

Persaingan Usaha di Forum WTO dan Perlunya Ketentuan Mengenai M&A

Djunari I. Waskito*

Two issues leading to the collapse of the 5th WTO ministerial meeting in Cancun, Mexico, are agricultural issue and Singapore Issues. There are four sub-issues on Singapore Issues, which are Trade and Competition Policy, Trade and Investment, Transparency on Government Procurement and Trade Facilitation. The issues on competition policy are some ambiguities such as the coverage of hardcore cartel provisions and the differences on the articles or business practices which can be considered as per se illegal and which one will be considered as rule of reason. The most crucial on handling competition case is analyzing relevant market consisting product market and geographical market. Related to the Indonesian competition law, unfortunately the definition on the relevant market is not clear enough. Besides that, Indonesian competition law does not give authority to the Indonesian Competition Institution to enact some guidelines issued by OECD, UNCTAD or countries which having wide experience in handling competition cases. Up to now, the Indonesian competition law has not been completed with the government regulation on merger and acquisition. To invite the government people in the ministry of industry and trade who are responsible to prepare the said government regulation, this paper is ended with the case of merger between Boeing and MDC suffering injury for Airbus company and the practice of exclusive dealing done by Boeing-MDC.

Pendahuluan

Salah satu penyebab kegagalan tercapainya kesepakatan dalam pertemuan tingkat menteri ke V WTO di Cancun adalah perbedaan

* Beliau dilahirkan pada tahun 1955 dan menempuh pendidikan hukum di Fakultas Hukum Universitas Indonesia. Setelah mendapatkan Sarjana Hukumnya pada tahun 1984, beliau melanjutkan pendidikan hukumnya ke Washington College of Law, The American University, USA dan mendapatkan gelar "Master of Law" pada tahun 1994. Saat ini beliau menjabat sebagai Direktur Kerjasama Industri dan Perdagangan Internasional, Departemen Perdagangan dan Perindustrian setelah sebelumnya menjabat sebagai Kepala Biro Hukum di departemen yang sama.

pendapat secara tajam antara negara berkembang dan negara maju mengenai isu pertanian dan keinginan negara maju yang ingin memaksakan dimulainya negosiasi terhadap Singapore Issues, yang di dalamnya terdapat 4 (empat) sub-issue yaitu investasi, persaingan usaha, transparansi dalam pengadaan barang dan jasa oleh pemerintah serta fasilitasi perdagangan. Isu pertanian dan isu lain tidak dibahas disini, kecuali isu mengenai persaingan usaha atau "*Interaction between Trade and Competition Policy*". Selanjutnya, untuk memperjelas substansi mengenai isu persaingan, akan diulas mengenai pro dan kontra dimasukkannya isu persaingan dalam perjanjian multilateral WTO termasuk keberatan negara berkembang atas rencana tersebut dan manfaat persaingan usaha apabila isu tersebut masuk dalam perjanjian multilateral. Pembahasan dilanjutkan dengan pendalaman mengenai Pasar Bersangkutan atau "*Relevant Market*" yaitu satu bahasan pokok dan mendasar dalam penanganan kasus anti persaingan dan contoh kasus mengenai merger antara Boeing dan MDC serta *exclusive dealing* yang dilakukan oleh Boeing-MDC dengan beberapa maskapai penerbangan di Amerika Serikat.

Pro dan Kontra Isu Persaingan Dalam Kerjasama Multilateral

Dalam Doha Declaration Agenda yang disepakati oleh para menteri WTO di Doha tanggal 14 Nopember 2001, tepatnya tercantum dalam para 23, 24, dan 25, disepakati secara intinya adalah sebagai berikut:

- a. Perlu adanya bantuan teknis dan *capacity building* di bidang persaingan usaha, dan mereka sepakat bahwa negosiasi di bidang ini perlu dilakukan setelah pertemuan tingkat Menteri ke 5 WTO di Cancun apabila ada eksplisit konsensus dalam KTM tersebut.
- b. Negara berkembang dan LDC's memerlukan bantuan teknis dan *capacity building* agar mereka dapat mengevaluasi implikasi kerjasama multilateral di bidang persaingan usaha ini dan WTO akan menjalin kerjasama dalam pengkajian tersebut dengan

lembaga-lembaga lain seperti UNCTAD dan lain-lain.

- c. Sementara itu, kelompok kerja di bidang persaingan usaha akan lebih fokus dalam melakukan klarifikasi di bidang persaingan usaha, khususnya prinsip-prinsip pokok persaingan usaha seperti transparansi, non-diskriminasi dan prosedur yang adil, ketentuan-ketentuan mengenai *hard-core cartels*, kerjasama secara sukarela dan pemberdayaan secara bertahap lembaga atau komisi persaingan.

Klarifikasi tersebut dalam huruf c bersifat umum, kecuali satu yang sebetulnya merupakan inti substansi dari hukum persaingan, yaitu ketentuan mengenai *hard-core cartels*. Tidak ada ketentuan secara internasional yang secara seragam mengatur ketentuan mengenai *hard-core cartel*. Bahkan definisi yang dipakai di setiap negarapun bisa saling berbeda. Dengan demikian, sangat wajar jika negara anggota WTO senantiasa minta klarifikasi mengenai cakupan *hard-core cartel* ini. OECD merekomendasikan kepada kelompok kerja persaingan, dengan menyatakan antara lain bahwa *hard-core cartel* adalah perjanjian yang bersifat anti persaingan, praktek anti persaingan yang bersifat "*concerted*", atau pengaturan anti persaingan oleh para pelaku usaha yang bersaing untuk menetapkan harga, membuat atau mengatur di antara mereka sendiri siapa yang harus menjadi pemenang tender atau "*bid-rigging*" atau "*collusive tendering*", membatasi produksi atau menetapkan kuota, membagi wilayah pasar berdasar kriteria konsumen, pemasok, wilayah atau jalur perdagangan. Selanjutnya, OECD juga menjelaskan bahwa perjanjian atau kerjasama yang secara wajar dan beralasan secara hukum dan bertujuan untuk mencapai efisiensi biaya produksi atau efisiensi lainnya, tidak termasuk dalam kategori *hard-core cartel*. Sekalipun demikian, pengecualian tersebut harus bersifat transparan dan harus direview secara periodik.¹ Berdasar

¹ Lihat OECD Council Recommendation Concerning Effective Action against Hardcore Cartel, adopted by OECD Council at its 921st Session on 25 March 1998.

rekomendasi OECD di atas, jelas dinyatakan bahwa *hard-core cartel* adalah perjanjian dan praktek yang bersifat anti persaingan dan bentuk-bentuk praktek anti persaingan adalah penetapan harga atau *price fixing*, *bid-rigging*, membatasi jumlah produksi, dan pembagian wilayah pasar berdasar kriteria tertentu. Praktek anti persaingan lainnya hanya dapat diduga dari kalimat "perjanjian dan praktek anti persaingan" sehingga masih dapat dipertanyakan apakah bentuk-bentuk praktek anti persaingan lain masuk dalam cakupan *hard-core cartel*. Perjanjian dan praktek lain yang dapat dikategorikan sebagai anti persaingan adalah praktek perjanjian penjualan kembali dengan penetapan harga terendah atau *resale price maintenance*, *exclusive dealing*, *predatory pricing*, *predatory innovation*, *interlocking directorate*, boikot, diskriminasi harga dan praktek anti persaingan lainnya yang sangat mungkin muncul dan dikembangkan oleh pelaku usaha di kemudian hari.

Negara berkembang pada umumnya berpendapat bahwa masih banyak ketentuan-ketentuan WTO yang sekarang ini perlu disempurnakan dari ketentuan yang mengatur mengenai *dumping rules*, subsidi, *safeguards*, *special and differential treatment* hingga ketentuan mengenai pertanian yang masih memberikan tempat bagi subsidi ekspor dan domestik support. Ketika petani-petani miskin di negara berkembang masih dihadapi dengan praktek subsidi jutaan dollar yang diberikan kepada petani modern di negara maju yang mengakibatkan level playing field petani sangat jauh berbeda, negara berkembang dihadapkan kembali dengan Singapore Issues yang masih sulit dipahami. Dengan demikian, sangat wajar kalau negara berkembang menghendaki penyelesaian yang lebih adil terlebih dahulu terhadap negosiasi bidang pertanian sebagai titik tolak perkembangan negosiasi bidang-bidang lainnya. Tidak terselesainya negosiasi di bidang pertanian ditambah dengan kekurangjelasan mengenai cakupan *hard-core cartels* mengakibatkan berlarut-larutnya penyelesaian kesepakatan di forum WTO.

Selain ketidakjelasan mengenai cakupan *hard-core cartels*,

terdapat beberapa hal lain yang muncul dipertanyakan oleh anggota WTO, yaitu antara lain *international cartel*, serta ekspor dan impor kartel. *Hard-core cartel* bisa terjadi baik dalam lingkup nasional maupun internasional. Dalam pembahasan di kelompok kerja, anggota WTO lebih fokus pada *hard-core cartel* dalam lingkup internasional yang pada umumnya dipraktekkan oleh multinational corporation dan menciptakan hambatan perdagangan internasional dengan cara menetapkan harga, jumlah produksi dan aspek pemasaran lainnya. Sebagian para ahli memisahkan antara kartel internasional dengan kartel ekspor dan impor. Kartel ekspor pada umumnya dilakukan dengan melakukan perjanjian penetapan harga antara para pelaku usaha di dalam negeri atas suatu produk yang disepakati untuk tujuan ekspor. Apabila produk tersebut dijual di pasar dalam negeri, maka perjanjian penetapan harga itu tidak berlaku. Kartel impor pada umumnya dilakukan dengan tujuan untuk mengatur harga barang impor atau pengaturan distribusi barang impor oleh para importir.

Kekhawatiran lain negara anggota WTO yang menghambat terjadinya kesepakatan dalam isu persaingan ini adalah perlakuan masing-masing negara dalam menangani praktek bisnis yang anti terhadap semangat persaingan. Tidak ada keseragaman di masing-masing negara yang telah memiliki Undang-Undang Persaingan atas hal ini. Sebagaimana diketahui, pendekatan dalam menangani penyelesaian kasus-kasus perjanjian atau tindakan anti persaingan terbagi dalam 2 (dua) hal, yaitu pendekatan secara *per se illegal* dan *rule of reason*. Pasal-pasal atau perjanjian dan praktek bisnis yang dikategorikan sebagai *per se illegal* memiliki implikasi bahwa perjanjian atau praktek bisnis tersebut tidak memiliki ruang untuk dijadikan sebagai alasan pembenaran. Dengan demikian, apabila pelaku usaha terbukti telah melakukan perjanjian atau praktek bisnis yang masuk dalam kelompok *per se illegal* ini, mereka akan dikenakan sanksi sesuai perundang-undangan.

Sebaliknya, apabila pelaku usaha terbukti telah melakukan perjanjian atau praktek bisnis yang masuk dalam kelompok *rule of reason*, mereka tidak secara langsung akan dikenakan sanksi.

Dengan kata lain, pelaku usaha tersebut masih memiliki ruang dan kesempatan menggunakan alasan pembenaran, seperti efisiensi keuangan perusahaan, maksimalisasi kapasitas, upaya menghindari kerugian lebih lanjut yang lebih besar dan berbagai alasan pembenaran lainnya. Dalam rekomendasi OECD, perlunya pendekatan *rule of reason* diwujudkan dalam kalimat “perjanjian atau kerjasama secara wajar dan beralasan secara hukum dan bertujuan untuk mencapai efisiensi biaya produksi atau efisiensi lainnya, tidak termasuk dalam kategori *hard-core cartel*.”² Fakta menunjukkan bahwa dari berbagai Undang-undang Persaingan yang ada di berbagai negara, penentuan perjanjian dan praktek bisnis yang dikategorikan sebagai *per se illegal* dan yang dikategorikan sebagai *rule of reason* tidak seragam. Pada umumnya, perjanjian penetapan harga dikategorikan sebagai *per se illegal* karena sangat bersifat anti persaingan. Perjanjian dan praktek bisnis lain pada umumnya dikategorikan sebagai *rule of reason*. Perbedaan perjanjian dan praktek bisnis mana saja yang patut dikategorikan sebagai *per se illegal* dan mana yang patut dikategorikan sebagai *rule of reason*, juga menjadi salah satu alasan tidak tercapainya kesepakatan dalam kelompok kerja.

Bagi negara-negara maju sebagai inisiator dimasukkannya isu persaingan dalam konteks perjanjian multilateral atau WTO juga memiliki alasan yang kuat. Alasan tersebut adalah telah nyata dan jelas bahwa praktek *hard-core cartel* selain bersifat anti persaingan juga mengakibatkan biaya ekonomi tinggi dan menghambat terciptanya liberalisasi perdagangan internasional. Dalam era liberalisasi perdagangan seperti sekarang ini, suatu perjanjian atau praktek bisnis anti persaingan yang dilakukan di suatu negara pasti mengakibatkan kerugian dan menciptakan hambatan perdagangan di negara tersebut. Untuk satu kasus saja, misalnya kasus kartel produk “*electrodes graphite*” di Uni Eropa, konsumen telah dirugikan sebesar 2.5 miliar Euro sebagai akibat dari praktek *price fixing* selama 7 (tujuh) tahun yang dilakukan oleh beberapa pelaku

² Annex II OECD Council Recommendation Concerning Effective Action Against Hardcore Cartels

usaha di Uni Eropa yang memproduksi *electrodes graphite*. Perjanjian *price fixing* tersebut dilakukan dengan menetapkan harga 50% lebih tinggi dari harga yang seharusnya dibeli oleh konsumen.³

Kerugian juga tidak hanya ditanggung oleh konsumen di negara tempat praktek anti persaingan berlangsung, tetapi implikasi negatifnya bisa menjangkau jauh di luar batas geografis suatu negara, tergantung sejauh mana wilayah jangkauan pasar produk bersangkutan. Bisa saja dua perusahaan multi nasional di Amerika Serikat melakukan perjanjian penetapan harga sebesar harga di Amerika Serikat yang mengakibatkan konsumen Amerika harus membayar harga suatu produk 40% lebih tinggi dari harga yang seharusnya. Nasib serupa, konsumen di luar Amerika Serikat juga akan membayar produk yang sama 40% lebih tinggi dari harga yang seharusnya. Contoh lain adalah praktek *exclusive dealing* yang dilakukan oleh perusahaan pembuat pesawat terbang Boeing-MDC dengan berbagai maskapai penerbangan di Amerika Serikat mengakibatkan entry barriers atau hambatan perdagangan bagi penjualan Air Bus produksi Uni Eropa ke Amerika Serikat. Study yang dilakukan oleh World Bank menunjukkan bahwa pada tahun 1997, negara berkembang dirugikan kurang lebih 6.7% impor barang dan jasa sebagai akibat praktek kartel atau setara nilai total sebesar US \$ 81.1 miliar. Selain itu, negara berkembang juga dirugikan akibat *mark-up* yang sangat terkait erat dengan praktek kartel hingga sekitar 45 - 50%. Angka kerugian sebenarnya dapat lebih besar lagi karena penghitungan hanya dihitung berdasar atas kasus-kasus yang diketahui dan ditangani. Atas dasar pemikiran bahwa kerugian dapat bersifat lintas batas suatu negara, maka sangat wajar jika isu mengenai persaingan segera masuk dalam agenda negosiasi kerjasama multilateral.

Perlunya kerjasama lintas batas antar komisi persaingan juga merupakan pertimbangan lain untuk memasukkan isu persaingan sebagai bagian dari perjanjian multilateral. Kasus anti persaingan untuk produk "*Thermal Fax Paper*" merupakan salah satu contoh.

³ Lihat para 49 Report (2002) of the Working Group on the Interrelation Between Trade and Competition Policy to the General Council.

Persekongkolan internasional untuk melakukan kartel produk ini melibatkan lebih dari satu pelaku usaha yang berdomisili di Jepang, Kanada dan Amerika Serikat. Kasus persekongkolan dalam melakukan kartel ini diketahui dan terkuak di Kanada. Namun demikian, Komisi Persaingan di Kanada tidak dapat berbuat apapun karena semua bukti, dokumen dan informasi berada di Amerika Serikat. Dengan adanya kasus ini, negara pengusul isu persaingan dalam forum kerjasama multilateral mengusulkan perlunya ada kerjasama antar negara antar Komisi Persaingan.

Pasar Bersangkutan atau *Relevant Market*

Penyelesaian hampir semua kasus-kasus yang berkaitan dengan Anti Monopoli atau Kartel atau *Anti Trust* atau Anti Persaingan Curang atau apapun nama sejenisnya selalu dimulai dengan langkah awal yaitu menentukan *Relevant Market* yang dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat di Indonesia digunakan istilah Pasar Bersangkutan. Semua pihak, khususnya pelaku usaha yang merasa dirugikan oleh "*unfair trade practices*" pelaku usaha lain harus melakukan analisa secara hati-hati dan menyeluruh mengenai *Relevant Market* sebelum mengajukan gugatan kepada pelaku usaha yang melakukan persaingan curang tersebut. Analisa mengenai *Relevant Market* tersebut sangat penting dilakukan karena akan menghasilkan satu kerangka analisa lanjutan dalam menilai kekuatan pasar.⁴ Analisa semacam ini wajib dilakukan agar pelaku usaha memahami persis posisi dan kekuatan gugatannya sehingga menghasilkan sesuatu yang maksimal, tidak sia-sia dan tidak membuang waktu, uang serta energi yang sebenarnya dapat dimanfaatkan untuk hal-hal lain yang lebih bermanfaat. Tidak hanya Penggugat atau Pelapor saja yang harus melakukan analisa "*Relevant Market*", tetapi Tergugat atau Terlapor juga harus melakukan analisa serupa dengan menggunakan berbagai penafsiran dan membenaran elemen yang ada sehingga mereka

⁴ James A Keyte , *Market Definition and Differentiated Products: The Need for a workable Standard*, *Antitrust Law Journal*, vol 63

mampu meyakinkan bahwa tindakan atau perjanjian mereka tidak dikategorikan sebagai bentuk persaingan tidak sehat. Namun demikian, harus diakui bahwa penentuan "*Relevant Market*" sangat mudah untuk diucapkan dalam bentuk teori, sedangkan dalam prakteknya penentuan tersebut sangat sulit dicari pembenarannya, penuh dengan debat pembenaran dan pembenaran dalam bentuk apapun dapat didebat ulang dengan alasan pembenaran lain.

Kesulitan dalam menentukan Pasar Bersangkutan di Indonesia dapat dipahami karena Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 hanya mendefinisikan bahwa yang dimaksud dengan 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.⁵ Selanjutnya dalam penjelasan umum maupun pasal per pasal, tidak diketemukan lebih lanjut keterangan rinci mengenai Pasar Bersangkutan. Setidaknya ada beberapa unsur dalam definisi tersebut yang masih perlu dijelaskan kepada umum, yaitu:

- a. Jangkauan atau daerah pemasaran tertentu.
- b. Barang dan atau jasa yang sama atau sejenis atau substitusi.

Masyarakat atau siapapun khususnya yang terlibat dalam kasus anti monopoli akan menggali seberapa jauh jangkauan daerah pemasaran tertentu. Apakah jangkauan tersebut sebatas teritorial tertentu seperti wilayah suatu RT, RW, Kecamatan, Kabupaten, Kota, Propinsi, pulau tertentu, regional tertentu, seluruh wilayah Indonesia, lintas batas ASEAN, Asia atau malah seluruh wilayah di bumi?

Masyarakat atau pihak terlibat juga akan menanyakan unsur atau elemen apa yang akan digunakan untuk menentukan apakah barang dan atau jasa tertentu disebut sebagai barang dan atau jasa yang sama/sejenis atau substitusi?

⁵ Pasal 1 butir 10 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

Untuk menentukan Pasar Bersangkutan, UNCTAD melakukan semacam indikator atau test yang terdiri dari 5 (lima) elemen, yaitu:

- a. *Possibility of substitution*
- b. *Scope of substitution, according to consumer tastes*
- c. *Degree of transparency, knowledge about prices, and response of consumers*
- d. *Relevant geographical area*
- e. *Definition of the product or service to be considered*⁶

Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) bekerjasama dengan *the World Bank* menyebut *Relevant Market* cukup dengan *Market* saja yang terdiri dari 2 (dua) komponen utama, yaitu produk dan jangkauan wilayah pemasaran produk tersebut. Selanjutnya menurut OECD, produk didefinisikan sebagai "*a product or group of products and a geographic area in which it is sold such that a hypothetical, profit-maximizing firm that was the only seller of those products in that area could raise prices by a small but, significant and non-transitory amount above prevailing levels (OECD 1993).*"⁷ Dengan definisi tersebut, maka terlihat indikasi yang jelas bahwa untuk kasus-kasus yang bersangkutan dengan persaingan harus ada pelaku usaha yang berposisi sebagai *monopolist*. Secara faktual, dalam era liberalisasi seperti sekarang ini, sangat sulit untuk dijumpai monopoli yang diartikan hanya ada satu pelaku usaha, kecuali apabila ditetapkan berdasar keputusan pemerintah. Seandainya di satu negara hanya ada satu produsen atau satu penjual yang memasarkan satu produk, hampir dipastikan bahwa produk tersebut akan bersaing dengan barang sejenis yang diimpor dari luar negeri atau bersaing dengan barang substitusi lain. Dengan demikian, dalam Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 menyebutkan secara tegas bahwa untuk

⁶ Hasan Qaqaya, *Introduction to Competition and Legislation*, National Workshop di Bangkok, tahun 2000.

⁷ *A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*, The World Bank and OECD, 1998.

menjadi *monopolist*, satu pelaku usaha tidak perlu menguasai 100% pangsa pasar satu produk, tetapi cukup sekurang-kurangnya 50% pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu.⁸

Selain indikasi *monopolist*, unsur lain adalah apabila ada kenaikan harga maka terjadi pergeseran pilihan dilakukan oleh konsumen. Apabila *monopolist* tersebut menaikkan harga produk yang dijual walaupun kenaikan harga tersebut relatif kecil (*monopolist raises the prices of the product by a small but significant amount*), pembeli akan beralih ke barang substitusi lain. Apabila demikian yang terjadi, maka barang substitusi tersebut menjadi bagian dari Pasar Bersangkutan. Sebaliknya, apabila *monopolist* menaikkan harga, baik kenaikan harga tersebut secara substansial maupun tidak, dan konsumen tidak terpengaruh, tetap saja secara fanatik mencari dan membeli barang tersebut, maka produk tersebut tidak memiliki substitusi dan karenanya dapat dikategorikan sebagai produk yang menguasai pasar atau monopoli. Dengan demikian, dalam proses analisa kasus-kasus persaingan atau monopoli, terdapat 3 (tiga) elemen yaitu kenaikan harga, reaksi konsumen atas kenaikan harga tersebut dan prinsip produk yang diartikan sesempit mungkin atau tidak terlalu banyak memiliki barang lain sebagai substitusinya.

Komponen lain selain produk sebagaimana telah dijelaskan di atas adalah komponen jangkauan wilayah pasar atau *geographic market*. Analisa mengenai jangkauan wilayah pasar juga sangat "*debatable*". Apabila pembeli suatu produk beralih membeli barang yang sama di tempat lain sebagai reaksi akibat adanya kenaikan harga produk tersebut di tempat yang biasanya dia beli, maka kedua tempat tersebut menjadi satu jangkauan wilayah pasar. Pedoman dalam menentukan seberapa luas jangkauan wilayah pasar seperti tersebut di atas, masih sulit diimplementasikan, sehingga pada umumnya digunakan beberapa kriteria seperti biaya transportasi, tarif dan peraturan yang berlaku⁹

⁸ Pasal 17 (2) huruf c, Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

Dari beberapa kasus anti monopoli atau *anti trust* di Amerika Serikat, penentuan Pasar Bersangkutan dapat ditentukan berdasar analisa :

a. Diferensiasi produk berdasar karakteristik barang, yang dapat dianalisa lebih lanjut berdasar :

- Merek tunggal

Untuk diferensiasi produk berdasar merek tunggal, dapat dijelaskan dengan simulasi kasus misalnya akuisisi hotel (*Global Inn* di Jakarta mengakuisisi *Bandung Hotel* yang kemudian berubah nama menjadi *Global Inn* di Bandung). Pasar Bersangkutan dapat diperdebatkan apakah *Global Inn* sebagai produk dari pasar bersangkutan ataukah kamar hotel yang menjadi produk pasar bersangkutan. Penentuan *Global Inn* sebagai produk Pasar Bersangkutan akan menghasilkan dominasi pasar/pangsa pasar/*contestability* yang berbeda apabila produk Pasar Bersangkutan yang ditentukan adalah kamar hotel. Selanjutnya dalam wilayah pasar, bisa diperdebatkan apakah mencakup wilayah Jakarta dan Jawa Barat saja, atau seluruh pulau Jawa ataukah seluruh wilayah Indonesia.

- Merek dan generiknya

Apabila 2 (dua) produsen air minum mineral dalam kemasan di Jakarta melakukan penggabungan sehingga mengakibatkan penguasaan pasarnya bertambah dan dikhawatirkan dapat mengancam terjadinya praktek monopoli, maka terjadi dua kemungkinan. Kemungkinan pertama adalah memang terjadi kenaikan konsentrasi pasar air minum mineral secara signifikan di Jakarta apabila produk Pasar Bersangkutan adalah air minum mineral. Kemungkinan kedua adalah sama sekali tidak ada kenaikan konsentrasi pasar apabila produk

⁹ A Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy, The World Bank and OECD, 1998.

Pasar Bersangkutan adalah air minum biasa, karena air minum isi ulang akan dihitung sebagai bagian dari Pasar Bersangkutan dan tidak lebih berpengaruh lagi apabila air PAM yang diedarkan dalam gerobak dorong juga dihitung sebagai bagian dari Pasar Bersangkutan.

- Karakteristik fisik atau fungsi pemanfaatannya oleh konsumen akhir.

Contoh kasus simulasi ini adalah misalnya perusahaan industri sepatu "Neki" di Surabaya yang mengkhususkan memproduksi dan menjual sepatu terbuat dari kanvas dan yang pada umumnya dipergunakan untuk berolahraga. Karena ingin meluaskan usaha, perusahaan tersebut membeli perusahaan industri sepatu "Bali", yaitu suatu pabrik sepatu di Denpasar yang selain memproduksi sepatu olahraga juga memproduksi sepatu kulit asli dan sepatu kulit imitasi. Pertanyaan yang muncul adalah, apakah produk Pasar Bersangkutan dalam kasus pembelian pabrik sepatu Bali oleh pabrik Sepatu Neki ini adalah sepatu pada umumnya, atau sepatu olah raga? Apabila ditentukan produk Pasar Bersangkutannya adalah sepatu olah raga, mungkin sangat tampak posisi dominan sepatu Neki di Indonesia, namun apabila produk Pasar Bersangkutan adalah sepatu pada umumnya, maka sangat mungkin kasus pembelian pabrik sepatu tersebut tidak mengakibatkan posisi dominan.

- b. Diferensiasi produk berdasar proses pembuatan dan kepada siapa barang dan atau jasa dijual, yang dapat dianalisa lebih lanjut berdasar :

- Jalur distribusi

Penentuan produk Pasar Bersangkutan dapat juga ditentukan berdasar jalur distribusi hingga suatu barang sampai ke konsumen. Sebagai contoh misalnya apakah satu produk sabun mandi merek "Colibrita" yang dijual dengan menggunakan metode pemasaran secara konvensional yaitu dengan cara promosi, iklan, konsinyasi, tunai ke konsumen

akhir dapat dikategorikan sebagai satu kelompok dalam Pasar Bersangkutan yang sama dengan sabun mandi merek "Virginia" yang dijual dengan menggunakan metode *multi level marketing* atau *pyramid selling*?

- Penentuan oleh konsumen akhir

Penentuan produk Pasar Bersangkutan berdasar penentuan oleh konsumen dijumpai pada kasus lelang. Pada kasus ini, penjual menyediakan barang dan atau jasa sesuai spesifikasi yang diminta oleh konsumen. Seandainya, sebuah jaringan hotel "Continental" yang memiliki 18 hotel bintang 5 tersebar di Indonesia memesan ribuan set perangkat makan terdiri dari piring, gelas, sendok, garpu, pisau, cangkir dan sebagainya melalui lelang, maka dalam kasus "*bid rigging*" ini, bisa saja produk Pasar Bersangkutan dalam artian sempit, yaitu hanya piring, gelas, cangkir, sendok, garpu, pisau dengan desain dan logo sesuai pesanan hotel "Continental" atau piring, gelas, cangkir biasa seperti lazimnya yang diproduksi oleh kebanyakan pabrikan.

- Dijual secara per kelompok.

Penentuan produk Pasar Bersangkutan dijual secara kelompok dijumpai pada kasus misalnya pada berbagai produk perbankan yang ditawarkan. Produk Pasar Bersangkutan suatu Bank bisa seluruh produk perbankan secara paket, namun bisa saja produk tersebut terurai satu persatu seperti tabungan biasa, deposito, tabungan biasa yang dilengkapi dengan asuransi, tabungan yang dilengkapi dengan investasi dana pensiun, tabungan yang dilengkapi dengan jaminan bea siswa dan sebagainya.

Merger dan Akuisisi

Penggabungan, peleburan dan pengalihan saham atau merger dan akuisisi yang selanjutnya cukup disingkat dengan M&A saja merupakan salah satu bahasan pokok dalam hukum persaingan.

M&A yang telah terjadi pada umumnya tidak dikategorikan sebagai tindakan anti persaingan. Namun demikian, M&A selalu akan mengakibatkan bertambahnya pangsa pasar oleh pelaku usaha yang melakukan M&A dan terkadang mengakibatkan posisi dominan. Yang dipermasalahkan adalah pelaku usaha yang melakukan M&A dan karena M&A tersebut mereka memiliki posisi dominan dan kemudian mereka melakukan penyalahgunaan atas posisi dominan yang dimilikinya. Penyalahgunaan posisi dominan inilah yang selalu dikategorikan sebagai tindakan anti persaingan.

Hukum nasional Indonesia yang mengatur mengenai persaingan yaitu Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat juga mengatur M&A dan penyalahgunaan posisi dominan. Undang-undang tersebut dengan segala kelebihan dan kekurangannya telah mengamankan dua Peraturan Pemerintah mengenai M&A. Pasal 28 (3) menyatakan bahwa ketentuan lebih lanjut mengenai penggabungan atau peleburan badan usaha dan ketentuan mengenai pengambilalihan saham yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat diatur dalam Peraturan Pemerintah. Selanjutnya, dalam Pasal 29 (2) diamanatkan bahwa penetapan nilai aset dan atau nilai penjualan yang melebihi jumlah tertentu dan wajib dilaporkan kepada KPPU serta tata cara pemberitahuannya diatur dalam Peraturan Pemerintah. Secara singkat, Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 mengamankan dua hal pokok yang harus diatur dalam Peraturan Pemerintah, yaitu:

1. M&A yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat.
2. Penetapan nilai aset dan atau nilai penjualan tertentu dan yang wajib dilaporkan kepada KPPU serta tata cara pemberitahuannya.

Untuk menyusun Peraturan Pemerintah yang mengatur tata cara pemberitahuan atau pelaporan serta penetapan nilai aset dan atau nilai penjualan dalam Peraturan Pemerintah, tidak terlalu sulit. Kesulitan akan dihadapi apabila pemerintah akan menyusun

ketentuan mengenai M&A yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat karena dalam ketentuan tersebut sekurang-kurangnya harus mengatur:

1. Konsentrasi Pasar dan Pangsa pasar
2. *Contestability*
3. Kriteria M&A yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat. Kriteria ini harus bisa memberikan arahan gambaran mengenai kondisi ancaman atau "threat" terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat. Dengan kata lain, KPPU berhak menjatuhkan sanksi sesuai pasal 47 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 dengan tidak perlu menunggu sampai terbukti terjadi praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat, cukup apabila terbukti adanya indikasi bahwa praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat akan terjadi atas adanya M&A. Interpretasi ini diambil dari kalimat "yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat".

Konsentrasi pasar berfungsi untuk menunjukkan berapa banyak pelaku usaha di satu jangkauan wilayah pasar dan berapa banyak mereka masing-masing menguasai pangsa pasar. Untuk menentukan apakah suatu pasar terkonsentrasi atau tidak, sedikitnya di Amerika Serikat ada dua metode atau cara analisa, yaitu CR4 dan HHI. CR 4 atau *Concentration Ratio 4* yaitu analisa yang merefleksikan pangsa pasar 4 (empat) perusahaan terbesar. Adapun *Herfindhal-Hirschman Index* atau HHI merefleksikan selain pangsa pasar 4 (empat) perusahaan terbesar, juga perusahaan lain di luar empat perusahaan terbesar tersebut. Berdasar analisa HHI tersebut, penghitungan konsentrasi pasar dihitung dari jumlah pengkuadratan pangsa pasar semua perusahaan sehingga menghasilkan sejumlah angka tertentu.

Analisa HHI menghasilkan 3 (tiga) kemungkinan mengenai kondisi atau tingkat konsentrasi suatu pasar. Apabila purna M&A menghasilkan HHI kurang atau di bawah 1000, maka disimpulkan bahwa pasar tidak terkonsentrasi, artinya persaingan ketat masih

ada. Apabila purna merger menghasilkan HHI antara 1000 hingga 1800, dapat disimpulkan bahwa telah terjadi suatu konsentrasi pasar secara moderat. Dalam perjalanan analisa purna M&A lanjutan, apabila terjadi kenaikan HHI, tapi kenaikan tersebut masih di bawah angka 100, pasar masih dapat dikategorikan belum mengakibatkan konsentrasi pasar yang perlu dikhawatirkan, namun demikian apabila terjadi kenaikan HHI lebih dari 100, perlu diwaspadai bahwa konsentrasi pasar secara moderate tersebut mungkin mengakibatkan terganggunya persaingan. Selanjutnya, apabila purna merger menghasilkan HHI lebih dari 1800, tidak diragukan lagi, telah terjadi konsentrasi pasar.

Permasalahan lebih lanjut dalam mengatur ketentuan mengenai M&A adalah sanksi dan pelaporan. Sanksi sebagai pelanggaran terhadap M&A tentu berbeda-beda tergantung kondisi sosiologis di masing-masing negara dan apabila ditelusuri lebih lanjut, sanksi terhadap pelanggaran tersebut di Indonesia sangat menarik untuk dikaji. Sesuai Pasal 47 Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999, sanksi berupa tindakan administrative dapat dijatuhkan oleh KPPU apabila terbukti bahwa M&A yang dilakukan dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat. Sanksi tindakan administrative tersebut adalah penetapan pembatalan atas M&A.¹⁰ Bagaimana jika pelaku usaha keberatan atas putusan KPPU? Pelaku usaha dapat mengajukan keberatan kepada Pengadilan Negeri selambat-lambatnya 14 (empatbelas) hari setelah menerima pemberitahuan putusan tersebut. Putusan Pengadilan Negeri dapat membatalkan putusan KPPU atau memperkuat putusan KPPU. Apabila putusan Pengadilan Negeri adalah memperkuat putusan KPPU, kemungkinan masih ada tambahan hukuman lain yang akan diputuskan Pengadilan Negeri, yaitu:

- a. Pidana denda serendah-rendahnya Rp 25 miliar dan setinggi-tingginya Rp 100 miliar¹¹

¹⁰ Pasal 47 (2) huruf c Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

¹¹ Pasal 48 (1) Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999

- b. Penghentian kegiatan atau tindakan tertentu yang menyebabkan timbulnya kerugian pada pihak lain¹²

Pelaporan mengenai M&A diatur bahwa hanya M&A yang berakibat nilai asset dan atau nilai penjualannya melebihi jumlah tertentu saja yang wajib dilaporkan. Selanjutnya, wajib lapor tersebut dilakukan selambat-lambatnya 30 (tigapuluh) hari sejak tanggal M&A. Ketentuan ini berbeda dengan ketentuan M&A di berbagai negara yang pada umumnya menganut prinsip *pre-merger notification*. Prinsip *post-merger notification* di Indonesia dilatarbelakangi oleh kekhawatiran penyusun undang-undang bahwa *pre-merger notification* akan digunakan oleh KPPU sebagai semacam mekanisme perijinan, sehingga mereka memilih mekanisme *post-merger notification* walaupun pilihan tersebut sedikit menyulitkan apabila dikaitkan dengan sanksi administratif yaitu berupa penetapan pembatalan atas M&A. Inilah salah satu kesulitan dalam penyusunan Rancangan Peraturan Pemerintah tentang M&A yang dikhawatirkan oleh rapat interdep penyusunan RPP tersebut. Tim interdep khawatir bahwa M&A yang telah dinotifikasikan ke KPPU, nantinya akan dipermasalahkan KPPU. Sulit dibayangkan bahwa M&A yang telah dilakukan selama 3 (tiga) tahun yang lalu dan perusahaan hasil M&A telah banyak melakukan transaksi dengan berbagai prestasi yang wajib dilakukan, ternyata dibatalkan M&A-nya oleh KPPU.

Hal-hal yang perlu dilaporkan termasuk informasi mengenai administrasi keuangan dan transaksi perusahaan yang melakukan M&A perlu dipersiapkan secara rinci oleh pemerintah sehingga nantinya bahan tersebut memudahkan KPPU dalam menganalisa M&A. Sekurang-kurangnya harus ada 4 (empat) macam informasi yang diwajibkan harus dilaporkan, yaitu identifikasi para pihak, transaksi yang dilakukan oleh perusahaan M&A, operasi pelaksanaan bisnis di luar negeri oleh perusahaan M&A, dan identifikasi pasar yang memungkinkan terjadinya pengaruh terhadap hambatan perdagangan baik yang bersifat horizontal dan vertikal.

¹² Pasal 49 huruf c Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999.

Identifikasi para pihak harus bisa mengungkapkan selengkap mungkin eksistensi para pihak dalam M&A. Dengan demikian, dalam formulir notifikasi setidaknya ada pertanyaan yang wajib diisi mengenai alamat domisili dan alamat yang dapat dihubungi, pengurus perusahaan, termasuk identifikasi dan alamat pengurus perusahaan, kepemilikan perusahaan dan saham juga penting karena merupakan indikasi siapa yang mengontrol perusahaan, aset kekayaan dan nilai penjualan masing-masing perusahaan yang terkait dengan M&A, termasuk kekayaan dalam bentuk uang tunai, tanah, *property*, securitas, pabrik, *inventory*, hak kekayaan intelektual dan benda-benda lain yang memiliki nilai ekonomis. Perlu juga kolom pertanyaan mengenai maksud dan tujuan pendirian perusahaan agar lebih jelas mengetahui identifikasi perusahaan.

Informasi mengenai transaksi yang dilakukan oleh perusahaan sangat penting diketahui, sehingga harus ada serangkaian pertanyaan yang mengarah untuk memperoleh informasi tersebut. Informasi dapat digali dari pertanyaan-pertanyaan yang menyangkut jangka waktu yang diperlukan sampai M&A selesai tuntas, bentuk-bentuk transaksi termasuk apakah melalui tender atau penunjukan langsung, kepemilikan saham dan apakah perusahaan tersebut merupakan perusahaan yang sahamnya sudah *go public*, dan wilayah pemasaran perusahaan. Informasi mengenai operasi pelaksanaan bisnis di luar negeri oleh perusahaan M&A dapat tergali melalui pertanyaan-pertanyaan seperti klasifikasi usaha dan skala usaha. Pertanyaan yang menyangkut kondisi keuangan atau akutansi perusahaan tersebut juga penting, termasuk *business line* perusahaan. Informasi mengenai identifikasi pasar yang memungkinkan terjadinya pengaruh terhadap hambatan perdagangan baik yang bersifat horisontal dan vertikal dapat digali melalui pertanyaan-pertanyaan seperti perusahaan-perusahaan yang paling banyak melakukan bisnis dan pengurus maupun pemilik perusahaan tersebut. Jawaban pertanyaan semacam itu akan mengindikasikan apakah ada hubungan kepemilikan atau hubungan bisnis baik bersifat horisontal maupun vertikal. Agar supaya perusahaan bersedia menyampaikan data dan informasi, KPPU

harus bisa menjamin bahwa data yang disampaikan akan diperlakukan sebagai data rahasia yang tidak boleh dipublikasikan, dan sebagian lagi merupakan data umum yang harus bisa dikategorikan sebagai bukan rahasia, sebagai jaminan adanya keterbukaan dan transparansi dalam pemeriksaan kasus.

Sekalipun undang-undang secara formal hanya memerlukan dua Peraturan Pemerintah¹³ dan satu Keputusan Presiden, tidak bisa dihindari harus disusun suatu "*guideline/directive*" dalam bentuk keputusan Ketua KPPU yang sedikitnya berupa :

1. Petunjuk pelaksanaan pasal per pasal Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 yang memang memerlukan elaborasi lebih rinci
2. Prosedur penanganan perkara di depan KPPU.

Kebutuhan mengenai perlunya perlunya "*guideline*" dalam bentuk keputusan Ketua KPPU karena masih terdapat beberapa pengertian dan pasal yang belum begitu jelas dan sangat mudah diinterpretasikan secara luas oleh pelaku usaha, praktisi hukum maupun anggota KPPU beserta stafnya.¹⁴

Beberapa masalah yang perlu diberi elaborasi lebih rinci antara lain:

- Perjanjian sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 angka 7 selain mencakup perjanjian tertulis dan lisan, apakah tindakan bersama tanpa ada kesepakatan atau lebih dikenal dengan istilah "*concerted action*" masuk dalam kelompok perjanjian?
- Pasar Bersangkutan sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 angka 10 perlu diperjelas, khususnya mengenai klasifikasi dalam menentukan produk pasar berikut substitusinya serta

¹³ Secara hukum diamanatkan 2 (dua) Peraturan Pemerintah, namun substansi 2 (dua) Peraturan Pemerintah tersebut cukup dimuat dalam 1 (satu) Peraturan Pemerintah saja.

¹⁴ Pedoman atau *guideline* ini merupakan sesuatu yang mengundang debat. Sementara pihak berpendapat bahwa pedoman yang dikeluarkan KPPU tidak sah karena tidak diamanatkan oleh undang-undang dan ada kekhawatiran bahwa KPPU akan memperluas atau mempersempit cakupan pasal-pasal dalam UU Nomor 5 Tahun 1999. Sebagai gantinya, pemerintah harus menyempurnakan UU No. 5 Tahun 1999 dengan UU yang lebih lengkap.

wilayah pasar.

- Diskriminasi harga sebagaimana dimaksud dalam Pasal 6 apakah hanya mencakup perjanjian horizontal, vertikal atau malah kedua-duanya?
- Klasifikasi penetapan harga dibawah harga pasar sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 yang dihubungkan dengan pengertian harga pasar sebagaimana dimaksud dalam Pasal 1 angka 14.
- Petunjuk pelaksanaan mengenai penggabungan, peleburan badan usaha dan pengambilalihan saham perusahaan (merger dan akuisisi).

Penyusun undang-undang tampaknya dikejar waktu yang sangat “mepet”, sehingga ruang pengaturan M&A yang dapat mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat ini diserahkan diatur dalam Peraturan Pemerintah. Ketentuan apa yang akan masuk dalam substansi Peraturan Pemerintah ini tentunya akan mengacu pada ketentuan M&A yang berstandar internasional. Ketentuan M&A di negara-negara lain pada umumnya juga sederhana, namun ketentuan itu diperjelas secara rinci di “*merger guideline*”. Sekalipun demikian, tetap terbuka terjadinya debat penafsiran khususnya pada issue mengenai:

- *Relevant market* atau pasar bersangkutan.
- Kerugian pada pihak lain.
- Terganggunya persaingan atau “*lessening competition*”.

Merger Boeing-MDC

Untuk melengkapi ulasan mengenai M&A, akan disinggung di bawah ini kasus “*mega-merger*” yang terkenal yaitu merger antara Boeing dengan Mc Donald Douglas (MDC) yang digugat oleh Komisi Eropa. Boeing dan MDC, dua-duanya merupakan perusahaan AS yang sahamnya diperdagangkan di bursa. Apabila Boeing memiliki dua bidang usaha utama yaitu industri pesawat komersial dan industri pertahanan serta ruang angkasa, maka MDC memiliki empat bidang usaha utama yaitu ruang angkasa dan sistem

elektronik, pesawat komersial, pesawat militer dan keempat adalah jasa keuangan. Kedua perusahaan tersebut menandatangani perjanjian tertanggal 16 Desember 1996 yang intinya adalah bahwa MDC sepenuhnya dibawah pengelolaan Boeing.

Mega merger antara kedua perusahaan itu tentu saja membuat “gerah” industri penerbangan Uni Eropa dengan Air Bus sebagai “*leading company*-nya” dan karenanya Uni Eropa dengan langkah pasti mengajukan kasus mega merger ini ke depan Komisi Persaingan Uni Eropa di Brussel. Kewenangan Uni Eropa untuk mengajukan kasus merger yang sebetulnya terjadi jauh di kawasan yurisdiksi Uni Eropa sendiri dimungkinkan karena ada perjanjian antara Uni Eropa dengan pemerintah Amerika Serikat mengenai penerapan hukum persaingan. Sebelum kasus ini bergulir secara resmi, tentu saja pemerintah AS telah pasang kuda-kuda terlebih dahulu dengan menyatakan kepada Komisi Eropa bahwa pembatalan merger yang telah terjadi antara Boeing-MDC akan:

- Membahayakan kepentingan pertahanan AS.
- Melanjutkan kondisi inefisiensi di kedua perusahaan tersebut.
- Menciptakan tindakan anti persaingan , khususnya pada usaha jasa pelayanan purna jual pesawat-pesawat produk MDC.

Isu pertama yang dikejar oleh Komisi Persaingan Eropa tentu saja adalah *relevant market* atau Pasar Bersangkutan yang terdiri dari produk dan wilayah pasar. Setelah melalui diskusi dan debat yang sangat aktif, Komisi menentukan bahwa produk untuk kasus merger ini adalah **pesawat jet berbadan lebar dalam kondisi baru**. Dengan demikian, pesawat jet berbadan kecil maupun sedang dan pesawat baling-baling tidak termasuk dalam kategori kelompok *relevant market*. Termasuk dikeluarkan dari kelompok *relevant market* ini adalah pesawat jet berbadan lebar produksi Eropa Timur (*Ilyushin*) dan pesawat jet berbadan lebar dalam kondisi bukan baru yang masih laik terbang dan masih diperjualbelikan. Untuk wilayah, Komisi menentukan dunia internasional sebagai wilayah pasar. Dengan penentuan produk dan wilayah pasar ini, disimpulkan ada 3

(tiga) pesaing yaitu Boeing, Airbus dan MDC dengan rincian pangsa pasarnya adalah sebagai berikut:

Perusahaan	Kondisi 31 Des 1996	Kondisi Rata ² '87 ~ '96
1. Boeing	64%	61%
2. Airbus	30%	27%
3. MDC	6%	12%

Mega merger antara Boeing-MDC tidak pelak lagi tentu memperkuat posisi dominan Boeing dengan pangsa pasarnya yang menjadi 70% sehingga memungkinkan Boeing melakukan "abuse of dominant power" atau penyalahgunaan posisi dominan. Praktek penyalahgunaan posisi dominan inilah sebenarnya yang potensial merugikan Airbus ketimbang merger itu sendiri dan ternyata setidaknya Boeing memang telah melakukan perjanjian eksklusif (*exclusive dealing*) dengan 3 (tiga) maskapai penerbangan terkemuka di Amerika Serikat yaitu:

1. *American Airlines* setuju untuk melakukan 103 pembelian (*firm order*) hanya dari Boeing hingga tahun 2018 dengan potongan harga yang bersifat *retroactive*. *Exclusive dealing* ini bahkan bisa diperpanjang untuk 20 tahun periode berikutnya dengan jumlah pesawat yang lebih banyak lagi.
2. *Delta Airlines* setuju untuk memperpanjang *exclusive dealing* selama ini dan memutuskan melakukan 106 firm order hingga tahun 2006.
3. *Continental Airlines* setuju melakukan 35 firm orders.

Akhir kasus ini bisa dibilang merupakan win-win solution karena Komisi Eropa memutuskan bahwa mega merger Boeing-MDC dapat berlangsung atau diteruskan. Keputusan semacam ini tidak lepas dari beberapa komitmen kunci Boeing kepada Komisi Eropa yaitu antara lain:

- Selama jangka waktu 10 tahun, Boeing tetap membiarkan *Douglas Aircraft Company (DAC)*, anak perusahaan MDC, sebagai badan hukum yang terpisah.
- Boeing tidak akan melaksanakan hak eksklusifnya atas perjanjiannya dengan *American, Delta dan Continental Airlines*.
- Boeing tidak akan membuat perjanjian eksklusif tambahan hingga 1 Agustus 2007.
- Boeing akan melisensikan paten yang dimiliki.
- Boeing akan melakukan transparansi dalam proyek-proyek yang berkaitan dengan Litbang.

Salah satu hal menarik dalam argumentasi Boeing yang pada akhirnya digunakan sebagai salah satu pertimbangan Komisi Persaingan Uni Eropa dalam memutuskan kasus merger ini adalah bahwa Boeing tidak hanya menghadapi pesaing nyata yang datang dari Airbus, tetapi juga potensial kompetitor dalam industri pesawat terbang yaitu Rusia, India dan negara-negara Timur Jauh yang terdiri dari China, Jepang, Korea Selatan dan Indonesia.

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat sebagai undang-undang usul inisiatif pertama DPR-RI telah nyaris berusia satu tahun. Pembuat undang-undang bermaksud agar substansi hukum persaingan di Indonesia secara tuntas selesai dalam undang-undang saja, sehingga dihindari amanat sebanyak mungkin untuk menyusun Peraturan Pemerintah dan peraturan pelaksanaan lainnya yang berdasar pengalaman terkadang ketentuan itu sangat terlambat muncul dan bahkan pada beberapa kasus, ketentuan pelaksana itu sama sekali tidak pernah diterbitkan.

Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 hanya memerlukan satu Peraturan Pemerintah mengenai merger dan akuisisi yang dapat mengakibatkan praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat berikut kewajiban melapor mengenai telah terjadinya merger dan satu Keputusan Presiden mengenai Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU), yaitu suatu lembaga yang diharapkan benar-benar mampu mandiri dan mampu menerapkan atau melaksanakan pengawasan terhadap praktek monopoli dan persaingan usaha di Indonesia.

Referensi:

1. Commission Decision of 30 July 1997, declaring a concentration compatible with the common market and the functioning of the EEA Agreement (Case No. IV/M.877-Boeing/McDonnell Douglas).
2. Horizontal Merger Guidelines, US Department of Justice and the Federal Trade Commission, April 1997.
3. Hassan Qaqaya, Chief, Competition Law and Policy and Consumer Protection Section, UNCTAD, Introduction to Competition Policy and Restrictive Business Practices, National Workshop held by UNCTAD.
4. James A. Keyte, Market Definition and Differentiated Products: The Need for a Workable Standard.
5. Laporan Hasil Konperensi Tingkat Menteri (KTM) V WTO, 10-14 September 2003 di Cancun, Mexico.
6. Provision on Hardcore Cartel, Background Note by Secretariat of WTO, WT/WGTCP/W/191 dated on June 20, 2002.
7. Report on Notification of Transnational Mergers, Note by Secretariat of OECD, DAF/CLP/(99)2/FINAL, Pebruari 1999.

8. Report (2002) of the Working Group on the Interaction between Trade and Competition Policy to the General Council.
9. Undang-Undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat.

