

## Overview

Di dalam suatu perekonomian yang mengaplikasikan sistem demokrasi ekonomi di dalamnya, maka demokrasi ekonomi tersebut menghendaki adanya kesempatan yang sama bagi setiap warga negara untuk berpartisipasi di dalam proses produksi dan/atau pemasaran barang dan jasa, terciptanya iklim usaha yang sehat, efisiensi ekonomi serta berkeadilan sehingga dapat mendorong pertumbuhan ekonomi dan bekerjanya ekonomi pasar. Oleh karena itu sistem hukum ekonomi harus dapat mendukung terciptanya distribusi sumber-sumber daya ekonomi yang adil dalam kerangka persaingan usaha yang *fair*. Kondisi tidak terdistribusinya sumber-sumber daya ekonomi secara adil dan merata akan berdampak negatif terhadap ekonomi nasional, terutama disaat segelintir pelaku usaha tersebut terlanda masalah.

Selama dua dekade lebih Indonesia membangun ekonominya tanpa disertai *'environment'* yang kompetitif. Namun, ketika memasuki era 1990-an Indonesia harus menghadapi tuntutan perdagangan bebas yang mensyaratkan penyesuaian regulasi dalam bidang ekonomi. Salah satunya tuntutan hadirnya Undang-Undang yang mengatur tentang persaingan usaha di Indonesia. Tuntutan ini pada akhirnya melahirkan UU No. 5 Tahun 1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat yang diharapkan mampu memberikan pengaruh pada perekonomian Indonesia baik domestik maupun internasional. APINDO merespon perkembangan kondisi tersebut dengan suatu keyakinan bahwa pelaksanaan suatu UU harus mampu menjamin kepastian hukum untuk dapat mendorong pembangunan ekonomi dalam upaya meningkatkan kesejahteraan umum, memberikan kesempatan usaha seluas-luasnya bagi pelaku usaha nasional dengan cara berbisnis secara sehat.

Seiring dengan berjalannya waktu sejak digulirkannya UU tersebut, telah banyak digelar sidang perkara atas dugaan monopoli dan kartel, dimana beberapa pihak yang terlibat di dalamnya khususnya KPPU (Komisi Pengawas Persaingan Usaha), telah menyatakan berbagai kekurangan di dalam UU No. 5/1999 yang perlu segera diperbaiki serta diamandemen. Sebagai penggagas revisi, KPPU memang mengusulkan agar lembaga tersebut memiliki kewenangan untuk menggeledah, menyadap, menyita, memeriksa di tempat dan menjatuhkan hukuman pidana bagi seseorang yang dinilai menghalang-halangi pemeriksaan atas dugaan persaingan usaha yang tidak sehat.

Dalam kaitan itu, APINDO ikut serta dalam proses pembahasan melalui sejumlah usulan dan tanggapan terhadap draf revisi UU tersebut. APINDO menilai revisi harus dilakukan secara komprehensif, diantaranya mengenai Pengertian Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat yang dinilai tidak jelas dan tegas, sehingga pengertian tersebut telah menjadi pasal karet. APINDO juga mencermati adanya kewenangan KPPU yang berlebihan dengan adanya penambahan kewenangan KPPU terkait *Extra Territory Law Enforcement* yang menurut APINDO perlu dipertimbangkan secara hati-hati, serta terkait substansi dan struktur, denda dan hukuman, dan lain sebagainya di dalam draf revisi UU tersebut.

## Poin-Poin Krusial

### Dasar Filosofi UU Persaingan Usaha

Azas dan tujuan UU Persaingan Usaha semestinya ***bukan semata-mata menghukum atau mematikan dunia usaha***, tetapi menciptakan iklim *fair play* dalam berbisnis sehingga terwujud demokrasi ekonomi, adanya keseimbangan antara kepentingan pelaku usaha dan kepentingan umum. Prinsip persaingan usaha adalah *"non diskriminatif"* berdasarkan nilai dasar *"equally in opportunity"* (kesetaraan peluang usaha). Advokasi persaingan usaha melalui UU No. 5/1999 seyogyanya tidak diartikan bahwa hukum pasar merupakan panglima dari kebijakan ekonomi nasional (*competition is not the backbone of the economic policy*) yang mengarah pada sistem liberal, hal tersebut jelas bertentangan dengan dasar ekonomi Indonesia yang berlandaskan UUD 1945. Prinsip persaingan sehat dilakukan diantara mereka yang setara, maka untuk

kepentingan menciptakan lingkungan usaha yang kondusif pada industri dimana terdapat UMKM dimungkinkan penerapan sistem imunitas melalui regulasi (kebijakan pemerintah).

## Substansi Dan Struktur

Revisi terhadap UU No. 5/1999 memang diperlukan karena harus disesuaikan dengan perkembangan ekonomi sosial dan politik negara. Prinsip-prinsip dasar penerapan UU Persaingan Usaha yang berlaku secara universal (OECD : “*Framework for the Design and Implementation of Competition Law and Policy*”) umum akan meliputi paling tidak 3 unsur utama, yaitu :

- 1) Larangan-larangan yang sifatnya horizontal yang bersifat anti persaingan utamanya adalah : kartel, yang meliputi penetapan harga (*price fixing*), alokasi pasar, pembatasan produksi, kolusi tender dan bentuk-bentuk kesepakatan horizontal lain yang bersifat antipersaingan.
- 2) Monopolisasi oleh satu perusahaan utama yang memiliki posisi dominan yang merugikan konsumen atau bersifat anti persaingan. Antara lain yang berkaitan dengan perjanjian tertutup (*closed dealing*), pengatural harga jual kembali (*resale price maintenance*), hambatan vertikal (*vertical restrain*), *tying and bundling*, *predatory pricing*, *exclusive dealing* dan bentuk penyalah-gunaan posisi dominan lain.
- 3) Merger dan Akuisisi. Melalui merger dan akuisisi memungkinkan timbulnya konsentrasi ekonomi yang berpotensi menghilangkan dan atau mengurangi persaingan secara substansial. Oleh karena itu soal merger dan akuisisi ini perlu diatur dengan benar.

## Pengertian Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat

Yang sangat krusial dan menjadi kunci dari hampir seluruh pasal-pasal dalam UU ini adalah ketentuan yang bersifat *rule of reason* dan sangat sedikit yang bersifat *per se illegal* yaitu dipersyaratkan tentang terjadinya praktek monopoli atau persaingan usaha tidak sehat. Bahwa pelaku usaha dinyatakan bersalah melanggar pasal-pasal dalam UU ini apabila pelaku usaha terbukti melakukan **Praktek Monopoli** dan/atau **Persaingan Usaha Tidak Sehat**. APINDO melihat pasal ini akan menimbulkan ketidakpastian hukum karena menimbulkan multi tafsir.

Menurut definisi tersebut pengertian Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat menjadi kabur dan tidak ada tolok ukur yang tegas, karena ujung-ujungnya adalah perbuatan tidak jujur dan melawan hukum, sehingga **pengertian tersebut telah diartikan sebagai pasal karet**, atau dengan kata lain tidak terdapat standar pembuktian yang jelas atas terjadinya suatu pelanggaran. Baik KPPU maupun pelaku usaha tidak memiliki batasan baku tentang tindakan apa yang disebut pelanggaran dan apa yang tidak melanggar, yang kuncinya harus dibuktikan telah terjadi Praktek Monopoli atau Persaingan Usaha Tidak Sehat.

## “Extra Territory Law Enforcement”

Berkenaan dengan adanya usulan penambahan kewenangan KPPU untuk melakukan tindakan hukum kepada perusahaan asing yang berada di luar wilayah Indonesia (“*extra territory law enforcement*”) perlu dipertimbangkan dengan hati-hati karena **potensi pelaku usaha di Indonesia yang diadili oleh KPPU-nya negara lain akan lebih banyak dibanding kita mengadili pelaku usaha dari negara lain**. Penetapan *extra territory* tidak cukup hanya dengan mengganti pelaku usaha pada ketentuan umum bahwa KPPU dapat menindak pelaku usaha yang berada di luar wilayah Indonesia. Setiap penerapan hukum yang sifatnya *extra territory*, harus ada perjanjian dalam bentuk *treaty* antar negara, dan hukum persaingan usaha hanya dapat diberlakukan *extra territory* dibawah *the effect doctrine*.

## Kelembagaan dan Kewenangan KPPU

Hal ini berkenaan dengan kelembagaan KPPU yang saat ini dinilai oleh berbagai pihak bersifat “*super body*”. Oleh karena itu harus dikaji ulang apakah model yang diadopsi oleh UU No. 5/1999 yaitu *integrated model* dimana KPPU adalah sebagai :

- a. Pelapor
- b. Pemeriksa (investigator)

- c. Penuntut (jaksa)
- d. Pemutus (hakim)

Kewenangan ini melebihi KPK, Polisi, Jaksa atau Hakim. Hal ini tidak sesuai dengan prinsip-prinsip dan budaya hukum yang berlaku di Indonesia. Adapun contoh struktur kewenangan otoritas persaingan usaha di berbagai negara dapat dijadikan patokan untuk memperbaiki fungsi dan kelembagaan KPPU. Di Kanada, KPPU-nya hanya memeriksa dan menuntut, sedangkan yang menyidangkan dan menghukum adalah Pengadilan Tribunal. Selain itu, lembaga persaingan modern terbaru di Inggris (sejak April 2014) adalah *Competition and Markets Authority*, yang kewenangannya hanya sampai penuntutan saja, dan ini adalah standar yang paling sering diterapkan, termasuk di Amerika Serikat, Jepang, Korea dan Australia.

APINDO dan dunia usaha akan dapat saja menerima apabila fungsi KPPU terbatas sebagai Pelapor, Pemeriksa, dan/atau Penuntut. Sedangkan fungsi sebagai Hakim harus dibentuk dalam Peradilan Khusus Persaingan Usaha yang terpisah (semacam pengadilan Tipikor untuk KPK) atau bentuk lain yang dapat dirumuskan bersama Mahkamah Agung.

### Definisi / Batasan Terlapor

Dalam ketentuan umum terdapat pendefinisian tentang *Terlapor*, bahwa *Terlapor* adalah *Pelaku Usaha Dan atau Pihak Lain* yang diduga melakukan pelanggaran. Dalam UU yang lama, UU No 5 Tahun 1999 *definisi Terlapor hanyalah pelaku usaha*. Dalam draft RUU bahwa Terlapor adalah Pelaku Usaha dan Pihak Lain. Yang menjadi pertanyaan adalah *siapa yang dimaksud Pihak Lain?* Dalam arti selain pelaku usaha, siapa saja bisa menjadi Terlapor yaitu sebagai Pihak Lain. Sedangkan obyek dari hukum persaingan usaha terbatas hanya pada pelaku usaha. Unsur pihak lain ini menjadi pasal karet yang akan menyasar siapa saja, bisa pejabat pemerintah secara individu, bisa pejabat negara, anggota DPR yang dianggap memfasilitasi persekongkolan monopoli, bisa individu-individu direksi perusahaan, bisa individu-individu asosiasi atau siapa saja yang tersasar oleh implementasi RUU ini.

### Denda dan Hukuman

Denda hukuman dalam RUU ini akan ditingkatkan dari Rp 25 Milyar menjadi 25% dari omset. APINDO berpendapat bahwa *denda atau penalti seharusnya dihitung berdasarkan illegal profit* yaitu keuntungan yang diperoleh oleh pelaku usaha dari perilaku tidak sehat atau perilaku anti persaingan atau praktek monopoli (*illegal business practice*) seperti kartel, penyalahgunaan posisi dominan, perjanjian tertutup, integrasi vertikal yang merugikan dan atau praktek bisnis tidak sehat lainnya. Di Jerman, denda tidak melebihi 10% dari omzet tahunan terkait keuntungan berlebih yang dihitung. Untuk Uni Eropa dua sampai tiga kali lipat keuntungan berlebih. Australia membatasi denda maksimal 10 juta USD yang tidak melebihi kerugian yang disebabkan. Konsep denda dalam RUU ini akan sangat fatal terutama terhadap sektor perbankan dan sektor lain yang perputaran uangnya sangat besar. Denda sebesar 10% s/d 30% omzet tahunan bank atau asuransi misalnya akan langsung mempailitkan bank atau asuransi tersebut dengan dampak sistemik terhadap ekonomi yang luar biasa.

### Keharusan Membayar Denda / Penalti Di Muka, Hukuman Rp 2 Triliun Dan Pidana

Terdapat usulan bahwa terlapor jika akan melakukan upaya hukum keberatan atau banding harus membayar dimuka denda sebesar 10% (seperti pengadilan pajak). Hal ini akan menyulitkan ketika terlapor dinyatakan tidak bersalah. Bagaimana menarik kembali uang yang sudah terlanjur masuk ke kas negara? Selain itu, besaran 10% dari denda yang berdasar omset usaha bisa sangat mengganggu *cash flow* perusahaan (bisa gagal operasi jika perusahaan itu perbankan). Hal ini melanggar prinsip yang mendasar dalam hukum yaitu azas praduga tidak bersalah, sebelum sebuah keputusan hukum memiliki kekuatan hukum tetap. Seharusnya *denda dibayar setelah putusan memiliki kekuatan hukum tetap*. Dalam RUU juga terdapat ancaman hukuman pidana denda hingga Rp. 2 triliun atau pidana kurungan selama-lamanya 2 tahun. Hal ini membuat trauma pelaku usaha sehingga *demotivated* dalam berinvestasi.

## Notifikasi Merger / Akuisisi

Secara umum di dunia terdapat beberapa model yaitu :

- 1) **Mandatory pre merger notification** untuk merger yang sudah melewati ambang batas tertentu (aset atau omset).
- 2) **Voluntary pre merger notification** (Singapura, Selandia Baru, dan Inggris)
- 3) **Voluntary informal pre merger notification** (Australia).

Indonesia memiliki sistem yang berbeda, yaitu menurut UU adalah **compulsory post merger notification**, sedangkan dalam praktek juga dibuka voluntary pre merger notification (konsultasi sebelum merger). Dalam revisi UU **harus jelas pilihannya yaitu pre atau post**. Yang terpenting adalah adanya ketentuan teknis yang sederhana jangan sampai prosesnya rumit dan memakan waktu panjang, yang pada akhirnya menghambat kegiatan usaha itu sendiri atau membatalkan niat merger.

Selain itu dalam hal merger di RUU ditambah keharusan melakukan notifikasi untuk pengambil alihan asset. Yang lazim adalah pengambil alihan saham. Notifikasi dalam bentuk pembelian aset akan menimbulkan komplikasi baru, sebab perusahaan yang akan membeli aset apapun nantinya harus melapor kepada KPPU, yang jelas menimbulkan keruwetan baru baik bagi KPPU sendiri maupun bagi pelaku usaha. Hal ini kontra produktif terhadap proses pembangunan ekonomi.

## Kode Etik dan Dewan Pengawas

Dunia usaha menekankan pentingnya Kode Etik dan Dewan Pengawas KPPU yang tidak bersifat Ad Hoc untuk penanganan *abuse of power* atau *moral hazard* atau bentuk kesewenangan terhadap terlapor yang diperlakukan tidak wajar. Adanya argumen yang menyatakan bahwa terlapor dapat mengajukan keberatan kepada Pengadilan Negeri kurang tepat karena hal itu merupakan prosedur peradilan yang biasa saja; yang dipersoalkan adalah terjadinya *abuse of power* atau *moral hazard* atau bentuk kesewenangan lain yang bukan merupakan pokok perkara. APINDO berpendapat ketentuan mengenai kode etik dan Dewan Pengawas harus dirumuskan jelas dan tegas di dalam RUU dan bukan diserahkan kepada KPPU untuk mengaturnya.

## Penafsiran & Pengaturan Lebih Lanjut Pasal-Pasal RUU

Dalam draft rancangan amendemen UU No 5/1999 ini terdapat banyak sekali pasal yang menyatakan ketentuan lebih lanjut mengenai pasal ini ditentukan oleh KPPU. Aturan lebih lanjut tentang UU umumnya berbentuk Peraturan Pemerintah. Menyerahkan kewenangan tersebut kepada KPPU akan menimbulkan persoalan *conflict of interest*, dan memberikan kewenangan berlebih hak monopoli tafsir atas UU kepada KPPU. Hal ini dapat menimbulkan ketidakadilan dalam implementasinya.

## Kesimpulan Dan Rekomendasi

APINDO menyambut baik rencana DPR untuk melakukan amendemen terhadap UU No. 5/1999 tentang Larangan Praktek Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat. Azas dan tujuan UU adalah menciptakan iklim *fair play* dalam berbisnis sehingga terwujud demokrasi ekonomi, adanya keseimbangan antara kepentingan pelaku usaha dan kepentingan umum. Hukum persaingan usaha akan menjadi instrumen ekonomi yang digunakan untuk memastikan bahwa persaingan antar pelaku usaha berlangsung dengan sehat dan adil sehingga hasilnya dapat terukur berupa peningkatan kesejahteraan masyarakat.

Namun, APINDO berpendapat bahwa klausul usulan-usulan pasal dalam draft RUU tersebut harus disikapi secara tegas agar tidak menyimpang dari tujuan diciptakannya UU tersebut, yaitu untuk mendukung pertumbuhan ekonomi dan menggiatkan investasi melalui cara-cara bisnis yang sehat. Oleh karena itu terhadap amendemen RUU Persaingan Usaha APINDO berpendirian sebagai berikut :

- ❖ UU tersebut sangat penting untuk memberikan aturan yang jelas mengenai kehidupan ekonomi dan bisnis di Indonesia.

- ❖ Bahwa azas dan tujuan UU Persaingan Usaha adalah menciptakan iklim *fair play* dalam berbisnis sehingga terwujud demokrasi ekonomi, adanya keseimbangan antara kepentingan pelaku usaha dan kepentingan umum.
- ❖ Bahwa pelaksanaan dari UU ini haruslah dapat memberikan kepastian hukum untuk dapat mendorong pembangunan ekonomi dalam upaya untuk meningkatkan kesejahteraan umum, memberikan kesempatan usaha yang seluas-luasnya bagi pelaku usaha nasional dengan cara-cara berbisnis yang sehat, dan bukan dimaksudkan untuk memberikan tempat yang luas bagi implementasi paham ekonomi liberal apalagi untuk kepentingan asing.
- ❖ Dalam menangani suatu kasus semestinya KPPU memperhatikan kepentingan yang lebih luas yaitu kepentingan konsumen.
- ❖ Dengan demikian penanganan suatu perkara harus berdasar konsep kerugian yang dialami konsumen dan bukan hanya konsep kerugian perusahaan pesaing sehingga RUU yang dimaksud justru dianggap dunia usaha telah mempersempit cakupan pengaturannya.

### Rekomendasi :

- ❖ Prinsipnya APINDO menyetujui rencana perbaikan perangkat hukum yang mengatur persaingan usaha, mengingat pada waktu penerbitan UU No. 5/1999 di waktu sebelumnya diperoleh kesan penyusunan yang tergesa-gesa tanpa mencerminkan konten ideologi yang jelas karena bersumber dari kutipan berbagai peraturan serupa di berbagai negara.
- ❖ APINDO tegas menolak draft revisi UU yang memperluas kewenangan KPPU untuk bertindak sebagai penyidik, penuntut, dan sekaligus pemutus perkara dalam kewenangan KPPU.
- ❖ Revisi seyogyanya dilakukan secara komprehensi terutama mengenai substansi, struktur pasal-pasal, masalah kelembagaan KPPU, tentang hukum acara, masalah kewenangan, tentang sanksi dan denda, tentang kode etik dan pengawasan dan muatan-muatan baru yang diperlukan agar kepentingan umum dapat dikedepankan guna mencapai efisiensi dan kemakmuran rakyat. Dan bukan semata-mata untuk menambah kewenangan KPPU yang menurut APINDO sudah berlebihan.
- ❖ APINDO akan memastikan agar tidak memberikan kewenangan berlebihan bagi KPPU yang memiliki kewenangan untuk mengajukan tuntutan, pengusutan, dan penindakan/ vonis.
- ❖ Pertanyaan yang berkembang 1 tahun terakhir adalah apakah hukum persaingan usaha berlaku kepada pelaku usaha kecil dan Badan Usaha Milik Negara (BUMN)? UU No. 5/1999 juga telah mengatur secara jelas dalam Pasal 51. Hal ini memberikan hak pengecualian bagi beberapa BUMN yang melakukan kegiatan untuk kepentingan orang banyak atau berada dalam sektor strategis. Perusahaan-perusahaan pelat merah tersebut tidak boleh berlindung dari gugatan perilaku monopoli dengan menggunakan Pasal 51 tersebut. Dalam amandemen RUU Anti Monopoli dan Persaingan Usaha Tidak Sehat ini sudah seharusnya menempatkan swasta dan BUMN pada tempat yang sama mewujudkan sistem perekonomian yang *sustainable*. Sudah saatnya perusahaan-perusahaan pelat merah berdiri sama tinggi dengan perusahaan lain dan harus berani bersaing dengan perusahaan lainnya. Jadi nasionalisme persaingan usaha bukan semata hanya melindungi kepentingan perusahaan pelat merah. Namun juga harus mencakup dan mengakomodir kepentingan masyarakat luas, baik penyediaan barang ataupun harga barang. Pada akhirnya akan tercipta sistem ekonomi yang tidak merugikan konsumen.

\*\*\*\*\*