



UNIVERSITAS INDONESIA

**PENGATURAN MERGER ASING YANG DAPAT
MENGAKIBATKAN PERSAINGAN USAHA TIDAK SEHAT**

TESIS

**BERLA WAHYU PRATAMA
1006736425**

**FAKULTAS HUKUM
PROGRAM STUDI PASCA SARJANA
JAKARTA
JUNI 2012**



UNIVERSITAS INDONESIA

**PENGATURAN MERGER ASING YANG DAPAT
MENGAKIBATKAN PERSAINGAN USAHA TIDAK SEHAT**

TESIS

Diajukan sebagai salah satu syarat untuk memperoleh gelar Magister Hukum

**BERLA WAHYU PRATAMA
1006736425**


**FAKULTAS HUKUM
PROGRAM STUDI PASCA SARJANA
KEKHUSUSAN HUKUM EKONOMI
JAKARTA
JUNI 2012**

HALAMAN PERNYATAAN ORISINALITAS

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

Nama : Berla Wahyu Pratama

NPM : 1006736425

Tanda tangan : 

Tanggal : 25 Juni 2012

HALAMAN PENGESAHAN

Tesis ini diajukan oleh :

Nama : Berla Wahyu Pratama
NPM : 1006736425
Program Studi : Ilmu Hukum
Judul Tesis : Pengaturan Merger Asing yang dapat Mengakibatkan
Persaingan Usaha Tidak Sehat

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

DEWAN PENGUJI

Pembimbing : Dr. Anna Maria Tri Anggraini, SH., MH.

Penguji : Dr. Tri Hayati, SH., MH.

Penguji : Kurnia Toha, SH., LL.M., Ph.D.

Ditetapkan di : Jakarta

Tanggal : 25 Juni 2012

KATA PENGANTAR

Puji Syukur saya panjatkan kepada Tuhan Yang Maha Esa, atas segala rahmat, ridho dan hidayah – Nya yang telah diberikan kepada penulis, sehingga penulis dapat menyelesaikan penyusunan tesis ini. Penulisan tesis ini dilakukan dalam rangka memenuhi salah satu syarat untuk memperoleh gelar Magister Hukum pada Fakultas Hukum Universitas Indonesia. Saya menyadari bahwa tanpa bantuan berbagai pihak, dari masa perkuliahan sampai pada penyusunan tesis ini, sangatlah sulit bagi saya untuk menyelesaikan tesis ini. Oleh karena itu kepada segenap pihak yang telah memberikan bantuannya yang berupa material maupun immaterial secara langsung maupun tidak langsung, maka penulis tak lupa mengucapkan terima kasih kepada:

1. Ibu Dr. A.M. Tri Anggraini, SH., MH., selaku pembimbing yang telah menyediakan waktu, tenaga dan pikiran untuk mengarahkan saya dalam penyusunan tesis ini;
2. Ibu Dr. Tri Hayati, SH., MH., dan Bapak Kurnia Toha, SH., LL.M., Ph.D., selaku Dewan Penguji yang telah memberikan kritik, saran dan masukan yang sangat berguna untuk menyempurnakan tesis ini;
3. Sekretariat Program Pascasarjana Fakultas Hukum yang telah memberikan bantuan selama saya menempuh masa perkuliahan;
4. Komisi Pengawas Persaingan Usaha yang telah memberikan kesempatan serta bantuan untuk menempuh studi di Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia;
5. Biro Merger Komisi Pengawas Persaingan Usaha yang telah memberikan bantuan data-data dan informasi yang diperlukan selama penulisan tesis ini;
6. Mohammad Reza, SH., MH. dan Farid Fauzi Nasution, SH., LL.M., yang telah memberikan masukan dan pandangan yang sangat membantu dalam menyelesaikan penulisan tesis ini;
7. Asnaini Sya'rani, Spi., selaku orang tua dari penulis dan Prof. Dr. H. Lachmuddin Sya'rani beserta keluarga besar Sya'rani yang tidak bisa penulis

sebutkan satu-persatu, yang telah dengan sabar mendampingi penulis dan telah memberikan segala bantuan serta semangat kepada penulis;

8. Marsianda, SH., LL.M. dan Sigit Suryantoro Widiyanto, S.Sos. yang telah dengan sabar memberikan segala bantuan, dukungan serta semangat dalam menuntut ilmu kepada penulis selama ini dan memungkinkan terselesaikannya penulisan tesis ini;
9. Rekan-rekan Magister Hukum angkatan 2010 atas persahabatan yang tidak akan terlupakan;
10. Semua pihak yang tidak dapat saya sebutkan satu per satu, yang telah memberikan dukungan dan bantuan dalam penyelesaian tesis ini.

Akhir kata penulis mengakui bahwa penulisan tesis ini jauh dari sempurna dan bila terdapat kekurangan dalam tesis ini hal tersebut merupakan kelemahan dari penulis, sedangkan bila terdapat kelebihan hal tersebut bukanlah dari pihak penulis melainkan anugerah dari Tuhan Yang Maha Esa. Saya berharap Tuhan Yang Maha Esa berkenan membalas kebaikan semua pihak yang telah membantu. Penulis berharap semoga tesis ini dapat bermanfaat bagi pengembangan ilmu pengetahuan.

Jakarta, 25 Juni 2012

Penulis

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

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

Nama : Berla Wahyu Pratama
NPM : 1006736425
Program Studi : Ilmu Hukum
Fakultas : Hukum
Jenis Karya : Tesis

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

**Pengaturan Merger Asing yang dapat Mengakibatkan
Persaingan Usaha Tidak Sehat**

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

Demikian pernyataan ini saya buat dengan sebenarnya.

Dibuat di : Jakarta

Pada tanggal : 25 Juni 2012

Yang menyatakan,



(Berla Wahyu Pratama)

ABSTRAK

Nama : Berla Wahyu Pratama
Program Studi : Ilmu Hukum
Judul : Pengaturan Merger Asing yang dapat Mengakibatkan Persaingan Usaha Tidak Sehat

Di era globalisasi, Merger tidak hanya dilakukan antar perusahaan lokal saja tetapi juga dapat melibatkan perusahaan asing. Merger Asing yang dilakukan di luar yurisdiksi wilayah Indonesia juga dapat berpengaruh terhadap persaingan di pasar Indonesia, sehingga perlu diatur. Tesis ini membahas mengenai bagaimana pengaturan Merger Asing yang dapat mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat serta kendala yang dihadapi oleh Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) dalam mengatur Merger Asing tersebut. Batasan Merger Asing diatur secara eksplisit dalam Peraturan KPPU No. 10 Tahun 2011 tentang Pedoman Pelaksanaan tentang Penggabungan atau Peleburan Badan Usaha dan Pengambilalihan Saham Perusahaan yang dapat Mengakibatkan Terjadinya Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Peraturan KPPU tersebut menjelaskan Merger Asing yang wajib melakukan notifikasi kepada KPPU, adalah: i) Merger dilakukan di luar yurisdiksi Indonesia; ii) berdampak langsung pada pasar Indonesia; iii) Merger memenuhi batasan nilai; dan iv) Merger antar perusahaan yang tidak terafiliasi. Dalam mengatur dan mengawasi Merger Asing, KPPU menghadapi beberapa kendala, namun yang terberat adalah terkait dengan penegakan hukum. Hal ini menjadi kendala karena Merger tersebut dilakukan di luar yurisdiksi wilayah Indonesia, sehingga KPPU tidak dapat memaksa perusahaan asing tersebut untuk tunduk dan patuh kepada KPPU. Untuk mengantisipasi permasalahan tersebut, KPPU harus melakukan kerjasama baik dengan lembaga persaingan di negara lain, maupun lembaga pemerintah lainnya di Indonesia.

Kata kunci : persaingan usaha, merger asing.

ABSTRACT

Name : Berla Wahyu Pratama
Study Program : Law
Title : Regulating Foreign Merger which may Cause Unfair Business Competition

In the era of globalization, Merger is not only conducted by and between national companies but also by and between foreign companies. Even though Foreign Merger is conducted outside Indonesian jurisdiction it could also affect the competition on Indonesian market and therefore should be regulated. On this perspective this thesis study on how to regulate Foreign Merger which may cause unfair business competition as well as the barriers faced by Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) in doing so. Foreign Merger is explicitly regulated and clearly stated on KPPU Regulation No. 10 Year 2011 regarding Guidelines on Merger or Consolidation and Acquisition Shares of Company which may Result in Monopolistic Practice and Unfair Business Competition. On the said Regulation, it is stated that Foreign Merger that should be notified to KPPU, namely: i) Merger conducted outside Indonesian jurisdiction; ii) Merger that has a direct impact on the Indonesian market; iii) Merger that meets threshold, and iv) Merger between unaffiliated companies. However KPPU faces some barriers on controlling and supervising the Foreign Merger with law enforcement as the hardest barrier. Foreign Merger is beyond the Indonesian jurisdiction, where KPPU is not able to force foreign companies to comply. To overcome that matter, KPPU should propose cooperation agreement with competition agencies in other countries, as well as other government agencies in Indonesia.

Key words : business competition, foreign merger.

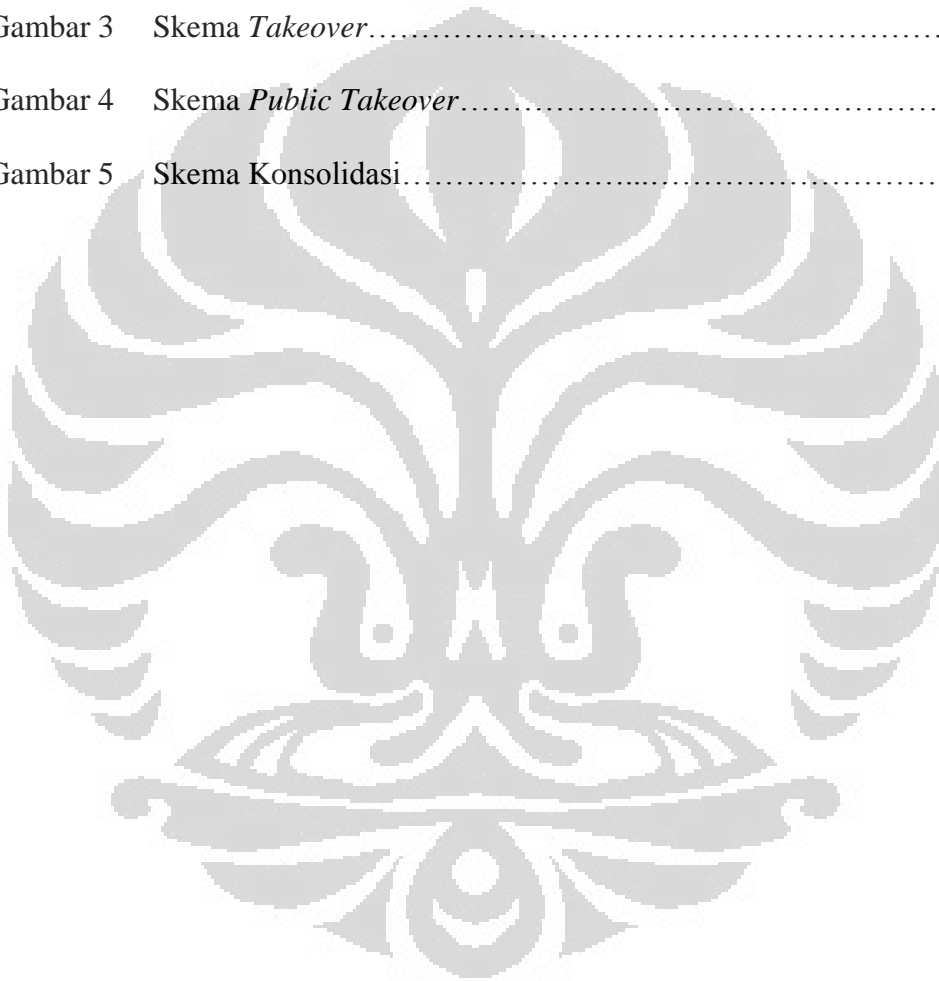
DAFTAR ISI

HALAMAN JUDUL.....	i
LEMBAR ORISINALITAS.....	ii
LEMBAR PENGESAHAN.....	iii
KATA PENGANTAR.....	iv
LEMBAR PERSETUJUAN PUBLIKASI KARYA ILMIAH.....	vi
ABSTRAK.....	vii
ABSTRACT.....	viii
DAFTAR ISI.....	ix
DAFTAR GAMBAR.....	xi
DAFTAR TABEL.....	xii
BAB 1 PENDAHULUAN.....	1
1.1. Latar Belakang.....	1
1.2. Perumusan Masalah.....	7
1.3. Tujuan Penelitian.....	8
1.4. Kerangka Teori.....	8
1.5. Kerangka Konsepsional.....	13
1.6. Metode Penelitian.....	15
1.6.1. Jenis atau Tipe Penelitian Hukum.....	15
1.6.2. Jenis Data.....	16
1.6.3. Teknik Pengumpulan Data.....	17
1.6.4. Metode Analisis Data.....	17
1.7. Sistematika Penelitian.....	17
BAB 2 PENGATURAN MERGER BERDASARKAN PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN DI INDONESIA.....	19
2.1. Pengertian Merger.....	19
2.2. Tujuan Dilakukan Merger.....	26
2.3. Bentuk-bentuk Merger.....	28
2.4. Pengaturan Merger Berdasarkan Peraturan Perundang-undangan di Indonesia.....	31
2.4.1. Periode Sebelum UU No. 1 Tahun 1995.....	31
2.4.2. Periode Setelah UU No. 1 Tahun 1995.....	33
2.5. Peraturan Perundang-undangan yang Mensyaratkan agar Memperhatikan Prinsip Persaingan Usaha yang Sehat dalam Merger.....	37
BAB 3 PENGATURAN MERGER ASING YANG DAPAT MENGAKIBATKAN PERSAINGAN USAHA TIDAK SEHAT.....	42
3.1. Pentingnya Pengaturan Merger Asing yang dapat Mengakibatkan Persaingan Usaha Tidak Sehat.....	42

3.2.	Lembaga Pengawas Merger Asing yang dapat Mengakibatkan Persaingan Usaha Tidak Sehat.....	47
3.3.	Pengaturan Merger Asing Berdasarkan Peraturan KPPU No. 10 Tahun 2011.....	49
3.3.1.	Post-evaluasi (Pemberitahuan).....	50
3.3.2.	Pra-evaluasi (Konsultasi).....	62
3.4.	Perkara Merger Asing yang Ditangani oleh KPPU.....	63
3.4.1.	Akuisisi <i>International Power Plc</i> oleh <i>GDF Suez SA</i> ...	63
3.4.2.	Akuisisi <i>Bucyrus Inc.</i> oleh <i>Caterpillar Inc.</i>	71
3.4.3.	Akuisisi <i>Eastern Star Resources Pty., Ltd.</i> oleh <i>Vale Austria Holdings Gmbh.</i>	76
3.5.	Kerjasama KPPU dengan Lembaga Lainnya Mengenai Pengaturan Merger Asing yang dapat Mengakibatkan Persaingan Usaha Tidak Sehat.....	81
BAB 4	KENDALA DALAM PENGATURAN MERGER ASING YANG DAPAT MENGAKIBATKAN PERSAINGAN USAHA TIDAK SEHAT.....	83
4.1.	Pengaturan Merger Asing di Beberapa Negara.....	83
4.1.1.	Uni Eropa.....	83
4.1.2.	Amerika Serikat.....	90
4.1.3.	Jepang.....	96
4.2.	Perkara Merger Asing di Beberapa Negara.....	101
4.2.1.	Merger antara <i>Boeing Company</i> dengan <i>McDonnell Douglas Corporation.</i>	101
4.2.2.	Akuisisi Saham <i>Guidant Corporation</i> oleh <i>Johnson & Johnson.</i>	106
4.3.	Kendala dalam Pengaturan Merger Asing yang dapat Mengakibatkan Persaingan Usaha Tidak Sehat.....	109
4.3.1.	Sistem Pengaturan Merger.....	109
4.3.2.	Peraturan Perundang-undangan.....	110
4.3.3.	Penegakan Hukum.....	111
4.3.4.	Upaya Hukum.....	116
BAB 5	PENUTUP.....	118
5.1.	Kesimpulan.....	118
5.2.	Saran.....	120
	DAFTAR REFERENSI.....	121

DAFTAR GAMBAR

Gambar 1	Skema Merger.....	21
Gambar 2	Skema Akuisisi Saham.....	23
Gambar 3	Skema <i>Takeover</i>	23
Gambar 4	Skema <i>Public Takeover</i>	24
Gambar 5	Skema Konsolidasi.....	25



DAFTAR TABEL

Tabel 1	Komposisi kepemilikan saham PT Pam Lyonnaise Jaya.....	65
Tabel 2	Nilai penjualan dan aset PT Pam Lyonnaise Jaya 3 (tiga) tahun terakhir (<i>audited</i>).....	65
Tabel 3	Komposisi kepemilikan saham PT Tirta Lyonnaise Medan.....	65
Tabel 4	Nilai penjualan dan aset PT Tirta Lyonnaise Medan 3 (tiga) tahun terakhir (<i>audited</i>).....	66
Tabel 5	Komposisi kepemilikan saham PT Sauh Bahtera Samudera.....	66
Tabel 6	Nilai penjualan dan aset PT Sauh Bahtera Samudera 3 (tiga) tahun terakhir (<i>audited</i>).....	66
Tabel 7	Komposisi kepemilikan saham GDF Suez Exploration Indonesia BV.....	66
Tabel 8	Komposisi kepemilikan saham PT Paiton Energy.....	67
Tabel 9	Nilai penjualan dan aset PT Payton Energy 3 (tiga) tahun terakhir (<i>audited</i>).....	67
Tabel 10	Komposisi kepemilikan saham PT International Power Mitsui Operation Maintenance Indonesia.....	67
Tabel 11	Nilai penjualan dan aset PT International Power Mitsui Operation Maintenance Indonesia 3 (tiga) tahun terakhir (<i>audited</i>).....	68
Tabel 12	Produk Caterpillar.....	74
Tabel 13	Pangsa pasar industri <i>mining truck</i> di Indonesia.....	75
Tabel 14	Nilai HHI industri <i>mining truck</i> di Indonesia.....	75
Tabel 15	Hasil Produksi <i>Vale Austria Holdings GmbH</i>	79
Tabel 16	10 Perusahaan Penerbangan Terbaik Dunia.....	103

BAB 1

PENDAHULUAN

1.1. Latar Belakang

Merger dan akuisisi menjadi *trend* dalam suatu grup usaha konglomerat yang ingin memperluas jaringan usahanya. Terutama bagi kelompok usaha yang ingin berkembang cepat dalam waktu yang relatif singkat. Hal ini disebabkan dengan metode merger dan akuisisi ini, suatu kelompok usaha tidak perlu membesarkan suatu perusahaan dari kecil hingga menjadi besar tetapi cukup membeli perusahaan yang sudah besar atau sedang berjalan¹.

Merger, akuisisi dan konsolidasi, merupakan resapan dari bahasa asing dalam hal ini adalah bahasa Inggris. Dalam bahasa Indonesia, merger diartikan sebagai penggabungan, konsolidasi sebagai peleburan dan akuisisi sebagai pengambilalihan. Namun penggunaan kata “penggabungan”, “peleburan”, dan “pengambilalihan” nampaknya tidak sepopuler penggunaan kata “merger”, “konsolidasi” dan “akuisisi”, padahal dalam peraturan perundang-undangan, setidaknya dalam Undang-undang Nomor 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas² (“UU No. 1 Tahun 1995”), yang telah diganti dengan Undang-undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas³ (“UU No. 40 Tahun 2007”), serta Undang-undang No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat⁴ (“UU No. 5 Tahun 1999”), mempergunakan istilah “penggabungan”, “peleburan”, dan “pengambilalihan” daripada “merger”, “akuisisi”, dan “konsolidasi”.

Merger, akuisisi dan konsolidasi (untuk selanjutnya penyebutan “merger”, akuisisi” dan/atau “konsolidasi” akan disingkat menjadi “Merger” kecuali akan

¹ Munir Fuady, *Hukum Tentang Merger*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2008), hal. 1.

² Indonesia, *Undang-undang Perseroan Terbatas*, UU No. 1 Tahun 1995, LN No. 13 Tahun 1995, TLN No. 3587.

³Indonesia. *Undang-undang Tentang Perseroan Terbatas*. UU No. 40 Tahun 2007, LN No. 106 Tahun 2007, TLN No. 4756.

⁴ Indonesia. *Undang-undang Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, UU No. 5 Tahun 1995, LN No. 33 Tahun 1999, TLN No. 3817.

mengulas mengenai “akuisisi” atau “konsolidasi” secara spesifik) dapat diartikan sebagai “*the act or an instance of combining or uniting*”⁵. Selain itu, Merger juga dapat diartikan sebagai bentuk penggabungan perusahaan atau bergabungnya dua atau lebih pelaku usaha yang independen⁶ atau berintegrasinya kegiatan yang dilakukan oleh dua pelaku usaha secara menyeluruh dan permanen⁷.

Merger merupakan salah satu upaya yang dapat ditempuh oleh pelaku usaha untuk memaksimalkan keuntungan. Maksimalisasi keuntungan diharapkan dapat terjadi karena secara teori, tindakan Merger dapat menciptakan efisiensi sehingga mampu mengurangi biaya produksi perusahaan hasil Merger⁸. Dalam banyak hal pelaku usaha akan mengatakan bahwa motivasi utama untuk melakukan Merger adalah agar pelaku usaha tersebut menjadi efisien, karena Merger dapat meningkatkan kapasitas perusahaan, menekan biaya transportasi, mengganti manajer yang mempunyai kinerja buruk dengan manajer lain yang lebih baik yang tidak tersedia secara internal⁹.

Efisiensi diharapkan dapat tercipta karena perusahaan hasil Merger akan dapat mengeksploitasi skala ekonomi (*economic of scale*) dalam proses produksi. Skala ekonomi menjadi penting bila di dalam suatu pasar, biaya produksi yang diperlukan akan sangat tinggi dibandingkan dengan besarnya pasar. Merger juga akan meningkatkan efisiensi melalui marketing atau sentralisasi *research and development* karena dapat melayani jumlah unit yang lebih besar¹⁰.

Selain untuk alasan efisiensi, Merger juga merupakan salah satu bentuk pelaku usaha untuk keluar dari pasar atau bagi pelaku usaha kecil jika dianggap tidak ada lagi yang dapat dilakukan untuk meneruskan usahanya¹¹. Sehingga Merger juga dapat menjadi salah satu jalan keluar jika pelaku usaha mengalami

⁵ Bryan A. Garner, ed., et al., *Black's Law Dictionary*, 8th ed., (St. Paul: West Publishing, 1999), hal. 1009.

⁶ Alison Jones and Brenda Sufrin, *EC Competition Law, Text, Cases, and Materials*, (New York: Oxford University Press, 2004), hal. 847.

⁷ Ernest Gellhorn and William E. Kovacic, *Antitrust Law and Economics*, (St. Paul: West Publishing, 1994), hal. 348.

⁸ Andi Fahmi Lubis dan Ningrum Natasya Sirait (ed.), *Hukum Persaingan Usaha, Antara Teks & Konteks*, (Jakarta: Komisi Pengawas Persaingan Usaha dan *Deutsche Gesellschaft für Technische Zusammenarbeit*, GmbH., 2009), hal. 189.

⁹ Alison Jones and Brenda Sufrin, *op.cit.*, hal. 849.

¹⁰ *Ibid.*, hal. 848.

¹¹ *Ibid.*, hal. 849.

kesulitan likuiditas, sehingga kreditor, pemilik, dan karyawan dapat terlindungi dari kepailitan¹².

Merger juga menjadi jalan keluar bagi pelaku usaha dalam memenuhi peraturan pemerintah apabila masih ingin bertahan dalam pasar. Sebagai misal adanya program Arsitektur Perbankan Indonesia¹³ yang dijalankan oleh Bank Indonesia yang menginginkan peningkatan kecukupan rasio cadangan dari bank umum, membuat para pelaku usaha pemilik bank dihadapi 2 (dua) pilihan, yaitu menyuntikan dana tambahan atau melakukan Merger .

Secara historis, Merger mengalami beberapa tahapan perkembangan sejak awal kemunculannya. Di Amerika Serikat terdapat 4 (empat) periode aktivitas Merger yang dimulai pada tahun 1897. Keempat periode tersebut dikenal dengan istilah *Merger waves* (gelombang Merger) yang sifatnya berupa ‘siklus’¹⁴. Keempat fase gelombang Merger tersebut diklasifikasikan sebagai berikut¹⁵:

- a. Gelombang Merger pertama terjadi dalam rentang waktu tahun 1897 hingga tahun 1904, dimana terdapat delapan industri yang mengalami aktivitas Merger yang paling besar. Periode Merger ini disebut juga periode terjadinya monopoli yang besar;
- b. Gelombang Merger kedua terjadi dalam rentang waktu tahun 1916 hingga tahun 1929. Pada kurun waktu ini, banyak sekali terjadi struktur industri yang oligopolistik;
- c. Gelombang Merger ketiga terjadi dalam rentang waktu tahun 1965 hingga tahun 1969. Periode Merger ini disebut juga dengan periode Merger konglomerat (*conglomerate merger*);
- d. Gelombang Merger keempat terjadi dalam rentang waktu tahun 1981 hingga tahun 1989 dengan karakteristiknya yang unik, yaitu Merger secara paksa (*hostile merger*).

¹² *Ibid.*, hal. 848.

¹³ Bank Indonesia, Program Kegiatan API, <http://www.bi.go.id/NR/rdonlyres/2502404A-6622-46A4-9030-00CF3FC86A7A/1380/program.pdf/> diunduh tanggal 15 Oktober 2011.

¹⁴ Cornelius Simanjuntak, *Hukum Merger Perseroan Terbatas: Teori dan Praktek*, Cet. 1, (Bandung: Citra Aditya Bakti, 2004), hal. 9.

¹⁵ *Ibid.*, hal. 15.

Sejak tahun 1980-an di Amerika Serikat telah tercatat kira-kira terdapat 55.000 Merger. Nilai akuisisi selama dekade ini kira-kira US\$ 1,3 triliun. Meskipun angka tersebut mengesankan, dibandingkan dengan gelombang Merger yang terjadi pada awal 1990-an, jumlah itu menjadi kecil. Sejak tahun 1993 jumlah dan nilai merger dan akuisisi berkembang setiap tahunnya. Misalnya, pada tahun 1997 terjadi sekitar 22.000 merger dan akuisisi, atau sekitar 40% dari total merger dan akuisisi yang terjadi selama dekade 1980-an. Yang lebih penting lagi, nilai merger dan akuisisi pada tahun 1997 tersebut mencapai US\$ 1,6 triliun. Dengan kata lain, nilai akuisisi yang diselesaikan pada tahun 1997 lebih besar US\$ 300 miliar daripada seluruh akuisisi selama era 1980-an. Menariknya tahun 1980-an sering disebut sebagai dekade Merger mania. 6.311 Merger domestik pada tahun 1993 bernilai total US\$ 234,5 miliar atau rata-rata US\$ 37,2 miliar, sedangkan Merger yang diumumkan pada tahun 1998 bernilai rata-rata US\$ 168,2 miliar yang berarti meningkat 352% dibandingkan nilai rata-rata Merger tahun 1993. Nilai Merger yang diumumkan pada tahun 1999 menembus angka US\$ 2,5 triliun, suatu bukti berlanjutnya trend Merger menanjak¹⁶.

Pada intinya terdapat beberapa alasan perusahaan melakukan Merger, yaitu sebagai berikut¹⁷:

- a. Untuk memperluas atau memasuki pasar dengan lebih mudah. Terkadang membeli perusahaan yang sudah ada seringkali lebih praktis dan lebih ekonomis dibandingkan mendirikan perusahaan baru, karena dapat menghemat biaya pelatihan, peningkatan kualitas manajemen, dan tidak perlu menciptakan saluran distribusi pemasaran baru;
- b. Untuk memperbaiki manajemen perseroan, sehingga dapat menciptakan *profitability* atau sebagai sarana seleksi manajer yang tidak kompeten. Memperkuat kualitas atau keahlian, atau menambah jumlah sumber daya dari perusahaan yang bersangkutan dengan sumber daya manusia dari perusahaan lain yang menjadi sasaran Merger;

¹⁶ Michael A. Hitt, Jeffrey S. Harrison, R. Duane Ireland, *Merger dan Akuisisi: Panduan Meraih Laba Bagi Para Pemegang Saham*, (Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2002), hal. 2.

¹⁷ Ayudha. D. Prayoga, *Persaingan Usaha dan Hukum yang Mengaturnya di Indonesia*, (Jakarta: ELIPS, 2000), hal. 114.

- c. Untuk memperoleh akses pada teknologi baru atau teknologi yang lebih baik, yang dimiliki oleh perusahaan yang menjadi sasaran Merger;
- d. Untuk memenuhi ambisius/program yang ditetapkan manajemen, karena seringkali manajemen penjualan berkehendak untuk menjadi bagian dari perusahaan yang lebih besar dengan produk yang lebih bervariasi dan mungkin lebih kuat;
- e. Untuk mempertahankan kesinambungan usaha. Seringkali perusahaan melakukan Merger untuk mempertahankan diri, karena perusahaan mempunyai kekurangan atau khawatir adanya kekurangcukupan skala produksi untuk menjadi efisiensi, atau khawatir terhadap praktek curang yang dilakukan pesaingnya. Selain itu perusahaan mungkin melakukan Merger karena takut terlempar dari bisnis yang digelutinya;
- f. Untuk memperkuat atau menguasai sumber pasokan barang dari “hulu”, sehingga diperoleh suatu kepastian atas pasokan bahan baku dengan kualitas yang diinginkan. Dalam hal ini yang menjadi sasaran Merger adalah perusahaan yang menjadi pemasok;
- g. Untuk menjaga kelangsungan hidup perusahaan, mempercepat pengambilan keputusan antara lain di bidang investasi, permodalan dan sumber daya manusia, mendorong terjadinya efisiensi dan efektivitas kerja dan menimbulkan harapan kelangsungan bekerja bagi karyawan, menciptakan jenjang karier yang lebih luas dan menambah kesempatan memperoleh pengalaman bekerja di berbagai bidang.

Merger dapat dilakukan dengan berbagai bentuk. Dilihat dari jenis usaha, Merger dapat dikelompokkan dalam 3 (tiga) jenis, yaitu Merger horizontal, Merger vertikal dan Merger konglomerat. Ketiga Merger ini merupakan bentuk Merger yang paling populer diantara para pelaku usaha. Selain itu, bila ditinjau dari sudut perpajakan Merger dapat dibagi menjadi 4 (empat) jenis, yaitu *basic merger* (bentuk Merger pada umumnya), *upstream merger*, *downstream merger* dan *brother-sister merger*. Sedangkan bila ditinjau berdasarkan tata cara pelaksanaannya, Merger dapat dikategorikan ke dalam dua bagian besar, yaitu Merger sukarela (*friendly merger*) dan Merger paksa (*hostile merger*).

Meskipun dalam banyak hal Merger merupakan kegiatan yang positif karena dapat mengefisienkan perusahaan dan menguntungkan konsumen, akan tetapi transaksi Merger apabila tidak dikontrol dapat menimbulkan dampak negatif, baik terhadap persaingan maupun terhadap konsumen. Hal ini dapat terjadi ketika transaksi Merger dilaksanakan untuk melahirkan atau meningkatkan kekuatan pasar (*market power*), sehingga perusahaan dapat menaikkan harga di atas harga kompetisi dan menurunkan jumlah dan kualitas produknya, hal ini sangat merugikan konsumen.

Dalam era globalisasi ini, perusahaan yang melakukan Merger tidak hanya berasal dari satu negara tetapi bisa dari dua negara yang berbeda yang biasa disebut dengan Merger lintas negara (*cross boarder merger*) atau Merger Asing. Sebenarnya latar belakang dan tujuan dilakukannya Merger Asing sama saja dengan Merger secara umum, seperti untuk meningkatkan efisiensi, memperluas pasar, dan lain-lain. Akan tetapi ada juga motif untuk melakukan Merger Asing adalah untuk meningkatkan *prestise* dan gengsi dari perusahaan tersebut.

Merger Asing yang dilaporkan ke Komisi Pengawas Persaingan Usaha (KPPU) mempunyai nilai aset dan/atau nilai penjualan terbesar dibandingkan dengan Merger lokal, yaitu Merger Asing sebesar Rp 70.855.745.244.965,- (tujuh puluh triliun delapan ratus lima puluh lima miliar tujuh ratus empat puluh lima juta dua ratus empat puluh empat ribu sembilan ratus enam puluh lima rupiah) dan Merger lokal sebesar Rp 35.796.947.558.550,- (tiga puluh lima triliun tujuh ratus sembilan puluh enam miliar sembilan ratus empat puluh tujuh juta lima ratus lima puluh delapan ribu lima ratus lima puluh rupiah). Sedangkan persentase jumlah Merger Asing yang dilaporkan lebih kecil dibandingkan Merger lokal, yaitu Merger Asing sebesar 16,6% dan Merger lokal sebesar 83,3%¹⁸. Hal ini dapat dilihat meskipun persentase jumlah Merger Asing di Indonesia kecil, namun memiliki nilai aset dan/atau penjualan yang besar sehingga dapat memberikan pengaruh besar pada pasar Indonesia.

Merger Asing yang dapat mempengaruhi kondisi persaingan pada pasar Indonesia memang harus diatur dan diawasi agar tidak merugikan masyarakat. Pengaturan mengenai Merger Asing yang dapat mengakibatkan persaingan usaha

¹⁸ KPPU, *Laporan Merger Tahun 2012*, Biro Merger, 2012.

tidak sehat masih relatif baru di Indonesia, sehingga masih mempunyai kendala dalam pelaksanaannya. Hal ini menarik untuk dikaji mengenai bagaimana sistem pengaturan Merger Asing yang dapat mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat, karena mengingat Merger tersebut dilakukan di luar yurisdiksi wilayah Indonesia. Atas dasar itulah kemudian penelitian ini diberi judul **“Pengaturan Merger Asing yang dapat Mengakibatkan Persaingan Usaha Tidak Sehat”**.

1.2. Perumusan Masalah

Sebagaimana telah disampaikan diatas, tindakan Merger dapat menjadi pro-persaingan, namun juga dapat menjadi kontra persaingan apabila tidak ada pengendalian dari otoritas persaingan usaha. Keberadaan Merger di dalam dunia usaha seharusnya membawa pengaruh positif bagi perusahaan yang gagal. Namun, pada prakteknya, tindakan Merger kemudian menjadi sebuah cara yang tidak memperhatikan prinsip-prinsip persaingan usaha yang sehat oleh pelaku usaha yang bermaksud untuk mengekspansi pasarnya hanya dengan melakukan Merger perusahaan yang telah ada daripada berusaha memperkuat usaha yang telah dimilikinya.

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

- a. Bagaimana pengaturan Merger berdasarkan peraturan perundang-undangan di Indonesia?
- b. Bagaimana pengaturan Merger Asing yang dapat mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat?
- c. Bagaimana kendala dalam pengaturan Merger Asing yang dapat mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat?

1.3. Tujuan Penelitian

Penelitian ini dimaksudkan untuk memperoleh data dan informasi terkait dengan tantangan dalam pengaturan Merger Asing yang dapat mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat. Oleh karena itu tujuan penelitian ini adalah:

- a. Untuk mengetahui dan memberikan penjelasan mengenai pengaturan Merger berdasarkan peraturan perundang-undangan di Indonesia;
- b. Untuk mengetahui dan memberikan penjelasan mengenai pengaturan Merger Asing yang dapat mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat;
- c. Untuk mengetahui dan menganalisa mengenai kendala dalam pengaturan Merger Asing yang dapat mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat.

1.4. Kerangka Teori

Kerangka teori yang digunakan dalam penelitian ini mengacu pada teori tentang campur tangan negara dalam bidang perekonomian, khususnya pengaturan pasar dalam konsep negara kesejahteraan (*welfare state*). Teori tersebut berasal dari aliran *utilitarianism* yang dikembangkan oleh filosof John Stuart Mill (1806-1873). Prinsip umum dari *utilitarianism* adalah "*the greatest good for the greatest number of people*", yaitu kebaikan yang terbesar untuk jumlah penduduk yang terbesar. Prinsip ini membuka kemungkinan bagi campur tangan pemerintah dalam kehidupan perekonomian, jika tindakan tersebut dipandang akan memberikan kebaikan yang lebih besar di dalam masyarakat dibandingkan dengan kerugian yang diakibatkannya¹⁹.

Campur tangan pemerintah tersebut terbatas pada 3 (tiga) hal, yaitu *pertama*, tugas melindungi masyarakat dari kekerasan dan serbuan dari masyarakat lainnya; *kedua*, sejauh mungkin melindungi setiap anggota masyarakat dari penindasan oleh anggota masyarakat lainnya atau tugas untuk menciptakan suatu administrasi yang adil; *ketiga*, tugas menciptakan dan mempertahankan pekerjaan umum tertentu yang tidak pernah menjadi

¹⁹ W.I.M. Poli, *Tonggak-tonggak Sejarah Pemikiran Ekonomi*, (Surabaya: Brilian Internasional, 2010), hal. 127.

kepentingan seseorang atau sejumlah orang untuk melaksanakan dan mempertahankannya, karena biayanya lebih besar dari keuntungan yang dihasilkannya²⁰.

Konsep negara kesejahteraan pada dasarnya dikembangkan dalam konteks ekonomi pasar dan dalam hubungannya dengan sistem ekonomi campuran. Peran negara dalam konsep negara kesejahteraan menurut Briggs adalah “...to modify the play of market forces” (...memodifikasikan berbagai kekuatan pasar...) ²¹. Perlunya pengendalian dan pembatasan terhadap bekerjanya kekuatan-kekuatan pasar tersebut adalah untuk mengatasi unsur-unsur negatif yang tidak diharapkan sebagai hasil atau akibat bekerjanya kekuatan-kekuatan pasar tersebut.

Menurut Goodin dalam negara kesejahteraan, campur tangan negara dalam mengatur pasar dilukiskannya sebagai “...a public intervention in private market economy” (...campur tangan publik dalam ekonomi pasar swasta) ²². Tujuannya tidak lain adalah guna meningkatkan kesejahteraan umum dan memaksimumkan kesejahteraan sosial sehingga memperkecil dampak kegagalan pasar terhadap masyarakat yang disebabkan oleh apa yang disebutnya *moral hazard* dan penggunaan yang keliru terhadap berbagai sumber daya.

Konsep negara kesejahteraan bermula dari gagasan yang muncul dalam *Beveridge Report*, yaitu berisi laporan dari *Beveridge*, seorang anggota parlemen Inggris yang mengusulkan keterlibatan negara di bidang ekonomi dalam hal yang berhubungan dengan pemerataan pendapatan masyarakat, kesejahteraan sosial sejak manusia lahir sampai ia mati, lapangan kerja, pengawasan atas upah pekerja oleh pemerintah, dan usaha dalam bidang pendidikan. Gagasan tersebut ternyata diterima oleh berbagai negara seperti Inggris, Jerman dan Amerika Serikat ²³. Meskipun konsep negara kesejahteraan (*welfare state*) tersebut mulai dipertanyakan dan wacana terhadap pembaruan gagasan tersebut mulai berkembang, namun dewasa ini konsep negara kesejahteraan masih tetap digunakan oleh banyak negara termasuk Inggris dan Amerika Serikat.

²⁰ *Ibid.* hal. 128.

²¹ Donald J. Moon, ed., *Responsibility Rights & Welfare, The Theory of the Welfare State*, (Colorado: Westview Press Inc., 1988), hal. 21.

²² *Ibid.*, hal. 33.

²³ Muchsan, *Peradilan Administrasi Negara*, (Yogyakarta: Liberty, 1981), hal. 1.

Dalam hubungan dengan pasar bebas, konsep negara kesejahteraan juga tetap relevan untuk menjadi acuan bagi analisis berbagai kebijakan publik di bidang pengaturan ekonomi yang dianggap sebagai intervensi pemerintah dalam upaya menjaga kemurnian pasar.

Menurut Goodin, tanpa campur tangan pemerintah di bawah aturan pasar mereka yang bergantung pada yang lainnya akan sangat mudah dieksploitasi tanpa belas kasihan sama sekali²⁴. Dalam hubungan inilah maka pengaturan di luar kebiasaan pasar dimaksudkan untuk melindungi eksploitasi terhadap mereka-mereka yang memiliki ketergantungan tersebut sehingga ketergantungan itu tidak dapat dimanfaatkan oleh pihak yang lebih kuat untuk kepentingan mereka, tetapi untuk melindungi mereka yang lemah.

Selain itu, menurut Sri Redjeki Hartono bahwa asas campur tangan negara terhadap kegiatan ekonomi merupakan salah satu asas penting yang dibutuhkan dalam rangka pembinaan cita hukum dari asas-asas hukum nasional ditinjau dari aspek hukum dagang dan ekonomi. Kegiatan ekonomi yang terjadi dalam masyarakat membutuhkan campur tangan negara, mengingat tujuan dasar kegiatan ekonomi itu sendiri adalah untuk mencapai keuntungan. Sasaran tersebut mendorong terjadinya berbagai penyimpangan bahkan kecurangan yang dapat merugikan pihak-pihak tertentu, bahkan semua pihak. Oleh karena itu, beliau menegaskan bahwa campur tangan negara terhadap kegiatan ekonomi secara umum dalam rangka hubungan hukum yang terjadi tetap dalam batas-batas keseimbangan kepentingan umum semua pihak. Campur tangan negara dalam hal ini adalah dalam rangka menjaga keseimbangan kepentingan semua pihak dalam masyarakat, melindungi kepentingan produsen dan konsumen, sekaligus melindungi kepentingan negara dan kepentingan umum terhadap kepentingan perusahaan atau pribadi²⁵.

Dalam konteks ekonomi campuran, Friedman menguraikan 4 (empat) fungsi negara. *Pertama*, negara sebagai penyedia (*provider*) dalam kapasitas tersebut dilaksanakan upaya-upaya untuk memenuhi standar minimal yang diperlukan masyarakat dalam rangka mengurangi dampak pasar bebas yang dapat

²⁴ Donald J. Moon, *op. cit.*, hal. 31.

²⁵ Sri Redjeki Hartono, *Kapita Selektta Hukum Ekonomi*, (Bandung: Mandar Maju, 2000), hal. 13.

merugikan masyarakat. *Kedua*, fungsi negara sebagai pengatur (*regulator*) untuk menjamin ketertiban agar tidak muncul kekacauan, seperti halnya pengaturan di bidang investasi agar industri dapat tumbuh dan berkembang, pengaturan dan pembatasan terhadap ekspor dan impor agar tersedia devisa yang cukup guna menunjang kegiatan perdagangan. *Ketiga*, campur tangan langsung dalam perekonomian (*entrepreneur*) melalui BUMN, karena ada bidang usaha tertentu yang vital bagi masyarakat, namun tidak menguntungkan bagi usaha swasta, atau usaha yang berhubungan dengan kepentingan pelayanan umum. *Keempat*, fungsi negara sebagai pengawas (*umpire*) yang berkaitan dengan berbagai produk aturan hukum untuk menjaga ketertiban dan keadilan sekaligus bertindak sebagai penegak hukum²⁶.

Meskipun demikian, perlu diperhatikan pendapat dari beberapa pakar yang melihat berbagai dilema dalam pengaturan hukum pada negara-negara yang menjalankan berbagai kebijakan berdasarkan konsep negara kesejahteraan (*welfare state*). Seperti Gunther Teubner yang mengatakan bahwa dalam negara kesejahteraan yang modern pada dasarnya negara suka mengintervensi berbagai aspek kehidupan masyarakat melalui pranata hukum sehingga muncul berbagai pengaturan hukum yang hasil akhirnya adalah *legal explosion* yang mengakibatkan masyarakat ikut kebanjiran norma. Itulah sebabnya Teubner mengatakan bahwa negara kesejahteraan pada dasarnya adalah negara yang suka mengintervensi²⁷.

Apabila dilihat Indonesia sebenarnya telah merefleksikan konsep negara kesejahteraan (*welfare state*), hal ini dapat ditemukan dalam Pembukaan UUD 1945 yang tertuang dalam alinea kedua berbunyi “...mengantarkan rakyat Indonesia ke depan pintu gerbang kemerdekaan Negara Indonesia yang merdeka, bersatu, berdaulat, adil, dan makmur, sedangkan dalam alinea keempat dikatakan “...melindungi segenap bangsa Indonesia dan seluruh tumpah darah Indonesia dan untuk memajukan kesejahteraan umum, mencerdaskan kehidupan bangsa, dan ikut melaksanakan ketertiban dunia yang berdasarkan kemerdekaan,

²⁶ W. Friedmann, *The State and The Rule of Law in A Mixed Economy*, (London: Stevens & Sons, 1971), hal. 3.

²⁷ Gunther Teubner, ed., *The Transformation of Law in the Welfare State*, (Berlin: Walter de Gruyter, 1986), hal. 3.

perdamaian abadi, dan keadilan sosial.” Selain itu konsep negara kesejahteraan (*welfare state*) diatur lebih jelas dalam Pasal 33 UUD 1945.

Dalam Pasal 33 UUD 1945 itu tercantum dasar *Demokrasi Ekonomi*, yaitu “...produksi dikerjakan oleh semua untuk semua di bawah pimpinan dan pemilikan anggota-anggota masyarakat, *kemakmuran masyarakatlah yang utama bukan kemakmuran orang-seorang...*”, artinya mengutamakan dasar *mutualism*, tidak berdasar *individualism*²⁸. Pasal 33 UUD 1945 diatur dalam Bab XIV UUD 1945 yang diberi judul bab “*Kesejahteraan Sosial*”. Dengan kata lain perekonomian nasional Indonesia diurus dan dikelola sebagaimana pun harus berpangkal pada *usaha bersama* dan berujung pada *kesejahteraan sosial (societal well-being)*, yaitu suatu kemakmuran bersama (bukan kemakmuran orang-seorang)²⁹. Pada intinya kesejahteraan sosial atau umum yang dimaksud dalam Pembukaan maupun batang tubuh UUD 1945 adalah mengacu pada konsep negara kesejahteraan (*welfare state*).

Selain itu konsep negara kesejahteraan (*welfare state*) juga telah direfleksikan dalam UU No. 5 Tahun 1999, sebagaimana tertuang dalam Pasal 2 dan Pasal 3 Bab II Asas dan Tujuan. Dibentuknya UU No. 5 Tahun 1999 salah satunya adalah bertujuan untuk “menjaga kepentingan umum dan meningkatkan efisiensi nasional sebagai salah satu upaya untuk meningkatkan *kesejahteraan rakyat*”. Yang dimaksud dengan “*kesejahteraan rakyat*” dalam pasal tersebut adalah mengacu pada konsep negara kesejahteraan (*welfare state*). UU No. 5 Tahun 1999 tersebut merupakan salah satu bentuk campur tangan negara dalam persaingan usaha.

Dengan demikian, kerangka teoritis yang dimaksud mempunyai relevansi dengan permasalahan yang akan diteliti. Untuk mencegah terjadinya kegagalan di dalam suatu pasar (*market failures*) maka diperlukan adanya campur tangan pemerintah (*the government's visible hand*) dan tidak bisa hanya mengandalkan *the invisible hand*.

²⁸ Sri Edi Swasono, *Indonesia is Not for Sale: Sistem Ekonomi Nasional Untuk Sebesar-besar Kemakmuran Rakyat*, (Jakarta: Bappenas, 2007), hal. 2.

²⁹ *Ibid.*, hal. 3-4.

1.5. Kerangka Konsepsional

Penelitian ini menggunakan berbagai istilah dan untuk mencegah kemungkinan perbedaan pengertian dari istilah-istilah tersebut, maka kerangka konsepsional dari istilah-istilah yang akan dipergunakan, sebagai berikut:

- a. Penggabungan (dikenal juga dengan istilah merger) adalah perbuatan hukum yang dilakukan oleh satu Perseroan atau lebih untuk menggabungkan diri dengan Perseroan lain yang telah ada yang mengakibatkan aktiva dan pasiva dari Perseroan yang menggabungkan diri beralih karena hukum kepada Perseroan yang menerima penggabungan dan selanjutnya status badan hukum Perseroan yang menggabungkan diri berakhir karena hukum³⁰;
- b. Peleburan (dikenal juga dengan istilah konsolidasi) adalah perbuatan hukum yang dilakukan oleh dua Perseroan atau lebih untuk meleburkan diri dengan cara mendirikan satu Perseroan baru yang karena hukum memperoleh aktiva dan pasiva dari Perseroan yang meleburkan diri dan status badan hukum Perseroan yang meleburkan diri berakhir karena hukum³¹;
- c. Pengambilalihan (dikenal juga dengan istilah akuisisi) adalah perbuatan hukum yang dilakukan oleh badan hukum atau orang perseorangan untuk mengambil alih saham Perseroan yang mengakibatkan beralihnya pengendalian atas Perseroan tersebut³²;
- d. Dalam Black's Law Dictionary Merger diartikan sebagai berikut "*the act or an instance of combining or uniting*"³³;
- e. Merger Asing adalah Merger yang dilakukan antara perusahaan asing yang berada di luar wilayah yurisdiksi Indonesia.
- f. Pelaku Usaha adalah setiap orang perseorangan atau badan usaha, baik yang berbentuk badan hukum atau bukan badan hukum yang didirikan dan

³⁰ Indonesia, UU No. 40 Tahun 2007, Pasal 1 angka 9.

³¹ *Ibid*, Pasal 1 angka 10.

³² *Ibid*, Pasal 1 angka 11.

³³ Bryan A. Garner, *op.cit.*, hal. 1009.

berkedudukan atau melakukan kegiatan dalam wilayah hukum negara Republik Indonesia, baik sendiri maupun secara bersama-sama melalui perjanjian, menyelenggarakan berbagai kegiatan usaha dalam bidang ekonomi³⁴;

- g. Dalam Black's Law Dictionary *Market Power* didefinisikan sebagai berikut "the ability to reduce output and raise prices above the competitive level --- specifically, above marginal cost --- for a sustained period, and to make a profit by doing so"³⁵;
- h. Posisi dominan adalah keadaan di mana pelaku usaha tidak mempunyai pesaing yang berarti di pasar bersangkutan dalam kaitan dengan pangsa pasar yang dikuasai, atau pelaku usaha mempunyai posisi tertinggi di antara pesaingnya di pasar bersangkutan dalam kaitan dengan kemampuan keuangan, kemampuan akses pada pasokan atau penjualan, serta kemampuan untuk menyesuaikan pasokan atau permintaan barang atau jasa tertentu³⁶;
- i. 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 tersebut³⁷;
- j. Pangsa pasar adalah persentase nilai jual atau beli barang atau jasa tertentu yang dikuasai oleh pelaku usaha pada pasar bersangkutan dalam kalender tertentu³⁸;
- k. 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 umum³⁹;
- l. Persaingan usaha tidak sehat adalah persaingan antar pelaku usaha dalam menjalankan kegiatan produksi dan atau pemasaran barang dan atau jasa

³⁴ Indonesia, UU No. 5 Tahun 1999, Pasal 1 angka 5.

³⁵ Bryan A. Garner, *op.cit.*, hal. 991.

³⁶ Indonesia, UU No. 5 Tahun 1999, Pasal 1 angka 4.

³⁷ *Ibid*, Pasal 1 angka 10.

³⁸ *Ibid*, Pasal 1 angka 13.

³⁹ *Ibid*, Pasal 1 angka 2.

yang dilakukan dengan cara tidak jujur atau melawan hukum atau menghambat persaingan usaha⁴⁰.

1.6. Metode Penelitian

1.6.1. Jenis atau Tipe Penelitian Hukum

Penelitian ini menggunakan metode penelitian yuridis normatif yaitu penelitian hukum yang mengacu kepada kaidah-kaidah atau norma-norma hukum yang terdapat dalam peraturan perundang-undangan⁴¹. Penelitian ini menggunakan pendekatan Undang-undang (*statute approach*) dan pendekatan komparatif (*comparative approach*). Pendekatan Undang-undang (*statute approach*) adalah pendekatan yang dilakukan untuk menelaah semua Undang-undang dan regulasi yang bersangkutan paut dengan isu hukum yang sedang ditangani⁴². Pendekatan ini digunakan untuk mengkaji bagaimana pengaturan Merger Asing yang dijadikan obyek penelitian dalam peraturan perundang-undangan yang terkait dengan persaingan usaha. Merger antara perusahaan asing dapat berdampak pada pasar domestik, oleh karena itu perlu diatur dan dikontrol melalui instrumen hukum persaingan usaha. Di Indonesia, persaingan usaha diatur dalam Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, seluruh yang berkaitan dengan persaingan usaha akan merujuk pada UU No. 5 Tahun 1999 tersebut.

Penelitian ini juga menggunakan pendekatan komparatif (*comparative approach*) yaitu pendekatan yang dilakukan dengan membandingkan undang-undang suatu negara dengan undang-undang dari satu atau lebih negara lain mengenai hal yang sama, dapat juga yang diperbandingkan disamping undang-

⁴⁰ *Ibid*, Pasal 1 angka 6.

⁴¹ Sudikno Mertokusumo, *Penemuan Hukum Suatu Pengantar*, cet. 11, (Yogyakarta: Liberty, 2001), hal. 29.

⁴² Peter Mahmud Marzuki, *Penelitian Hukum*, (Jakarta: Prenada Media Group, 2005), hal. 93.

undang juga putusan pengadilan di beberapa negara untuk kasus yang sama⁴³. Dalam penelitian ini akan mengambil contoh kasus mengenai Merger Asing di beberapa negara, oleh karena itu penelitian ini juga akan membandingkan pengaturan Merger Asing di Indonesia dengan beberapa negara.

1.6.2. Jenis Data

Penelitian ini menggunakan data sekunder, yaitu data yang diperoleh dari bahan-bahan kepustakaan⁴⁴. Data sekunder antara lain mencakup dokumen-dokumen resmi, buku-buku, hasil-hasil penelitian yang berwujud laporan, buku harian dan seterusnya⁴⁵. Data sekunder yang digunakan dalam penelitian ini antara lain peraturan perundang-undangan yang mengatur mengenai masalah penggabungan, peleburan, dan pengambilalihan yang berkaitan dengan persaingan usaha, yaitu: Undang-undang Nomor 40 Tahun 2007 tentang Perseroan Terbatas, Undang-undang Nomor 8 Tahun 1995 tentang Pasar Modal, Undang-undang Nomor 10 Tahun 1998 tentang Perbankan, Undang-undang Nomor 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, Peraturan Pemerintah Nomor 27 Tahun 1998 tentang Penggabungan, Peleburan dan Pengambilalihan Perseroan Terbatas, Peraturan Pemerintah Nomor 28 tahun 1999 tentang Merger, Konsolidasi dan Akuisisi Bank, Peraturan Pemerintah Nomor 57 Tahun 2010 tentang Penggabungan atau Peleburan Badan Usaha Pengambilalihan Saham Perusahaan yang dapat Mengakibatkan Terjadinya Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, Peraturan KPPU Nomor 10 Tahun 2011 tentang Perubahan Atas Peraturan KPPU No. 13 Tahun 2010 tentang Pedoman Pelaksanaan tentang Penggabungan atau Peleburan Badan Usaha dan Pengambilalihan Saham Perusahaan yang dapat Mengakibatkan Terjadinya

⁴³ *Ibid.* hal. 95.

⁴⁴ Soerjono Soekanto & Sri Mamudji, *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*, cet. 6, (Jakarta : PT. RajaGrafindo Persada, 2011), hal. 12.

⁴⁵ Menurut Soerjono Soekanto, ciri-ciri umum dari data sekunder antara lain (i) pada umumnya data sekunder dalam keadaan siap terbuat dan dapat dipergunakan dengan segera; (ii) baik bentuk maupun isi data sekunder, telah dibentuk dan diisi oleh peneliti-peneliti terdahulu, sehingga peneliti kemudian, tidak mempunyai pengawasan terhadap pengumpulan, pengolahan, analisa maupun konstruksi data; dan (iii) tidak terbatas oleh waktu maupun tempat. Lihat Soerjono Soekanto, *Pengantar Penelitian Hukum*, (Jakarta : UI Press, 2008), hal.12.

Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, *European Union Merger Guidelines*, *USFTC Merger Guidelines*, *JFTC Merger Guidelines*, buku, jurnal, Pendapat KPPU, kasus mengenai Merger Asing dan kamus.

1.6.3. Teknik Pengumpulan Data

Teknik pengumpulan data dilakukan melalui penelitian kepustakaan (*Library Research*), yaitu dengan mengumpulkan bahan-bahan tertulis yang berhubungan dengan topik yang dibahas berupa peraturan perundang-undangan, buku-buku, media internet, majalah dan sumber-sumber lainnya, yang terkait dengan penelitian ini.

1.6.4. Metode Analisis Data

Penelitian ini merupakan penelitian deskriptif, yaitu penelitian ini akan memberikan gambaran mengenai bagaimana pengaturan Merger Asing yang dapat berdampak terhadap pasar domestik yang ditinjau dari perspektif persaingan usaha sehingga tidak merugikan konsumen dan perusahaan lokal. Metode analisis data yang digunakan adalah kualitatif, yaitu penelitian ini akan mempelajari secara lebih mendalam peraturan perundang-undangan dalam bidang persaingan usaha, khususnya terkait dengan Merger Asing. Bahan-bahan yang diperoleh dari kepustakaan akan diklasifikasikan untuk memberikan gambaran mengenai sistem pengaturan Merger, kemudian bahan yang telah diklasifikasikan tersebut akan di analisis untuk menjawab bagaimana pengaturan Merger Asing dan kendala yang dihadapi.

1.7. Sistematika Penelitian

Penelitian ini disusun dalam 5 (lima) bab, dimana setiap bab dibagi-bagi dalam beberapa sub bab. Materi yang dibahas dalam setiap bab akan diberi gambaran secara umum dan jelas dengan sistematika sebagai berikut:

Bab pertama berisi pendahuluan, yang menguraikan latar belakang, perumusan masalah, tujuan penelitian, kerangka teori, kerangka konseptual, metode penelitian dan sistematika penulisan.

Bab kedua akan membahas mengenai pengaturan Merger berdasarkan peraturan perundang-undangan di Indonesia, yang meliputi pengertian Merger, tujuan dilakukannya Merger, bentuk-bentuk Merger dan peraturan perundang-undangan yang mensyaratkan agar memperhatikan prinsip persaingan usaha yang sehat dalam Merger.

Bab ketiga akan membahas mengenai pengaturan Merger Asing yang dapat mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat, yang meliputi pentingnya pengaturan Merger Asing yang dapat mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat, lembaga pengawas Merger Asing yang berdampak terhadap persaingan usaha, perkara Merger Asing yang ditangani oleh KPPU, dan Kerjasama KPPU dengan lembaga lainnya terkait dengan pengawasan Merger Asing.

Bab keempat akan membahas mengenai kendala yang dihadapi oleh KPPU dalam mengatur dan mengawasi Merger Asing di Indonesia, yang meliputi pengaturan Merger Asing di Uni Eropa, Amerika Serikat dan Jepang, serta contoh kasus Merger Asing di beberapa negara.

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

BAB 2

PENGATURAN MERGER BERDASARKAN PERATURAN PERUNDANG-UNDANGAN DI INDONESIA

2.1. Pengertian Merger

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

Bahwa merger, akuisisi dan konsolidasi tersebut mempunyai beberapa pengertian atau istilah, yaitu sebagai berikut:

1. Merger

Merger atau penggabungan dapat diartikan sebagai “*the act or an instance of combining or uniting*”⁵². Merger juga dapat diartikan secara luas dan sempit. Dalam artian yang luas merger berarti setiap bentuk pengambilalihan suatu perusahaan oleh perusahaan lainnya, pada saat kegiatan usaha perusahaan tersebut disatukan. Adapun secara sempit merujuk pada perusahaan dengan ekuitas yang hampir sama menggabungkan sumber daya yang ada pada keduanya menjadi satu usaha. Selain itu, merger juga dapat diartikan sebagai bentuk penggabungan perusahaan atau bergabungnya dua atau lebih pelaku usaha yang independen⁵³

⁵² Bryan A. Garner, *op.cit.*, hal. 1009.

⁵³ Alison Jones and Brenda Sufrin, *op.cit.*, hal. 847.

atau berintegrasinya kegiatan yang dilakukan oleh dua pelaku usaha secara menyeluruh dan permanen⁵⁴.

Merger dalam perspektif peraturan perundang-undangan Indonesia dapat dilihat sebagai berikut: Merger adalah penggabungan dari dua badan usaha atau lebih dengan cara tetap mempertahankan berdirinya salah satu badan usaha dan melikuidasi badan usaha lainnya yang menggabung⁵⁵. Menurut Pasal 1 angka 9 UU No. 40 Tahun 2007, merger adalah perbuatan hukum yang dilakukan oleh satu Perseroan atau lebih untuk menggabungkan diri dengan Perseroan lain yang telah ada yang mengakibatkan aktiva dan pasiva dari Perseroan yang menggabungkan diri beralih karena hukum kepada Perseroan yang menerima penggabungan dan selanjutnya status badan hukum Perseroan yang menggabungkan diri berakhir karena hukum.

Menurut Pasal 1 angka 1 Peraturan Pemerintah No. 27 Tahun 1998 tentang Penggabungan, Peleburan dan Pengambilalihan Perseroan Terbatas⁵⁶ ("PP No. 27 Tahun 1998"), merger adalah perbuatan hukum yang dilakukan oleh satu perseroan atau lebih untuk menggabungkan diri dengan perseroan lain yang telah ada dan selanjutnya perseroan yang menggabungkan diri menjadi bubar. Menurut Pasal 1 angka 2 Peraturan Pemerintah No. 28 Tahun 1999 tentang Merger, Konsolidasi dan Akuisisi Bank⁵⁷ ("PP No. 28 Tahun 1999"), merger adalah penggabungan dari dua bank atau lebih, dengan cara tetap mempertahankan berdirinya salah satu Bank dan membubarkan Bank-bank lainnya tanpa melikuidasi terlebih dahulu.

Menurut Pasal 1 angka 1 Peraturan Pemerintah No. 57 Tahun 2010 tentang Penggabungan atau Peleburan Badan Usaha dan Pengambilalihan Saham Perusahaan yang dapat Mengakibatkan Terjadinya Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat ("PP No. 57 Tahun 2010")⁵⁸, merger adalah

⁵⁴ Earnest Gellhorn and William E. Kovacic, *op.cit.*, hal. 348.

⁵⁵ Indonesia, UU No. 1 Tahun 1995, Pasal 102.

⁵⁶Indonesia, *Peraturan Pemerintah tentang Penggabungan, Peleburan dan Pengambilalihan Perseroan Terbatas*, PP No. 27 Tahun 1998, LN No. 40 Tahun 1998, TLN No. 3741.

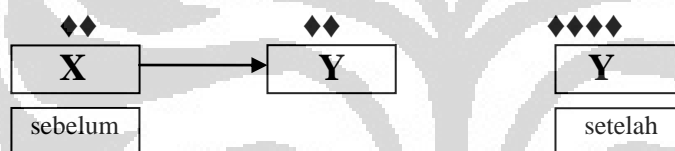
⁵⁷ Indonesia, *Peraturan Pemerintah tentang Merger, Konsolidasi dan Akuisisi Bank*, PP No. 28 Tahun 1999, LN No. 61 Tahun 1999, TLN No. 3840.

⁵⁸ Indonesia, *Peraturan Pemerintah tentang Penggabungan atau Peleburan Badan Usaha dan Pengambilalihan Saham Perusahaan yang dapat Mengakibatkan Terjadinya Praktik*

perbuatan hukum yang dilakukan oleh satu Badan Usaha atau lebih untuk menggabungkan diri dengan Badan Usaha lain yang telah ada yang mengakibatkan aktiva dan pasiva dari Badan Usaha yang menggabungkan diri beralih karena hukum kepada Badan Usaha yang menerima penggabungan dan selanjutnya status Badan Usaha yang menggabungkan diri berakhir karena hukum.

Jadi, merger adalah bergabungnya satu perusahaan atau lebih dengan perusahaan yang telah ada sebelumnya menjadi satu perusahaan. Perusahaan yang menerima merger disebut *surviving firm* atau pihak yang mengeluarkan saham (*issuing firm*). Perusahaan yang bubar setelah merger disebut *merged firm*.

Secara umum, merger dapat digambarkan dengan skema sebagai berikut:



Gambar 1 : skema Merger.

Sumber: Perkom Nomor 10 Tahun 2011

X menggabungkan diri dengan Y, sehingga status badan hukum X berakhir karena hukum dan seluruh aktiva dan pasivanya beralih kepada Y, termasuk kepemilikan sahamnya.

2. Akuisisi

Akuisisi atau pengambilalihan dapat diartikan sebagai “*the gaining of possession or control over something (acquisition of the target company’s assets)*”⁵⁹. Ada beberapa pengertian akuisisi dari beberapa sumber peraturan perundang-undangan. Menurut Pasal 103 UU No. 1 Tahun 1995, akuisisi adalah pengambilan seluruh atau sebagian saham dari suatu perusahaan yang dapat

Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, PP No. 57 Tahun 2010, LN No. 89 Tahun 2010, TLN No. 5144.

⁵⁹ Bryan A. Garner, *op.cit.*, hal. 25.

mengakibatkan beralihnya pengendalian terhadap perusahaan tersebut. Menurut Pasal 1 angka 11 UU No. 40 Tahun 2007 akuisisi adalah perbuatan hukum yang dilakukan oleh badan hukum atau orang perseorangan untuk mengambil alih saham Perseroan yang mengakibatkan beralihnya pengendalian atas Perseroan tersebut.

Menurut Pasal 1 angka 3 PP No. 27 Tahun 1998, akuisisi adalah perbuatan hukum yang dilakukan oleh badan hukum atau orang perseorangan untuk mengambil alih baik seluruh atau sebagian besar saham perseroan yang dapat mengakibatkan beralihnya pengendalian terhadap perseroan tersebut. Pasal 1 angka 4 PP No. 28 Tahun 1999, akuisisi adalah pengambilalihan kepemilikan suatu bank yang mengakibatkan beralihnya pengendalian terhadap bank.

Menurut Pasal 1 angka 3 PP No. 57 Tahun 2010, akuisisi adalah perbuatan hukum yang dilakukan oleh pelaku usaha untuk mengambilalih saham Badan Usaha yang mengakibatkan beralihnya pengendalian atas Badan Usaha tersebut.

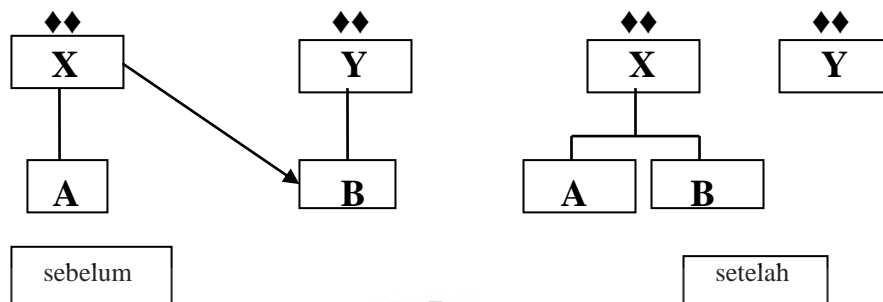
Biasanya pihak pengakuisisi memiliki ukuran yang lebih besar dibanding dengan pihak yang diakuisisi. Adapun yang dimaksud dengan pengendalian yang terpapar pada pengertian di atas adalah kekuatan yang berupa kekuasaan untuk:

- a. Mengatur kebijakan keuangan dan operasi perusahaan;
- b. Mengangkat dan memberhentikan manajemen;
- c. Mendapatkan hak suara mayoritas dalam rapat direksi.

Dengan adanya pengendalian tersebut, maka pengakuisisi akan mendapatkan manfaat dari perusahaan yang diakuisisi.

Berbeda dengan merger, pada akuisisi tidak ada perusahaan yang melebur ke perusahaan lainnya. Jadi, setelah terjadi akuisisi kedua perusahaan masih tetap ada, hanya kepemilikannya yang telah berubah. Secara umum akuisisi dapat digambarkan dengan skema sebagai berikut:

Akuisisi Saham

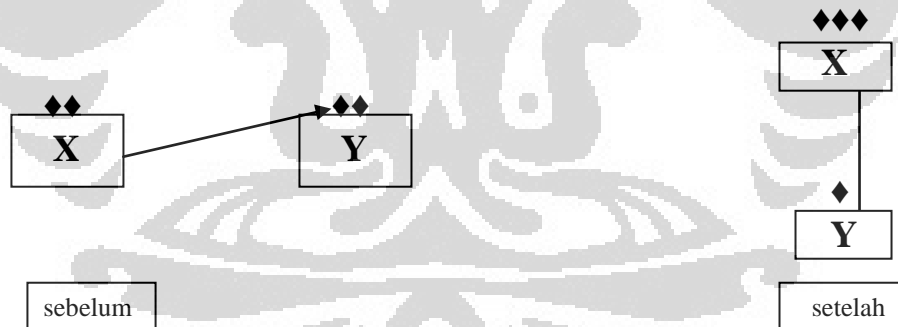


Gambar 2 : skema Akuisisi Saham.

Sumber: Perkom Nomor 10 Tahun 2011

X mengambil alih kendali atas B dari Y, sehingga X menjadi pemegang saham dan pengendali dari B. Tidak ada pengalihan aktiva maupun pasiva baik dari B kepada X maupun sebaliknya X dan B masih tetap ada setelah akuisisi.

Takeover

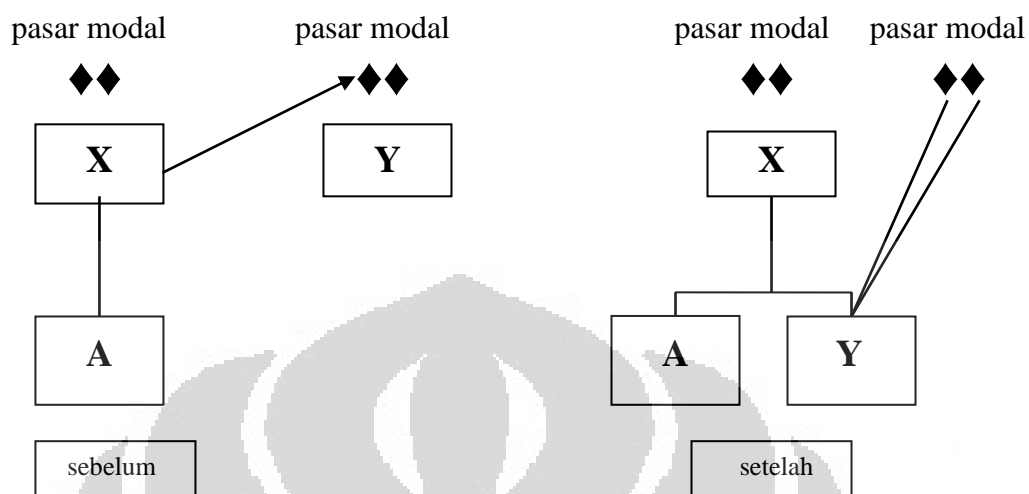


Gambar 3 : skema *takeover*.

Sumber: Perkom Nomor 10 Tahun 2011

X membeli sebagian besar saham atas Y langsung dari pemilik sahamnya, sehingga Y menjadi anak perusahaan dari X. Terjadi perpindahan kendali dari pemegang saham Y kepada X. Badan hukum X dan Y tetap hidup tanpa adanya peralihan aktiva dan pasiva dari X kepada Y maupun sebaliknya.

Public Takeover



Gambar 4 : skema *public takeover*.

Sumber: Perkom Nomor 10 Tahun 2011

Merger bentuk ini hampir sama dengan *takeover*, hanya saja perbedaannya dalam *public takeover* transaksinya terjadi melalui pasar modal. Y menjadi anak perusahaan X, dan X memiliki kendali terhadap Y.

3. Konsolidasi

Konsolidasi atau peleburan dapat diartikan sebagai “*the act or process of uniting*”.⁶⁰ Ada beberapa pengertian konsolidasi dari beberapa sumber peraturan perundang-undangan. Menurut Pasal 1 angka 10 UU No. 40 Tahun 2007 konsolidasi adalah perbuatan hukum yang dilakukan oleh dua Perseroan atau lebih untuk meleburkan diri dengan cara mendirikan satu Perseroan baru yang karena hukum memperoleh aktiva dan pasiva dari Perseroan yang meleburkan diri dan status badan hukum Perseroan yang meleburkan diri berakhir karena hukum.

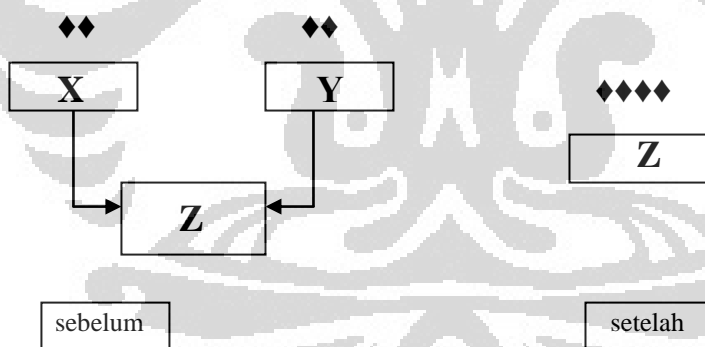
Menurut Pasal 1 angka 2 PP No. 27 Tahun 1998, konsolidasi adalah perbuatan hukum yang dilakukan oleh dua perseroan atau lebih untuk meleburkan

⁶⁰ *Ibid.*, hal. 328.

diri dengan cara membentuk satu perseroan baru dan masing-masing perseroan yang meleburkan diri menjadi bubar. Menurut Pasal 1 angka 3 PP No. 28 Tahun 1999, konsolidasi adalah penggabungan dua Bank atau lebih, dengan cara mendirikan Bank baru dan membubarkan Bank-bank tersebut tanpa melikuidasi terlebih dahulu.

Menurut Pasal 1 angka 2 PP No. 57 Tahun 2010, konsolidasi adalah perbuatan hukum yang dilakukan oleh dua Badan Usaha atau lebih untuk meleburkan diri dengan cara mendirikan satu Badan Usaha baru yang karena hukum memperoleh aktiva dan pasiva dari Badan Usaha yang meleburkan diri dan status Badan Usaha yang meleburkan diri berakhir karena hukum.

Konsolidasi hampir sama dengan merger dimana perusahaan yang meleburkan diri status badan hukumnya berakhir karena hukum. Namun yang membedakannya adalah kedua perusahaan yang melebur tersebut membentuk perusahaan baru sebagai entitas baru sehingga aktiva dan pasivanya beralih kepada perusahaan baru tersebut. Secara umum konsolidasi dapat digambarkan dengan skema sebagai berikut:



Gambar 5 : skema Konsolidasi.

Sumber: Perkom Nomor 10 Tahun 2011

Masing-masing X dan Y secara hukum bubar, dan seluruh aktiva dan pasiva X dan Y beralih kepada Z yang merupakan entitas baru. Pemilik saham X dan Y kemudian secara hukum beralih menjadi pemilik saham Z.

Untuk selanjutnya penyebutan “merger”, akuisisi” dan/atau “konsolidasi” akan disingkat menjadi “Merger” kecuali akan mengulas mengenai “akuisisi” atau “kosolidasi” secara spesifik.

2.2. Tujuan Dilakukan Merger

Banyak perusahaan saat ini yang melakukan Merger, hal ini dilakukan dengan tujuan untuk meningkatkan sinergi perusahaan sehingga dapat menciptakan efisiensi yang mampu mengurangi biaya produksi perusahaan hasil Merger yang akhirnya dapat memaksimalkan keuntungan. Ada beberapa sasaran umum sehingga dilakukannya Merger⁶¹, yaitu:

1. Meningkatkan Konsentrasi Pasar

Apabila perusahaan besar yang melakukan Merger dengan perusahaan sejenis atau dengan perusahaan yang terintegrasi secara vertikal, pasar cenderung lebih terkonsentrasi. Untuk itu, rambu-rambu hukum anti-monopoli perlu diwaspadai. Akan tetapi jika Merger dilakukan oleh perusahaan-perusahaan kecil, menyebabkan perusahaan tersebut menjadi lebih besar sehingga dapat bersaing dengan perusahaan yang memang sudah duluan besar. Hal ini akan mengurangi konsentrasi pasar oleh satu atau lebih perusahaan besar saja.

2. Meningkatkan Efisiensi

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

⁶¹ Munir Fuady, *op.cit.*, hal. 53-55.

pasar menjadi tidak tajam. Hal ini dapat juga mengarah pada tidak efisiennya perusahaan yang bersangkutan.

3. Mengembangkan Inovasi Baru

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

4. Alat Investasi

Terutama bagi Merger yang memerlukan sejumlah dana dari pihak yang menggabungkan diri, maka Merger seperti itu dapat merupakan alat untuk investasi bagi perusahaan yang menggabungkan diri tersebut. Apabila perusahaan yang menggabungkan diri tersebut merupakan perusahaan asing atau perusahaan campuran asing, investasi tersebut dapat dipandang sebagai suatu investasi asing. Dan jika nanti investasi tersebut ditarik kembali (divestasi), diharapkan akan didapat banyak *capital gain* dari merger tersebut.

5. Sarana Alih Teknologi

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

6. Mendapatkan Akses Internasional

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

7. Meningkatkan Daya Saing

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

8. Memaksimalkan Sumber Daya

Dengan Merger, maka sumber daya yang ada di dua atau lebih perusahaan yang bergabung dapat dimanfaatkan secara maksimal. Disamping itu, dapat pula dilakukan pengurangan duplikasi dan memaksimalkan penggunaan aktiva yang menganggur sehingga produksinya dapat didorong secara maksimal.

9. Menjamin Pasokan Bahan Baku

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

2.3. Bentuk-bentuk Merger

Merger dapat dilakukan dengan berbagai bentuk. Dilihat dari jenis usaha, Merger dapat dikelompokkan ke dalam 3 (tiga) bentuk, yaitu Merger horizontal, Merger vertikal dan Merger konglomerat. Ketiga Merger ini merupakan bentuk

Merger yang paling populer diantara para pelaku usaha, yang dapat diuraikan sebagai berikut⁶²:

1. Merger Horizontal

Merger horizontal terjadi apabila 1 (satu) perusahaan melakukan Merger dengan perusahaan lainnya yang memproduksi dan menjual produk yang sama dalam level produksi atau rantai distribusi yang sama di wilayah geografis yang sama⁶³. Merger horizontal ini dapat membuat perusahaan lebih efisien dalam menjalankan operasi, skala ekonomi dan keuangannya⁶⁴.

2. Merger Vertikal

Merger vertikal melibatkan suatu tahapan operasional produksi yang berbeda yang saling terkait satu sama lainnya, mulai dari hulu hingga ke hilir. Merger vertikal dapat juga berbentuk 2 jenis, yakni:

a. *Upstream Vertical Merger*

Adalah Merger antara perusahaan pembeli dengan pemasok produk tersebut⁶⁵. Hovenkamp menyebut Merger ini dengan sebutan *backward merger*⁶⁶. Contohnya adalah Merger antara perusahaan pembuat beton dengan perusahaan pemasok pasir⁶⁷.

⁶² Andi Fahmi Lubis dan Ningrum Natasya Sirait, *op.cit.*, hal. 191.

⁶³ Roger J. Van den Bergh and Peter D. Camesasca, *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*, (Belgium: Intersentia Publishers, 2001), hal. 309.

⁶⁴ E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *Understanding Antitrust and Its Economic Implication*, 3rd ed., (New York: Matthew Bender & Co., 1998), hal. 339.

⁶⁵ *Ibid.*, hal. 340.

⁶⁶ *If a firm integrates into a market from which it would otherwise obtain some needed input, such as a raw material or business service, the intregation is said to be "backward".* Lihat Herbert Hoverkamp, *Antitrust*, 3rd edition, (St. Paul: Black Letter Series West Group, 1999), hal. 133.

⁶⁷ E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *loc.cit.*

b. *Downstream Vertical Merger*

Adalah Merger antara perusahaan pemasok dengan perusahaan pembeli⁶⁸. Hoverkamp menyebut *downstream vertical merger* dengan sebutan *forward merger*⁶⁹. Contohnya adalah Merger antara perusahaan pemasok pasir dengan perusahaan pembuat beton⁷⁰.

Merger vertikal dapat membawa sebab tidak baik karena dapat menyebabkan perusahaan menguasai produksi dari hulu ke hilir, halangan bagi pendatang baru dalam bisnis yang bersangkutan (*entry barrier*), yang kelanjutannya mengakibatkan kolusi, nepotisme dan sebagainya. Dari segi usaha, Merger vertikal adalah suatu hal yang positif dalam menjalankan kinerja perusahaan, misalnya dalam rangka peningkatan efisiensi jaringan usaha dalam teknologi transfer, distribusi produk dan lain-lain. Merger vertikal dapat mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat karena terjadinya pengekanan terhadap masuknya pelaku usaha lain ke pasar (*entry barrier*). Faktor-faktor yang disebut sebagai *entry barrier*, antara lain:

- a. Tingkatan integrasi di antara dua pasar tersebut haruslah demikian intensif, sehingga dengan memasuki ke dalam suatu pasar (*primary market*) memasuki pasar yang lain (*secondary market*);
- b. Struktur dan sifat usaha tanpa melalui persyaratan yang tidak kompetitif dalam memasuki kedua pasar tersebut.

3. Merger Konglomerat

Merger konglomerat terjadi apabila perusahaan hasil Merger tidak memiliki hubungan usaha sebelumnya⁷¹, atau dengan kata lain, Merger konglomerat terjadi antara perusahaan-perusahaan yang tidak bersaing dan tidak memiliki hubungan penjual-pembeli. Bentuk dari Merger konglomerat ini melibatkan perusahaan

⁶⁸ *Ibid.*

⁶⁹ *If a firm integrates in the direction of the final consumer the integraton is said to be "forward"*. Herbert Hoverkamp, *op.cit.*, hal 133.

⁷⁰ E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *loc.cit.*

⁷¹ *Ibid.*, hal. 341.

yang menjalankan kegiatan usahanya di pasar yang berbeda, sehingga tidak mempunyai dampak langsung terhadap persaingan⁷².

2.4. Pengaturan Merger Berdasarkan Peraturan Perundang-undangan di Indonesia

Pertama kali pengaturan Merger secara komprehensif tercantum dalam UU No. 1 Tahun 1995. Namun sebelum adanya UU No. 1 Tahun 1995 sudah terdapat pengaturan Merger namun tingkat pengaturannya di bawah undang-undang. Hal ini dapat dilihat dari 2 (dua) periode sebelum UU No. 1 Tahun 1995 dan setelah UU No. 1 Tahun 1995, yang dapat diuraikan sebagai berikut⁷³:

2.4.1. Periode Sebelum UU No. 1 Tahun 1995

Praktik Merger sebelum berlakunya UU No. 1 Tahun 1995 pada dasarnya didasarkan pada ketentuan hukum sebagai berikut:

1. Dasar Hukum Kontraktual

Terdapat 2 (dua) jenis ketentuan dalam KUHPerdara, khususnya buku ke-III, yang berlaku terkait dengan Merger, yaitu:

a. Ketentuan tentang perikatan pada umumnya

Dalam KUHPerdara tidak diatur secara khusus terkait dengan Merger. Namun dalam buku ke-III KUHPerdara tersebut terdapat ketentuan yang mengatur tentang perikatan yang berlaku terhadap setiap perjanjian, termasuk perjanjian tentang Merger. Ketentuan yang dimaksud adalah Pasal 1233 sampai dengan Pasal 1456 KUHPerdara. Dalam ketentuan-ketentuan tersebut mengatur tentang syarat sahnya perjanjian suatu perjanjian, kekuatan berlakunya perjanjian, akibat

⁷² Roger J. Van den Bergh and Peter D. Camesasca, *op. cit.*, hal. 310.

⁷³ Munir Fuady, *op.cit.*, hal. 19-23.

hukum dari perjanjian, macam-macam perjanjian dan hapusnya perikatan, dimana kesemuanya berlaku untuk perjanjian terkait dengan Merger.

b. Ketentuan tentang perjanjian jual beli

Merger antar perusahaan biasanya dilakukan dengan jual beli saham, maka terkait dengan perjanjian jual beli, termasuk jual beli saham, disamping berlaku ketentuan buku ke-II KUHPdata tentang perikatan maka berlaku juga ketentuan khusus mengenai jual beli, yaitu Pasal 1457 sampai dengan Pasal 1540 KUHPdata. Namun, teknik pelaksanaan merger antara dua perusahaan termasuk merger bank, sering juga dipakai metode *inbreng* saham bersama-sama dengan atau sebagai gantinya jual beli saham tersebut. Dalam hal ini kadang-kadang juga dibuat apa yang disebut "*perjanjian inbreng*".

2. Dasar Hukum Bidang Usaha Khusus

Bahwa terdapat perseroan terbatas bidang tertentu yang mempunyai dasar hukum tersendiri sebelum adanya UU No. 1 Tahun 1995. Bidang khusus yang diatur secara khusus sebelum adanya UU No. 1 Tahun 1995 adalah perseroan terbatas di bidang perbankan. Sebelum adanya UU No. 1 Tahun 1995, Merger bank diatur dalam Pasal 28 Undang-undang Nomor 7 Tahun 1992 tentang Perbankan. Selain itu, Merger di bidang perbankan juga diatur dalam peraturan perundang-undangan yang telah dikeluarkan oleh pemerintah, yaitu:

- a. Keputusan Menteri Keuangan Nomor 614/MK/II/8/1971 tentang Pemberian Kelonggaran Perpajakan kepada Bank-bank Swasta Nasional yang Melakukan Penggabungan (Merger);
- b. Keputusan Menteri Keuangan Nomor 278/KMK.01/1989 Tanggal 25 Maret 1989 tentang Peleburan dan Penggabungan Usaha Bank;
- c. Surat Edaran Bank Indonesia Nomor 21/15/BPPP Tanggal 25 Maret 1989 tentang Peleburan Usaha dan Penggabungan Usaha bagi Bank

Umum Swasta Nasional, Bank Pembangunan, dan Bank Perkreditan Rakyat;

- d. Keputusan Menteri Keuangan Nomor 222/KMK.017/1993 tanggal 26 Februari 1993 tentang Persyaratan dan Tata Cara Merger, Konsolidasi, dan Akuisisi Bank.

2.4.2. Periode Setelah UU No. 1 Tahun 1995

1. Undang-undang

Diterbitkannya UU No. 1 Tahun 1995 pada tanggal 7 Maret 1995 memberikan dasar hukum yang lebih tinggi dan kuat terhadap kegiatan Merger. Ketentuan mengenai Merger dalam UU No. 1 Tahun 1995 diatur tersendiri, yaitu dalam Bab VII tentang Penggabungan, Peleburan dan Pengambilalihan yang terdiri dari 7 (tujuh) pasal, yaitu dari Pasal 102 sampai dengan Pasal 109. Selain itu juga terdapat pengaturan dalam Pasal 76 yang mengatur mengenai ketentuan kuorum dan *voting* dalam RUPS untuk Merger, yang dapat dikutip sebagai berikut:

Pasal 76

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

Pada tahun yang sama juga diterbitkan peraturan terkait dengan Merger di bidang pasar modal, yaitu UU No. 8 tahun 1995. Di bidang pasar modal mengenai Merger diatur dalam Pasal 84 UU No. 8 tahun 1995, yang dapat dikutip sebagai berikut:

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

Selanjutnya UU No. 1 Tahun 1995 diganti dan disempurnakan dengan UU No. 40 tahun 2007 yang disahkan pada tanggal 16 Agustus 2007. Dikeluarkannya UU No. 40 Tahun 2007 tersebut didasarkan pada beberapa pertimbangan, yaitu⁷⁴:

- a. Dalam perkembangannya ketentuan dalam UU No. 1 Tahun 1995 tersebut dipandang tidak lagi memenuhi perkembangan hukum dan kebutuhan masyarakat karena keadaan ekonomi serta kemajuan ilmu pengetahuan, teknologi, dan informasi sudah berkembang begitu pesat khususnya pada era globalisasi;
- b. Selain itu adanya tuntutan masyarakat akan layanan yang cepat, kepastian hukum, serta tuntutan akan pengembangan dunia usaha yang sesuai dengan prinsip pengelolaan perusahaan yang baik (*good corporate governance*).

UU No. 40 Tahun 2007 mengalami beberapa penambahan dan banyak penyempurnaan dari UU No. 1 tahun 1995, termasuk dalam hal pengaturan kegiatan Merger yang diatur dalam Pasal 122 sampai dengan Pasal 137. Apabila dilihat lebih lanjut terdapat beberapa perbedaan dalam pengaturan Merger di dalam UU No. 1 tahun 1995 dengan UU No. 40 tahun 2007, yaitu:

- a. UU No. 1 tahun 1995 hanya mengatur ketentuan mengenai Merger saja, sedangkan UU No. 40 tahun 2007 memiliki cakupan yang lebih luas karena undang-undang ini tidak hanya mengatur ketentuan mengenai Merger akan tetapi juga mengatur mengenai pemisahan perseroan (*corporate split*)⁷⁵, sedangkan UU No. 1 tahun 1995 tidak mengenal ketentuan ini;
- b. UU No. 1 tahun 1995 mengatur bahwa Merger mengakibatkan perseroan yang menggabungkan atau meleburkan diri berakhir karena hukum, dan

⁷⁴ Indonesia, *UU No. 40 Tahun 2007*, Bagian Umum Penjelasan.

⁷⁵ “Pemisahan adalah perbuatan hukum yang dilakukan oleh Perseroan untuk memisahkan usaha yang mengakibatkan seluruh aktiva dan pasiva Perseroan beralih karena hukum kepada dua Perseroan atau lebih atau sebagian aktiva dan pasiva Perseroan beralih karena hukum kepada satu Perseroan atau lebih”. Indonesia, *UU No. 40 tahun 2007*, Pasal 1 butir 12.

Merger dapat dilakukan dengan atau tanpa mengadakan likuidasi terlebih dahulu. Ketentuan tersebut berdasarkan UU No. 40 tahun 2007 dipersempit sehingga berakhirnya perseroan terjadi tanpa likuidasi terlebih dahulu⁷⁶;

- c. UU No. 40 tahun 2007 mensyaratkan kewajiban perseroan untuk mengumumkan rencana Merger kepada karyawan perseroan dalam bentuk tertulis dalam waktu 30 hari sebelum Merger⁷⁷ suatu hal yang belum diatur oleh UU No. 1 tahun 1995.

Bahwa setelah diterbitkannya UU No. 1 Tahun 1995 ketentuan perundang-undangan terkait dengan Merger di bidang perbankan juga mengalami perubahan, sebagaimana tertuang dalam Pasal 28 Undang-undang Nomor 10 Tahun 1998, yang dapat dikutip sebagai berikut:

- “(1) Merger, konsolidasi, dan akuisisi wajib terlebih dahulu mendapat izin Pimpinan Bank Indonesia.
(2) Ketentuan mengenai merger, konsolidasi, dan akuisisi ditetapkan dengan Peraturan Pemerintah.*

2. Peraturan Pemerintah

Sebagai peraturan pelaksana Pasal 109 UU No. 1 tahun 1995, pada tanggal 24 Februari 1998, Pemerintah kemudian menerbitkan PP Nomor 27 Tahun 1998. Ketentuan dalam PP No. 27 tahun 1998 ini berisi hal-hal yang bersifat teknis dan prosedural dalam aktivitas Merger.

Ketentuan mengenai Merger berlaku secara umum bagi seluruh pelaku usaha yang berbentuk perseroan terbatas, oleh karena itu ketentuan Merger ini

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

⁷⁷ *”Direksi Perseroan yang akan melakukan Penggabungan, Peleburan, Pengambil-alihan, atau Pemisahan wajib mengumumkan ringkasan rancangan paling sedikit dalam 1 (satu) Surat Kabar dan mengumumkan secara tertulis kepada karyawan dari Perseroan yang akan melakukan Penggabungan, Peleburan, Pengambilalihan, atau Pemisahan dalam jangka waktu paling lambat 30 (tiga puluh) hari sebelum pemanggilan RUPS”.* Indonesia, UU No. 40 tahun 2007, Pasal 127.

memiliki cakupan yang sangat luas, bahkan dalam kasus-kasus tertentu Merger merupakan strategi nasional untuk menciptakan daya saing ditingkat internasional⁷⁸, dan bahkan Merger dilakukan secara transnasional untuk tujuan tersebut. Mengingat cakupannya yang luas tersebut, secara khusus di Indonesia aktivitas Merger di bidang usaha perbankan dan pasar modal memiliki peraturan tersendiri yang dikeluarkan oleh lembaga otoritasnya masing-masing.

Sejalan dengan diterbitkannya UU No. 10 tahun 1998, maka pada tanggal 7 Mei 1999 Pemerintah mengeluarkan PP Nomor 28 Tahun 1999.

3. Peraturan Lainnya

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

Ketentuan lebih spesifik mengenai Merger bagi pelaku usaha yang sudah *listing* di pasar modal atau emiten diatur melalui Peraturan Badan Pengawas Pasar Modal dan Lembaga Keuangan, yaitu melalui Peraturan Nomor IX.G.1 tentang Penggabungan Usaha atau Peleburan Usaha Perusahaan Publik atau Emiten yang merupakan bagian dari Keputusan Ketua Bapepam Nomor Kep-52/PM/1997 tanggal 26 Desember 1997. Tentunya perlu diingat bahwa PP No. 27 tahun 1998 tetap berlaku bagi emiten, dan PP No. 28 tahun 1999 juga berlaku bagi bank yang menjadi emiten.

⁷⁸ Alison Jones and Brenda Sufrin, *op.cit.*, hal. 848.

2.5. Peraturan Perundang-undangan yang Mensyaratkan agar Memperhatikan Prinsip Persaingan Usaha yang Sehat dalam Merger

Bahwa ada beberapa peraturan perundang-undangan yang mensyaratkan prinsip-prinsip persaingan usaha yang sehat dalam melakukan Merger, hal ini dapat dilihat sebagai berikut:

1. Peraturan Mengenai Perseroan Terbatas

Pengaturan mengenai Perseroan Terbatas secara komprehensif pertama kali diatur dalam UU No. 1 Tahun 1995. Dalam peraturan tersebut juga dijelaskan secara komprehensif mengenai Merger, namun ada hal yang menarik dalam peraturan tersebut yaitu UU No. 1 Tahun 1995 mensyaratkan agar kegiatan Merger tetap memperhatikan prinsip-prinsip persaingan usaha yang sehat. Hal ini dapat dilihat dalam Pasal 104 ayat (2) butir b UU No. 1 tahun 1995, yang dapat dikutip sebagai berikut: *“kepentingan masyarakat dan persaingan sehat dalam melakukan usaha”*.

Dalam Bagian Umum Penjelasan UU No. 1 Tahun 1995 juga menjelaskan mengenai pentingnya prinsip persaingan usaha yang sehat dalam Merger, yang dapat dikutip sebagai berikut:

“Untuk mencegah terjadinya persaingan yang tidak sehat akibat menumpuknya kekuatan ekonomi pada sekelompok kecil pelaku ekonomi serta sejauh mungkin mencegah monopoli dan monopsoni dalam segala bentuknya yang merugikan masyarakat, maka dalam Undang-undang ini diatur pula persyaratan dan tata cara untuk melakukan penggabungan, peleburan, dan pengambilalihan perseroan.”

Selanjutnya UU No. 1 Tahun 1995 diganti dan disempurnakan dengan UU No. 40 Tahun 2007. Akan tetapi dalam peraturan yang baru tersebut, pemerintah masih tetap mensyaratkan agar kegiatan Merger tetap memperhatikan prinsip-prinsip persaingan usaha yang sehat. Hal ini dapat dilihat dalam Pasal 126 ayat (1) butir c UU No. 40 Tahun 2007, yang dapat dikutip sebagai berikut:

- (1) *Perbuatan hukum Penggabungan, Peleburan, Pengambilalihan, atau Pemisahan wajib memperhatikan kepentingan:*
- a. *Perseroan, pemegang saham minoritas, karyawan Perseroan;*
 - b. *kreditor dan mitra usaha lainnya dari Perseroan; dan*
 - c. *masyarakat dan persaingan sehat dalam melakukan usaha.*

Dalam Penjelasan pasal tersebut di atas juga menyatakan sebagai berikut:

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

Dalam bagian umum penjelasan PP No. 27 Tahun 1998 juga mencantumkan perlunya memperhatikan prinsip-prinsip persaingan usaha yang sehat dalam Merger, yang dapat dikutip sebagai berikut:

” Berdasarkan pemikiran tersebut di atas, maka upaya penciptaan iklim dunia usaha yang sehat dan efisien tidak boleh mengarah kepada penguasaan sumber ekonomi dan pemusatan kekuatan ekonomi pada suatu kelompok atau golongan tertentu. Oleh sebab itu, tindakan penggabungan (merger), peleburan (konsolidasi) dan pengambilalihan (akuisisi) perseroan yang dapat mendorong ke arah terjadinya monopoli, monopsoni atau persaingan curang harus dapat dihindari sejak dini, dengan kata lain tindakan penggabungan, peleburan, dan pengambilalihan perseroan hendaknya tetap memperhatikan kepentingan perseroan, pemegang saham, karyawan perseroan, atau masyarakat termasuk pihak ketiga yang berkepentingan.”

2. Peraturan Mengenai Perbankan

Kegiatan Merger di bidang Perbankan diatur dalam UU No. 10 Tahun 1998. Dalam peraturan tersebut juga disyaratkan agar kegiatan Merger tetap memperhatikan prinsip-prinsip persaingan usaha yang sehat. Hal ini dapat dilihat dalam penjelasan Pasal 28 ayat (1) UU No. 10 tahun 1998, yaitu dapat dikutip sebagai berikut:

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

Selain itu, dalam Penjelasan Pasal 4 ayat (1) dan ayat (2) PP No. 28 Tahun 1999 menjelaskan perlunya memperhatikan prinsip persaingan usaha yang sehat dalam Merger, yang dapat dikutip sebagai berikut:

“Dalam memberikan izin Merger, Konsolidasi dan Akuisisi, Bank Indonesia akan menilai apakah pelaksanaan Merger, Konsolidasi dan Akuisisi tersebut :

- a. dapat mendorong kinerja Bank dan sistem perbankan nasional;*
- b. tidak menimbulkan pemusatan kekuatan ekonomi pada 1 (satu) orang atau kelompok dalam bentuk monopoli yang merugikan masyarakat;*
- c. tidak merugikan nasabah Bank.”*

Berdasarkan uraian di atas, dapat dilihat bahwa memang terdapat hubungan pentingnya memperhatikan prinsip persaingan usaha yang sehat dalam Merger. Hal ini diperlukan karena Merger dapat menimbulkan pemusatan ekonomi pada pelaku usaha dalam bentuk monopoli yang dapat merugikan masyarakat, sehingga bagi setiap pelaku usaha yang akan melakukan Merger baik di bidang apa pun tidak boleh mengabaikan prinsip-prinsip persaingan usaha yang sehat.

3. Peraturan Mengenai Persaingan Usaha

Peraturan yang mengatur mengenai prinsip-prinsip persaingan usaha yang sehat diatur secara komprehensif dalam UU Nomor 5 tahun 1999. Dalam peraturan tersebut kegiatan Merger diatur dalam Bab V Bagian keempat tentang Penggabungan, Peleburan dan Pengambilalihan Pasal 28 dan Pasal 29, yang dapat dikutip sebagai berikut:

Pasal 28

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

Pasal 29

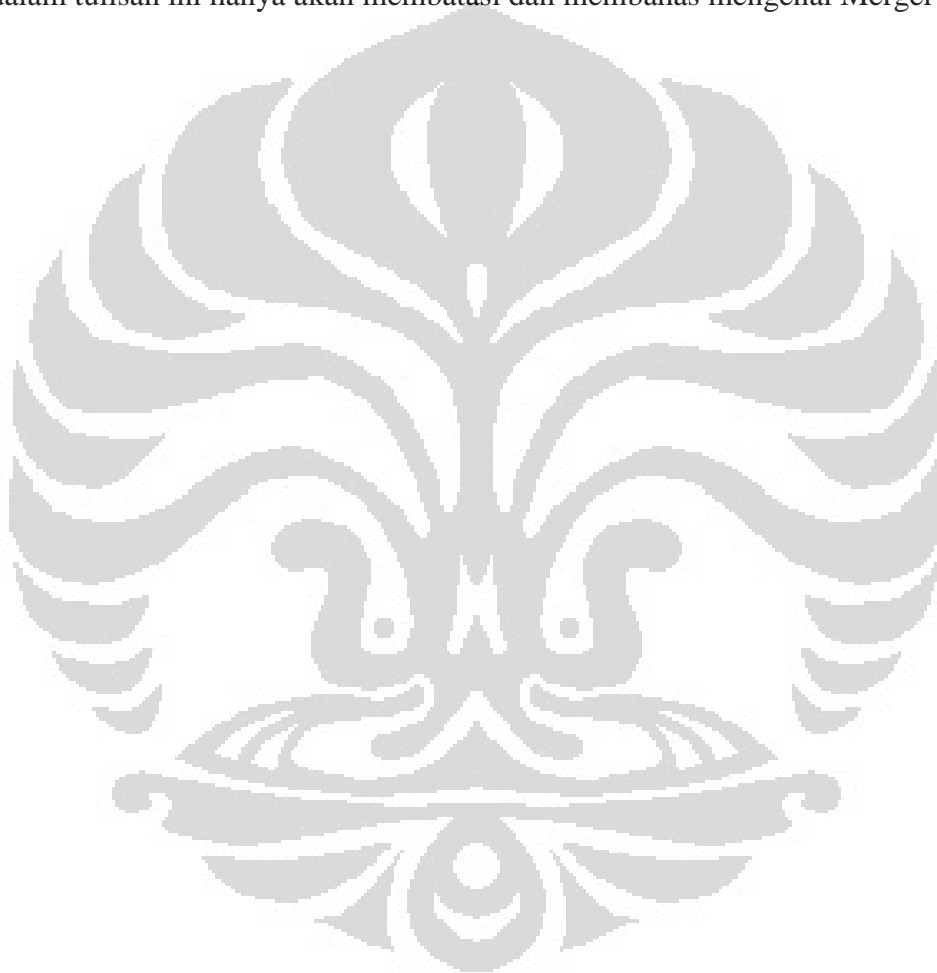
- (1) *Penggabungan atau peleburan badan usaha, atau pengambilalihan saham sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28 yang berakibat nilai aset dan atau nilai penjualannya melebihi jumlah tertentu, wajib diberitahukan kepada Komisi, selambat-lambatnya 30 (tiga puluh) hari sejak tanggal penggabungan, peleburan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

Pada tanggal 20 Juli 2010 Pemerintah telah mengeluarkan PP No. 57 Tahun 2010. PP No. 57 Tahun 2010 tersebut merupakan peraturan pelaksana dari Pasal 28 dan Pasal 29 UU No. 5 Tahun 1999. Hampir 10 tahun kedua pasal tersebut bersifat *lex imperfecta*⁷⁹ (masih berupa hukum yang belum sempurna) karena tidak dapat diimplementasikan sebelum adanya PP No. 57 Tahun 2010. Namun

⁷⁹ Pasal 28 dan Pasal 29 merupakan *lex imperfecta*. Pasal-pasal tersebut baru dapat diimplementasikan setelah pemerintah menerbitkan peraturan pemerintah yang disyaratkan di Pasal 28 ayat (3) dan Pasal 29 ayat (2). Pasal 28 ayat (1) dan (2) maupun Pasal 29 ayat (1), kalau berdiri sendiri/tanpa disertai peraturan pelaksanaannya, terlalu kabur untuk dapat diimplementasi. Kedua pasal tersebut secara jelas dimasukkan berdasarkan hasil keputusan untuk melaksanakan pengawasan terhadap konsentrasi dan sebagai alat pengingat dalam undang-undang. Di Jerman, dan belakangan di Uni Eropa, pengawasan terhadap konsentrasi juga baru dilaksanakan bertahun-tahun sesudah undang-undang persaingannya sendiri diberlakukan. Lihat Knud Hansen, et al., *Undang-undang No. 5 Tahun 1999: Undang-undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, cet. 2, (Jakarta: GTZ bekerjasama dengan PT Katalis Mitra Plaosan, 2002), hal. 358.

saat ini kedua pasal tersebut sudah dapat diimplementasikan, sehingga penegakan prinsip-prinsip persaingan usaha yang sehat dalam Merger sudah bisa ditegakkan.

Uraian di atas telah menjelaskan bagaimana pengaturan Merger berdasarkan peraturan perundang-undangan di Indonesia. Selain itu dapat dilihat bahwa seluruh peraturan yang mengatur mengenai Merger mensyaratkan perlunya untuk memperhatikan prinsip-prinsip persaingan usaha yang sehat. Oleh karena itu seluruh Merger perusahaan perlu ditinjau dari perspektif persaingan usaha, namun dalam tulisan ini hanya akan membatasi dan membahas mengenai Merger Asing.



BAB 3

PENGATURAN MERGER ASING YANG DAPAT MENGAKIBATKAN PERSAINGAN USAHA TIDAK SEHAT

3.1. Pentingnya Pengaturan Merger Asing yang Dapat Mengakibatkan Persaingan Usaha Tidak Sehat

Membahas mengenai persaingan usaha tidak akan bisa tanpa membahas mengenai Merger, karena Merger dapat berpengaruh terhadap persaingan yang terjadi dalam suatu pasar. Pengaturan Merger di dalam UU No. 5 Tahun 1999 merupakan suatu bentuk pencegahan kegiatan Merger yang dapat mengurangi persaingan. Merger sangat erat kaitannya dengan potensi terjadinya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat, karena pada dasarnya esensi dari Merger adalah adanya pertambahan nilai dari perusahaan-perusahaan yang melakukan Merger, sehingga hal ini mempunyai kemungkinan akan menimbulkan dampak negatif bagi persaingan sehat di pasar, apabila aktivitas tersebut dilakukan dengan maksud menguasai pasar dengan cara yang tidak sehat.

Dampak negatif diantaranya terjadi ketika transaksi Merger dilakukan untuk melahirkan atau menambah kekuatan perusahaan di pasar (*market power*). Dengan kekuatan tersebut, perusahaan dapat menaikkan harga di atas harga kompetisi dan menurunkan jumlah dan kualitas produknya. Hal ini sangat merugikan konsumen. Selain itu kekuatan atau penguasaannya dalam pasar bersangkutan tersebut membuat perusahaan tidak lagi mempunyai insentif untuk meningkatkan kualitas teknologi dan menambah inovasinya. Dengan kekuatan dan penguasaannya perusahaan hasil Merger bahkan dapat menciptakan atau meningkatkan hambatan masuk bagi pendatang baru untuk masuk ke pasar⁸⁰.

Di Amerika Serikat, kekhawatiran utama dari Merger adalah penciptaan atau penguatan kekuatan pasar (*market power*) dari perusahaan hasil Merger⁸¹. Di

⁸⁰Syamsul Maarif, *Merger, Konsolidasi, Akuisisi, dan Pemisahan PT Menurut UU No. 40/2007 dan Kaitannya dengan Hukum Persaingan*, Jurnal Hukum Bisnis, Volume 27 – No. 1 Tahun 2008.

⁸¹ Alison Jones and Brenda Sufrin, *op.cit.*, hal. 317.

Uni Eropa beberapa dampak yang menjadi perhatian sebagai akibat dari suatu Merger, antara lain⁸²:

- a. Struktur pasar yang berdampak buruk;
- b. Ketakutan terhadap lahirnya bisnis raksasa;
- c. Sektor sensitif yang dikuasai asing;
- d. Pengangguran.

Adapun Merger yang potensial menimbulkan persaingan usaha tidak sehat adalah Merger horizontal, di mana perusahaan yang semula bersaing akan menjadi suatu kekuatan pasar jika mereka bergabung, sebab Merger tersebut akan mengakibatkan hilangnya persaingan yang ada sebelumnya dan pangsa pasarnya semakin besar⁸³. Dampak negatif terhadap persaingan yang dapat ditimbulkan oleh Merger horizontal, adalah:

1. *Unilateral Effect*⁸⁴

Merger ini menciptakan satu pelaku usaha tunggal yang memiliki kekuatan penuh atas pasar, memantapkan posisi satu pelaku usaha yang sebelumnya telah memiliki kekuatan atas pasar (posisi dominan), dan menghalangi para pelaku usaha baru untuk masuk ke pasar (*barriers to entry*)⁸⁵.

Dengan kekuasaan atas pasar yang cukup tinggi atau memantapkan posisi suatu perusahaan yang telah memiliki kekuasaan atas pasar sehingga ia mampu

⁸² *Ibid.*, hal. 848-854.

⁸³ Elyta Ras Ginting, *Hukum Anti Monopoli Indonesia*, (Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2001), hal. 85.

⁸⁴ Unilateral effects are defined as follows: "A merger may diminish competition even if it does not lead to increased likelihood of successful coordinate interaction, because merging firms may find it profitable to alter their behavior unilaterally following the acquisition by elevating price and suppressing output. Unilateral competitive effects can arise in a variety of different settings. In each setting, particular other factors describing the relevant market affect the likelihood of unilateral competitive effects. The settings differ by the primary characteristics that distinguish firms and shape the nature of their competition." Lihat OECD, *Policy Roundtables: Standar For Merger Review*, DAF/COMP(2009)21, diakses pada <http://www.oecd.org/dataoecd/28/52/45247537.pdf>, diunduh tanggal 25 Mei 2012, hal. 17.

⁸⁵ Syamsul Maarif, *Merger dalam Perspektif Hukum Persaingan Usaha*, (Jakarta: degraf Publishing, 2010), hal. 11.

meningkatkan harga melebihi tingkat persaingan, sehingga menimbulkan kerugian yang bertahan lama atas konsumen⁸⁶.

Satu lagi jenis dampak sepihak bersifat anti persaingan bisa terjadi dalam pasar dengan produk-produk heterogen. Produk-produk heterogen memiliki ciri-ciri yang khas, misalnya, spesifikasi teknik atau citra merek, yang lebih menarik bagi para pembeli tertentu daripada bagi para pembeli lainnya⁸⁷.

Jadi, Merger antara dua pesaing yang menjual produk-produk yang merupakan produk pengganti yang dekat mungkin paling menarik bagi perusahaan-perusahaan yang terlibat dan paling berbahaya bagi persaingan. Setelah Merger, bila perusahaan menaikkan harga, presentase besar penjualan yang tadinya bisa merugi kini tetap dalam perusahaan yang sama. Makin dekat sifat pengganti produk yang diperoleh, makin banyak dikurangi penghalang atas penetapan harga dengan adanya Merger tersebut, dan lebih besar kemungkinan hasil Merger tersebut menjadi peningkatan harga secara sepihak untuk paling tidak produk tersebut (dan mungkin produk perusahaan yang diakuisisi juga). Dalam keadaan-keadaan ini, suatu Merger horizontal bisa ditantang sekalipun ada beberapa perusahaan yang beroperasi dalam pasar tersebut⁸⁸.

2. *Coordinated Effect*⁸⁹

Merger ini memudahkan para pelaku usaha yang telah ada didalam pasar untuk mengkoordinasikan perilaku para pelaku usaha tersebut sehingga mengurangi persaingan harga, kualitas, dan kuantitas. Contoh dampak Merger ini adalah terciptanya kesepakatan eksplisit maupun implisit atas harga yang

⁸⁶ R. Shyam Khemani dan André Barsony, *Kerangka Rancangan dan Pelaksanaan Undang-undang dan Kebijakan Persaingan*, Bank Dunia dan Organisasi Kerjasama dan Pembangunan Ekonomi (OECD) (Washington, DC, Amerika Serikat dan Paris, Prancis), diterjemahkan oleh PahalaTamba, Sworn Translator, Jakarta, 1999, hal. 49.

⁸⁷*Ibid*, hal. 50.

⁸⁸*Ibid*.

⁸⁹ Co-ordinated effects are defined as follows: "A merger may diminish competition by enabling the firms selling in the relevant market more likely, more successfully, or more completely to engage in co-ordinated interaction that harms consumers. Co-ordinated interaction is comprised of actions by a group of firms that are profitable for each of them only as a result of the accommodating reactions of the others. This behaviour includes tacit or express collusion, and may or may not be lawful in and of itself." Lihat OECD, *Policy Roundtables: Standar For Merger Review*, *loc.cit*.

ditetapkan, pembagian wilayah dalam menjual barang dan/atau jasa⁹⁰. Untuk dapat berhasil, kesepakatan demikian harus memenuhi empat syarat⁹¹:

- a. Semua perusahaan penting dalam pasar tersebut harus diyakinkan untuk ikut dalam kelompok yang berkolusi;
- b. Perusahaan-perusahaan ini kemudian harus mampu menyepakati perilaku mereka yang bersifat anti persaingan setelah itu (misalnya, berapa harga yang harus dikenakan);
- c. Perusahaan-perusahaan tersebut harus mampu mendeteksi apakah ada diantara perusahaan-perusahaan peserta yang mengkhianati kesepakatan tersebut guna memperoleh lebih banyak daripada bagian penjualan yang adil baginya (misalnya, dengan mengenakan harga yang sedikit lebih rendah daripada yang disepakati tetapi masih lebih tinggi daripada harga kompetitif);
- d. Perusahaan-perusahaan tersebut harus mampu secara kolektif menghukum perusahaan yang tidak loyal demikian guna mempertahankan syarat-syarat dan keutuhan kesepakatan semula.

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

Lebih jauh dengan ciri-ciri demikian adalah lebih mudah mencapai dan mempertahankan suatu kesepakatan yang eksplisit bagi sejumlah kecil perusahaan daripada bagi sebuah grup besar. Maka dalam industri-industri tertentu dengan adanya Merger lebih besar kemungkinan bahwa perusahaan-perusahaan selebihnya akan menjalankan perilaku anti-persaingan terkoordinasi⁹².

Sementara itu, Merger vertikal pada umumnya memiliki kemungkinan lebih kecil untuk menghilangkan atau menghambat persaingan karena Merger yang

⁹⁰ Syamsul Maarif, *Merger dalam Perspektif Hukum Persaingan Usaha*, *op.cit.*, hal. 11-12.

⁹¹ R. Shyam Khemani dan André Barsony, *loc.cit.*

⁹² *Ibid.*

demikian tidak langsung mengurangi jumlah pesaing dalam pasar. Meskipun demikian, Merger vertikal juga dapat menimbulkan hambatan masuk (*entry barriers*) bagi pelaku usaha baru untuk masuk ke dalam pasar. Misalnya melalui penutupan akses bagi pendatang baru terhadap input produksi ataupun terhadap konsumennya. Selain itu dampak lain yang ditimbulkan adalah semakin memantapkan posisi dominan dari pelaku usaha yang melakukan Merger⁹³.

Kebanyakan, Merger tidak menyebabkan dampak yang serius pada meningkatnya kekuatan pasar, tetapi pada beberapa kasus yang aktual ditemukan terdapat dampak serius pada kondisi persaingan sebagai akibat dari Merger. Apabila tidak terdapat alat yang dapat mengendalikan Merger, maka tidak dapat diragukan lagi pastilah aktivitas Merger akan tumbuh dengan begitu pesat.

Tujuan dari sistem pengaturan Merger adalah untuk mencegah efek anti persaingan dengan mengenakan hukuman yang wajar dan sesuai, termasuk ketentuan larangan apabila diperlukan. Terdapat hal yang tak kalah penting untuk dipertimbangkan sebelumnya, apakah sistem pengendalian Merger dimaksudkan untuk melindungi persaingan atau untuk melindungi konsumen.

Jika orientasinya adalah perlindungan terhadap konsumen, maka sebaiknya sistem pengaturan Merger tersebut difokuskan terhadap Merger yang dapat memperlemah persaingan dengan jalan meningkatkan kepentingan perusahaan (*higher profits*). Dengan jalan ini, sistem pengaturan Merger harus menghasilkan keuntungan bagi konsumen (harga murah, kualitas yang bagus, pilihan yang tepat dan sebagainya).

Dalam hal ini, Merger Asing yang dilakukan di luar yurisdiksi wilayah Indonesia juga dapat berdampak baik secara langsung maupun tidak langsung terhadap pasar di Indonesia, sehingga dapat merugikan masyarakat. Oleh karena itu Merger Asing yang berdampak terhadap pasar Indonesia juga perlu untuk diawasi dan diatur.

⁹³ Syamsul Maarif, *Merger dalam Perspektif Hukum Persaingan Usaha*, *op.cit.*, hal.12.

3.2. Lembaga Pengawas Merger Asing yang dapat Mengakibatkan Persaingan Usaha Tidak Sehat

Pemerintah perlu waspada terhadap kegiatan Merger Asing yang dapat membawa dampak negatif terhadap persaingan di pasar Indonesia. Ketika terjadi kegagalan pasar, maka muncul rasionalitas akan perlunya intervensi dari pihak pemerintah. Ketika pasar menjadi tidak sempurna, maka pemerintah dapat turun tangan untuk mengintervensi kegagalan pasar yang terjadi. Diharapkan, intervensi pemerintah tersebut dapat mengarahkan pasar menjadi lebih baik atau dalam pengertian sebelumnya membuat pasar menjadi lebih efisien secara ekonomi⁹⁴. Salah satu bentuk intervensi pemerintah dalam pasar ditunjukkan dengan adanya kebijakan dan hukum persaingan (*competition law and policy*) selain dari regulasi ekonomi.

Agar tidak terjadi kegagalan pasar yang diakibatkan oleh Merger Asing, maka pemerintah dapat melakukan pengawasan dan pengaturan terhadap Merger Asing melalui peraturan perundang-undangan. Peraturan perundang-undangan yang dimaksud adalah Pasal 28 dan Pasal 29 UU 5 Tahun 1999. Pasal 28 UU No. 5 Tahun 1999 mengatur bahwa Merger dilarang dilakukan apabila mengakibatkan terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat. Ketentuan ini berlaku secara umum, artinya larangan ini berlaku baik bagi Merger lokal maupun Merger Asing apabila berdampak terhadap persaingan di pasar Indonesia.

Selanjutnya berdasarkan ketentuan Pasal 30 UU No. 5 tahun 1999, untuk mengawasi pelaksanaan Undang-undang ini dibentuk Komisi Pengawas Persaingan Usaha (“KPPU”) yang merupakan lembaga independen yang terlepas dari pengaruh dan kekuasaan pemerintah serta pihak lain.

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

“melakukan penilaian terhadap ada atau tidak adanya penyalahgunaan posisi dominan yang dapat mengakibatkan

⁹⁴ Andi Fahmi Lubis dan Ningrum Natasya Sirait (*ed.*), *op.cit*, hal. 38.

terjadinya praktek monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat sebagaimana diatur dalam Pasal 25 sampai dengan Pasal 28”

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

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

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

- (1) *Komisi berwenang menjatuhkan sanksi berupa tindakan administratif terhadap pelaku usaha yang melanggar ketentuan Undang-undang ini.*
- (2) *Tindakan administratif sebagaimana dimaksud dalam ayat (1) dapat berupa:*
 - a. *penetapan pembatalan perjanjian sebagaimana dimaksud dalam Pasal 4 sampai dengan Pasal 13, Pasal 15, dan Pasal 16; dan atau*
 - b. *perintah kepada pelaku usaha untuk menghentikan integrasi vertikal sebagaimana dimaksud dalam Pasal 14; dan atau*
 - c. *perintah kepada pelaku usaha untuk menghentikan kegiatan yang terbukti menimbulkan praktek monopoli dan atau menyebabkan persaingan usaha tidak sehat dan atau merugikan masyarakat; dan atau*
 - d. *perintah kepada pelaku usaha untuk menghentikan penyalahgunaan posisi dominan; dan atau*
 - e. *penetapan pembatalan atas penggabungan atau peleburan badan usaha dan pengambilalihan saham sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28; dan atau*
 - f. *penetapan pembayaran ganti rugi; dan atau*
 - g. *pengenaan denda serendah-rendahnya Rp 1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah) dan setinggi-tingginya Rp 25.000.000.000,00 (dua puluh lima miliar rupiah).*

Berdasarkan ketentuan tersebut, dapat disimpulkan bahwa KPPU adalah lembaga yang berwenang untuk mengatur dan mengawasi Merger Asing yang dapat mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat di Indonesia.

3.3. Pengaturan Merger Asing Berdasarkan Peraturan KPPU No. 10 Tahun 2011

Merger Asing dapat berpotensi mengurangi persaingan dan merugikan masyarakat di pasar Indonesia, sehingga Merger Asing tersebut perlu diawasi dan diatur. Dalam melakukan pengawasan dan pengaturan Merger, pemerintah mengeluarkan PP No. 57 Tahun 2010. Selanjutnya untuk memberikan transparansi kepada pelaku usaha, KPPU mengeluarkan *Merger Review Guidelines*, yang tertuang dalam Peraturan KPPU No. 10 Tahun 2011 tentang Pedoman Pelaksanaan tentang Penggabungan atau Peleburan Badan Usaha dan Pengambilalihan Saham Perusahaan yang dapat Mengakibatkan Terjadinya Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat ("Peraturan KPPU No. 10 Tahun 2011"). Pedoman ini menjelaskan mengenai tahapan-tahapan penilaian yang dilakukan KPPU terhadap Merger Asing termasuk juga deskripsi dari aspek-aspek yang akan dinilai oleh KPPU dalam menentukan apakah suatu Merger Asing dapat mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat. Pengaturan mengenai Merger Asing tidak dibahas baik dalam UU No. 5 Tahun 1999 maupun PP No. 57 Tahun 2010, namun diatur secara eksplisit dalam Peraturan KPPU No. 10 Tahun 2011.

Berdasarkan Pasal 29⁹⁵ UU No. 5 Tahun 1999 dan Pasal 5⁹⁶ PP No. 57 Tahun 2010, sistem pengaturan Merger di Indonesia menerapkan sistem *post-notification*, artinya setelah perusahaan melakukan Merger, maka perusahaan hasil Merger wajib melakukan pemberitahuan kepada KPPU. Akan tetapi, dalam

⁹⁵ "Penggabungan atau peleburan badan usaha, atau pengambilalihan saham sebagaimana dimaksud dalam Pasal 28 yang berakibat nilai aset dan atau nilai penjualannya melebihi jumlah tertentu, wajib diberitahukan kepada Komisi, selambat-lambatnya 30 (tiga puluh) hari sejak tanggal penggabungan, peleburan atau pengambilalihan tersebut". Indonesia, UU No. 5 Tahun 1999, Pasal 29 ayat (1).

⁹⁶ "Penggabungan Badan Usaha, Peleburan Badan Usaha, atau Pengambilalihan saham perusahaan lain yang berakibat nilai aset dan/atau nilai penjualannya melebihi jumlah tertentu wajib diberitahukan secara tertulis kepada Komisi, paling lama 30 (tiga puluh) hari sejak tanggal telah berlaku efektif secara yuridis Penggabungan Badan Usaha, Peleburan Badan Usaha, atau Pengambilalihan saham perusahaan". KPPU, Peraturan KPPU No. 57 Tahun 2010, Pasal 5 ayat (1).

hal ini Pasal 10 PP No. 57 Tahun 2010⁹⁷ memberikan opsi bagi perusahaan yang akan melakukan Merger untuk melakukan konsultasi kepada KPPU secara sukarela baik secara tertulis maupun lisan sebelum melaksanakan Merger. Berdasarkan hal tersebut, maka KPPU dapat melakukan pengaturan Merger dalam 2 (dua) bentuk, yaitu:

- a. Post-evaluasi (Pemberitahuan);
- b. Pra-evaluasi (Konsultasi).

3.3.1. Post-evaluasi (Pemberitahuan)

Bahwa tidak semua Merger Asing wajib diberitahukan kepada KPPU, tetapi hanya Merger Asing yang memenuhi syarat tertentu yang wajib melakukan notifikasi kepada KPPU. Beberapa syarat yang dimaksud, sebagai berikut⁹⁸:

- a. Merger dilakukan di luar yurisdiksi Indonesia;
- b. Berdampak langsung pada pasar Indonesia;
- c. Merger memenuhi batasan nilai;
- d. Merger antar perusahaan yang tidak terafiliasi.

3.3.1.1. Merger Dilakukan di Luar Yurisdiksi Indonesia

Merger Asing yang dimaksud adalah Merger yang khusus dilakukan antara perusahaan asing yang keduanya tidak berada di Indonesia. Apabila Merger tersebut dilakukan oleh perusahaan asing terhadap pelaku usaha Indonesia (misal

⁹⁷ “1) Pelaku Usaha yang akan melakukan Penggabungan Badan Usaha, Peleburan Badan Usaha, atau Pengambilalihan saham perusahaan lain yang berakibat nilai asset dan/atau nilai penjualannya melebihi jumlah tertentu sebagaimana dimaksud dalam Pasal 5 ayat (2) dan ayat (3) dapat melakukan konsultasi secara lisan atau tertulis kepada Komisi; 2) Konsultasi secara tertulis sebagaimana dimaksud pada ayat (1) dilakukan dengan mengisi formulir dan menyampaikan dokumen yang disyaratkan oleh Komisi”. Indonesia, PP No. 57 Tahun 2010, Pasal 10.

⁹⁸ KPPU, Peraturan Tentang Perubahan Atas Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 13 Tahun 2010 Tentang Pedoman Pelaksanaan Tentang Penggabungan atau Peleburan Badan Usaha dan Pengambilalihan Saham Perusahaan yang dapat Mengakibatkan Terjadinya Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat, Peraturan KPPU No. 10 Tahun 2011, ditetapkan di Jakarta, tanggal 21 September 2011, hal. 16.

akuisisi saham perusahaan lokal oleh perusahaan asing), maka Merger tersebut tidak dianggap sebagai Merger Asing namun dianggap sebagai Merger pada umumnya karena tidak terjadi di luar yurisdiksi Indonesia⁹⁹. Pada dasarnya Merger Asing yang terjadi di luar wilayah yurisdiksi Indonesia tidak menjadi perhatian KPPU selama tidak mempengaruhi kondisi persaingan domestik. Akan tetapi KPPU mempunyai wewenang dan akan melaksanakan kewenangannya apabila Merger Asing tersebut mempengaruhi persaingan di pasar Indonesia.

3.3.1.2. Berdampak Langsung Pada Pasar Indonesia

Bahwa apabila Merger Asing tersebut mempengaruhi persaingan di pasar Indonesia, maka KPPU mempunyai kewenangan untuk mengatur dan mengawasi Merger Asing tersebut. KPPU memberikan penjelasan mengenai Merger Asing yang berdampak langsung pada pasar Indonesia, yaitu sebagai berikut¹⁰⁰:

- a. Seluruh pihak yang melakukan Merger melakukan kegiatan usaha di Indonesia baik secara langsung maupun tidak langsung, misalnya melalui perusahaan di Indonesia yang di kendalikannya; atau
- b. Hanya 1 (satu) pihak yang melakukan kegiatan usaha di Indonesia namun pihak lain di dalam Merger memiliki penjualan ke Indonesia.

Bapak Taufik Ahmad¹⁰¹, menambahkan yang dimaksud dengan “melakukan kegiatan usaha di Indonesia” tidak hanya melalui anak perusahaan atau kantor perwakilan saja, tapi juga bisa melalui *Participating Interest* dalam kegiatan usaha hulu minyak dan gas bumi. Beliau juga mengatakan untuk saat ini Merger Asing yang wajib notifikasi kepada KPPU hanya yang mempunyai anak perusahaan, kantor perwakilan atau *Participating Interest* di Indonesia. Sedangkan Merger Asing yang keduanya hanya memiliki penjualan ke Indonesia tidak diwajibkan melakukan notifikasi ke KPPU.

⁹⁹ *Ibid.*

¹⁰⁰ *Ibid.*

¹⁰¹ Wawancara dengan Bapak Ir. Taufik Ahmad, ST., MM., sebagai Kepala Biro Merger KPPU, di Jakarta, tanggal 28 Mei 2012.

3.3.1.3. Batasan Nilai (*Thresholds*)

Bahwa tidak semua Merger Asing wajib diberitahukan kepada KPPU namun hanya yang memenuhi batasan nilai, yaitu:

- a. nilai aset perusahaan hasil Merger melebihi Rp2.500.000.000.000,00 (dua triliun lima ratus miliar rupiah); dan/atau
- b. nilai penjualan (omzet) perusahaan hasil Merger melebihi Rp5.000.000.000.000,00 (lima triliun rupiah);

Apabila salah satu pihak yang melakukan Merger bergerak di bidang perbankan, maka batasan nilai yang digunakan adalah nilai aset perusahaan hasil Merger melebihi Rp 20.000.000.000.000,00 (dua puluh triliun rupiah).

3.3.1.4. Merger antar perusahaan yang tidak terafiliasi

Merger secara sederhana adalah tindakan pelaku usaha yang mengakibatkan¹⁰²:

- a. Terciptanya konsentrasi kendali dari beberapa pelaku usaha yang sebelumnya independen kepada satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha; atau
- b. Beralihnya suatu kendali dari satu pelaku usaha kepada pelaku usaha lainnya yang sebelumnya masing-masing independen sehingga menciptakan konsentrasi pengendalian atau konsentrasi pasar.

KPPU dalam Peraturan KPPU No. 10 Tahun 2011 menyatakan bahwa Merger diantara perusahaan yang terafiliasi tidak merubah struktur pasar dan kondisi persaingan yang telah ada, sehingga dapat dikecualikan dan tidak wajib melakukan pemberitahuan kepada KPPU, hal ini termasuk juga Merger asing.

¹⁰² Mustafa Kamal Rokan, *Hukum Persaingan Usaha: Teori dan Praktiknya di Indonesia*, (Jakarta: Rajawali Pers, 2010), hal 219.

Berdasarkan penjelasan Pasal 7 PP No. 57 Tahun 2010, yang dimaksud dengan “terafiliasi” adalah:

- a. hubungan antara perusahaan, baik langsung maupun tidak langsung, mengendalikan atau dikendalikan oleh perusahaan tersebut;
- b. hubungan antara 2 (dua) perusahaan yang dikendalikan, baik langsung maupun tidak langsung, oleh pihak yang sama; atau
- c. hubungan antara perusahaan dan pemegang saham utama.

Pasal 29 UU No. 5 Tahun 1999, Pasal 5 PP No. 57 Tahun 2010 dan Peraturan KPPU No. 10 Tahun 2011, memberikan jangka waktu kepada perusahaan hasil Merger yang telah memenuhi syarat pemberitahuan untuk melakukan pemberitahuan kepada KPPU, yaitu paling lambat 30 (tiga puluh) hari sejak tanggal Merger telah berlaku efektif secara yuridis. Penentuan efektif yuridis untuk Merger Asing dihitung sejak tanggal ditandatanganinya kesepakatan Merger Asing oleh para pihak¹⁰³.

¹⁰³ Peraturan KPPU No. 10 Tahun 2011, hal. 11-12, menjelaskan mengenai penentuan efektif yuridis untuk Merger, yaitu sebagai berikut:

- a. Untuk Badan Usaha yang berbentuk perseroan terbatas, sesuai dengan ketentuan dalam Pasal 133 UU No. 40/2007 pada bagian penjelasan adalah tanggal:
 - i. Persetujuan menteri atas perubahan anggaran dasar dalam terjadi Penggabungan;
 - ii. Pemberitahuan diterima menteri baik dalam hal terjadi perubahan anggaran dasar sebagaimana dimaksud dalam Pasal 21 ayat (3) UU No. 40/2007 maupun yang tidak disertai perubahan anggaran dasar; dan
 - iii. Pengesahan menteri atas akta pendirian perseroan dalam hal terjadi peleburan.
- b. Dalam hal badan usaha yang melakukan Penggabungan, Peleburan dan Pengambilalihan tidak berbentuk perseroan terbatas atau berbentuk perseroan terbatas yang tidak tunduk dengan UU No. 40/2007, maka pemberitahuan dilakukan paling lambat 30 (tiga puluh) hari sejak tanggal ditandatanganinya kesepakatan Penggabungan, Peleburan dan Pengambilalihan oleh para pihak;
- c. Jika salah satu pihak yang melakukan Penggabungan, Peleburan dan Pengambilalihan adalah perseroan terbatas dan pihak lain adalah perusahaan non-perseroan terbatas, maka pemberitahuan dilakukan paling lambat 30 (tiga puluh) hari sejak tanggal ditandatanganinya kesepakatan Penggabungan, Peleburan dan Pengambilalihan oleh para pihak;
- d. Kemudian khusus untuk pengambilalihan saham yang terjadi di bursa efek, maka pemberitahuan dilakukan paling lambat 30 (tiga puluh) hari sejak:
 - i. tanggal surat jawaban Bapepam-LK terkait surat keterbukaan informasi pengambilalihan saham perseroan terbuka, jika nilai transaksi material pengambilalihan dibawah 50% ekuitas perusahaan;
 - ii. tanggal surat Perusahaan kepada Bapepam-LK tentang persetujuan RUPS terhadap pengambilalihan saham dengan transaksi material diatas 50% ekuitas perusahaan.

Setelah menerima pemberitahuan Merger Asing, selanjutnya KPPU akan melakukan penilaian dalam jangka waktu 90 (sembilan puluh) hari kerja. Penilaian substansi yang digunakan oleh KPPU untuk menilai Merger Asing adalah¹⁰⁴:

1. Mendefinisikan Pasar Bersangkutan

Penentuan pasar bersangkutan diperlukan untuk mengukur struktur pasar dan batasan dari pelaku anti persaingan yang dilakukan. Dengan mengetahui pasar bersangkutan maka dapat diidentifikasi pesaing nyata dari pelaku usaha dominan yang dapat membatasi perilakunya.

Pasar bersangkutan sesuai dengan Pasal 1 angka 10 UU No. 5 Tahun 1999 adalah pasar yang berkaitan dengan jangkauan atau daerah pemasaran tertentu oleh pelaku usaha atas barang dan atau jasa yang sama atau sejenis atau substitusi dari barang dan atau jasa tersebut.

Dalam pengertian tersebut di atas terdapat 2 (dua) dimensi, yaitu dimensi pasar produk (*product market*) yang terlihat pada kalimat : "...atas barang dan/atau jasa yang sama atau sejenis atau substitusi dari barang dan/atau jasa tersebut", dan dimensi pasar geografis (*geographic market*) yang terlihat pada kalimat: "...berkaitan dengan jangkauan atau daerah pemasaran tertentu...".¹⁰⁵

Pasar produk terkait dengan kesamaan, kesejensan dan/atau tingkat substitusinya. Suatu produk akan dikategorikan dalam pasar bersangkutan atau dapat digantikan satu sama lain apabila menurut konsumen terdapat kesamaan dalam hal fungsi/peruntukan/penggunaan, karakter spesifik serta perbandingan tingkat harga produk tersebut dengan harga barang lainnya. Dari sisi penawaran, barang substitusi merupakan produk yang potensial dihasilkan oleh pelaku usaha yang berpotensi masuk ke dalam pasar tersebut. Sedangkan pasar geografis terkait dengan jangkauan dan/atau daerah pemasaran. Suatu geografis akan dikategorikan dalam pasar bersangkutan didasarkan pada aspek geografis atau wilayah yang merupakan lokasi pelaku usaha melakukan kegiatannya, dan/atau lokasi ketersediaan atau peredaran produk dan jasa dan/atau dimana

¹⁰⁴ *Ibid.*, hal.19-25.

¹⁰⁵ Andi Fahmi Lubis dan Ningrum Natasya Sirait (*ed.*), *op.cit.*, hal. 50.

beberapa daerah memiliki kondisi persaingan relatif seragam dan berbeda dibanding kondisi persaingan daerah lainnya¹⁰⁶.

2. Konsentrasi Pasar

Konsentrasi pasar merupakan indikator awal untuk menilai apakah Merger dapat mengakibatkan terjadinya persaingan usaha tidak sehat. Merger yang menciptakan konsentrasi pasar rendah tidak berpotensi mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat. Sebaliknya Merger yang menciptakan konsentrasi pasar tinggi berpotensi mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat.

Secara umum, terdapat beberapa cara untuk menilai suatu konsentrasi pasar yaitu dengan menghitung *Concentration Ratio* (CRn) atau dengan menggunakan *Herfindahl-Hirschman Index* (HHI).

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

Hovenkamp¹⁰⁷ memberikan catatan bahwa beberapa ekonom juga mempergunakan CR8, yang secara mudah dipahami sebagai penjumlahan pangsa pasar dari delapan perusahaan terbesar dalam pasar.

Namun saat ini, baik Departemen Kehakiman (Amerika Serikat) dan Otoritas Pengawas Persaingan Usaha secara umum telah menggantikan metode penghitungan konsentrasi pasar CRn dengan HHI¹⁰⁸.

Banyak ekonom yang meyakini bahwa HHI memiliki kapabilitas dalam memberikan gambaran yang akurat dari CRn mengenai bahaya persaingan dalam pasar akibat Merger, dengan beberapa alasan sebagai berikut¹⁰⁹:

- a. HHI memperhitungkan pangsa pasar seluruh perusahaan yang ada dalam pasar, sedangkan CRn tidak;

¹⁰⁶ KPPU, *Pedoman Pasar Bersangkutan*, Peraturan KPPU No. 3 Tahun 2009, ditetapkan di Jakarta, tanggal 1 Juli 2009.

¹⁰⁷ Herbert Hovenkamp, *op.cit.*, hal. 214.

¹⁰⁸ *Ibid.*, hal. 215.

¹⁰⁹ *Ibid.*, hal. 215-216.

- b. HHI memperhitungkan distribusi ukuran dari perusahaan terbesar dalam pasar, sementara CRn tidak;
- c. HHI lebih terpercaya dari CRn dalam memperhitungkan ukuran disparitas antara perusahaan yang melakukan Merger.

Untuk melakukan penilaian konsentrasi pasar, KPPU lebih banyak menggunakan HHI. Nilai HHI diperoleh dari jumlah kuadrat dari pangsa pasar seluruh pelaku usaha di pasar bersangkutan, yang dapat dirumuskan sebagai berikut:

$$HHI = \sum (S_i)^2, \text{ dimana } S = \text{pangsa pasar setiap perusahaan di suatu pasar}$$

Penghitungan HHI tersebut dapat diilustrasikan misalnya dalam suatu pasar bersangkutan terdapat 6 pelaku usaha dengan masing-masing pangsa pasar sebagai berikut A: 15%, B: 20%, C: 10%, D: 30%, E: 10%, dan F: 15%. Maka nilai HHI pada pasar bersangkutan tersebut adalah $15^2 + 20^2 + 10^2 + 30^2 + 10^2 + 15^2 = 1950$.

Untuk menentukan tingkat konsentrasi pasar dalam pasar bersangkutan tersebut, KPPU membaginya dalam beberapa kategori, yaitu:

- a. Spektrum I (konsentrasi rendah) dengan nilai HHI dibawah 1800.
Pada spektrum ini KPPU menilai tidak terdapat kekhawatiran adanya praktik monopoli dan atau persaingan usaha tidak sehat yang diakibatkan oleh Merger;
- b. Spektrum II (konsentrasi tinggi) dengan nilai HHI di atas 1800.
Dalam spektrum ini, apabila perubahan HHI sebelum dan setelah Merger kurang dari 150 poin, maka KPPU menilai tidak berpengaruh pada persaingan karena perubahan struktur pasar yang terjadi tidak cukup signifikan. Namun dalam hal perubahan HHI tersebut melebihi 150, maka dinilai dapat berpengaruh pada persaingan sehingga KPPU akan menilai

aspek-aspek lain, yaitu hambatan masuk pasar, potensi perilaku anti persaingan, efisiensi, dan kepailitan.

Penghitungan tingkat konsentrasi pasar tersebut dapat diilustrasikan misalnya perusahaan A dan B di atas melakukan Merger, maka HHI pasca Merger pada pasar bersangkutan adalah $(15+20)^2 + 10^2 + 30^2 + 10^2 + 15^2 = 2550$. Hal ini dapat dilihat bahwa HHI yang diperoleh setelah perusahaan A dan B Merger sebesar 2550, tentu saja tingkat konsentrasi pasarnya termasuk tinggi (spektrum II), karena melampaui 1800. Kemudian akan dinilai perubahan HHI sebelum dan setelah Merger, ternyata perubahan HHI setelah perusahaan A dan B Merger melebihi 150 poin, yaitu $2550 - 1950 = 600$ poin. Dengan demikian perlu dilakukan penilaian lebih lanjut karena dikhawatirkan dapat berdampak pada persaingan di pasar bersangkutan.

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

Dalam hal ini KPPU menilai setidaknya hambatan masuk pasar terdiri atas¹¹⁰:

- a. Hambatan absolut berupa regulasi pemerintah, lisensi pemerintah, hak kekayaan intelektual;
- b. Hambatan struktural berupa kondisi penawaran dan permintaan, dalam hal ini misalnya jika *incumbent* menguasai *supply* yang diperlukan untuk melakukan produksi (misalnya sumber daya alam), perusahaan yang ada menguasai akses terhadap teknologi tinggi, *network effect* yang kuat, skala ekonomi, *sunk cost* yang besar dan biaya yang harus dikeluarkan jika konsumen beralih ke produk lain (*consumer's switching cost*) yang tinggi;
- c. Hambatan berupa keuntungan strategis yang dinikmati oleh *incumbent*, misalnya *first mover advantage*, perilaku *incumbent* yang agresif terhadap pendatang baru, diferensiasi produk yang banyak, *tying* dan *bundling*, atau perjanjian distribusi yang bersifat eksklusif.

¹¹⁰ Peraturan KPPU No. 10 Tahun 2011, hal. 21.

4. Potensi Perilaku Anti Persaingan

Dalam melakukan penilaian potensi perilaku anti persaingan, maka KPPU akan menilai dari 3 (tiga) perilaku yang dapat terjadi, yaitu¹¹¹:

a. *Unilateral Effect*

KPPU akan melakukan analisis terhadap seluruh faktor-faktor yang relevan guna menilai ada tidaknya insentif pelaku usaha hasil Merger dalam melakukan tindakan-tindakan yang anti persaingan secara unilateral. KPPU antara lain akan memperhatikan dan mempertimbangkan: rencana usaha dari perusahaan yang melakukan Merger, dokumen rencana Merger, dokumen analisis pasar, dokumen *market inteligent*, serta dokumen-dokumen lainnya yang dapat menunjukkan kecenderungan tindakan unilateral pasca Merger dilaksanakan.

b. *Coordinated Effect*

Dalam melakukan analisis terhadap *coordinated effect* tersebut, KPPU akan memperhatikan antara lain: sejauh mana pasar transparan sehingga antarpesaing bisa saling mengetahui strategi persaingan masing-masing, seberapa homogen atau terdiferensiasi produk yang dijual di pasar, keberadaan perusahaan “*maverick*”¹¹² di pasar yang dapat menyebabkan ketidakstabilan perilaku terkoordinasi, keterkaitan erat antar pesaing misalnya melalui kepemilikan saham silang atau kesamaan komisaris dan direksi, data historis tentang kemudahan masuknya pemain baru di pasar, adanya *buyer power* di pasar yang dapat memecah perilaku terkoordinasi, dan hal-hal lain yang dapat menunjukkan kecenderungan timbul atau semakin menguatnya perilaku terkoordinasi pasca Merger.

¹¹¹ *Ibid.*, hal. 22-24.

¹¹² Maverick firm adalah: “*a firm that plays a disruptive role in the market to the benefit of customers.*” Misalnya, apabila salah satu perusahaan yang Merger memiliki posisi *incumbent* yang kuat dan perusahaan Merger lainnya mengancam untuk mengganggu kondisi pasar dengan teknologi atau model bisnis yang baru, sehingga Mergernya dapat mengalami kerugian. Lihat The Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, diakses pada <http://www.ftc.gov/os/2010/08/100819hmg.pdf>, diunduh pada tanggal 12 Februari 2012, hal. 3.

c. *Market Foreclosure*

Hal pertama yang menjadi perhatian KPPU dalam menilai *market foreclosure* yaitu mengenai Merger vertikal. Akibat dari Merger vertikal ini dapat menimbulkan posisi dominan baik di pasar hulu maupun hilir. KPPU akan melihat apakah Merger vertikal tersebut mempunyai kekuatan pasar atau posisi dominan, baik pada pasar hulu maupun pada pasar hilir. Tanpa adanya kekuatan pasar atau posisi dominan yang dimiliki, kecil kemungkinan Merger vertikal dapat mengarah pada tindakan yang dapat menyebabkan dampak unilateral maupun terkoordinasi di pasar.

Hal lain yang akan dipertimbangkan KPPU adalah adanya insentif bagi perusahaan hasil Merger untuk menutup akses pesaing baik pada pasar hulu maupun pasar hilir.

5. Efisiensi

Apabila Merger yang dilakukan bertujuan untuk meningkatkan efisiensi, maka perlu dibandingkan antara efisiensi yang dihasilkan dengan dampak anti persaingan yang ditimbulkannya. Dalam hal nilai dampak anti persaingan melebihi nilai efisiensi yang diharapkan dicapai dari Merger, maka persaingan yang sehat akan lebih diutamakan dibanding dengan mendorong efisiensi bagi pelaku usaha. Argumen efisiensi yang diajukan oleh pelaku usaha dapat mencakup penghematan biaya, peningkatan penggunaan kapasitas yang telah ada, peningkatan skala ekonomi, peningkatan jaringan atau kualitas produk, dan hal-hal lain sebagai akibat dari Merger yang dilakukan.

6. Kepailitan

Dalam menilai argumen kepailitan ini, KPPU akan memperhatikan beberapa faktor antara lain¹¹³:

- a. perusahaan dalam kondisi keuangan yang tidak tertolong lagi sehingga tanpa Merger akan menyebabkan perusahaan tersebut akan keluar dari pasar dalam jangka waktu dekat;

¹¹³ *Ibid.*, hal. 25.

- b. perusahaan tidak dimungkinkan untuk melakukan reorganisasi usaha untuk menyelamatkan kelangsungan hidupnya;
- c. tidak ada alternatif lain yang tidak anti persaingan selain Merger dalam upaya penyelamatan dari kepailitan.

Pada dasarnya terdapat 2 (dua) jenis tes substansi utama yang sering digunakan oleh negara-negara untuk menilai kegiatan Merger Asing¹¹⁴, yaitu (i) *the dominance test* dan (ii) *significant lessening of competition test*. Beberapa negara menggunakan *hybrid test*¹¹⁵, misalnya seperti yang terjadi di Uni Eropa sebelum merubah penilaian Merger tahun 2004, atau menggunakan *Public Interest Test*¹¹⁶.

1. *Dominance Test (D Test)*

D Test adalah tes substansi yang melihat pada posisi dominan dari perusahaan hasil Merger. Kegiatan Merger dikatakan berdampak terhadap persaingan, apabila perusahaan hasil Merger tersebut mempunyai posisi dominan, atau Merger dapat dilarang jika ada kemungkinan dari perusahaan hasil Merger tersebut untuk menciptakan atau memperkuat posisi dominan di pasar¹¹⁷. Dalam menentukan posisi dominan masing-masing negara mempunyai ukuran yang berbeda-beda. Misalnya Uni Eropa, dalam kasus *United Brands*, mendefinisikan posisi dominan, sebagai berikut¹¹⁸:

“a position of economic strength enjoyed by an undertaking which enables it to prevent effective competition being maintained on the relevant market by giving it the power to behave to an appreciable extent independently of its competitors, customers and ultimately of consumers.”

¹¹⁴ OECD, *Policy Roundtables: Standard Merger Review*, *op.cit.*, hal 16.

¹¹⁵ *Hybrid Test* adalah tes substansi yang menggabungkan antara *Dominance Test* dengan *Substantial Lessening of Competition Test*. Lihat *Ibid.*, hal. 80.

¹¹⁶ Pada intinya *Public Interest Test* mengatakan bahwa Merger perlu dilarang apabila merugikan kepentingan umum. Lihat Andi Fahmi Lubis dan Ningrum Natasya Sirait (*ed.*), *op.cit.*, hal. 207.

¹¹⁷ OECD, *Policy Roundtables: Standar For Merger Review*, *loc.cit.*

¹¹⁸ *Case 27/76, United Brands v. Commission of the European Communities*. Lihat Valentine Korah, *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*, 9th ed., (Oxford: Hart Publishing, 2010), hal. 106.

Sedangkan UU No. 5 Tahun 1999 mendefinisikan pelaku usaha memiliki posisi dominan, apabila¹¹⁹:

- a. Satu pelaku usaha atau satu kelompok pelaku usaha menguasai 50% (lima puluh persen) atau lebih pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu; atau
- b. Dua atau tiga pelaku usaha atau kelompok pelaku usaha menguasai 75% (tujuh puluh lima persen) atau lebih pangsa pasar satu jenis barang atau jasa tertentu.

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

Pada intinya SLC Test mengatakan bahwa Merger yang berdampak terhadap persaingan jika Merger tersebut berpotensi mengurangi persaingan di pasar. Berkurangnya persaingan dapat terjadi apabila sebuah Merger melahirkan kemampuan perusahaan hasil Merger untuk mendapatkan keuntungan tidak wajar secara unilateral (*unilateral effect*) dengan cara hasil penjualan maupun menaikkan harga jauh di atas harga kompetitif untuk jangka waktu yang relatif lama¹²⁰.

SLC Test berbeda dengan D Test dalam menilai Merger. SLC Test kurang berpusat pada masalah struktur pasar. Dalam D Test, penentuan pasar bersangkutan dan pangsa pasar sangat penting dalam menilai pengaruh terhadap persaingan, sedangkan SLC Test hanya memfokuskan pada dampak terhadap persaingan akibat Merger dan kekuatan pasar yang timbul setelah Merger. Dengan kata lain, SLC Test lebih melihat adanya kemungkinan harga akan naik setelah Merger terjadi¹²¹.

Berdasarkan 2 (dua) jenis tes substansi di atas, dapat disimpulkan bahwa Indonesia menggunakan SLC Test untuk menilai Merger Asing, yaitu melihat

¹¹⁹ Indonesia, *UU No. 5 Tahun 1999*, Pasal 25 ayat (2).

¹²⁰ Andi Fahmi Lubis dan Ningrum Natasya Sirait (ed.), *loc.cit.*

¹²¹ OECD, *Policy Roundtables: Standar For Merger Review*, *loc.cit.*

dampak terhadap persaingan, apakah persaingan menjadi terhambat ketika Merger terjadi. Hal ini dapat dilihat dari adanya analisa faktor potensi perilaku anti persaingan dalam Peraturan KPPU No. 10 Tahun 2011.

Setelah KPPU melakukan penilaian terhadap pemberitahuan Merger Asing tersebut, maka KPPU akan mengeluarkan pendapat, yang isinya sebagai berikut¹²²:

- a. Pendapat tidak adanya dugaan praktik monopoli atau persaingan usaha tidak sehat yang diakibatkan Merger; atau
- b. Pendapat adanya dugaan praktik monopoli atau persaingan usaha tidak sehat yang diakibatkan Merger.

3.3.2. Pra-evaluasi (Konsultasi)

PP No. 57 Tahun 2010 memberikan opsi kepada pelaku usaha untuk melakukan konsultasi terlebih dahulu kepada KPPU sebelum Merger dilakukan. Opsi ini diberikan untuk mencegah pembatalan setelah Merger terjadi, sehingga dapat merugikan pelaku usaha. Tahap Konsultasi ini juga berlaku bagi Merger Asing. Pada dasarnya tidak semua Merger Asing perlu dikonsultasikan, akan tetapi hanya yang memenuhi syarat konsultasi. Beberapa syarat konsultasi mengenai Merger Asing adalah sama dengan syarat pemberitahuan, sebagaimana telah diuraikan di atas, yaitu i) Merger dilakukan di luar yurisdiksi Indonesia; ii) berdampak langsung pada pasar Indonesia; iii) Merger memenuhi batasan nilai; dan iv) Merger antar perusahaan yang tidak terafiliasi. Oleh karena itu beberapa syarat konsultasi untuk Merger Asing tidak perlu dijelaskan kembali.

Dalam tahap Konsultasi, KPPU tidak memberikan batasan waktu kapan Konsultasi harus dilakukan, akan tetapi Konsultasi tersebut dapat dilakukan pada tahap apapun sebelum Merger selesai dilaksanakan. Hal ini

¹²² Peraturan KPPU No. 10 Tahun 2011, *op.cit.*, hal. 28.

berbeda dengan Pemberitahuan, dimana Merger Asing wajib melakukan pemberitahuan kepada KPPU paling lambat 30 (tiga puluh) hari sejak tanggal ditandatanganinya kesepakatan Merger Asing oleh para pihak.

Jangka waktu penilaian terhadap Konsultasi Merger Asing dilakukan dengan 2 (dua) tahap, yaitu tahap Penilaian Awal paling lama dalam jangka waktu 30 (tiga puluh) hari kerja dan apabila diperlukan dapat diperpanjang ke tahap Penilaian Menyeluruh paling lama 60 (enam puluh) hari kerja. Hal ini berbeda dengan tahap Pemberitahuan yaitu tidak dibagi menjadi 2 (dua) tahap, tetapi hanya 1 (satu) tahap dengan jangka waktu paling lama 90 (sembilan puluh) hari kerja.

Setelah KPPU melakukan penilaian terhadap Konsultasi rencana Merger Asing, maka KPPU akan mengeluarkan pendapatnya, yaitu¹²³:

- a. Pendapat tidak adanya dugaan praktik monopoli atau persaingan usaha tidak sehat yang diakibatkan Merger; atau
- b. Pendapat adanya dugaan praktik monopoli atau persaingan usaha tidak sehat yang diakibatkan Merger; atau
- c. Pendapat tidak adanya dugaan praktik monopoli atau persaingan usaha tidak sehat yang Merger dengan catatan berupa saran dan/atau bimbingan yang harus dipenuhi oleh pelaku usaha.

3.4. Perkara Merger Asing yang Ditangani oleh KPPU

3.4.1. Akuisisi *International Power Plc* oleh *GDF Suez SA*¹²⁴

3.4.1.1. Latar Belakang

Pada tanggal 23 Februari 2011 KPPU telah menerima Pemberitahuan dari *Gaz de France Suez S.S.* (“GDF Suez”). GDF Suez melalui anak perusahaannya

¹²³ *Ibid.*, hal. 32.

¹²⁴ KPPU, *Pendapat KPPU tentang Pengambilalihan Saham Perusahaan International Power Plc. oleh GDF Suez S.A.*, Pendapat KPPU No. A10311, diakses pada <http://www.kppu.go.id/docs/Merger/pendapat%20kppu%20gdf%20suez%20230511.pdf>, diunduh tanggal 25 Mei 2012.

Electrabel S.A. telah melakukan Pengambilalihan Saham *International Power Plc* (“International Power”) sebanyak 70% (tujuh puluh persen). GDF Suez merupakan perusahaan yang didirikan di Perancis yang bergerak di bidang produksi, pengolahan, importir, eksportir, pembelian, transportasi, penyimpanan, distribusi, pemasok dan pemasaran bahan bakar gas, listrik dan semua bentuk energi, dan mempunyai anak perusahaan di Indonesia. Sedangkan International Power merupakan perusahaan yang didirikan di Inggris yang bergerak di bidang pembangkit tenaga listrik, dan mempunyai beberapa anak perusahaan di Indonesia.

Tujuan pengambilalihan saham tersebut adalah untuk menggabungkan kekuatan dan aset dari masing-masing perusahaan di bidang pembangkit tenaga listrik. Penggabungan tersebut akan memungkinkan International Power pasca akuisisi bersaing di lingkungan yang semakin kompetitif, tidak hanya untuk energi di pasar tunggal Eropa yang sedang berkembang tetapi juga di pasar-pasar internasional.

3.4.1.2. Syarat Pemberitahuan

A. *Termasuk Ruang Lingkup Merger Asing*

Bahwa KPPU menilai akuisisi saham yang dilakukan oleh GDF Suez terhadap International Power termasuk dalam ruang lingkup Merger Asing, karena akuisisi tersebut dilakukan di luar yurisdiksi Indonesia namun memiliki dampak terhadap persaingan domestik di Indonesia karena kedua belah pihak, baik GDF Suez maupun International Power secara langsung maupun tidak langsung, memiliki anak perusahaan yang menjalankan kegiatan usaha di Indonesia.

B. Batasan Nilai

Dalam Merger asing ini KPPU menghitung batasan nilai dengan menjumlahkan seluruh nilai penjualan dan aset dari anak perusahaan GDF Suez dan International Power, dengan uraian sebagai berikut:

1. Di Indonesia, GDF Suez melakukan kegiatan usaha dengan memiliki anak perusahaan, yaitu:

- a. PT Pam Lyonnaise Jaya

Tabel 1. Komposisi kepemilikan saham PT Pam Lyonnaise Jaya

No	Pemegang Saham	Komposisi Kepemilikan
1	Suez Environment	51%
2	PT Astratel Nusantara	49%

Tabel 2. Nilai penjualan dan aset PT Pam Lyonnaise Jaya

3 (tiga) tahun terakhir (*audited*)

	2007	2008	2009
Nilai Penjualan	Rp 833.270 juta	Rp 920.001 juta	Rp 974.197 juta
Nilai Aset	Rp 1.269.019 juta	Rp 1.346.913 juta	Rp 1.541.967 juta

- b. PT Tirta Lyonnaise Medan

Tabel 3. Komposisi kepemilikan saham PT Tirta Lyonnaise Medan

No	Pemegang Saham	Komposisi Kepemilikan
1	Suez Environment	85%
2	PDAM Tirtanadi	15%

Tabel 4. Nilai penjualan dan aset PT Tirta Lyonnaise Medan
3 (tiga) tahun terakhir (*audited*)

	2007	2008	2009
Nilai Penjualan	Rp 26.060 juta	Rp 28.286 juta	Rp 29.144 juta
Nilai Aset	Rp 48.587 juta	Rp 49.965 juta	Rp 42.721 juta

c. PT Sauh Bahtera Samudera

Tabel 5. Komposisi kepemilikan saham PT Sauh Bahtera Samudera

No	Pemegang Saham	Komposisi Kepemilikan
1	Suez Environment	50%
2	PT Salim Chemicals Corpora	50%

Tabel 6. Nilai penjualan dan aset PT Sauh Bahtera Samudera
3 (tiga) tahun terakhir (*audited*)

	2007	2008	2009
Nilai Penjualan	Rp 35.406 juta	Rp 39.018 juta	Rp 42.382 juta
Nilai Aset	Rp 24.955 juta	Rp 25.251 juta	Rp 31.916 juta

d. GDF Suez Exploration Indonesia BV

Tabel 7. Komposisi kepemilikan saham GDF Suez Exploration
Indonesia BV

No	Pemegang Saham	Komposisi Kepemilikan
1	GDF Suez E&P Holding Nederland	100%

2. Di Indonesia, International Power melakukan kegiatan usaha dengan memiliki dua anak perusahaan, yaitu:

a. PT Paiton Energy

Tabel 8. Komposisi kepemilikan saham PT Paiton Energy

No	Pemegang Saham	Komposisi Kepemilikan
1	LPM Eagle	45%
2	Mitsui	36%
3	Tokyo Electric Power	14%
4	PT Batu Hitam Perkasa	5%

Tabel 9. Nilai penjualan dan aset PT Paiton Energy
3 (tiga) tahun terakhir (*audited*)

(Rp)	2007	2008	2009
Nilai Penjualan	8.829.513.273.532	5.371.162.706.603	6.447.842.842.128
Nilai Aset	31.352.526.350.181	26.074.238.301.532	26.955.086.698.611

b. PT International Power Mitsui Operation Maintenance Indonesia (PT IPMOMI)

Tabel 10. Komposisi kepemilikan saham PT IPMOMI

No	Pemegang Saham	Komposisi Kepemilikan
1	International Power	59.5%
2	Mitsui	25.5%
3	Tokyo Electric Power	15%

Tabel 11. Nilai penjualan dan Aset PT IPMOMI
3 (tiga) tahun terakhir (*audited*)

(Rp)	2007	2008	2009
Nilai Penjualan	186.956.885.765	153.034.317.817	173.172.959.575
Nilai Aset	133.024.984.387	98.555.818.755	122.056.088.524

3. Berdasarkan uraian diatas, maka nilai aset gabungan hasil Pengambilalihan Saham antara GDF Suez dan International Power adalah sebesar Rp. 28.693.478.075.503,- (Dua Puluh Delapan Triliun Enam Ratus Sembilan Puluh Tiga Miliar Empat Ratus Tujuh Puluh Delapan Juta Tujuh Puluh Lima Ribu Lima Ratus Tiga Rupiah), dan nilai penjualan gabungan hasil Pengambilalihan Saham antara GDF Suez dan International Power adalah sebesar Rp. 7.666.740.439.457,- (Tujuh Triliun Enam Ratus Enam Puluh Enam Miliar Tujuh Ratus Empat Puluh Juta Empat Ratus Tiga Puluh Sembilan Ribu Empat Ratus Lima Puluh Tujuh Rupiah).

C. Tidak terafiliasi

Bahwa KPPU menilai Pengambilalihan saham yang dilakukan oleh GDF Suez melalui Electrabel terhadap International Power tidak dilakukan antar perusahaan yang terafiliasi.

3.4.1.3. Penilaian Substansi KPPU

A. Pasar Bersangkutan

Dalam menentukan pasar bersangkutan, KPPU melihatnya dari 2 (dua) dimensi yaitu pasar produk dan pasar geografis, yaitu:

1. Pasar produk GDF Suez melalui anak perusahaannya, sebagai berikut:

- a. PT Pam Lyonnaise Jaya yang bergerak dalam bidang penyediaan air bersih dengan wilayah operasi di DKI Jakarta bagian Barat;
 - b. PT Tirta Lyonnaise Medan bergerak dalam bidang penjualan dan penyediaan air yang meliputi kegiatan pengolahan air bersih ke pasar lokal;
 - c. PT Sauh Bahtera Samudera bergerak dalam bidang pengolahan air bersih untuk industri yang meliputi kegiatan mendirikan dan mengoperasikan instalasi pengolahan air untuk keperluan industri dan menjual seluruh hasil produksinya di dalam wilayah Republik Indonesia;
 - d. *GDF Suez Exploration Indonesia BV* yang berdiri tanggal 18 Juli 2009, merupakan pemilik 45% saham di *Production Sharing Contracts* (PSC) wilayah Muara Bakau, sedangkan 55% dimiliki oleh Eni yang menjadi operator di blok tersebut. Kegiatan yang dilakukan di wilayah tersebut masih dalam tahap eksplorasi sehingga belum ada produk yang dihasilkan.
2. Pasar produk International Power melalui anak perusahaannya, sebagai berikut:
- a. PT Paiton Energy bergerak dalam bidang pasokan tenaga listrik yang meliputi pendirian, pemilikan, dan pengoperasian pembangkit listrik tenaga uap (PLTU) dengan bahan bakar batu bara. Berdasarkan PPA tanggal 12 Februari 1994, PT Paiton Energy memiliki kewajiban untuk mendirikan dan mengoperasikan pembangkit tenaga listrik yang beroperasi di kompleks Paiton (pembangkit 7 dan 8) kemudian menjual tenaga listrik yang dihasilkan kepada PT PLN (Persero). Berdasarkan *Power Purchase Agreement* tanggal 8 Agustus 2008, PT Paiton kembali memiliki kewajiban untuk mendirikan dan mengoperasikan pembangkit listrik di kompleks Paiton (Unit 3) kemudian menjual tenaga listrik yang dihasilkan kepada PT PLN (Persero);
 - b. PT International Power Mitsui Operation Maintenance Indonesia (PT IPMOMI) menangani bagian *Operation and Maintenance* unit

pembangkit 7 dan 8 sebagai pelaksana untuk mengoperasikan dan merawat instalasi dari PLTU Paiton Swasta II unit 7 dan 8. PT IPMOMI hanya menjual produk jasanya kepada PT Paiton Energy yang telah mengikat kontrak sebelumnya. Hal ini dikarenakan PT IPMOMI adalah perusahaan yang secara khusus didirikan untuk menangani operasi dan perawatan pembangkit yang dimiliki oleh PT Paiton Energy. Oleh karena itu maka PT IPMOMI tidak membutuhkan aktivitas pemasaran dengan beberapa aspek di dalamnya seperti penetapan harga, kegiatan promosi dan pendistribusian barang/produk.

3. Berdasarkan uraian diatas, maka KPPU menilai pasar produk antara GDF Suez dengan International Power tidak sama, sehingga kedua perusahaan tersebut tidak berada dalam pasar bersangkutan yang sama. Hal ini dikarenakan kegiatan usaha anak perusahaan GDF Suez di Indonesia adalah pengelolaan air bersih kepada masyarakat umum dan industri, sedangkan anak perusahaan International Power bergerak dalam bidang pembangkit tenaga listrik yang dijual kepada PT PLN (Persero). Oleh karena itu, tidak perlu dihitung baik pangsa pasar maupun tingkat konsentrasinya.

3.4.1.4. Pendapat KPPU

Bahwa setelah KPPU melakukan penilaian, maka KPPU memberikan pendapatnya sebagai berikut:

- a. Bahwa Pengambilalihan saham International Power oleh GDF Suez melalui *Electrabel S.A.* tidak merubah struktur pasar di Indonesia;
- b. Bahwa dengan tidak adanya kegiatan usaha dalam pasar yang sama antara GDF Suez dan International Power, maka Pengambilalihan saham International Power oleh GDF Suez melalui *Electrabel S.A.* tidak menimbulkan adanya dugaan praktik monopoli atau persaingan usaha tidak sehat.

3.4.2. Akuisisi *Bucyrus Inc.* oleh *Caterpillar Inc.*¹²⁵

3.4.2.1. Latar Belakang

Pada tanggal 22 Agustus 2011 KPPU telah menerima Pemberitahuan dari *Caterpillar Inc.* (“Caterpillar”) atas Pengambilalihan Saham *Bucyrus International Inc.* (“Bucyrus”) sebesar 100%. Caterpillar merupakan perusahaan yang didirikan di Amerika Serikat yang bergerak di bidang merancang, memproduksi dan menjual peralatan yang digunakan dalam sektor konstruksi, pertambangan, jalan raya, kehutanan serta mesin-mesin dan suku cadang terkait untuk mesin-mesin, sistem pembangkit tenaga listrik, lokomotif dan keperluan lainnya dalam sektor kelautan, perminyakan, perindustrian dan agroindustri dan juga bergerak di bidang finansial, dan mempunyai beberapa anak perusahaan di Indonesia, sebagai berikut:

a. PT Caterpillar Indonesia

Perusahaan ini bergerak di bidang pembuatan traktor tipe track, eskavator dan produk alat-alat kerja. PT Trakindo Utama merupakan satu-satunya dealer resmi Caterpillar di Indonesia.

b. PT Caterpillar Finance

Perusahaan ini bergerak di bidang pembiayaan terhadap produk Caterpillar yang baru dan bekas dan pembiayaan lain terkait peralatan yang dijual oleh PT Trakindo Utama.

¹²⁵ KPPU, *Pendapat KPPU tentang Pengambilalihan Saham Perusahaan Bucyrus International Inc. oleh Caterpillar Inc.*, Pendapat KPPU No. A12711, diakses pada <http://www.kppu.go.id/id/wp-content/uploads/2012/02/Pendapat-CATERPILLAR-versi-Publik.pdf>, diunduh tanggal; 25 Mei 2012.

c. PT Solar Services Indonesia

Perusahaan ini bergerak di bidang penyediaan layanan dan perbaikan untuk mesin turbo yang diproduksi oleh anak Caterpillar yaitu *Solar Turbines International Co.*

Bucyrus merupakan perusahaan yang didirikan di Amerika Serikat yang bergerak di bidang merancang dan memproduksi beragam peralatan untuk pertambangan bawah tanah (*underground mining*) maupun permukaan (*surface mining*) serta penyediaan suku cadang dan layanan purna jual untuk peralatan-peralatan tersebut, dan mempunyai anak perusahaan di Indonesia, yaitu PT Bucyrus Indonesia yang bergerak di bidang distributor utama, perdagangan import skala besar dan pelayanan purna jual.

Caterpillar melakukan pengambilalihan saham Bucyrus mempunyai 3 (tiga) alasan, yaitu sebagai berikut:

- a. Untuk memenuhi permintaan konsumen dengan cara mengembangkan segmen peralatan tambang dan menyediakan pasokan komoditi tersebut dalam jangka panjang (khususnya peralatan untuk tambang batubara, tambang bijih besi, dan tambang tembaga);
- b. Untuk meningkatkan hasil produksi tambang dengan pelayanan yang lebih baik lagi bagi para pelanggan;
- c. Bagi Bucyrus, akuisisi ini akan membuat persaingan bisnis lebih kompetitif setelah dimiliki oleh Caterpillar yang akan bersinergi dari segi penjualan dan produksi beserta pelayanan dan dukungan.

3.4.2.2. Syarat Pemberitahuan

A. *Termasuk Ruang Lingkup Merger Asing*

Bahwa KPPU menilai akuisisi saham yang dilakukan oleh Caterpillar terhadap Bucyrus termasuk dalam ruang lingkup Merger Asing, karena akuisisi tersebut dilakukan di luar yurisdiksi Indonesia namun memiliki dampak terhadap

persaingan domestik di Indonesia karena kedua belah pihak, baik Caterpillar maupun Bucyrus secara langsung maupun tidak langsung, memiliki anak perusahaan yang menjalankan kegiatan usaha di Indonesia.

B. Batasan Nilai

Dalam Merger asing ini KPPU menghitung batasan nilai dengan menjumlahkan seluruh nilai penjualan dan aset dari anak perusahaan Caterpillar dan Bucyrus, dengan nilai aset hasil akuisisi adalah sebesar Rp.3.198.645.591.000 (Tiga Triliun Seratus Sembilan Puluh Delapan Miliar Enam Ratus Empat Puluh Lima Juta Lima Ratus Sembilan Puluh Satu Ribu Rupiah), sedangkan nilai penjualan hasil akuisisi adalah sebesar Rp.1.200.350.322.500 (Satu Triliun Dua Ratus Miliar Tiga Ratus Lima Puluh Juta Tiga Ratus Dua Puluh Dua Ribu Lima Ratus Rupiah).

C. Tidak Terafiliasi

Bahwa KPPU menilai Pengambilalihan saham yang dilakukan oleh Caterpillar terhadap Bucyrus tidak dilakukan antar perusahaan yang terafiliasi.

3.4.2.3. Penilaian KPPU

A. Tentang Pasar Bersangkutan

Dalam menentukan pasar bersangkutan, KPPU melihatnya dari 2 (dua) dimensi yaitu pasar produk dan pasar geografis, sebagai berikut:

1. Tentang Produk

a. Produk Caterpillar

Secara umum produk alat berat yang dihasilkan oleh Caterpillar sangat beragam yang terbagi dalam beberapa segmen industri, yaitu:

Tabel 12. Produk Caterpillar

1. Agriculture	2. Oil & Gas
3. Demolition & Scrap	4. On-Highway Truck
5. Forestry	6. Paving
7. Construction	8. Pipeline
9. Governmental/Defense	10. Power Plants
11. Landscaping	12. Quarry, Aggregates & Cement
13. Marine	14. Rail
15. Mining	16. Waste

Dalam melakukan pemasaran produknya di Indonesia, Caterpillar menunjuk agen tunggal yaitu PT Trakindo Utama guna memasarkan berbagai rangkaian produk lengkap alat berat Caterpillar, yaitu *articulated truck*, *surface mining truck*, *motor grader*, *track excavator/wheel excavator*, *backhoe loader*, *track type tractor*, *wheel dozer* dan *wheel loader*.

b. Produk Bucyrus

Bahwa Bucyrus merupakan produsen alat berat untuk tujuan industri pertambangan khususnya alat berat dengan kapasitas yang sangat besar. Akan tetapi hingga saat ini produk Bucyrus yang telah di pasarkan di Indonesia hanya 2 (dua) produk, yaitu *mining drills* dan *hydraulic excavators (hydraulic mining shovel)*.

c. Apabila dilihat dari segmen industri yang menjadi target penjualan Caterpillar dan Bucyrus maka terdapat kesamaan yaitu industri pertambangan dimana kedua perusahaan tersebut melayani sektor industri pertambangan;

- d. Berdasarkan hal tersebut, maka produk Caterpillar dan Bucyrus yang memiliki fungsi substitusi adalah dalam pengambilalihan ini adalah *surface mining product* (dalam hal ini untuk produk *mining truck*).

2. Pasar Geografis

Mengenai pasar geografis, KPPU menilai tidak terdapat kebijakan, biaya transportasi, lamanya perjalanan, tarif dan peraturan-peraturan yang membatasi lalu lintas perdagangan produk *mining truck* ke seluruh Indonesia bahkan justru distribusi alat berat lebih terkonsentrasi di daerah-daerah yang letaknya terpencil sehingga pasar geografis yang dipertimbangkan oleh Tim adalah seluruh wilayah Indonesia.

Dengan demikian, KPPU menyimpulkan pasar bersangkutan dalam akuisisi ini adalah *mining truck* di Indonesia.

B. Tentang Pangsa Pasar dan Konsentrasi Pasar

1. Pangsa Pasar

Tabel 13. Pangsa pasar industri *mining truck* di Indonesia

Pelaku usaha	Pangsa Produksi (%)
Caterpillar	25.99

2. Nilai Konsentrasi Pasar

Tabel 14. Nilai HHI industri *mining truck* di Indonesia

HHI Mining Truck
HHI = 5819

C. *Tentang Hambatan Masuk*

Dilihat dari faktor hambatan masuk, KPPU menilai konsumen dapat secara bebas untuk langsung mengimpor dari produsen *mining truck* di luar negeri, hal ini menunjukkan tidak adanya hambatan masuk pasar terhadap produsen baru yang ingin memasarkan produk *mining truck* di Indonesia.

3.4.2.4. Pendapat KPPU

Bahwa setelah KPPU melakukan penilaian, maka KPPU memberikan pendapat tidak terdapat dugaan adanya praktik monopoli atau persaingan usaha tidak sehat yang diakibatkan oleh akuisisi saham Bucyrus oleh Caterpillar dengan pertimbangan sebagai berikut:

- a. Struktur pasar industri *mining truck* di Indonesia tidak mengalami perubahan dikarenakan Bucyrus tidak memiliki penjualan di Indonesia;
- b. Pengambilalihan ini akan menciptakan Caterpillar memiliki produk alat berat yang lengkap dan meningkatkan persaingan di Industri *mining truck* di Indonesia.

3.4.3. Akuisisi *Eastern Star Resources Pty., Ltd.* oleh *Vale Austria Holdings GmbH*¹²⁶

3.4.3.1. Latar Belakang

Pada tanggal 23 November 2011 KPPU menerima Konsultasi atas rencana Pengambilalihan Saham perusahaan *Eastern Star Resources Pty., Ltd.* (“ESR”) oleh *Vale Austria Holdings GmbH* (“Vale”). Vale merupakan perusahaan yang didirikan di Austria. Perusahaan ini merupakan perusahaan *holding* yang

¹²⁶ KPPU, *Pendapat KPPU tentang Pengambilalihan Saham Perusahaan Eastern Star Resources Pty., Ltd., oleh Perusahaan Vale Austria Holdings GmbH*, Jakarta, 10 Januari 2012, diakses pada <http://www.kppu.go.id/id/wp-content/uploads/2012/02/Pendapat-Vale-Versi-Publik1.pdf>, diunduh tanggal 25 Mei 2012.

didirikan untuk melakukan pengendalian, pengawasan dan koordinasi operasional dari kegiatan usaha anak perusahaannya. Vale merupakan anak perusahaan dari *Vale S.A.* yang berkedudukan di Brazil. Vale secara tidak langsung memiliki 2 (dua) anak perusahaan di Indonesia, yaitu PT International Nickel Indonesia, Tbk. dan PT Vale Eksplorasi Indonesia.

Sedangkan ESR merupakan perusahaan yang didirikan di Australia. ESR merupakan perusahaan investasi yang didirikan untuk menguasai 80% (delapan puluh persen) saham PT Sumbawa Timur Mining. Tujuan rencana akuisisi ini adalah agar Vale dapat mengambil alih PT Sumbawa Mining dan mendukung kegiatan eksplorasi PT Sumbawa Timur Mining.

3.4.3.2. Syarat Konsultasi

A. Termasuk Ruang Lingkup Merger Asing

Bahwa KPPU menilai akuisisi saham yang dilakukan oleh Vale terhadap ESR termasuk dalam ruang lingkup Merger Asing, karena akuisisi tersebut dilakukan di luar yurisdiksi Indonesia namun memiliki dampak terhadap persaingan domestik di Indonesia karena kedua belah pihak, baik Vale maupun ESR secara langsung maupun tidak langsung, memiliki anak perusahaan yang menjalankan kegiatan usaha di Indonesia.

B. Batasan Nilai

Dalam akuisisi asing ini KPPU menghitung batasan nilai dengan menjumlahkan seluruh nilai penjualan dan aset dari anak perusahaan Vale dan ESR, dengan nilai penjualan gabungan hasil akuisisi saham ESR oleh Vale adalah Rp. 10.938.088.110.000,- (Sepuluh Triliun Sembilan Ratus Tiga Puluh Delapan Miliar Delapan Puluh Delapan Juta Seratus Sepuluh Ribu Rupiah), sedangkan nilai aset gabungan hasil akuisisi saham ESR oleh Vale adalah Rp. 18.778.275.249.500,- (Delapan Belas Triliun Tujuh Ratus Tujuh Puluh Delapan

Miliar Dua Ratus Tujuh Puluh Lima Juta Dua Ratus Empat Puluh Sembilan Ribu Lima Ratus Rupiah).

C. Tidak Terafiliasi

Bahwa KPPU menilai akuisisi saham yang dilakukan oleh Vale terhadap ESR tidak dilakukan antar perusahaan yang terafiliasi.

3.4.3.3. Penilaian KPPU

A. Pasar Bersangkutan

Dalam menentukan pasar bersangkutan, KPPU melihatnya dari 2 (dua) dimensi yaitu pasar produk dan pasar geografis, yaitu:

1. Pasar produk Vale melalui anak perusahaannya, sebagai berikut:

a. PT International Nickel Indonesia, Tbk. (“INCO”)

Perusahaan ini menjalankan usaha di bidang pertambangan, eksplorasi, pengolahan, dan penjualan nikel dan bijih-bijih yang bersangkutan lainnya, mineral-mineral, bahan-bahan logam serta hasil-hasil tambang lainnya. Produksi utama INCO adalah nikel dalam matte dari bijih laterit. Nikel dalam matter adalah produk setengah jadi dengan kandungan rata-rata nikel sebesar 78 persen, sulfur sebesar 20 persen, dan kobalt sebesar 2 persen.

b. PT Vale Eksplorasi Indonesia (“VEI”)

Perusahaan ini bergerak di bidang jasa eksplorasi untuk tembaga, timah, dan mineral lainnya (kecuali nikel) dan menyediakan jasa hanya kepada kelompok usaha Vale di Indonesia. Adapun kegiatan usaha utama VEI adalah penyelenggaraan survey geologi, dan jasa konsultasi manajemen untuk perusahaan pertambangan.

2. Pasar produk ESR melalui anak perusahaannya, sebagai berikut:

a. PT Sumbawa Timur Mining (“STM”)

Perusahaan ini melaksanakan kegiatan usaha di bidang pertambangan termasuk eksplorasi, pengolahan, dan penjualan emas dan mineral turunan lainnya. Saat ini PT Sumbawa Timur Mining adalah pemegang Kontral Karya (KK) mineral berdasarkan Surat Keputusan Presiden Republik Indonesia No. B.53/Pres/I/1998 tertanggal 19 Januari 1998.

3. Kegiatan usaha Vale adalah penambangan dimana produk terbesar yang dihasilkan adalah pasir besi (*iron ore*). Tabel di bawah ini menunjukkan hasil produksi Vale.

Tabel 15. Hasil Produksi *Vale Austria Holdings GmbH*

Produk	2008		2009		2010	
	Juta US \$	%	Juta US \$	%	Juta US \$	%
Komoditi Curah						
Pasir Besi	17,775	46.2	12,831	53.6	26,384	56.8
Batu besi	4,301	11.2	1,352	5.6	6,402	13.7
Mangan	266	0.7	145	0.6	258	0.6
Ferroalloys	1,211	3.1	372	1.6	664	1.4
Batu Bara	577	1.5	505	2.1	770	1.6
SubTotal Komoditi Curah	24,130	62.7	15,205	63.5	34,478	74.2
Komoditi Logam						
Nikel	5,970	15.5	3,260	13.6	3,835	8.2
Tembaga	2,029	5.3	1,130	4.7	1,608	3.4
Platinum Group Metals	401	1.0	132	0.6	72	0.2

(PGMs)						
Logam Berharga	111	0.3	65	0.3	72	0.2
Kobal	212	0.6	42	0.2	30	0.1
Alumunium	3,042	7.9	2,050	8.6	2,554	5.5
SubTotal Komoditi Logam	11,765	30.6	6,679	28.0	8,200	17.6
Pupuk	295	0.8	413	1.7	1,846	4.0
Jasa Logistik	1,607	4.2	1,104	4.6	1,465	3.2
Produk & Jasa Lainnya	712	1.9	538	2.2	492	1.1
Total Pendapatan Kotor	38,509	100	23,939	100	46,481	100

4. Dari tabel diatas terlihat bahwa Vale tidak memproduksi emas dan penguasaan Vale atas STM akan merupakan tambang emas pertama setelah Vale melaksanakan eksploitasi.
5. Karena INCO, VEI dan STM tidak menghasilkan barang dan jasa yang sama maka ketiga perusahaan tersebut tidak berada pada industri/pasar bersangkutan yang sama.
6. Berdasarkan uraian diatas, maka KPPU menilai pasar produk antara Vale dengan ESR tidak sama, sehingga kedua perusahaan tersebut tidak berada dalam pasar bersangkutan yang sama. Hal ini dikarenakan Vale tidak memproduksi emas dan penguasaan Vale atas STM akan merupakan tambang emas pertama setelah Vale melaksanakan eksploitasi. Oleh karena itu, tidak perlu dihitung baik pangsa pasar maupun tingkat konsentrasinya.

3.4.3.4. Pendapat KPPU

Bahwa setelah KPPU melakukan penilaian, maka KPPU memberikan pendapat tidak terdapat dugaan adanya praktik monopoli atau persaingan usaha tidak sehat yang diakibatkan oleh akuisisi saham ESR oleh Vale dengan pertimbangan sebagai berikut:

- a. Vale dan ESR tidak memiliki kegiatan usaha yang sama;
- b. Pengambilalihan saham ESR oleh Vale tidak akan mengakibatkan perubahan pada industri/pasar dimana INCO, VEI dan STM berada.

3.5. Kerjasama KPPU dengan Lembaga Lainnya Mengenai Pengaturan Merger Asing yang dapat Mengakibatkan Persaingan Usaha Tidak Sehat

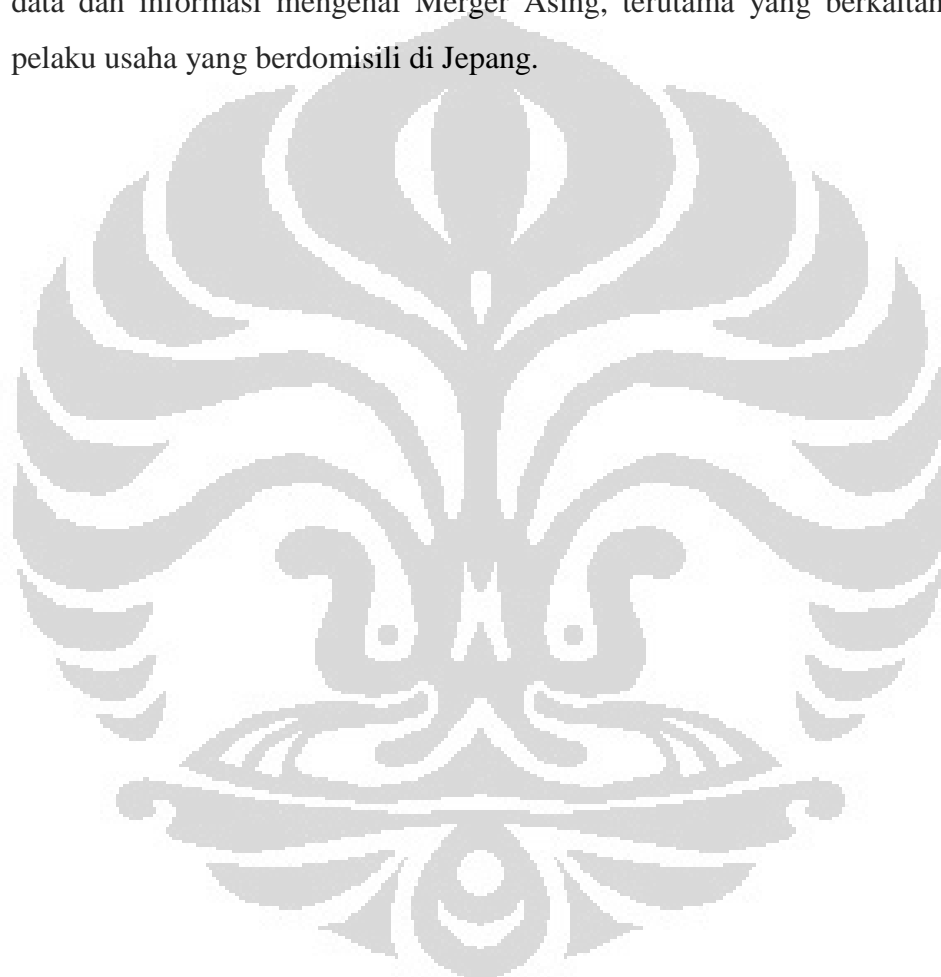
Banyak cara suatu perusahaan untuk mengembangkan bisnisnya salah satunya dengan Merger. Saat ini, pelaku usaha yang melakukan Merger sudah tidak mengenal batas negara, hal ini dilakukan untuk memperkuat bisnisnya dan memperluas pasarnya di dunia internasional. Namun Merger Asing tersebut dapat mempunyai dampak terhadap pasar domestik suatu negara, yang akhirnya berdampak juga pada konsumen dan masyarakat. Oleh karena itu, Merger Asing harus diawasi dan diatur oleh otoritas persaingan agar tidak merugikan pasar domestik. Di Indonesia, Merger asing yang berdampak terhadap persaingan diawasi dan diatur oleh KPPU.

KPPU dalam mengawasi dan mengatur Merger asing tersebut, tidak dapat bekerja secara sepihak, namun harus ada berkoordinasi dan bekerjasama dengan lembaga terkait lainnya. Dalam hal ini, KPPU telah melakukan koordinasi dengan beberapa lembaga pemerintah, antara lain Kementerian Hukum dan HAM, Badan Pengawas Pasar Modal (Bapepam), Badan Koordinasi Penanaman Modal (BKPM) dan Biro Pusat Statistik (BPS). Di dunia internasional KPPU telah melakukan kerjasama dengan *Japan Trade Fair Commission (JFTC)*¹²⁷, sebagai lembaga pengawas persaingan usaha di Jepang.

¹²⁷ Kerjasama antara KPPU dengan JFTC di bidang persaingan usaha dituangkan dalam *Indonesia-Japan Economic Partnership Agreement (IJ-EPA)* yang ditandatangani oleh pemerintah Indonesia dengan pemerintah Jepang pada bulan Agustus 2007 di Jakarta. Perjanjian yang dibuat tersebut mencakup 3 (tiga) pilar, yaitu:

- a. Fasilitas perdagangan dan investasi:
 - Upaya bersama untuk memperbaiki iklim investasi dan meningkatkan tingkat kepercayaan bagi investor Jepang;
 - Kerjasama di bidang prosedur kepabeanan, pelabuhan dan jasa-jasa perdagangan, HKI, standar.

Dari beberapa lembaga tersebut, yang mempunyai peran dalam pengawasan Merger Asing adalah BKPM, BPS dan JFTC. BKPM diperlukan untuk memperoleh data terkait dengan investor asing yang ada di Indonesia. BPS diperlukan untuk memperoleh data-data mengenai suatu industri di Indonesia, seperti data penjualan, ekspor, impor, dan lain-lain. Data dari BPS tersebut diperlukan oleh KPPU untuk melakukan penilaian Merger. Sedangkan kerjasama antara KPPU dengan JFTC diperlukan untuk melakukan pertukaran data dan informasi mengenai Merger Asing, terutama yang berkaitan dengan pelaku usaha yang berdomisili di Jepang.



-
- b. Liberalisasi : menghapuskan /mengurangi hambatan perdagangan dan investasi (bea masuk, member kepastian hukum);
 - c. Kerjasama: kesepakatan untuk kerjasama dalam meningkatkan kapasitas Indonesia sehingga mampu bersaing secara optimal peluang pasar dari EPA.

BAB 4

KENDALA DALAM PENGATURAN MERGER ASING YANG DAPAT MENGAKIBATKAN PERSAINGAN USAHA TIDAK SEHAT

4.1. Pengaturan Merger Asing di Beberapa Negara

Pengawasan terhadap Merger Asing sangatlah penting di setiap negara, terutama apabila negara tersebut telah mengimplementasikan hukum persaingan usaha. Sebagaimana telah diuraikan di bab sebelumnya bahwa Merger Asing dapat menciptakan kekuatan pasar (*market power*) sehingga berpengaruh terhadap persaingan dalam suatu pasar. Oleh karena itu, setiap negara telah membuat kebijakan masing-masing mengenai pengawasan Merger Asing tersebut, seperti Uni Eropa, Amerika Serikat dan Jepang.

4.1.1. Uni Eropa

Pada tanggal 21 Desember 1989, pertama kali Uni Eropa mengadopsi peraturan tentang Merger, yang diatur dalam *Council Regulation No. 4064/89 on the Control of Concentrations between Undertakings*¹²⁴. Lembaga yang diberikan wewenang untuk mengawasi Merger Asing ini adalah *the Merger Task Force of the Directorate General for the Competition of the European Commission*¹²⁵ (selanjutnya disebut “Komisi Eropa”). Dalam peraturan tersebut mewajibkan pelaku usaha untuk melakukan pemberitahuan terlebih dahulu kepada Komisi Eropa sebelum Merger terjadi, apabila penjualan (*turnover*) para pihak memenuhi batasan nilai (*thresholds*)¹²⁶.

¹²⁴ OECD, *Policy Roundtables: Standard Merger Review*, *op.cit.*, hal. 21.

¹²⁵ John Davies and Rafique Bachour, *European Union*, dalam *Global Competition Review, Merger Control 2010*, (London: Law Published Research, Ltd., 2010), hal. 120.

¹²⁶ Valentine Korah, *op.cit.*, hal. 390.

Pada Tahun 1997 peraturan Merger tersebut diamandemen, dan kemudian dicabut dan diganti dengan *Council Regulation* (EEC) No. 139/2004¹²⁷ atau biasa disebut sebagai *the European Community Merger Regulation* (ECMR). Pada dasarnya isi dari peraturan tersebut hampir sama dengan peraturan yang lama, tetapi penilaian tes substansi telah diubah dan jangka waktu penilaian lebih lama¹²⁸.

Pengaturan Merger Asing di Uni Eropa menganut sistem Pra-notifikasi¹²⁹, dimana suatu Merger perlu dilaporkan terlebih dahulu kepada Komisi Eropa sebelum Merger tersebut berlaku secara efektif. Namun tidak semua Merger Asing wajib dilaporkan, tetapi hanya yang memenuhi batasan nilai tertentu (*jurisdiction threshold*). Batasan nilai tersebut diatur dalam ECMR, sebagai berikut¹³⁰:

- a. Apabila konsentrasi pasar akibat dari Merger memberikan dampak yang signifikan yaitu:
 - i. Total *turnover* perusahaan yang telah Merger melebihi nilai EUR 5 Miliar (lima miliar euro) untuk pasar global atau dunia; dan
 - ii. Nilai *turnover* masing-masing pihak yang telah Merger melebihi EUR 250 juta (dua ratus lima puluh juta euro) di wilayah Uni Eropa.

Terkait dengan butir (ii) diatas, dapat dikecualikan apabila 2/3 *turnover* masing-masing pihak yang melakukan Merger hanya terjadi pada satu negara anggota Uni Eropa yang sama.

- b. Apabila kegiatan Merger oleh pihak-pihak yang mempunyai *turnover* lebih kecil akan tetapi diperkirakan mempunyai dampak signifikan pada setidaknya

¹²⁷ European Commission, *Control of Concentrations Between Undertakings (the EC Merger Regulation)*, Council Regulation No. 139/2004, on January 20, 2004, diakses pada <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:024:0001:0022:en:PDF>, diunduh tanggal 25 Mei 2012.

¹²⁸ Valentine Korah, *op.cit.*, hal. 391.

¹²⁹ “Concentrations with a Community dimension defined in this Regulation shall be notified to the Commission prior to their implementation and following the conclusion of the agreement, the announcement of the public bid, or the acquisition of a controlling interest”. European Union, *ECMR No. 139/2004*, Article 4.

¹³⁰ European Union, *ECMR No. 139/2004*, Article 1.

tidaknya 3 (tiga) negara anggota juga harus dilaporkan terlebih dahulu kepada Komisi Eropa, dengan memenuhi kriteria sebagai berikut:

- i. Total *turnover* hasil Merger melebihi EUR 2,5 miliar untuk pasar dunia atau global; dan
- ii. Nilai *turnover* masing-masing pihak sekurang-kurangnya dari 2 (dua) pihak yang Merger melebihi EUR 100 juta untuk pasar di wilayah Eropa.

John Davies¹³¹ menjelaskan bahwa Merger Asing menjadi kewenangan Komisi Eropa apabila memenuhi *thresholds* di atas, karena *thresholds* didasarkan pada penjualan secara geografis dan bukan melihat pada lokasi atau kedudukan dari para pihak, sehingga apabila terjadi transaksi antara perusahaan asing yang bukan anggota negara Uni Eropa maka diwajibkan melakukan notifikasi kepada Komisi Eropa bila perusahaan Merger tersebut memenuhi *thresholds*.

Apabila suatu Merger telah memenuhi batasan nilai tersebut di atas, maka Merger tersebut wajib diberitahukan kepada Komisi Eropa paling lambat 1 (satu) minggu setelah ditandatanganinya perjanjian awal atau penawaran umum Merger¹³². Setelah Komisi Eropa menerima Pemberitahuan atas Merger Asing, maka Komisi Eropa akan melakukan penilaian. Prosedur penilaian tersebut dibagi menjadi dua tahap. Tahap I dilakukan dalam jangka waktu 25 hari kerja sejak Pemberitahuan dinyatakan lengkap, namun dapat diperpanjang menjadi 35 hari kerja apabila ada permohonan dari negara anggota Uni Eropa bahwa permasalahan tersebut diajukan kepadanya, atau apabila setelah dilakukan pemberitahuan para pihak menawarkan komitmen¹³³.

Apabila dalam menangani Merger Asing, Komisi Eropa merasa masih ragu-ragu apakah Merger Asing tersebut berpengaruh terhadap persaingan di pasar atau tidak, maka Komisi Eropa akan melakukan investigasi lebih lanjut ke tahap II. Dalam tahap II, Komisi Eropa mempunyai jangka waktu 90 hari kerja yang dapat

¹³¹ John Davies and Rafique Bachour, *op.cit.*, hal. 121.

¹³² Valentine Korah, *op.cit.*, hal. 396.

¹³³ Article 10 EECMR No. 139/2004. Lihat juga *Ibid.*, hal. 398.

diperpanjang 15 hari sehingga menjadi 105 hari kerja ketika pelaku usaha menawarkan komitmen¹³⁴.

Hasil akhir penilaian dapat berisi persetujuan atau larangan, atau persetujuan dengan syarat atau kewajiban tertentu¹³⁵. Kegiatan Merger belum efektif apabila Komisi Eropa belum mengeluarkan persetujuannya.

Dalam melakukan penilaian Merger Asing, Komisi Eropa menggunakan tes substansi dengan metode *The Significant Impede Effective Competition Test* (SIEC Test). Komisi Eropa menggunakan tes substansi ini setelah dikeluarkannya ECMR No. 139/2004 yang menggantikan *Council Regulation* No. 4064/89. Sebelumnya Komisi Eropa dalam melakukan penilaian terhadap Merger Asing menggunakan *Dominance Test*, namun tes ini dinilai mempunyai kekurangannya karena hanya melihat posisi dominan tetapi tidak melihat dampak terhadap persaingan. Pada dasarnya pendekatan SIEC Test tidak jauh berbeda dengan SLC Test. Bahwa terdapat beberapa faktor yang digunakan Komisi Eropa untuk melakukan penilaian Merger Asing, sebagai berikut¹³⁶:

1. Pasar Bersangkutan

Penentuan pasar bersangkutan ini diperlukan untuk mengukur struktur pasar dan batasan dari perilaku anti persaingan yang dilakukan. Untuk menentukan pasar bersangkutan dari Merger Asing, maka terlebih dahulu akan didefinisikan mengenai pasar produk dan pasar geografis.

2. Pangsa Pasar dan Tingkat Konsentrasi Pasar

Pangsa pasar dan tingkat konsentrasi ini digunakan sebagai indikator pertama dari struktur pasar dan pentingnya persaingan dari kedua pihak yang akan melakukan Merger serta pesaing mereka. Untuk mengukur konsentrasi pasar Komisi Eropa menggunakan HHI dengan membagi tingkat konsentrasi pasar dalam beberapa kategori, yaitu:

¹³⁴ *Ibid.*

¹³⁵ Syamsul Maarif, *Merger dalam Perspektif Hukum Persaingan Usaha*, op.cit., hal. 18.

¹³⁶ European Commission, *Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers Under the Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings*, 2 Mei 2004, diakses pada <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:031:0005:0018:EN:PDF>, diunduh tanggal 26 Mei 2012.

- a. Apabila setelah Merger HHI di bawah 1000, dinilai tidak ada konsentrasi di pasar bersangkutan. Oleh karena itu, tidak perlu dilakukan penilaian lebih lanjut;
 - b. Apabila setelah Merger HHI antara 1000 – 2000 dengan nilai peningkatan HHI tidak lebih dari 250, atau setelah Merger HHI di atas 2000 dengan nilai peningkatan HHI tidak lebih dari 150, maka dinilai tidak ada konsentrasi di pasar bersangkutan, kecuali keadaan khusus, seperti, satu atau lebih dari faktor berikut ini¹³⁷:
 - i. Salah satu perusahaan adalah pendatang baru yang potensial sebagai inovator penting;
 - ii. Salah satu perusahaan adalah “*maverick*” yang mengganggu perilaku terkoordinasi;
 - iii. Salah satu pihak Merger memiliki pangsa pasar sebelum Merger lebih dari 50%.
 - iv. Terdapat kepemilikan saham silang diantara para pelaku pasar; atau
 - v. Ada bukti mengenai tindakan koordinasi untuk praktek memfasilitasi di pasar.
3. Kemungkinan Dampak Anti Persaingan Akibat Merger Asing
- Bahwa terdapat 2 (dua) hal sehingga dapat dikatakan Merger Asing berdampak terhadap persaingan, yaitu apabila Merger Asing tersebut menciptakan atau memperkuat posisi dominan dengan cara¹³⁸:
- a. menghilangkan persaingan yang berarti pada 1 (satu) atau lebih perusahaan, yang akibatnya akan meningkatkan kekuatan pasar, tanpa harus terkoordinasi (*non-coordinated effect*). Untuk menilai *non-coordinated effect* ini, Komisi Eropa melihat dari beberapa hal yaitu¹³⁹: i) pangsa pasar perusahaan Merger; ii) kedekatan tingkat persaingan antara perusahaan

¹³⁷ Alison Jones and Brenda Sufrin, *op. cit.*, hal. 927.

¹³⁸ European Commission, *Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers Under the Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings, op.cit.*

¹³⁹ *Ibid.*

Merger; iii) kemampuan *customer* untuk mencari pemasok yang lain; iv) kemungkinan pesaing untuk meningkatkan pasokan; v) kemungkinan kekuatan persaingan dihilangkan akibat Merger;

- b. mengubah sifat kompetisi sedemikian rupa sehingga perusahaan-perusahaan yang sebelumnya tidak mengkoordinasikan perilaku mereka, sekarang jauh lebih mungkin untuk mengkoordinasikan dan menaikkan harga atau merugikan persaingan yang efektif. Merger juga dapat membuat koordinasi lebih mudah, lebih stabil atau lebih efektif bagi perusahaan-perusahaan yang mengkoordinasikan sebelum merger (*coordinated effects*). Untuk menilai *coordinated effect* ini, Komisi Eropa melihat semua informasi yang relevan di dalam pasar bersangkutan, termasuk struktur pasar perusahaan Merger dan perilaku mereka pada masa lalu. Bukti koordinasi masa lalu merupakan hal yang penting apabila karakteristik pasar bersangkutan tidak berubah. Begitu pula bukti koordinasi pada pasar yang mirip sangat berguna sebagai informasi¹⁴⁰.

4. Penyeimbangan Kekuatan Pembeli (*Countervailing Buyer Power*)

Bahwa kegiatan Merger juga dapat berdampak kepada pemasok, apabila perusahaan yang melakukan Merger merupakan perusahaan *customer* dari pemasok tersebut. Perusahaan Merger tersebut dapat menggunakan *buying power* nya. Misalnya pembeli mempunyai kekuatan untuk mengancam akan berpindah kepada pemasok lain, mungkin dengan mengganti pemasok, integrasi vertikal atau membujuk pendaftar baru, ketika pemasok menaikkan harga.

5. Hambatan Masuk ke Pasar

Dalam melakukan penilaian hambatan masuk, Komisi Eropa menilai dari beberapa hal, sebagai berikut¹⁴¹:

- a. Hambatan dari sisi peraturan, dimana peraturan tersebut membatasi jumlah pelaku usaha di pasar. Misalnya, pembatasan jumlah lisensi. Dalam hal ini juga termasuk hambatan perdagangan mengenai tarif dan non-tarif;

¹⁴⁰ *Ibid.*

¹⁴¹ Alison Jones and Brenda Sufrin, *op. cit.*, hal. 927.

- b. Keuntungan teknis yang dinikmati oleh *incumbent*, seperti mempunyai akses istimewa ke fasilitas penting, sumber daya alam, teknologi tinggi, sehingga membuat perusahaan lain susah untuk bersaing dengannya;
- c. Hambatan masuk juga dapat terjadi karena posisi yang ada dari perusahaan *incumbent* di pasar. Misalnya loyalitas konsumen pada suatu brand, hubungan yang dekat antara pemasok dengan pelanggan.

6. Efisiensi

Merger dapat membuat suatu perusahaan efisiensi, tetapi juga dapat merugikan konsumen. Dalam hal ini Komisi Eropa akan melihat apakah efisiensi tersebut dapat meningkatkan pada kesejahteraan konsumen, seperti konsumen mendapatkan harga murah atau produk yang bervariasi. Bila kegiatan Merger tersebut merugikan konsumen maka alasan efisiensi tersebut harus ditolak.

7. Kegagalan Perusahaan

Dalam menilai argumen kegagalan perusahaan ini, Komisi Eropa akan memperhatikan beberapa faktor, sebagai berikut:

- a. perusahaan diduga akan gagal dalam waktu dekat dan terpaksa keluar dari pasar karena kesulitan keuangan jika tidak melakukan Merger;
- b. dengan tidak dilakukannya Merger, maka aset perusahaan yang gagal akan hilang dari pasar.

Dalam melakukan pengawasan Merger Asing, Komisi Eropa secara rutin melakukan kerjasama dengan lembaga pengawas persaingan di negara lainnya, misalnya dengan Amerika Serikat. Pada tahun 1991 kedua negara tersebut telah membuat perjanjian kerjasama yang dituangkan dalam *US-European Community Agreement on the Application of Competition Laws*. Perjanjian kerjasama tersebut salah satunya mengatur mengenai tukar menukar informasi mengenai penanganan dan pengawasan Merger Asing. Dalam perkembangannya, Uni Eropa juga telah

membuat kerjasama dengan beberapa negara lainnya, seperti Uni Eropa-Canada (1999), Uni Eropa-Japan (2003), Uni Eropa-Cina (2004)¹⁴².

Komisi Eropa dapat mengenakan sanksi denda hingga 10% dari nilai penjualan apabila para pihak yang melakukan Merger tidak memenuhi kewajiban yang telah ditentukan¹⁴³. Apabila terdapat pihak yang tidak setuju dengan pendapat atau putusan Komisi Eropa, baik yang bersifat administratif maupun substantif, maka pihak yang melakukan Merger tersebut dapat mengajukan banding kepada *the Court of First Instance of the EC* dan kasasi kepada *European Court of Justice*¹⁴⁴.

4.1.2. Amerika Serikat

Sejarah pengaturan Merger di Amerika Serikat berawal dari kasus Merger antar perusahaan kereta api sekitar tahun 1900-an. Dengan menerapkan *Sherman Act*, Mahkamah Agung berpendapat bahwa semua Merger yang dilakukan diantara pesaing adalah melanggar hukum. Pengadilan dalam kasus *Northern Securities Co. v. United States*¹⁴⁵ berpendapat bahwa semua perusahaan pesaing yang melakukan Merger akan berdampak terhadap persaingan dengan menghilangkan persaingan diantara mereka. Putusan Pengadilan tersebut mengakibatkan penurunan kegiatan Merger. Pada tahun 1911, dalam kasus *Standard Oil Co. v. United States*¹⁴⁶, Pengadilan membatalkan Merger berdasarkan *Sherman Act*, karena Merger tersebut menciptakan Monopoli yang melanggar *Section 2*¹⁴⁷ *Sherman Act*, namun dalam perkara *Standard Oil Co.* Pengadilan mengatakan dalam penilaian Merger perlu dilakukan pendekatan *rule*

¹⁴² John Davies and Rafique Bachour, *op.cit.*, Hal. 126.

¹⁴³ Article 14 (2) ECMR No. 139/2004. Lihat juga Valentine Korah, *op. cit.*, hal. 400.

¹⁴⁴ Syamsul Maarif, *Merger dalam Perspektif Hukum Persaingan Usaha*, *op.cit.*, hal.18.

¹⁴⁵ *Northern Securities Co. v. United States*, 193 U. S. 197 (1904).

¹⁴⁶ *Standard Oil Co. of N.J. v. United States*, 221 U.S. 1, 31 S. Ct. 502, 55 L. Ed. 619 (1911).

¹⁴⁷ Section 2 Sherman Act: "Every person who shall monopolize, or attempt to monopolize, or combine or conspire with any other person or persons, to monopolize any part of the trade or commerce among the several States, or with foreign nations, shall be deemed guilty of a felony, and, on conviction thereof, shall be punished by fine not exceeding \$10,000,000 if a corporation, or, if any other person, \$350,000, or by imprisonment not exceeding three years, or by both said punishments, in the discretion of the court."

of reason¹⁴⁸. Berdasarkan hal tersebut, pada tahun 1914 pemerintah Amerika mengeluarkan peraturan baru yang mengatur mengenai Merger, yaitu *Section 7*¹⁴⁹ *Clayton Act*¹⁵⁰.

Dalam *Clayton Act* yang dilarang adalah Merger aset atau saham perusahaan yang dapat mengakibatkan berkurangnya tingkat kompetisi diantara sesama pelaku usaha atau cenderung menciptakan monopoli. Pada tahun 1976, pemerintah Amerika mengundang *the Hart-Scott-Rodino Antitrust Improvement Act* yang memberikan kewenangan lembaga pengawas persaingan untuk menilai implikasi anti persaingan akibat Merger. Di Amerika Serikat terdapat 2 (dua) lembaga yang berwenang mengawasi Merger, yaitu *Federal Trade Commission (USFTC)* dan *Antitrust Division, the Department of Justice (DoJ)*¹⁵¹.

Sistem pelaporan Merger Asing di Amerika Serikat adalah *Pre-notification*, jadi rencana Merger Asing wajib dilaporkan kepada USFTC atau DoJ sebelum Merger dilakukan, namun tidak semua Merger Asing harus diberitahukan kepada USFTC atau DoJ, akan tetapi hanya Merger Asing yang memenuhi kriteria tertentu, yaitu sebagai berikut¹⁵²:

¹⁴⁸ Penggunaan pendekatan *rule of reason* memungkinkan pengadilan untuk melakukan interpretasi terhadap Undang-undang. Dalam hal ini, Mahkamah Agung Amerika Serikat, umpamanya, telah menetapkan suatu standar *rule of reason*, yang memungkinkan pengadilan mempertimbangkan faktor-faktor kompetitif dan menetapkan layak atau tidaknya suatu hambatan perdagangan. Artinya untuk mengetahui apakah hambatan tersebut bersifat mencampuri, mempengaruhi, atau bahkan mengganggu proses persaingan. Lihat A.M. Tri Anggraeni, *Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat: Perse Illegal atau Rule of Reason*, Cet. 1, (Jakarta: Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003), hal. 94-95. Keunggulan *rule of reason* adalah menggunakan analisis ekonomi untuk mencapai efisiensi guna mengetahui dengan pasti yaitu apakah suatu tindakan pelaku usaha memiliki implikasi kepada persaingan. Hal ini berbeda dengan pendekatan *per se illegal*, yang melihat tindakan pelaku usaha tertentu selalu dianggap melanggar Undang-undang. Lihat Andi Fahmi Lubis dan Ningrum Natasya Sirait (ed.), *op.cit.*, hal. 66.

¹⁴⁹ Section 7 Clayton Act: “No person engaged in commerce or in any activity affecting commerce shall acquire, directly or indirectly, the whole or any part of the stock or other share capital and no person subject to the jurisdiction of the Federal Trade Commission shall acquire the whole or any part of the assets of another person engaged also in commerce or in any activity affecting commerce, where in any line of commerce or in any activity affecting commerce in any section of the country, the effect of such acquisition may be substantially to lessen competition, or to tend to create a monopoly.”

¹⁵⁰ E. Thomas Sullivan and Jeffrey L. Harrison, *op.cit.*, hal. 352-353.

¹⁵¹ Ronan P. Harty, *United States*, dalam kumpulan Artikel mengenai *Merger Control 2010*, *Global Competition Review*, (London: Law Published Research, Ltd., 2010), hal. 385.

¹⁵² The Federal Trade Commission, *Hart-Scott-Rodino: Premerger Notification Program*, Guide I, hal. 4-5, diakses pada <http://www.ftc.gov/bc/hsr/introguides/guide1.pdf>., diunduh tanggal 27 Mei 2012.

- a. Pihak yang mengambilalih atau diambilalih melakukan kegiatan komersialnya dalam wilayah Amerika Serikat atau di luar wilayah Amerika Serikat namun berpengaruh terhadap kegiatan perdagangan Amerika Serikat, (kriteria ini disebut dengan istilah *the commercial test*);
- b. Apabila aset hasil Merger mencapai di atas US\$ 200 juta (*the size of the transaction test*); atau
- c. Apabila nilai aset hasil Merger lebih kecil yaitu antara US\$ 50 juta – US\$ 200 juta tetapi perusahaan-perusahaan yang melakukan Merger tersebut mempunyai aset atau penjualan cukup besar (*the size of the parties test*); dan
- d. Apabila nilai penjualan/aset salah satu pihak setidaknya US\$ 100 juta dan pihak lain yang bergabung memiliki penjualan/aset setidaknya US\$ 10 juta.

Setelah menerima pemberitahuan rencana Merger Asing, USFTC atau DoJ mempunyai waktu 30 (tiga puluh) hari untuk melakukan penilaian (atau 15 (lima belas) hari untuk *cash tender offer*). Apabila jangka waktu tersebut habis dan USFTC atau DoJ tidak mengeluarkan pendapat, maka transaksi tersebut dapat dilanjutkan. Sebelum berakhirnya 30 (tiga puluh) hari USFTC atau DoJ dapat meminta informasi tambahan kepada para pihak, yang disebut “*second request*”. Apabila lembaga yang berwenang memutuskan untuk melakukan *second phase investigation* maka transaksi harus ditunda hingga hari ke-30 (atau hari ke 10 dalam hal *cash tender offer*). Merger tidak dapat berlaku efektif bila belum mendapatkan persetujuan dari USFTC atau DoJ¹⁵³.

Penilaian terhadap Merger di Amerika Serikat menggunakan *Horizontal Merger Guidelines* (04/02/1992, revised 19/08/2010)¹⁵⁴ dan *Non-Horizontal Merger Guidelines* (06/14/1984)¹⁵⁵. Kedua pedoman tersebut merupakan pegangan bagi USFTC dan DOJ untuk melaksanakan ketentuan Pasal 1 *The Sherman Act* dan Pasal 7 *Clayton Act*. Guidelines tersebut dibuat untuk

¹⁵³ Ronan P. Harty, *op.cit.*, hal. 387-388.

¹⁵⁴ The Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*, *op.cit.*

¹⁵⁵ The United States Department of Justice, *Non-Horizontal Merger Guidelines*, diakses pada www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/2614.htm, diunduh pada tanggal 18 April 2012.

menunjukkan cara kerja analitis dari USFTC dan DOJ dalam menentukan apakah suatu merger secara substansi mengurangi tingkat kompetensi atau tidak¹⁵⁶.

Penilaian substansi yang digunakan oleh USFTC dan DoJ untuk menilai rencana Merger di Amerika Serikat, yaitu sebagai berikut¹⁵⁷:

1. Definisi Pasar, pengukuran dan konsentrasi yang meliputi: *product market definition*, *geographic market definition*, identifikasi pelaku usaha dalam pasar bersangkutan, tingkat konsentrasi dan penguasaan pasar. Untuk mengukur tingkat konsentrasi pasar USFTC dan DoJ menggunakan *The Herfindahl Hirshman Index* (HHI) dengan membagi tingkat konsentrasi pasar dalam beberapa kategori, yaitu:

HHI dibawah 1500	:	Tidak ada konsentrasi dipasar bersangkutan
HHI antara 1500 - 2500	:	Adanya konsentrasi moderat dalam pasar bersangkutan
HHI diatas 2500	:	Terdapat konsentrasi yang tinggi pada pasar bersangkutan.

Acuan yang digunakan oleh USFTC dan DoJ untuk menguji apakah Merger akan dilakukan penilaian lebih lanjut atau tidak, adalah:

- a. *Perubahan kecil dalam konsentrasi*: Merger yang menghasilkan peningkatan HHI kurang dari 100 poin tidak mungkin memberikan dampak terhadap persaingan dan tidak perlu dilakukan penilaian lebih lanjut;
- b. Apabila setelah Merger HHI dibawah 1500, dinilai tidak ada konsentrasi di pasar bersangkutan. Oleh karena itu tidak perlu dilakukan penilaian lebih lanjut;

¹⁵⁶Gunawan Widjaja, *Merger dalam Perspektif Monopoli*, RajaGrafindo Persada: Jakarta, 2002, hal. 93.

¹⁵⁷The Federal Trade Commission, *Horizontal Merger Guidelines*.

- c. Apabila setelah Merger HHI berada diantara 1500 – 2500, dengan nilai peningkatan HHI lebih dari 100 poin maka dinilai dapat berpengaruh pada persaingan sehingga usulan Merger perlu mendapat perhatian;
 - d. Apabila setelah Merger nilai HHI berada diatas 2500, dengan nilai peningkatan HHI antara 100 – 200 poin maka dinilai dapat berpengaruh pada persaingan sehingga usulan Merger ini perlu mendapat perhatian. Namun apabila nilai peningkatannya diatas 200 poin maka Merger dianggap berbahaya karena akan meningkatkan kekuatan pasar atau konsentrasi dalam pasar bersangkutan. Anggapan dapat dibantah dengan bukti persuasif menunjukkan bahwa merger tersebut tidak mungkin untuk meningkatkan kekuatan pasar.
2. Potensi kerugian yang ditimbulkan dari proses Merger
Kegiatan Merger dapat berdampak di pasar, yaitu berkurangnya persaingan antar pelaku usaha. Perilaku anti persaingan tersebut dapat dilakukan dengan interaksi yang terkoordinasi antara pelaku usaha (*coordinated effects*), dan berkurangnya persaingan melalui efek unilateral (*unilateral effects*).
 3. Kekuatan Pembeli (*Powerful Buyers*)
Pembeli dapat mempunyai kekuatan ketika berhadapan dengan pemasok. USFTC atau DoJ menilai bahwa ada kemungkinan dari pembeli yang kuat untuk memaksa perusahaan hasil Merger untuk menaikkan harga. Hal ini dapat terjadi, misalnya, jika pembeli kuat memiliki kemampuan dan insentif untuk melakukan integrasi secara vertikal, atau jika perilaku atau adanya pembeli besar merusak perilaku yang terkoordinasi. Namun, USFTC atau DoJ tidak menganggap bahwa kehadiran pembeli kuat saja yang berdampak terhadap persaingan. Bahkan pembeli yang dapat bernegosiasi dapat dirugikan oleh peningkatan kekuatan pasar. USFTC atau DoJ akan menilai alternatif yang tersedia bagi pembeli yang kuat dan bagaimana alternatif-alternatif tersebut akan berubah karena Merger. Pada umumnya, Merger akan merugikan pembeli, apabila akibat Merger tersebut menghilangkan pemasok yang potensial bagi pembeli.

4. Hambatan Masuk ke Pasar

Dalam menilai hambatan masuk ini USFT dan DoJ melihat dari ketepatan waktu, kemungkinan, dan kecukupan usaha masuk dari pendatang baru yang akan dilakukan. Upaya masuk dilihat dari tindakan perusahaan untuk memproduksi dan menjual di pasar. Berbagai elemen dari upaya masuk akan dipertimbangkan. Elemen-elemen ini dapat mencakup: perencanaan, desain, dan manajemen; persetujuan perijinan, lisensi, atau lainnya; konstruksi, *debugging*, dan operasi fasilitas produksi; dan promosi (termasuk diskon pengantar perlu), pemasaran, distribusi, dan kepuasan pelanggan pengujian dan kualifikasi persyaratan.

Pengalaman terakhir pelaku usaha untuk masuk ke pasar, apakah berhasil atau tidak berhasil, umumnya memberikan titik awal untuk mengidentifikasi unsur-unsur hambatan masuk. Mereka juga dapat menjadi informasi mengenai skala yang diperlukan pelaku usaha untuk menjadi sukses, ada atau tidak adanya hambatan masuk, faktor-faktor yang mempengaruhi waktu masuk, biaya dan risiko yang terkait dengan upaya masuk, dan peluang penjualan yang tersedia bagi pendatang baru.

5. Efisiensi

USFTC dan DoJ tidak akan menolak Merger apabila efisiensi tersebut diketahui tidak akan berdampak anti persaingan, namun perlu dilihat juga apakah efisiensi dapat membalikkan keadaan sehingga ada kemungkinan akan merugikan konsumen di pasar. Dalam melakukan analisa, USFTC dan DoJ akan membandingkan antara besarnya efisiensi dengan kerugian yang mungkin terjadi di pasar. Apabila ternyata kerugian yang akan terjadi lebih besar dibandingkan dengan nilai efisiensi, maka USFTC dan DoJ akan menolak Merger tersebut.

6. Kegagalan Perusahaan

Dalam menilai argumen kegagalan perusahaan ini, USFTC dan DoJ akan memperhatikan beberapa faktor, sebagai berikut:

- a. Perusahaan diduga akan gagal dalam waktu dekat dan terpaksa keluar dari pasar karena kesulitan keuangan jika tidak melakukan Merger;

- b. Perusahaan telah berusaha untuk mencari alternatif penawaran yang akan membuat perusahaan tersebut tidak keluar dari pasar dan menimbulkan kerugian bagi konsumen bila perusahaan tersebut keluar dari pasar.

Dalam melakukan penilaian substansi Merger Asing, USFTC dan DoJ menggunakan *Substantive Lessening of Competition Test* (SLC Test) untuk menganalisa apakah transaksi Merger Asing berpotensi mengurangi persaingan¹⁵⁸.

Dalam melakukan pengawasan Merger Asing, Amerika Serikat telah membuat perjanjian kerjasama dengan Australia, Brazil, Canada, Jerman, Israel, Jepang, Meksiko dan Uni Eropa. Kerjasama tersebut memungkinkan lembaga persaingan untuk tukar menukar informasi yang berkaitan dengan perkara persaingan usaha¹⁵⁹.

USFTC dan DoJ dapat mengenakan sanksi denda hingga US\$ 16.000 per hari apabila para pihak yang melakukan Merger tidak memenuhi kewajiban yang telah ditentukan. Selain itu USFTC dan DoJ juga dapat mengeluarkan perintah kepada pelaku usaha untuk melakukan perubahan terhadap rencana mergernya, misalnya perintah untuk melakukan divestasi¹⁶⁰. Apabila terhadap perintah tersebut pelaku usaha tidak sependapat, maka USFTC atau DoJ dapat mengajukan *preliminary injunction* untuk menghentikan rencana Merger (*blocking transaction*) ke *Federal Court*. Para pihak baik USFTC maupun pelaku usaha dapat mengajukan banding ke *Appeal Court*, kemudian kasasi ke *Supreme Court*¹⁶¹.

4.1.3. Jepang

Pengawasan Merger di Jepang diatur dalam *Act on Prohibition of Private Monopolization and Maintenance of Fair Trade* No. 54 of April 14, 1947. Lembaga yang berwenang untuk mengawasi Merger ini adalah *Japan Fair Trade*

¹⁵⁸ OECD, *Standard Merger Review*, *op.cit.*, hal. 187.

¹⁵⁹ Ronan P. Harty, *op.cit.*, hal. 391-392.

¹⁶⁰ *Ibid.*, hal. 430.

¹⁶¹ Syamsul Maarif, *Merger dalam Perspektif Hukum Persaingan Usaha*, *op. cit.*, hal. 23.

Commission (selanjutnya disebut “JFTC”)¹⁶². Sistem pelaporan Merger Asing yang digunakan di Jepang adalah *pra-notification*, yang artinya setiap perusahaan yang akan melakukan Merger wajib memberitahukan rencana Mergernya kepada JFTC. Namun tidak semua Merger Asing harus dilaporkan kepada JFTC, tetapi hanya Merger Asing yang memenuhi batasan nilai tertentu yang wajib dilaporkan. Batasan nilai tersebut, sebagai berikut¹⁶³:

- a. Untuk kegiatan merger, total penjualan para pihak yang akan melakukan merger lebih dari 25 miliar Yen, dengan rincian Pihak I sebagai grup mempunyai total penjualan lebih dari 20 miliar Yen dan Pihak II sebagai grup mempunyai total penjualan lebih dari 5 miliar Yen;
- b. Untuk kegiatan akuisisi, dilihat dari 3 hal secara kumulatif, yaitu: *Pertama*, pihak pengambilalih sebagai grup mempunyai total penjualan lebih dari 20 miliar Yen; *kedua*, pihak yang diambilalih sebagai grup mempunyai total penjualan lebih dari 5 miliar Yen; dan *ketiga*, persentase hak suara yang diambilalih lebih dari 20% atau 50%;
- c. Untuk kegiatan transfer aset bisnis, dilihat dari total penjualan pihak pengambil alih sebagai grup di Jepang lebih dari 20 miliar Yen, dan target aset sebagai perusahaan dengan penjualan di Jepang lebih dari 3 miliar Yen, atau menghasilkan penjualan di Jepang lebih dari 3 miliar Yen.

Setelah menerima pemberitahuan rencana Merger Asing, JFTC mempunyai waktu 30 (tiga puluh) hari untuk melakukan penilaian¹⁶⁴. Di Jepang, kegiatan Merger dilarang apabila “*the effect may be substantially to restrain competition in a particular field of trade*”¹⁶⁵. Oleh karena itu, JFTC akan melihat faktor tersebut dalam melakukan tes substansi terhadap rencana Merger Asing. Apabila dilihat tes

¹⁶² Akinori Uesugi and Kaori Yamada, *Japan*, dalam kumpulan Artikel mengenai *Merger Control 2010*, Global Competition Review, (London: Law Published Research, Ltd., 2010), hal. 385.

¹⁶³ *Ibid.*, hal. 210.

¹⁶⁴ *Ibid.*, hal. 211.

¹⁶⁵ In Japan, any business combination such as merger, shareholding or other transactions, are prohibited if “*the effect may be substantially to restrain competition in a particular field of trade*”. (Article 10, 13, 14, 15, 15-2 dan 16 Antimonopoly Act No. 54 Year 1947). Lihat OECD, *Standard Merger Review*, *op.cit.*, hal. 101.

substansi yang digunakan oleh Jepang tersebut termasuk jenis *Substantive Lessening of Competition Test* (SLC Test), yaitu menganalisa apakah transaksi Merger Asing berpotensi mengurangi persaingan.

Penilaian substansi yang digunakan oleh JFTC untuk menilai rencana Merger Asing, sebagai berikut¹⁶⁶:

1. Penentuan Pasar Bersangkutan

Penentuan pasar bersangkutan ini diperlukan untuk mengukur struktur pasar dan batasan dari perilaku anti persaingan yang dilakukan. Untuk menentukan pasar bersangkutan dari Merger Asing, maka terlebih dahulu akan didefinisikan mengenai pasar produk dan pasar geografis.

2. Pangsa Pasar dan Konsentrasi Pasar

Pangsa pasar dan tingkat konsentrasi ini digunakan sebagai indikator pertama dari struktur pasar dan pentingnya persaingan dari kedua pihak yang akan melakukan Merger serta pesaing mereka. Untuk mengukur konsentrasi pasar JFTC menggunakan HHI. Tingkat konsentrasi pasar yang dinilai masih dalam level aman (*safe harbour*), yaitu:

- a. Apabila setelah Merger HHI tidak lebih dari 1500;
- b. Apabila setelah Merger HHI antara 1500 – 2500 dengan nilai peningkatan HHI tidak lebih dari 250;
- c. Apabila setelah Merger HHI tidak lebih dari 2500 dengan nilai peningkatan HHI tidak lebih dari 150.

3. Impor

Ketika terdapat tekanan persaingan yang cukup dari kegiatan impor, maka sangat kecil kemungkinan adanya dampak dari Merger yang mengakibatkan

¹⁶⁶ Japan Fair Trade Commission, *Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination*, 14 Juni 2011, diakses pada http://www.jftc.go.jp/en/legislation_guidelines/ama/pdf/110713.2.pdf, diunduh tanggal 28 Mei 2012.

berkurangnya persaingan di pasar. JFTC melihat beberapa faktor dalam menilai impor, yaitu (1) tingkat hambatan impor dari peraturan seperti pajak; (2) tingkat impor terkait dengan biaya transportasi dan permasalahan distribusi; (3) tingkat substitusi antara produk impor dan produk dari perusahaan grup; (4) Adanya potensial pasokan dari luar negeri.

4. Hambatan Masuk

Ketika hambatan masuk rendah, maka ada kemungkinan pendatang baru untuk masuk ke pasar sehingga persaingan di pasar akan semakin meningkat dan perusahaan Merger tidak dapat menaikkan harga. Ada beberapa faktor untuk menilai hambatan masuk, yaitu: (1) hambatan masuk yang disebabkan dari peraturan; (2) hambatan masuk yang disebabkan dari kondisi di pasar; (3) tingkat substitusi antara produk pelaku usaha baru dengan produk pelaku usaha *incumbent*; (4) tingkat potensial untuk masuk ke pasar.

5. Tekanan Persaingan dari Pasar yang Berkaitan

Tekanan persaingan dari pasar yang berkaitan dilihat dari 2 faktor, yaitu produk yang bersaing dan wilayah yang berdekatan. Ketika barang bersaing menyediakan fungsi yang sama tetapi berada di pasar yang terpisah, maka barang tersebut dapat menjadi faktor yang mencegah perusahaan Merger untuk mengendalikan harga karena konsumen dapat beralih ke barang tersebut, namun hal tersebut tergantung pada perspektif konsumen, harga dan jaringan distribusi. Selain itu, apabila terdapat satu pasar geografis tetangga yang menawarkan barang yang sama, maka hal tersebut dapat menjadi faktor yang mencegah perusahaan Merger untuk mengendalikan harga, namun hal tersebut tergantung dari kedekatan lokasi, jalur distribusi, transportasi dan skala dari pesaing.

6. Tekanan persaingan dari Pengguna

Apabila pengguna memiliki daya tawar yang kuat, maka hal ini dapat menjadi faktor yang mencegah perusahaan Merger untuk mengendalikan harga. Untuk menentukan apakah ada tekanan kompetitif dari para pengguna, maka perlu dilihat 2 (dua) kondisi, yaitu persaingan di antara pengguna dan kemudahan untuk

pindah ke pemasok lain. Jika terdapat persaingan antara pengguna, maka pengguna akan cenderung untuk menuntut dari pemasok dengan harga terendah mungkin untuk membeli produk. Misalnya perusahaan produsen tepung terigu melakukan Merger, tetapi persaingan diantara perusahaan mie instan sangat kuat, sehingga perusahaan Merger tidak dapat mengendalikan harga karena apabila perusahaan Merger tersebut menaikkan harga maka perusahaan mie instan dapat beralih ke pemasok lainnya.

7. Kemampuan Pelaku Usaha

Kemampuan pelaku usaha ini dilihat dari meningkatnya kemampuan bisnis perusahaan hasil Merger, seperti kemampuan memperoleh bahan baku dan pemasaran, yang akhirnya dapat mempengaruhi pesaingnya untuk mengambil tindakan kompetitif.

8. Efisiensi

Faktor-faktor yang harus dipertimbangkan dalam menilai efisiensi adalah dengan adanya Merger, maka efisiensi tersebut harus terwujud dan harus menguntungkan konsumen.

9. Kondisi Keuangan dari Perusahaan Merger

JFTC akan melihat bagaimana kondisi keuangan dari perusahaan Merger tersebut, apakah perusahaan yang akan Merger tersebut mempunyai kondisi keuangan yang baik atau buruk. Apabila salah satu perusahaan yang akan melakukan Merger mempunyai kondisi keuangan yang buruk dan salah satu jalan untuk menyelamatkannya adalah melalui Merger, maka Merger tersebut dinilai tidak akan berdampak buruk terhadap persaingan.

Dalam melakukan pengawasan Merger Asing, Jepang telah membuat perjanjian kerjasama dengan Amerika Serikat (1999), Uni Eropa (2003) dan Canada (2005). Tujuan utama dari perjanjian bilateral tersebut adalah untuk melakukan kolaborasi antara pemerintah dalam bentuk pengumpulan informasi dan implementasi peraturan persaingan usaha dari masing-masing pihak. Jepang

juga telah membuat perjanjian kemitraan di bidang ekonomi (*Economic Partnership Agreement*) dengan Chile, Malaysia, Mexico, Filipina, Singapura, Thailand dan Indonesia, dimana dalam perjanjian tersebut mengatur mengenai kerjasama di bidang persaingan usaha¹⁶⁷.

JFTC dapat mengenakan sanksi denda hingga 2 juta Yen, apabila para pihak yang melakukan Merger tidak memenuhi kewajiban yang telah ditentukan¹⁶⁸. Apabila pihak yang melakukan Merger tidak sependapat dengan pendapat JFTC, maka mereka dapat mengajukan banding ke Pengadilan Tinggi Tokyo, kemudian kasasi ke Mahkamah Agung¹⁶⁹.

4.2. Perkara Merger Asing di Beberapa Negara

4.2.1. Merger antara *Boeing Company* dengan *McDonnell Douglas Corporation*¹⁷⁰

Perkara ini berawal dari adanya rencana Merger yang akan dilakukan antara *Boeing Company* (selanjutnya disebut “Boeing”) dengan *McDonnell Douglas Corporation* (selanjutnya disebut “MDC”). Boeing merupakan perusahaan yang didirikan dan berkedudukan di Amerika Serikat, yang mempunyai kegiatan usaha di bidang pembuatan pesawat komersial, pertahanan dan angkasa luar. Sedangkan MDC juga perusahaan yang didirikan dan berkedudukan di Amerika Serikat, yang mempunyai kegiatan usaha di bidang pembuatan pesawat komersial dan militer, serta jasa keuangan.

Pada tanggal 23 Februari 1997 Boeing menyampaikan notifikasi kepada Komisi Eropa terkait dengan rencana Merger tersebut. Komisi Eropa menilai bahwa meskipun para pihak yang akan melakukan Merger tidak berada dalam yurisdiksi wilayah Uni Eropa, namun para pihak tersebut memiliki penjualan di wilayah Uni Eropa dan dapat berdampak pada Ekonomi Eropa (*European Economic Area*), sehingga telah memenuhi batasan nilai (*threshold*) yang telah

¹⁶⁷ Akinori Uesugi and Kaori Yamada, *op.cit.*, hal. 215.

¹⁶⁸ *Ibid.*, hal. 416.

¹⁶⁹ Syamsul Maarif, *Merger dalam Perspektif Hukum Persaingan Usaha*, *op. cit.*, hal. 29.

¹⁷⁰ EU Commission, *Case No. IV/M.877 – Boeing/McDonnell Douglas*, 30 July 1997.

ditentukan dalam *EC Merger Regulation* No. 139/2004, pendapat Komisi Eropa tersebut dapat dikutip sebagai berikut:

“Boeing and MDC have a combined aggregate world-wide turnover in excess of ECU 5000 million (Boeing ECU 17 billion, MDC ECU 11 billion). Each of them has a Community-wide turnover in excess of ECU 250 million, but they do not both achieve more than two-thirds of their aggregate Community-wide turnover within one and the same Member state. The notified operation therefore has a Community dimension.”

“Not only does the operation have a Community dimension within the legal sense of the Merger Regulation (Section IV above), it also has an important economic impact on the large commercial jet aircraft market within the EEA...”

Komisi Eropa dalam menangani Merger Boeing-MDC tersebut bekerjasama dengan USFTC di Amerika Serikat. Kerjasama ini dilakukan atas dasar Perjanjian Kerjasama yang telah dibuat antara Pemerintah Uni Eropa dengan Pemerintah Amerika Serikat. Komisi Eropa telah menyampaikan pendapat awalnya kepada USFTC dan meminta agar memperhitungkan kepentingan Uni Eropa dalam menjaga persaingan di pasar Uni Eropa. Kemudian USFTC telah selesai melakukan penilaian dan menyatakan bahwa Merger tersebut tidak akan menghambat persaingan, sehingga USFTC mengeluarkan pendapat akhir yang intinya tidak keberatan atas Merger Boeing-MDC tersebut.

Setelah dilakukan penilaian awal, dan dinilai masih belum jelas maka Komisi Eropa akan melanjutkan penilaian Merger tersebut ke tahap yang lebih mendalam yang akan dilakukan dalam waktu 4 (empat) bulan. Dalam melakukan penilaiannya Komisi Eropa menilai beberapa hal, sebagai berikut:

1. Penentuan Pasar Bersangkutan

Dalam perkara ini Komisi Eropa menilai pasar bersangkutannya adalah penjualan pesawat komersial dengan tipe besar di seluruh dunia.

2. Penentuan Posisi Dominan

Sebelum menilai apakah Merger dapat menghambat persaingan, maka Komisi Eropa terlebih dahulu menentukan apakah Merger Boeing-MDC

mempunyai posisi dominan di pasar bersangkutan. Hal ini dilihat dari pangsa pasar, adanya perjanjian eksklusif dan hambatan masuk. Setelah melihat beberapa faktor tersebut, Komisi Eropa menyimpulkan bahwa Merger Boeing-MDC mempunyai posisi dominan di pasar bersangkutan.

a. Pangsa Pasar

Dalam pasar bersangkutan tersebut hanya terdapat 3 (tiga) perusahaan yang beroperasi, yaitu Boeing, Airbus dan MDC. Pangsa pasar dari ketiga perusahaan tersebut untuk pasar global adalah Boeing 64%, Airbus 30% dan MDC 6%. Sedangkan pangsa pasar untuk pasar di Uni Eropa adalah Boeing 54%, Airbus 34% dan MDC 12%. Berikut adalah sepuluh perusahaan penerbangan terbaik dunia yang membeli pesawat dari Boeing-MDC, yaitu:

Tabel. 16. 10 Perusahaan Penerbangan Terbaik Dunia

Airline	Boeing	MDC	Airbus	Total
American	242	311	35	663
United	503	52	36	591
Delta	336	150	-	539
US Airways	250	99	-	423
Northwest	126	229	50	405
Continental	183	119	4	306
Southwest	243	-	-	243
British Airways	203	7	10	228
Lufhtansa	123	-	92	215
TWA	79	111	-	204

b. Perjanjian Eksklusif

Boeing telah melakukan perjanjian eksklusif dengan *American Airlines*, *Delta Airlines*, dan *Continental Airlines* untuk memasok pesawat komersial tipe besar. Pada bulan November 1996, *American Airlines* dan Boeing membuat

perjanjian dimana Boeing menjadi pemasok eksklusif hingga tahun 2018. *American Airlines* telah melakukan pesanan kepada Boeing sebanyak 103 pesawat atau sekitar USD 6,6 miliar. Kemudian pada tanggal 20 Maret 1997, Boeing dan *Delta Airlines* melakukan perjanjian eksklusif hingga tahun 2017, dimana *Delta Airlines* akan membeli pesawat sebanyak 106 buah dari Boeing atau senilai USD 6,7 miliar. Terakhir pada tanggal 10 Juni 1997, Boeing dan *Continental Airlines* membuat perjanjian eksklusif untuk memasok pesawat komersial hingga tahun 2017.

c. Hambatan Masuk

Bahwa terdapat hambatan masuk yang besar bagi pendatang baru yang akan masuk ke pasar bersangkutan, seperti pengembangan awal dan biaya investasi yang besar (lebih dari USD 10 miliar untuk mengembangkan pesawat dengan ukuran besar), peraturan keselamatan yang harus dipatuhi di Amerika Serikat, Uni Eropa dan negara lainnya.

3. Dampak terhadap Persaingan Akibat Merger

Bahwa dengan adanya Merger Boeing-MDC, maka akan memberikan dampak sebagai berikut:

- a. Pangsa pasar dari Boeing secara keseluruhan akan meningkat dari 64% menjadi 70%;
- b. Setelah mengambillalih MDC, maka Boeing hanya akan menghadapi 1 (satu) pesaing di pasar bersangkutan;
- c. Dengan mempunyai posisi dominan di pasar bersangkutan, maka Boeing dapat membujuk perusahaan penerbangan lainnya untuk membuat perjanjian eksklusif dengan Boeing;
- d. Dengan adanya Merger Boeing-MDC tersebut maka dapat memberikan kesempatan yang besar kepada Boeing untuk melakukan penelitian dan pengembangan pesawat militer yang didanai oleh pemerintah Amerika Serikat. Selain itu juga akan menggabungkan 2 (dua) portofolio besar kekayaan intelektual di bidang pesawat komersial dan pesawat militer.

Ada lebih dari 500 paten yang diterbitkan yang berpotensi membatasi akses ke teknologi yang penting di masa depan.

Kemudian setelah dilakukan penilaian yang lebih mendalam, Komisi Eropa menyatakan keberatan atas Merger tersebut dengan alasan Merger tersebut akan meningkatkan kekuatan pasar dan posisi dominan Boeing, sehingga berpengaruh terhadap persaingan dan pasar bersangkutan. Pendapat yang dikeluarkan oleh Komisi Eropa ini bertentangan dengan pendapat USFTC, hal ini yang menyebabkan kontroversial.

Terhadap pendapat Komisi Eropa tersebut, maka pemerintah Amerika Serikat menyampaikan pendapatnya kepada Komisi Eropa yang pada intinya bahwa putusan Komisi Eropa yang menolak Merger tersebut akan menghambat perkembangan pertahanan di Amerika Serikat karena MDC merupakan perusahaan Amerika Serikat yang memproduksi pesawat militer. Namun, hal tersebut tidak dipertimbangkan oleh Komisi Eropa dan tetap mempertahankan pendapatnya.

Apabila Merger Boeing-MDC tetap dilanjutkan tanpa adanya persetujuan Komisi Eropa, maka Komisi Eropa akan mengenakan denda kepadanya sebesar 10% dari pendapatan tahunan (*annual revenue*). Selain itu, Komisi Eropa juga akan mengenakan denda sebesar 10% dari pendapatan tahunan kepada setiap perusahaan Uni Eropa yang tetap melakukan bisnis dengan Boeing-MDC¹⁷¹.

¹⁷¹Article 15 (2) Council Regulation (EC) No. 17/62 (sekarang sudah direvisi dengan Regulation No. 1/2003) memberikan kewenangan kepada Komisi Eropa untuk mengenakan sanksi kepada pelaku usaha yang dengan sengaja dan sadar melanggar Hukum Persaingan Uni Eropa, yang dapat dikutip sebagai berikut:

“(2) *The Commission may be decision impose on undertakings or associations of undertakings fines of from 1000 to 1.000.000 units of account, or a sum in excess thereof but not exceeding 10% of the turnover in the preceding business year of each of the undertakings participating in the infringement where, either intentionally or negligently:*

(a) they infringe Article 85 (1) or Article 86 of the Treaty; or

(b) they commit a breach of any obligation imposed pursuant to Article 8 (1).”

Meskipun tidak dinyatakan secara eksplisit dalam Regulation No. 17/62, tetapi Komisi Eropa berpendapat bahwa perusahaan Eropa yang melakukan bisnis dengan perusahaan asing yang melanggar Hukum Persaingan Uni Eropa maka akan dianggap melanggar Article 85 EC Treaty (*Article 85 prohibits all “agreements between undertakings which have as their object or effect the prevention, restriction, or distortion of competition within the [EU]”*). Lihat Amy Ann Karpel, *The European Commission’s Decision on the Boeing-McDonnell Douglas Merger and the Need for Greater US-EU Cooperation in the Merger Field*, *The American University Law Review*, Volume 47., hal. 1046.

Berdasarkan hal tersebut, akhirnya Boeing mengajukan usulan *remedy* (perbaikan) atas rencana Mergernya kepada Komisi Eropa, antara lain *pertama*, dalam waktu 10 tahun Boeing tidak akan memperlakukan anak perusahaan MDC, yaitu *the Douglas Aircraft Company* (perusahaan yang mengoperasikan usaha pesawat komersial MDC), secara eksklusif; *kedua*, Boeing akan menghentikan *exclusive dealing* dengan *American Airlines*, *Delta Airlines* dan *Continental Airlines*; *ketiga*, Boeing tidak akan memberikan ijin secara eksklusif atas setiap paten yang didanai oleh pemerintah dan untuk pengembangan paten yang dapat digunakan dalam pembuatan atau penjualan pesawat jet komersial.

Kemudian atas usulan *remedy* dan komitmen dari Boeing tersebut, maka Komisi Eropa menilai rencana Merger Boeing-MDC tidak akan menghambat persaingan.

4.2.2. Akuisisi Saham *Guidant Corporation* oleh *Johnson & Johnson*¹⁷²

Perkara ini berawal dari adanya pemberitahuan kepada *Japan Fair Trade Commission* (JFTC) terkait dengan rencana akuisisi saham *Guidant Corporation* (GC) oleh *Johnson & Johnson* (JJ). JJ dan GC merupakan perusahaan yang didirikan dan berkedudukan di Amerika Serikat. Kedua perusahaan ini bergerak di bidang yang sama, yaitu memproduksi dan menjual alat-alat kesehatan. JJ berencana untuk mengakuisisi seluruh saham dari GC.

Selain dilaporkan kepada JFTC, kedua perusahaan ini juga telah melaporkan rencana kegiatannya kepada USFTC dan Komisi Eropa, yang memutuskan bahwa rencana akuisisi tersebut tidak menghambat persaingan usaha. Dalam melakukan penilaiannya, JFTC melakukan kerjasama tukar menukar informasi dengan USFTC dan Komisi Eropa.

JJ dan GC menjual produknya di seluruh dunia, termasuk di Jepang. Dengan demikian, walaupun para pihak yang akan melakukan akuisisi berada di

¹⁷²Japan Fair Trade Commission, *The Proposed Acquisition of the Stock of Guidant Corporation by Johnson & Johnson*, diakses di <http://www.jftc.go.jp/eacpf/cases/Johnson051209.pdf>, diunduh tanggal 23 April 2012.

luar yurisdiksi Jepang namun karena mereka melakukan penjualan di Jepang maka diwajibkan untuk melaporkan rencana akuisisi tersebut kepada JFTC.

Dalam perkara ini JFTC membagi pasar bersangkutan menjadi 12 pasar bersangkutan, yaitu:

- a. *Percutaneous Tranluminal Coronary Angioplasty (PTCA)*:
 - i. *PTCA Guiding Catheters*
 - ii. *PTCA Guidewires*
 - iii. *PTCA Balloon Catheters*
 - iv. *PTCA Drug Eluting Stents ("DES")*
 - v. *PTCA Bare Metal Stents ("BMS")*
- b. *Coronary Artery Bypass Grafting (CABG)*:
 - i. *CABG Endoscopic Vessel Harvesting Systems ("EVH devices")*
 - ii. *CABG Stabilizers*
- c. *Percutaneous Transluminal Angioplasty (PTA)*:
 - i. *PTA Guiding Catheters*
 - ii. *PTA Guidewires*
 - iii. *PTA Balloon Catheters*
 - iv. *PTA Stents*
- d. *Inferior Vena Cava Filters*

Total penjualan alat-alat kesehatan yang masuk ke Jepang adalah sekitar 2.06 triliun Yen pada tahun 2004. Total penjualan JJ dan GC untuk 12 pasar bersangkutan tersebut di atas di Jepang, sebagai berikut:

- a. Alat kesehatan untuk PTCA (*Guiding Catheters, Guidewires, Balloon Catheters, DES dan BMS*) sebesar 100 miliar Yen;
- b. Alat kesehatan untuk CABG (*EVH devices dan Stabilizer*) sebesar 0.5 miliar Yen;

- c. Alat kesehatan untuk PTA (*Guiding Catheters, Guidewers, Balloon Catheters, Stents* dan *Inferior Vena Cabra Filters*) sebesar 18.5 miliar Yen.

Dari 12 pasar bersangkutan tersebut, JFTC menilai terdapat 2 (dua) pasar yang berpengaruh pada persaingan dan perlu dilakukan penilaian lebih mendalam, yaitu DES dan *EVH devices*. Saat ini pasokan DES di Jepang hanya dipasok oleh JJ, namun sebenarnya terdapat produsen alat-alat kesehatan lainnya yang menjual DES di pasar internasional dan mempunyai pangsa pasar lebih besar daripada JJ. Pesaing JJ tersebut sedang menunggu persetujuan dari Menteri Kesehatan untuk menjual produknya di Jepang. Dengan masuknya pendatang baru tersebut maka terdapat pesaing kuat JJ di Jepang.

Sedangkan untuk produk *EVH devices*, penjualan produk tersebut di Jepang hanya dilakukan oleh JJ dan GC. Pada bulan Oktober 2005, terdapat pendatang baru di Jepang yang menjual produk *EVH devices*, namun pangsa pasarnya sangat kecil. JFTC menilai rencana akuisisi tersebut akan meningkatkan kekuatan pasar dari JJ dan GC untuk pasar *EVH devices* di Jepang. JJ dan GC telah mengajukan *remedy* (perbaikan) atas rencana akuisisi tersebut, yaitu kedua perusahaan setuju untuk menjual kepada pihak ketiga di seluruh dunia bisnis *EVH devices* yang dimiliki oleh anak perusahaan JJ (baik produsen maupun divisi distribusi). JJ telah mencapai kesepakatan untuk menjual aset tersebut kepada pihak ketiga di Amerika Serikat. Dengan adanya *remedy* ini maka JFTC menilai rencana akuisisi tersebut tidak akan meningkatkan kekuatan pasar dari JJ dan GC sehingga tidak menghambat persaingan.

Setelah melakukan penilaian keseluruhan atas rencana akuisisi tersebut, maka JFTC mengeluarkan pendapatnya yang menyatakan bahwa rencana akuisisi saham GC oleh JJ tidak menghambat persaingan usaha di Jepang.

4.3. Kendala dalam Pengaturan Merger Asing yang dapat Mengakibatkan Persaingan Usaha Tidak Sehat

Salah satu tindakan yang diambil oleh perusahaan untuk mengembangkan usahanya dan memperkuat pasarnya adalah melalui Merger. Pada intinya tindakan Merger tidak dilarang, namun Merger yang dilarang adalah apabila Merger tersebut berdampak terhadap persaingan di pasar. Saat ini, kegiatan Merger sendiri tidak hanya dilakukan oleh perusahaan lokal namun juga melibatkan perusahaan asing. Untuk mencegah agar tidak terjadi pemusatan kekuatan pasar akibat Merger maka setiap negara membuat kebijakan untuk mengatur Merger. Pengaturan Merger ini tidak hanya diperuntukkan bagi Merger lokal tetapi juga berlaku bagi Merger Asing.

Di Indonesia, pengaturan mengenai Merger yang dapat berdampak terhadap persaingan diatur dalam Pasal 28 dan Pasal 29 UU No. 5 Tahun 1999, namun kedua pasal tersebut baru dapat dilaksanakan setelah diundangkannya PP No. 57 Tahun 2010. Pengaturan Merger yang dapat berdampak terhadap persaingan, khususnya Merger Asing, dapat dikatakan masih relatif baru di Indonesia, sehingga KPPU masih harus menghadapi beberapa tantangan dalam menangani Merger Asing, seperti sistem pengaturan, peraturan perundang-undangan, penegakan hukum dan upaya hukum.

4.3.1. Sistem Pengaturan Merger

Di Indonesia, sistem pengaturan yang digunakan dalam pengawasan Merger Asing adalah *post-notification*, yaitu Merger Asing wajib dilaporkan setelah Merger tersebut berlaku efektif. Sedangkan negara-negara lain banyak yang menerapkan sistem *pre-notification*, yaitu Merger wajib dilaporkan sebelum berlaku efektif.

Apabila dilihat sistem *post-notification* tersebut dinilai kurang efektif, karena penilaian Merger dilakukan setelah Merger terjadi. Apabila lembaga persaingan menilai bahwa Merger tersebut berdampak buruk terhadap persaingan maka Merger tersebut harus dibatalkan, yang akhirnya dapat merugikan perusahaan hasil Merger tersebut. Berbeda dengan sistem *pre-notification* yang

dianggap lebih efektif karena penilaian Merger dilakukan sebelum Merger terjadi, sehingga tidak merugikan perusahaan apabila Merger tersebut dibatalkan.

Sistem pengaturan Merger Asing dengan *post-notification* tersebut merupakan tantangan tersendiri bagi KPPU. Tantangan yang harus dihadapi adalah KPPU harus berani membatalkan Merger Asing yang telah berlaku efektif apabila berdampak buruk terhadap persaingan. Pembatalan kegiatan Merger yang telah terjadi lebih berat dilakukan, karena sangat merugikan pelaku usaha. Selain itu, KPPU juga harus memikirkan bagaimana prosesnya bila Merger Asing dibatalkan, karena hingga saat ini belum ada tata cara proses pembatalan Merger.

Meskipun, PP No. 57 Tahun 2010 telah memberikan opsi kepada pelaku usaha untuk melakukan Konsultasi terlebih dahulu, akan tetapi dalam faktanya banyak pelaku usaha yang tidak melakukan Konsultasi, namun langsung notifikasi kepada KPPU¹⁷³. Oleh karena itu, KPPU tetap harus memperhatikan bagaimana proses pembatalan Merger yang telah terjadi.

4.3.2. Peraturan Perundang-undangan

Pengaturan khusus mengenai Merger Asing tidak daitur secara eksplisit baik dalam UU No. 5 Tahun 1999 maupun PP No. 57 Tahun 2010. Pengaturan secara eksplisit mulai diatur dalam Peraturan KPPU No. 10 Tahun 2011. Apabila dilihat Peraturan KPPU tersebut mempunyai tingkatan paling rendah dalam sistem hierarki peraturan perundang-undangan di Indonesia. Jenis dan hierarki peraturan perundang-undangan dapat dilihat dalam Pasal 7¹⁷⁴ dan Pasal 8¹⁷⁵ Undang-undnag

¹⁷³ Sejak tahun 2010 – 2012, KPPU telah menerima 64 laporan Merger, terdiri dari 6 Konsultasi dan 58 Pemberitahuan (Notifikasi). Lihat KPPU, *Daftar Notifikasi Merger dan Akuisisi*, diakses pada <http://www.kppu.go.id/id/merger/daftar-notifikasi/>, diunduh tanggal 1 Juni 2012.

¹⁷⁴ (1) *Jenis dan hierarki Peraturan Perundang-undangan terdiri atas:*
 a. *Undang-Undang Dasar Negara Republik Indonesia Tahun 1945;*
 b. *Ketetapan Majelis Permusyawaratan Rakyat;*
 c. *Undang-Undang/Peraturan Pemerintah Pengganti Undang-Undang;*
 d. *Peraturan Pemerintah;*
 e. *Peraturan Presiden;*
 f. *Peraturan Daerah Provinsi; dan*
 g. *Peraturan Daerah Kabupaten/Kota.*

(2) *Kekuatan hukum Peraturan Perundang-undangan sesuai dengan hierarki sebagaimana dimaksud pada ayat (1).*

¹⁷⁵ (1) *Jenis Peraturan Perundang-undangan selain sebagaimana dimaksud dalam Pasal 7 ayat (1) mencakup peraturan yang ditetapkan oleh Majelis Permusyawaratan Rakyat, Dewan Perwakilan Rakyat, Dewan Perwakilan Daerah, Mahkamah Agung,*

Nomor 12 Tahun 2012 tentang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan¹⁷⁶ ("UU No. 12 Tahun 2012").

Apabila dilihat ketentuan Pasal 8 tersebut, maka Peraturan KPPU No. 10 Tahun 2011 termasuk jenis peraturan perundang-undangan karena ditetapkan oleh KPPU berdasarkan perintah Pasal 35 huruf (f)¹⁷⁷ UU No. 5 Tahun 1999, sehingga diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat. Akan tetapi yang menjadi permasalahan yaitu Peraturan KPPU tersebut mempunyai tingkatan paling rendah dalam hierarki peraturan perundang-undangan di Indonesia. Seharusnya pengaturan Merger Asing tersebut tidak diatur dalam hierarki peraturan yang paling rendah tetapi diatur dalam Undang-undang, agar mempunyai kekuatan mengikat yang lebih kuat.

4.3.3. Penegakan Hukum

Tantangan terberat yang harus dihadapi oleh KPPU dalam pengaturan Merger Asing adalah mengenai penegakan hukum. KPPU dapat mengenakan sanksi administratif terhadap kegiatan Merger yang melanggar UU No. 5 Tahun 1999, sebagaimana tercantum dalam Pasal 47 UU No. 5 Tahun 1999.

Kegiatan Merger yang melanggar UU No. 5 Tahun 1999 dapat dibatalkan dan dikenakan denda oleh KPPU, tetapi penerapan sanksi administratif tersebut akan menjadi sulit bila pelaku usaha yang melakukan Merger berada di luar yurisdiksi wilayah Indonesia. KPPU tidak dapat memaksa perusahaan asing tersebut untuk membayar denda. Hal inilah yang menjadi tantangan terberat bagi KPPU dalam mengatur dan mengawasi Merger Asing.

Mahkamah Konstitusi, Badan Pemeriksa Keuangan, Komisi Yudisial, Bank Indonesia, Menteri, badan, lembaga, atau komisi yang setingkat yang dibentuk dengan Undang-Undang atau Pemerintah atas perintah Undang-Undang, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Provinsi, Gubernur, Dewan Perwakilan Rakyat Daerah Kabupaten/Kota, Bupati/Walikota, Kepala Desa atau yang setingkat.

- (2) *Peraturan Perundang-undangan sebagaimana dimaksud pada ayat (1) diakui keberadaannya dan mempunyai kekuatan hukum mengikat sepanjang diperintahkan oleh Peraturan Perundang-undangan yang lebih tinggi atau dibentuk berdasarkan kewenangan.*

¹⁷⁶ Indonesia, *Undang-undang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan*, UU No. 12 Tahun 2011, LN No. 82 Tahun 2011, TLN No. 5234.

¹⁷⁷ "Tugas Komisi meliputi: f. menyusun pedoman dan atau publikasi yang berkaitan dengan Undang-undang ini". Indonesia, *UU No. 5 Tahun 1999*, Pasal 35 huruf (f).

Bila kita lihat dalam kasus Merger Boeing-MDC di atas, terdapat kewenangan luar biasa yang dimiliki oleh Komisi Eropa dalam mengatur dan mengawasi Merger Asing, yaitu sanksi denda tidak hanya dikenakan kepada pelaku usaha asing yang melanggar *EC Competition Law*, tetapi juga kepada perusahaan Eropa yang tetap melakukan bisnis dengan perusahaan asing tersebut. Kewenangan Komisi Eropa tersebut diatur dalam *Article 15 (2) Council Regulation (EC) No. 17/62*¹⁷⁸, yang telah direvisi dengan *Council Regulation No. 1/2003*¹⁷⁹. Apabila dibandingkan dengan Indonesia, KPPU tidak memiliki kewenangan seperti Komisi Eropa, tetapi KPPU hanya dapat mengenakan denda kepada pelaku usaha yang telah melanggar UU No. 5 Tahun 1999. Sebenarnya tindakan pengenaan denda kepada pelaku usaha domestik dapat menghadang kegiatan usaha Merger Asing di pasar domestik, sehingga dapat memaksa Merger Asing tersebut untuk melaksanakan kewajibannya.

Selain itu dalam rangka penegakan hukum, banyak lembaga persaingan di dunia telah membuat perjanjian kerjasama diantaranya. Misalnya Komisi Eropa telah membuat perjanjian kerjasama dengan USFTC dan JFTC. Tujuan dilakukannya perjanjian kerjasama ini adalah untuk memberikan kontribusi agar penegakan hukum di bidang persaingan usaha berjalan lebih efektif. Perjanjian kerjasama antara lembaga persaingan tersebut sangat penting, karena mengingat saat ini perilaku anti persaingan tidak hanya dapat dilakukan oleh perusahaan lokal saja, namun bisa melibatkan perusahaan asing. Saat ini, Indonesia baru melakukan perjanjian kerjasama di bidang persaingan usaha dengan Jepang, namun hal tersebut sebenarnya tidak cukup karena pelaku usaha asing tidak hanya berasal dari Jepang saja. Untuk menegakkan hukum persaingan agar lebih efektif di kemudian hari, Indonesia seharusnya memperbanyak perjanjian kerjasamanya dengan negara-negara lain.

¹⁷⁸ European Union, *First Regulation Implementing Articles 85 and 86 of the Treaty*, Council Regulation No. 17/62, Brussels, 6 February 1962.

¹⁷⁹ European Union, *Regulation on the Implementation of the Rules on Competition Law Laid Down in Articles 81 and 82 of the Treaty*, Council Regulation No. 1/2003, Brussels, 16 December 2002.

Dalam mengatur dan mengawasi Merger Asing, banyak negara menggunakan pendekatan teori *effect doctrine*¹⁸⁰. Pada intinya teori ini mengajarkan bahwa suatu perusahaan multinasional yang tidak didirikan berdasarkan hukum dan berkedudukan di luar negara tersebut, tetapi selama perusahaan multinasional dalam melakukan kegiatan usahanya di negara tersebut dapat mempengaruhi pasar dan menimbulkan kerugian konsumen maka lembaga persaingan dapat mengenakan sanksi kepada perusahaan asing tersebut. Teori *effect doctrine* pertama kali diterapkan di Amerika Serikat dalam perkara *United States v. Aluminum Co. of Am.*, 148 F.2d 416 (2d Cir. 1945) yang menyatakan tindakan pihak asing yang berdampak terhadap impor Amerika Serikat adalah termasuk dalam pengaturan *Sherman Act*. Dalam pertimbangannya, Hakim menyatakan: “... *any state may impose liabilities, even upon persons not within its allegiance, for conduct outside its borders that has consequences within its borders which the state reprehends; and that these liabilities other states will ordinarily recognize*”¹⁸¹. Putusan inilah kemudian yang dikenal sebagai “*Effect Doctrine*” dalam penerapan ekstrateritorialitas hukum persaingan Amerika Serikat.

Di Indonesia, KPPU juga menggunakan pendekatan *effect doctrine* terhadap Merger Asing, akan tetapi hanya difokuskan pada Merger Asing yang mempunyai anak perusahaan, *participating interest*, atau kantor perwakilan di Indonesia. Sedangkan KPPU tidak mewajibkan bagi Merger Asing yang hanya mempunyai penjualan di Indonesia untuk melakukan Pemberitahuan kepada KPPU¹⁸², alasannya adalah karena sangat sulit untuk melakukan eksekusi terhadap Merger Asing apabila hanya mempunyai penjualan di Indonesia. Dalam menerapkan *effect doctrine* seharusnya tidak hanya memfokuskan pada pelaku usaha asing yang mempunyai aset di Indonesia, tetapi juga termasuk penjualan.

Seharusnya hal tersebut tidak menjadi hambatan bagi KPPU untuk mewajibkan Merger Asing yang hanya mempunyai penjualan di Indonesia, karena bila Merger Asing tersebut dibiarkan sedangkan membawa dampak buruk

¹⁸⁰ Peter Muchlinski, *Multinational Enterprises And The Law* (Oxford: Blackwell Publishers, Ltd., 1999), hal. 129

¹⁸¹ *Ibid*, hal. 129-130.

¹⁸² Hasil wawancara dengan Bapak Ir. Taufik Ahmad, ST., MM., sebagai Kepala Biro Merger KPPU, di Jakarta, tanggal 28 Mei 2012.

terhadap pasar Indonesia, maka Merger Asing tersebut akan lepas begitu saja dan KPPU tidak dapat berbuat apa-apa. KPPU seharusnya mencoba mencari solusi lain untuk mengantisipasi hal tersebut, misalnya melakukan koordinasi dengan lembaga terkait untuk mengenakan bea masuk kepada Merger Asing yang tidak mematuhi kewajibannya.

Dalam Undang-undang No. 10 Tahun 1995¹⁸³ tentang Kepabeanan sebagaimana telah diubah dengan Undang-undang Nomor 17 tahun 2006¹⁸⁴ tentang Perubahan atas Undang-undang No. 10 Tahun 1995 (“UU Kepabeanan”), terdapat 4 (empat) jenis bea masuk tambahan yang dapat dikenakan terhadap barang impor, yaitu bea masuk antidumping¹⁸⁵, bea masuk imbalan¹⁸⁶, bea masuk tindakan pengamanan¹⁸⁷ dan bea masuk pembalasan¹⁸⁸. Apabila dilihat dari 4 (empat) jenis bea masuk tambahan tersebut, maka yang dimungkinkan untuk

¹⁸³ Indonesia, *Undang-undang tentang Kepabeanan*, UU No. 10 Tahun 1995, LN No. 75 Tahun 1995, TLN No. 3612.

¹⁸⁴ Indonesia, *Undang-undang tentang Perubahan atas UU No. 10 tahun 1995 tentang Kepabeanan*, UU No. 17 Tahun 2006, LN No. 93 Tahun 2006, TLN No. 4661.

¹⁸⁵ “*Bea Masuk Antidumping dikenakan terhadap barang impor dalam hal :*
a. harga ekspor dari barang tersebut lebih rendah dari nilai normalnya; dan
b. impor barang tersebut :
 1. *menyebabkan kerugian terhadap industri dalam negeri yang memproduksi barang sejenis dengan barang tersebut;*
 2. *mengancam terjadinya kerugian terhadap industri dalam negeri yang memproduksi barang sejenis dengan barang tersebut; dan*
 3. *menghalangi pengembangan industri barang sejenis di dalam negeri.”* Lihat Indonesia, UU No. 10 Tahun 1995, Pasal 18.

¹⁸⁶ “*Bea Masuk Imbalan dikenakan terhadap barang impor dalam hal :*
a. ditemukan adanya subsidi yang diberikan di negara pengekspor terhadap barang tersebut; dan
b. impor barang tersebut:
 1. *menyebabkan kerugian terhadap industri dalam negeri yang memproduksi barang sejenis dengan barang tersebut;*
 2. *mengancam terjadinya kerugian terhadap industri dalam negeri yang memproduksi barang sejenis dengan barang tersebut; atau*
 3. *menghalangi pengembangan industri barang sejenis di dalam negeri.* Lihat Indonesia, UU No. 10 Tahun 1995, Pasal 21.

¹⁸⁷ “*Bea masuk tindakan pengamanan dapat dikenakan terhadap barang impor dalam hal terdapat lonjakan barang impor baik secara absolut maupun relatif terhadap barang produksi dalam negeri yang sejenis atau barang yang secara langsung bersaing, dan lonjakan barang impor tersebut:*

- a. menyebabkan kerugian serius terhadap industri dalam negeri yang memproduksi barang sejenis dengan barang tersebut dan/atau barang yang secara langsung bersaing; atau*
- b. mengancam terjadinya kerugian serius terhadap industri dalam negeri yang memproduksi barang sejenis dan/atau barang yang secara langsung bersaing.”*

Lihat Indonesia, UU No. 17 Tahun 2006, Pasal 23A.

¹⁸⁸ “*Bea masuk pembalasan dikenakan terhadap barang impor yang berasal dari negara yang memperlakukan barang ekspor Indonesia secara diskriminatif.”* Lihat Indonesia, UU No. 17 Tahun 2006, Pasal 23C ayat (1).

dikenakan terhadap Merger Asing yang hanya melakukan penjualan di Indonesia adalah bea masuk tindakan pengamanan (*safeguard*). Bea masuk ini dikenakan sebagai tindakan untuk memulihkan kerugian serius dan/atau mencegah ancaman kerugian serius terhadap industri dalam negeri sebagai akibat dari lonjakan impor barang sejenis atau barang yang secara langsung merupakan saingan hasil industri dalam negeri dengan tujuan agar industri dalam negeri yang mengalami kerugian serius dan/atau ancaman kerugian serius tersebut dapat melakukan penyesuaian struktural. Yang dimaksud dengan kerugian serius adalah kerugian nyata yang diderita oleh industri dalam negeri. Kerugian tersebut harus didasarkan pada (*shall be based on*) fakta-fakta bukan didasarkan pada tuduhan, dugaan, atau perkiraan¹⁸⁹.

KPPU memang harus dapat membuktikan terlebih dahulu bahwa akan terdapat lonjakan impor barang sejenis akibat dari Merger Asing sehingga dapat menimbulkan kerugian yang serius. Hal ini memang menjadi tantangan lain bagi KPPU untuk mengimplementasikannya, namun KPPU tidak boleh menyerah begitu saja, tetapi harus tetap mencobanya dengan berkoordinasi kepada lembaga yang berwenang untuk menangani bea masuk tindakan pengamanan. Berdasarkan Pasal 71 Peraturan Pemerintah No. 34 Tahun 2011¹⁹⁰ tentang Tindakan Antidumping, Tindakan Imbalan dan Tindakan Pengamanan Perdagangan (“PP No. 34 Tahun 2011”), pihak yang mempunyai kewenangan untuk menyelidiki tindakan pengamanan adalah Komite Pengamanan Perdagangan Indonesia (KPPI). Penyelidikan oleh KPPI tersebut dapat dilakukan berdasarkan permohonan atau berdasarkan inisiatif KPPI¹⁹¹. Dalam hal ini KPPU dapat mengajukan permohonan tertulis kepada KPPI untuk melakukan penyelidikan terhadap Merger Asing yang tidak mematuhi putusan KPPU dalam rangka penerapan tindakan pengamanan¹⁹².

¹⁸⁹ Indonesia, UU No. 17 Tahun 2006, Penjelasan Pasal 23A.

¹⁹⁰ Indonesia, *Peraturan Pemerintah tentang Tindakan Antidumping, Tindakan Imbalan dan Tindakan Pengamanan Perdagangan*, PP No. 34 Tahun 2011, LN No. 66 Tahun 2011, TLN No. 5225.

¹⁹¹ *Ibid.*, Pasal 71 ayat (2).

¹⁹² *Ibid.*, Pasal 72.

4.3.4. Upaya Hukum

Di Indonesia belum diatur secara eksplisit dan komprehensif mengenai upaya hukum bagi perusahaan hasil Merger yang tidak setuju dengan Pendapat KPPU, yang diatur hanya mengenai upaya hukum bagi pelaku usaha yang tidak setuju dengan Putusan KPPU. Pendapat dan Putusan KPPU tersebut merupakan 2 (dua) hal yang berbeda. Pendapat KPPU merupakan hasil penilaian KPPU atas Pemberitahuan atau Konsultasi Merger, sedangkan Putusan KPPU merupakan hasil pemeriksaan perkara yang dilakukan KPPU terhadap pelanggaran UU No. 5 Tahun 1995.

Permasalahan ini juga menjadi tantangan KPPU dalam mengatur Merger Asing, karena tidak ada upaya hukum yang dapat ditempuh perusahaan asing bila KPPU mengeluarkan pendapat untuk membatalkan Merger Asing tersebut. Dalam melakukan penilaian Merger Asing KPPU juga diminta untuk tetap memperhatikan prinsip keadilan bagi para pihak. Untuk mengantisipasi masalah tersebut, maka KPPU akan meneruskan ke tahap pemeriksaan perkara apabila KPPU menilai terdapat Merger Asing yang berdampak terhadap persaingan yang hasil akhirnya adalah Putusan KPPU. Dengan demikian pihak asing yang tidak setuju dengan Putusan KPPU dapat mengajukan upaya hukum keberatan ke Pengadilan Negeri dan kemudian kasasi ke Mahkamah Agung¹⁹³.

Selain itu PP No. 57 Tahun 1999 juga memberikan kewenangan kepada KPPU untuk mengenakan denda keterlambatan bagi perusahaan hasil Merger yang memenuhi syarat Pemberitahuan tetapi tidak menyampaikan Pemberitahuan kepada KPPU¹⁹⁴. Pengenaan denda keterlambatan ini juga mempunyai hambatan dalam mengimplementasikannya, karena berdasarkan Pasal 47 ayat (2) huruf g UU No. 5 Tahun 1999 sanksi administratif berupa denda dapat dikenakan kepada pelaku usaha yang melanggar UU No. 5 Tahun 1999 dengan melalui proses pemeriksaan perkara, sehingga membuat kedua ketentuan tersebut menjadi

¹⁹³ Indonesia, UU No. 5 Tahun 1999, Pasal 44 dan Pasal 45 *jo*. Mahkamah Agung, *Peraturan Mahkamah Agung tentang Tata Cara Pengajuan Upaya Hukum Keberatan terhadap Putusan KPPU*, Perma No. 3 Tahun 2005, ditetapkan di Jakarta, tanggal 18 Juli 2005.

¹⁹⁴ “*Dalam hal Pelaku Usaha tidak menyampaikan pemberitahuan tertulis sebagaimana dimaksud dalam Pasal 5 ayat (1) dan ayat (3), Pelaku Usaha dikenakan sanksi berupa denda administratif sebesar Rp 1.000.000.000,00 (satu miliar rupiah) untuk setiap hari keterlambatan, dengan ketentuan denda administrative secara keseluruhan paling tinggi sebesar Rp 25.000.000.000,00 (dua puluh lima miliar rupiah).*” Lihat Indonesia, *PP No. 57 Tahun 2010*, Pasal 6.

kontradiktif. Apabila KPPU akan mengenakan sanksi denda keterlambatan terhadap Merger Asing, maka harus melalui proses pemeriksaan perkara dengan hasil Putusan KPPU bukan melalui Penetapan atau Pendapat KPPU, karena apabila hanya dengan Penetapan atau Pendapat KPPU saja maka selain tidak ada upaya hukum bagi pelaku usaha asing, melainkan juga akan bertentangan dengan UU No. 5 Tahun 1999.

Apabila dilihat di Uni Eropa, Amerika Serikat dan Jepang, pelaku usaha dapat mengajukan upaya hukum bila tidak setuju dengan hasil penilaian Merger dari lembaga persaingan. Di Amerika Serikat, apabila terhadap perintah tersebut pelaku usaha tidak sependapat, maka FTC atau DoJ dapat mengajukan *preliminary injunction* untuk menghentikan rencana Merger (*blocking transaction*) ke *Federal Court*. Para pihak baik FTC maupun pelaku usaha dapat mengajukan banding ke *Appeal Court*, kemudian kasasi ke *Supreme Court*.

Di Uni Eropa bagi pihak asing yang tidak sependapat dengan penilaian Merger Asing dari Komisi Eropa, maka dapat mengajukan banding ke *the Court of First Instance of the EC* dan kasasi kepada *European Court of Justice*. Di Jepang bagi pihak asing yang tidak sependapat dengan penilaian Merger Asing dari JFTC maka dapat mengajukan banding ke Pengadilan Tinggi Tokyo, kemudian kasasi ke Mahkamah Agung.

Apabila dilihat dari uraian di atas, memang seharusnya upaya hukum keberatan terhadap Pendapat KPPU mengenai Merger diatur tersendiri. Hal ini diperlukan agar supaya memberikan kepastian hukum bagi perusahaan hasil Merger serta tidak perlu memakan waktu dan proses yang panjang

BAB 5

PENUTUP

5.1. Kesimpulan

Berdasarkan pemaparan dari bab-bab sebelumnya, maka permasalahan yang ada dapat disimpulkan, sebagai berikut:

1. Merger pertama kali diatur secara lengkap dan komprehensif dalam UU No. 1 Tahun 1995 tentang Perseroan Terbatas, yang kemudian diubah dan diganti dengan UU No. 40 Tahun 2007. Sejak diundangkannya UU No. 1 Tahun 1995, maka pengaturan Merger mulai banyak dicantumkan dalam peraturan perundang-undangan yang lain, seperti UU No. 8 Tahun 1995 tentang Pasar Modal dan UU No. 10 Tahun 1998 tentang Perbankan. Kemudian untuk melaksanakan UU No. 1 Tahun 1995 mengenai Merger, maka pemerintah mengeluarkan PP No. 27 Tahun 1998. Dalam hal Merger di bidang Perbankan pemerintah mengeluarkan PP No. 28 Tahun 1999. Selain itu, dalam beberapa peraturan perundang-undangan yang mengatur mengenai Merger juga mensyaratkan agar kegiatan Merger selalu memperhatikan prinsip-prinsip persaingan usaha yang sehat. Hal ini dikarenakan setiap tindakan Merger dapat menimbulkan pemusatan kekuatan ekonomi pada pelaku usaha dalam bentuk monopoli yang dapat merugikan masyarakat, sehingga bagi setiap pelaku usaha yang akan melakukan Merger baik di bidang apa pun tidak boleh mengabaikan prinsip-prinsip persaingan usaha yang sehat;
2. Dalam UU No. 5 Tahun 1999 dan PP No. 57 Tahun 2010 tidak diatur secara eksplisit mengenai Merger Asing yang dapat berdampak terhadap persaingan, namun diatur secara eksplisit dalam Peraturan KPPU No. 10 Tahun 2011. Peraturan KPPU tersebut memberikan beberapa batasan Merger Asing yang menjadi kewenangan KPPU, yaitu: i) Merger dilakukan di luar yurisdiksi Indonesia; ii) Berdampak langsung pada pasar Indonesia;

iii) Merger memenuhi batasan nilai; dan iv) Merger antar perusahaan yang tidak terafiliasi. Merger Asing yang memenuhi batasan tersebut wajib melakukan Pemberitahuan kepada KPPU. Setelah menerima Pemberitahuan tersebut, KPPU dalam waktu 90 (sembilan puluh) hari kerja harus melakukan penilaian dan mengeluarkan pendapatnya. Di Indonesia, sistem pengaturan Merger Asing menganut sistem *post-notification*, artinya Merger Asing wajib diberitahukan kepada KPPU setelah Merger Asing tersebut berlaku efektif, namun PP No. 57 tahun 2010 dan Peraturan KPPU No. 10 Tahun 2011 memberikan opsi kepada pelaku usaha untuk melakukan Konsultasi terlebih dahulu sebelum Merger terjadi;

3. Bahwa terdapat beberapa tantangan yang harus dihadapi KPPU dalam mengatur Merger Asing yang dapat mengakibatkan persaingan usaha tidak sehat, yaitu sistem pengaturan Merger Asing dengan *post-notification*, pengaturan Merger Asing yang hanya berdasarkan Peraturan KPPU, penegakan hukum terhadap Merger Asing yang melanggar, dan upaya hukum atas hasil penilaian KPPU. Dalam hal ini tantangan terberat yang harus dihadapi oleh KPPU adalah mengenai penegakan hukum terhadap Merger Asing yang tidak mematuhi perintah KPPU. Penegakan hukum tersebut menjadi kendala bagi KPPU, karena pelaku usaha berada diluar yurisdiksi wilayah Indonesia. KPPU harus mencari solusi sehingga dapat memaksa Merger Asing tersebut untuk tunduk pada perintah KPPU. Misalnya di Uni Eropa, Komisi Eropa dapat mengenakan denda kepada perusahaan Eropa yang tetap melakukan bisnis dengan perusahaan asing yang melanggar *EC Competition Law*, sehingga dapat menghadang kegiatan usaha perusahaan asing tersebut dan memaksanya untuk mematuhi perintah Komisi Eropa. Salah satu jalan yang bisa ditempuh oleh KPPU saat ini adalah melakukan kerjasama dengan lembaga terkait lainnya, misalnya melakukan pengenaan bea masuk kepada Merger Asing yang tidak patuh perintah KPPU. Pada intinya KPPU tidak boleh tinggal diam begitu saja dan membiarkan Merger Asing mempengaruhi pasar domestik, tetapi tetap harus mencari solusi-solusi lainnya.

5.2. Saran

1. KPPU harus segera mengajukan amandemen UU No. 5 Tahun 1999, antara lain: i) untuk merubah sistem *post-notification* menjadi *pre-notification*; ii) memberikan kewenangan kepada KPPU untuk dapat mengenakan sanksi denda kepada pelaku usaha domestik yang tetap melakukan kegiatan bisnis dengan Merger Asing yang tidak patuh terhadap perintah KPPU; iii) mengatur mengenai sanksi denda keterlambatan bagi Merger Asing yang tidak melakukan notifikasi kepada KPPU; dan iv) mengatur tersendiri mengenai upaya hukum atas Pendapat KPPU. Perubahan ini diperlukan agar pengawasan terhadap Merger Asing bisa lebih efektif;
2. KPPU harus merevisi Peraturan KPPU No. 10 Tahun 2011 untuk mengatur Merger Asing lebih detail dan komprehensif, antara lain: i) KPPU harus menjelaskan apa yang dimaksud dengan "berdampak langsung terhadap pasar Indonesia" secara lebih detail, termasuk mewajibkan Merger Asing yang hanya melakukan penjualan untuk melakukan Pemberitahuan kepada KPPU; ii) KPPU harus memasukkan faktor *business plan* dari Merger Asing dalam penilaian substansi agar rencana bisnis yang akan dilakukan dapat diketahui lebih awal sehingga tidak merugikan masyarakat; dan iii) memisahkan batasan nilai *threshold* antara Merger lokal dengan Merger Asing, seperti yang dilakukan oleh Uni Eropa;
3. Di tingkat internasional, Indonesia harus memperbanyak melakukan kerjasama dengan lembaga persaingan lainnya, mengingat permasalahan persaingan usaha tidak hanya dilakukan oleh perusahaan lokal tetapi juga melibatkan perusahaan asing. Di tingkat nasional, KPPU juga harus melakukan kerjasama lebih intensif dengan instansi pemerintah lainnya dalam rangka mengawasi dan mengatur Merger Asing, misalnya untuk mengenakan bea masuk perlu dilakukan kerjasama dengan Komite Pengamanan Perdagangan Indonesia.

DAFTAR REFERENSI

I. Buku.

Anggraeni, A.M. Tri. *Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat: Perse Illegal atau Rule of Reason*. Cet. 1. Jakarta: Program Pascasarjana Fakultas Hukum Universitas Indonesia, 2003.

Anwar, Desy. *Kamus Lengkap 1 Milliard (Inggris ~ Indonesia – Indonesia ~ Inggris)*. Surabaya: Penerbit Amelia, 2003.

Friedmann, W. *The State and The Rule of Law in A Mixed Economy*. London: Stevens & Sons, 1971.

Fuady, Munir. *Hukum Tentang Merger*. Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2008.

Garner, Bryan A. *Ed. Et al. Black's Law Dictionary*. 8th ed. St. Paul: West Publishing, 1999.

Gellhorn, Earnest and William E. Kovacic. *Antitrust Law and Economics*. St. Paul: West Publishing, 1994.

Ginting, Elyta Ras. *Hukum Anti Monopoli Indonesia*. Bandung: PT Citra Aditya Bakti, 2001.

Global Competition Review. *Merger Control 2010*. London: Law Published Research, Ltd., 2010.

Hitt, Michael A., Jeffrey S. Harrison dan R. Duane Ireland. *Merger dan Akuisisi: Panduan Meraih Laba Bagi Para Pemegang Saham*. Jakarta: PT RajaGrafindo Persada, 2002.

Hansen, Knud. *Et al. Undang-undang No. 5 Tahun 1999: Undang-undang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*. Cet. 2. Jakarta: GTZ bekerjasama dengan PT Katalis Mitra Plaosan, 2002).

Hartono, Sri Redjeki. *Kapita Selekta Hukum Ekonomi*. Bandung: Mandar Maju, 2000.

Hoverkamp, Herbert. *Antitrust*. 3rd ed. St. Paul: Black Letter Series West Group, 1999.

Ibrahim, Johnny. *Hukum Persaingan Usaha: Filosofi, Teori, dan Implikasi Penerapannya di Indonesia*. Malang: Bayumedia Publishing, 2006.

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

Khemani, R. Shyam, dan Andre Barsony, *Kerangka Rancangan dan Pelaksanaan Undang-undang dan Kebijakan Persaingan*, Washington, DC. dan Paris: Bank Dunia dan Organisasi Kerjasama dan Pembangunan Ekonomi, diterjemahkan oleh Pahala Tamba, Penerjemah Tersumpah, 1999.

Korah, Valentine. *An Introductory Guide to EC Competition Law and Practice*. 9th ed. Oxford: Hart Publishing, 2010.

Lubis, Andi Fahmi dan Ningrum Natasya Sirait. *Ed. Hukum Persaingan Usaha, Antara Teks & Konteks*. Jakarta: Komisi Pengawas Persaingan Usaha dan *Deutsche Gessellschaft für Technische Zusammenarbeit, GmbH.*, 2009.

Maarif, Syamsul. *Merger Dalam Perspektif Hukum Persaingan Usaha*. Jakarta: degraf publishing, 2010.

Manser, Martin H. *Ed. Oxford Learner's Dictionary*. Oxford: Oxford University Press, 1995.

Marzuki, Peter Mahmud. *Penelitian Hukum*. Jakarta: Prenada Media Group, 2005.

Mertokusumo, Sudikno. *Penemuan Hukum Suatu Pengantar*. Cet. 11. Yogyakarta: Liberty, 2001.

Moon, Donald J. *Ed. Responsibility Rights & Welfare, The Theory of the Welfare State*. Colorado: Westview Press Inc., 1988.

Muchlinski, Peter. *Multinational Enterprises And The Law*. Oxford: Blackwell Publishers, Ltd., 1999.

Muchsan. *Peradilan Administrasi Negara*. Yogyakarta: Liberty, 1981.

Poli, W.I.M. *Tonggak-tonggak Sejarah Pemikiran Ekonomi*. Surabaya: Brilian Internasional, 2010.

Prayoga, Ayudha. D. *Persaingan Usaha dan Hukum yang Mengaturinya di Indonesia*. Jakarta: ELIPS, 2000.

Rokan, Mustafa Kamal. *Hukum Persaingan Usaha: Teori dan Praktiknya di Indonesia*. Jakarta: Rajawali Pers, 2010.

Simanjuntak, Cornelius. *Hukum Merger Perseroan Terbatas: Teori dan Praktek*. Cet. 1. Bandung: Citra Aditya Bakti, 2004.

Soekanto, Soerjono. *Pengantar Penelitian Hukum*. Jakarta : UI Press, 2008.

_____ dan Sri Mamudji. *Penelitian Hukum Normatif Suatu Tinjauan Singkat*. Cet. 6. Jakarta : PT. RajaGrafindo Persada, 2011.

Sullivan, E. Thomas and Jeffrey L. Harrison. *Understanding Antitrust and Its Economic Implication*. 3rd ed. New York: Matthew Bender & Co., 1998.

Swasono, Sri Edi. *Indonesia is Not for Sale: Sistem Ekonomi Nasional Untuk Sebesar-besar Kemakmuran Rakyat*. Jakarta: Bappenas, 2007.

Teubner, Gunther. Ed. *The Transformation of Law in the Welfare State*. Berlin: Walter de Gruyter, 1986.

Van den Bergh, Roger J. and Peter D. Camesasca. *European Competition Law and Economics: A Comparative Perspective*. Belgium: Intersentia Publishers, 2001.

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

II. Peraturan Perundang-Undangan

Indonesia. *Undang-undang Perseroan Terbatas*, UU No. 1 Tahun 1995, LN No. 13 Tahun 1995, TLN No. 3587.

_____. *Undang-undang Pasar Modal*, UU No. 8 Tahun 1995, LN No. 64 Tahun 1995, TLN No. 3608.

_____. *Undang-undang Tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*. UU No. 5 Tahun 1995, LN No. 33 Tahun 1999, TLN No. 3817.

_____. *Undang-undang tentang Kepabeanan*, UU No. 10 Tahun 1995, LN No. 75 Tahun 1995, TLN No. 3612.

_____. *Undang-undang tentang Perubahan atas UU No. 10 tahun 1995 tentang Kepabeanan*, UU No. 17 Tahun 2006, LN No. 93 Tahun 2006, TLN No. 4661.

_____. *Undang-undang Tentang Perseroan Terbatas*. UU No. 40 Tahun 2007, LN No. 106 Tahun 2007, TLN No. 4756.

_____. *Undang-undang Pembentukan Peraturan Perundang-undangan*, UU No. 12 Tahun 2011, LN No. 82 Tahun 2011, TLN No. 5234.

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

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

_____. *Peraturan Pemerintah tentang Penggabungan atau Peleburan Badan Usaha dan Pengambilalihan Saham Perusahaan yang dapat Mengakibatkan Terjadinya Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*, Peraturan Pemerintah Nomor 57 tahun 2010, Lembar Negara Republik Indonesia Tahun 2010 Nomor 89, Tambahan Lembaran Negara Nomor 5144.

_____. *Peraturan Pemerintah tentang Tindakan Antidumping, Tindakan Imbalan dan Tindakan Pengamanan Perdagangan*, PP No. 34 Tahun 2011, LN No. 66 Tahun 2011, TLN No. 5225.

Mahkamah Agung. *Peraturan Mahkamah Agung tentang Tata Cara Pengajuan Upaya Hukum Keberatan terhadap Putusan KPPU*. Perma No. 3 Tahun 2005.

KPPU. *Pedoman Pasar Bersangkutan*. Peraturan KPPU No. 3 Tahun 2009.

_____. *Peraturan Tentang Perubahan Atas Peraturan Komisi Pengawas Persaingan Usaha Nomor 13 Tahun 2010 Tentang Pedoman Pelaksanaan Tentang Penggabungan atau Peleburan Badan Usaha dan Pengambilalihan Saham Perusahaan yang dapat Mengakibatkan Terjadinya Praktik Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat*. Peraturan KPPU No. 10 Tahun 2011.

European Union. *First Regulation Implementing Articles 85 and 86 of the Treaty*, Council Regulation No. 17/62.

_____. *Regulation on the Implementation of the Rules on Competition Law Laid Down in Articles 81 and 82 of the Treaty*, Council Regulation No. 1/2003.

Indonesia. *Indonesia-Japan Economic Partnership Agreement (IJ-EPA)*. Jakarta, Agustus 2007.

EU Commission. *Case No. IV/M.877 – Boeing/McDonnell Douglas*, tanggal 30 Juli 1997.

III. Jurnal, Laporan dan Tesis

Maarif, Syamsul. *Merger, Konsolidasi, Akuisisi dan Pemisahan PT Menurut UU No. 40/2007 dan Hubungannya dengan Persaingan Usaha*, dalam *Jurnal Hukum Bisnis*. Jakarta: Yayasan Pengembangan Hukum Bisnis, Volume 27 No. 1 Tahun 2008, halaman 40 – 49.

Karpel, Amy Ann. *The European Commission's Decision on the Boeing-McDonnell Douglas Merger and the Need for Greater US-EU Cooperation in the Merger Field*. *The American University Law Review*, Volume 47. Hal. 1029-1069.

Reza, Mohammad. *Implikasi dan Tantangan Pengendalian Merger dalam Sistem Hukum Persaingan Usaha*. Tesis Universitas Indonesia. Jakarta, 2010.

KPPU. *Laporan Merger Tahun 2012*. Biro Merger, 2012.

IV. Internet

Bank Indonesia, *Program Kegiatan API*,
<http://www.bi.go.id/NR/rdonlyres/2502404A-6622-46A4-9030-00CF3FC86A7A/1380/program.pdf/>, diunduh 15 Oktober 2011.

The Federal Trade Commission. *Horizontal Merger Guidelines*,
<http://www.ftc.gov/os/2010/08/100819hmg.pdf>, diunduh 12 Februari 2012.

OECD, *Policy Roundtables: Standar For Merger Review*, DAF/COMP(2009)21,
<http://www.oecd.org/dataoecd/28/52/45247537.pdf>, diunduh 25 Mei 2012.

KPPU. *Pendapat KPPU tentang Pengambilalihan Saham Perusahaan International Power Plc. oleh GDF Suez S.A*. Pendapat KPPU No. A10311,
<http://www.kppu.go.id/docs/Merger/pendapat%20kppu%20gdf%20suez%20230511.pdf>, diunduh 25 Mei 2012.

KPPU. *Pendapat KPPU tentang Pengambilalihan Saham Perusahaan Bucyrus International Inc. oleh Caterpillar Inc.* Pendapat KPPU No. A12711, <http://www.kppu.go.id/id/wp-content/uploads/2012/02/Pendapat-CATERPILLAR-versi-Publik.pdf>, diunduh 25 Mei 2012.

KPPU. *Pendapat KPPU tentang Pengambilalihan Saham Perusahaan Eastern Star Resources Pty., Ltd., oleh Perusahaan Vale Austria Holdings GmbH,* <http://www.kppu.go.id/id/wp-content/uploads/2012/02/Pendapat-Vale-Versi-Publik1.pdf>, diunduh 25 Mei 2012.

European Commission. *Control of Concentrations Between Undertakings.* Council Regulation No. 139/2004, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:L:2004:024:0001:0022:en:PDF>, diunduh 25 Mei 2012.

European Commission. *Guidelines on the Assessment of Horizontal Mergers Under the Council Regulation on the Control of Concentrations between Undertakings,* <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2004:031:0005:0018:EN:PDF>, diunduh 26 Mei 2012.

The Federal Trade Commission. *Hart-Scott-Rodino: Premerger Notification Program. Guide I,* <http://www.ftc.gov/bc/hsr/introguides/guide1.pdf>, diunduh 27 Mei 2012.

The United States Department of Justice. *Non-Horizontal Merger Guidelines,* diakses pada www.usdoj.gov/atr/public/guidelines/2614.htm, diunduh pada tanggal 18 April 2012.

Japan Fair Trade Commission. *Guidelines to Application of the Antimonopoly Act Concerning Review of Business Combination,*

http://www.jftc.go.jp/en/legislation_guidelines/ama/pdf/110713.2.pdf,
diunduh 28 Mei 2012.

Japan Fair Trade Commission. *The Proposed Acquisition of the Stock of Guidant Corporation by Johnson & Johnson*, <http://www.jftc.go.jp/eacpf/cases/Johnson051209.pdf>, diunduh 23 April 2012.

KPPU. *Daftar Notifikasi Merger dan Akuisisi*, <http://www.kppu.go.id/id/merger/daftar-notifikasi/>, diunduh 1 Juni 2012.

