoman Pasal.
2. Perlu ditentukan secara jelas bagaimana bentuk supervisi yang dapat dilakukan oleh KPPU terhadap kegiatan-kegiatan tertentu yang memang mendapat pengaturan secara sektoral. Supervisi tadi harus jelas apakah

dapat dilakukan pula di luar pengadilan atau hanya lewat mekanisme pengadilan administratif atau dibuat secara berurutan lewat supervisi di luar pengadilan baru lewat pengadilan administratif.

3. Keberadaan supervisi terhadap tingkat harga oleh KPPU lewat pendekatan harga eksekutif pada tindakan tertentu yang terdapat intervensi pemerintah di dalamnya perlu mempertimbangkan keberadaan *Filed Rate Doctrine*. Perlu dilihat lebih jelas, apakah ketika sebuah tarifisasi yang dijalankan oleh pelaku usaha dimana terdapat persetujuan pemerintah di dalamnya masih memerlukan pembebanan biaya ganti rugi yang besar. Tujuan Hukum Persaingan Usaha untuk melindungi konsumen harus juga memperhatikan eksistensi pelaku usaha di dalam pasar terlebih mereka yang dalam melakukan tindakannya telah memperoleh persetujuan Pemerintah. Jangan sampai dengan tujuannya melindungi konsumen tadi putusan KPPU justru membebani pelaku usaha yang dalam skala makro dapat mengurangi kesejahteraan total (*total welfare*).



DAFTAR PUSTAKA

A. BUKU

Asch, Peter. *Organization and Antitrust Policy*. New York : John Willey & Sons Inc., 1983.

Ashshofa, Burhan. *Metode Penelitian Hukum*. Rineka Cipta: Jakarta, 2004.

Asshiddiqie, Jimly. *Pokok-Pokok Hukum Tata Negara*. Jakarta: PT. Bhuana Ilmu Populer, 2007.

Basri, Faisal. *Perekonomian Indonesia Tantangan dan Harapan bagi Kebangkitan Indonesia*. Jakarta : Penerbit Erlangga, 2002.

Bremmer, Ian. *The End Of The Free Market: Who Wins The War Between States and Corporations?*. New York: Portofolio, 2010.

Budiarjo, Miriam. *Dasar-Dasar Ilmu Politik*. Jakarta: PT. Gramedia Pustaka Utama, 2008.

Burgess Jr., Giles. *The Economic of Regulation and Antitrust*. New York: Harper Collins College Publishers, 1995.

Choirie, A. Effendy. *Privatisasi Versus Neo-Sosialisme Indonesia*. Jakarta: LP3ES, 2003.

Fox, Eleanor M. dan Lawrence A. Sullivan. *Cases and Materials on Antitrust*. St. Paul Minn : West Publishing Company, 1989.

Gellhorn, Ernest dan William E. Kovacic. *Antitrust and Economic in a Nutshell*. St. Paul Minn: West Publishing Company, 1994.

Gie, Kwik Kian. *Gonjang-Ganjing Ekonomi Indonesia : Badai Belum Akan Segera Berlalu*. Jakarta: PT Gramedia Pustaka Utama, 1999.

Hansen, Knud *et. al.* *Undang-undang Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat: Law Concerning Prohibition of Monopolistic Practices and Unfair Business Competition*. Jakarta: GTZ dan Katalis Publishing Media Services, 2002.

Hartono, Tony. *Mekanisme Ekonomi Dalam Konteks Ekonomi Indonesia*. Bandung: PT. Remaja Rosdakarya, 2006.

Hylton, Keith N. *Antitrust Law: Economic Theory & Common Law Evolution*. Cambridge: Cambridge University Press, 2003.

Ibrahim, Johnny. *Teori, Metode dan Penelitian Hukum Normatif*. Malang: Bayumedia Publishing, 2007.

Kennedy, David M. *Freedom From Fear: The American people in Depression and War, 1929–1945*. Cambridge: Oxford University Press, 1999.

Klein, Grady dan Yoram Bauman. *Kartun Ekonomi Jilid Satu: Mikroekonomi [The Cartoon Introduction to Economics Volume One: Microeconomics]*. Diterjemahkan oleh Asha Fortuna. Jakarta: Kepustakaan Populer Gramedia, 2011.

Lindbloom, Charles. *Politics and Markets : The World's Political Economic Systems*. New York: Basicbooks, 1980.

Lowenfeld, Andreas F. *International Economic Law : Second Edition*. New York : Oxford University Press, 2008.

Lubis, Andi Fahmi, *et. al.* *Hukum Persaingan Usaha Antara Teks dan Konteks*. Jakarta: Deutsche Gesellschaft fur Technische Zusammenarbeit (GTZ) GmbH, 2009.

Mallarangeng, Rizal. *Mendobrak Sentralisme Ekonomi Indonesia 1986-1992*. Jakarta: Keperpustakaan Populer Gramedia, 2004.

Mankiw, N. Gregory. *Pengantar Ekonomi Mikro [Principles of Economics]*. Diterjemahkan oleh Chriswan Sungkono. Jakarta: Penerbit Salemba Empat, 2006.

Martin, Stephen. *Industrial Economics : Economic Analysis and Public Policy Second Edition*. New York : Macmillan Publishing Company, 1994.

McMahon, Robert J. *The Cold War. Very Short Introduction*. New York : Oxford University Press, 2003.

Nusantara, Abdul Hakim G. *et.al.* *Litigasi Persaingan Usaha (Competition Litigation)*. Jakarta: Centre for Finance, Investment, and Securities Law (CFISEL), 2010.

O'Donoghue, Robert dan A. Jorge Padilla. *The Law and Economics of Article 82 EC*. Oregon: Hart Publishing, 2006.

Pitofsky, Robert (Ed). *How The Chicago School Overshot The Mark: The Effect of Conservative Economic Analysis on U.S. Antitrust*. Oxford: University Press, 2008.

Putong, Iskandar. *Pengantar Ekonomi Mikro dan Makro*. Jakarta: Ghalia Indonesia, 2003.

Putra, Windhu. *Ekonomi Industri*. Bandung : Alfabeta, 2008.

Ross, Stephen F. *Principles of Antitrust Law*. New York: The Foundation Press, Inc., 1993.

Rothbard, Murray N. *Power and Market, Government and The Economy*. San Fransisco : Institute for Humane Studies, Inc., 1977.

Shenefield, John H. dan Irwin M. Stelzer. *The Antitrust Law: A Primer*. Washington: American Enterprise Institute, 2001.

Sirait, Ningrum Natasya. *Asosiasi & Persaingan Usaha Tidak Sehat*. Medan : Pustaka Bangsa Press, 2003.

_____, *et.al. Ikhtisar Ketentuan Persaingan Usaha*. Jakarta : The Indonesia Netherlands National Legal Reform Program (NLRP), 2010.

Smith, Adam. *An Inquiry Into The Nature and Causes of The Wealth of Nations*. Chicago: University of Chicago Press, 1976.

Soekanto, Soerjono dan Sri Mamudji. *Penelitian Hukum Normatif: Suatu Tinjauan Singkat*. Jakarta: Rajawali Pers, 2001.

_____. *Pengantar Penelitian Hukum*. Jakarta: UI Pess, 2005.

Sowell, Thomas. *Basic Economics, A Citizen's Guide to the Economy*. New York : Basic Books, 2004.

Syamsudin, M. *Operasional Penelitian Hukum*. PT Raja Grafindo Persada: Jakarta, 2007.

Viscusi, W.Kip, *et.all. Economic of Regulation and Antitrust*. Massachusets : The MIT Press, 1998.

Winston, Clifford. *Governenent Failure Versus Market Failure: Microeconomics Policy Research and Government Performance*. Washington: AEI-Brookings Joint Center For Regulatory Studies, 2006.

B. ARTIKEL

Anggraini, A.M. Tri. “Penerapan Pendekatan “Rule Of Reason” dan “Per Se Illegal” dalam Hukum Persaingan Usaha.” *Jurnal Hukum Bisnis*. Vol. 24. (Juni 2005).

Brodley, Joseph F. “Predatory Pricing: Strategic Theory and Legal Policy.” *Georgetown Law Journal*. Vol. 88. (2000).

Ezrachi, Ariel dan David Gilo. “Excessive Pricing, Entry, Assessment, and Investment: Lessons From The Mittal Litigation.” *Antitrust Law Journal*. No. 3. (2010).

Galbraith, John Kenneth. “Monopoly Power and Price Rigidities.” *The Quarterly Journal of Economics*. Vol. 50. No. 3. (May, 1936).

Garland, Merrick B. “Antitrust and State Action: Economic Efficiency and The Political Process.” *The Yale Law Journal Company, Inc*. Vol. 96. No. 3. (1987).

Geradin, Damien. "The Necessary Limits To The Control of "Excessive" Prices by Competition Authorities: A View From Europe." *Journal Of Competition Law and Economics Tilburg University*. Vol. 45. (2003).

Jorde, Thomas M. "Antitrust and The New State Action Doctrine: A Return to Deferential Economic Federalism." *California Law Review*. Vol. 75. No. 1. (1987).

Kirkwood, John B. dan Robert H. Lande. "The Fundamental Goal of Antitrust: Protecting Consumers, Not Increasing Efficiency." *Notre Dame Law Review*. Vol. 84:1. (2008).

KPPU. "MA Menguatkan Putusan Monopoli Air di Batam." *Majalah Kompetisi*. Edisi 22. (2010).

Maarif, Syamsul. "Merger, Konsolidasi, Akuisisi dan Pemisahan PT Menurut UU No. 40/2007 dan Hubungannya Dengan Hukum Persaingan." *Jurnal Hukum Bisnis*. Vol. 27. (Juni 2008).

Michelman, Frank. "Law's Republic." *The Yale Law Journal Company, Inc*. Vol. 98. No. 4. (1988).

Orbach, Barak Y.. "The Antitrust Consumer Welfare Paradox." *Arizona Legal Studies Journal*. No. 10-07. (2010).

Pitofsky, Robert. "The Political Content of Antitrust." *University of Pennsylvania Law Review*. Vol. 127. No. 4. (1979).

Posner, Richard A. "The Social Cost of Monopoly and Regulation." *Journal of Political Economy*. Vol. 13. No. 2. (1975).

_____. "Utilitarianism, Economics, and Legal Theory". *Journal of Legal Studies*. Vol. 103. No. 132 (1979).

Schwartz, Jeffrey D. "The Use of Antitrust State Doctrine in the Deregulated Electric Utility." *American University Law Review*. Vol. 49. (1999).

Semeraro, Steve. "Demistifying Antitrust State Action Doctrine." *Harvard Journal of Law & Public Policy*. Vol. 24. No. 203. (2000).

Sjahdeini, Sutan Remy. "Latar Belakang, Sejarah, dan Tujuan UU Larangan Monopoli." *Jurnal Hukum Bisnis*. Vol. 19. (Juni 2002).

Sokol, D.Daniel. "Limiting Anticompetitive Government Interventions That Benefit Special Interests." *George Mason Law Review*. Vol. 17. No. 1. (2009).

Trujillo, Elizabeth. "State Action Antitrust Exemption Collides With Deregulation: Rehabilitating The Foreseeability Doctrine." *Fordham Journal of Corporate Financial Law*. Vol. 11. No. 2. (2006).

C. PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN DAN PERATURAN LAIN YANG TERKAIT

Indonesia, Undang-Undang Dasar 1945.

_____. *UU Badan Usaha Milik Negara*. UU No. 19 Tahun 2003, LN Tahun 2003 No. 47. TLN No. 4297.

_____. *UU Ketenagalistrikan*. UU No. 30 Tahun 2009, LN Tahun 2009 No. 133. TLN No. 5052.

_____. *UU Larangan Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*. UU No. 5 Tahun 1999, LN Tahun 1999 No. 33. TLN No. 3817.

_____. *UU Pembentukan Peraturan Perundang-undangan*. UU No. 10 Tahun 2004, LN Tahun 2004 No. 87. TLN No. 4389.

Komisi Pengawas Persaingan Usaha. *Keputusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Tentang Pedoman Pelaksanaan Ketentuan Pasal 50 Huruf a Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*. Kep. No. 235/KPPU/Kep/VII/2008.

_____. *Keputusan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Tentang Pedoman Pelaksanaan Ketentuan Pasal 51 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*. Kep. No. 89/KPPU/Kep/III/2009.

D. SKRIPSI, TESIS, DISERTASI

Asrun, A. Muhammad. "Pelaksanaan Monopoli Bulog Untuk Pengadaan Beras dan Tepung Terigu: Suatu Perbandingan." Tesis magister Universitas Indonesia, Jakarta, 1998.

Sudjanadipradja, Budipranoto. “Analisis Karakteristik Pasar Cengkeh, Konflik BPPC – GAPPRI, dan Penghitungan Kerugian Kebijakan BPPC pada Pelaku Pasar Cengkeh Indonesia (Suatu Studi Kasus Ekonomi Politik. ” Tesis magister Universitas Indonesia, Jakarta, 2000.

E. INTERNET

Bingman, Anne K. dan Gary R. Spratling. “Criminal Antitrust Enforcement.” Dalam “Criminal Antitrust Law and Procedure Workshop ABA Section of Antitrust.” Hyatt Regency Hotel Dallas, Texas, February 23, 1995. Diunduh dari <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/0103.pdf>.

Chin, Yee Wah. “Administrative Monopoly: The State Action Doctrine under U.S. Antitrust Law.” Diunduh dari http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1621067.

Hafild, Emmy dan Daris Furqon, *et.al.* “Addicted to Loan: The World Bank Foot Prints in Indonesia.” WALHI (Indonesian Forum for Environment). Diunduh dari http://www.asienhaus.de/public/archiv/WB-and_Indonesia_Walhi_paper.pdf.

Maarif, Syamsul dan B.C. Rikrik Rizkiyana. “Posisi Hukum Persaingan Usaha Dalam Sistem Hukum Nasional.” Diunduh dari http://www.kppu.go.id/docs/Makalah/persaingan_usaha.pdf.

Paulis, Emil. “Article 82 EC and Exploitative Conduct.” (2007). Diunduh dari [www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2007\(pdf\)/200709-COMPed-Paulis.pdf](http://www.eui.eu/RSCAS/Research/Competition/2007(pdf)/200709-COMPed-Paulis.pdf).

Akman, Pinar dan Luke Garrod. “When Are Excessive Prices Unfair.” Diunduh dari http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1578181.

Kellogg, Michael K. dan Aaron M. Panner. “Comments on The Filed Rate Doctrine, Submitted on Behalf of United States Telecom Associates.” (15 Juli 2005). Diunduh dari http://govinfo.library.unt.edu/amc/public_studies_fr28902/immunities_exemptions_pdf/050715_USTelecom.pdf.

“Excessive Pricing in The Napp Chapter II Case- How Much Is Too Much?” Diunduh dari www.rbbecon.com/publications/downloads/rbb_brief05.pdf.

“Tata Niaga Ala BPPC.” Diunduh dari <http://majalah.tempointeraktif.com/id/arsip/1992/03/07/LK/mbm.19920307.LK10205.id.html>.

“The Trap : What Happened To Our Dream Of Freedom”. Dilihat di <http://www.youtube.com/watch?v=tAE-xqFr0iQ>.

“What Is Antitrust Law? The Debate Between Domminck T. Armentano and Rep. Ron Paul. Dilihat di <http://www.youtube.com/watch?v=8C4gRRk2i-M>.

<http://openjurist.org/471/us/48/southern-motor-carriers-rate-conference-inc-v-united-states>

<http://openjurist.org/439/us/96/new-motor-vehicle-board-of-california-v-orrin-w-fox-co-northern-california-motor-car-dealers-associa>

<http://openjurist.org/317/us/341/parker-v-brown>

<http://openjurist.org/445/us/97/california-retail-liquor-dealers-association-v-midcal-aluminum-inc>.

<http://www.oyez.org/cases/1792-1850/1810/1810> <http://openjurist.org/365/us/127/eastern-railroad-presidents-conference-v-noerr-motor-freight-inc>

http://www.pajak.go.id/index.php?Itemid=1&option=com_content&view=frontpage

<http://pusatbahasa.diknas.go.id/kbbi/index.php>

http://www.reckon.co.uk/open/United_Brands

<http://seekingalpha.com/article/108403-china-and-free-trade-a-failure-to-recognize-externalities>

<http://supreme.justia.com/us/428/579/>

http://www.thefullwiki.org/Deadweight_loss

<http://www.uscourts.gov/FederalCourts/UnderstandingtheFederalCourts/DistrictCourts.aspx>